T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi

Faruk Kerem Giray
2502010069

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Cemal ŞANLI

İstanbul 2007

Milletlerarası Özel Hukukta
Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi

Faruk Kerem GİRAY

Öz

Uluslararası alanda çocukların kaçırılması, milletlerarası özel hukukun güncel bir sorunudur ve sıklıkla gündeme gelmektedir. Tezimizde, ebeveynleri tarafından milletlerarası alanda kaçırılan çocukların iadesi ile iadede izlenecek usulü prosedür ve de iadenin reddi sebepleri özel hukuk kapsamında incelenmiştir. Konuya ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler incelendiği gibi, çocuk hukukuna ilişkin gelecekteki gelişmeleri görebilmek ve bu gelişmelerin Türk hukukuna olası etkisini yorumlayabilmek adına Türkiye'nin halihazırda taraf olmadığı ancak olmayı düşündüğü veya henüz yürürlüğe girmemiş olmakla birlikte imzalamış olduğu sözleşmeler de sınırlı olarak ele alınmıştır.

Çocuk hukukundaki güncel gelişmeler, çocuğun yüksek menfaatinin her zaman için, ebeveynlerin sahip olduğu velâyet sorumluluğunun üzerinde ve ondan öncelikli olduğunu göstermektedir.

Bunun yanında hukuki bir terim olmayan, ancak gerek uluslararası sözleşmelerde ve gerek yeni hazırlanan milletlerarası özel hukuk mevzuatlarında öncelikle tercih edilen bir bağlanma noktası olan "mutad mesken" kavramı üzerinde ağırlıkla durulmuştur. Çocuğun mutad meskenini tayine yönelik doktrindeki farklı görüşler irdelenmiş ve çocuğun yaş aralığına göre çeşitli ihtimaller dikkate alınarak sonuçlar çıkartılmıştır. Sözleşmelerin yorumlanmasına ışık tutan mevcut uygulamaları görebilmek ve sağlıklı bir tahlilde bulunabilmek için milli mahkemeler ile yabancı mahkeme içtihatları birlikte ele alınmıştır.

Abstract

International abduction of children on civil matters is an important matter in Private International Law. Our thesis seek to examine the legal regime of return reasons due to wrongful removal and retentions of children. The subject is considered on civil matters solely. Abduction of children is subject to various international conventions which Turkey has ratified most of them whereas a signatory state for others. Therefore recently regulated conventions are examined as well ,to show developments on that matter.

The current developments on child law shows that, the best interest of the child must be considered always at first rather than custody right of the parents.

Habitual residence is examined in detail in our thesis as well. Despite of using as to define physical situation rather than a legal concept it was chosen as a common connecting factor in current conventions. Doctrines on habitual residence is examined in order to explain the concept from different view points. We also concern kinds of court judgments differing form State to State in order to introduce the application of the related conventions in practice.

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Bkz	Bakınız
BM.	Birleşmiş Milletler
ÇHS	Çocuk Hakları Sözleşmesi
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İİK	İcra İflas Kanunu
KİK	Kanunlar İhtilâfı Kuralları
Tasarı	Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Kanun Tasarısı
TCK	Türk Ceza Kanunu
TMK	Türk Medenî Kanunu
TVK	Türk Vatandaşlığı Kanunu
RG	Resmî Gazete
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MHB	Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
HGK	Hukuk Genel Kurulu
KHK	Kanun Hükmünde Kararname

ÖNSÖZ

Uluslararası özel hukukta sıklıkla karşılaşılan önemli meselelerden biri çocukların, ebeveynleri tarafından hukuka aykırı olarak sınır dışına çıkartılmasıdır. İletişim ve ulaşım alanındaki gelişmeler, milletlerarası ilişkileri, ekonomik, sosyal ve kültürel alanda etkilediği gibi aile hukuk alanında da etkilemiştir. Uluslararası evliliklerdeki artış doğal olarak yabancılık unsuru taşıyan boşanmaların da artmasına sebebiyet vermiştir. Hal böyle olunca, evlilik içi sorunların yoğun olarak yaşandığı veya içinden çıkılamaz duruma gelindiği durumlarda, ayrılmaya karar veren eşler çoğu zaman çocuğunu da yanına alarak, yaşamını bir başka ülkede sürdürmeyi tercih etmektedir. Kaçırılan veya hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocukların, bir an önce mutad meskenlerine iadesi tez konumuzu oluşturmaktadır.

Tez çalışması sırasında tüm desteğini veren ve yazım aşamasındaki karşılaşılan her türlü zorluğu eşsiz yardımlarıyla aşmama sebebiyet veren değerli hocam, tez danışmanım Prof.Dr. Cemal Şanlı'ya özellikle teşekkür etmek isterim. Bununla birlikte, tezin yazımı süresinde gerek fikirleriyle, gerek sağladıkları özgür çalışma ortamıyla başta Prof.Dr.Cemal Şanlı'ya, Prof.Dr.Günseli Öztekin Gelgel'e ve de Doç.Dr. Bahadır Erdem'e ayrı ayrı çok teşekkür ederim.

Akademik yaşamımın başladığı dönemden bu yana gerek davranışlarıyla gerekse fikir ve tutumlarıyla şahsıma örnek olan hocalarımızdan Prof.Dr. Ergin Nomer'e, Prof.Dr. Aysel Çelikel'e, Prof.Dr. Gülgören Tekinalp'e ve Prof.Dr. Nihal Uluocak'a da ayrıca çok teşekkür ederim.

Uzun bir döneme yayılan tez çalışmamızın beş aylık kısmı University of London'a bağlı Advanced Legal Studies Institute'da gerçekleşmiştir. Bu dönem zarfında Tinçel Vakfından aldığım bursla yapmış olduğum akademik çalışmaların özellikle konuyla ilgili yabancı literatürün taranması bakımından tezime büyük katkısı olmuştur. Bu sebeple Tinçel Vakfına sağladığı imkanlardan ötürü çok teşekkür ederim.

Faruk Kerem Giray

ÖZGEÇMİŞ

1974 yılında Ankara'da doğdum. İlk okulu TED. Ankara Kolejinde, orta ve lise eğitimimi İstanbul'da FMV. Işık lisesinde tamamladım. 1993 senesinde İ.Ü. Hukuk Fakültesine kaydolarak hukuk eğitimi almaya başladım. 1998 senesinde mezun oldum. Aynı sene Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsünde AB hukuku üzerine İngilizce yüksek lisans yapmaya başladım. Aralık 2000 yılında "Free Movement and Establishment of Lawyers in EU" isimli tez konumla oybirliği ile yüksek lisans derecesi aldım. Ocak 1999 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku anabilim dalında araştırma görevlisi olarak çalışmaya başladım. 2001 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünün özel hukuk doktora bölümüne kaydolarak doktora çalışmalarına başladım. Hali hazırda İ.Ü. Hukuk Fakültesine bağlı olarak Devletler Özel Hukuku anabilim dalında araştırma görevlisi olarak görev yapmaktayım.

Faruk Kerem Giray

Milletlerarası Özel Hukukta
Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi

Kısaltmalar i
İçindekiler ii

Giriş 1
Konunun Kapsam ve Sınırları 5
Çocukların Kaçırılmasının veya Alıkonmasının Ceza Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi 6

§ I. BÖLÜM

1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukukî Veçheleri Hakkında Sözleşme Kapsamında Çocuğun İadesi

I. 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukukî Veçheleri Hakkında Sözleşme 8
A.Sözleşmenin Hazırlık Süreci 8
B.Sözleşmenin Diğer La Haye Sözleşmelerinden Farkları 10
C.Sözleşmede Kullanılan Hukuki Kavramlar 11
D.Sözleşmenin Niteliği 19
E.Sözleşmenin Amacı 21
F.Sözleşmenin Konu Bakımından Uygulanma Alanı 24
G.Sözleşme Sujeleri 25
1.Sözleşme Sujelerinin Niteliği 28
2.Çocuğun İadesini Talep Edebilecek Kişiler 29
3. Sözleşmenin Sujesi Olabilecek Çocuklar 29
a.Onaltı Yaşından Küçük Çocuklar 29
b.Kendi Mutad Meskenini Belirleme Hakkına Sahip Olan Çocuklar 33
c. Evlilik Dışı Çocuklar 34
d. Evlât Edinilen Çocuklar 35
e.Çocuğun Evlenmesi 36
f. Yaşı Tashih Edilen Çocuklar 38
H. Sözleşmenin Zaman Bakımından Uygulama Alanı 38
I. Sözleşmenin Taraf Devlet Bakımından Uygulama Alanı 39

II. Sözleşme Hükümleri Yorumlanırken Gözetilecek Esaslar 43
A.Çocuğun Üstün Menfaati 44
B.Mutad Mesken Kavramı 48
1.Birden Fazla Mutad Mesken 61
2.Mutad Meskenin Tesis Edilebilmesi için Gerekli Zaman 62
3.Çocuğun Mutad Meskenini Kendi Belirlemesi 68

4.Çocuğun Mutad Meskeninin Tesbitine İlişkin Görüşler 69
a.Çocuğun Mutad Meskeninin Ebeveynine Bağlı Olarak Belirlenmesi 69
b.Koruma Hakkına Bağlı Olarak Çocuğun Mutad Meskeninin Tayini 73
c.Mutad Meskenin, Çocuğun Merkez Alınarak Tayini 75
C.Mutad Meskenin Unsurlarına İlişkin Görüşler 80
D.Mutad Meskenin Tesbitinde Çocuğun Yaşına Göre Model Belirlenmesi 81
E.Mutad Meskenin Vasıflandırılması 82
F.Koruma Hukukuna Uygulanacak Hukuk 83

III. Sözleşmeye Göre Koruma Hakkı 84
A.Koruma Hakkının Hukukî Dayanakları 87
1.Kanundan Doğan Koruma Hakkı 87
2.Koruma Hakkının Adlî veya İdarî Makam Kararından Doğması 92
3.Koruma Hakkının, Taraflar Arasındaki Anlaşmadan Doğması 93
4.Koruma Hakkına İlişkin Geçici Mahiyetteki Kararlar 98
5.Koruma Hakkına İlişkin Olarak Sonradan Verilen Kararlar 100
a. Koruma Hakkının Esasına İlişkin Kararın, Sözleşmenin Aradığı Şartların Gerçekleşmediğinin Tespitinden Sonra Verilecek Olması 102
b. Koruma Hakkının Esasına İlişkin Kararının, İade için Makul Sürenin Dolmasından Sonra Verilecek Olması 103
6. Babanın, Evlilik Dışı Çocuğu Üzerindeki Velâyet Sorumluluğu 105
B.Koruma Hakkının İhlali 109
C.Koruma Hakkının Etkin Olarak Kullanılmadığının İsbatı 111
D.Koruma Hakkının Mahkemelere Ait Olduğu İddiası 112

IV. İade Talebinin Reddedilebileceği Haller 116
A. Madde 13 (a) Uyarınca İadenin Reddi 116
1.Hukuka Aykırı Olarak Gerçekleştirilen Yer Değişikliğine İzin veya İcazet Verilmesi 116
2.Koruma Hakkının Etkin Şekilde Kullanılmaması 121
3.Çocuğun, Geçici Süreliğine Kişi veya Kuruma Bırakılması 124
B.Madde 13 (b) Uyarınca İadenin Reddi 124
1.Çocuğun, İade Sonrası Fiziki Tehlikeye Maruz Kalacağı Konusunda Ciddi Riskin Bulunması 129
2.İadenin, Çocuğa Psikolojik Zarar Verecek Olması 134
3.İade Halinde Çocuğun Müsamaha Edilemeyecek Bir Duruma Düşürecek Olması 136
a.Koruma Hakkına Sahip Kişinin, Çocuğun Mutad Meskeni Devletine Dönmeyecek Olması 140
b.Müsamaha Edilemeyecek Durumlardan "Aile içi Şiddet" 141
c.Müsamaha Edilemeyecek Durumlardan "Cinsel İstismar" 144
d.Müsamaha Edilemeyecek Durumlardan "Çocuğun İade Sonrası Tehlikeli veya Ağır İşlerde Çalıştırılacak Olması" 146
e.Koruma Hakkına Sahip Kişinin Sağlığının Yerinde Olmaması 147

C.Yaşı ve Olgunluğu Dikkate Alınan Çocuğun İade Talebine Kendisinin Karşı Çıkması 148
1.Çocuğun İfadesinin Alınması Aşamasında İzlenecek Yöntem 155
2.Görüş ve İfade Alma Usulü 158
3.Çocuğun İfadelerine Yüklenecek Anlam 159
4.Çocuğun Görüşünün Alınmasına Getirilen Eleştiriler 165
5.Çocuğun, Görüşünün Alınması Gereken Yaş ve Olgunlukta Bulunduğunu Tespit Edecek Hukuk 166
i.1980 Tarihli La Haye Sözleşmesinin 13/b Maddesinde Getirilen Eleştiriler 166
D. Çocuğun İadesinin, Talepte Bulunulan Devletin İnsan Hak ve Hürriyetlerine İlişkin Temel İlkelerini İhlâl Edecek Nitelikte Olması 169
E.İadenin, Çocuğun Alıkonulduğu veya Kaçırıldığı Ortama Alışmış Olması Nedeniyle Reddi 178
F. 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesinin 12. Maddesinin 1. Fıkrasına İstinaden Çocuğun İadesi 184
1.12.Madde Hükmünde Öngörülen Bir Yıllık Sürenin Başlangıç Anı 185
2.Haksız Alıkoymanın Tespiti 189
3.Alıkoymanın Gerçekleşebileceğinin Önceden Öngörülebilmesi 191
4.Çocuğun Sonradan Alıkonmaya Rıza Göstermesi veya Kendisinin Kaçması 191
5.Çocuğun Yerinin Tekrardan Değiştirilmesi 193

V.Çocuğun İadesinin Reddine Yönelik İddialarda İspat Külfeti 194
VI. Sözleşme ve Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Tasarı Hükümlerine Göre İade Prosedürü 196
VII. Sözleşmede Öngörülen İade Prosedürüne Getirilen Eleştiriler 204
VIII. 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesi Kapsamında Yapılan İade Taleplerine İlişkin Türkiye'deki İstatistikler 204
IX.Çocukla Kişisel İlişki Kurabilme Hakkı 206
A.Kişisel İlişki Kurma Hakkının Hukukî Dayanağı 210
B.Çocukla Kişisel İlişkide Bulunabilme Hakkına Sahip Kişiler 210
C.21. Madde Hükmüne Getirilen Eleştiriler 211
X. Sözleşmeye Taraf Olmayan Devlete Götürülen Çocukların İadesi 212
XI.1980 Tarihli La Haye Sözleşmesine İlişkin Genel İstatistikler 213

§ II. BÖLÜM

1980 Tarihli La Haye Sözleşmesi Dışındaki Çok Taraflı Sözleşmelerde Çocukların İadesi 217

I. Hukuka Aykırı Olarak Yeri Değiştirilen veya Alıkonan Çocukların, Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Hükümlerine Göre İadesi (Lüksemburg Sözleşmesi) 217
A. Lüksemburg Sözleşmesi ile 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesi Arasındaki Kavram Farklılıkları 221
B.Lüksemburg Sözleşmesine Göre "Mutad Mesken" Kavramının Yorumu 222

C. Lüksemburg Sözleşmesi Hükümlerine İstinaden Kaçırılan veya Alıkonan Çocuğun İadesi 224
D. Lüksemburg Sözleşmesi Hükümlerince Velâyet Kararlarının Tanınması ve Tenfizi 226
E. Çocukla Şahsi İlişki Kurulmasının Temini 229
F. Sözleşmenin Değerlendirilmesi 229

II. Hukuka Aykırı Olarak Yeri Değiştirilen veya Alıkonan Çocukların, Velâyet Sorumluluğu ile Çocukların Korunmasına İlişkin Alınacak Tedbirler Hakkında Makamların Yetkisine, Uygulanacak Kanuna ve Kararların Tanınması ile Tenfizine ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesi Hükümlerine Göre İadesi 230
A.1996 Tarihli La Haye Sözleşmenin, 1980 Tarihli Sözleşmeyle Olan İlişkisi 231
B.1996 Tarihli La Haye Sözleşmesinin Amacı 233
C.1996 Tarihli La Haye Sözleşmesi Kapsamına Dahil Çocuklar 233
D. 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesine Göre Çocuğun Korunması 234
E. 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesine Göre Koruma Önlemlerini Almaya Yetkili Makam 234
1.Âkit Devlet Makamlarının Olağanüstü Hallerde Yetkisi 238
2.Derdestlik 239
F. 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesine Göre Mutad Mesken Kavramı 240
G. Koruma Tedbirlerine Uygulanacak Hukuk 240
H.Velâyet Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk 241
1.Kanundan Doğan Velâyet Sorumluluğu 241
2.Anlaşma ve Tek Taraflı Hukukî İşlemlerden Doğan Velâyet Sorumluluğu 242
3.Velâyet Sorumluluğunun Kullanılmasına Uygulanacak Hukuk 242
I.Çocuğun Korunmasına Yönelik Tedbirlerin Âkit Devletlerde Tanınması ve Tenfizi 243
1.Sözleşmeye Göre Tedbir KararlarınınTanınması 244
i.Tanıma Talebinin Reddi Sebepleri 244
ii. Tenfiz Talebinin Reddi Sebepleri 245
J.Sözleşme Kapsamında Kişisel İlişki Kurma Hakkının Yerine Getirilmesi 245
K. 1996 Tarihli Sözleşmenin 1980 Tarihli Sözleşmeye Göre Farklılıkları 246

III. Hukuka Aykırı Olarak Yeri Değiştirilen veya Alıkonan Çocukların, Küçüklerin Vatana İadesine Dair 1970 Tarihli Avrupa Sözleşmesine Göre İadesi 247
I.A.Sözleşmenin Konusu 247
B. Sözleşmenin Niteliği 248
C. Sözleşme Terminolojisi 249
II. Küçüğün İade Edilebileceği Haller 250
A. Küçüğün, Ebeveyninin Arzusu Hilafına İade Talebinde Bulunulan Devletin Ülkesinde Bulunuyor Olması 250
B. Küçüğün, İadesinin Talep Edildiği Âkit Devlette Bulunmasının, İadeyi Talep Eden Devletin Koruma ve Eğitime İlişkin Aldığı Tedbirlerle Bağdaşmıyor Olması 251
C. Küçüğün, Korunabilmesi veya Eğitilebilmesi İçin İadesini Talep Eden Devlette Bulunmasının Zorunlu Olması 252

D. İade Talebinde Bulunulan Devletin Mevzuatının Cevaz Vermesi Koşuluyla, Küçüğün Akit Devlette Bulunmasının Ülke Menfaatiyle veya Kendi Menfaatiyle Bağdaşmıyor Olması 252
E. Küçüğün İadesine İlişkin İstemin Reddedilebileceği Haller 254
F. Küçüğün İadesine İlişkin Talebin Ertelenmesi 256
G. Sözleşmenin Değerlendirilmesi 256

IV. Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi 257
A. Sözleşme Terminolojisi 258
B. Çocuğun Ana ve Babası ile Kuracağı Kişisel İlişki 259
C. Çocuğun, Aile Bağının Bulunduğu Kişilerle Kişisel İlişkisi 259
D. Sözleşme Kapsamında Çocuğun Hakları 260
E. Kişisel İlişki Kurma Hakkına İlişkin Tedbirler 260
1.Kişisel İlişki Kararının Etkin Olarak Uygulanmasına Yönelik Alınacak Tedbirler 260
2. Çocuğun İadesinin veya Haksız Olarak Yerinin Değiştirilmesinin Önlenmesine İlişkin Alınacak Tedbirler 261
F. Kişisel İlişki Süresinin Sonunda Çocuğun İade Edilmemesi 261

§ III. BÖLÜM

I.Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların, Velayet veya Vesayete İlişkin Yabancı Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizi Yolu ile İadesi 263

A.Usûlî Şartlar 263
a.İlâmın, yabancı bir devlet mahkemesinden verilmiş olması 263
b. İlâmın, hukuk davalarına ilişkin olması 264
c. İlâmın kesinleşmiş olması 264
B.Maddî Şartlar 265
a.Mütekabiliyet Şartı 267
b.Münhasır Yetkinin İhlal Edilmemiş Olması 268
c.Hükmün Kamu Düzenine Aykırı Olmaması 268
d.Savunma Haklarının İhlal Edilmemiş Olması 274
e. Türk Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Yetkili Kıldığı Maddî Hukukun Uygulanmış Olması 275

§ IV. BÖLÜM

Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocuklara İlişkin Verilen Velâyet Kararlarının İki Taraflı Adli Yardım Anlaşmaları Kapsamında Tenfizi

I. Türkiye-İtalya Arasındaki Adli Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi 282

II. Türkiye-Avusturya Arasındaki Adli Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi 283

III. Türkiye- Tunus Arasındaki Adli Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin KararlarınTenfizi 284

IV. Türkiye-Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasındaki Adli Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin KararlarınTenfizi 285

V. Türkiye-Polonya Halk Cumhuriyeti Arasındaki Adli Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin KararlarınTenfizi 285

VI. Türkiye-Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti Arasındaki Adli Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin KararlarınTenfizi 286

VII. Türkiye-Irak Cumhuriyeti Arasındaki Adli Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin KararlarınTenfizi 287

VIII. Türkiye-Azerbaycan Cumhuriyeti Arasındaki Adli Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi 288

IX. Türkiye- Çin Halk Cumhuriyeti Arasındaki Adli Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi 289

X. Türkiye-Gürcistan Cumhuriyeti Arasındaki Adli Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi 289

XI. Türkiye-Arnavutluk Cumhuriyeti Arasındaki Adli Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi 290

XII. Türkiye-Moğolistan Arasındaki
Adli Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre,
Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların
Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi 291
XIII. Türkiye-Litvanya Cumhuriyeti Arasındaki
Adli Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre,
Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların
Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi 292
XIV. Türkiye-Ukrayna Arasındaki Adli Yardım Anlaşması
Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan
Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi 293
XV. Türkiye-Kazakistan Cumhuriyeti Arasındaki
Adli Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre,
Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların
Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi 294
XVI. Türkiye-Slovakya Arasındaki Adli Yardım Anlaşması
Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan
Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi 294
XVII. Türkiye-Moldova Cumhuriyeti Arasındaki
Adli Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre,
Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların
Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi 295
XVIII. Türkiye-Hırvatistan Cumhuriyeti Arasındaki
Adli Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre,
Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların
Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi 296
XIX. Türkiye-Bosna Hersek Arasındaki
Adli Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre,
Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların
Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi 297
XX. Türkiye-Romanya Arasındaki
Adli Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre,
Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların
Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi 298

Sonuç 300

Seçilmiş Bibliyografya

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA KAÇIRILAN VEYA ALIKONAN ÇOCUKLARIN İADESİ

GİRİŞ

İletişim ve ulaşım alanındaki gelişmeler, milletlerarası ilişkileri; ekonomik, sosyal ve kültürel alanda etkilemiştir. Bu olumlu etkileşime bağlı olarak farklı ülke vatandaşı veya farklı ülkelerde yaşayan bireyler arası ilişkilerde de yoğunluk artmıştır. Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk ilişkilerindeki bu yoğunluk aile hukuku alanında da kendini göstermiş[1] ve farklı vatandaşlıktaki eşler arasındaki evliliklerin sayısı geçmişe oranla artış göstermiştir[2].

Genellikle kişiler, benzer gelenek veya ortak dinî inanışlara sahip, aynı dili konuşan veya aynı vatandaşlığa sahip kişilerle evlenmeyi tercih ederler. Ancak ticaret ve çalışma hayatına dayalı sosyal ve kültürel alandaki entegrasyon ve etkileşim; farklı dile, dine veya kültüre sahip kişiler arasındaki evliliklerin sayısının artmasına sebebiyet vermiştir[3]. Aile hukukunun konusuna giren ve yabancılık unsuru taşıyan bu tür evlilikler, Birleşmiş Milletlerin 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisine de konu olmuştur. Bildiriye göre, evlenme çağındaki her erkek ve kadının; ırk, vatandaşlık veya dine dayalı sınırlamalar gözetilmeksizin, evlenme ve aile kurma hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte eşlere, gerek evlenirken, gerek evliliğin devamında veya evliliğin sona erme sürecinde eşit haklar tanınmıştır[4].

Uluslararası evliliklerdeki[5] artış doğal olarak yabancılık unsuru taşıyan boşanmaların da artmasına sebebiyet vermiştir[6]. Farklı vatandaşlığa sahip eşler arasında gerçekleşen bu evlilikler

---

[1] Saniya O'Brien, The Trials and Tributions of Implementing The Hague Convention on International Child Abduction: Improving Dispute Resolution and Enforcement of Parental Rights in International Arena, **The George Washington International Law Review**, Vol 35, 2003, s.197.

[2] Anna I. Sapone, Children as Pawns in Their Parents' Fight For Control: The Failure of The United States to Protect Against International Child Abduction,**Women's Rights Law Reporter**, Vol 21, Number 2, Spring 2000,s.130.

[3] Martha Winterbottom, The Nightmare of International Child Abduction: Facing The Legal Labyrinth, **Journal of International Law and Practise**,1996 Vol 5, s.495. Barbara Ullman Schwerin, The Hague Convention on International Child Abduction: A Practical Application, **Loy. L.A. International and Comparative Law Journal**, Vol 10, 1988,s.163.

[4] BM, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi madde 16. RG.27.5.1949- 7217.

[5] Uluslararası evliliklerden kasıt yabancılık unsuru taşıyan evliliklerdir.

[6] Glen Skoler, A Psychological Critique of International Child Custody And Abduction Law, **Family Law Quarterly** Vol 32, Number 3, 1998, s.557. ; Caroline LeGette, International Child Abduction and The Hague

kimi zaman etnik, kültürel veya dinî farklılıkların ön plana çıkması nedeniyle sorunlu hâle gelebilmektedir[7]. Evlilik içi sorunların yoğun yaşandığı ve içinden çıkılamaz duruma gelindiğinde ise, ayrılmaya karar veren eş çoğu zaman yaratıcı bir çözüm olarak (!) çocuklarını da yanına alarak, yaşamını bir başka ülkede sürdürmeyi tercih etmektedir. Gideceği ülkeyi belirlerken, genellikle etnik ve kültürel bağlarının bulunduğu[8], akrabalarının yaşadığı, vatandaşı olduğu, sosyal güvenlik imkanlarından veya maddî olanaklardan kolaylıkla faydalanabileceği bir ülkeyi seçmektedir.

Eşlerin, evlilik birliği devam ederken veya boşanma sürecinde kendi öz çocuklarını kaçırmaları veya alıkoymaları çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Hukuka aykırı olan bu türden bir davranış kimi zaman diğer eşi cezalandırmak,ondan intikam almak veya boşanma safhasında koz olarak kullanabilmek amacıyla, çoğu zaman da çocuğun yararına olduğu düşüncesiyle[9] gerçekleştirilmektedir. Keza eşlerden birinin, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkede yaşamaktan mutsuzluk duyması veya çocuğunu daha huzurlu, konforlu veya mutlu olacağını düşündüğü bir ortama götürmek veya orada yetiştirmek istemesi de çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesine sebebiyet vermektedir[10].

Hangi saikle hareket edilirse edilsin, yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden en fazla çocuk etkilenmektedir. Çocuk, bir yandan ayrılık veya boşanmanın yarattığı olumsuz psikoloji ile mücadele ederken, diğer yandan yerinin değiştirilmesinden kaynaklanan istikrarsızlık ve güvensizlikle baş etmeye çalışmaktadır[11]. Çocuğun, yerinin tespit edilmesini önlemek amacıyla eğitimine veya tedavisine ara verilmesi de kendisi için son derece trajik sonuçların doğmasına ve yaşanmasına sebebiyet vermektedir[12].

Convention: Emerging Practise and Interpretation of the Discretionary Exception, **Texas International Law Journal**, Vol 25, 1990,s.293.

[7] Clemens C. Laura, International Parental Child Abduction: Time For The United States to Take a Stand, **Syracuse Journal of International Law** Vol. 30 No1 2003. s. 153.

[8] Deborah M. Zawadzki, The Role of Courts in Preventing International Child Abduction, Cardozo Journal of International Comparative Law, Vol 13,2005,s. 353.

[9] Anna I. Sapone, Children as Pawns in Their Parents' Fight For Control: The Failure of The United States to Protect Against International Child Abduction,**Women's Rights Law Reporter**, Vol 21, Number 2, Spring 2000,s.130.

[10] Clemens C. Laura,International Parental Child Abduction: Time For The United States to Take a Stand, **Syracuse Journal of International Law** Vol. 30 No1 2003. s. 154.

[11] Barbara Ullman Schwerin, The Hague Convention on International Child Abduction: A Practical Application, **Loy. L.A. International and Comparative Law Journal**, Vol 10, 1988,s.164.

[12] İnci Ataman- Figanmeşe, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No:7, İstanbul,1999, s.55.

Hukuka aykırı olarak çocuğun yerini değiştiren ve kendi hayatını idame ettirmek istediği ülkeye götüren kişi, çocuğun geri alınmasını engellemek için elinden gelen her tür çabayı sarf etmektedir. Hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuk ise bir yandan farklı kültürler arasında bocalarken diğer yandan ebeveynlerini bir daha hiç birarada göremeyecek olmanın endişesini taşımaktadır[13].

Ülkelerarası yolcu taşımacılığının gelişmesi ve ucuzlaması, çocuğun birkaç saat içinde mutad meskeninden uzak bir yere götürülebilmesini kolaylaştırmaktadır[14]. Keza iletişim alanındaki global gelişmeler, otel ve uçak rezervasyonlarını oldukça kolaylaştırmıştır. Sözgelimi hukuka aykırı olarak çocuğun yerini değiştiren bir kişi, henüz seyir halindeyken uçakta yapacağı uluslararası telefon konuşması ile kalmak istediği otelin rezervasyonunu kredi kartını kullanarak yapabilmektedir. İletişim ve ulaşım alanındaki bu kolaylıklar, çocuğun yerini değiştirmek isteyen kişinin niyetinin önceden tahmin edilebilmesini oldukça güçleştirmektedir. Bireylerin daha mobil hale gelmesi, ülkelerarası sınır geçişlerinin kolaylaşması ve kimi ülke vatandaşları için vize aranmaması kişilerin hareket serbestisini kolaylaştırmaktadır. Çocuğun birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olduğu hallerde, hukuka aykırı olarak götürüldüğü ülkeye giriş yapması[15] kolaylaşmaktadır[16]. Tüm bunların yanında ülkelerarası gerçekleştirilen evliliklerin sayısındaki

[13] İnci Ataman- Figanmeşe, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No:7, İstanbul,1999, s.55.

[14] Gayle Robinson Westbrook, Law and Treaty Responses to International Child Abductions,**Virginia Journal of International Law**, Vol 20, 1980, s.670.

[15] Söz gelimi vatandaşı olduğu devletin vize aramaması bir kolaylıktır.

[16] Cara L. Finan, Convention on The Rights of The Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction, **Santa Clara Law Review**, Vol 34,1994, s. 1007,1008; Susan Mackie, Procedural Problems in The Adjudication of International Parental Child Abduction Cases, **Temple International Law and Comparative Law Journal**, Vol 10, 1996, s.446. ; Anna I. Sapone, Children as Pawns in Their Parents' Fight For Control: The Failure of The United States to Protect Against International Child Abduction,**Women's Rights Law Reporter**, Vol 21, Number 2, Spring 2000,s.131.

artışa bağlı olarak boşanma ilâmlarının diğer devletlerde tanınmasının[17] kolaylaştırılması da, çocukların kaçırılmasını veya alıkonmasını engelleyememektedir[18].

Türk Hukukunda, uluslararası alanda kaçırılan çocukların iadesini düzenleyen özel bir yasa veya özel bir düzenleme mevcut değildir. Aşağıda temas edileceği gibi, sadece bu türden fiilleri suç sayan ve cezalandıran Ceza Kanunu hükümlerimiz mevcuttur.

Uluslararası alanda kaçırılan veya alıkonan çocukların iadesi çeşitli yollarla gerçekleştirilmektedir. Hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen veya alıkonan çocukların iadesi, ilgili milletlerarası sözleşme hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilebileceği gibi, yabancı mahkemelerden sadır velâyete ilişkin ilâmların Türkiye'de tanınması ve tenfizi yoluyla da sağlanabilir. Kaçırılan veya alıkonan çocukların iadesini temine yönelik, velâyet ilâmlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen iç hukuklardaki düzenlemelerin yetersiz kalması, meseleye ilişkin çeşitli uluslararası sözleşmelerin hazırlanmasını zorunlu kılmıştır.

Uluslararası alanda kaçırılan veya alıkonan çocukların iadesi meselesini maddî hukuk temelinde doğrudan düzenleyen ve Türkiye'nin de taraf olduğu önemli bir anlaşma; "Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukukî Veçheleri Hakkında Sözleşme[19]" dir. Çalışmamızda bundan böyle "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme" için (1980 tarihli La Haye Sözleşmesi) kısaltmasını kullanacağız[20].

---

[17] Boşanmaya ilişkin ilamların tanınmasını kolaylaştırabilmek adına sözleşmeler yapılmakta veya tüzükler çıkartılmaktadır. Bkz. Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında Sözleşme (RG. 14.09.1975-15356); Council Regulation 1347/2000 of 29 May 2000 on Jurisdiction And The Recognition And Enforcement of Judgements in Matrimonial Matters And in Matters of Parental Responsibility For Children of Both Spouses (ATRG L 160, 30.06.2000 S.19-29.); Tüzük hakkında bilgi için Bkz. Bahadır Erdem, Aile Hukukuna İlişkin Davalarda Mahkemelerin Yetkisi ile Tanıma ve Tenfiz Kurallarını Düzenleyen Avrupa Konseyi Tüzüğündeki Milletlerarası Yetki Kuralları, **MHB**,Yıl 21, 2001, Sayı 1-2, s. 3-42. Tüzüğün Türkçe Tercümesi için Bkz. İlhan Dinç, Evliliğe ve Eşlerin Ortak Çocukları Üzerindeki Velâyetine İlişkin Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 29 Mayıs 200 Tarih ve 1347/2000 Sayılı AB Konsey Tüzüğü, **MHB**, Yıl 24, Sayı 1-2, 2004, s.801-822.

[18] Lawrence H. Stotter, The Light at The End of The Tunnel: The Hague Convention on International Child Abduction Has Reached Capitol Hill, **Hastings International and Comparative Law Review**, Vol 9, Year 1985-1986, s. 292.

[19] Sözleşme metninin yayınlandığı RG. 15.02.2000-23965. 3.11.1999 Tarih ve 4461 Sayılı onayı uygun bulma kanunun yayınlandığı RG. 11.11.1999-23873.

[20] Sözleşmeye Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Avusturya, Avusturalya, Arjantin, Bahamalar, Belçika, Belarus (Beyaz Rusya), Belize, Bosna-Hersek, Brezilya, Bulgaristan, Burkina-Faso, Çek Cumhuriyeti, Çin Halk Cumhuriyeti, Danimarka, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator, Estonya, El Salvador, Guatamela, Gürcistan, Güney Afrika Cumhuriyeti, Finlandiya, Fiji, Fransa, Hırvatistan, Hollanda, Honduras, İngiltere, İrlanda, İsrail, İtalya, İspanya, İsviçre, İsveç, İzlanda, Kanada, Kolombiya, Kosta-Rika, Litvanya, Letonya, Lüksembourg, Mauritius, Macaristan, Malta, Makedonya Cumhuriyeti, Meksika, Moldova, Monako, Nikaragua, Norveç, Özbekistan, Panama, Paraguay, Peru, Polonya, Portekiz, Romanya, Saint Kitts ve Nevis, Sırbistan ve Karadağ, Slovakya, Slovenya, Srilanka, Şili, Tayland, Trinidad ve Tobago, Türkmenistan, Türkiye, Uruguay, Venezuela, Yeni Zelanda, Yunanistan

Çalışmamızda, 1980 tarihli La Haye Sözleşmeden başka konumuzla ilgili çocukların iadesini düzenleyen diğer milletlerarası sözleşmeleri de inceleyeceğiz.

Hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen veya alıkonan çocukların velâyetine ilişkin verilen yabancı ilâmların tenfizini düzenleyen 2675 sayılı yasanın ilgili hükümleri konumuzla sınırlı olarak incelenmeye çalışılacaktır. Çocukların iade edilmesine imkan tanıyan yabancı velâyet ilâmlarının tanınması ve tenfizi şartları incelendikten sonra, Türkiye'nin birtakım devletlerle akdettiği mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin iki taraflı anlaşma hükümleri de incelenecektir.

Konunun Kapsam ve Sınırları

Çalışma konumuz esas olarak, uluslararası alanda hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen veya alıkonan çocukların velâyet veya vesâyet sahibine iade edilmesidir. Çocuğun iadesi için uluslararası sözleşmelerde öngörülen iade sebepleri ile birlikte iade usulleri incelenecektir. Bunun yanında boşanmış eşlerin, çocukları ile kişisel ilişki kurma hakları da incelenecektir. Bu hakkın etkin olarak kullanılamaması halinde bunun yeniden tesisini sağlayan hukukî imkânlara yer verilecektir.

Konu, Türkiye'nin taraf olduğu ve olmadığı ilgili uluslararası sözleşme hükümleri çerçevesinde ele alınacak bunu takiben iç hukuktaki düzenlemeler incelenecektir. Zira çocuğun iadesi için sözleşmelerde aranan kimi şartlar, velâyet veya vesâyete ilişkin ilâmların Türkiye'de tenfizi için gerekli şartlardan daha ağırdır. Sözleşmelere dayanarak çocuğun iadesini temin edemeyen kişi, her zaman için Türk mahkemelerinde velâyete ilişkin yabancı ilâmın tenfizi için dava açabilecektir. Yabancı ülke mahkemelerinden alınan velâyet veya vesâyete ilişkin ilâmların, Türk mahkemelerinde tenfizi gerek MÖHUK hükümlerine gerekse Türkiye'nin imzalamış olduğu iki taraflı adlî yardım anlaşmaları çerçevesinde ele alınıp, incelenecektir.

---

ve Zimbabve taraf bulunmaktadır. Taraf olan devletlerin güncel listesi için Bkz. www.hcch.net (Erişim Tarihi Haziran 2007)

Çocukların Kaçırılmasının veya Alıkonmasının Ceza Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi

Çocuğun, haksız alıkonmasından veya yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden kaynaklanan cezaî sorumluluk veya çocuğun insan ticareti amacıyla kaçırılması[21] çalışma alanımızın dışında kalmaktadır. Ancak konumuzla ilgili olması bakımından Türk Ceza Kanunundaki[22] ilgili düzenlemeye ana hatları ile kısaca değinmek istiyoruz. TCK.'nın 234. maddesi çocuğun kaçırılması ve alıkonması durumunda uygulanacak ceza müeyyidesini düzenlemektedir. Madde hükmüne göre velâyet yetkisi elinden alınmış olan ana veya baba ya da üçüncü derece dahil kan hısmı, onaltı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırır veya alıkoyar ise, üç aydan bir yıla kadar hapisle cezalandırılacaktır. Şayet bu fiiller, cebir veya tehdit kullanılarak işlenir veya çocuk henüz oniki yaşını bitirmemiş ise, verilecek ceza bir katı oranında arttırılır. Madde hükmünde belirtilen cezanın uygulanabilmesi için öncelikle çocuğun, anne, baba veya 3. dereceye kadar olan kan hısımlarınca hukuka aykırı olarak kaçırılması veya haksız olarak alıkonması gerekir. Keza bu kişilerin fiilin işlendiği tarih itibariyle, kaçırılan çocuk üstünde velâyet veya vesâyet hakkına hukuken sahip olmamaları da gerekir. Soy esası bakımından bir kısıtlama öngörülmediği için 3.dereceye kadar olan usul ve füru madde kapsamındadır. Çocuğun, bu kişiler dışındaki kimselerce kaçırılması veya alıkonması halinde ise farklı bir suç olan "kişiyi hürriyetinden yoksun kılma"[23] suçu işlenmiş olur.

TCK madde 234'te öngörülen suçun gerçekleşmesi için aranan diğer bir şart ise çocuğun onaltı yaşını tamamlamamış olmasıdır. TCK'nın 6. madde hükmünün (b) bendinde çocuğun tanımı yapılmıştır. Madde hükmüne göre onsekiz yaşını doldurmayan kişi çocuktur. Oysa incelediğimiz 234. madde hükmünde suçun mağduru olan çocuk için özel bir yaş öngörülmüştür. Madde hükmünde öngörülen onaltı yaşın tercih edilmesinin sebebi ise madde gerekçesinden anlaşılamamaktadır.

Madde hükmüne göre, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen veya haksız olarak alıkonan çocuk onüç yaşından gün almamış ise, suçun cezası bir katı oranında ağırlaştırılacaktır. Madde hükmü kaleme alınırken, oniki ve onaltı yaş sınırının hangi gerekçelerle tercih edildiği madde

[21] Çocuğun insan ticareti amacıyla kullanılması TCK.'da bir suç olarak öngörülmüştür. Bkz. TCK. Madde 80/3.
[22] 5237 Sayılı Kanun için Bkz. RG. 12.10.2004 – 25611.
[23] Bkz. TCK. Madde 109. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu çocuğa karşı işlendiğinde madde 109/f bendi gereği verilecek ceza bir katı oranında arttırılacaktır.

gerekçesinden anlaşılamamaktadır. Bu yaş sınırlarının hangi kriminolojik ve istatistiki veriler gözönünde alınarak saptandığı veya ilgili uluslararası sözleşmelerde belirtilen yaş aralıkları ile uyumlu olup olmadığı madde gerekçesinden anlaşılmamaktadır.

Madde 234 hükmünün öngördüğü son bir şart ise; çocuğun, hukuken bakım ve gözetimini üstlenen veli,vasi veya yetkili kurumdan cebir veya tehdit kullanılarak veya kullanılmaksızın kaçırılması veya haksız olarak alıkonmasıdır. TCK'nın 234. madde hükmünden açıkça anlaşıldığı kadarıyla cezaî sorumluluk için çocuğun velâyet yetkisine sahip kişinin yanından kaçırılması veya alıkonması gerekmektedir. Çocuk üzerinde önceden velâyet yetkisine sahip olunmakla birlikte sonradan açılan yeni bir velâyet davası ile velâyet yer değiştirebilir. Ancak, önceki velâyet kararına binaen çocuğu yanında bulunduran kişi mahkemece verilen yeni karara uymayıp çocuğu yanında alıkoymaya devam edip, iade etmez ise 234. madde hükmü yine uygulama alanı bulacaktır.

Konumuz bakımından cezaî sorumluluğun doğabileceği diğer bir hal de İcra İflas Kanunundan kaynaklanmaktadır. Kanunun 341. madde hükmü uyarınca, çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen[24] veya yerine getirilmesini engelleyen kişi, lehine hüküm tesis edilen kişinin şikayeti üzerine altı aya kadar hapis cezasına çarptırılabilir. Hapis cezasının tatbikine başlandıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirilir ise kişi tahliye edilecektir.

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Kanun Tasarısının[25] 25.maddesinde, çocuğun iadesi veya şahsi ilişki kurulmasına dair ilâmların icrası sırasında çocuğu gizleyen veya ilâmın icrasından sonra tekrar kaçıran taraf ile bu fillere iştirak edenler veya kanuna uygun yapılan tebliğ, tedbir ve emirlere uymayanlar hakkında, lehine hüküm verilen kişinin şikayeti üzerine İİK'nun 341. maddesindeki cezanın uygulanacağı belirtilmiştir.

Cezaî sorumluluğun doğabileceği son bir hal ise tedbir kararlarına riayet edilmemesi durumunda söz konusu olabilir. Velâyete ilişkin yargılama devam ederken mahkemece, tedbir

[24] İİK.'nun 25. maddesinin (a) bendine göre - (Ek madde: 18/02/1965 - 538/15 md.) Çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra memuru, küçüğün ilam hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını; aksi halde ilâm hükmünün zorla yerine getirileceğini borçluya 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ eder. Borçlu bu emri yerine getirmez ise ilâm hükmü, alacaklının şikayeti üzerine zorla yerine getirilir. Bununla birlikte İİK. 25. maddesinin (b) bendine göre - (Ek madde: 17/07/2003 - 4949 S.K./7. md.) Çocuğun teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrası, icra müdürü ile birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde ise bir eğitimcinin hazır bulunması suretiyle yerine getirilecektir.

[25] Tasarı için Bkz. www. tbmm.gov.tr Dönem ve yasama yılı 22/3 Esas Numarası 1/1101.(Erişim Tarihi Haziran 2007)

olarak çocuğun geçici olarak bir kimsenin himaye ve gözetimine bırakılmasına karar verildiği hallerde, bu kararın gereğini yerine getirmeyenler hakkında Hukuk Usulü Muhakemeleri Hakkında Kanunun[26] 113. maddesinin (a) bendi uygulama alanı bulacaktır. Madde hükmüne göre ihtiyatî tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen emre uymayan veya o yolda alınmış tedbire aykırı davranışta bulunan kişinin eylemi TCK.'ya göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, ait olduğu ceza mahkemesince bir aydan altı aya kadar hapisle cezalandırılır.

§ I. BÖLÜM

I. 1980 TARİHLİ ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMALARININ HUKUKÎ VEÇHELERİ HAKKINDA SÖZLEŞME (1980 tarihli La Haye Sözleşmesi)

A. Sözleşmenin Hazırlık Süreci

La Haye konferansı daimi bürosu, 1970'lerin başından beri, çocukların uluslararası alanda ebeveynleri tarafından kaçırılmalarından kaynaklanan hukukî sorunların üstesinden gelebilmek için çeşitli çalışmalar yürütmekteydi. Ancak bu konuya ilişkin somut adımların atılabilmesi amacıyla Özel bir Komisyonun kurulması Ocak 1976 yılında kararlaştırılmıştır. Uluslararası platformdaki çocuk kaçırmaları sorununun o yıl için öngörülen takvime alınması talebi, daha öncesinde de Küçüklerin Ülkelerarası Evlât Edinilmesi Hakkında Sözleşme tasarısını kaleme alan Kanadalı uzman Bradbrooke Smith tarafından talep edilmişti. Bu talebin, kabul görmesi üzerine, genel sekreter vekili Georges Droz bu işi üstlenmiş ve Ekim 1976 yılında gerçekleştirilen 13. olağan toplantıda[27] hazırladığı ilk tasarıyı sunmuştur. Bu toplantıdaki müzakereler sonucu, klasik Devletler Özel Hukuku yaklaşımı ile hareket edilerek, velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi yoluyla uluslararası çocuk kaçırmalarının yarattığı hukukî sorunların üstesinden gelinemeyeceği öngörülmüştür. Bu düşünceden hareketle, yerel yetkili makamlar arasında sağlanacak sıkı işbirliğinin, sorununun

[26] 1086 Sayılı Kanun için Bkz. RG.02,03,04.07.1927-622,623,624.
[27] La Haye Konferanslarının 13.Olağan toplantısında 14 Mart 1978 tarihli Evlilik Bağının Kuruluş ve Tanınmasına İlişkin Sözleşme ile birlikte 14 Mart 1978 tarihli Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme kabul edilmişti.

üstesinden gelinmesi bakımından daha etkili bir yöntem olacağı görüşünde mutabakata varılmıştır.[28].

13. Olağan toplantıda kabul edilen prensiplerden yola çıkarak Sözleşme tasarısının yeniden kaleme alınması amacıyla toplanan Özel Komisyon ilk olarak 1979 yılının Mart ayında bir araya geldi. İngiltere'yi temsilen A. E. Anton başkan olarak seçilirken, Kanada'dan H.A. Leal başkan yardımcısı ve İspanya'dan Mlle E. Pérez- Vera da raportör olarak seçildi. Komisyondaki uzman ve uygulamacılar dört temel konuyu öncelikli mesele olarak kabul ettiler. Bunlar sırasıyla yargı kararlarının tanınması ve tenfizi, çocuğun iadesi, usul prosedürlerinin uyumlaştırılması ve idari işbirliğinin daha da güçlendirilmesidir[29].

Müzakereler esnasında, kimi hukuk sistemlerinde velâyet hakkının özel olarak ihdas edilen aile mahkemelerinde görülüyor olmasının, yeknesak bir usul prosedürünün oluşturulmasında ciddi bir engel oluşturduğu belirtilerek böyle bir sözleşmeyi uluslararası platformda uygulanabilir kılmanın birçok güçlüklere zemin hazırlayabileceği dile getirilmişti[30].

Bu sorunun üstesinden gelebilmek amacıyla dikkatler yeniden velâyete ilişkin yabancı kararların tanınması ve tenfizine odaklandı. Fakat bu yaklaşım da görüş birliğini temine yönelik zemini oluşturamamıştır. Bu konudaki görüş farklılığı, tenfizdeki temel yaklaşımın (kriterin) ne olacağı noktasında ortaya çıkmıştır. Tartışmalar iki temel görüş etrafında odaklanmıştır. Bir görüş, çocukların velâyetine ilişkin kararların tenfizini, mümkün mertebe nadir istisnalar tanıyan şartlara bağlamayı uygun görürken diğer görüş taraftarları ise mahkemelere, velâyete ilişkin tenfiz davalarında, olayın özelliklerine göre çocuğun en üst derecede menfaatini gözetecek bir takdir hakkının tanınması gerektiğini savunmaktaydılar. Delegeler zamanla, sorunun çözümü için velâyete ilişkin kararların tenfizine odaklanmanın yerinde olmadığı sonucuna vardılar. Çünkü, velâyete ilişkin kararlar tenfiz edilirken, tenfize konu olan karar hükümden düşmüş olabilmekte ve kimi zaman da fillî durumu yansıtmayabilmekteydi; hatta çocuk üzerinde geçerli bir velâyet yetkisinin bulunmama ihtimali bile söz konusu olabilirdi. Sonuç olarak Komisyonun özel raporunda tanıma ve tenfiz ile ilgili bir hususa yer verilmemesi uygun bulundu.

---

[28] Paul R. Beaumont / Peter E. McEleavy, **The Hague Convention on International Child Abduction**, Oxford Universitesi Yayını, 1999, sayfa 17.

[29] Paul R. Beaumont / Peter E. McEleavy ,s.18.

[30] Nitekim 1996 tarihli Çocukların Korunmasına İlişkin La Haye Konvansiyonu velâyet hakkına ilişkin yargılamaları düzenlemek amacıyla çıkarılmış ise de istenilen başarıya henüz ulaşılâmamıştır. Ancak sözleşmeye taraf olacak devletlerin sayısının giderek artacağına duyulan inanç halen korunmaktadır.

Komisyon üyeleri, meselenin hallinde ülkelerarası idarî işbirliğini güçlendirmek amacıyla merkezî makamların ihdas edilmesi gerektiği görüşünde hemfikirdiler. Aynı zamanda taraf devletlerden birinde mutad meskeni olan çocuğun, diğer bir âkit devlete kaçırılması veya diğer bir âkit devlette alıkonulması durumunda, çocuğun yasal velisi veya vasisinin (velâyet hakkı sahibi) altı ay içinde merkezi makamlara başvurarak, çocuğun iadesini talep edebilecek olması üzerinde fikir birliğine varılan diğer bir önemli hususstu. Bununla birlikte iade talebi, çocuğun menfaatine halel getirdiği ölçüde reddedilebilecekti[31].

Yoğun müzakereler neticesinde yukarıda belirtilen çerçevede hazırlanan nihaî metin 25 Ekim 1980 tarihli oturumda kabul edilmiş ve kısa zaman sonra Kanada, Fransa, Yunanistan ve İsviçre devletleri tarafından imzalanmıştır.

B. Sözleşmenin Diğer La Haye Sözleşmelerinden Farkları

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme[32] diğer La Haye sözleşmelerine göre bir kaç noktada farklılık göstermektedir. Şöyle ki; La Haye sözleşmelerinde "kamu düzeni" kriteri sözleşme hükümlerinin engellenmesini veya uygulanmasını bertaraf eden bir prensip iken, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nde bu kritere yer verilmemiştir. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi, tasarısını kaleme alanlar sözleşmenin etkin olarak uygulanmasını temin için bu türden bir ret imkanının tanınmaması gerektiğini savunmuşlardır. Kamu düzeni gibi genel bir prensibin kabulünün sözleşmenin uygulanırlılığını zayıflatacağı endişesiyle bu yöndeki bir ihtirazı kaydı hariç tutmak istemişlerdir. Komisyonda, kamu düzeni anlayışından hareketle çocuğun iadesinin, talepte bulunulan devletin aile ve çocuk hukukunun temel prensipleri ile bağdaşmaması halinde reddedilebileceği ilkesi kabul edildi[33]. Bundan sonra yoğun bir lobi çalışması başladı ve 21 Ekim 1980 tarihli oturumda on devletten sekizinin onayı ile bu ibare değiştirildi. Nihaî düzenleme olarak iade talebinin reddi için çocuğun geri gönderilmesinin "temel insan hak ve hürriyetlerini ihlal" [34] eder nitelikte olması şartı arandı.

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin bir başka özelliği de Sözleşme hükümlerine, sınırlı olarak çekince koyulabilmesidir. Çocuğun iadesine imkan tanıyan haller 1980 tarihli La Haye

[31] Paul R. Beaumont / Peter E. McEleavy ,s.19.
[32] Sözleşme Metninin Yayınlandığı RG. 15.02.2000-23965
Onayı Uygun Bulma Kanunu No: 4461 RG.11.11.1999-23873.
[33] Paul R. Beaumont / Peter E. McEleavy , s.22-23.
[34] Çocuğun, 12. madde hükümleri uyarınca geri dönmesi, talepte bulunulan Devletin insan haklarının korunması ve temel hürriyetlerine ilişkin ilkeleri izin vermiyor ise, reddedilebilir. (Sözleşme madde 20.)

sözleşmesi'nin etkin olarak uygulanabilmesi amacıyla oldukça sınırlı tutulmuş ve çekince koyulabilecek maddeler kısıtlanmıştır.[35].Sözleşmenin 42. madde hükmü gereğince, âkit devletler ancak 24. madde ile 26. maddenin 3. fıkrası hükümlerine çekince koyabilme hakkını haizdirler. İlgili madde hükümleri dışında diğer hiçbir madde hükmü için Sözleşmeye çekince koyulamaz. Türkiye, Sözleşmeyi onaylarken 26. maddenin 3. fıkrasına binaen, "mahkeme masraflarından veya kanunî danışman ve müşavirlerin katılımından doğan masraflar ile çocuğun iadesi sebebiyle doğan masrafları üstlenmeyeceğini" belirten çekinceyi koymuştur[36].

C. Sözleşmede Kullanılan Hukukî Kavramlar

Öncelikle belirtmeliyiz ki, Sözleşmenin başlığı yanıltıcıdır[37]. Zira 1980 tarihli La Haye sözleşmesi sadece çocuk kaçırmalarını ele almamaktadır. Bunun yanında çocukların hukuka aykırı olarak alıkonması da düzenlenmektedir[38]. Bu nedenle 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nden bahsedildiği zaman hem hukuka aykırı yer değiştirme hem de hukuka aykırı alıkonma anlaşılmalıdır.

Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan "koruma hakkı" ingilizce metnindeki "rights of custody' terimine karşılık gelmektedir. İngilizce metindeki terimin Türkçe karşılığı olan "velâyet hakkı"nın Sözleşme'nin resmî tercümesinde tercih edilmemesi kanaatimizce oldukça yerindedir. Zira 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nde öngörülen "koruma hakkı" iç hukuklardaki velâyet hak ve sorumluluğundan tamamen bağımsızdır[39]. Sözleşmenin Türkçe tercümesinde bu farklılığa dikkat çekmek amacıyla -haklı ve doğru olarak- velâyet hak ve sorumluluğu yerine "koruma hakkı" terimi tercih edilmiştir.

Sözleşmeyi konu alan eserler incelendiğinde, çoğunlukla "koruma hakkı" terimine itibar edilmediği görülmektedir. Özellikle Sözleşme metninin Resmî Gazetede yayınlanmasından sonraki tarihlerde yazılan kimi eserde "koruma hakkı" yerine "velâyet hakkı" ifadesi tercih

---

[35] Çekince koyulabilecek maddeler için Bkz. Sözleşme madde 24. ve madde 26/3. Sözleşmenin 42. maddesinde bu hususlardan başka hiçbir çekincenin ileri sürülemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Türkiye, sözleşmeyi 26 ncı maddesinin 3 üncü paragrafına çekince koyarak, onaylamış ve uygun bulmuştur. Buna göre;Türkiye Cumhuriyeti, mahkeme masraflarından veya kanunî danışman ve müşavirlerin katılımından doğan masraflar ile çocuğun iadesi sebebiyle doğan masrafları üstlenmeyecektir.

[36] 3.11.1999 Tarihli ve 4461 sayılı Onayı Uygun Bulma Kanunu için Bkz. RG. 11.11.1999-23873.

[37] Ronald P. Sokol, French Enforcement of The Hague Convention on International Child Abduction: A Case Study,**Tulane Journal of International Law and Comparative Law**, Vol 11, 2003,s.223.

[38] Bkz. Madde 1/a hükmü.

[39] Merle H. Weiner, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, **Fordham Law Review**, Vol 69,2000,s.636.

edilmiştir[40]. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin uygulanmasına ilişkin çıkartılan Bakanlık genelgesinin[41] ikinci bölümünün 5. paragrafında da koruma hakkına karşılık gelmek üzere velâyet hakkı terimi kullanılmıştır. Bunun yanında Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden evvel yazılmış kimi eserde de benzer olarak "velâyet hakkı" kullanıla gelmiştir[42]. Keza Sözleşmenin resmî tercümesinden evvel yapılan serbest tercümelerde de "velâyet hakkı" teriminin kullanıldığı görülmektedir[43]. Buna karşın doktrinde kimi yazar koruma hakkına karşılık gelmek üzere bakım ve gözetim hakkından bahsetmiştir[44]. Bütün bu görüşlerden farklı olarak doktrinde[45] Sözleşmenin Resmî Gazetedeki Türkçe tercümesine sadık kalarak "koruma hakkını" kullanmayı tercih eden yazarlar da bulunmaktadır.

Sözleşmenin öngördüğü "koruma hakkı" nev-i şahsına münhasır nitelikte bir kavramdır[46]. Sözleşmeyi kaleme alanlar, madde hükmünde öngörülen kavramın iç hukuklardaki "velâyet hakkı" ile karıştırılabileceği[47] ve karşılaştırılabileceği düşüncesiyle hakkın içeriğini vermekle yetinip tanımını yapmaktan özellikle kaçınmışlardır. Sözleşmenin resmî tercümesi yapılırken bu hususa dikkat edilerek, iç hukukumuzda yer alan "velâyet hakkı"[48] ile karıştırılmaması için "koruma hakkı" ifadesine özellikle yer verilmiştir. Nitekim İhtisas Komisyonunun Ocak 1993 tarihli ikinci toplantısına ilişkin Raporunda da Sözleşmenin esas gayesini ifade etmek amacıyla kullanılan kavramların millî hukuklardaki kavramlara karşılık gelmediği açıkça belirtilmiştir.

---

[40] Burak Huysal, **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.208.; Mehlika Aytaç, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar, **Adalet Dergisi**, Yıl 96, Eylül 2004, Sayı 20,s.38 ; İlknur Altuntaş, **Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi**, Ankara, 2006, s.17. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, **Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma**,Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006, s.151 vd.

[41] Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün 01/01/2006 tarih ve B.03.0.UİG.0.00.00.06/010.06.02/3 sayılı 65 nolu Genelgesi.

[42] İnci Ataman- Figanmeşe, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, s.64.

[43] Sözleşmenin Türkçe tercümesi için Bkz.Nihal Uluocak, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair Sözleşme, **MHB** Yıl 16 Sayı 1-2, 1996,s.304.

[44] Bilgin Tiryakioğlu, **Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku**, T.C Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Ankara, 1991, s.47.vd.

[45] Günseli Öztekin Gelgel, Devletler Özel Hukukunda Velâyet- Çocuk Kaçırmaları-Evlât Edinmeye İlişkin Problemler, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları** No:18, 2006, s.104.

[46] Linda Silberman, Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis, **Family Law Quarterly** Vol 28, 1994 , s.17. Ayrıca Bkz. Paul R. Beaumont / Peter E. McEleavy, s. 262. dn 68.

[47] İnci Ataman- Figanmeşe, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, s.64, s.65 dn 25.; Mehlika Aytaç, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar, **Adalet Dergisi**, Yıl 96, Eylül 2004, Sayı 20,s.38. Burak Huysal, **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.208.

[48] Bkz. TMK. Madde 335-351.

Keza, doktrinde de, Sözleşmede yer alan "koruma hakkının iç hukuklardaki hiçbir düzenlemeye karşılık gelmeyeceği açıkça belirtilmiştir[49].

İç hukukumuzda kullanılan velâyet, çocuğun şahsının ve mallarının korunmasını[50] kapsarken, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi, sadece çocuğun şahsının korunması ve bakımını dikkate almaktadır. Çocuğun mallarıyla hiçbir şekilde ilgilenmemektedir.

Sözleşmede öngörülen koruma hakkının, Türk Medenî hukukundaki velâyet hakkından farklı olduğunu açıkça vurgulamak amacıyla biz de resmi tercümedeki kavramı kullanmayı tercih ediyoruz.

Sözleşmenin 5.maddesinin (b) bendinde geçen "ziyaret hakkı" kavramı ise çocuğun, sınırlı bir süre için, mutad meskeninden alınıp başka bir yere götürülme hakkını ifade etmek için kullanılmıştır. Çalışmamızda, resmî tercümede yer verilen "ziyaret hakkı" ifadesine karşılık gelmek üzere "çocukla kişisel ilişki kurma hakkı"nı kullanmayı tercih ettik. Kanaatimizce çocuğun sınırlı bir süre için mutad meskeninden ayrılarak diğer bir âkit devlete götürülmesindeki amaç; koruma hakkına sahip olmayan kişiyi ziyaret etmek[51] değil o kişiyle şahsî ilişkide bulunabilmektir. Koruma hakkına sahip olmayan taraf her zaman için mektupla, telefonla veya doğrudan çocukla temas kurabilir. Kanaatimizce, çocukla doğrudan temasta bulunarak kurulan ilişki ziyaretten ziyade kişisel ilişki kurma hakkıdır. Her ne kadar "ziyaret hakkı" sözleşmenin 5. maddesinde çocuğun sınırlı bir süre için mutad meskeninden başka bir yere götürülmesi olarak tanımlanmış ise de "ziyaret hakkı" yerine madde içeriğini hukuken daha iyi ifade ettiğini düşündüğümüz "kişisel ilişki kurma hakkı" terimini kullanmayı uygun görüyoruz. Nitekim konuyla ilgili birçok eserde [52] de "ziyaret hakkı", çocukla şahsî ilişki kurma hakkı olarak ifade

---

[49] Nigel Lowe / Mark Everall / Michael Nicholls, **International Movement of Children**, Family Law,2004, s. 208.

[50] Bkz. TMK. Madde 352.

[51] "Ziyaret etmek", sözlük anlamı itibariyle kişiyi görebilmek için bir yere gitmek anlamına gelmektir.Bkz. Ayverdi İlhan,Misallî Büyük Türkçe Sözlük, Cilt 2, Kubbealtılugatı,2005,s.3511. Oysa "kişisel ilişki kurma", çocuğu görmenin çok ötesinde onunla münasebete geçmek, ona karşı ilgi ve alâka göstermek, onunla belli bir zaman dilimini, fiziken biraraya gelerek birlikte paylaşabilmek demektir. Kişiyi görmek anlamına gelen "ziyaret" bugünkü teknolojik alt yapı sayesinde kişinin bulunduğu yere gitmeksizin de gerçekleşebilir. Söz gelimi, çocukla ile ebeveyni, internet üzerinden veya 3G destekli mobil telefon vasıtasıyla karşılıklı olarak görüntülü konuşma yapabilirler. Oysa 1980 tarihli La Haye sözleşmesi, anlamında ziyaret hakkı ile kastedilen, çocuğun salt görülmesi değil, bilakis onunla fizikî olarak temasa geçmek, ona karşı ilgi ve alaka göstermektir.

[52] İnci Ataman- Figanmeşe, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, s.76.; Mehlika Aytaç, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar, **Adalet Dergisi**, Yıl 96, Eylül 2004, Sayı 20,s.56. Burak Huysal, **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, İstanbul, 2005, s.215; Günseli Öztekin Gelgel, Devletler Özel Hukukunda Velâyet- Çocuk Kaçırmaları- Evlât Edinmeye İlişkin Problemler, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları** No:18, 2006, s.110 ; İlknur Altuntaş, **Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi**, Ankara, 2006, s.18.

edilmiştir. Bakanlık Genelgesinde[53] de "ziyaret hakkı" yerine "şahsî ilişki kurma hakkı" ifadesine yer verilmiştir. Buna mukabil resmî tercümeden evvel yapılan kimi serbest tercümede "ziyaret hakkı" teriminin kullanıldığı da görülmektedir[54].

Yeni hazırlanan uluslararası sözleşmelerde de "Ziyaret Hakkı" teriminin yerini "kişisel ilişki kurma hakkına" bıraktığı görülmektedir. Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan 2003 tarihli yeni bir sözleşmede de ziyaret hakkı yerine kişisel ilişki kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin başlangıç kısmının 9. paragrafında[55] bu husus açıkça dile getirilmiştir.

Koruma hakkına sahip olmayan kişi tarafından çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesi; sözleşmede "çocuğun götürülmesi" olarak ifade edilmiştir. Diğer bir deyişle, çocuğun götürülmesi, çocuğun mevcut mutad meskeninden hukuka aykırı olarak uzaklaştırılması anlamındadır. Keza "alıkoyma" ise, ziyaret hakkına binaen çocukla kişisel ilişki kuran ve koruma hakkına sahip olmayan kişinin, öngörülen süre sonunda çocuğu mutad meskenine iade etmeyip, kendi yanında hukuka aykırı olarak tutmasıdır.

Tezimizde çocuğu ifade edebilmek için "küçük" terimi yerine "çocuk" terimini kullanmayı tercih ettik. Gerek Sözleşmenin Türkçe tercümesinde gerek iç hukukta ve kanunlarımızda ağırlıklı olarak "çocuk" terimi kullanıldığından biz de bu terime sadık kalmayı uygun gördük. Nitekim çocuklara ilişkin yeni La Haye Sözleşmelerinde ve kanunlarımızda çocuk terimi giderek yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır. Örneğin Ebeveynlerin Sorumluluğu ile Çocukların Korunmasına İlişkin Alınacak Tedbirler Hakkında Mahkemelerin Yetkisi, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanınması ve Tenfizi Konusunda İşbirliğine Dair 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesi "küçükler" terimi yerine "çocuklar" terimini kullanmayı tercih etmiştir. "Küçük" teriminin hangi hukuka göre tespit edileceği konusunda bir kanunlar ihtilâfı kuralının varlığına gereksinim duyulması "küçükler" teriminin terk edilmesine sebebiyet vermiştir[56].

---

[53] Bkz. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün 01/01/2006 tarih ve B.03.0.UİG.0.00.00.06/010.06.02/3 sayılı 65 nolu Genelgesinin II. Bölümünün (6) numaralı paragrafı.

[54] Sözleşmenin Türkçe tercümesi için Bkz.Uluocak Nihal, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair Sözleşme, MHB Yıl 16 Sayı 1-2, 1996,s.304.

[55] Sadece ana babanın değil çocukların da hak sahibi olduğu kabul edilerek "çocuklara yönelik ziyaret hakkı" kavramının "çocuklara ilişkin kişisel ilişki" kavramı ile değiştirilmesi uygun görülmüştür.

[56] Bilgin Tiryakioğlu, Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme,Nihal Uluocak'a Armağan,s.383.

Sözleşmenin Türkçe metninde sıklıkla kullanılan ve hatalı olarak Türkçeye tercüme edildiğini düşündüğümüz "mutat ikametgâh"[57] yerine mutad mesken kavramını kullanacağız. Türk Devletler Özel Hukuku terminolojisinde mutad mesken, ikametgâhdan farklı ve ondan bağımsız bir kavram olarak kullanıla gelmektedir[58].

Çalışmamızda, ayrıca iç hukukta ana babanın çocukla olan ilişkilerini düzenleyen "velâyet hakkı"[59] terimine karşılık olarak "velâyet sorumluluğu" terimini kullanmayı tercih ettik. Velâyet, evlilik içi veya evlilik dışı doğan küçük veya bazen de kısıtlı ergin üzerinde anne ve(ya) babanın, sahip olduğu hak ve yükümlülükler bütünüdür. Bu itibarla doktrinde velâyet, salt bir hak olarak algılanmadığı gibi yalnızca sorumluluk olarak da kabul edilmemektedir[60]. Velâyet, asıl olarak çocuğun korunması için öngörülmekle birlikte aynı zamanda ana ve(ya) babanın anayasal ağırlıklı bir hakkı olarak da kabul edilmektedir. Ana, baba velâyet hakkına dayanarak, başkalarının çocukla ilişki kurmalarını veya çocuğu alıkoymalarını engelleyip yasaklayabilir[61].

Velâyet, çocuğa bağımsızlık kazandırılması, güvenliğinin korunması ve gerçekleştirilmesine yönelik bir hizmet olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple velâyet bunu kullananın değil, çocuğun yararına ana-babaya tanınan bir yetki olarak algılanmaktadır.Bu noktada çocuk, velâyetin gereği gibi yerine getirilmemesi hakkına sahip olarak ana babanın karşısına çıkar[62]. Ana-baba bir nevi, çocuğun yararına hareket eden yasal temsilcidir[63]. Nitekim TMK'nın 348. maddesinin 1. bendinde[64] açıkça "velâyet görevinden" bahsedilmiştir.

---

[57] Bkz. Madde 3,4,5,8,13,14,15,31.

[58] Bkz. Nomer, Devletler Hususî Hukuku, 14. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2006,s.123 ; Çelikel Aysel, Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, 2004,s.59; Tekinalp Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları,İstanbul,2006,s.51; Uluocak Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul, 1989,s.15.

[59] Velâyet hakkı kavramı, Roma hukukunun "baba hakimiyeti" kavramını anımsatması nedeniyle 1980 yılında yapılan değişiklikle Alman Medenî Kanunu'ndan çıkarılarak yerine "ana-baba ihtimamı" (elterliche sorge) kavramı kullanılmıştır. Buna mukabil, İsviçre, çocuk hukuku reformunda "velâyet yetkisi"(elterliche gewalt) kavramını kullanmayı tercih etmiştir. (Akyüz Emine, **Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması**, Ankara, 2000, s.238 dn 3. naklen)

[60] Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, 2005,s.250 ; Turgut Akıntürk, **Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku**, 2. Cilt, 9.Bası, Ankara, İstanbul, 2004,394.

[61] Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, 2005,s.251.

[62] Hülya İmamoğlu, Yeni Medenî Kanunundaki Düzenleme ve Velâyete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2005 C.54, s,166.

[63] Emine Akyüz, Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Ankara, 2000, s.237.

[64] TMK. md 348/1. "Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle **velâyet görevini** gereği gibi yerine getirememesi" velâyetin kaldırılması sebeplerinden biridir.

Doktrinde velâyeti mutlak hak olarak kabul edenler[65] olduğu gibi mutlak-nispi hak karması ve kırması olarak kabul edenler de bulunmaktadır[66]. Velâyet, modern düşünceye göre çocuğun korunmasını sağlayan bir kurumdur ve çocuğu gelecekteki yaşama hazırlamak amacıyla anne ve babaya verilmiş olan hukukî bir görev olarak kabul edilmektedir. Bu görev çocuğun zararına kullanılmamak şartıyla ebeveynlere verilmiştir. Nitekim Medenî Kanunu da çocuğun ailesi tarafından yetiştirilmesinin kendi gelişimi için en ideal olacağı düşüncesinden yola çıkarak velâyeti anne ve babasına bırakmıştır[67]. Velâyet devam ettiği müddetçe, ana-baba bir görev üstlenmektedir. Ebeveynler bu görevi, çocuğun kendine yetebilecek ve menfaatlerini koruyabilecek durumda olmadığı yaş devrelerinde menfaatlerini gözetip, kişiliğinin gelişmesini sağlayarak yerine getireceklerdir[68].

Kanaatimizce de çocuğun korunması bir hak olup aynı zamanda bir sorumluluktur[69]. Çocuklar ebeveynlerine, kendilerini gelecekteki yaşama hazırlamaları amacı ile bağlı kılınmışlardır. Velâyet, kişi üzerinde bir hakka sahip olmayı değil, onu gelecekte yeterli bir olgunluğa ulaştırmayı amaçlar. Velâyet amaca yönelik bir yetki ve görevdir. Ebeveynler, çocuğu gerek beceri ve yetenek olarak gerekse bedensel, zihinsel, duygusal ve ahlaki açıdan yaşama uyum sağlayacak biçimde yetiştirebilmek için gerekli davranışlarda bulunmak yükümlülüğündedir[70]. Ayrıca TMK. madde 350 gereği, velâyet kaldırılsa bile ana,babanın çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğünün bulunması, velâyetin bir sorumluluk olduğunun diğer bir göstergesidir.

Ancak günümüzde giderek sorumluluk kısmı, hak kısmına oranla ağırlık kazanmaktadır. Velâyet sorumluluğuna sahip olan ana ve baba, bir vasi tayin edilmesini isteyerek velâyetin yüklediği külfetten kurtulamayacağı gibi bu sorumluluğu keyfi olarak başkalarına da

---

[65] Ergin Özsunay, **Medenî Hukuka Giriş**, 5. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:3428, İstanbul,1986,s.253. ; Mustafa Dural / Tufan Öğüz / Alper Mustafa Gümüş, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, İstanbul, 2005,s.520. Necip Bilge, **Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**,19. Bası, Ankara, 2005, s.222-223.

[66] Rona Serozan, Çocuk Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2005,s.251.

[67] Emine Akyüz, Çocuğun Aile İçerisinde Korunması ve Hâkimin Velâyet Hakkına Müdahalesi, İstanbul Barosu Çocuk Hakları Günleri,17-18 Kasım 1995, **İstanbul Barosu Yayınları**,s.40.

[68] Akyüz Emine, **Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması**, Ankara, 2000, s.236.

[69] Burada kullanılan sorumluluk, borçlar hukuku anlamında kullanılan sorumluluk değildir.Borçlar hukukundan doğan "ile" ve "den" sorumluluk için Bkz. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2000, 3. Bası,13-14. Ayrıca sorumluluk için Bkz. Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul,2002, 15. Bası,s.33-35.

[70] Emine Akyüz, **Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması**, Ankara, 2000, s.236.

devredemez[71] veya feragatta bulunamaz[72]. Velâyetin hak yönünün ağır bastığı kabul edilseydi, henüz doğmamış çocuğun velâyeti kendiliğinden anne ve babasına bırakılması gerekirdi. Oysa önceki çocuklar için velâyetin mahkemece kaldırıldığı hallerde, kararda aksi belirtilmedikçe, gelecekte doğacak çocuklar için de ana babanın velâyet yetkisinin kaldırıldığı kabul edilmiştir[73]. Ayrıca TMK. madde 350 gereği, velâyet kaldırılsa bile ana-babanın, çocuğun bakım ve giderlerini karşılama yükümlülüğü devam etmektedir.

Velâyet kavramının anlamı son yıllarda önemli bir değişim göstererek, ana ve babanın çocuklarına karşı yükümlülükleri olarak kabul görmeye başlamıştır. Bu anlayıştan hareketle velâyet, ana babanın çocuklarına karşı olan yükümlülükleri ve sorumluluklarının bir bütünü olarak değerlendirilmektedir[74]. Söz gelimi, Birleşik Krallıkta 1975 tarihli Çocuk Yasası, "Ana Babanın Hak ve Ödevleri" (Parental Rights and Duties) deyimini kullanırken bu yasayı değiştiren 1989 tarihli Çocuk Yasası "hak" terimine yer vermeyip "Çocuklar için Sorumluluk" (Responsibility For Children) deyimini kullanmıştır[75]. Keza İsviçre de yakın geçmişte yasa terimlerini bu gelişmeye paralel olarak düzenlemiştir[76]. Türk hukuku bakımından bazı Yargıtay kararlarında da "velâyet görevi" ifadesinin kullanıldığı görülmektedir[77].

Velâyet hukukundaki çağdaş gelişmelere bakıldığında da, velâyete yönelik kamusal müdahalenin giderek yaygınlaştığı ve yoğunlaştığı görülmektedir[78].

Doktrinde velâyetin esas olarak çocuk için olduğu, onu korumak ve giderek korunmaya muhtaç olmaktan çıkararak bağımsız kişilik kazandırmak gayesi taşıdığı[79] bu nedenle de ana babanın malı olmadığı kabul edilmektedir[80]. Ana babanın çocuk üzerinde hakkı olsa bile, bunun çocuğa bakmaktan öte, onun üzerinde mutlak bir hak tesis etmediği kabul edilmektedir. Keza velâyet ana babaya tanınan subjektif bir hak olmadığı için de üzerinde tasarrufta

---

[71] Velâyetin (Nez'i) Kaldırılması sebepleri için Bkz. TMK.madde 348.
[72] Berki Şakir., **Türk Medenî Kanununda Velâyetin Çocuğun Şahıs ve Malları Bakımından Şümulü**, Ankara, 1970,s.5, Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, 2005,s.252.; Kemal Oğuzman / Mustafa Dural, **Aile Hukuku,** 3.Bası,İstanbul,2001, s.276.
[73] Bkz. TMK. Madde 348/son.
[74] Suat Sarı, Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velâyeti Birlikte Kullanması, Legal Hukuk Dergisi, Ocak 2007,s.86. dn. 17.
[75] Black Bridge, A Practical Approach To Family Law, London, 1991, s.303. (Çetiner Selma Baktır, **Velâyet Hukuku**, Ankara,2000, s.29'dan naklen.)
[76] Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, 2005, s.253.
[77] Yargıtay 2.HD. 26.12.2005 E.18313 K.20432 sayılı kararı için bkz. Kazancı bilişim içtihat bilgi bankası (www.kazanci.com.tr)
[78] Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, İstanbul, 2000, s.171.
[79] Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, 2005, s.250.
[80] Bilge Öztan, **Aile Hukuku**, 5. Bası, Ankara, 2004,s.629.

bulunulamayacağı kabul edilmektedir[81]. Bu hakka sahip olunması, çocuğun hayatını kontrol etmek anlamına gelmemektedir[82]. Doktrinde Hegnauer, ana babaya yükümlülük yüklediği ve çocuğun menfaatini göz önünde tuttuğu için, velâyetin resmî bir makamın görev özelliklerini gösterdiğini belirtmiştir[83]. Çocuk olgunlaştığı ve kendi davranışlarının sonuçlarını kavrayabildiği ölçüde velâyetin kapsamı daralır[84]. Nitekim Anayasamızın 17. maddesinin 1.fıkrasında belirtildiği üzere çocuk olgunluğu ölçüsünde maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip bulunmaktadır. Ana babanın sorumluluğu, çocuğun büyümesiyle değişir ve çocuk ergin olunca sona erer. Ana baba, velâyet sorumluluğunu çocuğun iyiliği için üstlenmelidir. Buna mukabil doktrinde[85] velâyeti, sadece bir sorumluluk olarak nitelendirmenin pek yerinde olmayacağı da savunulmuştur. Bu görüşe göre velâyeti yalnızca görev olarak görmek ana baba ve çocuk ilişkilerinin duygusal boyutunun bir tarafa atılması ve çocuğun külfet olarak görülmesi sonucunu doğurur. Bunun yanında, velâyetin sorumluluk olarak kabul edilmesi halinde görevi sona eren ana babanın, çocukla kişisel ilişkide bulunma talebinde bulunamayacağı da ileri sürülmüştür[86].

Kanaatimizce çocukla kişisel ilişkide bulunma hakkı[87] velâyet sorumluluğundan bağımsızdır. Yargıtay da bu görüşü savunarak, bir kararında, velâyeti babaya bırakılan çocuk ile anne arasında şahsi ilişki kurulmasını düzenlemeyen yabancı mahkeme kararının tenfizini Türk kamu düzenine aykırı bulmamıştır[88]. Kanaatimzice, çocukla kişisel ilişkide bulunabilme veya kişisel ilişki kurma hakkı, velâyet sorumluluğunun sona ermesinden kaynaklanmamaktadır. Sözgelimi iç hukukumuz bakımından evlilik dışı doğan çocuğun velâyeti kural olarak anneye aittir[89]. Buna mukabil evlilik dışı çocuğunu tanıyan[90] baba, velâyet hakkına sahip olmadığı halde çocuğuyla kişisel ilişkide bulunma hakkına sahip olabilir. Kaldı ki, kişisel ilişkide bulunma hakkı

---

[81] Bilge Öztan, **Aile Hukuku**, 5. Bası, Ankara, 2004,s.625'den naklen.
[82] Dwyer, Parents Religion and Children's Welfare: Debunking The Doctrine of Parents, California Law Review, Vol.82, 1992, s.1146.(Çetiner Selma Baktır, **Velâyet Hukuku**, Ankara,2000, s.28-29'dan naklen.)
[83] Bilge Öztan, **Aile Hukuku**, 5. Bası, Ankara, 2004,s.625'den naklen.
[84] Burak Huysal, **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.23.
[85] Selma Baktır Çetiner, **Velâyet Hukuku**, Ankara,2000, s.30.
[86] Doktrinde çocukla kişisel ilişki kurma hakkı şahsa sıkı surette bağlı mutlak haklardan kabul edilmemektedir. (Öztan Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2004,s.469'dan naklen.)
[87] TMK. Madde 323 anlamında ana babanın çocukla kişisel ilişkide bulunma hakkı vardır. Ancak bu hakkı kullanan taraf velâyet veya vesâyet sorumluluğuna sahip olan tarafa karşı bir sorumluluk içerisindedir. Sınırları için Bkz. TMK Madde 324 hükmü. Benzer bir düzenleme için Bkz. German Civil Code (Alman Medenî Kanunu) madde 1634.
[88] Yargıtay 2.HD'nin 17.02.1997 tarih ve E. 1997/675 K.1997/1633 sayılı kararı için Bkz. Huysal Burak, **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.277.
[89] TMK. Madde 337.
[90] Tanıma için Bkz. TMK. Madde 295.

sadece biyolojik anne ve babaya tanınan bir hak[91] olmadığı[92] gibi velâyet sorumluluğunun bir uzantısı da değildir. Gerçekten de TMK. madde 325 fıkra I hükmü çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurulmasını talep etmesine imkân tanımaktadır.

Velâyet sorumluluğu kavramı BM. Çocuk Hakları Sözleşmesinin 18.maddesinde de ifadesini bulmuştur. Çocuk Hakları Sözleşmesinin resmî çevirisinde "velâyet sorumluluğu" sözü yerine "çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu" deyimi kullanılmıştır[93]. Keza Ebeveynlerin Sorumluluğu ile Çocukların Korunmasına İlişkin Alınacak Tedbirler Hakkında Mahkemelerin Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanınması ve Tenfizi Konusunda İşbirliğine Dair 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesinin 1. maddesinde de velâyet sorumluluğu ifadesi kullanılmıştır. Bununla birlikte Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin[94] 1.maddesinin 3.bendinde yine velâyet sorumluluğundan bahsedilmiştir.

Evliliğe ve Eşlerin Ortak Çocukları Üzerindeki Velâyet Sorumluluğuna İlişkin Mahkemelerin Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 29 Mayıs 2000 Tarih ve 1347/2000 sayılı AB Konsey Tüzüğünde de "velâyet sorumluluğu" deyimi kullanılmaktadır. Tüzüğün 3. maddesi velâyet sorumluluğu başlığını taşımaktadır.

Çocuk hukukuna yönelik çağdaş gelişmeleri dikkate alarak biz de çalışmamızda velâyet hakkına karşılık gelmek üzere velâyet sorumluluğunu kullanmayı tercih ettik.

D. Sözleşmenin Niteliği

Sözleşme, nitelik olarak velâyet sorumluluğuna veya çocukla kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin olarak yabancı mahkeme veya makamlarca verilen kararların tanınması veya tenfizini

---

[91] Akıntürk Turgut, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, 7. Bası, İstanbul 2002 s.389 vd.

[92] Bkz. TMK. Madde 325. Olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişiler, özellikle hısımlarına da tanınabilir.

[93] Bu hususa dikkatleri çeken makale için Bkz. Tiryakioğlu Bilgin, Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme,Nihal Uluocak'a Armağan, s.383 dn.11. Bkz.BM.Çocuk Hakları Sözleşmesi Madde 18/1. "Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler herşeyden önce çocuğun yüksek yararını gözönünde tutarak hareket ederler.

[94] 4620 Sayılı onayı uygun bulma kanunu için Bkz. 01.02.2001-24305 Sözleşme metninin yayınlandığı Resmî Gazete için Bkz. RG:02.05.2002-24708. Sözleşmeye taraf olan devletler: Almanya, Çek Cumhuriyeti, İtalya, Kıbrıs Rum Kesimi, Letonya, Makedonya, Polonya, Slovenya, Türkiye ve Yunanistandır.(www.coe.int)

sağlamaya yönelik bir antlaşma değildir[95]. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi, velâyet sorumluluğundan doğan ihtilâflar hakkında yetkili hukukun tespitini öngören bir anlaşma olmadığı gibi, çocuk hakları konusunda evrensel bir düzenleme getirme iddiasında da değildir[96].

Sözleşme içerdiği hükümler ve öngördüğü usul bakımından çocuklar konusunda bir adlî yardım anlaşması niteliğindedir. Nitekim Sözleşmenin uygulanabilmesi için Adalet Bakanlığı "merkezi makam" olarak görevlendirilmiştir. Bakanlık bu görevini yayınlanan Genelge[97] uyarınca Cumhuriyet başsavcılıkları marifetiyle yerine getirmektedir[98]. Cumhuriyet başsavcılıkları "gönderici makam" ve "aracı kurum" olarak yetkilendirilmiştir.

Sözleşme, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun en kısa süre içinde mutad meskeninin bulunduğu âkit devlete iadesini öngörmektedir. Sözleşme, adlî yardımlaşma esasına dayanmaktadır. Bu husus, Sözleşmenin 28. maddesinde ifadesini bulmuştur. Madde hükmüne göre Merkezî Makam, kendisine talepte bulunan adına hareket etme veya adına hareket etmekle yetkilendireceği bir temsilciyi tayin etme yetkisini veren yazılı bir müsaadenin iade talebine eklenmesini isteyebilir[99].

1980 tarihli La Haye sözleşmesi, sadece özel hukuk yönünden uluslararası çocuk kaçırmalarını ele almaktadır. Bir başka ifade ile çocuğun yerinin hukuka aykırı değiştirilmesinden doğacak cezaî sorumluluk kapsam dışındadır[100].

---

[95] Gloria Folger DeHart, The Relationship Between The 1980 Child Abduction Convention and The 1996 Protection Convention, New York University Journal of International Law and Policies, Vol 33, Sayı 1, s.84 ; Mackie Susan, Procedural Problems in The Adjudication of International Parental Child Abduction Cases, Temple International Law and Comparative Law Journal, Vol 10, 1996,s.449.

[96] Stotter H. Lawrence, The Light at The End of The Tunnel: The Hague Convention on International Child Abduction Has Reached Capitol Hill, **Hastings International and Comparative Law Review**, Vol 9, Year 1985-1986, s. 294.

[97] Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü 01.01.2006 Tarih ve B.03.0.UİG.0.00.00.06/010.06.02/3 Sayılı 65 numaralı Genelge s.4.

[98] Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Kanun **Tasarısının** 4. maddesinde sözleşmenin öngördüğü yükümlülüklerin Merkezi Makam tarafından Cumhuriyet Başsavcılıkları aracılığı ile yerine getirileceği belirtilmiştir.

[99] Nafaka Alacaklarının Tahsili Konusunda New York Sözleşmesi de aynı işleyişe sahip bir adlî yardım sözleşmesidir.

[100] Winterbottom Martha, The Nightmare of International Child Abduction: Facing The Legal Labyrinth, **Journal of International Law and Practise**,1996 Vol 5,s.506 ; Finan L. Cara, Convention on The Rights of The Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction, Santa Clara Law Review, Vol 34,1994,s.1013.

E. Sözleşmenin Amacı

İlk çağlarda, özellikle devletlerin ortaya çıkmasına kadar olan devrede çocukların korunması aileye ait bir görev olarak kabul edilmiştir. Devletlerin kurulması ve örgütlenmesinden sonra bu görev sadece aileye ait bir sorumluluk olmaktan çıkmıştır. Devlet, zamanla çocuğun korunması ile ilgili tedbirler alarak sorumluluğu üstlenmeye başlamıştır[101]. Sözleşme, devletlere düşen bu sorumluluktan hareket ederek, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocukların bir an önce âkit devlete iadesini amaçlamaktadır. Bu doğrultuda çocuğun özel (ailevi) yaşantısındaki istikrarın yeniden tesisi âkit devletlere yüklenmiş bir sorumluluktur[102].

Sözleşmenin bu gayesi, dibace kısmında açıkça dile getirilmiştir. Şu halde uluslararası nitelik arz eden ve hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun bir an evvel önceki mutad meskeninin bulunduğu âkit devlete iadesinin yanında çocukla kişisel ilişkide bulunma hakkının etkin olarak tesisi 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin temel hedefidir denilebilir.

Sözleşmeyi tasarlayanlara göre, çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesiyle, ailesiyle olan istikrarlı ilişkisi bozulmakta ve de yaşadığı ortamla kurduğu sosyal ve kültürel bağda kopma meydana gelmektedir[103].

Çocuğun mümkün olan en kısa sürede iade edilmek istenmesindeki temel neden; mevcut statükonun korunması ve çocuğun üstün yararının bunu gerektirmesidir. Yer değişikliğinden kaynaklanan olumsuzlukların tersine çevrilebilmesi ve çocuk üzerinde yaratılan olumsuz etkilerin izlerini bertaraf edebilmek için çocuğun seri şekilde ve en kısa sürede önceki mutad meskenine iade edilmesi gerekir. Bu şekilde düşünmeyi ve davranmayı gerektirecek çeşitli nedenler vardır. Öncelikle, âni yer değişikliğinden kaynaklanan olumsuzlukların üstesinden gelebilmek ve bu etkileri azaltabilmek için hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun, bir an evvel hızlı bir prosedür çerçevesinde iade edilmesi lazımdır[104]. İkinci olarak, çocuk ne kadar kısa sürede iade edilirse, potansiyel çocuk kaçırılmalarının o kadar önüne geçilmiş olunacaktır. Başka

[101] İnan A. N.,**Çocuk Hukuku**, İstanbul, 1968, s.2.
[102] Priscilla Steward, **Acess Rights: A Necessary Corollary to Custody Rights Under The Hague Convention On The Civil Aspects Of International Child Abduction**, Fordham International Law Journal, Vol. 21 Year 1997-1998, s.308.
[103] Cara L. Finan, Convention on The Rights of The Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction, Santa Clara Law Review, Vol 34,1994,s.1013.
[104] Martin I. Bodzin, International Parental Child Abduction: The Need For Recognition and Enforcement of Foreign Custody Decrees, Journal of International Dispute Resolution,1989, Vol 3, s.212

bir deyişle, kısa bir zaman diliminde ve seri şekilde çocuğun iadesinin sağlanması bir nevi caydırma fonksiyonuna hizmet edecektir.

Bunun yanında, çocuğun kendisi ile ilgili konularda sağlıklı bir yargılamanın yapılabilmesi için "forum conveniens" prensibi gereği çocuğun mutad meskeni mahkemeleri yetkili görülmüştür. Bu mahkemenin çocuğun üstün menfaatini en etkin şekilde gözeteceği düşünülmüştür[105].[106]

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin öngördüğü diğer bir amaç ise, âkit devlette öngörülen koruma hakkı veya kişisel ilişki kurma hakkına diğer âkit devletlerin etkin biçimde riayet etmesini sağlamaktır[107].

1980 tarihli La Haye sözleşmesi olmasaydı, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun, mutad meskeninin bulunduğu yere iade edilebilmesi için velâyet sorumluluğuna sahip kişinin, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkedeki yetkili mahkeme veya merciden velâyet sorumluluğuna ilişkin bir karar alması veya bu sorumluluğu öngören yabancı ilâmın tenfiz edilmesi gerekirdi. Bu yönteme başvurulması gerektiğinde, velâyet sorumluluğuna yönelik iddianın hükme bağlanması ve kesinleşmesi genellikle uzun bir zaman almaktadır. Bu süre zarfında çocuk, hukuka aykırı olarak götürüldüğü yeni ortamına alışabileceği gibi aksine intibak sorunları da yaşayabilir. Ayrıca yargılamanın uzaması ihtimalinde, çocuğu kaçıran kişi bu durumu kendi lehine de kullanabilir. Sözleşmeyi kaleme alanlar işte bu gibi problemlerin mümkün mertebe üstesinden gelmeye gayret etmişlerdir. La Haye Sözleşmesinin 15. madde hükmüne[108] göre iade talebinde bulunan taraf, iddiasını mahkeme kararına dayandırmak zorunda değildir. Sözleşme bu özelliği ile Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi (Lüksemburg Sözleşmesi) nden ayrılmaktadır[109].

---

[105] Sözleşmenin 16. madde hükmü uyarınca velâyet sorumluluğuna ilişkin hususlarda, çocuğun yerinin değiştirilmezden evvelki mutad meskeni mahkemeleri yetkili kabul edilmiştir. Şu halde Sözleşmeyi kaleme alanlar, çocuğun üstün menfaatinin, en iyi mutad meskeni mahkemelerince gözetileceğine inanmaktadırlar.

[106] Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.2.

[107] Bkz. Sözleşme Madde 1 (b) hükmü.

[108] Âkit devletin adlî veya idarî makamları, çocuğun iadesine hükmetmeden önce, çocuğun mutad meskenî makamlarından yer değiştirme veya alıkoymanın, Sözleşmenin 3. maddesi çerçevesinde kanuna aykırılığını tespit eden bir karar veya belgenin tedarik edilmesini mümkün olduğu ölçüde talep edebilir. Âkit devletlerin merkezî makamları, böyle bir karar veya belgenin sağlanması için müracaat sahibine olanaklar ölçüsünde yardım eder.

[109] Lowe Nigel / Everall Mark / Nicholls Michael, **International Movement of Children**, Family Law 2004, s. 202.

Çocuğu kaçırılan kişinin elinde velâyet sorumluluğuna ilişkin bir mahkeme veya mercii kararı bulunsa bile Lüksemburg Sözleşmesi[110] hükümlerinden istifade edemeyebilir. Zira Lüksemburg Sözleşmesine taraf olan devletlerin sayısı, La Haye Sözleşmesine göre çok daha sınırlıdır. Bunun yanında Lüksemburg Sözleşmesinde öngörülen ret sebepleri çok geniş ve ayrıntılı olduğundan hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocukların iadesinde kimi zaman yetersiz kalabilmektedir[111].

Sözleşme öngördüğü gayeyi gerçekleştirirken, her somut vakıa için kılavuz olarak "çocuğun üstün menfaatini" esas almıştır[112]. Bu üstün menfaat ise mevcut statükonun korunmasıyla kollanmış olur[113]. Mevcut statükonun korunması ise hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun bir an önce eski mutad meskenine iade edilmesi ile gerçekleşir[114].

1980 tarihli La Haye sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi[115] ile uyum içindedir. Çocuk Hakları Sözleşmesinin 11. madde hükmü açıkça çocukların, yasadışı yollarla ülke dışına çıkarılması ve geri getirilmemesi uygulamalarına karşı mücadele etmek üzere taraf devletlere önlem alma mükellefiyeti getirmiştir. Bu amaçla taraf devletler, iki ya da çok taraflı anlaşmalar akdedebilir veya mevcut anlaşmalara katılabilirler.

Aynı sözleşmenin 9. madde hükmüne göre yetkili yargı makamlarınca uygulanan kanun ve usuller çerçevesinde verilecek karar, çocuğun üstün menfaatine hizmet etmedikçe; âkit devletler, çocuğun, anne ve babasının rızası hilafına ailesinden ayrılmayacağını güvence altına alırlar. Ancak, çocuğun anne ve babası tarafından istismar veya ihmal edilmesi veya anne ve babasının ayrı yaşamaları nedeniyle çocuğun ikamet yerinin belirlenmesi için bir karar verilmesinin zorunlu olduğu hallerde, çocuğun anne ve babasından ayrılmasına karar verilebilecektir. Çocuğun, ebeveynlerinden birinden veya her ikisinden ayrı yaşamasına karar verildiği hallerde, çocuğun anne ve babasının her biriyle düzenli olarak kişisel ilişkide

---

[110] Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi. RG. 2.11.1999-23864.

[111] Anton A.E. , The Hague Convention on International Child Abduction, International Comparative Law Quarterly, 1981 s. 541-542 ; Huysal Burak, **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.202.

[112] Sözleşmenin dibace kısmında, çocuğun korunmasına ilişkin meselelerde, çocuğun menfaatinin hayati bir öneme sahip olduğu özellikle belirtilmektedir.

[113] Gloria Folger DeHart, The Relationship Between The 1980 Child Abduction Convention and The 1996 Protection Convention, New York University Journal of International Law and Policies, Vol 33, Sayı 1, s.84.

[114] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor s. 429. paragraf 16. Schwerin Ullman Barbara, The Hague Convention on International Child Abduction: A Practical Application, Loy. L.A. International and Comparative Law Journal, Vol 10, 1988,s.185.

[115] Onayı uygun bulma kanunu için Bkz. RG 11.12.1994-22138. Türkiye bu sözleşmeye çekince koymuştur. Çekinceye göre Türkiye Cumhuriyeti, BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 17,29,30. madde hükümlerini, TC. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Anlaşması hükümlerine ve ruhuna göre yorumlamayı saklı tutmaktadır.

bulunmasına ve doğrudan görüşmesine âkit devletler, çocuğun üstün menfaati aksine bir durumu gerektirmedikçe saygı göstermelidir. Bunun yanında 10. madde hükmüne göre anne ve babası ayrı ülkelerde yaşamakta olan bir çocuk, istisnaî durumlar hariç, anne ve babasının her ikisiyle düzenli olarak kişisel ilişkide bulunma ve doğrudan görüşme hakkına sahiptir. Taraf devletler, çocuğun ve anne ve babasının kendi ülkeleri de dahil olmak üzere, herhangi bir ülkeden çıkma ve kendi ülkelerine geri dönme hakkına saygı gösterirler. Yurtdışına çıkma hakkı, ulusal güvenlik veya kamu düzeni,kamu sağlığı,genel ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak gayesiyle sadece yasal düzenlemelere dayalı olarak kısıtlanabilmektedir[116].

Yapılan açıklamalar ışığında 1980 tarihli La Haye Sözleşmesinin iki temel amacı olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki uluslararası nitelik arz eden ve hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun bir an evvel önceki mutad meskeninin bulunduğu âkit devlete iadesini temin etmektir. İkincil bir amaç ise çocukla kişisel ilişkide bulunma hakkının etkin olarak yerine getirilmesini sağlamaktır.

F. Sözleşmenin Konu Bakımından Uygulama Alanı

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin metninden ve içeriğinden tam olarak Sözleşmenin hangi hallerde uygulanacağı açık bir biçimde ifade edilmemiştir. Bu belirsizlik Sözleşmenin uygulama alanını geniş tutmaya imkan verebileceği gibi; sadece ebeveynler tarafından gerçekleştirilen çocuk kaçırmalarıyla sınırlı tutulmasını da öngörebilir. Bu bakımdan 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin uygulanma alanının sınırlarını çizmek büyük önem arz etmektedir.

1980 tarihli La Haye sözleşmesi, velâyet sorumluluğuna ilişkin kararın verilmesinden önce veya sonra meydana gelen çocuk kaçırmalarında uygulama alanı bulduğu gibi, çocuklar üzerindeki müşterek velâyet sorumluluğunun ihlal edildiği hallerde de söz sahibi olmaktadır[117].

[116] Madde çevirileri için Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, Cilt V, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul,2004.
[117] Lawrence H. Stotter, The Light at The End of The Tunnel: The Hague Convention on International Child Abduction Has Reached Capitol Hill, **Hastings International and Comparative Law Review**, Vol 9, Year 1985-1986, s. 293.

G. Sözleşmenin Sujeleri

Sözleşmenin içeriğinden, çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştirebilecek olası kişilerin kimler olabileceği tam olarak anlaşılmamaktadır. Ancak, çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştirebilecek veya onu haksız olarak alıkoyabilecek kişilerin başında anne ve babasının geldiğini öncelikle kabul etmek gerekir. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi kapsamında koruma hakkına sahip olmamakla birlikte, gelecekte bu hakka sahip olabilecek potansiyel adaylar da[118], çocuğun yerini hukuka aykırı değiştirebilecek veya çocuğu hukuka aykırı olarak alıkoyabilecek kişilerden biri olarak kabul edilmektedir. Bu kişiler gerçek kişiler olabileceği gibi sosyal hizmet icra eden tüzel kişiliğe sahip kurum ve kuruluşlar da olabilir[119]. Bu kimselerin gerçek kişiler olması durumunda, çocuğun ailesini oluşturan evli çiftler yanında, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun biyolojik anne veya babasının[120] da 1980 tarihli La Haye sözleşmesi kapsamında çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştirebilecek veya çocuğu alıkoyabilecek potansiyel kişilerden olabileceğinin kabulü gerekir. Bu kişilerin kapsamına üvey baba, üvey anne[121], büyük anne ve dedelerin[122] de eklenebileceği gözden uzak tutulmamalıdır[123]. Buna mukabil doğumundan itibaren, çocukla yıllarca birlikte yaşamış ve onunla bilfiil ilgilenmiş kişilerden olan dadısı tarafından çocuk kaçırılır ise kanaatimizce 1980 tarihli La Haye sözleşmesi uygulama alanı bulmayacaktır. Zira sözleşme kapsamına giren kişinin, gelecekte koruma hakkı anlamında

---

[118] Kişi, gelecekte koruma hakkına sahip olabileceği umuduyla çocuğu kaçırmaktadır. Bkz.Elisa Pérez Vera tarafından hazırlanan Özel Komisyon Raporu, s.25. (Preliminary Draft Convention Adopted By Special Commission and Report by Elisa Pérez Vera, Preliminary Document No 6 of May 1980 for the Attention of the Fourth Session.)

[119] Bkz. Sözleşme madde 3/a hükmü.

[120] Nikah olmaksızının beraber yaşayan kadın ve erkeğin sürdürdüğü fiili birlikteliği "aile" kavramı içinde değerlendiren çeşitli AİHM içtihatları bulunmaktadır. Bunlar için Bkz. 13.06.1979 tarihli Marck v. Belçika davası s, 14, paragraf 31; 18.12.1996 tarihli Jonhston et autres v. İrlanda davası s,25 paragraf 25; 26.05.1994 tarihli Keegan v. İrlanda davası s,17, paragraf 44-45; 21.10.1994 tarihli Kroon et autres v. Hollanda davası s.56, paragraf 33.(Gölcüklü A. Feyyaz / Gözübüyük A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 2. Bası, Ankara, 1996, s.301'den naklen.) Buna mukabil homoeseksüel birliktelik "aile hayatı" olarak kabul edilmemiştir. 27.10.1986 tarihli K. Rees v. İngiltere, paragraf 19.)

[121] Barbara Ullman Schwerin, The Hague Convention on International Child Abduction: A Practical Application, Loy. L.A. International and Comparative Law Journal, Vol 10, 1988,s.189. TMK madde 338/1 gereği eşler, ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermek yükümlülüğündedirler.

[122] Lawrence H. Stotter, The Light at The End of The Tunnel: The Hague Convention on International Child Abduction Has Reached Capitol Hill, **Hastings International and Comparative Law Review**, Vol 9, Year 1985-1986, s. 297. AİHM'nin 9.06.1998 tarihli Bronda v. Italya Kararında (40/1997/824/1030) büyük anne ve büyük babanın AİHS'nin 8. maddesi anlamında çocuğun aile hayatının birer parçası olduğunu belirtmiştir. (paragraf 51); Barbara Ullman Schwerin, The Hague Convention on International Child Abduction: A Practical Application, Loy. L.A. International and Comparative Law Journal, Vol 10, 1988,s.189.

[123] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor metni s. 451 paragraf 81.

çocuğun velâyet veya vesâyet sorumluluğunu üstlenebilme ehliyet ve yeterliliğine sahip kişilerden biri olabilmesi gerekir. Çocuğunun bakımını ücret karşılığı yerine getiren bir bakıcının, çocuğun bakım ve gözetim sorumluluğunu bizzat kendi imkanları dahilinde ne ölçüde karşılıksız yerine getireceği tartışmaya açıktır.

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. Söz gelimi anne ve babasını uçak kazasında kaybeden çocuk üzerinde ergin yaştaki ağabeyi veya ablası koruma hakkına sahip olabilir. Kardeşi üzerinde vesâyet sorumluluğuna sahip olmayan ağabey, koruma hakkına sahip ablasının yanından kardeşini kaçırır ise 1980 tarihli La Haye sözleşmesi uygulama alanı bulabilir.

Çocuğun yerinin, koruma hakkına sahip olabilecek kurum veya kuruluşlarca hukuka aykırı olarak değiştirilmesi de bir ihtimaldir. Çocuk üzerinde koruma hakkına sahip olan ilgili kurum ve kuruluşlar, âkit devletteki yetkili makamlardan çocuğu talep etmelerine rağmen çocuğun kendilerine iade edilmediği hallerde bu kurum veya bu kuruma doğrudan bağlı kuruluşlarca çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesi ihtimal dahilindedir.[124] Bu ihtimalin, hayatın olağan akışı içerisinde çok nadir gerçekleşebileceğinin kabulü gerekir. Böyle bir olasılıkta çocuk, bizzat kurumu temsil eden veya kurumun yetkilendirdiği kişiler tarafından kaçırılabilir veya alıkonabilir.

Sözleşme tasarısını kaleme alanlar çocuğun, özellikle eşlerden biri tarafından kaçırılması halinde iadesini öngörmüşlerdir[125]. Doktrinde kimi yazar, bu görüşten hareket ederek Sözleşmenin sadece çocuğun anne veya babası[126] tarafından kaçırılması halinde uygulanacağını savunmaktadır[127]. Oysa bu görüşe katılmak kanaatimizce pek mümkün değildir. Çünkü Sözleşme kapsamında "koruma hakkı"na sahip olabilecek kişiler sadece anne veya baba değil kimi zaman bir müessese veya kurum da olabilmektedir. Nitekim bu husus sözleşmenin raportörlüğünü üstlenen Elisa Pèrez Vera tarafından hazırlanan açıklayıcı raporda da dile getirilmiştir. Rapora göre sözleşmenin uygulama alanı bulabilmesi için çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştiren kişinin, gelecekte koruma hakkı anlamında çocuğun velâyet veya vesâyet sorumluluğunu

[124] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor metni s. 451 paragraf 81.
[125] Lowe Nigel / Everall Mark / Nicholls Michael, **International Movement of Children**, Family Law 2004, s. 196.
[126] Genelde anneler, velâyet davasının aleyhlerine sonuçlanmasından sonra çocuğu kaçırırlarken, babalar ise velâyet davası açılmazdan evvel çocuğun yerini hukuka aykırı değiştirmektedirler.Bkz. Winterbottom Martha, The Nightmare of International Child Abduction: Facing The Legal Labyrinth, Journal of International Law and Practise,1996 Vol 5,s.502.
[127] Huysal Burak, **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.204.

üstlenme niyetinde olan bir kişi olması gerekir. Bu nedenle çoğu ihtilafta, çocuğu kaçıran kişi onun annesi veya babası konumundadır. Ancak bunu tüm ihtilâflar bakımından ileri sürmek mümkün değildir[128].

Doktrindeki diğer bir görüş[129] ise Sözleşmenin uygulanabilmesi için, yetkisi bulunmayan herhangi bir kimse tarafından çocuğun yerinin değiştirilmiş veya alıkonmuş olmasını yeterli kabul etmektedir. Sözleşmenin 1. madde hükmünün (a) bendine dayanan bu görüş, Sözleşmenin uygulama alanını oldukça geniş tutarak âkit devletler arasında gerçekleşen her türlü çocuk kaçırmaları için bir güvence öngörmektedir. Gerçekten de madde hükmü incelendiğinde gayrî kanunî yollardan götürülen veya alıkonan çocukların âkit devletler arasında derhal iadesi amaçlanmıştır. Ancak Sözleşme, bu amacını her türden çocuk kaçırma veya alıkoyma fiilleri için öngörmemiştir. Bu konuda 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nde açık bir hüküm bulunmasa da, doktrinde sözleşmenin uygulanabilmesi için çocuk ile kaçıran veya alıkoyan arasında potansiyel bir velâyet veya vesâyet ilişkisinin kurulabilme ihtimalinin bulunması gerektiği belirtilmektedir[130]. Kanaatimizce de, Sözleşme, çocuğun anne veya babası gibi velâyet veya vesâyet sorumluluğunu alabilme potansiyeline sahip kişilerce veya çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan veya olabilecek kişilerce kaçırılması halinde uygulanabilecektir. Şu halde,çocukla hiçbir şekilde nesep bağı veya biyolojik bağı bulunmayan bir kişinin, çocuğu kaçırması halinde 1980 tarihli La Haye sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır. Kaldı ki 1980 tarihli La Haye sözleşmesi, özel hukuktan doğan talepler ile sınırlı tutulmuştur[131]. Halbuki, çocuğun, alelade bir kişi tarafından kaçırılması Uluslararası Özel Hukukun kapsamına girmemektedir[132]. Bu sebeple çocuğu kaçıran kişinin, gelecekte çocuk üzerinde hiçbir şekilde velâyet veya vesâyet sorumluluğuna sahip olabilme ihtimali yoksa; çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesine yönelik fiil özel hukuktan kaynaklanan bir iade davasına konu

---

[128] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor metni s. 429 paragraf 13.

[129] İnci Ataman Figanmeşe, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, s.63.

[130] Priscilla Steward, **Acess Rights: A Necessary Corollary to Custody Rights Under The Hague Convention On The Civil Aspects Of International Child Abduction**, Fordham International Law Journal, Vol. 21 Year 1997-1998, s.329.

[131] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor metni s. 441 paragraf 53. Aynı hususa Özel Komisyon tarafından hazırlanan ön tasarı metnine ilişkin olarak Elisa Pèrez Vera tarafından hazırlanan Raporda da yer verilmiştir.Bkz. Doküman No (6), Mayıs 1980 tarihli 14. Oturumda sunulan Taslak metin s.27.; Lawrence H. Stotter, The Light at The End of The Tunnel: The Hague Convention on International Child Abduction Has Reached Capitol Hill, **Hastings International and Comparative Law Review**, Vol 9, Year 1985-1986, s. 294.

[132] Kerri Smetzer Mast, The Application of The Fundamental Principles Exception of The Hague Convention On The Civil Aspects of International Child Abduction, Emory International Law Review, 2003, Vol 17,s.242.

olmayıp kamu hukukuna dayanan ceza davasına konu teşkil edecektir. Nitekim, Sözleşmenin başlığı da bu görüşü destekler niteliktedir[133].

Kanaatimizce, çocuk anne veya babası dışında veya velâyet veya vesâyet sorumluluğunu alabilme potansiyeline sahip kişi veya kurumlar haricinde kişilerce kaçırılır ise artık 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi uygulama alanı bulmayacaktır. Bu durumda velâyet sorumluluğuna sahip kişi, taraf devletlerden birinden elde ettiği velâyet sorumluluğuna ilişkin ilâmı çocuğun bulunduğu diğer âkit devlette tenfiz edilmesini isteyebilir. Bu talebini Çocukların Velâyetine ilişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi hükümlerine dayandırabilir.

1. Sözleşmenin Sujelerinin Niteliği

Sözleşmenin uygulanabilmesi için çocuğun mutad meskeninin bulunduğu âkit devletten diğer bir âkit devlete hukuka aykırı olarak götürülmesi yeterlidir[134]. Bu bakımdan çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştiren veya haksız olarak alıkoyan kişinin vatandaşlığı önemli olmadığı gibi, çocuğun iadesini talep eden kişinin de vatandaşlığı 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin uygulaması bakımından önem arz etmemektedir.

Sözleşmenin uygulanabilmesi için çocuğun kaçırılmadan önce mutad meskeninin âkit devletlerden birinde olması yeterlidir. Hiç şüphesiz çocuğun iade edilebilmesi için iade talebinde bulunulan devletin Sözleşmeye taraf bir devlet olması gerekir. Bu bakımdan çocuk vatansız 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 en önemli bağlanma noktası, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmezden evvelki mutad meskenidir. Bu bakımdan çocuğun vatansız, göçmen[135] veya mülteci[136] olmasının 1980 tarihli La Haye sözleşmesi uygulaması bakımından bir önemi bulunmamaktadır.

---

[133] Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukukî Veçhlerine Dair Sözleşme. Sözleşme açıkça özel hukukun konusuna giren çocuk kaçırmalarını dikkate almaktadır. İngilizce metindeki ifadesinde cezai mahiyette anlaşılabilecek olan "kidnapping" teriminden özellikle kaçınılarak o kavrama karşılık gelmek üzere "abduction" ifadesi tercih edilmiştir.

[134] Bkz. Sözleşmenin 4. madde hükmü.

[135] 26.09.2006 tarihli ve 5543 sayılı İskân Kanununun 3. maddesinin (d) bendi uyarınca Göçmenler, Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelip İskân Kanununca kabul edilmiş olunanlardır. 14 Haziran 1934 tarihli ve 2510 sayılı İskan Kanununun (RG. 21.07.1934- 2733) mülga 3. maddesine göre Türkiye'de yerleşmek maksadıyla dışarıdan tek tek veya toplu halde gelen Türk soyundan

2. Çocuğun İadesini Talep Edebilecek Kişiler

Çocuğun iadesini talep edebilecek kişinin, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden evvel koruma hakkına sahip olması gerekir. Çocuğun kaçırılmadan önceki mutad meskeni hukukuna göre geçerli bir koruma hakkına sahip olan kişi, çocuğun iadesi için talepte bulunabilecektir. Sözleşmenin 8. madde[137] hükmü uyarınca, çocuğun iadesini, koruma hakkı ihlal edilen kurum veya örgüt de talep edebilecektir.

Çocuğun bizzat kendisinin, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi hükümlerine binaen iadesini talep edip edemeyeceği tartışmalıdır. Doktrinde, çocuğun görüşlerinin dikkate alınabilecek bir yaşta bulunması halinde, bulunduğu yer mahkemesine (locus standi) müracaat ederek kendisinin iadesi için talepte bulunabileceği savunulmaktadır[138]. Türk hukuku bakımından[139] ise çocuğun dava ehliyetine sahip olabilmesi için fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Çocuğun fiil ehliyeti ise MÖHUK. madde 8 uyarınca millî hukukuna tabidir. Millî hukuku, çocuğun kendisine bu hakkı tanıyor ise iadesi için dava açabilecektir.

3. Sözleşmenin Sujesi Olabilecek Çocuklar

a. Onaltı Yaşından Küçük Çocuklar

Sözleşmenin asıl amacı, âkit devletlerden birinde mutad meskeni bulunan ve onaltı yaşından gün almamış çocukların, hukuka aykırı olarak uzaklaştırıldıkları önceki mutad meskenlerine bir an evvel geri dönmelerini temin etmektir. Sözleşmenin öngördüğü bu amaç,

---

kimselerle Türk kültürüne bağlı kimselere muhacir denir. Kimlerin ve hangi memleket halkının Türk kültürüne bağlı sayılacağı ilgili bakanlıkların görüşü alınarak ve Dışişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kuruluyla tespit edilir.(5543 Sayılı Kanun md.7) Detaylı bilgi için Bkz. Ergin Nomer, Vatandaşlık Hukuku, 15. Bası,İstanbul,2005, s.82.; Aysel Çelikel / Günseli Öztekin Gelgel, Yabancılar Hukuku,12. Bası, 2005, s.22.

[136] 14 Haziran 1934 tarihli ve 2510 sayılı İskan Kanunun (RG. 21.07.1934- 2733) mülga 3. maddesine göre Türkiye'de yerleşmek maksadıyla olmayıp bir zaruret dolayısıyla muvakkat oturmak üzere sığınanlara mülteci denir. Türkiye, 28 Temmuz 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşmeye taraftır. Sözleşmenin 1. maddesinde mülteci tabirinin tarifi yapılmıştır. Sözleşme metni için Bkz. RG. 5.09.1961- 10898) Taraf devletler için Bkz. Çelikel Aysel / Şanlı Cemal / Öztekin Günseli / Erdem Bahadır / Ataman İnci / Giray Kerem, Milletlerarası Özel Hukuk Anlaşmaları Cilt I Çok Taraflı Anlaşmalar, İstanbul, 2005, s.121-122.

[137] "Bir çocuğun,korunma hakkı ihlal edilerek yerinin değiştirildiğini veya alıkonduğunu ileri süren kişi,kurum veya örgüt, çocuğun geri dönmesini sağlamak üzere yardım etmeleri için gerek çocuğun mutad meskeni merkezi makamlarına, gerek herhangi bir başka taraf devlet merkezi makamına başvurabilir."

[138] Lowe Nigel / Everall Mark / Nicholls Michael, **International Movement of Children**, Family Law 2004, s. 205.

[139] HUMK. Madde 38. Dava ehliyeti Kanunu Medenî ile tayin olunmuştur.

onaltı yaşına basmamış çocuklarla sınırlandırılmıştır[140]. Bu husus sözleşmenin 4. maddesinde[141] açıkça ifade edilmiştir. Maddenin ikinci cümlesinin hükmüne göre çocuk onaltı yaşına bastığında veya onaltı yaşından gün almaya başlamakla sözleşmenin uygulanması sona erer. Şu halde sözleşme, müracaat tarihinde çocuğun onbeş yaşını doldurup onaltı yaşından gün alıncaya kadar geçen süre zarfındaki hukuka aykırı alıkonmalara ve yer değiştirmelere uygulanacaktır. Adalet Bakanlığı'nın sözleşmenin uygulanmasına yönelik tanzim ettiği 65 nolu Genelge'de[142]de "çocuk", onaltı yaşına girmemiş bulunan kişi olarak tanımlanmıştır.

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nde öngörülen yaş sınırı diğer La Haye sözleşmelerine göre daha katı düzenlenmiştir. Söz gelimi 24 Ekim 1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme'ye[143] göre 21 yaşını doldurmamış ve evli olmayan kişiler çocuk olarak kabul edilmiştir[144]. Bununla birlikte Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair 5 Ekim 1961 tarihli Sözleşme[145] ise daha esnek bir tutum takınarak "çocuk" tabirinden; gerek çocuğun vatandaşı olduğu devletin iç hukukuna, gerekse mutad meskeninin bulunduğu devletin iç hukukuna göre bu niteliğe sahip kimseleri anlamaktadır[146]. Buna mukabil Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi[147] ise; onaltı yaşından küçük ve mutad meskeni veya vatandaşlık kanunu veya talepte bulunulan devletin iç hukukuna göre ikamet yerini tayin etme hakkına sahip olmayan kişiyi çocuk olarak nitelendirmiştir. Şu halde Avrupa Sözleşmesine göre kişi onaltı yaşından küçük olmakla birlikte, mutad meskeni hukukuna veya millî kanununa[148] veya talepte bulunulan devletin iç hukukuna göre ikamet edeceği yeri seçme serbestisine sahip ise, bu kişi çocuk olarak kabul edilmemektedir.

Çocuk Hakları Sözleşmesinin 1. madde hükmüne göre istisnaî durumlar hariç,onsekiz yaşına kadar her şahsın çocuk sayılacağı belirtilmiştir. Buna karşın 1980 tarihli La Haye sözleşmesi onaltı yaşı esas almıştır. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi, bu özelliği ile onaltı yaşına

---

[140] Peter North /J. J. Fawcett, Cheshire's and North's Private International Law, 13. Edt. London, 1999, s.871.
[141] Sözleşme, koruma ve ziyaret haklarının ihlalinden hemen önce, mutat meskeni taraf devletlerden birinde bulunan çocuklara uygulanır. Sözleşmenin uygulanması çocuk 16 yaşına geldiğinde sona erer.
[142] Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü 01.01.2006 Tarih ve B.03.0.UİG.0.00.00.06/010.06.02/3 Sayılı 65 numaralı Genelge s.2.
[143] RG. 17.09.1971-13959.
[144] Bkz. Sözleşmenin 1. madde hükmü.
[145] RG. 12.01.1977 – 15817.
[146] Bkz. Sözleşmenin 12. madde hükmü.
[147] RG.02.11.1999-23864.
[148] İngiliz hukukuna göre 16 yaşına gelen kimse serbest iradesi ile mutad meskenini seçme hakkına sahiptir.

basan her çocuğun olgunluğa erişmiş olacağı sebebiyle; kendi kaderini belirleyebileceğini zımnen kabul etmiş olmaktadır[149].

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nde onaltı yaş sınırının tercih edilmesinin sebebi, taslak metnin kaleme alındığı tarihlerde, onaltı yaş sınırının üzerinde çoğunlukla fikir birliğine varılmasındandır. Belçika, yaş sınırlamasının konmasına alternatif olarak, taslak metne "ikametgâhını seçebilme yetkisine sahip olmayan çocuklar" ibaresini teklif etmiş ise de bu husus kabul görmemiştir. Sözleşmeyi kaleme alanlara göre onaltı yaş gerek mahkemelerce gerek idarî makamlarca da mâkul bulunacak bir yaş sınırıdır. Buna karşın Almanya, Sözleşme tasarısı kaleme alınırken bu sınırın onaltıdan on dörde indirilmesini teklif ederek, böylelikle Sözleşmenin 13. maddesinin 2.fıkrasında öngörülen istisna kaydına[150] da gerek kalmayacağını ileri sürmüştür[151].

Sözleşme hükmüne göre bir çocuğun iade talebine konu olabilmesi için onaltı yaşından gün almamış olması gerekir[152]. Sözleşmenin 4. maddesi uyarınca çocuk, onaltı yaşına bastığında, sözleşme kapsamı dışında kalmaktadır. Sözleşmenin uygulama alanı bulabilmesi bakımından kaçırılmış olan çocuğun haksız olarak yerinin değiştirildiği sırada mı, yoksa iadesi için yapılan başvurunun yetkili makamlara ulaşması sırasında mı onaltı yaşından küçük olması gerektiği tartışmalıdır[153]. Bu sorun hakkında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Sözleşmenin uygulanabilmesi için çocuğun kaçırıldığı sırada onaltı yaşına basmamış olması gerektiği görüşünde olanlar, sözleşmenin genel olarak kaçırılma sırasındaki münasebetleri temel aldığını ve onaltı yaşını doldurmuş bir kişinin zorla başka bir ülkeye götürülemeyeceği düşüncesinden hareket etmişlerdir[154]. Bu görüştekilere göre çocuk kaçırıldıktan sonra onaltı yaşını doldursa bile, sözleşmenin öngördüğü iade imkânından yararlanabilecektir.

---

[149] Cara L. Finan, Convention on The Rights of The Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction, Santa Clara Law Review, Vol 34,1994,s.1032.

[150] "Adlî veya idarî makam keza çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün gözönünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri dönmesini emretmeyi reddedebilir."

[151] Buna benzer bir teklif Belçika delegasyonu tarafından da ileri sürülmüştür.

[152] Elisa Pèrez Vera tarafından kaleme alınan ön tasarı metninde belirtildiği üzere, çocuk onaltı yaşına bastığı günden sonra, kendisi hakkında sözleşme hükümleri uygulanmayacaktır. Bkz. Açıklayıcı Rapor, paragraf 76, s.449.

[153] Hüßtege, Kindesentführungen Ohne Ende? Iprax 1992, Heft 6, s.370 (Ataman- Figanmeşe İnci, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli La Hey Sözleşmesi ,Nihal Uluocağa Armağan, s.62'den atfen)

[154] Hüßtege, Kindesentführungen Ohne Ende? Iprax 1992, Heft 6, s.370 (Ataman- Figanmeşe İnci, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli La Hey Sözleşmesi ,Nihal Uluocağa Armağan, s.62'den atfen)

Buna karşılık, onaltı yaşındaki bir kimsenin zorla bir yerde tutulamayacağı görüşünde olanlara göre; çocuk onaltı yaşına basmadan önce kaçırılır ve de sonradan onaltı yaşına basar ise 1980 tarihli La Haye sözleşmesi uygulama alanı bulmayacaktır[155]. Sözleşmenin Raportörlüğünü yapan Elisa Pèrez Vera tarafından kaleme alınan ön tasarıya ilişkin açıklayıcı rapordan, Komisyon üyelerinin bu görüşte oldukları anlaşılmaktadır. Raporda belirtildiği üzere, çocuk belli bir yaşa geldikten sonra kendi görüşünün, ailesi tarafından göz ardı edilemeyeceği belirtilerek, onaltı yaşına basan çocuklar hakkında her ne kadar haksız alıkonulma öncesinde koruma hakkı ihlâl edilmiş ve bu sebeple adlî ve idarî makamlara başvuruda bulunulmuş olunsa da, çocuğun onaltı yaşına basmasından sonra Sözleşmenin uygulama alanı bulmayacağı açıkça belirtilmiştir[156].[157] Açıklayıcı raporda[158], yaş konusuna getirilen sınırlamanın katı tutulması nedeniyle onaltı yaşına basan çocuk hakkında sözleşme hükümlerinin uygulanamayacağı ve iade talebine yönelik bir davanın da ikâme edilemeyeceği belirtilmiştir[159]. Bu görüşün dayanağı, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 4. maddesinde açıkça yer almaktadır. Hatta bu hususun özellikle vurgulanması amacıyla 4. madde hükmü yeniden kaleme alınmıştır. Tasarıdaki ifade[160] değiştirilerek zaman kısıtlaması daha belirgin hale getirilerek esas metin yeniden şekillendirilmiştir.

Bu konuda katı bir tutum izlenmesinin nedeni 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin uygulama alanını kesin sınırlar içinde belirlemek ve bu konuda gelecekte doğabilecek tereddütleri önceden bertaraf etmek olabilir[161].

Hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden veya alıkonmasından önce onaltı yaşından küçük olan bir çocuk; iade prosedürü devam ederken onaltı yaşından gün almaya başlar ise, söz konusu çocuğun iadesi için 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin hükümlerine

---

[155] Bkz. Ataman- Figanmeşe İnci, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli La Hey Sözleşmesi ,Nihal Uluocağa Armağan,İstanbul, 1999, s.62 ; Aytaç Mehlika, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar, Adalet Dergisi, Yıl 96, Eylül 2004, Sayı 20,s.41.

[156] 6 Mayıs 1980 Tarihli Preliminary Document For The Attention of The Fourteenth Session, Document No:6 , s.77 paragraf 67.

[157] Aynı husus Sözleşmenin raportörlüğünü yürüten Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapordada belirtilmiştir. S. 449-450 paragraf 77.

[158] Elisa Pèrez Vera tarafından hazırlanan rapor.

[159] Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor s. 450 paragraf 77.

[160] 6 Mayıs 1980 Tarihli Preliminary Document For The Attention of The Fourteenth Session, Document No:6. "Sözleşme, velâyet ve ziyaret haklarının ihlâlinden hemen önce, mutat meskeni âkit devletlerden birinde bulunan onaltı yaşından küçük çocuklara uygulanır."

[161] Ataman- Figanmeşe İnci, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, s.63 dn 23.

dayanılamayacaktır. Kanaatimizce bu doğru bir yaklaşım değildir. Zira Sözleşmenin esas gayelerinden biri de çocuğun menfaatini en üst derecede gözetmektir. Çocuğun iradesi hilafına, hukuka aykırı olarak yerinin değiştirildiği hallerde, kaçırılma veya alıkonma tarihinin, iade taleplerinde öncelikle dikkate alınmasının, çocuğun menfaati açısından gerekli olduğu inancındayız. Bunun için de çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden veya alıkonmasından önce, onaltı yaşından gün almamış olması yeterli kabul edilmelidir. İade prosedürünün veya çocuğun iadesine yönelik davanın uzaması nedeniyle; çocuğun sonradan onaltı yaşına basması nedeniyle, Sözleşmenin uygulanmasının sona ermesine sebebiyet verilmemelidir[162]. Zira hukuka aykırı olarak alıkonan veya yeri değiştirilen çocuk onaltı yaşına bastığında serbest iradesi ile kaçırılmadan önceki mutad meskenine dönebilecek durumda olmayabilir. Çoğu zaman alıkoyan veya kaçıran 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 onaltı yaşına basmasına rağmen iade prosedürü işlemeye devam edebilir. Mesela iadenin talep edildiği devlet bu duruma rıza göstermiş olabilir. Zira Sözleşmede bu hususu engelleyici bir hüküm bulunmamaktadır. Hatta Sözleşmenin 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. Görüldüğü gibi Sözleşmede öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre geçmiş olsa bile, çocuğun iade edilmesi gerekir. Şu halde, Sözleşmede öngörülen onaltı yaş sınırının aşıldığı hallerde, çocuğun kendi görüşü alınmak kaydıyla ve de mutad meskenine iade edilmesi onun üstün menfaatine hizmet edecek ise veya kendisi buna açıkça rıza göstermiş ise çocuk iade edilebilmelidir.

b. Kendi Mutad Meskenini Belirleme Hakkına Sahip Olan Çocuklar

Bunun yanında yaş sınırlamasının sorun yaratabileceği diğer bir hal şu şekilde karşımıza çıkabilir. Kimi hukuklarda onaltı yaşından daha küçük yaşlardaki çocuklara kendi mutad

[162] Aynı görüşte Bkz. Dyer Adair/ Detrick Sharon, Checklist of Issues to be Considered at the Thrid Meeting of the Special Commision to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects on International Child Abduction, Hague, 1997. (Aytaç Mehlika, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar, Adalet Dergisi, Yıl 96, Eylül 2004, Sayı 20,s.41'den naklen.)

meskenlerini seçme hakkı tanınmış olabilir[163]. Bu halde çocuk onaltı yaşından küçük olup aynı zamanda kendi mutad meskenini belirleme hakkına sahip ise, haksız alıkonması veya hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesi hallerinde söz konusu çocuğun iade edilip edilmeyeceği tartışma yaratacaktır. Bu soruna açıklayıcı Raporda değinilmiş[164] ve bunun çözümü mahkeme uygulamalarına bırakılmıştır. Çocuğun onaltı yaşından küçük bir yaştayken mutad meskenini seçme hakkına sahip olabilmesi ya millî hukukundan veya hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden önceki mutad meskenin bulunduğu devletin hukukundan ya da hali hazırda bulunduğu devletin hukukundan kaynaklanabilir. Bu hukuklardan hangisinin dikkate alınacağı tartışmalıdır. Kanaatimizce iade taleplerinde, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin esas aldığı hukuk, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden evvel ki mutad meskeni hukukudur. Bununla birlikte Sözleşmenin 13. maddesinin 2. fıkrası uyarınca adlî veya idarî makam çocuğun, görüşünün gözönünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, iade talebini reddedebilir. Bu maddenin verdiği imkan doğrultusunda, adlî veya idarî merciler, onaltı yaşından küçük çocuğun kendi mutad meskenini seçme hakkına sahip olduğu durumlarda, çocuğun görüşünü alarak iade talebini geri çevirebileceklerdir.

c. Evlilik Dışı Çocuklar

Yaş sınırının dışında 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin uygulaması bakımından hangi çocukların Sözleşme hükümlerinden yararlanabileceği de incelenmesi gereken bir meseledir. Sözleşmede bir kısıtlama getirilmediği için evlilik içi, evlilik dışı veya evlât edinilen çocuklar Sözleşme kapsamında değerlendirilmelidir. Zira 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 3. madde hükmüne göre çocuk üzerindeki koruma hakkı, mutad meskeninin bulunduğu devlet tarafından, bir şahsa, müesseseye veya başka bir kuruma, tek başına veya müştereken bırakılabilmektedir. Türk hukukuna göre anne ve babanın evli olmadığı hallerde velâyet kural olarak[165] anneye bırakılmıştır[166]. Şu halde annesi Türk vatandaşı olan evlilik dışı bir çocuk, mutad meskeninin bulunduğu Türkiye'den, biyolojik babası tarafından 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ne taraf

[163] Küçüklerin Vatana İadesine Dair Avrupa Sözleşmesinin 1. maddesinde kendi ikametgâhını tayin etme hakkına sahip olabilecek küçüklerin var olduğu kabul edilmiştir. (RG.30.07.1976- 15662)
[164] Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor s. 450 paragraf 78.
[165] TMK madde 337.
[166] TMK madde 337/2 gereği anne küçük,kısıtlı veya ölmüş ya da velâyet kendisinden alınmış ise hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velâyeti babaya verir.

olan yabancı bir devlete kaçırılır ise sözleşme uygulama alanı bulacak ve çocuğun Türkiye'ye iadesi istenebilecektir.

d. Evlât Edinilen Çocuklar

Sözleşmenin uygulama alanına girebilecek diğer bir ihtimal de evlâtlığın kaçırılması veya hukuka aykırı alıkonmasıdır. Sözleşmenin uygulanabilmesi için evlâtlık ile evlâtlığın yerini hukuka aykırı olarak değiştiren veya onu haksız alıkoyan kişi arasında bir hukukî münasebetin bulunması gerekir. Mesela, evlâtlık verilen bir çocuk, kendi öz anne veya babası tarafından âkit bir devlete kaçırıldığında veya âkit bir devlette alıkonduğunda 1980 tarihli La Haye sözleşmesi gereğince, koruma hakkı sahibine iadesi söz konusu olabilecektir. Evlâtlık ile arasında hiçbir nesep bağının veya aile hukukundan doğabilecek bir hukukî münasebetin bulunmadığı hallerde, kanaatimizce 1980 tarihli La Haye sözleşmesi uygulama alanı bulmayacaktır. Yabancı devlet vatandaşı çocuk, bir Türk tarafından Türkiye'de evlât edinildiğinde, henüz erginliğe ulaşmamış olan evlâtlık, MÖHUK madde 18/2 gereği evlât edinenin velâyeti altına girecektir[167]. TMK. madde 314/1 hükmü uyarınca evlâtlığın öz anne ve babasının sahip olduğu velâyet sorumluluğu evlâtlık ilişkisinin hukuken kurulduğu andan itibaren Türk vatandaşı olan evlât edinene geçecektir. Bu nedenle evlâtlığın, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilir veya evlâtlık haksız olarak alıkonur ise evlât edinen, söz konusu evlâtlığın önceki mutad meskenine iadesini talep edebilir. Yargıtaya göre çocuğun öz anne ve babasının çocukları üzerindeki velâyet sorumluluğu, evlâtlık ilişkisinin kurulmasıyla ortadan kalkmaktadır. Bunun yanında evlât edinenin ölmesi halinde de velâyet sorumluluğunun kendiliğinden öz anne ve babaya geri dönmeyeceği kabul edilmektedir[168].

Mutad meskeni Tükiye'de olan evlâtlık, şayet yabancı bir ülkede evlât edinilmiş ise bu ilişkinin Türkiye'de hukukî sonuç doğurabilmesi için evlât edinme işleminin Türk mahkemelerince tanınması[169] veya tenfiz edilmesi[170] gereklidir. Nüfus Hizmetleri Kanununun[171]

[167] Söz konusu misalde MÖHUK madde 18/2 hükmünün Türk hukukuna yaptığı atıf uyarınca (evlât edinmenin hükümleri, evlât edinenin millî hukukuna tâbidir) TMK. Madde 314/1 uygulama alanı bulacaktır.
[168] Akıntürk Turgut, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, 7. Bası, İstanbul 2002 s.377; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı. 10.11. 1954, 17/24, RG.27.2.1955-88889; 2.HD. 15.9.1970, 5623/5295; Resmî Kararlar Dergisi 1971, Sayı 3-4, s.86.
[169] Çocuğun, Nüfus siciline tescili için yabancı işlemin tanınması yeterlidir.
[170] Çocuğun, teslimi söz konusu ise yabancı kararın tenfiz edilmesi gerekecektir.
[171] 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu için Bkz. RG. 29.04.2006-26153.

30. maddesine göre yurt dışında yabancı yetkili makamlar önünde yapılan evlât edinme işlemleri, aslî şartlar bakımından Türk mevzuatına uygun olduğu ölçüde Türkiye'de de geçerli kabul edilmektedir. Bununla birlikte yabancı adlî veya idarî makamlarca verilen ve o ülke hukukuna göre kesinleşmiş olan veya kesin hüküm gibi sonuç doğuran evlât edinmeye ilişkin karar ve belgelerin Türkiye'de hüküm doğrubilmesi için yetkili Türk mahkemesinden tanıma veya tenfiz kararı alınmalıdır[172]. Şu halde yabancı ülkede gerçekleştirilen evlât edinme işleminin, Türk hukukunun aradığı aslî şartları haiz olması kendiliğinden hukukî bir sonuç doğurmaz. Yabancı adlî veya idarî merci kararlarına binaen gerçekleştirilen evlât edinmenin Türk hukuku bakımından hüküm ifade edebilmesi için ayrıca tanınması da gereklidir[173]. Kanunun getirdiği düzenleme uyarınca yabancı idarî merciler tarafından gerçekleştirilen evlât edinme işlemleri, MÖHUK'un mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için öngördüğü şartlar çerçevesinde tanınıp tenfiz edilecektir.Yabancı idarî merciler tarafından gerçekleştirilen evlât edinme işlemlerinin, MÖHUK'ta öngörülen tanıma ve tenfiz şartları çerçevesinde Türk idarî mercilerince geçerli kabul edilebilecek olması anayasa ile güvence altına alınan yürütme ile yargı erkleri[174] arasındaki yetki dağılımının bir anlamda ihlâlidir.

e. Çocuğun Evlenmesi

Sözleşme uygulaması bakımından tartışma yaratabileceğini düşündüğümüz diğer bir durum ise hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen veya haksız olarak alıkonan çocuğun, götürüldüğü diğer âkit devlette evlenmesi halinde ortaya çıkabilir. Sözleşme onaltı yaşından gün almamış çocuklar hakkında uygulanmaktadır. Şu halde onaltı yaşından küçük bir kız veya erkek çocuk, hukuka aykırı olarak götürüldüğü diğer bir âkit devlette evlen(diril)ir ise, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi hükümlerine binaen iadesinin talep edilip edilemeyeceği tartışmaya açıktır. Türk hukuku bakımından böyle bir ihtimâlin gerçekleşmesi güç görünmektedir. Zira, TMK. madde 124/2 hükmü uyarınca olağanüstü durumlar ile pek önemli bir sebebin bulunması halinde erkek veya kadın onaltı yaşını doldurmuş olmak kaydıyla hâkim izniyle evlenebilmektedirler. Madde hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere kadın veya erkeğin reşit olmadığı hallerde

[172] Bkz. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu madde 30/2f. hükmü. Madde gerekçesinden, yabancı ülkede gerçekleştirilen evlât edinme işlemlerinin Türkiye'de dikkate alınabilmesi için tanıma veya tenfiz edilmesinin gerektiği anlaşılmaktadır.
[173] Tekinalp Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, 9.Bası,İstanbul,2006, s.185.
[174] Bkz. 2709 numaralı Kanunla kabul edilen 1982 Tarihli Anayasa md. 8-9. RG. 09.11.1982-17863 (Mükerrer).

evlenebilmeleri için asgari onaltı yaşını tamamlamış olmaları gerekir. Oysa Sözleşme, çocuğun onaltı yaşından gün aldığı tarihte, zaman bakımından uygulanırlığını yitirmektedir. Bu bakımdan ortada Türk hukuku bakımından ihtilâflı bir meselenin bulunmadığı söylenebilir. Ancak mutad meskeni âkit bir devlette bulunan onaltı yaşından gün almamış bir Türk çocuk Türkiye'ye kaçırılır ve de iade talebinden önce bir şekilde evlen(diril)ir ise, çocuğun önceki mutad meskenin bulunduğu âkit devlete iadesi tartışmalı bir hâl alacaktır. Zira ortada bir yönüyle nisbî butlana konu olan geçersiz bir evlilik mevcutken[175] diğer yönüyle de hâkim kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğuracak batıl bir evlilik vardır[176]. Batıl bir evliliğin, hâkim tarafından verilen iptal kararına kadar doğurduğu sonuçlardan biri de evliliğin kişiyi reşit kılmasıdır[177]. Bu halde cevaplanması gereken soru şudur. Türk hukukuna göre evlilik kişiyi reşit kıldığına göre onaltı yaşından gün almadan önce evlenen bir çocuk Sözleşmeden doğan iade taleplerine konu olabilecek midir?

Kanaatimizce bu durumu ikiye ayırarak değerlendirmek gerekir. Öncelikle ortada kanunlar ihtilâfı anlamında bir önmesele probleminin olduğunu düşünmekteyiz. Hukuken geçerli bir evliliğin mevcut olup olmadığının tespiti gerekir. Şayet ortada geçerli bir evlilik yok ise butlan davası açılıp bu husus hükme bağlandıktan sonra çocuğun iade edilmesine karar verilmesi gerekir. Buna mukabil butlan davası açılıp evliliğin iptaline karar verilmez ise 1980 tarihli La Haye sözleşmesi hükümlerine dayanılarak çocuğun iadesine hükmedilemez. Çünkü bu halde Sözleşmenin 3. maddesinde öngörülen koruma hakkı ortadan kalkmaktadır.

Yabancılık unsuru bulunan[178] evliliğin, yaş şartının[179] yerine getirilmemiş olması sebebiyle nisbî veya mutlak butlanla batıl olup olmadığı meselesi Türk mahkemelerinde MÖHUK madde 12/1 düzenlemesine göre karara bağlanacaktır. Şu halde evliliğin batıl olup olmadığı evlenme ehliyetine sahip olmadığı iddia edilen kişinin evlenme anındaki millî

[175] Henüz evlenme yaşına varmamış olan ayırt etme gücüne sahip küçüklerin evlenmesi halinde, bu evliliğin nisbî butlan yaptırımına tâbi tutulması gerektiği, yani evlenme yaşını doldurmuş küçüklerin izinsiz evlenmeleri ile ilgili TMK. Madde 153 hükmünün kıyasen uygulanacağı Türk doktrininde ileri sürülmektedir.Bkz. Velidedeoğlu Veldet, Türk Medenî Hukuku, Cilt II Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1965, s.58, 282. ;Tekinay Selâhattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1990 s.146-147. ; Akıntürk Turgut, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, 7. Bası, İstanbul 2002 s.215.

[176] TMK. Madde 156.

[177] Bkz. TMK. Madde 11/2 hükmü.

[178] Yabancılık unsuru eşlerin farklı vatandaşlığa sahip olmalarından veya yabancı bir ülkede ikametgâh veya mutad meskene sahip bulunmalarından kaynaklanabilir.

[179] Tek taraflı evlenme engelidir.Bkz. Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, 13. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2005, s. 232, 237. Tekinalp Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları,** İstanbul, 7. Bası, 2002, s.127.

hukukuna göre hükme bağlanacaktır. Yaş şartının yerine gelmemesinin, diğer eşe muhtemel etkisini ise sözkonusu diğer eşin millî hukuku düzenler[180].

f. Yaşı Tashih Edilen Çocuklar

Sözleşmeye konu olan çocuğun iade talebine etki edebileceğini düşündüğümüz son bir hal ise yaşın büyütülmesi durumlarında ortaya çıkabilir. Mutad meskeninin bulunduğu âkit devletten hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen bir çocuğun, götürüldüğü diğer bir âkit devlette yaş tashihi davası ile yaşı büyütülebilir. Kanaatimizce salt Sözleşme kapsamı dışında kalabilmek amacıyla her nasılsa bir şekilde yaş tashihi kararı elde edilmiş ise 1980 tarihli La Haye sözleşmesi uygulaması bakımından bu karara hukukî değer atfetmemek gerekir. Söz gelimi iç hukukumuz bakımından yaş tashihi davasının haklı bir menfaate dayanması gereklidir.

Buna karşın çocuğun gerçek yaşının, nüfus sicilindeki kayıtlara göre farklılık gösterdiği durumlarda, sonradan açılan yaş tashihi davasına binaen çocuğun yaşının nüfus kayıtlarında onaltı olarak düzeltilmesi halinde, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi uygulama alanı bulamayacaktır.

H. Sözleşmenin Zaman Bakımından Uygulama Alanı

Sözleşmenin zaman bakımından uygulanırlığı 35. madde hükmünde belirtilmiştir. Maddenin içeriğine göre Sözleşme, sadece âkit devletlerde ve de sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelen kaçırma veya haksız alıkoyma hallerine uygulanacaktır.

Sözleşmeye sonradan taraf olan devletler için sözleşme hükümleri onay, kabul, tasvip veya katılma belgesinin tevdiinden sonraki üçüncü ayın ilk günü yürürlük kazanacaktır[181]. Sözleşmenin yürürlüğe girmesiyle birlikte ne kadar süre ile yürürlükte kalacağı da hüküm altına alınmıştır. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 44. madde hükmüne göre Sözleşme, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, sonradan onaylayan, kabul eden veya tasvip eden veya katılan devletleri de kapsamak üzere beş yıl için yürürlükte kalacaktır. Sözleşmenin, fesih hariç, zımnî olarak beş yıldan beş yıla yenileneceği kabul edilmiştir.

---

[180] Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, 13. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2005, s.232.

[181] Madde 43. Daha sonra onaylayan, kabul eden, tasvip eden veya katılan Devletler için, Sözleşme onay, kabul, tasvip veya katılma belgesinin tevdiinden sonraki üçüncü ayın ilk günü yürürlüğe girer.

Sözleşmenin zaman bakımından uygulanırlığını belirleyen diğer bir faktör de çocuğun yaşıdır. Çocuk onaltı yaşından gün almadıkça, Sözleşme uygulama alanı bulmaya devam edecektir.

İstisnai olarak kararın verildiği tarihte Sözleşmeye taraf olmayan devlet mahkemesinin[182], 1980 tarihli La Haye sözleşmesi hükümlerini dikkate alarak çocuğun iadesine hükmettiği de olmuştur[183]. Avustralya mahkemesi, 1985 yılında verdiği bir kararda[184] Sözleşmenin 1. ve 3. maddelerini dikkate alarak çocuğun iadesine hükmetmiştir. Davaya bakan Avustralya mahkemesi, kararına gerekçe olarak çocukların yerlerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinin önüne geçebilmek için mahkemelerin birlikte hareket etmesi gerektiğini ve de koruma hakkının esasına ilişkin karar verme yetkisinin münhasıran çocuğun yerinin değiştirilmezden evvelki mutad mesken makamlarına ait olduğunu belirtmiştir.

I. Sözleşmenin Taraf Devlet Bakımından Uygulama Alanı

Sözleşme sadece uluslararası çocuk kaçırmalarını ele almaktadır. Bu sebeple aynı ülke içerisinde bir şehirden başka bir şehre veya bir bölgeden (veya eyaletten) başka bir bölgeye (eyalete) hukuka aykırı olarak götürülen veya alıkonan çocuklar 1980 tarihli La Haye sözleşmesi kapsamı dışında kalmaktadır[185]. Hukuka aykırı gerçekleştirilen yer değişikliğinin uluslararası nitelikte kabul edilebilmesi için çocuğun, mutad meskeninin bulunduğu devletinin coğrafi sınırlarının dışına çıkartılmış olması gerekir.

Bu konuya ilişkin tartışma yaratabilecek bir husus şu şekilde tezahür edebilir. Acaba çocuk, mutad meskenin bulunduğu âkit devlet tarafından tanınmayan bir devlete, hukuka aykırı olarak götürülür veya orada alıkonursa, Sözleşme gene uygulama alanı bulabilir mi? Bu türden

---

[182] Avustralya mahkemesi, iade kararını 1985 yılında vermiştir. Oysa Avustralya devleti, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ni 29 Ekim 1986'da imzalamış ve onaylamıştır. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi 01 Ocak 1987 yılında Avustralya'da yürürlüğe girmiştir.

[183] Stotter H. Lawrence, The Light at The End of The Tunnel: The Hague Convention on International Child Abduction Has Reached Capitol Hill, **Hastings International and Comparative Law Review**, Vol 9, Year 1985-1986, s. 306-307.

[184] Avustralya Adelaide Mahkemesinin 185 sayılı kararı için Bkz. Stotter H. Lawrence, The Light at The End of The Tunnel: The Hague Convention on International Child Abduction Has Reached Capitol Hill, **Hastings International and Comparative Law Review**, Vol 9, Year 1985-1986, s. 306.

[185] Stotter H. Lawrence, The Light at The End of The Tunnel: The Hague Convention on International Child Abduction Has Reached Capitol Hill, **Hastings International and Comparative Law Review**, Vol 9, Year 1985-1986, s. 297.

bir ihtilâf mutad meskeni Türkiye'de[186] bulunan bir çocuğun hukuka aykırı olarak Kıbrıs Rum kesimine[187] götürülmesi veya orada alıkonması halinde vuku bulabilir. Bu örneği tam tersine çevirerek ikinci bir olasılık da yaratılabilir. Kanaatimizce böyle bir ihtimalde çocuk iade edilmelidir. Zira Sözleşmenin uygulanabilmesi için çocuğun mutad meskeninin bulunduğu âkit devletin, çocuğun alıkonduğu veya kaçırıldığı tarihte Sözleşmeye taraf olması yeterlidir. Sözleşmeye taraf iki devletin birbirlerini ne "de jure" (hukuken), ne de "de facto tanımıyor olması sözleşmenin uygulanmasına engel teşkil etmemelidir. Bu konudaki yegâne kriter çocuğun alıkonduğu ve mutad meskeninin bulunduğu devletin sözleşmeye taraf devlet olmasıdır. Bu noktadan hareketle örneğimizi biraz değiştirip; akit devletlerden birinde mutad meskeni bulunan bir çocuğun, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti devletine hukuka aykırı olarak götürüldüğü veya orada alıkonduğunu farz edersek, artık çocuğun iadesi için 1980 tarihli La Haye sözleşmesi hükümlerinin uygulanmayacağı sonucuna varırız. Zira Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti devleti, Sözleşmeye taraf devletlerden değildir. Kaldı ki, sözleşmenin uygulanması bakımından adı geçen devletin Türkiye dışında başka devletlerce tanınıp tanınmaması da önem arz etmemektedir. Hatta mutad meskeni Türkiye'de bulunan bir çocuk, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti devletine götürülür veya orada alıkonursa, kendisinin Türkiye'ye iadesi sözleşme hükümleri uyarınca gene istenemeyecektir.

Nitekim Adalet Bakanlığının 65 numaralı genelgesinde bu hususa açıklık getirilmiştir. Genelgeye[188] göre, çocuğun kaçırılmadan önce mutat meskeninin bulunduğu veya haksız olarak götürüldüğü devlet, kaçırma vak'ası gerçekleştiği sırada henüz sözleşmeye taraf değil ise, sözleşme hükümleri uyarınca çocuk iade edilmeyecektir. Sözleşmenin zaman açısından uygulanabilirliğinin tespitinde esas alınacak olan tarih, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye hukuka aykırı olarak götürüldüğü tarihtir. Haksız alıkoyma durumunda ise, belirli bir süre kalmak için başka bir ülkeye götürülen çocuğun bu süre sonunda teslim edilmeyip alıkonulduğu tarih esas alınmalıdır. Sözleşmenin zaman bakımından uygulanabilmesi için uluslararası kaçırma vak'asının gerçekleştiği tarihte, hem çocuğun mutad meskeni devletinin

[186] Türkiye, sözleşmeyi depo merci kayıtlarına göre 21 Ocak 1998'te imzalayıp 31 Mayıs 2000'de tasdik ederek onaylamış ve 1 Temmuz 2000 tarihinde de çekince koyarak yürürlüğe sokmuştur. Türkiye sözleşmenin 26 ncı maddesinin 3. paragrafına "Türkiye Cumhuriyeti, mahkeme masraflarından veya kanunî danışman ve müşavirlerin katılımından doğan masraflar ile çocuğun iadesi sebebiyle doğan masrafları üstlenmemektedir" şeklinde çekince koymuş buna ilaveten herhangi bir bölgesel kısıtlama tahdidinde bulunmamıştır.

[187] Kıbrıs Rum kesimi sözleşmeyi hiçbir çekince ve bölgesel kısıtlama uygulamaksızın 4 Kasım 1994'te tasdik ederek onaylamış ve 1 Şubat 1995'tede yürürlüğe sokmuştur.

[188] Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü 01.01.2006 Tarih ve B.03.0.UİG.0.00.00.06/010.06.02/3 Sayılı 65 numaralı Genelge s.3.

hem de o anda bulunduğu (götürüldüğü) devletin sözleşmeye taraf olması gerekir. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 37. maddesine göre, sözleşmeye taraf olmak isteyen bir devlet sözleşmeyi onaylar, kabul eder veya tasvip eder.

Şu halde Sözleşmenin uygulanabilmesi için çocuğun mutad meskeninin bulunduğu âkit devletin coğrafi sınırlarının dışına çıkartılması yeterli olmayıp aynı zamanda çocuğun hukuka aykırı olarak götürüldüğü veya alıkonduğu ülkenin Sözleşmeye taraf bir devlet olması gerekir. Buna karşın 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin âkit olmayan devletler için de uygulanabileceği iddia edilmiştir[189]. Bu görüştekilere göre, bir devlet 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ni onaylamakla Sözleşmenin öngördüğü temel prensipleri uluslararası nitelikteki bütün velâyet ihtilâfları bakımından kabul etmiş demektir[190]. Başka bir deyişle bu görüşte olanlar, Sözleşme'ye taraf olmayan bir devlet tarafından çocuğun iadesinin talep edildiği hallerde dahi Sözleşme hükümlerinin dikkate alınmasının gerektiğini savunmaktadırlar. Görülüyor ki; bu görüştekiler 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ni Loi Uniform bir sözleşme olarak algılamaktadırlar.

Sözleşme anlamında alıkoymanın veya yer değiştirmenin hukuka aykırı olduğunun kabul edilebilmesi için, çocuğun koruma hakkını üstlenen kişi veya kurumun gözetim alanının dışına çıkartılması yeterli olmayıp, aynı zamanda mutad meskeninin bulunduğu devletin ulusal sınırlarının da dışına çıkartılması gerekir[191]. Çocuğun, mutad meskeninin bulunduğu devletin sınırları dahilindeki bir yerde alıkonması veya meskeninin bulunduğu yerden farklı bir bölgeye götürülmesi sözleşmenin uygulanmasını temin etmez. Şu halde çocuk, koruma hakkı sahibinin rızasına binaen, mutad meskeninin bulunduğu devletten alınıp yurt dışına çıkartıldıktan sonra tekrardan mutad meskeninin bulunduğu devlete geri getirilir, ancak koruma hakkı sahibinin rızası hilafına, mutad meskeninin bulunduğu adrese iade edilmez ise, sözleşmenin aradığı anlamda haksız alıkoyma gerçekleşmiş olmaz. Zira çocuk mutad meskenin bulunduğu ülke sınırları içinde olduğundan haksız alıkoyma uluslararası niteliğini yitirmiş olup yerel nitelik kazanacaktır[192].

---

[189] American Academy of Matrimonial Lawyers ve International Academy of Matrimonial Lawyers gibi kimi örgütler bu görüşü savunmaktadırlar. Bkz. Ising Elizabeth, Refusing to Debate Wheaties Versus Milchreis: Blondin v. Dubois and the Second Circuits's Iınterpretation of the Hague Abduction Convention's Grave Risk Exception,NCJ International Law and Com. Reg., Vol.25, 2000, s.633. dn.105.

[190] Ising Elizabeth, Refusing to Debate Wheaties Versus Milchreis: Blondin v. Dubois and the Second Circuits's Iınterpretation of the Hague Abduction Convention's Grave Risk Exception,NCJ International Law and Com. Reg., Vol.25, 2000, s.633 dn105.

[191] Lowe Nigel / Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children, Family Law 2004, s. 249; Peter North /J. J. Fawcett, Cheshire's and North's Private International Law, 13. Edt. London, 1999, s.873.

[192] Lowe Nigel / Everall Mark / Nicholls Michael s. 250.

Sözleşmenin uygulanması bakımından sorun yaratacak bir mesele de şudur: Koruma hakkına sahip olan kişi, çocuğu kaçırıldıktan sonra mutad meskenini üçüncü bir âkit devlete taşır ise, çocuğun bu devlete iadesi mümkün olabilecek midir?

Bu soruya 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 8. madde hükmü uyarınca olumlu cevap verebilmek mümkündür. Madde hükmüne göre koruma hakkına sahip olan kişi, kurum veya merkez; çocuğun geri dönmesini sağlamak üzere yardım etmeleri için çocuğun mutat meskeni makamlarına ya da herhangi bir başka âkit devlet merkezî makamına başvurabileceklerdir. Buna karşın 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin giriş kısmında belirtildiği üzere çocuğun bir an evvel önceki mutad meskenine iade edilmesi sözleşmenin amaçlarından biridir. Şu halde çocuğun önceki mutad meskenine iade edilmeyip bir başka âkit devlete iade edilecek olmasının sözleşmenin uygulanma alanını genişlettiği ileri sürülebilirse de kanaatimizce bu pek yerinde bir görüş değildir. Ancak kimi hallerde, 13. madde hükmüne dayanılarak, iadeye itiraz edilebilecektir. Bu meseleyle ilgili açıklamalara, aşağıda "Yaşı ve Olgunluğu Dikkate Alınan Çocuğun İade Talebine Kendisinin Karşı Çıkması" başlığı altında yer verilecektir.

Sözleşme uygulaması bakımından tartışma yaratabilecek bir başka husus da şu şekilde ortaya çıkabilir. Çocuk, mutad meskeninin bulunduğu âkit devletten kaçırılıp, âkit olmayan bir devlete götürülüp orada bir yılı aşkın süreyle kendisini hukuka aykırı şekilde alıkoyan kişi ile birlikte yaşamak zorunda kalmış olabilir. Orada geçirilen bir kaç yıldan sonra çocuk, sözleşmeye taraf âkit devletlerden birine götürülüp yerleştirilir ise, sözleşme hükümleri acaba bu halde uygulama alanı bulabilecek midir? Kanaatimizce öngörülebilen bu ihtimal bakımından, sözleşmenin uygulanabilirliğini test etmeden önce çocuğun yaşını dikkate almamız gerekir. Şayet çocuk sözleşmenin aradığı yaş sınırını aşmış ise, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi hükümlerinden istifade mümkün olmayacaktır ve iade gerçekleşmeyecektir. Bu hususa dikkat edildikten sonra sorumuza cevap bulmaya çalışalım. Çocuk şayet âkit devletlerden birine sonradan götürülür ise, kanaatimizce sözleşme uygulama alanı bulabilecektir. Zira çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştiren davranışın, fiilin, tek bir eylemden ibaret olduğunu kabul etmek gerekir[193]. Şu halde çocuk, kaçırılma sonrası her ne kadar âkit olmayan bir devlete götürülmüş olsa da, sonrasında âkit bir devlete getirildiğinde sözleşme hükümleri uygulama alanı bulabilmelidir

[193] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 209.

II. Sözleşme Hükümleri Yorumlanırken Gözetilecek Esaslar

1980 tarihli La Haye sözleşmesi, bir uluslararası sözleşme olması itibariyle, yorumu âkit devletlere göre farklılık arz edebilir. Ancak 1980 tarihli La Haye sözleşmesi hükümleri hakkında sağlıklı yorumların yapılabilmesi için, 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin[194] ilgili maddelerinin dikkate alınması gereklidir. Viyana Sözleşmesinin 31. maddesi andlaşmaların yorumunu düzenlemektedir. Madde hükmüne göre, andlaşma hükümleri, andlaşmanın bütünü içinde, konu ve amacı ışığında verilecek alelâde manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanmalıdır[195]. Şu halde, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi yorumlanırken, anlaşmanın temel amacı dikkate alınmalıdır. Bu amaç, çocuğun bir an önce, mutad meskenine iade edilmesidir. Çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden veya haksız alıkonmasından önceki mevcut statükonun bir an önce tesisi ve bu durumun korunması Sözleşme'nin başlıca gayesidir[196]. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi, Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi (Lüksemburg Sözleşmesi)'nden[197] farklı olarak fiilî mevcut statükoyu esas almaktadır. Oysa Lüksemburg Sözleşmesi hukukî mevcut statükoyu esas almaktadır. Bu nedenle 1980 tarihli La Haye sözleşmesi uyarınca, çocuğun mevcut statükosunun korunması, koruma hakkının esasından bağımsız kabul edilmektedir[198].

Bunun yanında çocuğun üstün menfaati, sözleşmenin gözettiği en temel esaslardan biridir[199]. Bu bakımdan, Sözleşmenin, çocuğun iadesinin reddi sebeplerini düzenleyen, 12., 13. ve 20. maddeleri bu esaslar çerçevesinde yorumlanmalıdır. Çocuğun bir an önce iade edilmesi esas gaye olduğundan, iadenin reddi sebeplerini düzenleyen hükümlerin dar yorumlanması

---

[194] Sözleşme 27.01.1980'de 34 devletin onaylaması ile yürürlüğe girmiştir. Sözleşme metninin Türkçe tercümesi için Bkz. Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, 1994, İstanbul, s.104-129.

[195] Gündüz Aslan, S.113.

[196] Weiner H. Merle, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, Vol 69,2000,s.633. ; Rutherford R. Julia, Removing The Tactical Advantages of International Parental Child Abductions Under The 1980 Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abductions, Arizona Journal of International and Comparative Law, 1991,Vol 8, s.151.

[197] Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi için Bkz. RG.02.11.1999-23864. 4433 sayılı Onayı Uygun Bulma Kanunu için Bkz. RG. 08.08.1999-23780.

[198] Weiner H. Merle, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, Vol 69,2000,s.633.

[199] Sözleşmeyi imzalayan devletler, çocuğun menfaatinin, gözetilmesi gereken meselelerde hayati bir öneme sahip olduğuna derinden inanarak, sözleşme hükümlerinde mutabık kalmışlardır. Bkz. Sözleşmenin Giriş kısmı.

gerekir. Mahkemelerce iade sebeplerinin geniş yorumlanması Sözleşmenin öngördüğü amacın gerçekleşmesini güçleştirir[200]. Bu husus, anılan maddelere çekince koyulamamasından da anlaşılmaktadır[201]. Sözleşmenin 42. maddesinde bu husus açıkça dile getirilmiştir.

Yukarıda da söz ettiğimiz gibi 1980 tarihli La Haye sözleşmesi, kimi maddelerinde iç hukuktaki düzenlemelere göre farklı kavramlar öngörmektedir. Sözgelimi Sözleşmenin 5. maddesinde ifade edilen koruma hakkı, özel bir manada kullanılmıştır. Bu kavram, âkit tarafların o terime vermek istedikleri anlama uygun şekilde uygulanmalıdır. Nitekim Viyana Sözleşmesinin 31. maddesinin 4. bendinde bu husus açıkça dile getirilmiştir. Tarafların bir terime özel bir mânâ vermek istedikleri tespit edildiğinde, bu terime o mânânın yüklenmesi gerekir[202].

A. Çocuğun Üstün Menfaati

Sözleşmeyi sağlıklı olarak değerlendirebilmek için çocuğun üstün menfaatinin tespiti önemlidir. Zira uluslararası çocuk kaçırmalarıyla mücadele ederken, çocukların korunması gerektiği ve de menfaatlerinin çok iyi tahlil edilmesi gerektiği her zaman akılda tutulmalıdır. Buna karşın şaşırtıcı olarak dibace kısmı hariç, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin hiçbir hükmünde "çocuğun üstün menfaati" ibaresine yer verilmemiştir[203]. Aynı şekilde gerek 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nde, gerek Çocuk Hakları Sözleşmesinde ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinde çocuğun üstün menfaatinin tanımı yapılmamıştır.

Çocuğun üstün menfaatini tespit edebilmek için 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin niteliğinin dikkate alınması gerekir. Daha öncede belirttiğimiz gibi, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi bir adlî yardım sözleşmesidir. Sözleşmenin asıl gayesi, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen veya alıkonan çocuğun bu fiil gerçekleştirilmezden evvelki mevcut statükosunu korumaktır[204]. Bir başka ifade ile çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden önceki mevcut statükonun bir an önce tesis edilmesi 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin öncelikli

[200] Bodzin I. Martin,International Parental Child Abduction: The Need For Recognition and Enforcement of Foreign Custody Decrees, Journal of International Dispute Resolution,1989,Vol 3,s.214.
[201] Taraf Devletler, en geç, onay, kabul, tasvip veya katılma anında, veya 39. ve 40. maddelere göre yapılan beyan anında, 24. madde ile 26. maddenin 3. fıkrasında öngörülen çekincelerden birini veya her ikisini koyabilirler. Başka hiçbir çekince kabul edilmez.
[202] Gündüz Aslan, S.113.
[203] Schuz Rona, The Hague Child Abduction Convention: Family Law And Private International Law,International And Comparative Law Quarterly,Vol 44,1995,773.
[204] Stotter H. Lawrence, The Light at The End of The Tunnel: The Hague Convention on International Child Abduction Has Reached Capitol Hill, **Hastings International and Comparative Law Review**, Vol 9, Year 1985-1986, s. 294.

hedefidir. Mevcut statükonun korunması ise hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun bir an önce eski mutad meskenine iade edilmesi ile gerçekleşecektir[205]. Şu halde çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmezden evvelki mutad meskenine iadesinin, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi anlamında çocuğun üstün menfaatine hizmet edeceğinin kabulü gerekir[206].[207] Sözleşmenin velâyet sorumluluğuna[208] yönelik bir Sözleşme olmadığının hatırlanarak, çocuğun bir an önce eski mutad meskenine iade edilmesi esas amaç olarak gözetilmelidir. Mevcut statükoyu korurken, çocuğun içinde bulunduğu fizikî imkanlar ile coğrafî koşulların kendisine ve geleceğine ne kadar yarar sağlayacağının her somut olayda dikkate alınması gerekir. Çocuğun üstün yararı gözetilirken onun fiziksel ve ruhsal bütünlüğü birlikte ele alınmalıdır[209]. Çocuğun üstün menfaati, sözleşmenin öngördüğü amaçla sınırlı olarak tâhlil edilmeli velâyet ihtilâflarını hükme bağlarmışçasına hareket edilmemelidir[210]. Aksi tutum yargılamanın uzamasına sebebiyet verebilir.

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 13. madde hükmünün zımnî olarak çocuğun üstün menfaatini dikkate aldığı söylenebilir. Zira çocuğun, fizikî veya psikolojik bir tehlikeye maruz kalması durumunda iade edilemiyebilecek olması, çocuğun üstün menfaatinin göz önüne alındığının göstergesidir[211]. Söz gelimi çocuk hakları bakımından, mevcut hukuk kurallarının ve geleneklerin olumsuz olduğu bir ülkeye çocuğun iade edilecek olması kendisinin üstün menfaatine hizmet etmeyebilir. Keza küçük yaşlardaki çocukların, iade sonrası eğitim görmek

---

[205] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor s. 429. paragraf 16 ; Todd A. Julia, The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abductin: Are The Convention's Goals Being Achieved?,Global Legal Studies Journal, 1995, Vol 2, 553.

[206] Kenworthy S. Brian, The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States And The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction, Indiana International Law and Comparative Law Review, Vol.12, 2002,s. 357. ; Mackie Susan, Procedural Problems in The Adjudication of International Parental Child Abduction Cases, Temple International Law and Comparative Law Journal, Vol 10, 1996,s.448.

[207] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor s. 433. paragraf 29. "Mutad meskeninden hukuka aykırı olarak uzaklaştırılan çocuğun, güven ve istikrarın bulunmadığı, fiziki veya psikolojk tehlikeye maruz kalacağı yeni bir çevreye götürülmesi üstün menfaatine hizmet etmez."

[208] Çocuğun iadesine bakan mahkeme, kural olarak velâyet ihtilâfları hakkında yetkili değildir. Bkz. Mast Smetzer Kerri, The Application of The Fundamental Principles Exception of The Hague Convention On The Civil Aspects of International Child Abduction, Emory International Law Review, 2003, Vol 17,s.247.

[209] Mast Smetzer Kerri, The Application of The Fundamental Principles Exception of The Hague Convention On The Civil Aspects of International Child Abduction, Emory International Law Review, 2003, Vol 17,s.245.

[210] LeGette Caroline, International Child Abduction and The Hague Convention: Emerging Practise and Interpretation of the Discretionary Exception, Texas International Law Journal, Vol 25, 1990,s.289.

[211] Schuz Rona, The Hague Child Abduction Convention: Family Law And Private International Law,International And Comparative Law Quarterly,Vol 44,1995,s.776.

yerine kendi fiziksel ve de ruhsal gelişimlerine hiçbir katkı sağlamayacak işlerde çalıştırılma ihtimali kuvvetle muhtemel ise iade talebi gene reddedilebilmelidir[212].

Çocuğun üstün menfaati gözetilirken, bu menfaat sadece çocuk ile ebeveynler arasındaki ilişkilerde dikkate alınmakla kalmayıp aynı zamanda eşlerin, çocukla ilgili üçüncü kişilerle olan münasebetlerinde de göz önüne alınır. Çocuğun üstün menfaati tahlil edilirken, ebeveynlerin birbirlerine oranla üstünlükleri veya yetersizliklerinden ziyade çocuğun refahı esas alınmalıdır[213].

Çocuğun üstün menfaatinin yorumu konusunda mahkeme kararlarında henüz birlik sağlanamamışken uluslararası özel hukuk ihtilâflarında bu menfaatin tahlil edilecek olmasının 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ni zayıflattığı ileri sürülmektedir[214]. Gerçekten de mahkemeler, çocuğun üstün yararını tespit ederken bulundukları toplumun değer yargıları ve ahlak anlayışları ile bağlı kalmaktadır[215]. Söz gelimi kimi mahkeme, toplumun ahlak kurallarından farklı cinsel eğilimlere sahip olunmasını velâyet sorumluluğunun üstlenilebilmesi bakımından bir engel olarak kabul ederken, başka bir mahkeme bu hususu göz önüne almaksızın çocuğun üstün menfaatini tahlil edebilir [216].

Çocuğun üstün menfaati tespit edilirken subjektif değerlerden ziyade, objektif değerlere isnat edilmelidir. Çocuğun durumu ve ihtiyaçları dikkate alınmalıdır. Çocuğa gösterilen sevgi, şefkat, duygusal bağ ile çocuğun temel ihtiyaçlarının karşılanması, eğitimi ve himaye edilip gözetilmesi çocuğun üstün menfaatinin tespitinde esas alınmalıdır. Çocuğun, düzenli ve istikrarlı bir aile ortamında yaşamasının üstün menfaatine hizmet edeceği de bir gerçektir[217]. Ancak bu hususlardan hiç biri diğerinden daha önemli ve öncelikli kabul edilmemelidir.

---

[212] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 176.
[213] Bruce D. Gill, Best Interest of The Child? A Critique of Judicially Sanctioned Arguments Denying Child Custody to Gay and Lesbians, Tennessee Law Review, Vol 68,2001,s.364.
[214] Marisa Leto, Whose Best Interest? International Child Abduction Under The Hague Convention,Chicago Journal of International Law, Vol 3 No1, 2002, s.248.
[215] Kerri Smetzer Mast, The Application of The Fundamental Principles Exception of The Hague Convention On The Civil Aspects of International Child Abduction, Emory International Law Review, 2003, Vol 17,s.245.
[216] Bruce D. Gill, Best Interest of The Child? A Critique of Judicially Sanctioned Arguments Denying Child Custody to Gay and Lesbians, Tennessee Law Review, Vol 68,2001,s.364-365. Sözgelimi ABD mahkemelerinde görülen bir velâyet davasında mahkeme, homoseksüelliğin tek başına velâyet sorumluluğunu üstlenmeye engel bir sebep olmadığını dile getirmiştir. Bkz. J.A.D. v. F.J.D.,(1998) 978 SW. SD. 336,338-339. Keza Tucker v. Tucker davasında da, mahkeme annenin homoseksüel olmasının, ebeveyn sorumluluğunu üstlenmesini kısıtlayan bir sebep oluşturmadığına hükmederek çocuğun velâyetini anneye bırakmıştır. Bkz. Tucker v. Tucker, (Utah 1996) 910,P.2d 1209,1217. Buna karşın çocuğun velâyetinin homoseksüel bir kişiye verilmesinin çocuğun üstün yararına hizmet etmiyeceği de ileri sürülmektedir. Bu görüştekilere göre böyle bir ortamda yaşıyacak olan çocuğun, gelecekte utangaç bir mizaca sahip olacağı, cinsel kimlik bunalımı yaşayacağı ve de cinsel davranış bozuklukları göstereceği belirtilmektedir. Bkz. Bruce D. Gill, s.368.
[217] Simon R. Fodden, Family Law, Toronto, 1999, s.189.

Türk hukukunda[218] eşler, çocuğun sağlığına, bakım ve eğitimine özen göstermekle yükümlüdürler[219]. Bu sorumluluğu yerine getirirken çocuğun menfaati dikkate alınmalıdır[220]. Şu halde Türk mahkemeleri bakımından çocuğun üstün menfaati değerlendirilirken bu hususlar gözetilmektedir. Hâkimi bağlayan tek husus çocuğun menfaatidir[221]. Yargıtay HGK da bu hususu gözeterek yabancılık unsuru içeren boşanma davasıyla ilgili olarak verdiği bir kararda[222], annenin bakım ve şefkatine muhtaç olan dört yaşındaki bir çocuğun velâyetinin, Müslüman ve Türk olmayan ve yurt dışında yaşayan anneye bırakılmasını, münhasıran çocuğun bedeni, fikri ve ahlâki gelişimine engel olabilecek bir sebep olarak kabul etmemiştir.

Mahkeme, çocuğun üstün menfaatini tespit ederken, çocukla ilgili olan ve olabilecek her hususu göz önüne almalıdır. Bunun yanında mahkemece verilecek karar çocuğun bugününe ve geleceğine ilişkin olacağından, çocuğun üstün menfaati tahlil edilirken çocuğun geçmişteki tecrübelerine ve yaşadıklarına son derece önem atfedilmelidir[223]. Çocuğun yararının ve gelişmesinin tehlikeye düşmemesi çocuğun gözetilmesi gereken üstün menfaatidir[224].

Çocuklardan ergin kişiler gibi düşünüp hareket etmeleri beklenemez. Duygusal sezgileriyle ve temel fizyolojik ihtiyaçlarıyla dünyayı algılayan çocukların bu yönleri dikkate alınmalıdır. Akıl ve sağduyu ile hareket eden hâkim çocuğun üstün menfaatini tahlil ederken, çocuğun duygularını göz ardı etmemelidir.

Çocuğun üstün menfaati değerlendirilirken çocuk hukukuna hâkim olan prensiplerin dikkate alınması gerekir. Çocuk hukuku, çocuğun korunmasına yönelik kamu hukuku karakteri ağır basan, aynı zamanda özel hukuk boyutunda da çocuğun menfaatini esas alan hukukî düzenlemeleri ifade etmektedir[225]. Çocuk hukukuna hâkim olan prensipler anayasa, kanun ve milletlerarası sözleşmelerden doğmaktadır. Çocuğun bir taraftan toplum için taşıdığı önemi, diğer taraftan onun zayıflığını, kendi sorunlarını çözmekteki aczini, haklarını koruyabilmek için örgütlenme ve lobi oluşturma imkânına sahip olamamasından ötürü sürekli korunmaya muhtaç

[218] Bkz. TMK madde 182/2, 185/2.
[219] Dural Mustafa/ Öğüz Tufan/ Gümüş Alper Mustafa, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul, 2005,s.142-143. Yazarlara göre hâkim çocuğun üstün menfaatini değerlendirirken ahlâk bakımından da menfaatini dikkate alacaktır.
[220] Bkz. TMK. Madde 339/f1. "Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar."
[221] HGK 18.10.1969, 786/771 (Yazıcı/Atasoy, 712); HGK. 12.06.1963, 36/50 (Yazıcı/Atasoy, 717)
[222] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.03.1993 tarihli E. 1992/2-763 K.1993/117 sayılı kararı için Bkz. İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi S.33 Yıl 1993 s.9563-9574.
[223] Fodden R. Simon, Family Law, Toronto, 1999, s.192-193.
[224] Bilge Öztan, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2004, s.670.
[225] Bilge Öztan, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2004, s.514.

bulunmasını göz önünde tutan norm koyucular, giderek bu alana el atmakta ve düzenlemede bulunmaktalar[226]. Çocuk hukukuna hâkim olan prensiplerden bir tanesi de "çocuğun menfaatinin önceliği ilkesi"dir. Bu prensipten hareketle, çocukla ilgili bir hükmün yorumunda her zaman için çocuğun menfaati esas alınacaktır[227].

Doktrinde 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin çocuğun üstün menfaatini gözetmede yetersiz kaldığı iddia edilmektedir. Özellikle çocuk hukuku alanındaki son gelişmeler ışığında, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin çocuğun hakları bakımından geri planda kaldığı getirilen eleştiriler arasındadır[228]. Söz gelimi 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 13. maddesinin (a) bendi koruma hakkı sahibine çocuğun hukuka aykırı yer değiştirilmesine rıza gösterebilme hakkı tanımaktadır. Bu hükmün çocuğun üstün menfaati ile çeliştiği iddia edilmektedir[229].

Kanaatimizce de, koruma hakkı sahibinin çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesine rıza gösterecek olması, sözleşmenin öngördüğü temel hedef olan çocuğun mevcut statükosunun korunmasına hizmet etmeyeceği gibi, çocuğun üstün menfaatine de aykırı bir durum yaratacaktır.

B. Mutad Mesken Kavramı

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için çocuğun mutad meskeninin âkit devletlerden birinde bulunuyor olması gerekir. Sözleşme, mutad mesken kavramını tercih etmekle, çocuğun fiili yaşam merkezini esas almıştır[230].

Çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilip değiştirilmediği, haksız alıkonup konmadığı veya koruma hakkının ihlal edilip edilmediği çocuğun mutad meskeni hukukuna göre tespit edilecektir. Sözleşme hangi tarihteki mutad meskenin esas alınması gerektiğini belirtmek suretiyle zaman konusundaki tartışmaların önünü kesmiştir. Çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden evvel bulunduğu yer, mutad meskeni olarak dikkate alınacaktır.

---

[226] Bilge Öztan, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2004, s.516.
[227] Bilge Öztan, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2004, s.517.
[228] Brian S. Kenworthy, The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States And The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction, Indiana International Law and Comparative Law Review, Vol.12, 2002, s.332 dn.26.
[229] Rhona Schuz, The Hague Child Abduction Convention: Family Law And Private International Law,International And Comparative Law Quarterly,Vol 44,1995,s.778.
[230] Merle H. Weiner, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, Vol 69,2000,s.641.

Sözleşmenin Türkçe metninin giriş kısmında hatalı olarak kullanılan "mutat ikametgâh" kavramı, ilgili maddelerde de hatalı olarak kullanılmaya devam etmiştir. Sözleşmenin 3,4,5,8,13,14,15,25 ve 31. maddelerinde bu hata tekrarlanmıştır. Söz konusu bu hata ne yazık ki kimi Yargıtay kararlarında[231] da tekrarlanmıştır. Sözleşmenin Türkçe metninde yer alan "mutad ikametgâh" kavramı, "mutad mesken" olarak düzeltilmeli ve yorumlanmalıdır.

Mutad mesken kavramı, çocuklara ilişkin La Haye sözleşmelerinde ilk kez 1902 tarihli "Çocukların Vesâyetine ilişkin Sözleşme"de[232] kullanılmıştır[233]. Adı geçen sözleşmede, çocuğun halihazırdaki meskenini belirginleştirmek ve de hukuken bağlı olunan ikametgâh anlayışından farklı olduğunu belirtebilmek için mutad mesken kavramı bilinçli olarak tercih edilmiştir.

1902 tarihli Sözleşmede bağlanma noktası olarak kullanılan "çocuğun son mutad meskeni" aile hukukuna ilişkin La Haye sözleşmelerindeki genel eğilimi yansıtmaktadır. İkinci dünya savaşının sona ermesiyle yeniden toplanmaya başlayan La Haye Konferansı oturumlarında gerek aile hukukuna ilişkin olan ve âkit devletler arasında uygulama alanı bulan sözleşmelerde, gerekse de erga omnes sözleşmelerde bağlanma noktası olarak "vatandaşlık" yerine "mutad mesken" tercih edilir olmuştur[234]. Aile hukukuna ilişkin düzenlemelerde mutad mesken kavramı güçlü konumunu, modern hayatın öngördüğü hareketli yaşama daha kolay adapte olabilmesinden almaktadır. Mutad mesken, vatandaşlık ve ikametgâh esasına dayalı bağlanma noktalarının gösteremediği esnekliği sağlamaktadır[235].

Hukukî bir kavramı ifade etmeyen mutad mesken, fiilî ve gerçek durumu yansıttığı için kullanılmakta ve tercih edilmektedir[236]. Kavram, maddî bir gerçek olarak kabul edilmektedir[237]. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi, "mutad mesken" kavramından neyin anlaşılması gerektiği

---

[231] 2.HD'nin 10.02.2004 Tarihli E. 2003/12955 K. 2004/1355 kararı için Bkz. Nuray Ekşi, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları,Arıkan Basım, İstanbul, 2007,s.40.

[232] Hague Convention on Guardianship of 1902. Türkiye tarafından onaylanmayan sözleşme,çocukların korunmasına ilişkin özel hukuka dair düzenlemeler öngörmektedir. Sözleşmeye göre vesâyete uygulanacak hukuk, küçüğün millî hukukudur. Zorunluluk arz eden durumlarda geçici tedbir olarak mahallî hukuka göre vesâyet kararı verilebilir. Bkz. Bilgin Tiryakioğlu, Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar, T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Ankara,1991,s.77'den naklen.

[233] Bkz. Nuray Ekşi, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, İstanbul,2000, s.90.

[234] İnci Ataman Figanmeşe, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi, Nihal Uluocak'a Armağan, s.67'den naklen. (Bkz. Keller /SİEHR, Allgemenie Lehren des Internationalen Privatrechts, Zurich 1986, s.321.)

[235] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 89.

[236] Gülören Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları,** İstanbul, 7. Bası, 2002, s.49.; Aysel Çelikel Milletlerarası Özel Hukuk, Çelikel Aysel/ Erdem Bahadır, Beta Basım, İstanbul, 2007,s.283.

[237] Nuray Ekşi, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, İstanbul,2000, s.90.dn.367'de anılan yazar.; Ayrıca bkz. Clive M. E., The Concept of Habitual Residence, Judical Law Review,1997, s.137.

konusunda tanım vermekten özellikle kaçınmıştır[238]. Zira mutad mesken bağımsız bir kavramdır. Bir başka ifade ile kendisine hukukun diğer dallarında verilen anlamdan bağımsızdır. Mutad mesken kavramının ikametgâh kavramının aksine hukukî bir kavram sayılmaması onun ikametgâha tercih edilmesini sağlamaktadır. Böylelikle ikametgâh kavramının birlikte getirdiği vasıflandırma problemleri mutad mesken için asgariye düşmektedir. Bu sayede millî bir kavram olarak değil daha ziyade milletlerarası müşterek anlayışa varmaya hizmet eden bir nevi milletlerarası kavram muamelesi görmektedir[239]. Buna karşın, kavramın tanımının yapılmamış olması, mahkemelere serbesti sağlamış ve içeriği içtihatlara bırakılmıştır[240]. Bu sayede standart bir tanım yapılarak kavram gereksiz kalıba sokulmaktan arındırılarak her somut olay için, çocuğun gerçek mutad meskenini[241] tespit edecek mahkemenin objektif bir değerlendirme yapması istenmiştir[242].

İç hukuklarda mutad meskene verilen anlamların, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi bakımından doğrudan uygulanabilirliği yoktur[243]. Nitekim Sözleşmeye ilişkin Açıklayıcı Raporda da[244], mutad mesken kavramının La Haye Konferanslarında kullanılan[245] ve oldukça kabul gören bir kavram olduğuna değinilmiş, aynı zamanda fiilî durumu yansıtması nedeniyle de ikametgâh kavramına göre farklılık arz ettiği vurgulanmıştır[246]. Kavram, bilinçli olarak teknik

---

[238] Adair Dyer, Childhood Rights in Private International Law, Australian Journal of Family Law (1991), s.103-104; Kelly Morgan Michelle,Taking Liberties: The Third Circuit Defines "Habitual Residence" Under The Hague Convention On International Child Abduction, Villanova Law Review, 1996, Vol 41,s.1072.; Pippa Rogersen, "Habitual Residence: The New Domicile",**International and Comparative Law Quarterly**, Ocak 2000, Vol.49,s.87.

[239] Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, 13. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2005, s.123.

[240] Kelly Morgan Michelle,Taking Liberties: The Third Circuit Defines "Habitual Residence" Under The Hague Convention On International Child Abduction, Villanova Law Review, 1996, Vol 41,s.1072.

[241] Burada kastedilmek istenen herhangi bir mutad mesken olmayıp, çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden önce mevcut bulunduğu mutad meskendir.

[242] Lynda Herring, " Taking Away the Pawns: International Parental Abduction and the Hague Convention", **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation,** 1994-1995 , Volume 20. s.153.; Brian S. Kenworthy, The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States And The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction, Indiana International Law and Comparative Law Review, Vol.12, 2002, s.333.

[243] Report of the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction Held 18-21 Ocak 1993, **International Legal Materials,** 1994 Vol.33 s. 235. ; Weiner H. Merle, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, Vol 69,2000,s.650.

[244] Pèrez- Vera tarafından hazırlanan Rapor paragraf 66 s.33.

[245] Kavramın ilk ortaya çıkışının 1880'li yıllarda adlî yardıma ilişkin iki taraflı antlaşmalarda olduğu söylenmektedir. Bkz. Beaumont R. Paul/ McEleavy E. Peter, s.88. Mutad mesken kavramı La Haye sözleşmelerinde ilk olarak 14 Kasım 1896 tarihli Hukuk Usulüne Dair Antlaşmada kullanılmıştır. 1955'den bu yana ise La Haye sözleşmelerinde tercih edilen bir bağlanma noktası olarak kullanıla gelmektedir. Bkz. 1 Mart 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Antlaşmanın 21. maddesinde mutad mesken kavramından bahsedilmektedir. RG. 23.03.1972 –14137.

[246] Pèrez- Vera tarafından hazırlanan Rapor paragraf 66 s.33.

tanımlardan uzak tutulmuş ve hukuk sistemlerindeki farklılıktan kaynaklanacak düzenlemelerden özelikle soyutlanmıştır. Böylelikle mahkemeler, kendi iç hukuk hükümlerine göre "mutad mesken" kavramının içeriğini oluşturacak unsurları tespit etmekten uzak tutulmuşlardır. Aksi halde "ikametgâh" kavramında olduğu gibi her hukuk düzeninde farklı unsurlara sahip ve uygulamadan uygulamaya farklılık gösteren bir kavram yaratılmış olunacaktı ki; bu asla istenmeyen bir sonuçtu. Her vakıada mutad mesken kavramı somut olayın özellikleri dikkate alınarak ve teknik mülahazalardan ve faraziyelerden uzak tutularak objektif şekilde değerlendirilmelidir[247].

Kavramın yorumu, mahkeme içtihatlarına bırakılmasından ötürü ulusal mahkemeler arasında yorum farklılığı doğmuştur. Sözgelimi Amerikan Yüksek Mahkemesinin verdiği bir karara göre, mutad mesken fiilî bir durum ile hukukî bir kavramın sentezidir[248]. Shah davasında[249] mahkeme kavramın tanımını şu şekilde yapmıştır: "Kişinin, olağan yaşamını sürdürmek niyetiyle belirli bir yerde kendi gayret ve isteğiyle kısa veya uzun süreli oturmasıdır." Şu halde ABD mahkemelerine göre bir yerin mutad mesken olarak kabulü için, kişinin kendi istek ve gayretiyle bir yerde oturması ve de bu yerde yaşamını idame ettirmek niyetinde olması gerekir. Kişinin sadece orada oturmak istemesi mutad mesken için yeterli bir şart değildir. Bunun yanında kişinin orada oturabilmesi için gerekli işlemleri yapma, tamamlama veya sürdürme gayretinde de bulunması gerekir. Sözgelimi kişinin o yerde yaşayabilmek için gerekli ev eşyasını alması veya telefon, internet bağlantısı için müracaatta bulunması -gayret gösterdiğine- delalet edebilir.

ABD mahkemeleri çocukların mutad meskenini tespit ederken ikili bir ayrım yapmaktadır. Bebeklerin mutad meskenini tayin ederken üç unsuru dikkate almaktadır. Öncelikle bebeğin hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden veya alıkonmasından önce fiziken bulunduğu yer dikkate alınmakta, sonrasında bebekle geçirilen süre ve son olarak da

---

[247] In Re. Bates CA 122/89 **Family Law Reports** 23 Şubat 1989.

[248] Feder v. Evans-Feder davası için Bkz. 866 F. Supplement 860 (1994). Davaya ilişkin Temyiz Mahkemesi 3. Dairesinin kararı için Bkz. 63 F.3d. 217,222 3d Circuit 1995. ABD 3. Temyiz Dairesi, mutad mesken kavramını değerlendirirken subjektif unsur olan "yerleşme niyeti"ni de dikkate almaktadır. Buna karşılık ABD 6. ve 8. Temyiz Mahkemeleri mutad mesken kavramının içeriğine "yerleşme niyetini" sokmamaktadır. Bkz. Kelly Morgan Michelle,Taking Liberties: The Third Circuit Defines "Habitual Residence" Under The Hague Convention On International Child Abduction, Villanova Law Review, 1996, Vol 41,s.1085.

[249] [1983] 2 AC 309, sy. 343. Bkz. Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.4.

ebeveynlerin bebeğin mutad meskenine ilişkin müşterek niyetleri göz önüne alınmaktadır[250]. Çocukların mutad meskenini tayin ederken ise mahkeme sırasıyla, çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden veya alıkonmasından önce fiziken bulunduğu yeri, çocuğun bu yerde geçirdiği süreyi, çocuğun bu yerde kalmak isteyip istemediğine ilişkin niyetini ve de çocuğun bu niyetini ortaya koyan (kaçırılmazdan veya alıkonmazdan evvelki) davranışlarını esas almaktadır[251].

ABD mahkemelerinde davadan davaya farklılık gösteren çocuğun mutad meskeni kavramı, ilk kez 6. Temyiz Dairesinin Friedrich davasına[252] ilişkin olarak verdiği kararla belli bir standarda kavuşturulmuştur[253]. Buna göre çocuğun mutad meskeni tespit edilirken ebeveynden ziyade çocuk esas alınmalıdır. Çocuğun mutad meskeni tayin edilirken geleceğe yönelik niyeti değil; geçmişte mesken olarak yaşadığı yer esas alınmalıdır[254]. Mahkemeye göre kişinin bir tane mutad meskeni bulunabilir ve bu mesken o yer terk edilmezden önce olağan olarak kullanılan meskendir[255]. Çocuğun yaşamını etkin olarak sürdürdüğü, yaşamını odakladığı meskendir[256]. ABD mahkemesi mutad meskeni tespit ederken zaman bakımından geleceğe değil geçmişe odaklanmıştır. Temyiz mahkemesi de çocuğun mutad meskeninin, ebeveynlerin etkileşiminden ve sorumluluğundan bağımsız olarak ancak zamanla ve de coğrafi olarak değişebileceğine dikkat çekmiştir[257].

---

[250] Stephen E. Schwartz, The Myth of Habitual Residence: Why American Courts Should Adopt The Delvoye Standard For Habitual Residence Under The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction,Cardozo Women's Law Journal, Vol 10, 2004,s.693.

[251] Doktrinde ABD mahkemelerinin mutad meskeni belirlemede kullandığı bu prensiplere "Delvoye Standartları" denmektedir. Bkz. Stephen E. Schwartz, The Myth of Habitual Residence: Why American Courts Should Adopt The Delvoye Standard For Habitual Residence Under The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction,Cardozo Women's Law Journal, Vol 10, 2004,s.694.

[252] Friedrich v. Friedrich davası için Bkz. 983 F. 2d 1396,1401 (6. Cir. 1993).

[253] Stephen E. Schwartz, The Myth of Habitual Residence: Why American Courts Should Adopt The Delvoye Standard For Habitual Residence Under The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction,Cardozo Women's Law Journal, Vol 10, 2004,s.702.

[254] Sampson v. Sampson davası 975 P.2d 1211 (Kansas 1999) Bkz. O'Brien Saniya, The Trials and Tributions of Implementing The Hague Convention on International Child Abduction: Improving Dispute Resolution and Enforcement of Parental Rights in International Arena, The George Washington International Law Review, Vol 35, 2003,s.205.

[255] Friedrich v Friedrich davası için bkz. 982 F 2d (22 Ocak 1992); Justice Kay, The Hague Convention-Order or Chaos? Are They Kidding Themselves? Updated Paper for the Canadian National Judicial Institute International Judicial Conference on the Hague Convenion on the Civil Aspects of International Child Abduction July 2004 La Malbaie (Québec) Canada sy.8.

[256] Brian S. Kenworthy, The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States And The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction, Indiana International Law and Comparative Law Review, Vol.12, 2002,s.333.

[257] Friedrich v Friedrich davası için bkz. 982 F 2d (22 Ocak 1992).

İngiliz, Yeni Zelanda ve Kanada mahkemeleri ise mutad meskeni tespit ederken ebeveynlerin niyetlerini dikkate almakta, hatta bu husus çoğu zaman karara esas teşkil etmektedir.

İngiliz Yüksek mahkemesi[258] verdiği bir kararda, geri dönmemek koşuluyla ülkenin terk edilmesi halinde mutad meskenin bir günde değişebileceğini kabul etmiştir. Kanada mahkemesi[259] de benzer olarak, yeni bir yaşam kurmak niyetiyle Fransa'dan Kanada'ya göç eden bir ailenin Alberta'daki meskeninin aynı zamanda çocuğun yeni mutad meskeni olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Yeni Zelanda mahkemesi[260] ise, babasının yanında en az altı ay veya bir sene kalmak niyetiyle Avustralya'yı terk eden çocuğun, Avustralya'dan ayrılmakla buradaki mutad meskenini yitirdiğini kabul etmiştir. Farklı olarak Nevada Bölge Mahkemesi[261] ise, anne ve çocuğun sekiz aylığına İsrail'e taşınmasının çocuğun mutad meskenini değiştirmeye yetmeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme gerekçeli kararında, çocuğun İsrail'de yaşayabilmesi ve oraya intibak edebilmesi için gerekli hazırlıkların annesi tarafından henüz yapılmamış olduğuna değinerek, anne ve çocuğun samimi olarak İsrail'de yaşamak gibi bir niyetlerinin olmadığı sonucuna varmıştır[262].

Bir yerin mutad mesken olarak kabulü için kişinin o yerde ne kadar süre oturmasının gerektiği veya böyle bir sürenin gerekli olup olmayacağı ise üzerinde durulması gereken önemli sorunlardan bir diğeridir. Çoğunlukla savunulan görüşe göre, belirli bir yerin, kişinin mutad meskeni olarak kabul edilebilmesi için ilgilinin o yerde belli bir süre geçirmiş olması gereklidir[263]. Mutad mesken kavramında; mesken objektif unsuru, mutaden oturma ise subjektif unsuru ihtiva etmektedir.

---

[258] C v S (Minor: Abduction: Illegitimate Child, 1990 2 FLR 442.

[259] DeHaan v Gracia (Alberta) 2004 AJ No:94 (QL). Kay Justice, **The Hague Convention-Order or Chaos ? Are They Kidding Themselves?** Updated Paper for the Canadian National Judicial Institute International Judicial Conference on the Hague Convenion on the Civil Aspects of International Child Abduction July 2004 La Malbaie (Québec) Canada sy.9.

[260] Taupo (Yeni Zelanda) mahkemesi kararı için bkz. NZFLR (New Zealand Family Law Reports) (2001) 1105.

[261] Ben-Even v. Tal davası için Bkz. USDC Nevada 2001 No. CV-S-01-0475-KJD (RIJ) 12 USA 2001.

[262] Kay Justice, **The Hague Convention-Order or Chaos ? Are They Kidding Themselves?** Updated Paper for the Canadian National Judicial Institute International Judicial Conference on the Hague Convenion on the Civil Aspects of International Child Abduction July 2004 La Malbaie (Québec) Canada sy.13.

[263] Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.6.

Doktrinde mutad mesken konusunda iki farklı tanım verilmektedir. Niteliksel tanım, mutad meskeni şahsın menfaatlerinin merkezi olarak ele almaktadır[264].[265] Bu haliyle ikametgâhtan farklıdır. İkametgâhta kişi, yaşadığı yerde sosyal bütünün bir parçası olmak arzusuyla istikrarlı şekilde oturmayı isteyebilir, ancak mutad meskende böyle bir niyet taşınması gerekmez. Kişi çalışmak amacıyla gittiği yabancı bir ülkede mutad meskene sahip olup ikametgâhını geride bıraktığı ülkesinde koruyabilir[266]. Niceliksel tanımda ise oturma süresi tayin edici kriterdir[267].

Söz gelimi İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu'nun[268] 20.maddesinin 1.bendi mutad meskeni kişinin, belli bir süre oturduğu yer olarak tanımlamıştır. Niceliksel bir tanım yaparak tek kriter olarak süreyi esas almıştır. Oturma niyetini gerekli bir unsur olarak gözetmemiştir[269]. Federal mahkeme ise maddeyi "uzatılmış bir süre olarak" yorumlamaktadır. Ancak hemen belirtelim ki iç hukuklarda öngörülen mutad mesken tanımı, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin bu kavrama verdiği anlama karşılık gelmez, gelemez. Bir yerin mutad mesken olarak kabulü için kişinin o yerde dikkate almaya değer bir süre bulunuyor olması gerekir. Bu sürenin, en az kişinin o yere intibak sağlamasına yetecek süre kadar uzun olması gerektiğini ileri sürenler vardır[270]. Söz gelimi ABD mahkemesi bir kararında, çocuğun, altı aydır ana okuluna gidiyor olması sebebiyle, mutad meskeninin o yer olduğunu kabul etmiştir[271]. İngiliz mahkemesinin verdiği bir kararda ise,

---

[264] Işıl Özkan, **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi** ,Ankara, 2003, s.33.(naklen)

[265] Gülören Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları,** İstanbul, 7. Bası, 2002, s.49.

[266] Almanya'ya çalışmak amacıyla giden Türk işçileri bakımından bu durum söz konusu olabilir. Nitekim belki de bu düşünceden hareketle Yargıtay, kişinin nüfusa kayıtlı olduğu yeri, karine olarak ikametgâh yeri olarak kabul etmektedir.

[267] Işıl Özkan, **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi** ,Ankara, 2003, s.33.(naklen)

[268] İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu için Bkz.Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) BRB vom 27.10.1988 (AS 1988). Çevrimiçi (www.admin.ch/ch/d/sr/291/index.html) (Ekim 2007)

[269] Işıl Özkan, **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi** ,Ankara, 2003, s.42.

[270] Amerikan Yargıtayı, 3. Temyiz Dairesinin yorumu için Bkz. Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s.106.

[271] Feder v. Evans-Feder davası için Bkz. 866 F. Supplement 860 (1994). Davaya ilişkin Temyiz mahkemesi 3.Dairesinin kararı için Bkz. 63 F.3d. 217,222 3d Circuit 1995. Davaya konu olan olayda çocuk annesi ile birlikte Avustralya'da çalışan babasının yanına Ocak 1994'te gitmiştir. Çocuk (Evan) orada kaldığı altı ay boyunca kreşe gitmiştir. Annesi çocuğunu kreşe gönderirken bir yandanda gelecek sene için anaokuluna ve sonraki sene içinde okuyacağı okul için önkaydını yaptırmıştır. Haziran 1994'te evliliği kötü giden Bayan Feder, çocuğunu yanına alarak ABD'ye gitmiştir. Bu gelişme üzerine Bay Feder, çocuğun ABD'den iadesi için Avustralya makamlarına başvuruda bulunmuştur. Davaya bakan ABD mahkemesi, çocuğun mutad meskenin ABD (Pennsylvania) olduğu gerekçesiyle iade talebini reddetmiştir. Ancak temyiz mahkemesi hükmü bozmuş ve çocuğun iadesine karar vermiştir.

çocuğun tatilini geçirmek amacıyla altı haftaya kadar kaldığı yer, çocuğun mutad meskeni olarak kabul edilmemiştir[272].

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 11. madde hükmü uyarınca adlî veya idarî makamın, çocuğun iadesine ilişkin müracaatı altı hafta içinde karara bağlaması gerekliliği karşısında, iade davasının açılmasından sonra yedi veya sekiz haftalık bir süre geçmiş ise; hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun yeni bir mutad mesken edinemeyeceğinin kabulü gerekir.

1980 tarihli La Haye sözleşmesi bakımından, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden veya alıkonmasından itibaren en az bir sene geçmedikçe, çocuğun yeni bir mutad mesken tesis edemeyeceğinin kabulü gerekir. Zira Sözleşmenin 12. maddesinin 1.fıkra hükmü çocuğun iade edilebilmesi için, çocuğun bir yıldan kısa bir süre boyunca iade talep edilen ülkede bulunuyor olmasını şart koşmuştur. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ni kaleme alanlara göre, çocuğun bir yıldan kısa bir süre boyunca iade talebinde bulunulan ülkede bulunuyor olması, çocuğun o yere alışacağı veya intibak edeceği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla bir yıldan kısa bir süre zarfında çocuğun, iade talebinde bulunulan ülkede mutad mesken edinemeyeceğinin karine olarak kabulü gerekir.

Kural olarak bir yıl geçtikten sonra çocuk iade edilmeyecek ise de, 12. maddenin 2. fıkrası gereği çocuğun yeni ortamına alıştığı tespit edilmez ise, çocuk iade edilecektir[273]. Şu halde çocuk iade talebinde bulunulan devlette bir yıldan daha fazla kalmış ve o yere intibak etmiş ise artık o yerin çocuğun mutad meskeni olduğunun kabulü gerekir. Ancak çocuk bir seneden fazla bir süredir iade talebinde bulunulan devlette kalmakla birlikte yeni çevresine alışamamış, o yeri benimseyememiş, veya oraya entegre olamamış ise hukuka aykırı olarak alıkonduğu yer, hiçbir zaman için çocuğun yeni mutad meskeni olarak kabul edilemez.

Süre konusunda çeşitli görüşler vardır. İngiliz mahkemesinde görülen bir davada[274] mahkeme, bu sürenin fark edilebilecek veya dikkate almaya değecek kadar uzun bir süre olması gerektiğine değinmiştir. Bu anlayışa göre mutad meskenin, bir yerde kısa süreliğine bulunmaktan en önemli farkı, zaman koşulunda yatmaktadır. Süre tespit edilirken kişinin ne amaçla ilgili yerde bulunduğunun ve o yeri daha önce ne sıklıkla ziyaret ettiğinin araştırılarak hükme varılması gerektiği iddia edilmiştir. Bir başka görüşe göre, söz konusu yerde en az üç ay geçirilmiş

[272] Re. A. (Abduction: Habitual Residence) 1998 1 Family Law Reports 497.
[273] Çocuğun yeni çevresine alışamamış olması iadesini zorunlu kılmaktadır. Bkz. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi Madde 12/2.
[274] [1990] 2 AC 562.

olunması gerekir. Buna mukabil üç aydan daha kısa sürede mutad meskenin oluşturulabildiğinin kabul edildiği davalar da bulunmaktadır. Mesela bir davada[275], İngiliz mahkemesi iki aylığına kesintisiz şekilde o yerde oturmayı mutad meskenin tesisi için yeterli görmüştür. Keza başka bir ülkede yaşamak ve oraya yerleşmek niyetiyle göç edildiğinde, orada geçirilen bir aylık sürenin o yeri, kişinin mutad meskeni yapabileceği de başka bir davada kabul edilmiştir[276].

Buna mukabil karşıt görüşte olanlar ise[277], mutad meskenin tesisi için belli bir süre şartının gerekmediğini ileri sürmektedirler. Kişinin belirli bir yerde olağan yaşamını sürdürmek amacıyla bulunması mutad meskenin teşekkülü için yeterli görülmüştür. Bu anlayışın savunucusu olan yazarlar, kişinin olağan yaşamını sürdürmek amacıyla farklı bir ülkeye geldiği tarihte yeni mutad meskenin oluştuğunu kabul etmektedirler. Sözgelimi kişinin iş aramak amacıyla bir ülkede belirli bir zaman dilimi için bulunması, o yeri kişinin mutad meskeni yapabilmektedir.

Eğitim ve tayin sebebiyle başka bir ülkeye gidilmesi durumunda kişinin mutad meskeninin neresi olduğunun tespiti sorun teşkil etmektedir. ABD mahkemesi[278], kişinin bir süreliğine eğitim, iş, meslek, istihdam veya sağlık sorunları nedeniyle belirli bir yerde zorunlu olarak bulunmasının gerekli olduğu hallerde, o yerde kişinin mutad meskeninin bulunduğunu kabul etmektedir. Bu anlayış mutad meskenin tanımının yapıldığı Shah davası[279] ile çelişmektedir. Zira adı geçen davada mahkemece yapılan yorumda, belirli bir yerin mutad mesken olarak kabul edilebilmesi için o yerde kişinin kendi istek ve arzusuyla bulunması şartı aranmaktaydı. Oysa tayin,hastalık ve eğitim sebebiyle kişi arzusu hilafına zorunlu olarak yaşadığı coğrafyayı değiştirmek zorunda kalabilmektedir.

Türk hukukunda[280] kişinin eğitim,sağlık veya bakım sebebiyle zorunlu olarak bir yerde bulunuyor olması yerleşim yerinin değiştiği sonucunu doğurmamaktadır. Keza kişinin cezaevine konması durumunda da aynı prensip söz konusudur. Kanaatimizce kişinin bu gibi hallerde

---

[275] V v. B (A Minor) (Abduction) FLR 1999/1 266.

[276]. Re F (A Minor) (Child Abduction) davası FLR 1992/1 548. Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.6.

[277] Schuz Rhona, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.6. dn38. Ayrıca Bkz. Cameron v. Cameron davası SLT 1996 306 paragraf 313. Re (Minors) (Residence Order: Jurisdiction 1993/1 FLR 495 paragraf 503.

[278] Feder v. Evans Feder 866 F Supp 860. Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.6. dn 46.

[279] ABD Mahkemesinde görülen 1983/2 AC 309 referans nolu dava.

[280] Bkz. TMK. Md 22. "Bir öğretim kurumuna devam etmek için bir yerde bulunma ya da eğitim, sağlık, bakım veya ceza kurumuna konulma, yeni yerleşim yeri edinme sonucunu doğurmaz."

yerleşim yerinin değişmeyeceği kabul edilse de mutad meskeninin fiilen bulunduğu yer olarak kabulü gerekir.

ABD mahkemelerinde görülen bir davada[281], akademik çalışmalar yapmak veya akademik değişim programından faydalanmak amacıyla yurtdışında bir yıldan daha az bir süre kalındığı hallerde, kişinin, mevcut mutad meskenini koruduğu kabul edilmiştir. İş amaçlı olarak (mesela tayin sebebiyle) bir başka ülkeye belli bir süreliğine gidildiği hallerde ise kişinin mutad meskeninin değiştiği kabul edilmiştir.

İngiliz mahkemesinde görülen bir davada[282] baba, İzlanda'ya üç yıl süreyle çalışmak amacıyla gönderilmiştir. İzlanda'da henüz iki sene geçirilmiş olmasına rağmen mahkeme, söz konusu babanın mutad meskeninin İzlanda'da olduğuna hükmetmiştir. Benzer şekilde iki yıllığına sözleşmeli olarak İzlanda'da çalışan babanın kendisi ile birlikte yaşayan çocuğunun mutad meskeninin de İzlanda'da olduğu kabul edilmiştir[283]. Buna mukabil akademisyenlerin, akademik değişim programları sebebiyle en az bir yıllığına yurt dışında bulunma hallerinde; mutad meskenlerinin değişmediği hükme bağlanmıştır[284].

Belli bir coğrafyada bulunmakla birlikte o yerde gelecekte yaşayıp yaşamama konusunda bir kararsızlığın veya tereddütün var olduğu hallerde mutad meskenin tesis edilmiş sayılacağı ileri sürülmüştür[285]. Kanaatimizce, kişi önceki mutad meskenini terk etmiş ise artık fiilen yaşamını sürdürdüğü yerin mutad meskeni olduğunun kabulü gerekir.

Türk doktrininde mutad mesken, kişinin aktüel menfaatlerinin merkezi olan yeri ifade etmektedir[286]. İkametgâh için gerekli olan niyet unsuru (animus manendi) mutad meskende aranan bir özellik olarak kabul edilmemektedir. Buna mukabil oturma niyeti mutad mesken için delil teşkil edebilmektedir[287]. Ancak kişinin halihazırda bulunduğu yerde yaşamını belli bir süre

---

[281] Akademik çalışmalara bağlı olarak mutad meskenin değişmeyeceğinin kabul edildiği emsal ve öncü dava için bkz.Morris v. Morris 55 F Supp 2d 1156.
[282] Re. A (Abduction: Habitual Residence) FLR 1996/1 1.
[283] Rydder v. Rydder 49 F 3D 369.
[284] İngiliz hukuku uygulaması için Bkz.Re S (Minors) (Abduction: Wrongful Retention) 1994/1 FLR 82. Olayda akademik çalışmalarda bulunmak amacıyla İngiltere'ye gelen ebeveynlerine bağlı olarak İngiltere'ye gelen çocukların mutad meskenlerinin İsrail'de olduğu kabul edilmiştir. Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.6. dn 48.
[285] Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.7.
[286] Işıl Özkan, **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi** ,Ankara, 2003, s.33.
[287] Işıl Özkan, **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi** ,Ankara, 2003, s.34.

için sürdürme niyeti yoksa, geride bıraktığı mutad meskeni varlığını korumaya devam edecektir[288].

Türk hukukunda velâyet altındaki çocukların yerleşim yeri, ana ve babasının ortak yerleşim yeridir. Anne ve babanın ortak yerleşim yerinin bulunmadığı, eşlerin ayrı yaşadığı veya boşanma halinde henüz velâyet sorumluluğuna kimin sahip olacağının belli olmadığı durumlarda çocuğun yerleşim yeri, çocuğu kendisine bırakılan ana veya babanın yerleşim yeri olacaktır (TMK m.21). Madde hükmünde yer alan, çocuğun kendisine bırakıldığı deyiminden, fiilen çocuğu yanında alıkoymayı değil, hukuka uygun veya kanundan doğan bir hakka dayanan bırakılmayı anlamak gerekir[289]. Bunların dışında çocuğun oturma yeri onun yerleşim yeri sayılacaktır. Keza vesâyet altındaki küçüklerin yerleşim yeri, bağlı oldukları vesâyet makamlarının bulunduğu yerdir[290].

Çocuğun kaçırılmadan önce belli bir yerde zorla veya tehditle tutulması halinde bu yerin çocuğun mutad meskeni olarak dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalı konulardan biridir. Bu hususta mahkemelerin farklı yönde kararları bulunmaktadır. ABD mahkemesinde görülen bir davada[291], ABD vatandaşı kadın ile evli olan Alman koca, ABD'de yaşamını sürdürürken, akrabalarını ziyaret etmek için karısı ve çocuğuyla birlikte kısa süreliğine Almanya'ya gider. Almanya'dan ABD'ye dönüş biletlerinin olmasına rağmen, Alman kocanın Almanya'da iş teklifi alması ve bu işin uzun sürecek olması sebebiyle çift, Almanya'da yaşamaya başlar. Bir süre sonra karısı ABD'ye dört aylık çocuğuyla geri dönmek istemişse de bunda başarılı olamamıştır. Kocasının sürekli sözlü ve fiziksel baskısına maruz kalan kadın, Almanya'ya gelmelerinden itibaren on ay sonra kocasının rızasıyla çocuğuyla birlikte kısa süreliğine ABD'ye geri döner. Ancak eşi ve çocuğunun ABD'den geri dönmemesi üzerine baba ABD mahkemesinde çocuğun iadesi için talepte bulunur. Davaya bakan Utah mahkemesi, iade talebini reddederek çocuğun ABD'de kalmasına hükmetmiştir. Mahkeme, kocanın (iade talebinde bulunan kişinin) sözlü,fiziksel baskı ve zoruyla anne ve çocuğun Almanya'da bulunduğunu; gerçekte eşlerin hiçbir zaman için sürekli olarak Almanya'da yaşamayı arzulamadıklarını dikkate alarak, çocuğun Almanya'ya götürülmekle, ABD'de bulunan mutad meskeninin değişmeyeceğini tespit ederek

[288] Elizabeth B. Crawford, "Habitual Residence of The Child" As The Connecting Factor in The Child Abduction Cases: A Consideration of Recent Cases, **Juridical Review**, 1992, Scottish Law, s.187.
[289] TMK. Madde 21 hükmü gerekçesi.
[290] TMK. Madde 21/2 hükmü.
[291] Ponath v. Ponath davası için Bkz. 829 F. Supp 363 (Utah District) 1993.

babanın iade talebini reddetmiştir[292]. Mahkemeye göre çocuğun mutad meskenini kısmen ihtiyaçlar kısmen de istek ve arzusu şekillendirmektedir. Bu nedenle zorla ve sunî olarak tesis edilen mutad mesken, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin aradığı anlamda bir mutad mesken olarak kabul edilmemiştir[293]. Buna mukabil bir başka davada[294], mahkeme taraflardan ziyade çocuğun mutad meskenini esas alarak, annenin baskı, cebir ve şiddet görmesi nedeniyle o yerde zorla tutuluyor olmasını çocuğun mutad meskenini tayin ederken dikkate almamış ve çocuğun ABD'den Meksika'ya iadesine hükmetmiştir[295]. Mahkeme Friedrich davasından[296] esinlenerek mutad meskeni tespit ederken ebeveynleri değil çocuğu merkez almış ve de tarafların niyetinden ziyade çocuğun geçmişine odaklanmıştır[297]. İskoç mahkemesi de vcrdiği bir kararında, kişinin zorla tutulduğu bir yerin, onun mutad meskeni olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir[298].

Kişinin yasadışı yollarla bir ülkeye giriş yapmış olması veya hukuka aykırı olarak ikamet ettiği hallerde, geçerli bir mutad meskenin var olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde[299] hukuka aykırı olarak bir ülkede bulunan kişinin o yerde mutad meskene sahip olabileceği kabul edilmiştir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre kişi her ne kadar yasadışı yollarla ülkeye girmiş ve bu ülkede yaşıyor olsa da, mutad meskene sahip olabilecektir. Zira mutad mesken hukukî bir kavram değildir ve bu yönüyle ikametgâhdan ayrılmaktadır. Şu halde ebeveynlerine bağlı olarak çocuğun mutad meskeninin tespitinin zorunlu olduğu hallerde (örneğin bebeklerde), koruma hakkına sahip kişinin mutad meskenini tespit ederken, kişinin o ülkeye yasadışı yollarla girmiş olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır.

Türk hukukunda çocuk üzerindeki velâyet sorumluluğu, eşler evli ise kural olarak müştereken anne ve babaya aittir. Eşler arasında evlilik birliğinden kaynaklanan sorunların

---

[292] Merle H. Weiner, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, Vol 69,2000,s.642.
[293] Ponath v. Ponath davası, 829 F. Supp. 367 (Utah 1993). Bkz. O'Brien Saniya, The Trials and Tributions of Implementing The Hague Convention on International Child Abduction: Improving Dispute Resolution and Enforcement of Parental Rights in International Arena, The George Washington International Law Review, Vol 35, 2003,s.205.
[294] Nunez-Escudero v. Tice-Menley davası için Bkz. 58 F.3d 374,379 (8. Cir.)1995. Davada, altı haftalık olan bebeğin annesi, kayınpederi ve eşi tarafından sürekli baskı gördüğü ve ev hapsinde tutulduğu için çocuğunun yerini hukuka aykırı olarak değiştirmek zorunda kaldığını iddia etmiştir.
[295] Merle H. Weiner, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, Vol 69,2000,s.644.
[296] Friedrich v. Friedrich davası için Bkz. 983 F. 2d 1396,1401 (6. Cir. 1993)
[297] Merle H. Weiner, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, Vol 69,2000,s.644.
[298] Bkz. Cameron v. Cameron 1996 SLT 311. Bkz. Clive M. E., The Concept of Habitual Residence, Judical Review, 1997, s.146.
[299] Clive M. E., The Concept of Habitual Residence, Judical Review, 1997, s.147.

artması kimi zaman eşlerin boşanma öncesi evlerini geçici bir süre için ayırmalarına sebebiyet vermektedir. Böyle bir durumda eşler, boşanma davası açmadan veya mahkemece ayrılığa hükmedilmeden önce kendi aralarında anlaşarak ortak çocuklarının kimin yanında yaşayacağına karar verebilirler. Çocukların, iradesini dikkate almadan sadece eşlerin kendi aralarında yaptığı bu nevi "centilmenlik" anlaşması her zaman çocuğun menfaatine hizmet etmeyebilir. Hemen belirtelim ki, Türk hukukunda eşlerin kendi aralarında yaptıkları bir anlaşma ile velâyet durumunu değiştirebilmeleri mümkün değildir. Bu konuda taraflar anlaşmış olsalar bile, hâkim, mutlaka bu anlaşmayı onaylayarak bir mahkeme kararı haline getirmelidir. Çocuk, çoğu zaman ekonomik sebeplerden ötürü malî durumu güçlü olan kişiyle beraber yaşamak mecburiyetinde kalabilir. Kimi zaman da bu mecburiyet, diğer eşin çalışma şartlarının ve saatlerinin çocukla ilgilenmesine daha çok imkan tanıyor olmasından kaynaklanabilir. Bu durumda çocuk isteği ve iradesi dışında, ana babasından biriyle yaşamak zorunda kalabilir. Örneğimizi somutlaştıracak olursak; biri Türk diğeri Alman vatandaşı olan evli bir çiftin, beş yaşındaki çocukları ile birlikte Antalya'da ikamet ettiklerini varsayalım. Eşler bir süre sonra evlilik birliğini sürdüremeyeceklerine inanıp evlerini ayırsalar ve kendi aralarında yaptıkları anlaşmayla çocuğun Alman vatandaşı olan babanın yanında bir süre kalması konusunda hem fikir olsalar; acaba böyle bir durumda çocuğun mutad meskeni babaya bağlanmış kabul edilecek midir? Şayet anne, bir müddet sonra evlât hasretine dayanamayıp, çocuğunu Almanya'da yaşayan babanın yanından alıp Türkiye'ye getirirse, baba çocuğun iadesini talep edebilecek midir? Bu noktada birkaç hususun birlikte ele alınması gerekir. Çocuk, babanın yanında zorla bulunuyor olabilir ve orada iradesi dışı bulunduğu için çok mutsuz olabilir. İkinci bir ihtimal, kadın kocasıyla yaptığı anlaşma[300] uyarınca, çocuğun babasıyla birlikte kalmasına rıza göstermiş olabilir. Üçüncü bir ihtimal ise, eşler henüz boşanma davası açmamış olmakla birlikte, evlerini ayırmış ve çocuk babası ile birlikte muayyen bir süredir yaşıyor olabilir. Şu halde baba, belli bir süre beraber yaşadığı çocuğunun anneden (Türkiye'den) iadesini talep edebilecek midir? Anne, böyle bir talep karşısında, henüz evlilik birliği devam ettiğinden ve de boşanma davası açılmadığı için çocuğun mutad meskeninin, eşlerin ayrı evlerde yaşama kararı vermeden evvel, son defa birlikte yaşadıkları konutun bulunduğu yerin çocuğun mutad meskeni olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürerse bu husus dikkate alınacak mıdır? Kanaatimizce çocuğun zorla bir yerde tutulması ve

[300] Genellikle sözlü olarak yapılır ama davranışlarıyla bunu destekler bir tutum takınılabilir. Örneğin, anne, çocuğunun babası ile birlikte yurtdışına çıkabilmesi için, rıza gösterdiğine dair noterden tasdikli bir yazı verebilir. Uygulama da böyle yapılmaktadır.

o yerde belli bir zamanın geçirilmiş olması o yeri çocuğun mutad meskeni yapmaya yetmez[301]. Babanın iade talebi yerinde görülmemelidir zira eşler arasındaki anlaşma geçici bir süre içindir ve bu rızaların en azından boşanma davası açılana kadar verilmiş olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte, eşlerin kendi aralarında yapmış oldukları anlaşma kural olarak, eşlerin kanundan doğan müşterek velâyeti ortadan kaldırmaz. Ayrı evlerde yaşama kararı, velâyetin tek tarafa devredildiğinin göstergesi olamaz ve bu haktan feragat edildiği anlamı çıkartılamaz. Böyle bir durumda, kadının bir an önce boşanma davası açıp çocuğun velâyetinin kendisine bırakılmasını talep etmesi yerinde olacaktır.

1. Birden Fazla Mutad Mesken

Çocuk, kimi zaman, istisnaî olarak, birden çok mutad meskene sahip olabilir. Anne ve babası boşanan bir çocuğun, ebeveynlerinin yaptığı protokol[302] uyarınca haftanın belli günlerini annesinin diğer günlerini ise babasının yanında geçirmesi kararlaştırılabilir. Şu halde haftanın üç gününü Edirne'de yaşayan babasının yanında, haftanın geri kalan dört gününüde Yunanistan (Kavala)'da yaşayan annesinin yanında geçirecek bir çocuğun mutad meskeninin her iki yer olduğunun kabulü gerekir. Çocuğun yeri hukuka aykırı olarak değiştirildiğinde hem annesi hem babası, çocuğun mutad meskeninin, kendi ikametgâhlarının bulunduğu yer olduğunu ileri sürerek talepte bulunabilmelidir. Nitekim Sözleşmede, çocuğunun tek bir mutad meskeninin bulunması gerektiği belirtilmemiştir[303]. Ancak sözleşme uygulaması bakımından çocuğun tek bir mutad meskene sahip olacağının kabulü gerekebilir. Zira burada dikkate alınacak olan mutad mesken, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden evvelki son mutad meskenidir. Bu nedenle çocuk kaçırılmazdan evvel, en son hangi mutad meskende bulunuyor ise bu yer 1980 tarihli La Haye sözleşmesi anlamında çocuğun mutad meskeni olacaktır. ABD mahkemesinde görülen bir davada[304] da mahkeme, bu düşünceden hareket ederek çocuğun tek bir mutad meskeninin bulunacağını kabul etmiştir[305].

---

[301] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s.94.
[302] Mahkemece üzerinde hem fikir olunan protokol kastedilmektedir.
[303] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s.113.
[304] Friedrich v. Friedrich davası 983, F.2d. 1396.
[305] Sharon C. Nelson, Turning Our Backs on The Children: Implications of Recent Decisions Regarding The Hague Convention on International Child Abduction, University of Illinois Law Review,Vol 2001,No2,s.673.

İsveç mahkemesinde görülen Johnson v. Johnson davasına[306] bakan yüksek mahkeme ise, çocuğun mutad meskenini tespit ve tayin ederken, ebeveynlerin kendi aralarındaki anlaşmalarını dikkate almamıştır. İhtilâf konusu olayda, çocuğun velâyetine ilişkin ABD mahkemesince onanan eşler arasındaki protokol uyarınca, çocuğun iki yıl İsveç'te annesinin yanında sonraki iki yıl ABD'de babasının yanında kalması gerekirken, anne iki yıllık süre dolmasına rağmen çocuğu yanında alıkoymaya devam etmiştir. Baba bu gelişme üzerine çocuğun, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi hükümlerine istinaden iadesini talep etmiştir. İsveç yüksek idare mahkemesi, çocuğun mutad meskeninin İsveç'te bulunduğunu, zira ebeveynler arasındaki anlaşmanın belli bir süre öngörmüş olmasının, çocuğun fiilen bulunduğu ve yaşadığı yerle olan irtibatını kesmeyeceğini hükme bağlayarak iade talebini geri çevirmiştir[307].

2. Mutad Meskenin Tesis Edilebilmesi için Gerekli Zaman

Çocuğun mutad meskeninin tesisi resmî bir makamın iznine tabî değildir. Bir yerin, çocuğun mutad meskeni olarak kabul edilebilmesi için belli bir süre orada bulunması veya yaşaması gerekmez. Kavram daha ziyade belli bir yerde bulunmayı ifade eder. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi de kavramı bu yönüyle ele almış ve mutad meskenin teşekkülü için belli bir zaman öngörmemiştir. Şu halde teknik olarak kişinin yeni yerleştiği yerde bir gün geçirmiş olması mutad meskenin teşekkülü için yeterlidir[308].[309] Buna karşılık uygulamada, bir daha geri dönmemek üzere mutad meskenin bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye gidilmesinin eski mutad meskeni aniden değiştirmeyeceğini kabul eden mahkeme kararları da bulunmaktadır[310].

Mutad mesken, kişinin o yerde fizikî olarak bulunduğu andan itibaren varlığını gösterir. Kişi mutad mesken olarak bir yeri seçtiğinde, o yere ulaşmasıyla süre başlamış olacaktır[311].

---

[306] İsveç Yüksek İdare Mahkemesinin 9 Mayıs 1996 tarihli ve 7505-1995 sayılı kararı için Bkz. Clive M. E., The Concept of Habitual Residence, Judical Review, 1997, s. 140, dn. 17.
[307] Clive M. E., The Concept of Habitual Residence, Judical Review, 1997, s.140.
[308] Zenel v. Haddov davasında 1993 SLT 975,979.
[309] İngiliz hukukunda Nessa v. Chief Adjudication Officer davasında bir günlük sürenin mutad meskenin tesisi için yeterli olmayacağına hükmederken mutad meskenin varlığı için ne kadarlık bir sürenin gerektiği konusunda mahkeme yorum yapmaktan kaçınmıştır. Buna mukabil Swaddling v. Chief Adjudication Officer davasında sekiz haftadan sonra o yerin mutad mesken olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir. Bkz. Pippa Rogersen, "Habitual Residence: The New Domicile",**International and Comparative Law Quarterly**, Ocak 2000, Vol.49,s.91.
[310] Re. K. Davasında bu husus açıkça dile getirilmiştir[310]. Re. K. 1995 2. Family Law Reports 211 paragraf 215.
[311] Işıl Özkan, **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi** ,Ankara, 2003, s.35.

Önemli olan kişinin eski mutad meskenini bir daha geri dönmemek ve orada yaşamaya devam etmemek niyetiyle[312] terk etmesidir.

Bir görüşe göre yaşamını odakladığı, fiziksel olarak sürekli bulunduğu veya gün be gün varlığını, aktüel menfaatlerini sürdürdüğü (merkez) yer çocuğun mutad meskeni olarak kabul edilmelidir. Bir yerde sürekli bulunmaktan söz edebilmek için o yerde bulunma süresinin mahkemece dikkate alınmaya değer bir zaman dilimi olması gerekir[313]. Kişinin hal ve davranışlarından, gelecekte yaşamını belli bir yerde sürdürme niyetinde olduğu kesin ve açıkça anlaşılabiliyorsa mutad mesken çok kısa sürede tesis edilmiş olabilir. Böyle bir durumda o yerde birkaç gün bulunma bile mutad meskenin tesisi için yeterli görülebilir. Kişi, önceki mutad meskenini kesin olarak geri dönmemek üzere terk etmiş ise önceki mutad meskenin sona erdiğinin kabulü gerekir. Hâkim, kişinin niyetini veya kararlılığını tespit edemiyorsa, mutad meskenin bulunmadığı kabul edilebilir.

İsviçre Federal mahkemesi, mutad meskeni, kişinin hayatını etkin olarak sürdürdüğü merkez olarak kabul etmektedir[314]. Aynı anlayıştan hareket eden Avusturya mahkemesi ise, bir kararında[315], çocuğun sadece üç ay için yabancı ülkede bulunuyor olmasının mutad meskenin tesisi için yeterli olmadığına hükmetmiştir. Buna karşılık Avusturya mahkemesinin 1989 tarihli bir başka kararında[316] babasının rızası olmaksızın, hukuka aykırı olarak annesi tarafından Avusturya'ya getirilen çocuğun bir buçuk aydır Avusturya'da bulunuyor olması sebebiyle yeni mutad meskeninin bu yer olduğunu kabul etmiştir. Kararda, çocuğun yeni sosyal ortamına intibak etmesi sebebiyle mutad mesken değişikliğinin kabulünün haklı olduğu sonucuna varılmıştır[317].

Kişinin bir yerde mutad meskeninin olup olmadığı tespit edilirken belli başlı ölçütler dikkate alınabilir. Sözgelimi kişi ailesi ile birlikte yaşıyorsa bu yer mutad mesken olarak kabul edilebilir. Keza kişinin o yere ne sebeple taşındığının ve mevcut meskeninde ne zamandan beri

---

[312] Kişinin asker olması ve görev nedeniyle bir yerde bulunmasının gerekmesi o yeri kişinin mutad meskeni yapmaz. Çünkü kişi kendi isteğiyle değil görevi nedeniyle mecburen o yerde bulunmaktadır. Bkz. Pippa Rogersen, "Habitual Residence: The New Domicile",**International and Comparative Law Quarterly**, Ocak 2000, Vol.49,s.95. Elizabeth B. Crawford, "Habitual Residence of The Child" As The Connecting Factor in The Child Abduction Cases: A Consideration of Recent Cases, **Juridical Review**, 1992, Scottish Law, s.185.

[313] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s.90.

[314] Işıl Özkan, **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi** ,Ankara, 2003, s.41.

[315] Işıl Özkan, **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi** ,Ankara, 2003, s.39. IPRax, 1986, 385.

[316] Işıl Özkan, **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi** ,Ankara, 2003, s.39. OGH, 19.12.1989, IPRax, 1992, 176.

[317] Işıl Özkan, **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi** ,Ankara, 2003, s.39.

ve ne süreklilikte bulunduğunun da göz önünde bulundurulması gerekir. Bütün bu hususları ele alırken kişinin fiillerine paralel olarak niyetine de bakmak gerekir.

Bir davada 1980 yılında İngiltere'den Kanada'ya göç etmiş bir kadın, 1992 yılında İngiltere'ye temelli yerleşmek ve çocuklarıyla yaşamını burada sürdürmek niyetiyle geri döner. İngiltere'ye bu niyetle geldikten bir ay sonra eşiyle tekrar biraraya gelebilmek için iki aylığına Kanada'ya geri döner. Kocasının yanında geçirdiği bu iki aylık sürenin, kadının İngiltere'deki mutad meskenini Kanada'ya taşıdığı anlamına gelmeyeceği kabul edilmiştir. Bununla birlikte kadının İngiltere'de kaldığı bir aylık zaman süresi, mutad meskeninin İngiltere'de olduğunun kabulü için yeterli görülmüştür. Çünkü mahkemeye göre kadın, Kanada'ya giderken yaşamını orada devam ettirmek niyetinden ziyade, eşiyle olan ilişkisini tekrar düzeltebilmek gayesiyle hareket etmiştir[318].

Mutad mesken kavramının tartışıldığı Friedrich v. Friedrich davasında[319] bir yerin mutad mesken olarak kabul edilebilmesi için, kişinin o yerde yerleştiğinin göstergesi olabilecek derecede süreklilik arz eden yaşama niyetinin bulunması gerektiği ileri sürülmüştür. İhtilaf konusu olayda, Temyiz mahkemesi çocuğun himaye edildiği ve gözetildiği yerin onun mutad meskeni olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir. Mutad meskenin ancak coğrafi olarak ve de belli bir zaman diliminde değişebileceğini kabul etmiştir.

Çocuğa karşı gösterilen sevgi, şefkat veya sorumluluğun aile bireyleri arasında yer değiştirmesi beraberinde çocuğun mutad meskeninin de değişmesini gerektirmez[320]. Çocuğun mutad meskeninin değiştiğinin kabulü için, bu mesken değişikliğinin çocuğun hukuka aykırı

---

[318] Bkz. Pippa Rogersen, "Habitual Residence: The New Domicile",**International and Comparative Law Quarterly**, Ocak 2000, Vol.49,s.92. Mesela Re. F. davasında Avustralya'da bir aydır bulunuluyor olması mutad meskenin tesisi için yeterli kabul edilmiştir (1992 1 Family Law Reports 548). Bununla birlikte V. V. B. davasında mutad meskenin tesisi için iki aylık bir süre öngörülmüştür (1991 1 Family Law Reports 266). Keza A. v. A. davasında ise sekiz aylık bir süre yeterli görülmüştür(1993 2 Family Law Reports 225).

[319] Bu davada, Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olan anne ABD'nin Almanya'daki askeri üssünde görevli olarak çalışmaktadır. Baba ise Alman vatandaşıdır. Çocuk, babasından habersiz ABD'ye götürülene dek Almanya'da yaşamaktaydı. Anne, işten çıkartıldığı için ABD'ye dönmeye karar verir ve kocasına haber vermeksizin çocuğunu da yanına alarak ABD'ye gider. Bu gelişme üzerine baba çocuğunun Almanya'ya iadesi için talepte bulunur. Anne ilk derece mahkemesinde, çocuğunun Amerikan vatandaşı olduğu için Amerika'da mutad meskeninin bulunduğunu kaldı ki ABD yetkili makamları tarafından tanzim edilen belgelerde de çocuğunun daimi ikametgâh adresinin Amerika olarak belirtildiğini ileri sürerek iade talebinin reddini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, Alman kocanın, eşini ve çocuğunu evden kovduğu için karısının ABD üssünde geçici olarak çalışmak ve barınmak zorunda kalması sebebiyle çocuğun ve de annenin yeni mutad meskeninin ABD üssü olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vererek iade talebini reddetmiştir. Babanın ilk derece mahkemesinin verdiği kararı temyiz etmesi üzerine 6.Temyiz Dairesi kararı bozmuştur. Temyiz mahkemesi verdiği kararda çocuğun himaye edildiği ve gözetildiği yerin onun mutad meskeni olarak kabul edilemeyeceğine hükmeder ve çocuğun iadesine karar verir.

[320] Friedrich, 983 F. 2d (6. Cir. 1993)

olarak yerinin değiştirilmesinden önce gerçekleşmiş olması gerekir[321]. Şu halde çocuğun velâyeti müştereken anne ve babaya bırakılmasına rağmen, eşlerden biri çocuğu mutad meskeninin dışına çıkartır ise, yeni bir mutad meskenin tesis edilmiş sayılmayacağının kabulü gerekir[322]. Alman yüksek mahkemesi, çocuğun, babasının rızası dışında annesi tarafından Almanya'ya getirilmesi nedeniyle verdiği bir kararda[323] eşlerden birinin kendi arzusu doğrultusunda tek başına koruma hakkına sahip olmaksızın çocuğu yanında alıkoymasını hukuka aykırı bulmuştur. Yer değişikliğinin mutad meskenin devamlılığını tesis etmeye yetmeyeceğine karar vermiştir. 1986 yılında Alman Devletler Özel Hukuku Kanununda[324] yapılan bir reformla hukukî temsilcisinin rızası alınmaksızın çocuğun meskeninin değiştirilmesinin tek başına başka bir hukukun uygulanmasına yol açmayacağını öngörmüştür. Benzer anlayış İngiliz hukukunda da benimsenmektedir[325]. Devamlılık her somut olay için objektif olarak tespit edilmelidir.

Mutad meskenin esas alındığı bir başka davada[326] ise, iki kız çocuğu yedi yıl boyunca Yeni Zelanda'da yaşamaktaydı. Eşler, sonradan kendi aralarında yaptıkları bir anlaşma ile, çocukları her iki senede bir sırayla kendi yanlarında alıkoyma konusunda anlaşmışlardır. Baba, bu protokol gereği her iki kızını yanına alarak iki sene boyunca İskoçya'da yaşadıktan sonra eski eşine, kızlarını yanında alıkoymaya devam edeceğini ve de protokolü tek taraflı olarak fesh ettiğini belirtir. Bunun üzerine çocukların annesi, iadeleri için talepte bulunur. Mahkeme, çocukların iki seneden beri İskoçya'da yaşadıklarını ve de çocukların her iki senede bir anne veya babalarının yanında yaşamalarından ötürü, gerçek bir mutad meskenlerinin bulunmadığını, halihazırda babalarının yanında yaşıyor olmalarının onların mutad meskeninin İskoçya'da olduğunun kabulünün gerektiği gerekçesiyle, annenin talebini reddetmiştir. Karar kanaatimizce eleştiriye açıktır ve mahkemenin eşlerin kendi aralarında yaptıkları protokolü dikkate almamış olması nedeniyle hatalıdır. Çocukların bulundukları yerde iki senedir yaşıyor olması orayı fiili anlamda çocukların mutad meskeni yapabilir; ancak, unutmamak gerekir ki sürenin bu kadar uzun tutulması, eşlerin kendi aralarında yaptıkları protokolden kaynaklanmaktadır.

---

[321] Lynda Herring, " Taking Away the Pawns: International Parental Abduction and the Hague Convention", **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation,** 1994-1995 , Volume 20. s.155.

[322] Report of the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction Held 18-21 Ocak 1993, **International Legal Materials,** 1994 Vol.33 s. 234. Raporda ikametgâhtan farklı olarak, mutad meskenin birden bire tesis edilemeyeceği belirtilmiştir.

[323] BGH, 29.10.1980. Fam RZ, 1981, 137. Bkz. Işıl Özkan, **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi** ,Ankara, 2003, s.36.

[324] RCIP, 1987, T.76, 172. Madde 5 bent 3. Bkz. Özkan Işıl, **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi** ,Ankara, 2003, s.38.

[325] Peter North /J. J. Fawcett, Cheshire's and North's Private International Law, 13. Edt. London, 1999, s.871.

[326] Watson v. Jamieson davası için Bkz. 1998 SLT 180.

Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşmenin[327] Alman mahkemelerindeki uygulamasına göre bir eğitim yerinde bulunmak veya hastanede yatıyor olmak o yeri kişinin mutad meskeni yapmaz. Buna karşın çocuğun, başka bir yer ile esaslı veya istikrarlı bir bağlantısı varsa, söz gelimi çocuk öğrenci sıfatıyla eğitim görmekte ise, o yerin çocuğun mutad meskeni olarak kabul edilmesi gerektiği Türk doktrininde ileri sürülmüştür[328]. Avrupa Konseyinin Tavsiye Kararına göre kişinin ikametgâhı veya mutad meskeni başka bir kimseye tabi tutulamaz veya ona bağlanamaz[329]. Nitekim Tavsiye Kararına ilişkin açıklayıcı metinde kişi engelli veya küçük dahi olsa mutad meskeninin başkasına tabi olmayacağı belirtilmiştir. Böyle bir zorunluluk başkalarının iradesinden veya mecburiyetten ileri gelse bile, kişinin gene de mutad meskenini seçmede özgür olduğu kabul edilmektedir[330]. Ancak bebeklerin mutad meskeninin ebeveynlerine (özellikle annelerine) bağlı olduğunun kabulü gerekir. Zira bebeklerin ebeveynlerinden bağımsız olarak kalacakları yeri belirleme imkanı yoktur. Keza evlilik dışı ilişkiden olan bir bebeğin mutad meskeni de doğmuş olduğu ülke değil, annesinin mutat meskeninin bulunduğu yer olacaktır[331].

Şu halde çocuğun mutad meskeni yasal düzenlemeler gereği ailesine bağlı tutuluyor olsa da, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun mutad meskenini belirlerken çocuğun fiilen yaşamını sürdürdüğü ve hayat ilişkilerinin merkezi kabul edilen yaşam yerinin tespiti gerekir. Sadece yasal düzenlemelere bakarak çocuğun mutad meskenini belirlemek kanaatimizce doğru olmayacaktır. Zira aksi yaklaşım, filli durumu dikkate almamak olacaktır.

Bu esas 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ni kaleme alanlarca da benimsenmiştir[332]. Koruma hakkına sahip olan kişinin askeri personel veya siyasî ateşe olması nedeniyle farklı ülkelerde uzunca bir müddet görevlendirilmesi hallinde çocuğun mutad meskeni, söz konusu çocuğun fiilen bulunduğu yer olarak kabul edilmektedir. Bu yeri, anne ve babasının bulunduğu yer olarak algılamamak gerekir. Babanın asker olması veya siyasî ateşe olması sebebiyle eşini ve çocuğunu ülkesinde bırakarak başka bir ülkeye yerleşmesi halinde, çocuğun mutad meskeni anne

---

[327] RG. 21.02.1983 –17966.
[328] Işıl Özkan, **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi** ,Ankara, 2003, s.36. (naklen)
[329] Tavsiye Kararı Kural No. 11.
[330] Tavsiye Kararına ilişkin Açıklayıcı Metin Kural 11 açıklaması s.21.
[331] İnci Ataman Figanmeşe, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, s.68.
[332] Report of the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction Held 18-21 Ocak 1993, **International Legal Materials,** 1994 Vol.33 s. 234.

veya babasına bağlı olmayacaktır. Sözgelimi anne ve baba görev nedeniyle yurtdışında yaşamakta, hatta orada ikamet etmelerine karşın, çocukları Ankara'da yatılı bir okulda okuyor ise, çocuğun mutad meskeninin, ebeveynlerinin yaşadığı yabancı ülkede bulunmadığının kabulü gerekir. Bu örneğimizde, çocuğun mutad meskeni Ankara'da bulunmaktadır. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin dikkate aldığı mutad meskeni çocuğun mutad meskenidir, ebeveynlerinki değildir[333]. Bu duruma ilişkin örnekleri çoğaltabiliriz. Sözgelimi anne ve baba çalışmak amacıyla Almanya'ya gitmiş ve de çocuklarını da Türk kültüründen uzak tutmamak amacıyla İstanbul'daki yatılı bir okula kaydettirmiş olsunlar. Çocuğun annesi, eşine haber vermeden çocuğu bir hafta sonu okul çıkışı yanına alarak Belçika'daki teyzesinin yanına götürürse; bu halde baba tarafından çocuğun iadesi talep edildiğinde, sözleşmeye göre dikkate alınacak mutad mesken, çocuğun mutad meskeni olacaktır ve bu yer de olay bakımından çocuğun yatılı okuduğu İstanbul'daki eğitim kurumu olacaktır.

Ancak belirtelim ki İngiliz mahkemeleri[334], çocukların eğitim amacıyla yurtdışındaki okullara gönderilmeleri hallerinde, çocuğun mutad meskeninin değiştiğini kabul etmemektedirler. Çocuk, ailesiyle fiilen birlikte yaşadığı bir evde oturmakta ise, belli bir süre için yurtdışındaki okulda eğitim görmesinin, mevcut mutad meskenini değiştirmeyi gerektirmediği kabul edilmektedir[335]. Kanaatimizce bu yaklaşım doğru değildir. Çocukların ikametgâhlarının eğitim sebebiyle değişmediği kabul edilebilir ancak mutad meskenlerinin de bu gibi hallerde değişmediğinin kabul edilmesi yerinde bir anlayış değildir. Zira çocuğun eğitim gördüğü okulun bulunduğu yer; onun hayat ilişkilerinin merkezi olan yerdir ve bu yer aynı zamanda onun mutad meskenidir.

---

[333] Report of the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction Held 18-21 Ocak 1993, **International Legal Materials,** 1994 Vol.33 s. 234.

[334] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s.92.

[335] Bu yaklaşım eleştirilmektedir. Doktrine göre, çocuğun uzun bir dönem okulda yatılı olarak bulunması halinde, okul çevresinin ve arkadaşlarının onun sosyal çevresinin ayrılmaz bir parçasını oluşturacak olması sebebiyle, yaşamının esas merkezi haline gelen okulun bulunduğu yerin, çocuğun mutad meskeni olarak kabul edilebilmesinin gerekeceği haklı olarak ileri sürülmektedir. Bkz. Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s.92. Bu görüşe kimi istisnaî hallerde hak verilebilir. Öyle ki günümüzde anaokulundan başlayıp üniversite eğitimine kadar eğitim ve öğretim sunan eğitim kurumları bulunmaktadır. Bu kurumlarda yatılı okumak imkânı da mevcut bulunmaktadır. Şu halde anne ve babasının yabancı ülkede yaşıyor olması sebebiyle, çocuklarını altı yaşından itibaren yatılı olarak ilkokula kaydettiren bir aile, uzun yıllar çocuğunu bu okulda okuttuktan sonra, eşlerden biri tarafından kaçırılması halinde, çocuğun mutad meskeninin okulun bulunduğu yer olduğunun kabulü gerekir. Zira burada önem arz eden husus çocuğun mutad meskenidir ve de onun üstün menfaatidir. Uzun yıllar boyunca sadece yaz ve kış tatillerinde anne ve babasını ziyaret eden ve bu dönemler dışında eğitim gördüğü okulun çevresinde yaşamını sürdüren bir çocuğun anne veya babası tarafından yurtdışına kaçırılması veya hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesi halinde, çocuğun mutad meskeninin öğrenim gördüğü okullun bulunduğu yer olarak kabulü gerekir. Hele ki çocuk bursluda okumaktaysa çocuğun menfaati gereği o yerin çocuğun mutad meskeni olarak kabulü daha da kuvvet kazanabilir.

3. Çocuğun Mutad Meskenini Kendi Belirlemesi

Çocuk bir olasılık olarak, mutad meskenini kendisi de değiştirmiş olabilir. Özellikle görüşünün dikkate alınabileceği olgunlukta ve yaşta ise bu durum söz konusu olabilir. Çocuk, bir süreliğine ana babasından uzaklaşmak niyetiyle veya kendi üzerinde vesâyet hakkına sahip kişi ve kurumlarla olan ilişkisini sona erdirmek niyetiyle ülkesinden kaçarak yurtdışında yabancı bir ülkede yeni bir mutad mesken tesis etmiş olabilir. Böyle bir davranışta bulunmasının çeşitli sebepleri olabilir. Çocuk ailesinden baskı veya şiddet görüyor olabilir veya velâyet sorumluluğu tanınmayan diğer aile üyeleri (anneanne veya babaanne) ile daha sıcak ve samimi bir ilişki kurduğu için onlarla birlikte yaşamak istiyor olabilir. Böyle bir durumda dahi 1980 tarihli La Haye sözleşmesi uygulama alanı bulacaktır. Çocuk kendi rızasıyla bilerek ve isteyerek mevcut mutad meskeninden ayrılmış olsa bile âkit devletin merkezi makamlarından sözleşme kapsamında iadesi talep edilebilecektir. Böyle bir ihtimalde adlî veya idarî makam, çocuğun yaşını ve olgunluğunu dikkate alarak çocuğun, geri dönmek istemediğini tespit eder ise, iade talebini geri çevirebilme ihtimali vardır[336]. Velâyet sorumluluğunun gereği gibi ifa ediliyor olması veya çocuğun istismar edilmesi iade talebinin reddini haklı kılabilir. Ancak böyle bir durum söz konusu değilse, sırf çocuğun keyfi davranışından veya macera arayışından kaynaklan bu tip davranışlarına hukukî bir anlam yüklememek gerekir. Nitekim Türk hukukunda da TMK.'nın 339. maddesinin 4. fıkra hükmü[337] açıkça, çocuğun, ana babasının rızası dışında evi terk edemeyeceğini düzenlemiştir. Şu halde çocuğun bu türden davranışlarının mutad meskenini değiştirmeye yeterli olmadığının kabulü gerekir. Zira Sözleşmede öngörülen onaltı yaş sınırının tercih edilmesinin sebebi, bu yaş altındaki çocukların kendi mutad meskenlerini belirleme hakkına sahip olmadıkları düşüncesinden ileri gelmektedir. Bu nedenle mutad meskeni Türkiye'de bulunan ve onaltı yaşından gün almamış çocukların kendi iradeleri ile mutad meskenlerini değiştiremeyeceklerinin kabulü gerekir.

[336] Bkz. Sözleşme Madde 13.
[337] Çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terk edemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz.

4. Çocuğun Mutad Meskeninin Tesbitine İlişkin Görüşler

Uygulamada çocuğun mutad meskeninin tayini için mahkemelerce çeşitli modeller geliştirmiştir. Bu modeller ana hatlarıyla üç başlık altında toplanabilir[338]. Çocuğun mutad meskeni, ebeveynine bağlı olarak tayin edilebileceği gibi velâyet sorumluluğuna bağlı olarak da tayin edilebilir. Bunun yanında çocuğun bizzat kendisi esas alınarak -çocuk merkezli olarak- mutad meskeni tayin edilebilir.

a. Çocuğun Mutad Meskeninin Ebeveyne Bağlı Olarak Belirlenmesi

Bu anlayışa göre, çocuğun mutad meskeni tayin edilirken anne ve babasının mutad meskeni esas alınır. Çocuğun, kendi mutad meskenini tayin edebilecek ehliyet ve yeterlilikte olup olmadığı dikkate alınmaz. Bu görüşten yola çıkıldığında eşlerin ayrı yaşadığı durumlarda çocuğun mutad meskeninin neresi olduğunun tespiti sorun teşkil eder. Ebeveynlerin ayrı yaşadığı durumlarda, çocuk o sırada kimin yanında yaşıyor ise o yer çocuğun mutad meskeni olarak kabul edilmektedir[339].[340]

Türk hukukunda[341] evlilik birliği devam ederken eşler, bu evlilik sebebiyle, kişiliklerinin, ekonomik güvenlerinin veya aile huzurlarının ciddi bir tehlike içinde olması durumunda ayrı yaşama hakkına sahiptirler. Bu gibi hallerde hâkim, ergin olmayan çocukların ana ve babasıyla olan ilişkilerini düzenlemeye yönelik gerekli önlemleri alacaktır[342]. Şu halde Türk hukukuna göre eşlerden biri gerek evlilik birliği devam ederken, gerek birlikte yaşamaya ara

---

[338] Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.7.

[339] Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.7.

[340] Türk hukukunda TMK. md.21 gereği velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının; ana ve babasının ortak yerleşim yeri yoksa, hukuka uygun olarak kendisinin tevdi edildiği ana veya babasının yerleşim yeri onun ikametgâhı kabul edilmiştir. Şayet anne ve baba velâyet sorumluluğuna sahip değilse ve çocuk bunlardan birinin korumasına bırakılmış değilse çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır. İngiliz Hukukunda 1973 tarihli English Domicile and Matrimonial Proceedings Act'e (s.4) göre babasından ayrı annesi ile birlikte yaşayan çocuğun ikametgâhı annesinin ikametgâhına bağlanmıştır. Şayet birlikte yaşadığı annesi ölürse çocuğun ikametgahı onaltı yaşına basıncaya dek ölen annesinin ikametgâhına bağlı kalmaya devam eder.Benzer bir düzenlemeye Avustralya hukukunda rastlamak mümkündür. Bkz 1976 tarihli New Zealand Domicile Act (s.6). Amerikan hukukunda, American Restatement (2nd) para 22(1)'e göre çocuğun ikametgâhı, birlikte yaşadığı ailesinin ikametgâhıdır. Kanada hukukunda 1978 tarihli Ontario's Family Law Reform Act'e göre (s.60/b) eşler ayrı yaşıyor ise çocuk, eşlerden hangisinin yanında mutaden bulunuyor ise o eşin ikametgâhı aynı zamanda çocuğun da ikametgâhı kabul edilmektedir.

[341] TMK. Madde 197/1.

[342] TMK. Madde 197/4.

verildiğinde, tek başına çocuğunun mutad meskenini belirleme hakkına sahip bulunmamaktadır. Evlilik birliği devam ederken bu hak eşlerin ortak insiyatifindedir. Birlikte yaşamaya ara verildiğinde ise, çocuğun kiminle yaşayacağını hâkim takdir edeceğinden çocuğun mutad meskeni de ebeveynine bağlı olarak hâkim tarafından belirlenmiş olacaktır. Eşlerin ayrı yaşadığı ya da boşanma davasının nihâi olarak hükme bağlanmadığı hallerde çocuğun yerleşim yeri, mahkeme kararıyla kendisine bırakılan ana ya da babanın yerleşim yeri olacaktır[343].Evlilik birliğinin sarsıldığı durumlarda bir anlaşma veya karar olmaksızın eşlerden biri tek başına çocuğu yanında alıkoyar ise, bu yer 1980 tarihli La Haye sözleşmesi anlamında çocuğun mutad meskeni olarak kabul edilmemelidir. Bu yönde bir anlayış, İngiliz mahkeme içtihatlarında da yer bulmuştur[344]. Söz konusu davada, diğer eşin rızası olmaksızın eşlerden birinin tek başına çocuğun mutad meskenini belirleyemeyeceği kabul edilmiştir. ABD mahkemesi de[345] benzer bir yaklaşımı benimseyerek, eşlerin nerede yaşayacakları konusunda fikir birliğine varmadığı durumlarda, çocuğun önceki mevcut mutad meskeninin değişmediğini kabul etmektedir.

Çocuğun mutad meskeninin tespit edilememesi halinde, önceden belirli olan en yakın tarihteki mevcut mutad meskeninin, çocuğun meskeni olarak kabulü gerekir.

Çocuk, ana ya da babasından birinin korumasına bırakılmışsa bu kişi velâyet sorumluluğuna sahip olmasa bile, onun mutad meskeni çocuğun mutad meskeni olacaktır[346].

Bir çok mahkeme kararı bu görüşü dikkate alarak çocuğun mutad meskenini tayin etmiştir. Çocuğun gerçek ve samimi niyeti tespit edilemediğinden anne ve babasının niyeti dikkate alınmaktadır[347]. Çocuğun yaşının çok küçük olduğu hallerde, niyetini saptayabilmek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle anne ve babanın mutad meskeni, çocuğun (bebeğin) mutad meskeni olarak kabul görmektedir.

---

[343] Dural Mustafa/ Öğüz Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul,2002,s.181.
[344] Bkz.Re P (GE) (An Infant) 1965 Ch 568.
[345] Mozes v. Mozes davası için Bkz.19 F Supp 2d 1108. Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.22.
[346] Dural Mustafa/ Öğüz Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul,2002,s.181.
[347] Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.7.; Ponath v. Ponath davası, 829 F. Supp. 363 (Utah 1993) Bkz. Todd A. Julia, The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abductin: Are The Convention's Goals Being Achieved?,Global Legal Studies Journal, 1995, Vol 2,s.575.; Linda Silberman, Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis, Family Law Quarterly Vol 28, 1994 , s.22.

Türk hukukunda[348] evlilik birliği içinde olan eşler oturacakları konutu birlikte seçecekleri için, eşlerden birinin tek başına ikametgâhlarını belirleme veya değiştirme yetkisi bulunmamaktadır. Eşlerin aile konutu olarak seçtikleri yer aynı zamanda yerleşim yeri niteliğine de sahiptir. Ne var ki, bu düzenleme emredici kabul edilmemelidir[349]. Aksine bir durum söz konusu değilse bu yer aynı zamanda onların mutad meskeni olarak da kabul edilebilir.

Çocuğun mutad meskeninin ebeveynlerine bağlı olarak tayin edildiği hallerde, eşlerden birinin aile içi şiddete maruz kalması durumunda bu eşin salt kendi iradesine bağlı olarak yeni bir mutad mesken tesis edip edemeyeceği tartışmalıdır. ABD mahkemesine konu olan Prevot davasında[350]; ailenin Fransa'ya yerleşmesinden bir sene sonra bayan Prevot kocası tarafından evlilik içi şiddete maruz kalmıştır. Karısı üzerinde cebir ve şiddet kullanan bay Prevot, karısı ve çocuğunun ABD'ye geri dönmesini önlemek için nüfus ve hüvviyet cüzdanlarına el koyup saklamıştır. Bir süre sonra yeni pasaport ve kimlik çıkartan bayan Prevot çocuğuyla birlikte ABD'ye gitmiştir. Bu gelişme üzerine bay Prevot, çocuğun Fransa'ya iadesi için ABD mahkemelerinde dava açmıştır. Mahkemede, bayan Prevot kendisinin uzun süre aile içi şiddete maruz kaldığını ve çocuğuyla birlikte pasaportuna el konduğu için Fransa'da mecburen kaldıklarını, bu sebeple çocuğun mutad meskeni olarak Fransa'nın dikkate alınmaması gerektiğini iddia etmiştir. Mahkeme, ileri sürülen delillerden tarafların Fransa'ya yerleşmek niyetiyle, kendi istekleriyle gittiklerini, aile içi şiddetin ise bir sene sonra ortaya çıktığını tespit ederek, çocuğun mutad meskeninin değişmediğine hükmederek, Fransa'ya iadesine karar vermiştir[351].

Türk hukuku bakımından Ailenin Korunması Hakkında Kanunun[352] 1. maddesine göre eşlerden biri, çocuklar veya aynı çatı altında yaşayan aile bireylerinden biri aile içi şiddete maruz kalır ise, Aile Mahkemesi hâkimi re'sen meselenin mahiyetini gözönünde bulundurarak kusurulu eşin, müşterek evden uzaklaştırılarak oturdukları evin diğer eşe ve varsa çocuklara tahsisi ile diğer eş ve çocukların oturmakta olduğu ev veya iş yerine yaklaştırılmaması yönünde tedbir kararı verebilmektedir. Böyle bir tedbir kararının verilmesi

[348] TMK. Madde 186/1.
[349] Dural Mustafa/ Öğüz Tufan/ Gümüş Alper Mustafa, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul, 2005,s.169.
[350] Prevot v. Prevot, 855 F. Supp. 915,918 (Tenn.1994)
[351] Merle H. Weiner, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, Vol 69,2000,s.647.
[352] 4320 sayılı Kanun için Bkz.RG. 17.01.1998-23233.

durumunda çocuğun mutad meskeni mahkeme kararındaki hükme göre tespit edilecektir. Ancak böyle bir ihtimalde, tedbir kararının geçici mahiyette olduğu buna karşılık mutad meskenin geçici nitelikte olmadığına dikkat edilmelidir.

Kanaatimizce La Haye Konferansına taraf olan devletler gerek hukukî gerekse fiilî alt yapı olarak aile içi şiddet konusunda etkin tedbirleri almaya ehil kabul edilmelidir. En azından taraf devletlerden böyle davranmaları beklenmektedir. Bu nedenle aile içi şiddet gören eşin öncelikle bulunduğu ülkedeki adlî makamlara müracaat ederek, koruyucu tedbirlerin alınmasını talep etmesi yerinde olacaktır. Şayet alınan tedbirlerin yetersiz veya kağıt üstünde kalması sebebiyle evlilik içi şiddet gören eş, çocuğun yerini değiştirmiş ise söz konusu eşin iradesi dikkate alınarak yeni bir mutad mesken edindiği kabul edilebilir.

Kişinin seyahat özgürlüğünün hukuka aykırı olarak ihlâl edildiği veya kişinin esaret hayatı yaşadığı durumlarda, halihazırda bulunduğu yerin "mutad mesken" olarak dikkate alınmaması gerektiği doktrinde savunulmaktadır[353]. Zira böyle bir ihtimalde kişi iradesi dışında o yerde hukuka aykırı olarak zorla tutulmaktadır.

Çocuğun mutad meskeninin ebeveynine (ana babasına) bağlı olarak tayin edilmesi fikrine bir takım eleştiriler getirilmiştir. Doktrinde mutad meskenin fiilî bir durumu yansıtmak için tercih edildiği belirtilerek kavramı hukukîleştirmenin yerinde olmayacağı ifade edilmiştir. Keza çocuğun mutad meskeninin bir başka kişiye bağlanması da eleştirilmiştir[354]. Çocuğun mutad meskeninin, ana babasına bağlanması çocuğun mutad meskeninin tespitini güçleştirebilir. Bu anlayışa göre çocuğun ana babası ile birlikte oturduğu her ev, onun mutad meskeni olarak kabul edilecektir. Mesela çocuk ailesi ile birlikte tatile çıktığında, kaldıkları otel veya tatillerini geçirdikleri yer çocuğun yeni mutad meskeni olacaktır. Keza bu kriter tercih edildiğinde çocuğun mutad meskeni tespit edilirken sadece fiziksel olarak bulunduğu yere bakılmaktadır. Oysa bir yerin mutad mesken olarak kabulü için kişinin o yerde bulunmasının belli bir özellik taşıması gerekir[355]. Bir yerin mutad mesken olarak kabulü için makul bir süre orada bulunmak gerekir. Bu sürenin, o yerde geçici olarak bulunmaktan daha

---

[353] Merle H. Weiner, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, Vol 69,2000,s.647.

[354] Bu eleştiriyi haklı göstermek amacıyla Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "ikametgâh" ve "mesken" kavramlarının standartlaştırılmasına ilişkin tavsiye kararı örnek gösterilmiştir. Tavsiye Kararına göre bir kişinin ikametgâh veya mutad meskeni bir başka kimseye bağlanamaz veya ona tabi tutulamaz. Bkz. Bakanlar Komitesinin 206. oturumunda kabul edilen 18 Ocak 1972 tarihli 72/1 sayılı Tavsiye Kararı Kural No. 11.

[355] Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.9.

uzun bir zaman dilimi ihtiva etmesi gerekir. Ebeveynler bakımından bu sürenin sosyal ve ekonomik ilişkilerini orada gerçekleştirmeye yetecek uzunlukta olması gerekir[356].

Çocuğun yaşının küçük olduğu hallerde, yeni taşınılan yerin mutad mesken olarak çocukça benimsenmesi zaman alacaktır. Zira, çocuğun o yerde kuracağı arkadaşlıklar ile çevreye alışması ebeveynlerine göre daha uzun zaman alacaktır. Mesken değişikliğini ebeveynler önceden kararlaştırdıkları ve buna kendilerini hazırladıkları için yaşayacakları sorunların üstesinden gelmeleri ve bunları kabul etmeleri, çocuklara nispeten daha kolay olacaktır[357].

b. Koruma Hakkına Bağlı Olarak Çocuğun Mutad Meskeninin Tayini

Çocuğun mutad meskeni tayin edilirken velâyet sorumluluğu esas alınabilir. Bu görüşe göre çocuğun yaşayacağı yeri hukuken belirleme hakkına sahip olan kişi çocuğun mutad meskenini tayin edebilecektir. Çocuğun yaşayacağı yeri belirleme hakkı velâyet[358] veya vesâyet[359] sorumluluğundan kaynaklanmaktadır. Bu kriter esas alındığında çocuğun gerçekte nerede yaşadığı dikkate alınmaksızın salt velâyet sorumluluğuna sahip kişinin bu yöndeki iradesine bakılır. Velâyet sorumluluğuna sahip olan ana baba, çocuğun yaşayacağı yer konusunda karar vermekte serbesttir. Şu halde bu görüşe göre velâyet sorumluluğuna sahip kişi, çocuğun nerede yaşayacağına karar verir ise o yer çocuğun mutad meskeni olarak kabul edilecektir[360].

Şayet çocuğun nerede yaşayacağı konusunda ana babanın birlikte hareket etme sorumluluğu var ise, eşlerden hiçbiri diğer eşin rızasını almaksızın tek başına çocuğun yerini değiştiremeyecektir. Buna mukabil, çocuk üzerinde müşterek velâyet sorumluluğuna sahip olanlar, çocuğun bir başka ülkede mutaden oturması konusunda anlaşmışlar ise çocuğun mutad meskeni o yabancı ülke olacaktır. Ancak o yerin çocuğun mutad meskeni olarak kabul edilebilmesi için eşler arasındaki anlaşmanın halihazırda devam ediyor olması gerekir[361].

---

[356]Nuray Ekşi, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, İstanbul,2000, s.92.
[357] Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.18.
[358] Türk hukukunda Bkz. TMK. Madde 21/1.
[359] Türk hukukunda Bkz. TMK. Madde 21/2.
[360] Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.10.
[361] İsrail Bölge Mahkemesi Kararı için bkz. Dagan v. Dagan FMA 70/97 . Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.10. dn73.

Bu görüşe yöneltilen eleştiriler çeşitlidir. Öncelikle, çocuğun mutad meskenini belirleme yetkisinin velâyet sorumluluğunu haiz olan kişinin takdirine bırakılması, bu yetkinin her zaman için çocuğun menfaati gözetilerek kullanılacağı anlamına gelmeyebilir. Çocuğun üstün ve öncelikli gözetilmesi gereken menfaati, velâyet sorumluluğundan üstün tutulmalıdır. Bunun yanında bu görüşün benimsenmesi 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 13. madde hükmünün anlamsız kalmasına yol açabilir. Sözleşmeye göre adlî veya idarî makam çocuğun, görüşünün gözönünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşta ve olgunlukta olduğunu gözleyip, geri dönmek istemediğini tespit ederse, çocuğun geri dönmesini emretmeyi reddedebilir. Şu halde çocuğun mutad meskeni tespit edilirken salt velâyet sorumluluğuna odaklanmak yanlış olacağı gibi 1980 tarihli La Haye sözleşmesi hükümlerinin de etkin şekilde uygulanmasına engel olacaktır.

Bu görüş aynı zamanda pratikte karşılaşılabilecek bir takım durumlarda da yetersiz kalabilir. Günümüzde kimi aile, çocuklarına çifte vatandaşlık kazandırabilmek için başka ülkelerde doğum yapmaktadırlar. Sözgelimi eşlerin hayat merkezi Türkiye olmakla birlikte, çocuklarına AB veya ABD vatandaşlığını kazandırabilmek amacıyla yurtdışında doğum yapmayı tercih eden ailelere sıklıkla rastlanmaktadır. Bu gibi durumlarda ailenin gerek ikametgâhının gerekse mutad meskeninin Türkiye'de olduğunun kabulü gerekir. Doğum yapmak amacıyla çok kısa bir süre için yabancı ülkede bulunan çiftlerin Türkiye'deki mutad meskenleri aynı zamanda yeni doğan çocukların da mutad meskeni olmaktadır. Şu halde yeni doğmuş bebeğin mutad meskenini velâyet sorumluluğuna bağlı olarak tayin edersek, bebek henüz hiç ayak basmadığı bir ülkede anne ve babasına bağlı olarak mutad meskene sahip olmuş olacaktır[362].[363]

Eşler, kimi zaman müştereken velâyet sorumluluğuna sahip olmakla birlikte, çocuğun oturacağı yeri belirleme noktasında ihtilâfa düşebilmektedir. Bu gibi hallerde mahkemenin hangi tarafın görüşünü esas alacağı önemli bir sorun teşkil etmektedir. Tarafların ibraz ettiği deliller esas alınarak mahkemece bir karara varılmaktadır. Ancak bu durum tartışmalara zemin

[362] Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.11.

[363] Avustralya mahkemesinin verdiği bir kararda, mutad meskenleri ABD'dede bulunan çiftin tatil için geldiği Avustralya'da doğan çocuklarının mutad meskenlerinin ABD. olduğuna karar vermiştir. Cooper v. Casey 1995 FLC 92-575 sayılı karar için bkz. Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.12 dn.79.

hazırlamaktadır. Uygulamada, mutad mesken olarak eşlerin üzerinde hem fikir oldukları son yer çocuğun mutad meskeni olarak kabul görmektedir[364].

Bunların dışında henüz çocuğun mutad meskeni tayin edilememişken bir de velâyet sorumluluğunun kapsamını belirleme bakımından çocuğun mutad meskeni hukukunu yetkili görmek tam bir kısır döngü yaşanmasına sebebiyet verebilir. Sözleşmenin 3. maddesinin (a) bendi uyarınca koruma hakkı, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden evvelki mutad meskeni hukukuna göre tayin edilecektir. Çocuğun mutad meskenini tayin ederken, bu hususu doğrudan koruma hakkına bağlayacak olursak, bu sefer de çocuğun oturacağı yeri belirleme yetkisini havi koruma hakkının tespiti, çocuğun mutad meskenine bağlanılacaktır ki bu durum bir kısır döngüye sebebiyet verecektir[365]. Uygulamada bu sorunun üstesinden gelebilmek için Kanada mahkemeleri, Kanada'da geçirilen sürenin mutad meskenin yeniden tesisine imkân vermeyeceğini kabul etmektedir. Çocuk üzerinde velâyet sorumluluğuna sahip olan kişi rıza göstermedikçe, çocuk için yeni bir mutad meskenin ihdas edilemeyeceği kabul edilmektedir[366].

Son olarak bu görüşün modern aile hukuku yaklaşımına çok uygun düşmediği de getirilen eleştiriler arasındadır[367]. Çünkü çocuk - ebeveyn ilişkisindeki çağdaş gelişmeler, çocuğun üstün menfaatinden hareket ederek çocuğu, ana babasına göre öncelikle dikkate almaktadır.

c. Mutad Meskenin, Çocuğun Merkez Alınarak Tayini

Bu anlayıştan hareket edenlere göre çocuk bağımsız bir bireydir ve çocuğun mutad meskeni ana babasının ikametgâhı veya mutat meskenine bağlı tutulmak zorunda değildir. Çocuğun mutad meskeni tespit edilirken çocuğun o yer ile olan bağı esas alınmalıdır. Bu nedenle ailesinin o yer ile olan illiyet bağı veya o yerde yaşamaya yönelik niyetlerinin bir önemi bulunmamaktadır. Şu halde bu görüşü benimseyenlere göre çocuğun mutad meskeni

---

[364] Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.12-13. ; Stephen E. Schwartz, The Myth of Habitual Residence: Why American Courts Should Adopt The Delvoye Standard For Habitual Residence Under The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction,Cardozo Women's Law Journal, Vol 10, 2004,s.704.

[365] Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.12.

[366] Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.12 dn 85.

[367] Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.20.

bağımsız olarak tayin edilmelidir[368]. İngiliz mahkemesince verilen bir kararda, mutad meskeni dikkate alınacak olan şahsın çocuğun annesi olmayıp, bizzat çocuğun kendisinin olduğu açıkça vurgulanmıştır[369]. Keza ABD mahkemesinde verilen bir kararda da[370], çocuğun mutad meskeninin anneye bağlanmasının 1980 tarihli La Haye sözleşmesi ile bağdaşmayacağı; aksinin kabulü halinde ise çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştiren anneye daima bir imtiyaz sağlanmış olacağı dile getirilmiştir.

Sözünü etmekte olduğumuz anlayışa göre mutad mesken, ebeveynlerin sorumluluğundan veya müdahalesinden bağımsız olarak ancak belli bir zaman içerisinde ve coğrafi olarak değişebilir[371]. Bu anlayış Avrupa Konseyinin 72 sayılı Tavsiye Kararındaki mutad mesken anlayışıyla paralellik arz etmektedir. Söz konusu bu Tavsiye Kararında kişinin mutad meskeninin bir başkasınınkine tâbî tutulamayacağı kabul edilmiştir[372].

Mutad mesken tayin edilirken çocuğun kendisi merkez alındığından artık bundan böyle ebeveynlerin yerleşme niyetinin araştırılmasına gerek kalmamaktadır. Çocuğun yaşının çok küçük olduğu hallerde ise, ebeveyninin o yerde yaşamaya yönelik yerleşme niyetinin mecburen dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir[373]. Oysa bu görüşe karşı olanlar, çocuğun çok ufak olduğu durumlarda bile çocuğun mutad meskeninin bağımsız olarak tayin edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu noktada ebeveynin niyetinden ziyade, çocuğun o ülke ile olan objektif bağlarının dikkate alınarak mutad meskenin tayin edilmesi gerektiği belirtilmektedir[374]. Ebeveynlerin niyeti, çocuğun günlük yaşamına etki ettiği müddetçe

---

[368] Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.13.

[369] 22 Şubat 1989 CA 122/89 tarihli Re. Bates kararı için Bkz. Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.13. Söz konusu davada, eşiyle Londra'da yaşayan baba ünlü bir Rock müziği sanatçısıdır. Sanatçının eşi, üç ay sürecek dünya turnesi boyunca çocuğuyla birlikte New York'ta yaşamak istemiştir. Eşinin bu fikrini istemeyerek kabul eden baba turnedeyken, çocuğun dadısına telefonla talimat vererek çocuğu İngiltere'ye getirtmiştir. Anne tarafından açılan iade davasına bakan İngiliz mahkemesi çocuğun mutad meskeninin New York olduğunu tespit ederek ABD'ye iadesine hükmetmiştir.

[370] Nunez- Escudero 58 F.3d, 379. Weiner H. Merle, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, Vol 69,2000,s.645.

[371] Friedrich v. Friedrich, 983 F 2d 1396(1993 tarihli 6. Daire Kararı); Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.14. ; Todd A. Julia, The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abductin: Are The Convention's Goals Being Achieved?,Global Legal Studies Journal, 1995, Vol 2, s.574.

[372] Bkz. 11. madde düzenlemesi.

[373] İki yaşındaki bir çocuğun bağımsız olarak ve kendi aklıyla mutad meskenini tayin edemeyeceğinden ötürü ebeveynin bu hususa yönelik niyetinin göz önüne alınması gerektiğinden bahsedilmektedir. Bkz. Morris v Morris 55 F Supp 2d 1156. Aynı yönde İngiliz Mahkeme kararı için Bkz Re. Bates davası CA 122/89 FLR (1989).

[374] Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.16.

dikkate alınmaktadır. Mutad meskenin tespitinde asıl olan vakıaların kendi adına konuşmasına müsaade etmektir[375]. Bu vakıaları ele alırken, çocuğun o yerde ne kadar süredir bulunduğunun dikkatlerden kaçmaması gerekir. Zira, çocuğun o yere ne kadar entegre olduğu veya benimsediği yaşına ve orada geçirdiği süreye göre farklılık gösterecektir.

Mutad meskenin varlığının kabulü için, çocuğun bulunduğu yer ile belli ölçüde bir sosyal entegrasyon içinde olması önemlidir. Böyle bir sosyal entegrasyon yok ise mutad meskenin varlığının kabulü güçleşir. Sosyal entegrasyonun varlığını belirlemek bakımından önemli bir kriter çocuğun o yerde bulunma süresidir. Alman mahkemeleri altı aylık bir zaman dilimini yeterli kabul etmektedirler. Mutad mesken bakımından oturma koşulları ve yaşanılan yerin kalitesi ve şekli önemlidir.

Çocuğun olgun sayılabilecek bir yaşta olması halinde, davranışlarından ve yaşamaya yeni başladığı yerdeki kişi ve kurumlarla (örneğin okulla) olan ilişkisinden o yeri mutad mesken olarak ne ölçüde benimsediği tespit edilebilir. Mesela çocuk eski mutad meskenindeki okul arkadaşlarıyla temasını sürdürüyor ve onlarla biraraya gelebilmek için özel bir çaba gösteriyorsa, halihazırda bulunduğu yeni yer kendisinin mutad meskeni olarak kabul edilmeyebilir. Zira çocuğun görüşleri dikkate alındığında, ebeveynlerinin aksine o yere entegre olamadığı veya o yeri benimseyemediği gözlemlenebilir. Buna mukabil tam tersi bir durum da söz konusu olabilir. Örneğin bir yıl süreliğine akademik çalışmalar yapmak amacıyla farklı bir ülkeye giden evli çiftin çocuğu, ebeveyninin aksine o yeri mutad mesken olarak benimsemiş ve kabul etmiş olabilir[376]. İngiliz mahkemeleri akademik çalışmalar yapmak amacıyla belirli bir süre için yurtdışında bulunulduğu hallerde var olan mevcut mutad meskenin değişmediğini kabul etmektedirler. Oysa mutad meskenin çocuğun merkez alınarak tayin edildiği hallerde, ebeveynler değil çocuk esas alınmalıdır.

Hemen belirtelim ki çocuğun, yurt dışında yürütülen ve bir yıldan kısa süren akademik çalışmalarda bulunacak ebeveynlerine bağlı olarak mutad meskeninin değişip değişmeyeceği noktasında, İngiliz mahkemelerinin istikrarlı bir içtihadı bulunmamaktadır. Sözgelimi, ebeveynine bağlı olarak altı aydır İsrail'de bulunan çocuğun mutad meskeninin İsrail'de

[375] Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.16.
[376] Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.19.

olduğu kabul edilirken[377], bir seneden az süreliğine eğitim amacıyla ebeveynine bağlı olarak Pakistan'da bulunan çocuğun mutad meskeninin ise Pakistan'da bulunmadığına hükmedilmiştir[378]. Keza Michigan'daki askeri bir üsde geçici olarak iki aydan fazla kalan bir çiftin çocuğunun mutad meskeninin değişmediği kabul edilmiştir[379]. Buna karşılık, ABD (Minnesota)'da babasıyla birlikte bir öğretim yılını geçirecek olan çocuğun, annesi tarafından İngiltere'ye kaçırılması sebebiyle açılan iade davasında, mahkeme, dört aydır ABD'de bulunan çocuğun mutad meskeninin Minnesota olduğuna hükmederek iadesine karar vermiştir[380].

Çocukların tekrar kaçırıldığı veya yerlerinin yeniden değiştirildiği hallerde, çocuğun mutad meskeni tespit edilirken çocuğun merkez alınması görüşü, mahkemelerce dikkate alınmamakta ve uygulanmamaktadır[381]. Mahkemelere[382] göre, bu gibi durumlarda çocuğun yeni bir mutad meskeninin var olduğunun kabulü adalete aykırı, haksız bir duruma sebebiyet vermektedir.

Türk mahkemelerinin de bu görüşü benimsediğini söyleyebiliriz. Sarıyer Aile mahkemesinde görülen bir davada[383], mahkeme çocuğun mutad meskenini tespit ederken, çocuğun İsrail'den ne sıklıkla ve süre ayrı kaldığını, okulunun nerede olduğunu, düzenli sağlık kontrollerini nerede yaptırdığını esas alarak çocuğun İsrail'e iadesine hükmetmiştir.

Mutad meskenin tayininde çocuğun merkez alınması görüşüne eleştiriler getirilmektedir[384]. Diğer iki modelin sunduğu esnekliğin bu modelde var olmaması, ebeveynlerin niyetinin dışlanarak, salt vakıaların çarpıtılmaksızın ortaya konmak suretiyle mutad meskenin

---

[377] Re. S. (Minors) (Abduction: Wrongful Detention) 1994 1 All E .R. 237. Bkz. Clive M. E., The Concept of Habitual Residence, Judical Review, 1997, s.141.

[378] Re. A. (Wardship: Jurisdiction) 1995 1 FLR 767. Bkz. Clive M. E., The Concept of Habitual Residence, Judical Review, 1997, s.141.

[379] Re. A. (Minors) (Abduction: Habitual Residence) 1996 All E.R. 24.Bkz. Clive M. E., The Concept of Habitual Residence, Judical Review, 1997, s.141.

[380] Re. S. (A Minor) (Abduction) 1991 2FLR 224.Bkz. Clive M. E., The Concept of Habitual Residence, Judical Review, 1997, s.141.

[381] Meredith v Meredith 759 F Supp 1432..Amerikan mahkemesinin bu kararı için bkz. Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.19.

[382] Cohen v. Cohen 158 Misc 2d 1018; Re. B (Abduction: Children's Objections) [1998] 1 FLR 667. Bu davada çocuklar anneleri tarafından hukuka aykırı olarak İrlanda'dan İngiltere'ye getirilmiştir. Çocuklar İngiltere'de birkaç ay kalmış olmalarına rağmen, mahkemece İrlanda'daki mutad meskenlerinin değişmediği kabul edilmiştir. Mahkeme, çocuklar çok daha uzun bir süre kalmış olsalardı bile gene de mutad meskenlerinin değişmeyeceğini ifade etmiştir.

[383] Bkz. Sarıyer Aile Mahkemesinin E.2004/683 K. 2004/929 Sayılı Kararı.

[384] Rhona Schuz, Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, **Child and Family Law Quarterly,** Vol 13, No.1, 2001, s.21.

tayin edilmesinin sözleşmenin öngördüğü amacın gerçekleştirilmesi bakımından kimi zaman yetersiz kalabileceği iddia edilmiştir. Sözgelimi, Türkiye'de ikamet eden ve mutad meskenleri Türkiye'de olan bir ailenin, çocuklarına yabancı devlet vatandaşlığını kazandırmak amacıyla yurtdışında doğum yapmayı tercih etmesi halinde, çocuğun mutad meskeni, haklı olarak doğduğu yabancı ülke olacaktır.

Bu görüşü savunanlar, çocuğun mutad meskeninin ebeveynlerine tâbi tutularak veya onların niyet ve iradelerine bağlı olarak tespit edildiği hallerde, eşlerin niyet ve arzularının birbirinden farklı olduğu hallerde meydana gelebilecek bir belirsizliğin; çocuğun merkez alındığı modele göre daha az sorun yaratmayacağını ileri sürmüşlerdir.

Kanaatimizce, bu görüşü değerlendirirken bebekler ile çocuklar arasında bir ayırım yapılmaldır. Bebeklerin mutad meskenini tayin ederken bu prensibe bir istisna getirilebilir. Aksi öngörülmedikçe yeni doğmuş bir bebeğin mutad meskeninin doğduğu ülkede bulunduğu kabul edilebilir. Şu halde yeni doğmuş bir bebeğin mutad meskeni koruma hakkına sahip ebeveynlerinin, ortak iradesine bağlı tutulabilir. Bu noktada sadece annenin mutad meskenini dikkate almak da doğru olmayabilir[385]. Sözgelimi İsviçre Alplerinde tatillerini geçiren çiftin çocuğu bu ülkede doğduğunda, bebeğin mutad meskeninin İsviçre de bulunduğu kabul edilebilir. Ancak ebeveynlerin İsviçre ile hiçbir organik bağlantısı yoksa sırf tatil yapmak amacıyla orada bulunuyorlar ise, eşlerin müşterek meskenlerinin bulunduğu yabancı ülkedeki yerin, çocuğun mutad meskeni olarak kabulü gerekir[386]. Doktrinde daha da ileri giden bir görüş, ebeveynlerinin geçici olarak bulunduğu bir ülkede dünyaya gelen bebeğin, kural olarak ebeveynlerinin mutad meskenin bulunduğu ülkeye götürülmesine dek bir mutad meskeninin bulunmayacağını ileri sürmüştür[387]. ABD mahkemelerinde görülen Nunez-Escudero davasında, bebeğin, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilinceye kadar Meksika'da doğup büyümesi sebebiyle iadesine hükmedilmiştir. Söz konusu davada, ebeveynler bebeğin doğmasından kısa bir süre sonra başka bir âkit ülkede yaşama kararı almış ancak zamanla bu kararlarını değiştirmişlerdir. Eşlerden biri çocuğu sonradan bu âkit ülkeye kaçırdığında, mahkeme bu yerin çocuğun mutad meskeni olarak

[385] Bkz. Delvoye II, 329 F.3d s.333.
[386] Stephen E. Schwartz, The Myth of Habitual Residence: Why American Courts Should Adopt The Delvoye Standard For Habitual Residence Under The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction,Cardozo Women's Law Journal, Vol 10, 2004, s.714. (Delvoye I, 224 F. Supp. 2d. s.851.) Aynı yönde Bkz. Clive M. E., The Concept of Habitual Residence, Judical Review, 1997, s.146.
[387] Clive M. E., The Concept of Habitual Residence, Judical Review, 1997, s.146.

kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir[388]. Kanaatimizce de doğumundan bu yana hiçbir şekilde o yerde bulunmamış bir bebeğin mutad meskeni, tarafların geçmişteki anlaşmalarına bağlı olarak tesis edilmemelidir.

Buna mukabil çocuğun mutad meskenini tespit ederken, kaçırılmazdan evvelki yaşamını sürdürdüğü, sosyal ilişkilerini yoğun olarak yürüttüğü, üzerinde bir baskı kurulmaksızın fiziksel olarak sürekli bulunduğu, bunun yanında gün be gün varlığını, aktüel menfaatlerini sağladığı (merkez) yerin de dikkate alınması gerekir.

Sözleşme kapsamında çocuğun mutad meskeni, onun yerini tayin etme hakkına sahip kişinin iradesine bağlı olarak tayin edilecektir. Çocuğun mutad meskenini belirlemeye yetkili kişiler, Sözleşme anlamında koruma hakkını haiz kişilerdir. Bu yetkiyi haiz kişiler aynı zamanda çocuğun mutad meskenini değiştirebilme hakkına da sahiptirler[389]. Sözleşmenin 3. madde hükmüne göre çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden hemen önce mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna göre çocuk üzerindeki koruma hakkı kimin üzerindeyse o kişi çocuğun mutad meskenini tayin etme hakkını haiz kabul edilmektedir. Ancak kimi hallerde, çocuğun merkez alınarak mutad meskeninin tayin edilmesi gerektiği de unutulmamalıdır. Söz gelimi Gürcistan hukukunda 14 yaşındaki bir çocuk, kendisi üzerinde koruma hakkına sahip olabilecek kişileri, mahkemenin tasdikine bağlı olarak seçebilmektedir.

C. Mutad Meskenin Unsurlarına İlişkin Görüşler

Doktrinde[390], 1980 tarihli La Haye sözleşmesi anlamında çocuğun mutad meskeninin belirlenmesinde yeknesak bir anlayışın benimsenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Buna bağlı olarak mutad meskenin tespitinde yeni standartların oluşturulması için öneriler getirilmiştir. Bu görüşe göre, çocuğun mutad meskeni tespit edilirken çocuğun üstün yararı dikkate alınmalı, teknik ve standart kalıba sokulmaksızın her olayın özelliklerine göre bağımsız bir değerlendirme yapılmalıdır. Keza çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden veya haksız

[388] Stephen E. Schwartz, The Myth of Habitual Residence: Why American Courts Should Adopt The Delvoye Standard For Habitual Residence Under The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction,Cardozo Women's Law Journal, Vol 10, 2004,s.711.
[389] Farklı görüş için bkz. North /Fawcett s.736 ; Ataman- Figanmeşe İnci, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, s.68.
[390] Stephen E. Schwartz, The Myth of Habitual Residence: Why American Courts Should Adopt The Delvoye Standard For Habitual Residence Under The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction,Cardozo Women's Law Journal, Vol 10, 2004,s.716.

alıkonmasından önceki fiilî durum esas alınarak buna ilişkin maddî deliller dikkate alınmalı ve de ispat yükü koruma hakkı ihlâl edilen kişiye bırakılmalıdır. Son olarak ebeveynlerin müşterek niyeti de dikkate alınmalıdır. Kanaatimizce bu görüşte ileri sürülen tüm argümanların mutad meskenin tespitinde dikkate alınması doğru olmayabilir. Zira çocuğun üstün menfaatinin, çocuğun mutad meskeniyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Kavramı, hukukî kalıpların dışında tutmayı önerirken diğer yandan çocuğun üstün menfaatini nazara almak çelişki yaratmaktadır. Bununla birlikte mutad meskenin tespitinde, ebeveynlerin müştereken üzerinde hemfikir oldukları yerden ziyade, çocuğun mutad meskeninin esas alınması sözleşmenin amacıyla daha çok örtüşmektedir. Gerçi 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 5. madde hükmü her ne kadar koruma hakkı sahibine çocuğun mutad meskenini tayin serbestisi vermiş ise de, koruma hakkının da çocuğun mutad meskeni hukukuna göre tespit edileceğinin unutulmaması gerekir.

D. Mutad Meskenin Tesbitinde Çocuğun Yaşına Göre Model Belirlenmesi

Doktrinde bir görüş[391], çocuğun mutad meskenini belirlerken tek bir kriterin esas alınmasını eleştirmiştir. Bunun yerine çocuğun yaşına göre farklı kriterlerin uygulanması gerektiği iddia edilmiştir. Bu görüşe göre, yeni doğmuş bebeklerin (doğduğu günden altı aylık oluncaya kadar ki evre kastedilmektedir) mutad meskeni tayin edilirken, bebeğin fiziken bulunduğu yerin dikkate alınmasına gerek yoktur. Bebeğin hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmezden evvelki ebeveynlerin müşterek iradesine bağlı olarak bulunduğu yerin, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi anlamında bebeğin mutad meskeni olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Buna karşın, altı aylıkdan büyük dört yaşından küçük olan çocuklar, küçükler olarak ifade edilmiştir. Bu kapsamdaki küçüklerin mutad meskeni tespit edilirken, kaçırılmazdan evvel fiziksel olarak o yerde bulunup bulunmadıkları, o yerde ne kadar süredir bulundukları ayrıca ebeveynlerinin iradesinin de dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

Bebeklerden ve küçüklerden büyük olup onaltı yaşından gün almamış çocukların mutad meskeni tespit edilirken ise,çeşitli kriterlerin birlikte ele alınması teklif edilmiştir. Çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden veya alıkonmasından önce fiziken bulunduğu

[391] Stephen E. Schwartz, The Myth of Habitual Residence: Why American Courts Should Adopt The Delvoye Standard For Habitual Residence Under The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction,Cardozo Women's Law Journal, Vol 10, 2004,s.719.

yer, çocuğun bu yerde geçirdiği süre, çocuğun bu yerde kalmak isteyip istemediğine ilişkin niyeti ayrıca çocuğun bu niyetini ortaya koyan (kaçırılmazdan veya alıkonmazdan evvelki) davranışları esas alınarak; o yerin çocuğun mutad meskeni olup olmadığı tespit edilebilecektir[392]. Mahkemenin bu noktada çocuğun yaşına göre olgunluğunu da nazara alması gerektiği de ileri sürülebilir.

E. Mutad Meskenin Vasıflandırılması

Çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirildiği hallerde, iade davasına bakacak olan hâkimin mutad mesken kavramını hangi hukuk nizamına göre vasıflandıracağı bir sorun olarak görülebilir. Devletler Özel Hukukunda, kavram hangi hukuk nizamına ait ise o hukuk nizamına göre bağlanma noktasının vasıflandırılacağı kabul edilmektedir[393]. Ancak yukarıda yapılan açıklamalar neticesinde "mutad mesken" kavramının hukukî bir nitelik taşımamasından ötürü hâkim, bu kavramı ne kendi hukukuna (lex fori)'ye ne de çocuğun mutad mesken hukukuna (lex causae) göre vasıflandıracaktır[394]. Hâkim bu noktada sadece fiilî durumun tespiti ile yetinecektir ve çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden önceki mutad meskenini bir vakıa olarak araştıracaktır. Kavramın hiçbir hukuka bağlanmaması, tarafsız ve objektif bir karar verilmesini sağlayacaktır. Bu da kavramın tercih edilmesindeki en önemli etkendir. Bununla birlikte Yaşam Belgesi Verilmesine Dair Sözleşme[395] hükümleri kişiye ikamet ettiği ülkede yaşamını sürdürdüğünü gösteren bir "yaşam belgesi"nin verilmesi imkanını tanımaktadır. Bu belgenin aksi sabit oluncaya kadar tüm âkit devletlerde tanınacağı hükmü getirilmiştir[396]. Doktrinde bu düzenleme esas alınarak, Yaşam Belgesi Verilmesine Dair Sözleşmeye taraf olan devletler bakımından, kişinin mutad meskeninin vasıflandırılmasının, yaşam belgesinin alındığı ülke hukukuna göre yapılması gerektiği ileri sürmüştür[397]. Kanaatimizce bu düzenlemenin verdiği imkan doğrultusunda, kişinin yaşam belgesi aldığı âkit devlette mutad meskeninin

---

[392] Stephen E. Schwartz, The Myth of Habitual Residence: Why American Courts Should Adopt The Delvoye Standard For Habitual Residence Under The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction,Cardozo Women's Law Journal, Vol 10, 2004,s.719.
[393] Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, 13. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2005, s. 109.
[394] Kimi sözleşmede mutad mesken kavramının hangi hukuk nizamına göre vasıflandırılacağı açıkça belirtilmiştir. Buna örnek olarak 13.12.1955 tarihli Avrupa İkamet Sözleşmesine Ek Protokol gösterilebilir. Protokolün 30.madde hükmü uyarınca mutad mesken kavramı ilgilinin millî hukukuna göre vasıflandırılacaktır.
[395] RG.16.03.2004 –25404.
[396] Sözleşme hükmü madde 1.
[397] Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, 13. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2005, s. 124. (dn. 64a.)

bulunduğu karine olarak kabul edilmelidir. Zira kişi o ülkenin yetkili makamlarından yaşam belgesi almış olmakla birlikte; mutad meskeni başka bir ülkede bulunuyor olabilir. Bunun yanında sözleşmenin 1. madde hükmü açıkça kişinin mutad meskenini değil, ikametgâhını esas almaktadır.

F. Koruma Hakkına Uygulanacak Hukuk

Sözleşmeyi kaleme alanlar koruma hakkının tespiti meselesini, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet hukukuna bırakmışlardır. Burada önem arz eden husus çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin iç hukuk hükümlerinin mi, yoksa devletler özel hukukunun varlık sebebi olan kanunlar ihtilâfı kurallarının mı dikkate alınacağıdır. Komisyonda, yapılan müzakerelerde bir oy fazla ile atfın uygulanması kabul edilmiştir[398]. Şu halde çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin kanunlar ihtilâfı kurallarının öngördüğü hükümlere göre koruma hakkının bulunup bulunmadığı tespit edilecektir.

Doktrinde haklı olarak, atfın ne zaman kesilmiş sayılacağına ilişkin bir hükmün 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nde bulunmaması eleştirilmiştir. Bu eksikliğin giderilmesi amacıyla madde hükmünün "külli atfı" açıkça kabul eder şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği dile getirilmiştir[399].[400] Kanaatimizce çok taraflı bir milletlerarası anlaşma olan 1980 tarihli La Haye Sözleşmesinde çocuğun mutad meskeni hukukunun uygulanmasından söz edilmekle, devam eden veya iade atfın reddedildiğinin kabulü gerekir. Zira milletlerarası sözleşmede yer bir alan kanunlar ihtilâfı kaidesinin görevi, uygulanacak maddî hukuk kaidesini tespit etmektir[401].

Bunun yanında hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun mutad meskeninin bulunduğu âkit devletin farklı toprak birimlerinde iki veya daha fazla hukuk sistemi bulunabilir. Bölgelerarası kanunlar ihtilâfının[402] söz konusu olduğu bu durumlarda çocuğun mutad mesken hukuku 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 31. maddesi kapsamında tayin edilecektir. Bu gibi hallerde, çocuğun mutad meskeni devletine yapılan atıf, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden evvelki mutad meskeninin bulunduğu bölge olarak anlaşılmalıdır. Buna göre,

---

[398] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 46.
[399] İnci Ataman Figanmeşe, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, s. 72.
[400] Külli atfın yapıldığını kabul eden Alman yazarlar için Bkz. İnci Ataman Figanmeşe, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, s. 70 dipnot 47.
[401] NOMER, Devletler Hususî Hukuk, 14. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul,2006, s.158 vd.
[402] Bkz. NOMER, Devletler Hususî Hukuk, 13. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul,2005, s.22 vd.

çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden evvel mutad meskeninin bulunduğu bölge hukuku soruna uygulanacaktır.

Keza, çocuğun mutad meskeni şahıslararası kanunlar ihtilafının[403] bulunduğu bir ülkede[404] bulunuyor olabilir. Böyle bir durumda, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 32. madde hükmü uyarınca çocuğun mutad meskeni, bu ülke hukukunun tayin edeceği hukuk tarafından belirlenecektir.

III. Sözleşmeye Göre Koruma Hakkı

Sözleşmenin öngördüğü "koruma hakkı" sui generis bir haktır[405]. Sözleşme metninde ifade edilen "koruma hakkı" velâyet sorumluluğuna göre farklılık arz etmektedir. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nde öngörülen koruma hakkı iç hukuklardaki velâyet hakkından tamamen bağımsızdır[406]. Koruma hakkının içeriği belirlenirken, sözleşme hükümleri ile sözleşmenin yapısı ve amacı dikkate alınmalıdır[407]. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin güvence altına aldığı koruma hakkı "de iure" niteliktedir. Fiilî durumdan kaynaklanan "de facto" niteliğindeki koruma hakkı, Sözleşme güvencesi altında değildir[408].

Koruma hakkı, mahiyeti gereği velâyet sorumluluğunu kapsar niteliktedir; ancak, buna ilave olarak çocuğun ikamet edeceği yeri belirleme hakkını da vermektedir. Klasik anlamda velâyet sorumluluğu çocuğun ikamet edeceği yeri belirleme hakkını da ihtiva etmektedir. Ancak kimi hukuklarda eşlere boşanma sonrası müşterek velâyet sorumluluğu bırakılabilmektedir. Bu gibi hallerde mahkeme, velâyet kararına ek olarak çocuğun boşanan eşlerden hangisinin yanında kalacağına da karar verir. Çocuğun yanında kalacağı ana veya baba aynı zamanda çocuğun oturacağı yeri belirleme hakkına sahip olabilir. Zira boşanan eş, kendi ikametgâhını veya meskenini değiştirmekle kendisine bağlı olan çocuğunun da meskenini değiştirmiş olacaktır.

---

[403] Bkz. NOMER, Devletler Hususî Hukuk, 13. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul,2005, s.27 vd.
[404] Mesela Suriye, Lübnan, İran, Bangladeş, Pakistan, Hindistan.
[405] Linda Silberman, Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis, Family Law Quarterly Vol 28, 1994 , s.17. ; Hayes Mary/ William Catherine, Family Law Principles, Policy and Practice, Butterworths, London 1999,s.373.
[406] Merle H. Weiner, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, Vol 69,2000,s.636.
[407] Report of The Second Special Commision, paragraf 14, s.229. Bkz. Merle H. Weiner, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, Vol 69,2000,s.636.; Hayes Mary/ William Catherine, Family Law Principles, Policy and Practice, Butterworths, London 1999,s.375.
[408] Mary Hayes/ Catherine William, Family Law Principles, Policy and Practice, Butterworths, London 1999,s.374.

Doktrinde haklı olarak çocuğun oturacağı yeri belirleme hakkı ile çocuğun ülke dışına çıkışını engelleme hakkı birbirinden farklı kavramlar olarak nitelendirilmiştir. Çocuğun yurt dışına çıkışını engelleme hakkı oldukça dar kapsamlı olup, çocuğun nerede oturacağı veya yaşayacağı konusunda bir yetki öngörmemektedir. Çocuğun oturacağı yeri belirleme hakkına sahip olan kişi çoğu zaman çocuğun yurt dışına çıkışını engelleme hakkına da sahiptir. Bu yetki kimi zaman kısıtlanabilmekte ve mahkemelerce kullanılabilmektedir. Ancak çocuğun yurt dışına çıkışını engellemeye yönelik haklar, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesinin 5. maddesinin (a) bendinde düzenlenen koruma hakkı kapsamına girmemektedir[409]. Sözgelimi Ürdün hukukunda, babanın rızası olmaksızın anne ve çocuğun yurt dışına çıkması yasaklanmıştır. Buna mukabil babanın yurt dışına çocuğuyla birlikte çıkabilmesi için anneden izin alınması gerekmemektedir[410]. Çocuğun yurt dışına çıkışına yasaklama getiren kanunî bir düzenlemenin varlığı koruma hakkının esasından farklıdır.

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Kanun Tasarısı'nın[411] tanımlar başlığı altında düzenlenen koruma hakkı[412], çocuğun bakımı, gözetimi ve koruma ile meskenini tayin etme hakkı olarak ifade edilmiştir. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi anlamında "koruma hakkı"nın "sui generis" bir kavram olduğu ve maddî hukuklarda öngörülen velâyet sorumluluğu ile her zaman örtüşmediği kabul edilmektedir[413].

1980 tarihli La Haye sözleşmesi kaleme alınırken kanundan doğan velâyet sorumluluğuna ilişkin yeni gelişmeler dikkate alınmıştır. Özellikle Alman hukukunda yer alan aynı zamanda İsviçre hukukunda da yer bulan boşanmadan sonra eşlere tanınan ortak velâyet sorumluluğu 1980 tarihli La Haye sözleşmesi kapsamına alınmıştır. Hatta sözleşme evli çiftler arasında velâyet sorumluluğunun ortaklaşa üstlenildiğini gösteren bir mahkeme kararının bulunmadığı

---

[409] Burak Huysal, **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.212-213.

[410] Carol Bruch, Religous Law, Secular Practises and Children's Human Rights in Child Abduction Cases Under The Hague Child Abduction Convention,New York University Journal of International Law and Politics, Vol 33,2000, s.55.

[411] Tasarı için Bkz. www. tbmm.gov.tr Dönem ve yasama yılı 22/3 Esas Numarası 1/1101.

[412] Kanun Tasarısının tanımlar başlığını düzenleyen 3. maddesinin (d) bendinde koruma hakkı yerine, velâyet hakkı ifadesi kullanılmıştır. Bu hakkın içeriği 1980 tarihli La Haye sözleşmesi ile aynı şekilde tanımlanmıştır. Kanaatimizce, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin resmi Türkçe tercümesinde velâyet hakkından farkını özellikle ortaya koymak amacıyla "koruma hakkı" ifadesi kullanılmışken, Kanun tasarısında "velâyet hakkının" kullanılması yerinde olmamıştır. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi ile Tasarının uyumlu olması gerekirken buna özen gösterilmemiştir. Aynı özensizlik, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin yetkili makamlarca nasıl uygulanacağını göstermek amacıyla Adalet Bakanlığına bağlı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünce hazırlanan 65 nolu Genelge'nin II. Bölümünün 5.paragrafında da gösterilmiştir. Söz konusu Genelge de, koruma hakkı yerine "velâyet hakkı" kavramını kullanmıştır.

[413] Lowe Nigel / Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children, Family Law,2004, s. 262.

hallerde bile uygulama alanı bulmaktadır. Keza taraflarca yapılan ve hukuken geçerli kabul edilebilecek koruma hakkına yönelik bir anlaşmanın varlığı halinde de Sözleşme hüküm ifade edecektir.

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 8.maddesinin (f) bendi ile 14. maddesi bu imkanı hâkimlere vermektedir. Şu halde hâkim geçerli bir koruma hakkının olup olmadığını tespit ederken, merkezî makamdan veya çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin başkaca yetkili makamından veya diğer bir yetkili şahsından konuya ilişkin mutad bir belge veya onaylı bir beyanı talep edebileceği gibi, 14. madde de belirtildiği üzere çocuğun mutad meskeni devleti hukukunca tanınmış veya tanınmamış yabancı kararlar ile bu türden yabancı kararların tanınmasına ilişkin belirli usulleri de doğrudan göz önünde bulundurabilir. Özellikle madde 8(f) merkezi makamlara bu hususta görev yüklemektedir[414]. Sözleşmenin uygulanması bakımından, çocuğun iadesini talep eden tarafın, çocuğun kaçırılma öncesi mutad meskeni devletinden koruma hakkının kendisinde olduğunu gösteren bir mahkeme kararı alması gerekmez. Gerçi sözleşmenin 15. maddesinde bu hususa yönelik bir kararın veya bir belgenin alınması mümkün olduğu ölçüde talep edilmektedir; ancak, bu bir zorunluluk değildir. Bununla birlikte taraf devletlerin merkezi makamları, iade talep eden tarafın koruma hakkına sahip olduğunu gösteren bir karar veya belge elde etmesi için kendisine yardımcı olma mükellefiyeti altında olduklarını unutmamalıdır. Sözleşmenin 3.maddesi uyarınca koruma hakkı, kanunî bir yetkiden, adlî veya idarî bir karardan veya çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna göre geçerli kabul edilen eşler arasındaki bir anlaşmadan doğabilir. Bu nedenle iade talebi için koruma hakkının münhasıran bir mahkeme kararı ile belgelendirilmesi gerekmez; zira, koruma hakkına yönelik her adlî ve idarî karar kanunî bir yetkiye dayanılarak verilir. Sözleşmeyi kaleme alanların mahkeme kararlarının dışında, eşlerin kendi aralarında yaptıkları velâyet sorumluluğuna ilişkin anlaşmalar ile kanundan doğan yetkiyi ayrıca madde metni içerisinde zikretmeleri, başka şekilde açıklanamaz. Sözleşmenin 15. maddesi buna paralel olarak, iade talebinde bulunan tarafın, sahip olduğunu iddia ettiği koruma hakkını bir mahkeme kararına dayandırarak ispat etmesini imkân ölçüsünde aramış; ancak bunu zorunlu tutmamıştır. Ayrıca madde hükmünde geçen "belgenin istihsali" ifadesi ile kastedilen, eşlerin üzerinde anlaştığı ve çocuğun mutad meskeni devleti hukukunca geçerli kabul edilen anlaşmalar ile kanundan doğan koruma hakkına ilişkin belgelerdir.

[414] Beaumont & McEleavy s. 48.

A. Koruma Hakkının Hukukî Dayanakları

1. Kanundan Doğan Koruma Hakkı

Sözleşmenin 3. madde hükmü uyarınca koruma hakkı bizzat kanundan, yani kanunun yetki tanıdığı bir hukukî düzenlemeden doğabilir. Şu halde koruma hakkının bir kazaî veya idarî karardan doğması şart değildir. Koruma hakkının, kanun gereği doğmuş olması da çocuğun iadesine sebebiyet verecektir. Sözleşme bu yönüyle Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nden[415] (Avrupa Sözleşmesi) ayrılmaktadır. Koruma hakkının, kanun gereği doğmuş olması halinde, çocuk sözleşme kapsamında mutad meskeni ülkesine iade edilmeyecektir. Zira Avrupa sözleşmesi salt velâyete ilişkin kazaî veya idarî makam kararlarının tanınması ve tenfizine binaen çocuğun iadesini öngörmektedir[416].

Türk mahkemelerindeki yargılamalar bakımından, çocuğun mutad meskeninin Türkiye'de bulunması koruma hakkına Türk hukukunun uygulanacağı anlamına gelmez. Çocuğun anne ve babası Türk vatandaşı ise koruma hakkı konusunda Türk hukuku yetkili olup Türk Medeni Kanununun ilgili hükümleri uygulanacaktır. Bu noktada çocuğun yabancı bir devlet vatandaşı olması veya vatansız olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Buna mukabil, çocuğun mutad meskeni Türkiye'de bulunmakla birlikte çocuğun anne ve babası farklı vatandaşlıklara sahip ise koruma hakkına uygulanacak hukuk değişebilecektir. Çocuğun bakım ve gözetim sorumluluğu meselesi (bağlanma konusu) lex fori'ye göre vasıflandırılacak olursa konunun velâyet kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Velâyete uygulanacak hukuk MÖHUK madde 19'da düzenlenmiştir. Hükme göre velâyet, nesebi düzenleyen hukuka tabidir. Türk hukukunda çocuğun bakım ve gözetim sorumluluğu evlilik içi nesepten doğabileceği gibi, evlilik dışı nesepten de doğabilir. Şayet bakım ve gözetim sorumluluğu evlilik içi nesepten doğuyor ise, bu sorumluluk çocuğun doğum anındaki evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka göre

[415] RG. 2.11.1999 –23864.
[416] Aysel Çelikel, Yabancı Mahkemelerden Verilen Velâyete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi, Prof.Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, **MHB** Yıl 17-18/Sayı 1-2/1997-1998, s.114.

belirlenecektir[417]. Bu sorumluluk MÖHUK madde 3'te görülen genel prensipten farklı olarak davanın açıldığı tarihteki değil, çocuğun doğum anındaki yetkili hukuka göre tespit edilecektir. MÖHUK'un 15. madde hükmünün 12. maddenin 2.fıkrasına yaptığı atıf uyarınca bakım ve gözetim sorumluluğu hakkında doğum anındaki eşlerin müşterek milli hukuku, yoksa müşterek ikametgâh hukuku, bunun da bulunmadığı hallerde müşterek mutad mesken hukuku, bu da tespit edilemiyor ise Türk hukuku uygulanacaktır. Eşler, şayet birden fazla vatandaşlığa sahip iseler[418] ve bu vatandaşlıklarından biri Türk vatandaşlığı ise o halde artık müşterek milli hukuk olarak Türk vatandaşlıkları dikkate alınacak ve Türk hukuku uygulanacaktır[419].

Çocuğun mutad meskeni Türkiye'de bulunmakla birlikte çocuğun bakım ve gözetim sorumluluğu evlilik dışı nesep ilişkisinden kaynaklanmakta ve de biyolojik anne ve baba farklı vatandaşlıklara sahip ise MÖHUK madde 17 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Madde uyarınca evlilik dışı çocuk ile annesi arasındaki bakım ve gözetim sorumluluğu hakkında davanın açıldığı tarihteki annenin milli hukuku uygulanacaktır[420]. Buna mukabil evlilik dışı çocuk ile babası arasındaki bakım ve gözetim sorumluluğuna ise davanın açıldığı tarihteki babanın milli hukuku uygulanacaktır.

Çocuğun bakım ve gözetim sorumluluğu eşlerin boşanmasından sonra da devam etmektedir. Ancak eşler boşandıktan sonra kimi hukuklarda[421] eşlere müşterek velâyet sorumluluğu tanınmaktadır[422]. Buna karşın Türk hukukunda olduğu gibi kimi hukuklarda çocuğun bakım ve gözetim sorumluluğu eşlerden sadece birine bırakılmaktadır. Mutad meskeni Türkiye'de bulunan çocuğun anne ve babası boşanmış olmakla birlikte, bakım ve gözetim sorumluluğu hakkında boşanma ilâmında bir hükmün bulunmadığı hallerde, kimin koruma hakkına sahip olacağı MÖHUK'un 20. maddesine göre çözümlenecektir. MÖHUK'un 20. maddesinin[423] 13. maddeye yaptığı atıf uyarınca koruma hakkına kimin sahip olacağı karara bağlanacaktır. Çocuğun bakım ve gözetim sorumluluğu boşanmanın genel hükümlerinden kabul edildiği için dava anındaki eşlerin müşterek milli hukuku öncelikle uygulanacaktır. Eşler ayrı

[417] Bkz. MÖHUK madde 15. "Evlilik içi nesep ilişkileri, doğum anındaki evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tabidir."
[418] Bkz. MÖHUK Madde 4.
[419] Bkz. MÖHUK. Madde 4/b.
[420] Türkiye'nin taraf olduğu Meşru Olmayan Çocukların Ana Bakımından Nesebin Tesisine Dair Sözleşme" hükmü uyarınca, doğumun tescili sırasında, çocuğu kendisinin doğurduğunu söyleyen kişi ,aksi ispat edilene kadar, çocuğun annesi kabul edilmektedir. (md. 1) RG.11.10.1965-12123.
[421] Bkz. Alman ve İsviçre Hukukunda bu imkan söz konusudur.
[422] Sözgelimi Kanada Hukuku için Bkz. Simon R. Fodden, Family Law, Toronto, 1999, s.195-197.
[423] "Boşanmada velâyet ve velâyete ilişkin sorunlar hakkında boşanmanın tabi olduğu hukuku uygulanır."

vatandaşlıklara sahip ise müşterek ikametgâh hukuku, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku, bu da tespit edilemez ise Türk hukukuna göre eşlerden hangisinin çocuk üzerinde koruma hakkına sahip olacağı tespit edilecektir.

Türk hukuıkunda çocuğun bakım ve gözetim sorumluluğu, evlâtlık ilişkisinden de doğabilir. TMK. madde 314 hükmü bu hususu açıkça düzenlemiştir. Evlât edinme sonucu henüz erginliğe erişmemiş bulunan evlâtlığın, evlât edinenin velâyeti altına gireceği kabul edilmiştir. Evlât edinilenin kendi öz anne ve babasının velâyet hakkı artık ortadan kalkmaktadır. Keza evlât edinenin ölmesi halinde velâyet sorumluluğu tekrardan öz anne ve babasına geri dönmeyecektir[424]. Şu halde hukuken geçerli bir evlâtlık ilişkisinin kurulmasıyla birlikte evlâtlığın bakım ve gözetim sorumluluğu evlât edinene geçmektedir. Bu sorumluluk 1980 tarihli La Haye sözleşmesi anlamında koruma hakkına karşılık gelmektedir. Zira evlât edinen, çocuğun bakım ve gözetimi ile birlikte yaşayacağı yeri belirleme hakkına da sahiptir[425]. Türk hukukuna göre eşler, birlikte evlât edinmişler ise, velâyet sorumluluğunu birlikte kullanacaklardır[426].

1980 tarihli La Haye Sözleşmesi kapsamında evlât edinilen bir çocuğun yeri hukuka aykırı değiştirilmiş veya alıkonmuş ise kimin koruma hakkına sahip olduğu çocuğun mutad meskeni hukukuna göre hükme bağlanacaktır. Çocuğun mutad meskeni Türkiye'de ise, Türk hukukuna göre evlâtlık ilişkisinin kişiye koruma hakkı verip vermediğine bakılacaktır. Şayet çocuk Türk vatandaşı evlât edinen yabancı bir devlet vatandaşı ise Türk KİK gereğince yetkili olan hukuka göre bakım ve gözetim sorumluluğunun içeriğinin belirlenmesi gerekir. Evlâtlığın bakım ve gözetim sorumluluğu evlât edinmenin hüküm ve sonuçlarına ilişkin bir meseledir. MÖHUK'un 18. maddesinin 2.fıkrası uyarınca evlât edinmenin hükümleri dava anındaki evlât edinenin milli hukukuna, birlikte evlât edinmede ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tabidir. Şu halde mutad meskeni Türkiye'de bulunan bir evlâtlığın, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilir veya alıkonursa, evlât edinenin evlâtlık üzerinde ne derece koruma hakkına sahip olduğu Türk hukukuna ve Türk KİK'nin gösterdiği hukuka göre belirlenecektir.

1980 tarihli La Haye sözleşmesi, eşlerin evli olduğu müddet boyunca koruma hakkına birlikte sahip olabilecekleri faraziyesini dikkate almıştır. Türk hukukunda[427] da eşler evlilik devam ettiği müddetçe kural olarak velâyet sorumluluğuna birlikte sahiptirler. Koruma hakkının

[424] Turgut Akıntürk, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, 7. Bası, İstanbul 2002 s.377.
[425] Bu sorumluluğun dayanağı TMK Madde 314/1.
[426] Turgut Akıntürk, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, 7. Bası, İstanbul 2002 s.377.
[427] Bkz. TMK. Madde 336.

doğal kazanılma sebeblerinden biri çocuğun evlilik içinde doğmuş olmasıdır. Bu bakımdan evlilik içinde veya evliliğin sona ermesinden başlayarak 300 gün içinde doğan çocuğun soybağı baba yönünden karine olarak düzgündür[428] ve doğduğu andan başlayarak ana-babası koruma hakkına sahip olmaktadır. Avustralya ve İngiliz Hukukunda da eşler, çocukları üzerinde müşterek velâyet sorumluluğuna sahiptirler[429]. Aynı yaklaşımın birçok Avrupa devletinin hukuk sisteminde de kabul edildiğini söyleyebiliriz. Buna mukabil Ortadoğu ülkelerinde ana-babanın çocukları üzerinde müşterek velâyet sorumluluğu bulunmamaktadır. Söz gelimi Suudi Arabistan ve Lübnan'da çocuğun annesi, velâyet sorumluluğuna erkek çocuğu yedi, kız çocuğu dokuz yaşına basana kadar sahip olabilmekte sonrasında velâyet sorumluluğu kendiliğinden babaya geçmektedir. Suriye'de ise, velâyet sorumluluğu aile reisi olan babanın üzerindedir. Ancak babanın yokluğu durumunda, çocuk üzerindeki velâyet sorumluluğu kendiliğinden babanın erkek akrabalarından birine geçmektedir[430].

Koruma hakkının, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden evvel mutad meskeninin bulunduğu devletin kanunundan doğması yeterlidir[431]. İade talebinde bulunulan devlet, çocuğun mutad meskeni devletinin kanunlarında böyle bir düzenlemenin varlığından şüphe duyduğunda; Sözleşmenin 15. madde hükmü uyarınca merkezi makamlar aracılığıyla iade talebinde bulunan kişiye, çocuğun kaçırılma öncesi mutad meskeninin bulunduğu âkit devletin mahkemesinden bir karar elde etmesine olanak tanıyabilir[432]. Şayet iade talebinde bulunulan devlet, kanundan doğan koruma hakkının varlığı konusunda bir şüphe duymaz ise Sözleşmenin 14. maddesi uygulama alanı bulabilir. Şu halde Sözleşmenin 14. madde hükmü uyarınca iade talebinde bulunulan devletin adlî veya idarî makamı, 3. madde çerçevesinde hukuka aykırı bir yer değiştirme veya geri dönmeme halinin mevcudiyetini belirlemek amacıyla, çocuğun mutat meskeni devletinde geçerli olan hukukî düzenlemeyi ve tanınmış veya tanınmamış kararları, bu hukuka aykırılığın kanıtı olarak doğrudan göz önünde bulundurabilir. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi uyarınca, hukuka aykırı olarak bir akit devletten diğer bir âkit devlete götürülen veya alıkonulan çocuğun, iade edilmesi için önceden yabancı makamlardan alınmış koruma veya şahsî

[428] TMK. md.285.
[429] Lynda Herring, " Taking Away the Pawns: International Parental Abduction and the Hague Convention", **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation,** 1994-1995 , Volume 20. s.159. Dipnot 189.
[430] Deborah M. Zawadzki, The Role of Courts in Preventing International Child Abduction, **Cardozo Journal of International Comparative Law**, Vol 13,2005,s.365.
[431] Lynda Herring, " Taking Away the Pawns: International Parental Abduction and the Hague Convention", **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation,** 1994-1995 , Volume 20. s.159.
[432] Lynda Herring, " Taking Away the Pawns: International Parental Abduction and the Hague Convention", **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation,** 1994-1995 , Volume 20. s.159.

ilişki kurma hakkına dair bir kararın bulunması gerekmediği gibi, böyle bir kararın mevcut olması durumunda bunun tanınması veya tenfiz edilmesi zorunluluğu da bulunmamaktadır[433].

Türk hukukunda[434] evlilik dışı doğan çocuğun velâyeti anneye ait bulunmaktadır. Türk hukukunda biyolojik babanın çocuğu sonradan tanıması veya babalık davasına binaen çocukla kendi arasında soybağı ilişkisinin kurulması, çocuk üzerinde kendiliğinden velâyet sorumluluğunun[435] tesis edilmesini sağlamaz. Şu halde Türk vatandaşı anne, kanunî velâyet sorumluluğuna binaen evlilik dışı doğan çocuğunu Türkiye'den alarak, başka bir âkit devlete gittiğinde, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi hükümlerine binaen çocuğun iadesi talep edilemeyecektir. Zira çocuğun yerinin değiştirildiği tarihte anne 1980 tarihli La Haye sözleşmesi anlamında koruma hakkına sahip olmasına rağmen, babanın böyle bir hakkı bulunmamaktadır[436]. Türk hukukunda yer alan evlilik dışı doğan çocuğun velâyetinin anneye ait olduğuna ilişkin düzenlemenin benzerini başka hukuklarda da görmek mümkündür. Misal olarak İngiliz[437] ve Batı Avustralya hukuklarında mahkeme aksine hükmetmedikçe, evlilik dışı doğan çocuk üzerinde annenin öncelikli koruma hakkı bulunmaktadır[438].

Türk hukukunda koruma hakkının kanundan doğabileceği son bir halde reşit çocuğun medenî haklarını kullanma ehliyetinin mahkeme kararıyla kısıtlanması durumudur. Reşit olan kişiler için kural olarak velâyet sorumluluğu söz konusu olmaz. Ancak böyle bir kişinin medenî hakları kullanma ehliyeti kısıtlandığında, kişinin ana-babası var ise ve de hâkim vasi atanmasına lüzum görmedikçe ergin çocuklar, ana-babanın velâyet sorumluluğu altına bırakılır[439]. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi 16 yaşından küçük çocuklara uygulandığından, reşit olup sonradan medeni hakları kısıtlanmış kişiler, sözleşmenin kapsamı dışındadır.

---

[433] Bkz. Adalet Bakanlığı'nca yayınlanan 01.01.2006 tarihli ve 65 nolu Genelgenin II. Bölüm (11) numaralı paragrafı s.7. (Çevrimiçi) www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelge/3.doc.

[434] Bkz. TMK. Madde 337.

[435] TMK. Madde 337 hükmü uyarınca ananın küçük veya kısıtlı olması halinde veya velâyetin kendisinden alındığı durumlarda, çocuğun menfaatine göre mahkeme velâyeti babaya verebilir. Aynı düzenleme İsviçre Medenî Kanununun 298. maddesinde de yer almaktadır.

[436] İngiliz hukukunda benzer bir dava için Bkz. Re J (A Minor) 1990 2 AC 562.

[437] Nygh Peter, **The International Child Abduction of Children**, Children on The Move- How to Implement Their Right to Family Life, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, Hague, s.33.

[438] Linda Silberman, Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis, **Family Law Quarterly** Vol 28, 1994 , s.20.

[439] Bkz. TMK. md.335/2f ve 419/3fıkra hükümleri.

2. Koruma Hakkının Adlî veya İdari Makam Kararından Doğması

Sözleşmenin 3. maddesinin son fıkrasında, koruma hakkının kanunî bir yetki yanında, adlî veya idarî bir karardan da doğabileceği kabul edilmiştir. Fıkra hükmünde yer alan "karar" kavramından hangi mahkemelerin kastedildiği açık değildir. Bu noktada çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yerdeki adlî veya idarî makamlarca verilen kararların dikkate alınması gerektiğini belirtmek gerekir.

Sözleşme tasarısında önceleri hukuken geçerli bir koruma hakkından bahsedebilmek için bu hususun bir mahkeme kararına dayanması yeterli görülmüştü[440]. Bu mahkeme her hangi bir adlî veya idarî mercii olabilmekteydi. Ancak tasarıdaki bu hüküm Kasım 1979'da geri çekilerek[441] yerini bugünkü düzenlemeye bırakmıştır. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 14. madde hükmü[442] uyarınca, yabancı ülke mahkemelerinden sadır olan koruma hakkına ilişkin bir ilâm, çocuğun mutad meskeni makamlarınca tanınmadıkça[443], diğer âkit devletlerde bu yabancı ilâma hukukî geçerlilik tanınmayacaktır. Bu düzenlemenin kabul edilmesindeki maksat, sözleşmenin basit yapısını koruyarak onu bloke edecek, çıkmaza sokacak veya çelişkilere sebebiyet verecek başvurulardan soyutlamaktır. Keza Sözleşmenin esas gayesi de, çocuğun mevcut statükosunun korunarak bir an önce eski mutad meskeni devletine iade edilmesidir. Nitekim çocuğun üstün menfaati de bunu gerektirmektedir[444].

Şu halde 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi kapsamında koruma hakkına ilişkin yabancı bir kararın, iadenin talep edildiği âkit devlette, -tanıma ve tenfiz prosedürü öngörülmeksizin- doğrudan dikkate alınabilmesi için bu kararın öncelikle çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden evvelki mutad meskeni devleti yetkili makamlarınca tanınmış olması gerekir. Buna karşılık, çocuk üzerindeki koruma hakkının iade davasında kabul görebilmesi için, koruma hakkına dair yabancı kararın müstakilen tanınması veya tenfiz edilmesi şart değildir. İade

---

[440] Taslak metin madde 1(b).
[441] Özel Komisyon Raporu s. 191.
[442] "Talepte bulunulan Devletin adlî veya idarî makamı, 3. madde çerçevesinde kanuna aykırı bir yer değiştirme veya geri dönmeme halinin mevcudiyetini belirlemek amacıyla, çocuğun mutat meskeni devletindeki hukuku ve tanınmış veya tanınmamış kararları, bu hukukun kanıtını veya ayrıca uygulanabilir yabancı kararların tanınmasına ilişkin belirli usulleri doğrudan doğruya gözönünde bulundurabilir"
[443] Bu konu hakkında Bkz. Çocukların velâyetine ilişkin kararların tanınması ve tenfizi ile çocukların velâyetinin yeniden tesisine ilişkin Avrupa sözleşmesi hükümleri. Tanımanın reddedileceği haller için bkz madde 9. ve 10.
[444] Lawrence H. Stotter, The Light at The End of The Tunnel: The Hague Convention on International Child Abduction Has Reached Capitol Hill, **Hastings International and Comparative Law Review**, Vol 9, Year 1985-1986, s. 294.

davasına bakan mahkeme, koruma hakkına ilişkin yabancı kararı doğrudan dikkate alıp, davacının koruma hakkına sahip olduğunu tespit ederek, iade kararı verecektir.

İade davasına konu olan bir olayda, boşanma ilâmında çocuklarının velâyeti kendisine bırakılan anne, çocukları ile birlikte Türkiye'ye ziyarete gelmiştir. İki haftalığına babalarının yanında kalan çocuklar, süre bitiminde babaları tarafından alıkonmuştur. Bu gelişme üzerine koruma hakkına sahip annenin, Türkiye'de açtığı iade davasında, Mersin 2. Aile mahkemesi[445] müşterek çocukların velâyetinin halihazırda annelerinde bulunduğu gerekçesiyle, çocukların mutad meskenlerinin bulunduğu Finlandiya'ya iade edilmesine hükmetmiştir[446]. Mahkeme, iadeye hükmederken, yabancı kararı tanıma prosedürüne tabi tutmadan, mahkeme kararından doğan koruma hakkını esas almıştır. Keza bir başka davada da, iade davasına bakan Türk mahkemesi[447], Alman mahkemesince anneye bırakılan velâyet hakkının (koruma hakkının), çocukların Türkiye'de alıkonulması ile ihlâl edildiğini tespit ederek, çocukların mutad meskenlerinin bulunduğu Almanya'ya iadesine hükmetmiştir.

3. Koruma Hakkının, Taraflar Arasındaki Anlaşmadan Doğması

Sözleşmenin 3. maddesinin 2. fıkrasında, koruma hakkının özellikle, kanunî bir yetkiden, adlî veya idarî bir karardan veya çocuğun mutad meskeni devletinin kanununa göre hukuken bağlayıcılığı[448] olan bir anlaşmadan doğabileceği belirtilmiştir[449]. Tarafların anlaşmasından doğan koruma hakkının, çocuğun mutad meskeni hukukuna göre hukuken bağlayıcı olabilmesi için bu anlaşmanın, aynı zamanda o yerdeki yetkili makamlarca icra edilebilir nitelikte olması gerekir[450].

---

[445] Mersin 2. Aile Mahkemesinin 18.05.2004 tarih ve E.2004/189 K.2004/703 sayılı kararı yayınlanmamıştır. Bkz. İlknur Altuntaş, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Ankara, 2006, s.95.

[446] İlknur Altuntaş, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Ankara, 2006, s.95'den naklen.

[447] Trabzon 3. Asliye Mahkemesinin 11.03.2004 tarih ve E.2003/470 K.2004/126 sayılı kararı için bkz. İlknur Altuntaş, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Ankara, 2006, s.95.(Naklen)

[448] ABD mahkemeleri, hukukî bağlayıcılığı oldukça geniş yorumlamaktadır. Çocuğun mutad meskeni mahkemesinde görülen velâyet davasında yapılan ikrardan veya mahkemeye ibraz edilen delillerden böyle bir anlaşmanın yapıldığı anlaşılıyorsa buna geçerlilik tanınmaktadır. Bkz. Merle H. Weiner, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, **Fordham Law Review**, Vol 69,2000,s.640, dn 241.

[449] Hukukî bağlayıcılığı olan ve geçerli bir anlaşmadan doğan antlaşmanın, madde metnine eklenmesi on dördüncü oturumda kararlaştırılmıştır. Bkz. Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor 70. paragraf s. 447.

[450] Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor 70. paragraf s. 447.

Komisyon üyeleri sözleşmeyi kaleme alırken eşlerin, çocuğun velâyeti hakkında anlaşabileceklerini öngörmüş ve bunu sözleşme kapsamına almışlardır. Ancak bu konuda çıkacak potansiyel ihtilâfları önleyebilmek amacıyla metne "çocuğun mutad meskeni devletinin kanununa göre yürürlükte olan bir anlaşmadan doğan" terimini eklenmiştir[451]. Yani eşlerin koruma hakkına ilişkin yaptıkları anlaşmanın geçerli olabilmesi, bunun aynı zamanda çocuğun mutad meskeni devletinin kanunlarına göre de hukuken geçerli kabul edilmesine bağlıdır. Bu sebeple eşler arasındaki koruma hakkına yönelik her anlaşma sözleşme kapsamına dahil edilmiştir.

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[452]. Bu hukukların birbirlerine karşı üstünlükleri veya öncelikleri yoktur[453]. Keza yapılan anlaşmanın her iki hukuka göre de bağlayıcı olması gerekmez. Madde metninde yer verilen "hukuken bağlayacılık"dan kasıt bu türden bir anlaşmanın, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin maddî hukuk kuralları veya kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği yetkili hukuk uyarınca yasaklanmamış olmasıdır. Keza "hukukî bağlayacılık"tan, sözleşme tarafının, bu yer hukuklarınca anlaşmadan doğan hakkını o yerdeki yetkili merciiler nezdinde ileri sürerek hukuken icrasını sağlayabilecek olması da anlaşılmaktadır[454]. Bu husus tespit edilirken olayın özellikleri, mahkemece dikkate alınmalıdır. Zira Sözleşmeye göre böyle bir anlaşmanın tanıdığı koruma hakkının çocuk üzerinde bilfiil kullanılıyor olması gerekir. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi, taraflar arasında yapılan anlaşmanın sadece çocuk üzerindeki koruma hakkına ilişkin olan kısmıyla ilgilenmektedir[455]. Yoksa eşler arasındaki anlaşmanın tümüyle icrasını öngören bir tenfiz sözleşmesi niteliğinde değildir.

Fransız Medenî Kanununun 376. maddesine göre velâyet hakkı mahkeme kararı olmaksızın eşlerin anlaşmasıyla değiştirilemezken, 287. madde uyarınca eşler anlaşarak çocuğun

---

[451] Komisyon Raporu s. 192.

[452] Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor 70. paragraf s. 447. ; Herring Lynda, " Taking Away the Pawns: International Parental Abduction and the Hague Convention", **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation,** 1994-1995 , Volume 20. s.159.

[453] Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor 70. paragraf s. 447.

[454] Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor 70. paragraf s. 447.

[455] Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor 70. paragraf s. 447. ; Lynda Herring, " Taking Away the Pawns: International Parental Abduction and the Hague Convention", **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation,** 1994-1995 , Volume 20. s.159.

yararına olmak koşuluyla, çocuğun mutad meskenini belirleme hakkına sahiptir[456]. Bu yetki, sözleşme kapsamında çocuğun yerinin haksız olarak değiştirildiği hallerde hüküm doğuracak ve mutad meskeni hukukuna göre koruma hakkının var olup olmadığı araştırılacaktır.

Koruma hakkına ilişkin anlaşmalar genellikle boşanma davasından hemen önce yapılmaktadır. Bu nedenle yapılan anlaşmaların koruma hakkını içerip içermediği bazen tartışma yaratabilmektedir. Şöyle ki, eşlerin imzaladığı metinde açıkça koruma hakkından bahsedilmemekle birlikte çocuğun bakım ve sorumluluğuna ilişkin hükümler bulunabilir. Böyle bir anlaşmanın eşlerden birine geçerli bir koruma hakkı tanıyıp tanımadığı çocuğun mutad meskeni hukukuna veya bu hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği yetkili olan hukuka göre belirlenecektir. Söz gelimi Bordera davasında İspanyol vatandaşı eşler 1983 yılında evlenmişler ve Mayıs 1991'e kadar birlikte yaşamışlardır. Şubat 1992 yılında ayrılmaya karar vermişler ve beş yaşındaki çocuklarını da dikkate alan bir ayrılık protokolü hazırlamışlardır. İspanyol avukatlar bu sözleşmenin İspanyol hukukuna göre geçerli olduğunu ileri sürerek annenin, babanın rızasını almaksızın çocuğu yurt dışına çıkartmasını hukuka aykırı bularak çocuğun iadesini talep etmişlerdir. Tarafların yapmış oldukları protokolde sadece babaya kişisel ilişkide bulunma hakkı tanınmakla kalmayıp aynı zamanda çocuğu gözetme hakkı da verilmişti. Hatta çocuğun İspanya'da mı yoksa İbiza'da mı yerleşeceği hususu protokole göre baba tarafından belirlenecekti. Mahkeme yaptığı yorumla, protokolde her ne kadar koruma hakkına ilişkin bir ibare bulunmasa da gerek babanın çocuğun nerede yaşayacağına karar vermesi, gerek çocuğun gözetimini üstlenmesi bakımından "patria potestas" olarak babanın koruma hakkına sahip bulunduğunu kabul etmiştir. Bu görüşten hareket ederek annenin, çocuğu mutad meskeninden uzaklaştırmasını hukuka aykırı bulmuş ve iadesine hükmetmiştir[457].

Şu halde eşler bu hususta bir protokol kaleme alırken çok dikkatli davranmalıdır. Taraflar arasındaki anlaşmanın sağlam bir hukuki zemine dayandırılması açısından hukuk eğitimi almış uzman bir kişiye (avukata) yaptırılması kanaatimizce yerinde olacaktır. Çünkü koruma hakkına yönelik taraflarca yapılan anlaşmanın geçersiz olduğu hallerde, mahkemece koruma hakkına ilişkin ihtilâfın karara bağlanmasına dek, yasal olarak velâyet hakkı kimin üzerindeyse o kişi sanki böyle bir anlaşma hiç yapılmamış gibi koruma hakkını kullanmaya devam edecektir.

[456] Rev. Crit. 1997 s. 746.
[457] İspanyol Mahkeme Kararları 1995 s. 1176. Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 58.

Çoğu zaman eşler koruma hakkını birlikte kullanmak istemekle birlikte, anne babanın evli olmadığı veya çiftler arasındaki evliliğin hukuken geçerli olmadığı hallerde[458] problemler ortaya çıkmaktadır. Örneğin Re. B. davasında[459] anne, Avustralya hukukuna göre tek başına koruma hakkına sahiptir. Baba, çocuğun bakım ve gözetimi ile ilgili olarak hiç bir zaman etkin bir rol üstlenmemiştir. Nisan 1992'de anne, İngiltere'ye gitmek üzere Avustralya'yı terk etmiştir. 1993'te baba mahkemeden, oğlunu sadece hafta sonları görebilmesine imkan tanıyan bir karar elde etmiştir. Baba, Şubat 1993'ten Ağustos 1993'e kadar her hafta sonu oğluyla görüşmüş ve ilgilenmiştir. 1993'ün yazında çocuğun velâyetini "de facto" olarak üstlenen anneanne, babasına danışarak torununu İngiltere'ye tatil için götürebilmesinin mümkün olup olmadığını sormuştur. Baba, en fazla altı ay sürebilecek bir tatil için izin verebileceğini belirtmiş ve oğlunun belirtilen süre ile sınırlı kalmak üzere yurt dışına götürülmesini kabul etmiştir. Baba, bu düşüncesine uygun olarak avukatına bir izin belgesi hazırlatmıştır. Belgede eşlerin çocukla kişisel ilişkide bulunma hakkına sahip oldukları, ancak babanın tek başına velâyet sorumluluğuna sahip olduğu belirtilmiştir. Belge, çocuğunu yanına alıp İngiltere'ye götürmek isteyen anne tarafından imzalanmış, ancak ortaya çıkan teknik problemler nedeniyle mahkemeye tasdik için ibrazı, çocuğun İngiltere'ye varmasından sonraya kalmıştır. 1975 tarihli Avustralya Aile Mahkemesi Kanununa göre[460],velâyet hakkına yönelik eşlerce üzerinde anlaşmaya varılmış bir sözleşmenin hukuken geçerli ve icra edilebilir olabilmesi için, bu sözleşmenin mahkeme tarafından tasdik edilmiş olması gerekir. Söz konusu olayda çocuğun, İngiltere'ye götürüldüğü tarih itibariyle, baba yapılan anlaşmaya binaen tek başına "koruma hakkına" sahip bulunmamaktadır. İlk derece mahkemesine göre çocuğun İngiltere'ye götürülmesi hukuka aykırıdır. Zira mahkemeye göre, babanın sözleşmedeki iradesi, çocuğun anne ve anneannesinin hilesiyle elde edildiğinden geçersizdir. Temyiz mahkemesi ise ilk derece mahkemesinden farklı olarak, babanın,çocuğun yurtdışına çıkartıldığı tarihte Avustralya hukukuna göre geçerli bir koruma hakkına sahip olmadığını dile getirerek, iddiasını reddetmiş ve çocuğun Avustralya'ya iade edilmemesine hükmetmiştir. Temyiz Mahkemesinde, tarafların sözleşmedeki iradelerinin de önemli olduğu vurgulanarak bu iradeye salt resmî bir işlemin tamamlanmaması nedeniyle geçerlilik tanınmamasının tarafların iradesine gölge düşüreceği savunulmuştur. Ancak bu iddia yerinde

[458] Türk hukukundaki evliliğin mutlak butlanla batıl olduğu haller yazılacak.Örneğin geçerli bir irade beyanının olmaması, temsilci yoluyla iradenin açıklanmış olması veya resmi memur huzurunda olmaksızın yapılan evlenmeler bu duruma örnek olarak gösterilebilir.
[459] İngiliz Temyiz Mahkemesi Kararları, Aile Hukuku Dizini 1994 Cilt 2. s. 249.(FLR 1994 /2 - 249)
[460] Family Court Act s. 41 (1/2) ve s.42 (3-6).

görülmemiştir. Zira Avustralya hukukunda mahkemenin tasdiki açıklayıcı unsur olmayıp kurucu unsur niteliğindedir[461]. Kanaatimizce, Temyiz mahkemesinin kararı yerindedir. Çünkü koruma hakkına ilişkin taraflar arasındaki anlaşmanın çocuğun mutad meskeni hukukuna göre geçerli bir anlaşma olması gerekir.

Bununla birlikte, Sözleşmenin 3. maddesinde açıkça çocuğun haksız olarak alıkonduğu tarihte, koruma hakkına sahip olunması gerektiği belirtilmiştir. Böylelikle hangi tarihteki koruma hakkının dikkate alınacağı meselesi tartışmalardan uzak tutulmuştur. Sözleşmenin bu hükmüne mutlak surette riayet edilmelidir.

Türk hukukunda, boşanan eşler velâyet sorumluluğuna yönelik bir anlaşma yapabilirler. Ancak çocuğun velâyetine yönelik bu anlaşmanın veya protokolün hâkim tarafından kabul uygun görülerek tasdik edilmesi gerekir. Hâkim tarafların yaptığı anlaşma ile bağlı değildir. Tarafların anlaşmasının aksine karar verebilir[462]. Hâkim, çocukların eşlerden hangisine bırakılacağına karar verirken çok dikkatli davranmalı, bu hususta çocukların cinsiyetini, yaşını, huyunu, ana ve babanın karakterlerini, yaşama biçimlerini, sağlık durumlarını, sosyal konumlarını ve yaşayacakları çevreyi daima göz önünde bulundurmalı ve tercih hakkını çocuğun menfaatlerini en iyi gözetecek taraf lehine kullanmalıdır[463]. Boşanma, akıl hastalığı, küçük düşürücü bir suçtan dolayı mahkumiyet veya haysiyetsiz hayat sürme sebeplerinden biriyle vaki olmuşsa, çocuğun bu hallerde akıl hastası veya suçlu olan tarafa şartlar zorunlu olarak bunu gerektirmedikçe bırakılmaması lazımdır[464]. Her halde, yeni doğmuş bir çocuğun annesinden alınarak babasının velâyetine bırakılması söz konusu olmamalıdır[465].

Gerek doktrinde[466] gerek Yargıtay içtihatlarında[467]da belirtildiği üzere, hâkim, velâyeti boşanan eşlerden hangisine bırakacağını belirlerken sadece çocuğun menfaatini göz önünde

---

[461] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 59-60.
[462] HGK. 12.6.1963, 2-365/50.
[463] Turgut Akıntürk, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, 7. Bası, İstanbul 2002, s.303.
[464] Veldet Velidedeoğlu, Türk Medenî Hukuku, Cilt II Aile Hukuku, 5.Bası, İstanbul 1965, s.267.
[465] Turgut Akıntürk, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, 7. Bası, İstanbul 2002, s.304.
[466] Selâhattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku 7. Bası ,İstanbul 1990, s.273; Veldet Velidedeoğlu, Türk Medenî Hukuku, Cilt II Aile Hukuku, 5.Bası, İstanbul 1965 s.267.; Andreas Schwarz , Aile Hukuku 2.Bası, İstanbul 1946 (Çev. Bülent Davran) s.177.; Hüseyin Cahit Oğuzoğlu, Medenî Hukuk, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 1963, s.134. Feyzi Feyzioğlu, Aile Hukuku, 3. Bası,İstanbul 1986 s.134.; Bülent Köprülü / Selim Kaneti, Aile Hukuku 2. Bası, İstanbul 1989 s.198.; Aydın Zevkliler / Beşir Acabey/ Emre Gökyayla, Medenî Hukuk, 5. Bası, Ankara 1997, s.853 ; Hüseyin Hatemi /Rona Serozan, Aile Hukuku, İstanbul, 1993 s.248; Turgut Akıntürk, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, 7. Bası, İstanbul 2002, s.302.
[467] HGK. 18.10.1969 2-786/771 (Yazıcı Hilmi- Atasoy Hasan, Şahsın, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı 1952-1970, Ankara, 1970 s.394); HGK. 13.1.1968, 2-1201/20 (Yazıcı Hilmi- Atasoy Hasan, s.396); HGK. 12.6.1963, 2-36/50 (Yazıcı Hilmi- Atasoy Hasan s.397), 2.HD. 4.6.1985, 3296/5461, YKD. 1986 Sayı 4, s.502.

bulundurmalıdır. Bu sebeple hâkim, gerek eşlerin yaptığı anlaşmayı göz önüne alırken gerek velâyete hükmederken çocuğun en üst derecede menfaatini gözeterek, onun için en ideal olan kişiye velâyeti tevdi etmelidir. Bu itibarla, çocuğun menfaati gerektiriyorsa, velâyet sorumluluğu, malî durumu daha bozuk olan hatta boşanmada kusurlu olan tarafa dahi bırakılabilir. Nitekim 2. Hukuk Dairesi 6.3.1962 tarih ve 646/1497 sayılı kararında, davalı annenin zinası sabit olduğu hâlde babanın içinde bulunduğu kötü durumu ve çocukların yaşlarını göz önünde bulundurarak velâyetin anneye tevdi edilmesini uygun bulmuştur[468]. Aynı dairenin bir başka kararında ise davacı annenin geçmişte genelevde çalışıyor olmasının onu kötü bir anne olduğunu göstermeye yetmeyeceğine değinerek, annenin çocuğu bu yaşantının dışında tutuyor olması ve çocukla kurduğu ilişkinin, çocuğun yararına olması sebebiyle velâyeti, anneye tevdi etmiştir[469].

4. Koruma Hakkına İlişkin Geçici Mahiyetteki Kararlar

Sözleşme Madde 3(2)'de belirtildiği üzere koruma hakkı kanunî bir yetkiden, adlî veya idarî bir karardan veya çocuğun mutad meskeni devletinin kanununa göre yürürlükte bulunan bir anlaşmadan doğabilir. Acaba koruma hakkına yönelik geçici nitelikteki kararlar 1980 tarihli La Haye sözleşmesi kapsamında değerlendirilebilecek midir?

Kural olarak aksi öngörülmedikçe bu tarz kararlar sözleşme kapsamına girmemektedir. Re. F. davasında[470] anne, Colorado mahkemesinden oğlunun velâyeti için talepte bulunmuş ve kendi lehine geçici mahiyette nizasız yargılama sonucu verilen bir karar elde etmiştir. Kararda babanın ortak yaşadıkları evi terk etmesi gerektiği de hükme bağlanmıştır. Bir kaç hafta sonra anne bu karara binaen çocuğunu yanına alarak İngiltere'ye gider. İngiliz mahkemesinde açılan iade davasında mahkeme, babanın çocuğu üzerindeki koruma hakkının devam ettiğini belirterek,

---

[468] Selâhattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku 7. Bası ,İstanbul 1990 s.274'den naklen.

[469] 2. HD. 5.7.1995, 6964/7868 sayılı karar yayınlanmamıştır. (Turgut Akıntürk, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, 7. Bası, İstanbul 2002, s.302'den naklen.)

[470] İngiliz Yargıtay Kararları Aile Hukuku Dizini (FLR) 1995 s. 224. (Law Reports Family Division) Dava konusu olayda Amerikan vatandaşı baba, İngiliz vatandaşı anne ile Amerika'da evlenir. Babanın evlilik süresince aile içi şiddet göstermesi ve çocuğuna karşı kötü davranması nedeniyle anne Colorado mahkemesine başvurmuş ve mahkeme babanın evi terk etmesine,çocuğun gözetimini de anne tarafından üstlenilmesine hükmetmiştir. Çocukların yargılama yeri dışına çıkartılamayacağına yönelik hiçbir karar verilmemiştir. Babanın evi terk etmesinden kısa bir süre sonra anne çocuğunu da yanına alarak İngiltere'ye gelmiştir. Anne İngiltere'de boşanma davası açarken, baba da çocuk kaçırmalarına ilişkin Avrupa Sözleşmesinin 3.maddesine dayanarak çocuğunun iadesini temin için dava ikame etmiştir. Mahkeme yaptığı yargılâma neticesinde, baba ile annenin henüz resmi olarak boşanmamalarından ötürü çocukları üzerindeki müşterek velâyetin devam ettiğini belirterek çocuğun İngiltere'ye getirilmesini haksız bulmuş ve iadesine hükmetmiştir.

geçici nitelikteki kararlara binaen çocuğun yerinin değiştirilerek İngiltere'ye getirilmesinin hukuka aykırı olduğunu ve bunun da çocuğun iadesini gerektirdiğini hükme bağlamıştır. İngiliz mahkemesi çocuklar üzerinde geçerli bir koruma hakkının tesisi için bu kararın en azından kesinleşmiş olmasını aramaktadır, ara karar niteliğindeki geçici kararları iade taleplerinde dikkate almamaktadır. Ancak İngiliz mahkemesinin aksi yönde kararları da mevcuttur. B. v. B. davasına[471] konu olan ihtilâfta 1977 yılında İngiltere'de evlenen bir çift 1981'de Ontario eyaletine göç ederek Kanada vatandaşlığını kazanır. 1985 yılında bu evlilikten bir çocukları doğar. Bunun yanında eşinin haberi olmaksızın kocanın, bir başka kadından da çocuğu vardır. Koca diğer kadınla yaşamını sürdürmek niyetiyle evi terk eder. Bunun üzerine karısı, çocuğuyla birlikte, İngiltere'ye ailesinin yanına döner. Bir müddet sonra karısı Kanada'ya geri döner ve burada kocasına karşı 1991 yılında boşanma davası açar. Mahkeme, anneye geçici olarak çocuğun velâyetini verir. Kararın verildiği ertesi gün anne çocuğunu yanına alarak İngiltere'ye ailesinin yanına geri döner. Bunun üzerine baba, çocuğun iadesi için dava açar; ancak, İngiliz mahkemesi çocuğun Kanada'ya iadesine yönelik talebi reddeder. Mahkeme, iade davasının açıldığı an itibariyle babanın koruma hakkına sahip olmadığını ve de bu durumun sözleşmenin 3.maddesini ihlâl etmediğini, ayrıca bugün için çocuğun Kanada'ya iade edilmesinin, çocuğu hem maddî imkansızlıklar hem de barınma koşulları açısından elverişsiz bir ortama geri göndermek[472] anlamına geleceğini ileri sürerek iade talebini geri çevirmiştir.

Kanaatimizce bir önlem olarak mahkemelerin bu gibi geçici kararların varlığı halinde doğrudan iadeye hükmetmek yerine, koruma hakkına ilişkin ihtilâfın kesinleşmesini bekleyip çocuğun iade edilip edilmemesine ondan sonra karar vermeleri daha yerinde olacaktır.

Türk hukukunda, TMK. madde 169 gereği boşanma ve ayrılık davası görülmeye devam ederken, hâkim çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici tedbirleri re'sen almak zorundadır. Bu nedenle dava sırasında hâkim, çocukların hangi eşin yanında kalacağını ve şahsî münasebetlerin ne şekilde devam edeceğini tedbir kararı ile tayin edecektir. Ancak hemen belirtelim ki; velâyetin nez'ini (kaldırılmasını) gerektiren bir sebep bulunmadıkça veya velâyetin kaldırılması kararı verilmiş olmadıkça, boşanma davası görülürken, çocukların eşlerden birinin yanına verilmesi diğerinin velâyet sorumluluğuna tesir etmeyecektir[473]. Hâkim, çocukların bakım

[471] İngiliz Yargıtay Kararları Aile Hukuku Dizini 1993 s. 32.
[472] Mahkeme, bu gerekçesini sözleşmenin 13. maddesinin (b) fıkrasına dayandırmıştır. (Bkz MacMillan v. MacMillan 1989 SLT 350-351.
[473] Oğuzman Kemal / Dural Mustafa, Aile Hukuku,İstanbul, 1994, s.136; Turgut Akıntürk, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, 7. Bası, İstanbul 2002, s.277.

ve korunmasına ilişkin geçici tedbirleri çocuğun menfaatini gözeterek alacaktır. Söz gelimi, boşanma ve ayrılık davası devam ederken, Türk hâkimi geçici tedbir olarak çocukların anneleri ile birlikte kalmasına hükmedebilir. Baba, geçici tedbir kararına aykırı olarak çocukları ülke dışına çıkartır ise, eşlerin birlikte sahip oldukları velâyet sorumluluğu ihlal edilmiş olacağından anne, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi uyarınca çocukların iadesini talep edebilecektir.

Diğer taraftan Türk hukuku bakımından velâyete ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilmezler. Velâyet davaları bu yönüyle diğer mahkeme kararlarından ayrılmaktadır. HUMK madde 433'teki genel kural gereği temyiz, kararın icrasını durdurmazken aile hukukuna ilişkin kararlarda bir istisna öngörülmüştür. Aile hukukuna ilişkin kararların, ancak kesinleşmelerinden sonra yerine getirileceği düzenlenmiştir. Türk hukukunda çocuğun velâyetine ilişkin bir kararın icra edilebilmesi için mutlak surette kesinleşmesi gerekir. Şu halde velâyet sorumluluğuna ilişkin Türk mahkemelerince verilen bir karar kesinleşmedikçe yerine getirilmeyecektir. Buna göre Türk mahkemelerince verilen ve koruma hakkına ilişkin henüz kesinleşmemiş olan bir karara dayanılarak çocuğun iadesi talep edilemez.

5. Koruma Hakkına İlişkin Sonradan Verilen Kararlar

Genellikle çocuğun haksız olarak yerinin değiştirildiğini veya kaçırıldığını öğrenen kişi, yerel mahkemenin velâyete yönelik nihaî kararını beklemeksizin, derhal iade prosedürüne başlanması için girişimlerde bulunmaktadır[474]. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi, velâyet sorumluluğunu düzenlememektedir. Bu hakkın kime ait olduğunun tahlilini en iyi şekilde çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmezden evvel mutad meskeninin bulunduğu devletin yetkili mahkeme veya makamlarınca yapılacağına inanılmaktadır. Bu şekilde velâyet sorumluluğunu elde etmeye yönelik hileli davranışların da önü kesilmektedir. Sözleşmenin 3. maddesinin 1. bendinde aranan koruma hakkının fiilen, çocuğun yerinin değiştirilmesi veya alıkonması anında tek başına veya müştereken kullanılıyor olması veya bu olaylar meydana gelmese idi kullanılıyor olacak olması gerekir. Bu nedenle sözleşme çocuğun alıkonduğu veya kaçırıldığı zamanki mevcut olan koruma hakkını dikkate almaktadır[475]. Bu tarihten sonra elde edilecek koruma hakkına yönelik bir karar, kural olarak, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin

[474] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 52.
[475] Merle H. Weiner, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, Vol 69,2000,s.633-634.

kapsamı dışındadır[476]. Ancak bunun iki istisnası öngörülmüştür. Sözleşmenin 16. madde hükmünün öngördüğü istisna uyarınca koruma hakkının esasına ilişkin karar verebilmek için, çocuğun kanuna aykırı olarak yerinin değiştirildiği veya alıkonduğundan haberdar edilmelerini müteakip, çocuğun götürüldüğü veya alıkonulduğu âkit devletin adlî veya idarî makamlarınca, çocuğun iadesi konusunda sözleşmedeki şartların yerine gelmediğinin tespit edilmiş olması gerekir. İkinci istisnanın gerçekleşebilmesi için ise, iade talebinin, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi kapsamında öngörülmüş olan makul sürenin dolmasından sonra iletilmiş olması gerekir. Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Kanun Tasarısının 12. maddesi, açıkça koruma hakkının esasına ilişkin bir kararın ancak çocuğun iade talebi reddedildikten sonra verilebileceğini düzenlemiştir. Keza, iade davası devam ederken, velâyet davasının açıldığı hallerde, velâyete ilişkin davanın bekletilmesi gerektiği de hükme bağlanmıştır[477].

Madde hükmünün bu şekilde düzenlenmesinin iki nedeni vardır. Bunlardan ilki koruma hakkının esası hakkında en iyi tahlilin çocuğun mutad meskeni mahkemelerince yapılacağına duyulan inançtır. Diğer sebep ise âkit devletlerde geçerli olan farklı usul prensiplerinin uygulamada yaratacağı çeşitliliği ortadan kaldırmaktır. Söz gelimi usul hukukuda "forum non conveniens" prensibinin hâkim olduğu bir âkit devlet koruma hakkının esası hakkında çocuğun mutad meskeni devleti lehine yargılama hakkından feragat edebilecekken; bu prensibin geçerli olmadığı başka bir âkit devlet ise koruma hakkının esası hakkında karar verilebilecektir. Bu farklılığı ortadan kaldırabilmek adına 16. madde hükmü düzenlenmiştir[478].

Çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden sonra elde edilen koruma hakkının esasına ilişkin bir kararın 1980 tarihli La Haye sözleşmesi kapsamında hüküm ifade edebilmesi, ancak iki istisnaî halde söz konusu olabilmektedir. Bu iki durumu detaylı olarak inceleyelim:

---

[476] Anton A.E. , The Hague Convention on International Child Abduction, International Comparative Law Quarterly, 1981s. 546. Aynı yönde Nygh Peter, **The International Child Abduction of Children**, Children on The Move-How to Implement Their Right to Family Life, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, Hague, s.32-33.

[477] Bkz. Tasarının 14. madde hükmü.

[478] Rhona Schuz, The Hague Child Abduction Convention: Family Law And Private International Law,International And Comparative Law Quarterly,Vol 44,1995,s.782-783.

a. Koruma Hakkının Esasına İlişkin Kararın, Sözleşmenin Aradığı Şartların Gerçekleşmediğinin Tespitinden Sonra Verilecek Olması

Sözleşme kapsamında çocuğun iade talebi, çocuğun halihazırda bulunduğu âkit devletin adlî ve idarî makamları tarafından reddedildiği hallerde, velâyet sorumluluğuna veya koruma hakkının esasına ilişkin yeni bir karar alınabilecektir. Sözleşme hükümlerine göre çocuğun iadesine yönelik talebin geri çevrilebileceği haller, ileride daha detaylı açıklanacak olan altı başlık altında toplanabilir. Sırasıyla; aa) Çocuğun iadesine yönelik talebin, çocuğun onaltı yaşından gün almasından sonra ileri sürülmüş olması (md. 4) bb) Çocuğun bakımını üstlenmiş bulunan kişi, kurum veya örgütün, yer değiştirme veya alıkoyma sırasında koruma hakkını etkin şekilde yerine getirmiyor olması veya yer değiştirmeye veya alıkoymaya izin veya icazet vermiş olması (Md. 13/a) cc) İadenin, çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacak olması veya başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşürecek ve bu yönde ciddi bir riskin bulunduğunun tespit edilmiş olması (md. 13/b) dd) Çocuğun iadesinin, talepte bulunulan devletin insan hakları ve temel hürriyetlerinin korunmasına ilişkin kabul ettiği ilkeler ile bağdaşmıyor olması (md. 20) ee) Görüşünün gözönünde bulundurulmasının uygun olduğu yaş ve olgunluğa sahip çocuğun iade talebine bizzat kendisinin karşı çıkması (Md. 13/4f) ff) Çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden veya haksız olarak alıkonmasından itibaren bir yıldan fazla süre geçmiş olmakla birlikte bu süre içerisinde çocuğun yeni çevresine uyum sağlamış olması (md. 12) hallerinden birinin varlığı söz konusu ise çocuğun iadesi reddedilebilecektir. Bu altı halden birinin veya birkaçının varlığına istinaden iade talebi reddedilmiş ise, artık iade talebinde bulunulan devletten veya başka bir âkit devletteki yetkili adlî veya idarî mercilerden koruma hakkının esasına ilişkin yeni bir karar alınabilir. İade talebinde bulunulan devlet, çocuğu iade etmemekle bir nevî koruma hakkına ilişkin olarak önceden verilen kararı tanımamış olmaktadır. Bu nedenle çocuk üzerindeki koruma hakkının boşlukta kalmaması için sonradan yeni bir kararının alınabileceği Sözleşme ile güvence altına alınmıştır. Ancak tekrar belirtelim ki, çocuğun, hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesi sebebiyle yapılan iade başvurusundan hemen sonra alınan bir velâyet kararı iade talebi bakımından hiçbir etki doğurmayacaktır[479].

[479] Bu husus Tasarının 13. maddesinde açıkça dile getirilmiştir. "Çocuğun iadesi için yapılan başvurudan sonra verilmiş bir velâyet kararı, bu Kanun hükümleri çerçevesinde çocuğun iadesine yönelik talebin reddi için gerekçe oluşturmaz."

b. Koruma Hakkının Esasına İlişkin Kararın, İade İçin Sözleşmede Öngörülen Makul Sürenin Dolmasından Sonra Verilecek Olması

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 16. madde hükmünde yer alan makul süreden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Sözleşmeye ilişkin Açıklayıcı Raporda bu sürenin, 12. madde hükmünde belirtilen bir yıllık süreden daha uzun olmaması gerektiği belirtilmiştir[480]. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 12. madde hükmü gereğince, çocuğun iadesi için adlî veya idarî makamlara yapılan başvurudan itibaren bir yıldan fazla bir zaman geçmiş ve de bu süre zarfında çocuk yeni çevresine intibak etmiş ise, iade talebinde bulunulan devletin yetkili mahkemelerinden koruma hakkının esasına veya velâyet sorumluluğuna yönelik yeni bir karar alınabilecektir.

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 16. madde hükmü yorumlanırken, 17. madde hükmünün de dikkate alınması gerekir[481]. İade talebinde bulunulan âkit devletin yetkili makamlarından koruma hakkının esasına ilişkin bir kararın verilmiş olması veya böyle bir kararın tanınabilir olması 1980 tarihli La Haye sözleşmesi madde 17 gereği çocuğun iadesinin reddini haklı kılmamaktadır. Bir başka ifade ile, iade talebinde bulunulan devlette koruma hakkına yönelik sonradan bir kararın verilmiş olması çocuğun iadesine engel değildir. Böyle bir kararın varlığına rağmen çocuk iade edilebilecektir. Ancak mahkeme iade davasında, koruma hakkına ilişkin kendi mercilerince verilen kararın alınmasına etki eden sebep ve gerekçeleri gözönünde tutup bunun değerlendirmesini yapabilecektir. İade talebinde bulunulan devlet mahkemesinin verdiği bir kararın kendi ülkesindeki başka bir mahkeme kararı ile çelişmesi halinde hangi karara öncelik tanınacağı madde içeriğinde düzenlenmiştir[482]. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 17. maddesindeki düzenleme uyarınca asıl olan çocuğun iadesine ilişkin davaya bakan mahkeme veya makamın kararıdır. Mahkeme, Sözleşmede öngörülen şartların gerçekleştiğini tespit ettiğinde, kendi ülke mahkemelerince sonradan verilmiş koruma hakkının esasına yönelik bir karar bulunsa bile çocuğun iadesine hükmedebilecektir[483].

---

[480] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor s. 464. paragraf 121.
[481] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor s. 464. paragraf 121.
[482] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor s. 464. paragraf 122.
[483] Bkz Adalet Bakanlığı'nca yayınlanan 01.01.2006 tarihli ve 65 nolu Genelgenin II. Bölüm (9) numaralı paragrafı s.7.

İade talebinde bulunulan âkit devlette, koruma hakkının esasasına ilişkin önceden alınmış bir karar bulunmakla birlikte bu karar yürürlüğe hiç konmamış veya sonradan alınmış bir karar olmasına rağmen bu karar hile ve desiselerle elde edilmiş ise, çocuk 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'de öngörülen şartların varlığı halinde iade edilebilecektir[484]. İade talebinde bulunulan devletin mercilerinden sadır fakat hiçbir zaman icrası talep edilmemiş olan koruma hakkının esasına ilişkin kararlar ile aşırı yetki kurallarına binaen sonradan elde edilen kararlara veya ilgili tarafların bilgisi dışında yürütülen yargılama sonucu verilen koruma hakkının esasına ilişkin kararlar dikkate alınmamalı ve çocuk iade edilmelidir[485].

Doktrinde, 16. madde hükmü yerinde bir düzenleme olarak kabul edilmekle birlikte, kimi zaman yetersiz kaldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden sonra koruma hakkı sahibi kişinin mutad meskenini bir başka âkit devlete taşıdığı hallerde; koruma hakkının esası hakkında karar verebilme bakımından çocuğun mutad meskeni mahkemelerinin yetkili kalmaya devam etmesinin sağlıklı bir düzenleme olmadığı gerekçe gösterilerek madde düzenlemesine eleştiri getirilmektedir[486]. Bu eleştirinin haklılığı vardır. Gerçektende; 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nde bir açıklık bulunmamakla birlikte, çocuğun mutad meskeni devletine iade edilmesi söz konusu ise de kimi hallerde koruma hakkı sahibinin bulunduğu üçüncü bir âkit devlete iadesi de mümkündür[487].

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 17.madde hükmü çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştirmeyi düşünen kişilerin bu cesaretlerini kırmaya yönelik önemli bir düzenlemedir.

Sözgelimi İskoç mahkemesinde görülen bir davada[488] Ontario Eyalet mahkemesinin verdiği tedbir kararını ihlâl eden anne çocukları ile birlikte ülke dışına çıkmıştır. Annenin, mahkeme kararına aykırı olan bu davranışı üzerine baba Ontario eyalet mahkemesinde velâyet davası açmış ve çocukların velâyetini kazanmıştır. Bu gelişme üzerine kadın çocuklarıyla birlikte eşine geri dönmüş ve yeniden aile hayatı yaşamaya başlamıştır. Bir süre sonra annenin evi tekrar terk etmesi üzerine baba çocukları yanına alarak önce Malta'ya oradan da İskoçya'ya geçmiştir. Anne, Ontario eyalet mahkemesinde çocukların iadesi için dava açmıştır. Ontario mahkemesi, babanın mevcut velâyet sorumluluğunu sona erdirmiş ve bu yetkiyi anneye

[484] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor s. 464. paragraf 123.
[485] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor s. 464. paragraf 123.
[486] Rhona Schuz, The Hague Child Abduction Convention: Family Law And Private International Law,International And Comparative Law Quarterly,Vol 44,1995,s.790.
[487] Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor s. 459 paragraf 110.
[488] Taylond v. Ford davası için Bkz. İskoç Mahkeme Kararları Dizini 1993 s. 654.

devretmiştir. Anne bu yetkiye dayanarak İskoç mahkemesinden çocukların kendisine iadesini talep etmiştir. İskoç mahkemesi babanın, çocukları ile İskoçya'ya geldiği tarih itibariyle 1980 tarihli La Haye sözleşmesi anlamında koruma hakkına sahip olduğunu ve de eşlerin sonradan biraraya gelmelerinin önceden mevcut olan koruma hakkını ortadan kaldırmaya yetmeyeceğine hükmederek, annenin iade talebini reddetmiştir.

6. Babanın, Evlilik Dışı Çocuğu Üzerindeki Koruma Hakkı

Koruma hakkına ilişkin problemli bir alan, özellikle evlilik dışı çocuğun öz babasının, söz konusu çocuğun koruma hakkına sahip olmak istediği hallerde ortaya çıkabilir[489]. Bu konudaki genel kural, evlilik dışı çocuğun koruma hakkının annenin üzerinde olacağıdır. Nitekim Türk Medenî Kanunun'da bu prensibi benimsemiştir. Madde 337 hükmü uyarınca evlilik dışı doğan çocuğun velâyeti anneye aittir. İstisnaî olarak anne küçük, kısıtlı veya ölmüş[490] ya da velâyet kendisinden alınmış ise, hâkim çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velâyeti babaya verir. Evlilik dışı bir çocuğun mutad meskeninin Türkiye'de bulunması halinde çocuk üzerindeki koruma hakkı, Türk kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince (md.19) nesebi düzenleyen hukuka göre tespit edilecektir. Evlilik dışı çocuk ile baba arasındaki kişisel ilişkilere ise MÖHUK md. 17 gereği babanın millî hukuku uygulanacaktır. Şu halde mutad meskeni Türkiye'de bulunan evlilik dışı çocuğun biyolojik babasının, çocuğu üzerinde koruma hakkına sahip olup olamayacağı babanın millî hukukuna göre belirlenecektir.

İnsan Hakları ve Temel Hürriyetleri Hakkında Avrupa Sözleşmesinin[491] 8./1f[492] ve 14. maddesi[493] birlikte ele alındığında; babanın evli olmamasından ötürü koruma hakkına sahip

---

[489] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 53.

[490] Velâyeti kendisine bırakılmış olan annenin ölmesi hâlinde, velâyetin kendiliğinden diğer tarafa geçip geçmeyeceği konusunda kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle bir halde TMK madde 183 hükmü uyarınca hâkim , olayın gerektirdiği önlemleri kendiliğinden veya talep üzerine alabilecektir. Ancak gerek doktrin gerek yargısal içtihatlar, velâyet sahibi kimsenin ölmesi hâlinde velâyetin kendiliğinden diğer tarafa geçmeyeceği,hâkimin uygun gördüğü takdirde velâyeti diğer tarafa verebileceği, uygun görmez ise çocuğa bir vasi atayabileceği görüşünde birleşmektedir. (Turgut Akıntürk, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, 7. Bası, İstanbul 2002, s.304'den naklen, 2.HD. 10.2.1995, 630/1636, YKD. 1995 Sayı 6. s.871.; 2.HD. 13.11.1987, 6706/8727 YKD. 1988 Sayı 2. s.176.)

[491] RG. 19.03.1954 - 8662.

[492] "Her şahıs, hususî ve ailevi hayatına, meskenine ve muhaberatına hürmet edilmesi hakkına maliktir." Bkz. Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, 1994, İstanbul, s.218.

[493] "İş bu sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlerden istifade keyfiyeti, bilhassa cins,ırk,renk,dil,din, siyasî veya diğer kanaatler, millî veya sosyal menşe, millî bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi diğer bir durum

olamayacağı iddiası bir ayrımcılık sebebi olarak değerlendirilebilir. Gerçi 1980 tarihli La Haye sözleşmesi, koruma hakkı bakımından evlilik içi evlilik dışı ayırımı yapmamaktadır. Sözleşme sadece çocuğun mutad meskeni hukukuna göre geçerli bir koruma hakkının bulunup bulunmadığıyla ilgilenmektedir.

İnsan Hakları ve Temel Hürriyetleri Hakkında Avrupa Sözleşmesinin 7 nolu protokolünde[494] eşler, gerek kendi aralarında gerekse çocukları ile ilişkilerinde özel hukuk niteliğindeki hak ve sorumlulukları bakımından eşit tutulmuşlardır. Bu düzenleme uyarınca, biyolojik babanın da çocuğuyla ilişkisinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olabileceğinin kabulü gerekir. Keza BM. Genel Kurulu tarafından 20.11.1959 tarih ve 1386 sayılı karar ile ilan edilen Çocuk Hakları Bildirisinin 6 numaralı ilke kararında da çocuğun olanaklı olan her durumda ebeveynlerinin bakım ve sorumluluğu altında büyütülmesi gerektiği belirtilmiştir[495].

Türk hukukunda evlilik dışı bir çocuğun annesinin çok küçük yaşta olması veya kısıtlı olması halinde, hâkim çocuğun üstün menfaatini gözeterek koruma hakkını babaya verebilir. Keza anne ölür ise, bu halde de koruma hakkı babaya bırakılabilir. Hâkim, çocuğun yararı bakımından vasi atanmasını da uygun bulabilir. Bu halde baba, sadece çocuğu ile kişisel ilişkide bulunma hakkına sahip olacaktır.

Evlilik dışı çocuğun babasının, velâyet sorumluluğuna sahip olabilmesi kimi zaman toplumsal değerler ile dini değerler arasında bir ayırım yaratmakta ve fikir ayrılığının doğmasına sebebiyet vermektedir[496]. Ancak kimi hukuklarda bu hak babaya tanınmıştır. Sözgelimi İsrail ve İspanyol hukuklarında biyolojik baba, evlilik dışı çocuğu üzerinde annesiyle birlikte müşterek velâyet sorumluluğuna sahip olabilmektedir[497]. Keza kimi İskandinav ülkelerinin hukuklarında evli olmayan çiftler, biyolojik çocukları üzerinde kanunen müşterek velâyet sorumluluğuna sahip olabilmektedir. Bunun için ilgili makam nezdinde bu hususun tescil edilmesi veya bildirimde

---

üzerine müesses hiçbir tefrike tabî olmaksızın sağlanmalıdır. Bkz. Aslan Gündüz, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, 1994, İstanbul, s.219.

[494] Bkz. 22.11.1984 tarihinde Strasbourg'ta imzaya açılmış olan ve 01.11.1988 tarihinde yürürlüğe giren 7. nolu protokol. Madde 5 hükmü.Protokol, Türkiye tarafından 19 Ekim 1992'de imzalanmıştır.23 Şubat 1994 gün ve 3975 sayılı yasa ile onaylanması uygun bulunmuş ve 9 Haziran 1994 tarihinde Bakanlar Kurulu'nca onaylanmıştır.

[495] Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, Cilt V, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul,2004,s.152.

[496] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 54 dipnot 53.

[497] Rhona Schuz, The Hague Child Abduction Convention: Family Law And Private International Law,International And Comparative Law Quarterly,Vol 44,1995,s.798 dn 137. Biylojik anne ve babanın çocuğun doğal ebeveynleri olması sebebiyle, velâyet sorumluluğunun salt evlilik içi eşlere tanınması yerinde görülmemiştir.

bulunulması yeterlidir[498]. Fransız hukukunda evli olmayan çiftlerin çocukları üzerinde birlikte velâyet sorumluluğuna sahip olabilmesi prensip olarak kabul edilmiştir[499]. Bu hakkın kullanılabilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmiş olması gerekir. İlgili hükme göre evlilik dışı çiftlerin, bu birliktelikten olma çocukları üzerinde velâyet sorumluluğunu birlikte kullanabilmeleri için çocuklarını bir yaşına basmadan evvel tanımaları ve de eşlerin, hakkın kullanıldığı tarihte birlikte yaşamaya devam ediyor olması gerekir. İngiliz hukukunda[500] evlilik dışı çocuğun babası kendiliğinden velâyet sorumluluğuna sahip olamamakla birlikte mahkemeden ailevi sorumluluğu üstleneceğine dair bir karar temin edebilmektedir. Benzer düzenleme İskoç hukukunda[501] da bulunmaktadır. İlgili düzenleme uyarınca annenin kabul etmesi koşuluyla baba velâyet ile birlikte aile hukukundan doğan sorumlukları üstlenebilmektedir[502]. Örnek teşkil edebilecek bir olayda[503] İngiliz vatandaşı anne 1974'den beri İtalya'da yaşamaktadır. 1979 yılında İtalyan bir erkekle yaşadığı evlilik dışı ilişkiden bir çocuk sahibi olur. 1990 yılında İtalyan mahkemesi çocuğun velâyetini anneye verirken babaya da belli günlerde çocuğu ile kişisel ilişki kurma hakkı tanır. Baba, 1996 yılında velâyetin kendisine verilmesi için mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme velâyetin annede kalmasına ve çocukların baba ile iki haftada bir, sadece hafta sonları görüşmesine hükmetmiş ve çocukların anneleri tarafından İtalya dışına çıkartılmasını geçici olarak yasaklayan önceki tedbir kararını da ortadan kaldırmıştır. 1996 yılında çocuklarını yanına alarak İngiltere'ye ziyarete gelen anne buraya yerleşerek İtalya'ya geri dönmeme kararı almış ve bunu davranışlarıyla da teyit etmiştir. Bu gelişme üzerine baba, İtalyan mahkemesinden, çocukların kendisine iade edilmesini veya kendisine tanınan kişisel ilişki kurma hakkının etkin şekilde kullanımının temin edilmesi için terditli talepte bulunmuştur. İtalyan mahkemesi babaya tanınan görüşme hakkının bâkî olduğunu kabul ederek çocuğun İtalya'ya geçici olarak iadesi için sözleşme kapsamında İngiliz yetkililerle temasa geçilmesine karar vermiştir. İngiliz makamları, çocuğun iadesi için işlemleri yürütürlerken, İtalyan hukukuna göre babanın koruma hakkına sahip olmayıp sadece çocuklarıyla kişisel ilişki kurma hakkının bulunduğunu gerekçe göstererek, Sözleşmede öngörülen koruma hakkının ihlâl edilmediğini ifade ederek iade talebini reddetmiştir.

[498] Bkz. 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesine İlişkin Paul Lagarde tarafından kaleme alınan Explanatory Report, paragraf 98 sy 577.
[499] Fransız Medenî Kanunu md 373 (2).
[500] 1989 Tarihli Children Act , Bölüm 2,2 ve Bölüm 4.
[501] 1995 Tarihli İskoç Children Act, Bölüm 3 /(1) b.
[502] 1995 Tarihli İskoç Children Act, Bölüm 4.
[503] İngiliz Mahkeme Kararları, Aile Hukuku Dizini 1998, s. 49-50. (S. v. H. davası)

Kanaatimizce İngiliz mahkemesi burada hatalı bir karar vermiştir. Çünkü sözleşme sadece koruma hakkını güvence altına almayıp aynı zamanda kişisel görüşme hakkını da düzenlemektedir. Nitekim bu husus sözleşmenin uygulama alanının belirtildiği 1(b) maddesinde açıkça düzenlenmiş ve kişisel ilişkide bulunma hakkının (ziyaret hakkının) sözleşme tarafı devletlerde etkili biçimde kullanımının temin edilmesi amaçlanmıştır. Olayda her ne kadar koruma hakkının ihlâli söz konusu değilse de; görüşme hakkının ihlali söz konusudur. Bu kararda evlilik dışı çocuğun babası bir nevi cezalandırılmış ve kendi çocuğu ile ilişki kurma hakkı koruma hakkına oranla değersiz kabul edilmiştir.

Bir başka olayda, Avustralya'da birlikte yaşayan çiftin evlilik dışı bir çocuğu olur. İlişkilerinde sorunlar yaşayan anne, çocuğu babasına bırakarak İngiltere'ye yerleşir. Baba, çocuğu ile birlikte Avustralya'da kalmaya devam eder. Bu süreç zarfında gerek baba, gerek babaanne, çocuk ile bizzat ilgilenmiş, ona bakıp büyütmüştür. Bir süre sonra anne, çocuğunu yanına alarak İngiltere'de yaşamaya başlar. Bu gelişme üzerine baba, İngiliz makamlarından çocuğun 1980 tarihli La Haye sözleşmesi hükümlerine istinaden iade edilmesi için talepte bulunur. Mahkeme, annenin kanundan doğan koruma hakkına sahip olduğunu kabul etmekle birlikte, koruma hakkının bilfiil biyolojik babası ile çocuğun babaannesi tarafından üstlenildiğini tespit ederek çocuğun Avustralya'da birlikte yaşadığı babasına iade edilmesine karar verir. Mahkeme bu karar ile çocuğun üstün menfaatini gözeterek, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden evvel koruma hakkının bilfiil babası tarafından üstlenildiğini gözetmiş ve annenin kanundan doğan koruma hakkını etkin şekilde kullanmadığına[504] dikkat çekerek çocuğun iadesine hükmetmiştir[505]. Burada, asıl olan çocuğun üstün menfaatidir. Mahkeme, bu olay bakımından çocuğun üstün menfaatini tespit ederken, çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden evvelki mevcut statükoyu korumuştur. Çocuk, her ne kadar evlilik dışı ise de, çocuğun her türlü bakım ve himayesi babası tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu nedenle mahkemenin iadeye ilişkin verdiği karar yerindedir.

Sonuç itibariyle İngiliz ve Avustralya hukuklarında koruma hakkına kanunen sahip olmayan, ancak fiilen çocuğun bakımını üstlenen evlilik dışı baba ve akrabaların Sözleşmenin 3. madde çerçevesinde koruma hakkına sahip olabilecekleri kabul edilmiştir[506].

---

[504] Bkz. Sözleşmenin 3. maddesinin (b) bendi.
[505] Family Law Reports, 1994/2, 249. Lowe Nigel / Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children, Family Law,2004, s. 265.
[506] Lowe Nigel / Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children, Family Law,2004, s. 265 – 266.

Bunun yanında çocuk sahibi olmayı çok arzulayan evli bir adamın mevcut evliliğinin devam etmesi nedeniyle[507], başka bir kadından olan evlilik dışı çocuğu üzerinde koruma hakkına sahip olamayacak olmasının ne kadar adil olacağı tartışmaya açıktır. Bu sorun, özellikle çocuk sahibi olmak isteyen ama bunu gerçekleştiremeyen ailelerin kiralık anne aracılığıyla çocuk sahibi olmaları halinde kendini göstermektedir. Kiralık anne doğal olarak çocuğun biyolojik annesi olacağından; velâyet sorumluluğuna da sahip olacaktır. Ancak, çocuk sahibi olamayan ailenin, kiralık anne ile yaptığı sözleşme uyarınca çocuk üzerinde kimin velâyet sorumluluğuna sahip olacağı tartışma yaratabilir. Türk hukuku bakımından bu tarz bir sözleşme BK. 19 gereği hukuken geçerli değildir. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi, bu gibi istisnaî nitelik arz eden ihtimalleri haklı olarak dikkate almadığı için, biyolojik (kiralık) annenin, çocuğu üzerinde koruma hakkına sahip olacağının kabulü gerekir.

B. Koruma Hakkının İhlâli

Sözleşme sadece koruma hakkının ihlâlini değil, aynı zamanda çocuğun anne ve babasıyla kişisel ilişkide bulunma hakkının ihlâlini de güvence altına almaktadır[508]. Koruma hakkının ihlâl edilip edilmediği çocuğun mutad meskeni hukukuna göre tespit edilecektir. Yani geçerli bir koruma hakkının varlığı, çocuğun mutad meskeni hukukuna göre hükme bağlanacaktır. Şayet bu hukuk yerine, dava açıldığı tarihte, çocuğun halihazırda bulunduğu devletin hukuku seçilmiş olsaydı, bir takım hukukî istismarlara zemin yaratılmış olacaktı. Koruma hakkına sahip olmaksızın hukuka aykırı olarak çocuğun yerini değiştiren kişi, kendisi bakımından en lehe olacak ülkeye çocuğu götürüp orada koruma hakkının esasına yönelik yeni bir dava açabilecek ve buradan elde edeceği ilâma binaen çocuğun yerini tekrardan değiştirebilecekti. Sözleşme, bu türden istismarların önüne geçerek, çocuğu, haksız olarak alıkoyan veya onun yerini değiştiren kişiye kendi fiili ile lehine hukukî bir durum yaratmasına manî olmuştur.

[507] Kimi zaman bu husus evlilik dışı ilişki yaşayan babanın kendi millî hukukuna göre boşanamamasından ileri gelebilirdi. Eskiden İskoçya'da eşler arasında boşanma yasaklanmıştı aynı şekilde İspanyol hukukunda da Kilisede gerçekleşen Katolik mezhebinden olan kişiler arasındaki evlilikler bakımından da benzer kısıtlama vardı.

[508] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 62. Dyer'le yapılan röportaj notları.

Koruma hakkının ihlâl edildiğinin tespiti özellikle eşlerin her birine birlikte velâyet sorumluluğu tanıyan hukuk sistemlerinde sorun yaratmaktadır. Nitekim Re. F davasında[509] olduğu gibi Colorado aile hukukuna göre eşlerin her ikisi de bağımsız olarak velâyet sorumluluğuna sahiptir. Mahkeme kararı bulunmadıkça eşlerden her biri diğer eşin rızasını almaksızın çocuklarını ülke dışına çıkartabilirler. Dava konusu olayda uzun yıllardır ABD'de yaşayan ABD vatandaşı baba ile evli İngiliz vatandaşı anne, Colorado hukukuna göre 3,5 yaşındaki oğulları üzerinde bağımsız olarak velâyet sorumluluğuna sahiptirler. Babanın gerek çocuğa, gerek eşine yönelik fiziksel şiddette bulunmasından ötürü, Colorado mahkemesi geçici tedbir olarak babanın evden uzaklaştırılmasına ve çocuğun gözetiminin anneye bırakılmasına hükmetmiştir. Mahkeme, çocuğun yargı çevresinden uzaklaştırılmaması hakkında özel bir tedbir kararı almamıştır. Anne, 13 Temmuz 1994 yılında çocuğunu yanına alarak doğum yeri olan İngiltere'ye gelir. Baba, sözleşmenin 3. maddesine binaen çocuğunun iadesi için dava açarken, eşi de kocası aleyhine boşanma davası açar. İlk derece mahkemesi baba lehine çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirildiği gerekçesiyle iadeye hükmetmiştir. Kararı temyiz eden anne, Colorado hukukuna göre her iki eşin de velâyet sorumluluğuna sahip olduğunu ve de çocuğun yerinin değiştirilmesini yasaklayan bir mahkeme kararının bulunmamasından ötürü kararın bozulmasını talep etmiştir. Temyiz mahkemesi, aynı derecede koruma hakkına sahip olan eşlerden birinin, diğerine haber vermeksizin, gizlice çocuklarını kaçırmasının, sözleşmeye aykırı olduğunu kabul etmekle birlikte, babanın aile içi şiddet uyguluyor olmasının çocuğun iade edilmesi halinde, çocuk için fiziksel tehlike yaratacağı gerekçesiyle iade talebini bozmuştur. Temyiz mahkemesi 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 13. maddesinin (b) bendine dayanarak iadeyi reddetmiştir.

Mahkeme, Sözleşme hükümlerini yorumlarken Sözleşmenin öngördüğü esas amacı dikkate almalı ve öngörülen enstrümanlar çerçevesinde hakları yorumlamalıdır. Sözleşmenin 3.maddesinde çocuğun mutad meskeni hukukunun gösterdiği kanunlar ihtilâfı kurallarına göre koruma hakkı tespit edileceği belirtildiğinden, müşterek koruma hakkının varlığı da gene bu hukuka göre tespit edilecektir. Bu hukuktan ayrılarak koruma hakkını evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen[510] veya başkaca bir hukuka bağlamak Sözleşmeye aykırı olur. Çocuğun

[509] İngiliz Temyiz Mahkemesi Kararları, Aile Hukuku Dizini 1995 s. 224. Re F. (A Minor)(Abduction: Custody Rights Abroad) [1995] Fam 224, [1995] 3 WLR 339, [1995] Family Law 534.

[510] MÖHUK madde 12 uyarınca evlenmenin genel hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir.Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek ikametgâh hukuku, bulunmadığı takdirde müşterek mutad meskenleri hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk Hukuku uygulanır.

mutad mesken hukuku eşlere birlikte koruma hakkı veriyor ise, bu hakka saygı duyulmalı ve bu hakkın etkin olarak kullanımı için her iki eşe eşit imkân sağlanmalıdır.

C. Koruma Hakkının Etkin Olarak Kullanılmadığının İsbatı

Koruma hakkının ihlal edildiğinin varlığını tespit edebilmek için iade talebinde bulunulan devletin idarî veya adlî makamları, çocuğun mutat meskeni devletindeki koruma hakkının esasına yönelik hukukî düzenlemeyi doğrudan dikkate alabilir. Keza çocuğun mutad meskeni devleti tarafından verilen velâyet sorumluluğuna ilişkin kararları da dikkate alabilir. Bunun yanında çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet tarafından tenfiz edilen[511] veya henüz tenfiz edilmemiş olan yabancı idarî veya adli makamlarca verilen velâyet sorumluluğuna yönelik kararlar da dikkate alınabilecektir. Sözleşmenin 14. maddesinde öngörülen bu düzenleme uyarınca iade talebinde bulunulan âkit devlet, çocuğun mutad meskeni devleti hukukundan verilme bu kanıtı veya yabancı kararların tenfizine ilişkin öngördüğü usulleri doğrudan doğruya göz önünde bulundurabilir. Şu halde, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden hemen önce mutad meskenin bulunduğu devlette yabancı idarî veya adlî makamlarca verilen koruma hakkına yönelik bir karar tenfiz edilmiş veya henüz tenfiz edilmemekle birlikte bu ülke hukukuna göre tenfize ehil bir karar mevcut ise bu karar, iade talebinde bulunulan devlet tarafından doğrudan dikkate alınabilecektir[512].[513]

Mutad meskeni Türkiye'de bulunan bir çocuk bir âkit devlete kaçırılır ise, iade talebinde bulunulan devlet, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirildiğinin tespiti için velâyet sorumluluğunu düzenleyen Türk maddî hukuk hükümlerini dikkate alacak veya Türk mahkeme

---

[511] Sözleşmenin gerek orijinal İngilizce metninde gerek Resmi Gazetede yayınlanan Türkçe tercümesinde velâyet sorumluluğuna yönelik kararlar için "recognition" "tanıma" ibaresi kullanılmıştır.

[512] Bkz. Adalet Bakanlığı'nca yayınlanan 01.01.2006 tarihli ve 65 nolu Genelgesi. II. Bölüm (3) numaralı paragraf s.6. Çocuğun yerinin değiştirilmesinin veya alıkonulmasının haksız olup olmadığını tayin etme durumunda olan mahkeme, yabancı hukukun veya kararın dikkate alınmasının gerektiği başka durumların aksine, herhangi bir özel usulî işleme tâbi tutmadan, çocuğun mutat meskeni makamlarınca verilmiş belgeleri doğrudan dikkate alabilir (m.14). Örneğin, Türk hukukuna göre yabancı mahkeme kararlarının kesin delil olarak kabul edilebilmesi için öncelikle yetkili mahkemece tanıma kararı verilmesi gerekmektedir. Oysa bu Sözleşme uyarınca mahkeme, çocuğun iadesi talebini değerlendirirken yabancı kararı doğrudan dikkate alabilecektir. (Çevrimiçi)www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelge/3.doc.

[513] Gloria Folger DeHart, The Relationship Between The 1980 Child Abduction Convention and The 1996 Protection Convention, New York University Journal of International Law and Policies, Vol 33, Sayı 1, s.84 ; Rhona Schuz, The Hague Child Abduction Convention: Family Law And Private International Law,International And Comparative Law Quarterly,Vol 44,1995,s.792.

veya idarî makamlarınca verilen velâyet sorumluluğuna ilişkin tenfize konu olabilecek Türk mahkeme kararlarını dikkate alacaktır.

Akit devletin adlî veya idarî makamları, çocuğun iadesine karar vermeden önce, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu makamlardan, sözleşmenin 3. maddesi çerçevesinde çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirildiğini veya haksız alıkonduğunu tespit eden bir kararın veya belgenin elde edilmesini isteyebilir. Söz konusu karar veya belgenin temini ancak akit devletten böyle bir kararın alınması mümkün olduğu ölçüde talep edilebilir. Akit devletlerin merkezî makamları, böyle bir karar veya belgenin elde edilmesi için iade talep eden kişiye olanaklar ölçüsünde yardım edeceklerdir[514].

D. Koruma Hakkının Mahkemelere Ait Olduğu İddiası

1980 Tarihli La Haye Sözleşmesinin 3. maddesinin (a) bendi kaleme alınırken, "mahkemeler" de dikkate alınmıştır. Madde metininde geçen "müessese" kavramı ile velâyet ihtilâflarını karara bağlayan mahkemelerin de "koruma hakkına" sahip olabilecekleri savunulmuştur. Velâyet sorumluluğundan kaynaklanan meselelerin ihtilâf halinde, mahkemece karara bağlanıyor olması, mahkemenin koruma hakkına sahip olabileceğini düşündürmektedir. Bu görüş, ilk olarak İngiliz mahkemesinin bir kararına konu olmuştur[515]. Hâkime göre çocuğun yargı çevresinden uzaklaştırılması mahkemenin bir nevi çocuk üzerindeki hakkının ihlâlidir. Çocukla ilgili veya çocuğa yönelik her türlü velâyet kararının arkasında kural olarak[516] bir mahkeme kararı bulunmaktadır. Bu nedenle mahkemenin bizatihi kendisinin de koruma hakkına sahip olacağı kabul edilmektedir. İngiliz mahkemesine göre bu konuda hiç bir şüphe yoktur, mahkeme sadece çocuğun nerede ve kiminle ikâmet edeceğini belirler[517]. İngiltere ve Galler dışında, Yeni Zelanda, Kanada ve Avustralya hukukları da mahkemelerin velâyet sorumluluğuna (koruma hakkına) sahip olabileceğini kabul etmiştir[518].

Velâyet davası sürerken mahkemenin ne ölçüde velâyet yetkisini kullanacağı ve bu hakkın sınırının ne olacağı tam olarak belli değildir. Bu duruma yönelik geniş bir yorum İngiliz

[514] Sözleşme madde 15.
[515] Re. J. (Abduction Ward of Court) İngiliz Temyiz Mahkemesi Kararları Aile Hukuku Dizini 1989 s. 85.
[516] Kimi zaman idarî mercilerce de karar verilebilmektedir.
[517] Beaumont & McEleavy s. 67.
[518] Lowe Nigel / Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children, Family Law,2004, s. 273.

Temyiz mahkemesi tarafından yapılmıştır[519]. B. v. B. davasında, Ontario mahkemesi, altı buçuk yaşındaki çocuğun velâyetinin geçici olarak annesine bırakılmasına hükmetmiştir. Anne, bir süre sonra çocuğunu yanına alarak İngiltere'ye gelir. Ontario mahkemesi, çocuğun yargı çevresinin dışına çıkartılmasını yasaklayan bir karar almamış olmakla birlikte, velâyete ilişkin ihtilâf henüz kesin hükme bağlanmadığından, İngiliz mahkemesi, çocuğun mutad meskeni hukukuna göre Ontario mahkemesinin hali hazırda koruma hakkına sahip olduğunu kabul ederek çocuğun iadesine hükmetmiştir.

Kanada Yüksek mahkemesi de bir kararında, koruma hakkının asıl olarak çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yerdeki mahkemeye ait olduğunu belirtmiştir[520]. Buna mukabil Re. B. (A Minor) (Abduction) davasinda[521], mahkemenin gerçekte koruma hakkına sahip olmadığı çünkü yargılamanın geçici olduğu ve de esas amacın velâyet sorumluluğunu düzenlemek olduğu ileri sürülmüştür.

Mahkemelerin, velâyet sorumluluğuna (koruma hakkına) sahip olduğu görüşünü ileri süren Swinton doktrini mahkeme kararlarında hayat bulmaya devam etmiştir. Örneğin Re. F. (A Minor) (Abduction: Custody Rights Abroad) davasında[522], evli eşler arasında Haziran 1994 yılında yaşanan bir olaydan sonra mahkeme anneye geçici olarak velâyet sorumluluğu tanırken babanın da evden uzaklaştırılmasına ilişkin tedbire hükmetmiştir. Mahkeme, çocuğun yargı çevresinin dışına çıkartılmasını yasaklayan herhangi bir karar almamıştır. Bir süre sonra anne çocuğunu yanına alarak İngiltere'ye gelir. İngiliz mahkemesi, annenin fiilini hukuka aykırı bulmuştur. Mahkeme, Colorado (ABD) mahkemesinde görülmekte olan velâyet davasının henüz kesinleşmemiş olması sebebiyle, koruma hakkının Colorado mahkemesinde bulunmaya devam ettiğini; bu sebeple çocuğun yerinin değiştirilmesinin sözleşmenin ihlâli anlamına geldiğine hükmetmiştir.

Sözleşme uygulamasında, Swinton doktrini ağırlıklı bir yer bulmuş ve bir çok kararın temeli bu esasa dayandırılmıştır. Örneğin Re W. ; Re. B. davasında[523] hâkim, mahkemenin yargılamayı ailevi sorumluluklar adına yürüttüğünü, bu nedenle de velâyet sorumluluğuna sahip olduğunu belirtmiş ve ihtilâfı bu perspektifle karara bağlamıştır. Gene bir başka kararda, Re. B.

---

[519] B. v. B. (Abudction Custody Rights) İngiliz Temyiz Mahkemesi Kararlari Aile Hukuku Dizini 1993 s. 32.
[520] Thomson v. Thomson Kararı için bkz. 20 Ekim 1994 tarihli 23794 dosya nolu karar. Peter Nygh, **The International Child Abduction of Children**, Children on The Move- How to Implement Their Right to Family Life, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, Hague, s.34.
[521] Family Law Reports 1994 Cilt 2 s. 249.
[522] İngiliz Temyiz Mahkemesi Kararları Aile Hukuku Dizini 1995 s. 224.
[523] Family Law Reports 1998 Cilt 2 s. 146.

(Abduction) (Rights of Custody) davasında[524] İngiliz Temyiz mahkemesi davanın on sekiz aydır sürdüğünü ve de velâyet davasının kesin hükme bağlanmasına sadece bir kaç gün kala, çocuğun yerinin değiştirildiğini tespit ederek, annenin bu fiili ile mahkeme kararını ihlâl etme niyetinde olduğunu; bu durumun da mahkemenin sahip olduğu koruma hakkının ihlâli anlamına geldiğini tespit ederek; velâyet ihtilâfının görüldüğü mutad meskenin bulunduğu yer mahkemesine çocuğun iade edilmesine hükmetmiştir.

Kanada Temyiz Mahkemesi de bir kararında mahkemelerin velâyet sorumluluğuna (koruma hakkına) sahip olabileceğini kabul etmiştir. Thomson v. Thomson davasında[525] taraflar İskoçya'da 1991 yılında evlenmişler fakat on sekiz ay sonra ayrılma kararı almışlardır. Çiftlerin her ikisi de yedi yaşındaki oğulları üzerinde ortaklaşa velâyet sorumluluğuna sahiptiler. Stranner Bölge (İskoçya) mahkemesi, çocuğun İskoçya'da kalması koşuluyla anneye geçici olarak velâyeti, babaya da çocukla kişisel ilişki kurma hakkı tanımıştır. Ancak anne, mahkeme kararını hiçe sayarak çocuğu ile birlikte Kanada Manitoba'ya ailesinin yanına yerleşir. Kanada Mahkemesi, çocuğun iadesine ilişkin talebi karara bağlarken; İskoç mahkemesinin 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin aradığı anlamda koruma hakkına sahip olduğunu zira bu hakkın dava süresince mahkemeye ait olduğunu ileri sürerek, annenin fiilini hukuka aykırı bulmuştur.

Mahkemeler, velâyet davası devam ederken çocuğun yargı çevresinden çıkartılmasını kısıtlayabilmektedir. Bu türden bir kısıtlamada bulunabildiğine göre, mahkemenin de koruma hakkına sahip olabileceği iddia edilebilir. Ayrıca geçici velâyet kararı aynı ülke içerisinde bir başka yargı çevresinde tekrardan ihtilâf konusu yapılamadığından, bu konuda tek ehil makam yine geçici velâyete hükmeden mahkemenin kendisi olmaktadır. Bu da mahkemelerin koruma hakkına sahip olduklarına gerekçe olabilir[526].

Bunun yanında velâyet sorumluluğuna yönelik ihtilâf devam ederken mahkemenin çocuğun yerinin değiştirilmesini kısıtlayan bir hüküm sevk etmemesi halinde velâyet sorumluluğunun mahkemeye ait olup olmadığı tartışmalı hale gelmektedir. Mahkemenin velâyet sorumluluğuna sahip olduğu kabul edilirse, velâyete ilişkin ihtilaf nihaî olarak hükme bağlandıktan sonra da mahkemenin velâyet sorumluluğuna sahip olup olamayacağının belirlenmesi gerekir. Bu tartışmalı mesele hangi hakka öncelik verileceğine göre cevap

[524] Family Law Reports 1997 Cilt 2 s. 594.
[525] Supreme Court Reports 1994 Cilt 3 s. 551.
[526] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 69.

bulacaktır. Mahkeme geçici de olsa velâyet sorumluluğuna öncelik tanıyacak, ya da kendisinin sahip olduğu veto yetkisini her şeyden üstün tutacaktır[527].

Türk hukukunda mahkemelerin koruma hakkına sahip olduğunu iddia etmek güçtür. Gerçi TMK madde 183 hükmü hâkime, kimi hallerde çocuğun menfaatine olacak gerekli tedbirleri alma görevi yüklemiştir. Ancak bu tedbirlere hükmedilmesi, koruma hakkının (velâyet sorumluluğunun) mahkemelere ait olduğu anlamına gelmez. Madde 183 hükmü uyarınca hâkim re'sen karar alma hakkına sahip olduğu gibi, istem üzerine de karar alabilir. Anne veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere yerleşmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kıldığı hallerde, hâkim, re'sen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alacaktır.
Ayrıca unutulmamalıdır ki, velâyet bir hak olmaktan ziyade bir sorumluluktur[528]. Bu nedenle mahkemenin çocuk üzerinde hiçbir sorumluluk almaksızın sadece onun himayesine ve gözetimine ilişkin karar verebilecek bir otorite olması, ona koruma hakkını vermez. Çocuk üzerinde karar verme yetkisine sahip olabilecek kişi ve kurumların aynı zamanda çocuğa karşı sorumluluklarının da bulunması gerekir. Bu, sorumluluğun getirdiği bir zorunluluktur. Kanaatimizce bu görüşün aksini savunabilmek de mümkündür. Zira eşlerden birinin ölümü halinde diğer eşin kendiliğinden velâyet sorumluluğuna sahip olması durumu (TMK. 336/3) istisna olmak kaydıyla, kural olarak çocuk üzerindeki velâyet sorumluluğu mahkemelerce tesis edilmektedir. Şu halde çocuğun en üst derecede menfaatini korumak ve gözetmekle görevli olan öncelikli merci mahkemelerdir denilebilir. Nitekim Anayasanın[529] 41. maddesinin 2.fıkrası bu anlayıştan hareket ederek çocukların korunması için gerekli tedbirlerin devlet tarafından alınacağını belirtmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında kimi ülke mahkemeleri, koruma hakkının esasına ilişkin ihtilâfın henüz kesinleşmediği yargılamalarda koruma hakkının bizzat yargılamayı yürüten mahkemenin üzerinde kaldığını kabul etmektedir. Bu bakımdan, çocuğun mutad meskeni mahkemesinde henüz koruma hakkına ilişkin yargılama devam ederken, çocuğun yeri hukuka

---

[527] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 70.
[528] Nitekim B.M. Çocuk Hakları Sözleşmesi de bu düşünceden yola çıkarak hükümler sevk etmiştir. Bkz. Madde 18 hükmü: Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını gözönünde tutarak hareket ederler. Keza İngiliz hukukunda, 1989 tarihli Küçüklere İlişkin Kanunda velâyet hakkı velâyet sorumluluğu olarak değiştirilmiştir. Children Act 1999. Kanunda "Parental Rights" yerine "Parental Responsibility" terminolojisi kullanılmaktadır.
[529] Bkz. 7 Kasım 1982 tarihli T.C. Anayasası RG. 9.10.1982 –17863 (Mükerrer).

aykırı olarak değiştirilir ise, koruma hakkının esasını kesin hükme bağlayacak olan mutad meskeni mahkemesine çocuğun derhal iadesi gerekebilir.

IV. İade Talebinin Reddedilebileceği Haller

A. Madde 13 (a) Uyarınca İadenin Reddi

1. Hukuka Aykırı Olarak Gerçekleştirilen Yer Değişikliğine İzin veya İcazet Verilmesi

Çocuğun bakımını üstlenmiş bulunan kişi, kurum veya örgütün, yer değiştirme veya alıkoyma sürecinde koruma hakkını etkili şekilde kullanmaması veya yer değiştirmeye veya alıkoymaya muvafakat etmiş veya sonradan buna rıza göstermesi hallerinde iade talebi reddedilebilir. Madde hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere, koruma hakkına sahip kişi veya kurumların, haksız yer değiştirme veya el koyma fiillerine izin veya icazet göstermesi halinde taraf devlet makamları, iade talebini geri çevirebileceklerdir. Ancak hâkim, muvafakata rağmen çocuğun iadesine de karar verebilecektir. Bu konuda adlî ve idarî makamların takdir yetkisi vardır. Bu takdir hakkını kullanırken gözetecekleri tek esas iadenin çocuğun üstün menfaatine hizmet edip etmeyeceğidir.

Madde hükmünde yer alan izin veya icazet kavramına temas etmeden önce belirtelim ki XIV. oturumda ileri sürülen taslak metinde iade talebinde bulunan kişinin iyiniyetli[530] olması şartı aranıyordu[531]. Ancak bu görüş tenkit edilmiştir. Koruma hakkını kullanan kişinin iyiniyetli veya kötüniyetli davrandığının tespitinin kolay olmamasının yanı sıra kavramın sınırlarının net olmaması getirilen eleştirilerin en önemli dayanaklarıydı. Bu hususta yüzeysel yorum yaparak sonuca gitmek bir nevi, koruma hakkına hukuken sahip olan ancak etkin olarak bunun gereğini yerine getirmeyen kişiye prim vermek demektir[532]. Keza, iyiniyet aranmış olsaydı, koruma

[530] "İyiniyet" ilk olarak eski ön taslak metnin madde 6 (b) (i) hükmünde ifade buldu. Sonrasında Taslak metnin 12. maddesinin (a) bendinde de varlığını korudu ancak yapılan yoğun eleştiriler neticesinde, esas metinden çıkartılarak madde hükmü nihaî şeklini aldı. (Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 114 dn 3.)

[531] Fransız delegesi madde hükmüne "iyiniyet" ibaresinin eklenmesini teklif etmiştir. Ancak ABD delegesi, iyiniyetin eklenmesi halinde madde hükmünde öngörülen istisnanın çok genişleyeceğini iddia ederek karşı çıkmıştır. (Westbrook Robinson Gayle, Law and Treaty Responses to International Child Abductions,Virginia Journal of International Law, Vol 20, 1980, s. 695)

[532] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s.114.

hakkına sahip kişi, çocuğu kaçıran veya haksız alıkoyan kişiden çocuğunu bizzat kendi imkanları ile hukuk dışı yollarla geri alabilmek için teşvik edilmiş olacaktı[533].

Çocuğun alıkonmasına gösterilecek rıza önceden alınan "izin" şeklinde olabileceği sonradan verilen "icazet" şeklinde de olabilir. Gösterilen rızanın izin olarak kabul edilebilmesi için, mahkemece bu hususun objektif olarak ele alınması ve de kararın ağırlıklı olarak eldeki delillere dayandırılması gerekir. Çocuğun iadesini talep eden kişinin geçmişteki eylemleri dikkate alınarak çocukla kurduğu ilişkinin gerçekliği ve kurulan ilişkinin samimiyeti hakkında hükme varılabilir.

Mahkeme, hükmünü tarafların niyetlerini ortaya konan delillere dayandırmalıdır. Şayet dayanacağı deliller mevcut değilse o halde mevcut hukukî durumu esas alarak çocuğun iadesine hükmetmesi gerekir. Söz gelimi çocuk kaçırıldıktan sonra uzun süre sessiz kalınması veya çocukla temasa geçebilme imkan ve ihtimalinin varlığına rağmen hiçbir şekilde çocukla irtibatın kurulmaması çocuğun hali hazırdaki durumuna rıza gösterildiği anlamına gelebilir. Bununla birlikte şayet sessiz veya hareketsiz kalma imkansızlıktan, mücbir sebepten veya söz gelimi bir hastalıktan kaynaklanıyorsa o halde bu durumdan çocuğun yeni durumuna muvafakat edildiği anlamı çıkartılmamalıdır[534]. Söz gelimi, çocukla iletişim kurmak için mektup yazan babanın, çocuğu hukuka aykırı olarak alıkoyan annesiyle hiç temasa geçmemesi, çocuğu ne kadar geri istediği hususunda tereddüt uyandırabilir.

İngiliz mahkemesinde görülen bir davada[535]Almanya doğumlu, ABD vatandaşı çocuk Almanya'da ikamet etmektedir. Baba Almanya'da bulunan ABD hava üssünde görevli pilottur. Anne İngiliz vatandaşıdır. Ekim 1991 yılında kadın, kocasının iznini alarak, çocuğuyla birlikte İngiltere'ye ailesinin yanına kalmaya gider. Ancak bir süre sonra yaşadığı yeni bir ilişkinin etkisinde kalarak geri dönmekten vazgeçer. Bunun üzerine eşinin ailesiyle iyi ilişki içerisinde bulunan koca, çocuğun Noel tatiline kadar teyzesinin yanında kalmasını ister. Baba, çocuğunu görmek amacıyla İngiltere'ye geldiğinde teyzenin kendisi aleyhine "Children Act"e dayanarak dava açtığını öğrenir. Baba bu davayla ilgili olarak mahkemeye hiç bir cevap layihası göndermediği gibi, duruşmalara da katılmaz. Ancak California eyaletinde boşanma davası açar ve çocuğun bakımını üstlenmek ve velâyetini elde etmek için talepte bulunur. Almanya'ya geri

[533] Gayle Robinson Westbrook, Law and Treaty Responses to International Child Abductions,Virginia Journal of International Law, Vol 20, 1980, s. 695.
[534] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 117.
[535] Family Law Reports 1993 Cilt 2 s. 682.

dönmeden önce, teyzesine çocuğuyla ilgili resmî evrak bırakır. Bunlar sosyal sigorta numaraları ve doğum evraklarıdır. Ayrıca bir avukat tutarak, çocuğun teyzesinin yanında kaldığı müddet boyunca eğitim, sağlık ve genel durumuyla ilgilenmesi için yetki verir. Çocuğun iadesine ilişkin davada İngiliz mahkemesi, babanın bu davranışlarından, çocuğun yeni yerini kabullendiği anlamının çıkartılamayacağına hükmetmiştir. Koca, eşinin kendisini yanlış bilgilendirdiğini ve de çocuğunu teyzesine kısa bir müddet için bıraktığını ileri sürmüştür. Bunun üzerine çocuğun annesi ilk derece mahkemesinde, eşinin Kaliforniya'daki boşanma davası ile ilgilendiğinden, gerçekte çocuğu ile ilgilenmediğini ileri sürmüştür. Temyiz mahkemesi, babanın çocuğunu teyzesinin yanına bırakmasının onunla temelli ilgilenmeyeceği anlamına gelmeyeceğini belirtmiş ve de Kaliforniya mahkemesinde açtığı davada çocuğun velâyetini talep ettiğine dikkat çekmiştir. Mahkme, babanın çocuğunu teyzesinin yanına kısa süreli bırakması nedeniyle Sözleşmenin 13.maddesinin (a) bendinin uygulanamayacağına hükmederek çocuğun iadesine hükmetmiştir.

Çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesine rıza gösterilip gösterilmediğinin tespiti önemlidir. Tarafların bu konudaki samimiyeti ne şekilde tespit edilecektir? ABD'de görülen bir davada[536] hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocukla kısa süreli ilişki kurulması, onunla ilgilenildiğinin gösterilmesi bakımından yeterli kabul edilmiştir. İhtilâfa konu olan davada baba, çocuğunun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirildiğini öğrendiği tarih olan Ocak ayının yarısından itibaren eşiyle uzlaşmaya çalışmış, hatta arabuluculuk[537] müessesinden de yararlanmaya gayret göstermiştir. Bunlardan hiçbir sonuç alamayınca, Şubat ayı sonunda 1980 tarihli La Haye sözleşmesi hükümlerine dayanarak iade talebinde bulunmuştur. Babanın çocuğunu geri almak amacıyla gösterdiği çaba ile açtığı dava arasındaki süre çok kısa olmasına rağmen mahkeme, babanın çocuklarını yanında istemek hususunda kararlı olduğunu tespit ederek çocuğun iadesine hükmetmiştir. Yeni Zelanda'da görülen bir davada[538] ise baba, dava prosedürünü başlatmadan evvel, çocuklarını görmek amacıyla yanlarına gitmiş ve karısını Kaliforniya'ya dönmesi konusunda ikna etmeye çalışmıştır. Mahkeme, babanın bu davranışından, yer değişikliğine rıza gösterdiği anlamının çıkartılamayacağını belirterek çocukların iadesine karar vermiştir. Kararda, çocukların hukuka aykırı olarak yerinin değiştirildiği durumlarda, aile üyelerinden hızlı davranmalarını beklemenin doğru olmadığı belirtilerek, bu kişilere sağlıklı bir durum değerlendirmesi yapabilmeleri amacıyla makul bir

[536] 1994, 850 F. (Supp.) 78.
[537] Bir nevi aile ombudsmanlığı olabilir. Bkz. Bu konuya ilişkin ilgili Avrupa Birliği yönergesi.
[538] H. v. H. 1995, 13 FRNZ 498.

sürenin tanınması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu süreyi taraflara tanımakla, belki de mahkeme prosedürüne gerek kalmadan veya davanın sonuçlanmasından çok daha kısa sürede, taraflara çözüm bulma imkanı sunulmuş veya uzlaşma zemini yaratılmış olur.

Yukarıda değinilen karar, Paris Temyiz Mahkemesinin Aubry v. Aubry kararı[539] ile çelişebilir. Çocuğun iadesinin talep edildiği söz konusu Aubry v. Aubry davasında mahkeme, babanın olay sonrası kurduğu teması ayakta tutmak amacıyla uzlaşma arayışlarına devam etmesini ve çocukların anneleriyle birlikte kalmasına müsaade etmesini, çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesine rıza göstermesi olarak kabul etmiştir. Olayda baba, yer değişikliği sonrası Fransa'da bulunan çocuklarını, birden fazla yabancı dilin öğretildiği bir okula kaydettirmiş ve onların orada yerleşmesine yardım etmiştir. Mahkemenin bu kararını eleştirenlere göre, bir babanın çocuklarını iyi eğitim alması amacıyla okula kaydettirmesinden daha normal bir şey olmayacağı ve bunun aynı zamanda ebeveynlerin bir vazifesi olduğu belirtilerek, babanın bu hareketinden rıza gösterdiği anlamının çıkartılamayacağı iddia edilmiştir.

Bir başka davada[540] uzlaşmayı kolaylaştırmak amacıyla koca, boşanma davasındaki malî meselelerin nihai olarak karara bağlanmasına dek çocuğun eşinde kalmasına rıza göstereceğini söylemiştir. Paris Temyiz mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını onayarak bunun bir tür rıza anlamına geldiğini kabul etmiştir. Ancak tashihi karar aşamasında mahkeme, açık ve net olarak gösterilmiş bir rıza bulunmadıkça ayrıca rızanın gösterildiğine dair eşit değerde bir delil sunulmadıkça, sürmekte olan boşanma davasını kolaylaştırmak ve hızlandırmak amacıyla yapılmış beyanlara itimat edilmemesi gerektiğini belirterek kararı esastan bozmuştur. Kararı eleştirmek gerekirse, babanın bu davranışının bir anlamda rıza olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü baba, çocuğun halihazırdaki durumundan öte, kendi boşanma davasının akıbeti için böyle bir tutum takınmıştır. Ayrıca hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden üç buçuk ay sonra çocuğuyla ilk defa temasa geçmiştir. Babanın bu davranışlarından çocuğunu yanında görmek istediği ve onunla sürekli olarak ilgilenmek ve birlikte olmak istediği anlamı çıkartılamaz.

Çocuğun iadesi için yapılan girişimlerin daha samimi ve gerçekçi olduğunun kabulü için bunların boşanma davası devam ederken yapılan malî pazarlıklar ile iliştirilmemesi gerekir[541].

---

[539] Paris Temyiz Mahkemesinin 20 Haziran 1991 tarihli kararı, Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 122 dn 57.
[540] Horlander v. Horlander, 1992 Bulletin Civil. No 91-181D177 Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 122 dn 62.
[541] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 123.

Koruma hakkı sahibi kişinin duygusallık içinde yaptığı davranışlara derin anlamlar yükleyerek, çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştiren kişinin bu fiiline rıza gösterdiği anlamı çıkartılmamalıdır. Mesela çocuğuyla yakından ilgili bir annenin, çocuğun götürüldüğü yeni ortamda sağlık problemleri yaşamaması için giysilerini, ilaçlarını hatta oyuncaklarını göndermesi[542] onun yerinin değiştirilmesine rıza gösterdiği olarak yorumlanmamalıdır. Keza eğitim düzeyi düşük veya maddî imkansızlığı istismar edilen veya sahip olduğu hukukî imkanlardan bîhaber olan, çaresizlik içinde bulunan kişinin, çocuğun kaçırılmasından hemen sonra gösterdiği rızayı, iadeye esas alırken çok dikkatli olmak 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 verilen rızanın açık,şüpheden uzak ve tereddütten yoksun olması gerekir. Mahkemeler 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin öngördüğü amacın etkin olarak gerçekleşebilmesi için genellikle "izin" veya "icazeti" dar yorumlamaktadır[543]. Zira 1980 tarihli La Haye sözleşmesi, esas olarak çocuğun mevcut statükosunun korunmasından yanadır. Çocuğun üstün menfaatinin bunu gerektirmesi karşısında, koruma hakkı sahibinin yer değişikliğine ilişkin izin veya icazet vermesi sözleşme gayesiyle çelişmektedir. Bu nedenle mahkemeler izin veya icazeti oldukça dar yorumlamaktadır[544]. Söz gelimi ABD mahkemesi bir kararında tarafların kendi aralarında uzlaşmaya çalışmasının "icazet" olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir[545].

İngiliz mahkemeleri birbiriyle çelişen veya uzlaşma sağlamak amacıyla söylenen veya arabuluculuk yapma amacına hizmet eden söylemleri rıza için delil olarak kabul etmemekte ve bunlara hukukî bir değer vermemektedir[546]. Özellikle uzlaşmayı başlatmak amacıyla, henüz müzakere aşamasına geçmeden önce söylenen sözlere itibar edilmemelidir[547].

---

[542] Peter Nygh, **The International Child Abduction of Children**, Children on The Move- How to Implement Their Right to Family Life, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, Hague, s.37.
[543] Brian S. Kenworthy, The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States And The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction, Indiana International Law and Comparative Law Review, Vol.12, 2002,s.335.
[544]Rhona Schuz, The Hague Child Abduction Convention: Family Law And Private International Law,International And Comparative Law Quarterly,Vol 44,1995,s779.
[545] Hallon v. Hallon 3.Circuit 19.09.1991, Rhona Schuz, The Hague Child Abduction Convention: Family Law And Private International Law,International And Comparative Law Quarterly,Vol 44,1995,s.779 dn39'dan naklen.
[546] Dicey/ Morris, Conflict of Laws, Volume 2,London,1993.s.836.
[547] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 124.

Konuya ilişkin bazı çetrefil durumlar Re. A.(Minors) (Abduction: Custody Rights) davasında tartışılmıştır. Olayda her iki oğlunun Avustralya'dan kaçırılmasının üzerinden beş gün geçtikten sonra baba, 23 Ekim 1991 tarihinde eşine bir mektup yazarak, çocukların velâyeti ile ilgili olarak kendisiyle mücadele etmeyeceğini belirtmiştir. Çocuklarıyla sadece iletişim kurmak amacıyla temasta bulunmak istediğini dile getirmiştir. Ancak koca, avukatıyla konuşup sözleşme hükümlerinden istifade edebileceğini öğrenmesinden sonra eşini telefonla arayarak, çocuklarını geri almak için elinden gelen tüm çabayı sarf edeceğini söylemiştir. İlk derece mahkemesi çocukların iadesine hükmederken, yüksek mahkeme babanın bu davranışını çelişkili bularak kararı esastan bozmuştur. Mahkeme, kocanın yazdığı mektup ile eşinin hukuka aykırı davranışına icazet verdiğini kabul etmiştir.

Kanaatimizce icazetin verildiği an ile geri alındığı zaman aralığının sağduyu ve titizlikle takdir edilmesi gerekir. Dava konusu olayda, babanın neden böyle bir tutum izlediği tahlil edilmeksizin ihtilâfın karara bağlanması eleştiriye açıktır.

İzin ve icazet konusundaki gerçek niyetin tereddütten yoksun, açık ve somut olması gerekir. Çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden hemen sonra çaresizlik içinde veya çocuğa bir an önce kavuşabilmek amacıyla tarafların, üzerinde detaylı düşünmeksizin kaleme aldığı yazışmalarda kullandıkları ifadelere sıkı surette bağlı kalınarak bir değerlendirme yapmak her zaman için sağlıklı sonuçlar vermeyebilir[548].

2. Koruma Hakkının Etkin Şekilde Kullanılmaması

İade talebinin geri çevrilebileceği hallerden biri de koruma hakkının etkin şekilde kullanılmıyor olmasıdır. Tekrar belirtelim ki, Sözleşmede dile getirilen koruma hakkı iç hukuklarda ifade edilen velâyet sorumluluğundan farklı bir anlam içermektedir[549]. Sözleşmenin 3. maddesinin (b) fıkrasına göre çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirildiğinin kabul edilebilmesi için koruma hakkının çocuğun kaçırılmasından evvel tek başına veya müştereken kullanılıyor olması veya bu türden bir fiil meydana gelmese idi çocuk üzerinde koruma hakkının kullanılacak olması gerekir.

Koruma hakkının etkin olarak kullanılıp kullanılmadığı, çocuğun kişisel ilişki kurma hakkına sahip kişinin yanına kısa süreliğine gönderilmesi durumunda sorun yaratabilmektedir.

[548] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 125.
[549] Bkz. Terminoloji kısmında yapılan açıklamalar.

Çocuğun yaz tatilini veya dönem tatillerini geçirmek amacıyla kısa süreliğine aile yakınlarının yanına gönderildiği kimi durumlarda, çocuk alıkonulabilmektedir. Öngörülen süre sonunda, çocuğu hukuka aykırı olarak yanında alıkoyup, mutad meskeninin bulunduğu âkit devlete iade etmek istemeyen kişi, koruma hakkının bu sorumluluğa sahip kişilerce etkin olarak kullanılmadığı tezine dayanarak çocuğu iade etmekten kaçınmaktadır.

Koruma hakkının etkin olarak yerine getirilip getirilmediğinin tespitindeki en önemli kriter, çocuğun nerede ikamet edeceğine kimin karar verdiğidir[550]. Zira Sözleşmenin 5. maddesine göre koruma hakkı çocuğun ikamet edeceği yeri belirleme yetkisini de kapsamaktadır. Şu halde koruma hakkının, çocuğun ikamet edeceği yeri belirleme hakkını vermesi sebebiyle çocuğun koruma hakkı sahibi kimse ile birlikte yaşaması hayatın olağan akışına uygundur. Çocuk, eğitim veya hastalık sebebiyle kimi zaman koruma hakkı sahibinden farklı bir yerde bulunabilir. Ancak çocuğun ikametgâhının kural olarak koruma hakkı sahibininkiyle aynı yer olduğu kabul edilir. Hatta çocuğun kısa süreliğine başka bir kişinin himayesine bırakılması onun üzerindeki koruma hakkının devredildiği anlamına gelmez. Mesela eşlerin, iki ay süresince tatil amaçlı olarak yurtdışında bulunacak olmaları sebebiyle çocuklarını kayınvalidesine bırakmaları koruma hakkının devredildiği veya bu haktan feragat edildiği şeklinde yorumlanamaz.

Sözleşmenin 13. maddesinin (a) bendi yorumlanırken, kural olarak, koruma hakkına sahip kişinin bu sorumluluğu yerine getirdiği faraziyesiyle hareket edilmelidir. Bu anlayış bir faraziyeye dayanmaktadır[551]. Bu nedenle koruma hakkının yerine getirilmediğinin ispatı çocuğu haksız olarak alıkoyan veya yerini hukuka aykırı olarak değiştiren kişiye aittir[552]. Çocuk üzerindeki koruma hakkının etkin olarak yerine getirildiğinin "ilk görünüş delili"[553] niteliğindeki delillerle ispat edilebileceği kabul edilmektedir. Ne var ki, Türk hukukunda yazılı delil başlangıcı sadece senetler için öngörülmüştür (HUMK 292).

---

[550] Lynda Herring, " Taking Away the Pawns: International Parental Abduction and the Hague Convention", **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation,** 1994-1995 , Volume 20. s.160.

[551] Lynda Herring, " Taking Away the Pawns: International Parental Abduction and the Hague Convention", **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation,** 1994-1995 , Volume 20. s.160.

[552] Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor s. 448 paragraf 73; Lynda Herring, " Taking Away the Pawns: International Parental Abduction and the Hague Convention", **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation,** 1994-1995 , Volume 20. s.160.; Brian S. Kenworthy, The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States And The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction, **Indiana International Law and Comparative Law Review**, Vol.12, 2002,s.336 ; Cara L. Finan, Convention on The Rights of The Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction, Santa Clara Law Review, Vol 34,1994,s.1016.

[553] Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı raporda bu husus açıkça dile getirilmiştir. Bu görüşe göre koruma hakkına sahip kimsenin, çocuğun fiziksel bütünlüğüne ihtimam gösterdiğine delalet olabilecek "preliminary evidence" niteliğindeki delillerle iddiasını ispat etmesi yeterli kabul edilmektedir. Bkz. Rapor s. 448 paragraf 73.

Çocuğun iadesini talep eden taraf bu hususun varit olduğunu takdiri delillere dayandırabilmelidir. Koruma hakkının etkin olarak üstlenildiğinin göstergesi olarak ileri sürülecek takdiri deliller bu hususun ispatı için kabul edilmelidir. Çünkü 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ni kaleme alanlar, koruma hakkına sahip kişinin bu sorumluluğunu yerine getirdiği faraziyesinden hareket etmektedirler. Bununla birlikte çocuğun iadesini talep eden taraf, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden evvel mutad meskeninin bulunduğu merkezi makamlara başvururken yaptığı müracaata talebine dayanak teşkil edecek esasları eklemesi gerekir. Koruma hakkının etkin olarak yerine getirilip getirilmediğini takdir edecek olan hâkim, bu iddiayı Sözleşmenin 8. maddesinin (c) fıkrası hükmü kapsamında, ileri sürülen delilleri de dikkate alarak değerlendirmelidir. Ancak Sözleşmenin asıl gayesinin koruma hakkını güvence altına almaktan ziyade, çocuğun önceki statüsünü korumak olduğu unutulmamalıdır.

Doktrinde koruma hakkının etkin olarak kullanılmaması sebebiyle iade talebinin reddedilmesi eleştirilmektedir. Böyle bir düzenlemenin, mahkemelere geniş takdir hakkı verdiği iddia edilmektedir. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin esas amacı, çocuğun mevcut statükosunu korumak ve bunu biran önce yeniden tesis etmek olduğu için, koruma hakkının esası hakkında karar veremeyecek olan iade talebine bakan mahkemenin, koruma hakkının etkin olarak kullanılıp kullanılmadığını tahlil etmesinin Sözleşmenin öngördüğü amaçla çeliştiği ileri sürülmektedir[554].

Çocuğun iadesi hususunda en önemli etken hem iade talebinde bulunanın hem de hukuka aykırı olarak çocuğun yerini değiştiren kişinin, çocukla kurduğu ilişki ile çocuğa karşı sergiledikleri tutumlardır. Dava dilekçelerinde yer alan duygu dolu satırlardan etkilenmek yerine çocukla ebeveynler arasında kurulan manevi bağın göz önüne alınması daha sağlıklı ve yerinde olacaktır. Hâkim, iade dilekçesinde yer verilen edebi ve duygu yüklü sözlerle anlatılanları veya çocuğun geleceğine yönelik tarafların vaatlerini dinlemektense, çocuk için geçmişte verilmiş olan somut emekleri, gösterilen gayretleri ve çocuğun esenliği için önceden yapılanları dikkate almalıdır. Bu husus, çocuğun gelecekte nasıl bir ortamda yaşayacağı hakkında kanaat oluşturması bakımından ve de sağlıklı bir hükmün tesisi için kanaatimizce zemin hazırlayacaktır.

[554] Cathy S. Helzick, Returning United States Children Abducted to Foreign Countries: The Need to Implement The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction, Boston University Internataional Law Journal, Vol 5, 1987,S.145.

3. Çocuğun, Geçici Süreliğine Kişi veya Kuruma Bırakılması

Hukuka aykırı alıkoymanın gerçekleşebileceği diğer bir hal de, çocuğun, geçici bir süre için, anne ve babanın rızasına binaen, yakın aile dostlarının yanına gönderilip, sürenin dolmasından sonra iade edilmemesi durumudur. Bu türden bir örnekte çocuk mutad meskenin bulunduğu devletin dışına hukuka aykırı olarak çıkartılmamakla birlikte, süre dolduktan sonra iade edilmemesi nedeniyle sözleşmenin aradığı anlamda haksız alıkoyma fiili gerçekleşmiş olmaktadır[555]. Hatta uygulamada anne ve babanın koruma hakkına sahip olmadığı dönemde çocuğun mutad meskeni devletinin dışına çıkartılıp, sonrasında anne veya babanın koruma hakkını kazanması neticesi çocuğun iade edilmemesi halinde de alıkoymanın haksız olacağı kabul edilmektedir[556]. Doktrin, uygulamanın bu görüşünü haklı olarak eleştirmiştir. İki olayın birbirinden tamamen farklı olduğunu ileri sürerek birinde koruma hakkı sahibi anne veya baba belli bir süre için çocuklarının yurtdışında bulunmasına rıza gösterirken iken; diğerinde ise çocuk yurt dışına çıkartıldığı sırada anne ve baba koruma hakkına sahip bulunmadığından haksız bir alıkoyma filli de söz konusu olmamaktadır.

B. Madde 13 (b) Uyarınca İadenin Reddi

Kendisinden iade talebinde bulunulan mahkeme, çocuğun iadesinin, çocuk üzerinde fiziki veya psikolojik bir tehlike doğuracağını veya ileride tolere edilemeyecek zararların yaşanacağı yolunda ciddi bir risk bulunduğunu tespit ederse, iade talebini reddedebilir. Bu konuda adlî ve idarî makamların takdir yetkisi vardır. Ancak madde hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere iade talebinin geri çevrilebilmesi için çocuğun psikolojisinin veya fiziki bütünlüğünün iade sonrası tehlike altında bulunacak olması yeterli görülmemiştir. Ayrıca, böyle bir riskin varlığının, ciddi ve kuvvetle muhtemel olması gerekir. Riskin mevcudiyeti, somut veriler çerçevesinde tespit edilmelidir. Bir davada[557] madde hükmüne yorum getirilerek tehlikenin, açık ve delillerle desteklenir nitelikte ve sunulan bu delillerin uydurma, anlamsız, mesnetsiz iddialara

[555] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 56.
[556] WLR 1997 Cilt 3 s. 607.
[557] Re C. (Abduction: Grave Risk of Psychological Harm) 1999 1 Family Law Reports 1145 s.1154. Aynı yöndeki ABD mahkemesi kararları için bkz. Sheikh v. Cahill; Becker v. Becker. LeGette Caroline, International Child Abduction and The Hague Convention: Emerging Practise and Interpretation of the Discretionary Exception, Texas International Law Journal, Vol 25, 1990,s.298.

dayanmaksızın, kuşkudan ve endişeden uzak somut olması gerektiği belirtilmiştir. Riskin, bir faraziye üzerine kurulu olmaması gerekir. Bu ihtimalin sıradan bir tehlikeden ziyade esaslı, ciddi ve de önemli bir tehlike olması veya tehdit oluşturması gerekir[558]. "Potansiyel riske" veya "içinde bulunmanın olumsuz karşılanacağı duruma" yönelik ileri sürülecek delillerin o iddianın esası ile ilgili olması gerekir. Yoksa çok dolaylı veya zayıf bir bağlantının tesis edeceği irtibat yeterli görülmemelidir. Maddede belirtilen tehlike veya risk, çocuğun iadesinin söz konusu olduğu mutad meskenin bulunduğu yerin siyasî,coğrafî ve fizikî şartlarından kaynaklanabileceği gibi koruma hakkına sahip olan kişinin olumsuz özelliklerinden de kaynaklanabilir.

İadenin talep edildiği mahkeme, çocuğun psikolojik veya fiziki bir tehlikeyle karşı karşıya olup olmadığını tespit ederken çocuğun en üst derecede menfaatini gözeterek karar vermelidir. Doktrinde, 13. maddenin (b) bendinde belirtilen tehlike veya riskin bulunup bulunmadığının en iyi derecede, iadenin talep edildiği mahkemece değil, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden önceki mutad meskeni mahkemesince tespit edileceği ileri sürülmektedir[559].

Bu nedenle böyle bir durumun varlığı halinde çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yetkili mercilerle temasa geçilerek böyle bir iddianın geçerliliği hakkında bilgi edinilmelidir. Keza iade talebinde bulunulan mahkeme, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletteki büyükelçilik veya konsolosluklarla[560] da temasa geçerek bu türden bir tehlikenin var olup olmadığını araştırtabilir.

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin asıl gayesi koruma hakkını yeniden tartışmak olmayıp, çocuğu bir an evvel önceki mutad meskenine iadesini sağlamaktır[561]. Bu nedenle madde hükmü, bir tehlike olasılığından ziyade, mevcut bir tehlikenin varlığını kriter olarak almıştır.

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin bu maddesi çocuk için bir sigorta olup, güvenli bir liman tesis etmektedir. Her ne kadar Sözleşme hukuka aykırı olarak yer değiştirme öncesi mevcut

---

[558] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 141.

[559] Peter Nygh, **The International Child Abduction of Children**, Children on The Move- How to Implement Their Right to Family Life, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, Hague, s.37. ; Brian S. Kenworthy, The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States And The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction, **Indiana International Law and Comparative Law Review**, Vol.12, 2002, s.338.

[560] Büyükelçilik ve konsolosluklardan kasıt, iade talebinin yapıldığı mahkemenin tabiiyetinde olduğu devlete ait büyükelçilik ve konsolosluklardır.

[561] Gloria Folger DeHart, The Relationship Between The 1980 Child Abduction Convention and The 1996 Protection Convention, New York University Journal of International Law and Policies, Vol 33, Sayı 1, s.84

statükonun korunmasından yanaysa da; kimi hallerde bu statükoyu korumanın doğru olmayacağı durumların da bulunabileceği dikkate alınmıştır.

Madde hükmüne konan "müsamaha edilemeyecek bir duruma düşeceği yolunda ciddi bir riskin bulunması" ihtimali çocuğun doğrudan zarar görmeyeceği hallere örnek oluşturabilmesi amacıyla sevk edilmiştir. Söz gelimi annesinin aile içi şiddet gördüğü bir evde yaşayan çocuk, doğrudan babanın fiziki müdahalesine maruz kalmayabilir. Buna mukabil bu çocuğun böyle bir ortama tekrar iadesi, onun olumsuz şartlar içerisinde yaşamak zorunda kalacağının kabulünü haklı kılabilir[562]. Buna karşın kişinin agresif ve seri araba kullanmaktan ötürü bir çok trafik cezasının bulunması, hatta ehliyetine bu sebeple el konulmuş olması, bu kişinin geçimsiz veya çocuğuna karşı şiddet uygulayabilecek bir karakterde olduğuna karine sayılamaz.

Uygulamada 13.maddenin (b) bendi Amerikan, Kanada[563], Avustralya, Yeni Zelanda mahkemelerinde olduğu gibi Almanya[564], Fransız ve İsviçre hukuklarında da dar yorumlanmakta ve uygulanmaktadır.[565]

ABD mahkemeleri bu hükmü uygularken ileri sürülen delillerin, ortaya atılan savı destekler derecede açık ve inandırıcı olmasını aramaktadır[566]. ABD Federal Temyiz Mahkemesi madde hükmünün son derece istisnaî hallerde uygulanabileceğinin altını çizmektedir. Madde hükmümün uygulama alanı bulabileceği birinci halde; çok yakın bir zaman diliminde çocuğun mutad meskeninin bulunduğu âkit devlette bir savaşın çıkma ihtimali veya kıtlığın baş göstermesi veya bir salgın hastalığın başlayacak olması gerekir[567]. Önceliğin çocuğun menfaati olması karşısında, koruma hakkının bu gibi tehlikeler karşısında geri bırakılabileceği savunulmuştur. Kanaatimizce bu gibi durumların, yakın zamanda gerçekleşme ihtimali karşısında derhal iade talebinin reddine karar verilmesi doğru değildir. Tek başına savaş, kıtlık veya salgın hastalık olasılığının bulunması çocuğun iade talebinin reddedilmesine sebebiyet vermemelidir. Buna mukabil çocuğun menfaati gereği öyle bir ortamda yaşayacak olması da haklı olarak makul görülemeyebilir. Unutulmamalıdır ki; koruma hakkına sahip kişi savaş,kıtlık veya salgın hastalık

[562] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 136.
[563] Bkz. Thomson v. Thomson 1994 3 SCR 551.
[564] Bkz. 2 B v R 982/95 ve 983/95 sayılı 10 Ekim 1995 Tarihli Kararı.
[565] Lowe Nigel / Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children, Family Law 2004, s. 326-327.
[566] Lowe Nigel / Everall Mark / Nicholls Michael, s. 326.
[567] Lowe Nigel / Everall Mark / Nicholls Michael, s. 327,344. Buna karşın İsrail'de Eylül 20002'de başlatılan "intifada"dan bu yana birçok davada çocukların İsrail'e iadesine karar verilmiştir. Ancak İngiliz mahkemeleri iadenin çocuk için ciddi bir risk oluşturacağını kabul ederek çocukların İsrail'e iadesini reddetmiştir. Lowe Nigel / Everall Mark / Nicholls Michael, s.343'den naklen. Bkz. Freeman Edwin, International Terrorism And The Grave Physical Risk Defence of The Hague Convention on International Child Abduction ,International Family Law, s.60.

durumunda mevcut meskenini terk ederek başka bir şehre veya bölgeye hatta ülkeye yerleşebilir. Savaş, kıtlık veya salgın hastalık gibi hallerde iade talebinin reddine karar verirken, çocuğun iade edileceği koruma hakkına sahip kişinin, bu yakın tehlikeler karşısında ne gibi önlemler alabileceğinin ve bu gibi tehlikeleri bertaraf etmeye yönelik ne gibi imkanlara sahip olduğunun araştırılması gerekir. Kişinin imkanları tespit edilmeye çalışılırken sahip olduğu malî imkanlar ile sosyal çevresinin dikkate alınması gerekir. İade talebinde bulunan koruma hakkına sahip kişinin, çocuğun önceki mutad meskeninde çocuğuyla birlikte yaşamış olması; yaklaşan bir savaş,kıtlık veya salgın hastalık karşısında o bölgeyi veya coğrafyayı terk etmeyeceği anlamına gelmez. İade talebinde bulunan kişinin bu durum karşısında takınacağı tavır ile izleyeceği tutumun çocuğun menfaati ile birlikte ele alınarak değerlendirilmesi gerekir.

Federal mahkemeye göre 13.maddenin (b) bendinin uygulama alanı bulacağı diğer bir hal ise; ciddi bir istismarın veya ihmalin bulunduğu veya çocuğun, hukuka aykırı olarak yerini değiştiren kişiye karşı aşırı derecede duygusal yakınlık hissettiği durumlarda ortaya çıkabilir. Bununla birlikte her ne sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın, iade talebinde bulunan kişi, çocuğa yeteri derecede sahip çıkamayacak mizaç ve karakterde ise iade talebi reddedilmelidir[568]. Asıl olan çocuğun menfaatidir. Mesela koruma hakkına sahip kişinin terör örgütünün önde gelen kişilerinden olması halinde, çocuğuna sahip çıkacağını veya onun gelişimi için sağlıklı bir ortam yaratabileceğini iddia etmek pek mümkün görülmemektedir.

Doktrinde, çocuğun iade edileceği mutad meskenin bulunduğu ülkedeki evin haciz sebebiyle satılması veya kira akdinin sona ermesi sebebiyle tahliyeye konu olması halinde çocuğun 13. maddenin (b) bendi uyarınca iade edilmemesi gerektiği iddia edilmiştir[569]. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira çocuk, esas olarak yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden evvel mutad meskeninin bulunduğu yere iade edilmelidir. Ancak bu yerin dar ve katı anlamda çocuğun oturduğu ev olarak anlaşılmaması gerekir. Bu yer, çocuğun yaşam merkezinin bulunduğu coğrafyadır. Bu sebeple çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden evvel mutad meskeninin bulunduğu evin haciz sebebiyle satılması veya kira akdinin sona ermesi çocuğun iade edilmesine halel getirmez. Koruma hakkına sahip kişi mutad meskenin bulunduğu aynı bölge veya coğrafya içinde başka bir ev kiralayabilir veya satın alabilir. Bununla birlikte çocuğun mutad meskeninin bulunduğu evin hacze veya tahliyeye konu

[568] Lowe Nigel / Everall Mark / Nicholls Michael, s. 327.
[569] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s.139. Peter North /J. J. Fawcett, Cheshire's and North's Private International Law, 13. Edt. London, 1999, s.876.

olması hukuka aykırı bir durumdan ileri gelebilir. Kişilerin bu hukuksuzluğu bertaraf etmek için dava hakkının bulunduğunun unutulmaması gerekir.

Çocuğun iadesinin talep edildiği devletin sosyal devlet olması nedeniyle, iade talebinde bulunan devlete nazaran eğitim ve sağlık konularında daha elverişli imkanlar öngörmesi, çocuğun iade edilmemesi için gerekçe olmamalıdır[570].

İade talebini değerlendiren mahkeme, 13. maddenin (b) bendine göre, iadenin "ciddi bir riski" doğurup doğurmayacağını takdir ederken, bir kaç faktöre dikkat etmesi gerekir. Tehlikenin, gerçekleşme ihtimali, şiddeti, ne sıklıkla yaşanacağı, kime yönelik olacağı ve ne zaman gerçekleşeceğinin sağlıklı olarak tahlil edilmesi gerekir[571].

13. maddenin (b) bendini detaylı inceleyecek olursak, iade talebinin geri çevrilmesine olanak tanıyan üç tür ihtimalin bulunduğu görülür. Bunlar sırasıyla: iade edilme halinde çocuğun fiziki bir tehlikeye maruz kalacak olması, psikolojik bir zarar görecek olması veya müsamaha edilemeyecek bir duruma düşecek olmasıdır. Mahkemeler, madde hükmünü dikkate alırken sayılan ihtimallerin gerçekleşme olasılığının ne kadar yakın ve ne kadar yüksek olduğunu gözetmelidir[572].

Mahkemeler 13. madde hükmünde öngörülen şartları değerlendirirken çocuğun sosyal durumuna ilişkin yetkili makamlardan verilme bilgi ve belgeleri dikkate almak zorundadır. Doktrinde[573], bu düzenlemenin öngördüğü amacın istismar edilebileceğinden endişe duyulmaktadır. Zira iade davalarında yargılamanın ivedilikle görülmesi çocuğun menfaatinedir. Ancak 13. maddesinin (b) bendinde yer alan iade etmeme sebepleri itiraz olarak ileri sürüldüğünde, iddianın yerinde olup olmadığının ispatına ilişkin delilerin toplanması veya uzman kişiden rapor alınması zaman alabilmektedir. Bu nedenle yargılama hızının kesilmemesi için hâkimin öncelikle iade talep edilen ülkede gerekli tedbirlerin alınıp alınmadığını tetkik etmesi, şayet böyle bir güvence yoksa veya alınan tedbirler uygulanmıyor veya yetersiz kalıyor ise, itirazın değerlendirilmesine geçilmelidir.

---

[570] Brian S. Kenworthy, The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States And The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction, Indiana International Law and Comparative Law Review, Vol.12, 2002,s.338. ; Julia A. Todd, The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abductin: Are The Convention's Goals Being Achieved?,Global Legal Studies Journal, 1995, Vol 2, s.571.

[571] Glen Skoler, A Psychological Critique of International Child Custody And Abduction Law, Family Law Quarterly Vol 32, Number 3, 1998,s.579.

[572] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 140.

[573] Linda Silberman, Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis, Family Law Quarterly Vol 28, 1994 , s.26.

1. Çocuğun, İade Sonrası Fiziki Tehlikeye Maruz Kalacağı Konusunda Ciddi Riskin Bulunması

Madde hükmünde fiziksel tehlikeye yol açabilecek ciddi risklerin neler olabileceği açıklanmamıştır. Madde hükmünün lafzından, iadenin reddi için, çocuğun fiziksel bir tehlikeye maruz kalacak olması gerekmemektedir. Böyle bir ihtimalin bulunması, iadenin reddedilmesi için yeterli kabul edilmiştir. Şu halde, tehlikenin halihazırda bulunuyor olması gerekmeyip gelecekte kuvvetle muhtemel bulunması yeterlidir. Madde hükmü, esnek bir düzenleme içerdiği için istismara oldukça açıktır. Bu nedenle dar yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir[574]. Sözleşmenin öngördüğü güvencenin ortadan kaldırılmaması, için madde hükmünün amacıyla sınırlı uygulanması ve geniş yorumlanmaması gereklidir[575].

1980 tarihli La Haye sözleşme tasarısı kaleme alınırken Komisyon üyeleri madde metnine "çocuğun üstün menfaati"ni eklemekten özellikle imtina etmişlerdir. Bunun yerine "ciddi bir risk" kriterine yer vermişlerdir. Komisyon üyelerine göre "çocuğun üstün menfaati" koruma hakkının esası hakkında hüküm verecek olan çocuğun mutad meskeni mahkemesince ele alınması gereken bir kavramdır[576].

Çoçuğun, iade sonrası zarar göreceğinin kabulü için, bu tehlikenin ciddi ve telafi edilemez nitelikte olması veya bu türden bir riskin kuvvetle muhtemel olması gerekir. İadenin, çocuğun ekonomik geleceğine veya istikbaldeki eğitimine zarar verecek olması ciddi bir risk veya tehlike olasılığı olarak değerlendirilmemektedir[577]. Buna karşın İrlanda mahkemesinde görülen bir davada[578], babanın ailenin geliri üzerinde sorumsuzca tasarrufta bulunması, madde 13(b) kapsamında çocuğun iade edilmemesi için haklı bir neden olarak görülmüştür. Fransız mahkemesince verilen bir karar ise maddenin ne kadar geniş yorumlandığına örnek

---

[574] Jeanine Lewis, The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity, The Transnational Lawyer ,Vol.13, 2000, s.410.
[575] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor s. 434. paragraf 34.
[576] Anton A.E., The Hague Convention on International Child Abduction, International Comparative Law Quarterly, 1981, s.553. ; Ising Elizabeth, Refusing to Debate Wheaties Versus Milchreis: Blondin v. Dubois and the Second Circuits's Iınterpretation of the Hague Abduction Convention's Grave Risk Exception,NCJ International Law and Com. Reg., Vol.25, 2000,s.635.
[577] Jeanine Lewis, The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity, The Transnational Lawyer ,Vol.13, 2000, s.410.
[578] PF v. MF 1992 LR 390. Olayda, babanın, parasal gelirini iyi kullanamamasından ötürü tahliye nedeniyle ailenin, dokuz kez evlerini taşımak zorunda kalması 13.maddenin (b) bendinin uygulanması için haklı bir sebep olarak görülmüştür.

oluşturmaktadır. Fransız Mahkemesi, Los Angles'daki hava kirliliğinin çocuk için ciddi bir tehlike oluşturduğu gerekçesiyle iade talebini reddetmiştir[579].

Uygulamada, akit devletler "ciddi zarar tehlikesini" farklı kriterlerle belirginleştirmiştir. ABD mahkemeleri savaş, iç savaş, kıtlık veya hastalık gibi yakın bir tehlikenin mevcut olduğu hallerde veya çocuğun mutad mesken makamlarının çocuğa yönelik gerekli tedbirleri almada isteksiz davrandığı durumlarda veya bu hususstaki imkanların yetersiz veya kısıtlı olduğu vakıalarda iade talebini reddetmektedir[580].

İngiliz mahkemeleri için, iade talebinde bulunan kişinin alkolik[581] olması, evsiz olması veya yoksulluk içinde yaşaması çocuğun iadesine yönelik talebin reddedilmesi için yeterli görülmemiştir. Hatta kimi davalarda, iade talebinde bulunan kişinin geçmişte çocuğa karşı kusurlu davranışlar sergilemiş olması bile çocuğun iade edilmesini engellememiştir.[582]

Avustralya mahkemeleri için, madde 13 (b) anlamında tahammül edilmez bir zararın varlığı için öngörülebilir riskin sıradan, olağan karşılanabilecek türden olmaması gerekir. Potansiyel riskin, fiziksel veya psikolojik zararın doğasından kaynaklanması gerekir. Bu nedenle Avustralya makamları, çocuk için bu türden potansiyel bir riskin söz konusu olup olmayacağının en iyi, çocuğun mutad meskeni makamlarınca tahlil edileceğine inanmaktadırlar.[583] Mesela; Avustralya mahkemesinde görülen bir iade davasında[584], annenin alkolik olması çocuğun İskoçya'ya iadesine engel teşkil edecek derecede ciddi bir zarar tehlikesi olarak görülmemiştir.

Avustralya makamlarına göre, çocuğun mutad meskenine iade edilmesi; mutlak anlamda iade talebinde bulunan kişiye teslim edilmesi anlamına gelmemektedir.

---

[579]Jeanine Lewis, The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity, The Transnational Lawyer ,Vol.13, 2000, s.410.

[580] Elizabeth Ising, Refusing to Debate Wheaties Versus Milchreis: Blondin v. Dubois and the Second Circuits's Iınterpretation of the Hague Abduction Convention's Grave Risk Exception,NCJ International Law and Com. Reg., Vol.25, 2000,s.652. Bkz. ABD Temyiz Mahkemesinin Blondin v. Dubois Kararı 189, F.3d 240 (2. Circuit) 1999.

[581] Koruma hakkı sahibinin alkolik olması sebebiyle çocuğun iadesinin reddedildiği mahkeme kararı için bkz. Re Brian McMillan 1998 Outer House davası (Dicey/ Morris, Conflict of Laws, Volume 2,London,1993.s.836).

[582] Jeanine Lewis, The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity, The Transnational Lawyer ,Vol.13, 2000, s.411.

[583] Jeanine Lewis, The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity, The Transnational Lawyer ,Vol.13, 2000,s.411.

[584] Melbourne Aile Mahkemesinde görülen 26 Mart 1987 tarihli Re. Lambert davası (No.2115) için Bkz. Caroline LeGette, International Child Abduction and The Hague Convention: Emerging Practise and Interpretation of the Discretionary Exception, Texas International Law Journal, Vol 25, 1990,s.301.

İsrail mahkemelerine göre, çocuğa zarar verebilecek nitelikteki ciddi bir riskten bahsedebilmek için bu tehlikenin ciddi ve şiddetli olması gerekir[585]. Çocuğun kendisini alıkoyan kimseden ayrılacak olması sebebiyle üzülecek olması madde 13(b) anlamında ciddi bir risk oluşturmamaktadır [586].

Çocuk için öngörülen riskin normal ve sıradan bir riskten çok daha öte olması gerekir. Mesela, çocuğun, bir kişiden alınıp diğer kimseye verilmesinin, çocuk üzerinde beklenenin çok ötesinde psikolojik bir zarar doğurması gerekir.

İade sonrası fiziksel bir zarar görebilecek olması nedeniyle iade talebinin reddedilebilmesi için tehlikenin ihtimalden ziyade kuvvetle muhtemel olması gerekir. 13. maddenin (b) bendi uyarınca çocuğun iadesinin reddedilebilmesi için, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden önce de böyle bir tehlikenin var olduğunun veya iade talebinde bulunan âkit devlette, fiziki zarar ihtimalini bertaraf etmeye yönelik hukukî imkanların bulunmadığının veya alınacak tedbirlerin yetersiz kalacağının somut delillerle ispatlanması gerekir. Nitekim 1347/2000 sayılı AB Konsey Tüzüğünü tadil eden 27 Kasım 2003 tarih ve 2201/2003 sayılı Tüzüğün 11. maddenin 4. fıkrası da aynı düşünceden yola çıkarak, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 13. maddesinin (b) bendine istinaden iade talebinin reddedilebilmesi için, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu iade talebinde bulunan birlik üyesi devletin, iade sonrası çocuğun korunmasına yönelik gerekli güvence ve tedbirleri alamayacak olması gerekir[587].

Merkezi makamlar arasındaki işbirliği neticesinde çocuğun mutad meskeni ülkesindeki bir üçüncü kişi veya kuruma teslimi mümkün olabildiği için, gerekli tedbirlerin alındığına veya alınacağına kanaat getirilmesi halinde çocuk iade edilebilecektir[588].

İade talebinin reddi için riskin ciddi ağırlıkta olması gerekir. Çocuk geçmişte bir suçun mağduru olmuş veya gelecekte kuvvetle muhtemel olarak aynı veya benzer bir suçun mağduru olabilecek ise iade talebi geri çevrilebilir. Koruma hakkına sahip babanın daha önceden çocuğu ile ensest ilişki yaşaması halinde veya çocuğun kardeşi ile daha önceden bu nevi bir ilişkinin yaşanmış olması durumunda, koruma hakkına sahip olmayan anne, çocuğunu kaçırır ise iade

[585] Jeanine Lewis, The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity, The Transnational Lawyer ,Vol.13, 2000, s.412.
[586] Jeanine Lewis, The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity, The Transnational Lawyer ,Vol.13, 2000, s.412.
[587] Çocuğun iade edilmesi halinde, üye devlet tarafından çocuğu korumaya yönelik gerekli tedbirlerin alınacağı garanti edilmişse, UÇHKS'nin 13. maddesinin (b) bendi gerekçe gösterilerek iade talebi reddedilemez. Official Journal L338/1 23.12.2003.
[588] Jeanine Lewis, The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity, The Transnational Lawyer ,Vol.13, 2000, s.412.

talebi 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 13. maddesinin (b) bendi uyarınca geri çevrilebilir. Kanaatimizce böyle bir ihtimal ile karşılaşıldığında çocuğun iade edilme talebinin geri çevrilmesi bir yana kişisel ilişki kurulma hakkının kullanımı bile kısıtlanmalıdır. Çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip kişinin bu tarz sapkınlıklarının bulunması durumunda kolluk kuvvetlerinin nezaretinde çocuk ile ilişki kurulmalıdır. Bizim düşüncemizden farklı olarak İngiliz mahkemesinin verdiği bir kararda[589] hâkim, çocuğa karşı cinsel bir istismarın mevcut olduğu hallerde dahi çocuğun iade edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre asıl olan, çocuğun kaçırılma öncesi mutad meskeninin bulunduğu âkit devlete biran önce iade edilmesidir. Bu nedenle çocuğa karşı cinsel bir istismar söz konusu olduğu hallerde, çocuğun mutad meskeni mahkemesinin gerekli tedbirleri alacağına güvenilmelidir. Mahkemenin bu düşüncesine bir bakımdan hak verilebilir. Zira 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin asıl konusu, koruma hakkını yeniden tartışmaya açmak değildir. Bu husus Sözleşmenin 16. maddesinde açıkça dile getirilmiştir. Madde hükmünün öngördüğü istisna uyarınca koruma hakkının esasına ilişkin karar verebilmek için, çocuğun götürüldüğü veya alıkonulduğu âkit devletin adlî veya idarî makamlarınca, çocuğun iadesi konusunda sözleşmedeki şartların yerine gelmediğinin tespit edilmiş olması veya iade talebinde bulunabilmek için Sözleşmede öngörülen makul sürenin dolmuş olması gerekir. Nitekim bu husus Genelgede de belirtilmiştir[590].

Çocuğun iadesine hükmeden mahkeme kararında koruma hakkına ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması gerekir. Çocuğun iadesine karar verildiği hallerde koruma hakkına ilişkin düzenlemeleri yapmak, çocuğun iade edileceği devlet makamlarına bırakılmıştır. Benzer bir düzenleme çok daha açık ve net olarak Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Kanun Tasarısı'nın[591] 12. ve 13. maddelerinde ifade edilmiştir. Tasarının 12. madde hükmündeki düzenleme uyarınca, çocuğun iadesi hakkında karar verildiği hallerde ayrıca velâyet konusunda karar verilemeyecektir. Ancak çocuğun iade talebinin reddedildiği hallerde, velâyete ilişkin karar verilebilecektir. Keza çocuğun iadesine yönelik başvurunun yapılmasından sonra verilmiş olan bir velâyet kararı, iade talebinin reddine gerekçe oluşturmayacaktır[592]. Şu halde çocuğun kaçırılmasından sonra, çocuğu hukuka aykırı olarak alıkoyan kişi lehine hükmedilmiş bir velâyet kararı bulunsa bile, çocuk şartlar gerçekleşmiş ise iade edilebilecektir.

[589] N. v. N. davası için BKz. 1995 Family Law Reports 1 107.
[590] Bkz. Adalet Bakanlığı'nca yayınlanan 01.01.2006 tarihli ve 65 nolu Genelgenin II. Bölüm (7) numaralı paragrafı s.7.
[591] Tasarı için Bkz. www. tbmm.gov.tr Dönem ve yasama yılı 22/3 Esas Numarası 1/1101.
[592] Bkz. Tasarı madde 13.

Sözleşmeyi kaleme alanlar, böylece çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden hemen sonra alınacak yeni velâyet kararlarının önüne geçmek istemişlerdir[593]. Sözleşme mevcut statükoyu koruyarak çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden hemen önceki mutad meskeninin bulunduğu âkit devlete bir an önce iade edilmesini teminat altına almaktadır. Ancak çocuğun cinsel taciz mağduru olabilme ihtimali karşısında, çocuğun iade edilecek olması, onun öncelikle korunması ve gözetilmesi gereken üstün menfaatine hizmet etmeyebilir. İngiliz mahkemesinin verdiği bir kararda[594] cinsel taciz iddiasına karşılık 13. maddenin (b) bendinin uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmiştir. İhtilaf konusu olayda çocuğun aile içi cinsel taciz mağduru olduğu konusunda hiç tereddüt bulunmamaktadır. Ne var ki mahkeme olayın üzerinden dört yıl geçtiğini ve de annenin, çocuğun baba ile olan ilişkisine yönelik gerekli tedbirleri alması nedeniyle 13. maddenin (b) bendinin uygulanırlığının bulunmadığına hükmetmiştir. Buna karşın ABD mahkemesi kimi kararında, çocuğun geçmişte koruma hakkı sahibinin fiziksel şiddettine maruz kalmasını iade talebinin geri çevirilmesi için yeterli görmüştür[595].

İngiliz mahkeme kararına[596] konu olan başka bir olayda 13 yaşındaki erkek çocuk üvey babası tarafından şiddetli şekilde dövülmüştür. Mahkemece görevlendirilen psikologa ifade veren çocuk, üvey babasına karşı kendisinin de saygısızca ve kötü davrandığını kabul etmiştir. Bu itiraf üzerine psikolog, çocuğun âkit devlete iade edilmesi halinde ciddi bir tehlikeye maruz kalmayacağını dile getirmiş ve karar bu düşünce temelinde hükme bağlanmıştır. Gerçekten de koruma hakkına sahip kişinin çocuğu üzerinde tedip hakkı vardır. Toplumun çekirdek yapısını oluşturan ailede, çocukların topluma faydalı ve saygılı şekilde yetiştirilmeleri başta ebeveynlerin, sonrasında da sosyal çevre ve kurumların sorumluluğu altındadır. Ancak tedip hakkı kullanılırken, çocuğun ruhsal ve fizikî şahsiyetine zarar verilmemesi gerekir.

Kanaatimizce çocuğa karşı cinsel istismar veya fizikî şiddet iddiası var ise, mahkeme bu iddianın yerindeliğini uzman kişilerden[597] yararlanarak incelemelidir. İade talebinde bulunan kişinin çocuğa karşı kötü muamele yapıyor olması veya cinsel tacizde bulunmuş olması halinde

[593] Bu husus sözleşmeye ilişkin olarak Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı raporda belirtilmiştir. S. 465. paragraf 124.
[594] In. Re. M. Davası için Bkz. 1996 Family Law Reports 1 314.
[595] Bkz. Rodriguez v. Rodriguez davası (1999) 33 F. Supp. 2d 456. Sharon C. Nelson, Turning Our Backs on The Children: Implications of Recent Decisions Regarding The Hague Convention on International Child Abduction, University of Illinois Law Review,Vol 2001,No2,s.670, dn7.
[596] Re. H.B. davası içib Bkz. Family Law Reports 1997 /1 392.
[597] Bu kişiler pedagojik formasyon eğitimi almış, çocuk psikolojisi veya aile ilişkileri konusunda uzmanlaşmış kişiler olabilir.

iade talebinin reddine karar verilmelidir. Cinsel istismarın veya tacizin vuku bulduğu hallerde bu türden bir fiil ister geçmişte yaşanmış olsun ister gelecekte de yaşanma ihtimali kuvvetle muhtemel bulunsun, çocuk iade edilmemelidir. Gerçi çocuğun üstün menfaati çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlete iadesini haklı kılabilir. Keza 1980 tarihli La Haye sözleşmesi koruma hakkını tartışma konusu yapmadığından, çocuğun iadesi gerekebilir; ancak çocuk ile iade talebinde bulunan kişi arasında geçmişte yaşanan bir ensest ilişki, çocuğun ruhsal dünyasında silinmesi çok zor derin izler bırakacağı da unutulmamalıdır. Bu bakımdan iade talebinde bulunan kişi aynı zamanda koruma hakkına sahip ise ve de bu kişi geçmişte çocuğuna cinsel tacizde bulunmuş ise, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 13. maddesinin (b) bendi gerekçe gösterilerek iade talebi geri çevrilmelidir.

2. İadenin, Çocuğa Psikolojik Zarar Verecek Olması

Çocuk, hukuka aykırı olarak yerini değiştiren veya haksız olarak kendisini alıkoyan kişiden uzaklaştırıldığında psikolojisi bozulabilir. Bu kişi her ne kadar koruma hakkına sahip olmasa da, iade aşamasına kadar geçen süre zarfında, çocukla arasında yakın bir duygusal bağ kurulmuş olabilir. Çocuğun bu kişiden uzaklaştırılması çocuğun psikolojisini bozmakla birlikte ruhsal sağlığını da esaslı derecede etkileyebilir. Böyle bir ihtimalde 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin öngördüğü istisnalardan biri olan 13(b) madde hükmü uygulama alanı bulabilir.

İngiliz mahkemesine[598] konu olan bir iade talebinde, 13. maddenin (b) bendinin aradığı anlamda bir tehlikenin bulunabilmesi için, çocuğun yaşayacağı ruhsal üzüntünün normal karşılanmayacak derecede yoğun ve uzun sürecek olması aranmıştır. Çocuğun psikolojisinin sıradan, kabul edilemeyecek veya mazur görülemeyecek derecede bozulacak olması gerekir. Adeta çocuğun iadesinin çocuk üzerinde travma yaratması gerekir. Söz gelimi çocuğun anneye iadesi halinde, çocuğun ekonomik bakımdan sıkıntı yaşayacak olması, psikolojik bozukluğa sebep olabilecek bir etken olarak kabul edilmemiştir[599]. İade talebinin reddedilebilmesi için çocuğun psikolojisinin bu iade nedeniyle etkilenecek olması gerekir. Şayet çocuğun önceden de ruhsal bozukluğu veya psikolojik problemleri var idiyse bu halde 13.maddenin (b) bendine dayanılamaz. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ne göre çocuğun iadesinin kural, iade edilmemesinin ise istisna olduğu düşünülürse bu madde hükmünün dar yorumlanması gerekir.

[598] Re. A. (Minor) (Abduction) 1988 1FLR 370.
[599] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 146.

Yargıtay'ın da bir kararında[600] belirtildiği gibi 13. maddenin (b) bendi oldukça dar yorumlanmalıdır. Çocuğun geri verilmesi durumunda, şiddete veya tacize maruz kalacağı konusunda ciddi bir tehlikenin doğması ya da kıtlık, salgın hastalık yahut savaş hali gibi vahim hallerin bulunması halinde ancak iade talebi reddedilmelidir. Çocuğun yaşının küçük olması, başlı başına iade talebinin reddine sebep teşkil etmez.

Hâkimin çocuğunun ruhsal depresyona gireceği kanaatinde olması çocuğun iadesi için yeterli değildir. Bu görüşü destekler nitelikte tıbbi raporların dosyada bulunması gerekir. Uzmanlarca hazırlanan tıbbî raporlara istinaden, çocuğun depresyonda olduğu tespit edilerek çocuğun fiziksel ve ruhsal yönden anneye muhtaç olduğu şüphe götürmez ise 13.maddenin (b) bendi gerekçe gösterilerek iade reddedilebilir[601]. Sözgelimi, çocuğun yaşının çok küçük ve annesinin emzirmesine muhtaç olması madde hükmünün uygulanmasına sebebiyet verebilir. Nitekim Yargıtay[602] bir kararında çocuğun 2003 doğumlu olduğunu gözeterek ana şefkatine ihtiyacı olduğunu ve iade edilmesi halinde gelişiminin tehlikeye düşeceğini ileri sürerek çocuğun iadesine yönelik talebi reddetmiştir.

Yargıtay bir başka kararında[603], iade edilmeleri halinde çocukların fizikî ve psikolojik gelişmelerinin tehlikeye düşeceği yolunda ciddi 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. Şu halde mahkemeye ibraz edilen rapor veya kanıtlarda belirtilen hususlar tek başına çocuğun iadesinin reddine karar vermeye yeterli görülmemiştir. Bu rapor ve kanıtlarda belirtilen ifadelerin, düşünceleri destekler ölçüde kuvvetli ve birbiriyle çelişmeyen gerekçelerle zenginleştirilmesi gerekir. Çocuğun iade edilmesi halinde psikolojisinin bozulacağına ilişkin uzman kişilerce hazırlanan raporun bu argümanı destekler gerekçeye de sahip olması gerekir.

Kimi mahkeme kararında çocuğun yaşayacağı psikolojik rahatsızlığın asıl sebebinin iade edilmek olmayıp, annesinden ayrı kalacak olması gösterilmiştir[604]. Doktrinde haklı olarak bu

---

[600] Yargıtay 2.HD. 4.6.2004 tarihli E. 2004/10536 K. 2004/11797 sayılı kararı.
[601] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 147.
[602] Yargıtay 2. HD. 7.06.2004 tarihli E. 2004/6263 K.2004/7325 sayılı kararı.
[603] Yargıtay 2. HD. 3.06.2004 tarihli E. 2004/6259 K.2004/7217 sayılı kararı.
[604] İrlanda mahkemesinin kimi kararında bu husus dile getirilmiştir. 1994 SLT 745. Aynı yönde ABD mahkeme kararı için Bkz. Steffen F. v. Severina P., (1997) 966 F. Supp 922 (Nelson C. Sharon, Turning Our Backs on The Children: Implications of Recent Decisions Regarding The Hague Convention on International Child Abduction, University of Illinois Law Review,Vol 2001,No2,s.670-671,dn7.)

görüş eleştirilmiştir[605]. Bu türden bir ayrımın yapılmasının pratikte kolay olmadığına dikkat çekilmiştir. Çocuğun annesinden ayrılacak olması çocuğun manevi dünyasında bir üzüntü ve moral bozukluğu yaratabileceği gibi halihazırda bulunduğu ortamdan daha kötü şartlarda yaşayacak olması da psikolojik rahatsızlıkların doğumuna sebebiyet verebilir. Kanaatimizce psikolojik rahatsızlığın yaşanacak olmasının sebebi çocuğun iade edilmesi olacak ise bu halde çocuğun ne kadarlık süre zarfında eski mutad meskenine alışacağının bilimsel ve tıbbi verilere dayanılarak araştırılması gerekir. Şayet bu süre, çocuk için tahammül edilemez derecede uzun sürecekse madde 13(b) hükmüne dayanılarak iadeden kaçınılabilir.

Fransız yüksek mahkemesi madde hükmünü uygularken çocuğun, kendisini hukuka aykırı olarak alıkoyan kişiyle birlikte ne kadar süredir yaşadığını dikkate almaktadır. Çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştiren veya haksız alıkoyan kişi, çocukla üç veya dört yıl geçirmişse bu süreden sonra çocuğun iadesinin çocuk için müsamaha edilemeyecek bir durum yaratacağını kabul ederek iade taleplerini reddetmektedir[606].

ABD mahkemeleri 13. maddenin (b) bendine dayanarak çocuğun iadesini reddederken birkaç hususu dikkate almaktadırlar. Çocuğun, iade sonrası cinsel veya fiziksel istimara konu olma ihtimali kuvvetle muhtemel ise veya iadesini talep eden devlet, çocuğu korumaya yönelik gerekli önlemleri almada yetersiz kalıyor veya kalacak ise iade talebi reddedilmektedir[607].

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

Çocuğun iadesi, kendisinin tolere edemeyeceği derecede bir tehlike doğuracak ise iade talebi reddedilmelidir. Bu ret sebebinin dikkate alınması için, çocuk için katlanılamaz olan durumun son derece ciddi olması gerekir[608]. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi bu konuda mevcut bir tehlike yanında ciddi bir tehlikenin varlığını da aramıştır. İstisnai olarak kimi mahkeme[609], müsamaha edilemeyecek durumun, çocuğun iadesini talep eden kişiyle olan ilişkisinden ziyade

---

[605] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 148.
[606] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 149.
[607] Kenworthy S. Brian, The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States And The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction, Indiana International Law and Comparative Law Review, Vol.12, 2002,s.350.
[608] İnci Ataman Figanmeşe, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, s.92.
[609] Bkz. Avustralya Mahkemesinde görülen dava. Gsponer v. Johnstone (1988) 12 Family Law Reports 755. Caroline LeGette, International Child Abduction and The Hague Convention: Emerging Practise and Interpretation of the Discretionary Exception, Texas International Law Journal, Vol 25, 1990,s.300-301.

mutad meskeninden kaynaklanması gerektiğini kabul etmektedir[610]. Söz gelimi çocuğun, mutad meskeninin uyuşturucu kullanımının serbest olduğu Hollanda'da bulunuyor olması böyle bir yoruma gerekçe olabilir.

Madde hükmü, son derece dar yorumlanmalıdır. Ancak gerçek ve ağır bir tehlikenin varlığı karşısında çocuğun iadesinden kaçınılmalıdır. Çocuğun iade edilmesi çocuğa yönelik öylesine ağır bir tehlike yaratmalıdır ki, objektif düşünüldüğünde koruma hakkına sahip kişinin çocuğun iadesini talep etmesi vicdanen makul görülmemelidir[611].

Doktrinde[612] madde kapsamına girecek vakıalara örnek olarak kardeşlerin birbirinden ayrılacak olması gösterilmektedir. Kardeşleri mümkün olduğu ölçüde birbirinden ayırmamaya ihtimam gösterilmelidir[613]. Kardeşlerin, birbirinden ayrılması onları gelecekte tahammül edilmez bir psikolojik travma yaşamalarına sebebiyet verebilir. Bu durum 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 13.maddesinin (b) bendinin aradığı anlamda ciddi bir tehlike olarak nitelendirilmektedir. Söz gelimi biri kız diğeri erkek iki kardeşten sadece birinin, iade sonrası ciddi bir tehlike içinde bulunacak olması kuvvetle muhtemel ise bu durumda kardeşleri birbirlerinden ayrı tutmamak için iade talebi reddedilmelidir. Doktrinde kardeşlerin birbirinden ayrı tutulmaması gerektiği iddia edilmekle birlikte üvey kardeşlerin veya yaş aralığı fazla bulunan kardeşlerin birbirlerinden ayrı tutulabileceğine dikkat çekilmektedir[614]. Bir davada[615], üç kardeşten ikisinin itirazı dikkate alınarak iadesi reddedilirken üçüncü kardeşin iade edilecek olmasının çocuğun psikolojisini bozacağı ve kardeşlerinden ayrı tutulmasının kendisi için müsamaha edilemeyecek bir durum yaratacağı kabul edilmiştir. Bir başka davada[616], altı yaşındaki erkek çocuğun, kendisine bir nevi annelik yapan onbir yaşındaki kız kardeşinden ayrı tutularak İspanya'ya iade edilmesi halinde, tahammül edilmez bir durumun ortaya çıkacağı gerekçe gösterilerek iade talebi geri çevrilmiştir.

Mahkemeler kimi zaman kardeşlerin velâyetini eşlere ayrı ayrı vermektedir. Fransız Montpellier yüksek mahkemesi bir kararında, Danimarka mahkemesince verilen velâyet kararına

---

[610] Merle H. Weiner, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, Vol 69,2000,s.659.
[611] İnci Ataman Figanmeşe, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, s.89-90.
[612] Bkz. Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children Law Practise and Procedure, sy 335.
[613] Bilge Öztan, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2004, s.468.
[614] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 198.
[615] B. v K. (Child Abduction) 1993 1 FCR 382.
[616] Re. T. (Abduction: Child's Objection to Return) 2000 2 FLR 192/212-219.

binaen, dokuz yaşındaki erkek çocuğun, on iki yaşındaki kız kardeşinden ayrılarak Danimarka'ya iadesine hükmetmiştir[617]. Mahkemeler kimi zaman Danimarka mahkeme kararında olduğu gibi, kız çocuğun velâyetini anneye, erkek çocuğunkini ise babaya vermektedir. Bu gibi durumlarda kardeşler arasındaki ilişki zayıflayabilmekte ve birbirleri arasındaki dayanışma da azalabilmektedir. Diğer kardeşle birlikte yaşaması için kardeşlerden birinin yeri hukuka aykırı olarak değiştirilir ise, kaçırılan kardeşin iade edilip edilmeyeceği tartışmalı bir hal alacaktır. Bu konudaki görüşümüzü açıklamadan önce ileri sürülebilecek argümanlara değinmek istiyoruz. Bir görüşe göre böyle bir halde diğer kardeşin önceki mutad meskenine iade edilmesi gerekebilir. Zira 1980 tarihli La Haye sözleşmesi, koruma hakkının esasını tartışmamaktadır[618]. Bir adli yardım sözleşmesi niteliğindedir[619]. Şu halde hâkim, sözleşmede öngörülen diğer ret sebeplerinin bulunmadığından emin ise, çocuğun iadesine hükmetmelidir.

Diğer bir görüşe göre, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen kardeşin iade edilmemesi gerekebilir. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin başlangıç kısmında çocuğun üstün menfaatinin herşeyden üstün ve önde tutulduğu vurgulanmıştır. Çocuğun üstün menfaati ise olayın özelliklerine göre çocuğun, kardeşleriyle birarada yaşaması olabilir. Böyle bir ihtimalde koruma hakkına sahip kişinin menfaati, çocuğun üstün menfaati karşısında geri planda tutulmalı ve 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 13. maddesinin (b) bendine dayanarak iade talebi reddedilebilmelidir. Çocuğun, kardeşinden ayrılacak olması kendisi üzerinde olumsuz psikolojik etki yaratabilecektir. Keza kardeşlerin birbirinden ayrılması çocuklar için müsamaha edilemez bir durum olarak da algılanabilir. Türk hukukundaki uygulamaya[620] bakıldığında sağlık, güvenlik, okul durumu gibi özel sebepler gerektirmedikçe kardeşlerin birbirinden ayrılmasının onların gelişimine olumsuz etki yaptığı kabul edilmektedir. Hatta boşanma ve ayrılık davalarında bile dava süresince mümkün mertebe kardeşler birbirinden ayrı tutulmamaktadır.

Çocuklar birden fazla ise, halin icabı bunu zorunlu kılmadıkça kardeşleri birbirinden ayırmamak gerekir. Zira kardeşlerin her birinin ayrı şartlar, çevreler ve terbiye içerisinde yetişmeleri gelecekte onları birbirine karşı uzaklaştırabilir ve bir takım komplekslere sürükleyebilir[621].

---

[617] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 198 dn 176.
[618] Bkz. Sözleşmenin 16.madde hükmü.
[619] İnci Ataman Figanmeşe, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, s.99.
[620] Bkz. Yargıtay 2. HD. 30.12.2002 tarihli E.13860 K.15193 sayılı kararı.
[621] Turgut Akıntürk, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, 7. Bası, İstanbul 2002 s.303-304.

Kardeşler üzerindeki velâyet sorumluluğunun farklı kişilere yüklendiği hallerde, kardeşlerden biri diğer kardeşin yanına hukuka aykırı olarak götürüldüğü vakit, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi kapsamında iade talebi değerlendirilirken çok hasas davranılmalıdır. Mahkeme, kardeşleri mutlaka dinlemeli ve uzman pedagoglardan görüş almalıdır. Kanaatimizce kardeşler arasındaki yaş farklılığının çok açık olması çocuğun iadesi için yeterli değildir. Söz gelimi 15 yaşındaki bir çocuğun, henüz yeni doğmuş kardeşi ile arasındaki bağın zayıf olduğu iddia edilemez[622]. Ancak halin icaplarına göre üvey kardeşler arasındaki bağ, öz kardeşler arasındaki bağa göre daha gevşek olabilir. Bu gibi hallerde hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen kardeşin iadesi Sözleşme'de öngörülen red sebeplerine aykırı olmayabilir. Öz kardeşlerin birbirinden ayrılacak olması 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 13. maddesinin (b) bendine aykırılık yaratabilir. Ancak hâkimin bunu tahlil ederken çok temkinli davranması gerekir. Kardeşin iade edilmesinin diğer kardeş için son derece olumsuz bir durum yaratacak olması gerekir. Söz gelimi boşanma davasına bakan mahkeme, ayda ikişer hafta süreyle kardeşlerin birbirleriyle görüşmesini hükme bağlamışsa, iade talebinin 13. maddenin (b) bendine dayanılarak reddedilmesi yerinde olmayabilir.

İadenin, çocuğu müsamaha edilemeyecek duruma düşürecek olması sağlık sebeplerinden de kaynaklanabilir. Avustralya mahkemesinin verdiği bir kararda[623], mutad meskeni Yunanistan'da bulunan otistik çocuğun iadesi reddedilmiştir. Mahkeme, Yunanistan'da otistik çocuklar için öngürülen sağlık hizmetinin yetersiz olduğunu gerekçe göstererek ve çocuğun Avustralya'da daha iyi bakılacağına, bu nedenle iadenin çocuk için ciddi zarar tehlikesi doğuracağına karar vermiştir.

İspanya'da görülen bir davada ise[624], Lanzarotti'deki iklimin çocuğun sağlığına çok iyi geldiği gerekçe gösterilerek Almanya'ya iade edilmesi halinde ciddi bir zarar tehlikesi ile karşı karşıya kalacağı iddia edilmiştir. Mahkeme bu iddiayı yerinde bularak iade talebini reddetmiştir.

İklim koşulları gerekçe gösterilerek çocuğun iade edilmeyecek olması her zaman yerinde bir karar olmayabilir. Mahkemenin bu hususu ele alırken, çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmezden evvel o coğrafyada ne kadar süredir yaşadığını tahlil etmesi gerekir. Şayet

[622] Kanada Mahkemesinde görülen bir davada, üç yaşındaki çocuk iade edilirken, iadeye itiraz eden ondört yaşındaki kardeşi iade edilmemiştir. Bkz. Chalkley v Chalkley 1995 10 RFL 4th 442. Peter North /J. J. Fawcett, Cheshire's and North's Private International Law, 13. Edt. London, 1999, s.877.
[623] DP v Commenwealth Central Authority, 2001 180 ALR 402.
[624] Beilfuss, International Child Abduction in Spain . International Journal of Law, Policy and Family, 2001, sy. 339.

çocuk doğduğundan bu yana mutad meskeninin bulunduğu ülkede yaşamış ise ve de hiçbir sağlık sorunu bulunmuyor ise, iade talebi geri çevrilmemelidir.

Kanaatimizce koruma hakkına sahip anne veya babanın çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlette veya diğer bir âkit devlette, cinsiyet değişikliği için gerekli yasal işlemlerde bulunması halinde veya ameliyatla cinsel kimliğini değiştirmiş veya değiştirecek olması durumunda çocuğun bu kişiye iadesi müsamaha edilemeyecek bir durum olarak değerlendirilebilir.

a. Koruma Hakkına Sahip Kişinin, Çocuğun Mutad Meskeni Devletine Dönmeyecek Olması

Doktrinde koruma hakkına sahip kişinin, çocuğun kaçırılmazdan evvelki mutad meskenine çocukla birlikte dönmeyi reddetmesi halinde madde 13/b anlamında tahammül edilmez bir zarar tehlikesinin ortaya çıkabileceği iddia edilmiştir. Bu görüşe göre, sözleşmede öngörülen ciddi tehlikenin varlığı, çocuğun eski mutad meskenine dönecek olmasından değil; koruma hakkına sahip olan kişinin çocuğun kaçırılmazdan evvel mevcut olan âkit devletteki mutad meskenine dönmeyi reddetmesinden kaynaklanmaktadır[625]. 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 davada[626] 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 de mutad meskeni Türkiye'de olan yabancı devlet vatandaşı çocuk üzerinde koruma hakkına sahip bir kişi, Pasaport Kanununun[627] 8. maddesine göre Türkiye'ye girmesi

[625] Bkz. C. v C. (Minor: Abduction: Rights of Custody) 1989 1 WLR 654. Lowe/Everall, Nicholls, International Movement of Children, s.332.
[626] Re. L. (Abduction: Pending Criminal Proceedings) 1999 1 FLR 433.
[627] RG. 24.07.1950-7564.

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 olması sebebiyle bebek anneye muhtaç ise Türkiye'ye iade edilmemesi haklı görülebilir.

Mahkeme kararlarında, hukuka aykırı olarak çocuğun yerini değiştiren kişinin, çocuğun mutad meskeni devletine gidemeyecek olması, çocuğun iadesinin reddini gerektiren ciddi bir zarar tehlikesi olarak kabul edilmemiştir. Sözgelimi İngiliz mahkemesinde görülen bir davada[628], çocuğun Vancouver'a (Kanada) iade edilmesi halinde, (çocuğu kaçıran) annenin malî durumunun kötü olması sebebiyle çocuğunu bir daha Kanada'da ziyaret edemeyecek olması, ciddi bir zarar tehlikesi olarak değerlendirilmemiştir. Keza bir başka davada[629] da çocuğun Avustrulya'ya iade edilmesi halinde, babanın gerekli malî desteği sağlamayacak olması nedeniyle anne ve çocuğun zor duruma düşecek olması, çocuğun iadesinin reddini gerektiren "ciddi bir zarar tehlikesi" olarak kabul edilmemiştir.

b. Müsamaha Edilemeyecek Durumlardan "Aile içi Şiddet"

Yapılan araştırmalar çocuk kaçırmalarının önemli bir sebebinin aile içi şiddetten kaynaklandığını göstermektedir. Söz gelimi Başbakanlık Aile Araştırma Kurumunun 1995 tarihli araştırma sonuçlarına göre, Türkiye'de ailelerin %34'ünde fiziksel, %53'ünde ise sözlü şiddete rastlanmaktadır. Çocuklara yönelik fiizksel şiddete rastlanma oran ise %46'dır[630].

Sözleşmede çocuğun aile içi şiddet görüyor olması halinde iadesinin reddedilebileceğini düzenleyen özel bir hüküm bulunmamakla birlikte, 13.maddenin (b) bendi bu gibi hallerde uygulama alanı bulabilir. Mahkemede, hiçbir delil ibraz edilmeksizin çocuğun aile içi şiddet gördüğünün iddia edilmesi iade talebinin reddi için yeterli görülmemektedir[631]. İade talebini

[628] Re. A. (A Minor) 1988, 1 FLR 365. Bkz. LeGette Caroline, International Child Abduction and The Hague Convention: Emerging Practise and Interpretation of the Discretionary Exception, Texas International Law Journal, Vol 25, 1990,s.306.
[629] 13 Ocak 1988 tarihli Re. Arthur. (A Minor) CA 1223/87 davası için Bkz. Caroline LeGette, International Child Abduction and The Hague Convention: Emerging Practise and Interpretation of the Discretionary Exception, Texas International Law Journal, Vol 25, 1990,s.306.
[630] www. sodev.org.tr/dosyalar/kadinsorunlari/ais/yanlis_inanis2.htm (01.12.2007 tarihi itibariyle).
[631] Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children Law Practise and Procedure, sy 335

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 şikayette bulunulmadığı veya tıbbî müdahale talep edilmediği hallerde bu yöndeki itiraza şüpheyle yaklaşmak gerekir[632].

Buna karşın çocuğa yönelik aile içi şiddetin vaki olduğu durumlarda 13. maddenin (b) bendi gerekçe gösterilerek derhal iade talebi reddedilmemelidir. Hâkim bu gibi durumlarda, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu âkit devlette, aile içi şiddet gören çocuk ve eş için hukuken yeterli ve etkin bir güvencenin bulunmadığını tespit ettiği vakit iade talebini reddedebilir[633]. Ancak mahkemeler, çocuğun mutad meskeni devletinin gerekli korumayı sağlayacağından emin olmadıkça çocuğu iade etmemelidir. Hatta çocuğun mutad meskeni devletinde aile içi şiddet yaşamış olması, gerekli tedbirlerin alınmadığı veya alınmada yetersiz kalındığına karine teşkil edebilir.

Mesela; İngiliz mahkemesine konu olan bir davada[634], kocasından aile içi şiddet gören kadın, kocasının bir kişiyi öldürmekten ötürü hapis cezasına çarptırıldığını ve hapis cezası sona erdikten sonra kendisiyle tekrar biraraya 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. Buna mukabil bir başka davada[635], uzun dönemden beri depresyonda olan babanın, alkolik olması, eşine ve çocuklarına karşı şiddet göstermesi karşısında, çocuğun mutad meskenine iadesinin ciddi risk oluşturacağı kabul edilmiştir. Kanada (Ontario) mahkemesince verilen bir kararda[636] ise, kocanın eşine karşı fiziksel şiddet uygulamasının annesine tamamen bağlı olan altı yaşındaki çocuğu olumsuz etkileyeceği dile getirilerek, çocuğun mutad meskenine iadesi reddedilmiştir. Olayda çocuğa karşı her ne kadar doğrudan bir fiziksel şiddet bulunmasa da, çocuğun o ortama iadesinin kendisi için tahammül edilmez sonuçlar doğuracağı kabul edilmiştir. Sözleşme madde 13(b) bendi her ne

---

[632] Merle H. Weiner, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, Vol 69,2000,s.659. Bu yöndeki karar için Bkz.Ciotala v. Fiocca 684 N.E. 2d 763 (Ohio Ct. Com Pl. 1997)
[633] Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children Law Practise and Procedure, sy 335.
[634] Re M. (Abdution: Intolerable Situation) 2000 1FLR 930.
[635] MacMillan v MacMillian 1989 SLT 350.
[636] Pollastro v Pollastro 1999 171 DLR 4th 32.

kadar doğrudan çocuğa yönelik fiziki veya psikolojik tehlikeyi göz önüne alıyor olsa da, çocuğun fiziken ve manen şiddet gören kişiye tabi olduğu hallerde, çocuğun bu gibi fiillerden dolaylı olarak etkilendiğinin kabulü gerekir[637]. Aynı şekilde Pollastro davasında mahkeme çocuğun iade edilmesi halinde, gelecekte annesi gibi fiziksel şiddete maruz kalabileceğini öngörerek iade talebini reddetmiştir[638]. ABD mahkemelerinde görülen bir başka davada[639], ilk derece mahkemesi aile içi şiddetin varlığını kabul etmekle birlikte çocuğa yönelik herhangi bir fiziksel şiddetin bulunmadığını gerekçe göstererek, çocuğun iadesine hükmetmiştir. Temyiz mahkemesi ise eşe yönelik fiziksel şiddete tanık olan bir çocuğun aynı zamanda psikolojik bir tehlikeye maruz kaldığına hükmederek 13. maddenin (b) bendi gereği çocuğun iadesini reddetmiştir. Hemen belirtelim ki; ABD mahkemeleri önceleri çocuğa doğrudan yöneltilmeyen, ancak tanık olduğu aile içi şiddeti madde 13/b anlamında bir red sebebi olarak değerlendirmemekteydi[640]. Sonradan verdiği kararlarında ise içtihadını değiştirerek, çocuğa karşı doğrudan yöneltilmese bile çocuğun tanık olduğu aile içi şiddetin madde 13/b kapsamında bir iade engeli oluşturduğu kabul edilmiştir[641].

Bir başka davada[642] ise mahkeme, kocanın, çocuğa ve karısına karşı şiddet uyguladığını gerekçe göstererek çocuğun Fransa'ya iadesini 13. maddenin (b) bendine dayanarak reddetmiştir. Mahkeme, Fransız makamlarının çocuğun korunması hususunda gerekli tedbirleri almada yetersiz kaldığı kanaatine varmıştır[643].

Mahkemeler, aile içi şiddet vakıaları karşısında, çocuğun iadesi konusunda hüküm tesis etmeden önce, çocuğun mutad meskeni makamlarınca iade sonrası gerekli önlemlerin etkin olarak alınıp alınmayacağını tahlil etmeleri gerekir[644]. Bunun yanında iadenin çocuğun üstün

---

[637] Merle H. Weiner, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, Vol 69,2000,s.652.
[638] Merle H. Weiner, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, Vol 69,2000,s.653.
[639] Walsh v. Walsh Nos. 99-1747, 99-1978, 2000 WL 1015863 (1. Cir 25.07.2000)
[640] Bkz. Nunez-Escudero v. Tice-Menley davası 58 F.3d (8th Circuit) 1995 , 374. Ayrıca Crol v. Crol 66 F. Supp 2d (SDNY 1999) 554
[641] Sharon C. Nelson, Turning Our Backs on The Children: Implications of Recent Decisions Regarding The Hague Convention on International Child Abduction, University of Illinois Law Review,Vol 2001,No2,s.678.
[642] Blondin v. DuBois 19 F. Supp. 2d 123. (SDNY 1998)
[643] Detaylı bilgi için Bkz. Sharon C. Nelson, Turning Our Backs on The Children: Implications of Recent Decisions Regarding The Hague Convention on International Child Abduction, University of Illinois Law Review,Vol 2001,No2,s.692.
[644] Bu yönde ABD mahkemesi kararı için Bkz. Tabacchi v. Harrison No.00 C 4130,2000 WL190576 (N.D. III ,2000) ve ayrıca (Blondin II) davası Blondin v. Dubois 189 F.3d (2nd Circuit 1999) Sharon C. Nelson, Turning Our Backs

menfaatine hizmet edip etmeyeceği de araştırılmalıdır. Unutulmamalıdır ki aile içi şiddet gören bir kadının çok fazla opsiyonu bulunmamaktadır. Eşini terk etmesi halinde çocuğunu tek başına bırakmanın endişesini yaşayacaktır. Diğer taraftan, çocuğunu yanına alarak evden ayrılması durumunda da, kanuna aykırı davranmış olacaktır[645].

Mahkemeler, 13. madde hükmünde yer alan itiraz sebeplerini değerlendirirken, çocuğun sosyal durumuna ilişkin merkezî veya mutad meskeni makamlarınca sağlanan bilgi ve belgeleri gözönünde bulundurmak zorundadır[646]. Ancak mahkemeler, çocuğun sosyal durumuna ilişkin hazırlanacak raporlara istinaden 13. maddenin (b) bendini değerlendirmeyi beklememelidirler[647]. Zira, delillerin toplanması ve çocuğun sosyal durumuna ilişkin hazırlanan raporun iade talebini değerlendirecek mahkemeye tevdi edilmesi uzun bir süre alabilir. Bu nedenle mahkemeler, çocuğun sosyal durumuna ilişkin raporların ivedilikle hazırlanması ve kendilerine tevdi edilmesi için gayret ve titizlik göstermelidirler. Aksi halde çocuğun iadesine ilişkin 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin öngördüğü yargılama da çabukluktan uzaklaşılmış olacaktır.

c. Müsamaha Edilemeyecek Durumlardan "Cinsel İstismar"

Çocuğa yönelik cinsel bir istismar tehlikesinin mevcudiyeti iadenin reddi için haklı bir gerekçe oluşturabilir[648]. Cinsel istismarın, çocuğun psikolojisini bozacağı bir gerçektir. Böyle bir ihtimalin veya gerçeğin varlığı, gelecekte çocuk üzerinde tahammül edilmez derecede vahim sonuçlara yol açabilir. Kanaatimizce hâkim, bu sebebe bağlı olarak çocuğun iadesinin reddini değerlendirirken dikkatli ve temkinli davranmalıdır. Şayet, çocuğa karşı önceden cinsel bir istismarın vuku bulduğu kesin ise artık çocuğun önceki mutad meskenine iade edilmemesi gerekir. Zira, bu durum çocuğun mutad meskeni ülkesindeki yetkili makamların çocuğu koruma hususunda gerekli tedbirleri almada yetersiz kaldığına karine teşkil edebilir. Kanaatimizce, iade sonrasında çocuğun mutad meskeni makamlarının gerekli tedbirleri alacak olmasının pek bir

---

on The Children: Implications of Recent Decisions Regarding The Hague Convention on International Child Abduction, University of Illinois Law Review,Vol 2001,No2,s.671.

[645] Sharon C. Nelson, Turning Our Backs on The Children: Implications of Recent Decisions Regarding The Hague Convention on International Child Abduction, University of Illinois Law Review,Vol 2001,No2,s.699.

[646] Bkz. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 13. maddesinin son fıkra hükmü.

[647] Report of the Second Special Commission paragraf 14,241. Merle H. Weiner, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, Vol 69,2000,s.658.

[648] Brian S. Kenworthy, The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States And The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction, Indiana International Law and Comparative Law Review, Vol.12, 2002,s.349.

önemi yoktur. Çocuğa karşı cinsel istismarda bulunan bir babanın, çocukla kolluk kuvveti nezaretinde kişisel ilişki kurmasına müsaade edilmesi bile yeterli bir güvence tesis etmeyebilir. Söz gelimi, çocuğuyla polis nezaretinde kişisel ilişki kurması gereken yabancı devlet vatandaşı bir baba, bu denetimden kurtulabilmek amacıyla çocuğunu yanına alarak vatandaşı olduğu devlete ait konsolosluk binasına gitmesi ihtimalinde; konsolosluk binasının diplomatik dokunulmazlığı sebebiyle, kolluk kuvveti binanın içine alınmayabilir. Şu halde, kimi durumda tedbirlerin alınması çocuğun korunması aşamasında yetersiz kalabilecektir.

İngiliz mahkemesinde görülen bir davada[649], dokuz yaşındaki kızını hukuka aykırı olarak yanında alıkoyan baba, çocuğun İsveç'te yaşayan annesine iade edilmesine karşı çıkmıştır. Baba, itirazına gerekçe olarak, annesinin evini paylaştığı erkek arkadaşının kız çocuklarına karşı cinsel istismarda bulunduğunu ileri sürmüştür. Bu iddia üzerine İsveç makamları, ile mahkeme temasa geçmiştir ve İsveç makamları, yaptıkları inceleme sonrası annenin evini birlikte paylaştığı erkek arkadaşından ayırması gerektiğini; şayet ayırmaz ise çocuk iade edildikten sonra, koruma hakkının kendisinden alınarak bir başka kişi veya kuruma verileceğini bildirmiştir. İngiliz mahkemesi, çocukla ilgili gerekli tedbirlerin alınacağı konusunda İsveç makamlarınca yeterli güvencenin verilmesi karşısında, 13. maddenin (b) bendinin uygulanmasının söz konusu bulunmadığına dikkatleri çekerek, çocuğun İsveç'e iadesine hükmetmiştir. Buna mukabil İskoç mahkemesi bir kararında[650], çocuklarına karşı cinsel istismardan ötürü sanık durumunda bulunan babanın, çocuklarının iadesine yönelik talebini reddetmiştir. Mahkeme, Fransız makamlarınca çocukların yeterli derecede gözetilip korunamayacağına kanaat getirerek, madde 13/b gereği çocukların Fransa'ya iadesini reddetmiştir. Uygulamada, ABD mahkemeleri de, cinsel istimarın varlığı halinde, çocuğun iadesini madde 13/b gereğince reddetmektedir[651].[652]

Çocuğa karşı cinsel bir istismar önceden mevcut olmamakla birlikte, olma ihtimali kuvvetli ise[653], çocuğun mutad meskenine iade edilmesi istisnai olarak gündeme gelebilir. Ancak, hâkim böyle bir karar vermeden önce çocuğun üstün menfaatini gözetmeli ve de iade sonrası,

[649] Re. S (Abduction: Return to Care) 1999 1 FLR 843.
[650] Re. Q Petitioner 2001 SLT 243.Bkz. Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children Law Practise and Procedure, sy 340.
[651] Sharon C. Nelson, Turning Our Backs on The Children: Implications of Recent Decisions Regarding The Hague Convention on International Child Abduction, University of Illinois Law Review,Vol 2001,No2,s.677.
[652] Bkz. Friedrich v. Friedrich (Friedrich II davası) 78 F.3d (6th Circuit) 1996 , 1069.
[653] Örneğin, babanın önceki evliliğinden olan çocuklarına karşı cinsel istismarda bulunması, sonraki evliliğinden olma çocuklarına da aynı davranışı sergileyebilecğine emare teşkil edebilir.

çocuğun mutad meskeni makamlarınca gerekli tedbirlerin etkin şekilde alınacağından ve uygulanacağından emin olmalıdır. Zira mahkemeler sadece sözleşmenin amacını gözetmekle yetinmemeli, aynı zamanda çocuğun üstün menfaatini de gözetmelidir[654].

Çocuk, kimi durumda iade sonrası doğrudan cinsel istismara maruz kalmayacak olmakla birlikte, gelecekte cinsel bütünlüğü tehlike altına girebilir. Mısır, Lübnan ve Afrika'nın kuzeyindeki ülkelerde[655] hukuken yasaklanmış olmakla birlikte, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ne taraf olan Burkina Faso'da gelenek olarak "kadın sünneti"[656] uygulanmaya devam edilmektedir. Çocuğun iade edileceği mutad mesken devletinde bu türden bir uygulama mevcut ise, iade reddedilmelidir[657]. Keza, çocuk üzerinde koruma hakkına sahip kişi, bu türden insanlık dışı gelenekleri yaşatma eğiliminde ise, çocuğun iadesi reddedilmelidir[658]. Hatta, bu anlayıştaki kişiyle çocuğun, kişisel ilişkide bulunmak amacıyla önceki mutad meskeni ülkesine gönderilmesine bile ihtiyatlı yaklaşılmalıdır.

d. Müsamaha Edilemeyecek Durumlardan "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 görülmekte ise, 13. maddenin (b) bendi gerekçe gösterilerek iade talebi reddedilebilir.

---

[654] Sharon C. Nelson, Turning Our Backs on The Children: Implications of Recent Decisions Regarding The Hague Convention on International Child Abduction, University of Illinois Law Review,Vol 2001,No2,s.688.

[655] Cümle içinde sayılan ülkelerin hiçbiri 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ne taraf devlet değildir. Ancak bu devletin 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 ülkelerle 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.

[656] Female Genital Mutilation. Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 176. ABD ve Kanada, adı geçen ülkelerden gelen ve bu gerekçeyle kendisine sığınan kadınları siyasi mülteci olarak kabul etmektedir.

[657] Carol Bruch, Religous Law, Secular Practises and Children's Human Rights in Child Abduction Cases Under The Hague Child Abduction Convention,New York University Journal of International Law and Politics, Vol 33,2000,s.56.

[658] Kadın sünnetinin ortadan kaldırılmasına yönelik uluslararası çabalar yürütülmektedir. Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, sözleşme kapsamındaki hakları açıklığa kavuşturmak amacıyla "Genel Tavsiyeler" yayınlamaktadır. Bu tavsiyelerin 14.sü (02.02.1990 A/45/38) kadın sünnetine özgülenerek, akit devletlerden, kadın sünnetini ortadan kaldırmaya yönelik uygun ve etkin önlemleri hayata geçirmeleri tavsiye edilmiştir. Bkz. Berke Özenç, Kadın Sünneti:Etnomerkezci Önyargılardan Kültürel Dinamikleri Dikkate Alan Bir Yaklaşıma Doğru, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXIV, Sayı 2, 2006, s.158.

İşgücü olarak kullanılan çocuklar çoğu zaman işyerindeki hatalı davranışlarından ötürü fiziksel şiddete maruz kalabilmektedirler. Özellikle kapıdan satış yapan çocuklar cinsel ve fiziksel şiddete maruz kalabilmektedir. Bununla birlikte çalışan çocukların büyük bir çoğunluğu, çalışırlarken hastalanmakta veya bedenleri iş kazalarından ötürü zarar görebilmektedir. Madenlerde çalıştırılan çocuklar için bu türden tehlikelerin gerçekleşmesi daha yüksek bir olasılıktır[659].

Çocuğun, iade sonrası olumsuz koşullarda veya hukuka aykırı olarak çalıştırılma ihtimali çok yüksek ise ve bu husus bir şekilde ispatlanabiliyorsa[660], 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 telebi geri çevrilmelidir. Ancak, iade talebini karara bağlayacak olan mahkeme, iade talebinde bulunan âkit devletin yetkili makamlarından çocuğun çalıştırılmaması yönünde yeterli ve somut bir güvence alabiliyor ise ve de iade çocuğun üstün menfaatine hizmet etmekte ise çocuk mutad meskeni devletine iade edilmelidir.

e. Koruma Hakkına Sahip Kişinin Sağlığının Yerinde Olmaması

Mahkemeler, sınırlı sayıda ileri sürülen bu gerekçeye çok fazla itimat etmemişlerdir. Çocuğun üstün menfaatinin, çocuğun önceki mutad meskenine iade edilmesini gerektirdiği hallerde mahkemeler çocuğun iadesine hükmetmişlerdir. Bu noktada gözetilen tek bir husus vardır: o da çocuğun iade edilmesinden sonra, mutad meskeni makamlarınca çocuk için gerekli tedbirlerin etkin olarak alınıp alınmayacağıdır[661]. Sözleşmenin 7.maddesi[662] merkezî makamların

[659] Kerri Smetzer Mast, The Application of The Fundamental Principles Exception of The Hague Convention On The Civil Aspects of International Child Abduction, Emory International Law Review, 2003, Vol 17,s.283.
[660] Mesela, iade talebinde bulunan kişi işyerinde hukuka aykırı olarak çocuk işçi çalıştırıyor olabileceği gibi hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğu önceden işyerinde çalıştırmış da olabilir. İade talebinde bulunan kişinin yasal düzenlemeleri hiçe sayarak çocuk çalıştırmış olması nedeniyle kendisi hakkında ceza davasının açılmış olması veya bu suçtan ötürü bir hüküm giymiş olması örnek olarak gösterilebilir.
[661] Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children Law Practise and Procedure, sy 341.
[662] "Merkezî makamların, aralarında işbirliği yapmaları ve çocukların acilen geri dönmesini sağlamak ve işbu sözleşmenin diğer amaçlarını gerçekleştirmek üzere devletlerin, yetkili makamlar arasında işbirliğini teşvik etmeleri gerekmektedir."

kendi aralarında işbirliği yapmalarını öngörmektedir[663]. Anılan maddenin (h) bendi[664] uyarınca merkezi makamlar, gerekli ve uygun olduğu ölçüde çocuğun tehlikesizce dönüşünü sağlamak için işbirliği yapmak mükellefiyeti altındadır. Kanaatimizce, çocuğun üstün menfaatine hizmet edebilmesi açısından, (h) bendinin sağladığı korumanın çizdiği sınırların genişletilmesi gerekir. Çocuğun sadece iade aşamasında değil, iade edildikten sonraki zaman diliminde de himaye edilip korunması gerekir. Kanaatimizce (h) bendi bu şekilde yorumlanmalıdır. Çocuğun iadesinin söz konusu olduğu hallerde, merkezi makamlar, çocuğun gerek iadesi aşamasında, gerekse iadesi sonrasında, onun bakım ve gözetimi için gereken tüm tedbirleri almak zorundadırlar.

İngiliz mahkemelerinde görülen bir davada[665], İngiliz vatandaşı olan eşler ve çocukları ABD'de yaşamaktadırlar. Çocuklarını yanına alarak İngiltere'ye tatile gelen anne, tatilin sonunda ABD'ye dönmeyip çocuklarını yanında alıkoymuştur. Çocukların iadesinin talep edildiği davada, anne 13. maddenin (b) bendine dayanarak iadenin reddini talep etmiştir. Annenin, mahkemeye sunduğu doktor ve psikiyatr raporundan kendisinin depresyonda olduğu ve ABD'ye geri dönerse rahatsızlığının devam edeceği anlaşılmaktadır. İlk derece mahkemesi, annenin rahatsızlığının çocuklar üzerinde bir etkisi olmadığına kanaat getirerek çocukların iadesine hükmetmiştir. Temyiz mahkemesi , biri üç diğerleri birer yaşında olan ikiz çocukların annelerine fiziksel ve duygusal olarak bağlı olduklarını göz önüne alarak, çocukların iade edilmesi halinde annenin sağlığının daha da bozulacağı, bunun ise yaşları itibariyle annelerine bağlı olan çocuklar üzerinde olumsuz bir etki yaratacağı gerekçesiyle iade talebini reddetmiştir.

C. Yaşı ve Olgunluğu Dikkate Alınan Çocuğun İade Talebine Kendisinin Karşı Çıkması

Çocuğun kendi görüş ve iradesinin dikkate alınarak iade talebinin geri çevrilmesi, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 13. maddesinde görülen son ihtimaldir. Sözleşmeye göre adlî veya idarî makam çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün gözönünde bulundurulmasının uygun olduğu bir yaşta olduğunu ve de olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri dönmesini emretmeyebilir. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin uygulama alanını daraltmamak için

[663] Sözleşmenin İngilizce metninde bu mükellefiyeti belirtmek amacıyla "shall" kelimesi kullanılmıştır. "Central Authorities shall co-operate with each other and promote co-operation amongst the competent authorities in their respective State to secure the prompt return of children and to achieve the other objects of this Convention." (Md.7)
[664] Merkezi makamlar, idarî alanda, gerekli ve uygun ise, çocuğun tehlikesizce dönüşünü sağlamak için gerek doğrudan doğruya gerekse aracıların yardımıyla uygun olan tüm önlemleri almaları gerekmektedir.
[665] Re. G. (Abduction: Psychological Harm) 1995 1 FLR 64.

çocuğun yaş sınırını aşağıya çekmek yerine, 13. madde hükmüne çocuğun kendisinin iadeye karşı çıkmasına imkan tanıyan bir düzenleme eklenmiştir[666].

Çocukların Magna Charta'sı olarak bilinen Çocuk Hakları Sözleşmesine[667] göre, çocuk kendisini ilgilendiren bütün meseleler hakkında görüşünü açıklayabilme ve bu görüşlerinin dikkate alınmasını talep edebilme hakkına sahiptir. Sözleşmenin 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[668] de çocukların kendileri ile ilgili davalarda görüşlerini ifade etme hakkı güvence altına alınmıştır[669]. Sözleşmesinin 3. ve 6. maddelerinde bu hususa açıkça yer verilmiştir. Sözleşmenin 3. maddesinde yeterli idrak gücüne sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa, adlî merci önünde kendini ilgilendiren davalarda, görüşünü ifade etme hakkı tanınmıştır. Lex Fori tarafından çocuğun yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda, adlî merci çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmeli ve ifade ettiği görüşüne gereken önemi vermelidir[670]. İnsan hakları hukukunda, bizatihi çocuğun kendisine tanınan bu hakka, "katılım hakkı" denmektedir[671].

Çocuğun ifadesinin alınmasının gerekliliği Anayasanın 17. maddesinin 1. fıkrasından da kaynaklanmaktadır. Zira çocuk yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Çocuk, görüşünün alınabileceği olgunlukta ve yaşta ise bu hakkını ebeveynlerine bağlı olmakzısın bizzat kendisi kullanabilecektir.

---

[666] Brian S. Kenworthy, The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States And The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction, Indiana International Law and Comparative Law Review, Vol.12, 2002,s.340.

[667] Sözleşme bugüne kadar 192 devlet tarafından imzalanmıştır. (www.ohchr.org)BM. Sözleşmesinden sonra anlaşmalar tarihinde en çok imza sayısına sahip sözleşme olarak kabul edilmektedir. Ne var ki sözleşme ABD tarafından henüz imzalanmamıştır. Rona Serozan, Çocuk Hukuku, 2.Bası,İstanbul,2005,s.49-50. ABD'nin sözleşmeyi imzalamamasına gerekçe olarak, sözleşmenin doğu bloku devletler tarafından kaleme alınması ve de ağırlıklı olarak ekonomik,sosyal ve kültürel haklar tanıması gösterilmektedir. Buunun yanında ABD'nin insan haklarına ilişkin sözleşmeleri imzalamada çekimser kalmasının sebebi olarak ülkenin federal yapısı gösterilmektedir. İnsan haklarına ilişkin meseleleri kendi iç meselesi olarak kabul ettiğinden bu hususların uluslararası platformda değerlendirilmesinden özellikle kaçınmaktadır. Bkz. Cara L. Finan, Convention on The Rights of The Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction, Santa Clara Law Review, Vol 34,1994,s.1021, 1034.

[668] Sözleşmenin yayınlandığı RG: 02.05.2002-24708.Sözleşmeye, Almanya, Çek Cumhuriyeti, İtalya, Letonya, Makedonya, Polonya, Slovenya, Yunanistan taraftır.

[669] Bkz. İlgili Sözleşmenin 3. ve 6. madde hükmü.

[670] Bkz. Sözleşmenin 6.madde hükmü.

[671] Burak H. Gemalmaz., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması,İstanbul, 2005,s.159.

1980 tarihli La Haye sözleşmesi, yukarıda adı geçen sözleşmelerden önce çocuğun kendi görüşüne yer verilmesinin gerekliliğine inanmış ve bu hususu madde hükmü olarak sevk etmiştir[672]. Bu yönüyle Sözleşme, çocuk hukukuna ilişkin çağdaş gelişmeleri dikkate almış ve kılavuzluk yapmıştır denilebilir.

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 13. maddesine göre çocuğun görüşlerinin dikkate alınabilmesi için kendi özgün iradesini tesis etmeye ehil yaş ve olgunlukta bulunması gerekir. Madde hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere mahkeme, çocuğun iade konusundaki olumsuz niyetine rağmen iade kararı verebilir. Zira, iade kararı verecek olan adli veya idarî makama bu konuda açıkça takdir hakkı[673] tanınmıştır. Oysa Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi mahkemelere takdir hakkı tanımamıştır[674].

Çocuğun kendisini ilgilendiren hukukî süreçte iade talebine ilişkin görüşünün alınabilmesi için belli şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Öncelikle UÇHKS bu hakkı bütün çocuklara değil, sadece kendi görüşlerini açıklayabilme yeterliliğine sahip olan çocuklara tanımıştır. İkinci olarak, açıklanan görüşe önem verilirken çocuğun yaşı ve olgunluğu dikkate alınmalıdır[675]. Mesela Rieme v. İsveç davasında[676] mahkeme, babasından ayrı kalmakta olan çocuğun, babasıyla kişisel ilişki kurmasını ve bu ilişkinin gelişim sürecini çocuğun yaşı ve olgunluğu dikkate alınarak bizzat kendisinin belirleyebileceğini hükme bağlamıştır.

Çocuğun görüşünün dikkate alınması için gereken yaş sınırını sabit olarak belirleyebilmek mümkün değildir. İleri sürülebilecek yaşlar hem afaki, hem de tartışmaya açık olacaktır[677]. Vakıanın sujesi olan her çocuk farklı olgunlukta ve yaşta olacağından değişmez bir yaş sınırı belirlemek mümkün değildir. Keza her çocuğun aynı konu karşısında göstereceği olgunluk derecesi de farklı olacaktır. Üstelik bu farklılık o çocuğun eğitim seviyesine, içinde

---

[672] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 177.

[673] Madde 13/3. "Adlî veya idarî makam keza çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün gözönünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri dönmesini emretmeyi reddedebilir."

[674] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 179.

[675] Burak H. Gemalmaz., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması,İstanbul, 2005,s.164.

[676] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 22 Nisan 1192 Tarihli ve 60/1990 251/322 sayılı kararı için bkz. Series A 226-B, Paragraf 73. Gemalmaz Burak H., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması,İstanbul, 2005,s.159.

[677] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor s. 433. paragraf 30.

bulunduğu kültürel ve entellektüel ortama göre değişebilir[678]. İngiliz mahkemeleri yedi ve yedi yaş altı çocukların görüşlerini nadiren dikkate almaktadır[679].

İade talebine ilişkin olarak çocuğun görüşü alınırken, çocuğun yaşı, gelişimi, duygusal bağımlılığı ile çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştiren kişinin çocuk üzerindeki etkisi göz önüne alınmalıdır[680]. Keza iade talebine karşı çıkan çocuğun, içinde bulunduğu ruh halinin de dikkate alınması gerekir[681]. Bunun yanında çocuğun ebeveyniyle olan duygusal bağlılığı, koruma hakkı sahibine karşı beyninin yıkanıp yıkanmadığı ve yer değişikliğinden sonra çocukta meydana gelen davranış farklılıklarının da tahlil edilmesi gerekir[682].

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için çocuğun onaltı yaşından gün almamış olması gerekmektedir. Şu halde onaltı yaşına basmaya yakın yaştaki bir çocuğun, görüşünün alınması gereken yaş ve olgunlukta olduğunun kabulü gerekir[683]. Kanaatimizce on beş yaşındaki bir çocuğun, iade talebine ilişkin davada görüşünün alınmasının gerektiğini rahatlıkla söyleyebiliriz. On beş yaşındaki çocuğun istemine aykırı olarak iade edilmesine hükmetmek kolaylıkla verilebilecek bir karar değildir[684]. Mesela Georgia Eyaleti hukukunda,[685] ondört ve yukarı yaştaki bir çocuğun kendi velâyetini üstlenecek olan ebeveynini seçme hakkına sahip olduğu ve buna kural olarak saygı duyulması gerektiği ifade edilmiştir.

Çocuğun tercihte bulunduğu ebeveyni, mahkemece uygun bulunmaz veya velâyet sorumluluğunu üstlenecek yeterlilikte görülmez ise ancak o zaman çocuğun iradesi dikkate alınmayabilir. Türk hukukunda çocuğun görüşünün ve düşüncesinin üstün tutulması TMK.'nun 339. maddesinin 3.fıkrasında yer almaktadır. Anne ve baba velâyet sorumluluklarının gereğini yerine getirirken, çocuğun olgunluğu ölçüsünde kendisine, hayatını düzenleme olanağı tanımaları gerektiği gibi önemli konularda da olabildiğince görüşlerini göz önünde tutmak

---

[678] Burak H. Gemalmaz., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması,İstanbul, 2005,s.165.
[679] Peter North /J. J. Fawcett, Cheshire's and North's Private International Law, 13. Edt. London, 1999, s.874.
[680] Glen Skoler, A Psychological Critique of International Child Custody And Abduction Law, Family Law Quarterly Vol 32, Number 3, 1998,s.562.
[681] Linda Silberman, Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis, Family Law Quarterly Vol 28, 1994 , s.31.
[682] Glen Skoler, A Psychological Critique of International Child Custody And Abduction Law, Family Law Quarterly Vol 32, Number 3, 1998,s.562.
[683] Saniya O'Brien, The Trials and Tributions of Implementing The Hague Convention on International Child Abduction: Improving Dispute Resolution and Enforcement of Parental Rights in International Arena, The George Washington International Law Review, Vol 35, 2003,s.216.
[684] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor s. 433. paragraf 30.
[685] G. A. Code Ann. S.19-9-1 (1993 Supp.).

zorunluluğundadırlar. Yargıtay bir kararında[686], karar tarihinde henüz on yaşında olan 1994 doğumlu çocuğun görüşlerine başvurulmamış olunmasını, onun dinlenilmemesini Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3., 6. ve 12. maddeleri ile TMK'nın 339/2. maddesine aykırı bulmuş ve hükmü bozmuştur. Keza bir başka davada[687], karar tarihinde onbir yaşında olan 1993 doğumlu Onur'un dinlenilmemesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur. Gene bir başka kararında Yargıtay[688], karar tarihinde on yaşında olan çocuğun idrak çağında olduğu belirtilerek, kendisinin dinlenilmemesini usul ve yasaya aykırı bulmuştur. Keza velâyetin düzenlenmesine ilişkin bir başka davada Yargıtay[689], çocuğun kendisini ilgilendiren konuda görüşünün alınmamasını BM. Çocuk Hakları Sözleşmesine aykırı bulmuştur.

İade talebini karara bağlıyacak olan makamın, çocuğu dinlemesinin her zaman için onun üstün menfaatine hizmet etmeyeceğini iddia edenler olmuştur[690]. Bu iddiayı ortaya koyanlara göre çocuk, yargılamada ağır bir psikolojik baskı altında kalmaktadır. Bunun yanında çocuk kendisini hukuka aykırı olarak alıkoyan kişinin baskısı altında gerçek düşüncelerini dile getirmekten çekinebilir. Bu noktada mahkeme çocuğun niyetinden ziyade beyanları ile yetinmek durumunda kalabilir[691]. Çünkü çocuğun gerçek niyetini ortaya çıkarmak ve bunu delillerle zenginleştirmek her olayda mümkün olmayabilir. Şu halde çocuğun düşüncelerinden ziyade; yetkili kişi veya mahkeme önünde verdiği beyan kendisini haksız olarak alıkoyan kişinin yanında kalma yönünde ise, mahkeme iade talebinin reddine gerekçe olarak çocuğun beyanına dayanabilir. Ancak bu itirazın, iadesini talep eden ülkeye geri dönüp dönmeme konusunda çocuğa bir tercih hakkı verdiği düşünülmemelidir[692]. Keza hâkim bu konudaki takdir hakkını kullanırken de sınırsız değildir. Madde hükmünde hâkimin "geri dönmeyi emretmeyi reddedebileceği" belirtilmiştir.

Sözleşmede bu konuda bir yaş sınırının öngörülmemiş olması ufak yaştaki çocukların da ifadesini verecek derecede olgun olduğunun kabulüne zemin oluşturmaktadır. Kimi mahkeme

---

[686] 2.HD. 3.05.2004 Tarih E. 2004/4839 K. 2004/5712. Bkz. www.yargitay.gov.tr.
[687] 2.HD. 14.04.2004 Tarihli E. 2004/3825 K. 2004/4729. Bkz. www.yargitay.gov.tr.
[688] 2.HD. 08.03.2004 Tarihli E. 2004/1860 K. 2004/2812. Bkz. www.yargitay.gov.tr.
[689] Bkz. 1.10.2003 Tarihli HGK. E.2003/2-513 K.2003/521.(İBD. Cilt 79. Sayı 1, YIL 2005, s.140-141.)
[690] Cantwell B. / Scott S., Children's Wishes, Children's Burden's, Journal of Social Welfare and Family Law (1995) s.337-354.; Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 180 dn.17.
[691] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 180.
[692] Brian S. Kenworthy, The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States And The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction, Indiana International Law and Comparative Law Review, Vol.12, 2002,s.340.

kararlarında yedi[693] ve dokuz yaşındaki[694] çocuklar görüşlerinin alınması için yeterli olgunlukta kabul edilmişlerdir[695]. Kimi mahkemeler, çocukların görüşlerinin alınması için aranan ehil yaş ve olgunluk sınırı olarak -on ve onbir yaşı- kabul etmektedir[696]. Bunun yanında İsveç mahkemeleri[697], oniki yaşında olan bir çocuğun görüşünün alınabilecek olgunlukta olduğunu kabul etmektedir. Yaş sınırı konusunda kimi zaman onüç yaş ve yukarısı dikkate alınırken, kimi zaman oniki yaş ve yukarısı görüş açıklamaya ehil bir yaş olarak kabul edilmiştir. Ancak bu gibi yaklaşımlar tatminkar bulunmamıştır[698].

Kanaatimizce 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ni değerlendirirken, ÇHS ile Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesini birlikte ele almak gerekir. ÇHS'nin 12. maddesinde açıkça görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olan çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşünün alınması gerektiği belirtilmiştir. Akit devletler çocuğa tanınan bu hakkı özenle gözetmelidir. Aynı şekilde Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddelerinde, çocuğun kendisini ilgilendiren konularda görüşünü ifade etme hakkı güvence altına alınmıştır. Sözleşmede, çocuğun görüşünün alınabilmesi için belli bir yaş ve olgunlukta olması yerine; idrak[699] gücüne sahip olması aranmalıdır. İdrak, sözlük anlamıyla[700], anlama yeteneğine sahip olabilmek, niteliğinin ne olduğunu kavrayabilmek, algılayabilmek anlamına gelmektedir. Çocuğun görüşünün alınabilmesi için belli bir yaş ve olgunlukta bulunmakla birlikte kendisinin menfaatine olabilecek hususları idrak edebilecek

---

[693] B. v. K. (Child Abduction) 1993 1 FCR 382.; Re. B. (Abduction: Children's Objections) 1998 1 FLR 667. Alman mahkemeleri de yedi yaşını yeterli kabul etmektedir.Bkz.19.03.2002 Tarihli Pirmasens Bölge Mahkemesi Kararı AZ 1F 124/9. (The Hague Convention- Order or Chaos? An Update on a Paper First Delivered to Family Law Conference in Adelaide in 1994 - Updated For the Canadian National Judical Institute International Judical Conference on the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction July 2004 La Malbaie (Quebec) Canada, s.89.

[694] B. v. K. (Child Abduction) 1993 1 FCR 382.

[695] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 192.

[696] ABD mahkemelerinin örnek kararları için Bkz. Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 192. dn 129.

[697] Shamsi v Heijkenskjold davası için Bkz 10.04.1990 tarihli Koppaberg İdare Mahkemesi kararı 0- 278-89. (The Hague Convention- Order or Chaos? An Update on a Paper First Delivered to Family Law Conference in Adelaide in 1994 - Updated For the Canadian National Judical Institute International Judical Conference on the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction July 2004 La Malbaie (Quebec) Canada, s.90.) Ayrıca HC/E/SE 444 davası için Bkz.21.10.2002 tarihli 7373-2001 sayılı karar. (The Hague Convention- Order or Chaos? An Update on a Paper First Delivered to Family Law Conference in Adelaide in 1994 - Updated For the Canadian National Judical Institute International Judical Conference on the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction July 2004 La Malbaie (Quebec) Canada, s.91.)

[698] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 180.

[699] Sözleşmenin Resmi Gazetede yayınlanan tercümesinde "sufficient understanding" kavramı "yeterli idrake sahip olmak" olarak tercüme edilmiştir. Bkz. Madde 3.

[700] Ayverdi İlhan,Misallî Büyük Türkçe Sözlük, Cilt 2, Kubbealtılugatı,2005,s.1353.

yeterlilikte bulunması gerekir. Bir başka ifade ile çocuk, verdiği kararların sonuçlarını tahayyül edebilecek akli kapasiteye sahip olmalıdır.

Çocuğun görüşünün alınması, çocuğun geleceğe yönelik niyetinin göz önüne alınması değildir. İngiliz mahkemeleri[701] bir dönem çocuğun görüşünün alınmasını hatalı olarak oldukça geniş yorumlamış ve çocuğun arzularını da dikkate almıştır[702]. Kanaatimzce 13.maddenin 2.fıkra hükmünü bu şekilde yorumlamak mümkün olmadığı gibi doğru da değildir.

Görüşü alınan çocuğun istek ve arzuları kimi hallerde çocuğun üstün menfaatiyle çelişebilir. Bu gibi durumlarda çocuğun üstün menfaatine öncelik tanınması gerektiği görüşündeyiz. Görüşü alınabilecek yaş ve olgunlukta olan bir çocuk, üstün menfaati gereği iradesi hilâfına iade edilebilir. Mahkemece objektif değerlendirilen çocuğun üstün menfaati, çocuğun subjektif iradesine tercih edilmelidir. Nitekim Çocuk Hakları Sözleşmesinin 9. madde hükmü de çocuğun yüksek menfaati karşısında, kendisinin iradesini geri planda tutmuştur.

Mahkeme içtihatlarından anlaşıldığı kadarıyla dokuz yaş ile onaltı yaş aralığındaki akli dengesi yerinde olan her çocuğun iade talebi karşısında görüşü alınmalıdır[703]. Bu noktada çocuğun kendi yaşıtlarına göre olgunluğu önem arz etmektedir. Söz gelimi çocuk on iki yaşında olmakla birlikte, yaşıtlarının sahip olduğu olgunluğa erişememiş ise görüşünün alınması iade kararında önemli bir etken oluşturmayabilir. Buna mukabil yedi yaşındaki bir çocuk yaşıtlarının çok üzerinde bir olgunluğa sahip olabilir. Bunda okul öncesi ve sonrası alınan eğitimin, arkadaş çevresinin, birlikte yaşadığı kişilerin eğitim ve zekâ seviyelerinin etkisi olabilir. Mahkemenin sağlıklı bir yargıya varabilmesi için kendi meramını anlatabilecek ve idrak kapasitesine sahip olan her çocuğu dinlemesinin yararlı olacağına inanıyoruz. Ancak bu dinleme neticesi çocuğun belli bir olgunlukta olmadığı veya en azından yaşıtlarına göre olgun olmadığı anlaşılır ise ifadelerine önem atfedilmeyebilir.

İadeye konu olacak çocukların sayısı birden fazla olabilir. İki kardeşin iadesinin talep edildiği bir davada[704], mahkeme, iki psikolog raporuna binaen biri yedi biri altı buçuk yaşında olan çocukların görüşlerini dikkate almıştır. Mahkeme, çocukların iade talebine ilişkin itirazları

---

[701] Hatalı yorum yapan mahkeme kararı için Bkz. Re R (A Minor Abduction) 1. FLR 105 (Fam. 1992)

[702] Brian S. Kenworthy, The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States And The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction, Indiana International Law and Comparative Law Review, Vol.12, 2002,s.356.

[703] Yargıtay HGK. bir kararında "nerede kalması gerektiğini idrak edebilecek yaşta olan 1989 doğumlu 11 yaşındaki" çocuğun görüşünün dikkate alınmaksızın, velâyetin düzenlenmesini hukuka aykırı bulmuştur. Bkz. 1.10.2003 Tarihli HGK. E.2003/2-513 K.2003/521.(İBD. Cilt 79. Sayı 1, YIL 2005, s.140-141.)

[704] Re. R. (Child Abduction: Acquiescence) 1995 1 FLR 716.

dikkate alırken çocukların yaş ve olgunluğuna göre görüşlerine önem verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yaşı büyük olan kardeşin görüşüne, küçük kardeşe oranla daha fazla önem ve ağırlık atfedilmiştir.

Yaşının küçük olması, ana baba arasında seçim yapmanın kendisinin ruhsal dünyasını etkileyecek olması, gerçek duygularını iyi ifade edemeyecek olması veya kendisini alıkoyan kişiden öğrendiklerini tekrarlayacak olması gibi sebepler, çocuğun dinlenmemesi için gerekçe olamaz[705].

1. Çocuğun İfadesinin Alınması Aşamasında İzlenecek Yöntem

Çocuğun iade edilip edilmemeye ilişkin niyetinin mahkemece nasıl tespit edileceği önemli bir meseledir. İngiliz mahkemesinde görülen bir davada[706] ilk derece mahkemesi dokuz yaşındaki çocuğun uzman kişilere verdiği ifadeyi esas alarak hüküm sevk etmiştir. Ancak Temyiz mahkemesi çocuğun ifadesinin uzman kişilerce alınmasının sağlıklı bir kanaate varmak için yeterli olmadığına ve de hâkimin takdir yetkisinin bir başka merciye veya kişiye devredilemeyeceği gerekçesiyle kararı bozmuştur. Kanaatimizce Temyiz mahkemesi yerinde bir karar vermiştir. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 13. madde hükmünü ele aldığımızda iade konusunda karar verecek olan adlî veya idarî makamın çocukla birebir temas kurarak onun görüşlerini alması gerektiği anlaşılmaktadır. Hatta adlî veya idarî makam, çocuğun bu konudaki görüşünü ele alırken aynı zamanda çocuğun sosyal durumuna ilişkin bilgiler ile çocuğun mutad meskeni devletinin ilgili makamlarınca sağlanan verileri de gözönünde bulundurması gereklidir[707]. Yargıtay bir kararında[708], sözleşmede işin evrak üzerinden incelenebileceğine dair hükmün bulunmadığına dikkat çekerek, iki tarafın savunmalarını beyan etmeleri için kanunda gösterilen usulde mahkemece bir davette bulunulmadıkça hüküm tesis edilemeyeceğine karar vermiştir. Keza bir başka kararında da[709], çocuğu kaçırdığı iddia olunan anneye davanın tevcih edilerek, duruşma gününün kendisine bildirilmesinden sonra toplanan delillerin sözleşme

[705] Ömer Uğur Gençcan, Boşanma-Nafaka- Evlilik Birliğinin Korunması ve Velâyet Kararları Konusunda Uygulama Sorunları, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No:18, 2006, s.175.
[706] Re. G. (A Minor) (Abduction) davası için Bkz. 2 FLR 1989 475.
[707] Bkz. Sözleşmenin 13.maddesinin son fıkra hükmü.
[708] 2.HD. 10.12.2001 Tarih E.2001/16027 K.2001/17495. "Mahkemece yapılacak iş, duruşma açmak, tarafların delillerini toplamak ve hasıl olacak sonuca göre karar vermektir. Bu husus üzerinde durulmadan evrak üzerinde inceleme yapıp yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.
[709] 2.HD. 7.03.2002 Tarih E. 2002/876 K. 2002/3056. Bkz. Yargıtay Kararları Dergisi Cilt 28, Sayı 7, Temmuz 2002, s.1015.

çerçevesinde değerlendirilerek bir sonuca varılması gerektiği belirtilmiştir. Bu hususlar üzerinde durulmaksızın yazılı şekilde ret kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.

Çocuğun iade talebine yönelik ifadesinin uzman kişilerce alınmasının[710] yanı sıra davaya bakan adlî veya idarî makamın sağlıklı bir yargıya varabilmesi ve de çocuğun yaş ve olgunluğu hakkında kanaat oluşturabilmesi için çocukla münasip bir şekilde temas kurması önem arz edecektir.

Davaya bakan hâkimin mutlak surette çocukla duruşma esnasında temas kurması gerekmez. Duruşma öncesinde, sonrasında veya duruşma günü dışındaki bir tarihte çocuğu dinleyebilir. Hatta çocuğu mahkemeye getirtmeksizin, söz gelimi okuduğu okulda veya oynadığı parkta dinlemesinin daha sağlıklı olacağı düşünülebilir. Örneğin İngiltere'de mahkeme, çocuğun ifadesinin alınması gereken yaş ve olgunlukta olduğuna karar verirse bu görev adliyede görev yapan sosyal hizmet görevlisi (welfare officer) tarafından yerine getirilmektedir[711]. Sosyal hizmet görevlisi tarafından çocuğun ifadesinin alınması herşeyden önce çocuğu mahkeme ortamının yarattığı stresten uzak tutmaktadır. İkinci olarak çocuğun ifadesi pedagoji konusunda uzman olan kişilerce alınmaktadır. Üçüncü ve son avantajı ise çocuğun ifadesinin dava ile hiçbir ilgisi bulunmayan tarafsız bir kişi tarafından alınmasıdır[712]. Kimi yargılamada çocuğun ifadesi mahkemeye konan kamera vasıtasıyla[713] alınırken kimi zamanda bir psikolog vasıtasıyla çocuk dinlenmiştir. Çocuğun ifadesi alınırken çocuğun görüşlerini serbestçe dile getirebilmesi için tarafların ve de vekillerinin bu mülakata katılmaması gereklidir. Hatta sadece hâkimin göreceği bir kamera karşısında uzman pedagoglarca çocuğun görüşünün alınması gerektiği bile

[710] 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 5.maddesine göre her aile mahkemesine, davanın esasına girilmezden önce veya davanın görüldüğü sırada, mahkemece istenen konular ile taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin araştırma ve inceleme yapmak ve sonucunu bildirmek, gerekli görülen hallerde duruşmada hazır bulunmak, istenilen konularla ilgili çalışmalar yapmak ve görüş bildirmek üzere Adalet Bakanlığınca, tercihen; evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile sorunları alanında lisansüstü eğitim yapmış olanlar arasından, birer psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı atanacaktır. RG. 18.01.2003- 24997.

[711] Brian S. Kenworthy, The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States And The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction, Indiana International Law and Comparative Law Review, Vol.12, 2002,s.355. ABD, mahkemeleri İngiliz mahkemelerinden farklı olarak çocuğun görüşünü kendileri almaktadırlar.

[712] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 183.

[713] Sheikh v. Cahill davası için Bkz. 145 Misc. 2d 171, 546 NYS. 2D 517 (1989). Kamera vasıtasıyla çocuğun ifadesinin alındığı bir başka dava ise Nicholson v. Nicholson, 1997 WL 44632. (Kenworthy S. Brian, The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States And The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction, Indiana International Law and Comparative Law Review, Vol.12, 2002,s.352.)

savunulmaktadır[714]. Nitekim Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin[715] 6/b. madde hükmünde bu husus açıkça dile getirilmiştir. Madde hükmüne göre adlî merci, çocuğun yüksek menfaatine açıkça ters düşmediği takdirde, kendisi veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli olan bir durumda, onun kavrayışına uygun üslup ve tarzda çocuğa danışmalıdır. Çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade eden adlî merci aynı zamanda ifade edilen görüşe gereken önemi de vermelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında[716] çocuğun yüksek yararı için neyin en iyi olacağını tespit ederken, çocuğun görüşlerine başvurmanın zorunluluğuna değinmiş ve de çocuğun dava konusu olay hakkındaki görüşlerinin salt bir uzman vasıtasıyla alınmasını yeterli bulmamıştır. Mahkemeye göre çocuğun görüşlerinin hem uzman kişilerce, hem de davaya bakan hâkim tarafından alınması gereklidir. Avrupa Topluluğu Adalet Divanında görülen bir davada[717] ise çocuklara, özellik arz eden durumlarının gerektirdiği şekilde davranılarak ifadelerinin duruşma öncesinde ve celse dışında alınması gerektiği belirtilmiştir.

Çocuğun görüşü alınırken, anne ve babanın duruşmaya alınmaması, çocukların etki altında kalmaması açısından önem teşkil etmektedir. Bu hususta mahkemenin takdir yetkisi vardır. Çocukların velâyeti ile ilgili bir davada, çocukların ifadesine başvurulurken ebeveynlerin[718] duruşmaya alınmaması, çocukların etki altında kalmaması bakımından makul bulunarak hakkaniyete aykırı görülmemiştir[719].

Mahkeme, çocuğun iade edilmeye bizzat kendisinin karşı çıktığını tespit ettikten sonra ikinci aşamada çocuğun görüşlerini açıklayabilecek olgunlukta ve yaşta olup olmadığını tetkik etmelidir. Bunu yaparken çocuk psikolojisi veya pedagojisi konusunda uzman bir kişiden yararlanmalıdır. Uzman kişinin düzenlediği raporda, çocuğun akıl zekası(IQ) ile duygusal zekasının (EQ) yaşıyla ne ölçüde orantılı olduğu mutlaka belirtmelidir.

Türk hukukunda HUMK. madde 292 gereği, çocuğun ifadesi mahkemede alınmaktadır. İstisnaî olarak çocuğun bedensel bir engelinin bulunduğu hallerde, hâkim keşif yoluyla çocuğu

---

[714] Jeanine Lewis, The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity, The Transnational Lawyer ,Vol.13, 2000, s.415-416.
[715] RG. 02.05.2002-24743.
[716] 8 Temmuz 2003 tarihli Şahin v. Almanya Kararı için Bkz. 30943/96. Paragraf 72-73.
[717] Bkz. Case C-105/03 (Criminal Proceedings against Maria Pupino)
[718] Velâyet talebinde bulunan kişinin, çocukların ifadesinin alındığı duruşmaya alınmaması, verilen ifadeler hakkında yorum yapma hakkını ortadan kaldırmamaktadır zira üst mahkemeye başvuruda bulunan kişi, verilen ifadelere ilişkin olarak kendi görüşlerini ileri sürebilme ve itiraz hakkına sahip bulunmaktadır.
[719] Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 2. Bası,2005, İstanbul, s.260-261. Karar için Bkz. Application No.8893/80 X. v. Austria 5.03.1983, 31 DR 66 s.68.

bulunduğu yerde dinleyebilmektedir. Uygulamada, bedensel bir engelin bulunmadığı durumlarda, çocuğun ifadesi duruşma öncesinde hâkimlerce alınabilmektedir. Kanaatimizce Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin[720] 6/b. madde hükmü gereğince adlî merciler, çocuğun yüksek menfaatine açıkça ters düşmediği takdirde, bizzat kendileri veya başka şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli olan bir durumda, çocuğun kavrayışına uygun üslup ve tarzda ifadesini mahkeme dışında da alabilme imkanına sahiptirler.

2. Görüş ve İfade Alma Usulü

Hâkim çocuğun görüşünü almak için kendisiyle görüştüğünde soracağı soru cümlesi ve hatta bu soruyu yöneltirken kullandığı ses tonu önem arz etmektedir. Hâkimin, çocuğa "İade edilmeye itiraz ediyor musun? " şeklinde bir soru yöneltmesi ile "İade edilmek ister misin?" veya "nerede?, kiminle kalmak istersin?" gibi soruları arasında önemli farklar vardır. Keza "İade edilmek istemez misin?" veya iade talebinde bulunan kişinin ismini vererek "(X)'le birlikte yaşamak ister misin?" veya istemez misin?" türünden sorular çocuğun vereceği cevabı etkileyebilir. Özellikle hâkimin bu türden soruları sorarken kullanmayı tercih edeceği ses tonunun sakin ve yumuşak olması gerekir. Sanki bir arkadaşıymış gibi sevecen bir tutum takınmalıdır. Keza soruyu sorarken kendi bakış, hal ve davranışlarıyla çocuğu etkilemekten özellikle kaçınmalıdır. İkna edici bir yaklaşım içinde kesinlikle olmamalıdır. Hatta görüşünü alırken ona tepeden bakmayıp, onunla eş yükseklikteki bir koltukta oturmasının insan ve çocuk psikolojisi açısından çok önemli olacağına inanmaktayız. Aynı şekilde sorulacak soruların belli bir sıra ile sorulması yerinde olacaktır. Öncelikle kiminle yaşamaktan mutlu olacağının, sonrasında ise nerede yaşamaktan mutluluk duyacağının sorulması yerinde olabilir. Çocuğun kurduğu cümleleri, hâkimin çocuğa karşı tekrar etmesinin yararlı olacağını düşünmekteyiz. Hâkim bu tekrarı yaparken çocuğun yüz ifadesine ve ruh haline dikkat etmelidir. Çocuğun, hâkimi tasdik eder nitelikteki sözlerinin veya davranışlarının önemli olacağını düşünmekteyiz. Keza çocuğun dile getirdiği sözler ile hâkimin tekrarı aşamasındaki yüz ifadesi veya davranışları arasında bir çelişki varsa bu durumda çocuğun gerçek niyetini saptamak zorlaşacaktır. Bu nedenle onun sözlerine itimat etmek de güçleşecektir. Hâkim, sonraki aşamada hem talepte bulunanın hem de kendisini yanında alıkoyan kişinin ismini zikrederek çocuğa kiminle yaşamak

[720] RG. 02.05.2002-24743.

istediğini sormalıdır. Keza yaptığı tercihin nedenini de sorup öğrenmelidir. Bu aşamada hâkim, çocuğun verdiği cevaplara alternatif oluşturmamalıdır. Hâkim, çocuğun soruları cevaplarkenki yüz ifadesine çok dikkat etmelidir. Kişilerin ismini ağzına aldığında veya onların ismi telaffuz edildiğinde yüzünde oluşabilecek tebessüm veya hüzünlere dikkat edilmelidir. Son aşamada ise çocuğun yaşadığı çevre, arkadaşları hakkında, şayet okula gidiyorsa okul yaşantısı ve dersleri konusunda çocuktan bilgi edinilmelidir. Bunun yanında çocuk şayet daha olgun bir yaşta mesela ondört veya onbeş yaşında ise kendisinden menfaatlerini tahlil etmesi istenebilir[721].

Çocuğun söz konusu olduğu aile hukukuna ilişkin davalar genel mahkemeler yerine uzman mahkemelerde görülmelidir. Nitekim Türk hukuku bu anlayışı benimseyerek Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu[722] kabul etmiştir. Kanunun 1. ve 4. madde hükümlerine göre aile hukukundan doğan dava ve işler uzmanlık gerektiren Aile Mahkemelerince yürütülecektir.

Birleşik Krallıkta görülen bir davada, onbir yaşında olan küçüğün uzman raporlarına göre zihinsel gelişimi yaşıtlarının altında olup anlama güçlüğü bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuru yapan küçüğün yargılanmasında bazı önlemler alındığını, örneğin sosyal bir danışmanın gözetimi altında davanın yürütüldüğünü kabul etmekle birlikte, küçüklerin yargılanmasında uzmanlaşmış bir mahkeme yerine genel bir mahkemede jüri önünde yargılanmasını Anlaşmanın ihlali olarak görmüştür[723].

3. Çocuğun İfadelerine Yüklenecek Anlam

Adlî veya idarî makam çocuğun beyanını özenle dinlemeli ve kendisini haksız olarak alıkoyan kişinin görüşlerinden etkilenip etkilenmediğine dikkat etmelidir. Hâkim, çocuğun hiçbir kimseden ve görüşten etkilenmediğine kanaat getirmelidir. Ancak o zaman çocuğun iade talebine yönelik itirazına önem atfedilebilir[724]. Mahkeme çocuğu dinlerken kullandığı ifadelerin birbirleriyle çelişip çelişmediğine dikkat etmelidir. Gerekirse çocuğu birkaç defa ve farklı zaman

[721] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 192.
[722] 4787 Sayılı kanun için Bkz. RG. 18.01.2003 - 24997.
[723] Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 2. Bası,2005, İstanbul, s.262. Karar için Bkz. S.C. v UK. 25.06.2004, paragraf 29 vd.
[724] Re R. (A Minor Abduction) davasında ondört yaşındaki çocuğun hiçbir ebeveyninden etkilenmeksizin iade talebine karşı çıktığı sabit bulunarak, mahkemece çocuğun görüşü dikkate alınarak iade talebi reddedilmiştir.1 FLR 1992 105-108.

aralıklarında dinlemelidir[725]. Çocuğun, iade talebine yönelik itirazı gerekçeden yoksun ise veya bir keyfiliğe istinaden düpedüz bir itirazdan ibaret ise, bu beyanı yeterli kabul edilmemelidir. Çocuk sırf kendisini hukuka aykırı şekilde alıkoyan kişi ile birlikte kalmak istediğini dile getirirse bu görüşü esas alınarak iade talebini reddetmek pek yerinde olmayabilir. Keza sadece iade edilmemeyi istemek yeterli değildir. Hâkimin böyle bir durumda iade talebini reddedebilmesi için daha kuvvetli argümanlara dayanması gerekir. Çocuğun iade talep eden kişiden korkması veya babasına karşı yoğun bir nefret beslemesi 13. maddenin uygulama alanı bulması için kuvvetli bir unsur olarak kabul edilmektedir[726]. Buna mukabil bir başka davada[727] onbir, dokuz ve sekiz yaşlarındaki üç çocuk, babalarından şiddet gördüklerini gerekçe göstererek iade talebine karşı çıkmışlardır. Baba, mahkemede çocuklarına karşı kimi zaman şiddet kullandığını itiraf etmiştir. Buna rağmen davaya bakan hâkim çocukların iadesine hükmetmiştir. Mahkeme, çocukların yeterli yaş ve olgunlukta bulunmadıklarına dayanarak çocukların önceki mutad meskenlerine iade edilmesi yönünde karar verirken, çocukların iade edildikten hemen sonra koruma hakkının yeniden o yer makamlarınca düzenlenmesi gerekliliğine değinmiş ve bu konuda çocuğun mutad meskeni makamlarına güvenilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır[728]. Bir başka davada[729], onbir buçuk ile on buçuk yaşlarındaki iki kardeşin İrlanda'dan Avustralya'ya iadesi talep edilmiştir. Çocuklar, Avustralya'nın çok sıcak bir iklime sahip olduğunu, orada kaldıkları zaman güneş kremi kullanmak zorunda kaldıklarını bu nedenle daha ılıman bir iklime sahip olan Kuzey İrlanda'da babaları ile birlikte kalmak istediklerini ifade ederek iade talebine itirazda bulunmuşlardır. Mahkeme, çocukların bu itirazını yerinde bulmamıştır. Çocukların daha önce Avustralya'da yaşamış olduklarını gözeterek, annelerine iade edilmesine hükmetmiştir. Burada bir noktaya dikkat çekmek istiyoruz. Avustralya kıtasında ozon tabakasının delinmesinden ötürü yoğun şekilde cilt kanserlerinin yaşandığı bilinmektedir. Çocukların cilt

[725] Bir davada oniki yaşındaki çocuk iade talebine ilişkin itirazını her defasında dile getirmiştir. Çocuğun üç farklı zaman aralığında alınan ifadelerinde geri gönderilmeye karşı çıktığı esas alınarak iade talebi reddedilmiştir. Bkz. Demoulin c. Demoulin davası. 18 Şubat 1991, CA Nancy.

[726] Re. S. (Child Abduction: Delay) 1998 1 FLR 651; Re. B. (Abduction: Children's Objections) 1998 1 FLR 667.

[727] Re. M. (Minors) (Abduction) 1992 2 FCR 608.

[728] Mesela, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargilama Usullerine Dair Kanunun 6.madde hükmü uyarınca aile mahkemeleri, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere görev alanına giren konularda küçükler ile ilgili olarak bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunan veya manen terk edilen küçüğü, ana ve babadan alarak bir aile yanına veya resmi ya da özel sağlık kurumuna veya eğitimi güç çocuklara mahsus kurumlara yerleştirmeye karar verebilir. Aile mahkemesince verilen bu kararların takip ve yerine getirilmesinde 4787 sayılı Kanunun 5 inci maddesine göre atanan uzmanlardan bir veya birkaçı görevlendirilebilir. Bu kararlara uyulmaması halinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 113/A maddesi uygulama alanı bulur. RG. : 18/01/2003- 24997.

[729] 24 Mayıs 1993 tarihli Foster v. Foster davası için Bkz. Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 196.

sağlığı problemi varsa, Avustralya'ya iadelerinin reddedilebileceği unutulmamalıdır. Çünkü aksi davranış 13. maddenin (b) bendine aykırı olduğu gibi, çocukların üstün menfaati de gözardı edilmiş olur.

Bir başka davada[730] ise yedi buçuk yaşındaki bir kız çocuk görüşü alınabilecek yaş ve olgunlukta kabul edilerek dinlenmiştir. Çocuk, kendisinin Fransa'ya iade edilmesi halinde dil problemi yaşayacağını belirterek, iade talebine karşı çıkmıştır. Mahkeme, çocuğun iade sonrası dil problemi yaşayacak olmasının ikna edici bir sebep oluşturmadığına hükmetmiştir. Mahkemeye göre, çocuğun önceki mutad meskenine mümkün olan en kısa sürede iade edilmesi 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin esas gayesidir. Mahkeme, Sözleşmenin gözettiği bu politika çerçevesinde; çocuğun iade sonrası dil problemi yaşayacak olmasını öncelikli ve gözetilmesi gereken önemli bir husus olarak telakki etmemiştir. Keza çocuğun iade edilecek olmasından ötürü üzüntü duyacak olması da uzun dönemde dikkate alınacak bir faktör olarak nitelendirilmemiştir. Çocuğun, iade sonrası dil engeli yaşayacağı iddiası değerlendirilirken kanaatimizce çocuğun yaşı dikkate alınmalıdır. Altı yaşındaki bir çocuk için dil öğrenmek on dört, on beş yaşındaki bir çocuğa göre daha kolay olacaktır. Bununla birlikte çocuk, yeri değiştirilmezden evvel mutad meskeninde, konuştuğu veya bildiği dilin öğretildiği, yabancı bir okulda eğitim görmekteyse, iade edileceği ülkenin dilini bilmediği iddiasına şüpheyle yaklaşmak gerekir.

Çocuğun iade talebine ilişkin itirazının dikkate alınabilmesi için bu görüşün güçlü, ısrarla ve heyecanla dile getirildiği kanaatinin hâkimin vicdanında oluşması gerekir[731]. Çocuğun ifadesi yorumlanırken kullandığı ifadelerin arkasında başkaca anlamlar aranmamalıdır. Kullandığı kelimelerin gerçek anlamına göre yorum yapılmalı, onlara farklı anlamlar yüklenmemelidir. Çocuğun kullandığı ifadeleri yorumlarken yaşı ve olgunluğu göz önüne alınmalı ve bu yaş ve olgunluktaki çocuğun kelime hazinesine göre değerlendirme yapılmalıdır. Mahkeme, çocukların kendi görüşlerini yetişkinlerin ifade ettiği şekilde dile getirmelerini beklememelidir. Yetişkinlerin kullandığı terimleri bilmeleri beklenemez[732]. Bu bakımdan çocuğun ifadesi alınırken uzman bir pedagog ve psikoloğun orada bulunması, hâkime kolaylık sağlıyabileceği gibi sağlıklı tahlil yapmasına da hizmet edecektir. Çocuğun kullandığı kelimelere karşılık gelen düz anlamın esas

[730] Cameron v. Cameron davası için Bkz. 1996 SCLR 552/555.
[731] Re R. (A Minor Abduction) davası için Bkz. 1992 1 FLR 105.
[732] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 190 dn 117.

alınması anlayışı İngiltere, İskoçya, Avustralya ve Yeni Zelanda da geçerlidir[733]. Mesela bir davada[734] dokuz yaşındaki kız çocuk dil probleminden ötürü gelecekte arkadaşlık kuramayacağını ve de çevreye kolaylıkla uyum sağlayamayacağını ileri sürerek Fransa'ya iade edilmesine karşı çıkmıştır. İngiliz hâkimi, çocuğun bir nevi asimilasyon yaşayacağına dikkat çekerek çocuğun bu konudaki görüşünü esas alarak iade talebini reddetmiştir[735]. Bir başka davada[736] ise onüç yaşındaki çocuk İskoçya'ya iade edilmesine itiraz ederken gerekçe olarak İskoç Mahkemelerine karşı güvenini kaybettiğini ileri sürmüştür. Bir başka davada[737] ise, oniki yaşındaki bir çocuk İskoç eğitim sistemine alıştığını, annesiyle çok iyi bir ilişkisinin bulunduğunu keza annesinin akrabalarıyla da yakın bir sevgi ilişkisi yaşadığını, üvey babasıyla seviyeli bir ilişkisinin bulunduğunu, kendisini hiç tenkit etmediğini hatta annesi ile üvey babasının kendi hayatında öncelikli olduğunu dile getirerek ABD'ye iadesine itiraz etmiştir. Mahkeme çocuğun görüşünü dikkate alarak iade talebini geri çevirmiştir. Burada önemli olan, çocuğun, talepte bulunan ana veya babasının yanına dönmek istemediği yönündeki beyanının sonuçlarını kavrayabilecek yaşta ve olgunlukta olmasıdır[738]. Gerçekten de çocuğun görüşünün dikkate değer bulunabilmesi için verdiği kararın sonuçlarını tahlil edebilecek yeterlilikte bulunması gerekir. Geride bıraktığı kişiyle, kurmuş olduğu ilişkinin kısıtlanabileceğini kavrayabilecek zekaya[739] ve akla sahip olması gerekir[740].

Buna karşın farklı bir görüşe göre[741] çocuğun görüşünün dikkate alınacak yaş ve olgunlukta olduğunun kabulü için çocuğun, iade edilmeye veya iade edilmemeye ilişkin itirazlara kuvvetli argümanlarla karşılık vermesi veya taleplerden birini çürütebilecek olgunluğa ve mantığa sahip olması gerekir. Bir davada, on yaşındaki çocuğun itirazı geçerli bulunmadığı ve de

[733] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 188 dn 99.
[734] S. v. S. (Child Abduction) davasına ilişkin ilk derece mahkemesinin kararı için Bkz. 1992 2 FLR 31/36.
[735] Davada baba, çocuğun Fransa'ya iade edilmesi halinde İngilizce eğitim veren bir okula kaydını yaptırmayı teklif ve taahhüt etmiştir. Fakat mahkeme bunu yeterli bulmamıştır.
[736] Re. M. (A Minor) (Abduction Child's Objection) davası için Bkz. 1994 2 FLR 126. Bu davada çocuk İskoç mahkemelerine güven duymadığını dile getirirken gerekçe olarak kendisi hakkında İskoçya'da seksenden fazla talepte bulunulduğunu söylemiştir.
[737] Urness v. Minto davası için Bkz. 1994 SC 249.
[738] John O'brien, **Smith's Conflict of Laws**, London, 1999, s.528.; Huysal Burak, **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, İstanbul, 2005, s.230.
[739] Zekâ, akıl yürüterek gerçekleri algılayabilme ve yargılama yaparak sonuç çıkarabilme yeteneğidir. Akıl ise düşünebilmeyi ve anlayabilmeyi ifade eder.(Bkz. Ayverdi İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük,İstanbul,2005, s.68, 3486)
[740] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 201.
[741] Millett LJ'nin görüşü için Bkz. Re. R. (Child Abduction: Acquiescence) 1995 1 FLR 716/ 735.

itirazının gerekçesi belirtilmediği için iadesine hükmedilmiştir[742]. Kanaatimizce bu çok marjinal bir yaklaşımdır. Çocuktan kendini savunabilecek kadar yetkin cevaplar vermesini beklemek yetişkinlerin gözlüğünden küçüklere bakmak gibidir.

İhtimal dahilinde olabilecek diğer hal ise, çocuğun üçüncü bir ülkeye iade edilmesine itiraz etmesi olabilir. Çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden sonra koruma hakkına sahip olan kişi mutad meskenini bir başka âkit devlete taşıdığı hallerde; çocuğun bu ülkeye iade edilmeye karşı çıkmasının haklı bir itiraz sebebi oluşturup oluşturmayacağı kanaatimizce tartışmalıdır. Doktrinde[743] bu meselenin Çocuk Hakları Sözleşmesinin (ÇHS) 12. madde hükmü dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Gerçekten de ÇHS'nin 12. maddesinin 1. fıkrası uyarınca akit devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun, kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını tanımak ve buna özen göstermek mükellefiyeti altındadırlar. Şu halde görüşleri dikkate alınacak yaş ve olgunluktaki bir çocuk, iade aşamasında önceki mutad meskeni yerine üçüncü bir devlete iade edilecek olmasına her zaman itirazda bulunabilir. Görüşleri dikkate alınacak yaş ve olgunlukta olan çocuğun iadesi 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 13. madde hükmüne dayanılarak reddedilebilir. Buna karşın, hemen belirtelim ki; bu görüş sözleşmenin esas gayesi olan mevcut statükonun korunması fikriyle çelişebilir. Çünkü, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi bakımından çocuğun üstün yararı ancak mevcut statükonun korunmasıyla gerçekleşebilir. Çocuğun bir an evvel kaçırılmazdan evvelki mutad meskenine iade edilmesi korunmak istenen statükodur. Bu yaklaşım 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin giriş kısmından[744] açıkça anlaşılmaktadır. Keza 12. madde hükmüne[745] göre de adlî veya idarî makam, çocuğun, koruma hakkı sahibine geri verilmesine değil; kaçırılmazdan evvelki mutad meskenine iade edilmesine karar vermektedir. Bu nedenle asıl olan çocuğun bir an önce, önceki mutad meskenine iade edilmesidir. Bu açıdan bakıldığında koruma hakkına sahip olan kişinin mutad meskenini çocuğun kaçırılmasından sonra bir başka ülkeye taşıması; iadeye konu olan çocuğun iade talebine karşı çıkması için haklı bir sebep oluşturabilir.

---

[742] Tahan v. Duquette, 613 A.2d 486, 490 (N.J. Super Ct. App. Div. 1992) Kenworthy S. Brian, The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States And The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction, Indiana International Law and Comparative Law Review, Vol.12, 2002,s.352.

[743] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 189. Aynı yöndeki uygulama için Bkz. Re. R. (Child Abduction Acquiescence) 1995 1 FLR 716/ 731-737.

[744] .....çocuğun mutad meskeni devletine derhal dönüşünü teminat altına almak...

[745] Sözleşmenin 12. maddesinin 1.fıkrası ".....müracaatta bulunulan makam çocuğun derhal geri dönmesini emreder" şeklinde sona ermektedir.

İade talebinde bulunan kişinin, çocuğun önceki mutad meskeninin bulunduğu ülkeden sınırdışı edilmesi halinde, çocuk bu gerekçeye dayanarak iade talebine karşı itirazda bulunabilir. Türk vatandaşlık hukuku bakımından, yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığına alınan bir yabancının beş yıl zarfında yalan beyanda bulunduğu veya vatandaşlığa kabul edilmesinde önemli rol oynayan bir hususu gizlediği tespit edilirse TVK. madde 33/3 hükmü uyarınca kendisi hakkında vatandaşlığa alınma kararının iptaline[746] karar verilir. Bakanlar Kurulu lüzum gördüğü takdirde kişinin mallarının tasfiyesi ile birlikte sınırdışı edilmesine karar verebilir. Şu halde koruma hakkı kendisinde bulunan bir Türk vatandaşının sonradan vatandaşlığı iptal edilir ve bu kararla birlikte sınırdışı edilmesine karar verilir ise çocuğun önceki mutad meskeni olan Türkiye'ye iade edilmemesi haklı görülebilir. Çocuğun iade edilmeye bu hususu gerekçe göstererek itirazda bulunması mümkündür. Benzer durum iade talebinde bulunan kişi hakkında sonradan çıkarma kararı[747] verilmesi halinde de yaşanabilir.

Ancak hemen belirtelim ki, gerek vatandaşlığa alınmanın iptalinde olsun[748], gerekse çıkarmada olsun, verilen kararlar şahsidir, çocuklara etki etmez[749]. Bu bakımdan iade talebinde bulunan kişinin yurda girişi yasaklanmış bile olsa çocuk için bu müeyyide söz konusu olmayacaktır. Çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden evvel mutad meskeni Türkiye'de ise ülkesine her zaman iade edilebilir.

Diğer yandan 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin bir adlî yardım sözleşmesi olduğu ve de velâyet sorumluluğunu tartışmadığını unutmamak gerekir. Sözleşmeye, göre çocuğun bir an önce eski mutad meskenine iadesinde yani mevcut statükonun korunmasında çocuğun üstün menfaati olduğu kabul edilmektedir. Şayet çocuğun önceki mutad meskeni olan ülkeyle sosyal ve kültürel yönden derin ve kuvvetli bir bağı varsa ve olayın özellikleri bakımından üstün menfaati çocuğun oraya iade edilmesini haklı kılıyorsa iadesine karar verilmelidir. Hâkim, çocuğun

---

[746] Vatandaşlığa alınmanın iptali ve sonuçları hakkında detaylı bilgi için Bkz. Nomer Ergin, Vatandaşlık Hukuku,15.Baskı,İstanbul,2005, s.114-120.

[747]Vatandaşlıktan çıkarılmanın hüküm ve sonuçları için Bkz. Nomer Ergin, Vatandaşlık Hukuku,15.Baskı,İstanbul,2005, s.130-136.

[748] Küçük çocuklar, ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanmışlar ise, iptal kararı ile birlikte ana veya babalarına bağlı olarak kazandıkları Türk vatandaşlığını kaybederler. Bkz. TVK.'nun 16. ve 33. madde hükümleri.

[749] Doktrinde, vatandaşlığa alınma kararının iptali ile birlikte mallarının tasfiyesine ve sınırdışı edilmesine karar verilmiş ise bu müeyyidenin vatandaşlığı iptal edilen kişiye bağlı olarak Türk vatandaşı olan eş ve çocuklar hakkında uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Hükmün cezaî nitelikte olmasından ötürü, sadece vatandaşlığı iptal edilen kişi ile sınırlı tutulması gerektiği iddia edilmiştir. Bkz. Göğer Erdoğan, Türk Tabiiyet Hukuku, Ankara,1979, s.147, Fişek Hicri,Vatandaşlığa Alınmanın İptali, Osman Berki'ye Armağan, 1977, s.390 vd., Nomer Ergin, Vatandaşlık Hukuku,15.Baskı,İstanbul,2005, s.119.

görüşlerini dikkate almakla birlikte, bu konuda oldukça ihtiyatlı davranmalıdır. Herşeyden önce çocuğun, ebeveynlerinin baskısı altında kalmaksızın kendi görüşlerini dile getirdiğinden emin olmalıdır. Çocuğun iadesinin kural, iade edilmeyecek olmasının ise bir istisna olduğu sürekli akılda tutulmalıdır. Çocuğun üstün menfaati ile 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin amacı terazinin kolları gibidir. Çocuğun iradesi, kendi üstün menfaatine hizmet ettiği ölçüde dikkate alınmalıdır. Yaş ve olgunluk bakımından görüşü alınmaya müsait olan bir çocuk, objektif sınırlar içinde kendi üstün menfaatine aykırı olarak iade edilmeye itiraz ederse, bu itirazına şüpheyle bakılmalıdır.

Mahkemeler, Çocuğun üstün yararını, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin öngördüğü esas amaç ile dengelemeye özen göstermelidirler[750].

4.Çocuğun Görüşünün Alınmasına Getirilen Eleştiriler

Çocuğun görüşü alınarak iade talebine karşı çıkılması oldukça istisnaî ve sınırlı tutulmalıdır. Sözleşme'nin esas gayesini salt çocuğun görüşlerine yer vererek ortadan kaldırmak veya sözleşmeyi sadece çocuğun görüşlerine dayalı olarak uygulamak yerinde bir yaklaşım olmayacaktır[751]. Bu düşünceden hareketle çocuğun görüşünün alınmasına bir çok eleştiri getirilmektedir. Çocuğun görüşünün alınması ile, mahkemenin bir nevi koruma hakkını tekrardan gözden geçirdiğini oysa sözleşmenin nitelik itibariyle bir adlî yardım sözleşmesi olduğunu bu bakımdan koruma hakkının esasına ilişkin değrlendirmenin kural olarak çocuğun mutad meskeni devletince yapılması gerektiği getirilen önemli eleştirilerden biridir. Keza çocuğun görüşlerine önem vermekle bu konudaki takdir hakkının hâkimden alınıp çocuğa verildiği de iddia edilmektedir[752]. Üçüncü bir eleştiri ise çocuğun görüşünün objektif olamayacağı; ister istemez kendisini alıkoyan kişiden etkileneceği noktasındadır. Uygulamada mahkemeler[753] bu hususa dikkat etmektedir. Çocuk, başkalarının görüşlerinden etkilenerek veya onların baskısı altında ifadesini açıklamışsa görüşlerine hiçbir ağırlık verilmemektedir. Bununla birlikte çocuğun

[750] Brian S. Kenworthy, The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States And The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction, Indiana International Law and Comparative Law Review, Vol.12, 2002,s.362.
[751] Avustralya Yüksek Mahkemesinin kararı için Bkz. De. L. V. Director-General N.S.W. Department of Community Services 1996 70 ALJR 932.
[752] Brian S. Kenworthy, The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States And The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction, Indiana International Law and Comparative Law Review, Vol.12, 2002,s.359.
[753] Re. K. (Abduction: Child's Objections) 1995 1 FLR 977/997 ; Re. R. (A. Minor Abduction) 1992 1 FLR 105/108.

kendisini alıkoyan kişiden etkileneceği kabul edilmekle birlikte, bu etkilenmenin aşırıya kaçmasından korkulmaktadır. ABD mahkemesinde görülen bir davada[754] çocuğun kendisine bakan kişiden etkilenmemesini beklemenin gerçekçi olmadığı gibi insan tabiatına da aykırı olacağı iddia edilerek çocuğun, kendisini alıkoyan kişiden az da olsa etkilenmiş olmasının makul görülmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Bunun yanında madde hükmünün hâkimlere geniş takdir hakkı vermesinden ötürü sözleşmenin etkin olarak uygulanmasına gölge düşebileceği de savunulan eleştiriler arasındadır. Son olarak çocukları, ebeveynlerden birini tercih etmeye zorlamanın gerek pratik mülahazalar gerekse çocuk pedagojisi açısından çok yanlış olacağı da savunulmaktadır[755].

5. Çocuğun, Görüşünün Alınması Gereken Yaş ve Olgunlukta Bulunduğunu Tespit Edecek Hukuk

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nde çocuğun görüşünün alınabilmesi için öngörülen yaş ve olgunluğun hangi hukuk tarafından tayin edileceği belirtilmemiştir. Çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmezden evvelki mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku bu konuda yetkili değildir. Usuli işlemlerde Lex Fori prensibi hâkimdir. Bu sebeple, davaya bakan mahkeme çocuğun yeterli olgunlukta bulunup bulunmadığını kendi hukukuna göre tayin edecektir. Bu durum Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinde açıkça dile getirilmiştir. Sözleşmenin gerek 3. gerekse 6.madde hükümlerinde buna yer verilmiştir. Madde hükümlerine göre çocuğun idrak gücüne sahip olup olmadığı mahkemenin kendi iç hukukuna göre tayin edilecektir. Şu halde Türk mahkemelerinde görülen bir uluslararası nitelikteki çocuk kaçırma davasında, çocuğun görüşünün alınmaya ehil olup olmadığı Türk usul hukuku tarafından tespit edilecektir.

i.1980 Tarihli La Haye Sözleşmesinin 13/b Maddesine Getirilen Eleştiriler

Madde hükmü, istisnaî bir düzenleme olması nedeniyle oldukça dar yorumlanmaktadır. Mahkemeler, çocuğun bakım ve gözetimi konusunda, çocuğun mutad meskeni devletince, alternatif olarak alınabilecek tüm ihtimallerin yetersiz kalacağına inandıkları vakit, çocuğun

[754] Robinson v. Robinson 983 F. Supp 1339 [D. Colo. 1997].
[755] Jeanine Lewis, The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity, The Transnational Lawyer, Vol.13, 2000, s.415.

iadesini reddetmektedirler[756]. Kural olarak mahkemeler, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yer makamlarınca çocuk için gereken korumanın tesis edileceğine inanmaktadırlar. Bu görüşte olanlara göre[757], 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ne taraf olan akit devlet, bu sözleşmeyi imzalamakla geçici veya daimi olarak çocuk için gereken tüm tedbirleri almayı kabul etmiş varsayılmalıdır. Bu nedenle, bir La Haye sözleşmesine taraf devletin, diğer bir La Haye anlaşmasına taraf devlete güvenmemesi için hiçbir haklı neden veya gerekçe bulunmamaktadır. Çocuğun mutad meskeninin bulunduğu anlaşmaya taraf devletin, çocuk için gereken tüm tedbirleri alacağına ve yerine getireceğine güvenilmelidir.

Buna karşın doktrinde[758], çocuğun özellikle aile içi şiddete ve cinsel istismara maruz kaldığı durumlarda, mutad mesken makamlarınca gereken tedbirlerin alınacak olması gerekçesiyle mahkemelerin 13. maddenin (b) bendini uygularken çekingen davranması eleştirilmektedir. Bu görüşü savunanlara göre, mahkemeler, merkezi makamların iade sonrasında çocuk için gerekli tüm tedbirleri alıp onu koruyacakları faraziyesiyle hareket etmektedir. Oysa beklentiler gerçeği karşılayamayabilir. Söz gelimi, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ni kaleme alanlara göre çocuk kaçırmalarının prensipte en fazla babalar tarafından gerçekleştirileceği farz edilirken umulanın aksine kaçırmaların %70'inden fazlasının anneler tarafından gerçekleştirildiği tespit edilmiştir. Bu nedenle çocuğun, mutad meskeni makamlarınca her zaman için en iyi şekilde gözetileceğinin bir faraziye olduğu iddia edilmektedir. Çocuğu korumaya yönelik kanunların veya hukukî düzenlemelerin bulunması yeterli değildir. Bunların etkin olarak fiilen günlük hayatta yaşatılıyor olması gereklidir[759]. Bu görüşü savunanlara göre 1980 tarihli La Haye sözleşmesi, kaçırılan çocukları korumak amacıyla kaleme alınmıştır; yoksa, uluslararası platformda devletlerin velâyete ilişkin düzenlemelerini veya aile hukukuna ilişkin politikalarını tartışmak veya bunları yarıştırmak değildir[760].

---

[756] Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children Law Practise and Procedure, sy 338.
[757] Bayan Paton'un görüşü için Bkz Re. Q Petitioner 2001 SLT 243. ve Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children Law Practise and Procedure, sy 330 dn 227.
[758] Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children Law Practise and Procedure, sy 348.
[759] Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children Law Practise and Procedure, sy 349.
[760] Sharon C. Nelson, Turning Our Backs on The Children: Implications of Recent Decisions Regarding The Hague Convention on International Child Abduction, University of Illinois Law Review,Vol 2001,No2,s.693.

Bunun yanında, iade talebini değerlendirecek olan mahkemenin çocuğun gözetilmesi konusunda kendi makamları ile mutad mesken makamlarını yarıştırması sözleşmenin ruhuna uygun düşmediği gibi, mahkemelerin egemenliği ilkesine de ters düşmektedir[761].

Mahkemelerin, çocuğu iade ederlerken 7.maddenin (h) bendine aşırı güvenmesi doktrinde eleştirilmektedir. Bu görüşe göre[762], merkezi makamların, iade sonrasında çocuğu koruma ve gözetme mükellefiyetinin bulunması bu mükellefiyetin eksiksiz şekilde yerine getirileceği anlamını vermemektedir. Aile içi şiddete veya cinsel istismara maruz kalan bir annenin, çocuğun mutad meskeni devletindeki hukukî düzenlemelerin kendisini ve çocuğunu korumada yetersiz kalması üzerine, çocuğunu yanına alarak, iade talebinde bulunulan ülkeye gelmesi bu duruma örnek olabilir.

Kanaatimizce, çocuğa karşı aile içi şiddetin veya cinsel istismarın söz konusu olduğu hallerde, iade kararını değerlendirecek olan mahkeme, çocuğu hukuka aykırı olarak alıkoyan kişinin, çocuğun mutad meskeni ülkesini terk etmezden önce bu istismarı önlemeye yönelik başvurduğu hukukî tedbirleri ve bunun fiili sonuçlarını dikkate almalıdır. Bu tedbirlerin yetersizliği, çocuğun mutad meskeni makamlarınca gereken korumayı tesis edemeyeceklerine karine teşkil edebilir.

Doktrinde[763], 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin öngördüğü amacın gerçekleştirilebilmesi için madde hükmünün mahkemelerce dar yorumlanması gerektiği savunulmuştur. Buna karşın başka bir görüş[764], mahkeme uygulamasında madde 13/b hükmünün değişime uğrayıp, koruma hakkının esasına müdahale edebileceğinden endişe duymaktadır. Bu

[761] Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children Law Practise and Procedure, sy 349.
[762] Sandor, Review of Hague Child Abduction Convention: Protecting Both Children and Adults Until and Upon Return? Australian Journal of Family Law 2001 s.1.(Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children Law Practise and Procedure, sy 350'den naklen.)
[763] Linda Silbernman, Hague Convention on International Child Abduction: A brief Overview and Case Law Analysis, Family Law Quarterly, Vol 28, 1994,s.25.
[764] Glen Skoler, A Psychological Critique of International Child Custody And Abduction Law, Family Law Quarterly Vol 32, 1998, s.559

görüşe göre, madde hükmü Sözleşmeyi içten içe kemiren ve gelecekte zayıflatabilecek bir düzenlemedir.[765]

Doktrinde madde hükmünün yeniden kaleme alınması teklif edilmektedir. Çocuğun iadesinin, 13. maddenin (b) bendi gerekçe gösterilerek reddedileceği hallerde, iadesini talep eden devlette çocuğun korunmasına yönelik gerekli önlemlerin alınamayacak olması da bir şart olarak aranmalıdır. İade talebini değerlendirecek mahkemenin sadece 13. maddenin (b) bendinde yer alan hususların varlığını irdelemesi yeterli değildir. Mahkemenin aynı zamanda, çocuğun iadesini talep eden devletin bu türden tehlikelerin üstesinden gelebilecek önlemleri alıp alamayacağını da araştırması gerekir[766]. Modern anlayış bu sorumluluğu mahkemelere yüklemektedir[767]. Kanaatimizce de madde hükmünün bu husus dikkate alınarak yeniden yazılması gereklidir. Zira âkit devlet mahkemelerinde yeknesak bir uygulama sağlamak için bu gereklidir. Nitekim çağdaş gelişmeler de bu yöndedir. 1347/2000 sayılı AB Konsey Tüzüğünü tadil eden 27 Kasım 2003 tarih ve 2201/2003 sayılı Tüzüğün[768] 11. maddenin 4. fıkrası da aynı düşünceyle hareket ederek, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 13. maddesinin (b) bendine istinaden iade talebinin reddedilebilmesi için, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu iade talebinde bulunan Birlik üyesi devletin, iade sonrası çocuğun korunmasına yönelik gerekli güvence ve tedbirleri almayacak veya alamayacak olmasını aramıştır.

D. Çocuğun İadesinin, Talepte Bulunulan Devletin İnsan Hak ve Hürriyetlerine İlişkin Temel İlkelerini İhlâl Edecek Nitelikte Olması (1980 Tarihli La Haye Sözleşmesi Madde 20)

Çocuğun iadesine yönelik talebin reddedilmesine imkan tanıyan diğer bir hüküm de Sözleşmenin 20. maddesinde yer almaktadır.

---

[765] Elizabeth Ising, Refusing to Debate Wheaties Versus Milchreis: Blondin v. Dubois and the Second Circuits's Iınterpretation of the Hague Abduction Convention's Grave Risk Exception,NCJ International Law and Com. Reg., Vol.25, 2000,s.647.

[766] Aksi görüş için bkz. Sharon C. Nelson, Turning Our Backs on The Children: Implications of Recent Decisions Regarding The Hague Convention on International Child Abduction, University of Illinois Law Review,Vol 2001,No2,s.693.

[767] Brian S. Kenworthy, The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States And The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction, Indiana International Law and Comparative Law Review, Vol.12, 2002,s.351.

[768] Official Journal L 388/1 23.12.2003.

İkinci Özel Komisyon Raporuna göre, 20.maddenin sevk edilmesindeki temel etken, sözleşmenin birçok devlet tarafından benimsenmesini temin edebilmektir[769].

Sözleşmenin hazırlık aşamasında istisnaî nitelik taşıyan bu tarz hükmün ne şekilde ifade edilip kaleme alınacağı tartışılmıştır. Tasarıyı hazırlayanlar "kamu düzeni" söylemiyle, "çocuğun iadesinin talep edildiği âkit devletin aile ve çocuk hukukuna ilişkin temel prensipler" arasında tercih yapmakta terreddütte kalmışlardır[770]. Kamu düzeni kriterine birçok devlet olumsuz yaklaşmıştır. Bu devletlere göre, kamu düzeni kriteri tercih edilir ise, geniş bir istisna tanınmış olacağından, sözleşmede öngörülen amacın gerçekleştirilmesinde oldukça zaafiyet yaşanacağı iddia edilmiştir[771]. Bununla birlikte, "temel hak ve hürriyetlere ilişkin prensipler" kaydının tercih edilmesinin, hâkimlerin davanın esasına daha çok konsantre olmalarına hizmet edeceği de savunulmuştur[772]. Yapılan oylamada kamu düzeni kriteri reddedilmekle birlikte, yapılacak düzenlemenin, sırf aile ve çocuk hukukunun temel prensipleri ile sınırlı tutulması yeterli görülmemiştir. Zira, aile hukukuna ilişkin temel prensipler, insan hak ve hürriyetleri için öngörülen temel prensipler yanında daha dar kalabilmekteydi.

Bu ihtimali bertaraf edebilmek için, iade talebinde bulunulan devletin insan hak ve hürriyetlerine ilişkin temel değerleri madde kapsamına alınmıştır. Madde hükmü yorumlanırken talepte bulunan devletin değil, iade talebinde bulunulan devletin kişi hak ve hürriyetlerine ilişkin kabul ettiği temel ilke ve prensiplerin dikkate alınması gerekir. Söz gelimi Alman Anayasa Mahkemesi[773] bir kararında, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ne binaen bir iade talebinde, çocuğun iadesinin Federal Alman Anayasasına aykırı olup olmadığını tetkik etmiştir.

---

[769] The Hague Convention- Order or Chaos? An Update on a Paper First Delivered to Family Law Conference in Adelaide in 1994 - Updated For the Canadian National Judical Institute International Judical Conference on the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction July 2004 La Malbaie (Quebec) Canada, s.92.

[770] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 137 , Herring Lynda, " Taking Away the Pawns: International Parental Abduction and the Hague Convention", **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation,** 1994-1995 , Volume 20. s.170.

[771] Kerri Smetzer Mast, The Application of The Fundamental Principles Exception of The Hague Convention On The Civil Aspects of International Child Abduction, Emory International Law Review, 2003, Vol 17,s.249.

[772] Kerri Smetzer Mast, The Application of The Fundamental Principles Exception of The Hague Convention On The Civil Aspects of International Child Abduction, Emory International Law Review, 2003, Vol 17,s.249.

[773] American Society of International Law, Germany: Constitutional Court Decision in Case Conserning The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction, Including Memorandum Prepared by The Permanent Bureau of The Hague Convention on Private International Law For Submission to The Constitutional Court, 35 ILM 529, 1996.

Madde düzenlemesinden, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerini Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesinin öngördüğü temel hak ve prensiplerin anlaşılmaması gerekir[774]. Aksi halde âkit devletin taraf olmadığı insan haklarına ilişkin sözleşme veya protokollerde öngörülen temel ilkeleri de kabul ettiği anlamı çıkabilir. Bu ilkelerin, alelade prensipler olmayıp, talepte bulunulan devletçe kabul edilen kişi hak ve hürriyetlerinin özünü hedef alan temel değerlerden olması gerekir.

Madde hükmüne getirilen eleştirilere göre, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin. 20. maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 4 numaralı protokolünün 2. maddesi[775] ile çelişmektedir[776]. Fransız ilk derece mahkemesi bir kararında[777], İngiliz babanın, eşinin rızasını almaksızın çocukları Fransa'ya getirmesi nedeniyle açılan iade davasında, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin öngördüğü serbest dolaşım ve yerleşme serbestisini ihlal ettiği gerekçesiyle, iade talebini reddetmiştir. Temyiz mahkemesi kararı[778] bozmuş ve babanın serbest dolaşım hakkının kısıtlanmadığına karar vermiştir. Zira yüksek mahkemeye göre çocuğun mutad meskeni hukuka uygun olarak değiştirilmelidir yoksa kaçırılma veya hukuka aykırı alıkonmayla değil.

Benzer şekilde, Kanada Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirgesinin 6. ve 7. maddelerinin 1980 tarihli La Haye sözleşmesi ile çeliştiği de ileri sürülmüştür. Bildirgenin ilgili maddesine göre her Kanada vatandaşı, Kanada'ya giriş yapma, ülkede bulunma ve ülkeden ayrılma hakkına sahip bulunmaktadır. Ancak Kanada'nın 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ni kabul etmesinden sonra, Kanada vatandaşlarının bu bildirgeye dayanarak Kanada mahkemelerinde, 1980 tarihli Sözleşmenin uygulanmasına ket vuramayacakları belirtilmiş ve düzenleme eleştirilmiştir[779].

---

[774] Kerri Smetzer Mast, The Application of The Fundamental Principles Exception of The Hague Convention On The Civil Aspects of International Child Abduction, Emory International Law Review, 2003, Vol 17,s.251.

[775] 02.05.1968 tarihli Dört Numaralı Protokol için Bkz. Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, 1994, İstanbul, s.232. Madde 2 "Bir devletin ülkesinde kanunî şekilde bulunan herkes, o ülke içinde dolaşma hürriyetine ve kendi ikametgâhını seçme hürriyetine sahiptir." Onayı uygun bulma kanunu için Bkz. RG 26.02.1994-21861.

[776] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 175.

[777] Linda Silberman, Hague International Child Abduction Convention: A Progress Report, Law and Contemporary Problems, Vol 57 ,1994, No.3, s.242 dn 160.

[778] 07.04.1988, 79 Rev. Crit (1990), 529. Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 175.

[779] Jeanine Lewis, The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity, The Transnational Lawyer ,Vol.13, 2000, s.419 dn. 238.; Linda Silberman, Hague International Child Abduction Convention: A Progress Report, Law and Contemporary Problems, Vol 57 ,1994, No.3, s.242 dn 160.

Buna karşın, Sözleşme'nin 20. madde hükmü, AİHS'nin[780] 8.maddesinin 2. fıkrası ile son derece uyumlu bulunmuştur. Madde hükmüne göre, resmî bir makamın demokratik bir toplumda aile hayatına müdahale edebilmesi, ancak milli güvenlik, amme emniyeti, memleketin iktisadi refahı, nizamın muhafazası, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ve başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri bulunduğu derecede ve kanunla derpiş edilmesi şartıyla vukubulabilecektir. Doktrinde[781], AİHS'nin 8.madde hükmünün, La Haye Sözleşmesinin 20.maddesi için sınır çizgisi olduğu kabul edilmiştir.

ABD, mahkemelerine göre seyahat ve aile birliğinin tesisine getirilen kısıtlamalar, 20. madde hükmünün uygulanmasını haklı kılmamaktadır[782]. ABD mahkemesinde görülen bir davada[783], ABD'ye kaçırılan çocuğun İsrail'e iadesi talep edilmiştir. Söz konusu olayda, çocuğun İsrail'e kaçırılmasından önce, İsrail mahkemesi, anne ve çocuğun dava süresince yurt dışı çıkışlarına yasak getirmiştir. ABD mahkemesinde görülen iade davasında, anne, İsrail mahkemesinin verdiği ara kararın, serbest dolaşım hakkına getirilen bir kısıtlama mahiyetinde olduğunu iddia ederek 20. madde hükmüne istinaden iadenin reddini talep etmiştir. Mahkeme, annenin itirazını haksız bularak, çocuğun İsrail'e iadesine karar vermiştir. Mahkeme, hukuka uygun olarak seyahat özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın tedbir niteliğinde olduğunu, bu sebeple 20. maddenin uygulanmasına olanak bulunmadığını kabul etmiştir. Bununla birlikte seyahat özgürlüğünün İsrail'de tanınan temel bir hak olduğu dile getirilerek İsrail'de görülen dava devam ettiği müddetçe kişilerin seyahat özgürlüğünün İsrail makamlarının güvencesinde olduğu dile getirilmiştir.

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 20. madde hükmü son derece istisnaî 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

---

[780] RG. 19.03.1954-8662., Aslan Gündüz, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, 1994, İstanbul, s.218.

[781] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 174.

[782] Kerri Smetzer Mast, The Application of The Fundamental Principles Exception of The Hague Convention On The Civil Aspects of International Child Abduction, Emory International Law Review, 2003, Vol 17,s.282.

[783] Freier v. Freier, 969 F. Supp. 436 (E.D. Mich. 1996) Kerri Smetzer Mast, The Application of The Fundamental Principles Exception of The Hague Convention On The Civil Aspects of International Child Abduction, Emory International Law Review, 2003, Vol 17,s.260.; Saniya O'Brien, The Trials and Tributions of Implementing The Hague Convention on International Child Abduction: Improving Dispute Resolution and Enforcement of Parental Rights in International Arena, The George Washington International Law Review, Vol 35, 2003,s.217.

dikkate alınabilecektir[784]. Şu halde 13. madde hükmüne istinaden iade talebine karar verildiği hallerde 20. madde hükmü dikkate alınmayacaktır.

Madde hükmünün uygulama alanı dar tutulmalı[785]ve dar yorumlanmalıdır[786]. Madde hükmü bir kuralmış gibi uygulanmamalı, temyiz yargılamasında da son derece dikkatli tetkik edilmelidir. Madde hükmünün, âkit devletler arasında politik ayrımcılığa sebebiyet vermeyecek şekilde uygulanması gerekir [787]. Avusturya, bir dönem 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ne taraf olan doğu bloku devletlerinden kaçırılan çocukların ülkelerine iadesini reddetmiştir. Siyasi rejim farklılığından ötürü Avusturya, 1990 yılına kadar Macaristan'dan kaçırılan çocukların ülkelerine iadesine izin vermemiştir[788].

Hukuk sistemleri arasındaki farklılığın bu noktada bir önemi yoktur. Söz gelimi, iadenin talep edildiği devlette, çocuğun korumasına yönelik geçerli olan hukukî düzenlemelerin dini temele[789] dayanıyor olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

Çocuğun iadesini talep eden devlet, talepte bulunulan âkit devlete oranla, temel insan hak ve hürriyetlerinin korunması konusunda uygulama zaafiyeti göstermekte ise veya çocuk hakları bakımından kötü bir sicile sahip ise 20. madde gerekçe gösterilerek iade talebi geri çevrilebilir. Madde hükmünün, ancak marjinal vakıalarda uygulama alanı bulabileceği iddia edilmektedir. "Temel hak ve özgürlüklerin korunması" kriterine dayanılarak çocuğun iadesinin reddedilebilmesi için, söz konusu ihlalin, çocuğun iadesini talep eden devletin yürürlükte bulunan hukukî mevzuatında mevcut olması ve bundan kaynaklanıyor olması gerekir[790]. İadeyi talep eden devletin, temel hak ve özgürlükler konusundaki ihlalinin, siyasi bir politikadan veya

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

[785] Örneğin 1999 tarihli istatistiklere göre, bu hükme dayanılarak iade talebinin reddedildiği bir dava bulunmamaktadır. Lowe Nigel / Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children, Family Law,2004, s. 369. ; Barbara Ullman Schwerin, The Hague Convention on International Child Abduction: A Practical Application, Loy. L.A. International and Comparative Law Journal, Vol 10, 1988,s.193.

[786] Mast Smetzer Kerri, The Application of The Fundamental Principles Exception of The Hague Convention On The Civil Aspects of International Child Abduction, Emory International Law Review, 2003, Vol 17,s.251.

[787] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor metni s. 462 paragraf 118.

[788] Carol Bruch, Religous Law, Secular Practises and Children's Human Rights in Child Abduction Cases Under The Hague Child Abduction Convention,New York University Journal of International Law and Politics, Vol 33,2000, s.51.

[789] İsrail'in sözleşmeye taraf olduğu 1991 yılında aile hukuku, dini temele dayanmaktaydı ve ihtilâflar dini mahkemelerde görülmekteydi. Ancak İsrail, sözleşmenin etkin şekilde uygulanabilmesi için La Haye sözleşmelerinden doğan taleplerin medenî mahkemelerde görülmesi için münhasır yetkili mahkemeler ihdas etmişti. Bkz. Carol Bruch, Religous Law, Secular Practises and Children's Human Rights in Child Abduction Cases Under The Hague Child Abduction Convention,New York University Journal of International Law and Politics, Vol 33,2000, s.50 dn.4. Sözleşmeye taraf devletlerden olan Türkmenistan'da 1998 yılına kadar aile hukuku dini temellere dayanmaktaydı.

[790] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor metni s. 462 paragraf 118.

örf ve adetlerden doğması, 20. maddenin uygulanması için yeterli kabul edilmemektedir[791]. Bu anlayışın pratikteki yansıması Avustrulya Mahkemesinin verdiği bir kararda[792] hayat bulmuştur. Mahkemeye göre, 20. madde hükmünün uygulanabilmesi için, iade talep edilen devletin mevzuatında öngörülen hak ve hürriyetlere ilişkin temel prensiplerin, somut şekilde çocuğun iadesine izin vermiyor olması gerekir. Bu nedenle, iade talep edilen âkit devletin hukukî mevzuatında öngörülen temel prensiplerin, çocuğun iadesi ile bağdaşmayacağının iddia edilmesi veya çocuğun iadesi ile uyuşmayacağının ileri sürülmesi yeterli görülmemelidir. Çocuğun iadesinin, açıkça temel prensipleri ihlal ediyor olması gerekir[793]. Bu hususun açık ve inandırıcı delillerle ortaya konması icabeder[794].

20.madde hükmüne istinaden iade talebinin reddedilebilmesi için, talepte bulunulan devlette söz konusu temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin ilkelerin, çocuğun iadesini haklı görmemesi gerekir. Şu halde temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda öngörülen üst sınır, talepte bulunulan devletin hukukunun öngördüğü güvencelerle sınırlıdır. Talepte bulunulan devletin iç hukukunda yer alan düzenlemeler ile iç hukukuna aktardığı ikili ve çok taraflı anlaşmalar, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında sınır çizmekte ve çerçeveyi oluşturmaktadır[795]. Bu nedenle, çocuğun iadesinin talep edildiği tarih itibariyle, uluslararası platformda çocuk hukuku alanında, yeni gelişmelerin kaydedilmiş olması veya adımların atılıyor olması, iade hakkında karar verecek âkit devletin, çocuğun iadesini değerlendirirken bu gelişmeleri dikkate almasını gerektirmemektedir.

Çocuğun iadesinin talep edildiği devlette ırk ayrımına dayalı bir uygulama bulunmamakla birlikte, iadeyi talep eden devlette şovenist bir anlayış egemen ise 20. madde hükmüne istinaden çocuğun iade talebi reddedilebilir. Farazi bir örnek olarak, mutad meskeni Sırbistan-Karadağ'da tarafında bulunan Bosna'lı bir çocuğun, Sırpların ırka dayalı katliamda bulunması ihtimalinde, Sırbistan-Karadağ'a iadesi reddedilebilir[796]. Keza, iadeyi talep eden devlette radikal bir değişim

---

[791] Jeanine Lewis, The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity, The Transnational Lawyer ,Vol.13, 2000, s.419.
[792] 1995 FLC 92-551 81, 519.
[793] The Hague Convention- Order or Chaos? An Update on a Paper First Delivered to Family Law Conference in Adelaide in 1994 - Updated For the Canadian National Judical Institute International Judical Conference on the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction July 2004 La Malbaie (Quebec) Canada, s.92.
[794] Kerri Smetzer Mast, The Application of The Fundamental Principles Exception of The Hague Convention On The Civil Aspects of International Child Abduction, Emory International Law Review, 2003, Vol 17,s.252.
[795] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor metni s. 462 paragraf 118.
[796] Lynda Herring, " Taking Away the Pawns: International Parental Abduction and the Hague Convention", **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation,** 1994-1995 , Volume 20. s.171 dn 280.

yaşanması nedeniyle temel insan hak ve hürriyetlerinin hiçe sayılması söz konusu ise 20. madde hükmü uygulama alanı bulabilir[797]. Geçmişte Nazi Almanya'sının uygulaması buna örnek olarak gösterilebilir. Çocuğun iadesini talep eden devlette, anayasal rejim, insan haklarını hiçe sayacak şekilde baştan aşağı değişmiş ve demokratik düzen ortadan kalkmış ise, 20.madde hükmü gene uygulama alanı bulabilir[798]. Adil yargılanma ilkesini sürekli ihlal eden bir devlet tarafından çocuğun iadesi talep edilir ise, 20 .maddeye dayanılarak iadenin reddedilip reddedilmeyeceği tartışmalıdır. Bu husus, halin icaplarına göre hâkim tarafından tahlil edilmelidir. ABD'de görülen bir davada[799], İspanyol mahkemelerinde davaların çok üzün sürmesi nedeniyle anne ve çocuğun yargılanma haklarına ilişkin temel ilkelerin ihlal edildiği ileri sürülerek çocuğun iadesinin reddi talep edilmiş ise de ABD mahkemesi, İspanyol mahkemelerinin yargılama esnasında tarafların iddialarını dikkate aldığını belirterek çocuğun iadesine hükmetmiştir. ABD mahkemeleri, 20. madde hükmüne dayanarak iade talebini genel olarak reddetmemektedir[800].

Çocuğun iadesini talep eden devlette, seyahat özgürlüğüne ilişkin kısıtlamaların bulunması, 20.madde hükmüne dayanılarak iadenin reddini haklı kılmamaktadır[801].

İade talebinde bulunulan devlette, çocukların çok erken yaşta evlendirilmesi söz konusu ise, hatta bu yerleşmiş bir gelenek ise, evlenmeme hakkını temel insan hak ve hürriyeti olarak

---

[797] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 174.

[798] İran, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ne taraf olmamakla birlikte bu duruma örnek olabilir.

[799] Caro v Sher, 296 N.J Super 594, 687 A. 2d 354 (1996). ABD, mahkemesinde görülen bir velâyet davasında, İspanyol mahkemesi, dava süresince üç çocuğun anneyle birlikte kalmasına karar vermiştir. Anne, bir süre sonra çocuklarını da yanına alarak ABD'ye gelmiş ve burada boşanma ve velâyet davası açmıştır. ABD mahkemesi, çocukların yerlerinin hukuka aykırı olarak değiştirildiği gerekçesiyle, İspanya'ya iadelerine karar vermiştir. Anne, mahkeme kararını Eylül 1994 tarihinde temyiz etmiştir. Temyiz mahkemesi, çocukların iadesine yönelik itirazı Eylül 1998'de hükme bağlayarak itirazı reddetmiştir. Anne, esas davaya bakan New Jersey mahkemesinde, temyiz mahkemesindeki bu gecikmenin temel insan hak ve hürriyetlerine aykırı olduğunu ileri sürerek 20.madde hükmüne dayanılarak iadenin reddini talep etmiştir. New Jersey mahkemesi, İspanyol makamlarının boşanma ve velâyete ilişkin ihtilâfı çözme konusundaki yetkisinin ve de kararlılığının devam ettiği gerekçesiyle itirazı yerinde bulmayarak çocukların iadesine hükmetmiştir. Mahkeme, kanaatimizce yerinde bir karar vermiştir. Davanın uzun sürmesi, sözleşmenin 20. maddesi anlamında insan hak ve hürriyetlerinin ihlalî anlamına gelmez. Zira bu husus talepte bulunulan devletin kendi yargı prosedüründen kaynaklanmıştır. Kanaatimizce, dava konusu olayda, temyiz yargılamasının uzun sürmesi 12. maddenin uygulanmasına sebebiyet verebilirdi. Temyiz yargılamasının dört yıl sürmesi 20. madde yerine 12. maddenin uygulanması için daha elverişli bir zemin hazırlamaktadır. İade talebinin üzerinden dört yıldan fazla bir süre geçmesi sebebiyle çocukların yeni ortamlarına intibak ettikleri sabit ise, iade talebi 12. madde hükmüne istinaden reddedilebilirdi.

[800] Kerri Smetzer Mast, The Application of The Fundamental Principles Exception of The Hague Convention On The Civil Aspects of International Child Abduction, Emory International Law Review, 2003, Vol 17,s.243. ; Julia A. Todd, The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abductin: Are The Convention's Goals Being Achieved?,Global Legal Studies Journal, 1995, Vol 2,s.567.

[801] İlknur Altuntaş, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Ankara, 2006, s.148.

kabul eden ve bunu güvence altına alan âkit bir devlet, çocuğun iadesini 20. maddeye istinaden reddedebilir[802].

Çocuğun iade edileceği mutad mesken devletinde kız çocuklar bakımından "kadın sünneti"[803] yaygın şekilde uygulanmakta ise, iade talebi reddedilebilir[804].[805] Söz gelimi, sözleşmeye taraf olan devletlerden Burkina Faso'da kadın sünneti uygulanmaktadır[806]. Çocuk üzerinde koruma hakkına sahip olan kişi, bu türden insanlık dışı gelenekleri yaşatma eğiliminde ise, çocuğun iadesi 20. madde hükmüne istinaden reddedilmelidir[807]. Bu ihtimalde, çocuğun iade talebinin, -20.maddeden bağımsız olarak[808]- 13. maddenin (b) bendine istinaden de reddedilebileceği unutulmamalıdır[809]. Zira bu türden bir uygulamanın kız çocukları için müsamaha edilemeyecek ciddi bir risk yaratacağı kabul edilmelidir. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca böyle bir ihtimalde madde 13/b yerine, 20. madde hükmüne dayanılarak iade talebinin reddi yerinde olacaktır. Çünkü bu türden her olayda, çocuk fiziki veya psikolojik bir tehlike yaşamayabilir. Operasyonun son derece hijyenik ve tıbbi ortamlarda, örneğin hastanede veya sağlık ocağında anestezi ile gerçekleştirilmesi halinde çocuk fiziki bir acı hissetmeyebilir. Keza kız çocuk geleneklerin etkisinde kalarak aklı erdiğinden bu yana kendini psikolojik olarak bu türden bir operasyona hazırlamış ise operasyon sonrası psikolojik bir tramva da yaşamayabilir. Bu gibi hallerde 13. maddenin (b) bendi yetersiz kalabilir. Bu nedenle "kadın sünneti"

---

[802] İlknur Altuntaş, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Ankara, 2006, s.149.

[803] Female Genital Mutilation. Kadın sünnetinin uygulandığı bazı devletler şunlardır: Hindistanın bazı bölgeleri, Endonezya, Malezya,Yemen, Benin, Burkina Faso, Kamerun, Orta Afrika Cumhuriyeti, Chad, Cote d'Ivoire, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Dijibouti, Etiyopya, Eritrea, Gambiya, Gana, Guinea, Guinea- Bissau, Kenya, Liberya, Mali, Moritanya, Nijer, Nijerya, Senegal, Sierra Leone, Somali, Sudan, Tanzanya, Togo ve Uganda. Bkz. Kerri Smetzer Mast, The Application of The Fundamental Principles Exception of The Hague Convention On The Civil Aspects of International Child Abduction, Emory International Law Review, 2003, Vol 17,s.277 dipnot 203'de anılan yazar ve makale. (naklen)

[804] Kerri Smetzer Mast, The Application of The Fundamental Principles Exception of The Hague Convention On The Civil Aspects of International Child Abduction, Emory International Law Review, 2003, Vol 17,s.244.

[805] Carol Bruch, Religous Law, Secular Practises and Children's Human Rights in Child Abduction Cases Under The Hague Child Abduction Convention,New York University Journal of International Law and Politics, Vol 33,2000, s.56,57.

[806] Kerri Smetzer Mast, The Application of The Fundamental Principles Exception of The Hague Convention On The Civil Aspects of International Child Abduction, Emory International Law Review, 2003, Vol 17,s.277.

[807] Kerri Smetzer Mast, The Application of The Fundamental Principles Exception of The Hague Convention On The Civil Aspects of International Child Abduction, Emory International Law Review, 2003, Vol 17,s.270,274.

[808] 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesinin 20. maddesi sadece 12. maddeyi esas almaktadır. Bu itibarla iade talebinin 13. madde hükmüne dayandırıldığı hallerde 20. madde uygulama alanı bulmayacaktır.

[809] Kerri Smetzer Mast, The Application of The Fundamental Principles Exception of The Hague Convention On The Civil Aspects of International Child Abduction, Emory International Law Review, 2003, Vol 17,s.274.

uygulamasının yaygın olduğu bir ortama çocuğun iade edilecek olması, Anayasamızda güvence altına alınan "vücut bütünlüğünün korunması" ilkesinin [810] bir nevi ihlâli olacabilecektir.

Kimi ülkelerde, kız çocuklarına karşı namus cinayetleri işlenmektedir. Şayet iadesi talep edilen kız çocuğu iade sonrası namus cinayetine suje olabilecek ise, iade talebinin reddi gerekir. Ancak iade talebinde bulunan devlet tarafından, çocuğun iadesi sonrasında gerekli tedbirlerin alınacağı gerçekçi ve somut şekilde ortaya konmuş ise çocuğun iadesine karar verilebilir.

20. madde hükmü İspanyol mahkemesinde görülen bir davada kısmen uygulama alanı bulmuştur. Çocukların annesi, eşinden izin alarak İspanya'ya gelmiştir. Öngörülen süre sonunda anne İsrail'e dönmek istememiş ve çocuklarını yanında alıkoymuştur. İsrail mahkemesi, bu gelişme üzerine çocuklar üzerindeki koruma hakkını babaya geçirmiştir. Çocukların iadesine ilişkin, İspanya'da (Barselona) açılan davaya bakan mahkeme, çocukların iade edilmesi halinde, annenin bir daha çocuklarıyla İsrail'de asla temas kuramayacağını belirterek, çocuğun iade edilmesinin İspanyol hukukunun temel prensiplerine aykırı olacağını hükme bağlayarak iadeyi reddetmiştir[811].[812] Oysa karar eleştiriye açıktır. Zira İspanyol mahkemesi, iade talebini redderken annenin gelecekte çocukla ilişki kuramayacak olmasını dikkate almıştır. Oysa mahkeme, iade talebini değerlendirirken, çocuğun menfaati ile birlikte iade kararının İspanyol hukukunun çocuklar için öngördüğü temel hak ve hürriyetleri ihlal edip etmeyeceğini dikkata alması gerekirdi[813].

Uygulamacılar, 20. madde hükmünü genellikle 13. maddenin (b) bendi ile birlikte ele almaktadırlar. Dava dilekçelerinde, iade talebi sıklıkla 13. maddenin (b) bendi ile birlikte yapılmaktadır. Doktrinde[814], bu iki hükmün birbirinden tamamen farklı olduğu belirtilerek, 20. madde hükmünün hukukî bağlamda değerlendirilmesinin gerektiğine, buna mukabil 13. maddenin (b) bendinin ise somut verilere dayanılarak ele alınması gerektiği vurgulanmıştır.

---

[810] Bkz. T.C. Anayasasının 17. maddesinin 2.fıkrası. "Tıbbî zorunluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz...."

[811] Beilfuss, International Child Abduction in Spain, International Journal of Law, Policy and Family, 2001, sy. 339., Lowe Nigel / Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children, Family Law,2004, s. 371.

[812] Carol Bruch, Religous Law, Secular Practises and Children's Human Rights in Child Abduction Cases Under The Hague Child Abduction Convention,New York University Journal of International Law and Politics, Vol 33, 2000, s.53.

[813] Carol Bruch, Religous Law, Secular Practises and Children's Human Rights in Child Abduction Cases Under The Hague Child Abduction Convention,New York University Journal of International Law and Politics, Vol 33, 2000, s.54.

[814] Dyer'in görüşü için Bkz. Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 174.

Çocuğun şahsında gerçekleşebilecek öznel sebepler, 13. maddenin (b) bendinde dikkate alınmıştır. Oysa 20. madde hükmü, çocuktan ziyade, iade talebinde bulunan devletin hukukî düzenlemelerini esas almaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin korunması hususunda yürürlükte olan hukukî düzenlemeler, çocuğun iadesini haklı kılmıyor ise 20. madde hükmü uygulanabilir. Ancak bu noktada bile hâkimin takdir hakkı olduğu unutulmamalıdır. Bununla birlikte 20. maddenin açık hükmü gereği, bu itiraz sadece iade talebinin 12. madde hükmünden kaynaklanan iade halleri ile sınırlıdır. 13. madde hükmünde öngörülen sebeplere dayanılarak çocuğun iadesine karar verildiğinde artık 20. madde hükmü dikkate alınmayacaktır.

İade talebinin, talepte bulunulan devletin, insan hak ve hürriyetlerine ilişkin kabul ettiği temel prensipleri ihlal ettiği gerekçesiyle reddedilebilmesi için, mahkemenin ileri sürülen kısıtlamanın geçerli bir hukukî dayanağının olup olmadığını araştırması gerekir. Bununla birlikte ihlalin varlığını haklı kılacak olan kısıtlamanın somut ve gerçekçi delillerle ispatlanması gereklidir. Şayet 12. madde hükmüne istinaden çocuk iade edilecek ise, mahkemenin re'sen 20. madde hükmünü dikkate alarak iadenin, kendi mevzuatında yer alan insan hak ve hürriyetlerini korumaya yönelik kabul ettiği temel prensiplerini ihlal edip etmediğini tetkik etmesi gerekir. Böyle bir ihlal söz konusu olsa bile mahkeme takdir hakkına[815] binaen çocuğun iadesine hükmedebilir. Ancak bu takdir hakkının yerinde kullanıldığının kabulü için, kanaatimizce çocuğun üstün yararının iadeyi haklı kıldığını gerekçeli olarak mahkemenin kararında belirtmesi gerekir.

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

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin taslak metni, çocuğun bir an önce mutad meskinine iadesini öngördüğü için ve aynı zamanda çocuğun yeni ortamına alışmış olmasından kaynaklanabilecek sorunların üstesinden gelebilmek için itiraz sebeplerini oldukça sınırlı tutmuştur[816]. Hatta taslak metinde "çocuğun yeni ortamına alışmış olması" iadenin reddedilmesi için bir sebep olarak sayılmamıştı[817]. Ancak çocuğun üstün menfaati, kendisinin yeni ortamına

[815] Bkz. Sözleşmenin 20. madde hükmü.
[816] Lawrence H. Stotter, The Light at The End of The Tunnel: The Hague Convention on International Child Abduction Has Reached Capitol Hill, **Hastings International and Comparative Law Review**, Vol 9, Year 1985-1986, s. 293.
[817] Bkz. Preliminary Draft Convention Adopted By The Special Commission And Report By Elisa Perez-Vera, Preliminary Document No 6 of May 1980 For The Attention Of The Fourteenth Session, La Haye, s.13. Madde 12.

alışıp alışmadığının tetkik edilmesini gerektirir düşüncesiyle 1980 tarihli La Haye sözleşmesi metnine bu ihtimal sonradan eklenmiştir[818].

Çocuğun yeni çevresine uyum sağladığının kabulü için biri maddî, diğeri manevî iki unsurun varlığı gerekir. Maddi unsur, çocuğun bilfiil mutad meskeninin bulunduğu çevrenin dışında, yeni bir yerde bulunuyor ve o yerde yaşıyor olması gerekir[819]. Manevi unsur ise çocuğun yeni ortamına alışması[820] 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 kaçırılır ve orada şehir hayatından tamamen izole edilmiş şekilde bir evde bir yıldan fazla süre alıkonur ise, çocuğun yeni çevresine alıştığı veya oraya uyum gösterdiği 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. İngiltere'de görülen bir davada[821] ilk derece mahkemesi, "çocuğun yeni çevresinin" geniş yorumlanması gerektiğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre, "yeni çevre" çocuğun bulunduğu fiziksel ortamla sınırlı olmayıp, çocuğun bulunduğu âkit ülkeyi de kapsamaktadır. Temyiz mahkemesi de aynı görüşü savunarak, çocuğun belli bir şehirde veya bölgede yaşamış olmakla, o ülkenin sosyal hayatına, ahlakî değerlerine, eğlence anlayışına ve yemeklerine alıştığını kabul etmektedir.

---

[818] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor metni s. 458 paragraf 107.
[819] Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children Law Practise and Procedure, sy 297.
[820] Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children Law Practise and Procedure, sy 297.
[821] P v S and A and West Lothian Council, 2002 Family Law Reports 2, Outer House, Court of Session.

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, Barceleona ile Bask bölgesi arasında da farklılıklar bulunmaktadır.

Avusturya Yüksek Mahkemesi bir kararında[822], iki yıllık zamanın geçmesinden sonra üç yaşındaki çocuğun İspanya'ya iadesini reddetmiştir. Mahkeme, kararına gerekçe olarak, çocuğun İspanyolca bilmemesini ve Avusturya'da annesi ve annenesi ile birlikte mutlu bir hayat sürmesini göstermiştir. Mahkeme, çocuğun yeni ortamına alıştığını kabul ederek İspanya'ya iadesini reddetmiştir.

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 12. maddesinin 2. fıkrasına dayanılarak çocuğun iadesinin reddedilebilmesi için, çocuğun yeni ortamına alışmış olması gerekir. Hukuka aykırı olarak çocuğun yerini değiştiren veya çocuğu yanında alıkoyan kişinin yeni çevreye alışmış olmasının madde hükmü bakımından hiç bir önemi bulunmamaktadır. Ancak doktrinde[823] çocuğun yaşının çok küçük olduğu hallerde bu hususun dikkate alınabileceği belirtilmiştir. Bebeğin veya çok küçük yaşta bir çocuğun annesine biyolojik açıdan muhtaç olduğu durumlarda; annenin çocuğuyla birlikte geldiği yeni ortama alışmış olması, bebeğin de yeni çevresine alışdığına karine teşkil edebilir. Kanaatimizce doktrinin bu görüşüne katılmak mümkün değilidir. Zira bu haldeki çocuk veya bebeğin değil yeni çevresine alışması, bu çevreyi algılayabilmesi bile söz konusu değildir. Bu nedenle şartları varsa 13. maddesinin (b) bendi gerekçe gösterilerek iade talebi reddedilmelidir.

Çocuğun yeni çevresine alışıp alışmadığı test edilirken, önemli olan çocuğun yeni ortamını benimsemesi, orada yaşamaya alışmış olmasıdır. Bu husus çocuğun mutlu olmasından veya güvende olmasından daha önemlidir[824]. Çocuğun yeni ortamına alışmışlığının, geçici olmaktan ziyade uzun döneme yayılmış olması önemlidir.

[822] Rodriguez v Bucholzer, 7 Ob 573/90.
[823] Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, sy 299-300.
[824] Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, sy 297.

Çocuğun ABD'de bulunan babasına iadesi için Büyükçekmece Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan bir davada mahkeme, çocukların iadesine ilişkin talebi "çocukların çevreye uyum sağladığı"nı gerekçe göstererek reddetmiştir[825]. Yargıtay'ın bir başka kararında[826] ise, başvurunun sözleşmede belirtilen bir yıllık sürenin geçmesinden sonra yapıldığı tespit edilerek, 1996 doğumlu çocuğun çevresine ve arkadaşlarına uyum sağladığı kabul edilerek iade talebi reddedilmiştir.

Belli bir süre geçtikten sonra çocuğun iadesinin reddedilmesinin gerekliliği iki nedene dayandırılmaktadır. Çocuğun iadesine ilişkin talebin sınırsız bir zamana yayılarak, koruma hakkı sahibinin keyfi iradesine bırakılmak istenmemiştir. Koruma hakkkına sahip kişinin, çocuğun yerinin değiştirilmesinden hemen sonra iade için gerekli işlemleri yürüteceğine inanılmaktadır. Bu konuda yavaş davranılması çocuğun iadesi konusundaki isteksizliğin göstergesi olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle tasarıyı kaleme alanlar, çocuğun belli bir süreye kadar iade edilmesinde mutabık kalmışlardır. Bunun yanında, konunun uzmanı olan kişi ve pedagogların görüşlerine yer verilerek, çocukların altı ay ile en geç bir sene içinde yeni çevrelerine alışıyor olmaları gerçeği karşısında, iade talebi için belli bir süre öngörmenin çocuğun menfaati açısından yerinde olacağı kabul edilmiştir[827].

Sözleşmenin öngördüğü asıl amaçlardan biri çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden evvelki mevcut statükosunun korunmasıdır. Ne varki, çocuk 12. maddenin 2.fıkrasında ifade edildiği şekilde "yeni sosyal çevresine" belli bir süre sonra alışmış ise artık mevcut statükonuın korunması geri plana bırakılabilecektir. Madde hükmünün, öngördüğü amacın etkin olarak sağlanabilmesi için, mahkemenin, çocuğun yeni çevresine intibak ettiğinden emin olması gerekir.

Sözleşmenin 12.maddesinin 2.fıkrasına göre, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen veya alıkonan çocuk, iadesinin talep edildiği akit devlette yer değiştime 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

[825] Mahkemenin, 8.7.2002 tarih ve E.2002/1114 K. 2002/1189 sayılı yayınlanmamış karar için bkz. İlknur Altuntaş, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Ankara, 2006, s.141.
[826] Yargıtay 2.HD. E. 2003/5521 K. 2003/8457 sayılı yayınlanmamış kararı için bkz. İlknur Altuntaş, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Ankara, 2006, s.141.
[827] Gayle Robinson Westbrook, Law and Treaty Responses to International Child Abductions,Virginia Journal of International Law, Vol 20, 1980, s.694.

yeri değiştirilen veya alıkonan çocuğun, iadesinin talep edildiği akit devlette bir yılı aşkın süredir bulunuyor olması gerekir. İkinci şart ise çocuğun, iadesinin talep edildiği akit devletteki yeni çevresine alışmış olmasıdır.

Çocuğun yeni çevresine uyum sağladığının kimin tarafından ispat edilmesi gerektiği açık bir şekilde Sözleşmede düzenlenmemiştir. Ancak bu yükümlülüğün, çocuğu yanında alıkoyan kişiye ait olduğunun kabulü gerekir[828]. Nitekim, ispat yüküne ilişkin genel kurala göre,bir vakıadan kendi lehine haklar çıkaran taraf, bu vakıayı ispat etmelidir.[829]

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 husus da, iade talebinde bulunulan devletin adlî ve idarî makamlarının takdir hakkı bulunmaktadır. (md.12/2)

Çocuğun iade edilmemesi yönünde karar verme eğiliminde olan adlî ve idarî makamların kural olarak hızlı hareket etmesi gerekir. Çocuğun eski statükosunu biran önce kazanabilmesi için adlî ve idarî makamların seri davranması gereklidir[830]. Nitekim sözleşmenin 11. madde hükmü bunu açıkça dile getirmiştir. İade talebinde bulunulan adlî veya idari makamların, müracaat tarihinden itibaren altı hafta içinde karar vermesi beklenmektedir. Bu süre uzadığında iadeyi talep eden veya iadenin talep edildiği devlet, bunun gerekçesini bir belge ile isteyebilir. Bu noktada iade talebinde bulunulan adli ve idari makamların, çocuğun yeni çevresine daha çok uyum sağlamasını temin maksadıyla yargılamayı geciktirebilme ihtimalinin her zaman bulunabileceğine dikkat edilmelidir. Böyle bir tutum, iade talebini reddetmek isteyen makamlar için meşru bir zemin hazırlayabilir[831] .[832]

---

[828] İnci Ataman Figanmeşe, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, s.97 ; Jeanine Lewis, The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity, The Transnational Lawyer ,Vol.13, 2000, s.416.

[829] İnci Ataman Figanmeşe, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, s.97.

[830] Julia A. Todd, The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abductin: Are The Convention's Goals Being Achieved?,Global Legal Studies Journal, 1995, Vol 2,s.556.

[831] İnci Ataman Figanmeşe, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, s.97.

[832] Jeanine Lewis, sy 416.

Maddenin sağlıklı şekilde yorumunu yapabilmek amacıyla Sözleşme tasarısını dikkate almak gerekir. Sözleşme tasarısında, çocuğunun yerinin bilindiği hallerde altı ay, bilinemediği hallerde bir yıllık süre geçmeden iade taelebinde bulunulması gerektiği düzenlenmişti[833].

Ancak 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin asıl metininde, altrernatifli süre öngörmek yerine, iade talebi için bir yıllık süre tanımanın yeterli olacağı kabul edildi. Buna ilaveten bir yıllık sürenin tamamlanmasından sonra bile çocuğun iadesinin talep edilebileceği öngörüldü[834].

Çocuğun yeni çevresine alıştığının tesbiti için dikkate alınabilecek bazı kriterler bulunabilir. Bu kritelerden bir tanesi çocuğun orada geçirdiği süreyken, ikincisi de çocuğun yaşıdır. Çocuğun yeni ortamına alışıp alışmadığı tespit edilirken zaman yegane faktör olarak dikkate alınmamalıdır. Çocuğun, iadesinin talep edildiği âkit devlette kaldığı müddet kadar, yaşadığı yerin sosyal yaşamına ne derece de entegre olduğu da bir o kadar önemlidir. Geçirilen zaman, çocuğun sosyal yaşama iştirak etmesi bakımından önemlidir. Mesela, o yerdeki kültürel etkinliklere düzenli olarak kendi isteğiyle katılması, kendini o kültürün bir parçası hissetmesi veya o yöreye ait gelenekleri içselleştirmesi buna bir gösterge olabilir[835].

Çocuğun yaşı, kendisinin yaşadığı toplulukla iletişim kurabilmesi bakımından önem arz etmektedir. Çocuk yaşadığı çevre ile iletişime girebilecek, çevresiyle uyum kurabilecek yaş ve olgunlukta bulunmalıdır[836]. Bununla birlikte halihazırda sürdürdüğü veya önceden kurmuş olduğu ilişkinin çocuğun kendisi için bir değer ve anlam ifade etmesi gerekir. Çocuğun, davranışlarından bu ilişkiyi muhafaza etmek istediği ve buna önem verdiği anlamı çıkartılabilmelidir.

İade talebinin reddedilebilmesi için hangi şartların gerekli olduğu mahkeme uygulamalarında farklılık göstermektedir. Bir görüşe göre çocuğun iade talebinin reddedilebilmesi için yaşadığı çevreye entegre olması öncelikle aranması gereken koşuldur. Çocuğun kendisini hukuka aykırı olarak alıkoyan kişiye veya onun ailesine uyum sağlamış olması önemli değildir. Buna karşın diğer bir görüş, çocuğun kendisini alıkoyan kişiye veya yeni

[833] Bkz. Preliminary Draft Convention Adopted By The Special Commission And Report By Elisa Perez-Vera, Preliminary Document No 6 of May 1980 For The Attention Of The Fourteenth Session, La Haye, s.13. Madde 11.
[834] Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children Law Practise and Procedure, sy 295.
[835] Jeanine Lewis, sy 417.
[836] Jeanine Lewis, sy 418.

ailesine alışmış olması halinde yeni çevresine entegre olduğunu kabul etmektedir. Bu durum özellikle yaşı çok küçük olan çocuklar bakımından kabul görmektedir.[837]

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 ise, annesinden ayrılmaması gerektiğinden sosyal çevreye uyum sağlayıp sağlamadığının bir önemi bulunmamaktadır.

F. 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesinin 12.Maddesinin 1.Fıkrasına İstinaden Çocuğun İadesi

Maddenin 1.fıkra hükmü uyarınca, çocuğun iadesi için âkit devletin adlî veya idarî 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 bulunmamaktadır[838]. 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 vakıa bakımından gerçekleşmemiş olması gerekir. Bu husus 13. madde hükmünden açıkça anlaşılabilmektedir. İade talebini değerlendirecek olan adlî veya idarî 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.

[837] Report of The Second Special Commission Meeting To Review The Operation of The Hague Convention On The Civil Aspects Of International Child Abduction Held 18-21 January 1993 s.240. Soru 19.
[838] 12. maddeye ilişkin açıklama için bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor metni s. 458 paragraf 106 vd.

1. 12.Madde Hükmünde Öngörülen Bir Yıllık Sürenin Başlangıcı

Madde hükmünde[839] belirtilen bir yıllık sürenin, ne zaman başlamış sayılacağı çok açık değildir. Doktrinde madde hükmünün amacına hizmet etmesi bakımından, bir yıllık sürenin çocuğun kaçırıldığı tarihten itibaren değil, çocuğun kaçırıldığının ve nerede olduğunun öğrenildiği tarihten itibaren başlamasının gerektiği ileri sürülmektedir[840]. Ancak anılan maddenin 1. fıkrasına bakıldığında hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen veya alıkonan çocuğun iadesinde, merkezi makamlara müracaatta bulunulan tarihin değil, adlî ve idarî makamlarda iade davasının açıldığı[841] tarihin esas alındığı görülmektedir[842]. Şu halde, bir yıllık sürenin başlangıç anı, çocuğun iadesi için adlî ve idarî makamlara müracaatın yapıldığı tarih olacaktır.[843] Çocuğun iadesine ilişkin Türk mahkemelerinde görülecek davada başvurunun ne zaman mahkemeye ulaşmış sayılacağı ve bir yıllık sürenin ne zamandan itibaren işleyeceğinin belirlenmesi gerekir. HUMK. madde 178'deki kural uyarınca, çocuğun iadesine ilişkin başvuru mahkeme kalemince

---

[839] Bir çocuğun, 3. maddede belirtildiği şekilde, kanuna aykırı olarak yeri değiştirilmiş veya çocuk alıkonulmuş ve çocuğun bulunduğu Taraf Devletin adlî veya idarî makamına müracaat anında, yer değiştirme veya alıkonulmadan itibaren bir yıldan az zaman geçmişse, müracaatta bulunulan makam, çocuğun derhal geri dönmesini emreder.

Yukarıdaki fıkrada öngörülen bir yıllık sürenin sona ermesinden sonra bile müracaatta bulunulursa, adlî veya idarî makamın, keza çocuğun geri dönmesini emretmesi gerekir, yeterki, çocuğun yeni çevresine intibak ettiği tespit edilmesin.

Talepte bulunulan devletin adlî veya idarî makamı, çocuğun başka bir Devlete götürüldüğüne inanıyor ise, davayı askıya alabilir veya çocuğun geri dönmesi talebini reddebilir.

[840] Jeanine Lewis, sy 418 dn 233.

[841] Kanada'nın Newfoundland ve Labrador Yüksek mahkemesi, 12. maddede öngörülen bir yıllık süreyi çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirildiği tarih ile adli veya idarî mercide davanın açıldığı tarih arasındaki zaman dilimi olarak tayin etmektedir. (V.B.M. v. D.L.J. [2004] N.J. No. 321; 2004 NLCA 56) www.hcch.net.

[842] Ataman- Figanmeşe İnci, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, s.86.

[843] ABD mahkemesinde görülen bir davada, hukuka aykırı olarak yerleri değiştirilen altı ve 3,5 yaşlarındaki iki kız kardeş yaşamlarının ağırlıklı bir kısmını Fransa'da geçirmişlerdir. Evli eşlerden anne, 13 Ekim 1994 tarihinde çocuklarını yanına alarak ABD'ye tatile gitmiştir. 1 Kasım 1994'te eşini (çocuklarının babasını) geri dönmeyeceği konusunda haberdar etmiştir. Bu gelişme üzerine baba, 1 Haziran 1995'te Fransız Merkezi makamlarına başvurarak çocuklarının iadesini talep etmiştir. 17 Haziran 1995'te talep ABD merkezi makamlarına iletilmiştir. 30 Ocak 1996 tarihinde babanın yaptığı başvuru "National Council for Missing and Exploited Children" birimine intikal ettirilmiştir. 27 Mart 1996 tarihinde Bölge mahkemesinde dava açılmıştır. Mahkeme, çocukların hukuka aykırı olarak yerlerinin değiştirildiğini ancak halihazırda çocukların yeni mutad meskenlerine intibak ettiğini ve çocukların yerlerinin hukuka aykırı olarak değiştirildiği tarih ile adlî ve idarî mercilerde dava açıldığı tarih arasında 18 aylık bir sürenin geçtiğini belirterek sözleşmenin 12.maddesinin 2. fıkrasına dayanarak iade talebini reddetmiştir.
Baba, adlî ve idarî mercilerde dava açılmasından çok önce merkezi makamlara başvurduğunu bu itibarla çocuklarının yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinin üzerinden bir sene geçmeden önce müracaatta bulunduğunu ileri sürmüştür.
Mahkeme, sözleşmenin 12. maddesinde "merkezi makamlar" yerine "adli ve idarî mercilerden" bahsedildiğini ve de çocukların yerlerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden itibaren iade davası açılana kadar 18 ay geçtiğini belirterek çocukların yeni ortamlarına alışmış olması sebebiyle iade talebini reddetmiştir. HC/E/USf 105 [11/02/1997;United States District Court for the Eastern District of Michigan;First Instance] Wojcik v. Wojcik, 959 F. Supp. 413 (E.D. Mich. 1997) (11 Şubat 1997 tarihli karar) www.hcch.net.

kayıt alındığı tarihte dava açılmış kabul edilecek ve bir yıllık süre bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır[844]. Doktrinde[845] ağırlık kazanan ve bizim de katıldığımız görüş bu yöndedir, ancak, bunun aksini iddia edebilmek de mümkündür. Zira, Sözleşmenin 7. maddesinin (c) bendinde merkezi makamların görevleri arasında çocuğun, isteyerek iadesinin temin edilmesi veya dostane bir çözüm ile teslimini kolaylaştırmak da vardır[846]. Keza Sözleşmenin 10.maddesinde[847] çocuğun bulunduğu devletin merkezi makamları, çocuğun isteyerek iadesi için gerekli önlemleri bizzat alabilecekler veya alınmasını sağlayabileceklerdir. Merkezi makamlara başvuruda bulunulduktan sonra merkezi makam öncelikle uzlaşma yoluyla çocuğun iadesini temin için gerekli girişimde bulunabilecektir. Bu gibi hallerde bir yıllık süre merkezi makamlara başvurunun yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayabilir. Yukarıda değinilen madde hükümlerine ilaveten Sözleşmenin 7. maddesinin 2(b) bendi uyarınca merkezi makamlar, çocuk için söz konusu olabilecek potansiyel tehlikeleri veya ilgili tarafların uğrayabilecekleri zararları önleyebilmek adına geçici birtakım önlemler alabilecek veya aldırabileceklerdir. 12. maddede öngörülen bir yıllık sürenin adlî ve idarî makamlarda davanın açıldığı tarihten itibaren işlemeye başladığı kabul edilecek olursa, merkezi makamlara tanınan yetkilerden bir kısmı yok sayılmış kabul edilecektir. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin Türkiye'de yürürlüğe girmesinden 2006 yılına kadar geçen süre zarfında çocukların iadesine ilişkin âkit devletlerden yapılan 261 talebin 98'i uzlaşma ile sonuçlanmıştır[848]. Şu halde ihtilafların %37,5'nin merkezi makamlarca gerçekleştirilen arabuluculuk faaliyetiyle çözüme kavuşturulduğuna dikkat edilmelidir.

Açıklayıcı Raporda[849], âkit devletlerin merkezi makamlarının böyle bir yetkiye sahip oldukları açıkça vurgulanmıştır. Bu yetkinin esnek olduğu belirtilmiştir. Merkezi makam

---

[844] İnci Ataman Figanmeşe, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, s.86.

[845] Bkz. İnci Ataman Figanmeşe, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, s.86.; Altuntaş İlknur, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Ankara, 2006, s.99.

[846] Söz gelimi bir olayda, İsviçre'nin Avusturya Konsolosunun, resmî makamlara yaptığı ihbar neticesinde İsviçre merkezi makamları harekete geçmiş ve babanın, merkezi makamlarca ikna edilmesi neticesinde, çocuğun Avusturya'ya iadesi sağlanmıştır. Bkz. Caroline LeGette, International Child Abduction and The Hague Convention: Emerging Practise and Interpretation of the Discretionary Exception, Texas International Law Journal, Vol 25, 1990, s.288,dn.7.

[847] Madde metninde yer alan "teslimi" kelimesi Türkçe'ye hatalı tercüme edilmiştir. Madde hükmünü "Çocuğun bulunduğu devletin merkezî makamı, **çocuğun isteyerek iadesi** yolunda tüm önlemleri alır veya aldırır" şeklinde değerlendirmek gerekir.

[848] Bkz. Adalet Bakanlığına bağlı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünün Web sitesinde yayınlanan faaliyet raporu. (www.uhdigm.adalet.gov.tr/fr.doc) Nisan 2007.

[849] 10. maddeye ilişkin açıklama için bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor metni s. 457 paragraf 103.

öncelikle uzlaşmayı deneyip sonrasında adlî veya idarî makamlara başvurabileceği gibi, uzlaşmayı hiç denemeksizin doğrudan adlî veya idarî mercilere de başvurabilecektir. Bu durumda, uzlaşmayı denemenin baştan sonuç vermeyeceği öngörülmüş olabilir. Ancak 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 29. madde hükmünün[850] açıkça, koruma hakkı veya kişisel görüşme hakkı ihlal edilen kişiye, sözleşme hükümlerine bağlı olarak veya olmayarak, akit devletlerin adlî veya idarî makamlarına müracaat etme serbestisini tanıdığı unutulmamalıdır[851].

İngiliz mahkemeleri, madde hükmünü farklı yorumlayarak, bir yıllık sürenin başladığı tarih olarak, davanın açıldığı tarihten ziyade çocuğun iadesi için girişimlerin yapıldığı tarihi esas almaktadır. Avustralya mahkemeleri ise, halin icabına göre bu iki tarihten birini tercih etmektedir[852].

Sözleşmeyi kaleme alanlar, iç hukukdaki yargı prosedürünün çeşitli nedenlerle gecikebileceğini düşünerek, müracaat tarihini, duruşma tarihine tercih etmişlerdir. Zamanın geçmesiyle, gerçeklerin çarpıtılabileceğinden endişe duyulmuştur. Doktrinde[853], çocuğun yerinin bilindiği tarihten itibaren on iki aylık sürenin hesaplanması gerektiği savunulmaktadır. Hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun, nerede olduğu hakkında hiçbir bilginin bulunmadığı hallerde on iki aylık sürenin işletilmemesi gerektiği belirtilmiştir.

İngiliz mahkemesine konu olan bir davada[854], Danimarkalı anne, çocuğunu önce ABD'den Danimarka'ya sonrasında da saklayabilmek için İngiltere'ye götürmüştür. Mahkeme, bir yıla yakın süredir İngiltere'de saklanan çocuğun, burada kaldığı müddet boyunca yeni çevresine alışmasının söz konusu olmadığına karar vererek iadesine hükmetmiştir. Mahkemeye göre, annenin İngiltere'ye gelmesindeki yegane sebep, çocuğuyla birlikte gizlenebilmektir[855]. Şu halde hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun gizli tutulduğu yerde kaldığı süre boyunca bulunduğu ortama yerleştiği veya alıştığı kabul edilmemelidir. Keza on iki aylık sürenin geçip geçmediği hesaplanırken, çocuğun gizli tutulduğu zaman dilimi bu süreye dahil edilmemelidir.

---

[850] "Sözleşme, koruma hakkının veya ziyaret hakkının, 3. veya 21. maddelere göre ihlal edildiğini öne süren şahıs kurum veya örgütün, sözleşme hükümlerine bağlı olarak veya olmayarak, taraf devletlerin adlî veya idarî makamlarına müracaat etme serbestisine engel teşkil etmez"

[851] Barbara Ullman Schwerin, The Hague Convention on International Child Abduction: A Practical Application, Loy. L.A. International and Comparative Law Journal, Vol 10, 1988,s.185.

[852] Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children Law Practise and Procedure, sy 295.

[853] Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, sy 301.

[854] Re L (Abduction: Pending Criminal Proceedings) 1999 1 FLR 433.

[855] Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, sy 301.

Doktrinde, on iki aylık süre sınırlamasından kaynaklanan sorunların üstesinden gelebilmek için çeşitli teklifler getirilmiştir[856]. Tekliflerden biri, çocuğun nerede olduğu hakkında bilgi alabilmek amacıyla uluslararası bilgi alışverişinde bulunabilmeye imkan tanıyan bir merciin oluşturulmasıdır. Böylelikle çocuk, hukuka aykırı olarak mutad meskeninden uzaklaştırıldığında, kendisinin nerede bulunduğuna ilişkin bilgiye en kısa sürede ulaşılmış olunacaktır.

Kanaatimizce günümüz iletişim teknolojisinin sağladığı imkanlar doğrultusunda bu amaca hizmet edecek bağımsız bir merciin kurulmasına gerek bile yoktur. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ne taraf devletlerin sınır noktalarından ülkelere giriş çıkış yapan onaltı yaşından küçük çocukların listesi uluslararası ağ (network) aracılığıyla bir veri bankasında toplanır ise, çocuğun nerede olduğu en azından hangi âkit ülkeye giriş yaptığı kısa sürede saptanmış olur. Bu noktada, Europol ve Interpol'den yardım ve teknik destek alınabilir.

İkinci bir çözüm olarak, çocuğun yerini tespit edebilmek amacıyla araştırma yapmaya yeter derecede bir sürenin, on iki aylık süreye eklenmesi teklif edilmektedir.

Üçüncü bir çözüm ise, on iki aylık zaman sınırlamasının madde hükmünden tamamen çıkartılmasıdır. Kanaatimizce buna gerek yoktur. Zira sözleşmenin 18. madde hükmü[857] açıkça, adlî veya idarî makamların, çocuğun iadesini her an için emretme hakkına sahip olduklarını düzenlemektedir.

Önerilen son teklif ise, çocuğun yerinin tespit edilinceye kadar, on iki aylık sürenin yavaş işletilmesidir. Çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden hemen sonra çocuğun mutad meskeninin bulunduğu adlî ve idarî makamlara başvuruda bulunulması, iadeye yönelik kararlılığa hizmet edecektir. Bu şekilde, hukuka aykırı olarak çocuğa elkoyan kişinin, sözleşmede öngörülen sürelerden isitifade etmesi önlenecektir.

Kanaatimizce, on iki aylık süre sınırlamasının getirdiği stresten kurtulabilmek için hâkimlerin çocuğun üstün menfaatinin neyi gerektirdiğini çok iyi ve yerinde tahlil etmeleri gerekir. Şayet çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden bu yana on iki aydan uzun bir süre geçmiş ise ve de çocuğun iadesi onun üstün menfaatine hizmet edecek ise, 18. madde hükmü uyarınca iadesine karar verilebilir. Zira gerek 12. madde gerekse 13. madde hükümleri, iade davasına bakan adli veya idarî makamın çocuğun iadesi konusunda karar

[856] Jeanine Lewis, The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity, The Transnational Lawyer ,Vol.13, 2000, s.425-426.

[857] Üçüncü bölümde yer alan hükümlerden hiçbiri, çocuğun iadesi konusunda her an emir verebilme yetkisine haiz olan adlî veya idarî makamın bu hususstaki yetkisine sınırlama getiremez. RG. Madde hükmü aynen şöyledir: "Bu bölüm hükümleri, adlî veya idarî makamın, çocuğun geri dönmesini her an emretmek hakkını sınırlamaz."

verebilme yetkisine sınırlama getirmemektedir. Hatta çocuğun iadesinin söz konusu olduğu kimi hallerde[858] hâkimlerin iade etmeme yönlerinde takdir hakları dahi bulunmamaktadır.

Bunun dışında, çocuğun iadesinin talep edildiği devlet ile, iadeyi talep eden devlet arasında yapılacak iki taraflı bir anlaşma ile, çocuğun iadesine ilişkin sözleşmede öngörülen kısıtlamaların her zaman için ortadan kaldırılabilmesi mümkündür. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 36. maddesi[859] âkit devletlere bu yönde anlaşma yapabilme imkanı tanımaktadır. Şu halde, iki veya daha fazla âkit devlet, çocuğun geri dönmesinin sebep olabileceği kısıtlamaları önlemek adına, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin sınırlama getirdiği kimi maddelerin ilga edilmesi hususunda anlaşabileceklerdir. 12. maddenin 2.fıkrasında öngörülen bir yıllık süre sınırlamasını bertaraf edebilmek amacıyla iadeyi talep eden devlet ile iadenin talep edildiği devlet bir anlaşma yaparak her zaman için bu meselenin üstesinden gelebileceklerdir.

Doktrinde madde hükmünün 1. fıkrasında öngörülen düzenlemenin, çocuğun üstün menfaatini hiç dikkate almaması eleştirilmektedir[860]. Kanaatimizce buna katılmak pek mümkün değildir. Çünkü 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin esas gayesi çocuğun kaçırılmazdan önceki mevcut statükosunu korumaktır.

2. Haksız Alıkoymanın Tespiti

Bu tarihin başlangıcı, çocuğu alıkoyan kişinin bu hususa ilişkin niyetini fiilleriyle ortaya koyduğu an mı, yoksa çocuğun alıkonduğuna ilişkin beyanın ilk defa açıklandığı tarih mi, yoksa koruma hakkı ihlal edilen kişinin bu durumdan haberdar edildiği an mı olacaktır?[861]. Doktrinde, Sözleşmenin zaman açısından uygulanabilirliğinin tespitinde esas alınacak olan tarihin, çocuğun

[858] 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 12. maddesinin 1. fıkrasında hâkimin iade etmeme konusunda takdir hakkı bulunmamaktadır.

[859] "Sözleşme, iki veya daha fazla taraf devletin, çocuğun geri dönmesinin sebep olabileceği kısıtlamaları önlemek üzere, sözleşmenin, bu gibi kısıtlamalar meydana getirebilecek maddelerinin yok hükmünde sayılması hususunda anlaşmalarına engel teşkil etmez."

[860] Cara L. Finan, Convention on The Rights of The Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction, Santa Clara Law Review, Vol 34,1994,s.1028.

[861] Slagenweit v. Slagenweit davasında çocuk , velâyet hakkı sahibinin izni alınarak yurt dışına götürülmüştür. Ne var ki taraflar çocuğun ne zaman geri getirileceği konusunda bir tarih kararlaştırmamışlardır. Bu halde mahkeme velâyet hakkına sahip kişinin,çocuğunu tekrardan görmek istediğini belirttiği tarihten sonraki zamanın, haksız alıkoymanın başlangıcı olarak kabul etmiştir. Böyle bir durumda çocuğun eski mutad meskeninden uzaklaşarak yeni ortamına alışması pek kuvvetle muhtemel olabilir.

mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye kaçırıldığı gün olacağı belirtilmiştir[862]. Bu durumda kişinin niyetinden çok fillin gerçekleştirildiği tarih esas alınmaktadır.

Bu mesele hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Mesela Re A. Z. davasında, annenin çocuğunu geri getirmeyeceğine yönelik tek taraflı irade beyanına dayanılarak, bu tarihte haksız alıkonmanın gerçekleştiğinin kabulüne davalı avukatı itiraz etmiş ve bunun kabulü halinde sessiz kalan kişiye, haksız alıkoyma vakalarında esneklik tanınacağı iddia edilmiştir.

Haksız alıkoymadan bahsedebilmek için çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden önce âkit devlette bir mutad meskene sahip olmuş olması gerekir.

Bir davada daha da ileri gidilerek, annenin çocuğunu haksız alıkoymaya yönelik yazılı ifadesinden, çocuğu çok daha önceki bir tarihten bu yana yanında alıkoymak niyetinde olduğu anlaşılmakta ise, bu tarihin yazılı ifadenin verildiği tarihe tercih edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Hatta haksız alıkoyma niyetleri, doğrudan koruma hakkı sahibinin bilgisi dahiline sunulmasa bile; gene de haksız alıkoymanın başlangıç tarihi olarak bu niyetin ilk ortaya konduğu veya davranışıyla niyetini belli ettiği zamanın esas alınması gerektiği savunulmuştur[863]. Gerçekten de bu tarihin başlangıç anının kabulü için haksız alıkoyma konusundaki kararlılığın, koruma hakkı sahibinin bilgisine mutlaka sunulması gerekmez. Söz gelimi koruma hakkı sahibinin, aile yakınlarına, akrabalarına veya yakın irtibatta bulunduğu kişilere bu niyetinden bahsetmesi yeterli kabul edilmelidir. Keza çocuğun eğitim gördüğü okulla olan ilişkisinin kesildiğini belirten bir yazının okul idaresinin bilgisine sunulması halinde, haksız alıkoymanın başlangıç tarihi olarak bu bildirimin alındığı tarih kabul edilebilir.

Koruma hakkı sahibi kişi, çocuğun belli tarihte geri getirilmesi şartıyla izin vermiş veya belli tarihler arasında yurtdışında bulunmasına rıza göstermiş ise ve bu izine veya şarta bağlı olarak çocuk yurt dışına çıkartılmış ise; öngörülen sürenin dolması veya mahkeme kararında öngörülen çocukla görüşme veya ilişki kurma sürelerinin tamamlanması ile haksız alıkoymanın gerçekleştiği kabul edilmelidir.

Çocuğun haksız olarak alıkonduğu tarihin başlangıcı tespit edilirken, alıkoyan kişinin bu hususa yönelik iradesini açıkladığı tarihe itibar etmemek gerekir. Aksi halde çocuğun haksız alıkonmasından çok önceki bir tarihe itibar edilmiş olunur ki bu da alıkoyan veya kaçıran kişinin

[862] İnci Ataman Figanmeşe, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, s.77.
[863] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 41.

menfaatine hizmet edebilir. Şayet alıkoyan kişi beyanda bulunduğu tarihten sonraki bir tarihi alıkoyma tarihi olarak kabul ediyor ise buna geçerlilik tanınabilir.

3. Alıkoymanın Gerçekleşebileceğinin Önceden Öngörülebilmesi

İskoç mahkemesinde görülen Watson v. Jamieson davasına[864] konu olan ihtilâfta baba, iki kızını yanında alıkoyacağını ve mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukunun öngördüğü süre sonunda da onları geri getirmeyeceğini belirten bir mektup yazmıştır. Mahkeme yazılan bu mektup ile babanın niyetini açıkça ortaya koyduğunu kabul etmekle birlikte, düşüncesini değiştirmek için kişinin hâlâ zamanı bulunduğunu belirterek, çocukların geri getirilmesi için öngörülen süre dolmadan dava açılmasını yerinde bulmamıştır. Mahkemeler, çocuğun geri getirilmesi için öngörülen sürenin dolmasından önce haksız alıkoymalara ilişkin takipte bulunulmasını isabetli bulmamaktadır. Bunun tersi bir yaklaşım, taraflar arasındaki anlaşmaya sadık kalınmaması ve de bu anlaşmaya saygı gösterilmemesi anlamına gelecektir. Gerçi önceden çocuğun alıkonduğunun açıkça, şüpheye yer vermeksizin dile getirilmiş olması veya davranışlarla bu niyetin ortaya konması koruma hakkı ihlâl edilen kişi için belirsiz bir durum yaratmakta ise de; bu belirsizliği gidermek adına bir an önce iadeyi temine yönelik işlemlere başlanması çocuğun yararına olacak olsa bile, taraflar arasındaki anlaşmaya sadık kalınarak sorununun ilk olarak dostane şekilde çözüme kavuşturulmasına güvenilmelidir. Sözleşme bu konu hakkında bir hüküm tesis etmiş olsaydı faydalı olabilirdi. Ancak buna imkân veren bir düzenleme bulunmamaktadır.

4. Çocuğun Sonradan Alıkonmaya Rıza Göstermesi veya Kendisinin Kaçması

Çocuğun alıkonulmaya sonradan rıza göstermesi durumunda veya kendi rızasıyla mutad meskeninin bulunduğu devletten ayrılması halinde, iadesinin söz konusu olup olmayacağı tartışmalıdır. İskoç mahkemesinde görülen Marshall v. Marshall davasında[865], İrlanda'da yaşayan 13 yaşındaki kız çocuk, kendi isteğiyle evden ayrılarak, babası ile birlikte İskoçya'da kalmak ve yaşamını orada sürdürmek istemiştir. Hâkim, kendi iradesiyle babasının yanına giden ve onunla birlikte kalmak istediğini ileri süren 13 yaşında kız çocuğunun gerekçelerini çok abartılı bulmuş

[864] 1998 SLT 180.
[865] 1996 SLT 429. Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 42

ve ifadelerinde çelişkiler olduğuna değinerek çocuğun iadesine hükmetmiştir. Nitekim mahkemenin iade kararı sonrasında çocuk İrlanda'ya mutlu şekilde geri dönmüş ve tekrardan kaçmamıştır[866].

Böyle bir ihtimalde, çocuğun yaşı ve olgunluğu dikkate alınarak iade talebi karara bağlanmalıdır[867]. Sözleşmenin 13. madde hükmüne göre adlî veya idarî makam, çocuğun iade edilmek istemediğini ve de görüşünün göz önünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşta ve olgunlukta olduğunu gözlerse, iade talebini reddedebilir.

Şayet çocuk kendi mutad meskenini belirleyebilecek derecede olgun kabul edilir ise bu tercihine saygı gösterilebilir. Türk hukuku bakımından 18 yaşına doldurmamış bir küçüğün[868] kendi mutad meskenini belirleme hakkı bulunmamaktadır[869]. Şu halde kendi istek ve arzusuyla mutad meskeninden uzaklaşan bir Türk çocuğu 16 yaşına basmış ise sözleşme kapsamı dışında kalacak ve talepte bulunan koruma hakkı sahibi sahibine iade edilmeyecektir. Ancak Türk vatandaşı çocuk 16 yaşından gün almamış ve de kendi iradesiyle mutad meskeninden uzaklaşmış ise, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi hükümleri çerçevesinde taraf devletin yetkili makamlarından iadesi talep edilebilecektir[870]. Zira sözleşmenin giriş kısmında belirtildiği gibi çocuk, uluslararası alanda, kanuna aykırı yer değiştirmenin zararlı etkilerinden korunmalıdır. Henüz onaltı yaşına basmamış Türk vatandaşı çocuk kendi iradesiyle mutad meskenini başka bir âkit devlete taşır ise, bu fiil kanuna aykırılık oluşturacağından[871], sözleşme kapsamında iadeye konu olacaktır.

Bir başka davada[872], velâyet sorumluluğuna sahip anneleriyle birlikte Danimarka'da yaşayan biri kız, diğeri erkek iki kardeş, İngiltere'ye babalarının yanına altı haftalık yaz tatillerini geçirmek için giderler. Anne, 13 yaşındaki oğlunun belli bir müddet babasıyla kalmasını ve yaşamasını ister. Babalarının yanında geçirilen altı haftalık yaz tatili sonrasında kız kardeş, ağabeyini babasının yanında yalnız bırakarak, Danimarka'ya annesinin yanına geri dönmek istemez. Bu gelişme üzerine anne, kız çocuğunun iadesi için dava açmıştır. Davaya bakan hâkim, çocukların Danimarka'dan İngiltere'ye babalarıyla kişisel ilişki kurmak için gönderildiklerine dikkat çekerek, altı haftalık süre tamamlandığından her iki çocuğun Danimarka'ya iadesine karar

[866] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 199.
[867] .
[868] TMK Madde 11. Erginlik on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar.
[869] TMK Madde 335. Ergin olmayan çocuk ana ve babasının velâyeti altındadır. TMK Madde 339/4 Çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terk edemez.
[870] Sözleşme Madde 8 hükmü uyarınca taraf devletlerin yetkili mercilerine başvuruda bulunulması gerekir.
[871] TMK Madde 339/4 Çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terk edemez.
[872] Re H.b. (Abduction: Children's Objections) 1997 /1 FLR (Family Law Reports) 392.

verir. Kız çocuk, Danimarka'ya dönmemekte ısrar eder ve havaalanında kendisini Danimarka'ya götürecek uçağa binmez. Bu gelişmeden birkaç ay sonra kız çocuğun yetkili makamlar vasıtasıyla mahkemeye yaptığı başvuru kabul edilerek, iadeye ilişkin verilen karar temyiz edilerek hüküm bozulmuştur. Temyiz mahkemesi çocukların Danimarka'ya iade edilmemesine hükmetmiştir.

Mahkemeler, davada çocuğu dikkate almak zorundadır. Çocuk kendi düşüncesini hiçbir baskı altında kalmadan özgür iradesiyle oluşturabiliyor ve de bu düşüncelerinin arkasında kararlılıkla durabiliyor ise bu görüş ve eğilimler karara ağırlığını verebilmelidir. Çocuğun görüşlerinin alınabileceği bir yaşta olduğu gözlenir ve de açıklanan görüşlerin objektiflik ve kararlılık sergilediği bir vakıa ise çocuğun iradesine saygı duyulmalıdır. Örneğin Gürcistan hukukuna[873] göre, on dört yaş ve üstü bir çocuk kendisi üzerinde velâyet sorumluluğunu üstlenecek kişiyi seçme hakkına sahiptir. Çocuğun seçtiği kişi veya ailenin, mahkemece kendisi için uygun görülmesi velâyetin tesisi için gerek ve yeterlidir.

5. Çocuğun Yerinin Tekrardan Değiştirilmesi

Hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuk, koruma hakkı sahibi tarafından, alıkonduğu yerden kendi imkanları ile kaçırılır ise bu fiil, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi anlamında haksız alıkoyma olarak değerlendirilebilecek midir? Bu türden fiiller çeşitli problemlerin yaşanmasına sebebiyet verebilir. Söz gelimi çocuk hukuka aykırı olarak götürüldüğü veya alıkonduğu yeni çevresine alışmış ise, koruma hakkına sahip kişi tarafından tekrardan mutad meskeni devletine götürülmesi 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin ihlali anlamına gelebilir. Koruma hakkı sahibi, hukuka aykırı olan bu davranışıyla çocuğun fiilen bulunduğu ülkenin hukuk kurallarını ihlal etmiş olmaktadır. Keza bu davranışı ceza kovuşturmasına da sebebiyet verebilir. Çocuğun bulunduğu eve zorla girilerek, konut dokunulmazlığının ihlal edilmesi buna misal olabilir.

Koruma hakkı ihlal edilen kişi, bu hakkın yeniden tesisi için hukukî yollara başvurmalıdır. Sözleşmenin öngördüğü usul uyarınca çocuğun iadesi merkezi makamlar veya adlî veya idarî mahkemeler aracılığıyla gerçekleştirilmelidir. Bu prosedür hariç tutularak, koruma hakkı sahibinin, bu hakkını yeniden tesis etmek gayesiyle cebir ve şiddete başvurması

[873] G. A. Code Ann. S. 19-9-1(1993 Supplement)

gerek uluslararası düzenlemelerde gerek iç hukuklarda asla himaye görmemelidir. Bu görüşün aksini kabul etmek, hukukun üstünlüğüne gölge düşürür.

Konuya örnek olabilecek bir durum, Re. O.[874] davasında gerçekleşmiştir. Olayda çocuk, hukuka aykırı olarak ABD'den (Kaliforniya) İsveç'e götürülmüştür. İsveç Lansratten Eyalet mahkemesi Sözleşmeye dayanan iade talebini, 13. maddenin (b) bendine dayanarak reddetmiştir. Kararı temyiz eden baba, duruşmaların ertelenmesini fırsat bilerek çocuğunu ABD'ye kaçırırken Heathrow (İngiltere) havaalanında aktarma yapmak için beklediği sırada, İsveç mahkemesinin kararına binaen yakalanır. İngiliz mahkemesinde görülen iade davasında, mahkeme babanın iade talebini reddederek, çocuğun İsveç'e iadesine hükmetmiştir [875].

Merkezi makamlar, koruma hakkına sahip kişi veya temsilcisinin, çocuğun önceki statüsünü korumak adına giriştiği veya girişeceği hukuka aykırı eylemlerinin önüne geçmeli ve bu kişilere eylemlerinden vazgeçmeleri için telkinde bulunmalıdırlar[876]. Bununla birlikte talepte bulunulan devletin adlî ve idarî makamları, çocuğun başka bir devlete götürüldüğüne inandığı vakit, davayı askıya alabilir veya iade talebini reddedebilir[877]. Merkezi makam, çocuğun başka bir âkit devlette bulunduğu görüşünde ise, iade talebini derhal sözkonusu devletin merkezi makamına doğrudan intikal ettirir. Ayrıca talep eden devletin merkezi makamının yanı sıra gerekli gördüğü hallerde müracaat edene de bilgi verir[878].

V. Çocuğun İadesinin Reddine Yönelik İddialarda İspat Külfeti

Hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun iadesinin reddedilebilmesi için ileri sürülebilecek itiraz sebepleri 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 12.,13. ve 20. maddelerinde sayılmıştır. Çocuğun bir an önce iade edilmesi, çocuğun üstün menfaatine hizmet etmesi bakımından sözleşmenin öngördüğü temel amaçtır. Bu nedenle çocuğun iadesinin reddine yönelik yapılacak itirazlar istisnaî nitelikte ve sınırlı tutulmuştur.

[874] İngiliz Yargıtay Kararları Aile Hukuku Dizini (FLR) 1997 2. Cilt s. 712.
[875] Beaumont R. Paul / McEleavy E. Peter, s. 44.
[876] Cara L. Finan, Convention on The Rights of The Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction,Santa Clara Law Review, Vol 34,1994,s.1008.
[877] Bkz. 12. maddenin son fıkra hükmü.
[878] Bkz. 9. madde hükmü.

Sözleşmenin 12. maddesinin ilk fıkrasında öngörülen bir yıllık sürenin henüz tamamlanmadığı iddiası, iade talebinde bulunan kişi tarafından ileri sürülebileceği gibi, iade davasına bakan adlî veya idarî makamca da re'sen dikkate alınabilir.

Buna mukabil 12.maddenin 2.fıkrasında öngörülen itiraz sebebinin varlığının kimin tarafından ispatlanacağı açık değildir. Hatta bu husus hakkında madde metninde hiçbir açıklama yapılmamıştır. Ancak madde hükmünden bu hususun mahkemece re'sen belirleneceği anlaşılmaktadır. Bunun yanında, çocuğun yeni çevresine alıştığını iddia eden taraf, bu iddiasını ispatla mükelleftir[879]. Şu halde çocuğun iadesinin reddini talep eden kişi, çocuğun yeni çevresine alıştığını ispatlamalıdır.

13. maddenin (a) ve (b) fıkrasında yer alan iddiaların kimler tarafından ispatlanacağı 12. madde hükmüne nazaran daha nettir. 13. maddenin (a) ve (b) bentlerine dayanılarak çocuğun iadesinin reddi talep edildiğinde, bu iddianın ispatı, çocuğun iadesine karşı çıkan taraf üzerindedir[880]. Çocuk üzerinde koruma hakkına sahip olan tarafın, bu sorumluluğu etkin şekilde yerine getirdiğini ispatlaması gerekmez. Buna mukabil koruma hakkının etkin şekilde kullanılmadığı iddia edilmekteyse, bunun ispatı çocuğun iadesini talep eden taraf üzerindedir. Doktrinde farklı olarak[881] bu durumda, koruma hakkının etkin olarak yerine getirildiğinin ispat edilmesi gerektiği de savunulmuştur.

Sözleşmenin 20. maddesi çocuğun iadesini engelleyen diğer bir itiraz sebebini öngörmektedir. Çocuğun iadesi, talepte bulunulan devletin temel insan hak ve hürriyetlerinin öngördüğü ilkeleri ihlal edecek ise, iade talebi reddedilebilecektir. Bu noktada ispat mükellefiyetinin kimde olduğu açık değildir. Ancak madde hükmünden bu hususun mahkemece re'sen gözetileceği anlaşılmaktadır. Keza 20. madde hükmüne dayanarak itirazda bulunan kişinin, bu iddiasını destekleyecek hukukî düzenlemeleri mahkemeye ibraz etmesi menfaatine olacaktır.

[879] Rhona Schuz, The Hague Child Abduction Convention: Family Law And Private International Law,International And Comparative Law Quarterly,Vol 44,1995,s.778.
[880] Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, sy 301.
[881] İlknur Altuntaş, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Ankara, 2006, s.151.

VI. Sözleşme ve Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Tasarı Hükümlerine Göre İade Prosedürü

Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünün yayınladığı genelge[882] uyarınca 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin uygulanmasında "merkezi makam" görevini üstlenen Adalet Bakanlığı, bu görevi mahallî Cumhuriyet başsavcılıkları aracılığı ile yerine getirecektir. Bu husus Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Kanun Tasarısı'nın 4. maddesinde de düzenlenmiştir[883]. Cumhuriyet başsavcıları hem gönderici, hem de aracı kurum olarak yetkilendirilmiştir. Mutad meskeni Türkiye'de olup da, koruma hakkı ihlal edilmek suretiyle bir başka âkit devlete götürülen çocuğun iadesinin sağlanmasında Cumhuriyet başsavcılıkları "gönderici makam" olarak hareket edeceklerdir. Böyle bir talepte bulunulduğunda Cumhuriyet başsavcılığı, çocuğun bulunduğu devletin sözleşmeye taraf olup olmadığını tespit ettikten sonra, belgelerin düzenlenmesinde talepte bulunana yardımcı olacak ve belgeleri ilgili devletin merkezi makamına iletilmek üzere Adalet Bakanlığı'na gönderecektir[884]. Sözleşme hükümleri uyarınca çocuğun iade sürecinin işlemeye başlaması öncelikle bu hususa ilişkin talebin yapılmasına bağlıdır. Talepte bulunulurken bir takım evrakların eklenmesi gerekir. Her çocuk için ayrı talepte bulunulması gerekir. Söz gelimi kardeşlerin yerinin hukuka aykırı olarak değiştirildiği hallerde, koruma hakkına sahip kişi, her çocuk için ayrı ayrı talepte bulunmalıdır. Zira her çocuğun nitelikleri ve bulundukları yerler farklı olabilir. Bu husus Bakanlık Genelgesinin ekinde yer alan standart hale getirilmiş formel talep formlarından da anlaşılabilmektedir[885].

Başvuruda bulunan kişi talebine, çocuğa ve çocuğu götürdüğü veya alıkoyduğunu ileri sürdüğü kişinin kimliğine ilişkin bilgileri, çocuğun doğum tarihini belgeleyen resmi dokümanları, çocuğun iadesi için ileri sürülen talebin dayandığı gerekçeleri ve çocuğun bulunduğu yere ve

---

[882] Bkz. Adalet Bakanlığı'nca yayınlanan 01.01.2006 tarihli ve 65 nolu Genelgesi. (Çevrimiçi) www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelge/3.doc.

[883] Tasarı için Bkz. www. tbmm.gov.tr Dönem ve yasama yılı 22/3 Esas Numarası 1/1101. Tasarınıon 4. maddesinin 1.fıkrası şöyledir: "Sözleşmenin öngördüğü yükümlülükler merkezi makam tarafından, mahalli Cumhuriyet başsavcılıkları aracılığı ile yerine getirilir".

[884] Bkz Adalet Bakanlığı UHDGM'ce yayınlanan 01.01.2006 tarihli ve 65 nolu Genelgesi (2) numaralı paragraf s.4.

[885] Bkz Adalet Bakanlığı UHDGM'ce yayınlanan 01.01.2006 tarihli ve 65 nolu Genelgesi.

alıkoyduğu kişiye ilişkin bilgileri eklemesi gerekir[886]. Keza çocuğun bulunabileceği yerin, çocuğu haksız olarak götüren veya alıkoyan kişinin çocuğa yakınlığının, mesleğinin, bilinen son adresinin, pasaport bilgilerinin, fotoğrafının, çocuğun bulunduğu yer konusunda ilâve bilgi temin edilebilecek diğer kişilere ait bilgilerin, haksız götürme veya alıkoyma yeri, tarihi ve oluş şekline ait bilginin, çocuğun kime teslim edileceğinin, teslim edilecek kişinin kimlik ve adres bilgilerinin, telefon numarasının ve son olarak çocuğun iadesi için önerilen düzenlemelerin yazılı olarak formda doldurulması gereklidir[887].

Başvurunun herhangi bir usulî şekle uygun olarak yapılması gerekliliği bulunmamakla birlikte, uygulamada kolaylık sağlamak üzere talebin İngilizce veya Fransızca çevirisi ile birlikte düzenlenmesi uygun görülmektedir[888]. Merkezi makam, ilgili belge ve bilgileri usulüne uygun olarak halihazırda çocuğun hukuka aykırı olarak bulunduğu âkit devletin merkezi makamına iletir. Merkezi makamlar kendilerine iletilen eksik evraklara dayanılarak yapılan başvuruyu kabul etmek zorunda değildir[889]. Zira 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 27. maddesi uyarınca sözleşmede öngörülen şartların yerine getirilmemesi halinde merkezi makamın iade talebini kabul edip etmeme konusunda takdir hakkı bulunmaktadır. İade talebinde bulunan kişi, merkezi makamlar vasıtasıyla çocuğun iadesini talep edebileceği gibi, doğrudan çocuğun bulunduğu ülkedeki adlî ve idarî mahkemelerde de iade davası açabilir[890].

Merkezi makamlar arasında belge ve bilgi alışverişi tamamlandığında 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 30. maddesi uyarınca bu belge ve bilgiler âkit devletin adlî ve idarî

---

[886] 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 8. madde hükmü uyarınca, iade talebinde bulunan kişinin, çocuğa ilişkin ve de çocuğu götürdüğü veya alıkoyduğunu iddia ettiği kişinin kimliğine ilişkin bilgileri; temini mümkün ise, çocuğun doğum tarihini; iade talebinin dayanağını oluşturan hukukî gerekçeyi; yararlı kararların veya anlaşmaların onaylı birer örneğini; devletin konu ile ilgili kanuna dair, merkezî makamdan veya mutad mesken devletinin başka bir yetkili makamından veya başka bir yetkili şahsından sadır bir belge veya onaylı beyanın ve faydalı olabilecek ilgili tüm bilgi ve belgeleri; yapacağı müracaata eklemesi gereklidir. Ayrıca Bkz Adalet Bakanlığı'nca yayınlanan 01.01.2006 tarihli ve 65 nolu Genelgesi (3) numaralı paragraf s.4.

[887] Bkz Adalet Bakanlığı UHDGM'ce yayınlanan 01.01.2006 tarihli ve 65 nolu Genelgesi.

[888] Bkz Adalet Bakanlığı'nca yayınlanan 01.01.2006 tarihli ve 65 nolu Genelgesi (5) numaralı paragraf s.4.

[889] Susan Mackie, Procedural Problems in The Adjudication of International Parental Child Abduction Cases, Temple International Law and Comparative Law Journal, Vol 10, 1996,s.451.

[890] Bkz. 1980 tarihli La Haye sözleşmesinin 29.madde hükmü. Doktrinde mahkeme de bağımsız dava açmak yerine,merkezi makamlar aracılığıyla çocuğun iadesi için başvuruda bulunulmasının daha avantajlı olacağı ileri sürülmektedir. Merkezi makamlar arasında düzenli bir mekanizmanın öngörülmesi ve de mahkeme masraflarına göre daha hesaplı olması sebebiyle iade talebinde bulunan kişi için avantaj sağladığı kabul edilmektedir.Bunun yanında merkezi makamların, hukuka aykırı olarak çocuğu alıkoyan kişiyle temasa geçerek, çocuğun geri iade edilmesi konusunda bir ihtimal kişiyi ikna edebileceklerinin de unutulmaması gerekir. Bkz. Cathy S. Helzick, Returning United States Children Abducted to Foreign Countries: The Need to Implement The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction, Boston University Internataional Law Journal, Vol 5, 1987,s.142.

mahkeme ve makamları nezdinde de geçerli kabul edilmektedir. Merkezi makamlar çocuğun nerede ve kiminle olduğuna ilişkin açık ve inandırıcı delillere istinaden harekete geçmektedir[891].

Sözleşmenin 28. maddesi uyarınca talepte bulunulan devletin merkezi makamının gerek görmesi halinde, iade talebinde bulunan kişiden, kendi adına hareket etme veya adına hareket etmekle yetkilendirdiği bir temsilciyi tayin etme yetkisi veren yazılı bir belge isteyebilir. Bakanlık Genelgesine göre, belgelerin düzenlenmesi ve tercümesi için notere başvurma zorunluluğu yoktur[892].

Cumhuriyet başsavcılarının aracı kurum olarak hareket ettiği durumlarda, çocuğun Türkiye'de bulunuyor olması gerekir. Yabancı devlet merkezi makamından alınacak çocuğun iadesine ilişkin talep ve Sözleşmenin öngördüğü ilgili belgeler Adalet Bakanlığınca incelenerek, Sözleşmeye uygunluğu tespit edildikten sonra gereği yapılmak üzere çocuğun bulunduğu yerdeki Cumhuriyet başsavcılarına gönderilir. Cumhuriyet başsavcılığının, öncelikle kaçıran kişinin rızası ile çocuğun teslimini temin etmesi veya taraflar arasında dostane bir çözümün sağlanması için girişimlerde bulunması gerekir. Genelgeye göre Sözleşmenin uygulanmasında, çocuğun rıza ile teslimi öncelikli olarak tercih edilmelidir[893]. Bu nedenle çocuğu haksız alıkoyan kişiye, Sözleşmede öngörülen zorlayıcı tedbirler hatırlatılarak rıza ile teslimin telkin edilmesi veya uzlaşma yolu ile bir çözüm bulunmasına mümkün mertebe gayret edilmelidir[894]. Bu husus Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunda da öngörülmüştür. 4787 sayılı Kanunun 7. madde hükmü uyarınca aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmezden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya kaldıkları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da[895] yararlanarak teşvik edecektir. Çocuğu haksız olarak alıkoyan kişi rıza ile teslimi kabul etmez ise veya taraflar arasında dostane bir çözümün bulunması mümkün değil ise, Cumhuriyet başsavcısı, çocuğun iade edilip edilmeyeceğine ilişkin bir karar verilmek üzere talep ve ekli belgeleri, yetkili hukuk mahkemesine tevdi edecektir[896]. Sulh olunmaması halinde, Cumhuriyet savcılarının hiçbir surette

---

[891] Susan Mackie, Procedural Problems in The Adjudication of International Parental Child Abduction Cases, Temple International Law and Comparative Law Journal, Vol 10, 1996,s.451.
[892] Bkz Adalet Bakanlığı'nca yayınlanan 01.01.2006 tarihli ve 65 nolu Genelgesi (10) numaralı paragraf s.5.
[893] Bkz Adalet Bakanlığı'nca yayınlanan 01.01.2006 tarihli ve 65 nolu Genelgesi (12) numaralı paragraf s.5.
[894] Bkz Adalet Bakanlığı'nca yayınlanan 01.01.2006 tarihli ve 65 nolu Genelgesi (13) numaralı paragraf s.5.
[895] Kanun Tasarısında, uzmanlardan kasıt, sosyal çalışmacı, psikolog ve pedagog gibi meslek mensuplarıdır.
[896] Bkz Adalet Bakanlığı'nca yayınlanan 01.01.2006 tarihli ve 65 nolu Genelgesi (15) numaralı paragraf s.5.

çocuğun iadesi için zorlama veya baskı yapma hakkı bulunmamaktadır. Zira çocuğun kaçırıldığı gerekçesi ile Merkezi Makama yapılan başvuru sadece bir iddia niteliğindedir[897].

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Kanun Tasarısının 7. maddesinin 2. fıkrasında çocuğun iadesi hakkındaki davaların, Merkezi Makam adına mahallî Cumhuriyet başsavcılığınca açılacağı açıkça düzenlenmiştir.

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 26. maddesinin 1.fıkrası uyarınca her merkezî makam Sözleşmeyi uygularken kendi masraflarını karşılayacaktır. Çocuğun iade talebiyle ilgili olarak açılacak davanın harç ve muhakeme masraflarının kovuşturma ödeneğinden karşılanması gerekmektedir. Bununla birlikte, aynı maddenin 2. fıkrasında yer alan düzenlemeyle[898] ilgili olarak Türkiye sözleşmeye çekince[899] koymuştur[900]. Muhakeme masrafları ile kanunî danışman ve müşavirlerin katılımından doğan masraflarla birlikte çocuğun iadesi sebebiyle doğan masraflar devletçe üstlenilmeyeceğinden, bu masraflar başvuruda bulunana yükletilecektir[901]. Ancak çocuğun iadesine hükmedildiği vakit çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştiren kişiye mahkeme masrafları yükletilmelidir[902]. Nitekim adlî ve idarî makamlar, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 26. maddesinin son fıkrası gereği, çocuğun iadesi veya çocukla kişisel ilişki kurabilmek adına yapılan bütün masrafların özellikle, talepte bulunanın seyahat masraflarının, adlî temsil masraflarının, çocuğun dönüş masraflarının ve çocuğu bulunduğu yerin tespiti için yapılan diğer masrafların, çocuğu alıkoyan veya yerini hukuka aykırı olarak değiştiren veya ziyaret hakkının kullanılmasını önleyen kişi tarafından ödenmesine hükmedebilecektir. Madde metninden, adlî ve idarî makamlara bu konuda takdir hakkı verildiği anlaşılmaktadır. Kanaatimizce Türk mahkemelerinde görülen iade davasında, çocuğun iadesine karar verildiği vakit gerek mahkeme masrafları gerekse çocuğun iadesi için yapılan tüm masrafların davalı tarafça ödenmesine hükmedilmelidir.

Çocuğun iadesi konusunda mahkemece verilen iade kararının kesinleşmesinden, sonra gerekli görülen hallerde, İcra ve İflâs Kanununun çocuk teslimine dair ilâmların icrası hakkındaki

---

[897] Aysel Çelikel Milletlerarası Özel Hukuk, Çelikel Aysel/ Erdem Bahadır, 8. Basım, İstanbul, 2007,s. 283.

[898] Taraf devletlerin merkezî makamı ve diğer kamu organları, Sözleşmenin uygulanmasında vaki taleplerle ilgili olarak, hiçbir masraf isteyemezler. Özellikle başvuruda bulunanlardan, dava masrafları veya icabında bir avukatın davaya katılmasının gerektireceği masraflar talep edilemez. Ancak, çocuğun geri dönüşüne bağlı olarak yapılan veya yapılabilecek işlemlerin yarattığı masrafların ödenmesini isteyebilirler.

[899] Madde 26 fıkra 3 gereği.

[900] Bkz. RG. 15.02.2000-23965.

[901] Bkz Adalet Bakanlığı'nca yayınlanan 01.01.2006 tarihli ve 65 nolu Genelgesi (16) numaralı paragraf s.5.

[902] Barbara Ullman Schwerin, The Hague Convention on International Child Abduction: A Practical Application, Loy. L.A. International and Comparative Law Journal, Vol 10, 1988,s.191.

hükümlerine göre cebrî icra yoluna başvurularak çocuğun başvuruda bulunana iadesi sağlanabilecektir. Benzer şekilde çocuğun kaçırılması suretiyle kişisel ilişki kurma hakkının engellendiği hallerde de, yine aynı usul izlenerek kişisel ilişki kurma hakkının temini sağlanabilir[903]. Tasarının 18. maddesi, çocuğun iadesine veya şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların İİK.'nun 25. maddesinde yazılı şekilde bir icra emri tebliğ edilmeksizin yerine getirilmesini düzenlemiştir.

Sözleşmenin uygulanmasında akit devletler, haksız olarak yeri değiştirilen veya alıkonulan çocuğun seri ve güvenilir şekilde iadesini sağlamakla yükümlüdür. Bu sebeple Cumhuriyet başsavcılıkları çocuğun iadesine yönelik ilgili işlemleri en seri şekilde yerine getirmelidir[904]. Tasarının, yargılama usulünü düzenlediği 9. maddesi uyarınca, kanunun uygulmasınadan doğan tüm dava ve işler basit yargılama usulüne göre öncelikle ve acele olarak görülecektir. Basit yargılama usulünün bir neticesi olarak çocuğun iadesine ilişkin davalar ile velâyet ve vesâyete ilişkin davalar adlî tatilde de görülmeye devam edecektir[905].

Âkit devlet ülkesinin adlî makamlarının çocuğun iadesine ilişkin karar verme konusunda milletlerarası yetkiye sahip oldukları kabul edilmektedir. Çocuğun kaçırılmış olması nedeniyle bulunduğu ülkenin hangi adlî makamının iade konusunda karar vermeye yetkili olduğunun tayini ise, akit devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır[906].

Çocuğun yerinin değiştirilmesinin veya alıkonulmasının haksız olup olmadığını tayin etme durumunda olan mahkeme, herhangi bir özel usulî işleme tâbi tutmadan, çocuğun mutad meskeni makamlarınca verilmiş belge ve kararları, madde 14 hükmü uyarınca doğrudan dikkate alabilecektir[907]. Türk hukukuna göre yabancı mahkeme kararlarının kesin delil olarak kabul edilebilmesi için öncelikle yetkili mahkemece tanıma kararı verilmesi gerekmektedir. Oysa 1980 tarihli La Haye sözleşmesi uyarınca mahkeme, çocuğa ilişkin iade talebini değerlendirirken yabancı kararı kesin delil olarak doğrudan dikkate alabilecektir[908]. Ayrıca Türk hukukunda

[903] Bkz Adalet Bakanlığı'nca yayınlanan 01.01.2006 tarihli ve 65 nolu Genelgesi (18-19) numaralı paragraf s.6.
[904] Bkz Adalet Bakanlığı'nca yayınlanan 01.01.2006 tarihli ve 65 nolu Genelgesi (22) numaralı paragraf s.6.
[905] Bkz. HUMK. Madde 176/4,11 ; 507; Tasarı Madde 16.
[906] Bkz Adalet Bakanlığı'nca yayınlanan 01.01.2006 tarihli ve 65 nolu Genelgenin II. Bölüm (1) numaralı paragrafı s.6.
[907] Tasarının 7. maddesinin 3.fıkrası uyarınca, merkezi makam tarafından gönderilen belgelerin tasdiki aranmayacaktır.
[908] Bkz Adalet Bakanlığı'nca yayınlanan 01.01.2006 tarihli ve 65 nolu Genelgenin II. Bölüm (3) numaralı paragrafı s.6.

sadece mahkemelerce verilen kararlar tanınabilirken, Sözleşme kapsamında idarî mercilerce verilen kararlar da tanınabilmektedir.

Şu halde, davaya bakan mahkeme, MÖHUK'ta tanıma[909] için öngörülen şartların[910] gerçekleşip gerçekleşmediğine hiç bakmaksızın, adlî veya idari mahkeme veya makamlarca verilen yabancı kararları doğrudan kesin delil olarak dikkate alabilecektir. Bununla birlikte sözleşme kapsamında bir belgenin dikkate alınması için hiçbir tasdik veya benzeri bir formalite gerekli değildir.[911]

Sözleşme uyarınca iadenin talep edildiği âkit devlet, koruma hakkının esası hakkında karar vermeye mezun değildir[912]. Bu anlamda çocuğun mutad meskeni mahkemesinin, koruma hakkının esası hakkında karar verebilme bakımından münhasır yetkiye sahip olduğu kabul edilmektedir[913]. Bunun tek istisnası 16. madde hükmünde görülmektedir. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi hükümlerinin uygulanması sonucunda çocuğun iadesine yönelik talebin reddedilmesi veya hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden itibaren makul bir süre geçmiş olmasına rağmen iadeye ilişkin bir başvuruda bulunulmamış olması halinde, çocuğun hali hazırda bulunduğu âkit devlet makamlarınca, koruma hakkının esasına ilişkin karar verilebilecektir.

Sözleşmenin etkin şekilde uygulanırlığını sağlayabilmek için Tasarı'da bir takım tedbirler öngörülmüştür. Tasarıya göre, mahkeme, iade talebini karara bağlamazdan evvel, talep üzerine veya re'sen, çocuğun yüksek menfaatinin ihlal edilmemesi için, dava sonuna kadar birtakım geçici tedbirler alabilecektir[914]. Hâkim, bu tedbirlere, gerektiğinde çocuğun görüşü ile birlikte uzmanlardan rapor alarak karar verebilir. Şu halde, geçici tedbirlerin alınabilmesi için çocuğun yüksek menfaatinin bu tedbirlerin alınmasını zorunlu kılması gerekir. Bununla birlikte hâkim gerekli gördüğü hallerde bu tedbirleri alırken sosyal çalışmacı, psikolog veya pedagog gibi uzmanlardan rapor alarak hareket edebilir. Keza çocuk, görüşünün dikkate alınabileceği yaş ve olgunlukta ise, geçici koruma tedbirleri alınmadan önce hâkim çocuğu dinleyebilir. Kanaatimizce Tasarıda her ne kadar hâkimlere bu konuda takdir hakkı bırakılmışsa da, çocuk görüşünün

[909] MÖHUK. Madde 42.
[910] MÖHUK. Madde 38. Tenfizden farklı olarak tanıma için (a) ve (d) bentleri aranmamaktadır.
[911] 1980 tarihli La Haye sözleşmesi Madde 23. "Sözleşme çerçevesinde hiçbir tasdik veya benzeri formalite gerekli değildir".
[912] Barbara Ullman Schwerin, The Hague Convention on International Child Abduction: A Practical Application, Loy. L.A. International and Comparative Law Journal, Vol 10, 1988, s.184-185.
[913] Rhona Schuz, The Hague Child Abduction Convention: Family Law And Private International Law,International And Comparative Law Quarterly,Vol 44,1995,s.780.
[914] Bkz. Tasarının 10.madde hükmü.

dikkate alınabileceği yaş ve olgunlukta ise mutlak surette dinlenmeli ve sonrasında da kendisi için en uygun olan koruma tedbiri alınmalıdır.

Geçici koruma tedbirleri çeşitli şekillerde olabilir. Bunlar; çocuğun, bakım ve gözetimi için akrabalardan birine teslim edilmesi veya bakım ve gözetim sorumluluğunu üzerine alan güvenilir bir aile yanına yerleştirilmesi veya çocuk bakımı konusunda uzmanlaşmış veya bu konuda münhasıran faaliyet gösteren resmî veya özel bir kuruma geçici olarak tevdi edilmesi veya resmî veya özel bir hastaneye veya tedavi kurumuna veya eğitimi güç çocuklara yönelik hizmet veren bir kuruma tevdi edilmesi şeklinde olabilir[915]. Tasarı henüz kanunlaşmamış olsa da hâkimlerin bugün için bu tedbirleri almasına engel bir durum yoktur. Tasarı kapsamında verilen geçici tedbir kararları, Cumhuriyet başsavcılığınca, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu veya ilgili diğer kurum ve kuruluşlar aracılığıyla yerine getirilecektir[916]. Tasarının bu hükmü halihazırda yürürlükte olan İİK. 25. maddesinin (b) bendi[917] ile uyumludur. Şu halde, çocuğun iadesine ilişkin ilâmlar İİK. Madde 25/b uyarınca yerine getirilecektir. Çocuğu hukuka aykırı olarak alıkoyan kişi, çocuğun iadesi ve şahsi ilişki kurulmasına dair ilâmın icrası sırasında hazır bulunmaz ise, ilâm kişinin yokluğunda dahi yerine getirilecektir[918].

Tasarıda, iadeye veya şahsi ilişki kurmaya ilişkin işlemler sonuçlanıncaya kadar çocuğun yerinin değiştirilmesini önlemeye yönelik birtakım tedbirler öngörülmüştür[919]. Hâkim, öngörülen geçici tedbilerden birinin ya da birden fazlasının uygulanmasına karar verebilir. Çocuğun yerinin değiştirilmemesini temin amacıyla alınabilecek önlemlerin başında, çocuğun yurt dışına çıkışının geçici olarak durdurulması gelmektedir. Diğer bir önlem olarak çocuk adına pasaport alma veya yenileme işlemlerinin durdurulması veya çocuğun okul, muhtarlık veya nüfus kayıtlarının alınması veya değiştirilmesi işlemlerinin durdurulması öngörülmektedir. Bunların dışında, çocuğun yanında bulunduğu kişinin çocukla birlikte, düzenli olarak bulunduğu yerdeki yetkili kolluk kuvvetlerine görünmesi, pasaport veya kimlik kayıtlarına dava süresince el konulması, çocuğun tayin edilen sürelerde yetkili makamlarca kontrol edilmesi Tasarıda öngörülen çok önemli tedbirlerdendir. Tasarıya göre,bu tedbirlerin dışında durumun gerektirdiği diğer her türlü

[915] Bkz. Tasarının 10.madde hükmü.
[916] Bkz. Tasarı madde 18/2.
[917] Çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrası, icra müdürü ile birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulunması suretiyle yerine getirilir.
[918] Bkz. Tasarı madde 19.
[919] Bkz. Tasarı Madde 24.

tedbirleri almada hâkimlere serbesti tanınmıştır. Her türlü tedbirlere örnek olarak, sınır kontrol noktalarına çocuğun yurtdışına çıkş yasağı ile ilgili bilgi verilmesi gösterilebilir.

Kanaatimizce farklı bir tedbir olarak çocuğun pasaportuna mahkeme kararıyla el konduğu hallerde, ebeveynlerin çocuk için yeniden pasaport çıkartabilmesini önlemek amacıyla "pasaport müracaat ihbar sistemi"[920] adı altında bir bilgisayar yazılımı sayesinde tüm Türkiye'deki pasaport müracaatları tek bir merkezden kontrol altına alınabilir. Mahkemeler geçici tedbir olarak çocuğun pasaportunu genellikle el koymaktadırlar. Ancak uygulamada bu tedbir rahatlıkla ihlâl edilebilmektedir. İstisnai olarak kimi hallerde, çocuğu kaçırmak isteyen kişi, emniyet makamlarına başvurarak çocuğun pasaportunun kaybedildiğini ileri sürerek yeni bir pasaport çıkartabilmekte ve bu sayede mahkemenin tedbir kararı kağıt üstünde kalabilmektedir.

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 8.maddesinin ilk fıkrası, çocuğun iadesini temin amacıyla, yapılacak olan iade taleplerinin ya çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletteki merkezi makamlardan ya da sözleşmeye taraf devletlerden herhangi birisinin merkezi makamından yapılabileceğini öngörmüştür[921].[922] Bu sayede Anglo Sakson hukukunda yer bulan -forum shopping-[923] prensibi sözleşmede de hayat bulurken -forum non conveniens-[924] prensibinden de vazgeçilmiştir[925]. Nitekim İngiliz mahkemesi bir davada[926], çocuğun iadesinin hem İngiliz hem ABD mahkemesinden talep edilemeyeceğine hükmetmiştir.

---

[920] Benzer bir öneri için bkz. Report to Congress on International Child Abduction in Response to The Statement of Managers Accompanying F-103 Omnibus Appropriations Bill P.L. 108-7 (2003). Deborah M. Zawadzki, The Role of Courts in Preventing International Child Abduction, Cardozo Journal of International Comparative Law, Vol 13,2005,s.367.

[921] Kanaatimizce sözleşmenin resmi gazetedeki resmi tercümesinde 8. maddesinin ilk fıkrası Türkçeye hatalı çevrilmiştir. Madde metninden iade talebinde bulunacak tarafın hem çocuğun mutad meskenin bulunduğu merkezi makama hem de herhangi bir akit devletteki merkezî makama yapabileceği anlamı çıkmaktadır ki bu pek doğru gözükmemektedir. Resmi gazetede yayınlanan madde metni aynen şöyledir: "Bir çocuğun, koruma 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 merkezî makamlarına, gerek herhangi bir başka Taraf Devlet merkezî makamına başvurabilir." Metinde geçen gerek kelimeleri ya - yada olarak düzeltilirse birden fazla makama aynı anda başvurulamayacağı anlamı daha belirgin hale getirilmiş olacağı inancındayız. Keza "mutad ikametgâh" yerine "mutad mesken" teriminin kullanılması da Sözleşme metnini, Devletler Özel Hukuku kavramları ile uyumlu hale getirecektir.

[922] Priscilla Steward, **Acess Rights: A Necessary Corollary to Custody Rights Under The Hague Convention On The Civil Aspects Of International Child Abduction**, Fordham International Law Journal, Vol. 21 Year 1997-1998, s.326. ; Lawrence H. Stotter, The Light at The End of The Tunnel: The Hague Convention on International Child Abduction Has Reached Capitol Hill, **Hastings International and Comparative Law Review**, Vol 9, Year 1985-1986, s. 297.

[923] Nomer/Şanlı s. 420 , Ekşi Nuray ,s.264 vd.

[924] Nomer/Şanlı s. 421 , Söz konusu durumda, iade talebinin yapıldığı devletin yetkili mercii, talebin bir başka taraf devletle daha ilgili olması nedeniyle, kendi yetkisinden o devlet lehine feragat edemeyecektir.

[925] Haksız alıkoyma öncesi çocuğun mutad meskeninin bulunduğu âkit devlet mahkemesinin yetkili kılınmış olması çocuğun bir an önce iade edilmesini temine yönelik bir kolaylıktır. Zira çocuk haksız alıkoyma öncesi o yer

VII. Sözleşmede Öngörülen İade Prosedürüne Getirilen Eleştiriler

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 25. maddesi uyarınca iade talebinde bulunan âkit devlet vatandaşı veya bu âkit devlette mutad meskene sahip olan kişi, sözleşmenin uygulanması ile ilgili bütün konularda, çocuğun hukuka aykırı olarak götürüldüğü diğer âkit devletin vatandaşlarıyla veya bu devlette mutad meskene sahip olan kişilerle aynı koşul ve sınırlar çerçevesinde hukukî ve adlî yardımdan yararlanabilecektir. Doktrin[927], madde hükmünde zaman sınırlamasının öngörülmemiş olmasını eleştirmektedir. Kanaatimizce, iç hukuklardan farklı şekilde düzenlenen adlî yardım prosedürü hakkında tüm âkit devletler için yeknesak bir zaman diliminin öngörülmesi yerinde olurdu. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi, hukukî ve adlî yardım taleplerini düzenlerken sadece çocuğun iadesi için talepte bulunan kişiyi esas almıştır[928]. İade talebine karşı çıkan kişinin sözleşme uyarınca adlî yardımdan yararlanması söz konusu değildir[929]. Kanaatimizce adlî yardım taleplerinde taraf eşitliği ilkesine saygı gösterilmelidir. Çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştiren kişiye baştan önyargıyla yaklaşılması yerinde değildir. Sözgelimi iade talebinde bulunan devlette kadın ve çocuklar için gerekli tedbirlerin alınması hususunda zaafiyet gösterilmekte ve de iade talebinin 13. maddenin (b) bendi gereğince reddedilmesi kuvvetle muhtemel ise, hukukî ve adlî yardımdan yararlanma hakkını diğer tarafa tanımamak adaletli olmayabilir.

VIII. 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesi Kapsamında Yapılan İade Taleplerine İlişkin Türkiye'deki İstatistikler

Adalet Bakanlığına bağlı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünün web sitesinde yayınlanan faaliyet raporundaki bilgilere göre[930], 2000–2006 tarihleri arasında, çocukların iadesine ilişkin 309 başvuruda bulunulmuştur. Çocukların iadesine ilişkin âkit

---

mahkemesinin yetki hinterlandı içinde bulunduğundan çocuğun mutad meskenin orası olup olmadığını kısa zamanda karara bağlanmış olacaktır.

[926] Re. O davası için Bkz. İngiliz Yargıtay Kararları Aile Hukuku Dizini (FLR) 1997 2. Cilt s. 712.

[927] Susan Mackie, Procedural Problems in The Adjudication of International Parental Child Abduction Cases, Temple International Law and Comparative Law Journal, Vol 10, 1996,s.453-454.

[928] Bkz. Madde 26 hükmü.

[929] Merle H. Weiner, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, Vol 69,2000,s.635.

[930] Bkz. www.uhdigm.adalet.gov.tr/fr.doc (Nisan 2007)

devletlerden yapılan toplam talep sayısı 261dir. Bu taleplerden 98'i gönüllü olarak çözüme kavuşturulmuştur. Açılan 22 davadan 9'u retle sonuçlanırken 13'ü kabul ile sonuçlanmıştır. Hali hazırda 126 devam eden başvuru bulunmaktadır. Sözleşmeye uygun olmayan başvuru sayısı ise 15'dir.

Buna mukabil Türkiye'nin âkit devletlerden yaptığı başvuru sayısı 48 dir. Yapılan başvurulardan 9'u sözleşmeye uygun bulunmadığından işleme alınmamıştır. Bu taleplerden 8'i gönüllü olarak çözüme kavuşturulmuştur. Çocuğun iadesine ilişkin âkit devlet mahkemelerinde açılan 5 davanın tümü, çocuğun Türkiye'ye iadesi ile sonuçlanmıştır. Halihazırda görülmekte olan başvuru sayısı ise 26 dır.

Çocukların iadesine ilişkin olarak 2006 yılı içerisinde toplam 51 başvuru yapılmıştır. Bu başvurulardan 43'ü yabancı ülkelerin yetkili makamlarınca yapılmıştır. Halihazırda 42 dosya görülmeye devam etmektedir. Taleplerden sadece 1'i çocuğun gönüllü olarak iadesi ile sonuçlanmıştır.

2006 yılında çocuğun iadesine ilişkin Türkiye'den yapılan başvuru sayısı 8 dir.Bunlardan 7'si devam ederken bir tanesi de mahkeme kararı ile çocuğun iadesi ile sonuçlanmıştır.

2000-2007 arasında Türkiye'den talep edilen çocuk iadelerinin ülkelere göre dağılımı ise şöyledir. Almanya'dan 109, ABD'den 15, Avustralya'dan 13, Avusturya'dan 14, Azerbaycan'dan 1, Belçika'dan 10, Bulgaristan'dan 1,Danimarka'dan 1, Finlandiya'dan 5, Fransa'dan 22, Hollanda'dan 19, İngiltere'den 23, İran'dan 1, İskoçya'dan 2, İspanya'dan 2, İsrail'den 2, İsveç'ten 4, İsviçre'den 9, İtalya'dan 2, Kanada'dan 4, Kazakistan'dan 1, Güney Kıbrıs'tan 1, Letonya'dan 1, Macaristan'dan 4, Norveç'ten 6, Slovakya'dan 2, Yunanistan'dan 1 talepte bulunulmuştur. Toplam dosya sayısı 275 dir. Buna karşın 2000-2007 yılları arasında Türkiye'nin âkit devletlerden iadesini talep ettiği çocuklara ilişkin toplam 48 dosya bulunmaktadır. Türkiye'nin âkit devletlerden yaptığı taleplerin ülkelere göre dağılımı ise şöyledir. Almanya'dan 11, ABD'den 3, Avusturya'dan 2, Azerbaycan'dan 2, Belarus'dan 1, Belçika'dan 1, Çin'den 1, Danimarka'dan 1, Finlandiya'dan 1, Fransa'dan 4, Hollanda'dan 1, İngiltere'den 1, İran'dan 1, İsveç'ten 3, Kanada'dan 2, Kazakistan'dan 2, Malta'dan 1, Romanya'dan 3, Rusya'dan 5, Suudi Arabistan'dan 1, Ukrayna'dan 1 talepte bulunulmuştur[931].

[931] Bkz. B. 03.UİG.0.00.3.12./12159 sayılı ve 12.02.2007 sayılı Genel Müdürlük yazısı) Yukarıdaki bilgiler Prof. Dr. Nuray Ekşi'nin yardımlarıyla elde edilmiştir.

IX. Çocukla Kişisel İlişki Kurabilme Hakkı

Çocuk hukuku alanında son on yıldaki gelişmeler ebeveynlerin çocukları üzerindeki sorumluluklarını çocuk merkezli olarak düzenlemektedir. Çocukla sadece soybağı ilişkisi içinde bulunmak psikolojik ana-baba olabilmek için yeterli kabul edilmemektedir. Doktrinde boşanma, ayrılma, çocuğun kendilerinden alınması veya evlilik dışı doğum nedeniyle velâyet ya da bakım hakkına sahip olmayan ana-babanın, ana-babalık görevlerini hiç üstlenmediği durumlarda kişisel ilişkide bulunabilme hakkını talep edemeyeceği ileri sürülmektedir. Nitekim TMK. madde 324/2 hükmü gereği, kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzurunun tehlikeye girdiği, eğitiminin veya yetişmesinin engellendiği, kendisiyle ciddi olarak ilgilenilmediği veya diğer önemli sebeplerin varlığı hallinde kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilmekte veya ana-babadan alınabilmektedir.

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkının amacı, çocuktan ayrı kalmış ana-babanın, çocuğun gelişimi hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamak, hısımlık ilişkilerini sürdürmek, çekirdek aile üyelerinin birbirlerine yabancılaşmasını önlemek ve her iki tarafın sevgi gereksinimlerini karşılamaktır. Şu halde kişisel ilişki hakkının dayanağı sadece hısımlık bağı değil, aynı zamanda ana-baba olma olgusunun yarattığı sevgi ve bağlılık duygusudur[932].

Bu anlayışa paralel olarak, kişisel görüşme hakkının ana babadan ziyade çocuğa tanınan bir hak olduğu kabul edilmektedir[933]. BM. Çocuk Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinin 2. fıkra hükmüne göre ana babası, ayrı devletlerde oturan çocuk, olağanüstü durumlar hariç, hem anne hem de babası ile düzenli olarak kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına sahip bulunmaktadır. Ayrıca akit devletler kendilerine düşen sorumluluğa uygun olarak, çocuğun, ana babasının bulunduğu akit devlete gitmesi için bulunduğu ülkeyi terk etmesine veya tekrardan dönebilme hakkına saygı göstermek mecburiyetindedir. Bu nedenle herhangi bir ülkeyi terk edebilme hakkı, ulusal güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ile başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla sınırlı olarak ve aynı zamanda sözleşme ile tanınan öteki haklarla bağdaştığı ölçüde kısıtlanabilecektir. Ebeveynin, çocuğuyla kişisel ilişkide bulunabilme hakkını etkin olarak kullanabilmesi, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi tarafından da teminat altına

[932] Akyüz Emine, Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Ankara, 2000, s.218.
[933] Simon R. Fodden, Family Law, Toronto, 1999, s.199.

alınmıştır. Ancak bu hak, koruma hakkına nispetle daha az güvence altına alınmıştır[934]. Sözgelimi 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 12. madde hükmünde öngörülen derhal iade imkanı, kişisel ilişki kurma hakkının ihlâl edildiği hallerde uygulama alanı bulmaz[935].

Sözleşmenin 5. maddesinin (b) bendinde yapılan tanım uyarınca çocukla kişisel ilişkide bulunabilmek, belli bir süre için çocuğun mutad meskeninin bağlı bulunduğu ülkeden hukuka uygun olarak başka bir ülkeye götürülmesi veya mutad meskeninin bulunduğu ülkede alıkonabilmesi demektir. Madde hükmünden çocuğun başka bir yere götürülmesinden kastedilenin mutlak surette başka bir âkit devlet olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Çocuğun Sözleşmeye taraf olmayan bir devlete götürülmesi halinde her ne kadar kişisel ilişki kurma hakkı tesis edilmiş olacak ise de bu hakkın istismar edildiği hallerde Sözleşme güvencesinden istifade etme imkanı ortadan kalkmaktadır. Bu bakımdan çocukla kişisel ilişkide bulunabilmek amacıyla çocuğun götürüleceği ülkenin Sözleşmeye taraf bir devlet olması önem arz etmektedir. Şayet bu yerden âkit devlet anlaşılıyor ise çocuğun bu devlete götürüleceğinin teminatı nasıl sağlanacaktır? Şayet bu yer âkit olmayan devletleri de kapsayacak şekilde değerlendirilecek ise, bu halde de çocuğun tekrardan iade edilmesi nasıl teminat altına alınacaktır?

Açıklayıcı raporda kişisel ilişkide bulunma hakkına esneklik tanınması gerektiği belirtilerek çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yerdeki evinde de bu hakkın kullanılabileceği belirtilmiştir. Bu hak çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ulusal sınırlar içinde kullanılabileceği gibi çocuğu yurt dışına çıkartmak suretiyle de kullanılabilir[936]. Kişisel görüşme hakkının en önemli niteliği belli bir süre ile sınırlı tutulmasıdır. Kişisel ilişkide bulunma hakkı Sözleşmenin 21. maddesinde ayrıntılı düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre merkezî makamlar, kişisel ilişki kurma (ziyaret) hakkının rahatça kullanılması ve bu hakkın kullanılmasının tabi olabileceği tüm şartların yerine getirilmesi ve ziyaret hakkına karşı muhtemel engellerin kaldırılabilmesi için işbirliği yapacaklardır. Keza Merkezî makamlar, kişisel ilişki kurma hakkını organize etmek veya bu hakkın tabi olabileceği şartları korumak amacıyla kanunî bir süreci gerek doğrudan, gerek aracılar ile başlatabilecek veya teşvik edebileceklerdir. Burada önem arz eden Sözleşmenin 7. madde hükmü olmaktadır. Âkit devletteki merkezi makamlar, çocukla kişisel ilişki kurma hakkının sağlıklı şekilde yürütülebilmesi için tarafların karşı karşıya kalabilecekleri

[934] Caroline LeGette, International Child Abduction and The Hague Convention: Emerging Practise and Interpretation of the Discretionary Exception, Texas International Law Journal, Vol 25, 1990,s.296.
[935] Caroline LeGette, International Child Abduction and The Hague Convention: Emerging Practise and Interpretation of the Discretionary Exception, Texas International Law Journal, Vol 25, 1990,s.296.
[936] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor metni s. 452 paragraf 85.

veya çocuk için tehlike arz edebilecek muhtemel zararları bertaraf edecek geçici önlemleri alabileceklerdir[937]. Keza gerekli ve uygun görülen hallerde, çocuğun kişisel ilişki kurma sonrası tehlikesizce dönüşünü sağlamak idarî makamların görevleri arasında sayılmıştır[938]. Merkezi makamların bu hakkın etkin olarak kullanılabilmesi için nasıl bir işbirliği yürüteceklerinin 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nde düzenlenmemesi Sözleşmenin raportörü tarafından da eleştirilmiştir[939].

Merkezi makamlar, kişisel ilişki kurma hakkının tesisi ile bu hakkın fiilen kullanılmasına yönelik adlî ve idarî davaları açmaları için yetkilendirilmiştir. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 7. maddesinin (f) bendi bu imkanı merkezi makamlara tanımaktadır.

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkının düzenlendiği 21. madde merkezi makamlara bu hakkın serbestçe kullanılmasını temin ve de mevcut kısıtlamaların kaldırılması amacıyla işbirliği yapma mükellefiyeti yüklemiştir. Ancak bunun ne şekilde gerçekleştirileceği hususunda bir prosedür öngörülmemiştir. Buna ilaveten, kişisel ilişki kurma hakkına yönelik verilen kararların, doğrudan tanınması ve tenfizini öngören bir düzenleme de bulunmamaktadır[940]. Sözleşme bu yönüyle eksik kalmaktadır.

Çocuk üzerinde koruma hakkına sahip olan bir kişi, kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan kişinin bu hakkını 1980 tarihli La Haye sözleşmesi hükümlerine göre engelleyebilme hakkına sahip değildir[941]. Şu halde kişisel ilişkide bulunma hakkına sahip bir kişi, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu âkit devlette çocukla temasa geçebilecektir. Ancak çocuğun mutad meskeni devletinde çocukla kişisel ilişki kurulması engellenmiş[942] bir kişinin, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi hükümlerine istinaden çocuğun kendisinin bulunduğu ülkeye geçici olarak gönderilmesini veya teslim edilmesini isteyebilme hakkı bulunmamaktadır[943].

---

[937] Bkz. Sözleşme hükmü madde 7/b.
[938] Bkz. Sözleşme hükmü madde 7/h.
[939] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor metni s. 466 paragraf 128.
[940] Gloria Folger DeHart, The Relationship Between The 1980 Child Abduction Convention and The 1996 Protection Convention, New York University Journal of International Law and Policies, Vol 33, Sayı 1, s.85.
[941] Julia A. Todd, The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abductin: Are The Convention's Goals Being Achieved?,Global Legal Studies Journal, 1995, Vol 2, s.559.
[942] Çocukla kişisel ilişkide bulunabilme hakkına sahip olan kimseye vize verilmemesi veya hak sahibinin daha önceden işlediği bir suç nedeniyle ülkeye girmesi yasaklanmış kişilerden olması hukukî engele örnek oluşturabilir.
[943] Linda Silberman, Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis, Family Law Quarterly Vol 28, 1994 , s.17. ; Julia A.Todd, The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abductin: Are The Convention's Goals Being Achieved?,Global Legal Studies Journal, 1995, Vol 2,s.559.

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 21. madde hükmünde öngörülen kişisel ilişkide bulunabilme hakkının bir güvencesi bulunmamaktadır. Nitekim 21. maddenin 2. fıkra hükmü bu hakkın etkin olarak kullanılabilmesi için adlî ve idarî makamlar yerine merkezi makamları yetkili görmüştür[944]. Merkezi makamlar arasında işbirliği çerçevesinde ancak bu hakkın kullanılabilmesi söz konusudur[945]. Bunun dışında kalan tek imkân ise çocukla kişisel ilişki kurulmasına hükmeden âkit devlet mahkemesince verilen ilâmın tenfiz edilmesidir[946]. Ancak 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 14. madde hükmü kişisel ilişki kurma hakkı tanıyan yabancı ilâmın kendiliğinden tanınmasına ve tenfizine olanak vermemektedir. Zira 14. madde hükmü sadece koruma hakkını esas almıştır.

Kişisel ilişki kurma hakkı tanıyan yabancı ilâm, Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesine isitinaden diğer âkit devletlerde tenfiz edilebilir. Madde hükmünün son fıkrası uyarınca, çocuğun bulunduğu âkit devletteki merkezi makamlar, ilgili ilâmın tenfizi için hak sahibini temsilen hukukî ve kanunî süreci başlatabileceklerdir. ABD mahkemelerinde görülen bir davada, Almanya'daki kardeşiyle kısa süreliğine birlikte olabilmek için İsrail'den gönderilen bir kız çocuğu hukuka aykırı olarak ABD'ye götürülmüştür. Anne çocukların İsrail'e iadesini talep ederken diğer yandan dava süresince çocuğuyla kişisel ilişkide bulunabilmek için tedbir kararı verilmesini talep etmiştir. ABD Temyiz mahkemesi[947] davaya bakan Federal mahkemenin çocukla kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin karar verme yetkisinin bulunmadığına hükmemiştir. Ancak aksi yönde mahkeme kararlarına da rastlamak mümkündür. Mesela İskoç Temyiz mahkemesine konu olan bir davada[948], biri 10 diğeri 8,5 yaşında iki kız çocuğu annesi olan ve koruma hakkına sahip kadın, ikinci evliliğinden olan üçüncü çocuğunu da yanına alarak büyük babasını ziyaret etmek amacıyla Kanada'dan İskoçya'ya gelir. Altı ay sonra eşini arayarak geri dönmeyeceğini ve çocuklarıyla İskoçya'da yaşayacağını bildirir. Bu gelişme üzerine halihazırdaki kocası ile eski kocası çocukların Kanada'ya iadesi için İskoç mahkemesinde dava

[944] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor s. 465. paragraf 127; Bu yönde Alman Temyiz mahkemesinin 30.09.1998 tarihli kararı için Bkz. 2 UF 286/97 Oberlandesgericht Bamberg (www. incadat.com)
[945] Bkz. Re. G. (A Minor) (Enforecement of Acess Abroad) 1993 1 FLR 669. (www.incidat.com) ; S. v S. 25.05.1998 tarihli Avusturya Graz Bölge Mahkemesi kararı 2 R 204/98 d. (www.incidat.com)
[946] Julia A. Todd, The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abductin: Are The Convention's Goals Being Achieved?,Global Legal Studies Journal, 1995, Vol 2, s.559.
[947] 21 Mart 2006 tarihli ABD Temyiz Mahkemesi 4. Daire Kararı (Cantor v. Cohen 442. F.3d 196) www.incadat.com
[948] Inner House of The Ccourt of Session 06.06.1998 tarihli Donofrio v. Burrell kararı için Bkz. 2000 SLT 1051. www.incadat.com

açar. Halıhazırdaki kocanın, çocuğun iadesine ilişkin talebi kabul edilirken; eski kocanın iade talebi, çocuk üzerinde koruma hakkına sahip olmadığı gerekçesiyle reddedilir. Bunun üzerine eski koca, çocukla kendisi arasında kişisel ilişki kurma hakkının yerine getirilmesi için İskoç mahkemesine başvurur. Temyiz mahkemesi, ilk derece mahkemesinin çocukla kişisel ilişki kurulmasını öngören kararını tasdik etmiş ve de 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 21. maddesine istinaden işlemlerin yürütülmesine karar vermiştir. İskoç mahkemesi 21. madde hükmüne isitinaden kişisel görüşme hakkının yerine getirilmesini engelleyen bir düzenlemenin 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nde yer almadığına dikkat çekerek 21. madde hükmünün acil durumlarda ve istisnaî hallerde uygulanabileceğini belirtmiştir.

1980 tarihli La Haye sözleşmesi hükümlerine istinaden, çocukla kişisel ilişkide bulunubilme hakkının esasına ilişkin karar verilemez.

A. Kişisel İlişki Kurma Hakkının Hukukî Dayanağı

Sözleşmede kişisel ilişki kurma hakkının hangi hukukî sebeplere bağlı olarak verilebileceği belirtilmemiştir. Kanaatimizce koruma hakkının hukukî dayanağını oluşturan 3. maddenin son fıkrası kıyasen, kişisel ilişki kurma hakkına da uygulanabilir. Şu halde çocukla, kurulmak istenen kişisel ilişki, kanunî bir yetkiden, adlî veya idarî bir karardan veya çocuğun mutad meskeni devletinin kanununa göre yürürlükte olan bir anlaşmadan doğabilir.

B. Çocukla Kişisel İlişkide Bulunabilme Hakkına Sahip Kişiler

Kişisel ilişki kurma hakkına sahip kişiler sözleşme çerçevesinde koruma hakkı kendisine bırakılmayan ana veya baba veya büyük ana veya büyükbaba olabilecektir. Bununla birlikte kanunî bir yetkiye, adlî veya idarî bir karara veya çocuğun mutad meskeni devletinin kanununa göre yürürlükte olan bir anlaşmaya binaen kişisel ilişki kurma hakkına sahip olabilecek kişiler tespit edilebilir. Şu halde çocuk ile arasında aile hukukundan doğan hukukî bir ilişkide bulunan kişi bu hakkını ileri sürebilecektir. Buna mukabil, fiili aile ilişkisinden kaynaklanan yakın bir ilişkinin varlığı bu hakkı tesis etmeye yetmez.

Bunların dışında erkek veya kız kardeşlerin, çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip olup olamayacağı tartışmalı bir konudur. Sözleşme kapsamında bu soruya, ancak 3. maddenin

son fıkrasında belirtilen hukukî sebeplerden en az birinin varlığı halinde olumlu cevap verilebileceğini düşünmekteyiz.

C. 21. Madde Hükmüne Getirilen Eleştiriler

Çocukla kişisel ilişkide bulunabilme hakkının sadece merkezi makamlar aracılığıyla tesis edilmeye çalışılacak olması yeterli güvenceyi vermemektedir. Bu hakkın etkin olarak kullanılabilirliğini temin için adlî makamların yetkilendirilmesi gerekirdi.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin karar verme noktasında zımnen[949] çocuğun mutad meskeni mahkemelerinin yetkili olduğu kabul edildiğinden, iade davasına bakan mahkeme bu hakkın esasına ilişkin karar verememektedir. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi tasarısı kaleme alınırken bu konuda çocuğun mutad meskeni mahkemelerinin yanında, çocuğun iadesinin talep edildiği devlet mahkemelerinin de yetkili olması teklif edilmişti[950]. Ancak çoğunluk bu teklife karşı çıkmıştır.

İade davası devam ederken, iade talebinde bulunan kişinin çocukla kişisel ilişkide bulunabilmesi için bu hakkı tanıyan âkit devlet mahkemesinin verdiği kararın tenfiz edilmesi gereklidir. Kanaatimizce 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 16. madde hükmüne "İade davasına bakan adlî ve idarî makamların ziyaret hakkının esasına ilişkin düzenlemede bulunabilme hakkı saklıdır" şeklinde bir hüküm eklenmelidir. Nitekim Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Kanun Tasarısı'nın[951] 11. maddesinin 2.fıkrası mahkemelere, çocuğun iadesine ilişkin dava neticeleninceye kadar, başvuruda bulunan kişi ile çocuk arasında geçici olarak şahsi ilişkinin kurulması konusunda karar verebilme yetkisi tanımıştır.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasını öngören yabancı ilâmın, iade talebinde bulunulan devlette tenfizini kolaylaştırabilmek için 14. madde hükmünün yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır. Kanaatimizce koruma hakkına ilişkin yabancı ilâmı[952] doğrudan gözönünde

---

[949] 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nde bu hususa ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak koruma hakkının esası hakkında karar verme yetkisinin münhasıran çocuğun mutad meskeni makamlarına ait olduğu kabul edildiğinden (Md. 16), kişisel ilişki kurma hakkının esası hakkında karar verme yetkisinin de münhasıran çocuğun mutad meskeni makamlarına ait olduğunun kabulü gerekir. Bu yönde Alman Temyiz mahkemesinin 30.09.1998 tarihli kararı için Bkz. 2 UF 286/97 Oberlandesgericht Bamberg (www. incadat.com)

[950] Bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor s. 465. paragraf 126

[951] Tasarı için Bkz. www. tbmm.gov.tr Dönem ve yasama yılı 22/3 Esas Numarası 1/1101.

[952] Âkit devletin adlî ve idarî makamlarınca verilen kesinleşmiş kararlar kastedilmektedir.

bulundurabilecek adlî ve idarî makamlar, çocukla kişisel ilişki kurma hakkı öngören yabancı ilâmları da aynı usulde dikkate alabilmelidir. Bu hususa ilişkin yapılacak bir değişikliğin potansiyel tenfiz davasını bertaraf etmekle usul ekonomisine hizmet edeceğini düşünmekteyiz.

X. Sözleşmeye Taraf Olmayan Devlete Götürülen Çocukların İadesi

Çocuğun, âkit devletlerin haricindeki bir ülkeye götürülmesi durumunda 1980 tarihli La Haye sözleşmesince iadesi mümkün olmayacaktır. Bu sorunun üstesinden gelebilmek için âkit devletler, diğer devletleri 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ni imzalamaları yönünde teşvik edebilirler. Bununla birlikte, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocukların iadesine yönelik âkit olmayan devletlerle iki taraflı anlaşmalar yapılabilir.

Çocuk, âkit olmayan bir devlete hukuka aykırı olarak götürüldüğünde sınırlı ölçüde iade imkanına sahiptir. İlk olarak çocuğun bulunduğu ülkede iadesi için kamuoyu kampanyası yürütülebilir[953]. Yine diplomatik olarak iadenin talep edildiği devlette siyasî baskı yapılabilir. Ancak diplomatik ilişkilerin hiç olmadığı veya çok sınırlı olduğu bir ülkeye çocuğun götürülmesi durumunda bu yol sonuç vermeyecektir. Keza âkit olmayan devlete götürülen çocuğun aynı zamanda o devletin vatandaşlığına da sahip olması durumunda iade edilmesi daha da zorlaşacaktır.

Çocuğun iadesi için izlenebilecek ikinci bir yol ise hukuka aykırı olarak götürüldüğü ülkede iade için adlî ve idarî makamlar nezninde dava açmaktır.

Bunun yanında Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 11. maddesi uyarınca yasadışı yollarla ülke dışına çıkarılan çocukların iadesi için âkit devletler, gerekli önlemleri alma mükellefiyeti altındadır. Sözleşmeye taraf olan 192 devlet, söz konusu madde hükmü gereğince, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocukların iadesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Sözleşmenin 35. madde hükmü bu hususu daha açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Madde hükmüne göre akit devletler, her ne sebep veya biçimde olursa olsun, çocukların kaçırılmaları, satılmaları veya ticarete konu olmalarını önlemek amacıyla gerek ulusal düzeyde, gerek ikili ve çok yanlı ilişkilerde uygun olan bütün önlemleri almak mükellefiyeti alındadırlar.[954]. Şu halde ÇHS, 1980

[953] Susan Mackie, Procedural Problems in The Adjudication of International Parental Child Abduction Cases, Temple International Law and Comparative Law Journal, Vol 10, 1996, s.462.
[954] Maddenin tercümesi için Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, Cilt V, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul,2004,s.206.

tarihli La Haye sözleşmesi'nin uygulanmadığı hallerde, çocuğun iadesini temin için etkin bir rol oynamaktadır[955].

Kanaatimizce hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun iadesi için öncelikle diplomatik yola başvurulmalıdır. Bu yöntem sonuçsuz kalmış veya kalacak ise, bir an önce çocuğun bulunduğu ülkede, iade davası açılmalıdır.

XI. 1980 tarihli La Haye Sözleşmesine İlişkin Genel İstatistikler

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ne ilişkin istatistiksel bilgiler, bir yıllık süre (1999 yılı) esas alınarak ilk başta 39 sonrasında 57 âkit devletin merkezi makamlarından elde edilen bilgiler çerçevesinde oluşturulmuştur[956]. Bu istatistiki bilgilerin sözleşmenin uygulamadaki yerini göstermesi bakımından faydalı olacağını düşünüyoruz.

1999 yılı esas alınarak yapılan incelemeler ışığında bir yıl içinde çocuğun iadesine yönelik toplam 954 başvuru yapılmıştır. Çocukla kişisel ilişki kurma talebine yönelik olarak ise toplam 197 başvuru gerçekleştirilmiştir[957]. Yapılan incelemenin sözleşmeye taraf olan devletlerden sınırlı bir kısmının merkezi makamlarındaki veriler esas alınarak oluşturulduğu dikkate alınacak olunursa, bu rakamların tüm âkit devletlerdeki başvurular bakımından çok daha yüksek olacağı kesindir.

Çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştiren kişilerin cinsiyetlerine göre dağılımı incelendiğinde; toplam kaçırmaların %30'unu erkeklerin %69'unu ise kadınların gerçekleştirdiği gözlemlenmektedir. Buna mukabil %1'lik kısmın eşler tarafından birlikte gerçekleştirildiği tespit edilmiştir[958]. Aynı vatandaşlığa sahip 462 kişi, kaçırmaların %52'sini oluştururken farklı vatandaşlığa sahip 424 kişi toplam kaçırmaların %48'ini gerçekleştirmiştir[959].

---

[955] Cara L. Finan, Convention on The Rights of The Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction, Santa Clara Law Review, Vol 34,1994,s.1032.

[956] Lowe Nigel, Armstrong Sarah, Mathias Anest, A statistical Analysis of Applications Made in 1999 Under The Hague Convention of 25 October 1980 on The Civil Aspects of International Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 3 (3 Mart 2001), Revised Version Ekim 2001, s.4.

[957] Lowe Nigel, Armstrong Sarah, Mathias Anest, A statistical Analysis of Applications Made in 1999 Under The Hague Convention of 25 October 1980 on The Civil Aspects of International Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 3 (3 Mart 2001), Revised Version Ekim 2001, s.34.

[958] Lowe Nigel, Armstrong Sarah, Mathias Anest, A statistical Analysis of Applications Made in 1999 Under The Hague Convention of 25 October 1980 on The Civil Aspects of International Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 3 (3 Mart 2001), Revised Version Ekim 2001, s.8.

[959] Lowe Nigel, Armstrong Sarah, Mathias Anest, A statistical Analysis of Applications Made in 1999 Under The Hague Convention of 25 October 1980 on The Civil Aspects of International Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 3 (3 Mart 2001), Revised Version Ekim 2001, s.9.

Çocuklar açısından durum incelendiğinde 1394 çocuk için 954 başvuru yapılmıştır. Vakıaların %63'ünde tek çocuk kaçırılmıştır. Buna karşılık %37'sinde birden fazla çocuk kaçırılmıştır. Birden fazla çocuğun kaçırıldığı vakaların %30'unda iki çocuk, %5'inde üç çocuk, % 1'inde ise dört çocuk kaçırılmıştır[960].

Çocukların yaşlarına göre dağılım incelendiğinde, 0-4 yaş aralığındaki çocuklar toplam kaçırmaların %38'ini, 5-9 yaş aralığındaki çocuklar %42'sini, 10-16 yaş aralığındaki çocuklar ise %20'sini oluşturduğu gözlemlenmektedir[961]. Hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocukların %53'ü erkek iken %47'si kızdır[962].

İstatistiki çalışmada, akit devlet mahkemelerinin[963] verdiği ret kararları da inceleme konusu yapılmıştır. Buna göre; iade taleplerinin %12'si, talep eden devlette çocuğun mutad meskeninin bulunmaması sebebiyle, %8'i talep edenin koruma hakkına sahip bulunmaması gerekçesiyle, % 11'i ise 12. madde hükmüne istinaden geri çevrilmiştir. Buna ilaveten, iade taleplerinin % 3'ü koruma hakkına sahip kişinin bu hakkını fiilen kullanmıyor olması sebebiyle, %4'ü çocuğun yerinin değiştirilmesine rıza gösterilmesi sebebiyle, % 4'ü icazet verilmesi sebebiyle, % 21'i 13. maddenin (b) bendi gerekçesiyle, % 13'ü çocuğun kendisinin iadeye karşı çıkması sebebiyle, %17'si birden fazla gerekçeyle, % 6'sı da diğer sebeplerle reddedilmiştir. Yapılan çalışmada, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 20. maddesine istinaden iade talebinin geri çevrildiği hiçbir davaya rastlanmamıştır[964].

Çocuğun iadesine ilişkin yargılama süresi ve hızı incelendiğinde[965] 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 11. madde hükmünde yer alan altı haftalık süreye riayet edilmediği gözlemlenmektedir. İade talebinin yapıldığı günden itibaren işletilen süre esas alındığında, iadenin reddinin, kabulüne oranla daha uzun zaman aldığı tespit edilmiştir. Çocuğun uzlaşma

---

[960] Lowe Nigel, Armstrong Sarah, Mathias Anest, A statistical Analysis of Applications Made in 1999 Under The Hague Convention of 25 October 1980 on The Civil Aspects of International Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 3 (3 Mart 2001), Revised Version Ekim 2001, s.10-11.

[961] Lowe Nigel, Armstrong Sarah, Mathias Anest, A statistical Analysis of Applications Made in 1999 Under The Hague Convention of 25 October 1980 on The Civil Aspects of International Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 3 (3 Mart 2001), Revised Version Ekim 2001, s.11.

[962] Lowe Nigel, Armstrong Sarah, Mathias Anest, A statistical Analysis of Applications Made in 1999 Under The Hague Convention of 25 October 1980 on The Civil Aspects of International Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 3 (3 Mart 2001), Revised Version Ekim 2001, s.12.

[963] İstatistiki çalışmaya katkıda bulunan devletler, Avusturya, Belçika, Kanada, Danimarka, Fransa, Almanya, İrlanda, İsrail, İtalya, Hollanda, Norveç, Portekiz, İspanya, İngiltere, ABD, Şili, Kolombiya, İzlanda ve Romanya'dır.

[964] Lowe Nigel, Armstrong Sarah, Mathias Anest, A statistical Analysis of Applications Made in 1999 Under The Hague Convention of 25 October 1980 on The Civil Aspects of International Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 3 (3 Mart 2001), Revised Version Ekim 2001, s.17.

[965] İstatistiki veriler, 584 talepten 507'si esas alınarak hazırlanmıştır.

yoluyla teslimi için geçen süre ortalama 84 gün iken, adlî veya idarî makamın kararına istinaden gerçekleşen iadeler ortalama 107 gün almaktadır. Buna karşılık iade talebinin adlî veya idarî makam kararına istinaden reddedildiği davalar ortalama olarak 147 gün sürmüştür[966].

1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin öngördüğü diğer bir güvence de koruma hakkına sahip olmayan kişinin çocukla kişisel ilişki kurabilmesini temin etmektir. 1999 yılı esas alınarak otuz iki âkit devlet üzerinde yapılan istatistiki çalışmaya göre, bir yıl içinde kişisel görüşme hakkı ile ilgili olarak toplam 197 başvuruda bulunulmuştur[967]. Bu başvuruların %13'ü erkekler, %86'sı ise kadınlar tarafından gerçekleştirilmiştir. Eşlerin birlikte gerçekleştirdiği başvuru talebi ise %1'de kalmaktadır[968].

Kişisel ilişki kurulmak istenen çocukların % 69'unu tek çocuklar, buna mukabil %31'ini birden fazla çocuklar teşkil etmektedir. Birden fazla çocukla görüşmek amacıyla yapılan taleplerin %25'i iki çocuk için, %4'ü üç çocuk için, % 2'si de dört çocuk için ileri sürülmüştür[969].

Kişisel ilişki kurulmak istenen çocukların % 21'i 0-4 yaş aralığında, % 50'si 5-9 yaş aralığında, % 29'u ise 10-16 yaş aralığındadır. Bununla birlikte çocukların cinsiyetlere göre dağılımı yarı yarıyadır[970].

Çocukla, kişisel görüşme kurmaya yönelik istatistiksel verilere göre her yüz talepten 18'i rızaen, 25'i mahkeme kararına istinaden yerine getirilirken, % 5'i ise merkezi makamlarca, % 9'u da mahkeme kararıyla geri çevrilmektedir[971].

Çocukla kişisel ilişki kurma talebinin yerine getirilmesi zaman alabilmektedir. Mahkeme kararına istinaden çocukla kişisel ilişkinin kurulacağı hallerde bu süre uzayabilmektedir. Koruma hakkı sahibinin rızasıyla sonuçlanan kişisel ilişki kurma taleplerinin %18'i ilk altı hafta içinde

---

[966] Lowe Nigel, Armstrong Sarah, Mathias Anest, A statistical Analysis of Applications Made in 1999 Under The Hague Convention of 25 October 1980 on The Civil Aspects of International Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 3 (3 Mart 2001), Revised Version Ekim 2001, s.20.

[967] Lowe Nigel, Armstrong Sarah, Mathias Anest, A statistical Analysis of Applications Made in 1999 Under The Hague Convention of 25 October 1980 on The Civil Aspects of International Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 3 (3 Mart 2001), Revised Version Ekim 2001, s.24.

[968] Lowe Nigel, Armstrong Sarah, Mathias Anest, A statistical Analysis of Applications Made in 1999 Under The Hague Convention of 25 October 1980 on The Civil Aspects of International Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 3 (3 Mart 2001), Revised Version Ekim 2001, s.25.

[969] Lowe Nigel, Armstrong Sarah, Mathias Anest, A statistical Analysis of Applications Made in 1999 Under The Hague Convention of 25 October 1980 on The Civil Aspects of International Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 3 (3 Mart 2001), Revised Version Ekim 2001, s.28.

[970] Lowe Nigel, Armstrong Sarah, Mathias Anest, A statistical Analysis of Applications Made in 1999 Under The Hague Convention of 25 October 1980 on The Civil Aspects of International Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 3 (3 Mart 2001), Revised Version Ekim 2001, s.28.

[971] Lowe Nigel, Armstrong Sarah, Mathias Anest, A statistical Analysis of Applications Made in 1999 Under The Hague Convention of 25 October 1980 on The Civil Aspects of International Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 3 (3 Mart 2001), Revised Version Ekim 2001, s.29.

gerçekleşirken, % 21'i altı ile oniki haftalık bir süreçde, % 18'i üç ile altı aylık bir süreçde, % 42'si ise altı ayı aşan bir zamanda sonuçlanmaktadır. Buna karşılık mahkeme kararına istinaden gerçekleştirilen kişisel ilişki kurma taleplerinin % 5'i altı hafta içinde karara bağlanırken, % 14'ü altı ile oniki haftalık bir süreçte, % 11'i üç ile altı aylık bir süreçte, % 71'i ise altı aydan fazla bir sürede hükme bağlandığı gözlemlenmektedir[972].

1999 yılı esas alınarak yapılan incelemeler ışığında 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin esas olarak çocukların iadesine ilişkin talepler bakımından daha etkin olarak uygulama alanı bulduğu gözlemlenmektedir. Zira 954 adet iade talebine karşılık, 197 adet çocukla kişisel ilişki kurmaya yönelik başvuruda bulunulmuştur. 954 talepten % 83'ü çocuğun iadesi ile sonuçlanmıştır. Bu da 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin amacını etkin olarak yerine getirdiğini göstermektedir. Ancak bu başarıyı çocukla kişisel ilişki kurma taleplerine teşmil edebilmek mümkün değildir. Yapılan çalışmalar, çocukla kişisel ilişki kurma taleplerinin, çocuğun iadesine oranla daha uzun zaman aldığını göstermektedir. Bu gecikmenin sebebinin 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 1. madde hükmünden doğduğu ileri sürülmektedir[973]. Sözleşmenin amacını düzenleyen 1. madde hükmü hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen veya alıkonan çocukların derhal geri dönmesini temin ederken, çocukla kişisel görüşme hakkı bakımından herhangi bir süre öngörmemiştir.

Ayrıca çocukla kişisel ilişki kurma taleplerinin, sözleşmeden ziyade daha çok milli hukuklardaki düzenlemeler uyarınca yerine getirildiği gözlemlenmiştir. Sözgelimi ABD, İngiltere ve Almanya'da bu anlayışın hâkim olduğu söylenebilir[974].

Bununla birlikte 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 14. madde hükmü, koruma hakkına ilişkin kararların doğrudan hiçbir usulî prosedüre tabi tutulmaksızın dikkate alınmasına imkan tanırken, aynı kolaylığı kişisel görüşme hakkı bakımından düzenlememiştir.

Kanaatimizce yapılan istatistiki çalışmalar da 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin kişisel görüşme hakkına ilişkin talepler bakımından yetersiz kaldığını ortaya koymaktadır.

---

[972] Lowe Nigel, Armstrong Sarah, Mathias Anest, A statistical Analysis of Applications Made in 1999 Under The Hague Convention of 25 October 1980 on The Civil Aspects of International Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 3 (3 Mart 2001), Revised Version Ekim 2001, s.31.

[973] Lowe Nigel, Armstrong Sarah, Mathias Anest, A statistical Analysis of Applications Made in 1999 Under The Hague Convention of 25 October 1980 on The Civil Aspects of International Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 3 (3 Mart 2001), Revised Version Ekim 2001, s.35.

[974] Lowe Nigel, Armstrong Sarah, Mathias Anest, A statistical Analysis of Applications Made in 1999 Under The Hague Convention of 25 October 1980 on The Civil Aspects of International Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 3 (3 Mart 2001), Revised Version Ekim 2001, s.35.

§ II. BÖLÜM

1980 Tarihli La Haye Sözleşmesi Dışındaki Çok Taraflı Sözleşmelerde Çocukların İadesi

Hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocukların iadesine ilişkin en detaylı düzenleme yukarıda tüm hatlarıyla incelemeye çalıştığımız 1980 tarihli La Haye Sözleşmesidir. Ancak sınır ötesi kaçırılan çocukların iadesi meselesine çeşitli sözleşme hükümlerinde de yer verilmiştir. Diğer milletlerarası sözleşme hükümlerini ele almamızdaki amaç, konuya ilişkin farklı düzenlemeleri gösterebilmek ve de çocukların iadesi konusundaki yakın tarihli sözleşmelerle getirilen düzenlemeleri belirleyerek güncel gelişmeleri yakından takip edebilmektir. Çalışma konumuzun kapsamını genişletmemek adına ilgili sözleşmeler sınırlı olarak incelenmiştir. İncelediğimiz sözleşmelerden bazıları henüz yürürlüğe girmemiş veya Türkiye tarafından onaylanmamıştır. Yürürlüğe girmemiş olan sözleşmeler hakkında yapılan değerlendirmeler, her bir Sözleşmeye ilişkin Açıklayıcı Raporlara dayandırılmıştır. Öncelikle Lüksemburg sözleşmesi incelenecek, daha sonra 1996 tarihli La Haye Sözleşmesine temas edilecektir. Akabinde Küçüklerin Vatana İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi incelenecektir. Son olarak da Türkiye'nin henüz taraf olmadığı Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi üzerinde durulacaktır.

I. Hukuka Aykırı Olarak Yeri Değiştirilen veya Alıkonan Çocukların, Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Hükümlerine Göre İadesi (Lüksemburg Sözleşmesi)

Lüksemburg sözleşmesi, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi yolu ile kaçırılan veya alıkonan çocukların iadesini düzenlemektedir. Türkiye, sözleşmeye taraftır[975]. Bu sebeple çalışmamızın kapsamına alınmıştır. Lüksemburg Sözleşmesinin[976], temelleri, Avrupa

[975] RG. 02.11.1999-23684. Sözleşmeye taraf olan diğer devletler şunlardır: Almanya, Avusturya, Belçika, Birleşik Krallık, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İrlanda, İspanya, İsveç, İsviçre, İtalya,İzlanda, Kıbrıs Rum Kesimi, Letonya, Litvanya, Lichtenstein, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Malta, Moldovya, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Surbistan-Karadağ, Slovakya, Yunanistan. Bkz.Çelikel/Şanlı/ Özetkin/Erdem/Ataman/Giray, Milletlerarası Özel Hukuk Anlaşmaları, Cilt I, s.251.

[976] İngiliz ve Amerikan doktrininde sözleşme Strasbourg Sözleşmesi olarak anılmaktadır.Bkz. Barbara Ullman Schwerin, The Hague Convention on International Child Abduction: A Practical Application, Loy. L.A. International

Konseyi Adalet Bakanlarının biraraya geldiği 1972 yılındaki 7.oturumunda atılmıştır. Sözleşme hükümleri kaleme alınırken çocuklar üzerindeki velâyet ve vesâyet sorumluluğunun etkin şekilde kullanılabilmesi için işbirliğinin pekiştirilmesi gereğinden hareket edilmiştir. Hukukî İşbirliği Konusunda Avrupa Komitesi, üye devletler arasında çocukların menfaatine ve gözetimine yönelik işbirliğinin temini amacıyla çalışmalarda bulunmayı kararlaştırmıştır. Komitenin 1973 yılında gerçekleştirdiği ilk toplantısında,öncelikli olarak velâyet/vesâyet kararlarına ilişkin verilen ilâmların tanınması ve tenfizine olanak veren bir sözleşme metninin hazırlanması kabul edilmiştir. Komisyondaki İsveçli uzmanlar, veli veya vasisinden hukuka aykırı olarak uzaklaştırılan çocukların ulusal sınırlarların dışına çıkartılması nedeniyle kesintiye uğrayan velâyet/vesâyet hakkını yeniden tesis etmeye yönelik bağımsız bir sözleşme tasarısını hazırlamayı kendilerine görev bilmişlerdir. Hazırlanan iki ayrı taslak biraraya getirilerek birleşik bir metin oluşturulmuş ve sözleşmenin bugünkü hükümleri ortaya çıkmıştır[977]. Sözleşmenin gayesi adından açıkça anlaşılmakla birlikte dibace kısmında da belirtildiği gibi velâyete ilişkin kararların tanınması ve tenfizini kolaylaştırmaya yönelik önlemleri almak, çocukların haksız olarak uluslararası sınırların ötesine götürülmesi olaylarındaki artışı ve bu gibi hallerin ortaya çıkardığı sorunları işbirliği çerçevesinde çözüme bağlamak, ziyaret hakkının etkin şekilde uygulanırlığını temin etmek ve çocukların velâyetinin, yeniden tesisini sağlayacak uygun önlemleri almaktır.

Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukukî Veçheleri Hakkındaki sözleşmede olduğu gibi bu sözleşmede de velâyet/vesâyet sorumluluğuna ilişkin ilâmların tanınması ve tenfiz edilebilmesi için çocuğun üstün menfaati dikkate alınmaktadır. Sözleşmenin kapsamına giren hallerden biri de sınır aşan çocuk kaçırılmalarıdır[978].

Gerek Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Lüksemburg Sözleşmesi, gerekse 1980 tarihli La Haye sözleşmesi, uluslararası platformdaki çocuk kaçırmalarını ele almakla birlikte, farklılıklar ihtiva etmektedirler. 1980 tarihli Sözleşme'nin uygulanması, sadece hukuka aykırı yeri değiştirilen ve kaçırılan çocuklarla sınırlıyken, Lüksemburg Sözleşmesi velâyet yetkisini

---

and Comparative Law Journal, Vol 10, 1988,s.182.; Merle H. Weiner, International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, Vol 69,2000,s.633. , Cara L. Finan, Convention on The Rights of The Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction, Santa Clara Law Review, Vol 34,1994, s.1012. Buna karşın Türk doktrininde Lüksembourg sözleşmesi olarak anılmaktadır. Bkz. Gülören Tekinalp, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 9. Bası,İstanbul, 2006, s.196. ; Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, 14. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2006, s. 457.

[977] Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children Law Practise and Procedure, sy 390.

[978] Sözleşme madde 1.

ihlâl eden her tür fiilî kapsamaktadır[979]. Bu farklılıklar, sözleşmelerden yararlanmak isteyen velâyet/vesâyet sorumluluğunu yerine getiren kişiler bakımından önemli sonuçlar doğuracaktır.

Temel farklılık, öncelikle sözleşmeleri kaleme alan kurumlardan başlamaktadır. Lüksemburg Sözleşmesi Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan bir sözleşme iken, 1980 tarihli Sözleşme bir La Haye sözleşmesidir. Buna bağlı olarak, sözleşmelere taraf olan devletler de birbirlerinden farklıdır. La Haye sözleşmelerine taraf olan devletler kendi içlerinde iki gruba ayrılmaktadır. Bunların ilk grubunu La Haye konferansına üye devletler oluştururken, diğer grubu Konferans üyesi olmayıp sözleşme tarafı olan devletler[980] oluşturmaktadır. Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan sözleşmelere ise ancak Avrupa Konseyi üyesi olan devletler taraf olabilmektedir ve bu devletler de Avrupa kıtasında bulunan devletlerdir. Hali hazırda 1980 tarihli La Haye sözleşmesine yetmiş beş devlet taraf iken, Avrupa Konseyi sözleşmesi olan Lüksemburg Sözleşmesi'ne ancak 34 devlet[981] taraf bulunmaktadır. Şu halde 1980 tarihli La Haye sözleşmesi, Lüksemburg Sözleşmesi'ne oranla daha çok devlet arasında uygulama alanı bulmaktadır. Aynı zamanda 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin uygulama alanı sadece Avrupa kıtasında bulunan devletler ile sınırlı olmadığından, Lüksemburg sözleşmesine göre daha farklı kıtalarda da uygulanabilmektedir.

İki Sözleşmenin maddî hükümleri bakımından da farklılıklar söz konusudur. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için çocuğun millî hukukuna göre onaltı yaşından ufak olması gerekirken[982] Lüksemburg Sözleşmesi'ne göre çocuğun vatandaşlığı ne olursa olsun onaltı yaşının altında olması ve de mutad meskeni kanununa, vatandaşı olduğu devletin kanununa veya talepte bulunulan devletin iç hukukuna göre kendi ikamet edeceği yeri tayin edebilme hakkına sahip olmaması gerekir[983].Görüldüğü üzere Lüksemburg sözleşmesinin uygulanabilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bunlar küçüğün onaltı yaşından küçük olması ve de yukarıda belirtilen ilgili hukuklardan birine göre kendi ikametgâhını belirleme yetkisine haiz olmaması gerekir. Oysa 1980 tarihli La Haye sözleşmesinin uygulanabilmesi için çocuğun onaltı yaşından küçük olması yeterlidir. Kendi mutad meskeni hukukuna göre ikametgâhını belirleme

[979] Peter North /J. J. Fawcett, Cheshire's and North's Private International Law, 13. Edt. London, 1999, s.880.
[980] Konumuz olan sözleşme bakımından örnek verecek olursak, Konferans üyesi olmayıp taraf olan devletler Bahamalar , Belize, Burkino Faso, Kolombiya, Kosta Rika, Dominik Cumhuriyeti, Ekvador, El salvador, Fiji, Guatemala, Honduras, Maiuritus, Moldova, Nikaragua, Parguay, Saint Kitts ve Nevis, Tayland, Trinidad ve Tobago, Türkmenistan, Özbekistan, Zimbabve.
[981] 5/5/2005 tarihi itibariyle.
[982] Sözleşme madde 4.
[983] Sözleşme madde 1(a).

yetkisine sahip olsa bile, kendi millî hukukuna göre onaltı yaşından küçük ise 1980 tarihli La Haye sözleşmesi uygulanacaktır[984].

Bir Avrupa Konseyi sözleşmesi olan Lüksemburg sözleşmesinde çocuğun iade edilebilmesi için velâyet veya vesâyet sorumluluğunun bir mahkeme ilâmına dayanması gereklidir[985] oysa 1980 tarihli La Haye sözleşmesinde velâyet veya vesâyet sorumluluğunun dayanağı kanunî bir yetkiden, adlî veya idarî bir karardan veya ilgili devletin kanununa göre yürürlükte olan bir anlaşmadan doğabilir[986]. Lüksemburg sözleşmesinin uygulama alanı bulabilmesi için; iade talebinde bulunan kişinin elinde bir mahkeme ilâmının bulunması gerekir[987]. Oysa 1980 tarihli La Haye sözleşmesinin uygulanabilmesi için kanundan doğan bir koruma hakkının ihlâli yeterlidir. Elisa Perez Vera tarafından hazırlanan 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ne ilişkin raporda,velâyet/vesâyet hakkına yönelik akit devletlerden alınmış bir ilâmın bulunması halinde, ilgili kişinin Lüksemburg sözleşmesine dayanabileceği dile getirilmiştir[988]. Bununla birlikte Lüksemburg sözleşmesinde velâyet/vesâyet sorumluluğunun tesisini güvence altına almak amacıyla tanzim edilmiş olan 8.,9.,10. ve 12. maddelerdeki düzenlemelere, akit devletlerce çekince koyabilme imkanının getirilmiş olması sözleşmenin uygulanma alanını daraltmaktadır. Nitekim sözleşmenin 17. ve 18. maddelerine istinaden yukarıda sayılan maddelere çekince konulabilmesinden dolayı, sözleşmenin etkinliği bizzat sözleşmenin kendi eliyle zayıflatılmıştır. Velâyet veya vesâyet sorumluluğu ihlal edilen kişi, yapacağı seçime göre ve pek tabiki ilgili devletlerin taraf olup olmadıklarını dikkate alarak bu iki sözleşmeden birine başvurabilecektir. Kaldı ki; bu imkân, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 34. maddesinde açıkça düzenlenmiştir[989]. Bununla birlikte, iki sözleşmeye de taraf devletler arasında, uygulama alanına giren konularda, "Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkileri ve Uygulanacak Kanuna dair 5 Ekim 1961 sözleşmesi"ne göre önceliğinin olduğu kabul edilmiştir[990].

---

[984] Lowe Nigel / QC Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children Law Practise and Procedure, sy 204.
[985] Sözleşme madde 1. Mary Hayes/ Catherine William, Family Law Principles, Policy and Practice, Butterworths, London 1999,s.371.
[986] Sözleşme madde 3.
[987] Gayle Robinson Westbrook, Law and Treaty Responses to International Child Abductions,Virginia Journal of International Law, Vol 20, 1980,s.693.
[988] Rapor için bkz.14. Oturuma ait 6 Mayıs 1980 tarihli döküman. Sy 33.
[989] Sözleşme, kanuna aykırı olarak yeri değiştirilen veya alıkonan çocuğun geri dönmesi veya ziyaret hakkının organize edilmesi için menşe Devleti ve talepte bulunan Devleti bağlayan başka bir uluslararası belgenin, keza, talepte bulunulan Devletin başka bir kanununun ileri sürülmesini engellemez.
[990] Madde 34.

Lüksemburg sözleşmesine göre çocuğun iadesi ya götürüldüğü devletin merkezi makamlarından ya da hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden önce bulunduğu devletin merkezi makamlarından talep edilecektir.

Lüksemburg sözleşmesine taraf olan devletlerin pek çoğu aynı zamanda 1980 tarihli La Haye sözleşmesine de taraftır. Bu sebeple çocuğunun iadesini talep eden kişi aynı zamanda hem Lüksemburg Sözleşmesine hem de La Haye sözleşmesinin hükümlerine dayanarak talepte bulunabilir. Böyle bir durumla karşılaşıldığında; her iki sözleşmenin öngördüğü iadenin reddi sebeplerinin birbirlerinden farklı olması nedeniyle taleplerin her bir sözleşme için ayrı ayrı değerlendirilerek karara bağlanması gerekir[991].

La Haye sözleşmesine göre koruma hakkı ihlal edilen her kişi, kurum veya kuruluş iade talebinde bulunabilecek iken Lüksemburg sözleşmesinin uygulama alanı bulabilmesi için velâyet sorumluluğunu üstlenen kişinin bu hakkını âkit devletlerden verilmiş bir adli veya idarî mahkeme kararına dayandırması gerekir[992].

A. Lüksemburg Sözleşmesi ile 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesi Arasındaki Kavram Farklılıkları

Lüksemburg Sözleşmesi'ne göre çocuk onaltı yaşından küçük olan ve mutad meskeni kanununa veya vatandaşlık kanununa veya talepte bulunulan devletin iç hukukuna göre kendi ikamet edeceği yeri belirleme hakkına sahip olmayan kişiyi ifade eder. Sözleşmenin 1. maddesinin (a) bendinde bu husus düzenlenmiştir.

Velâyet sorumluluğu genel olarak çocuğun oturacağı yeri tayin edebilme, çocukla şahsi ilişki kurabilme ve çocuğun kişisel bakımına ilişkin yetkileri ifade eder. Sözleşmenin 1. maddesinin (c) bendinde her ne kadar velâyete ilişkin kararın tanımı verilmiş ise de, bu karara konu olan velâyet sorumluluğunun içeriğinin hangi yetkileri kapsadığı madde hükmünden dolaylı olarak anlaşılabilmektedir.

Velâyete ilişkin kararın icrasının mümkün olduğu bir âkit devlete bırakılan çocuğun, hukuka aykırı olarak ulusal sınırların ötesine götürülmesi, haksız götürme olarak tanımlanmıştır.

---

[991] Peter Nygh, **The International Child Abduction of Children**, Children on The Move- How to Implement Their Right to Family Life, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, Hague, s.31.

[992] Peter Nygh, **The International Child Abduction of Children**, Children on The Move- How to Implement Their Right to Family Life, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, Hague, s.31.

Bununla birlikte çocukla şahsi ilişki kurma hakkının kullanıldığı sürenin sonunda çocuğun iade edilmemesi veya çocuğun geçici olarak ikamet etmesine izin verildiği ülkeden, öngörülen süre sonunda başka bir ülkeye götürülmesi de haksız götürme olarak değerlendirilmektedir.
Keza haksız götürmenin düzenlendiği 1. maddenin (d) bendine göre çocuğun yerinin değiştirildiği tarihte henüz velâyet sorumluluğuna ilişkin bir karar verilmemiş olmakla birlikte, çocuğun götürüldüğü âkit devlette sonradan yer değişikliğinin hukuka aykırı olduğunu tespit eden bir karar verilmiş ise, çocuğun yerinin değiştirilmesi haksız götürme olarak kabul edilmiştir.

B. Lüksemburg Sözleşmesine Göre "Mutad Mesken" Kavramının Yorumu

Avrupa Konseyi sözleşmelerinin, üye devlet mahkemelerinde yeknesak şekilde uygulanmasını temin amacıyla mutad mesken kavramının tanımına, Tavsiye Kararında yer verilmiştir. Şu halde Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa sözleşmesinin[993] (Lüksemburg Sözleşmesi) 9. ve 1. maddelerinde yer alan "mutad mesken" kavramı Tavsiye Kararında yapılan açıklamalar doğrultusunda yorumlanacaktır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "ikametgâh" ve "mesken" kavramlarının standartlaştırılmasına ilişkin Tavsiye Kararında[994] ikametgâhın, hukukî bir tabir olduğu ve hukukun öngördüğü şartlar çerçevesinde tesis edildiği[995] buna karşılık mesken kavramının fiilî durumu yansıtması nedeniyle hukukî bir anlam içermediği ifade edilmiştir[996].

Tavsiye kararında "ikametgâh"[997] kişinin isteğe bağlı olarak veya şahsi, sosyal veya ekonomik menfaatleri nedeniyle orada yerleşme niyetiyle tesis ettiği yerleşim merkezi olarak tanımlanmıştır[998]. Mesken ise bir yerde belli bir süre için oturmayı ifade eder. Bu oturmanın

---

[993] RG. 2.11.1999-23864.
[994] Bakanlar Komitesinin 206. oturumunda kabul edilen 18 Ocak 1972 tarihli 72/1 sayılı tavsiye kararı.
[995] Bakanlar Komitesinin 206. oturumunda kabul edilen 18 Ocak 1972 tarihli 72/1 sayılı tavsiye kararı. Kural No.1.
[996] Bakanlar Komitesinin 206. oturumunda kabul edilen 18 Ocak 1972 tarihli 72/1 sayılı tavsiye kararı. Kural No. 7.
[997] Tavsiye kararına ilişkin Açıklayıcı Raporda, Avusturya, Almanya ve Yunanistan gibi tek bir hukuk sisteminin var olduğu ülkelerde ikametgâh kavramı ile şehir, bölge veya kasabanın anlaşıldığı buna karşılık Belçika, Fransa veya Lüksembourg gibi ülkelerde ise kişiye ait kesin ve açık bir adresin kastedildiği belirtilmiştir. İskandinav ülkelerinde ise ikametgâh uluslararası alanda kullanıldığında bir bölgeyi ifade etmekte, iç hukukta ise kişinin açık adresine karşılık gelmektedir. Bkz. **Standardisation of the Legal Concepts of "Domicile" and of "residence" Resolution (72) 1 and Annex Adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 18 Januray 1972 and Explanatory Memorandum** , Strasbourg, 1972. s. 9.
[998] Bakanlar Komitesinin 206. oturumunda kabul edilen 18 Ocak 1972 tarihli 72/1 sayılı tavsiye kararı. Kural No.1.

süreklilik arz etmesi gerekmez[999]. Bir yerin, mutad mesken olarak kabulü için o yerde kişinin ne kadar süre ile ve de süreklilikte oturduğunun göz önüne alınması faydalı olacaktır. Kişinin bir mahalde uzun süre oturmak kastıyla hareket etmesi veya böyle bir kastı olmasa dahi bir mahalde uzun süre devam eden oturma halinin varlığı kişinin orayı mutad mesken olarak kullandığı anlamına gelebilir[1000]. Ancak, mutad meskenin tesisi için makul bir sürenin geçmesi gerektiği buna karşılık kişinin niyetinin şüphe götürmez olduğu hallerde belli bir sürenin geçmesinin beklenmeyeceği, keza mutad mesken olarak kullanılan bir yerin bu niteliğinin sona erdirilmesi için de belli bir sürenin öngörülmemesi gerektiği ileri sürülmektedir[1001].

Yine kişinin yaşam ve iş merkezi ile bu yerin ne ölçüde irtibatlı olduğunun da dikkate alınması zorunludur[1002]. Mutad mesken kişinin keyfine göre tesis edilemez; bunu tesis etmeye ilişkin niyetin olması da yeterli değildir[1003]. Bir yerin, kişinin mutad meskeni olarak kabul edilebilmesi için kişinin bu yeri sahiplenmesi veya bu niyetinin, meskenin niteliğinden anlaşılıyor olması gerekir[1004]. Şu halde kişinin kendi beyanına dayanılarak bir yerin o kişinin mutad meskeni olduğu iddia edilemez. Mutad mesken olarak kullandığı beyan edilen meskenin, fizikî yapısının, niteliğinin veya kullanıma elverişliliğinin bu iddiayı destekler olması gerekir[1005].

Sürekli göç halinde bulunan çingenelerin veya sirk çalışanlarının mutad meskeninin bulunmadığı iddia edilebilirse de; bu iddianın yerinde görülebilmesi için bu kişilerin yaşadıkları bölgede ne kadar süredir bulunduklarının tespiti gerekir. Bu kişilerin mutad meskeninin bulunmadığı kabul edilirse, bir sirk çalışanının, aynı sirkte çalışan veya kendisiyle birlikte kalan çocuğunu kaçırması halinde sözleşmenin uygulanmayacağının kabulü gerekir ki bunu yerinde görmüyoruz. Bu gibi ihtimallerin önüne geçebilmek amacıyla, yeni bir mutad mesken tesis edilmedikçe, eski mutad meskenin ortadan kalkmayacağı fikri savunulabilir. Çocuğun mutad

---

[999] Bakanlar Komitesinin 206. oturumunda kabul edilen 18 Ocak 1972 tarihli 72/1 sayılı tavsiye kararı. Kural No.8.
[1000] Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, 13. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2005, s. 123.
[1001] Elizabeth B. Crawford, "Habitual Residence of The Child" As The Connecting Factor in The Child Abduction Cases: A Consideration of Recent Cases, **Juridical Review**, 1992, Scottish Law, s.189.
[1002] Bakanlar Komitesinin 206. oturumunda kabul edilen 18 Ocak 1972 tarihli 72/1 sayılı tavsiye kararı. Kural No. 9.
[1003] Bakanlar Komitesinin 206. oturumunda kabul edilen 18 Ocak 1972 tarihli 72/1 sayılı tavsiye kararı. Kural No.10.
[1004] Bakanlar Komitesinin 206. oturumunda kabul edilen 18 Ocak 1972 tarihli 72/1 sayılı tavsiye kararı. Kural No.10.
[1005] Çatısı olmayan dört tarafı kapalı bir mekanın, mutad mesken olarak kullanıldığının kabulü için o yerin coğrafi ve fizikî koşullarının dikkate alınması gerekir. Keza kişinin sosyal statüsü ve yaşam kalitesi dikkate alındığında hiçbir yatak, kanepe veya eşyanın bulunmadığı sadece dört duvar ile çevrili bir yerin, mutad mesken olduğunun kabul edilmesini beklemek pek mümkün görülmeyebilir.

meskeninin tespit edilememesi halinde önceden belirli olan en yakın tarihteki mevcut bulunan mutad meskenin onun meskeni olarak kabulü gerekir.

C. Lüksemburg Sözleşmesi Hükümlerine İstinaden Kaçırılan veya Alıkonan Çocuğun İadesi

Hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen veya alıkonan çocuğun iadesine ilişkin sayılan hususlar Lüksemburg Sözleşmesi'nin 7.- 12. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun diğer âkit devlete iade edilebilmesi için 8. maddede öngörülen şartların gerçekleşmiş olması gerekir. İade talebinde bulunan kişi ve çocuğun, kaçırma veya alıkoyma tarihinde velâyet sorumluluğuna ilişkin kararı veren âkit devletin vatandaşlığına sahip olması gerekir[1006]. Şu halde birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olan çocuğun vatandaşlıklarından biri iade talebinde bulunan ülkenin vatandaşlığı ise, çocuk hakkında Lüksemburg sözleşmesi uygulama alanı bulmaz[1007]. İade için aranan diğer bir koşul çocuğun mutad meskenine ilişkindir. Buna göre velâyete ilişkin kararın verildiği âkit devlet mahkemesinin bulunduğu ülkede çocuğun mutad meskeninin bulunması gerekir. Son olarak velâyet sorumluluğuna sahip olan kişinin, çocuğun iadesi için merkezi makama altı ay içinde başvuruda bulunması gerekir[1008]. Bu şartların varlığı halinde çocuğun derhal iadesine hükmedilecektir.

Çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirildiği tarihten itibaren, altı ay içinde merkezi makamlara müracaat edildiği hallerde velâyet sorumluluğuna ilişkin âkit devlet mahkemesinin kararı tanınıp tenfiz edilebilecektir. Velâyet sorumluluğuna ilişkin âkit devlet mahkemesince verilen kararın tenfizinin, çocuğun iadesinin talep edildiği âkit devlet makamlarınca reddedilebilmesi için; karar davalı veya temsilcisinin gıyabında verilmiş veya dava dilekçesi, davalıya savunmasını yapmasına imkan verecek bir sürede tebliğ edilmemiş olmalıdır. Şayet davalı gizlendiği için kendisine tebligat yapılamamış ise tebligat eksikliği nedeniyle tenfiz talebi reddedilemez[1009]. Velâyet sorumluluğuna ilişkin âkit devletin yargı organlarından sadır bir karar, çocuğun iadesinin talep edildiği âkit devletin aile ve çocuk hukukunun öngördüğü temel

[1006] Çocuk ve iade talebinde bulunacak olan ebeveynin sadece bu âkit devletin vatandaşlığına sahip olması gerekir. Bkz. Madde 8/a.
[1007] Barbara Ullman Schwerin, The Hague Convention on International Child Abduction: A Practical Application, Loy. L.A. International and Comparative Law Journal, Vol 10, 1988, s.183.
[1008] Gayle Robinson Westbrook, Law and Treaty Responses to International Child Abductions,Virginia Journal of International Law, Vol 20, 1980,s.691.
[1009] Bkz. Madde 9/a.

prensipler ile bağdaşmaz ise kararın tanınması ve tenfizi reddedilebilir[1010]. Keza, şartlarda sonradan meydana gelen değişiklik sebebiyle velâyet sorumluluğuna ilişkin verilen ilk kararın sonuçları, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun menfaati ile artık bağdaşmaz ise, iade talebinde bulunulan âkit devlette tanıma ve tenfiz talebi reddedilebilecektir[1011].

Velâyet sorumluluğuna ilişkin olarak çocuğun iadesini talep eden âkit devletin yargı organlarınca verilen bir karar bulunmakla birlikte, iadenin talep edildiği âkit devlette çocuğun mutad meskeni varsa veya çocuk bu âkit devlet vatandaşı ise tanıma veya tenfiz talebi reddedilebilir[1012]. Keza çocuk hem iade talep eden, hem de iadenin talep edildiği âkit devlet vatandaşı olmakla birlikte, iadenin talep edildiği âkit devlette mutad meskeni bulunmakta ise, tanıma ve tenfiz talebi reddedilebilir[1013].

Çocuğun iadesinin talep edildiği âkit devletin yetkili makamlarınca verilecek tanıma veya tenfiz kararı, aynı konuya ilişkin iade talebinde bulunulan devlette öngörülen bir başka karar ile veya üçüncü bir devlette verilen ve talepte bulunulan devlette tenfiz edilebilecek diğer bir karar ile bağdaşmıyor ise tanıma ve tenfiz talebi reddedilebilir. Ancak 10. maddenin (d) bendine dayanılarak tanıma veya tenfiz talebinin reddedilebilmesi için çocuğun menfaatinin bu red kararını haklı kılması gerekir. Bununla beraber, karar hiçbir şekilde esastan inceleme konusu yapılamayacaktır[1014].

Lüksemburg sözleşmesinde kimi hallerde tanıma ve tenfiz taleplerinin ertelenmesi de öngörülmüştür[1015]. Çocuğun iadesini talep eden âkit devlette, velâyet sorumluluğuna ilişkin olarak verilen karar hakkında kanun yoluna başvurulmuşsa veya iadenin talep edildiği devlette çocuğun velâyetine ilişkin olarak önceden açılmış dava devam etmekte ise tanıma veya tenfiz talebinin ertelenmesine karar verilebilir. Keza çocuğun velâyetine ilişkin başka bir karar, herhangi bir tanıma veya tenfiz davasının konusunu teşkil ediyor ise gene tanıma veya tenfiz talebinin ertelenmesine karar verilebilir. Bu konuda çocuğun iadesinin talep edildiği âkit devletin yargı organlarının bir takdir hakkı bulunmaktadır.

Sözleşmenin 17. madde hükmü gereği 8., 9. ve 10. madde hükümlerine çekince konabilecektir. Kanaatimizce sözleşmenin kalbini oluşturan bu hükümlere çekince koyulmasının

[1010] Bkz. Madde 10.
[1011] Bkz. Madde 10/b.
[1012] Bkz. Madde 10/c/i.
[1013] Bkz. Madde 10/c/ii.
[1014] Bkz. Madde 9/3.
[1015] Bkz. Madde 10/2.

öngörülmesi, sözleşmenin öngördüğü amacın etkin olarak gerçekleştirilmesine gölge düşürmektedir.

D. Lüksemburg Sözleşmesi Hükümlerince Velâyet Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

Velâyete ilişkin akit devlet mahkemelerinden verilen bir karara sahip kişi, bu kararın çocuğun bulunduğu ülkede tanınması ve tenfizini merkezi makamlar vasıtasıyla isteyebilir. Talepte bulunulan devletin merkezi makamı, kararın tenfizinin kabul edilmesi halinde, çocuğun müracaat sahibine teslim edilmesini sağlamakla yükümlüdür[1016].

Hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen bir çocuğun Sözleşme kapsamında iade edilebilmesi ancak velâyete ilişkin kararın, iadenin talep edildiği devlette tanınıp tenfiz edilmesi ile mümkündür. Ancak 8. madde hükmü buna bir istisna getirerek, kimi durumlarda, tanıma ve tenfiz için gerekli şartları aramaksızın haksız götürülen çocukların derhal iadesine imkân tanımaktadır. Velâyete ilişkin yabancı ilâmın, tanınıp tenfiz edilmesi gerekmeksizin çocuğun derhal iade edilebilmesi için, çocuğun yerinin haksız olarak değiştirilmesi ve de çocuk ile ana, babasının aynı vatandaşlıkta olup, çocuğun mutad meskenin de bu devlette olması gerekir. Bununla birlikte son şart olarak, velâyete ilişkin ihtilâfın karara bağlanmasından önce haksız götürme fiilinin gerçekleşmiş olması şayet dava açılmış ise davanın açıldığı tarihte bu fiilin gerçekleşmiş olması gerekir. Bu şartlar gerçekleştiğinde, haksız götürmeden itibaren altı ay içinde herhangi bir merkezi makama başvurarak çocuğun derhal iadesi istenebilir.

8. madde hükmü, velâyet sorumluluğuna sahip tarafın diğer tarafla yaptığı ve yetkili makam tarafından onaylanan kişisel ilişki kurulmasına ilişkin anlaşmaların ihlal edilmesi halinde de uygulama alanı bulmaktadır. Kişisel ilişki kurma hakkı veren ve yetkili makam tarafından onaylanmış anlaşmaya istinaden çocuk,yurtdışına götürülür ve de kararlaştırılan sürenin bitiminde tekrar iade edilmez ise, 8. madde hükmüne istinaden çocuğun iadesi sağlanır[1017]. Çocuğun hukuka aykırı olarak yurtdışına çıkartılması durumunda, altı ay içinde herhangi bir merkezi makama çocuğun iadei için müracaatta bulunulması gereklidir. Çocuğun hukuka aykırn yurtdışına çıkartıldığı durumlarda, iadesi için velâyet kararının tanınması ve tenfizi gereklidir. Tanınması ve tenfizi talep edilen velâyet kararının, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden önce verilmiş olması gerekir. Ancak kimi durumlarda, çocuk hukuka aykırı

[1016] Bkz. Madde 5/c ve 5/d.
[1017] Madde 8/3f.

olarak yurt dışına götürülmekle birlikte halihazırda velâyete ilişkin bir karar mevcut olmayabilir. İşte bu gibi hallerde, çocuğun götürülmesinden sonra ilgili kişinin talebi üzerine, bir âkit devlette verilen velâyete ve aynı zamanda götürmenin haksız olduğunu tespit eden kararlar da tanınıp tenfiz edilebilecektir. Böylelikle 12. madde hükmü, velâyete ilişkin sonradan verilmiş olan kararları da sözleşme kapsamına almış olmaktadır. Sonradan alınan velâyete ilişkin bu kararların tanınması ve tenfizi 8.,9. ve 10. maddelerde öngörülen şartlara tabidir.

Çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden itibaren altı ay içinde iadesi için merkezi makama müracaat edildiğinde, tanıma ve tenfiz kararı ancak 9. maddede belirtilen şartlar çerçevesinde reddedilecektir. 9. maddenin 1. fıkrasındaki düzenleme uyarınca, velâyet kararının davalı veya temsilcisinin yokluğunda verildiği ve de dava dilekçesinin, davalıya savunma yapmasına imkan verecek bir sürede teblig edilmediği hallerde, âkit devletin yetkili makamlarından alınan bir velâyet kararı tanınıp tenfiz edilmeyecektir. Tenfizin reddedileceği diğer bir halde[1018] velâyet kararının yetkisiz mahkeme tarafından verilmesi durumudur. Sözleşmeye göre, velâyet kararı, davalının mutad meskeni mahkemesi veya çocuğun ana babasından en az birinin orada mutaden oturması şartıyla, ana babanın son ortak mutad meskeni mahkemesi veya çocuğun mutad meskeni mahkemesi haricindeki mahkemeler tarafından verilmiş ise mahkemenin yetkisiz olduğu kabul edilmektedir. Yetkisiz mahkemeden sadır bu velâyet kararının da tenfizi reddedilmektedir.

Çocuğun velâyetine ilişkin verilmiş olan karar, iadesinin talep edildiği âkit devletteki bir başka karar ile çeliştiği vakit tenfiz talebi reddedilecektir[1019]. Ancak madde hükmünde bu duruma bir istisna getirilmiştir. Şayet, çocuk hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden evvel talep eden âkit devlette bir yıl süreyle mutaden oturmuş ise, artık talep edilen devletteki velâyete ilişkin karar ile bağdaşıp bağdaşmadığına dikkat edilmeyecektir. Bu durumda, çocuğun mutaden bir yıldan beri oturduğu âkit devletteki yetkili mahkeme tarafından verilmiş velâyete ilişkin bir karar, davalının savunma hakkı ihlal edilmedikçe tanınıp tenfiz edilecektir.

İade talebini değerlendirecek olan talepte bulunulan devletin yetkili makamları, tanınması veya tenfizi talep edilen velâyete ilişkin kararı hiçbir şekilde esastan inceleyemeyeceklerdir[1020].

İade talebini değerlendiren mahkeme, 8. ve 9. maddede belirtilen tenfiz engelerinin varlığı halinde ret kararı verecektir. Bu konuda bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Buna mukabil

[1018] Madde 9/b.
[1019] Madde 9/c.
[1020] Madde 9/3.

genel ret sebeplerini düzenleyen 10. madde hükmü hakime tenfizin reddi konusunda takdir hakkı tanımıştır.

Sözleşmede kabul edilmiş olan red sebepleri sadece 8. ve 9. madde hükümleri ile sınırlı değildir. Bunların dışında velâyete ilişkin bir kararın tanınması ve tenfizinin reddi için genel hükümler de sevk edilmiştir.

10. maddenin öngördüğü sebeplerin varlığı halinde velâyete ilişkin bir kararın tanınması veya tenfizi reddedilecektir. 10. Madde hükmüne göre bir velâyet kararının tenfizi, 9. maddede öngörülen ret sebeplerinin bulunduğu veya kararın sonuçlarının talepte bulunulan devletin aile ve çocuk hukukunun temel ilkelerine açıkça aykırı olduğu veya aradan geçen zaman da dahil olmak üzere, değişen şartlar nedeniyle kararın sonuçlarının artık çocuğun yararıyla açıkça bağdaşmadığı hallerde reddedilebilecektir.

İade işlemlerinin iade talebinde bulunan devlette yürütüldüğü tarih itibariyle[1021], çocuk; talepte bulunulan devletin vatandaşı ise veya talepte bulunulan devlette mutad meskeni var ise buna karşılık velâyet kararını veren devlet ile çocuk arasında bu türden bir bağın bulunmadığı hallerde veya talepte bulunulan devletin vatandaşlığının yanında kararı veren devletin vatandaşlığına da sahip olan çocuğun, mutad meskeni iade talebinde bulunan devlette ise velâyet kararının tanınması veya tenfizi talebi reddedilebilir[1022].Bu noktada hakimin takdir hakkı bulunmaktadır.

Velâyet kararının tenfizinin reddedilebileceği diğer bir hal de 10. maddenin 1. fıkrasının (d) bendinde düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, tanınması veya tenfizi istenmezden evvel, mevcut olan bir velâyet kararı, talepte bulunulan devlette veya talepte bulunulan devlette veya üçüncü bir devlette alınan ve icra kabiliyetine haiz başka bir kararla bağdaşmaz ise,tenfiz talebi reddedilebilecektir.

[1021] Sözleşmenin orijinal İngilizce metninde geçen "at the time when the proceedings were instituted" Türkçe'deki resmi metine "dava açıldığı an" olarak çevrilmiştir. Kanaatimizce "işlemlerin yürütüldüğü tarih" daha yerinde bir tercüme olacaktır. Benzer tespit için Bkz. Burak Huysal, **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.196.

[1022] Madde 10/1c-i ve ii.

E. Çocukla Şahsi İlişki Kurulmasının Temini

Sözleşmenin 11. maddesindeki düzenleme uyarınca, çocukla şahsi ilişki kurulması konusundaki kararlar ile velâyete ilişkin kararların şahsi ilişki kurma hakkını öngören hükümleri, velâyet kararları gibi tanınıp tenfiz edilirler.

Şahsi ilişki kurulma hakkına ilişkin bir kararın verilmediği veya velâyete ilişkin kararın tanınması veya tenfizinin reddedildiği hallerde, çocuğun iadesinin talep edildiği âkit devletin merkezi makamı, bu hakkı ileri süren kişinin talebi üzerine, kişisel ilişki kurma hakkına dair bir karar verilmesi için yetkili makamlara başvuruda bulunabilecektir[1023].

F. Sözleşmenin Değerlendirilmesi

Lüksemburg sözleşmesi, kaçırılan çocukların iadesi bakımından 1980 tarihli La Haye sözleşmesine göre farklılık içermektedir. Özellikle bu farklılık, çocuğun iadesi aşamasında kendini göstermektedir. Lüksemburg sözleşmesi hükümlerine göre hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen bir çocuk, tenfiz edilen yabancı ilâmdaki velâyet sorumluluğuna sahip kişiye iade edilecektir. Oysa 1980 tarihli La Haye sözleşmesi, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun, koruma hakkı sahibine değil, mutad meskeni devletine iadesini öngörmektedir. Bu nedenle Lüksemburg sözleşmesi çocuğun hukukî mevcut statükosunu esas alırken, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi çocuğun fiilî mevcut statükosunu dikkate almaktadır[1024].

Lüksemburg sözleşmesi kaçırılan çocukların iadesini temin için velâyet kararlarının tanıması ve tenfizini esas alırken, 1980 tarihli La Haye bu konuda daha esnek bir tutum sergilemektedir[1025].

Lüksemburg sözleşmesi çocukların hukuka aykırı olarak yerlerinin değiştirilmesi halinde iadesini öngören ve bu konuyu uluslararası platforma taşıyan ilk sözleşme olmasına rağmen kendisinden beklenen başarıyı göstermemiştir. Velâyet sorumluluğuna ilişkin kararın elde

[1023] Bkz. Madde 11/3f.
[1024] Cara L. Finan, Convention on The Rights of The Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction, Santa Clara Law Review, Vol 34,1994,s.1015.
[1025] Bkz. 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 14. madde hükmü.

edilmesinden önce meydana gelen çocuk kaçırmalarının yarattığı sorunların üstesinden gelmede etkin rol oynayamamaktadır[1026].

Lüksemburg sözleşmesi, süratli bir usul öngörmekte ve işlem masraflarını düşürmektedir. Ancak sözleşmenin Avrupa Konseyi devletleri arasında uygulanması ve de çocuğun iadesinin reddi konusunda mahkemelere geniş takdir hakkı tanıması kendisinden beklenen sonucu vermede yetersiz kalmaktadır[1027].

II. Hukuka Aykırı Olarak Yeri Değiştirilen veya Alıkonan Çocukların, Velâyet Sorumluluğu ile Çocukların Korunmasına İlişkin Alınacak Tedbirler Hakkında Makamların Yetkisine, Uygulanacak Kanuna ve Kararların Tanınması ile Tenfizine ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesi (1996 Tarihli La Haye Sözleşmesi) Hükümlerine Göre İadesi

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren[1028] 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşmenin[1029] revizyonu mahiyetindedir. Türkiye, sözleşmeyi imzalamamıştır. 1961 tarihli sözleşme birçok Avrupa devleti tarafından benimsenmiş olmasına rağmen hiçbir "common law" devleti sözleşmeye taraf olmamıştır[1030].

1996 tarihli La Haye sözleşmesi, 1961 tarihli sözleşmenin yetersiz kaldığı noktaların üstesinden gelebilmek ve de sayıca daha fazla âkit devletin sözleşmeye katılımını sağlamak amacıyla tanzim edilmiştir[1031]. 1996 tarihli La Haye sözleşmesi, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nden farklı olarak velâyet sorumluluğu ile çocukların korunmasına yönelik kararların tanıması ve tenfizini de düzenlemektedir. Sözleşme, bir taraftan velâyet sorumluluğuna uygulanacak hukuku ele alırken bir yandan da velâyet ihtilâfları bakımından yetkili mahkemeyi de düzenlemektedir ki; bu husus sözleşmenin en önemli başarılarından biridir.

[1026] Cathy S. Helzick, Returning United States Children Abducted to Foreign Countries: The Need to Implement The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction, Boston University Internataional Law Journal, Vol 5, 1987,s.139.

[1027] Barbara Ullman Schwerin, The Hague Convention on International Child Abduction: A Practical Application, Loy. L.A. International and Comparative Law Journal, Vol 10, 1988, s.184.

[1028] Ekim 2007 tarihi itibariyle Sözleşmeye on dört devlet taraftır. Bunlar: Arnavutluk, Avustralya, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Macaristan, Latviya, Letonya, Monako, Fas, Slovakya, Slovenya, Ermenistan ve Ekvadordur. Bkz. Çevrimiçi (www.hcch.net).

[1029] Sözleşme metni için bkz. RG. 21.02.1983 –17966.

[1030] Linda Silberman, The Hague Convention on The Protection of Children: Should The United States Join?, Family Law Quartely, Volume 34, Number 2, Summer 2000, s.243.

[1031] Gloria Folger DeHart, The Relationship Between The 1980 Child Abduction Convention and The 1996 Protection Convention, New York University Journal of International Law and Policies, Vol 33 2000, Sayı 1, s.83.

1996 tarihli La Haye sözleşmesi, amacını gerçekleştirmek için bir takım temel kurallar sevk etmek yerine, makamlar arasındaki yetki çatışmasını en aza indirerek işbirliğini güçlendirmeyi esas almıştır[1032]. Keza sözleşme, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin uygulanmasından ve yorumlanmasından kaynaklanan ihtilafları çözmede yardımcı rol üstlenmektedir[1033].

1996 tarihli Sözleşme, çocuğun refahını çok daha fazla ön plana çıkartmaktadır. Adli ve idarî makamlar, sözleşmeyi uygularken çocuğun ihtiyaç ve taleplerini sürekli göz önünde tutmak mecburiyetindedir. Bu yönüyle, 1980 tarihli Sözleşmeye göre çocuğun üstün menfaatini çok daha fazla dikkate aldığını söyliyebiliriz[1034].

1980 tarihli sözleşmede kişisel ilişki kurma hakkı öngörülmekle birlikte bunun hangi prosedür çerçevesinde yerine getirileceği öngörülmemiştir. 1996 tarihli sözleşme, gerek çocukla kurulan kişisel ilişkinin etkin olarak yürütülmesi, gerekse çocuğun malvarlığına ilişkin tedbirlerin alınması hususunda getirdiği düzenlemeler ile yenilikçi bir sözleşme niteliğindedir[1035].

A. 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesinin, 1980 Tarihli Sözleşmeyle Olan İlişkisi

1996 tarihli La Haye sözleşmesinin 50. madde hükmüne göre bir devlet, 1980 tarihli sözleşmeye taraf olmakla birlikte aynı zamanda 1996 tarihli sözleşmeye de taraf ise, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi öncelikli uygulanacaktır. Bu husus Özel Komisyonun ilk toplantısında açıkça dile getirilmiş ve 1980 tarihli sözleşmenin öncelikli uygulanacağı konusunda mutabakata varılmıştır[1036].[1037] Buna mukabil, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen veya alıkonan çocuğun iadesini sağlamak veya kişisel görüşme hakkını düzenlemek amacıyla, 1996 tarihli sözleşmenin öngördüğü korumadan vazgeçilemez. Şu halde ihtilâf konusu olay bakımından, 1996 tarihli sözleşme, çocuğun biran önce iade edilmesi ve kişisel ilişki kurma hakkının yürütülmesi

[1032] Lowe Nigel / Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children, Family Law,2004, s. 538.
[1033] Gloria Folger DeHart, The Relationship Between The 1980 Child Abduction Convention and The 1996 Protection Convention, New York University Journal of International Law and Policies, Vol 33 2000, Sayı 1, s.84.
[1034] Peter North /J. J. Fawcett, Cheshire's and North's Private International Law, 13. Edt. London, 1999, s.885.
[1035] Gloria Folger DeHart, The Relationship Between The 1980 Child Abduction Convention and The 1996 Protection Convention, New York University Journal of International Law and Policies, Vol 33 2000, Sayı 1, s.85-86.
[1036] Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 168 sy 601.
[1037] Keza, Sözleşmenin 7. maddesinin 2.fıkrası 1980 tarihli sözleşme ile tamamen paralellik içindedir. 1996 tarihli sözleşme,1980 tarihli sözleşmeyi destekler nitelikte kaleme alınmıştır. Bkz. Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 168 sy 601.

bakımdan 1980 tarihli sözleşmeye nazaran daha avantajlı ise, yeni tarihli sözleşme uygulama alanı bulacaktır[1038].

Sözleşmenin diğer sözleşmelerle ilişkisini düzenleyen 52. madde hükmü uzun müzakereler neticesinde kabul edilebilmiştir. Zira La Haye devletlerinin çoğunun aynı zamanda Avrupa Birliğine üye devletler olması nedeniyle kendi aralarında yapacakları hukukî düzenlemelerin 1996 tarihli sözleşmeyle kısıtlanması istenmiyordu. Keza AB üyesi kimi devletler, üye devletlerin kendi aralarında ikili anlaşmalar yaparak mevcut boşlukları kendi menfaatlerine uygun olarak düzenlemelerini istemiyorlardı. Yoğun tartışmalar neticesinde 52. madde hükmü bugünkü şekliyle kabul edilmiştir. Madde hükmüne göre sözleşmenin öngördüğü konulara ilişkin olarak akdedilen bir uluslararası sözleşme, aksi yönde bir bildirimde bulunulmadıkça 1996 tarihli sözleşmenin uygulanırlılığını etkilemeyecektir[1039]. Keza bir veya daha fazla âkit devlet, kendi ülkelerinde mutaden sakin olan çocuklarla ilgili olarak sözleşmenin öngördüğü konular kapsamında yeni bir sözleşme yapabilirler[1040]. Ancak sonradan yapılan bu anlaşmalara taraf olan devletler, bu anlaşma hükümlerine dayanarak, 1996 tarihli sözleşme hükümlerinin diğer âkit devletlerle olan ilişkilerde uygulanmayacağını ileri süremezler[1041].

Sözleşmenin 51. maddesinde açıkça âkit devletler arasındaki ilişkilerde 1996 tarihli sözleşmenin, 5 Ekim 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Hakkında La Haye Sözleşmesi ile 12 Haziran 1902 tarihli Küçüklerin Vesâyetine Dair La Haye sözleşmesinin yerini alacağını belirtmiştir.

1980 tarihli La Haye sözleşmesi hükümlerine göre çocuğun iadesinin sağlanamadığı hallerde, 1996 tarihli Sözleşmede öngörülen tanıma ve tenfiz hükümlerine istinaden çocuğun iadesi temin edilebilecektir[1042].

Sözleşmeyle ilgili kısa bilgiler verdikten sonra sözleşmede öngörülen tanıma ve tenfiz prosedürü hakkında bilgi verilecektir.

[1038] Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 168 sy 601.
[1039] Bkz. 52. maddenin 1.fıkrası.
[1040] Bkz. 52. maddenin 2.fıkrası.
[1041] Bkz. 52. maddenin 3.fıkrası.
[1042] Gloria Folger DeHart, The Relationship Between The 1980 Child Abduction Convention and The 1996 Protection Convention, New York University Journal of International Law and Policies, Vol 33 2000, Sayı 1, s.90.

B. 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesinin Amacı

Sözleşmenin 1. maddesinde öngörülen amaçlar belirtilmiştir. Buna göre, çocuğun şahsının ve mallarının korunmasına yönelik önlemlerin alınması konusunda yetkili makamların tayini, makamların bu yetkilerini kullanırken uygulayacakları hukukun belirlenmesi, velâyet sorumluluğuna uygulanacak hukukun tespiti, çocukların korunmasına ilişkin koruma önlemlerinin âkit devlerde tanınması ve tenfizinin sağlanması, âkit devlet makamları arasında bu amaçları gerçekleştirmeye yönelik işbirliğinin sağlanması Sözleşmenin hedeflediği amaçlardır.

C. 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesi Kapsamına Dahil Çocuklar

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 2. madde hükmüne göre Sözleşme, on sekiz yaşından küçüklere uygulanır. Buna göre Sözleşme anne karnındaki ceninler hakkında uygulanmaz[1043]. Kimi hallerde çocuk on sekiz yaşına girmezden evvel de Sözleşme kapsamı dışında tutulabilir. Çocuğun, kendi millî hukukuna göre daha erken bir yaşta ergin olduğu haller ile evlenme sebebiyle çocuğun ergin kabul edildiği hallerde[1044] Sözleşme uygulama alanı bulmayacaktır[1045]. Çocuk on sekiz yaşına basmış veya o yaştan daha büyük ise gene sözleşme uygulamasının dışında tutulacaktır. Çocuk kendi milli hukukuna göre on sekiz yaşından daha ileri bir yaşta ergin kabul ediliyor ise Sözleşme kapsamına girememekle birlikte kendi millî hukukunda yer alan korumadan istifade edebilecektir.

Görüldüğü üzere 1996 tarihli Sözleşme on sekiz yaşından küçük çocuklara uygulanırken 1980 tarihli La Haye sözleşmesi onaltı yaşından gün almamış çocukları kapsamaktadır.

Sözleşmenin 41. ve 42. madde hükümleri gereğince, Sözleşmenin uygulanmasına yönelik toplanan bilgi ve veriler, çocuk on sekiz yaşına bastıktan sonra da muhafaza edilmeye devam edilecektir.

1961 Tarihli sözleşme, âkit devletlerden birinde mutad meskeni olan bütün küçüklere uygulanırken, 1996 tarihli sözleşme coğrafi olarak çocukları sınırlayan bir hüküm sevk etmediğinden uygulama alanını genişletmiştir.

[1043] Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 15 sy 545.
[1044] Bu husus Sözleşmenin 4. maddesinin (d) bendinde öngörülmüştür.
[1045] Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 16 sy 545.

D. 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesine Göre Çocuğun Korunması

Sözleşmenin öngördüğü "koruma" dan maksat, çocukla ilgili adlî ve idarî makamlarca alınması gereken ve özel hukuk ile kamu hukukundan doğan ilgili koruma tedbirleridir.

Sözleşmenin 3. maddesi, 1961 tarihli sözleşmeden farklı olarak koruma önlemlerinin neleri kapsadığını tahdidi olmaksızın belirtmiştir. Söz konusu madde hükmünde belirtilen önlemler hukuk sistemlerine göre farklılık gösterdiği için, saymanın örnek kabilinden olması özellikle tercih edilmiştir[1046].[1047]

Üçüncü maddede öngörülen koruma önlemlerinin kapsamına, ebeveyn sorumluluğunun doğumu, kullanılması, sona ermesi, sınırlandırılması, devri; velâyet sorumluluğu, çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, çocuğun bakımı, özellikle çocuğun meskenini belirleyebilme hakkı, çocukla kişisel ilişkide bulunma hakkına bağlı olarak çocuğun sınırlı bir süre için mutad meskeninden alınarak başka bir yere götürebilme hakkı, vesâyet, kayyımlık, çocuğun şahsından veya mallarından sorumlu olan kişi veya mercinin tayini ve işlevleri, çocuğa yardım veya onun temsil edilmesi, çocuğun koruyucu aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesi veya "kafala"[1048] tarafından bakımı veya benzer bir kuruma bakım için yerleştirilmesi ve son olarak çocuğun mallarının idaresi, himayesi veya elden çıkarılması girmektedir.

E. 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesine Göre Koruma Önlemlerini Almaya Yetkili Makam

Sözleşmenin 5. maddesi uyarınca, çocuğa yönelik koruma tedbirlerinin alınması ve yürütülmesi konusunda yetkili mercii, çocuğun mutad meskeni makamlarıdır. Bu makamların

---

[1046] Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 18 sy 547; Bilgin Tiryakioğlu, Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme, Prof.Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul, 1999, s.387.

[1047] Lowe Nigel / Everall Mark / Nicholls Michael, International Movement of Children, Family Law,2004, s. 540 ve 541.

[1048] İslam hukukunda söz konusu olan bu müessesenin Sözleşme kapsamına alınması, çocuklara ilişkin koruma tedbirlerini genişleten bir ihtimal olarak kabul edilmektedir. Sözleşmeyi onaylayan Fas devletinin, hukukunda hayat bulan bir müessesedir. Kafala'da koruma ihtiyacı altında bulunan çocuk, vesâyet hâkimi veya idarî bir kurul kararı ile kamu kurumuna, sosyal kuruma veya çocuğun şahsî bakımını üstlenecek bir müslüman aileye barınma,bakım ve eğitim amacıyla bırakılmaktadır. Hatta gerekli görülen hallerde, bu sorumluluk kapsamına çocuğun malvarlığının idareside eklenmektedir. Kafala, bir evlât edinme değildir zira İslam hukukunda böyle bir müessese mevcut değildir. Bu sebeple kafala'da çocuk ile aile arasında hiçbir nesep bağı kurulmuş olmaz. Keza, bundan yararlanan kafil (çocuk), ailenin bir üyeside olmaz. Ancak kafala, bir koruma önlemidir ve bu nedenle 1996 tarihli sözleşmenin kapsamına dahil edilmiştir. (Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 23 sy 547; Bilgin Tiryakioğlu, Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme, Prof.Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, s.388, dn.13.)

yetkili kabul edilmesinin sebebi, çocuğun içinde bulunduğu durumun, ailesiyle olan ilişkisinin en iyi şekilde bu makamlarca tahlil edileceğine duyulan güvendir[1049]. Benzer bir düzenlemeye 5 Ekim 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşmenin 1. maddesinde rastlamak mümkündür. Ancak 1961 tarihli sözleşme adlî ve idarî makamların yetkisini tesis ederken çocuğun milli hukuku ile birlikte mutad mesken hukukunu da kimi zaman[1050] dikkate almaktadır. Bu durum uygulamada yetki ihtilafına sebep olmuştur. 1996 tarihli sözleşme bu karışıklığı bertaraf etmek için sadece mutad mesken makamlarını yetkili kılmıştır.

Madde hükmü açıkça çocuğun mutad meskeninin bulunduğu âkit devletin adlî ve idarî makamlarına, çocuğun şahsının veya mallarının korunmasına yönelik önlemlerin alınmasında yetki tanımıştır. Keza, 7.maddede sayılan durumlara bağlı olarak çocuğun mutad meskeninin değiştiği hallerde, yeni mutad meskenin bulunduğu devletin makamlarının koruma tedbirleri alma konusunda yetki kazanacağı kabul edilmiştir.

Sözleşme mülteci statüsündeki çocukları da dikkate alarak onlara ilişkin koruma tedbirlerinin alınması konusunda yetkili makamları tayin etmiştir. Mülteci çocuklar ile kendi ülkelerinde yaşanan olumsuzluklar nedeniyle yerleri değiştirilen çocuklar hakkında alınacak tedbirler hakkında, çocuğun bulunduğu devlet makamları yetkili kabul edilmiştir. Bu ilke, mutad meskeni bulunmayan çocuklar bakımından da kabul edilmiştir[1051].

Sözleşmenin 7.maddesi konumuz bakımından önem arz etmektedir. 7.madde hükmü uyarınca hukuka aykırı olarak çocuğun yeri değiştirildiği hallerde, çocuğun önceki mutad meskeni makamları, tedbirlerin alınması konusunda yetkili kalmaya devam eder. Ancak hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuk, belli şartların gerçekleşmesine bağlı olarak yeni bir mutad meskene sahip olduğunda önceki makamların yetkisi ortadan kalkmaktadır. Madde hükmüne göre[1052] velâyet sorumluluğuna sahip olan kişi, kurum veya makamlar çocuğun yerinin hukuka aykırı değiştirilmesine rıza gösterir veya çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden

[1049] Linda Silberman, The Hague Convention on The Protection of Children: Should The United States Join?, Family Law Quartely, Volume 34, Number 2, Summer 2000, s.248.
[1050] 1961 tarihli sözleşmenin 4. madde hükmüne göre"küçüğün vatandaşı olduğu devletin makamları küçüğün yararlarının gerektirdiğine kanaat getirir ise, mutad meskenin bulunduğu devletin makamlarına haber verdikten sonra, kendi iç hukuku uyarınca küçüğün şahsını veya mallarını korumaya yönelik tedbirleri alabilirler."
[1051] Bilgin Tiryakioğlu, Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme, Prof.Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, s.391.
[1052] Madde 7 fıkra 1(a) ve (b) bentleri.

itibaren en az bir yıl geçmesine rağmen[1053] çocuğun nerede olduğunu bilen veya bilebilecek durumda olan velâyet sorumluluğuna sahip kişi, kurum veya makamlarca çocuğun iadesine yönelik hiçbir girişimde bulunulmaz ise ve de bu süre zarfında çocuk yeni ortamına yerleşmiş ise, çocuğun yeni meskenindeki makamlar tedbirlerin alınması konusunda yetkili hale gelmektedir[1054]. 7. maddenin 1.fıkrasının (b) bendindeki düzenlemenin uygulanabilmesi için hükümde öngörülen üç şartın birlikte ele alınması gerekir[1055]. 1996 tarihli sözleşme şu halde makamların yetkisi bakımından münhasır bir yetki öngörmemektedir. 7. maddenin 1.fıkrasında öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde çocuğun kaçırıldığı veya alıkonduğu yer mahkemesi yetkili hale gelebilmektedir. Oysa 1980 tarihli sözleşme hükümlerinde böyle bir kesinlik yoktur. Sözgelimi 13. madde hükmü gereğince iade talebi reddedildiğinde 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 16. maddesine dayanılarak velâyet sorumluluğuna yönelik bir karar verilebilecek olsa da bu konuda bir kesinlik söz konusu değildir[1056]. Bu bakımdan 1996 tarihli sözleşmenin 7. madde hükmünün öngördüğü kesin yetki, 1980 tarihli Sözleşmenin 16. maddesine göre bir güvence teşkil etmektedir.

Sözleşmenin 7/1(b) hükmü 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 16. madde hükmünde öngörülen düzenlemeyi anımsatmaktadır. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 16. maddesi velâyet sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin ne zaman yapılabileceğini öngörmektedir. Buna mukabil 1996 tarihli sözleşmenin 7. maddesinin 1. fıkrası çocuğa ilişkin koruma tedbirlerinin hangi hallerde yeni mutad mesken makamlarınca alınacağını düzenlemektedir. Bir yanda velâyet sorumluluğu, diğer tarafta koruma tedbirleri ele alınmasına rağmen, düzenleniş biçimindeki felsefe her iki sözleşmede örtüşmektedir.

Sözleşmenin 7. maddesinin 2. fıkrası 1980 tarihli 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 3. maddesine karşılık gelmektedir[1057]. Çocuğun, yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden veya geri dönmemesinden hemen önce mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku tarafından, bir şahsa,kuruma veya makama, tek başına veya müştereken verilmiş bir velâyet sorumluluğu bulunuyor ise veya bu sorumluluk yer değiştirme veya geri dönmeme anında tek başına veya

[1053] Doktrinde, çocuğun aile içi şiddet görmesi halinde, yeni mutad mesken makamlarının yetkili olabilmesi için 7. maddede öngörülen bir yıllık sürenin beklenmesine gerek olmayacağı ileri sürülmüştür.Bkz. Merle H. Weiner, International Child Abduction and The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, 2000, s.69.
[1054] 1980 tarihli 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 16. madde hükmü 1996 tarihli sözleşmenin 7. maddesine benzer bir düzenleme getirmiştir.
[1055] Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 49 sy 559.
[1056] Linda Silberman, The Hague Convention on The Protection of Children: Should The United States Join?, Family Law Quartely, Volume 34, Number 2, Summer 2000, s.251.
[1057] Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 50 sy 559.

müştereken fiili biçimde kullanılmakta veya bu olaylar meydana gelmeseydi kullanılacak idi ise, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştiğinin kabulü gerekir. Velâyet sorumluluğu, özellikle, kanunî bir yetkiden, adlî veya idarî bir karardan veya bu devletin kanununa göre yürürlükte olan bir anlaşmadan doğabilir.

Bu yetkinin ihlal edilmesi halinde, çocuğu korumaya yönelik alınması gereken tedbirler konusunda çocuğun mutad meskeni makamları yetkili kılınmıştır. Hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun önceki mutad meskeni makamlarının yetkisi, diğer devlette yeni bir mutad mesken edilene kadar devam eder. Bu makamlar yetkilerini muhafaza ettiği sürece, çocuğun götürüldüğü veya alıkonduğu devletin makamları sadece 11. madde hükümleri uyarınca şahsını ve mallarını korumak için gerekli olan acil tedbirleri alabilirler[1058]. Keza mutad meskeni âkit devlet dışı ülkede bulunan çocuğa ilişkin olarak âkit devletlerce alınan koruma tedbirleri, mutad meskeni devleti tarafından durumun gerektirdiği tedbirlerin alınmasına kadar geçerliliklerini korumaya devam eder [1059].

Sözleşme, çocuğa yönelik tedbirleri almaya yetkili makamların kendi aralarında yetki kargaşası yaşamaması için özel bir takım düzenlemelerde bulunmuştur. Sözleşmenin 8. ve 9. maddesi uyarınca çocuğun yüksek menfaati, çocuğun korunması bakımından başka bir devlet makamının yetkili kılınmasını haklı buluyor ise o devlet makamları yetki kazanacaktır. Her iki madde de paralel düzenlemeler içermektedir. Sözleşmenin 8. maddesine göre çocuğun mutad meskeni makamları, kendilerine tanınan yetkinin çocuğun lehine olacağı düşüncesiyle başka bir devlet makamlarınca kullanılmasının daha yerinde olduğu kanaatine varırsa o devlet makamlarına yetkilerini devredebilirler. Çocuğun mutad meskeni makamları bu gibi hallerde mevcut yetkilerinden, bir başka makam lehine feragat etmektedir. Sözleşmenin 8. maddesinin 2.fıkrasına göre, davaya bakan mahkeme, çocuğun vatandaşı bulunduğu, malvarlığının bulunduğu, ihtilâfla sıkı bağlantı içerisinde olan veya evlenmenin butlanı[1060], boşanma veya ayrılığa bakan mahkeme lehine yetkisinden feragat edebilecektir. Madde hükmüne göre, yetkiden feragat bir zorunluluk değildir. Davaya bakan mahkeme kendi takdirine bağlı olarak karar verecektir. Komisyondaki tartışmalarda, mahkemelerin sadece diğer bir üye devlet mahkemeleri veya makamları lehine yetkilerinden feragat edebilecekleri kabul edilmiştir. Şu halde çocuğun

[1058] Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 45 sy 557.; Bilgin Tiryakioğlu, Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme, Prof.Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, s.392.
[1059] Bkz. Sözleşmenin 11. maddesinin 3.fıkrası.
[1060] Benzer bir düzenlemeye 1961 tarihli sözleşmenin 15. maddesinde rastlamak mümkündür.

üstün menfaati gereği veya olayla daha sıkı ilişki içerisinde olması sebebiyle âkit olmayan bir devlet mahkeme veya makamları lehine, âkit devletin adli veya idarî makamları yetkilerinden feragat edemeyeceklerdir[1061].

9 .madde ise, çocuğun mutad meskeni dışındaki bir makama, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin yetkili makamının sahip olduğu yetkiyi kendi lehine terk etmesi için talepte bulunabilmesine imkan tanımaktadır. Böylece diğer devletin makamları zorunlu gördükleri koruma önlemlerini kendileri alabileceklerdir[1062]. Sözleşme yetki devri açısından her iki ihtimali de dikkate almıştır. Davaya bakan mahkeme, 8. maddenin 2.fıkrasında sayılan bir başka mahkeme lehine yetkisinden feragat edebileceği gibi, 8. maddenin 2.fıkrasına göre yetki kazanabilecek diğer bir mahkeme de, davanın açıldığı mahkemeden kendi lehine olmak üzere mevcut yetkisinden feragat etmesini talep edebilecektir.

Bu düzenlemeler ile velâyete ilişkin yetki ihtilâflarının önüne geçilmiş olmaktadır. Türkiye gelecekte sözleşmeye taraf olur ise, velâyet ihtilafları bakımından mahkemelerin yetkisini düzenleyen iç hukuk hükümlerinden[1063], çocuğun vatandaşı olduğu veya mallarının bulunduğu ülke mahkemeleri lehine yetkisinden feragat edebilecektir. Türk doktrinine yabancı olan "forum non conveniens" prensibi[1064] Türkiye'nin sözleşmeyi kabul etmesi halinde Türk hukuku bakımından geçerlilik kazanacaktır.

1. Âkit Devlet Makamlarının Olağanüstü Hallerde Yetkisi

Sözleşme, alınacak tedbirler bakımından kural olarak çocuğun mutad meskeni makamlarını yetkili kabul etmiştir. Ancak mutad meskeninden uzakta olan bir çocuğun derhal bir tıbbi müdahale görmesi gerekiyorsa veya acil olarak kendisi veya malvarlığı hakkında karar

[1061] Bkz. Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 53. sy 559.
[1062] Bilgin Tiryakioğlu, Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme, Prof.Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, s.393.; Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 53-60 sy 559-563.
[1063] Bkz. HUMK 9, TMK 168, 411, MÖHUK 28.
[1064] Milletlerarası yetkiye sahip bir mahkemenin, olayla daha sıkı ilişki içerisinde bulunan ve buna bağlı olarak ihtilaf hakkında daha iyi karar verebilecek olan bir başka mahkeme lehine yetkisinden feragat etmesidir.Detaylı bilgi için Bkz. Nomer /Şanlı , Devletler Hususî Hukuku, 14. Bası, s.425. ; Nuray Ekşi,Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, 2000, s.198.

almak gerekiyorsa çocuğun bulunduğu ülke makamları ilgili olduğu ölçüde gerekli tedbirleri 11.madde hükmüne istinaden alabilecektir[1065].

Sözleşmenin 11. maddesinde hangi hallerin acil durumdan sayılacağı belirtilmemiştir. Her somut olayın özelliklerine bakılarak bu haller belirlenecektir. Bu yetkinin istisnai bir yetki olması sebebiyle "acil durum"un dar yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir[1066].

11. maddenin 2.fıkrası hükümleri uyarınca çocuğun bulunduğu yerdeki yetkili makamlarca alınan tedbirler, sözleşmenin 5. ile 10. madde arasındaki hükümlere göre yetkili olan makamlarca gerekli önlemler alınır alınmaz sona erecektir.

2. Derdestlik

Sözleşmenin 13. madde hükmü, davaların derdest olduğu hallerde alınan tedbirlerin akıbetinin ne olacağı hakkında bir düzenleme getirmiştir[1067]. Madde hükmüne göre, sözleşmenin 5. ile 10. madde hükümlerine istinaden yetkili bir mahkemede dava açılmış ve mahkemece birtakım tedbirler alınmış ise, sonradan bir başka âkit devlette 5. ile 10. madde hükümlerine istinaden yeni bir dava açılır ve tedbirler alınır ise, ilk tedbirlerin alındığı yer mahkemesince verilen koruma tedbirleri geçerliliğini muhafaza etmeye devam edecektir. Şu halde 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'ne binaen, çocuğun iadesi talep edilir ve dava devam ederken mahkemece bir koruma tedbiri verilmekle birlikte; 1996 tarihli sözleşmeye binaen yetkili bir başka mahkemede dava açılır ve koruma tedbiri alınır ise, önceden verilmiş olan koruma tedbiri geçerliliğini korumaya devam edecektir. Sözleşmenin 50. madde hükmüne göre, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi 1996 tarihli sözleşmeye göre öncelikli uygulanacaktır. Ancak hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen veya alıkonan bir çocuğun dönüşünü sağlamak veya kişisel ilişki kurma hakkını düzenlemek amacıyla,1996 tarihli sözleşmenin öngördüğü himaye saklı tutulmuştur.

[1065] Bilgin Tiryakioğlu, Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme, Prof.Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, s.397.
[1066] Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 68 sy 567.
[1067] Linda Silberman, The Hague Convention on The Protection of Children: Should The United States Join?, Family Law Quartely, Volume 34, Number 2, Summer 2000, s.250.

F. 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesine Göre Mutad Mesken Kavramı

Sözleşmede mutad mesken kavramının tanımı yapılmamıştır. Ancak tatil, eğitim, staj[1068] veya kişisel ilişki kurmak amacıyla gerçekleştirilecek ziyaretlere bağlı olarak çocuğun, mutad meskeninin bulunduğu yerden belli bir süre için başka bir yere götürülmesi, mevcut mutad meskenin değiştirildiği anlamına gelmez[1069].

Sözleşmenin hazırlık aşamasında, şu teklif getirilmiştir: "Kişinin bir yerde altı aydır oturuyor olması, o yeri kişinin mutad meskeni yapar". Bu teklif, Alman ve Avusturya mahkemelerinin içtihatlarından esinlenerek geliştirilmiştir. Keza Amerikan hukukunda da benzer anlayışa "Uniform Child Custody Act" ile "1980 tarihli Parental Kidnaping Protection Act" te rastlamak mümkündür[1070]. Ancak Komisyonda bu teklif reddedilmiştir. Mutad meskene yönelik tanım yapılmaktan özellikle kaçınılmıştır. Böyle bir tanımın yapılması halinde diğer La Haye sözleşmelerinin bundan olumsuz etkilenebileceğine dikkat çekilmiştir[1071].

G. Koruma Tedbirlerine Uygulanacak Hukuk

Sözleşmenin 15. maddesine göre, koruma tedbirlerine, tedbirleri alacak devletin hukuku uygulanacaktır. Yetkili makam kendi hukukunu en iyi bildiğinden, alınacak tedbirlerin yerine getirilmesi de böylece kolay olacaktır[1072].

Genel kural, yetkiyi kullanan makamın, kendi iç hukukunda öngörülen koruma önlemlerine başvurmasıdır. Sözleşme, çocuğun mutad meskeni devleti makamları lehine yetkiyi tesis ederken, uygulanacak hukuk bakımından esnek davranmıştır. Bu esneklik 15. maddenin emredici düzenleme getirdiği ilk fıkra hariç olmak üzere ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerinde görülebilir. Sözleşmenin 2. fıkrasında, koruma önlemlerine uygulanacak hukukun tayininde esneklik sağlayan ve aynı zamanda istisnai nitelik taşıyan bir kurala yer verilmiştir. Yetkili makam, çocuğun şahsının ve mallarının korunmasının gerektirdiği durumlarda, istisnaen olayla daha sıkı ilişki içerisinde olan bir başka devletin hukukunu uygulayabilir veya bu hukuku dikkate

[1068] Bilgin Tiryakioğlu, Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme, Prof.Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, s.391.
[1069] Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 40 sy 553.
[1070] Linda Silberman, The Hague Convention on The Protection of Children: Should The United States Join?, Family Law Quartely, Volume 34, Number 2, Summer 2000, s.247. dn 29.
[1071] Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 40 sy 553.
[1072] Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 86 sy 573.

alabilir. 15. maddenin son fıkrasına göre, çocuğun mutad meskeninde değişiklik meydana geldiğinde önceki mutad mesken makamlarınca alınan koruma tedbirlerine, değişikliğin gerçekleştiği tarihten itibaren son mutad mesken hukuku uygulanacaktır[1073].

H. Velâyet Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk

1. Kanundan Doğan Velâyet Sorumluluğu

Sözleşmenin 16. maddesinin 1.fıkrasına göre adli veya idarî makamın müdahalesi olmaksızın, velâyet sorumluluğunun kanunen doğması veya sona ermesi çocuğun mutad meskeni hukukuna tabidir. Madde hükmünde velâyet sorumluluğunun kanundan doğduğu veya sona erdiği hallerde adlî veya idarî makamın bir işlemine gerek duyulmadığı belirtilmektedir. Adlî veya idarî makamın işlemine gerek olmadığı özellikle belirtilmiştir. Bunun sebebi, kimi İskandinav ülkelerinde öngörülen hukukî düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Bazı İskandinav ülkelerinin hukuklarında evli olmayan çiftler, biyolojik çocukları üzerinde kanunen müşterek velâyet sorumluluğuna sahip olabilmektedir. Bunun için ilgili makam nezdinde bu hususun tescil edilmesi veya bildirimde bulunulması yeterlidir[1074].

Bildirim neticesinde yetkili mercii velâyet sorumluluğuna ilişkin bir karar vermemektedir. Velâyet sorumluluğu kanun gereği evlenme veya ölüme bağlı olarak doğabilir. Bunun yanında çocuğun tanınmasından da kaynaklanabilir. Madde hükmünü kaleme alanlar, bu sorumluluğun hangi tarihten itibaren başlayacağı meselesini, bilinçli olarak düzenlememişlerdir. Bu hususları, velâyet sorumluluğunu doğuran olayın gerçekleşmesinden önceki çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna bırakmışlardır[1075].

Mutad mesken hukuku, 21. madde hükmü uyarınca kanunlar ihtilafı kurallarını da kapsamaktadır[1076].

[1073] Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 88 sy 575.; Bilgin Tiryakioğlu, Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme, Prof.Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, s.402.
[1074] Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 98 sy 577.
[1075] Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 100 sy 579.
[1076] Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 99 sy 579.

2. Anlaşma ve Tek Taraflı Hukukî İşlemlerden Doğan Velâyet Sorumluluğu

Sözleşmenin 16. maddesinin 2.fıkrasına göre adli veya idarî bir makamın müdahalesi olmaksızın, bir anlaşmaya veya tek taraflı hukukî işleme bağlı olarak velâyet sorumluluğunun verilmesi veya kaldırılması, anlaşmanın veya hukukî işlemin gerçekleştiği andaki çocuğun mutad meskeni hukukuna tabidir. Benzer yaklaşım 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 3. maddesinde de düzenlenmiştir.

Madde hükmü uyarınca velâyet sorumluluğuna yönelik taraflar arasındaki anlaşmanın geçerliliği için bu anlaşmanın yapıldığı tarihte, çocuğun mutad mesken hukukuna göre geçerli olması yeterlidir. Dikkat edilecek olursa, madde hükmünde açıkça "anlaşmanın çocuğun mutad mesken hukukuna göre hukuken geçerli olması" ifadesi yer almamaktadır. Anlaşma çocuğun mutad mesken hukukuna göre geçerli olmamakla birlikte, çocuğun mutad meskeni hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarınca yetkili olan hukuka göre geçerli olabilir. Bu ihtimal göz önüne alındığından madde hükmünde "hukuken geçerli olma" kaydına yer verilmemiştir[1077].

Velâyet sorumluluğuna yönelik ebeveynler arasındaki anlaşmalar için hangi zaman dilimindeki mutad mesken hukukunun dikkate alınacağı sözleşmelere göre farklılık arz etmektedir. 1996 tarihli sözleşme bu gibi anlaşmaların yapıldıkları tarih itibariyle çocuğun mutad mesken hukukuna göre geçerli olması şartını ararken, 1980 tarihli La Haye sözleşmesi çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmezden evvelki çocuğun mutad meskeni hukukunu esas almaktadır.

3. Velâyet Sorumluluğunun Kullanılmasına Uygulanacak Hukuk

Sözleşmenin 17. madde hükmü uyarınca velâyet sorumluluğunun kullanılması, çocuğun mutad meskeni devletinin hukukuna tabidir. Çocuğun mutad meskeninin değiştiği hallerde, yeni mutad meskeni devletinin hukuku uygulama alanı bulacaktır.

Sözleşmenin 22. maddesi, velâyet sorumluluğuna uygulanacak hukuk olarak çocuğun mutad meskeni hukukunu öngörmekle birlikte, taraf devletler için kamu düzeni istisnasını saklı tutmuştur. Kamu düzeni müdahalesinin dikkate alınabilmesi için uygulanacak hukukun sonuçlarının aynı zamanda çocuğun üstün menfaatini ihlal ediyor olması gerekmektedir.

[1077] Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 103 ve dn 53 sy 579.

Kanaatimizce kamu düzeni kriterinin sadece çocuğun mallarına ilişkin olarak alınacak tedbirlerin düzenlendiği 12. madde hükmü ile sınırlı tutulması gerekirdi. Buna mukabil, çocuğa ilişkin velâyet sorumluluğuna uygulanacak hukukun, çağdaş gelişmelere paralel olarak, kamu düzeni kriteri ile değil, temel insan hak ve hürriyetleri esas alınarak sınırlanması yerinde olurdu. 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 20. maddesinde öngörülen istisna yerine tekrardan kamu düzeni kriterinin tercih edilmesinin çocuğun üstün menfaatine ne oranda hizmet edeceğine şüpheyle yaklaşmak gerekir. Çocuğun üstün menfaatini bireyi koruyan temel insan hak ve hürriyetleriyle ele almak yerine daha çok devletin temel prensip ve menfaatlerini koruyan kamu düzeni kriteri ile birlikte değerlendirmenin çok yerinde olmadığını düşünmekteyiz. Çocuğun malları bakımından, kamu düzeni kriterine bağlanma mazur görülebilirse de, velâyet sorumluluğu bakımından aynı şeyi söylemek kolay gözükmemektedir.

Paul Lagarde tarafından kaleme alınan Raporda kamu düzeni kriterinin, gerek 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşmenin 16. madde hükmüyle gerekse Medenî ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin Brüksel Anlaşması ile uyumlu olduğu belirtilmiştir[1078]. Sözleşmeye taraf olan devletlerin sayısını arttırmak amacıyla bu tarz bir düzenlemenin yapıldığını düşünmekteyiz.

I. Çocuğun Korunmasına Yönelik Tedbirlerin Âkit Devletlerde Tanınması ve Tenfizi

1961 tarihli sözleşme, tanıma ve tenfiz bakımından öngördüğü düzenlemeleriyle yetersiz kalmaktaydı. 1961 tarihli sözleşmenin 7. maddesine göre yetkili makamlar tarafından verilen kararların diğer âkit devletlerde tenfiz edilebilmesi, bunların tenfizin talep edildiği devletin iç hukukuna ya da uluslararası sözleşme hükümlerine göre mümkün olmaktaydı. 1996 tarihli sözleşme ise âkit devletlerde alınan tedbirlerin kanunen tanınması ilkesini getirmiştir. Kararlar[1079], tedbirler sanki tenfizin talep edildiği devlet tarafından bizzat verilmişçesine tenfiz edilecektir. Tenfiz, çocuğun yüksek yararı dikkate alınarak tenfiz talep edilen ülkenin hukukunun

[1078] Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 118 sy 585.
[1079] Bkz. Sözleşmenin 28. madde hükmü.

aradığı şartlara göre yerine getirilecektir[1080]. Tedbir kararlarının gerek tanınmasında ve tenfizinde revizyon yasağı[1081] kabul edilmiştir.

1. Sözleşmeye Göre Tedbir Kararlarının Tanınması

Sözleşmenin 23. maddesi sadece bir âkit devlette alınan koruma önlemlerinin diğer âkit devletlerde tanınması ilkesini getirmiştir. Tedbir kararının, tanınması için belirli şartların mevcudiyeti aranmaz[1082]. Sadece tedbir kararlarının tanınabilmesi için, kararın mevcudiyetinin açıkça kanıtlanması gerekir. Bir tedbir kararı, kararı veren makamca tanzim edilen belgeyle ispat edilebileceği gibi, karar içeriğinden de anlaşılabilir. Bununla birlikte, tedbirin telefonla alındığı veya dosya üzerine el yazısı ile not düşüldüğü acil durumlar ortaya çıkabilir. Sözleşme, muhtemel bürokratik engelleri aşabilmek amacıyla, tanıma için menşe makamlarınca tanzim edilen imzalı ve tarih konan bir yazılı belgenin ibrazını şart koşmamıştır. Şu halde bir faks metni, tedbir kararının tanınması bakımından kanıt olarak yeterli sayılabilir[1083].

i.Tanıma Talebinin Reddi Sebepleri

Tanıma talebinin reddi sebepleri için aranan şartlar Sözleşmenin 23. maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır[1084]. Âkit devlet makamlarınca alınan bir tedbirin tanınması, altı durumdan birinin varlığı halinde reddedilebilir. Tanınması talep edilen tedbir (a) Sözleşmenin II. kısmında öngörülen makamlar dışındaki yetkisiz makamlar tarafından alınmış ise (b) acil durumlar istisna olmak kaydıyla, tedbirin alındığı adlî veya idarî yargılamadaki usule hâkim olan temel ilkeler[1085] ihlal edilerek, çocuk dinlenmeksizin alınmış ise (c) acil durumlar hariç tutulmak kaydıyla, savunma imkanı tanınmaksızın alınmış ve de bu husus kişinin çocuk üzerinde sahip olduğu

[1080] Bilgin Tiryakioğlu, Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme, Prof.Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, s.409.
[1081] Bkz. Sözleşmenin 27. madde hükmü.
[1082] Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 119 sy 585.
[1083] Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 120 sy 585; Bilgin Tiryakioğlu, Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme, Prof.Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, s.409.
[1084] Explanatory Report by Paul Lagarde, paragraf 121 sy 585.
[1085] Usul hukukuna hâkim olan tüm prensipler değil sadece tanımanın talep edildiği devletin usul hukukuna hâkim olan prensipler dikkate alınacaktır.

ebeveyn sorumluluğunu ihlal ediyor ise (ilgilinin talebi gerekir), (d) çocuğun üstün yararı dikkate alındığında, tanıma, talep edilen devletin kamu düzenine açıkça aykırı ise, (e) çocuğun mutad meskeninin bulunduğu âkit dışı devlet tarafından alınan sonraki bir tedbir ile çelişiyor ise, (f) Sözleşmenin 33. maddesinde öngörülen usule aykırı olarak alınmış ise, reddedilebilecektir. Bu noktada âkit devletin bir takdir hakkı söz konusudur. Yani, tanıma için öngörülen şartlar gerçekleşmemiş olsa bile, âkit devlet tedbiri tanıyabilir.

ii.Tenfiz Talebinin Reddi Sebepleri

Âkit devlet makamlarınca verilen ve bir eda hükmü içeren icraî nitelikteki tedbir kararlarının tenfizi sözleşmenin 26. ve 28. madde hükümlerinde düzenlenmiştir. 26. madde hükmüne göre, bir âkit devlette alınan icraî nitelikteki tedbirler, diğer bir âkit devlette tenfizi gerekli kılacak hukukî işlemler içermekte ise, talepte bulunulan devletin öngördüğü usul çerçevesinde alınan tedbirlerin tenfizine veya tenfize yönelik tesciline karar verilir. Bununla birlikte her âkit devlet, tenfiz veya tescil talebini basit ve seri muhakeme usulü ile sonuçlandırır. Keza tenfiz talebi, ancak 23. maddenin 2.fıkrasında öngörülen nedenlere dayanılarak reddedilebilir[1086].

Sözleşmenin 28. maddesi bir âkit devlette alınan ve başka bir âkit devlette tenfiz edilen veya tenfiz amacıyla tescil edilen önlemlerin, sonraki âkit devlette sanki o devletin makamlarınca alınmış tedbir kararları gibi icra edilmesini benimsemiştir[1087].

J. Sözleşme Kapsamında Kişisel İlişki Kurma Hakkının Yerine Getirilmesi

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, 1980 tarihli sözleşme hükümlerine göre yerine getirilmediği hallerde 1996 tarihli sözleşme uygulama alanı bulacaktır. 1996 tarihli sözleşmenin uygulama alanına girmek koşuluyla kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin kararlar tanınıp tenfiz

[1086] Madde tercümesi için bkz. Ulucak Nihal, MHB, Yıl 16, Sayı 1-2,1996, sy. 349.
[1087] Bilgin Tiryakioğlu, Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme, Prof.Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, s.413'den naklen.

edilebilecektir. Keza, ebeveyn dışındaki kişilere de çocukla kişisel ilişki kurabilme hakkı tanınmış ise buna yönelik kararlar da Sözleşme kapsamında tanınabilecektir[1088].

Kişisel ilişki kurma hakkına yönelik hiçbir kararın bulunmadığı hallerde, sözleşme kapsamında bu konuda yetkili olan makam kişisel ilişki kurma hakkını ele alıp karara bağlayabilecektir. Keza verilen bu karar, diğer âkit devletlerde tanınıp tenfiz edilebilecektir. Çocuğun mutad meskeni değiştiğinde, yeni mutad meskeninin bulunduğu devlet, gerek velâyet sorumluluğu, gerekse kişisel ilişki kurma hakkı bakımından yetkili hale gelecektir[1089].

Kişisel ilişki kurma hakkının etkin olarak yerine getirilebilmesi için makamlar arasında işbirliğine dayalı olarak belgelerin ve bilgilerin transfer edilmesi gereklidir. Sözleşme, farklı âkit devlet makamları arasında koruma tedbirleri almada daha geniş haberleşme ve bilgi alışverişi için doğrudan talepte bulunma imkanını getirmiştir. Bununla birlikte sözleşmenin 39. madde hükmüne göre, âkit devletler,işbirliği uygulamasını etkinleştirebilmek ve daha kolaylaştırabilmek için kendi aralarında anlaşmalar yapabileceklerdir[1090].

K. 1996 Tarihli Sözleşmenin 1980 Tarihli Sözleşmeye Göre Farklılıkları

1996 tarihli sözleşmenin 50. maddesindeki düzenleme uyarınca 1980 tarihli sözleşme çocukların iadesine yönelik taleplerde öncelikli uygulanacaktır. Şu halde 1980 tarihli sözleşmenin düzenlemediği veya yetersiz kaldığı durumlarda 1996 tarihli sözleşme hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Çocuğun iadesinin talep edildiği bir davada, velâyet sorumluluğuna ilişkin verilen bir kararın tanınması ve tenfizi söz konusu olur ve 1980 tarihli sözleşmenin 14. maddesi[1091] yetersiz kalır ise; 1996 tarihli sözleşmenin 4. bölümünde yer alan hükümlere göre tanıma ve tenfiz prosedürü gerçekleştirilebilecektir[1092]. 1980 tarihli sözleşmenin 14. madde hükmü adlî ve idarî mercilere bir takdir hakkı tanımaktadır. Oysa 1996 tarihli

[1088] Gloria Folger DeHart, The Relationship Between The 1980 Child Abduction Convention and The 1996 Protection Convention, New York University Journal of International Law and Policies, Vol 33 2000, Sayı 1, s.91.
[1089] Gloria Folger DeHart, The Relationship Between The 1980 Child Abduction Convention and The 1996 Protection Convention, New York University Journal of International Law and Policies, Vol 33 2000, Sayı 1, s.91-92.
[1090] Bilgin Tiryakioğlu, Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme, Prof.Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, s.414.
[1091] "Talepte bulunulan Devletin adlî veya idarî makamı, 3. madde çerçevesinde kanuna aykırı bir yer değiştirme veya geri dönmeme halinin mevcudiyetini belirlemek amacıyla, çocuğun mutad meskeni devletindeki hukuku ve tanınmış veya tanınmamış kararları, bu hukukun kanıtını veya ayrıca uygulanabilir yabancı kararların tanınmasına ilişkin belirli usulleri doğrudan doğruya gözönünde bulundurabilir."
[1092] Linda Silberman, The Hague Convention on The Protection of Children: Should The United States Join?, Family Law Quartely, Volume 34, Number 2, Summer 2000, s.268.

sözleşmenin tanıma ve tenfize ilişkin öngördüğü şartlar gerçekleştiğinde, ilgili makamlar kararı tanıyıp tenfiz etme mükellefiyeti altındadır. Bu konuda takdir hakları bulunmamaktadır.

1980 tarihli sözleşme, hukukî ve adlî yardıma ilişkin hüküm sevk etmesine rağmen, 1996 tarihli sözleşmede buna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir[1093]. 1980 tarihli sözleşmenin 25. madde hükmü uyarınca bir akit devletin vatandaşları ile mutaden bu âkit devlette oturanlar, sözleşmenin uygulanması ile ilgili bütün konularda, aynı şart ve koşullarda hukukî ve adlî müzaheretten yararlanabilirler[1094].

III. Hukuka Aykırı Olarak Yeri Değiştirilen veya Alıkonan Çocukların, Küçüklerin Vatana İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi Hükümlerine Göre İadesi (1970 Tarihli Avrupa Sözleşmesi)

Çocukların, ebeveynlerin arzusu hilafına yerlerinin değiştirilmesi zamanla, uluslararası toplumu meşgul eden önemli meselelerden biri olmuştur. Bu soruna ilgi duyan Avrupa Konseyi üye devletleri de kendi üzerlerine düşen siyasi sorumluluk çerçevesinde 28 Mayıs 1970 yılında Lahey'de "Küçüklerin Vatana İadesine Dair Avrupa Sözleşmesini" düzenlemişlerdir. Ancak Sözleşme, 1970 yılından bu yana onay için gerekli olan[1095] en az üç devletin imzası tamamlanamadığı için yürürlüğe girememiştir. Halihazırda 1970 Tarihli Avrupa Sözleşmesini Avusturya, Belçika, Fransa, Almanya, Yunanistan, İtalya, Lüksemburg, Hollanda ve Türkiye imzalamıştır. Belirtilen dokuz devletten sadece Türkiye ve İtalya Sözleşmeyi imzalamış ve onaylamıştır[1096].

A. Sözleşmenin Konusu

Sözleşmenin esas gayesi küçüklerin, kendilerinden sorumlu kişilerin arzusu hilâfına bir başka akit ülkeye götürülmesi durumunda vatandaşı olduğu devlete iadelerini öngörmektedir. Bunun yanında küçüğün, diğer bir akit devlette bulunmasının kendi yüksek menfaatleriyle veya o devletin menfaatleri ile bağdaşmadığı hallerde de iadesi öngörülmektedir. Sözleşme bu yönüyle

[1093] Linda Silberman, The Hague Convention on The Protection of Children: Should The United States Join?, Family Law Quartely, Volume 34, Number 2, Summer 2000, s.268.
[1094] 1980 tarihli sözleşmenin 42. maddesi uyarınca âkit devletlerin 25. madde hükmü hakkında çekince koyması yasaklanmıştır.
[1095] Sözleşmenin 23. maddesinin 2.fıkrasında antlaşmanın, üçüncü onay veya kabul belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine tevdi olunduğu tarihten üç ay sonra yürürlüğe gireceği kabul edilmiştir.
[1096] 02.12.2007 tarihi itibariyle. Bkz. http://conventions.coe.int.

farklılık arz etmektedir. Âkit devletler, kimi durumlarda kendi menfaatlerini göz önünde tutarak çocuğun vatandaşı olduğu ülkeye iadesine hükmedebileceklerdir. Şu halde 1970 tarihli Sözleşme, devletin menfaati ile çocuğun yüksek yararının çatıştığı kimi vakıalarda, iade talebinde bulunulan devlete kendi menfaatine öncelik verme hakkını tanımış bulunmaktadır. Buna karşın küçüğün âkit devlette bulunuyor olması, âkit devletin menfaatini ihlâl etmeyip küçüğün menfaatiyle çelişir ise vatandaşı olduğu veya diğer herhangi bir âkit devlete iade edilebilecektir.

1970 Tarihli Avrupa Sözleşmesi, 1980 Tarihli La Haye sözleşmesiyle benzer konuyu (çocuğun iadesini) düzenlemekle birlikte çocuğun nereye iade edileceği konusunda farklı yaklaşım sergilemektedir. La Haye sözleşmesine göre çocuğun, kaçırılmazdan önceki mutad meskeninin bulunduğu ülkeye iade edilmesi gerekirken; 1970 Tarihli Avrupa Sözleşmesine göre küçük vatandaşı olduğu veya olmadığı herhangi bir akit devlete iade edilebilecektir.(md. 1/c) Sözleşme gerekçesinde belirtildiği üzere küçüğün, vatandaşı olduğu devlete iadesi zorunlu değildir. Küçüğün, ebeveynleriyle birlikte yaşadığı diğer bir âkit devlete iadesi de mümkündür. Sözgelimi İtalya'da doğan ve bu sebeple İtalyan vatandaşlığını kazanan bir küçük, ebeveynleriyle birlikte Fransa'da yaşamaktayken ebeveynlerinin rızası hilafına yerini değiştirir ise; küçük, vatandaşı olduğu devlet olan İtalya yerine Fransa'ya iade edilmelidir. Sözleşme gerekçesinde de, "vatana iade"den salt sözlük anlamının anlaşılmaması gerektiği bir başka ifade ile küçüğün mutlak surette vatana iade edilmesinin kastedilmek istenmediği özellikle belirtilmiştir[1097].

B. Sözleşmenin Niteliği

Küçüklerin vatana iadesine dair Sözleşme bir yönüyle ceza hukukuyla ilgili olması sebebiyle incelediğimiz diğer Sözleşmelerden ayrılmaktadır. Şu ana kadar incelediğimiz Sözleşmelerde çocuğun iadesi özel hukuk yönünden ele alınırken, 1970 tarihli Sözleşme, konunun cezai yönünü de dikkate almıştır. Bu husus, gerek Sözleşmenin hazırlanması için öneri getiren makamın görev alanından gerekse de ilgili madde hükümlerinden anlaşılmaktadır. 1970 tarihli Sözleşmenin konu bakımından içeriğini belirleyen ve bir Sözleşme hazırlanması için teklif

[1097] Bkz.Explanatory Report on European Convention on the Repatriation of Minors. (paragraf 74) (http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/071.htm)

getiren makam Cezai Sorunlara İlişkin Avrupa Komitesidir [European Committee For Crime Problems (ECCP)][1098].

Sözleşmenin birkaç hükmü, konunun ceza hukukuyla olan yönünü ortaya koymaktadır. Sözgelimi 9.madde hükmü gereğince, küçüğün bir suçtan dolayı muhakeme edilmesi söz konusu ise veya hürriyeti bağlayıcı bir cezaya çarptırılmış ise; iade istemine ilişkin karar ertelenebilmektedir. Bunun yanında Sözleşmenin 13. maddesinin getirdiği düzenleme ile, iade talebinde bulunulan devlet açıkça rıza göstermedikçe, iade talebinde bulunan devlet, küçüğün iadeden önce işlediği suçları koğuşturamayacaktır. Keza küçüğün önceden işlediği suçlarla ilgili olarak iade talebinde bulunan devletin hürriyeti bağlayıcı cezayı infaz edebilmesi için iade talebinde bulunulan devletin muvafakati aranmıştır. 19. maddenin öngördüğü benzer bir düzenlemeyle, bu türden bir takdir yetkisi çocuğun vatanına iadesi aşamasında transit geçiş yapacağı âkit devletlere de tanınmıştır. Küçüğün vatana iadesi sürecinde transit geçiş yapacağı âkit devlette ceza kovuşturmasına tabi tutulması veya hürriyeti bağlayıcı veya daha ağır bir cezayı çekmesi söz konusu ise transit geçiş talebi, geçilecek âkit devlet tarafından reddedilebilmektedir. 1970 tarihli Sözleşmenin özel hukuk yanında kısmen cezai yönünün de bulunduğuna gösterge olabilecek son nokta ise sözleşmenin uygulanmasına ilişkin haberleşmenin Uluslararası Polis Örgütü olan INTERPOL tarafından yürütülecek olmasıdır.

Sözleşme, bir adli yardım anlaşmasıdır. Zira 4. madde hükmü gereği, küçüğün iadesine ilişkin talepler, âkit devletlerdeki merkezi makamlar aracılığıyla yürütülecektir. Merkezi makamlar arasındaki talepler, 16. maddede öngörülen belgeler ışığında işleme konacaktır.

C. Sözleşme Terminolojisi

Sözleşme “küçük” terimini kullanmıştır. Çocuk hukukuna ilişkin uluslararası sözleşmeler incelendiğinde farklı kavramların kullanıldığı görülmektedir. Sözgelimi orijinal dili İngilizce olarak kaleme alınan kimi Sözleşmelerde “infant” kelimesi, kimisinde “child” kimisinde de “minor” kelimesi kullanılmıştır. İncelediğimiz sözleşmenin İngilizce metninde “minor” kelimesi tercih edilmiştir. Minor kelimesi, fiillerinden ötürü hukukî sorumluluğu henüz tam olarak bulunmayan ergin olmayan kişiyi ifade etmektedir.Bu kapsamdaki kişiler ergin kişilere nazaran daha farklı kısıtlamalara, cezaî yaptırımlara veya himayeye tabi tutulan kişilerdir. Buna mukabil

[1098]Bkz.Explanatory Report on European Convention on the Repatriation of Minors. (paragraf1) (http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/071.htm)

“infant” kelimesi bebeklik dönemini ifade eder. Genellikle bebeğin henüz yürümediği ve bir yaşından önceki dönemini tanımlar. “Child” kelimesi ise, kişinin doğumundan ergin oluncaya kadar olan geçen süreyi ifade etmek için kullanılır.

Sözleşme içeriğinde, küçüğün vatana iadesi konusunda ceza hukukuna ilişkin kavramlar barındırması nedeniyle “minor” kelimesini kullanmıştır. Kanaatimizce kelimenin Türkçe tercümesinin “küçük” olarak kullanılması yerindedir.

Sözleşmenin 1. maddesinin (a) bendi “küçük” terimi ile kimlerin kastedildiğini açıklamıştır. Fıkra hükmüne göre, iade talebinde bulunulan devletin kanunlar ihtilâfı kurallarınca yetkili olan hukuka göre henüz reşit olmayıp ve kendi ikametgâhını tayin etme hakkına sahip olmayan kişiler “küçük” olarak kabul edilmektedir.

D. Küçüğün İade Edilebileceği Haller

1970 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesinin 2. maddesinde âkit devletlerden birinde bulunan çocuğun iade edilmesini gerektiren sınırlı sayıdaki sebepler sayılmıştır. Madde hükmüne göre küçüğün iade edilebilmesi için a) küçüğün, ebeveyninin arzusu hilafına iade talebinde bulunulan devletin ülkesinde bulunuyor olması veya b) küçüğün, iadesinin talep edildiği âkit devlette bulunuyor olması, iadeyi talep eden devletin koruma ve eğitime ilişkin aldığı tedbirlerle bağdaşmıyor ise veya c) küçüğün, korunabilmesi veya eğitilebilmesi için iadesini talep eden devlette bulunmasının zorunlu olması veya d) iade talebinde bulunulan devletin mevzuatının cevaz vermesi koşuluyla, küçüğün âkit devlette bulunmasının ülke menfaatiyle veya kendi menfaatiyle bağdaşmıyor olması gerekir. Aşağıda küçüğün vatana iadesini gerektiren sebepler detaylı olarak sırasıyla irdelenecektir.

1. Küçüğün, Ebeveyninin Arzusu Hilafına İade Talebinde Bulunulan Devletin Ülkesinde Bulunuyor Olması

Küçüğün, vatandaşı olduğu devlete iade edilmesini gerektiren sebeplerden ilki ebeveyninin arzusu hilafına, küçüğün diğer bir âkit devlette bulunuyor olmasıdır. Şu halde küçüğün iade edilebilmesi için ebeveynine tâbi olması ve de onun arzusu hilafına âkit devletlerden birinde bulunuyor olması gereklidir. Kimlerin ebeveynlik yetkisine sahip olabileceği 1. maddenin (b) fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre, yasalara veya idarî kararlara binaen küçüğün ikamet

edeceği yeri belirleme yetkisine sahip olan gerçek veya tüzel kişiler ebeveyn olarak kabul edilmektedir. Ebeveyn, küçüğün ikamet edeceği yeri geçici veya daimi olarak belirleme hakkına sahiptir[1099].

Tüzel kişilerden maksat, adlî veya idarî bir karara binaen küçüğün gözetim ve korunması kendisine bırakılan kurum ve kuruluşlardır. Sözgelimi Çocuk Esirgeme Kurumu bu kuruluşlardan biridir. Fıkra hükmünde açıkça belirtildiği üzere küçüğün gözetim ve korunmasının tüzel bir kişiye bırakılabilmesi için bu yetkinin adlî veya idarî bir makamın kararına dayanması gerekir.

2. Küçüğün, İadesinin Talep Edildiği Âkit Devlette Bulunmasının, İadeyi Talep Eden Devletin Koruma ve Eğitime İlişkin Aldığı Tedbirlerle Bağdaşmıyor Olması

Küçük, gerek kendi isteğiyle gerekse iradesi dışında yerini değiştirdiğinde, kendisi hakkında daha önceden alınmış olan tedbirler uygulama alanı bulmayacaktır. Böyle bir durumda küçüğün halihazırda bulunduğu iadenin talep edildiği âkit devlet, iadeyi talep eden devletin küçük hakkında ne gibi koruma tedbirleri aldığından haberdar olmayacağından ötürü bu tedbirler uygulanamayacaktır. Kaldı ki, bu türden koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için (aksi iki veya çok taraflı anlaşma hükümlerince öngörülmedikçe) küçüğün bulunduğu devletin yetkili makamlarından tekrardan karar alınması zorunludur. Şu halde küçüğün kendi menfaati için koruma tedbiri alınmış ancak hukuka aykırı olarak yeri değiştirilmiş ise, iadesini talep eden âkit devlete artık iadesi gereklidir.

Küçüğün korunmasına yönelik alınan tedbirlerden kasıt, mahiyeti gereği küçüğün korunması veya eğitilmesi için lüzum arz eden koruma tedbirleridir. Alınan tedbirlerin mahiyeti ve hangi amaca yönelik olduğu önemlidir. Bu aşamada tedbiri alan makamın sıfatının veya tedbirin hangi hukuktan doğduğunun önemi bulunmamaktadır. Alınan tedbir, idare hukukundan kaynaklanabileceği gibi medeni veya ceza hukukundan da doğabilir[1100].

[1099] Bkz.Explanatory Report on European Convention on the Repatriation of Minors. (paragraf 73) (http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/071.htm)

[1100] Bkz.Explanatory Report on European Convention on the Repatriation of Minors. (paragraf 22 b) (http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/071.htm)

3. Küçüğün, Korunabilmesi veya Eğitilebilmesi İçin İadesini Talep Eden Devlette Bulunmasının Zorunlu Olması

Bir önceki paragraf ile aynı iade sebebini düzenleyen fıkra hükmünün tek farklı yönü küçüğün hangi âkit devlete iade edileceğinin kesin olarak belirtilmiş olmasıdır. Fıkra hükmüne göre küçüğün iadesini ancak söz konusu küçüğün korunması veya eğitilmesi için gerekli tedbirleri almaya yetkili âkit devlet talep edebilecektir. Küçüğün bu âkit devletten başkaca bir âkit devlete iadesi söz konusu olamayacaktır[1101].

Madde hükmünün konuluş amacı küçüğün menfaatini gözeterek kendisi için en elverişli tedbirleri alan âkit devlete iade etmektir. Bu hususta önceliğin, küçüğün vatandaşı olduğu âkit devletten ziyade, ikamet ettiği âkit devlette bulunduğu söylenebilir[1102]. Sözgelimi küçük, bir âkit devlette suç işler veya o devletin kamu düzenine aykırı fiilde bulunur ise, gerçekleştirdiği bu fiilinden ötürü yargılanması söz konusu olabilir. Küçüğün yargılanmak için iadesi talep edildiğinde ise, suçu işlediği âkit devlete iade edilmektense, ikamet ettiği veya vatandaşı olduğu âkit devlete yargılanmak üzere iade edilmesi kişisel menfaati bakımından daha yerinde olacaktır. Nitekim küçüğün iadesinin talep edildiği âkit devlet, küçüğün kişisel durumunun gerektirdiği ilgili koruma tedbirlerinin alınmasını da talep etmiş ise; küçük, iadeyi talep eden âkit devletler arasından kendisi lehine en uygun olan koruma tedbirini alan âkit devlete iade edilecektir.(md.15/f.2)

4. İade Talebinde Bulunulan Devletin Mevzuatının Cevaz Vermesi Koşuluyla, Küçüğün Akit Devlette Bulunmasının Ülke Menfaatiyle veya Kendi Menfaatiyle Bağdaşmıyor Olması

Küçüğün iadesini öngören söz konusu 2. maddenin 2. fıkra hükmü diğer iade taleplerinden ayrılmaktadır. Zira 2.maddenin 1. fıkra hükmü uyarınca diğer âkit devletler iade taleplerini, küçüğün halihazırda bulunduğu âkit devlete yöneltirlerken, incelediğimiz 2.fıkra hükmünde ise, küçüğün halihazırda bulunduğu âkit devlet, diğer âkit devletlere küçüğün iadesinin kabulü için talepte bulunmaktadır.

[1101] Bkz.Explanatory Report on European Convention on the Repatriation of Minors. (paragraf 22 c) (http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/071.htm)

[1102] Bkz.Explanatory Report on European Convention on the Repatriation of Minors. (paragraf 23) (http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/071.htm)

Küçüğün, halihazırda bulunduğu âkit devlet tarafından, diğer bir âkit devlete gönderilmesi; küçüğün kendi menfaatinin bunu gerektirmesinden kaynaklanabileceği gibi, küçüğün âkit devletin ülkesinde bulunmasının o ülkenin menfaatiyle bağdaşmamasından da kaynaklanabilir.

1970 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesinin 2. maddesinin 2.fıkra hükmünü anılan sözleşmenin 14. maddesiyle birlikte ele almak gerekir. Küçüğün bulunduğu devletin,hangi şartlar çerçevesinde diğer âkit devletlerden iadesini kabul etmesini isteyebileceği 14. madde hükmünde belirtilmiştir. Madde hükmüne göre,ebeveynlik yetkisine sahip olan gerçek veya tüzel kişiler diğer bir âkit ülkede ise, küçüğün bulunduğu âkit devlet, iadesinin kabul edilmesi için o âkit devlete talepte bulunabilecektir. Buna karşın ebeveynlik yetkisine sahip olan gerçek veya tüzel kişilerin sözleşmeye taraf olmayan bir devlette bulunmaları durumunda ise, küçüğün iadesinin kabulü için ileri sürülecek talep, küçüğün ikametgâhının bulunduğu âkit devlete yöneltilecektir. Şayet ebeveynlik yetkisine sahip kişilerin hangi ülkede bulunduğu bilinmez veya kimlerin ebeveynlik yetkisine sahip olduğu tespit edilemez ise, küçüğün iadesinin kabulüne ilişkin istem öncelikle küçüğün ikametgâhının bulunduğu âkit devlete, bu devlet iadeyi kabul etmediği veya iadenin bir nedenle gerçekleştirilemediği hallerde, küçüğün vatandaşı olduğu âkit devlete yöneltilecektir.

Küçüğün, halihazırda bulunduğu âkit devlet tarafından vatana iadesi için istemde bulunulması, küçüğün sınırdışı işlemine tabi tutulduğu anlamına gelmez[1103]. Sınırdışı işlemi cezai mahiyette bir işlemdir . Oysa 1970 tarihli Sözleşme hükümlerine binaen, küçüğün vatanına iadesi için halihazırda bulunduğu âkit devlet tarafından istemde bulunulması, küçüğü cezalandırmak gayesi taşımamaktadır. Kaldı ki, Sözleşmenin 13. madde hükmü açıkça, küçüğün iadesi halinde, önceden işlediği suçlardan ötürü kovuşturulamayacağını güvence altına almıştır. Sınırdışı işlemlerinden farklı olarak Sözleşmenin 15. madde hükmü gereğince, küçüğü iade etmek isteyen âkit bir devlet, küçüğün vatandaşı olduğu âkit devletten, küçüğü korumak için kendisinin aldığı tedbirlerin benzerlerinin iade sonrasında da uygulanmasını talep edebilmektedir.

Sınırdışı işlemlerinde kişinin menfaati gözetilmezken, küçüğün vatanına iadesinde aynı zamanda kendi menfaati de gözetilmiş olacaktır.

[1103] Bkz.Explanatory Report on European Convention on the Repatriation of Minors. (paragraf 54-60) (http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/071.htm)

E. Küçüğün İadesine İlişkin İstemin Reddedilebileceği Haller

Küçüğün iadesine ilişkin talebi değerlendiren âkit devlet, Sözleşmenin 7. ve 8. maddelerinde öngörülen sebeplere dayanarak iade talebini geri çevirebilecektir. Bu noktada küçüğün halihazırda bulunduğu âkit devletin takdir hakkının bulunduğu unutulmamalıdır. Sözleşmede küçüğün vatana iadesini temin için, ret sebepleri tahdidi olarak sayılmıştır.

7. maddedeki düzenlemeye göre, küçüğün iadesinin talep edildiği âkit devletin maddi hukuk hükümleri veya kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği yetkili hukuk uyarınca, küçük ikametgâhını seçebilme hakkına sahip ise veya; talepte bulunulan âkit devletin maddi hukuku veya kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği yetkili hukuk gereği; küçüğün, ebeveynlik yetkisine sahip olmayan kişilere teslimi söz konusu olacak ise; veya küçüğün iadesinin talep edildiği âkit devlet, iadeyi talep eden âkit devletin küçüğün korunması veya eğitilmesi için 2. maddenin 1(b) ve (c) fıkralarında öngörülen gerekli tedbirleri almaya yetkili olmadığını takdir ederse[1104] veya küçüğün vatana iadesi, iade talebinin ileri sürüldüğü âkit devletin kamu düzenine aykırı ise veya küçük, iade talebinde bulunulan devletin vatandaşı ise[1105] veya küçük, âkit olmayan bir devletin vatandaşlığında bulunmakla birlikte vatana iadesi, anılan devlet ile iadesinin talep edildiği âkit devlet arasındaki mevcut anlaşmalarla bağdaşmaz ise iade talebi reddedilebilecektir.

Yukarıda sayılan iadenin reddi sebeplerine ek olarak sınırlı sayıdaki diğer ret sebepleri 8. madde hükmünde öngörülmüştür. Madde hükmüne göre, küçük üzerinde ebeveynlik yetkisine sahip kişiler, iade talebinde bulunulan âkit devletin ülkesinde bulunmakla birlikte, küçüğün vatana iadesine muhalefet etmekte iseler[1106] veya iade talebinde bulunulan devlet, küçüğün vatana iadesini, özellikle ülkesinde kuvvetli ailevi ve sosyal bağları bulunması veya

---

[1104] Sözleşmenin İngilizce metnini değerlendirdiğimizde 7. maddenin (c) fıkrasında yer alan "if the requested state considers….." cümlesinin Türkçeye "istemde bulunulan devlet… hükmederse" şeklinde çevrildiğini görmekteyiz. Kanaatimizce cümle içinde geçen "considers" kelimesinden kasıt "hükmetme" değil, "takdir etme" veya "kanaat getirme" dir.

[1105] Küçüğün iadesinin reddini öngören 7. maddenin (e) bendindeki düzenleme, 16 Eylül 1963 tarihli İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesinde ve Bir Nolu Protokolde Yer Almayan Bazı Hak ve Hürriyetleri Teminat Altına Alan Dört Nolu Protokolün 3 .maddesindeki hükmün bir nevi yansımasıdır. Zira anılan Protokolün 3. maddesinin 1. fıkrası açıkça "hiç kimsenin gerek bireysel, gerek kollektif bir tedbir vasıtasıyla vatandaşı olduğu devletin ülkesinden sınırdışı edilemeyeceğini" güvence altına almıştır.Bkz.Explanatory Report on European Convention on the Repatriation of Minors.(paragraf37) (http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/071.htm)

[1106] Madde 8 fıkra (a).

ülkesinde uygulanmakta olan bir koruma veya eğitim tedbiri ile bağdaşmaması sebebiyle küçüğün menfaatlerine aykırı olarak telakki eder ise[1107], küçüğün iadesi reddedilebilecektir.

Ancak 8. maddeye göre küçüğün iadesinin reddedilebilmesi için, iade talebinde bulunulan âkit devletin meseleyi bütün yönleriyle incelemiş olması ve de değerlendirmeyi bu çerçevede yapmış olması gereklidir.

8. maddenin ilk fıkrasında yer alan iadenin reddi sebebini incelediğimizde, küçüğün vatana iadesi konusunda ebeveynlere de söz hakkı tanındığı görülmektedir. Ebeveynlik yetkisine sahip olan kişi veya kişiler, iade talebinde bulunulan devletin ülkesinde bulunmak kaydıyla, küçüğün vatana iadesine muhalefet edebilmektedirler. Burada önem arz eden husus, küçüğün vatana iade edilmemesine yönelik itirazda bulunan kişinin gerçekte ebeveynlik yetkisine sahip olup olmadığıdır. İade talebini değerlendiren mahkeme; bu aşamada kanundan doğan ebeveynlik yetkisini doğrudan dikkate alabileceği gibi önceden verilmiş olan ebeveynlik yetkisine ilişkin kararların tanınmasına ve tenfizine de hükmedebilir. 1970 tarihli Sözleşmede, ebeveynlik yetkisine ilişkin adlî veya idarî makamlarca verilen kararların kendiliğinden, istemde bulunulan devletçe dikkate alınabileceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Sözleşmenin 16. maddesinin 2. fıkrasında ebeveynlik yetkisine ilişkin kanundan doğan hak ve sorumlulukların kendiliğinden mahkemece dikkate alınacağı belirtilmiştir. Buna karşın, ebeveynlik yetkisinin adli veya idarî bir makam kararına dayandığı hallerde, bunu kanıtlayan belgelerin aslı veya tasdikli birer örneğinin, iade talebini değerlendirecek olan âkit devletin merkezi makamına iletilmesi gerekmektedir.

8. maddenin (b) fıkrasında öngörülen düzenlemeye göre, küçüğün halihazırda bulunduğu âkit devlette kuvvetli ailevi ve sosyal bağları mevcut ise, iade talebi reddedilebilecektir. Küçüğün, ilgili devletle yoğun ailevi ve sosyal bağlarının bulunup bulunmadığının tespiti, kendisinin görüşünün alınmasına bağlı olarak değerlendirilmelidir[1108]. Kendi görüşünün dikkate alınabileceği yaş ve olgunlukta bulunan küçüklerin, ifadelerine başvurularak, ailevi ve sosyal ilişkilerinin yoğun olduğu âkit devlet tespit edilmelidir. Sözleşmenin 5. madde hükmü, idrak yeteneğine sahip olan küçüklerin, bizzat dinlenilmeksizin vatanlarına iade edilemeyeceğini güvence altına almıştır.

[1107] Madde 8 fıkra (b).
[1108] Bkz.Explanatory Report on European Convention on the Repatriation of Minors.(paragraf 40) (http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/071.htm)

Fıkra hükmünde öngörülen diğer bir ret sebebi ise küçüğe ilişkin alınmış olan koruma tedbirlerinin mahiyetine yöneliktir. Şayet iade talebinde bulunan âkit devlette önceden alınmış olan koruma tedbirleri, küçüğün halihazırda bulunduğu âkit devletin geçici tedbir olarak aldığı koruma tedbirleri ile bağdaşmaz ise, küçüğün iadesi reddedilebilecektir. Sözleşmenin 11. madde hükmüne göre, iade talebinde bulunulan devlet, küçüğün vatana iadesi için gerekli tedbirleri alabilecektir.Bu kapsamda küçüğü bir bakımevine yerleştirebilecektir.

F. Küçüğün İadesine İlişkin Talebin Ertelenmesi

1970 Tarihli Avrupa Sözleşmesi, küçüğün iadesinin talep edildiği âkit devlete vereceği kararı erteleyebilme hakkı tanımıştır. Sözleşmenin 9. madde hükmüne göre, iade talebinin dayanağı olan ebeveynlik yetkisinin esaslı sebeplerle itiraza uğradığı hallerde veya küçüğün işlediği bir suçtan ötürü muhakeme edilmesinin gerektiği veya hürriyeti bağlayıcı bir cezadan hüküm giydiği durumlarda, küçüğün iadesi ertelenebilecektir. İadenin ertelenmesi, küçüğün iadesinin talep edildiği âkit devletin takdirindedir.

G. Sözleşmenin Değerlendirilmesi

1970 tarihli Sözleşme küçüklerin iadesini öngören ve âkit devletler arasında uygulama alanı bulan bir adlî yardım anlaşmasıdır. Küçüğün vatana iadesini gerektiren en önemli sebepler, kendisi hakkında alınan koruma tedbirlerinin devamlılığıdır. Bu yönden küçüğün yüksek menfaatinin, Sözleşme hükümleri nezninde dikkate alındığını söyleyebiliriz. Küçüğün iadesi başka bir âkit devlet tarafından istenebileceği gibi, halihazırda bulunduğu âkit devlet de küçüğün vatandaşı olduğu devlete gönderilmesini talep edebilmektedir.

Kanaatimizce Sözleşmenin 27. madde hükmü, sözleşmeye imza koyabilecek potansiyel devletlerin sayısını azaltmaktadır. Zira anılan maddenin 1. fıkrası âkit devletler arasında önceden imzalanmış olan ve küçüklerin vatana iadesini öngören iki taraflı sözleşmeleri geçersiz kılmaktadır. 3.fıkra hükmü ise sonradan yapılacak iki veya çok taraflı anlaşmaların, ancak sözleşme hükümlerini tamamlamak veya sözleşmenin uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla

akdedilebileceğini öngörmektedir. Küçüğün vatana iadesi konusunda Sözleşmenin kendini tekelci bir konuma sokmak istemesi kanaatimizce yerinde olmamıştır.

IV. Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi

Türkiye'nin, henüz taraf olmadığı 2003 tarihli Avrupa Sözleşmesi, çocuğun üstün yararını dikkate alarak; ana ve babası ayrı devletlerde oturan çocuğun olağanüstü durumlar haricinde, ana ve babası ile düzenli olarak kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkını öngörmekte ve bunu güvence altına almaktadır. Sözleşme, ana ve baba dışındaki kişilerin de çocukla kişisel ilişki kurabilmesine imkan tanımaktadır. 2003 tarihli sözleşme, çocukların sadece ana ve babaları ile değil aynı zamanda aile bağlarının bulunduğu diğer belirli kişilerle de kişisel ilişki kurmalarının onların yüksek menfaatlerine hizmet edeceğini kabul etmektedir. Sözleşme bu menfaatleri güvence altına almak ve de çocuğun, gerek anne ve babasıyla gerekse aile bağlarının bulunduğu belirli kişilerle, kişisel ilişkide bulunabilmesini fiilen gerçekleştirebilmek için merkezi makamlar arasında işbirliği tesis etmektedir. 2003 tarihli Sözleşme, kişisel ilişkinin düzgün şekilde kullanılması ve kişisel ilişki süresinin sonunda çocuğun derhal dönmesini temin edebilmek için gerekli koruma tedbirlerinin alınabilmesinde de imkan tanımaktadır[1109].

2003 tarihli Sözleşme bir adli yardım anlaşmasıdır. Sözleşme, kişisel ilişki kurma hakkının etkin olarak tesisi için merkezi makamlar ihdas etmiştir. Merkezi makamların görevleri 12. madde hükmünde sayılmıştır. Sözleşme uluslararası işbirliğini öngördüğünden bu kapsama nelerin girdiği 13. madde de belirtilmiştir.Buna göre adli makamlar, merkezi makamlar ve akit devletlerin sosyal ve diğer ilgili kurumları, kendi yetki alanları içinde, uluslararası kişisel ilişkiyle ilgili davalar hakkında işbirliği yapacaktır. Bu noktada özellikle, merkezi makamlar, akit devletlerin adli makamlarının birbiriyle iletişim kurmasında ve Sözleşmenin amaçlarına ulaşmak için gerekli olabilecek bilgi ve yardımın temin edilmesinde yardımcı olacaklardır. Keza uluslararası olaylarda da, merkezi makamlar, çocuklara, ana ve babalara ve çocukla aile bağları bulunan diğer şahıslara, kişisel ilişkiyle ilgili davaların açılmasında yardım edeceklerdir.

[1109] Bkz. madde 1/b ve madde 10.

A. Sözleşme Terminolojisi

2003 tarihli Sözleşmenin 2. maddesinde "çocuk" kavramından neyin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. On sekiz yaşından küçük olan ve hakkında kişisel ilişkiye dair akit devletlerden birinde karar verilmiş olan kişi, "çocuk" olarak nitelendirilmiştir[1110].

Sözleşmeye adını veren "kişisel ilişki" kavramından kasıt çocuğun, mutad olarak birlikte yaşayamadığı ana, babasının veya aile bağlarının bulunduğu belirli kişilerin yanında sınırlı süreliğine kalabilmesi veya bu kişilerle görüşebilmesidir. Aynı zamanda çocuğun kendisiyle kurulan her çeşit iletişim şekli veya kendisi hakkındaki bilgi aktarımı da kişisel ilişki kapsamında değerlendirilmektedir.

Çocuğun, ana babasının dışında aile bağlarının bulunduğu belli yakınlıktaki kişilerle kişisel ilişki kurabilme hakkının, incelediğimiz Sözleşme kapsamında güvence altına alınması önemli bir yeniliktir. Sözleşme uyarınca çocuğun, büyük ana ve büyük babasıyla ya da erkek ve kız kardeşleriyle arasındaki mevcut ilişkisi veya hukukî veya fiili aile ilişkisinden kaynaklanan yakın ilişkilerinin her türü "aile bağları" olarak tanımlanmıştır. Çocuğun, aile bağlarının bulunduğu yakın kimseler madde hükmünde öngörüldüğü gibi oldukça geniş tutulmuştur. Çocukla hiçbir hukukî bağı olmayıp salt fiilen ilişki içerisinde bulunan bir kişi de çocukla kişisel ilişki kurabilecek kişiler arasında kabul edilmiştir. Sözgelimi, çocuğun dadılığını yapan bir kişi de, Sözleşme kapsamında çocukla kişisel ilişki kurabilme hakkına sahip olabilecektir.

Sözleşme, akit devletlere, "aile bağları" kapsamına girebilecek kişileri genişletme hakkı tanımıştır. 5. madde hükmünün imkan verdiği bu serbestiye dayanan âkit devletler, aile bağları kapsamını genişlettikleri vakit, bu kişilerin kişisel ilişki türlerinden hangisinden istifade edeceğini de belirtmeleri gerekmektedir. Çocuğun, aile bağının bulunduğu bir kişiyle kişisel ilişkide bulunabilmesi için, bunun çocuğun yararına hizmet edecek olması şarttır. Sözleşme öngördüğü bu kriter ile çocukla bir şekilde aile bağı bulunan herkese kişisel ilişkide bulunma hakkı tanımadığını belirtmektedir[1111].

[1110] Bkz. madde 2/c.
[1111] Madde 5/1f.

B. Çocuğun Ana ve Babası ile Kuracağı Kişisel İlişki

2003 tarihli Sözleşmenin 4. maddesi açıkça çocuğun, ana veya babası ile düzenli şekilde kişisel ilişkide bulunabilme ve bu ilişkiyi sürdürebilme hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir. Bu düzenleme, Çocuk Hakları Sözleşmesinin 9.maddesinin 3. fıkrası ile 10. maddenin 2.fıkrasında öngörülen hakkın bir teyididir. 2003 tarihli Sözleşme kapsamında bu hak ancak, çocuğun yüksek menfaatinin aksini gerektirmesi koşuluyla kısıtlanabilecektir[1112]. Bunun yanında çocuğun, kendi yararı için ana veya babasıyla gözetim altında kişisel ilişki kurmasının zorunlu olduğu durumlarda, kişisel ilişki gözetim altında veya diğer imkanlar mucibince gerçekleştirilecektir[1113]. Ana ve babalar, akit devletlerin uygun gördüğü usuller çerçevesinde çocuklarıyla kişisel ilişkide bulunabilmek için kendi aralarında anlaşma yapabilirler. Bu anlaşmaların yazılı olması ispat kolaylığı sağlaması bakımından tercih edilmektedir[1114]. Bu anlaşmalar, ancak adli makamlarca tasdik edilmeleri şartıyla hüküm doğurabilmektedir. Adli makamlar, anlaşmaları tasdik ederlerken çocuğun yüksek menfaatine hizmet edip etmediğini tahlil edeceklerdir. Adli makamların, çocuğun menfaatine olan bir anlaşmayı tasdik etmeme konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır[1115].

C. Çocuğun, Aile Bağının Bulunduğu Kişilerle Kişisel İlişkisi

Sözleşmeye göre çocuğun aile bağının bulunduğu kişilerle ilişki kurabilmesi için, çocuğun yüksek menfaatinin aksini öngörmemesi gerekir. "Aile Bağı" kavramı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin oluşturduğu içtihatlardan Sözleşme metnine aktarılmıştır. Kavram, evlilik dışı yaşamlardan kaynaklanan ilişkileri de düzenlemektedir. Sözleşme kaleme alınırken hukuk sistemleri incelenmiş ve kimi hukuklarda büyük anne ve büyük babaya, torunuyla kişisel ilişkide bulunabilme hakkı tanınmadığı görülmüştür[1116].[1117]

[1112] Madde 4/2f.
[1113] Madde 4/3f.
[1114] Madde 8/1f.
[1115] Madde 8/2f.
[1116] Bkz. Explanatory Report to the Convention on Contact Concerning Children (paragraf 46-47.) (Çevrimiçi http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/192.htm)
[1117] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 13 Temmuz 2000 tarihli Scozzari and Giunta v. Italy judgement kararında, büyük anne ve büyük babaya torunuyla kişisel ilişki kurma hakkı tanımayan İtalyan mahkemesi kararını AİHS. 8. maddesine aykırı bulmuştur.

Hukukî düzenlemeler arasındaki farklılığı ortadan kaldırmak ve de çocukla kişisel ilişkide bulunabilecek kişileri belirli bir kategoriye dahil etmemek adına "aile bağı" kavramı oldukça geniş tutulmuştur. O kadar ki; Sözleşme âkit devletlere, çocukla kişisel ilişki kurabilecek kişilerin kimler olabileceğini tayin serbestisi tanımıştır[1118].

D. Sözleşme Kapsamında Çocuğun Hakları

Akit devletin iç hukukuna göre ayırt etme yeteneğine sahip olan bir çocuk, kendi yüksek menfaati ile çelişmediği ölçüde kendisiyle ilgili tüm bilgileri alma, kendisine danışılmasını isteme ve görüşlerini açıklama hakkına sahiptir[1119]. Bununla birlikte yetkili makamlar da, çocuğun açıkladığı görüşlerine ve anlaşılabilir istek ve duygularına gereken önemi vermek zorundadırlar. Madde hükmü uyarınca çocuğun dinlenmesi salt bir usul prosedürü olarak görülmemiştir. Aynı zamanda çocuğun görüşlerinin dikkate de alınması gereklidir.

E. Kişisel İlişki Kurma Hakkına İlişkin Tedbirler

2003 tarihli Sözleşme kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin tedbirleri iki ana grupta toplamıştır. Birinci grup tedbirler, kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin verilmiş olan bir kararın yerine getirilmesini güvence altına almaya hizmet etmektedir. İkinci grup tedbirler ise çocuğun iadesini veya haksız olarak yerinin değiştirilmesinin önlenmesine yönelik güvence ve tedbirleri ihtiva etmektedir.

1.Kişisel İlişki Kararının Etkin Olarak Uygulanmasına Yönelik Alınacak Tedbirler

2003 tarihli Sözleşmenin 10. maddesinde kişisel ilişki kurma kararının sağlıklı şekilde yerine getirilebilmesi için alınması gereken tedbirler alternatif olarak sıralanmıştır. Âkit devletler örnek olarak sayılan tedbirlerin dışında başkaca tedbirleri alıp, uygulayabilirler. Bu tedbirler, kişisel ilişkinin gözetim altında gerçekleştirilmesi; kişisel ilişki kuracak kişinin, çocuğun ve gerektiğinde ona refakat eden kişinin seyahat ve ikamet giderlerini karşılaması; çocuğun mutad olarak yanında yaşadığı kişinin, çocukla kurulacak kişisel ilişkiyi engellemeyeceğine ilişkin

[1118] Madde 5/2f.
[1119] Madde 6.

teminat vermesi veya kişisel ilişki kararına riayet edilmediği hallerde para cezasına hükmedilmesi şeklindedir.

2.Çocuğun İadesinin veya Haksız Olarak Yerinin Değiştirilmesinin Önlenmesine İlişkin Alınacak Tedbirler

Sözleşmenin 10. maddesinin (b) bendinde, kişisel ilişki sonrası çocuğun iadesini temine yönelik veya hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesini bertaraf etmeye yönelik alınabilecek tedbirler sayılmıştır. Bu tedbirlerden ilki, pasaport veya kimlik belgelerinin, kişisel ilişki süresince idari veya adli makamlara teslim edilmesi olabilir. Bu tedbirin etkin olarak uygulanabilmesini temin için de kişisel ilişki kurmak isteyen kişinin, pasaport veya kimlik belgelerini yetkili makamlara teslim ettiğini yetkili konsolosluk makamına bildirmesi ve bildirimde bulunduğuna dair belgenin adli ve idari makamlara verilmesi talep edilebilir. Tedbir olarak malî teminat da alınabilir. Kişisel ilişkide bulunacak olan tarafın mallarına geçici olarak tedbir konabilir.Kanaatimizce bu türden bir tedbir, elde edilmek istenen amacı gerçekleştirmede yetersiz kalabilir.

Bir diğer tedbir olarak; çocukla kişisel ilişki kuracak kişiye, çocukla birlikte kişisel ilişkinin kurulacağı yerdeki polis karakolu veya gençlik sosyal hizmet kurumu gibi yetkili bir makama düzenli olarak görünme zorunluluğu getirilebilir. Son bir tedbir olarak da kişisel ilişkinin gerçekleşeceği yer ile ilgili şartların belirlenmesi ve gerektiğinde herhangi bir ulusal veya uluslararası bilgi sistemine çocuğun, kişisel ilişkinin kurulacağı devletten ayrılmasını önleyen bir yasaklama kaydı konabilir.

10. maddenin 3. fıkrasına göre koruma tedbirlerinin yazılı olması veya yazılı olarak ispat edilebilmesi gerekir.

F. Kişisel İlişki Süresinin Sonunda Çocuğun İade Edilmemesi

Kişisel ilişki süresinin bitiminde çocuk iade edilmez ise, yetkili makamlar, talep üzerine, gerektiğinde, uluslararası belgelerin ve iç hukukun ilgili hükümlerini uygulayarak ve uygun olduğu ölçüde kişisel ilişki kararında öngörülebilecek söz konusu koruma tedbirlerini fiiliyata geçirmek suretiyle çocuğun derhal iadesini sağlayacaklardır. Çocuğun iadesi hakkında karar,

mümkün olduğu ölçüde bir iade başvurusunun yapıldığı tarihten itibaren altı hafta içinde verilmelidir[1120].

§ III. BÖLÜM

Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların, Velâyet veya Vesâyete İlişkin Yabancı Mahkeme İlâmlarının Tanınması ve Tenfizi Yolu ile İadesi

Yargılama hakkı,devletlerin egemenlik yetkisinin bir tezahürü olduğu için[1121] devletler, yabancı ülkede gerçekleşen yargılama neticesi hükmedilen bir ilâmın, hiç bir koşul aranmadan, doğrudan kendi iç hukuklarında infaz edilmesini kabul etmemiştir. Devletlerin eşitliği prensibi, yargı hakkı bakımından da gözetilen bir esastır. Bu nedenle milletlerarası hukukta bir devlet yabancı mahkeme kararlarını tanımak veya tenfiz etmek mükellefiyeti altında değildir[1122].[1123] Buna bağlı olarak bir çok devlet yabancı ülkede gerçekleşen yargılama sonucu hükmedilen ilâmın tenfizi için bir takım koşullar öngörmüştür. Buna mukabil yabancı mahkeme kararlarının tenfizini hiçbir şekilde kabul etmeyen hukuklar da mevcuttur. Bunlara örnek olarak İsveç, Finlandiya, İzlanda ve İsviçre'nin Glarus Kantonu gösterilebilir[1124]. Bu ülkelerde yeniden dava açılması zaruret hâlini almıştır.

Yabancı ülke mahkemelerinden verilen velâyet veya vesâyete ilişkin kararların Türkiye'de icra edilebilmeleri için öncelikle bir Türk mahkemesi tarafından tanıma ve tenfiz kararı verilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, Türk vatandaşı olsun veya olmasın, çocukların velâyetine veya vesâyetine ilişkin yabancı bir mahkeme kararının Türkiye'de icra edilebilmesi, yetkili Türk mahkemesince tenfiz kararı verilmesi şartına bağlıdır[1125].

Türk hukukunda yabancı ülke mahkeme veya makamlarınca verilen velâyet veya vesâyete ilişkin kararların tenfizi, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında

---

[1120] Bkz. Madde.16.
[1121] Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, 13. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2005, s. 431.
[1122] Nomer, Devletler Hususî Hukuku, 13. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2005, s. 431.
[1123] Türk hukuku bakımından tenfiz şartlarına haiz bir yabancı mahkeme ilâmı hakkında hâkimin takdir hakkı yoktur.
[1124] Nomer, Devletler Hususî Hukuku, 13. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2005, s. 431.
[1125] Cemal Şanlı, Türk Hukukunda Çocukların Velâyetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, **MHB** Yıl 16 Sayı 1-2 1996 s.71.

Kanun'un[1126] (MÖHUK) ikinci bölümünde yer alan 34-43. maddeler çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Bununla birlikte velâyet veya vesâyet kararlarının tanınması ve tenfizi MÖHUK'un 1. maddesinin saklı tuttuğu Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme[1127] hükümleri çerçevesinde de gerçekleşmektedir. Şu halde akit devletlerin resmî makamlarınca verilen velâyet veya vesâyete ilişkin kararların tenfizi MÖHUK'ta öngörülen hükümlerden bağımsız olarak ilgili uluslararası sözleşme hükümleri çerçevesinde gerçekleşecektir. MÖHUK'a göre yabancı bir ilâmın tenfiz edilebilmesi için öncelikle bu ilâmın bir takım ön şartları haiz olması gerekir. Tenfize konu olabilecek yabancı bir karardan bahsedebilmek için, ilâmın yabancı bir mahkemeden sâdır olması yani o ülke hukukuna göre mahkeme niteliğinde olan yargı organlarınca verilmiş olması ve hukuk davalarına ilişkin olması, ayrıca verildiği ülke hukukuna göre kesinleşmiş olması gerekir.

A. Usûlî Şartlar

a. İlamın, yabancı bir devlet mahkemesinden verilmiş olması (MÖHUK m.34)

MÖHUK'taki şartlar uyarınca yabancı bir ilâmın tenfiz edilebilmesi için, bu ilâmın mutlak surette yabancı bir adlî veya idarî mahkeme tarafından verilmiş olması gerekir. Tenfiz mahkemesi bu ilâmın bir mahkeme tarafından verilip verilmediğini, ilâmı veren mahkemenin hukukuna göre re'sen araştıracaktır. Velâyet veya vesâyete ilişkin olarak yabancı idarî makamlarca verilen kararlar, milletlerarası sözleşmelerde aksine hüküm bulunmadıkça, Türkiye'de tenfiz edilemeyecektir. Kimi ülke hukuklarında[1128] boşanma davaları Belediyelerce tayin edilen idarî mercilerde görülmekte ve karara bağlanmaktadır. Bu gibi idari mercilerce verilen boşanma ilâmlarında yer alan velâyet veya vesâyete ilişkin kararlar MÖHUK'a göre Türkiye'de tenfiz edilemeyecektir[1129].

[1126] RG. 22.05.1982-17701.

[1127] Türkiye, Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesine,Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşmesine (madde 24- 27.) ve Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşmeye taraf olması nedeniyle, velâyet veya vesâyete ilişkin kararlar bu sözleşmeler çerçevesinde tenfiz edilecektir.

[1128] Danimarka'da boşanma davaları Belediye'nin yetkili mercilerinde görülmektedir. Yargıtay 2.HD. 13.04.1995 E. 1995/3612 K. 1995/4567. (Ahmet Cemal Ruhi, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun** Ankara, 2003 s.314)

[1129] Nomer, Devletler Hususî Hukuku, 13. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2005, s. 434.; Cemal Şanlı, Türk hukukunda çocukların velâyetine ve korunmasına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, MHB Yıl 16 Sayı 1-2 1996 s..71.; Aysel Çelikel, Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, 2004,s. 375.

b. İlâmın, hukuk davalarına ilişkin olması (MÖHUK m.34)

Yabancı karar, özel hukuktan doğan maddî hukuka ait bir talebe ilişkin olmalıdır ve bu hususu tenfiz hâkimi re'sen incelemek mecburiyetindedir. Konumuz bakımından çocuğun velâyet veya vesâyetine ilişkin verilen kararlar maddi hukuka ait olmaları itibariyle Türkiye'de tenfiz edilebilirler.

c. İlâmın kesinleşmiş olması (MÖHUK m.34)

İlamın verildiği mahkemenin hukukuna göre kesinleşmiş olması gerekir. Kesin hüküm, bir ihtilafı nihai olarak ortadan kaldıran ve o konunun mahkemelerde yeniden inceleme konusu yapılmasına engel olan bir durumdur[1130].[1131] Bir ilâmın kesinleşmiş olduğundan bahsedebilmek için bunun maddî ve şeklî anlamda kesinleşmiş olması gerekir. Şeklî anlamda kesin hükümden bahsedebilmek için, karara karşı her türlü itiraz yollarının kapanmış olması gerekir[1132]. Maddî anlamda kesin hükümden kasıt ise, aynı konu hakkında tekrardan aynı şahıslar arasında ve aynı talep hakkında dava açılmayacağıdır.

Hukukumuz bakımından, HUMK'un 426. maddesinin (j) bendi uyarınca velâyete ilişkin kararlar kesinleşmedikçe icra edilmezler.

Ancak burada hemen belirtelim ki; küçüklerin velâyetine ve küçükle ebeveyn arasındaki şahsi münasebete ilişkin kararların değişen şartlara bağlı olarak kısmen veya tamamen değiştirilebilmesi, tenfize konu olan kararların maddî anlamda kesinleşmesi şartının birer istisnasını teşkil eder. Diğer bir ifade ile velâyet veya vesâyet kararlarının verildikleri tarihten sonra ortaya çıkan şartlara bağlı olarak mahkemelerce kısmen veya tamamen değiştirilebilmesi, bunların MÖHUK madde 34 anlamında kesinleşmiş sayılmalarına ve tenfiz edilmelerine mani değildir[1133]. Velâyete ilişkin kararlar, kesin hüküm oluşturmakla birlikte bu hükmün etkileri diğer kesinleşmiş mahkeme hükümlerine göre farklılık arz eder.

[1130] Aysel Çelikel, Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, 2004,s. 372.

[1131] Mesela Avustralya mahkemesi tarafından verilen geçici nitelikte bir boşanma kararı Türk hukuku bakımından tanımaya engeldir. Bkz. Yargıtay 2.HD. 30.6.1999 Tarihli kararı E. 1999/5858 K. 1999/7609 sayılı kararı. Kararda hatalı olarak geçici nitelikte verilen boşanma kararının Türk kamu düzenine aykırı olduğundan bahsedilmiştir oysa geçici nitelikte kararlar kesinleşme şartını yerine getirmediği için tanımaya engeldir.

[1132] Nomer, Devletler Hususî Hukuku, 13. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2005, s. 432.

[1133] Cemal Şanlı, Türk hukukunda çocukların velâyetine ve korunmasına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, **MHB** Yıl 16 Sayı 1-2 1996 s..72.

Sözgelimi TMK'nın 351. maddesi uyarınca çocuğun korunmasına ilişkin olarak alınan önlemler, çocuğun durumundaki değişmelere bağlı olarak yeni şartlar çerçevesinde uyarlanacaktır. Velâyetin kaldırılmasını gerektiren sebeplerin ortadan kalkmış olması durumunda, hâkim re'sen veya ebeveynlerin talebi üzerine velâyeti geri verecektir[1134]. Velâyet kararları zaman bakımından süreklilik arzetmeyen, buna mukabil verildiği tarihteki maddî şartları esas alarak hüküm tesis eden ve bu yönüyle kesin hüküm niteliğinde olan kararlardır.

Velâyet ve vesâyete ilişkin yabancı mahkeme ilâmlarının Türk hukuku bakımından tenfiz edilebilmeleri için ayrıca MÖHUK madde 38'de sayılan şartları taşımaları gerekir. Bu şartlar nitelik itibariyle birbirinden farklıdır. Şartlardan bazıları siyasî, bazıları ise usulî nitelik taşımaktadır. Bunun yanında kimi şart hâkim tarafından re'sen nazara alınabilecekken, bazılarının taraflarca ileri sürülmesi gerekmektedir.

2675 sayılı Kanunun 38. maddesinde tenfiz şartları sınırlı olarak sayılmıştır. Yani tahdidîdir. Mahkeme, bu şartları genişletemez veya bu şartların ötesine geçerek yeni şartlar arayamaz. Ayrıca, tenfiz hâkimi, tenfiz davasında hükmün esasına giremez[1135].

B. Maddî Şartlar

Yabancı bir mahkeme ilâmının Türkiye'de tenfiz edilip, Türk hukuku bakımından hüküm doğurabilmesi için aşağıdaki şartları taşıyor olması gerekir:

a. Mütekabiliyet Şartı (MÖHUK m.38/a)

Yabancı bir mahkeme kararının tenfiz edilebilmesi için "Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşmanın yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması gerekir."

Madde hükmünden de açıkça anlaşıldığı üzere, tenfiz için aranan ilk şart mütekabiliyet şartıdır. Mütekabiliyet, ikili[1136] veya çok taraflı bir anlaşmadan doğabilir[1137]. Ancak bu halde

[1134] TMK 351/2. fıkrası..

[1135] Cemal Şanlı, Türk hukukunda çocukların velâyetine ve korunmasına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, MHB Yıl 16 Sayı 1-2 1996 s..73.

[1136] T.C ile Avusturya arasında mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda anlaşma mevcuttur. (R.G. 23.09.1991 –21000.), T.C. ile Arnavutluk arasında mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda anlaşma mevcuttur. (R.G. 9.11.1997 –23165), T.C. ile Azerbaycan arasında Hukukî ve Ticarî konularda Adlî Yardım

ilâmın tenfizi, sözleşmenin müsaade ettiği ölçüde gerçekleşebilecektir[1138]. Türkiye Cumhuriyeti ile velâyet kararının verildiği devlet arasında tenfize olanak sağlayan ikili veya çok taraflı bir anlaşma bulunduğunda, tenfiz şartları anlaşma hükümlerine göre gerçekleştirilecektir. Ancak, anlaşmada yer alan tenfiz şartları, MÖHUK'daki şartlara nispetle daha ağır ise 2675 sayılı Kanun hükümlerine istinaden tenfiz istenebilir[1139]. Şu halde, Türkiye Cumhuriyeti ile velâyet kararının verildiği ülke arasındaki bir tenfiz anlaşması, lehe olduğu ölçüde MÖHUK'un tenfize ilişkin hükümlerinin uygulanmasına mani olmamaktadır[1140].

Mahkeme kararlarının tenfizine yönelik bir anlaşmanın bulunmadığı hallerde mütekabiliyet kanundan veya fiili uygulamadan[1141] doğabilir.

Madde hükmünün aradığı anlamda bir karşılıklılıktan bahsedebilmek için, tenfizi istenen yabancı mahkeme ilâmının verildiği ülkede de aynı veya benzer şartlarla Türk mahkemelerince verilen kararların tenfizinin mümkün olabilmesi gerekir. Şu halde Türkiye Cumhuriyeti ile (X) devleti arasında ticarî kararlara ilişkin ilâmların tenfizini mümkün kılan bir anlaşmanın veya kanunun bulunması (X) devleti mahkemelerince verilen velâyete ilişkin kararların Türkiye'de tenfizine imkân sağlamaz. Mütekabiliyet için aynı veya benzer nitelikteki mahkeme ilâmlarının karşılıklı olarak tenfizinin mümkün olabilmesi gerekir. Mütekabiliyet şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti hâkimin görevidir ve re'sen araştırılacaktır. Hiç şüphesiz hâkim bu hususun tespitinde, MÖHUK madde 2 gereğince tarafların yardımını isteyebilir.

Mütekabiliyet şartının gerçekleşmesi her devlette tam ve aynı olmamaktadır. Yabancı devlet, Türk mahkeme kararlarına Türk hukukunda yer alan şartlardan daha ağır olmayan şartlara

---

anlaşmasında mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine yönelik hükümler mevcuttur. (RG. 25.08.1993- 21679), T.C. ile Çin arasında Hukukî ve Ticarî konularda Adlî Yardım anlaşmasında mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine yönelik hükümler mevcuttur. (R.G.12.11.1994- 22109), T.C. ile Gürcistan arasında Hukukî ve Ticarî konularda Adlî Yardım anlaşmasında mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine yönelik hükümler mevcuttur. (RG. 24.09.1997- 23090), Türkiye ile Hollanda arasında Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında Sözleşme (RG. 14.09.1975 – 15356), T.C. ile Polonya arasında mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine yönelik anlaşma mevcuttur. (RG. 23.07.1990 – 20583). T.C – Mısır arasında mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında sözleşme mevcuttur. (R.G. 9.4.2000-24015) Sözleşmenin 1. maddesi uyarınca Aile Hukukuna ilişkin verilen ilamlar sözleşme kapsamı dışında tutulmuştur. Buna mukabil, hukukî ve ticarî konularda mahkeme ve hakemlerce verilen ilâmların tanınması ve tenfizi sözleşme kapsamındadır.

[1137] İkili anlaşmaların listesi için bkz Nomer /Şanlı s. 440 dn 246.

[1138] Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Bkz. Yar. 11. HD. 12.9. 1974 (E. 1974/1758 –K. 1974/2406)

[1139] Davacı taraf açıkça MÖHUK hükümlerine dayanarak davasını ikâme etmiş veya hâkim tarafından re'sen MÖHUK hükümlerine dayanılmış olabilir.

[1140] Cemal Şanlı, Türk hukukunda çocukların velâyetine ve korunmasına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, MHB Yıl 16 Sayı 1-2 1996 s.74.

[1141] İsviçre,Suriye,İran ile Türkiye arasında mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda karşılıklı anlaşma bulunmamakla birlikte fiili mütekabiliyet bulunmaktadır.(Çevrimiçi www.uhdigm.adalet.gov.tr/ts.htm. (19.03.2006)

tâbi tutarak tenfiz etmekte ise mütekabiliyetin gerçekleştiği kabul edilir[1142]. Kararın verildiği ülke hukukundaki tenfiz şartları, Türk hukukundakine eşit veya benzer nitelikte olmalıdır[1143]. Ancak böyle bir durumda, iki hukuk sistemindeki tenfiz şartları arasında bir denklikten ve buna bağlı olarak hukukî mütekabiliyetin varlığından söz edilebilir[1144].

Şayet yabancı devletin aradığı şartlar arasında "revision au fond"[1145] prensibi var ise, mütekabiliyetin gerçekleştiği iddia edilemez[1146].[1147] Türk mahkemelerinden sadır velâyete ilişkin ilamlar, tenfiz aşamasında (X) devletinde esastan inceleniyor ise (X) devleti mahkemelerince verilen velâyete ilişkin ilâmlar da Türkiye'de tenfiz edilemeyecektir. Ancak, "revision" sistemine sahip olmakla birlikte fiilen Türk mahkeme kararlarını tenfiz eden devlet mahkemelerince verilen kararlar bakımından mütekabiliyet şartının gerçekleştiği kabul edilmektedir[1148].

b. Münhasır Yetkinin İhlal Edilmemiş Olması

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için "ilamın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması gerekir."

Bir takım ihtilâflar için, devletler kendi mahkemelerini münhasır yetkili olarak düzenlemiştir. Münhasır yetkinin söz konusu olduğu durumlarda, yabancı kararlar tenfiz devletinin mahallî hukuku uygulanarak verilmiş olsa bile tanınıp, tenfiz edilmezler. Devletlerin kendi mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunu beyan ettikleri konular, bizzat kendi maddî

[1142] Aysel Çelikel Milletlerarası Özel Hukuk, Çelikel Aysel/ Erdem Bahadır, Beta Basım, İstanbul, 2007,s.583.

[1143] İngiliz hukukunda görülmekte olan tenfiz davasında, "Estoppel doktrini uyarınca" davalı, dava konusu kararın verildiği yargılamadaki beyan, iddia, delil ve davranışlarıyla bağlıdır. Common Law'da öngörülen tenfiz şartları bakımından, kararı veren mahkemenin milletlerarası yetkisinin bulunması, savunma haklarına riayet edilmesi ve kararın İngiliz kamu düzenine aykırı olmaması, tenfiz kararının verilmesi için yeterlidir. Bu şartlar göz önüne alındığında İngiliz hukukunda öngörülen tenfiz usulü Türk hukukundan farklı olmakla birlikte, aranılan şartlar benzerlik veya denklik içerdiğinden Türkiye ile İngiltere arasında mahkeme kararlarının tenfizi bakımından hukukî mütekabiliyetin varlığı kabul edilmektedir. (Bkz. Şanlı Cemal, Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları,İstanbul, 3. Bası,2005, s. 202.)

[1144] Cemal Şanlı, Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları,İstanbul, 3. Bası,2005, s. 197.

[1145] Belçika hukukunda, tenfiz davalarında yabancı kararın,Türk hukukuna uygunluğunun esastan tetkiki (revision au fond) yapıldığı için hukukî mütekabiliyetten bahsedilemez. Belçika hukukunda varlık bulan revision sisteminin dayanağını oluşturan Belçika Usul Kanununun 570. maddesine göre tenfiz hâkimi, yabancı karara konu teşkil eden davayı esastan inceleyebilmektedir. (Bkz. Şanlı Cemal, Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 3. Bası,2005, s. 199.)

[1146] Bkz. Nomer /Şanlı s. 442.

[1147] Aysel Çelikel Milletlerarası Özel Hukuk, Çelikel Aysel/ Erdem Bahadır, Beta Basım, İstanbul, 2007,s.583-584.

[1148] Aysel Çelikel Milletlerarası Özel Hukuk, Çelikel Aysel/ Erdem Bahadır, Beta Basım, İstanbul, 2007,s.584.

hukuk kurallarının idaresi altındadır[1149]. İç hukukta kamu düzeni düşüncesine dayanan kesin yetki kuralının 38. maddenin (b) bendi anlamında münhasır yetki kuralı olarak kabul edilebilmesi için, ihtilâfın mutlaka Türk mahkemelerinde görülmesi amaçlanmış ve bu amaca uygun olarak da daima yetkili bir mahkemenin hazır bulundurulmuş olması gerekir[1150]. Mahkemenin yetkisinin münhasır olduğu durumlarda, ihtilâf mutlak surette Türk mahkemelerinde görülerek karara bağlanacaktır.

Velâyet davaları bakımından Türk mahkemelerinin münhasır bir yetkisi söz konusu değildir. Zira MÖHUK'un 28.madde hükmü, kişi hallerine ilişkin davaların Türklerin ikamet ettikleri ülke mahkemelerinde açılabilmesine imkân tanımaktadır. Bu nedenle Türk hukukunda, gerek Türk vatandaşı gerekse yabancı küçüklerin velâyetine ilişkin davaların münhasıran Türk mahkemelerinde görülmesini öngören bir yetki kuralı mevcut değildir[1151]. Şu halde yabancı bir mahkemeden verilen velâyete ilişkin bir karar, şartları varsa Türkiye'de tenfiz edilebilecektir.

c. Hükmün Kamu Düzenine Aykırı Olmaması (MÖHUK m.38/c)

Yabancı kararın tenfiz edilebilmesi için "Hükmün, Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması gerekir."

Velâyete ilişkin yabancı bir mahkeme kararının Türkiye'de tenfiz edilebilmesi için, kamu düzeni müdahalesini gerektirecek hüküm taşımaması gerekir[1152]. Tenfiz talebinin reddedilebilmesi için, yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması gerekir. Yargıtay'ın ifadesiyle, yabancı ilâmın, toplumun huzurlu ve uyumlu bir yaşam sürdürebilmesi için uyulması zorunlu hukukî, ahlakî ve vicdanî temel kurallarına, açıkça aykırılık hâli oluşturmayan bir eda hükmü niteliğinde olması gerekir[1153]. Tenfizi istenen velâyete ilişkin yabancı ilâmın, Türk aile hukukunun ve anayasasının temel ilkelerine, Türk örf adet ve temel ahlakî değerlerine uygun olması gerekir[1154].

[1149] Nuray Ekşi, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi,Beta Basım, İstanbul,2000, s. 212.
[1150] Cemal Şanlı, Türk hukukunda çocukların velâyetine ve korunmasına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, MHB Yıl 16 Sayı 1-2 1996 s. 204.
[1151] Cemal Şanlı, Türk hukukunda çocukların velâyetine ve korunmasına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, MHB Yıl 16 Sayı 1-2 1996 s..75.
[1152] Nomer /Şanlı s. 444.
[1153] Nomer /Şanlı s. 447.
[1154] Cemal Şanlı, Türk hukukunda çocukların velâyetine ve korunmasına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, MHB Yıl 16 Sayı 1-2 1996 s.76.

Yargıtay, velâyete ilişkin düzenlemeleri kamu düzeninden kabul etmektedir. Yargıtay, bu anlayış doğrultusunda, velâyet sorumluluğunun sadece ana ve babaya tanındığını (TMK. 335, 336, 337) evlât edinme isitisna olmak kaydıyla, anne ve babadan başka hiçbir kişiye tevdi olunamayacağı[1155] gerekçesiyle, küçüğün velâyetini anne dışında bir kişiye bırakan yabancı mahkeme kararının tenfiz edilemeyeceğine hükmetmiştir[1156].[1157] Yargıtay başka bir kararında[1158] da yabancı boşanma ilâmında müşterek çocukların velâyetlerinin ana ve babaya birlikte verilmesini öngören hükmü, boşanma hâlinde velâyetin eşlerden birine verilmesi gerektiğini ifade eden Türk hukuku (TMK. 336) karşısında, kamu düzenine aykırı bulmuş ve tenfiz talebini reddetmiştir. Yargıtay'ın belirtilen görüşüne katılmak mümkün değildir. Bir konunun, Devletler Özel Hukuku bakımından kategorik bir önyargıyla kamu düzeninden değerlendirilmesi doğru değildir. Türk hukukunda boşanma sonrası velâyetin eşlerden birine verilmesi gerektiğini öngören hüküm, her zaman çocuğun üstün menfaatine hizmet etmeyebilir. Velâyetin tanziminde esas olarak çocuğun menfaatinin dikkate alınması gerekir. Nitekim Yargıtay bir kararında[1159] yabancı boşanma ilâmının tanınmasına karar verirken, eşlerin anlaşmasına dayalı olarak verilen velâyet kararını tenfiz etmemiştir. Velâyetin, çocukların gelecekleri düşünülerek ve onların ruhsal ve bedensel gelişimlerinin eşlerden hangisinin yanında en iyi sağlanacağının araştırılarak verilmesi gerektiği düşüncesinden yola çıkan Yargıtay, yabancı mahkemenin sadece eşler arasındaki anlaşmayı esas alarak verdiği kararı Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulmaktadır.

Çocuğun menfaati ikinci plana atılarak doğrudan dinî, millî, kültürel, etnik veya sosyal mülahazalardan hareket edilmesi ve velâyetin münhasıran bu mülahazalardan hareketle düzenlenmesi kamu düzenine aykırılık yaratabilir. Bu görüş açısından hareketle çocuğun

---

[1155] Yargıtay 2.HD. 24.5.2000, 6838/6895. RG 16.6.2000-24081.; 2. HD. 25.5.2000 6838/6934. RG. 16.6.2000-24081.

[1156] Yargıtay 2.HD. 2.4.2003 E. 3784/ K.4670; Yargıtay 2. HD. 21.09.2004 RG. 13.10.2004-25612.

[1157] Yargıtay'ın bu anlayıştan farklı olan yeni kararları da bulunmaktadır. Sözgelimi küçük kardeşlerin velâyetlerini davalı anneden alarak babaya veren Danimarka Sonderberg mahkemesinin verdiği kararı esastan inceleyen ilk derece mahkemesi, kamu düzeni gerekçesiyle tanınma talebini reddetmiştir. Temyiz itirazını değerlendiren Yargıtay ise verdiği kararında, tanınması talep edilen velâyet ilamının, Lüksembourg Sözleşmesi hükümlerine istinaden esastan incelenemeyeceğine ve de kamu düzenine açıkça aykırı bir ilâmın bulunmamasından ötürü velâyete ilişkin yabancı ilâmın tanınmasına hükmetmiştir. (Yargıtay 2.HD. E.2004/10683 K.2004/13120 ve 4.11.2004 Sayılı Kararı için bkz. İBD. Cilt 81 Sayı 2 Yıl 2007 s.708-709.)

[1158] Yargıtay 2.HD. 20.03.2003 tarihli E. 2003/2818 K.2003/3889 sayılı kararı. (İstanbul Barosu Dergisi 4/2003 s. 1008-1009.) *"yabancı mahkemenin çocukların velâyetini anne ve babaya müşterek olarak bırakması Türk Medenî Kanununa aykırıdır. Velâyet kamu düzeni ile ilgilidir; bu konuda yabancı hukukun getirdiği çözüm geçersizdir. Bu durum karşısında yabancı mahkeme kararının velâyete ilişkin kısmı hakkındaki tenfiz isteği ret edilmelidir."* Benzer yönde karar için Bkz. Yargıtay 2.HD. 15.04.2003 tarihli E. 2003/4019 K.2003/5500 sayılı kararı (www.kazanci.com.)

[1159] Yargıtay 2.HD. 28.2.1991, E.1991/2108 K. 1991/3555. Ruhi Ahmet Cemal, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**, Ankara, 2003, s.355.

menfaatini dikkate almadan, velâyet sorumluluğunu yaşa, etnik kökene, dil, din, renk esasına, ülke farkına, cinsiyete göre ana ya da babadan birine otomatik olarak veren kararlar veya anne ve babalık duygusunun tatminine imkân vermeyen kararlar, velâyetin kendisine verilmediği taraflа çocuk arasında şahsi münasebet tesis etmeyen kararlar, velâyetin kendisine verilmediği tarafla çocuk arasında şahsi münasebetlerin fiilen icrasını imkansız kılan veya zorlaştıran kararlar kamu düzenine aykırı sayılabilir[1160].

Çalışma konumuzu ilgilendirmesi sebebiyle, boşanma sonrası müşterek velâyete hükmeden yabancı mahkeme kararları üzerinde önemle durmak istiyoruz. TMK madde 336/II hükmü uyarınca ortak hayata son verilmesi veya ayrılık hâlinde hâkime, velâyeti eşlerden birine verebilme imkanı tanınmıştır. O halde düzenlemenin mana-î muhalifinden çıkan anlam uyarınca hâkim, velâyeti eşlerden birine tevdi etmek yerine, her iki eşe birden tevdi edebilir. Hâkime takdir hakkı veren TMK. hükmü karşısında Yargıtay'ın, velâyeti doğrudan kamu düzeninden sayması, yerinde değildir. Nitekim İsviçre Medenî Kanunu madde 297/II hükmü de ayrılık halinde hâkimin, velâyeti ana babaya, herhangi bir şarta bağlı olmaksızın birlikte tevdi edebileceğini öngörmektedir. Doktrinde Öztan, velâyet sorumluluğunun, ana babaya birlikte bırakılmasının isabetli olacağı görüşünü ileri sürerek, bunun psikologlar tarafından da savunulduğunu dile getirmiştir[1161]. Yazara göre TMK'nun 182. maddesinde, velâyetin ana babaya birlikte bırakılmayacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak madde hükmü açıkça "çocuğun yararı" kriterine yer vermiştir. Bu bakımdan madde hükmünü geniş yorumlamak suretiyle, çocuğun yararına olacaksa ve eşler bu hususta anlaşmışlarsa, velâyetin eşlere birlikte bırakılmasının mümkün olabileceği savunulmaktadır[1162]. Anılan yazara göre anlaşmalı boşanmada, eşlerin velâyet meselesinde anlaşmaları durumunda, hâkim çocukların velâyetini her iki eşe birlikte bırakılabilmelidir. Çünkü TMK. madde 182/2, hükmü velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin, çocukla ilişkilerinin nasıl düzenleneceğini hükme bağlamıştır. Bu maddenin yorumundan, velâyetin sadece eşlerden birine bırakılmasının zorunlu olduğu anlamı çıkartılmamalıdır. Yazara göre, TMK. madde 336/III hükmü velâyetin her iki eşe birlikte verilemeyeceği şeklinde yorumlanamaz. Çocuk hukukunda temel prensip, çocuğun

[1160] Cemal Şanlı, Türk hukukunda çocukların velâyetine ve korunmasına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, MHB Yıl 16 Sayı 1-2 1996 s..76.
[1161] Öztan Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2004, s.466.
[1162] Öztan Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2004 s. 467.

yararıdır. Bu nedenle kanundaki örtülü boşluk, çocuğun yararına doldurulmalıdır[1163]. Bu yarar gözetilirken, özellikle çocuğun sağlığı, alacağı eğitim ve edineceği ahlâk dikkate alınmalıdır.

İsviçre öğretisinde, anlaşmalı boşanmada eşler, mahkemenin takdir hakkını saklı tutmak kaydıyla ergin olmayan çocukları hakkında düzenlemede bulunabilmektedirler. Mahkemeler, çocuğun kimde kalacağının düzenlenip düzenlenmediğini ve tarafların bu konuda taleplerinin olup olmadığını incelemekle yükümlüdür[1164]. ZGB Art. 133/f3 hükmüne göre, çocuğun velâyeti veya ortak velâyet halinde çocuğun kimin yanında kalacağı hususları mahkemece re'sen araştırılmalıdır[1165]. Benzer bir yaklaşım Alman ve Fransız[1166] hukukları için de geçerlidir. Almanya'da eşlerin, velâyet ve kişisel ilişkiler konusunda öneri getirebilecekleri, ana babanın taleplerinin hâkimi bağlayıcı bir yönü olmadığı, hâkimin önüne getirilen öneriyi göz önünde tutmakla beraber bu öneriyi çocuğun menfaati açısından değerlendirebileceği, gerekirse reddebileceği belirtilmektedir[1167]. Bu bağlamda Alman Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir kararda; anne ve babanın boşanmadan sonra velâyete yönelik ortak sorumluluklarının, karine olarak çocuğun menfaati için en iyi çözüm olacağı dile getirilmiştir[1168]. Fransız hukukuna baktığımızda, Medenî Kanunun 287. maddesi velâyetin birlikte kullanılmasını kural, tek başına kullanılmasını ise istisnâ olarak görmüştür. Hâkimin, velâyet yetkisine müdahalesi istisnaî mahiyettedir. Hâkim, sadece çocuğun olağan oturma yerini belirlemek üzere, üstelik de ancak ana ile babanın kendi aralarında anlaşamamaları veya yapılan anlaşmanın çocuğun menfaatine aykırı olduğu hallerde müdahale edebilmektedir[1169]. Avusturya Medenî Kanunu, müşterek velâyeti ancak boşanan ana ve babanın birlikte yaşamaları ve de çocuğun menfaatinin ihlal edilmemesi koşuluyla kabul etmektedir[1170].

Macar hukukuna baktığımızda 1995 yılında gerçekleştirilen reform neticesinde, boşanma sonrası eşlere müşterek velâyet sorumluluğu tanınabilmektedir. FLA[1171] madde 72/2 hükmü uyarınca hâkimin, boşanma sonrası eşlere müşterek velâyet tesis edebilmesi için tarafların bu

[1163] Bilge Öztan, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2004 s. 467.
[1164] Nevzat Özdemir; Türk – İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul,2003, s. 165.
[1165] Bkz. Bilge Öztan, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2004, s.466.
[1166] Fransız Medeni Kanununun 287. maddesi buna örnektir.
[1167] Nevzat Özdemir; Türk – İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul,2003, s. 165.
[1168] Cengiz Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması**, Ankara, 2004,s.40'dan naklen; Coester M. FamRZ 1991, s. 260.
[1169] Cengiz Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması**, Ankara,Turhan Kitapevi, 2004,s.46.
[1170] ABGB madde 177 ve 167. Cengiz Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması**, Ankara, 2004,s.147.
[1171] Macar Medenî Kanunu.

hususta uzlaşmaya varması veya bir anlaşma yapması yeterli olmayıp aynı zamanda bu haklarını nasıl kullanacaklarını ortaya koyan ve bu niyetle kendi aralarında bir iş bölümünü öngören bir protokolü de ibraz etmeleri gerekmektedir[1172]. Bunun yanında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 28 Şubat 1994 tarihli Tavsiye Kararında da evliliğin sona ermesi veya ayrılık hâllerinde, yetkili makamın, çocuğun menfaatine aykırı düşmedikçe, ana ile babanın velâyete yönelik yaptığı anlaşmayı göz önüne alması gerektiği belirtilmiştir.

Türk hukukunda mahkemeler, eşlere boşanma sonrası müşterek velâyet verilmesini öngörmediği gibi, yabancı mahkeme ilâmlarında hükme bağlanan müşterek velâyete ilişkin kararların tenfizini de kamu düzeni gerekçesiyle reddetmektedirler[1173]. Mahkemelerin bu yaklaşımı haklı olarak eleştirilmektedir. Konumuz bakımından hemen söylemeliyiz ki; tenfiz davalarında, hâkim sadece hükümle yetineceğinden dosyayı esastan inceleyemez. Boşanma davasına bakan yabancı hâkim, eşlerin anlaşmasını dikkate alarak ve de çocuğun üstün menfaatini gözeterek boşanma sonrası eşlere müştereken velâyeti bırakmış ise, bu ilâmın tenfizinin, Türk hukuku bakımından kamu düzenine aykırılık yaratacağı kolayca söylenemez. Kaldı ki; velâyet konusunda üstün tutulması gereken değer, toplumun veya anne babanın menfaati olmayıp bizzat çocuğun menfaatidir[1174]. Hâl böyle olunca esas davaya bakan hâkim, çocuğun yüksek menfaatini gözeterek eşlere müşterek velâyeti bırakmış ise, bu kararın tenfizinin çocuğun yararına olduğu kabul edilmelidir. Uygulamada Türk mahkemeleri, önlerine gelen yabancı boşanma ilamlarını tanımakla birlikte, çocukların velâyetini müştereken eşlere bırakan yabancı mahkeme ilâmlarını tenfiz etmemektedirler. Mahkemeler böyle durumlarda, bir tedbir kararı alarak çocuğun velâyetini eşlerden birine tevdi etmektedir. Hal böyle olunca, eşler Türk

---

[1172] Çevrimiçi www.europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/parental_resp/parental_resp_hun_en.htm 03 Şubat 2006.

[1173] Hollanda Amsterdam Mahkemesinin boşanma sonrası eşlere yüklediği müşterek velâyet sorumluluğuna ilişkin ilam, kamu düzeni gerekçesiyle reddedilmiştir. Bkz Yargıtay 2.HD'nin 27.12.2004 tarih ve E. 2004/13947, K.2004/15854 sayılı kararı (www. kazanci.com); Hollanda Rotterdam Mahkemesinin verdiği karar aynı gerekçeyle reddedilmiştir. Bkz.Yargıtay 2.HD'nin 22.11.2004 tarih ve E. 2004/12285 K. 2004/13680 sayılı kararı (www. kazanci.com.tr); Hollanda S-Hertogenbosch Bölge Mahkemesinin verdiği kararda aynı gerekçeyle reddedilmiştir. Bkz.Yargıtay 2.HD'nin 26.08.2003 tarih ve E. 2004/9168 K. 2004/10346 sayılı kararı.(RG. 13.10.2004-25612); Yabancı bir mahkemenin müşterek velâyete hükmeden ilamın tenfizinin kamu düzeni gerekçesiyle reddi için Bkz. Yargıtay 2.HD'nin 20.03.2003 tarih ve E. 2003/2818 K.2003/3889 sayılı kararı.(İBD. Cilt 77 Sayı 4 Yıl 2003, s.1008-1009.) Boşanma sonrası çocuğun müşterek velâyetini eşlere bırakan Alman Wiesloch mahkeme ilamının tenfizinin reddi için Bkz. Yargıtay 2.HD. 15.04.2003 tarihli E. 2003/4019 K.2003/5500 sayılı kararı (www.kazanci.com.) Alman Fürth mahkemesince verilen ilamın tenfizinin reddi için Bkz. Yargıtay 2.HD.'nin 02.04.2003 tarihli E. 2003/3784 K.2003/4670 sayılı kararı (www.kazanci.com)

[1174] Nitekim Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 3. maddesinin 1. fıkrasında mahkeme ve idarî makamlar tarafından yürütülen faaliyetlerde çocuğun menfaatinin temel unsur olduğu kabul edilmektedir. "Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir."

hukuku bakımından boşanmış kabul edilmekle birlikte, çocukları üzerindeki müşterek velâyet yetkilerini kullanamaz duruma düşmektedirler. Bu sorunun üstesinden gelmek amacıyla eşler, Türk mahkemelerinde tekradan velâyet davası açmak zorunda kalmaktadır. Keza tanınması istenen yabancı ilâmda, velâyete ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde, çocuğun kimin yanında kalacağına Çocuk Esirgeme Kurumundan gelecek rapor üzerine Türk hâkimi karar verecektir[1175].

Türk mahkemesinin velâyetin kamu düzeninden olduğuna ilişkin yorumu, Türkiye'nin taraf olduğu Çocuk Hakları Sözleşmesinin[1176] 3. ve 18. maddesine aykırılık yaratmaktadır[1177]. Zira, Anayasa madde 90 gereği, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar, aynı konuda farklı hükümler içeren kanunlara oranla öncelikli uygulanacaktır. Keza sözleşme hükümleri ile kanun hükümlerinin çeliştiği durumlarda da gene milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınacaktır[1178].

Kanaatimizce boşanma sonrası eşlere müşterek velâyet yetkisi tanımayan TMK 336/3 hükmünün dar yorumlanması, Anayasamızın 41. maddesine aykırılık yaratmaktadır. Ailenin, eşler arasında eşitlik esasına dayandığını kabul eden bu hüküm karşısında boşanma sonrası velâyet yetkisini sadece eşlerden birinin sorumluluğuna bırakmak, Anayasa hükmünün ruhuna aykırı düşmektedir. Eşlerin boşanması ile aile kavramı sona ermiş olsa da, çocuk için biyolojik anne ve babası onun ailesi olarak kalmaya devam etmektedir.

Türk hukukunda müşterek velâyet konusunu detaylı olarak inceleyen Koçhisarlıoğlu; velâyetin ana babadan sadece birine tevdiinin her zaman çocuğun menfaatine hizmet etmediğini ileri sürerek; yasa koyucunun bunu bile bile her somut olay için velâyetin eşlerden sadece birine verilmesi gerektiğini benimsemesini ve bunu önceden ilân etmesini makûl bulmadığını dile

---

[1175] Bu yöndeki Yargıtay kararı için Bkz. Yargıtay 2. HD.'nin 06.04.2004 tarih E.2004/1187 K. 2004/4389 sayılı kararı (www.kazanci.com)

[1176] 4508 sayılı onayı uygun bulma kanunu için Bkz. RG. 11.12.1994-22138; Metnin yayınlandığı Resmi Gazete için Bkz. RG. 27.01.1995-22184.

[1177] Sözleşmenin 18. maddesine göre "Taraf devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında anne babanın her ikisinin de sorumlu oldukları ilkesinin tanınmasını temin etmek üzere en üst derecede gayret göstereceklerdir. Çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında sorumluluk öncelikle anne ve babaya aittir." Sözleşmede öngörülen temel prensip uyarınca, çocuğun gerek yetiştirilmesinde gerek gelişme evresinde eşler müştereken sorumlu tutulmaktadır. Bu sorumluluk bilinciyle eşlerin anlaşarak ve de bu hususun mahkemece çocuğun menfaatine olduğu gözetilerek eşlerin, boşanma sonrası müşterek çocukları üzerinde sorumluluklarını devam ettirmek istemelerinden daha doğal daha yerinde bir anlayış kanaatimizce ancak istisnaî durumlarda söz konusu olabilir. Olumsuz uygulamaların yaşanabileceği istisnaî durumları gözeterek, esas kuralın tek başına velâyet yetkisinin kullanılması gerektiğini iddia etmek kanaatimizce yerinde değildir.

[1178] Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun. madde 7. RG. 22.5.2004- 25469.

getirmiştir. Yazar bu hususta hâkime geniş takdir yetkisinin tanınarak somut olaylar bakımından eşitlikçi bir sistemin öngörülmesini teklif etmektedir[1179]. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

Anlaşmalı boşanmalarda kamu düzeni kriterinin uygulanmasının gerekip gerekmeyeceği tereddüt yaratabilir. Türk hukukunda anlaşmalı boşanabilmek için eşlerin en az bir yıldır evli olması gerekir. TMK. Madde 166 fıkra 3 hükmü karşısında, anlaşmalı boşanma için bir seneden daha az veya hiçbir süre öngörmeyen yabancı ilâmların tanınıp tanınmayacağı kuşku yaratabilir. Ancak Türk hukukundaki her emredici düzenleme kanunlar ihtilâfı bakımından kamu düzeni uygulamasını haklı kılmamaktadır. Yabancı hukuklarda anlaşmalı boşanma davasının açılabilmesi için eşlerin belli bir süre evli kalmasının öngörülmemiş olması veya Türk hukukunda öngörülen bir yıllık süreden daha kısa bir sürenin öngörülmüş olması, kesinleşen yabancı boşanma ilâmının Türk mahkemelerinde tanınmasını engellemez. Kanaatimizce, TMK madde 166/3 hükmü gerekçe gösterilerek kamu düzenine aykırılık iddiasında bulunulamaz. Zira tarafların bir sene önce veya sonra boşanmış olmalarının meydana getirdiği veya getireceği sonuç, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık yaratmayacaktır[1180].

d. Savunma Haklarının İhlal Edilmemiş Olması (MÖHUK md. 38/d)

Tenfize konu olan velâyet sorumluluğuna ilişkin kararın, davalının savunma haklarına riayet edilerek verilmiş olması gerekir.

Yabancı mahkemede aleyhine velâyet kararı verilen kişinin, Türkiye'de görülen tenfiz davasında savunma haklarına riayet edilmediği yönünde itirazda bulunmamış veya bulunsa da bu itirazın reddedilmiş olması gerekir. Davalının, yabancı mahkemede gerçekleşen yargılamaya usulüne uygun olarak çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş veya mahkemenin görüldüğü ülkenin kanununlarına aykırı şekilde gıyabında hüküm verilmiş ise, davalı Türkiye'deki tenfiz davasında itirazda bulunabilme hakkına sahiptir. Şu halde davalı, savunma hakları bakımından (d) bendinde öngörülen üç ihtimal çerçevesinde itiraz hakkına sahip bulunmaktadır. Ancak bu üç ihtimal dışında bir savunma hakkı ihlalî söz konusu olursa ve de bu savunma hakkının ihlali, kamu düzenimizi açıkça ihlal edecek nitelikte ise MÖHUK madde 38/c bendine isitinaden

[1179] Cengiz Koçhisarlıoğlu, **Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2004, s.154.
[1180] Giray Faruk Kerem, 4721 Sayılı Türk Medenî Kanununda Yer Alan "Aile Konutu" Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, **MHB**, Yıl 23 Sayı 1-2, 2003,İstanbul, s.439.

tenfiz talebi mahkemece re'sen reddedilebilecektir[1181]. Oysa hâkim (d) bendi kapsamındaki hususları re'sen dikkate alamaz. Davalı tarafın, bunu itiraz olarak ileri sürmesi gereklidir.

38. maddenin (d) bendinde sayılan usulî işlemlerin usulüne uygun yapılmamış olması, yabancı mahkeme ilâmının tenfizinin reddi için yeterlidir. Yapılan usulsüzlük sebebiyle, ayrıca davalının savunma hakkının ihlal edilmiş olması aranmaz[1182].

MÖHUK madde 38/d bendi esas olarak davalı tarafı dikkate almıştır. Bu sebeple, velâyet sorumluluğuna ilişkin davada, çocuğun mahkemece dinlenmemiş olması veya ifadesinin alınmamış olması madde hükmü bakımından hiçbir etki doğurmamaktadır. Ancak, yaşı itibariyle görüşünün dikkate alınabileceği bir yaşta olan çocuğun, velâyet sorumluluğuna ilişkin davanın görüldüğü yabancı mahkemece hiç dinlenmemiş olması MÖHUK madde 38/c anlamında kamu düzenine aykırılık yaratabilir.

e. Türk Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Yetkili Kıldığı Maddî Hukukun Uygulanmış Olması (MÖHUK. md. 38/e)

Yabancı kararın tenfiz edilebilmesi için Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilamda, Türk kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince yetkili kılınan hukukun uygulanmamış olması gerekir.

Yabancı mahkemelerden, Türk vatandaşı çocuklarla ilgili olarak verilen velâyet ilâmlarının tanınıp tenfiz edilebilmeleri için, yabancı mahkemenin, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği maddî hukuku uygulayarak karar vermiş olması gerekir. Aksi halde davalının itirazı üzerine, tenfiz talebi reddolunur[1183]. Şu halde, 38. maddenin (e) bendine istinaden tenfiz talebine itiraz edebilmek için, kararın Türk maddi hukuku uygulanarak verilmemiş olması değil; Türk kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukukun uygulanmamış olması gerekir[1184]. 38. maddenin (e) bendi hâkim tarafından

[1181] Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, 14. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2006, s. 451 ; Bahadır B. Erdem, Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizi İle Avrupa Birliği Brüksel II Tüzüğü, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No:18, 2006, s.140.
[1182] Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, 14. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2006, s. 450'den naklen.
[1183] Cemal Şanlı, Türk Hukukunda Çocukların Velâyetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, **MHB** Yıl 16 Sayı 1-2 1996 s.79.
[1184]Cemal Şanlı, Türk Hukukunda Çocukların Velâyetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, **MHB** Yıl 16 Sayı 1-2 1996 s.78.

re'sen dikkate alınamaz. Bu hususun sadece davalı Türk vatandaşları tarafından itiraz olarak ileri sürülmesi gerekir.

38. maddenin (e) bendi, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarının yetkili kıldığı maddî hukukun uygulanmasını, bu hukukun olaya gerçekten tatbik edilmiş olmasını ve doğru uygulanmasını kapsar. Sadece Türk kanunlar ihtilâfı kurallarının yetkili kıldığı maddî hukuka atıf yapılmış olması veya bu kuralların atıfta bulunduğu maddî hukukun yanlış ya da eksik uygulanması, madde anlamında Türk kanunlar ihtilâfı kurallarının yetkili kıldığı hukukun uygulanmış olması anlamına gelmez[1185].

38. maddenin (e) bendiyle ilgili olarak yabancı mahkemece, Türk hukukunun yanlış uygulanması halinde bunun ne gibi bir sonuç doğuracağı noktasında, doktrinde görüş farklılıkları mevcuttur. Doktrinde bir görüş[1186], Türk hukukunun yabancı mahkemece yanlış uygulanmasının 38. maddenin (e) bendi uyarınca bir tenfiz engeli oluşturmayacağını zira "révisyon au fond"[1187] yasağının bulunduğunu ancak davanın esasına bakan yabancı mahkemede bu husus ileri sürülmüş ve mahkemece bu yöndeki itiraz hiç dikkate alınmamış ise madde 38/e'ye istinaden tenfiz talebinin reddedilebileceğini öngörmektedir. Yargıtay HGK.'nun 1994 tarihli bir kararı[1188] bu görüşü esas alarak yabancı hukukun yanlış yorumlanmasına ilişkin itirazın Türk mahkemelerinde ileri sürülebilmesini, davalının bu hususu yabancı yüksek mahkemeler nezdinde temyizen ileri sürmüş olması şartına bağlamıştır. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı da bu yöndedir[1189]. Buna mukabil doktrindeki diğer bir görüşe göre, maddenin sevk amacı bizaat Türk vatandaşlarını korumaktır. Yabancı mahkemece Türk hukukunun yanlış yorumlanması veya hatalı tatbik edilmesi halinde, ilgilinin itirazı üzerine Türk hâkimince tenfiz talebinin reddi gerekecektir[1190]. Doktrindeki diğer bir görüşe göre[1191], hâkim, Türk

[1185] Cemal Şanlı, Türk Hukukunda Çocukların Velâyetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, **MHB** Yıl 16 Sayı 1-2 1996 s.79.; Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, 14. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2006, s. 452.

[1186] Aysel Çelikel, Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, 2004,s.400.

[1187] Detaylı bilgi için bkz. Günseli Öztekin Gelgel ¸ Türk Hukukunun Yorumunda Hata Yapılmasına İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.06.2000 Tarihli Kararı, MHB, Yıl.19-20, Sayı 1-2, 1999-2000, s 780-781. Revision au fond Fransız ve Belçika hukukunda bulunan bir sistemdir. Bu sistemde hâkim, önüne gelen yabancı mahkeme ilâmını tekrardan esasdan incelemektedir.

[1188] Yargıtay HGK Kararının18.05.1994 Tarihli E. 1994/2-262, K.1994/358 için bkz. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 95/1 Yıl.8 s.157-160.

[1189] Bkz. 21.6.2000 tarihli HGK, E.2000/2-1051 K.2000/1068, Yargıtay Kararları Dergisi 2000 Sayı 4, s.483-491.

[1190] Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, 14. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2006, s. 452. Aynı görüş için Bkz. Şanlı Cemal, Türk Hukukunda Çocukların Velâyetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, **MHB** Yıl 16 Sayı 1-2 1996 s.79.

kanunlar ihtilâfı kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığını incelerken yabancı hâkimin vakıalar ve delliler üzerindeki hakimiyetine karışmayacak, sadece hukukî sebebin doğru seçilip seçilmediğine bakacaktır ki bu "révisyon au fond" değil, hukukun "*denatüre"* edilip edilmediğinin kontrolüdür. Bunun göz önüne alınması ise "revision au fond" olarak kabul edilmemektedir[1192]. Doktrindeki farklı bir görüş ise, Türk hukukunun yanlış uygulanmasının somut olayın koşullarına göre, MÖHUK madde 38/c kapsamında kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edebileceğini, bu sebeple yabancı ilâmın tenfizinin engellenebileceğini iddia etmektedir[1193]. Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüş[1194] ise yabancı mahkemede, Türk hukukunun yanlış uygulandığı gerekçesiyle yabancı temyiz merciinde yapılan itirazın hiçbir şekilde göz önüne alınmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre[1195], Türk vatandaşı kişinin yabancı temyiz merciinde bu hususu dile getirmesinin ve bunun dikkate alınmamış olmasının 38.maddenin (e) bendi kapsamında ele alınmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Zira her ülkenin kendi usul hukuku gereği temyiz sebepleri farklı olabilir ve yabancı hukukun yanlış uygulandığı iddiası bir temyiz sebebi olarak da öngörülmemiş olabilir. 38. maddenin (e) bendinin spesifik bir alanı düzenlediği ve de davalının itirazına bağlı olması sebebiyle, genel bir düzenleme niteliğinde olan ve mahkemece re'sen dikkate alınan 38. maddenin (c) bendinden farklı olduğu belirtilmektedir[1196].

38.maddenin (e) bendinin bir istisnasını, Türkiye'nin taraf olduğu Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınmasına İlişkin Sözleşme[1197] oluşturmaktadır[1198]. Müşterek velâyetin kaynağı çoğu zaman evlilik birliğinden doğar. Bu sebeple eşler arasında geçerli

---

[1191] Bahadır B. Erdem, 2675 Sayılı MÖHUK Madde 38/E Bendinin Amacı ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin Bu Konuda Müstakar Hale Gelen Kararlarının Eleştirisi, Prof.Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan,İstanbul,2000, s.338.

[1192] Günseli Öztekin Gelgel ¸ Türk Hukukunun Yorumunda Hata Yapılmasına İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.06.2000 Tarihli Kararı, MHB, Yıl.19-20, Sayı 1-2, 1999-2000, s.781.

[1193] Aydanur Gürzümar, Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkisi, MHB, 1994 Sayı.1-2, s.49.

[1194] Günseli Öztekin Gelgel ¸ Türk Hukukunun Yorumunda Hata Yapılmasına İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.06.2000 Tarihli Kararı, MHB, Yıl.19-20, Sayı 1-2, 1999-2000, s.791.

[1195] Günseli Öztekin Gelgel ¸ Türk Hukukunun Yorumunda Hata Yapılmasına İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.06.2000 Tarihli Kararı, MHB, Yıl.19-20, Sayı 1-2, 1999-2000, s.791.

[1196] Günseli Öztekin Gelgel ¸ Türk Hukukunun Yorumunda Hata Yapılmasına İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.06.2000 Tarihli Kararı, MHB, Yıl.19-20, Sayı 1-2, 1999-2000, s.791.

[1197] RG. 14.09.1975-15356. Sözleşmeye taraf olan devletler oldukça sınırlıdır. Avusturya, Almanya ve Hollandadır. (Nisan 2005 Tarihi itibariyle)

[1198] 21.6.2000 tarihli HGK, E.2000/2-1051 K.2000/1068, Yargıtay Kararları Dergisi 2000 Sayı 4, s.483-491.(Karşı oy yazısı)

bir evliliğin bulunup bulunmadığı, müşterek velâyetin tesisi bakımından önem arz etmektedir.

Söz konusu Sözleşme, evlilik bağının varlığına, yokluğuna, zevaline, geçerliliğine ve butlanına ilişkin olarak taraf devletlerin yetkili makamlarınca verilen kararların diğer âkit devletlerde tanınmasını düzenlemektedir. Sözleşmenin 3. maddesine göre, âkit devlet makamlarınca verilen bir karar, tanımanın talep edildiği devlette uygulanan kanunlar ihtilâfı kurallarınca yetkili kılınan hukuk uygulansaydı da aynı sonuca ulaşılacak idiyse, tanıma talebi reddedilemeyecektir. Ancak madde hükmünde buna iki istisna getirilmiştir. Birinci istisnaya göre, eşlerden herbiri veya biri tanıma talebinin dermeyan edildiği devlet vatandaşı ise ve de tanıma talep edilen âkit devlette bu talebin reddini gerektiren bir başka karar mevcut ise tanıma talebi reddedilebilecektir. Bu husus sözleşmenin 1. maddesinde öngörülen sebeplerden kaynaklanabilir. Verilen karar, tanımanın talep edildiği devlette daha önceden verilmiş, kesinleşmiş veya tanınmış başka bir karar ile bağdaşmıyor olabilir. Yabancı karar, tanımanın talep edildiği devletin kanunlar ihtilâfı kurallarının öngördüğü hukuktan başka bir hukuku yetkili görüp, bu hukuka göre hüküm tesis etmiş ise, tanıma talebi diğer âkit devlette reddedilebilecektir.

Madde hükmünde görülen son istisnaya göre, tanıma talebinin dermeyan edildiği devletin KİK'nca tespit edilen kanunun uygulanması ile hasıl olarak neticeye aykırı bir sonuca varılır ise yabancı kararın tanınması reddedilebilecektir. Şu halde Türk vatandaşlarının evlilik bağının varlığına, yokluğuna, zevaline, geçerliliğine ve butlanı hakkında yabancı mahkemede[1199] görülen davalarda, Türk KİK'nın öngördüğü hukuk uygulanmamakla birlikte, ortaya çıkan sonuç, Türk hukukunun öngördüğü netice ile bağdaşmakta ise tanıma talebi reddedilemeyecektir. Yabancı devletin KİK. uygulanmayıp, Türk KİK. uygulansa idi varılacak sonuç aynı olacak idiyse, Türk vatandaşı davalı, tenfize bu hususu gerekçe göstererek itiraz etmiş olsa dahi, verilmiş yabancı ilamın tanınmasını Sözleşmeye göre engelleyemeyecektir. Konumuz bakımından önem arz eden bir husus da velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfiz şartlarını taşımadığı hallerde, çocukların velâyetinin ne şekilde düzenleneceğidir. Yabancı boşanma kararı ile birlikte velâyete ilişkin hüküm fıkrasının tenfizi talep edilir ve mahkemece boşanmanın tanınmasına karar verilmesine rağmen, tenfiz talebi reddedilirse, çocukların

[1199] Avusturya, Almanya ve Hollanda mahkemeleri bakımından sadece geçerlidir.

velâyeti konusundaki boşluğun ne şekilde düzenleneceği sorun teşkil etmektedir. Doktrinde bu gibi durumlarda, mahkemenin velâyet meselesini doğrudan düzenlemesi gerektiği belirtilmiştir. Bunun bir mecburiyet olduğu ve tenfiz hâkiminin bu konuda re'sen karar verebilmesi için, velâyetin düzenlenmesine ilişkin bir talebin yapılmasına gerek olmadığı belirtilmiştir[1200]. Anayasanın, ailenin korunmasını düzenlediği 41. maddesinin 2.fıkrasında devletin, özellikle çocukların korunması için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir. Nitekim Ailenin Korunması Hakkında Kanun[1201] da, eşlerden birinin veya çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığını kendilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının bildirmesi halinde, Aile Mahkemesi hâkimi, re'sen meselenin mahiyetini gözönünde bulundurarak kanunda sayılan tedbirlerden bir ya da bir kaçını birlikte veya uygun göreceği benzeri başkaca tedbirlerle birlikte alabilecektir.

Velâyet müessesesinin niteliği gereği, ana babadan birinin velâyet sorumluluğun düzenlenmesi konusunda mahkemeye başvurması, teknik anlamda bir dava olmayıp, bir çeşit ihbar ve hâkimi uyarma niteliğindedir. Bu sebeple velâyete ilişkin hükümlerin tamamında hâkimin re'sen hareket etme ilkesi geçerlidir[1202]. Nitekim TMK.'nın 346. maddesinde bu husus açıkça görülmektedir. Madde hükmüne göre, çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmez ise, hâkim çocuğun korunması için uygun önlemleri alacaktır.

Türkiye'nin taraf olduğu Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesinin[1203] 8.maddesinin 3. fıkrasına göre, çocukla şahsi ilişki kurma hakkına sahip olan kişi, çocuğu yurt dışına götürüp sürenin sonunda çocuğu, velâyet hakkına sahip kişiye iade etmez ise, yetkili makamca velâyet hakkı yeniden tesis edilebilecektir. Bunun yanında Sözleşmenin 10. maddesinin 2. bendinde tanıma ve tenfiz taleplerinin tehiri öngörülmektedir. Anılan bendin (b) fıkrası uyarınca tenfiz talebinde bulunulan devlette, daha önceden açılmış bir velâyet davası süre gelmekte ise, tenfiz talebinin talik edilebileceği belirtilmiştir. Şu halde

[1200] Cemal Şanlı, Türk Hukukunda Çocukların Velâyetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, **MHB** Yıl 16 Sayı 1-2 1996 s.80.
[1201] 4320 sayılı Kanun için Bkz. RG.17.01.1998 –23233.
[1202] Cemal Şanlı, Türk Hukukunda Çocukların Velâyetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, **MHB** Yıl 16 Sayı 1-2 1996 s.80.
[1203] RG. 02.11.1999-23864.

velâyet sorumluluğuna yönelik yabancı bir mahkeme kararının tenfizi talep edilmekle birlikte, Türk mahkemelerinde tenfiz davasından önce açılmış bir velâyet davası görülmekte ise, bu konuda Türk mahkemesinin vereceği nihaî karara kadar tenfiz davası ertelenebilecektir.

Türkiye'nin taraf olduğu diğer bir sözleşme de 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşmedir[1204]. Sözleşmenin 1. maddesine göre, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu devletin mahkemeleri ve idarî makamları 3, 4, ve 5/3 madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla, çocukların şahsını korumaya yönelik tedbirleri almaya yetkilidir. Çocukların korunması hususunda mahkemelerin yetkisi belirlenirken, mutad meskenin esas alınması ilk kez bu sözleşmede düzenlenmiştir[1205]. Sözleşmenin 3. maddesine göre, çocuğun vatandaşı olduğu devletin iç hukukuna göre kanundan doğan otorite ilişkisi bütün âkit devletlerde tanınacaktır. Şu halde, mutad mesken makamları, çocuğun vatandaşı olduğu ülke hukukundan doğan otorite ilişkisine aykırı kararlar alamayacaktır. Sözleşmenin 4. maddesinde, mutad mesken makamlarına haber vermek kaydıyla, küçüğün vatandaşı olduğu devlet makamlarının koruyucu tedbirler alabileceği belirtilmiştir. Buna göre, Türk adli ve idarî makamları, mutad mesken makamlarına haber vermek kaydıyla, Türk vatandaşı olan çocukların şahıslarının korunması zımnında velâyetine, velâyetin nezi veya değiştirilmesine veya vesâyet altına konulmalarına karar verebilecektir. Bu gibi hallerde, çocuğun mutad meskeni makamlarınca önceden verilmiş olan kararların Türkiye'de tenfizi söz konusu olmayacaktır[1206].

[1204] RG. 21.02.1983-17966.
[1205] Gayle Robinson Westbrook, Law and Treaty Responses to International Child Abductions,Virginia Journal of International Law, Vol 20, 1980,s.688-689.
[1206] Cemal Şanlı, Türk Hukukunda Çocukların Velâyetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, **MHB** Yıl 16 Sayı 1-2 1996 s.81.

§ IV. BÖLÜM

Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocuklara İlişkin Verilen Velâyet Kararlarının İki Taraflı Adlî Yardım Anlaşmaları Kapsamında Tenfizi

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda devletlerin farklı düzenlemelerde bulunması ve kimi zaman daha ağır şartlar arıyor olması mahkeme kararlarının bir başka devlette tanınıp tenfiz edilmemesine sebebiyet vermektedir. Devletler bu sorunun üstesinden gelebilmek amacıyla mahkeme kararlarının karşılıklı olarak tanınıp tenfiz edilmesine yönelik iki taraflı anlaşmalar yapmıştır ve yapmaktadır. Türkiye de, gerek coğrafi gerek ticarî bakımından yoğun ilişki içerisinde bulunduğu birçok devletle adli yardım anlaşmaları akdetmiştir. Bu anlaşmaların bir kısmında hukuki ve ticari konularda verilmiş mahkeme kararlarının belli şartlar çerçevesinde karşılıklı olarak tanınması ve tenfizi düzenlenmiştir.

Yabancı mahkemelerce verilen kararların, Türkiye'de iki taraflı adli yardım anlaşmaları çerçevesinde tanınıp tenfiz edilebilmesi için verilen kararların hukukî veya ticarî bir meseleye ilişkin olması gerekmektedir. Velâyete ilişkin ihtilâflar hukuk davalarından kabul edilmeleri sebebiyle, iki taraflı anlaşma hükümlerine istinaden akit devlet mahkemelerince verilen velâyet kararları tanınıp tenfiz edilecektir.

Şu halde velâyet ihtilâfına ilişkin yabancı bir mahkeme kararının, Türkiye'de hukuki sonuç doğurabilmesi için ya MÖHUK hükümlerine ya da Türkiye ile kararı veren devlet arasında akdedilmiş olan mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen iki taraflı adli yardım anlaşması hükümlerine göre tenfizi gerekecektir.

Kaçırılan veya alıkonan çocukların, velâyetine ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararlarının Türkiye'de tenfizine imkân sağlayan, birçok iki taraflı adli yardım anlaşması bulunmaktadır. Türkiye, yabancı velâyet kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda İtalya, Avusturya, Tunus, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Polonya, Cezayir, Irak, Azerbaycan, Çin Halk Cumhuriyeti, Gürcistan, Arnavutluk, Kazakistan, Moğolistan, Litvanya, Ukrayna,Slovakya, Tacikistan, Hırvatistan ve Moldova ile iki taraflı adli yardım anlaşmaları imzalamıştır. Bununla birlikte Türkiye ile Mısır Arap Cumhuriyeti arasında mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında sözleşme[1207] de bulunmaktadır. Ancak sözleşmenin 1. madde hükmü açıkça, aile hukuku

[1207] RG. 22.05.2000-24056.

alanında verilen mahkeme kararlarını sözleşme kapsamı dışında tutmuştur. Bunun yanında Türkiye ile Tacikistan arasında imzalanan adli yardım anlaşması[1208] çerçevesinde hukukî, ticarî veya cezaî konulara ilişkin akit devlet mahkemelerinden verilen ilâmların diğer akit devlette tanınıp tenfiz edilebilmesi de öngörülmüştür. Sözleşmenin 19. madde hükmü gereğince hukuki konulardan ancak malvarlığına ilişkin olarak verilen ilâmların tenfizi öngörüldüğünden; hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuklara ilişkin verilmiş velâyet ihtilâfları akit devletler arasında tenfiz edilemeyecektir.

I. Türkiye- İtalya Arasındaki Adlî Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi

Türkiye ile İtalya arasında imzalanan adlî kararların tenfizi hakkındaki Anlaşma[1209]nın 19. maddesi hukuk davalarına ilişkin verilen adlî kararların tenfizini düzenlemektedir. Şu halde İtalyan mahkemelerince verilmiş velâyete ilişkin bir karar, iki taraflı adli yardım Anlaşmasının 19. maddesindeki şartlar çerçevesinde Türkiye'de tenfiz edilebilecektir. İtalyan adlî makamlarınca verilen velâyet kararının tenfiz edilebilmesi için: a) Kararın yetkili adlî bir makam tarafından verilmiş olması b) Davanın usulüne uygun olarak davalıya tebliğ edilmiş olması, c) Her iki tarafın davada temsil edilmiş olması, d) Kararın kesinleşmiş olması, e) Kararın, dava konusu ve tarafları aynı olan Türk mahkemesinden verilmiş bir başka karar ile çelişmemesi veya aynı konuda derdest bir davanın bulunmaması, f) Kararın, tenfizin talep edildiği devletin kamu düzenine aykırı olmaması ve de karara konu ihtilâf bakımından, tenfizin talep edildiği devletin münhasır yetkisinin bulunmuyor olması gerekir. Şayet karar, davalının gıyabında verilmiş ve de mezkür karar ilgilinin kendisine şahsen tebliğ edilmemiş ise, aleyhine tenfiz kararı istenen kişinin itiraz hakkı 20. madde uyarınca saklı bulunmaktadır.

Anlaşmanın 21. maddesi uyarınca velâyet kararının tenfiz edilebilmesi için, tenfiz mahkemesinin ayrıca, kararın diğer tarafın hilesi ile elde edilmediğini, adlî makam tarafından sahteliği kabul edilmiş bir belgeye istinaden verilmediğini tetkik etmesi gerekmektedir. Bunun yanında, karara kat'i surette etki edecek mahiyette olan ve diğer tarafın hatası

[1208] Türkiye Cumhuriyeti ile Tacikistan Cumhuriyeti Arasında Hukukî ,Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması için Bkz. RG. 30.05.2000-24064.
[1209] RG. 03.03.1929-1133. Türkiye- İtalya Arasında Akt ve İmza Edilmiş Olan Adli Himaye, Adli Makamların Hukuk ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Müzahereti ve Adli Kararların Tenfizi Hakkında Anlaşma.

sebebiyle mahkemeye ibraz edilmemiş bir belge, yabancı kararın verilmesinden sonraki bir tarihte ele geçirilmesi durumunda, tenfiz mahkemesi ihtilâfı yeniden tetkik edebilecektir.

Hukuka aykırı olarak kaçırılan veya alıkonan çocuk üzerinde koruma hakkına sahip kişi, çocuğun velâyetine ilişkin İtalyan mahkemelerinden verilmiş bir karara sahip ise, ilgili (hak sahibi) 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesine[1210] ilaveten Türkiye-İtalya arasındaki adli yardım Anlaşmasından yararlanarak velâyet kararının tenfizine binaen çocuğun iadesini isteyebilir.

II. Türkiye-Avusturya Arasındaki Adlî Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi

Türkiye ile Avusturya arasında imzalanan mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin anlaşma[1211] kapsamına, akit devletlerden birinin mahkemelerince, çekişmeli veya çekişmesiz yargı usulüne göre verilen hukukî ve ticarî konulardaki mahkeme kararları girmektedir. Anlaşmaya göre "karar"dan kasıt, adı ne olursa olsun her türlü mahkeme kararıdır. (md. 2/a). Anlaşmanın 4. maddesinde tanıma için gerekli şartlar düzenlenmiştir. Buna göre Avusturya mahkemelerince verilen yenilik doğuran bir kararın tanınabilmesi için Kararın, a) verildiği devlette kesinleşmiş olması b) yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş olması[1212], c) tanınmanın talep edildiği devletin kamu düzenine açıkça aykırı olmaması d) tanınmanın talep edildiği devlette, aynı taraflar arasında ve aynı konuda kesinleşmiş bir kararla çelişmemesi gerekir. Bu şartlara ilave olarak tanınmanın talep edildiği devletin mahkemesinde, aynı taraflar ve konuda daha önceden açılmış derdest bir davanın görülmüyor olması gerekir. Ayrıca davalının gıyabında karar verilmiş olmakla birlikte kendisini savunmak üzere zamanında bilgilendirilmiş olması tanıma için aranan diğer bir şarttır.

Hukuka aykırı olarak kaçırılan veya alıkonan çocuklara ilişkin Avusturya mahkemelerinden verilen velâyet kararlarının tenfizi için gerekli şartlar anlaşmanın 12. maddesinde sayılmıştır. Buna göre yukarıda değinilen tanıma şartlarının yanında kararın icraî nitelik taşıması tenfiz kararı

[1210] 01.05.1995 tarihi itibariyle Sözleşme, İtalya için yürürlüğe girmiştir.

[1211] RG.23.09.1991-21000. Türkiye Cumhuriyeti ve Avusturya Cumhuriyeti Arasında Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 23 Mayıs 1989 Tarihli Anlaşma.

[1212] Anlaşmanın 7. maddesinde aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda hangi mahkemelerin yetkili olacağı belirtilmiştir. Buna göre, dava taraflarından birinin, davanın açıldığı anda Avusturya veya Türk vatandaşı olması veya tarafların son müşterek mutad meskenlerinin karar devletinde bulunması ve davacının davanın açılması anındaki mutad meskeninin bu ülkede olması durumunda, bu devlet mahkemelerinin aile hukukuna ilişkin davalarda kesin yetkili olduğu kabul edilir.

verilmesi için yeterlidir. Velâyet kararları mahiyeti gereği icraî nitelik taşıdıklarından tenfize konu olacaklardır ve yukarıda sayılan tanıma şartlarının gerçekleşmesi halinde Avusturya mahkemesi tarafından verilen kararlar Türkiye'de tenfiz edilebilecektir.

Hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuk üzerinde koruma hakkına sahip kişi, çocuğun velâyetine ilişkin Avusturya mahkemelerinden verilmiş bir karara sahip ise, ilgili (hak sahibi) 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesine[1213] ilaveten Türkiye-Avusturya arasındaki adli yardım Anlaşmasından yararlanarak velâyet kararının tenfizine binaen çocuğun iadesini isteyebilir.

III. Türkiye- Tunus Arasındaki Adlî Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin KararlarınTenfizi

Türkiye ile Tunus arasında imzalanan hukukî ve ticari kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında anlaşma[1214], mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi şartları arasında bir fark gözetmemiştir[1215]. Şu halde Tunus mahkemelerince verilen velâyet kararının Türkiye'de tenfiz edilebilmesi için; anlaşmada tanıma için öngörülen şartların sağlanıyor olması gerekir. Anlaşmanın 3. maddesine göre, velâyet kararlarının tenfiz edilebilmesi için, a) Kararın yetkili mahkeme tarafından verilmiş olması[1216], b) Davalı tarafın davada hazır bulunmuş olması veya usulüne uygun olarak kendisine çağrı yapılmış olması c) Kararın kesinleşmiş olması d) Kararın, dermeyan edildiği devletin kamu düzenine aykırı olmaması e) Kararın, talepte bulunulan devlette verilmiş ve orada kesin hüküm kuvvetini haiz bir adlî kararla çelişmiyor olması gerekir. Ayrıca son bir şart olarak kararın tenfiz edilebilmesi için, tenfizin talep edildiği devlette, tarafları ve konusu aynı olan başka bir davanın bulunmuyor olması gerekir.

Hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuk üzerinde velâyet sorumluluğuna sahip kişi, çocuğun velâyetine ilişkin Tunus mahkemelerinden verilmiş bir karara sahip ise, Türkiye-

[1213] 01.10.1998 tarihi itibariyle Sözleşme, Avusturya için yürürlüğe girmiştir
[1214] RG. 11.10.1984-18512. Türkiye Cumhuriyeti ile Tunus Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Ticari Konularda Adli Kararların Tanınması ve Yerine Getirilmesi Hakkında Anlaşma.
[1215] Bkz. Md.6.
[1216] Velâyet ihtilafları bakımından, anlaşmaya göre âkit devlet mahkemesinin yetkili olabilmesi için, davacının kararın verildiği devletin vatandaşlığına sahip olması ve de davanın açıldığı tarihte en az bir yıldan beri bu devlette mutaden oturuyor olması gerekir. (md. 3/e)

Tunus Cumhuriyeti arasındaki adlî yardım Anlaşmasından yararlanarak velâyet kararının tenfizine binaen çocuğun iadesini isteyebilir.

IV. Türkiye-Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasındaki Adlî Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin KararlarınTenfizi

Türkiye ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti arasında akdedilen anlaşma[1217] uyarınca, âkit devlet mahkemelerince verilen velâyet kararlarının tenfizi mümkündür. Âkit devlet mahkemelerince verilen velâyet kararlarının tenfizi için gereken şartlar 14. madde hükmünde sayılmıştır. Buna göre, âkit devlet mahkemesince verilen velâyet kararının diğer bir âkit devlette tenfiz edilebilmesi için a) Kararın yetkili mahkeme tarafından verilmiş olması b) Kararın, talepte bulunulan devlet mahkemesinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuya ilişkin olması c) Kararın, verildiği devlet kanununa göre kesinleşmiş ve icra kabiliyetine haiz olması d) Kararın, tenfiz talebinde bulunulan devletin kamu düzenine açıkça aykırı olmaması e) Kararın, talepte bulunulan devletin yetkili adli makamlarınca aynı konuda verilmiş ve kesin hüküm kuvvetini haiz bir adlî karara aykırı olmaması ve son olarak tenfize konu olan kararın verilmesinden önce, talepte bulunulan devletin hiçbir mahkemesinde tarafları ve konusu aynı olan ve aynı olaylara dayanan bir davanın açılmamış olması gerekir.

Hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuk üzerinde velâyet sorumluluğuna sahip kişi, çocuğun velâyetine ilişkin Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti mahkemelerinden verilmiş bir karara sahip ise, Türkiye- Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti arasındaki adli yardım Anlaşmasından yararlanarak velâyet kararının tenfizine binaen çocuğun iadesini isteyebilir.

V.Türkiye-Polonya Halk Cumhuriyeti Arasındaki Adlî Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin KararlarınTenfizi

Türkiye ile Polonya arasında imzalanan adlî yardım anlaşması[1218] çerçevesinde velâyet kararlarının âkit devletlerde tenfizi mümkündür. Velâyet kararlarının diğer âkit devlette tenfiz

[1217] RG. 13.02.1989-20079. Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında Hukukî, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma, Tanıma ve Tenfiz, Suçluların Geri Verilmesi ile Hükümlülerin Nakli Anlaşması
[1218] RG. 23.07.1990-20583. Türkiye Cumhuriyeti ile Polonya Halk Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Ticari Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması.

edilebilmesi için a) Kararın verildiği âkit devlet kanunlarına göre kararın kesinleşmiş ve icra edilebilir olması b) Kararın yetkili mahkemeden sadır olması c) Kararın verildiği âkit devlet kanunlarına göre davayı kaybeden tarafın usulüne uygun olarak mahkemeye çağrılmış olması d) Dava yargılaması sırasında tarafların, müdafaa hakkının engelenmemiş ve mahkemeye usulüne uygun olarak çağrılmış olması e) Kararın tenfiz edileceği âkit devlette aynı konu ve taraflar arasında daha önceden alınmış bir adlî kararın bulunmaması f) Aynı konu ve taraflar arasında derdest bir davanın bulunmaması g) Yabancı ilâmda, tenfizin talep edildiği devletin kanunlarının uygulandığı hallerde, bu kanunların gereğince uygulanmış olması h) Kararın tenfizinin âkit devletin kamu düzenine aykırılık oluşturmaması gerekir.

Hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuk üzerinde koruma hakkına sahip kişi, çocuğun velâyetine ilişkin Polonya mahkemelerinden verilmiş bir karara sahip ise, ilgili (hak sahibi) 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesine[1219] ilaveten Türkiye-Polonya Halk Cumhuriyeti arasındaki adlî yardım Anlaşmasından yararlanarak velâyet kararının tenfizine binaen çocuğun iadesini isteyebilir.

VI. Türkiye-Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti Arasındaki Adlî Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin KararlarınTenfizi

Türkiye ile Cezayir arasındaki hukuki işbirliğine dair anlaşma[1220], akit tarafların adlî makamlarının yetkisine giren hukukî, ticarî ve cezaî konularda adlî yardımlaşmayı öngörmektedir. Akit devlet mahkemelerince verilen velâyete ilişkin kararların tenfizi için gerekli şartlar anlaşmanın 20. maddesinde sayılmıştır. Buna göre, akit devlet mahkemelerinin birinde hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuklara ilişkin verilen velâyet kararlarının diğer akit devlette tenfiz edilebilmesi için a) Aleyhine tenfiz istenen ilgilinin açıkça feragati hariç olmak üzere, kararı vermiş olan mahkemenin, tenfizin talep edildiği devlete göre yetkili olması b) Tarafların, kararın verilmiş olduğu devletin kanununa göre usulüne uygun surette duruşmaya davet edilmiş ve temsil edilmiş veya gıyabında cereyan etmiş olması c) Kararın verildiği akit devletin kanununa göre kesinleşmiş ve icra kabiliyetine haiz olması d) Kararın, tenfizin istendiği devletin kamu düzenine ve bu devlette uygulanan kamu hukuku prensiplerine aykırı olmaması e)

[1219] 01.11.1992 tarihi itibariyle Sözleşme, Polonya için yürürlüğe girmiştir
[1220] RG. 08.09.1991-20985. Türkiye Cumhuriyeti ile Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti Arasında Hukukî İşbirliğine İlişkin Anlaşma.

Kararın, tenfizin istendiği devlette verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkeme kararına aykırı olmaması gerekir.

Hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuk üzerinde velâyet sorumluluğuna sahip kişi, çocuğun velâyetine ilişkin Cezayir mahkemelerinden verilmiş bir karara sahip ise, Türkiye-Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti arasındaki adlî yardım Anlaşmasından yararlanarak velâyet kararının tenfizine binaen çocuğun iadesini isteyebilir.

VII. Türkiye-Irak Cumhuriyeti Arasındaki Adlî Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin KararlarınTenfizi

Türkiye ile Irak arasında imzalanan adlî yardım anlaşması[1221] çerçevesinde, hukukî ve ticari konularda verilen akit devlet mahkemelerinden sadır adli kararların tenfizi mümkündür. Buna göre, akit devlet mahkemelerinden verilen velâyete ilişkin bir kararın, diğer akit devlette tenfiz edilebilmesi için (md.80) a) Kararın, tenfizin talep edildiği devletin münhasır yetkisine girmeyen bir konuya ilişkin olması b) Kararın, tenfiz devletinin kamu düzenine aykırı olmaması c) Kararın tenfizinin talep edildiği akit devlette, daha önceden aynı konuda, aynı taraflar arasında ve aynı olaylara dayanan kesinleşmiş bir kararın bulunmuyor olması veya aynı konuda ve taraflar arasında yargı makamları nezdinde önceden açılmış derdest bir davanın bulunmuyor olması d) Aleyhine tenfiz istenen tarafın, kararın verildiği akit devletteki yargılamaya usulüne uygun çağrılmış veya gıyabında hüküm verilmemiş olması gerekir.

Hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuk üzerinde velâyet sorumluluğuna sahip kişi, çocuğun velâyetine ilişkin Irak mahkemelerinden verilmiş bir karara sahip ise, Türkiye-Irak Cumhuriyeti arasındaki adlî yardım Anlaşmasından yararlanarak velâyet kararının tenfizine binaen çocuğun iadesini isteyebilir.

[1221] RG.02.08.1992-21303. Türkiye Cumhuriyeti ile Irak Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Adli İşbirliğine İlişkin Anlaşma

VIII.Türkiye-Azerbaycan Cumhuriyeti Arasındaki Adlî Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi

Türkiye ile Azerbaycan arasında imzalanan adlî yardım anlaşması[1222] çerçevesinde, hukukî, ticarî ve cezaî konularda verilen akit devlet mahkemelerinden sadır adlî kararların tenfizi mümkündür. Akit devlet mahkemelerinden verilen velâyete ilişkin bir kararın, diğer akit devlette tenfiz edilebilmesi için gerekli şartlar anlaşmanın 20. maddesinde sayılmıştır. Buna göre velâyet kararlarının tenfiz edilebilmesi için a) Kararın, kararın verildiği akit devletin kanunlarına göre kesinleşmiş ve icra edilebilir olması b) Kararı veren adli makamının akit devletin kanunlarına göre yetkili bir mahkeme olması c) Aleyhine tenfiz istenen kişinin, kararın verildiği akit devletteki yargılamaya usulüne uygun olarak çağrılmış olması d) Aleyhine tenfiz istenen kişinin kararın verildiği akit devletteki yargılamasında savunma haklarının ihlal edilmemiş olması e) Kararın tenfizinin talep edildiği akit devlette aynı taraflar ve konu hakkında önceden kesinleşmiş adlî bir kararın bulunmaması f) Kararın tenfizinin talep edildiği akit devlette aynı taraflar ve konu hakkında önceden açılmış derdest bir davanın bulunmaması g) Tenfize konu ilâmda, tenfizin talep edildiği devletin kanunlarının uygulandığı hallerde, bu kanunların gereğince uygulanmış olması h) Kararın, tenfizinin talep edildiği akit devletin kamu düzenine ve akit devletin kamu hukukunun temel prensiplerine aykırı olmaması gerekir.

Hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuk üzerinde velâyet sorumluluğuna sahip kişi, çocuğun velâyetine ilişkin Azerbaycan mahkemelerinden verilmiş bir karara sahip ise, Türkiye-Azerbaycan Cumhuriyeti arasındaki adli yardım Anlaşmasından yararlanarak velâyet kararının tenfizine binaen çocuğun iadesini isteyebilir.

[1222] RG.25.08.1993-21679. Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında Hukukî, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması.

IX. Türkiye- Çin Halk Cumhuriyeti Arasındaki Adlî Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi

Türkiye ile Çin Halk Cumhuriyeti arasındaki hukuki işbirliğine dair anlaşma[1223], akit tarafların adli makamlarının yetkisine giren hukukî, ticarî ve cezaî konularda adlî yardımlaşmayı öngörmektedir. Akit devlet mahkemesi tarafından verilen velâyete ilişkin ilâmın, diğer akit devlette tenfiz edilebilmesi için gerekli olan şartlar, anlaşmanın 23. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, velâyet kararlarının tenfizi için a) Kararın kesinleşmiş ve icra kabiliyetine haiz olması b) Tenfizi talep edilen kararın, akit devletin yetkili mahkemesi tarafından verilmiş olması c) Aleyhine tenfiz istenen kişinin usulüne uygun olarak kararı veren mahkemedeki yargılamaya çağrılmış olması veya hukuki ehliyetsizliği sebebiyle, savunma veya muteber bir şekilde temsil edilme hakkından mahrum bırakılmamış olması d) Tenfizi talep edilen akit devletin mahkemelerinde aynı uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak, aynı taraflar arasında önceden verilmiş nihai bir kararın bulunmaması e) Tenfizi talep edilen akit devletin mahkemelerinde aynı uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak, aynı taraflar arasında önceden açılmış derdest bir davanın bulunmaması f) Kararın tenfizinin talep edildiği akit devlette; aynı uyuşmazlık hakkında üçüncü bir devlet tarafından verilen nihaî bir kararın bulunmaması gerekir.

Hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuk üzerinde velâyet sorumluluğuna sahip kişi, çocuğun velâyetine ilişkin Çin mahkemelerinden verilmiş bir karara sahip ise, Türkiye-Çin Halk Cumhuriyeti arasındaki adli yardım Anlaşmasından yararlanarak velâyet kararının tenfizine bianen çocuğun iadesini isteyebilir[1224].

X. Türkiye-Gürcistan Cumhuriyeti Arasındaki Adlî Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi

Türkiye ile Gürcistan arasında imzalanan adlî yardım anlaşması[1225] çerçevesinde, hukukî, ticarî ve cezaî konularda verilen akit devlet mahkemelerinden sadır adlî kararların tenfizi mümkündür. Akit devlet mahkemelerinden verilen velâyete ilişkin bir kararın, diğer akit devlette

[1223] RG. 12.11.1994-22109. Türkiye Cumhuriyeti ile Çin Halk Cumhuriyeti Arasında Hukukî, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması.
[1224] Çin, La Haye'ye üye bir devlet olmakla birlikte, Kasım 2007 tarihi itibariyle henüz Sözleşmeyi imzalamamıştır.
[1225] RG.24.08.1997-23090. Türkiye Cumhuriyeti ile Gürcistan Cumhuriyeti Arasında Hukukî, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması.

tenfiz edilebilmesi için gerekli şartlar anlaşmanın 20. maddesinde sayılmıştır. Buna göre velâyet kararlarının tenfiz edilebilmesi için a) Kararın, kararın verildiği akit devletin kanunlarına göre kesinleşmiş ve icra edilebilir olması b) Kararı veren adli makamının akit devletin kanunlarına göre yetkili bir mahkeme olması c) Aleyhine tenfiz istenen kişinin, kararın verildiği akit devletteki yargılamaya usulüne uygun olarak çağrılmış olması d) Aleyhine tenfiz istenen kişinin kararın verildiği akit devletteki yargılamasında savunma haklarının ihlal edilmemiş olması e) Kararın tenfizinin talep edildiği akit devlette aynı taraflar ve konu hakkında önceden kesinleşmiş adli bir kararın bulunmaması f) Kararın tenfizinin talep edildiği akit devlette aynı taraflar ve konu hakkında önceden açılmış derdest bir davanın bulunmaması g) Tenfize konu ilâmda, tenfizin talep edildiği devletin kanunlarının uygulandığı hallerde, bu kanunların gereğince uygulanmış olması h) Kararın, tenfizinin talep edildiği akit devletin kamu düzenine ve akit devletin kamu hukukunun temel prensiplerine aykırı olmaması gerekir.

Hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuk üzerinde koruma hakkına sahip kişi, çocuğun velâyetine ilişkin Gürcistan mahkemelerinden verilmiş bir karara sahip ise, ilgili (hak sahibi) 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesine[1226] ilaveten Türkiye-Gürcistan Cumhuriyeti arasındaki adlî yardım Anlaşmasından yararlanarak velâyet kararının tenfizine binaen çocuğun iadesini isteyebilir.

XI. Türkiye-Arnavutluk Cumhuriyeti Arasındaki Adlî Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi

Türkiye ile Arnavutluk arasında imzalanan adlî yardım anlaşması[1227] çerçevesinde, hukukî, ticarî ve cezaî konularda verilen akit devlet mahkemelerinden sadır adlî kararların tenfizi mümkündür. Akit devlet mahkemelerinden verilen velâyete ilişkin bir kararın, diğer akit devlette tenfiz edilebilmesi için gerekli şartlar anlaşmanın 20. maddesinde sayılmıştır. Buna göre velâyet kararlarının tenfiz edilebilmesi için a) Kararın, kararın verildiği akit devletin kanunlarına göre kesinleşmiş ve icra edilebilir olması b) Kararı veren adlî makamının akit devletin kanunlarına göre yetkili bir mahkeme olması c) Aleyhine tenfiz istenen kişinin, kararın verildiği akit devletteki yargılamaya usulüne uygun olarak çağrılmış olması d) Aleyhine tenfiz istenen kişinin

[1226] 01.10.1997 tarihi itibariyle Sözleşme, Gürcistan için yürürlüğe girmiştir
[1227] RG.09.11.1997-23165. Türkiye Cumhuriyeti ile Arnavutluk Cumhuriyeti Arasında Hukukî, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması.

kararın verildiği akit devletteki yargılamasında savunma haklarının ihlal edilmemiş olması e) Kararın tenfizinin talep edildiği akit devlette aynı taraflar ve konu hakkında önceden kesinleşmiş adlî bir kararın bulunmaması f) Kararın tenfizinin talep edildiği akit devlette aynı taraflar ve konu hakkında önceden açılmış derdest bir davanın bulunmaması g) Tenfize konu ilâmda, tenfizin talep edildiği devletin kanunlarının uygulandığı hallerde, bu kanunların gereğince uygulanmış olması h) Kararın, tenfizinin talep edildiği akit devletin kamu düzenine ve akit devletin kamu hukukunun temel prensiplerine aykırı olmaması gerekir.

Hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuk üzerinde koruma hakkına sahip kişi, çocuğun velâyetine ilişkin Arnavutluk mahkemelerinden verilmiş bir karara sahip ise, ilgili (hak sahibi) 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesine[1228] ilaveten Türkiye-Arnavutluk Cumhuriyeti arasındaki adli yardım Anlaşmasından yararlanarak velâyet kararının tenfizine binaen çocuğun iadesini isteyebilir.

XII. Türkiye-Moğolistan Arasındaki Adlî Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi

Türkiye ile Moğolistan arasında imzalanan adlî yardım anlaşması[1229] çerçevesinde, hukuki, ticarî ve cezaî konularda verilen akit devlet mahkemelerinden sadır adlî kararların tenfizi mümkündür. Akit devlet mahkemelerinden verilen velâyete ilişkin bir kararın, diğer akit devlette tenfiz edilebilmesi için gerekli şartlar anlaşmanın 20. maddesinde sayılmıştır. Buna göre velâyet kararlarının tenfiz edilebilmesi için a) Kararın, kararın verildiği akit devletin kanunlarına göre kesinleşmiş ve icra edilebilir olması b) Kararı veren adlî makamının akit devletin kanunlarına göre yetkili bir mahkeme olması c) Aleyhine tenfiz istenen kişinin, kararın verildiği akit devletteki yargılamaya usulüne uygun olarak çağrılmış olması d) Aleyhine tenfiz istenen kişinin kararın verildiği akit devletteki yargılamasında savunma haklarının ihlal edilmemiş olması e) Kararın tenfizinin talep edildiği akit devlette aynı taraflar ve konu hakkında önceden kesinleşmiş adli bir kararın bulunmaması f) Kararın tenfizinin talep edildiği akit devlette aynı taraflar ve konu hakkında önceden açılmış derdest bir davanın bulunmaması g) Tenfize konu ilâmda, tenfizin talep edildiği devletin kanunlarının uygulandığı hallerde, bu kanunların gereğince uygulanmış

[1228] 01.08.2007 tarihi itibariyle Sözleşme, Arnavutluk için yürürlüğe girmiştir
[1229] RG.04.05.2004-25452. Türkiye Cumhuriyeti ile Moğolistan Arasında Hukukî, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması.

olması h) Kararın, tenfizinin talep edildiği akit devletin kamu düzenine ve akit devlet hukukunun temel prensiplerine aykırı olmaması gerekir.

Hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuk üzerinde velâyet sorumluluğuna sahip kişi, çocuğun velâyetine ilişkin Moğolistan mahkemelerinden verilmiş bir karara sahip ise, Türkiye-Moğolistan arasındaki adlî yardım Anlaşmasından yararlanarak velâyet kararının tenfizine bianen çocuğun iadesini isteyebilir.

XIII. Türkiye-Litvanya Cumhuriyeti Arasındaki Adlî Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi

Türkiye ile Litvanya arasında imzalanan adli yardım anlaşması[1230] çerçevesinde, hukuki ve ticari konularda verilen akit devlet mahkemelerinden sadır adlî kararların tenfizi mümkündür. Akit devlet mahkemelerinden verilen velâyete ilişkin bir kararın, diğer akit devlette tenfiz edilebilmesi için gerekli şartlar anlaşmanın 20. maddesinde sayılmıştır. Buna göre velâyet kararlarının tenfiz edilebilmesi için a) Kararın, kararın verildiği akit devletin kanunlarına göre kesinleşmiş ve icra edilebilir olması b) Kararı veren adlî makamının akit devletin kanunlarına göre yetkili bir mahkeme olması c) Aleyhine tenfiz istenen kişinin, kararın verildiği akit devletteki yargılamaya usulüne uygun olarak çağrılmış olması d) Aleyhine tenfiz istenen kişinin kararın verildiği akit devletteki yargılamasında savunma haklarının ihlal edilmemiş olması e) Kararın tenfizinin talep edildiği akit devlette aynı taraflar ve konu hakkında önceden kesinleşmiş adli bir kararın bulunmaması f) Kararın tenfizinin talep edildiği akit devlette aynı taraflar ve konu hakkında önceden açılmış derdest bir davanın bulunmaması g) Tenfize konu ilâmda, tenfizin talep edildiği devletin kanunlarının uygulandığı hallerde, bu kanunların gereğince uygulanmış olması h) Kararın, tenfizinin talep edildiği akit devletin kamu düzenine, temel hukuk prensiplerine ve genel ahlak ilkelerine aykırı olmaması gerekir.

Hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuk üzerinde koruma hakkına sahip kişi, çocuğun velâyetine ilişkin Litvanya mahkemelerinden verilmiş bir karara sahip ise, ilgili (hak sahibi) 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesine[1231] ilaveten Türkiye-Litvanya Cumhuriyeti arasındaki

[1230] RG.20.04.2004-25439. Türkiye Cumhuriyeti ile Litvanya Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Ticari Konularda Adli İşbirliği Anlaşması.
[1231] 01.09.2002 tarihi itibariyle Sözleşme, Litvanya için yürürlüğe girmiştir

adlî yardım Anlaşmasından yararlanarak velâyet kararının tenfizine binaen çocuğun iadesini isteyebilir.

XIV. Türkiye-Ukrayna Arasındaki Adlî Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi

Türkiye ile Ukrayna arasında imzalanan adlî yardım anlaşması[1232] çerçevesinde, hukukî konulara ilişkin adlî kararlar ile tazminata ilişkin olarak cezaî konularda verilen adlî kararların tenfizi mümkündür. Akit devlet mahkemelerinden verilen velâyete ilişkin bir kararın, diğer akit devlette tenfiz edilebilmesi için gerekli şartlar anlaşmanın 36. maddesinde sayılmıştır. Buna göre velâyet kararlarının tenfiz edilebilmesi için a) Kararın, kararın verildiği akit devletin kanunlarına göre kesinleşmiş ve icra edilebilir olması b) Kararı veren adlî makamının akit devletin kanunlarına göre yetkili bir mahkeme olması c) Aleyhine tenfiz istenen kişinin, kararın verildiği akit devletteki yargılamaya usulüne uygun olarak çağrılmış olması d) Aleyhine tenfiz istenen kişinin kararın verildiği akit devletteki yargılamasında savunma haklarının ihlal edilmemiş olması e) Kararın tenfizinin talep edildiği akit devlette aynı taraflar ve konu hakkında önceden kesinleşmiş adlî bir kararın bulunmaması f) Kararın tenfizinin talep edildiği akit devlette aynı taraflar ve konu hakkında önceden açılmış derdest bir davanın bulunmaması g) Kararın, tenfizinin talep edildiği akit devletin kamu düzenine ve temel hukuk prensiplerine aykırı olmaması gerekir.

Hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuk üzerinde koruma hakkına sahip kişi, çocuğun velâyetine ilişkin Ukrayna mahkemelerinden verilmiş bir karara sahip ise, ilgili (hak sahibi) 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesine[1233] ilaveten Türkiye-Ukrayna arasındaki adlî yardım Anlaşmasından yararlanarak velâyet kararının tenfizine binaen çocuğun iadesini isteyebilir.

[1232] RG.22.12.2003-25324. Türkiye Cumhuriyeti ile Ukrayna Arasında Hukukî Konularda Adli Yardımlaşma ve İşbirliği Anlaşması.
[1233] 01.09.2006 tarihi itibariyle Sözleşme, Ukrayna için yürürlüğe girmiştir

XV.Türkiye-Kazakistan Cumhuriyeti Arasındaki Adlî Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi

Türkiye ile Kazakistan arasında imzalanan adli yardım anlaşması[1234] çerçevesinde, hukukî konulara ilişkin adlî kararlar ile tazminata ilişkin olarak cezaî konularda verilen adlî kararların tenfizi mümkündür. Akit devlet mahkemelerinden verilen velâyete ilişkin bir kararın, diğer akit devlette tenfiz edilebilmesi için gerekli şartlar anlaşmanın 23. maddesinde sayılmıştır. Buna göre velâyet kararlarının tenfiz edilebilmesi için a) Kararın, kararın verildiği akit devletin kanunlarına göre kesinleşmiş ve icra edilebilir olması b) Kararı veren adlî makamının akit devletin kanunlarına göre yetkili bir mahkeme olması c) Aleyhine tenfiz istenen kişinin, kararın verildiği akit devletteki yargılamaya usulüne uygun olarak çağrılmış veya hukukî ehliyetsizliği sebebiyle savunma veya muteber şekilde temsil edilme hakkından mahrum bırakılmamış olması d) Kararın tenfizinin talep edildiği akit devlette aynı taraflar ve konu hakkında önceden kesinleşmiş adlî bir kararın bulunmaması e) Kararın tenfizinin talep edildiği akit devlette aynı taraflar ve konu hakkında önceden açılmış derdest bir davanın bulunmaması f) Kararın tenfizinin talep edildiği akit devlette; aynı uyuşmazlık hakkında üçüncü bir devlet tarafından verilmiş nihaî bir kararın tanınmamış olması gerekir.

Hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuk üzerinde velâyet sorumluluğuna sahip kişi, çocuğun velâyetine ilişkin Kazakistan mahkemelerinden verilmiş bir karara sahip ise, Türkiye-Kazakistan Cumhuriyeti arasındaki adli yardım Anlaşmasından yararlanarak velâyet kararının tenfizine bianen çocuğun iadesini isteyebilir.

XVI. Türkiye-Slovakya Arasındaki Adlî Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi

Türkiye ile Slovakya arasında imzalanan adlî yardım anlaşması[1235] çerçevesinde, yargılama masraflarına ilişkin kararlar da dâhil olmak üzere, hukukî konularda verilmiş mahkeme kararları,

[1234] RG.12.11.1997-23168. Türkiye Cumhuriyeti ile Kazakistan Cumhuriyeti Arasında Hukukî Konularda Yardımlaşma Anlaşması.

[1235] Türkiye Cumhuriyeti ile Slovakya Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Ticari Konularda Adli İşbirliği Anlaşması. 4.10.2007 tarih ve 5693 sayılı onayı uygun bulma kanunu için Bkz. RG. 15.10.2007-26671. Sözleşme metni için Bkz. (www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5693.html) Ekim 2007. Anlaşmanın 24. madde hükmü uyarınca, söz konusu anlaşma, "Türkiye Cumhuriyeti ile Çekoslovakya Cumhuriyeti arasında hukukî ve ticarî konularda karşılıklı adlî yardıma ilişkin 22 Ağustos 1930 tarihli anlaşmanın" yerini alacaktır.

mahkemece yapılmış veya onaylanmış sulh anlaşmaları ile cezaî konularda tazminata ilişkin olarak verilmiş mahkeme kararlarının tenfizi mümkündür. Akit devlet mahkemelerinden verilen velâyete ilişkin bir kararın, diğer akit devlette tenfiz edilebilmesi için gerekli şartlar anlaşmanın 19. maddesinde sayılmıştır. Buna göre velâyet kararlarının akit devlet mahkemelerinde tenfiz edilebilmesi için a) Kararın, verildiği akit devletin kanunlarına göre kesinleşmiş ve icra edilebilir olması b) Dava dilekçesinin, kararın verildiği akit devlet hukukuna göre, davalıya usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmiş olması c) Aleyhine tenfiz istenen kişinin usulüne uygun bir şekilde mahkemeye çağrılmış ve iddialarını ileri sürme imkânı tanınmış olması ve savunma imkânsızlığının söz konusu olduğu durumlarda temsil edilebilme olanağının tanınmış olması d) Kararın tenfizinin talep edildiği akit devlette, aynı taraflar ve konu hakkında önceden kesinleşmiş adlî bir kararın bulunmaması e) Kararın tenfizinin talep edildiği akit devlette, aynı taraflar ve konu hakkında önceden açılmış derdest bir davanın bulunmaması f) Kararın, tenfizin talep edildiği akit devlet mahkemesinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuya ilişkin olması g) Kararın, tenfizinin talep edildiği akit devletin kamu düzenine aykırı olmaması gerekir.

Hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuk üzerinde koruma hakkına sahip kişi, çocuğun velâyetine ilişkin Slovakya mahkemelerinden verilmiş bir karara sahip ise, ilgili (hak sahibi) 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesine[1236] ilaveten Türkiye-Slovakya arasındaki adli yardım Anlaşmasından yararlanarak velâyet kararının tenfizine binaen çocuğun iadesini isteyebilir.

XVII. Türkiye-Moldova Cumhuriyeti Arasındaki Adli Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi

Türkiye ile Moldova arasında imzalanan adlî yardım anlaşması[1237] çerçevesinde hukukî, ticarî veya cezaî konulara ilişkin akit devlet mahkemelerinden verilen ilâmlar ile mahkemelerce verilen sulh kararları diğer akit devlette tanınıp tenfiz edilebilecektir. Sözleşmenin 21. maddesindeki bu düzenleme gereğince, hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocukların velâyetine ilişkin verilen kesinleşmiş kararlar aile hukukuna ilişkin ihtilâflardan kabul edildiğinden akit devlet mahkemelerinde tanınıp tenfiz edilebilecektir. Bir akit devlet

[1236] 01.02.2001 tarihi itibariyle Sözleşme, Slovakya için yürürlüğe girmiştir.
[1237] Türkiye Cumhuriyeti ile Moldova Cumhuriyeti Arasında Hukukî ,Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması için Bkz. RG. 28.05.2000-24062.

mahkemesinden verilen, velâyete ilişkin ilâmın diğer akit devlette hangi şartlarla tanınıp-tenfiz edileceği sözleşmenin 23. maddesinde düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuğa ilişkin verilen velâyet ilâmının diğer akit devlette tenfiz edilebilmesi için a) İlâmın, kararı veren akit devletin hukukuna göre kesinleşmiş olması b) Tenfizin talep edildiği akit devletin hukukuna göre, ilâma konu ihtilâfın tenfiz devletinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda olması c) Aleyhine tenfiz istenen kişinin, kararın verildiği akit devletteki yargılamaya usulüne uygun olarak çağrılmış, savunma hakkından yoksun bırakılmamış veya hukukî ehliyetsizliği söz konusu ise, usulüne uygun olarak mahkemede temsil edilmiş olması d) Tenfizin talep edildiği akit devlet mahkemesinde aynı taraflar ve konu hakkında nihaî bir karar verilmemiş veya derdest bir davanın bulunmaması veya üçüncü bir devlet tarafından aynı ihtilâf konusunda kesinleşmiş başka bir ilâmın bulunmuyor olması gerekmektedir.

Hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuk üzerinde koruma hakkına sahip kişi, çocuğun velâyetine ilişkin Moldova mahkemelerinden verilmiş bir karara sahip ise, ilgili (hak sahibi) 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesine[1238] ilaveten Türkiye-Moldova Cumhuriyeti arasındaki adli yardım Anlaşmasından yararlanarak velâyet kararının tenfizine binaen çocuğun iadesini isteyebilir.

XVIII. Türkiye-Hırvatistan Cumhuriyeti Arasındaki Adlî Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi

Türkiye ile Hırvatistan arasında imzalanan adlî yardım anlaşması[1239] çerçevesinde hukukî ve ticarî konulara[1240] ilişkin akit devlet mahkemelerinden verilen ilâmlar diğer akit devlette tanınıp tenfiz edilebilecektir.(md. 1) Sözleşmenin dördüncü bölümü, mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini düzenlemektedir. Şu halde hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuklara ilişkin akit devlet mahkemelerince verilen velâyete ilişkin ilâmlar, diğer akit devlette tenfiz edilebilecektir. Tanıma ve tenfiz şartlarının öngörüldüğü 18. madde hükmüne göre velâyete ilişkin verilmiş bir ilâmın diğer akit devlette tanınıp-tenfiz edilebilmesi için a) İlâmın,

[1238] 01.07.1998 tarihi itibariyle Sözleşme Moldova Cumhuriyeti için yürürlüğe girmiştir.
[1239] Türkiye Cumhuriyeti ile Hırvatistan Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Ticari Konularda Adli İşbirliği Anlaşması için Bkz. RG. 24.04.2000-24058.
[1240] Sözleşmenin 17. madde hükmü uyarınca tazminata ilişkin verilmiş cezaî ilâmlar da tenfiz edilebilmektedir.

verildiği akit devletin kanunlarına göre kesinleşmiş ve icra edilebilir olması b) Aleyhine tenfiz istenen kişinin, yargılamaya usulüne uygun çağrılmış olması c) Davanın her iki tarafının savunma haklarına riayet edilmiş ve de usulüne uygun olarak mahkemeye çağrılmış olması veya tarafların ehliyetsizliği söz konusu ise mahkemede temsil edilebilme olanağının kendilerine tanınmış olması d) Tenfizin talep edildiği akit devlette aynı konu ve taraflar hakkında daha önceden verilmiş bir ilâmın bulunmaması veya halihazırda derdest bir davanın bulunmuyor olması e) İlamın, tenfizin talep edildiği akit devletin kamu düzeni ile hukuk düzeninin temel prensiplerine aykırı olmaması gerekir.

Hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuk üzerinde koruma hakkına sahip kişi, çocuğun velâyetine ilişkin Hırvatistan mahkemelerinden verilmiş bir karara sahip ise, ilgili (hak sahibi) 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesine[1241] ilaveten Türkiye-Hırvatistan Cumhuriyeti arasındaki adli yardım Anlaşmasından yararlanarak; velâyet kararının tenfizine binaen çocuğun iadesini isteyebilir.

XIX. Türkiye-Bosna Hersek Arasındaki Adlî Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi

Türkiye ile Bosna Hersek arasında imzalanan adlî yardım anlaşması[1242] çerçevesinde hukukî ve ticarî konulara[1243] ilişkin akit devlet mahkemelerinden verilen ilâmlar ile mahkeme huzurunda veya mahkemece onaylanan sulhler diğer akit devlette tanınıp tenfiz edilebilecektir.(md. 16) Sözleşmenin üçüncü bölümü, mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini düzenlemektedir. Şu halde hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuklara ilişkin akit devlet mahkemelerince verilen velâyete ilişkin ilâmlar, diğer akit devlette tenfiz edilebilecektir. Tanıma ve tenfiz şartlarının öngörüldüğü 17. madde hükmüne göre velâyete ilişkin verilmiş bir ilâmın diğer akit devlette tanınıp-tenfiz edilebilmesi için a) İlâmın, verildiği akit devletin kanunlarına göre kesinleşmiş ve icra edilebilir olması b) Aleyhine tenfiz istenen kişinin, yargılamaya usulüne uygun çağrılmış olması c) Davanın her iki tarafının savunma haklarına riayet edilmiş ve de usulüne uygun olarak kendilerine tebligat yapılmış olması veya

[1241] 01.12.1991 tarihi itibariyle Sözleşme, Hırvatistan Cumhuriyeti için yürürlüğe girmiştir.
[1242] Türkiye Cumhuriyeti ile Bosna-Hersek Arasında Hukukî ve Ticari Konularda Adli İşbirliği Anlaşmasına ilişkin. 25.10.2007 tarih ve 5702 sayılı onayı uygun bulma Kanunu için Bkz. RG. 04.11.2007-26690.
[1243] Sözleşmenin 16. madde hükmü uyarınca tazminata ilişkin verilmiş cezaî ilâmlar da tenfiz edilebilmektedir.

tarafların ehliyetsizliği söz konusu ise mahkemede temsil edilebilme olanağının tanınmış olması d) Tenfizin talep edildiği akit devlette aynı konu ve taraflar hakkında daha önceden verilmiş bir ilâmın bulunmaması veya halihazırda derdest bir davanın bulunmuyor olması e) İlamın, tenfizin talep edildiği akit devletin münhasır yetkisine girmeyen bir konuya ilişkin olması f) İlamın, tenfizin talep edildiği akit devletin kamu düzenine aykırı olmaması gerekir.

Hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuk üzerinde koruma hakkına sahip kişi, çocuğun velâyetine ilişkin Bosna-Hersek mahkemelerinden verilmiş bir karara sahip ise, ilgili (hak sahibi) 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesine[1244] ilaveten Türkiye- Bosna-Hersek arasındaki adli yardım Anlaşmasından yararlanarak; velâyet kararının tenfizine binaen çocuğun iadesini isteyebilir.

XX. Türkiye-Romanya Arasındaki Adlî Yardım Anlaşması Hükümlerine Göre, Hukuka Aykırı Olarak Alıkonan veya Kaçırılan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tenfizi

Türkiye ile Romanya arasında imzalanan adlî yardım anlaşması[1245] çerçevesinde hukukî konulara ilişkin akit devlet mahkemelerinden verilen ilâmlar diğer akit devlette tanınıp tenfiz edilebilecektir. Hukukî konulardan kasıt aile hukukunu da kapsayan özel hukuk davaları ile ticaret hukuku davalarıdır. (md. 1) Hukukî konulara ilişkin kararlar ile cezai konularda tazminata ilişkin verilen kararlar, keza mahkeme önünde yapılan sulhler, iki taraflı adlî yardım anlaşması kapsamında tanınıp, tenfiz edilecektir. (md.16)

Sözleşmenin 17. ve 18. madde hükümleri, mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini düzenlemektedir. Şu halde hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuklara ilişkin akit devlet mahkemelerince verilen velâyete ilişkin ilâmlar, diğer akit devlette tenfiz edilebilecektir. Tanıma ve tenfiz şartlarının öngörüldüğü madde hükümlerine göre velâyete ilişkin verilmiş bir ilâmın diğer akit devlette tanınıp-tenfiz edilebilmesi için a) İlâmın, verildiği akit devletin kanunlarına göre kesinleşmiş ve icra edilebilir olması b) İlamın, tenfizin talep edildiği akit devletin kamu düzenine açıkça aykırı olmaması c) Aleyhine tenfiz istenen kişinin, yargılamaya usulüne uygun çağrılmış olması d) Davanın her iki tarafının savunma haklarına riayet edilmiş ve de usulüne uygun olarak kendilerine tebligat yapılmış olması veya tarafların ehliyetsizliği söz

[1244] 01.12.1991 tarihi itibariyle Sözleşme, Bosna-Hersek için yürürlüğe girmiştir.
[1245] Türkiye Cumhuriyeti ile Romanya Arasında Hukukî Konularda Adli İşbirliği Anlaşmasına ilişkin. 25.10.2007 tarih ve 5704 sayılı Onayı uygun bulma Kanunu için Bkz. RG. 04.11.2007-26690.

konusu ise mahkemede temsil edilebilme olanağının tanınmış olması e) İlamın, tenfizin talep edildiği akit devletin münhasır yetkisine girmeyen bir konuya ilişkin olması f) Tenfizin talep edildiği akit devlette aynı konu ve taraflar hakkında daha önceden verilmiş bir ilâmın bulunmaması veya halihazırda derdest bir davanın bulunmuyor olması gerekir.

Hukuka aykırı olarak alıkonan veya kaçırılan çocuk üzerinde koruma hakkına sahip kişi, çocuğun velâyetine ilişkin Romanya mahkemelerinden verilmiş bir karara sahip ise, ilgili (hak sahibi) 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesine[1246] ilaveten Türkiye-Romanya arasındaki adli yardım Anlaşmasından yararlanarak; velâyet kararının tenfizine binaen çocuğun iadesini isteyebilir.

[1246] 01.02.1993 tarihi itibariyle Sözleşme, Romanya için yürürlüğe girmiştir.

Sonuç

Çocukların hukuka aykırı olarak yerlerinin değiştirilmesini veya haksız alıkonmalarını önlemeye yönelik yapılan uluslararası girişimler, bu fiillerin sayısını azaltmakla kalmayıp, uluslararası platformda aile hukuku alanında beklenen işbirliğini de güçlendirmiştir.

Çağdaş gelişmelerin çocuğun menfaatine öncelik ve üstünlük tanımasına paralel olarak velâyet kavramı, ağırlıklı olarak ana babanın çocuklarına karşı yükümlülükleri olarak algılanmaya başlanmıştır. Çocuğun üstün menfaati karşısında ebeveynlerin hakları geri planda kalmaktadır. Bizde bu görüşten hareket ederek velâyeti daha çok bir sorumluluk olarak algılamaktayız.

1980 tarihli La Haye Sözleşmesi kapsamında, çocuğun üstün menfaati, çocuğun bir an önce kaçırılmazdan evvel mutad meskeninin bulunduğu âkit devletine iade edilmesidir. Başka bir ifadeyle, çocuğun önceki mevcut statükosunun korunması, çocuğun üstün menfaatine karşılık gelmektedir.

Çalışma konumuzun özünü oluşturan 1980 tarihli La Haye sözleşmesi hakkında çeşitli görüş ve sonuçlara varmış bulunmaktayız. Sözleşmenin esas amacı, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun kaçırılmazdan evvelki mevcut statükosunu korumaktır.

Sözleşmenin uygulanabilmesi için çocuk ile kendisini kaçıran veya hukuka aykırı olarak alıkoyan kişi ile arasında gelecekte bir velâyet veya vesâyet ilişkisinin kurulabilme ihtimalinin bulunması gerektiğini düşünmekteyiz. Çocuğun sadece ebeveynleri tarafından değil, büyük anne, büyük baba veya kardeşleri tarafından da kaçırılabileceğini ve bu gibi durumlarda da sözleşmenin uygulanabileceğini kabul etmekteyiz.

Sözleşmenin kalbini, "koruma hakkı" ve "çocuğun mutad meskeni" kavramları oluşturmaktadır. Sözleşmede yer verilen "koruma hakkı" kavramı nev-i şahsına münhasır bir kavramdır ve iç hukuklardaki velâyet hak ve sorumluluğundan farklıdır. Sözleşmenin 3. maddesinde, çocuğun hukuka aykırı olarak alıkonduğu tarihte, koruma hakkına sahip olunması gerektiği belirtilmiştir.Koruma hakkına yönelik geçici mahiyetteki kararlar, Sözleşmenin etki alanı dışında bırakılmıştır.

Çocuğun mutad meskeninin tayini, çocuğun iadesi bakımından önem arz etmektedir. Zira hukuka aykırı olarak kaçırılan bir çocuk, iade talebi kabul edildiğinde, kaçırılmazdan önceki

mutad meskeni âkit devletine iade edilecektir. Tezimizde, mutad meskene ilişkin farklı görüşleri inceledik. Sözleşme uygulaması bakımından çocuğun mutad meskenini tayin ederken, anne ve babasından bağımsız olarak, bizzat çocuğun kendisinin merkez alınarak tayin edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. İstisnaî olarak bebeklerin mutad meskeninin koruma hakkı sahibine bağlı olarak tayin edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Mutad meskenin hukukî bir kavram olmamasından ötürü, ülkeye yasadışı yollarla girmiş bir kişinin bile o ülkede mutad meskene sahip olabileceğinin kabulü gerekir.

Sözleşme, çocuğun iadesine ilişkin davalarda, iadenin reddi sebepleri bakımından 12. madde hükmü hariç hâkimlere sınırlı bir takdir hakkı tanımıştır. İade taleplerini değerlendirecek mahkeme, sadece iade sebepleri ile bağlıdır. Mahkeme, kendisini koruma hakkının esasını nihai olarak karara bağlayacak bir yargı faaliyeti içerisinde görmemelidir. Sözleşme niteliği gereği bir adli yardım sözleşmesidir. Bu nedenle velâyet ihtilâflarını nihaî olarak hükme bağlamak gibi bir gaye taşımamaktadır. Zira sözleşmenin 16. madde hükmü açıkça, koruma hakkına ilişkin kararın ancak iade talebinin reddedilmesinden veya makul bir sürenin geçmesinden sonra verilebileceğini öngörmektedir. Şu halde sözleşmenin koruma hakkının esasına giremeyeceğini ve en azından belli şartlar gerçekleşmedikçe de velâyet sorumluluğunun esasına ilişkin yeni bir hüküm veremeyeceğini söyleyebiliriz. Çünkü Sözleşmenin asıl amacı çocuğun, hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden önceki mevcut statükosunu korumaktır.

Sözleşmenin 20. madde hükmü son derece istisnaî bir düzenlemedir ve mahkemece re'sen dikkate alınacaktır. Madde hükmü sadece 12. madde hükmüne istinaden çocuğun iadesine karar verildiği hallerde dikkate alınabilecektir. Bu nedenle, 13. madde hükmüne istinaden çocuğun iadesine karar verildiği hallerde, 20. madde hükmü hiçbir şekilde uygulama alanı bulmayacaktır.

1980 tarihli La Haye sözleşmesinin 13. maddesinin (b) bendinde öngörülen ret sebeplerini değerlendirirken, mahkeme sadece çocuğun iade edilmesi durumunda fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz kalacağı veya müsamaha edilmeyecek bir duruma düşeceği gerekçesiyle yetinmemelidir. Aynı zamanda çocuğun mutad meskeni devletine iade edilecek olması durumunda âkit devletin gerekli koruma tedbirlerini alıp almayacağını da objektif olarak tahlil etmesi gereklidir. Konuya ilişkin güncel hukukî düzenlemelerde bu yöndedir. 1347/2000 sayılı AB Konsey Tüzüğünü tadil eden 27 Kasım 2003 tarih ve 2201/2003 sayılı Tüzüğün 11. maddesinin 4. fıkrasında, üye devlet mahkemelerinin çocuğun iadesini reddedebilmeleri için,

iade sonrası diğer üye devlet makamlarınca çocuğu korumaya yönelik gerekli tedbirlerin alınmayacak olması şartı getirilmiştir.

1980 tarihli La Haye sözleşmesi, iade sonrası çocukla ilgili gelişmeler hakkında merkezî makamlar arasında bilgi transferini öngörmemektedir. Bu bakımdan verilen kararların çocuğun menfaatine ne ölçüde hizmet ettiğinin sağlıklı bir değerlendirmesi yapılamamaktadır. Kanaatimizce merkezi makamlar arasında bilgi alışverişinin iade sonrasında da devam etmesi âkit devletler arası uygulamanın somut sonuçlarını göstermesi bakımından faydalı olacaktır.

1980 tarihli Sözleşme "çocukla kişisel görüşme hakkı"nın uygulanırlığını temin aşamasında yetersiz kalmaktadır. Zira çocukla kişisel ilişkide bulunabilme hakkının sadece merkezi makamlar aracılığıyla tesis edilmeye çalışılacak olması yeterli güvenceyi vermemektedir. Bu hakkın etkin olarak kullanılabilirliğini temin için adlî makamların yetkilendirilmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz. Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin karar verme noktasında çocuğun mutad meskeni mahkemelerinin yetkili olduğu kabul edildiğinden, iade davasına bakan mahkeme bu hakkın esasına ilişkin karar verememektedir. Sözleşme bakımından, kişisel ilişki kurma hakkının zayıf kalmasının diğer bir sebebi de bu hakkın etkin olarak yerine getirilmesini temin edecek bir sürenin öngörülmemiş olmasıdır.

Ayrıca çocukla kişisel ilişki kurma taleplerinin, sözleşmeden ziyade daha çok milli hukuklardaki düzenlemeler uyarınca yerine getirildiği gözlemlenmiştir. Sözgelimi ABD, İngiltere ve Almanya'da bu anlayışın hâkim olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte 1980 tarihli La Haye sözleşmesi'nin 14. madde hükmü, koruma hakkına ilişkin kararların, doğrudan hiçbir usulî prosedür öngörülmeksizin dikkate alınmasına imkan tanırken, aynı kolaylığı kişisel görüşme hakkı bakımından düzenlememiştir.

1980 tarihli Sözleşme incelendikten sonra, konuyla ilgili diğer sözleşmeler de sınırlı olarak irdelenmiştir. Sözgelimi, 1980 tarihli Sözleşmenin yetersiz kaldığı "kişisel görüşme hakkının" gelecekte daha etkin olarak temini için Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi" hükümleri sınırlı olarak incelenmiştir.

Çocuklarla ilgili konularda, bizzat kendi görüşlerinin alınmasının gerektiği, ulusal ve uluslararası sözleşmelerde kabul edilmektedir. Çocuk kendi düşüncesini hiçbir baskı altında kalmadan özgür iradesiyle oluşturabiliyor ve de bu düşüncelerinin arkasında kararlılıkla durabiliyor ise bu görüş ve eğilimler karara ağırlığını verebilmelidir. Sözgelimi Gürcistan

hukukunda, on dört yaş ve üstü bir çocuk kendisi üzerinde velâyet sorumluluğunu üstlenecek kişiyi seçme hakkına sahiptir. Çocuğun seçtiği kişi veya ailenin, mahkemece kendisi için uygun görülmesi velâyetin tesisi için gerek ve yeterli kabul edilmektedir.

Usul hukukumuz bakımından (HUMK 292) çocuğun ifadesi, mahkemede veya duruşma öncesinde hâkimin odasında alınmaktadır. Oysa Çocuk Haklarının Kullanılmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesinin 6/b maddesi çocuğun ifadesinin, mahkeme dışında, çocuk için elverişli olan bir ortamda alınabilmesine imkân tanımaktadır. Bu bakımdan, çocuğun ifadesinin sözleşme hükümlerine istinaden mahkeme dışında da alınabileceğini düşünmekteyiz.

Son olarak, 1980 tarihli sözleşmenin etkin olarak uygulanabilmesi için, iade talebinin yapıldığı âkit devlette, çocuğun yerinin tekrardan değiştirilmesinin önünü kesecek etkin koruma tedbirlerinin alınmasının zorunlu olduğuna inanmaktayız. Söz konusu geçici tedbirler; çocuğun yurt dışına çıkışının geçici olarak durdurulması, çocuk adına pasaport alınması veya yenilenmesini önlemeye yönelik emniyet makamları, büyükelçilik veya konsolosluklarla temasa geçilmesi, çocuğa ilişkin nüfus kaydı veya ikametgâh belgesinin alınması veya değiştirilmesi işlemlerinin durdurulması, pasaport veya kimlik kayıtlarına dava süresince el konulması, çocuğun tayin edilen süreler zarfında emniyet makamlarınca kontrol altında bulundurulması şeklinde olabilir.

SEÇİLMİŞ BİBLİYOGRAFYA

Akıntürk Turgut — Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, 7. Bası, İstanbul 2002.

Akıntürk Turgut — Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, 9.Bası, Ankara, İstanbul, 2004.

Akyüz Emine — Çocuğun Aile İçerisinde Korunması ve Hâkimin Velâyet Hakkına Müdahalesi, İstanbul Barosu Çocuk Hakları Günleri,17-18 Kasım 1995, İstanbul Barosu Yayınları.

Akyüz Emine — Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İnsan Hakları Eğitim Dizisi, Ankara, 2000.

Altuntaş İlknur — Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Ankara, 2006.

Anna I. Sapone — Children as Pawns in Their Parents' Fight For Control: The Failure of The United States to Protect Against International Child Abduction,Women's Rights Law Reporter, Vol 21, Number 2, Spring 2000.

Anton A.E. — The Hague Convention on International Child Abduction, International Comparative Law Quarterly ,1981

Ataman Figanmeşe İnci — Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi ,Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No:7, İstanbul,1999.

Aytaç Mehlika — Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar, Adalet Dergisi, Yıl 96, Eylül 2004, Sayı 20.

Barbara Ullman Schwerin — The Hague Convention on International Child Abduction: A Practical Application, Loy. L.A. International and Comparative Law Journal, Vol 10, 1988.

Beilfuss — International Child Abduction in Spain . International Journal of Law, Policy and Family, 2001

Berki Şakir — Türk Medenî Kanununda Velâyetin Çocuğun Şahıs ve Malları Bakımından Şümulü, Ankara, 1970.

Bodzin I. Martin	International Parental Child Abduction: The Need For Recognition and Enforcement of Foreign Custody Decrees, Journal of International Dispute Resolution,1989,Vol3.
Bruch Carol	Religous Law, Secular Practises and Children's Human Rights in Child Abduction Cases Under The Hague Child Abduction Convention,New York University Journal of International Law and Politics, Vol 33,2000.
Cantwell B./Scott S.	Children's Wishes, Children's Burden's, Journal of Social Welfare and Family Law 1995
Çavuşoğlu Uyanık Ayfer	Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma,Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006
Clemens C. Laura	International Parental Child Abduction: Time For The United States to Take a Stand, Syracuse Journal of International Law Vol. 30 No1 2003.
Clive M. E.	The Concept of Habitual Residence, Judical Law Review,1997.
Crawford B. Elizabeth	Habitual Residence of The Child As The Connecting Factor in The Child Abduction Cases: A Consideration of Recent Cases, Juridical Review, 1992, Scottish Law
Çelikel Aysel/ Şanlı Cemal/ Öztekin Günseli / Erdem Bahadır / Ataman İnci / Giray Kerem	Milletlerarası Özel Hukuk Anlaşmaları Cilt I Çok Taraflı Anlaşmalar, İstanbul, 2005
Çelikel Aysel	Milletlerarası Özel Hukuk, Çelikel Aysel/ Erdem Bahadır, 8. Basım, İstanbul, 2007
Çelikel Aysel	Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, 2004
Çelikel Aysel	Yabancı Mahkemelerden Verilen Velâyete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi, Prof.Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, MHB Yıl 17-18/Sayı 1-2/1997-1998
Çelikel Aysel/ Öztekin (Gelgel) Günseli	Yabancılar Hukuku,12. Bası, 2005

Deborah M. Zawadzki	The Role of Courts in Preventing International Child Abduction, Cardozo Journal of International Comparative Law, Vol 13,2005.
DeHart Folger Gloria	The Relationship Between The 1980 Child Abduction Convention and The 1996 Protection Convention, New York University Journal of International Law and Policies, Vol 33, Sayı 1
Dicey/ Morris	Conflict of Laws, Volume 2,London,1993.s.836
Dural Mustafa/ Öğüz Tufan	Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul,2002
Dural Mustafa/ Öğüz Tufan/ Gümüş Alper Mustafa	Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul, 2005.
Dyer Adair	Childhood Rights in Private International Law, Australian Journal of Family Law 1991
Ekşi Nuray	Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, İstanbul,2000
Ekşi Nuray	Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, Arıkan Basım, İstanbul, 2007
Emine Akyüz	Çocuğun Aile İçerisinde Korunması ve Hâkimin Velâyet Hakkına Müdahalesi, İstanbul Barosu Çocuk Hakları Günleri,17-18 Kasım 1995, İstanbul Barosu Yayınları.
Erdem B. Bahadır	1968 Tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel Antlaşmasının Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetki Kuralları ile Karşılaştırılması ve Uyumlaştırma Problemi (Prof.Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan , MHB,Yıl 17-18 Sayı 1-2, 1997-1998
Erdem B. Bahadır	Fikrî Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul,2003
Erdem B. Bahadır	Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizi İle Avrupa Birliği Brüksel II Tüzüğü, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No:18, 2006
Erdem B. Bahadır	2675 Sayılı MÖHUK Madde 38/E Bendinin Amacı ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin Bu Konuda Müstakar Hale Gelen Kararlarının Eleştirisi, Prof.Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan,İstanbul,2000
Erdem Bahadır	Aile Hukukuna İlişkin Davalarda Mahkemelerin Yetkisi ile Tanıma ve Tenfiz Kurallarını Düzenleyen Avrupa Konseyi Tüzüğündeki Milletlerarası Yetki Kuralları, MHB,Yıl 21, 2001.

Ergin Özsunay	Medenî Hukuka Giriş, 5. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:3428, İstanbul,1986.
Esen Emre	Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı, (Prof.Dr. Ergin Nomer'e Armağan,MHB, Yıl 22/Sayı 2,2002
Feyzioğlu Feyzi	Aile Hukuku, 3. Bası,İstanbul 1986
Finan L. Cara	Convention on The Rights of The Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction, Santa Clara Law Review, Vol 34,1994.
Finan L. Cara	Convention on The Rights of The Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction, Santa Clara Law Review, Vol 34,1994.
Fişek Hicri	Vatandaşlığa Alınmanın İptali, Osman Berki'ye Armağan, 1977
Fodden R. Simon	Family Law, Toronto, 1999.
Gemalmaz Burak H.	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması,İstanbul, 2005.
Gemalmaz Mehmet Semih	İnsan Hakları Belgeleri, Cilt V, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul,2004
Gençcan Uğur Ömer	Boşanma-Nafaka- Evlilik Birliğinin Korunması ve Velâyet Kararları Konusunda Uygulama Sorunları, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No:18, 2006.
Giray Faruk Kerem	4721 Sayılı Türk Medenî Kanununda Yer Alan "Aile Konutu" Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, MHB, Yıl 23 Sayı 1-2, 2003
Glen Skoler	A Psychological Critique of International Child Custody And Abduction Law, Family Law Quarterly Vol 32, Number 3, 1998.
Göğer Erdoğan	Türk Tabiiyet Hukuku, Ankara,1979
Gölcüklü A. Feyyaz / Gözübüyük A. Şeref	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 2. Bası, Ankara, 1996.
Gündüz Aslan	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, 1994, İstanbul

Gürzümar Aydın	Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkisi, MHB, 1994 Sayı.1-2
Hayes Mary/ William Catherine	Family Law Principles, Policy and Practice, Butterworths, London 1999
Hatemi Hüseyin/ Serozan Rona	Aile Hukuku, İstanbul, 1993
Helzick S. Cathy	Returning United States Children Abducted to Foreign Countries: The Need to Implement The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction, Boston University Internataional Law Journal, Vol 5, 1987.
Herring Lynda	Taking Away the Pawns: International Parental Abduction and the Hague Convention, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, 1994-1995 , Volume 20.
Huysal Burak	Devletler Özel Hukukunda Velâyet, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.
Ising Elizabeth	Refusing to Debate Wheaties Versus Milchreis: Blondin v. Dubois and the Second Circuits's Iınterpretation of the Hague Abduction Convention's Grave Risk Exception,NCJ International Law and Com. Reg., Vol.25, 2000.
İlhan Dinç	Evliliğe ve Eşlerin Ortak Çocukları Üzerindeki Velâyetine İlişkin Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 29 Mayıs 200 Tarih ve 1347/2000 Sayılı AB Konsey Tüzüğü, MHB, Yıl 24, Sayı 1-2, 2004.
İmamoğlu Hülya	Yeni Medenî Kanunundaki Düzenleme ve Velâyete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2005 C.54, s,166
İnan A. N.	Çocuk Hukuku, İstanbul, 1968
İnceoğlu Sibel	İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 2. Bası,İstanbul,2005
Justice Kay	The Hague Convention-Order or Chaos ? Are They Kidding Themselves? Updated Paper for the Canadian National Judicial Institute International Judicial Conference on the Hague Convenion on the Civil Aspects of International Child Abduction July 2004 La Malbaie (Québec) Canada.

Kelly Morgan Michelle	Taking Liberties: The Third Circuit Defines "Habitual Residence" Under The Hague Convention On International Child Abduction, Villanova Law Review, 1996, Vol 41.
Kemal Oğuzman / Mustafa Dural	Aile Hukuku, 3.Bası,İstanbul,2001.
Kemal Oğuzman / Turgut Öz,	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2000, 3. Bası.
Kenworthy S. Brian	The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States And The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction, Indiana International Law and Comparative Law Review, Vol.12, 2002.
Koçhisarlıoğlu Cengiz	Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması, Ankara, 2004
Köprülü Bülent/ Kaneti Selim	Aile Hukuku 2. Bası, İstanbul 1989
Lawrence H. Stotter	The Light at The End of The Tunnel: The Hague Convention on International Child Abduction Has Reached Capitol Hill, Hastings International and Comparative Law Review, Vol 9, Year 1985-1986.
LeGette Caroline	International Child Abduction and The Hague Convention: Emerging Practise and Interpretation of the Discretionary Exception, Texas International Law Journal, Vol 25, 1990.
LeGette Caroline	International Child Abduction and The Hague Convention: Emerging Practise and Interpretation of the Discretionary Exception, Texas International Law Journal, Vol 25, 1990.
Leto Marisa	Whose Best Interest? International Child Abduction Under The Hague Convention,Chicago Journal of International Law, Vol 3 No1, 2002.
Lewis Jeanine	The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity, The Transnational Lawyer ,Vol.13, 2000.

Lowe Nigel / Everall Mark / Nicholls Michael	International Movement of Children, Family Law,2004.
Lowe Nigel/ Armstrong Sarah Mathias Anest	A statistical Analysis of Applications Made in 1999 Under The Hague Convention of 25 October 1980 on The Civil Aspects of International Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 3 (3 Mart 2001), Revised Version Ekim 2001
Mackie Susan	Procedural Problems in The Adjudication of International Parental Child Abduction Cases, Temple International Law and Comparative Law Journal, Vol 10, 1996.
Martha Winterbottom,	The Nightmare of International Child Abduction: Facing The Legal Labyrinth, Journal of International Law and Practise,1996 Vol 5.
Mast Smetzer Kerri	The Application of The Fundamental Principles Exception of The Hague Convention On The Civil Aspects of International Child Abduction, Emory International Law Review, 2003, Vol 17
Michelle Morgan Kelly	Taking Liberties: The Third Circuit Defines "Habitual Residence" Under The Hague Convention On International Child Abduction, Villanova Law Review, 1996, Vol 41.
Mustafa Dural / Tufan Öğüz Alper Mustafa Gümüş	Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul, 2005.
Necip Bilge	Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları,19. Bası, Ankara, 2005.
Nelson C. Sharon	Turning Our Backs on The Children: Implications of Recent Decisions Regarding The Hague Convention on International Child Abduction, University of Illinois Law Review,Vol 2001,No2.
Nihal Uluocak	Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair Sözleşme, MHB Yıl 16 Sayı 1-2, 1996.
North Peter / Fawcett J.J.,	Cheshire's and North's Private International Law, 13. Edt. London, 1999.
Nomer Ergin	Vatandaşlık Hukuku, 15. Bası,İstanbul,2005
Nomer Ergin	Devletler Hususî Hukuku, 13. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2005

Nygh Peter	The International Child Abduction of Children, Children on The Move- How to Implement Their Right to Family Life, Martinus Nijhoff Publishers, 1996
O'Brien John	Smith's Conflict of Laws, London, 1999
O'Brien Saniya	The Trials and Tributions of Implementing The Hague Convention on International Child Abduction: Improving Dispute Resolution and Enforcement of Parental Rights in International Arena, The George Washington International Law Review, Vol 35, 2003.
Oğuzman Kemal/ Dural Mustafa	Aile Hukuku, 3.Bası,İstanbul,2001.
Oğuzman Kemal/ Öz Turgut	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2000, 3. Bası.
Oğuzoğlu Hüseyin Cahit	Medenî Hukuk, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 1963
Özdemir Nevzat	Türk – İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul,2003
Özenç Berke	Kadın Sünneti: Etnomerkezci Önyargılardan Kültürel Dinamikleri Dikkate Alan Bir Yaklaşıma Doğru, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXIV, Sayı 2, 2006
Özkan Işıl	Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi ,Ankara, 2003
Öztan Bilge	Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2004.
Öztekin Gelgel Günseli	Devletler Özel Hukukunda Velâyet- Çocuk Kaçırmaları-Evlât Edinmeye İlişkin Problemler, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No:18, 2006.
Öztekin Gelgel Günseli	Türk Hukukunun Yorumunda Hata Yapılmasına İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.06.2000 Tarihli Kararı, MHB, Yıl.19-20, Sayı 1-2, 1999-2000
Paul R. Beaumont/ Peter E. McEleavy	The Hague Convention on International Child Abduction, Oxford Universitesi Yayını, 1999.
Reisoğlu Safa	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul,2002, 15. Bası.

Rogersen Pippa	Habitual Residence: The New Domicile,International and Comparative Law Quarterly, Ocak 2000, Vol.49.
Ruhi Ahmet Cemal	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Ankara, 2003
Rutherford R. Julia	Removing The Tactical Advantages of International Parental Child Abductions Under The 1980 Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abductions, Arizona Journal of International and Comparative Law, 1991,Vol 8.
Safa Reisoğlu	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul,2002, 15. Bası.
Sapone I. Anna	Children as Pawns in Their Parents' Fight For Control: The Failure of The United States to Protect Against International Child Abduction,Women's Rights Law Reporter, Vol 21, Number 2, Spring 2000.
Sargın Fügen	Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara,1996
Schuz Rhona	Habitual Residence of Children Under the Hague Child Abduction Convention- Theory and Practise, Child and Family Law Quarterly, Vol 13, No.1, 2001
Schuz Rhona	The Hague Child Abduction Convention: Family Law And Private International Law,International And Comparative Law Quarterly,Vol 44,1995.
Schwartz E. Stephen	The Myth of Habitual Residence: Why American Courts Should Adopt The Delvoye Standard For Habitual Residence Under The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction,Cardozo Women's Law Journal, Vol 10, 2004.
Schwarz Andreas	Aile Hukuku 2.Bası, İstanbul 1946 (Çev. Bülent Davran)
Schwerin Ullman Barbara	The Hague Convention on International Child Abduction: A Practical Application, Loy. L.A. International and Comparative Law Journal, Vol 10, 1988.
Selma Baktır	Velâyet Hukuku, Ankara,2000.
Serozan Rona	Çocuk Hukuku, 2. Bası,Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
Silberman Linda	Hague Convention on International Child Abduction: A brief Overview and Case Law Analysis, Family Law Quarterly, Vol 28, 1994.

Silberman Linda	The Hague Convention on The Protection of Children: Should The United States Join?, Family Law Quartely, Volume 34, Number 2, Summer 2000
Skoler Glen	A Psychological Critique of International Child Custody And Abduction Law, Family Law Quarterly Vol 32, 1998.
Sokol P. Ronald	French Enforcement of The Hague Convention on International Child Abduction: A Case Study,Tulane Journal of International Law and Comparative Law, Vol 11, 2003.
Steward Priscilla	Acess Rights: A Necessary Corollary to Custody Rights Under The Hague Convention On The Civil Aspects Of International Child Abduction, Fordham International Law Journal, Vol. 21 Year 1997-1998.
Şanlı Cemal	Türk Hukukunda Çocukların Velâyetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, MHB Yıl 16 Sayı 1-2 1996
Şanlı Cemal	Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde Tanınması veya Delil Olarak Kullanılması (Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul,1990
Şanlı Cemal	Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları,İstanbul, 3. Bası,2005
Tekinalp Gülören	Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, 9.Bası,İstanbul,2006
Tekinay Selâhattin Sulhi	Türk Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1990
Tiryakioğlu Bilgin	Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku, T.C Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Ankara, 1991.
Tiryakioğlu Bilgin	Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar, T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Ankara,1991
Tiryakioğlu Bilgin	Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme,Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No:7, İstanbul,1999.
Todd A. Julia	The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abductin: Are The Convention's Goals Being Achieved?,Global Legal Studies Journal, 1995, Vol 2.

Velidedeoğlu Veldet	Türk Medenî Hukuku, Cilt II Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1965
Weiner H. Merle	International Child Abduction And The Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review, Vol 69,2000.
Westbrook Robinson Gayle	Law and Treaty Responses to International Child Abductions,Virginia Journal of International Law, Vol 20, 1980.
Winterbottom Martha	The Nightmare of International Child Abduction: Facing The Legal Labyrinth, Journal of International Law and Practise,1996 Vol 5.
Zevkliler Aydın/ Acabey Beşir/ Gökyayla Emre	Medenî Hukuk, 5. Bası, Ankara 1997