

PAPER DETAILS

TITLE: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Uyarınca Koruma ve Ziyaret Hakkı

AUTHORS: Ebru AKDUMAN

PAGES: 1373-1402

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1453683>

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Uyarınca Koruma ve Ziyaret Hakkı

The Rights of Custody and Access in the Framework of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction

Ebru Akduman* 

Öz

Türkiye 2000 yılından beri “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi”ne taraftır. Lahey Sözleşmesi’nin amacı, esas olarak velayet hakkını ihlal ederek kaçırılan veya alıkonulan çocuğun en kısa zamanda mutad meskenine iadesinin sağlanmasıdır. Bunun için öncelikle Sözleşme’de yer alan “mutad mesken”, “mutad mesken hukuku”, “koruma hakkı” ve “ziyaret hakkı” kavramlarının kapsamının belirlenmesi gerekir. Sözleşme’nin uygulama alanı bulabilmesi için, çocuğun mutad meskeninin taraf devletlerden birinde bulunması gerekmekte olup bununla kastedilen, çocuğun yer değiştirme ey-leminden hemen önceki fiili yaşam merkezidir. Sözleşme’de koruma hakkı ile ziyaret hakkı tanımlanmış ancak mutad mesken kasıtlı olarak tanımlanmamıştır. Sözleşme’de velayet hakkı kavramı yerine koruma hakkı kavramı kullanılmış ve “çocuğun şahsının bakım hakkı ve özellikle ikamet yerinin tespiti hakkı” olarak tanımlanmıştır. Hukuk sistemleri koruma hakkı bakımından velayet hakkı ve sair farklı bir terminolojide sahip olabilir ama önemli olan bu hakkın hangi yetki ve görevleri kapsadığıdır. Sözleşme’de yer alan diğer bir önemli kavram olan ziyaret hakkı, şahsi ilişki hakkı olup “çocuğun, sınırlı bir süre için, mutad ikametgâhından başka bir yere götürülmesi hakkı” vermektedir. İlgili madde hükmünden çocuğun başka bir yere götürülmesinden kastedilenin mutlak surette başka bir akit devlet olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Sözleşme’de çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet kanununa gönderme yapılmakla beraber bu devletin kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınıp alınmayacağı açık değildir. Prensipten, milletlerarası sözleşmelerin uygulanmasında atfı genellikle dikkate alınmamaktadır. Bununla beraber, geçerli bir koruma hakkının bulunup bulunmadığının çocuğun mutad meskeni hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği maddi hukuka göre belirlenmesi Sözleşme’nin temel amacına daha uygun olacaktır.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Çocuk Kaçırma, Lahey Sözleşmesi, Koruma Hakkı, Ziyaret Hakkı, Mutad Mesken Hukuku

Abstract

Turkey is a signatory state to the “Hague Convention On The Civil Aspects Of International Child Abduction” starting from 2000. The essential aim of the Convention is the prompt return of the child to his/her state of habitual residence in case of wrongful removal or retention in breach of the custody right. In order to realize the implementation of the Convention accordingly, it is important to determine the scope of the terms of “habitual residence”, “law of the state of habitual residence”, “custody right” and “access right”. For the application of the Convention, the habitual residence of the child -which refers to the actual place of residence right before the removal- should be located in a contracting state. However, the term of habitual residence is not defined in the Convention unlike the rights of custody and access. In the Convention, the term of custody right is preferred to guardianship and described as “right relating to the personal care of the child and, in particular, the right to determine the child’s place of residence”. The legal systems may use different terminology for custody right like guardianship but, what matters is the rights and duties entitled to this right. Access right, in other words, visitation right is another important term in the Convention and grants “the right to take the child for a limited period of

* Sorumlu Yazar: Ebru Akduman (Dr. Öğr. Üyesi), İzmir Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İzmir, Türkiye. E-posta: ebru.akduman@ieu.edu.tr ORCID: 0000-0002-6462-7887

Atf: Akduman E, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Uyarınca Koruma ve Ziyaret Hakkı” (2020) 40(2) PPIL 1373. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0076>

time to a place other than the child's habitual residence". It is not clear from the related article that the child can be taken to a state which is not signatory to the Convention. It is not explicit in the Convention whether the conflict of law rules of the state of the child's habitual residence will be applied as being the part of that state's law. In principle, renvoi is not considered in international conventions. However, determination of the rights of custody and access by the substantive law referred to by the private international law of the state of the child's habitual residence will better suit the main purpose of the Convention.

Keywords

International Child Abduction, Hague Convention, Right of Custody, Right of Access, Law of Habitual Residence

Extended Summary

Turkey is a signatory state to the "Hague Convention On The Civil Aspects Of International Child Abduction" starting from 2000. The essential aim of the Convention is the prompt return of the child to his/her state of habitual residence in case of wrongful removal or retention in breach of the custody right. In order to realize the implementation of the Convention accordingly, it is important to determine the scope of the terms of "habitual residence", "law of the state of habitual residence", "custody right" and "access right". In this study, rights of custody and access are examined.

In the Convention, the term of custody right is preferred to guardianship and described as "right relating to the personal care of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence". The legal systems may use different terminology for custody right like guardianship but, what matters is the rights and duties entitled to this right. The wrongful removal and retention, in other words, international child abduction act is detected upon the breach of the custody right as defined under the Convention.

Access right, in other words, visitation right is another important term in the Convention and grants "the right to take the child for a limited period of time to a place other than the child's habitual residence". It is not clear from the related article that the child can be taken to a state which is not signatory to the Convention. If such case happens, it should be noted that both rights of custody and access cannot be protected by the Convention.

The right of custody may arise in particular by operation of law or by reason of a judicial or administrative decision or by reason of an agreement having legal effect under the law of that state. This list is not exhaustive. In ascertaining whether there has been a wrongful removal or retention, the judicial or administrative authorities of the requested state may ask a certificate or an affidavit from a central authority or other competent authority of the state of the child's habitual residence or from any other qualified person regarding the relevant law of that state. Instead the judicial or administrative authorities of the requested state may take notice directly of the law and judicial or administrative decisions, formally recognized or not, of the state of the habitual residence of the child without recourse to the specific procedures for the

proof of that law or for the recognition of foreign decisions which would otherwise be applicable. The legal grounds of access right are not stated in the Convention. But, it is widely accepted that access right is also emanated from a legal authority, a judicial or administrative decision, or an agreement having legal effect under the law of that state and the courts of the state of the child's habitual residence have the authority to grant an access right. There appeared discrepancies among the court decisions in interpretation of rights of custody and access since the information and documents provided by the state of the child's habitual residence are not binding.

It is not explicit in the Convention whether the conflict of law rules of the state of the child's habitual residence will be applied as being the part of that state's law. In principle, *renvoi* is not considered in international conventions. However, determination of the rights of custody and access by the substantive law referred to by the private international law of the state of the child's habitual residence will better suit the main purpose of the Convention.

The custody decision of the court of the state of the child's habitual residence has importance in both determination of wrongful removal/retention and prevention of unfair and pointless restrictions on the travel rights of the child and the custodial parent. In passport and visa applications and in border controls the written approval of the non-custodial parent is required as a precaution to wrongful removal or retention even so the custodial parent has the right to take the child abroad temporarily or permanently within the right of custody granted by the state of the child's habitual residence. As a solution, a protocol on international travel of the child can be agreed by the parents. In case no such agreement or approval of the non-custodial parent is obtained, the custodial parent can request a permission from the court of the state of the child's habitual residence for the child's travel abroad. In our opinion, these problems can easily be eliminated if the courts can state explicitly in their divorce or custody decisions that no approval is required from the non-custodial parent for international travel of the child.

The right of access is protected less comparing to the right of custody. Even if the parents signed an agreement stating that the approval of the non-custodial parent is compulsory for travel and change of residence of the child to abroad, the right of access is not protected effectively. Furthermore, the Convention does not provide convenience for court decisions on access rights like the automatic enforcement of the court decisions on custody rights without recourse to the specific procedures.

An application to make arrangements for organizing or securing the effective exercise of right of access may be presented to the central authorities of the contracting states in the same way as an application for the return of a child. However, habitual residence and breach of the custody right matters are not investigated since the return of the child cannot be claimed in this application.

In order to determine the international child abduction act, it is important to clarify the scope of the access right. According to the Turkish court practice, the visitation right should be used at the place of the child's habitual residence on suspicion of abduction. Besides some other state courts decide on the performance of the access right under supervision to prevent such risk of kidnapping.

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Uyarınca Koruma ve Ziyaret Hakkı

I. Giriş

Türkiye çocuk hakları bakımından her türlü uluslararası sözleşmeye uzun yıllardan beri taraf olan bir ülkedir. 1990 yılından beri “Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”¹’ne, 1999’dan beri “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi”²’ne, 2000’den beri “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi (“Sözleşme”)³’ne, 2001’den beri “Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi”⁴’ne, 2004’den beri “Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi”⁵’ne, 2011’den itibaren “Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”⁶’ne ve 2016’dan beri “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi”⁷’ne taraftır.

Lahey Sözleşmesi’nin amacı, ebeveynlerin velayet ve şahsi ilişki kurma haklarının düzenlenmesi değil bu haklara aykırı olarak kaçırılan veya alıkonulan çocuğun en kısa

1 RG 27.1.1995/22184.

2 RG 2.11.1999/23864; “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi” m. 19 uyarınca, “İşbu Sözleşme, bir kararın tanınmasını veya tenfizini sağlamak bakımından menşe Devleti ile talepte bulunulan Devlet arasında yürürlükte bulunan bir uluslararası belgeye ya da talepte bulunulan Devletin uluslararası bir anlaşmadan kaynaklanmayan diğer herhangi bir mevzuatına dayanma olanağını bertaraf etmez”. Bu hükümden işbu Sözleşme’nin çocukla ilgili diğer Sözleşmeler ile beraber uygulanacağını anlamaktayız; İşbu Sözleşme, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi gibi sadece hukuka aykırı yeri değiştirilen ve kaçırılan çocuklarla sınırlı değildir, velayet sorumluluğunu ihlal eden her türlü fiili kapsamaktadır. Ancak uygulama alanı, sadece Avrupa kıtasında bulunan devletlerle sınırlı olup diğer kıtalarda 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi uygulanabilir (bkz. Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi “Kaçırılan Çocukların İadesi”* (Beta Basım 2010) 237); İşbu Sözleşme’de çocuğun iadesinin yabancı ülke mahkemesince verilen velayet kararının tanınması ve tenfizi şartına tabi tutulması, uzun ve zor formaliteler gerektirdiğinden tercih edilmediği ve 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi’ne göre başvuru yapıldığı görülmektedir (bkz. Mehlika Aytac, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesinin Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar” (2004) 20 Adalet Dergisi 36-37).

3 RG 15.5.2000/23965.

4 RG 1.12.2001/24305, RG 2.5.2002/24743.

5 RG 20.1.2004/25352.

6 RG 17.11.2011/28115; “Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”’nde alınmış tedbirlere rağmen, tayin edilmiş sürenin sonunda kişisel ilişki kurma hakkına sahip kişinin çocuğu iade etmemesi durumunda ne şekilde hareket edileceği konusunda Sözleşme’de bir düzenleme yoktur. Bu Sözleşme, kişisel ilişki kurma hakkının tabi olduğu hukuk ve yetki konusunda da hüküm içermemektedir. Bu durumda, izlenecek yolu 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi başta olmak üzere diğer ilgili Sözleşmeler gösterecektir (bkz. Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn Beta Basım 2020) 189); Bununla birlikte Sözleşme’nin m. 20 (3) hükmü gereğince, AB’ne üye devletler kendi aralarında çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ihtilaflar hakkında işbu Sözleşme’yi uygulayamayacaklardır. Şu halde, Brüksel IIA Tüzüğü kurallarının uygulama alanı bulacağı durumlarda işbu Sözleşme hükümleri AB’ne üye devletler arasında dikkate alınmayacaktır.

7 RG 22.5.2016/29719; “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yöntünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi”, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi’nden farklı olarak velayet sorumluluğu ile çocukların korunmasına yönelik kararların tanınması ve tenfizini düzenlemektedir. Ayrıca, hem velayet ihtilafları bakımından yetkili mahkemeyi düzenlemekte hem de m. 15-22 arasında velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuku ele almaktadır. İşbu 1996 tarihli Sözleşme’nin m. 50 hükmü uyarınca, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi öncelikli uygulanacaktır.

zamanda, diğer deyişle derhal⁸mutad meskenine iadesinin sağlanmasıdır⁹. Bu nedenle, diğer sözleşmelerden farklı olarak Lahey Sözleşmesi’nde çocuğun mutad meskeni adli veya idari makamlarınca verilmiş olan velayet hakkına ilişkin kararların doğrudan tanınması imkanı getirilmiştir¹⁰.

Belirtilen vakaların özellikle ailenin bütünlüğü ve korunması ile Sözleşme’nin öngördüğü prosedürlerin icrası açısından taşıdığı öneme binaen, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM”)” tarafından da, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“AİHS”)”¹¹’nin m. 6¹² ve m. 8¹³ düzenlemeleri bağlamında değerlendirmeye tabi tutulduğu anlaşılmaktadır¹⁴.

Sözleşme’ye taraf olan devlet sayısı ve taraf devletlerin mevzuatında yer alan velayet ve şahsi ilişki kurma haklarına ilişkin düzenlemelerin farklılığı nazara alındığında, Sözleşme’nin etkinliği büyük ölçüde taraf devletlerdeki uygulama başarısı ile paralellik arz etmektedir. Bu kapsamda taraf devletler, Sözleşme’nin yürürlüğünün sağlanması noktasında çeşitli pozitif düzenlemeler öngörmek durumundadır. Sözleşme’nin Türkiye’de uygulanmasını sağlamaya yönelik usûl ve esaslar, 22.11.2007 tarihli ve 5717 sayılı “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun (“Kanun”)”¹⁵ ile Adalet Bakanlığı Uluslararası ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü’nün

8 Sözleşme m. 11 (2) uyarınca, “Müracaatta bulunulan adli veya idari makam, müracaattan itibaren 6 hafta içinde karar vermezse, talep eden veya talep edilen Devletin merkezi makamı kendi girişimi ile gecikmenin nedenlerine dair bir belge isteyebilir. Cevap, talep edilen Devletin merkezi makamına gelir ise, bu makamın, cevabı, talepte bulunulan Devletin merkezi makamına veya icabında müracaat sahibine intikal ettirmesi gereklidir.”; Çok açık olarak bütün hukukçuların bildiği üzere Türkiye gibi coğrafi bakımdan büyük ve çocuğun kaçırılabilceği yer bakımından ihtimalin fazla olduğu ve mahkemeler bakımından da adli yargı yükünün çok fazla olduğu bir ülkede kaçırılan çocuğun altı hafta içinde iadesi mümkün değildir (bkz. Bahadır Erdem, “Türk Hukukunda Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Uygulamaları (“Makale”)” (2015) 35 (2) MHB 151; Bahadır Erdem, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Türk Hukukundaki Sorunları ve Çözümü (“Seminer”)” (Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı 1980 tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması Semineri, Ankara, 22-23 Şubat 2013) 8 <<http://diabgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2492019162925laheycocuksemineri.pdf>> erişim tarihi 13 Mart 2020.).

9 “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yöntünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi”, “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi” ve “Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”nin amacı ise esas olarak velayete ve/veya şahsi ilişki kurmaya ilişkin tedbirler alınması ve bu kararların tanınması ve tenfizidir.

10 Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 91; Ebru Şensöz Malkoç, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (Oniki Levha Yayınları 2017) 201-202.

11 RG 19.3.1954/8662.

12 “Adil yargılanma hakkı

1. Herkes davasının, meneni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemeye bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir: a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek; d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çekirtmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek; e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.”

13 “Özel ve aile hayatına saygı hakkı

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

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

14 Örnek kararlar için bkz. Faruk Kerem Giray, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Aile İçi Uluslararası Çocuk Kaçırma İhtilaflarına İlişkin Seçilmiş Kararları (“AİHM Kararları”)” (2015) 35 (2) MHB 173-201; “Tematik Bilgi Notu - Uluslararası Çocuk Kaçırma” <www.echr.coe.int/Documents/FS_Child_abductions_TUR.pdf> erişim tarihi 24 Şubat 2020.

15 RG 4.12.2007/26720.

çıkardığı 16.11.2011 tarihli ve 65/2 sayılı “Genelge”¹⁶ ile düzenlenmiştir. Genelge’nin m. 3 (1) (a) hükmünde belirtildiği üzere Türkiye’nin Sözleşme için belirlediği merkezi makam, Adalet Bakanlığı’dır ve m. 5 uyarınca, Bakanlık yetkilerini Cumhuriyet savcılarını eliyle kullanır.

Avrupa Birliği (“AB”) üyesi ülkelerde, uluslararası çocuk kaçırma vakalarına yön veren tek düzenleme Lahey Sözleşmesi olmayıp 27.11.2003 tarihli ve 2201/2003 sayılı “Evlilik ve Ebeveynlik Sorumluluğuna İlişkin Hususlarda Yetki, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Konsey Tüzüğü (“Brüksel IIA Tüzüğü”)¹⁷, uluslararası çocuk kaçırmalarına ilişkin iade prosedürünü, mahkemelerin milletlerarası yetkisini ve bu kararların yerine getirilme usulünü düzenlemektedir. Bu Tüzük Sözleşme’ye birebir benzerlik göstermekle beraber fazladan olarak Sözleşme’nin eksik bıraktığı birçok usulü konuyu düzenlemiştir. AB dışındaki çocuk kaçırma davalarında Lahey Sözleşmesi hükümleri halen yürürlükte olup, sadece Birlik içindeki davalarda (Danimarka hariç) Brüksel IIA Tüzüğü uygulanmaktadır.

Uluslararası bir sözleşme, farklı yargı alanlarında farklı bir şekilde yorumlanamayacağından Sözleşme’nin tüm akit devletlerin hukukuna göre aynı anlam ve aynı etkiye sahip olması gerekmektedir. Uluslararası özel hukuka ilişkin bir uluslararası sözleşmenin hükümlerinin yorumlanmasında “Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (“Viyana Sözleşmesi”)¹⁸’nin madde 31 ila 33 hükümlerinin gözönüne alınması gerekmektedir. Viyana Sözleşmesi’nin 31. maddesine göre, bir antlaşmanın hükümleri antlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacı ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyiniyetle yorumlanmalıdır. Şu halde, Lahey Sözleşmesi yorumlanırken önsöz ve m. 1 hükmünde Sözleşme’nin temel amacı olarak belirtilen “çocuğun bir an önce mutad meskenine iade edilmesi” hususu dikkate alınmalıdır. Sözleşme hükümlerinin farklı ülke mahkemeleri tarafından uygulanmasında birliğin temini anlamında ulusal mahkemelerce verilen kararların toplandığı INCADAT¹⁹ ve benzeri veritabanlarının faydası büyüktür. “Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı Daimi Bürosu”²⁰ da uygulamanın gelişmesini sağlamak için faaliyetlerini sürdürmektedir²¹.

Sonuç olarak, Lahey Sözleşmesi’nin uygulama alanı bulabilmesi için Sözleşme’de yer alan “mutad mesken”, “mutad mesken hukuku”, “koruma hakkı” ve “ziyaret hakkı” kavramlarının kapsamının öncelikle belirlenmesi önemlidir.

16 “Genelge No: 65/2” <www.adalet.gov.tr/Genelgeler/genelge_pdf/65-2.pdf> erişim tarihi 24 Şubat 2020.

17 Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, OJ L338 23.12.2003 1-29; Tüzük m 59 (1) uyarınca, işbu Tüzük hükümleri konusıyla ilgili diğer uluslararası sözleşmelere öncelikli uygulanacaktır.

18 “Vienna Convention on the Law of Treaties” <<https://treaties.un.org/doc/publication/unt/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>> erişim tarihi 24 Şubat 2020; Viyana Sözleşmesi 27.1.1980’de yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşme’ye taraf olmamıştır.

19 The International Child Abduction Database <www.incadat.com/en>

20 Hague Conference on Private International Law <www.hcch.net/en/governance/team-of-the-permanent-bureau>

21 İlknur Altuntaş, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi* (Bilge Yayınevi 2006) 74-78; Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 46.

II. Koruma Hakkının Kapsamı

Velayet kavramının tanımı ve içeriğine ilişkin olarak hukuk sistemleri arasında farklılıklar olması nedeniyle Sözleşme'nin 5 (a) maddesinde velayet hakkı kavramı²² yerine koruma hakkı kavramı kullanılmış ve “*çocuğun şahsının bakım hakkı ve özellikle ikamet yerinin tespiti hakkı*” olarak tanımlanmıştır.

Koruma hakkı kavramı, iç hukuktaki velayet kavramı ile karıştırılmamalı, Sözleşme'nin tanımlarına, yapısına ve amacına uygun yorumlanmalıdır²³. Şöyle ki, iç hukuktaki velayet hakkı, koruma hakkından daha kapsamlı veya daha sınırlı olabilecektir²⁴. Örneğin, Suudi Arabistan, Lübnan ve Suriye’de velayet hakkı annede olsa dahi çocuğun yurtdışına seyahatinde babanın izni aranmaktadır ve hatta baba, eş ve çocuklarına yurtdışı yasağı koydurabilmektedir²⁵. Bazı ülkelerde ise ortak velayet uygulamalarına bağlı olarak velayet kararı yanında çocuğun ebeveynlerden hangisiyle birlikte kalacağı da hükme bağlanmaktadır. Böyle bir durumda velayet hakkına sahip olunmakla beraber, çocuğun meskenini değiştirme yetkisi söz konusu olmayabilecektir. Bu bağlamda, velayet hakkına sahip olunması her somut olayda koruma hakkının da elde edilmiş olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır²⁶. Bu nedenle, Sözleşme'nin uygulama alanına giren her somut olayda, Sözleşme'nin tanımladığı koruma hakkının ve bu bağlamda bu hakka aykırı bir yer değiştirme veya alıkoyma vakasının bulunup bulunmadığı mutad mesken ülkesinden temin edilecek ve bu hakkı tevsik eden belge ve mümkünse mahkeme kararlarıyla teyit edilmelidir.

Sözleşme’de yer alan koruma hakkı, Türkiye tarafından 5717 sayılı Kanun m. 3 (d) hükmünde velayet hakkı olarak nitelendirilmiş ve çocuğun bakım, gözetim ve koruma ile meskenini tayin etme hakkı olarak tanımlanmıştır. Bu şekilde, velayet hakkının kapsamı “Türk Medeni Kanunu (“TMK”)²⁷’na nazaran daraltılmış ve Sözleşme ile uyum sağlanmıştır.

TMK’da yetkilerin yanı sıra sorumluluklar da düzenlenmiş olup, velayet hakkı Sözleşme’deki koruma hakkından daha kapsamlıdır. Türk hukukunda velayet hakkının

22 “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yöntünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi” ise m 1 (2) hükmünde velayet sorumluluğunu “*ebeveynlerin sahip olduğu otoriteyi veya çocuğun şahsına yahut mallarına ilişkin olarak ebeveynlerin, vasilerin veya diğer yasal temsilcilerin hak, yetki ve sorumluluklarını belirleyen benzer otorite ilişkilerini içerir*” şeklinde düzenlemiştir. “Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”, aynı şekilde, çocuk hukukundaki güncel gelişmelere paralel olarak velayet sorumluluğu terimini kullanmıştır. Diğer yandan, anlam karışıklığına sebebiyet vermemek için mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi aşamasında âkit devletlerin aile ve çocuk hukuku düzenlemelerindeki farklılığı gözetenek gittikçe demodeleşen velayet hakkı terimini kullanmayı bırakamamıştır. Sözleşme’nin 2. madde hükmünde kullanılan kavramların bazılarında yer verilmekle birlikte gerek velayet hakkının gerekse velayet sorumluluğunun tanımına yer verilmemiştir (Faruk Kerem Giray, “Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulması Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi (“Avrupa Konseyi Sözleşmesi”)” (2010) 9 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan 753).

23 HCCH Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction Part I - Central Authority Practice (Jordan Publishing Limited 2003) 19, 84 <https://assets.hcch.net/upload/abdguide_e.pdf> erişim tarihi 24 Şubat 2020; HCCH Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction Part II - Implementing Measures (Jordan Publishing Limited 2003) vii <https://assets.hcch.net/upload/abdguide2_e.pdf> erişim tarihi 24 Şubat 2020.

24 Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 88; Günseli Öztekin Gelgel, “Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler” (2005) 2 (8) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 131.

25 Deborah M Zawadzki, “The Role of Courts in Preventing Child Abduction” (2005) 13 Cardozo Journal of Int’l and Comparative Law 365-367.

26 Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 88-89.

27 RG 8.12.2001/24607.

kapsamına çocuğun bakım ve korunması için şahsı ve malları üzerinde sahip olunan hak ve görev, malların yönetimi ile çocuğun temsili girmektedir²⁸. Türk hukukunda eşler, evlilik devam ettiği müddetçe kural olarak velayet sorumluluğunu birlikte üstlenmektedir (TMK m. 336). Boşanma halinde eşler, velayet sorumluluğuna yönelik bir anlaşma yapabilirler. Ancak bu anlaşmanın veya protokolün hâkim tarafından uygun görülerek tasdik edilmesi gerekir. Hatta, kanunda düzenleme olmamakla beraber yeni Yargıtay kararlarında²⁹ boşanma halinde anne-baba anlaşsın ortak velayete karar verilebileceği kabul edilmiştir. Bununla beraber, evlilik dışı doğan çocuğun velayeti anneye aittir (TMK m. 337), biyolojik babanın çocuğu sonradan tanınması veya babalık davasına binaen çocukla kendi arasında soybağı ilişkisinin kurulması kendiliğinden velayet sorumluluğunun tesisini sağlamaz.

Sözleşme m. 5 (a) hükmünde bahsi geçen koruma hakkı kapsamındaki çocuğun oturacağı yeri belirleme hakkı, çocuğun ülke dışına çıkışını engelleme hakkından farklıdır. Çocuğun yurtdışına çıkışını engelleme hakkı oldukça dar kapsamlı olup çocuğun nerede oturacağı veya yaşayacağı konusunda bir yetki öngörmemektedir. Diğer taraftan, Sözleşme'ye üye devlet mahkemelerinin büyük çoğunluğu, koruma hakkını Sözleşme çerçevesinde yorumlarken veto kriterini (ne exeat) esas almaktadır. Diğer deyişle, çocuğun mahkemenin yargı alanının dışına çıkartılması hususunda ilgili kişinin hukuken veto yetkisi varsa Sözleşme'nin anladığı anlamda koruma hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir³⁰. Örneğin, C v C davasında³¹ İngiltere Yüksek Mahkemesi, velayet hakkını haiz anne tarafından babasının izni olmadan İngiltere'ye getirilen çocuğun mutad meskeni olan Avustralya'ya iadesine karar vermiştir. Mahkeme, babanın Avustralya hukukuna göre velayet hakkı olmamakla beraber çocuğun Avustralya dışına çıkarılmasında izninin gerekmesinin babaya dolayısıyla çocuğun yerleşim yerini belirleme hakkı verdiğinden bahisle Sözleşme m. 3 ve 5 kapsamında babanın çocuk üzerindeki hakkını koruma hakkı olarak değerlendirmiştir.

Esasen her bir hukuk sistemi koruma hakları bakımından farklı bir terminolojiye sahip olduğundan, çocukların bakım ve kontrollerine dair hakların nasıl adlandırıldıklarından ziyade, belirtilen hakların hangi yetki ve görevleri kapsadığını nazara almak gerekmektedir. Örneğin, anneye velayet hakkının verildiği fakat, çocuğun babanın rızası olmaksızın yargı alanından ayrılamayacağını kararlaştırıldığı bir durumda, anne tarafından çocuğun yargı alanı dışına çıkarılması kanuna aykırı

28 Aytaç (n 2) 38; Serdar Çelikel, *Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları* (Adalet Yayınevi 2012) 36-54.

29 Örneğin, Yargıtay 2 HD, 20.2.2017, 2016/15771E, 2017/1737K <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi 16 Mart 2020.

30 Marilyn Freeman, "Rights of Custody and Access under the Hague Child Abduction Convention-A Questionable Result?" (2000) 31 California Western International Law Journal 42; Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 89 dn 420; Sara E. Reynolds, "International Parental Child Abduction: Why We Need to Expand Custody Rights Protected under the Child Abduction Convention" (2006) 44 (3) Family Court Review 465, 472-473; Marguerite C. Walter, "Toward the Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Transnational Parent-Child Contact" (2004) 79 New York University Law Review 2387-2388.

31 C v C (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad) (1989) 1 WLR 654 <www.incatat.com/en/case/34> erişim tarihi 11 Nisan 2020; Aksi yönde karar için bkz. *Croll v Croll* 229 F.3d 133 (2d Cir. September 20, 2000 cert. den. Oct. 9, 2001) <www.incatat.com/en/case/313> erişim tarihi 11 Nisan 2020.

olacaktır. Sözleşme'nin uygulama alanına giren bu tür vakalarda mahkemelerin, koruma haklarının yabancı bir hukuk sisteminde kendilerinininkine nazaran oldukça farklı şekilde düzenlenmiş olabileceğini gözönünde bulundurmaları ve iade prosedürünü buna göre şekillendirmeleri önemlidir. Bu nedenle, koruma hakkı ve içeriği konusunda taraf devlet hukuk sistemlerinde yer alan mevzuat ve uygulamaların ulaşılabilirliği ve bu irtibatın sağlanması noktasında özellikle merkezi makamların etkinliği hayati öneme sahiptir³².

Örneğin, Alman hukukunda, velayet hakları konusu çocuğun evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olmasına göre farklılık arz etmekte olup, evlilik içi çocuk üzerinde anne veya babadan birisinin velayet hakkı bir mahkeme kararı ile kaldırılmadıkça ortak velayet söz konusudur. Ayrılma veya boşanma durumunda da aksine bir mahkeme kararı olmadığı sürece ortak velayet devam etmektedir. Evlilik dışı doğan çocuğun velayet hakkı ise otomatikman anneye tanınmakta ancak anne ve baba ortak bir beyan vermek suretiyle ortak velayet hakkına kavuşabilmektedir. Bunun yanı sıra, Alman hukukunda tek taraflı velayet hakkına sahip olan veya çocuğun ikamet yerini tayin etme hakkına sahip olan ebeveyn, diğer ebeveynin rızası olmadan çocuk ile beraber başka bir ülkeye gitme hakkına sahiptir. Bu çerçevede, belirtilen hakka sahip olan ebeveynin çocuğun mutad meskenini değiştirme girişimi, kendisine tanınan hak çerçevesinde diğer ebeveynin koruma hakkını ihlal etmediğinden, Lahey Sözleşmesi anlamında bir kaçırma veya alıkoyma durumu söz konusu olmayacaktır³³.

Diğer bir olayda, tüm hayatı boyunca Amerika Birleşik Devletleri'nde yaşamış ve ebeveynleri boşanmış olan altı yaşındaki çocuğun annesinin velayet hakkına, babasının ise şahsi ilişki kurma hakkına sahip olduğu, annenin çocuğu asıl memleketleri olan İskoçya'ya götürdüğü ve çocuğun ABD'ye iadesini sağlamak için babası tarafından yapılan başvuru üzerine görülmekte olan davada mahkeme; babanın şahsi ilişki kurma hakkı kapsamında çocuğun mutad meskenini değiştirilmesi halinde bilgilendirilme hakkına sahip olmasının Sözleşme hükümleri uyarınca çocuğun mutad meskenini tayin etme hakkını kendisine tanımayacağını belirterek, çocuğun babasının bilgisi ve rızası dışında velayet hakkı sahibi olan annesi tarafından İskoçya'ya getirilmesinin Sözleşme kapsamında haksız bir götürme sayılamayacağı gerekçesiyle çocuğun iadesi talebini reddetmiştir. Çünkü velayet hakkına tek başına sahip olan anne, çocuğun mutad meskenini de tek başına belirleyebilir³⁴.

Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasından kaynaklanan sorunlar, taraf devletlerin milli mahkemelerinin kararlarına konu olduğu gibi AIHM içtihatlarına da konu olmaktadır.

32 Şebnem Nebioğlu Öner, "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İhtihat Analizi" (2014) 115 TBB Dergisi 483.

33 Ralf Helmers, "Almanya'da Aile Mahkemelerinde Görülen Uluslararası Çocuk Kaçırma Davalarının Adli Prosedürü ve Alman Kanunlarındaki Konuya İlişkin Hukuki Düzenlemeler" (Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı 1980 tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması Semineri, Ankara, 22-23 Şubat 2013) 60 <<http://diabgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2492019162925laheycocuksemineri.pdf>> erişim tarihi 13 Mart 2020.

34 *Seroka v Bellah* 1995 SLT 204 <www.incatat.com/en/case/72> erişim tarihi 11 Nisan 2020.

Bir davada AİHM'e başvuru yapan Bayan X, 2004 yılında Avustralya'da yaşarken ve başkasıyla evliyken, Bay T adlı başka bir erkekle ilişki yaşamaya başlamış ve onun evine taşınmıştır. 2005 yılında çiftin bu evlilik dışı ilişkisinden bir kızları olmuştur. Çocuğun doğum belgesine biyolojik babasının adı yazılmamıştır. Bayan X ile T'nin ilişkisi sonradan kötüye gitmiş ve Bayan X, 17 Temmuz 2008 tarihinde, 3,5 yaşındaki kızını da yanına alarak Avustralya'dan, Letonya'ya gitmiştir. Bunun üzerine 2008 yılının Kasım ayında, Letonya ilk derece mahkemesi; çocuk ile baba arasında nesep ilişkisi tesis eden Avustralya mahkemesinin verdiği tanıma kararını dikkate alarak T'nin rızası dışında ve yasaya aykırı olarak uzaklaştırıldığına karar vermiştir. Karar temyiz edilmiş, (Letonya) Riga Bölge Mahkemesi de ilk derece mahkemesinin kararını onayarak, çocuğun Avustralya'ya iade edilmesine karar vermiştir. Bunun üzerine Bayan X, AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine dayanarak; Letonya mahkemesinin Lahey Sözleşmesi uyarınca kızının Avustralya'ya iade etmesine karar vermesinin; AİHS'nin 8. maddesinin güvence altına aldığı aile hayatına saygı hakkının bir ihlali olduğunu iddia etmiştir. AİHM bu iddia üzerine, Letonya makamlarının, Lahey Sözleşmesi'nin 13 (b) maddesi kapsamında, çocuk açısından ciddi bir risk bulunması ihtimalini ortaya koyan bilirkişi raporunu incelemeyi reddetmesini, usulü yükümlülöklere aykırılık olarak değerlendirmiş ve Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bir görüşe göre³⁵, AİHM'in, X v Letonya kararı dört önemli özellik ihtiva etmektedir. Kararın birinci özelliği, evlilik dışı çocuğun, biyolojik babasınca sonradan tanınmasına istinaden Lahey Sözleşmesi kapsamında iadesinin talep edilebilmiş olunmasıdır. Gerçekten de Sözleşme, evlilik dışı (biyolojik) babanın da koruma hakkına sahip olabileceğine imkân vermektedir³⁶.

Sözleşme, ebeveynlere çocuğun mutad meskeninden başka bir ülkeye götürülmesi konusunda, sadece bunun diğer ebeveyn veya kanuni temsilcinin koruma hakkını ihlal etmesi durumunda sınırlama getirmektedir. Sözleşme'nin m. 3 (a) ve (b) bentleri uyarınca, yalnızca çocuğun yer değiştirmesinden veya geri dönmemesinden önce mutad meskeninin bulunduğu devlet kanunu tarafından, bir şahsa, müesseseye veya başka bir kuruma, tek başına veya müştereken verilen koruma hakkının ihlali söz konusu ise ve bu hak yer değiştirme veya geri göndermeme anında tek başına veya müştereken fiili biçimde³⁷ kullanılmakta veya bu olaylar meydana gelmese kullanılacak idi ise, çocuk gayrikanuni yollardan götürülmüş veya alıkonulmuş sayılacaktır. Evlilik birliği içinde iken çocuğun velayet hakkının müştereken anne babada olması veya ayrılık halinde çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülke kanununun ortak velayete karar vermesi halinde anne ve babadan birinin diğerinin izni olmaksızın çocuğu diğer bir taraf ülkeye götürmesi durumunda ya da herhangi bir mahkeme kararı veya idari karar ile çocuğun velayetinin bırakıldığı tarafın iznini almaksızın diğer tarafın çocuğu mutad meskeni

35 Giray, "AİHM Kararları" (n 14) 181-183.

36 X v Letonya < <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-138992> > erişim tarihi 17 Mart 2020.

37 Bu hakkın fiilen kullanılıp kullanılmadığı hâkim tarafından re'sen her davada ayrı olarak incelenmelidir (Gonca Gülfem Bozdağ, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri* (Yetkin Yayınları 2014) 90).

devletinden başka bir taraf devlete götürmesi durumunda Sözleşme uyarınca ortada hukuka aykırı bir durum vardır. Bu hukuki durum uluslararası çocuk kaçırma fiili olarak kabul edilmektedir ve Sözleşme başlığında bu şekilde yer almaktadır³⁸. Sözleşme'nin başlığında geçen kaçırma terimi 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı "Türk Ceza Kanunu ("TCK")"³⁹'nın 234. maddesinde⁴⁰ geçen çocuk kaçırma terimi ile önemli ölçüde örtüşmektedir. Ancak TCK düzenlemesi, çocuk kaçırma veya alıkoyan bir kişi hakkında uygulanacak cezai yaptırımı düzenlemektedirken Sözleşme, kaçırılmış çocuğun iadesi hakkındadır.

Çocuğun mutad mesken hukuku, çocuğun yerinin değiştirilmesi suretiyle ihlal edilmiş bulunan bir koruma hakkının bulunup bulunmadığını saptayarak çocuğun yerinin değiştirilmesi veya alıkonmasının haksız olup olmadığını belirler⁴¹. Sözleşme, geride kalan koruma hakkı sahibinin bu hakkına odaklanmak suretiyle en basit ve pratik formülü kabul etmiş görünmektedir⁴². Sözleşme içeriğinden çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştirebilecek olası kişilerin kimler olabileceği tam olarak anlaşılmamaktadır. Fakat, çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştirebilecek veya onu haksız olarak alıkoyabilecek kişilerin başında anne ve babasının geldiğini öncelikle kabul etmek gerekir⁴³.

Sözleşme m. 3 uyarınca, koruma hakkı, kanuni bir yetkiden, adli veya idari bir karardan veya çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna göre geçerli kabul edilen eşler arasındaki bir anlaşmadan doğabilir⁴⁴. Bu liste sınırlayıcı değildir. Hakim, geçerli bir koruma hakkının olup olmadığını tespit ederken m. 8 (f)⁴⁵ hükmü uyarınca çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin merkezi

38 Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn Beta Basım 2020) 301; Erdem, "Makale" (n 8) 150, 156; Erdem, "Seminer" (n 8) 7; İnci Ataman Fıganmeşe, "Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi" (1999) Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan 60; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 6) 176-177; Ziya Akıncı ve Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Aile Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2010) 242-243.

39 RG 12.10.2004/25611.

40 " (1) Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısmının, onaltı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkoyması halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.
(2) Fiil cebir veya tehdit kullanılarak işlenmiş ya da çocuk henüz oniki yaşını bitirmemiş ise ceza bir katı oranında artırılır.
(3) Kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

41 Ataman Fıganmeşe (n 38) 66.

42 Akıncı ve Demir Gökyayla (n. 38) 221.

43 Sözleşme'nin, çocuğun sadece kendi babası veya annesi tarafından kaçırılması halinde değil, çocuğun velayet hakkına gelecekte sahip olması muhtemel olan anneanne, dede gibi kişiler tarafından kaçırılması halinde de uygulama alanı bulabileceğine dair görüşler için bkz. Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 26-30.

44 "Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi" ise salt velayete ilişkin kazai veya idari makam kararlarının tanınması ve tenfizine binaen çocuğun iadesini öngörmektedir. Sözleşme, idari makamlar tarafından alınacak velayet kararlarının tanınması ve tenfizine de imkân tanımaktadır. 8. madde "velâyete ilişkin davadan önce çocuğun kaçırılması fiili gerçekleşmişse veya bu dava sırasında çocuğun kaçırılma fiili gerçekleşmişse, herhangi bir makama çocuğun iadesi için bu fiilin gerçekleştiği andan itibaren 6 ay içinde başvurulması halinde, tanıma ve tenfize gerek olmadan çocuğun iadesi için derhal karar verileceğini" düzenler. Ancak bu durumun gerçekleşmesi için aynı madde haksız götürme konusunda karar veren makâmın çocuğun anası, babası, ve kendisinin aynı milli hukuka sahip olmasını ve çocuğun mutad meskeninde bu milli hukuk ülkesinde olmasını aramaktadır.

45 "...Müracaata,

e) Yararlı kararların veya anlaşmaların onaylı bir örneğinin;

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

g) Faydalı tüm başka belgelerin;

eklenmesi veya müracaatın sözkonusu belgelerle takviye edilmesi gereklidir".

makamından veya başkaca yetkili makamından⁴⁶ konuya ilişkin bir belge veya onaylı bir beyan talep edebileceği gibi m. 14⁴⁷ hükmünde belirtildiği üzere çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin kanuni düzenlemeleri ile bu devlet mercileri tarafından verilmiş, tanınmış veya tanınmamış kararları doğrudan gözönünde bulundurabilir. Sözleşme'nin uygulanabilmesi için çocuğun iadesini talep eden tarafın çocuğun kaçırılma öncesi mutad meskeni devletinden koruma hakkının kendisinde olduğunu gösteren bir mahkeme kararı alması gerekmemekle beraber m. 15⁴⁸ hükmüne göre, bu hususa yönelik bir kararın veya bir belgenin alınması mümkün olduğu ölçüde talep edilmektedir ve taraf devletlerin merkezi makamları iade talep eden tarafa bu konuda yardımcı olma mükellefiyeti altındadır. Ancak maddenin uygulanması iade davasını sürüncemede bırakacaksa iade davasını ele alan mahkeme m. 15 hükmüne başvurmadan vazgeçebilir ve haksız götürme veya alıkoymanın meydana gelip gelmediğini belirlemek için çocuğun mutad mesken hukukuna ilişkin bildirim dikkate alabilir⁴⁹. Sözleşme, gerek merkezi makamların gerekse mahkemelerin birbiri ile iletişimini oldukça kolaylaştıran hükümlerin yanı sıra uluslararası istinabe yöntemlerine gerek kalmadan merkezi makamlar aracılığıyla arzu edilen her türlü bilgi ve belgenin m. 23 uyarınca, herhangi bir onay sürecine tabi olmadan teminini öngörmektedir⁵⁰. Çocuğun mutad meskeni devletinden temin edilen bilgi ve belgeler bağlayıcı olmayıp burada iade talep edilen mahkemenin takdir yetkisinin bulunması gerek koruma gerekse ziyaret hakkının yorumunda mahkeme kararlarında uyumsuzluğa yol açmaktadır⁵¹.

Sözleşme m. 3 hükmünün geniş yorumlanması sonucu, geçici velayet kararlarının ihlal edilerek çocukların taraf devletlerden birine götürülmesi ve alıkonması halinde de haksız götürme veya alıkonma olduğu kabul edilmektedir⁵². Diğer taraftan, Colorado Mahkemesi tarafından çocuğun velayetinin geçici olarak anneye verilmesi ve babanın aile konutunu terk etmesi konusunda ihtiyati tedbir kararı verilmesi üzerine annenin birkaç hafta sonra çocuğu İngiltere'ye götürmesi üzerine açılan iade davasında İngiliz Mahkemesi; çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden haksız olarak götürüldüğüne ve mutad meskeninin bulunduğu ülkeye iade edilmesine karar vermiştir. Mahkeme, yaptığı yargılama neticesinde baba ile annenin henüz resmi

46 Paralel bir düzenleme öngören "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi" m 5 uyarınca, çocuğa yönelik koruma tedbirlerinin alınması ve yürütülmesi konusunda yetkili mercii, çocuğun mutad mesken makamlarıdır.

47 "Talepte bulunulan Devletin adli veya idari makamları, 3. madde çerçevesinde kanuna aykırı bir yer değiştirme veya geri dönmeme halinin mevcudiyetini belirlemek amacıyla, çocuğun mutad ikametgâhı Devletindeki hukuku ve tanınmış veya tanınmamış kararları, bu hukukun kanıtını veya ayrıca uygulanabilir yabancı kararların tanınmasına ilişkin belirli usulleri doğrudan doğruya gözönünde bulundurabilir".

48 "Taraf bir devletin adli veya idari makamları, çocuğun dönmemesini emretmeden önce, müracaatçı tarafından, yer değiştirme veya geri dönmemenin, Sözleşme'nin 3. maddesi çerçevesinde kanuna aykırılığını tespit eden, çocuğun mutad ikametgâhı makamlarından muta bir kararın veya belgenin istihsalını, söz konusu karar veya belgenin bu devlette sağlanmasının mümkün olacağı ölçüsünde, isteyebilirler. Taraf devletlerin merkezi makamları, böyle bir karar veya belgenin sağlanması için müracaat sahibine olanaklar ölçüsünde yardım ederler".

49 Akıncı ve Demir Gökyayla (n 38) 226, 228; Altıntaş (n 21) 164; Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 90-91, 118; Yargıtay, bu kararında Sözleşme'nin 15. maddesine göre, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeye iade edilmesi için önceden mutad meskeninin bulunduğu ülke makamlarından alınmış velayet veya kişisel ilişki kurma hakkına dair bir kararın varlığının gerekmediği gibi böyle bir kararın mevcut olması durumunda bunun çocuğun haksız olarak götürüldüğü veya alıkonulduğu devlette tanınması ve tenfiz edilmesi zorunluluğunun da bulunmadığına dikkat çekilmiştir (Yargıtay 2 HD, 15.6.2010, 2010/124E, 2010/11846K <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi 16 Mart 2020).

50 Bozdağ (n 37) 88-89.

51 Freeman (n 30) 41.

52 Altıntaş (n 21) 166-167; Nimet Özbek Hadimoğlu, *Milletlerarası Usul Hukukunda Geçici Hukuki Koruma* (Yetkin Yayınları 2013) 71.

olarak boşanmamalarından ötürü çocukları üzerindeki müşterek velayetin devam ettiğini belirterek çocuğun İngiltere'ye getirilmesini haksız bulmuş ve iadesine hükmetmiştir⁵³. Türk hukukunda da aile hukukuna ilişkin kararlar, kesinleşmedikçe yerine getirilemezler ve devam eden boşanma davalarında verilen geçici velayet kararları sonucu çocuğun anne yanında kalması eşlerin velayet sorumluluğuna beraber sahip olmaları durumunu değiştirmez. Sonuç olarak, geçici velayetin ihlali çocuğun iadesi nedeni oluşturmakla beraber geçici velayet hakkı kişiye çocuğun ikametini yurtdışına taşıma hakkını vermemektedir.

Sözleşme'nin m. 14 hükmü, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet kanunu demektir. Ancak bu devletin kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınıp alınmayacağı açık değildir. Prensip olarak, milletlerarası sözleşmelerin uygulanmasında atıf genellikle dikkate alınmamaktadır. Bununla beraber, Sözleşme'nin temel amacı, çocuğun kaçırılmadan önceki statüsünü korumak olup çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun konuya yaklaşımının aynen esas alınması, Sözleşme'nin amacına uygun olacaktır⁵⁴. Diğer taraftan, atfın kabulüyle, Sözleşme'nin çok daha bir geniş şekilde velayet hakkını kapsamına alacağı ve kaçırılan çocukların daha çok korunmaları için çaba gösterilmesini sağlayacağı düşünülmektedir⁵⁵. Dolayısıyla, Sözleşme kapsamında geçerli bir koruma hakkının bulunup bulunmadığı çocuğun mutad meskeni hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği yetkili hukuka göre belirlenecektir. Türk mahkemelerindeki yargılamalar bakımından çocuğun mutad meskeninin Türkiye'de bulunması, koruma hakkına mutlak surette Türk maddi hukukunun uygulanacağı anlamına gelmez. Çocuk Türk vatandaşı ise TMK'nın ilgili hükümleri gereğince kimin koruma hakkına sahip olduğu veya olacağı tespit edilecektir. Çocuk yabancı devlet vatandaşı ise kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği yetkili devlet hukukuna göre koruma hakkı belirlenecektir⁵⁶. Bir görüşe göre⁵⁷, Sözleşme'ye yapılacak bir değişiklik, açıkça yetkili kılınmış olan hukuka külli atıfta bulunulmuş olduğu ve bu atfın nerede kesileceğine ilişkin bir hüküm eklenmelidir.

Türk hukukuna göre kanundan doğan velayet hakkı, boşanma istisna olmak üzere 27.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ("MÖHUK")⁵⁸ m. 17 uyarınca, soybağını kuran hukuka (MÖHUK m. 16⁵⁹)

53 *Re F (A Minor) (Abduction: Custody Rights Abroad)* [1995] Fam 224, [1995] 3 WLR 339, [1995] Fam Law 534 <www.incadat.com/en/case/8> erişim tarihi 11 Nisan 2020.

54 Akıncı ve Demir Gökyayla (n 38) 234-235.

55 Altıntaş (n 21) 163.

56 Ataman Fıganmeşe (n 38) 73; Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 92-93; "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yöntünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi" m. 16 (1) hükmü uyarınca, adli veya idari makâmın müdahalesi olmaksızın velayet sorumluluğunun kanundan doğması veya sona ermesi, çocuğun mutad meskeni hukukuna tabidir. Mutad mesken hukuku, m. 21 hükmü uyarınca, kanunlar ihtilafı kurallarını da kapsamaktadır ancak atf, şartlı olarak kabul edilmiştir.

57 Ataman Fıganmeşe (n 38) 72.

58 RG 12.12.2007/26728.

59 "(1) Soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki milli hukukuna, kurulamaması hâlinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tâbidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğum anındaki milli hukuklarına, bunlara göre kurulamaması hâlinde ana ve babanın, çocuğun doğum anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tâbi olarak kurulur."

tâbidir. Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanır. Görünmekte olan boşanma davalarında velayet hakkı, MÖHUK m. 14 (3) uyarınca, eşlerin müşterek milli hukukuna, taraflar ayrı vatandaşlıkta iseler müşterek mutad mesken hukukuna, bulunmadığı takdirde Türk maddi hukukuna göre hükme bağlanacaktır. Ancak aynı maddenin 4. fıkrasına göre, geçici tedbir taleplerinden doğan velayet hakkına Türk maddi hukuku uygulanacaktır. Burada, MÖHUK m. 4 (b) dikkate alınmalıdır. Şöyle ki, birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku esas alınacaktır. Çocuğun bakım ve gözetim sorumluluğunun evlatlık ilişkisinden doğması halinde evlat edinmenin hüküm ve sonuçlarına ilişkin bir mesele söz konusu olup MÖHUK m. 18 (3) uyarınca, evlat edinenin milli hukukuna, birlikte evlat edinmede ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka (MÖHUK m. 13 (3)⁶⁰) tabidir. Bir müessese veya kurumun çocuk üzerinde koruma hakkına sahip olması halinde MÖHUK m. 10 uyarınca, Türk hukuku uygulanır. Ancak mutad meskeni Türkiye’de bulunan yabancı çocuklar üzerinde kimi kurumların sahip olabileceği koruma hakkı, işbu maddeden bağımsız olarak iki taraflı sözleşmelere göre tespit edilecektir. İki taraflı kimi konsolosluk sözleşmelerinde konsoloslar, temsil ettikleri devletin vatandaşlığında bulunan küçüklerin korunmasına ilişkin yetkilere sahiptirler⁶¹. Diğer taraftan, velayetin kamu düzenini ilgilendiren bir konu olması nedeniyle MÖHUK m. 5 uyarınca uygulanacak maddi hukuk kurallarının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması ve çocuk yararına bir sonuca ulaşmayı engelleyici kurallar içermesi halinde Türk hukukunun ilgili maddi hükümleri uygulanacağı unutulmamalıdır. Yargıtay’ın kimi kararlarında velayeti kamu düzeninden bir konu olarak görerek kamu düzenini emredici kurallar gibi uygulaması hatalıdır. Buna mukabil, birçok kararında kamu düzeni süzgecini çocuğun yararı ilkesine bağlı tutarak her somut olayda istisnai uygulaması yerindedir⁶².

ABD Merkezi Makamı’ndan yapılan başvuru üzerine Ankara 25. Asliye Hukuk Mahkemesi’nde görülen bir çocuğun iade davasında; Amerikan vatandaşı anne ile ABD/Türk uyruklu babanın evlilik dışı ilişkisinden olan çocuğun babası tarafından annenin rızası hilafına Türkiye’ye getirildiği bildirilerek çocuğun mutad meskenine iadesi istenmiştir. Dostane çözüm girişimlerinden sonuç alınmadığı için anılan mahkemede açılan iade davası sonucunda mahkeme, iade talebinin reddine karar vermiştir. Kararın temyiz incelemesi sonucunda verilen bozma kararında; evlilik dışı ilişkiden dünyaya gelen çocuğun babası tarafından mutad meskeninden alınarak Türkiye’ye getirildiği, anne ve çocuğun Amerikan vatandaşı, babanın ise Türk vatandaşı olması itibarıyla çocuk ile anne arasındaki şahsi ve mali ilişkilere annenin

60 “... (3) Evliliğin genel hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.”

61 Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 95 dn 445.

62 Öztekin Gelgel (n 24) 128.

milli hukuku, çocuk ile baba arasındaki şahsi ve mali ilişkilere babanın milli hukuku olan Türk hukukunun tatbikinin gerektiği belirtilerek TMK m. 337 hükmü uyarınca anne ve babanın evli olmaması nedeniyle velayetin anneye ait olacağı, velayetin anneden alındığına veya kaldırıldığına dair bir karar mevcut olmadığı için küçüğün velayetinin annede olduğu kabul edilmiş ve davanın çocuğun mutad meskeninden alınarak Türkiye'ye getirildiği tarihten 5 ay 2 gün geçtikten sonra açıldığı gözönüne alınarak Sözleşme'nin m. 12 (1) hükmündeki iade şartlarının gerçekleştiği tespit edilmiş ve baba hakkında ABD makamlarınca verilen kararlar ve alınan önlemlerin bu davaya etkisinin olmadığı ve çocuğun yararının ana ve babalık duygularından önce dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır⁶³. Yargıtay, çocuğun Türkiye'ye getirilmesinin Lahey Sözleşmesi kapsamında haksız olup olmadığının tespiti için velayet hakkının ihlal edilip edilmediğini ABD hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuka göre uygulanacak hukuku tespit etmeden doğrudan TMK ve MÖHUK hükümlerini dikkate almıştır. Kararda çocuğun mutad mesken hukuku olan ABD kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği devletin ilgili maddi hukuk hükümleri uygulanmalıydı. ABD kanunlar ihtilafı kuralları Türk kanunlarına atıfta bulunuyorsa o zaman TMK'nın velayete ilişkin hükümleri gözönüne alınmalıydı. Diğer taraftan, Yargıtay'ın yerleşik görüşü, çocuğun yararının kamu düzeninin müdahalesinin koruması altında bulunduğu (Anayasa m. 41 uyarınca devletin çocuğu koruma görevi vardır) ve öncelikli olarak gözetileceği yönündedir. Velayetin kamu düzenini ilgilendiren bir konu olması, olaydaki gibi Türk hukukunun doğrudan uygulanması sonucunu doğurmamaktadır. Öncelikli olarak yapılması gereken şey Sözleşme uyarınca uygulanacak hukukun tespit edilmesi ve bu hukukun yabancı olması, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması ve çocuk yararına bir sonuca ulaşmayı engelleyici kurallar içermesi halinde MÖHUK m. 5 uyarınca hukukumuzun ilgili maddi hükümlerinin uygulanmasıydı.

Sözleşme m. 4 uyarınca, Sözleşme hükümleri, koruma veya ziyaret haklarının ihlalden hemen önce, mutad meskeni taraf devletlerden birinde bulunan ve on altı yaşından küçük olan çocuklar için uygulanabilecektir. Sözleşme'nin uygulama alanı bulabilmesi için, çocuğun mutad meskeninin taraf devletlerden birinde bulunması gerekmekte olup bununla kastedilen, çocuğun yer değiştirme eyleminden hemen önceki fiili yaşam merkezidir. Mutad mesken kavramı bağlayıcı bir faktör olup kişiyi bir yere, bir hukuk sistemine tabi kılma vasıtasıdır. İnsanların giderek daha mobil bir hayat sürmeye başladığı nazara alınarak uluslararası birçok metinde mutad mesken kavramının bir bağlama ölçütü olarak kullanıldığı görülmektedir. Sözleşme'de koruma hakkı ile ziyaret hakkı tanımlanmış ancak mutad mesken kasıtlı olarak tanımlanmamıştır. Lahey Sözleşmeleri'nde hukuki bir kavram olan ikametgâh kavramının hukuktan hukuka farklılık arzetmesinin yaratmış olduğu vasıflandırma problemlerinden kaçınmak amacıyla fiili bir durum olan mutad mesken kavramı

63 Yargıtay 2 HD, 3.6.2003, 2002/802E, 2003/417K (Altıntaş (n 21) 173-174).

tercih edilmiş ama tanımı bilinçli olarak yapılmamıştır⁶⁴. Bu bağlantının tanımlanması noktasında kimi hukuk sistemlerinin bir yerde kalış süresi gibi daha şekli bir kriterden hareket ettiği, bazı hukuk sistemlerinde ise kalış amacı da sorgulanmak suretiyle daha çok niyet bazlı bir bağlantı arandığı görülmektedir⁶⁵. Sözleşme’de yer değiştirmeden hemen önceki mutad mesken denilmek suretiyle bağlama noktasının değişken niteliği önlenmiş ve bağlama noktası sabitleştirilmiştir. Bu sebeple, kaçırılmadan sonra çocuğun mutad meskeninin değişmesi ve çocuğun başka bir ülkede yaşıyor olması, uygulanacak hukuk konusunda bir değişiklik yaratmayacaktır⁶⁶.

Çocuğun kaçırılmasından itibaren 1 yıl içinde başvurunun yapılması halinde iadeden kaçınma sebepleri Sözleşme m. 13⁶⁷ ve m. 20⁶⁸ hükümlerinde sayılmıştır. Sözleşme’nin m. 13 (1) (a) hükmü uyarınca, velayet hakkı sahibinin izni iadeden kaçınma sebebidir. Ancak bu rızanın çocuğun mutad meskeninin değiştirilmesine yönelik olması gerekir. Çocuğun velayet sahibi olmayan anne veya babası ile şahsi ilişki kurma kapsamında, örneğin, bayram veya tatil için velayet hakkına sahip ebeveyninin rızası ile yurt dışına çıkartılması bu madde çerçevesinde muvafakat olarak yorumlanmamalıdır. Böyle bir durumda çocuğun geri getirilmemesi alıkoyma durumunu oluşturacaktır⁶⁹. Diğer taraftan, imkânsızlık, mücbir sebep veya filli bir engel olmamasına rağmen çocuğun alıkonulmasına uzun süre sessiz kalınması, çocukla irtibat kurulmaması çocuğun hukuka aykırı olarak kaçırılmasına veya alıkonulmasına rıza gösterildiği anlamına gelebilir. Örneğin, velayet hakkını haiz ebeveynin çocuğun iadesi için kendisini kaçıran veya alıkoyanlarla hiçbir temasta bulunmayıp salt çocukla mektuplaşarak iletişim kurmaya çalışması iadenin ne ölçüde arzu edildiği veya samimi olduğu hususunda tereddüt uyandırabilir⁷⁰.

64 Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 6) 36-37; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22th edn Beta Basım 2017) 123-124; Paul R Beaumont ve Peter E McLeavy, *The Hague Convention on Child Abduction* (Oxford University Press 1999) 89; “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi”nde de mutad mesken kavramının tanımı yapılmamıştır (Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 257).

65 Geniş bilgi için bkz. Ali Gümrak Tokar, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Mutad Meskeni Kavramı* (Adalet Yayınevi 2020); Ebeveynlerin iradelerine veya velayet sorumluluğuna bakarak çocuğun mutad meskenini tespit etmenin çocuğun menfaatine aykırı olacağını, bu nedenle mutad meskenin çocuğun yaşına ve olgunluğuna göre belirlenmesi gerektiğini ve çocuk merkezli yaklaşımı savunan ama bebeklerin bunun istisnası olduğu yönündeki görüş için bkz. Çelikel ve Erdem (n 38) 307-308, Erdem, “Makale” (n 8) 154-155, Erdem, “Seminer” (n 8) 9-11, Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 84-88, İlyas Arslan, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı* (Oniki Levha Yayınları 2014) 146-149, Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 6) 180; Anne ve babanın evli olmaması durumunda çocuğun mutad meskeninin anneye bağlı olarak tayin edileceği, çocuğun mutad meskeninin belirlenmesinde yaşa bağlı bir ayırım yapılması ve bu kapsamda küçük yaşta çocukların mutad meskeninin anne ve baba veya duruma göre anneye bağlı olarak, daha büyük yaşta çocukların mutad meskeninin ise çocuğun gerçek bağının olduğu yer nazara alınarak belirlenmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Peter McLeavy, “Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi Kapsamında Mutad Mesken” (Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı 1980 tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulanması Semineri, Ankara, 22-23 Şubat 2013) 36-38 <<http://diabgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDoKuman/2492019162925laheycocuksemineri.pdf>> erişim tarihi 13 Mart 2020.

66 Akıncı ve Demir Gökyayla (n 38) 233.

67 “Yukarıdaki madde hükümlerine rağmen, talepte bulunulan Devletin adli veya idari makamı, geri dönmeye itiraz eden kişi, kurum veya örgüt: a) Çocuğun şahsının bakımını üstlenmiş bulunan kişi, kurum veya örgütün, yer değiştirme veya alıkoyma döneminde koruma hakkını etkili şekilde yerine getirmediğini veya yer değiştirmeye veya alıkoymaya muvafakat etmiş olduğunu veya daha sonra kabul etmiş olduğunu veya, b) Geri dönmemesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk olduğunu tesbit ederse, çocuğun geri dönmemesini emretmek zorunda değildir. Adli veya idari makam keza çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün gözönünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri dönmemesini emretmeyi reddedebilir.”

68 “Çocuğun, 12. madde hükümleri uyarınca geri dönmesi, talepte bulunulan Devletin insan haklarının korunması ve temel hürriyetlerine ilişkin ilkeleri izin vermiyor ise, reddedilebilir.”

69 Akıncı ve Demir Gökyayla (n 38) 222; Aytaç (n 2) 51; Erdem, “Makale” (n 8) 157; Erdem, “Seminer” (n 8) 11-12; Öztekin Gelgel (n 24) 135.

70 Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 127.

Sözleşme'nin m. 13 (1) (b) hükmü uyarınca, iade talep edilen mahkeme, geri dönmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk olduğunu tesbit ederse, çocuğun geri dönmesini emretmek zorunda değildir. Aralık 2019 itibariyle süregelen Covid-19 pandemisinin bu hüküm kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu tartışmalıdır. Şöyle ki; pandemiye ilişkin veriler her an değişebilmektedir ve bu şartlar altında mahkemelerin kesin bir karar vermesi zorlaşmaktadır. Bu nedenle, şuanki uygulama mümkün olduğunca mevcut durumun muhafazası yolundadır. Nitekim İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi Aile Bölümü yeni tarihli bir davada bu doğrultuda karar vermiştir. İade talebinde bulunan baba ve velayet hakkını haiz anne İspanyol vatandaşıdır. İspanyol Mahkemesi tarafından verilen velayet kararında taraflardan birinin adres değiştirmesi halinde diğer tarafa bildirimde bulunması gerektiği yazıyor olmasına rağmen 13.2.2020 tarihinde anne, babaya haber vermeden 12 yaşındaki kızlarıyla beraber yeni partnerinin yanına İngiltere'ye yerleşmiştir. Babanın iade talebine karşılık anne, Covid-19 salgını nedeniyle çocuğun İspanya'ya geri dönmesinin onu ciddi bir tehlikeye maruz bırakacağı savunmasında bulunmuştur. İade talebinde bulunulan Mahkeme, çocuğun mutad meskeni olan İspanya'daki Covid-19 vakalarının İngiltere'ye oranla çok daha fazla sayıda olmasının Sözleşme m. 13 (1) (b) kapsamında değerlendirilemeyeceğini, salgın durumunun hızla değişkenlik gösterebildiğini, genel kanının çocuğun üstün yararı için derhal mutad meskenine iade edilmesi yönünde olduğunu, çocuğun görüşünün alındığını⁷¹ ve kendisinin de alışmış olduğu yaşama geri dönmek istediğini, artan vakalar sonucu tüm uçuşların durdurulması ihtimali olduğunu ve çocuğun iadesinin bu nedenle imkansız olabileceğini, uluslararası uçuşların salgın açısından risk taşımakla beraber çocuğun yaşlı ve kronik rahatsızlığı olanlar gibi risk grubunda olmadığını belirterek m. 3 uyarınca haksız yer değiştirme bulunduğuna ve bu nedenle, çocuğun mutad meskenine iade edilmesine karar vermiştir⁷². Sözleşme'nin m. 19⁷³ hükmünde açıkça, iade kararının koruma hakkının esasına ilişkin bir karar olmadığı ifade edilmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere bu düzenlemenin nedeni, koruma hakkının esasına ilişkin karar verme yetkisinin, konuya ilişkin delilleri daha isabetli şekilde değerlendirme imkânı bulunan, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülke makamlarına ait olmasıdır. Diyelim ki aile Almanya'da yaşıyor ve aldatılan kadın ya da koca yurda dönerek, Türkiye'de boşanma davası açıyor. Boşanma öncesi Almanya'da yaşayan ailenin orada doğmuş üç yaşındaki müşterek çocuğunu, kocası tarafından aldatılan ve boşanmak isteyen anne alıp Türkiye'ye getiriyor. Boşanma davasında da tedbiren

71 Çocuk kaçırma davalarında diğer önemli bir husus da çocuğun dinlenmesidir. Çocuğun muhakkak dinlenmesi gerekir. 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi m. 13 (2) uyarınca, "Adli veya idari makam keza çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün gözönünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri dönmelerini emretmeyi reddedebilir.". "Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" ve "Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi" uyarınca, çocuğun kendini ilgilendiren bir davada yaş ve olgunluk derecesine uygun olarak görüşlerini ifade etme ve dinlenmesi fırsatı yaratılmalıdır. 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi, yaşı itibariyle dinlenmesi mümkün olabilecek kadar büyüyen çocukların mahkeme tarafından dinlenerek fikirlerinin alınması kuralı bakımından da, çocuklara ilişkin bütün diğer sözleşmeler gibi, çocuk hakları bakımından temel kaynak olarak kabul edilen işbu iki sözleşme ile uyumludur.

72 (2020) EWHC 834 (Fam) <www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2020/834.html> erişim tarihi 21 Nisan 2020.

73 "Sözleşme çerçevesinde verilen, çocuğun geri dönmesine ilişkin bir karar, koruma hakkının esasını etkilemez".

çocuğun velayet talebinde bulunuyor. Boşanma davasına bakan mahkeme, müşterek çocuk hakkında çocuk kaçırma davası sonuçlanana kadar velayet kararı veremez, boşanma davası devam eder ancak velayet hakkında çocuk kaçırma davasına bakan mahkemenin kararını beklemek zorundadır, iade ya da iadenin reddi kararının temyize gitmesi durumunda da Yargıtay'ın kararını yani çocuk kaçırma kararının kesinleşmesini beklemek zorundadır⁷⁴. Bu düzenleme ile koruma hakkına ilişkin davaların en sıkı ilişkili yer olarak çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesinde görülmesi amaçlanmıştır. Taraf ülke mahkemeleri, açılan iade davası kesinleşinceye kadar çocuğun korunmasına ilişkin karar veremezler. Çocuğun korunmasına ilişkin bir talepte bulunulursa mahkeme, iade başvurusunu bekletici mesele yapmalı, bu dava iade davasında karar kesinleşinceye kadar bekletilmelidir. İade kararı, sadece çocuğun mutad meskeni ülkesine iadesine yöneliktir. Bu karar, koruma hakkına ilişkin bir hüküm getirmez. Bu konuda, yetkili makam, çocuğun iade edildiği mutad meskeninin bulunduğu ülke makamlarıdır⁷⁵. Bunun tek istisnası m. 16⁷⁶ hükmüdür.

Yukarıda bahsi geçtiği üzere Sözleşme, müracaat sahibinin çocuğun mutad meskeni devlet mahkemesinden veya idari organlarından bir karar talep etmesine imkan vermiştir. Böyle bir karar, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet hukukuna göre koruma hakkının ihlalini tespit edeceği için çocuğun mutad meskeninin değiştirilmesi ve iade edilmemesinin hukuka aykırı olduğu hususunda iade talep edilen devlet mahkemelerine yardımcı olacaktır⁷⁷. Böyle bir karar aynı şekilde, çocuğun ve velayet hakkını haiz ebeveynin seyahat özgürlüğünün haksız ve gereksiz yere kısıtlanmasını engelleyici niteliktedir. Şöyle ki; gerek pasaport ve vize başvurularında gerekse sınır kapılarında Lahey Sözleşmesi kapsamında hukuka aykırı veya şahsi ilişki kurma hakkını zedeleyen bir yer değiştirme olabileceğinden bahisle, çocuğun mutad mesken hukukuna göre velayet hakkı kapsamında hak sahibi ebeveynin tek başına çocuğu geçici veya daimi olarak yurtdışına çıkarabilmesi mümkün olmakla beraber, diğer ebeveynin izni aranmaktadır⁷⁸. Çözüm olarak, boşanan ebeveynler arasında çocukla ilgili bir anlaşma protokolü yapıp yurtdışı seyahatlerine ilişkin bir hüküm konulabilir. Anlaşma yoksa ve çocuğu yurtdışına götürecek olan ebeveyn diğer ebeveyne hiçbir şekilde ulaşamıyor ya da muvafakat alamıyor ise, mahkemeden izin alabilir. Kanaatimizce boşanma kararında velayet hakkının doğal sonucu olarak velayet

74 Erdem, "Makale" (n 8) 158; Erdem, "Seminer" (n 8) 12.

75 Aytaç (n 2) 56; Bozdağ (n 37) 90-91; Çelikel ve Erdem (n 38) 309; Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 106-107.

76 "Bir çocuğun, 3. madde çerçevesinde, kanuna aykırı olarak yer değiştirdiği veya geri dönmediğinden haberdar edilmesini müteakip, çocuğun götürüldüğü veya alınıldığı taraf Devletin adli veya idari makamları, çocuğun geri dönmesi konusunda işbu sözleşmedeki şartların bir araya gelmediği tespit edilinceye kadar veya sözleşme uyarınca bir talepte bulunulmadan makul bir süre geçinceye kadar, koruma hakkının esasına ilişkin karar veremezler."

77 Akıncı ve ve Demir Gökyayla (n 38) 240.

78 Örneğin, "Schengen vizesi için çocuklar için ilgili kurumdaki şekilde birkaç ilave belge istenir:

- Çocuğun nüfus kayıt örneği.

- Başvuru formunun her iki ebeveyn tarafından imzalanması gerekir.

- Çocuğun velayetinin sadece bir ebeveynde olduğu durumlarda aile mahkemesi emri iliştilmelidir.

- Her iki ebeveynin kimlik belgelerinin/pasaportlarının onaylı kopyaları.

- Çocuk tek başına seyahat ederse her iki ebeveyn veya veli tarafından imzalı noter onaylı ebeveyn izni iliştilir." ("Schengen Vizesine Başvuru Şartları" <www.schengenvisa.info.com/tr/schengen-vizesine-basvuru-sartlari/> erişim tarihi 16 Mart 2020).

hakkını haiz tarafın ortak çocuğu yurt dışına çıkarmasının boşandığı eşinin iznine bağlı bulunmadığının açıkça belirtilmesi daha kolay ve net bir çözüm sağlayacaktır.

İstanbul Adliye Mahkemesi bir davada; müşterek çocuğun yurt dışına çıkarılması konusunda babanın izninin aranmasına ilişkin yerel mahkeme kararının davacı ve müşterek çocuk aleyhine olup davalının yurt dışında yaşaması ve müşterek çocukla ilgilenmemesi nedeniyle davacı ve çocuğun mağdur olduğu, müşterek çocuğun seyahat özgürlüğünü yasaklamayı gerektirecek veya bunu babanın iznine tabi kılmayı gerektirecek yasal koşulların bulunmadığı, bu hususta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının mevcut olduğu⁷⁹, AİHS ile seyahat özgürlüğünün garanti altına alındığı yönündeki iddialarla davacı ile müşterek çocuğun yurt dışına seyahat edebilmeleri ve davalının müşterek çocuk ile ilgili yurt dışına çıkış için vize ve pasaport başvurusunda bulunabilmesi için davalı babanın izninin aranmaması yönünde karar verilmesinin davacı tarafından talep edilmesi üzerine yerel mahkeme kararını bozmuştur⁸⁰. Kanaatimizce, istinaf mahkemesinin bu kararı yerindedir, şahsi ilişki kurma hakkını haiz davalı babanın Türkiye dışında yaşaması nedeniyle çocuğun yurtdışı seyahatlerine çıkmasının şahsi görüşme hakkını engellemesi söz konusu değildir ve bu nedenle, her yurtdışı seyahat öncesi babanın izninin aranması gereksizdir. Bu durumun açıkça mahkeme kararında belirtilmesi gerek pasaport ve vize başvurularında gerekse sınır geçişlerinde velayet hakkını haiz taraf ile çocuğun mağdur olmasını engelleyebilir.

Başta Alman ve Türk hukukunda olmak üzere birçok hukuk düzeninde velayet hakkını haiz ebeveyn, çocuğun ikamet yerini tayin etme hakkına da sahiptir. Diğer ebeveynin rızası olmadan çocuk ile beraber başka bir ülkeye gitmesi veya mutad meskenini başka bir ülkeye taşıması mümkündür ve bu durum, diğer ebeveynin koruma hakkını ihlal etmediğinden, Lahey Sözleşmesi anlamında bir kaçırma veya alıkoyma durumu söz konusu değildir. Türk mahkeme kararlarında⁸¹, velayet hakkı kapsamında kullanılabilecek hakların kanunda açık olduğu ve bunlar arasında çocuğu yurtdışına çıkarma hakkının velayet hakkının doğal sonucu olduğu gerekçesiyle bu hususlara yer verilmemektedir. Halbuki, velayet hakkını haiz ebeveynin çocuğun ikamet yerini tayin etme ve yurtdışına çıkarma hakkına sahip olduğunun açıkça boşanma ve/veya velayet kararında belirtilmesi, hem iade davalarında koruma hakkının ihlal edilip edilmediğinin tespitinde hem de pasaport ve vize başvuruları ile sınır geçişlerinde problem yaşanmaması için gereklidir.

79 “Müşterek çocuğun anne tarafından yurt dışına kaçırılabilirliği endişesiyle yurt dışına küçüğün çıkışının yasaklanması, anneye ait olan velayet görevini aksatması yanında sürekliliği itibarıyla de 1982 Anayasası’nda düzenlenen ve temel hak niteliğinde olan seyahat özgürlüğüne aykırıdır (m.23). Temel hak ve hürriyetler, özerline dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla belirli bir süre ile sınırlanabilir (m.13). Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne (İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’ye) Ek 4 No’lu Protokolü’n (1968) “bir devletin ülkesi içinde seyahat özgürlüğü ve ülkesinden ayrılma özgürlüğü” başlığını taşıyan 2.maddesinin ikinci fıkrasında; “Herkes kendi ülkesi dahil herhangi bir ülkeden ayrılmakta özgürdür.” (Yargıtay HGK, 20.3.2013, 2012/799E, 2013/389K <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi 16 Mart 2020).

80 İstanbul BAM 10 HD, 6.3.2019, 2018/2949E, 2019/355K <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi 16 Mart 2020.

81 “Velayet hakkı kendisinde bulunan eşin velayet hakkını kullanmasının doğal sonucu olarak ortak çocuğu yurt dışına çıkarmasının boşandığı eşinin muvafakatına bağlı bulunmadığı gibi çocuğun velayeti annede olup, babanın „oluru“ olmaksızın çocuğun götürüleceği ülke makamlarının „giriş vizesi“ vermediğine dair bir belgenin sunulmamış olmasına göre, isteğin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.” (Yargıtay 2 HD, 17.6.2015, 2015/11374E, 2015/12897K <www.kazanci.com> erişim tarihi 16 Mart 2020).

III. Ziyaret Hakkının Kapsamı

Sözleşme'nin m. 5 (b) hükmünde yer alan ziyaret hakkı⁸², şahsi ilişki hakkı olup “*çocuğun, sınırlı bir süre için, mutad ikametgâhından başka bir yere götürülmesi hakkı*” vermektedir. 5717 sayılı Kanun m. 3 (e) hükmünde ziyaret hakkı, Sözleşme ile aynı kapsamda ama şahsi ilişki kurma hakkı adı altında düzenlenmiştir.

Madde hükmünden çocuğun başka bir yere götürülmesinden kastedilenin mutlak surette başka bir akit devlet olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Çocuğun Sözleşme'ye taraf olmayan bir devlete götürülmesi halinde gerek koruma hakkı gerekse ziyaret hakkı Sözleşme güvencesinin dışında kalmaktadır. Bu gibi hallerde ABD ve Fransa gibi bazı ülkeler çocuğun sözleşme dışı bir ülkeye götürülmesine müsaade etmemektedir⁸³.

Sözleşme'nin amacı, m. 1 hükmünde belirtildiği üzere hukuka aykırı kaçırılan veya alıkonulan çocukların mutad meskenlerine iadesini sağlamak, aynı zamanda velayet hakkını haiz olmayan ebeveyn ile şahsi ilişkinin kurulmasını sağlamak ve bu konuda gerekli önlem ve tedbirleri almaktır⁸⁴. Sözleşme'nin m. 7 (f) hükmü uyarınca, merkezi makamlar, ziyaret hakkının tesisi ile bu hakkın fiilen kullanılmasına yönelik adli ve idari davaları açma konusunda yetkilendirilmiştir.

Şahsi ilişkinin devamı, çocuk gelişimi yönünden çocuk yararına vazgeçilemez bir müessesedir⁸⁵. Hatta bu konuda çocuğun fikrinin de alınması öngörülmektedir⁸⁶. Çocuğun kaçırılması veya alıkonulması, velayet hak ve yetkisini haiz olmayan ebeveynin çocukla olan mutad şahsi ilişkisini de bozabilir. Şöyle ki uluslararası çocuk kaçırılmalarının faili önceleri genellikle velayet hakkına sahip olmayan babalar olmuştur

82 “Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”nde ise konu, kişisel ilişki olarak ele alınmış ve m. 2 hükmü uyarınca, çocuğun mutad olarak birlikte yaşamadığı ana, babasının veya aile bağlarının bulunduğu belirli kişilerin yanında sınırlı süreliğine kalabilmesi veya bu kişilerle görüşebilmesi olarak tanımlanmıştır. Şöyle ki, ziyaret hakkı terimi, mahiyeti itibarıyla çocukla kişisel ilişki kurma kavramını tam olarak karşılayamamaktadır. Zira çocuğun sınırlı bir süre için mutad meskeninden ayrılarak diğer bir akit devlete götürülmesindeki amaç; velayet sorumluluğuna sahip olmayan kişiyle kısa süreli görüşme yapması, ziyaret etmesi değildir; bilakis fiziki olarak o kişiyle temasa geçerek, ona karşı yoğun bir ilgi, alaka göstererek, belli bir zaman dilimini birlikte paylaşarak geçirmesi, şahsi ilişkide bulunmasıdır (Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 14-15). Sözleşme'nin, ana baba dışında çocukla aile bağı bulunanları da kişisel ilişki kurma hakkına sahip kişiler arasında sayması Türk hukukundaki düzenleme ve uygulamayla paraleldir. Nitekim TMK m 323 hükmü, ana ve babadan her birinin, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkını güvence altına almıştır. Bununla birlikte TMK m 325 hükmü ile belli koşullar altında ve çocuğun menfaatinde hizmet ettiği ölçüde, üçüncü kişilere ve özellikle hisismlarına da bu hak tanınmıştır.

83 Walter (n 30) 2388 dn 32.

84 “Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi” de kişisel ilişki kararlarının icrasını temin etmeye yönelik tedbirler öngörmüştür. m 10 (2) (a) uyarınca, alınacak tedbirler,
“- Kişisel ilişkinin gözetim altında tutulması;
- Çocuğun ve de gerektiğinde refakatçisinin seyahat ve konaklama giderlerinin bir kişi tarafından karşılanması ve bununla yükümlü tutulması;
- Çocuğun mutad olarak yanında yaşadığı kişinin, kişisel ilişki kararının gereğini yerine getirmeme ihtimaline karşılık olarak teminat yatırma ile mükellef tutulması;
- Çocuğun mutad olarak yanında yaşadığı kişinin, kişisel ilişki kararının gereğini yerine getirmeyi reddetmesi ihtimaline karşılık olarak idari para cezası ödemekle mükellef tutulması” şeklinde olabilir.

85 AİHS m. 8 hükmü, kişisel ilişki kurma hakkını teminat altına almıştır. Türk hukukunda çocukla kişisel ilişki kurma hakkı anayasal güvence altına alınmıştır. Anayasa m. 41 (3) (f) uyarınca, her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

86 “Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi” m. 6 hükmünde “İç hukukuna göre ayırt etme yeteğine sahip olan bir çocuk, kendi yüksek menfaati ile çelişmediği ölçüde kendisiyle ilgili tüm bilgileri alma, kendisine danışılmasını isteme ve görüşlerini açıklama hakkına sahiptir” şeklinde düzenleme getirmiştir. “Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi” uyarınca, çocuğun kendini ilgilendiren bir davada yaş ve olgunluk derecesine uygun olarak görüşlerini ifade etme ve dinlenmesi fırsatı yaratılmalıdır. “Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”, yaşı itibarıyla dinlenmesi mümkün olabilecek kadar büyüyen çocukların mahkeme tarafından dinlenerek fikirlerinin alınması kuralı bakımından da, çocuklara ilişkin bütün diğer sözleşmeler gibi, çocuk hakları bakımından temel kaynak olarak kabul edilen işbu iki sözleşme ile uyumludur.

ama bu durum değişmiştir ve artık velayet hakkını haiz anneler de bir o kadar hatta daha fazla miktarda hukuka aykırı olarak çocuğun yerini değiştirip alıkoyabilmektedir⁸⁷.

Sözleşme m. 21⁸⁸ kapsamında ziyaret hakkına ilişkin talepler, esasen koruma hakkını haiz olmayan ebeveynler tarafından yapılmaktadır. Büyükanne-büyükbaba, kardeşler gibi yakın akrabaların da ziyaret hakkına yönelik taleplerde bulunabilecekleri kabul edilmektedir⁸⁹. Bu hakkın tesisi veya korunması amaçlı bir talep, taraf bir devletin merkezi makamına, çocuğun geri dönüşünü amaçlayan bir talep ile aynı şekiller içinde yapılabilir. Ancak mutad mesken veya koruma hakkı ihlalinin araştırılmasına gerek bulunmamaktadır. Çünkü, koruma hakkından farklı olarak burada çocuğun iadesi söz konusu değildir⁹⁰.

Sözleşme m. 5 (b) hükmü, hukuka aykırı götürülme veya alıkoymanın mevcut olduğunun ispatlanması şartına bağlı olmadığından daha geniş uygulama alanına sahiptir. Ancak çocuğun iadesini öngören hükümlere nazaran maddenin bu esnek düzenlenmesi sonucu ziyaret hakkı, koruma hakkına nazaran daha az korunmaktadır⁹¹. Hatta şahsi ilişki hakkını haiz ebeveynin aynı zamanda çocuğun yurtdışına yerleşmesi veya çıkışını engelleme hakkının olduğuna dair taraflar arasında bir anlaşma olsa dahi ziyaret hakkının uluslararası etkin bir koruması mevcut değildir. Birçok ülke uygulamada uluslararası ziyaret hakkını tanımamaktadır⁹². Şöyle ki m. 14 hükmü, şahsi ilişki kurma hakkı tanıyan yabancı ilamın kendiliğinden tanınmasına ve tenfizine olanak vermemekte olup sadece koruma hakkını esas almıştır. Aynı şekilde, iade davası devam ederken iade talebinde bulunan kişinin çocukla şahsi ilişki kurabilmesi için bu hakkı tanıyan akit devlet mahkemesinin verdiği kararın da tenfiz edilmesi gereklidir. Bir görüşe göre, koruma hakkına ilişkin yabancı ilamı doğrudan gözönünde bulundurabilecek adli ve idari makamlar, çocukla kişisel ilişki kurma hakkı öngören yabancı ilamları da aynı usulde dikkate alabilmelidir⁹³.

Bu tür başvurularda en önemli sorun, etkin ve tarafları memnun eden bir iletişim kurma yönteminin belirlenmesidir. Zira taraflar, farklı bir ülkededir ve düzenleme bu durum gözönüne alınarak yapılmalıdır. Böyle bir düzenlemede modern teknolojiden

87 Beaumont ve McElevay (n 64) 8-10.

88 "Ziyaret hakkının tesisi veya korunması amaçlı bir talep, taraf bir Devletin merkezi makamına, çocuğun geri dönüşünü amaçlayan bir talep ile aynı şekiller içinde yapılabilir. Merkezi makamlar, ziyaret hakkının rahatça kullanılması ve bu hakkın kullanılmasının tabi olabileceği tüm şartların yerine getirilmesi ve ziyaret hakkına karşı muhtemel engellerin olanaklar ölçüsünde kaldırılması yolunda 7. maddede yer alan işbirliği yükümlülükleri ile bağlıdır. Merkezi makamlar, ziyaret hakkını organize etmek veya bu hakkı ve tabi olabileceği şartları korumak amacıyla kanuni bir süreci gerek doğrudan doğruya gerek aracılar ile başlatabilir veya teşvik edebilirler".

89 Bozdağ (n 37) 91; Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 228; "Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi", çocukların sadece ana ve babaları ile değil aynı zamanda aile bağlarının bulunduğu diğer belirli kişilerle de kişisel ilişki kurmalarının, tarafların yüksek menfaatine hizmet edeceğini kabul etmektedir. Ancak m. 5 (1) (f) hükmü uyarınca, çocuğun aile bağının bulunduğu bir kişiyle kişisel ilişkide bulunabilmesi için bunun çocuğun yararına hizmet edecek olması şarttır.

90 Bozdağ (n 37) 92; Freeman (n 30) 40; Reynolds (n 30) 468-469.

91 Beaumont ve McElevay (n 64) 210-211; Reynolds (n 30) 469; Walter (n 30) 2386.

92 Reynolds (n 30) 465.

93 Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 229; "Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi" de doğrudan tanıma ve tenfize ilişkin bir düzenleme yapmamakla beraber m 14 (2) hükmü, akit devletler arasında tanıma-tenfiz konusunda karşılıklığın mevcudiyeti bakımından yasal bir temel olarak kabul edilebilir (bkz. Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 6) 189).

de yararlanılabilir⁹⁴. Nitekim AİHM, birçok kararında bu hususları gözönüne alarak, yapılan yargılamanın adil olması ve AİHS m. 8 hükmü⁹⁵ uyarınca, devletin ilgili ebeveyn ve çocuğu birleştirmek için uygun tedbirleri alması gerektiğini hatırlatmış ve bu hükmü ihlal eder şekilde mahkemelerince kararlar verilen devletler aleyhine tazminata hükmetmiştir⁹⁶.

Sözleşme uygulamasında yaşanan önemli diğer bir sorun, yabancı ülkeye iadesi gerçekleştirilen çocukla, ülkemizde kalan ebeveyni arasında şahsî ilişki kurulmasında zorluk yaşanmasıdır. Genellikle ekonomik sebepler ya da çocuğun iade edildiği ülkenin Türkiye'ye vize uygulamaları sebebiyle, çocuğu iade eden ebeveyn ile çocuk arasında şahsî ilişki tesisi fiilen mümkün olmamaktadır⁹⁷. Bazı ülkelerde de, tıpkı TCK'da çocuk kaçırma eyleminin suç sayıldığı gibi, kaçırma eylemi suç olarak düzenlendiğinden, bu suçu işleyen ebeveynin o ülkeye giriş yapması halinde tutuklanması ihtimali bulunduğundan dolayı şahsî ilişki tesisi mümkün olamamaktadır. Sonuç olarak, maalesef, hem çocuğun üstün menfaatinin gerçekleşmesi ve sağlıklı gelişimi için zaruri olan her iki ebeveyni ile de şahsî ilişki kurması, hem de diğer ebeveynin en doğal hakkını icrası gerçekleşmemektedir. Bu mağduriyetin çözülmesi için yetkili makamlarca girişimde bulunulması gerekmekte olup gerekirse çocuk iade edilmeden önce iade edilecek ülkeden diğer ebeveynin çocuk ile sorunsuz olarak şahsî ilişki kurabileceğine dair bir taahhüt ya da vize kolaylığı sağlanacağına dair bir garanti istenmelidir⁹⁸.

Sözleşme'de ziyaret hakkının hangi hukuki sebeplere bağlı olarak verilebileceği belirtilmemiştir⁹⁹. Bir görüşe göre¹⁰⁰, koruma hakkının hukuki dayanağını oluşturan m. 3 (son) hükmü, kıyasen ziyaret hakkına da uygulanabilir. Şu halde çocukla kurulmak istenen şahsî ilişki, kanuni bir yetkiden, adli veya idari bir karardan veya bir anlaşmadan doğabilir. Çocukla şahsî ilişki kurulmasına ilişkin karar vermeye de velayet hakkında olduğu gibi çocuğun mutad mesken mahkemelerinin yetkili olduğu kabul edilmektedir. Diğer taraftan, Sözleşme'de düzenlenmemekle beraber 5717 sayılı Kanun, m. 11 (2) hükmünde iade talep edilen mahkemelere dava neticeleninceye

94 Bozdağ (n 37) 92.

95 "I. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir."

96 "Ayrıca Mahkeme, çocuğun iade edilmemesinin babasıyla kişisel ilişkilerine engel teşkil etmediği konusunu dikkate aldığına, İzmir Aile Mahkemesi'nin Yasemin Nur'un Türkiye'de kalması halinde babasıyla olan ilişkilerinin fiilen anlamsız hale geleceği gerçeğini yeterince göz önünde bulundurmadığını gözlemlemiştir." (İlker Ensar Uyanık v Türkiye §61 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110855>> erişim tarihi 17 Mart 2020); "Dahası, coğrafi mesafe yüzünden baba, ebeveynlik haklarını kullanamamaktadır." (Blaga v Romania §59 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145223>> erişim tarihi 17 Mart 2020)

97 Örneğin, ABD Göçmenlik ve Vatandaşlık Kanunu § 1182 (a) (10) (C) uyarınca, Amerikan vatandaşı bir çocuğu kaçırma veya alıkoyan veya buna yardım eden bir yabancının vize talebi reddedilir ("Immigration and Nationality Act" <www.uscis.gov/legal-resources/immigration-and-nationality-act> erişim tarihi 21 Nisan 2020).

98 Erdem, "Makale" (n 8) 170; Tuğçe Takçı, "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanmasında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Bu Sorunlara Çözüm Önerileri" (2014) S 19 TAAD 1075.

99 "Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi" m. 2 (b) uyarınca, "kişisel ilişki kararı, yetkili bir adli makam tarafından onaylanmış veya resmi şekilde düzenlenmiş veya asıl belge olarak kaydedilmiş ve icra edilebilir olan kişisel ilişki kurulmasına dair bir anlaşma da dahil olmak üzere kişisel ilişki kurulması hakkında bir adli makam kararını ifade eder.". m. 2 (e) uyarınca, "adli makam, bir mahkeme veya eşit yetkileri haiz idari makamı ifade eder.". Buradan kişisel ilişki kurma hakkının mevcudiyetinin bir yargılama makamının dahili ile hazırlanmış bir belgede yer alması gerektiği anlaşılmaktadır.

100 Giray, Kaçırılan Çocukların İadesi (n 2) 228.

kadar başvuruda bulunan kişi ile çocuk arasında geçici olarak şahsi ilişkinin kurulması konusunda karar verebilme yetkisi tanımıştır.

Sözleşme kapsamında ziyaret hakkının bulunup bulunmadığı velayet hakkının tespitinde olduğu gibi çocuğun mutad meskeni hukukuna veya bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği yetkili hukuka göre belirlenecektir. Türk hukukunda çocukla şahsi ilişki kurma hakkı, soybağının hükümlerine ilişkin bir meseledir. Bu nedenle, MÖHUK m. 17 uyarınca, soybağını kuran hukuka (MÖHUK m. 16) tâbidir. Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanır. Görünmekte olan boşanma davalarında şahsi ilişki kurma hakkına tedbiren karar verilebilir, bu durumda MÖHUK m. 14 (4) uyarınca, Türk maddi hukuku uygulanacaktır. Ayrıca, MÖHUK m. 4 (b) uyarınca, birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku esas alınacaktır. Evlatlık ilişkisinin söz konusu olması halinde şahsi ilişki hakkı MÖHUK m. 18 (3) uyarınca, evlat edinenin milli hukukuna, birlikte evlat edinmede ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka (MÖHUK m. 13 (3)) tabidir. Şahsi ilişki kurma hakkının da velayet hakkı gibi kamu düzenini ilgilendiren bir konu olması nedeniyle MÖHUK m. 5 uyarınca uygulanacak maddi hukuk kurallarının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması ve çocuk yararına bir sonuca ulaşmayı engelleyici kurallar içermesi halinde Türk hukukunun ilgili maddi hükümleri uygulanacağı unutulmamalıdır.

Ziyaret hakkının kullanılmasının sınırlarının belirlenmesi, çocuk kaçırma fiilinin varlığının tespiti için önemlidir. Türk mahkeme uygulaması, şahsi ilişkinin sınırını belirlerken çocuğun geriye dönmeme olasılığını dikkate alarak bunu çocuğun mutad meskeninden çıkarılmaması, bu hakkın onun mutad meskeninde kullanılması şeklinde yorumlamaktadır¹⁰¹. Doktrinde bir görüşe göre¹⁰², bu yaklaşım hatalıdır. Zira ziyaret hakkına sahip ebeveyn çocuğu yaşadığı ülkeye götürebilmelidir. Aksi takdirde, şahsi ilişkinin anlam ve önemi kalmaz. Zira bu şahıs kendi yaşantısını sürdürdüğü yerde çocuğu ile daha gerçekçi ve doğal bir ilişki içinde olacaktır.

Kişisel ilişki kurma hakkının kısıtlanabilmesi için, kısıtlamayı haklı kılacak ciddi bir tehdidin veya çocuğa yönelik olası bir zarar veya tehlikenin mevcut olması gerekir. Uygulanacak olan kısıtlamanın sürekli olmayacağına kabulü gerekir. Şartların değişmesine bağlı olarak kısıtlama kaldırılabilir¹⁰³. Bazı ülke mahkemeleri, çocuğun diğer ebeveyn tarafından kaçırılma ve alıkonulma riskine binaen ziyaret hakkının gözetim altında kullanılmasına karar vermektedir. Burada, mahkemelere zor bir görev düşmektedir. Ziyaret hakkına ilişkin kararlarını verirlerken mahkemelerin

101 Örneğin, Yargıtay 2 HD, 14.12.2005, 2005/13699E, 2005/17555K (bkz. Çelikel (n 28) 122).

102 Öztekin Gelgel (n 24) 137.

103 Giray, "Avrupa Konseyi Sözleşmesi" (n 22) 760.

çocuğun babayla gözetim altında görüşmesinin olumsuz etkileri ile çocuğun haksız yer değiştirme nedeniyle bir ebeveynini kaybetmesi sonucu maruz kalabileceği telafisi olanaksız zarar ve travmayı teraziye koyması gerekir¹⁰⁴.

Mutad mesken, daha çok davacı/iade talepçisinin belirttiği yer olacaktır. Davalı taraf, iade istenen yerin mutad mesken olmadığını iddia ederse bunun pratik bir yararının olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Eğer iade olunacak yer, mutad mesken olarak yeni bir yer ise ve iadeden sonra davalı ile şahsi ilişkiyi engeller nitelikte bir yer ise mutad meskene itiraz incelenmek durumundadır. Bunun dışında mutad mesken itirazlarının dinlenebilmesi için ciddi sorun olduğuna mahkeme kanaat getirmelidir¹⁰⁵.

Aralık 2019 itibarıyla tüm dünyayı saran Covid-19 salgını nedeniyle birçok devlet mahkemesi, bu dönemde ziyaret hakkının kullanılması amacıyla çocuğun uluslararası uçuş yapmasına sıcak bakmamıştır, bu zamanın görüntülü konuşma yoluyla ve salgın geçtikten sonra ilk fırsatta kullanılmasıyla telafi edilebileceğini ileri sürmüştür¹⁰⁶. Ülkelerin salgının hukuki etkilerine yaklaşımı benzer olmakla beraber bazı farklılıklar göstermiştir. Türkiye örneğinde, salgın ile ilgili alınan tedbirler kapsamında küçüklerle ilgili yer değişikliğinin en az seviyede gerçekleşmesi hastalığın yayılması riskini azaltacağından ve bu husus, küçüklerin üstün yararına olduğundan 20 yaş altına sokağa çıkma yasağı öngörülmüştür. Bu nedenle, aile mahkemeleri tedbiren çocukla şahsi ilişki kurulması taleplerini geri çevirmiş, bu yöndeki mevcut kararları ise salgın süresince uygulamamıştır.

IV. Sonuç

Türkiye 2000 yılından beri “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi”ne taraftır. Lahey Sözleşmesi’nin amacı, esas olarak velayet hakkını ihlal ederek kaçırılan veya alıkonulan çocuğun en kısa zamanda mutad meskenine iadesinin sağlanmasıdır. Lahey Sözleşmesi’nin bu doğrultuda uygulama alanı bulabilmesi için Sözleşme’de yer alan “mutad mesken”, “mutad mesken hukuku”, “koruma hakkı” ve “ziyaret hakkı” kavramlarının kapsamının belirlenmesi önemlidir. Bu çalışmada koruma hakkı ile ziyaret hakkı kavramları üzerinde durulmuştur.

Sözleşme’de velayet hakkı kavramı yerine koruma hakkı kavramı kullanılmış ve “*çocuğun şahsının bakım hakkı ve özellikle ikamet yerinin tespiti hakkı*” olarak tanımlanmıştır. Hukuk sistemleri koruma hakkı bakımından velayet hakkı ve sair farklı bir terminolojiye sahip olabilir ama önemli olan bu hakkın hangi yetki ve görevleri kapsadığıdır. Sözleşme anlamında koruma hakkının ihlali, götürmenin veya

104 Zawadzki (n 25) 381.

105 Bilal Köseoğlu, *Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları* (4th edn TBB Yayınları 2007) 23.

106 Marilyn Chinitz, “The Real Life Effects the Coronavirus is Having on Children in Custody Battles and How Their Parents Should Respond According to a Family Lawyer” (*Business Insider*, 24 Mart 2020) <www.businessinsider.com/how-the-coronavirus-is-affecting-children-in-custody-battles-2020-3> erişim tarihi 24 Nisan 2020.

alıkoymanın haksız olup olmadığını, uluslararası çocuk kaçırma fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemektedir.

Sözleşme’de yer alan diğer bir önemli kavram olan ziyaret hakkı, şahsi ilişki hakkı olup “*çocuğun, sınırlı bir süre için, mutad ikametgâhından başka bir yere götürülmesi hakkı*” vermektedir. Madde hükmünden çocuğun başka bir yere götürülmesinden kastedilenin mutlak surette başka bir akit devlet olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Çocuğun Sözleşme’ye taraf olmayan bir devlete götürülmesi halinde gerek koruma hakkı gerekse şahsi ilişki kurma hakkı Sözleşme güvencesinin dışında kalmaktadır.

Sözleşme uyarınca koruma hakkı, kanuni bir yetkiden, adli veya idari bir karardan veya eşler arasındaki bir anlaşmadan doğabilir. Bu liste sınırlayıcı değildir. Hakim, geçerli bir koruma hakkının olup olmadığını tespit ederken çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin merkezi makamından veya başkaca yetkili makamından konuya ilişkin bir belge veya onaylı bir beyan talep edebileceği gibi çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin kanuni düzenlemeleri ile bu devlet mercileri tarafından verilmiş, tanınmış veya tanınmamış kararları doğrudan gözönünde bulundurabilir. Sözleşme’de ziyaret hakkının hangi hukuki sebeplere bağlı olarak verilebileceği belirtilmemiştir. Koruma hakkında olduğu gibi şahsi ilişki kurma hakkının da kanuni bir yetkiden, adli veya idari bir karardan veya bir anlaşmadan doğabileceği ve çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin karar vermeye çocuğun mutad mesken mahkemelerinin yetkili olduğu kabul edilmektedir. Çocuğun mutad meskeni devletinden temin edilen bilgi ve belgeler bağlayıcı olmayıp burada iade talep edilen mahkemenin takdir yetkisinin bulunması gerek koruma gerekse ziyaret hakkının yorumunda mahkeme kararlarında uyumsuzluğa yol açmaktadır.

Sözleşme’de çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet kanununa gönderme yapılmakla beraber bu devletin kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınıp alınmayacağı açık değildir. Prensip olarak, milletlerarası sözleşmelerin uygulanmasında atıf genellikle dikkate alınmamaktadır. Bununla beraber, geçerli bir koruma hakkının bulunup bulunmadığının çocuğun mutad meskeni hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği maddi hukuka göre belirlenmesi Sözleşme’nin temel amacına daha uygun olacaktır. Sözleşme kapsamında ziyaret hakkının bulunup bulunmadığı velayet hakkının tespitinde olduğu gibi çocuğun mutad meskeni hukukuna veya bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği yetkili hukuka göre belirlenecektir.

Çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet mahkemesinden alınan velayet kararı hem çocuğun haksız yer değiştirmesi ve alıkonulmasını tespitinde hem de çocuğun ve velayet hakkını haiz ebeveynin seyahat özgürlüğünün haksız ve gereksiz yere kısıtlanmasını engellemede önemlidir. Gerek pasaport ve vize başvurularında gerekse sınır kapılarında Lahey Sözleşmesi kapsamında hukuka aykırı veya şahsi ilişki kurma hakkını zedeleyen bir yer değiştirme olabileceğinden bahisle, çocuğun mutad mesken

hukukuna göre velayet hakkı kapsamında hak sahibi ebeveynin tek başına çocuğu geçici veya daimi olarak yurtdışına çıkarabilmesi mümkün olmakla beraber, diğer ebeveynin izni aranmaktadır. Çözüm olarak, boşanan ebeveynler arasında çocukla ilgili bir anlaşma protokolü yapıp yurtdışı seyahatlerine ilişkin bir hüküm konulabilir. Anlaşma yoksa ve çocuğu yurtdışına götürecek olan ebeveyn diğer ebeveyne hiçbir şekilde ulaşamıyor ya da muvafakat alamıyor ise, mahkemeden izin alınabilir. Kanaatimizce boşanma kararında velayet hakkının doğal sonucu olarak velayet hakkını haiz tarafın ortak çocuğu yurt dışına çıkarmasının boşandığı eşinin iznine bağlı bulunmadığının açıkça belirtilmesi daha kolay ve net bir çözüm sağlayacaktır.

Ziyaret hakkı, koruma hakkına nazaran daha az korunmaktadır. Hatta şahsi ilişki hakkını haiz ebeveynin aynı zamanda çocuğun yurtdışına yerleşmesi veya çıkışını engelleme hakkının olduğuna dair taraflar arasında bir anlaşma olsa dahi ziyaret hakkının uluslararası etkin bir koruması mevcut değildir. Diğer taraftan, Sözleşme şahsi ilişki kurma hakkı tanıyan yabancı ilamın kendiliğinden tanınmasına ve tenfizine olanak vermemekte olup sadece koruma hakkını esas almıştır.

Ziyaret hakkının tesisi veya korunması amaçlı bir talep, taraf bir devletin merkezi makamına, çocuğun geri dönüşünü amaçlayan bir talep ile aynı şekiller içinde yapılabilir. Ancak mutad mesken veya koruma hakkı ihlalinin araştırılmasına gerek bulunmamaktadır. Çünkü, koruma hakkından farklı olarak burada çocuğun iadesi söz konusu değildir.

Ziyaret hakkının kullanılmasının sınırlarının belirlenmesi, çocuk kaçırma fiilinin varlığının tespiti için önemlidir. Türk mahkeme uygulaması, şahsi ilişkinin sınırını belirlerken çocuğun geriye dönmeme olasılığını dikkate alarak bunu çocuğun mutad meskeninden çıkarılmaması, bu hakkın onun mutad meskeninde kullanılması şeklinde yorumlamaktadır. Bazı ülke mahkemeleri ise, çocuğun diğer ebeveyn tarafından kaçırılma ve alıkonulma riskine binaen ziyaret hakkının gözetim altında kullanılmasına karar vermektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı Z ve Demir Gökyayla C, *Milletlerarası Aile Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2010).
- Altuntaş İ, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi* (Bilge Yayınevi 2006).
- Arslan İ, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı* (OnikiLevha Yayınları 2014).
- Ataman Fıganmeşe İ, “Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi” (1999) Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan 55-100.
- Aytaç M, ”Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesinin Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar” (2004) 20 Adalet Dergisi 34-65.
- Bozdağ GG, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri* (Yetkin Yayınları 2014).
- Beaumont PR ve McEleavy PE, *The Hague Convention on Child Abduction* (Oxford University Press 1999).
- Çelikel A ve Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn Beta Basım 2020).
- Çelikel S, *Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları* (Adalet Yayınevi 2012).
- Erdem B, “Türk Hukukunda Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Uygulamaları (“Makale”)” (2015) 35 (2) MHB 147-171.
- Giray FK, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Aile İçi Uluslararası Çocuk Kaçırma İhtilaflarına İlişkin Seçilmiş Kararları (“AİHM Kararları”)” (2015) 35 (2) MHB 173-201.
- Giray FK, “Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulması Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi (“Avrupa Konseyi Sözleşmesi”)” (2010) 9 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan) 749-772.
- Giray FK, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alınan Çocukların İadesi (“Kaçırılan Çocukların İadesi”)* (Beta Basım 2010).
- Freeman M, “Rights of Custody and Access under the Hague Child Abduction Convention-A Questionable Result?” (2000) 31 California Western International Law Journal 39-51.
- Köseoğlu B, *Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları* (4th edn TBB Yayınları 2007).
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22th edn Beta Basım 2017).
- Nebioglu Öner Ş, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İhtihat Analizi” (2014) 115 TBB Dergisi 477-516.
- Özbek Hadimoğlu N, *Milletlerarası Usul Hukukunda Geçici Hukuki Koruma* (Yetkin Yayınları 2013).
- Öztekin Gelgel G, “Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler” (2005) 2 (8) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 119-148.
- Reynolds SE, “International Parental Child Abduction: Why We Need to Expand Custody Rights Protected under the Child Abduction Convention” (2006) 44 (3) Family Court Review 464-483.
- Şanlı C, Esen E ve Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn Beta Basım 2020).
- Şensöz Malkoç E, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (Oniki Levha Yayınları 2017).

- Takçı T, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanmasında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Bu Sorunlara Çözüm Önerileri” (2014) 19 TAAD 1039-1078.
- Toker AG, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Mutad Meskeni Kavramı* (Adalet Yayınevi 2020).
- Walter MC, “Toward the Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Transnational Parent-Child Contact” (2004) 79 New York University Law Review 2381-2416.
- Zawadzki DM, “The Role of Courts in Preventing Child Abduction”. (2005) 13 Cardozo Journal of Int’l and Comparative Law 353-385.

Internet Kaynakları

- Blaga v Romania* <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145223>> erişim tarihi 17 Mart 2020.
- C v C (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)* (1989) 1 WLR 654 <www.incadat.com/en/case/34> erişim tarihi 11 Nisan 2020.
- Chinitz M, “The Real Life Effects the Coronavirus is Having on Children in Custody Battles and How Their Parents Should Respond According to a Family Lawyer” (*Business Insider*; 24 Mart 2020) <www.businessinsider.com/how-the-coronavirus-is-affecting-children-in-custody-battles-2020-3> erişim tarihi 24 Nisan 2020.
- Croll v Croll* 229 F. 3d 133 (2d Cir. September 20, 2000 cert. den. Oct. 9, 2001) <www.incadat.com/en/case/313> erişim tarihi 11 Nisan 2020.
- Erdem B, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Türk Hukukundaki Sorunları ve Çözümü (“Seminer”)” (Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı 1980 tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması Semineri, Ankara, 22-23 Şubat 2013) 4-22 <<http://diabgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2492019162925laheycocuksemineri.pdf>> erişim tarihi 13 Mart 2020.
- “Genelge No: 65/2” <www.adalet.gov.tr/Genelgeler/genelge_pdf/65-2.pdf> erişim tarihi 24 Şubat 2020.
- HCCH Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction Part I - Central Authority Practice* (Jordan Publishing Limited 2003) <https://assets.hcch.net/upload/abdguide_e.pdf> erişim tarihi 24 Şubat 2020.
- HCCH Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction Part II - Implementing Measures* (Jordan Publishing Limited 2003) <https://assets.hcch.net/upload/abdguide2_e.pdf> erişim tarihi 24 Şubat 2020.
- “Immigration and Nationality Act” <www.uscis.gov/legal-resources/immigration-and-nationality-act> erişim tarihi 21 Nisan 2020.
- (2020) EWHC 834 (*Fam*) <www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2020/834.html> erişim tarihi 21 Nisan 2020.
- İlker Ensar Uyanık v Türkiye* <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110855>> erişim tarihi 17 Mart 2020.
- İstanbul BAM 10 HD, 6.3.2019, 2018/2949E, 2019/355K <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi 16 Mart 2020.
- McEleavy P, “Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi Kapsamında Mutad Mesken” (Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı 1980 tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması Semineri, Ankara, 22-23 Şubat 2013) 32-39 <<http://diabgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2492019162925laheycocuksemineri.pdf>> erişim tarihi 13 Mart 2020.

- Ralf H, “Almanya’da Aile Mahkemelerinde Görülen Uluslararası Çocuk Kaçırma Davalarının Adli Prosedürü ve Alman Kanunlarındaki Konuya İlişkin Hukuki Düzenlemeler” (Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı 1980 tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması Semineri, Ankara, 22-23 Şubat 2013) 55-62 <<http://diabgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2492019162925laheycocuksemineri.pdf>> erişim tarihi 13 Mart 2020.
- Re F (A Minor) (Abduction: Custody Rights Abroad)* [1995] Fam 224, [1995] 3 WLR 339, [1995] Fam Law 534 <www.incadat.com/en/case/8> erişim tarihi 11 Nisan 2020.
- “Schengen Vizesine Başvuru Şartları” <www.schengenvisa.info.com/tr/schengen-vizesine-basvuru-sartlari/> erişim tarihi 21 Nisan 2020.
- Seroka v Bellah* 1995 SLT 204 <www.incadat.com/en/case/72> erişim tarihi 11 Nisan 2020.
- “Tematik Bilgi Notu - Uluslararası Çocuk Kaçırma” <www.echr.coe.int/Documents/FS_Child_abductions_TUR.pdf> erişim tarihi 24 Şubat 2020.
- “Vienna Convention on the Law of Treaties”. <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>> erişim tarihi 24 Şubat 2020.
- X v Letonya* <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138992>> erişim tarihi 17 Mart 2020.
- Yargıtay 2 HD, 15.6.2010, 2010/124E, 2010/11846K <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi 16 Mart 2020.
- Yargıtay HGK, 20.3.2013, 2012/799E, 2013/389K <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi 16 Mart 2020.
- Yargıtay 2 HD, 17.6.2015, 2015/11374E, 2015/12897K <www.kazanci.com> erişim tarihi 16 Mart 2020.
- Yargıtay 2 HD, 20.2.2017, 2016/15771E, 2017/1737K <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi 16 Mart 2020.