

**KANADA BRITISH COLUMBIA
YÜKSEK MAHKEMESİ KARARI***

*Çevirenler: Tuğçe TAKCI** – Ahmet TAKCI****

Muhataplar: Oncu v. Oncu 2009 BCSC 829

Tarih: 2009/06/22

Esas Numarası: E090011

Daire: Vancouver

**Davacı Aslı Nihan Yıldırım Olarak Bilinen Aslı Nihan Oncu İle
Davalı Ufuk Oncu Arasında Saygıdeğer
Hakim Bayan Bruce Önünde Bu Kararın Nedenleri**

Davacının avukatı: W.R.Storey - **Davalının avukatı:** G.W.D. Abrams

Duruşmanın yeri ve tarihi: Vancouver, B.C. 12 Haziran 2009

Kararın yeri ve tarihi: New Westminster, B.C. 22 Haziran 2009

GİRİŞ

1. Bu başvuru Bayan Oncu tarafından kızı Melisa'nın Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi, 25 Ekim 1980, Can T.S. 1983 No.35,(La Haye Sözleşmesi) kapsamında Türkiye'ye dönmesiyle ilgili bir karar verilmesine dair bir başvurudur. Bayan Oncu, Melisa'nın Türkiye'den kaçırıldığına ve British Columbia'da haksız olarak alıkonulduğuna dair bir tespit, Melisa'nın annesine tesliminin kolaylaştırılması için Bay Oncu'nun gerekli her

* Kararın orijinali İngilizce olup, İngilizce'den tercüme edilmiştir. Kararın orijinaline <http://www.courts.gov.bc.ca/jdb-txt/SC/09/08/2009BCSC0829.htm> adresinden erişilebilir.

** Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi

*** Türkiye Adalet Akademisi, Hâkim

şeyi yapacağına dair bir karar ve masrafları talep etmektedir.

2. Bay Oncu Melisa'yı 8 Nisan 2008 tarihinde Türkiye'den British Columbia'ya getirmiştir. O tarihte Melisa, Bayan Oncu ile birlikte Türkiye'de yaşamaktaydı. 24 Nisan 2008'de Bayan Oncu Türkiye Cumhuriyeti Merkezi Makamı'na Lahey Sözleşmesi uyarınca Melisa'nın iadesi için başvuruda bulunmuştur.

3. Bay Oncu, Bayan Oncu'nun Melisa'nın Türkiye'ye iadesi başvurusuna 5 gerekçe ile karşı çıkmıştır.

1. Melisa'nın mutad meskeni, kendisinin Melisa'yı Türkiye'den alıp British Columbia'ya getirdiği tarihte Türkiye değildi.

2. Bu süreçlerde Bay Oncu ivedi bir biçimde hareket etmemiştir.

3. Bayan Oncu Melisa'nın British Columbia'ya götürülmesine rıza göstermiştir ve/veya onun Kanada'da alıkonmasına karşı çıkmamıştır.

4. Melisa şu anda British Columbia'ya yerleşmiştir.

5. Çocuğun Türkiye'ye dönmesi halinde, fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz kalmasına veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşmesine dair ciddi bir risk bulunmaktadır.

YASAL ÇERÇEVE

4. Lahey Sözleşmesi, Aile İlişkileri Kanunu'nun (R.S.B.C. 1996, c.128) 55. Maddesi uyarınca British Columbia'daki süreçlere uygulanır. Lahey Sözleşmesi'nin amaçları 1. Maddenin (a) ve (b) bentlerinde belirtilmiştir. Bunlar, taraf Devletlere gayrikanunî yollardan götürülen veya alıkonan çocukların derhal geri dönmelerini sağlamak ve taraf bir Devletteki koruma ve ziyaret haklarına, diğer taraf Devletlerde etkili biçimde riayet ettirmektir. Bu davada, Türkiye ile British Columbia'nın taraf Devlet olduğunda bir şüphe bulunmamaktadır.

5. Lahey Sözleşmesi'nin 3. maddesi uyarınca, bir çocuğun yer değiştirmesi veya geri dönmemesi, çocuğun, yer değiştirmesinden veya geri dönmemesinden hemen önce mutad meskeninin bulunduğu Devlet kanunu tarafından, bir şahsa, müesseseye veya başka bir kuruma, tek başına veya müştereken verilen

koruma hakkının ihlali şeklinde meydana geldiği takdirde ve bu hak, yer değiştirme veya geri dönmeme anında fiili biçimde kullanılmakta ise haksızdır.

6. Bu davada, Bayan Oncu'nun, Melisa'nın o devletten kaçırılıp British Columbia'ya getirildiği tarihte Türk hukukuna göre Melisa'nın velayetine sahip olduğunda ve velayetini fiilen kullanmakta olduğunda bir şüphe bulunmamaktadır. Bu bağlamda, Bayan Oncu'nun 21 Nisan 2009 tarihli yeminli ifadesine ekli olan Türkiye Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün, bir hâkim tarafından imzalanmış ve British Columbia Lahey Sözleşmesi merkezi makamına iletilmiş yazısı aşağıdaki gibidir:

Türk Medeni Kanununun 335. maddesine göre ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınmaz. Anılan kanunun 336. Maddesine göre evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanılır.

Bu davada, anne ve baba halen evli olduğuna göre, annenin rızası olmadan çocuğu Türkiye'den kaçırmak Sözleşmenin 3.maddesi bağlamında annenin velayet hakkının ihlali anlamına gelmektedir.

7. Yasadan dolayı velayetin kazanılması, Lahey Sözleşmesi'nin 5. maddesindeki "velayet hakkı" tanımına girmektedir. Velayete dair herhangi bir karara gerek bulunmamakta olup ve çocukları üzerinde doğal olarak kontrol sahibi olan ve çocuklarına bakan ebeveynler de bu tanım kapsamındadır: Fasiang v. Fasiangova, 2008 BCSC 1339.

8. Sözleşmenin 12. maddesi, mahkemenin, çocuğun yerinin kanuna aykırı olarak değiştirilmesi veya alıkonulmasıyla taraf Devletin adli veya idari makamı nezdindeki sürecin başlama tarihi arasında bir yıldan az zaman geçmişse çocuğun geri dönmesine karar vermesi gerektiğini düzenler. Bu zorunlu düzenlemenin istisnaları, Sözleşme'nin 13. maddesinde bulunmaktadır. Bu dava ile ilgili olan istisnalar 13. maddenin (a) ve (b) bentlerinde tanımlanmış olup bunlar; çocuğun velayetini üstlenmiş bulunan kişinin yer değiştirmeye veya alıkoymaya muvafakat etmiş olması veya daha sonradan kabul etmiş olması ve çocuğun geri dönmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma

düşüreceği yolunda ciddi bir risk bulunmasıdır.

9. Süreç kaçırma ya da haksız alıkoyma tarihinden 1 yıl sonrasında başlamış olsa bile mahkemenin, çocuğun talep eden devlete iadesine karar vermesi gerekir, yeter ki, çocuk “yeni çevresine intibak etmemiş” olsun: Lahey Sözleşmesinin 12. maddesi.

10. Son olarak, Lahey Sözleşmesinin 16. maddesi, mahkemenin, çocuğun iadesi hususunda bir karar verilmeden velayet hakkının esasına ilişkin bir karar veremeyeceğini düzenler. Bu yüzden, mahkeme yalnızca genel olarak çocukların yararını gözetmeli, velayet davasında olması gerektiği gibi belirli bir çocuğun yüksek yararını gözetmemelidir: paragraf 10’daki Fasiang.

EVLİLİKLE İLGİLİ OLGULAR

11. Taraflarca ileri sürülen özellikle Melisa’nın Türkiye’den kaçırılmasına dair olayın şartları tartışmalıdır. Bununla birlikte, üzerinde açıkça anlaşılan ve tartışılması gereksiz bazı olgular vardır. Bayan Oncu’nun 6 Ocak 2009 ve 21 Nisan 2009 tarihli beyanından ve Bay Oncu’nun 23 Mart 2009 tarihli yeminli beyanından okuduklarıma göre, aşağıdaki olgular tartışmalı değildir:

1. Taraflar 14 Ekim 1999’da Powell River B.C.de evlenmiştir. İkisinin de Kanada ve Türk vatandaşlığı vardır. Kızları Melisa 6 Ağustos 2000’de Kanada’da doğmuştur. Bayan Oncu Melisa’yı Şubat 2002’de ya da o tarihlerde kendisinin ve Bay Oncu’nun ebeveynlerinin ikamet ettiği Türkiye’ye götürmüştür. Bayan Oncu ve çocuk 2002 yılı Ağustos ayı sonlarında ya da o tarihlerde Kanada’ya dönmüştür.

2. Şubat 2006’da Bayan Oncu Melisa ile beraber yine Türkiye’ye seyahat etmiştir. Bay Oncu Kanada’da kalmış ve Bayan Oncu’ya çocuğun ve kendisinin geçimini sağlaması için aylık 1000 Dolar yollamıştır. Bay Oncu ayrıca Melisa’nın Türk vatandaşlığını alabilmesine izin veren göçmenlik formu da imzalamış ve bu Melisa’nın Türkiye’de okula gitmesine ve ülkede 6 aydan fazla kalmasına olanak sağlamıştır.

3. Mayıs 2007’de Bay Oncu çocuğu ve karısıyla beraber Türkiye’de yaşamayı denemek niyetiyle Türkiye’ye gelmiştir. Bu sırada, Melisa Türkiye’de okula

gitmekteydi ve taraflar Bayan Oncu'nun ailesinin evinde ikamet etmekteydi-ler. Taraflar evliliklerinde sorunlar çıkmadan önce kısa bir süreliğine beraber yaşayabilmıştır. Eylül 2007'de ya da o tarihlerde artık taraflar birlikte yaşamamaktaydı. Bay Oncu bir tartışma sırasında Bayan Oncu'ya saldırmıştır ve ilişkileri bozulmuştur. Bayan Oncu, Bay Oncu'yu Kanada'ya dönmeye ve Melisa'yı kendisine bırakmaya zorlamıştır.

4. Bay Oncu Türkiye'den ayrılmış ve Belçika'daki erkek kardeşini ziyarete gitmiştir. Dönüşünde taraflar yeniden boşanma ve destek parası ödenmesi konularını görüşmüşlerdir. Bayan Oncu boşanma davasını yürütmek için Türkiye'de bir avukat tutmuştur. Bu süreçte Bay Oncu daha fazla Türkiye'de ikamet etmek istemediğine ve Kanada'ya dönmek istediğine karar vermiştir. Yinede Türkiye'de ikamet etmeye devam etmiş ve Mart 2008'de ya da o tarihlerde Bayan Oncu'ya destek parası ödemeye başlamıştır.

5. 1 Nisan 2008'de Bay Oncu, eşinin Melisa ve ebeveynleriyle beraber yaşadığı İstanbul'a geri gelmiştir. 2 ya da 3 Nisan 2008'de turizm bürosuna gitmiş ve kendisi ile Melisa'nın Vancouver'e seyahatini ayarlamıştır. 8 Nisan 2008'de yola çıkmışlardır. Bayan Oncu'nun ebeveynleri onların Kanada'ya dönmelerine taraftardılar ve tarafları bunun için yüreklendirmişlerdir.

6. Melisa ve babası Nisan 2008'den bu yana BC'de yaşamaktadır ve Melisa burada okula gitmektedir.

12. Tartışmalı olgular ve tarafların olaylara ilişkin anlatımları aşağıdadır:

1. Bay Oncu, Şubat 2006'da Bayan Oncu ile çocuğun Türkiye'ye seyahat ettiğini ve kendisinin ancak yazın sonunda bu gidişin temelli olduğundan haberdar olduğunu beyan etmiştir. Bayan Oncu, evliliklerinde problemler yaşamaları nedeniyle Şubat 2006'da, Melisa ile birlikte Türkiye'de yaşama niyetiyle gittiğini beyan etmiştir. Bay Oncu, Bayan Oncu'nun çocuğu alması gerektiğini kabul etmiş ve yeterince para biriktirebilirse seneye Türkiye'ye ziyarete gelmeyi umut etmiştir.

2. Bay Oncu, 2007 yazının sonlarına doğru Bayan Oncu'nun boşanmaktan konuşmaya başladığını ve Bayan Oncu'nun babasının, Bayan Oncu'nun ilişki

yaşayarak ailesini utandırması nedeniyle, kendisini Bayan Oncu ve çocuğu alarak Kanada'ya dönmeye zorladığını beyan etmiştir. Bay Oncu, Bayan Oncu ile Kanada'ya dönme konusunu konuşmuştur ve Bay Oncu, Bayan Oncu'ya tartışma sırasında saldırınca, Bayan Oncu'nun ailesi ondan evlerini terk etmesini istemiştir. O zamanlar, Bay Oncu Melisa ile iletişim kurmayı 3 ay boyunca reddetmiştir. Belçika'daki abisini ziyaretten sonra İstanbul'a döndüğünde Bayan Oncu, boşanma davası açtığını ve çocuk için nafakasını ödeyene kadar Melisa'yı görmesini yasakladığını söylemiştir. Bayan Oncu tarafların bir aya yakın beraber yaşadıklarını sonrasında Bay Oncu'nun, yine evlilikle ilgili problemler yaşamaları nedeniyle ailesi ile birlikte yaşamaya gittiğini beyan etmiştir. Tam da bu sırada, Bay Oncu Melisa'yı 3 aylığına bir otele götürmüştür. Bu tatilden döndükten sonra, Bay Oncu ailenin Kanada'ya dönmesini önermeye başlamıştır. Bu anda Bayan Oncu Bay Oncu tarafından şiddetli saldırıya uğramıştır; burnunu kırmış ve kulak zarına zarar vermiştir. Dayağından sonra Bay Oncu, Melisa'yı Bayan Oncu'dan zorla almış ve 1 ay boyunca geri getirmemiştir. Bayan Oncu boşanma işlemlerini başlatmıştır fakat Melisa ile görüşebilmenin şartı olarak para istediğini inkâr etmektedir. Bay Oncu, eğer velayeti kendisine verirse çocuğun Bayan Oncu ile birlikte Türkiye'de kalmasına izin vereceğini söylemiştir. Bir ilişkisi ya da erkek arkadaşı olduğunu da reddetmektedir.

3. Bay Oncu Bayan Oncu'nun kendisi ve Melisa ile beraber Türkiye'den ayrılmayı kabul ettiğini ve Bayan Oncu'nun 8 Nisan 2008'de seyahat etmesi için bilet aldığını belirtmiştir. Bayan Oncu Melisa'nın pasaportunu, kendisinin Kanada'ya gidişini kolaylaştırmak için Bay Oncu'ya vermiştir. Uçuş sabahı fikrini değiştirmiş ve Bay Oncu'yu Melisa'yla bırakmıştır. Bayan Oncu'nun babası onu havaalanına götürmeye söz vermiştir. Havaalanındayken Bay Oncu'ya karısından, kendisinin onlarla gitmeyeceğine fakat Melisa'nın Bay Oncu ile gitmesine itiraz etmediğine dair bir telefon gelmiştir. Bayan Oncu, Bay Oncu tarafından yapılan seyahat ayarlamalarının hiç birinden haberi olmadığını ve Bay Oncu'nun Melisa'nın pasaportunu, tarafların barışıp Kanada'ya beraberce dönmelerini isteyen anne-babasının yardımıyla temin ettiğinden şüphelendiğini beyan etmektedir. Bayan Oncu, Bay Oncu'nun kışkırtmasıyla, ebeveynlerinin kendisini havaalanına gitmek üzere ayrılana kadar uyutan uyku ilacı alması

için kandırdığını belirtmektedir. Bayan Oncu eşini arayıp, Melisa'nın onunla beraber Kanada'ya dönmesini kabul etmediğini söylemiştir. Bay Oncu, Melisa ile beraber Kanada'ya döneceğini ve konuşacak bir şey kalmadığını söylemiştir.

4. Bay Oncu, Melisa'yla beraber Türkiye'den ayrılmasından sonra, Bayan Oncu'nu birçok defalar kendisi ve Melisa'yla görüştüğünü fakat hiçbir zaman çocuğun Türkiye'ye dönmesini istemediğini ya da çocuğu izni dışında aldığını iddia etmediğini beyan etmiştir. Bay Oncu, Bayan Oncu'ya onun için aldığı biletle Vancouver'e gelmesinin ve erkek arkadaşını da getirmesinin iyi olacağını teklif etmiştir. 20 Mart 2009'da tarafların konuşmasında, Bayan Oncu, Melisa'nın iadesine dair başvurusuyla ilgili olarak aile içinde anlaşmalarını önermiş ve çocuğu geri almak için kaçırma konusunda yalan söylediğini bildirmiştir. 2009 yazı için çocuğun Türkiye'ye gelmesine izin verilmesi karşılığında başvurusunu geri çekeceğini söylemiştir. Bayan Oncu, Bay Oncu'nun Türkiye'den gitmesinden sonra Melisa'yla birçok kez telefonda ya da internetten konuşmayı denediğini fakat Bay Oncu'nun bunu zorlaştırdığını ve Melisa'yla görüşmesine itiraz ettiğini belirtmiştir. Bay Oncu, ancak eğer Bayan Oncu kendisini çocuğu kaçırmakla suçlamazsa, kızı ile konuşabileceğini söylemiştir. Melisa'yla konuşmak için çok çaresiz olmasından ötürü, Bayan Oncu bunu yapmayı baskı altında kabul etmiştir. Birçok kez Bayan Oncu, Bay Oncu'ya Melisa'yı Türkiye'ye geri göndermesi için yalvarmıştır. Mart 2009'da, Bayan Oncu Bay Oncu ile görüştüğünde, Bay Oncu Bayan Oncu'nun başvurusundan vazgeçmesi halinde Melisa'yı Türkiye'ye geri göndermeyi kabul etmiştir. Bay Oncu aynı zamanda yolculuk için para bulmak amacıyla 1 ay süre istemiştir. Bayan Oncu, bu nedenle duruşmayı ertelemeyi kabul etmiştir fakat bunun yerine Bay Oncu başvuruya cevap olarak resmi beyanını sunmuştur.

İDDIALAR

13. Bayan Oncu, Melisa'nın Kanada'ya götürüldüğü sırada mutad meskeninin Türkiye olduğunu iddia etmektedir. Melisa hatırı sayılır bir süre boyunca Türkiye'de ikamet etmiştir ve bu süreçte tarafların Türkiye'ye yerleşme niyeti bulunmaktaydı. Bay Oncu yazılı beyanında, yalnızca Türkiye'de yaşamaya çalıştığını söylese de, velayeti almayı denemeden ve Melisa'nın kendisiyle bera-

ber Kanada'ya dönmesi için adımlar atmadan, çocuğun Şubat 2006'dan Nisan 2008'e kadar kalmasına izin vermiştir. Taraflar Eylül 2007'de ya da o tarihlerde ayrıldığı halde bile Bay Oncu Türkiye'de ikamet etmeye devam etmiş ve evliliğe dair sorunlarını çözmeye çalışmıştır. Bayan Oncu, bir ebeveynin tek tarafı olarak çocuğun meskenini değiştiremeyeceğini ve Bay Oncu'nun davranışı meskenin Türkiye olarak değişmesine rıza göstermeye vardığını savunmaktadır. Bu durumu desteklemek için Bayan Oncu paragraf 65-66'daki Fasiang'a dayanmaktadır.

14. Bayan Oncu'nun Melisa'nın kaçırılmasına izin verdiğine ya da rıza gösterdiğine dair iddiayla ilgili olarak, Bayan Oncu, mahkemenin bir rıza olup olmadığına dair tüm olguları dikkatle incelemesi gerektiğini iddia etmektedir: 67. Paragraftaki Fasiang. Bir ebeveynin çocuğun alınmasına rıza gösterdiğine dair net ve kesin delil olmalıdır: Katsigiannis v. Kottick- Katsigiannis, [2001] O.J.No. 1598 (Ont.C.A.). Davalını iddiası ciddiye alınamayacak bir izin ya da rızanın var olduğudur. Dahası Bayan Oncu, izin ya da rızaya dair ispat yükünün Bay Oncu'da olduğunu iddia etmiştir. Bu davada, Bayan Oncu, kaçırmaya dair bir rızanın olmadığını ve çocuğun kaçırıldığına dair Türk makamlarına derhal yaptığı başvurunun, çocuğun kaçırılmasına rızası olmadığına dair kesin kanıt olduğunu söylemiştir.

15. Bay Oncu'ca dile getirilen diğer konulara cevap olarak, Bayan Oncu, çocuğun yeni ortamına alıştığına dair delilin ilgisiz olduğunu, çünkü burada başvurunun kaçırmadan sonraki bir yıl içinde yapıldığını savunmuştur. Çocuğun ciddi zarar görmesi riskiyle ilgili savunmaya ilişkin olarak ise, Bayan Oncu, makamların tolere edilemeyecek bir risk olduğuna dair sıkı bir testin varlığını aradıklarını söylemektedir: Thomson v. Thomson, [1994] 3 SCR 551 and D.(Z.) v. Z.(J.)(1994),99 B.C.L.R.(2d)287(S.C.)

16. Bay Oncu, 8 Nisan 2008 tarihinde Türkiye'den ayrıldıklarında çocuğun mutad meskeninin Türkiye olmadığını iddia etmektedir. Aile Türkiye'de kalmaya karar vermemişti. Bayan Oncu orda yaşamaya karar verse de, Bay Oncu duruşmalar için seyrek olarak ordaydı ve hiçbir zaman Türkiye'de kalma niyeti olmamıştı. Melisa ömrünün çocuğunu B.C'de geçirmişti ve Türkiye'ye tatil için

gitmişti. Tarafların Türkiye’de ev ya da iş kurduklarına dair bir delil bulunmamaktadır. Bu iddiayı desteklemek için, Bay Oncu, Garelli v. Rahmaj (2006), 28 R.F.L.(6th) 455 (Ont. S.C.J), O’Brien v. O’Brien(2008), 59 R.F.L.(6th) 389 (Ont. S.C.J) ve Kirby v. Thuns (2008), 59 R.F.L.(6th) 403 (Ont. S.C.J)’ ye dayanmaktadır.

17. Bay Oncu olayların kendi anlattığı şeklinin tercih edilmesi gerektiğini ve buna uygun olarak, Bayan Oncu’nun çocuğun Kanada’ya dönmesine rıza gösterdiğini savunmaktadır. Bay Oncu, davacı tarafından sunulan, çok kısa ve ayrıntılı olmayan ilk dilekçenin sonraki resmi beyanın bir hayal ürünü olduğunun net kanıtı olduğunu iddia etmektedir. Bay Oncu ayrıca, Bayan Oncu’nun açıklamalarının yaratıcılık ürünü ve ham olduğunu savunmaktadır.

18. Bay Oncu, kaçırma tarihi ile bu başvurunun başlangıç tarihi arasındaki gecikme gözetilerek, Bayan Oncu’nun çocuğun alıkonulmasına rıza gösterdiğini iddia etmektedir. Nisan 2008 ile bu işlemlerin başladığı Aralık 2008 arasındaki gecikme için bir açıklama bulunmamaktadır.

19. Bay Oncu, çocuğun B.C.’ye alıştığını ve Türkiye’ye iade edilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Burada okula gitmektedir ve babasıyla bir evi vardır. Bu durumu desteklemek için Bay Oncu, Kubera v. Kubera, 2008 BCSC 1340’a dayanmaktadır.

20. Son olarak, Bay Oncu Melisa’nın Türkiye’ye dönmesi halinde psikolojik zarara uğrayacağına dair ciddi risk bulunduğunu iddia etmektedir. O şuan B.C.’ye alışmış olup ve katı kültürel beklentileri olan Türkiye’ye dönmesi ona zarar verecek ve onu tolere edilemez bir duruma düşürecektir.

TARTIŞMA

A. Mutad Mesken

21. Çocuğun mutad meskeninin talep eden devlette olmasının aranmasının altında yatan neden, çocuğun “iade edildiği yerle güçlü ve kolayca fark edilebilir bağının” olmasını sağlamaktır: O’Brien 31. Parag. Chan v. Chow, 2001 BBCA 276 mahkeme Re. J.(küçük A.)(Kaçırma: Velayet Hakkı), [1990] A.C.562 (H.L.) aşağıdaki 578. Paragrafta bulunan “mutad mesken” tanımını benimsemiştir:

.....(mutad mesken) ifadesi özel bir anlamı olan bir sanat terimi olarak algılanmaz, fakat oluştuğu iki kelimenin doğal ve sıradan anlamı uyarınca anlaşılmalıdır...bir kişinin mutad meskeninin belirli bir ülkede olup olmadığı sorununa, o olayın tüm şartlarına göre karar verilir...Bir kişi, eğer B ülkesinde uzun süre ikamet etmeye başlamak ve A ülkesine dönmek niyetiyle A ülkesini terk etti ise A ülkesi bir gün içinde bile onun mutad meskeni olmaktan çıkar. Fakat bu kişi için B ülkesi bir gün içinde mutad mesken haline gelmez. Bunun için kayda değer bir zaman aralığı ve niyet zorunludur.... çocuğun annesinin yasaya uygun olarak tek başına çocuğun velayetine sahip olduğu durumda, onun mutad meskeni annesiyle aynı olmalıdır.

22. Chan kararında temyiz mahkemesi, R.v. Barnet London Borough Konseyi,[1983] A.C.309(H.L) kararı 344. Paragraftaki “niyet” tanımını onaylayarak kullanmıştır:

Niyetin bir derecesi olmalıdır. Amaç bir ya da birden çok olabilir. Genel ya da belirli olabilir. Hukukun tek aradığı niyetin bulunmasıdır. Bu ilgilinin bir yerde süresiz kalmaya niyetlenmesi değildir, aslında, yerleşirkenki amacı sınırlı bir süre için de olabilir. Mutad mesken tercihinine dair yaygın nedenler olarak akla eğitim, iş ya da meslek, görevlendirme, sağlık, aile ya da seyrek de olsa o yere olan sevgi gelir. Diğer birçok başka neden de olabilir. Tüm gerekli olan, açıkça yerleşik olarak tanımlanabilecek düzeyde yaşama amacıdır.

23. Görülmekte olan davadaki olgularda, Bay Oncu ile Kanada’ya dönmekten hemen öncesine kadar, çocuğun mutad meskeninin hatırı sayılır bir zaman zarfı için Türkiye olduğu açıktır. Melisa Şubat 2006’da annesi ile beraber Türkiye’ye gelmiştir ve orada iki yıldan fazla kalmıştır. Melisa büyük annesi - babası ve annesi ile birlikte İstanbul’da yaşamıştır. Melisa Türk vatandaşlığını almak için başvurmuştur olup, 6 aydan fazladır Türkiye’de mukim olduğu ve orda okula kaydolduğu için Melisa’nın vatandaşlığı kazanması gerekmektedir. Bu tartışılmaz olgular nedeniyle Melisa’nın Türkiye ile güçlü ve kolayca fark edilebilir bağının olduğu açıktır.

24. Asıl mesele Melisa’nın Türkiye’ye yerleşme niyeti olup olmadığıdır. Yukarıda belirtildiği üzere, bir çocuğun mutad meskeni velayetine sahip olan ebe-

veyninkidir. Bu nedenle, velayete sahip olan ebeveynin Türkiye'ye yerleşme niyeti varsa, çocuğunda aynı niyete sahip olduğu farzedilir. Bayan Oncu'nun Türkiye'ye yerleşme niyetinin olduğu tartışmasızdır. Mesele Bay Oncu'nun Türkiye'ye sınırlı bir süre için yerleşme niyeti mi olduğu yoksa Melisa'nın meskeninin Kanada'dan Türkiye olarak değişmesine rıza mı gösterdiği.

25. Bay Oncu, Şubat 2006'da Melisa ve Bayan Oncu Kanada'dan ayrıldığında bu gidişin sadece tatil amaçlı olduğunu beyan etmektedir. Bayan Oncu'nun daimi olarak Türkiye'deki baba evine dönmeye niyetlendiğini anlamamıştı. Bununla birlikte, Bay Oncu, Bayan Oncu'nun niyetinden haberdar olduğu 2006 yazının sonlarında, Melisa'yı Kanada'ya döndürmek için hiçbir adım atmamıştır. Bunun yerine, Bayan Oncu'ya destek için ayda 1000 Dolar ödemiştir ve Türkiye'de yaşamayı deneme fikriyle Mayıs ayında Türkiye'de ailesine katılmıştır. Bay Oncu ayrıca, Melisa'nın ülkede 6 aydan fazla kalmasını ve orda okula gitmesini sağlayacak vatandaşlık başvurusunu imzalamayı da kabul etmiştir. Bir aşamada Bay Oncu'nun Kanada'ya dönmek istediğine karar verdiği açık olsa da, Bay Oncu, Bayan Oncu'nun velayet hakkını Nisan 2008'e kadar kabul etmiş görünmektedir. Özellikle, Melisa'yla görüşmeyi sağlamada karşılaştığı iddia ettiği zorluklara rağmen, Bay Oncu onu Türkiye'den götürmeden önce ne bir avukat tutmuş ne de kızının velayetini almak için yasal bir süreç başlatmıştır. Bu şartlarda, Bay Oncu'nun davranışının, kızının mutad meskeninin Kanada'dan Türkiye olarak değiştirilmesine rıza gösterdiğini ikna edici biçimde işaret ettiğine düşünmekteyim.

26. Çocuğun mutad meskeni Türkiye iken Bay Oncu tek taraflı olarak onun meskenini Kanada olarak değiştiremezdi: Bakınız 66-67. paragraflardaki Fasiang.

27. Bay Oncu'nun kısa bir süreliğine de olsa Türkiye'ye yerleşme niyeti olduğuna ikna oldum. Bay Oncu, Türkiye'ye ailesiyle beraber bir hayat kurmayı denemek için geldiğini kabul etmiştir. Bay ve Bayan Oncu Türkiye'de ev satın almasa ya da kiralamasa da, ikisinin de Türkiye'de geniş aileleri vardı ve geçici olarak Bayan Oncu'nun ailesiyle beraber kalmışlardır. Bay ve Bayan Oncu Türk vatandaşıdır ve yukarıda değinildiği üzere Bay Oncu Melisa'nın vatandaşlık baş-

vurusunu kolaylaştırmayı kabul etmiştir. Aynı zamanda Melisa, Bay Oncu'nun rızası ve bilgisi dâhilinde Türkiye'de okula gitmekteydi. Bay Oncu her ne kadar Vancouver'e dönüş bileti olduğunu beyan etse de, bu belirli bir dönüş tarihi değildi ya da dönüş tarihi geliş tarihi olan Mayıs 2007'den 11 ay sonraydı. Ayrıca Bay Oncu'nun Kanada'ya dönmek istediğine karar verdikten sonra bile, Melisa'nın kendisiyle birlikte Vancouver'a dönmesi için adım atmadan önce birkaç ay daha Türkiye'de ikamet etmeye devam ettiği aşikârdır.

B. İzin ya da Rıza Savunması

28. Bay Oncu, Bayan Oncu'nun Melisa'nın meskeninin değişmesine ya da onunla birlikte Kanada'da ikamet etmek üzere dönmesine rızası olduğunu iddia etmektedir. Bayan Oncu, Melisa'nın Kanada'ya kaçırılmasına ya da alıkonulmasına rızası olduğunu inkâr etmektedir. Bir tarafın, diğer tarafın kaçırma ya da alıkoymaya rızası olduğunu ya da izin verdiğini iddia ettiği hallerde, mahkeme bu anlatımları olduğu gibi kabul etmemelidir. Bunun yerine, mahkeme rıza olup olmadığını belirlemek için tüm olguları dikkatlice incelemelidir: paragraf 67'deki Fasiang. Ayrıca Sözleşme'nin 13. maddesi ispat yükünü direkt, rıza ya da izin olduğunu iddia eden tarafa yüklemiştir. Rıza meselesiyle ilgili olarak ben, Katsigiannis paragraf 43'te onaylanarak kullanılan P.V.P'deki gerekçeyi kabul ediyorum(Kaçırma: Rıza ya da İzin)[1997]3 F.C.R.550(H.C. Fam. Div.) 6 Mart 1998(C.A.):

P.v.P... Lord Brown-Wilkinson'un re H.'deki yaklaşımını kabul eden ve detaylandıran görece yeni bir davadır. Yüksek Mahkeme'nin kararını teyid ederek, Temyiz Mahkemesi adına Hale J.,13(a) maddeye göre çocuğun kaçırılmasına bir ebeveynin rıza gösterip göstermediğini gözetirken, mahkemenin, gerçekten başvuran tarafın çocuğun kaçırılmasına rıza göstermeye niyet etmiş midir ve rıza göstermiş midir bunu belirlemesi gerektiğini anlatmıştır. P.V.P'de F.C.R paragraf 555'te, Temyiz Mahkemesi, rızanın yazılı olarak kanıtlanmasının ya da açıkça beyan edilmesinin gerekli olmamasına rağmen, açık bir rızanın kesin ve ikna edici bir delilinin olması gerektiğini benimsemiştir. İzinin de aynı standardı taşıması için bir neden görmüyorum.

29. Görülen davada, Bay Oncu'ya ait olan Bayan Oncu'nun Melisa'nın

Kanada'ya dönmesine rıza gösterdiğine dair iddia, Bayan Oncu'nun da onlarla geleceği ve meskenini Kanada olarak değiştireceği iddiasıyla ayrılamaz biçimde iç içedir. Bay Oncu'nun iddiası uyarınca, Bayan Oncu son anda Türkiye'de tek başına kalmaya ve Melisa'nın o ülkeyi temelli terk etmesine karar vermiştir. Bana göre, Bay Oncu'nun anlattığı olaylar inandırıcı değildir. Öncelikle, Bayan Oncu'nun Türkiye'de kalmaya niyeti vardır ve Bay ve Bayan Oncu'nun aileleri aylarca onu Kanada'ya dönmeye zorlasa da, o ısrarla bunu yapmayı reddetmiştir. İkincisi, tarafların Bay Oncu'nun Türkiye'den ayrıldığı Nisan 2008'e kadar ciddi evlilik problemleri yaşadıkları açıktır. Bay Oncu, Bayan Oncu'ya saldırdığının, artık aynı evde yaşamadıklarının, Bayan Oncu'nun boşanmak istediğinin ve bir avukat tuttuğunun, nafaka ödemeleri ve Melisa'yla şahsi ilişki konusunda tartışmaya devam ettiklerinin bilincindedir. Bu şartlar altında, Bayan Oncu'nun birden bire bir açıklaması olmadan Bay Oncu ile beraber Kanada'ya dönmeye karar vermesi hiç olası değildir. Üçüncüsü, Bay Oncu'nun Türkiye'den gitmesinden yalnızca iki hafta sonra Bayan Oncu Sözleşme'nin 12. maddesi uyarınca Melisa'nın iadesi için Türk Merkezi Makamı'na başvurmuştur. Son olarak, Bay Oncu'nun Bayan Oncu için aldığı iddia ettiği uçak biletini sunamaması ve buna dair açıklamanın olmaması, bu konudaki delilinin aksi yönde sonuç çıkarmayı gerektirmektedir.

30. Bayan Oncu'nun çocuğun pasaportunun nasıl alındığına ve Bay Oncu'nun, onun bilgisi dışında havaalanına gitmek için ayrılmayı nasıl başardığına dair açıklamalarının ilk bakışta olası gelmediğini biliyorum. Bununla birlikte, Bayan Oncu'nun ailesinin tarafların evliliklerini düzeltmelerini ve bir aile olarak Kanada'ya dönmelerini istemeleri ortak paydadır. Bay Oncu, özellikle Bayan Oncu'nun babasının, Melisa'yı Kanada'ya götürme planında suç ortağı olduğunu kabul etmiştir. Sonuç olarak, Bayan Oncu'nun ailesinin, kızlarının kocası ile Kanada'ya dönebileceği umuduyla, kızlarının durdurmasını engellemek için adımlar atmış olmaları o kadar da hayal ürünü olmayabilir.

31. Bu nedenlerle, Bay Oncu'nun, Bayan Oncu'nun, kendisinin Melisa ile beraber Kanada'ya dönmesine rıza gösterdiğine dair ihtimaller dengesini kurmakta yanıldığını düşünmekteyim.

32. Bay Oncu aynı zamanda, Melisa'nın Türkiye'den kaçırılışını izleyen olayların, özellikle de Lahey Sözleşmesi kapsamındaki başvurunun gecikmesinin, Melisa'nın meskenindeki değişime izninin var olduğuna delalet ettiğini iddia etmektedir. Katsigiannis, Lahey Sözleşmesi'nin 13(a) maddesi uyarınca bir savunma geliştirebilmek için rızanın varlığına dair kesin delil olması gerektiğini temsil eder. Bana göre, Bayan Oncu, kızının Kanada'ya kaçırılmasına ya da Kanada'da alıkonulmasına rıza gösterecek biçimde nedensiz olarak bu süreçleri geciktirmemiştir. Melisa'nın babasıyla gitmesinden yalnızca 2 hafta sonra 24 Nisan 2008'de Lahey Sözleşmesi kapsamındaki başvurusunu yapmıştır. Vancouver'de kendisini temsil etmesi için avukat tutmuştur. Türk makamlarından gerekli olan belgelerin temin edilmesi, uygulanacak hukukun bulunması ve Melisa'nın İstanbul'da okula gittiğine dair kaydın temin edilmesi vakit almıştır. Bayan Oncu'nun Bay Oncu'nun adresini bilmediği ve bu yüzden dilekçenin tebliğinin geciktiği de aşikârdır. Yazılı beyanın tercüme edilmesi de bir gecikme nedenidir ve Bay Oncu'nun cevabi beyanı Mart 2009'a kadar yeminli değildi.

33. Dilekçe, Melisa'nın Kanada'ya dönmesinden 8 ay sonra 6 Ocak 2009'da sunulmuştur. Sözleşme'nin 12. maddesindeki zaman sınırı 1 yıldır. Bu zaman dilimi, başvuranın ikamet ettiği ülke dışından Lahey Sözleşmesi uyarınca başvuru yapmaya çalışırken karşılaşabileceği güçlükler içindir. Ek olarak, 12. madde "çocuk yeni çevresine intibak etmediği müddetçe" 1 yıllık zaman sınırı geçmiş olsa dahi, mahkemenin çocuğun iadesine karar vermesini öngörür. Bu hükümler ışığında, başvurunun 1 yıl içinde yapılmış olması halinde, rızanın varlığı için yalnızca bir gecikmeden fazlasının olması gerekmektedir.

34. Son olarak, Bay Oncu, Melisa'nın Kanada'ya dönmesinden sonraki konuşmalarında Bayan Oncu'nun kızının Kanada'dan dönmesi için hiçbir talepte bulunmadığını beyan etmektedir. Gerçekten Bay Oncu Bayan Oncu'nun, kendisinin çocuğu yaz tatili için Türkiye'ye getirmesi halinde, Lahey Sözleşmesi uyarınca yaptığı başvurusundan vazgeçmeyi kabul ettiğini iddia etmektedir. Bayan Oncu bu iddiaları reddetmektedir ve Bay Oncu'nun yalın iddialarından başka bunları kanıtlayacak delil bulunmamaktadır. Bu yüzden, Bay Oncu'nun, rıza ya da izninin varlığına dair iddialarını ispatlayamadığını düşünmekteyim.

C. Çocuğun British Columbia'ya intibak edip etmediği?

35. Bay Oncu, çocuğun BC'ye intibak ettiğini ve bunun sonucu olarak, mahkemenin çocuğun Kanada'da kalmasına izin vermesi yönünde takdir hakkını kullanması gerektiğini savunmaktadır. Bu iddiayı iki nedenle reddetmeliyim. Birincisi, Melisa'nın şartlarına ilişkin çok az kanıt bulunmaktadır. Bağımsız kaynaklardan destekleyici beyanlar bulunmamakta olup, Bay Oncu'nun beyanı yetersiz ve Melisa'nın yeni çevresine alıştığına dair çok az delil içermektedir. İkinci olarak, bu başvuru bir yıllık zaman dilimi içinde yapıldığı için, mahkemenin Bay Oncu'ya yardımcı olmada yetkisi olmadığını düşünüyorum. Bir kere çocuğun mutad meskeninden haksız olarak kaçırıldığı tespit edildi ise ve 13.maddedeki nedenlerin varlığı kanıtlanamadıysa, mahkeme çocuğun iadesine karar vermelidir. Mahkemenin çocuğun şartlarını göz önünde bulundurma yetkisi ancak başvurunun bir yıllık sürenin geçmesinden sonra yapılması halinde vardır.

D. Ağır Fiziksel yada Psikolojik Zarar Riski

36. Bay Oncu'nun son iddiası ise, Melisa'nın Türkiye'ye dönmesi halinde ciddi psikolojik zarara maruz kalacağıdır. Bu iddiasını destekleyecek kanıt yoktur. D.(Z)'de mahkeme, Lahey Sözleşmesi'nin 13(b) maddesindeki istisnayı ileri süren tarafın, çocuğun döneceği ülkede ciddi psikolojik zarar göreceğini ispat etmesi gerektiği kabul etmiştir: paragraf 26-27. Aynı zamanda iddia edilen zarara dair güçlü kanıt olmalıdır. Bay Oncu bu yükümlülüğü karşılayamamıştır.

SONUÇLAR VE KARARLAR

37.Özetle, Melisa'nın oradan kaçırıldığı tarihte mutad meskeninin Türkiye olduğunu ve Bayan Oncu'nun velayet hakları ihlal edilerek haksız olarak kaçırıldığını düşünüyorum. Ayrıca Bay Oncu'nun bu başvuruya karşı Lahey Sözleşmesi'nin 13(a) ya da 13 (b) maddeleri uyarınca savunma getiremediğini düşünüyorum.

38. Sonuç olarak, Lahey Sözleşmesi'nin 12.maddesi uyarınca Bay Oncu'nun 15 Temmuz 2009'da ya da bu tarihten önce Melisa'yı Türkiye'ye iade etmesine ve bu ülkeye girmesini müteakip derhal çocuğu Bayan Oncu'ya pasaportu

ile birlikte teslim etmesine karar veriyorum. Ayrıca Bay Oncu'nun Türkiye'ye yapılan seyahatin masraflarından tek başına sorumlu olmasına karar veriyorum. Bay Oncu'nun karar verildiği üzere Melisa'yı iade etmemesi halinde Bayan Oncu'nun Melisa'yı pasaportu ile birlikte polis yardımıyla almaya hakkı olacaktır. Eğer Bayan Oncu'nun Melisa'nın velayetini alabilmesi için Kanada'ya gelmesi gerekirse, onun ve Melisa'nın seyahat masrafları karşılanacaktır.

39. Tarafları velayet başvurusuna ilişkin gerekli girişimlere dair taleplerini Türkiye'de sunmaya davet ediyorum. Haksız çıkan taraf masrafları öder, fakat ben tarafları masraflara ve özel masrafların karşılanıp karşılanmayacağına dair taleplerini sunmaya davet ediyorum.

“Bruce J.”