# Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Aile Hakkına Saygı Hakkı ve Çocuğun Üstün Menfaatinin Korunması: Marcus Frank Cerny Başvurusu Üzerinden Bir İnceleme[*]

**Meltem Ece Oba**[**]

Sınırlar arası sosyal ilişkilerin çoğalmasıyla, farklı vatandaşlıktaki kişiler arasındaki evlilikler sayıca artmıştır. Bu tür evlilikler içinde doğan çocukların, kendi anne veya babası tarafından başka bir devlete kaçırılması ya da alıkonulup geri getirilmemesi durumuyla karşılaşılabilmektedir. 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi[1] ("Lahey Sözleşmesi"), bu tür durumlarda kaçırılan çocuğun mutad meskenine iadesinin kolaylaştırılması amacıyla hazırlanmıştır ve uygulamada bu sözleşmeye sıklıkla başvurulmaktadır.

Nitekim, 2013/5126 başvuru numaralı Anayasa Mahkemesi kararına[2] konu olan olayda Amerika Birleşik Devletleri (ABD) vatandaşı baba, Türk eşinden olan müşterek çocuğun ABD'ye iadesini Lahey Sözleşmesi kapsamında talep etmiş; ancak yetkili mahkeme bu talebi reddetmiş ve karar Yargıtay'ca onanmıştır. Bunun üzerine ABD vatandaşı baba, Anayasa mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuş; mahkemece Anayasa'nın 20, 26 ve 41. maddeleri açısından değerlendirme yapılmıştır (Marcus Frank Cerny Başvurusu).

Bu çalışmada öncelikle Lahey Sözleşmesi kısaca açıklanmıştır (**i**). Ardından meseleye ilişkin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihadının açıklanması bakımından Neulinger ve Shuruk – İsviçre (**ii)** ile X. – Letonya **(iii)** kararları özetlenmiş ve Marcus Frank Cerny başvurusuna ilişkin Anayasa mahkemesi kararı anlatılmıştır (**iv**). Sonuç olarak, anılan Anayasa mahkemesi kararı İHAM içtihadı ışığında değerlendirilmiştir (**v**).

## (i) Lahey Sözleşmesi'nin Amacı ve Kapsamı

Lahey Sözleşmesi, çocuk üzerinde tek başına veya hiç velayet hakkı bulunmayan ana ya da baba tarafından hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen veya alıkonulan[3] çocukların[4] derhal mutad meskenlerine iadesinin sağlanmasını ve çocukla kişisel ilişki kurulması hakkının korunmasını amaçlar. Lahey Sözleşmesinin dibacesi çocuğun üstün yararının korunması amacına da işaret etmektedir.

---

[*] Bu çalışma Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından yürütülmüş olan "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunun Anayasal Yoruma, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Yorumuna ve Yargı Sistemine Etkileri: 2012-2017 Yıllarına İlişkin Yargısal Örüntülerin Karşılaştırmalı Analizi" başlıklı TÜBİTAK Projesi kapsamında proje internet sitesinde Ekim 2017 tarihinde yayımlanan bir *blog* yazısıdır.

[**] Araştırma Görevlisi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, meoba@ku.edu.tr

[1] R.G. 15.02.2000-23965. Sözleşmenin Türkçe tam metni için: <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflisoz/lahey/turkce_lah28.pdf> (Erişim Tarihi: 10.09.2017).

[2] R.G. 12.08.2015/29443.

[3] Sözleşmenin 3. maddesi uyarınca "hukuka aykırı biçimde yer değiştirme veya alıkonulma" halleri şu şekilde açıklanmıştır:" a) Çocuğun, yer değiştirmesinden veya geri dönmemesinden hemen önce mutat ikametgahının bulunduğu Devlet kanunu tarafından, bir şahsa, müesseseye veya başka bir kuruma, tek başına veya müştereken verilen koruma hakkının ihlali şeklinde meydana geldiği taktirde; ve
b) Bu hak, yer değiştirme veya geri dönmeme anında tek başına veya müştereken fiili biçimde kullanılmakta veya bu olaylar meydana gelmese kullanılacak idi ise

[4] Sözleşme kapsamında "çocuk", 16 yaşından küçük çocuklardır.

Lahey Sözleşmesi'nin uygulanması için hem kaçırılan veya alıkonulan çocuğun mutad meskeninin akit bir devlet ülkesinde bulunması hem de çocuğun kaçırıldığı veya alıkonulduğu devletin sözleşmeye taraf olması şarttır. Bu bakımından, çocuğun mutad meskenin nasıl tespit edildiği, Lahey Sözleşmenin ne zaman uygulanacağının belirlenmesi açısından büyük önem arz eder[5].

Lahey Sözleşmesi uyarınca, taraf Devletler birer merkezi makam tayin eder. Kaçırılan çocuğun iadesini talep eden taraf, bulunduğu taraf devletin merkezi makamına başvurur. Bu merkezi makam, çocuğun kaçırıldığı taraf devletin merkezi makamı ile iletişime geçerek çocuğun iadesini sağlar[6]. Bu sayede, çocuğun kaçırılması veya alıkonulması suretiyle velayet hakkı ihlal edilen taraf, çocuğun kaçırıldığı veya alıkonulduğu ülkeye giderek dava açma külfetinden kurulmuş olur[7].

Lahey Sözleşmesi madde (m.) 13, varlığı halinde çocuğun iadesinin yapılmayacağı istisnai durumlara yer vermektedir. Bu istisnai hallerden biri, çocuğun iadesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk bulunması halidir[8] (Sözleşme m. 13(b)).

### (ii) Neulinger ve Shuruk - İsviçre Kararı

Uyuşmazlığa konu olan olayda, başvurucu anne Isabelle, İsviçre vatandaşı olup İsrail'de yaşamaktadır ve burada evlendiği Shai ile ikinci başvurucu olan müşterek bir çocukları (Noam) bulunmaktadır. Baba Shai'nin, ultra-ortodoks radikal bir dini harekete katılması, çocuğun katı bir biçimde Yahudi diyet kurallarına uymasında ısrar etmesi, anneye karşı sürekli bir suçlama ve hakaret tavrı içinde olması karşısında çift boşanmıştır. Ancak, anne ve babanın çocuk üzerindeki müşterek velayeti devam etmiştir.

Bir süre sonra başvurucu anne Isabelle, oğluyla birlikte İsrail'den gizlice ayrılıp İsviçre'ye gitmiştir. Babanın başvurusu üzerine, İsrail yetkili makamı, Lahey Sözleşmesi uyarınca çocuğun iadesi için İsviçre yetkili makamına başvurmuştur.

---

[5] Mutad meskenin nasıl belirleneceğine ilişkin doktrin görüşleri ve yargı kararları için bkz. Cemal Şanlı, emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe, "Milletlerarası Özel Hukuk", Vedat Kitapçılık, 5. Bası, İstanbul Kasım 2016, sayfa 159-161. Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, "Milletlerarası Özel Hukuk", Beta Yayınları, 14. Bası, İstanbul, Mart 2016, s. 277-278.

[6] Türkiye'de kanun koyucu 5717 sayılı "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun" ile sözleşmenin uygulanmasında usule ilişkin düzenlemeleri getirmiştir. Ayrıca, Adalet Bakanlığı bu kanuna dayanarak 65/2 no.lu genelgeyi çıkarmıştır. Anılan mevzuat uyarınca, Türkiye'nin merkezi makamı Dışişleri Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'dür. Genel Müdürlük bu görevini yerel Cumhuriyet Başsavcılıkları aracılığıyla yürütür. Çocuğun, kendisini kaçırmış olan kişinin rızası ile iadesi veya taraflar arasında sulh yoluyla bir çözümün bulunması mümkün değilse; yerel Cumhuriyet Başsavcılığı, çocuğun iadesinin edilip edilmeyeceği veya şahsî ilişkinin kurulması konusunda bir karar verilmek üzere yetkili Aile Mahkemesinde dava açar.

[7] İade mekanizmasının çabuk işletilmesi açısından, Sözleşmenin 12. maddesine göre, hukuka aykırı olarak kaçırılma veya alıkonulma anından itibaren 1 yıl içinde yetkili makama başvurulup çocuğun iadesi talebinde bulunulmuşsa, müracaat makamı derhal çocuğun iadesine hükmetmelidir. Çocuğun yeni çevresine intibak etmemiş olması şartıyla, 1 yıl geçtikten sonra yapılan başvurular da dikkate alınır.

[8] Doktrinde, bu istisnai hükmün yalnızca çocuk açısından ciddi bir riskin mevcut olduğu sınırlı hallerde uygulanması gerektiği vurgulanmakla birlikte, böyle bir risk durumunun varlığı halinde de çocuğun üstün yararının korunması amacına hizmet etmek bakımından tereddüt edilmeksizin istisna sebebiyle çocuğun iadesinin reddedilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Aysel Çelikel & Bahadır Erdem, "Milletlerarası Özel Hukuk", Beta Yayınları, 14. Bası, İstanbul, Mart 2016, s. 275.

Yetkili ulusal mahkeme, çocuğun annesinden ayrılması halinde ciddi psikolojik travma riski bulunması karşısında çocuğun iadesini Lahey Sözleşmesi m. 13(b) uyarınca reddetmiştir.

Baba Shai bu karara itiraz etmiş; Federal Mahkeme babanın itirazını haklı bularak çocuğun İsrail'e iadesi yönünde karar vermiştir. Federal Mahkeme, Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesinde öngörülen çocuğun iadesinin reddini gerektiren istisnai halleri dar yorumlanmış; çocuğun zihinsel, fiziksel veya sosyal gelişimini etkileyecek büyük bir risk bulunmadıkça, bu istisnai haller bakımından bir inceleme yapılmayacağını belirtmiştir. Federal Mahkeme, çocuğun annesinden ayrılması halinde psikolojik travmaya maruz kalacağına ilişkin raporlar karşında, annenin de çocukla İsrail'e dönebileceği ihtimalini gözeterek bu raporları dikkate almamıştır.

Karar İHAM önüne taşınmış; başvuru Lahey Sözleşmesi ve Çocuk Hakları sözleşmesi ışığında İHAS m. 8 üzerinden incelenmiştir. Çocuğun yüksek menfaati, anne ve babanın çocuk ile ilişki kurması hakkı ve kamu düzeni olmak üzere yarışan üç farklı menfaat arasında devletin, çocuğun yüksek menfaatini diğer menfaatlere nazaran üstün tutması gerektiği, uluslararası hukukta bu yöndeki görüş birliğine de işaret edilerek vurgulanmıştır. Ayrıca çocuğun, kaçırılma anından İHAM yargılamasına gelinceye dek geçen sürede İsviçre'de yaşamakta olduğu; çocuğun alışkın olduğu sosyal ortamdan koparılarak tek başına İsrail'e dönmesinin sonuçlarının ağır olacağı vurgulanmıştır. Annenin çocukla beraber İsrail'e dönmesinin ise gerek ekonomik açıdan gerekse de annenin çocuk kaçırma fiilinden dolayı karşı karşıya kalma ihtimali bulunan cezai yaptırım açısından makul olmadığına karar verilmiştir. Öte yandan, bu süreçte baba iki evlilik daha yapmış ve nafaka yükümlülüklerini yerinde getirmediğinden ikinci eşi ile arasında husumet bulunmaktadır. Bu sebeplerle İHAM, Lahey Sözleşmesi m. 13(b)'i ve çocuğun yüksek menfaatini gözeterek, çocuğun İsrail'e geri gönderilmesine ilişkin kararın icra edilmesinin, somut olayda aile yaşamına saygı hakkına orantısız müdahale teşkil edeceği yönünde karar vermiştir[9].

### (iii) X - Letonya Kararı

Uyuşmazlığa konu olan olayda, Avustralya'da yaşayan Letonya vatandaşı başvurucu X. ile birlikte yaşamakta olduğu T.'nin 2005 yılında bir kız çocukları dünyaya gelmiştir. Başvurucu X., babanın izni olmaksızın 2008 yılında kızı ile Letonya'ya dönmüştür. Bunun üzerine baba T.'nin başvurusuyla Avustralya'daki yetkili makam, Lahey Sözleşmesi kapsamında çocuğun mutad meskeni olan Avustralya'ya iadesi için Letonya'nın yetkili makamına başvurmuştur.

Letonya'daki yetkili makam, Lahey Sözleşmesi kapsamında çocuğun Avustralya'ya iadesi yönünde karar vermiştir. Anne X, velayete ilişkin iddialarının yanı sıra kızının Avustralya'ya iadesinin onu psikolojik travmaya maruz bırakacağı iddiasıyla Lahey Sözleşmesi m. 13(b) kapsamında karara itiraz etmiş ve İHAM'a başvurmuştur.

---

[9] Eklemek gerekir ki, yargıç Kalaydjieva'ın katıldığı yargıç Lorenzen'in farklı görüşüne göre; Federal Mahkeme'nin kararını anne Isabelle'in çocuğu ile birlikte İsrail'e dönmesinin makul olduğu ön kabulüne dayandırması, anne Isabelle'in İsrail'e dönmesinin neden makul olmadığına ilişkin gerekçeleri yeterli görmeyen yaklaşımı isabetsiz olmuştur. Zira, Lahey Sözleşmesi'nin ebeveynin de çocuğun kaçırılmış olduğu mutad meskenine geri gönderilmesi gibi bir yaptırım gücüne meşru zemin hazırladığı veya böylesi bir yükümlülük getirdiğinin söylenemeyeceği ifade edilmiştir (Farklı Görüş, para.6).

Anne X.'in başvurusu üzerine İHAM, çocuğun iadesinin reddi kararının İHAS m. 8'in ihlali niteliğinde olup olmadığını incelemiştir. İHAM incelemesinde, çocuğu ilgilendiren bütün kararlarda olduğu gibi belirleyici faktörün çocuğun yüksek menfaatinin korunup korunmadığı olduğunu belirterek Lahey Sözleşmesi uyarınca ulusal mahkemelerin özel bir usuli yükümlülük altında olduğu ifade edilmiştir. Bu yükümlülük kapsamında ulusal mahkemelerin ilk olarak Lahey Sözleşmesi'nin çocuğun iadesine istisna teşkil eden durumların varlığını incelemesi, bu konuda vereceği kararı mutlaka gerekçelendirmesi ve son adım olarak İHAS m. 8 ışığında değerlendirme yapması gerektiğini belirtilmiştir. Ulusal mahkemelerin, iadenin reddini gerektiren sebeplerin bulunup bulunmadığına dair vereceği kararında somut olayın şartlarının ışığında özel nedenler sunması gerektiği de vurgulanmıştır. Diğer bir ifadeyle, çocuğun iadesinin reddini gerektiren hallerin varlığına dair iddiaların karşısında ulusal mahkemeler, otomatik ve basmakalıp gerekçelendirmelerden kaçınmalıdır. Ayrıca, taraf devletlerin çocuğun iadesine karar verirken, çocuğun gönderileceği ülkede uygun güvencelerin varlığından ve mevcut risklere karşın önlemlerin alınmış olduğundan emin olması gerektiği de belirtilmiştir.

Bu sebeplerle İHAM; başvurucu anne X. tarafından sunulan ve çocuğun iadesi halinde psikolojik travmaya uğrayacağını gösteren sağlık raporu ile temellendirilen iadenin reddi sebebinin varlığına ilişkin itirazının, ulusal mahkemece dikkate alınmamış olması ve iadenin reddini gerektiren bu istisnai halin somut olayda neden dikkate alınmadığına ilişkin yeterli gerekçelendirmenin de yapılmamış olması sebebiyle, çocuğun iadesini öngören Leton yetkili makam kararının İHAS m. 8'in ihlali niteliğinde olduğuna karar vermiştir.

### (iv) Marcus Frank Cerny Başvurusu (Başvuru no. 2013/5126)

Uyuşmazlığa konu olayda, başvurucu ABD vatandaşı baba Marcus Frank Cerny, müşterek çocuğunun annesi tarafından bir düğün sebebiyle ABD'den Türkiye'ye getirilmesi ancak geri dönmesine izin verilmemesi üzerine Lahey Sözleşmesi kapsamında ABD yetkili makamına başvuruda bulunmuştur. Bu sırada anne, Türkiye'de boşanma davası açmış, dava kapsamında çocuğun geçici velayeti anneye verilmiştir.

İlk derece mahkemesi, Lahey Sözleşmesi'nde düzenlenen derhal iade koşullarının oluşmadığı ve yukarıda açıklanan 13. maddenin (b) bendi uyarınca istisnai halin gerçekleştiği gerekçesiyle çocuğun iadesini reddetmiştir[10]. Baba, kararı temyiz etmiştir. Yargıtay, ilk derece mahkemesinin kararını onamış ve somut olayda Lahey Sözleşmesi'nde düzenlenen derhâl iade koşullarının oluşmadığını, çocuğun yaşının, anneye muhtaç hâlinin dikkate aldığını belirtmiş ve boşanma davası sonucu çocuğun velayetinin anneye verildiğini de gözeterek temyiz talebinin reddi yönünde karar vermiştir[11]. Baba Marcus Frank Cerny'nin, karar düzeltme talebi de reddedilmiştir[12].

Yargıtay'ca temyiz talebi reddedilen baba, Anayasa m. 36, 41, 90 ve 138 uyarınca sahip olduğu haklarının ihlal edildiği iddiasıyla 10.07.2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Bu sırada annenin Türkiye'de açmış olduğu boşanma davası kesinleşmiş, müşterek çocuğun velayetinin annesine verilmesine ve baba ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasına hükmedilmiştir.

Anayasa mahkemesi, İHAS m. 8 altında düzenlenen aile yaşamına saygı hakkının anayasal karşılığını oluşturan ve Anayasa m.20/f.1 uyarınca güvence altına alınan aile yaşamına

[10] Ankara 7. Aile Mahkemesi E. 2012/757, K. 2012/1403, T. 01.10.2012.
[11] Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2012/26180, K. 2013/3223 T. 12.02.2013.
[12] Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2013/9196, K. 2013/13947, T.16.05.2013.

saygı hakkı ile devletin aile yaşamına saygı hakkının korunmasındaki pozitif yükümlülükleri bağlamında Anayasa m. 41 çerçevesinde bir değerlendirmede bulunmuştur.

Anayasa mahkemesi, çocuğun üstün yararının korunması ilkesine dikkat çekmişse de incelemesini Lahey Sözleşmesi'nin uygulanma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğiyle sınırlamıştır. Nitekim, Anayasa mahkemesinin ihlalin varlığına ilişkin kararını dayandırdığı temel sebepler; çocuğun mutad meskenin tespiti, derhal iade sebeplerinin oluşup oluşmadığının belirlenmesi ve Lahey Sözleşmesi'ndeki iade şartlarının hangi suretle gerçekleşmediği hususlarında hiçbir açıklamaya yer verilmediği ve Sözleşme uyarınca uygulama yeri olmayan çocuğun küçüklüğü ve anneye ihtiyacı gibi öznel ölçütlere dayanılarak sonuca gidildiğidir. Anayasa mahkemesi, annenin öne sürdüğü çocuğun iadesinin reddini gerektiren istisnai hallerin varlığına ilişkin iddialarına rağmen bu yönde bir incelemede bulunmamıştır. Bu bağlamda Anayasa mahkemesi, katı bir biçimde Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasını temin etmiş; istisna hükümlerini dikkate almadan çocuğun iadesinin reddi yönündeki kararın Anayasa m. 20'nin ihlali niteliğinde olduğuna hükmetmiştir[13].

## Marcus Frank Cerny Kararının İHAM İçtihadı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Marcus Frank Cerny başvurusunda Anayasa mahkemesinin Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesindeki çocuğun iadesinin reddini gerektiren sebepleri, annenin bu sebeplerin mevcudiyetine yönelik iddialarına rağmen, dikkate almamış olması İHAM içtihadı uyarınca Lahey Sözleşmesi'nin ulusal mahkemelere getirdiği iadeyi red sebeplerini öncelikli olarak inceleme yönündeki usuli yükümlülüğe ve çocuğun yüksek menfaatinin üstün tutulması ilkesine aykırı olmuştur[14].

Yukarıda açıklanan İHAM içtihadı ışığında, Anayasa Mahkemesi'nin ilk adım olarak, üstelik annenin de iddiaları bu yöndeyken, Lahey Sözleşmesi m. 13'te yer alan iadeyi red sebeplerinin varlığını incelemesi gerekirdi. Bu incelemeyi yaparken somut olayın şartlarının özel olarak değerlendirilmesi ve iadeyi red sebeplerinin neden oluşmadığını kararın gerekçesine yansıtması gerekirdi. Zira İHAM öğretisi, İHAS m. 8 ile Lahey Sözleşmesi arasındaki ilişkiyi kurarken çocuğun menfaatini, kamu düzeni ve ebeveynin çocuk ile görüşme hakkına nazaran daha üstün tutmaktadır. Anayasa mahkemesi kararı ise, bu menfaat dengesinde ebeveynin çocuk ile ilişki kurma hakkını, çocuğun yüksek yararına nazaran daha üstün tutar nitelikte olmuştur. Bu bağlamda, Marcus Frank Cerny başvurusuna ilişkin kararın İHAM içtihadı ile uyum içinde olduğu söylenemeyecektir.

---

[13] Ancak, Anayasa mahkemesine başvuru sürecinde annenin açtığı boşanma davasının kesinleşmesi; velayet ve kişisel ilişkinin esasının yerel mahkemece karara bağlanmış olması karşısında; Anayasa mahkemesi, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar görmemiştir ve bu yöndeki talebi reddetmiştir.

[14] Doktrinde, Marcus Frank Cerny başvurusuna ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin Lahey Sözleşme'nin 13. maddesinin (b) bendindeki istisnayı değerlendirmeksizin karar almış olmasını eleştiren görüş için bkz. Aysel Çelikel&Bahadır Erdem, s. 281-282.