

## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ BÜYÜK DAİRESİNİN

### X. / LETONYA KARARI\*

Çeviren: Tuğrul UZUN\*\*

#### ÖZET

Çocuğa ilişkin olarak alınacak kararlarda çocuğun yüksek menfaati önceliklidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin birbirleriyle uyumlu bir şekilde yorumlanması gerekir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi ulusal mahkemelere, çocuğun iadesine ilişkin bir talebi incelerken özel bir usuli yükümlülük yüklemektedir. Buna göre, mahkeme yalnızca çocuğun iadesi halinde oluşacak "ağır risk" in var olup olmadığı incelemekle yetinmemeli aynı zamanda durumun kendine özgü koşullarını da dikkate almalı ve buna göre karar vermeli, "bütün aile durumunu" incelemelidir. Âkit devletler, gerek ulusal, gerekse uluslararası bir hükmün uygulanması nedeniyle olsun, bütün eylem ve ihmallerinden sorumludur.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası Çocuk Kaçırma, İadenin Reddi Sebepleri, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi Arasındaki İlişki, Çocuğun Yüksek / Üstün Menfaati, Çocuk ve Ailenin Durumunun Derinlemesine Analizi.

#### X / Letonya Kararında,

Dean Spielman (Başkan)

Nicolas Bratza,

Ineta Ziemele,

Mark Villiger,

Nina Vajic,

Khanlar Hajiyev,

Danutė Jocienė,

Ján Sikuta,

Paivi Hirvela,

---

\* Avrupa İnsan Hakları Büyük Dairesinin bu kararı İngilizce metninden çevrilmiştir.

\*\* Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi tugrul.uzun@adalet.gov.tr

George Nicolaou,  
Zdravka Kalaydjieva,  
Nebojsa Vucinic,  
Angelika Nubberger,  
Julia Laffranque,  
Paulo Pinto de Albuquerque,  
Linos-Alexandre Sicilianos, (Hâkimler) ve

Michael O'Boyle'dan (Yazışleri Müdürü Yardımcısı) oluşan Avrupa İnsan Hakları Büyük Dairesi, 10 Ekim 2012 ve 25 Eylül 2013 tarihlerinde kapalı oturumda toplanarak, belirtilen son tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir.

### USÛL

1. Davanın temelinde, Letonya vatandaşı Bayan X'in, ("Başvuran") 8 Mayıs 2009 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. Maddesi uyarınca Letonya Cumhuriyeti'ne karşı yapmış olduğu başvuru (No: 27583/09) bulunmaktadır. Büyük Daire Başkanı, kendi takdiriyle, başvuranın kimliğinin gizli tutulmasını onaylamıştır. (Mahkeme İctüzüğü 47/3).

2. Başvuran, Riga'da görev yapan bir avukat olan R. Strauss, Letonya hükûmeti ise ("Hükûmet") temsilcileri K. Lice tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran, Letonya mahkemeleri tarafından, 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi'nin uygulanması sonucu kızının Avustralya'ya iadesine ilişkin verilen karar dolayısıyla, Sözleşme'nin 8. Maddesi bağlamında aile hayatına saygı gösterilmesi hakkında yönelik bir ihlalin mağduru olduğunu iddia etmektedir.

4. Başvuru, Mahkeme'nin 3. Dairesi'ne tevdi edilmiştir (İctüzük Madde52/1). *Başkan* Tjosep Casadevall, Hâkimler Corneliu Bîrsan, Alvin Gyulmyan, Egbert Myjer, Ineta Ziemele, Luis Lòpez Guerra ve Kristina Pardalos ve Daire Kâtibi Santiago Quesada'dan oluşan Daire, 15 Kasım 2011 tarihinde, başvuruyu kabul edilebilir bulmuş ve bir karar vermiştir ve oyçokluğuyla Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Hâkimler Egbert Myjer ve Lopez Guerra'nın muhalefet şerhleri 13 Aralık 2011 tarihinde açıklanan karara eklenmiştir.

5. 13 Mart 2012 tarihinde Hükûmet, Sözleşme'nin 43. maddesi uyarınca davanın Büyük Daire'ye tevdiini talep etmiş, bu talep Büyük Daire kurulu tarafından 4 Haziran 2012 tarihinde kabul edilmiştir.

6. Büyük Daire Sözleşme'nin 26. maddesinin 4. Paragrafı ve İchtüzüğün 24. maddesine göre teşekkül etmiştir. Nihai müzakerelerde, Nicolas Bratza ve Nina Vajic, Sözleşme'nin 23/3 ve İchtüzüğün 24/4 maddeleri uyarınca, görev sürelerinin bitmesinden sonra da yer almaya etmişlerdir.

7. Başvuran ve hükûmet yazılı olarak ek bayanlarını sunmuşlardır (Madde 59/1). Ayrıca, Başkan tarafından yazılı usûle müdahil olmaları uygun bulunan Finlandiya ve Çek Hükûmetleri ile "Reunite International Child Abduction Centre" isimli sivil toplum kuruluşunun da üçüncü taraf olarak yorumları alınmıştır (Sözleşme madde 36/2, İchtüzük madde. 44/3).

8. 10 Ekim 2012 tarihinde Strazburg'da İnsan Hakları Binasında kamuya açık bir duruşma yapılmıştır (Madde 59/3).

Mahkemeye;

- *Hükûmeti temsilen*

K. Lice *temsilci*, I.Reine *avukat*, A.Rutka –Kriskalne ise *danışman* olarak katılmış; *başvurayı temsilen de* Raoberts Strauss *avukat*, olarak katılmıştır. Mahkeme Sn. K.Lice ve Sn. Strauss'un beyanlarını dinlemiştir.

## **OLAYLAR**

### **1. DAVANIN KOŞULLARI**

9. Başvuran, 1974'te Avustralya'da doğmuş ve halen bu ülkede yaşamaktadır. Letonya vatandaşlığına sahip olan başvuran, 2007 yılında aynı zamanda Avustralya vatandaşlığını da almıştır.

10. Başvuran, 2004 yılında T. ile tanışmasının ardından, o tarihte evli olduğu ve daha sonra 24 Kasım 2005 tarihinde boşandığı R.L ile evli olmasına rağmen, aralarında gelişen ilişki sonucu yılsonuna doğru T'nin dairesine taşınmıştır.

11. 9 Şubat 2005 tarihinde kızı E. dünyaya gelmiştir. Çocuğun doğum sertifikasında babanın ismi bulunmamaktadır ve herhangi bir babalık testi de yapılmamıştır. Halen T. ile yaşamakta olan başvuran, bunun ardından tek ebeveyn yardımı almaya başlamıştır. İlişkilerindeki bozulmaya rağmen T ile yaşamaya devam etmiştir.

12. 17 Temmuz 2008 tarihinde Başvuran üç yıl yedi aylık kızı ile birlikte Avustralya'dan Letonya'ya gitmiştir.

### **A. Avustralya'daki Süreç**

13. 19 Ağustos 2008 tarihinde T, çocuğu ile ilgili babalık haklarının tesisi için

Avustralya'daki Aile Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Yeminli ifadesinde, iddiasına dayanak olarak başvuran ile 2004 yılından beri ilişki içerisinde olduğunu, başvuranın her zaman çocuğun babasının kendisi olduğunu söylediğini; başvuran ile yaptığı kira sözleşmesinin gerçeği yansıtmadığını ve ortak kararları olduğunu, kendisinin, başvuranın tek ebeveyn yardımından yararlanabilmesi için sosyal güvenlik hizmetlerine yalan beyanda bulunduğunu beyan etmiştir. T, başvuranın Avustralya'yı çocuk ile birlikte kendi rızası olmadan Lahey Sözleşmesi'nin 3. Maddesini ihlal eder şekilde terk ettiğini ve Letonya'da adresi bilinmeyen bir yere gittiğini ileri sürmüştür. Bu iddiasına destek olarak, ailesinin üyeleri ile yaptığı bir elektronik posta yazışmasını sunmuştur.

14. Başvuran, açıkça duruşmada hazır bulunması veya telefon ile katılması için değişik şekillerde çağrıldığı halde hazır bulunmamıştır.

15. 6 Kasım 2008 tarihli karar ile Avustralya Aile Mahkemesi T'nin E'ye ilişkin babalık haklarını tanımış ve T'nin çocuğun doğumundan itibaren ortak velayet hakkına sahip olduğuna karar vermiştir. Hâkim, çocuğun Avustralya'ya dönmesi halinde davanın incelenmesine devam edileceğini belirtmiş ve aşağıdaki ifadeyi kullanmıştır:

“...bununla birlikte, çocuğun Letonya'da bulunmasının haksız bir götürme ve alıkoymanın sonucu olup olmadığını belirlemek yetkisi bana ait değildir. Tüm saygımla, bu mesele hakkında karar vermek, Letonya Hâkimine aittir.”

16. Başvuran karara karşı temyiz yoluna gitmemiştir.

## **B. Letonya'daki Süreç**

17. 22 Eylül 2008 tarihinde, Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasında Letonya merkezi makamı görevini üstlenen Çocuk ve Aile İşleri Bakanlığı, Avustralya'daki ilgili makamdan, T'nin bu uluslararası sözleşme uyarınca çocuğunun Avustralya'ya dönmelerini talep ettiği bir başvuru almıştır. İade talebine, Avustralya hukukunu ortaya koyan ve babalık hususunu etkilemeksizin, çocuğun Avustralya'da kaçırıldığı tarihte T'nin çocuk üzerinde Lahey Sözleşmesi'nin 5. Maddesi bağlamında ortak velayet hakkını kullandığını gösteren yeminli bir ifade eklenmiştir.

18. 19 Kasım 2008 tarihinde, Riga Şehri Yerel Mahkemesi (“Yerel Mahkeme”) talebi T ve başvuran hazır bulunduğu halde incelemiştir.

19. Duruşmada başvuran T'nin talebine itiraz etmiştir. Başvuran, T'nin baba olarak tanınmak için gerekçesi olmadığını, çünkü çocuğun doğumu esnasında halen başka biriyle evli olduğunu ve T'nin, kendisinin Avustralya'dan gitmesin-

den önce hiçbir zaman baba olarak tanınma dileğini ortaya koymadığını ifade etmiş, T'nin bazı zamanlar kendisine karşı düşmanlık ve saldırgan tavırlar sergilediğini iddia ederek buna ilişkin olarak Avustralya'da kendilerini ziyarete gelenlerin tanık olarak çağrılmalarını talep etmiştir. Başvuran ayrıca, T'nin yalnızca Avustralya'da kendisine karşı başlatıldığı iddia edilen cezai soruşturmada faydalanmak amacıyla süreç başlattığını iddia etmiştir.

20. Riga şehir konseyi tarafından kurulmuş olan, Barintiesia isimli velayet ve vesayet kurumunun temsilcisi, bir yandan, başvuranın çocuğun Avustralya'dan götürülmesi sırasında bekâr bir anne oluşu, diğer yandan da çocuğun Letonya ile bağ kurduğunu ileri sürerek T'nin talebinin reddini talep etmiştir.

21. Yerel Mahkeme, 19 Kasım 2008 tarihli kararı ile T'nin talebini kabul ederek, hiçbir şekilde karardan sonra altı haftayı geçmemek üzere çocuğun Avustralya'ya derhal iadesine karar vermiştir. Gerekçesinde Avustralya mahkemelerinin T'nin ortak velayete sahip olduğuna hükmettiğine değinen mahkeme, ilk olarak Letonya mahkemelerinin ne bu kararı tersine çevirebileceğini ne de Avustralya hukukunu yorumlayıp uygulayabileceğini ifade etmiş, sonra ise Lahey Sözleşmesi'nin 1 ve 14. maddelerinin uygulanmasında Letonya mahkemelerinin T'nin çocuk üzerindeki ebeveyn sorumluluğu üzerinde karar verme yetkisine sahip olmadığını, yalnızca çocuğun Avustralya'dan kaçırılması ve dönme ihtimali üzerinde karar verebileceğini belirtmiştir. Mahkeme, çocuğun götürülmesinin haksız olduğunu ve T'nin rızası dışında gerçekleştiğini göz önüne almıştır. Lahey Sözleşmesinin 13. maddesine gelince, yerel mahkeme, resimler ve T'nin akrabaları ile başvuran arasındaki elektronik posta yazışmaları ışığında, T'nin çocuğa Letonya'ya gitmesinden önceki dönemde özen gösterdiğini, bir yandan taraflar arasındaki kavgalara ve T'nin başvuran ve çocuğa karşı kolay öfkelenir tavırlarının varlığına ilişkin tanık ifadelerini not ederken, diğer yandan bu durumun T'nin çocuğa bakmadığı sonucuna ulaşmasını sağlamadığını kabul etmiştir. Son olarak, mahkeme çocuğun iadesinin psikolojik zarara yol açacağı şeklindeki iddiayı temelsiz bularak reddetmiştir.

22. Başvuran, Avustralya'yı terk ettikleri sırada çocuğun hukuken ve fiili olarak tek velisi olduğunu ve kızının Avustralya'ya iadesinin çocuğu psikolojik tahribata maruz bırakacağını iddia ederek karara itiraz etmiştir. Belirttiği ikinci hususa dayanak olarak, ilk derece mahkemesinin kararının ardından kendi talebi üzerine bir psikolog tarafından düzenlenen bir belge sunmuştur. E'nin 16 Aralık 2008 tarihli incelenmesine dayanan bu belge aşağıdakileri ifade etmektedir.

“Her ne kadar, incelenmesinden dil ve bilgi anlamında gelişiminin düzgün

olduğu açıkça ortaya çıksa da çocuk, yaşı hesaplandığında hangi yerleşim yerini tercih ettiğini söyleme yetisine sahip değildir... Çocuğun yaşı ve bu yaşı bakımından da gayet normal olduğu üzere annesi ile sıkı duygusal bağları akılda tutulduğunda, onun duygusal iyiliği temel olarak [başvuranın] psikolojik dengesine dayalı ve sıkıca bağlıdır... Çocuk, annesinin her gün yanında olmasına ve sürekli olarak onunla aynı yerde yaşamaya ihtiyaç duymaktadır. Üç yıl on aylık yaşı dikkate alındığında, annesinden doğrudan ayrılması ihtimali ekarte edilmelidir, diğer türlü çocuk muhtemelen güvenlik ve kendine güven duyguları etkilenmek suretiyle psikolojik travmaya maruz kalabilecektir.”

23. Başvuran, itirazında ayrıca Letonya dilinin çocuğun ana dili olduğunu, Letonya’da okul öncesi aktivitelere katıldığını, Avustralya ile hiçbir bağının olmadığını ve annesinin varlığına ihtiyaç duyduğunu savunmuş, T’nin kendilerine maddi anlamda hiçbir yardımda bulunmadığını ve kötü davrandığını iddia etmiştir. Alt derece mahkemesini, T’nin suç profili, önceki mahkûmiyetleri ve kendisine yöneltilen yolsuzluk suçlamaları hakkında Avustralya makamlarından bilgi istemediği için eleştiren anne, ayrıca Avustralya’ya dönmesi halinde işsiz kalacağı ve gelirin olmayacağını iddia ederek yerel mahkemeyi iade halinde gerekli koruyucu tedbirlerini sağlamadığı için de eleştirmektedir.

24. Yerel mahkeme, başvuranın talebi üzerine 6 Ocak 2009 tarihinde, çocuğun iadesi yönündeki 19 Kasım 2008 tarihli kararın icrasının temyiz prosedürünün tamamlanması için ertelenmesine karar vermiştir. Lahey Sözleşmesi’nin önsözüne dayanan mahkeme, çocuğun üstün menfaatinin, derhal yapılacak bir iadede öncelikli olduğunu, çocuğun annesine bağlı olduğunu ve başvuran tarafından sunulan psikolojik rapora göre annesi ile bağının ani bir şekilde koparılmasının onu sarsıntıya uğratacağını kabul etmiştir.

25. Riga Bölge Mahkemesi (*Rigas Apgabaltiesa*), başvuran ve T’nin hazır buldukları bir duruşmanın ardından 26 Ocak 2009 tarihinde ilk derece mahkemesinin kararını uygun bulmuş, T’nin talebinin Lahey Sözleşmesi’ne uygun olduğunu, bu sözleşmede yer alan kısa sınırlarını ve Avustralya mahkemesi kararının tanınması için hiçbir formalite ya da analiz yapılmasının gerekmediğini belirterek kabul etmiştir. Buna ek olarak, yerel mahkemenin sunulan ilgili deliller, özellikle mektuplar ve resimler temelinde T’nin çocuğa özen gösterdiğini doğru şekilde tespit ettiğini belirtmiştir. Başvuran ve *Barintiesā*’nın çocuğun Avustralya’ya dönmesi halinde durumunun ne olacağına dair bilgi eksikliğine ilişkin gerekçelerine ilişkin olarak ise şunu ifade etmiştir.

“Yeminli ifadeye göre, Avustralya mevzuatının, diğer hususların yanı sıra, ço-

cukların güvenliği ve aile içinde kötü muameleye karşı korunmalarını sağladığı dikkate alındığında, Avustralya'daki çocuklara sunulan refah seviyesi ve sosyal korumanın kalitesinden şüphe etmek için bir neden bulunmamaktadır.”

26. Başvuranın iddialarına ilişkin olarak mahkeme şu şekilde kabulde bulunmuştur:

“Mahkeme, iddiaları destekleyen, dolaylı nitelikte de olsa hiçbir kanıt ileri sürülemediği için T'nin [kendisine karşı yürütülen ceza soruşturmaları] hapis cezasına mahkûm edildiği iddiasını reddettiği gibi anne ve çocuğuna kötü muamelede bulunduğu iddiasını da kabul etmemektedir.

16 Aralık 2008 tarihli psikolojik değerlendirme de çocuğun talepte bulunan devlete iadesine karşı delil teşkil etmemektedir. Her ne kadar çocuğun annesine ihtiyacı olduğu ve annesi ile bağının aniden koparılması ihtimalinin saf dışı bırakılması gerektiği sonucuna ulaşılmış ise de bu mahkeme önündeki sorun velayet hakkına ilişkin değildir... Lahey Sözleşmesinin 19. maddesine göre, bu sözleşme uyarınca çocuğun iadesine ilişkin verilecek bir karar her hangi bir velayet hakkının esasına ilişkin bir tespit olarak görülmemelidir.

Mahkeme, çocuğun Avustralya'ya dönüşüne ilişkin olarak bir görüş belirtmesine imkân verecek olgunluk seviyesi ya da yaşa ulaşmadığını düşünmektedir.”

27. 5 Şubat 2009 tarihinde, başvurana icra memuru tarafından, çocuğun en geç 19 Şubat 2009 tarihine kadar iadesini emreden karara uyma talimatı verilmiş, başvuran ise uymayı reddetmiştir.

28. Belirli olmayan bir tarihte, Yerel Mahkemeye çocuğun iadesine ilişkin emrin icrası için başvurmuştur. Aynı esnada başvuran tarafından altı-on iki haftalık bir süre için iade kararının icrasının ertelenmesi talebini alan mahkeme, duruşmayı 16 Nisan 2009 tarihine ertelemiştir.

29. 6 Mart 2009 tarihinde, Letonya Merkezi Makamı, T'nin talebi üzerine *Barintiesa*'dan, çocuğun yaşam koşullarını incelemesini ve T'nin, çocuğun görme yönündeki talebini başvurana iletmesini istemiştir.

30. 14 Mart 2009 tarihinde, T, başvuran ve E ile beklenmedik bir şekilde bir alışveriş merkezinin yakınında karşılaşmış, bu durumdan faydalanarak E'yi alarak Talinn'e (Estonya) geçmiş ve Avustralya yolculuğuna başlamıştır. Letonya Merkezi Makamı, Estonya'daki ilgili makamdan aldığı talebe cevaben ve T'nin Helsinki'ye uçmasına izin verme niyetiyle, 16 Mart 2009 tarihinde T'nin kızı ile birlikte Avustralya'ya dönme hakkına ilişkin bilgi sağlamıştır.

31. Bunun ardından başvuran tarafından Letonya Merkezi Makamı'na karşı, icranın ertelenmesine ilişkin talebinin amaçtan yoksun kaldığı gerekçesiyle idari soruşturma açılması amaçlı bir şikâyette bulunulmuş, bu şikâyet reddedilmiştir.

### **C. Çocuğun Dönüşü Sonrası Avustralya'daki Durum**

32. 2009 Eylül'ünde Avustralya mahkemesi velayet hakkına ilişkin önceki bütün kararları ortadan kaldırmış ve T'nin tek başına bu velayet hakkına sahip olduğuna hükmetmiştir. Başvurayı, çocuğu ya da T'yi ilgilendiren konularda herhangi bir şekilde kamuya beyanda bulunmaktan men ederken kızını sosyal çalışmacı gözetiminde görebileceğine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca başvuranın çocuk ile Letonya dilinde konuşmasını yasaklarken, diğer yandan da çocuğu on bir yaşına ulaşınca kadar başvuranın kızının gittiği herhangi bir çocuk bakım kurumu, anaokulu, okul ya da bu kurumlara kızı ile birlikte giden bir ebeveyni herhangi bir şekilde ziyaret etmesini veya iletişim kurmasını yasaklamıştır.

33. Hükûmet, Letonya basınında Ekim 2011'de yayınlanan, başvuranın kız kardeşinin beyanlarını yer aldığı bir habere atıf yaparak, başvuranın Avustralya'ya yaşamak için döndüğünü, kalacak yer bulduğunu ve bir devlet kurumunda çalıştığını belirtmiştir. Ayrıca, kızı ile düzenli olarak bağlantı içinde olduğunu, haftada iki kez bir sosyal merkezde sosyal çalışmacı gözetimi olmadan görevbildiğini eklemiştir.

## **II. İLGİLİ ULUSAL VE ULUSLARARASI HUKUK VE UYGULAMA**

### **A. 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi**

34. 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin ilgili hükümleri aşağıdaki şekildedir<sup>1</sup>:

35. Elisa Perez tarafından hazırlanan ve Lahey Özel Hukuk Konferansı (HCCH) tarafından 1982 yılında yayımlanan 1980 tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, 1980 Sözleşmesinin temelini oluşturan ilkelere dikkat çekmeyi ve bu sözleşmenin hükümlerine ilişkin uygulayıcılara ayrıntılı yorumlar sağlamayı amaçlamaktadır. Rapordan anlaşıldığına göre, kaçırılan ebeveynin kendi eylemini çocuğun götürüldüğü devlette haklı bir eylem olarak tanınması ihtimalinin önüne geçmek amacıyla Sözleşme, önleyici yönünün yanı sıra, tek taraflı ve haksız bir şekilde değiştirilen durumun tekrar kurulabilmesini müm-

---

<sup>1</sup> Kararda Sözleşme'nin tamamına yakın bir bölümüne yer verildiği için yer tasarrufu açısından söz konusu maddelerin çeviriler metne eklenmemiştir. Sözleşmenin tamamının Türkçe, İngilizce ve Fransızca metinlerine [www.uhdigm.adalet.gov.tr](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr) adresinden ulaşılabilir.



kün kılacak derhal iade kararı aracılığıyla, *status quo*'nun tesisini ayrı bir yere koymaktadır. Velayet hakkı ile uyumluluk, velayet sorununun çocuğun kaçırılmadan önceki mutad mesken devleti mahkemeleri nezdinde tartışılacak olması nedeniyle, neredeyse tamamen Sözleşme'nin kapsamı dışındadır. Lahey Sözleşmesi'nin felsefesi, çocukların gerçek menfaatlerinin yorumlayıcısı olarak hareket etmek niyetini temel alarak, uluslararası kaçırmaların artmasını engellemektir. Bu doğrultuda, önleme amacı ve derhal iade "çocuğun üstün menfaati" kavramına ilişkindir. Bununla birlikte, çocuğun kaçırılmasının, çocuğun kendisinden ya da sıkı bir şekilde bağlı olduğu çevreden kaynaklanabilecek sebeplerle haklı görülebilecek olması nedeniyle, Sözleşme devletlere derhal iadeyi sağlama genel yükümlülüğü ile ilgili bazı istisnalar tanımaktadır (paragraf 25). Çocuğun iadesinin sağlanması, Sözleşme'nin temel ilkesi olduğu için, bunu sağlama yolundaki genel yükümlülüğün istisnaları, bu yükümlülüğün kesin sınırlarını anlamada önemli bir unsur teşkil eder. Meşruiyetlerini üç değişik ilkeden alan bu istisnalar şu şekilde sıralanabilir (paragraf 27). İlk olarak, talepte bulunulan devletin makamları, başvuran kişinin fiili olarak velayet hakkını kullanmadığı veya bu kişinin davranışlarının yeni durumu kabullendiğini gösterdiği durumlarda çocuğun iadesine hükmetmekle yükümlü değildir (paragraf 28). İkinci olarak, 13. maddenin 1b ve 2. fıkraları, açıkça Sözleşme'nin sabit bir içerik verdiği, çocuğun menfaatinin göz önüne alınmasından kaynaklanan istisnaları içermektedir. Böylece, çocuğun yeni çevresindeki istikrara ilişkin yeterli güvence olmadan mutad meskeninden götürülmemesine ilişkin menfaati, önceliği, herhangi bir kişinin fiziksel ya da psikolojik tehlikeye maruz bırakılmama veya katlanılamaz bir duruma sokulmama yönündeki menfaatine vermektedir (paragraf 29). Son olarak, çocuğun iadesinin, 20. madde bağlamında "talepte bulunulan devletin insan haklarının ve temel hürriyetlerin korunmasına ilişkin ilkelerine göre izin verilemeyecek olması" halinde de çocuğun iadesine karar verme yükümlülüğü bulunmamaktadır (paragraf 31). Bu istisnaları ortaya koyan açıklayıcı rapor, takdir yetkisinin sınırlarının yargı faaliyetinin içinde olduğuna vurgu yapmaktadır.

36. 2003'te HCCH 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi kapsamında İyi Uygulama Kılavuzu II. Bölüm'ü yayımlamıştır. Her ne kadar öncelikle yeni âkit devletleri hedef almış ve özellikle yargı makamlarını bağlayıcı etkiden yoksun ise de bu belge birçok tavsiye ve açıklama getirmek suretiyle Sözleşme'nin uygulanmasını kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Kılavuz, tekrar tekrar Sözleşme'nin düzgün yorumlanabilmesi ve anlaşılabilirliği açısından Pérez-Vera Raporu olarak da bilinen Açıklayıcı Raporun önemini vurgulamaktadır (örneğin, bakınız: bölüm 3.3.2: "Dönüşüm Yaklaşımının Etkileri", bölüm 8.1: "Sözleşme Açıklayıcı Raporu: Pérez-Vera Ra-

poru”). Kılavuz diğerlerinin yanı sıra özel olarak, yargısal ve idari makamların iade başvurularını, temyiz de dâhil olmak üzere hızlı bir şekilde işleme gerçekleştirmekle yükümlü olduklarını vurgulamaktadır (Bölüm 1.5 “Hızlı Usûller”). Hızlı usûl hem süratli hem de etkili olarak görülmelidir: Sözleşme kapsamında hızlı bir şekilde karar verilmesi çocuğun üstün menfaatine hizmet etmektedir (bölüm 6.4: Dava Yönetimi). İyi Uygulama Kılavuzu, bazı âkit devletlerde iade kararlarının geç icrası ya da icra edilmemelerinin ciddi endişe kaynağı olduğunu açıklamakta ve taraf devletlere kendi iç hukuklarında çocuğun iadesine yönelik icra işlemleri için basit ve etkin usuller oluşturmalarını tavsiye ederek iadenin yalnızca hükmedilmesinin değil, fiilen gerçekleştirilmesinin gerektiğini not etmektedir (bölüm 6.7 “İcra”).

## **B. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**

37. 20 Kasım 1989 tarihinde imzalanan, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin ilgili hükümleri aşağıdaki şekildedir.

### **Önsöz**

Bu Sözleşmeye Taraf Devletler:

...

Toplumun temel birimi olan ve tüm üyelerinin ve özellikle çocukların gelişimleri ve esenlikleri için doğal ortam oluşturan ailenin toplum içinde kendisinden beklenen sorumlulukları tam olarak yerine getirebilmesi için gerekli koruma ve yardımı görmesinin zorunluluğuna inanmış olarak,

Çocuğun kişiliğinin tam ve uyumlu olarak gelişebilmesi için mutluluk, sevgi ve anlayış havasının içindeki bir aile ortamında yetişmesinin gerekliliğini kabul ederek,...

Aşağıdaki kurallar üzerinde anlaşmaya varmışlardır:

### **7. Madde**

1. Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren ... ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır.

### **9. Madde**

1. ...Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmasını güvence altına alacaklardır. ...

#### **14. Madde**

1. Taraf Devletler, çocuğun düşünce, vicdan ve din özgürlükleri hakkına saygı göstereceklerdir.

2. Taraf Devletler, ana-babanın ve gerekiyorsa yasal vasilerin; çocuğun yeteneklerinin gelişmesiyle bağdaşır biçimde haklarının kullanılmasında çocuğa yol gösterme konusundaki hak ve ödevlerine, saygı göstereceklerdir.

#### **18. Madde**

1. Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket edeceklerdir.

38. Çocuğun yüksek menfaati kavramı, 20 Kasım 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirgesi'nin ikinci ilkesinden kaynaklanmış, 1989'da Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. Maddesi 1. Fıkrasında yeniden ortaya konulmuştur:

“İster kamu isterse özel sektörün bakım kuruluşlarınca, mahkemelerce, idari ya da yasama organları tarafından gerçekleştirilsin, çocukla ilgili bütün eylemlerde çocuğun yüksek menfaati temel düşünce olacaktır.”

39. Erken çocukluk döneminde çocuk haklarının uygulanmasına ilişkin 2005/7 numaralı Genel Yorumunda, Çocuk Hakları Komitesi, taraf devletleri, küçük çocukların bu sözleşmede yer alan bütün haklara sahip olduklarını ve erken çocukluğun bu hakların gerçekleştirilebilmesi için kritik bir dönem olduğunu tanımlarını sağlamayı amaçlamıştır. Çocuğun yüksek menfaati, özel olarak Bölüm 13'te şu şekilde incelenmiştir.

“Çocuğun yüksek menfaati. Madde 3, çocuğu ilgilendiren bütün eylemlerde çocuğun yüksek menfaatinin öncelikli düşünce olması ilkesini ortaya koymaktadır. Küçük yaştaki çocuklar, göreceli olarak daha az olgun olmaları nedeniyle, esenliklerini etkileyecek kararların alınmasında, görüşlerini ve gelişen kapasitelerini göz önüne alarak haklarını ve yüksek menfaatlerini değerlendirecek ve temsil edecek sorumlu makamlara ihtiyaç duyarlar. Yüksek menfaat kavramı, Sözleşme 'de erken çocukluğa ilişkin 9. 18, 20 ve 21. maddeleri dâhil olmak üzere tekrarlar ortaya çıkmaktadır. Yüksek menfaat ilkesi, ebeveynleri ve çocuğun haklarını gerçekleştirmek adına gündelik sorumluluğa sahip diğer kişileri desteklemeye yönelik aktif eylemlere uygulandığı gibi, çocukların haklarının korunması, gelişim, hayatta kalma ve esenliklerinin teşvik edilmesine ilişkin bütün eylemlere de uygulanır.

(a) *Birey çocuğun yüksek menfaati*. Ebeveynler, profesyoneller ve çocukla ilgili sorumluluk sahibi kişiler dâhil olmak üzere, çocuğun sağlığını, eğitimini, bakımını vs. ilgilendiren bütün kararlar, çocuğun yüksek menfaati ilkesini hesaba katmalıdır.

Taraf devletler, küçük yaşta çocukların bütün yasal prosedürlerde çocuğun menfaatleri için hareket eden kişiler tarafından bireysel olarak temsil edilmeleri ve çocukların kendi görüşlerini ya da tercihlerini ifade etme imkânı olan bütün davalarda dinlenilebilmeleri için düzenlemeler yapmaya çağırılır.

40. Daha kapsamlı bir tartışma için *Neulinger ve Shuruk /İsviçre* ((GC), no: 41615/07 paragraflar 49-55, AİHM 2010/...)

### **C. Avrupa Birliği Hukuku**

41. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın ilgili hükümleri şu şekildedir.

#### **Madde 10**

#### **Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı**

Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve iletişimine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

#### **Madde 24**

#### **Çocuk Hakları**

Çocuklar kendi iyilikleri için gerekli olan bakım ve korunma hakkına sahiptir. Görüşlerini serbestçe ifade edebilirler. Bu görüşler, yaşları ve olgunlukları göz önünde tutulmak suretiyle, kendilerini ilgilendiren konularda dikkate alınır.

İster kamu isterse özel sektör kuruluşları tarafından gerçekleştirilsin, çocuğa ilişkin eylemlerde çocuğun yüksek menfaati öncelikli düşünce olmalıdır.

Her çocuk, menfaatine aykırı olmadığı müddetçe, her iki ebeveyniyle düzenli bir şekilde şahsi ilişki ve doğrudan iletişim kurma hakkına sahiptir.

...

42. 27 Kasım 2003 tarihli, Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Kararlar-da Yetki, Tanıma ve Tenfize Dair Konsey Tüzüğü (EC no: 2201/2003 – Brüksel II Bis Tüzüğü olarak bilinmektedir) ise şöyledir.

“ ...

(12) Bu Tüzükteki ebeveyn sorumluluğuna ilişkin yargı yetkisinin temelleri

özel olarak yakınlık ölçütü olmak üzere çocuğun yüksek menfaati ışığında şekillenmiştir. Bunun anlamı, çocuğun ikametinin ebeveyn sorumluluğuna ait tarafların anlaşması üzerine değiştiği bazı durumlar dışında, yargılamanın çocuğun mutlak meskeninin olduğu Üye Ülkede gerçekleşmesidir.

(13) Çocuğun menfaatine ilişkin olarak, bu Tüzük tarafından istisnai ve bazı şartlara tâbi olmak kaydıyla yargı yetkisine sahip bir mahkemenin yargılamayı davaya daha iyi bakacak olması halinde başka bir üye devletin mahkemesine aktarmasına izin verilmektedir.

...”

#### **D. İlgili Letonya Hukuku**

##### *1. Anayasa*

43. Anayasa'nın ilgili hükümleri şunlardır:

##### **Madde 89**

“Devlet, Anayasa, kanunlar ve Letonya'yı bağlayıcı nitelikteki uluslararası anlaşmalara uygun olarak temel insan haklarını tanıyacak ve koruyacaktır.

##### **Madde 110**

“Devlet, bir erkek ve kadın arasındaki birlik olan evliliği, aileyi, ebeveyn ve çocuk haklarını koruyacaktır. Devlet, engelli, anne baba bakımından yoksun veya şiddete maruz kalmış çocuklara özel destek sağlayacaktır.”

##### *2. Letonya Hukuk Usûlü Kanunu*

44. Söz konusu zamanda yürürlükte olduğu şekliyle Letonya Hukuk Usûlü Kanununun 644. bölümü çocukların sınırlardan Letonya'ya haksız bir şekilde kaçırılmasına dair hususları düzenlemektedir. Buna göre, mahkemeler, *Barintiesā*'nın ve tarafların davet edildiği bir duruşmanın ardından bu tip bir taleple ilgili olarak karar verecektir. Ayrıca, mahkemeler, kendini ifade etme kapasitesine sahip olmayan çocuğun bakış açısını da belirlemek zorundadır.

45. Mahkeme, başvuru hakkında karar verirken kendi takdirleriyle istediği delili kullanabilir ve başvurunun yapılmasından itibaren altı hafta karar verilebilmesi sağlamak amacıyla, olguları ortaya koymak için en hızlı yöntemleri ve en uygun usûli araçları kullanabilir.

46. Mahkemenin, çocuğun Letonya'ya haksız bir şekilde kaçırıldığı ya da Letonya'da haksız bir şekilde alıkonulduğunu tespit etmesi ve aşağıdaki koşullardan birinin gerçekleşmesi halinde mahkeme çocuğun ikametinin bulunduğu

devlete iadesine karar verir. Söz konusu koşullar şunlardır:

(1) ilgili kişi ya da kurumun, çocuğun nerede olduğunu tespit etmesinden itibaren başlamak üzere çocuğun Letonya'ya kaçırılması ya da alıkonulmasını takip eden sürenin bir yılı geçmemesi veya

(2) Letonya'ya kaçırılması veya alıkonulmasının üzerinden bir yıl geçmiş olsa bile çocuğun Letonya'daki hayata uyum sağlamamış olması

47. Mahkemenin, çocuğun Letonya'ya haksız bir şekilde kaçırıldığı ya da Letonya'da haksız bir şekilde alıkonulduğunu tespit etmesi ve aşağıdaki hallerden birinin söz konusu olması halinde, mahkeme çocuğun ikamet ülkesine iadesine izin vermeyebilir. Bu haller şunlardır:

(1) ilgili kişi ya da kurumun çocuğun nerede olduğunu öğrenmesi ya da öğrenebilecek duruma gelmesinin üzerinden bir yıl geçmiş ve hiç biri çocuğun ikamet ülkesine iadesi için ilgili kurum nezdinde bir başvuru yapmamışsa;

(2) çocuk Letonya'daki hayatına uyum sağlamış ve iadesi yüksek menfaatine uygun değilse.

48. Söz konusu maddeler, Lahey Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Konseyi'nin 2201/2003 sayılı Tüzüğü ile uyumlu olduğu gibi bu zamana dek uygulanabilir niteliktedir.

#### **E. 1975 tarihli Avustralya Aile Kanunu**

49. Bölüm 61B, ebeveyn sorumluluğunu, "ebeveynlerin çocuklarla ilgili olarak sahip oldukları bütün yükümlülükler, güç, sorumluluklar ve yetkiler" olarak tanımlamıştır.

50. Bölüm 61C'ye göre, 18 yaşına ulaşmamış bir çocuğun anne babasından her biri ebeveyn sorumluluğuna sahiptir. Etkisi mahkeme kararına tâbidir.

51. Lahey Sözleşmesi ile ilgili olarak, Bölüm 111B şu şekildedir:

(a) yürürlükteki bir mahkeme kararı nedeniyle anne babadan birinin çocukla ilgili ebeveyn sorumluluğuna sahip olmaması hali dışında her bir ebeveynin çocuk hakkında velayet hakkına sahip olduğunu kabul etmek gerekir,

(b) yürürlükte olan herhangi bir mahkeme kararına tâbi olmak kaydıyla; (i) bir koruyucu tedbir kararı nedeniyle çocuğun birlikte yaşamak durumunda olduğu veya (ii) bir koruyucu tedbir kararı nedeniyle çocuğa karşı ebeveynlik sorumluluğün sahip bir kişi çocuk hakkında velayet hakkına sahip olarak kabul edilmelidir ve

(c) yürürlükte olan herhangi bir mahkeme kararına tâbi olmak kaydıyla; bu

kanun ya da başka bir Avustralya kanunu nedeniyle çocuğa karşı ebeveynlik sorumluluğuna sahip ve çocuğun günlük ya da uzun vadeli bakımından, iyiliğinden ve gelişiminden sorumlu bir kişi çocuk hakkında velayet hakkına sahip olarak kabul edilmelidir ve

(d) yürürlükte olan herhangi bir mahkeme kararına tâbi olmak kaydıyla; (i) çocuğun bir koruyucu tedbir nedeniyle birlikte zaman geçirmek zorunda olduğu veya (ii) çocuğun bir koruyucu tedbir kararı nedeniyle iletişim kurmak zorunda olduğu bir kişi çocuk hakkında velayet hakkına sahip olarak kabul edilmelidir.

## HUKUK

### 1. SÖZLEŞME’NİN 8. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

52. Başvuran, Büyük Daire huzurunda, Letonya mahkemelerinin çocuğunun Avustralya’ya iadesine yönelik kararı nedeniyle Sözleşme’nin 8. maddesi bağlamında aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına yönelik bir ihlalin kurbanı olduğunu iddia etmiştir. Maddenin metni şu şekildedir:

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.

### A. 8. Maddenin Uygulanabilirliği

53. Büyük Daire, Hükûmetin, Letonya mahkemelerinin E’nin Avustralya’ya iadesine yönelik kararlarının, başvuranın Sözleşme’nin 8. Maddesi bağlamında aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale teşkil ettiği hususuna itiraz etmediklerini açık bir şekilde belirtmiş olmalarını not eder.

54. Başvuranın özel hayat ve aile hayatına saygı hakkına yapılan müdahale, ikinci fıkrasında aranan şartları taşımadığı müddetçe 8. Maddenin ihlali niteliğini taşır. Böylece, müdahalenin “kanunla öngörülen”, maddede belirtilen meşru amaçlardan birini güden ve bu amaçları gerçekleştirmek için “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığını belirlemek gerekmektedir.

## **B. Müdahalenin Haklı Olup Olmadığı**

### **1. Yasal Dayanak**

#### **a. Daire Kararı**

55. Daire, ulusal hukuk ve Lahey Sözleşmesi'nin açık bir şekilde belirttiği gibi Letonya mahkemelerinin, Lahey Sözleşmesi'nin 3. Maddesi bağlamında çocuğun götürülmesinin haksız olup olmadığını belirlenmesi için bu eylemin çocuğun kaçırmadan önceki mutlak meskeni ülkesi olan Avustralya hukukuna göre verilmiş velayet hakkının ihlali biçiminde gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmek durumunda olduklarını kabul etmiştir. Her ne kadar Avustralya mahkemeleri T'nin ebeveyn sorumluluğuna kaçırmadan sonra karar vermiş olsalar da daire Avustralya Aile Kanunu'na göre başvuran ve T'nin doğumdan itibaren birlikte ebeveyn sorumluluğuna sahip olduklarını değerlendirmiştir. Daire ayrıca başvuranın yukarıdaki kararın verildiği Avustralya'daki yargılamalara katılmasının veya bu karara karşı itiraz etmesinin engellenmediğini, ayrıca ulusal mahkemeler nezdinde T'nin baba olduğuna dair ileri sürülen kanıtlara da karşı çıkmadığını not etmiştir. Daire, Letonya mahkemesinin 19 Kasım 2008 tarihli, 26 Ocak 2009 tarihinde icra edilebilir hale gelen kararının Sözleşmenin 8. Maddesi bağlamında yasayla öngörülmüş olduğunu kabul etmiştir.

#### **b. Tarafların Beyanları**

##### *i. Başvuran*

56. Başvuran Daire'ye, ulusal mahkemelerin Lahey Sözleşmesi'ni uygulamak için hiçbir gerekçelerinin olmadığını zira kendisinin Letonya'ya geldikleri tarihte kızlarını tek ebeveyn olarak kendisinin yetiştirdiğini belirtmiştir. Büyük Daire önünde bu hususa ilişkin olarak bir beyanda bulunmamıştır.

##### *ii. Hükûmet*

57. Hükûmet, müdahalenin Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesine dayandığı için tartışmasız biçimde yasayla öngörülmüş olduğunu değerlendirmiştir.

#### **c. Mahkemenin Değerlendirmesi**

58. Mahkeme'nin yerleşmiş içtihadına göre, "yasayla öngörülmüş olma" deyimini yalnızca itiraz edilen tedbirin ulusal hukukta yasal bir dayanağı olmasını değil, ayrıca söz konusu kanunun ilgili kişi tarafından ulaşılabılır ve etkileri bakımından öngörülebilir nitelikte olmasını ifade eder. (bknz. *Amann / İsviçre* [Büyük Daire] no: 27798/95, P. 50, AİHM 2000-II; *Slivenko / Letonya* [Büyük Da-



ire] no: 48321/99, p. 100 İHM 2003 – X; ve *Kuric ve diğerleri / Slovenya* [Büyük Daire] no: 26828/06, p. 341, AİHS 2012 - ...)

59. Mahkeme, çocuğun Avustralya'ya iadesi kararının Riga Yerel Mahkemesince Letonya tarafından 1982 yılında imzalanan ve yürürlüğe giren 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi uyarınca alındığını gözlemler. Ayrıca, çocukların uluslararası nitelikte Letonya'ya kaçırılmasını düzenleyen Letonya Medeni Kanunu'nun 644. Bölümü de kendi uygulanmasını Lahey Sözleşmesi, Brüksel II Tüzüğü ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile açıkça uyumlu olması şartına bağlamıştır.

60. Başvuran, Avustralya'dan ayrıldığı tarihte kızı ile ilgili ebeveyn yetkisini tek başına kullanmakta olduğunu ileri sürmüştür.

61. Mahkeme bununla birlikte bu konunun, iade ile ilgilenen Letonya mahkemeleri tarafından açıkça incelendiğini not eder. Bu mahkemeler, yorumlama ya da değiştirme yetkisine sahip olmadıklarını belirttikleri Avustralya Aile Mahkemesi'nin 6 Kasım 2008 tarihli T'nin çocuğun doğumundan itibaren ortak ebeveyn sorumluluğuna sahip olduğunu teyit eden kararını uygulamışlardır. Sonuç olarak, hem Bölge mahkemesi hem de Riga yerel mahkemesi T'nin başvurusunun bu bağlamda Lahey Sözleşmesi ile uyumlu kabul etmişlerdir.

62. Dahası Mahkeme, çocuğun götürülmesinin Lahey Sözleşmesi'nin 3. Maddesi bağlamında haksız olup olmadığı kararının kendisine ait olmadığını düşünmektedir. Esasında, ulusal mahkemelerce yapılan fiili ya da hukuki hatalarla uğraşmak, bu hatalar Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlükleri ihlal etmesi dışında, Mahkeme'nin işlevine girmemektedir (bknz. *Garcia Ruiz / İspanya*, [Büyük Daire]no: 30544/96 p. 28EHCR 1999-I): ulusal mevzuatı, uluslararası genel kuralları ve sözleşmelerin yorumlanması ve uygulanmasına yönelik problemleri çözmek yerel mahkemelerin görevidir (bknz. *Maumousseau ve Washington / Fransa*, no: 39388/05 p. 79, 6 Aralık 2007 ve *Neulinger and Shuruk*, p.100). Halihazırdaki davada başvuran, Avustralya'dan ayrıldığı tarihte T'nin baba olduğu ve ortak ebeveyn sorumluluğuna sahip olduğuna ilişkin Avustralya mahkemesi kararına, ki bu Lahey Sözleşmesinin uygulanması için ön koşuldur, itiraz etmek için mevcut hukuki yolları kullanmamasının yanı sıra kendisi için Avustralya mahkemesinin kararına itiraz etmesi imkânının olmadığı ya da yerel mahkemelerin bu konuda ne tür hata yaptıklarını da ortaya koymamıştır.

63. Sonuç olarak Mahkeme itiraz edilen müdahalenin Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında yasayla öngörülmüş olduğunu düşünmektedir.

## 2. Meşru Amaç

### a. Daire Kararı

64. Daire, müdahalenin, Sözleşmenin 8/2 maddesinde meşru bir amaç olarak öngörüldüğü üzere, T'nin ve çocuğun haklarını korumayı amaçladığını düşünmüştür.

### b. Tarafların İddiaları

#### i. Başvuran

65. Başvuran bu konuya ilişkin bir düşünce ifade etmemiştir.

#### ii. Hükûmet

66. Hükûmete göre, müdahale, T ve çocuğun özgürlükleri ve haklarını koruma şeklinde meşru bir amaç gütmüştür.

### c. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

67. Mahkeme, Daire'nin, taraflarca da tartışma konusu yapılmayan, müdahalenin T ve E'nin hak ve özgürlüklerini koruma şeklinde meşru bir amaca yöneldiği düşüncesini kabul etmektedir.

## 3. Müdahalenin Demokratik Toplumda Gerekliliği

### a. Daire Kararı

68. Müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığına ilişkin olarak, Daire, bir yandan, madde 13(b) bağlamında ağır riskin mevcut olup olmadığını belirleme konusunda yerel makamlarının yerini almak gibi bir görevinin olmadığını not ederken bir yandan da *Neulinger ve Shuruk* kararında ortaya koyduğu ilkeler ışığında, mahkemelerin Lahey Sözleşmesini uygularken 8. maddenin gerekliliklerini yerine getirip getirmediğini değerlendirmesi gerektiğini kabul etmiştir. Daire ilk olarak dikkatini ilk derece mahkemesi yargılamasının ardından annenin isteği ile alınan psikolog raporuna vermiş ve Bölge Mahkemesi çocuğun velayetine ilişkin olduğu ve korumanın Avustralya hukukuna göre gerçekleşeceği gerekçesiyle bu raporu reddetmiştir. Daire'nin görüşüne göre, her ne kadar çocuğun ifadesine başvurulmaması bir sorun teşkil etmese de Bölge Mahkemesi bununla birlikte psikolojik değerlendirme sonuçlarını ve Barintiesia tarafından ortaya konan itirazları incelemek durumundaydı. Dahası, mahkemenin kendisini ayrıca bir psikolojik rapor almasını engelleyen bir durum da mevcut değildi.

69. Daire ayrıca mahkemelerin, özellikle çocuğun Avustralya’da maddi açıdan iyi durumda olması başta olma üzere iadenin çocuk için en iyi koşullarda gerçekleşmesini temin edecek başka yeterli garantilerin ve başvuranın kızını izleyebilmesi ve onunla iletişimini koruyabilmesi imkânının mevcut olup olmadığını değerlendirmiş olmaları gerektiğini belirtmiştir.

70. Letonya mahkemelerinin bu davadaki kararının Letonya’daki diğer Lahey Sözleşmesi davaları (bknz. *Sneerson ve Campanella* no: 14737/09 p. 94 12.07.2011) ile tezat oluşturduğunu gözlemleyen, Hükûmetin başvuranın işbirliği yapmadığı yönündeki iddiasını reddeden ve kararın travmatik bir şekilde icra edildiğini not eden Daire, Letonya mahkemelerinin yaklaşımının bütün aile halinin derinlemesine bir analizini ve olaydaki bütün faktörleri içermediğini belirleyerek müdahalenin 8. madde bağlamında orantısız olduğu sonucuna varmıştır.

## **b. Tarafların İddiaları**

### *i. Başvuran*

71. Daire kararının yerel makamlara çocuğun yüksek menfaatinin belirlenmesi açısından yardımcı olabilecek örnek bir metin olduğu düşüncesinde olan başvuran, Daire tarafından yerel mahkemelerce incelenen bütün belgelere ulaşamamış olduğu için davayı Büyük Daire’ye götürmek zorunda kaldıklarını belirten hükûmete karşılık, bu belgeleri Daire’ye sunma görevinin kendilerinde olduğunu not etmiştir. Devamla, çocuğun yüksek menfaatinin yerel makamların amacı olmadığını ve psikolojik raporun bu menfaatin belirlenebilmesi için tek yol olduğunu, bununla birlikte ulusal mahkemelerin kendisi tarafından sunulan psikolojik raporu reddettiğini, bunun da Uluslararası Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 12. maddesini (ilgili kurum tarafından çocuğun doğrudan ya da bir temsilci tarafından dinlenilmesi) ihlal ettiğini iddia etmiştir. Başvuran, çocuğun “yüksek menfaatinin” belirlenmesinde dikkatin genel olarak çocuğun şartlarına ve çocuğa bakması muhtemel kişilerin kapasiteleri ve şartlarına verilmiş olduğunu, çocuğun güvenliği ve iyiliğinin başlıca mesele olduğunu vurgulamıştır.

72. Başvuran, Mahkeme’ye başvurmasındaki amacının ulusal mahkemelerin 1980 Lahey Sözleşmesi’ne ilişkin birçok davadaki pozisyonunu sorgulamak ve çocuğun yüksek menfaatinin sağlanması gerekliliğini ortaya koymak olduğunu eklemiştir.

### *ii. Hükûmet*

73. Hükûmet, özellikle menfaatlerini korumalarına imkân sağlayacak ölçüde ebeveynlerin karar alma sürecine katılımlarını sağlamak (*Josub Caras p. 41*), La-

hey Sözleşmesi'nin 7. Maddesinde belirtildiği üzere çocuklara ve taraflara daha fazla zarar gelmesini önlemek (*aynı karar*, p. 34 ve *Ignaccolo – Zenide / Roman-ya no: 31679 p.99 25.01.2000*) kararın icrası da dâhil olmak üzere kaçırılan bir çocuğa ilişkin davaların acele şekilde ele alınmasını sağlamak (*Carslson / İdviçre no: 49492 p. 69 6.11.2008*) ve Lahey Sözleşmesi'nin 11. maddesinde öngörülen altı haftalık süreyi geçiren ve talepte bulunan konumundaki ebeveyn yardım etmek (*aynı karar* p.55) gibi hususlar başta olmak üzere Mahkeme'mim ulusal makamlara bir dizi yükümlülük yüklediğini belirtmiştir.

74. Bu ilkelerin her iki ebeveynin ve çocuğun menfaati arasında en geniş ölçüde bir denge oluşturacak şekilde uygulanması gerektiği düşüncesinde olan Hükûmet bununla birlikte, tarafların diğerinden farklı bir tanıma sahip olması nedeniyle tarafların ve özellikle çocuğun yüksek menfaatinin korunmasına her zaman izin vermeyen uluslararası çocuk kaçırma olaylarında ulusal makamların görevinin zorluğunu ifade etmiş ve çocuk kaçırma ile velayet davası arasında yapılması gereken ayrıma vurgu yapmışlardır.

75. Hükûmet, ulusal makamların bu ilkeleri olaylara uygulama esnasında takdir yetkisine sahip oldukları ve ilk derece mahkemesi konumunda olmayan Mahkeme'nin görevinin ulusal yargılama sürecinin her bir detayını incelemek değil yargılamanın bütünüyle ilgili kişilere menfaatlerinin korunmasına ilişkin gerekli korumayı sağlayıp sağlamadığını gözden geçirmek olduğu düşüncesindedir (*Dimante ve Pelliccioni / San Marino no: 32250/08 p. 187 27.09.2011.*) Sonuç olarak, yalnızca hataların davanın sonucunda belirleyici olması halinde bunun aksi düşünülebilecektir (*Broka / Letonya no: 70926/01 pp.25-26, 28.07.2007*).

76. Mevcut davada, Hükûmet, ulusal mahkemelerin yukarıdaki ilkelere uyduğu ve "bütün aile şartları ve tüm faktörlere" ilişkin derinlemesine bir analiz yaptığı görüşündedir (*Neulinger ve Shuruk p. 139*) fakat bütün aile durumunun incelenmesi olaya, ilk bakıştaki endişelerin veya en azından makul şüphelerin mevcut olup olmadığına göre değişecektir. Dahası, çocuğun yüksek menfaatinin hızlı yargılamayı gerektirdiği olgusuna ek olarak, 13 (b) maddesinde yer verilen riskin "ağır" olması da gerekmektedir.

77. Hükûmet, Avustralya makamları tarafından Letonya makamlarına 15 Eylül 2008 tarihinde iletilen başvurunun, T'nin ortak çocuk hakkında ebeveyn sorumluluğuna sahip olduğunu belgelendirdiğini ve başvuranın iddialarını aksine 6 Kasım 2008 tarihli kararın bu hakkı T'ye vermediğini fakat kızın Avustralya'dan gitmesi zamanında bu hakkın mevcut olduğunu teyit ettiğini ifade etmiştir. Hem Avustralya hem de Letonya makamları T'nin ebeveyn yetkilerini etkin şekilde

kullandığını, T'nin çocuğun biyolojik babası olduğunu kabule yeterli gerekçelerin mevcut olduğunu ve başvuranın kendi lehine avantaj yaratmak için yetkili makamlara yalan beyanda bulunduğunu tespit etmiştir.

78. Hükûmet, psikolojik raporun başvuranın talebi üzerine özel bir şekilde düzenlendiğini ve *Barintiesa*'nın yargısal bir kurum olmadığını, söz konusu raporun ve *Barintiesa*'nın değerlendirmelerinin reddine rağmen mahkemelerin erişebildiği deliller ışığında aile durumunu incelediğini, bunun mahkemelerin yargılama yetkilerine ait olduğunu ve Mahkeme'nin içtihadında bu yetkiyi tartışma konusu yapacak bir hususun olmadığını işaret etmiştir. Letonya mahkemeleri, başvuranın kızı ile birlikte Avustralya'dan gitmelerinin yalnızca T ile aralarındaki kişisel anlaşmazlıklardan kaynaklandığını ve dönüş halinde çocuğa yönelik olarak görünürde bir zarar tehlikesinin bulunmadığını belirlemiş olduklarını belirten Hükûmet, Letonya makamlarının Lahey Sözleşmesi'ni Sözleşme'nin 8. Maddesinde yer alan ilkeleri göz ardı ederek otomatik ya da mekanik bir şekilde uygulamadığını ifade etmiştir.

79. Hükûmet, bir davanın şartlarının anlaşılmasında, "bütün ilgililer arasındaki anlaşma ve işbirliğinin" daima önemli hususlar olduğunu vurgulamakta (*Maumousseau ve Washington / Fransa*, p. 83 ve *Neulinger ve Shuruk* p. 140), buna rağmen başvuranın Avustralya mahkemelerindeki yargılamaya katılma yönündeki daveti görmezden gelme, *Barintiesa* yetkililerinin kendisi ve çocuğunun Letonya'daki yaşam şartlarını değerlendirmesine engele olma, T ile kızı arasındaki iletişimi engelleme ve yargılama süresince T'ye karşı aşırı saldırgan tavır sergileme şeklindeki davranışları sonucu Avustralya ve Letonya makamları ile işbirliği göstermediğini düşünmektedir.

80. Hükûmet ayrıca, başvuranın Letonya'da yalnızca beş ay geçirdiği göz önüne alınacak olursa mahkemelerin çocuğun yeni ortamına uyum sağladığı meselesini reddetmelerinin doğru olduğunu düşünmektedir.

81. Hükûmet, çocuğun babasına değil Avustralya'ya iadesine hükmedildiğini, bunun da, Mahkeme tarafından da benimsendiği üzere iade ve velayet hakkı konusunda açık bir ayırım teşkil ettiğini not etmiştir (*M.R. ve L.R / Estonya* no: 13420/12 pp. 47-48, 15 Mayıs 2012 ve *Tarkhova / Ukrayna* no: 8984/11 6 Eylül 2011). Her halükarda, T'nin finansal durumu kızına bakmasına engel olacak derecede değildir.

82. Hükûmet, başvuranın çocuk ile ilişkisi ve bu ilişkinin iade halinde zayıflaması riski ile Lahey Sözleşmesi'nin 13(b) maddesi bağlamında çocuğun temel menfaatlerinin riske edilmesi arasında ayırım yapılması gerektiğini vurgulamış-

tır. Bir Avustralya vatandaşı olarak başvuran, Avustralya'ya dönse idi, *Neulinger ve Shrunck* davasının aksine, aşılamayacak güçlükler ile karşılaşmayacak, zira bütün temel haklardan yararlanacaktı. Davada, hem anne hem de çocuk Avustralya vatandaşlığına sahipti. Dahası, iadeden beri çalıştığı dikkate alınacak olursa anne işgücü piyasasına ve sosyal yardımlara erişebilmekteydi. Başvuran işbirliği yapmaz ve saldırgan bir tutum sergilerken, T'nin tarafından otoritenin kötüye kullanılması ya da şiddet öyküsü bulunmamaktaydı. Son olarak, hükûmet Avustralya makamları tarafından alınan karar nedeniyle kendilerinin sorumlu tutulmayacağı hususuna Mahkemenin dikkatini çekmiştir (*M.R ve L.R.* davasına atıfta bulunmuştur).

### c. Üçüncü Taraf Müdahaleleri

#### i. Finlandiya Hükûmeti

83. Hükûmet, 1980 Lahey Sözleşmesi'nin, çocuğun yüksek menfaati üzerine inşa edildiğini ve bir yandan iadenin reddi için gerekçeleri ortaya koyarken çocuğu kaçırmanın zararlı etkilerinden korumayı amaçladığını belirtmiş, Avrupa Birliği bünyesinde uygulama alanı bulan Brüksel II Tüzüğü'nün, 11. Maddesinin çocuğun iadesine ilişkin istisnaları daha da sınırlandırarak AB üyesi ilkelerin Lahey Sözleşmesi'nin etkinliğinin çocuğun yüksek menfaatine hizmet ettiğine dair görüşlerini yansıttığına vurgu yapmış, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne de atıfta bulunmuştur.

84. Eldeki davayla ilgili olarak özellikle çocuğun iadesi ile ilgili karar veren ulusal mahkemelerin, Daire'nin kararında gerekli gördüğü, "bütün aile durumunun derinlemesine bir analizini yapma" yükümlülüğünün, çocuğun yerleşim yeri ya da velayetine ilişkin kararları verme yetkisinin çocuğun mutlak meskeni mahkemesinin yetkisinde olduğunu öngören Lahey Sözleşmesi ile çelişki teşkil ettiğini düşüncesindedirler.

85. Dahası, ulusal mahkemelerin çocuğun yüksek menfaatlerini değerlendirme konusunda en iyi konumda olduğu, Mahkemenin, bunların yerlerini alması değil, ancak 8. Maddenin gereklerinin yerine getirilip getirilmediğini kontrol etmesi gerektiği, söz konusu "derinlemesine analiz" gerekli kılınmasının nihai aşamada velayet davası ile iade prosedürü arasındaki farkı ortadan kaldıracığı, bunun da Lahey Sözleşmesi'nin anlamına engel olacağını ve Lahey Sözleşmesi'nin 12.13 ve 20. Maddelerinde çocuğun iadesine ilişkin istisnalara yer verildiğini belirtmişlerdir.

86. Daire kararına göre ulusal mahkemelerin yeterince önem vermediği psikolojik raporla ilgili olarak, Hükûmete göre bu rapor Lahey Sözleşmesi'nin 13.

Maddesi bağlamında iade halinde ağır bir riskin mevcudiyetini göstermek amacıyla sunulmuştur. Temyiz Mahkemesi, Lahey Sözleşmesi tarafından izin verildiği şekilde ve amacıyla uyumlu bir şekilde takdir yetkisinin sınırları dâhilinde, temelsiz bulunduğu bu iddiaları reddetmiştir. Bu düşünceler ışığında ve Daire kararındaki hâkimler Myjer ve Lopez Guerra'nın muhalefet şerhlerine atf yapmak suretiyle Finlandiya Hükûmeti davada Sözleşme'nin 8. Maddesinin ihlal edilmediği görüşünü taşımaktadır.

*ii. Çek Cumhuriyeti Hükûmeti*

87. Büyük Daire'nin vereceği kararın yalnızca savunma yapan devlet ve Sözleşme sistemi için değil, aynı zamanda Lahey Sözleşmesi'nin işleyişi ve Avrupa kıtası dışındaki ülkeler için de büyük önem arz ettiği düşüncesinde olan Hükûmet, Lahey Sözleşmesi'nin, kaçırmanın hem çocuk hem de kaçırmadan yakınan ebeveyn açısından ciddi sonuçları göz önüne alındığında düzgün bir prosedür ortaya koyduğu düşüncesini belirtmiştir. Kaçırmanın zararlı etkilerine engel olmak için hızlı usûller ve çabuk iade gereklidir ve Lahey Sözleşmesi haksız kaçırmadan önce mevcut bulunan 'status quo' nun tesisinin söz konusu hakların korunması için en iyi başlangıç noktası olduğu varsayımına dayanmaktadır. Aynı anlayışla, Avrupa Birliği bünyesinde uygulanabilir olan Brüksel II Tüzüğü'ne de atf yapılmıştır.

88. Hükûmet ayrıca Lahey Sözleşmesi'nin velayet hususunu çocuğun mutlak meskeni mahkemelerine bıraktığını ve iadenin reddinin çocuğa yönelik ağır risk durumunda öngörüldüğünü, Mahkeme'nin bu alandaki içtihadının gelişiminin, ana hususlarının gösterdiği kadarıyla, *ikincillik*<sup>2</sup> ilkesinin altını oyduğunu ve Lahey Sözleşmesi ile güdülen amaçlarla karşıtlık içerdiğini belirtmiştir. "Bütün aile durumunun derinlemesine bir analizi" velayet konusunun incelenmesi anlamına gelmekte, bu da işlemleri yavaşlatabilmekte, çocuğun işlemler sırasında beyanının alındığı zamanın geçmesi uzamaktadır. İlave olarak, temel adalet, kısa bir süre içinde, çocuğun iadesi halinde ağır riskin mevcudiyetini kanıtlamakla yükümlü olan kaçırın tarafın velayet konusunda karar verilmesi için kendi seçtiği ülke mahkemelerine başvurmaktansa herhangi bir usulü avantajdan yoksun kalmasını gerektirmektedir.

89. Çek Cumhuriyeti Hükûmeti özellikle Lahey Sözleşmesi'nin gerektirdiği hız ve Mahkeme'nin içtihadında delillere ilişkin aranan yüksek standart arasında bir çelişki olduğunu belirtmiş, çocuğun yüksek menfaatinin belirlenmesinin, çocu-

---

<sup>2</sup> "Subsidiarity" kelimesinin karşılığı olaak kullanılmıştır. Söz konusu terimin Türkçe karşılığı olarak "yerindenlik" ya da "yetki ikamesi" deyimleri de kullanılmaktadır.

ğun götürüldüğü ülke mahkemelerinde iade prosedürü esnasında ya da çocuğun mutata meskeni ülkesinde velayete ilişkin dava sırasında gerçekleşmesine bağlı olarak önemli bir şekilde değişiklik gösterdiğini ifade etmiştir. Sözleşme ve Lahey Sözleşmesi'ne birlikte taraf olan devletlerin bu iki metinden de kaynaklanan yükümlülüklerine riayet etme zorunlulukları göz önüne alındığında, bu ikisini uzlaştıracak tutarlı bir yorum gerekmektedir. Brüksel II Tüzüğü'nün Lahey Sözleşmesi'nden de daha dar olduğunu da not etmek gerekmektedir. Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı Daimi Bürosu tarafından oluşturulan veri tabanı (INCADAT) ulusal mahkemenin Lahey Sözleşmesi'ni, amacı ile uyumlu olarak dar bir şekilde uyguladığını göstermektedir. İkincilik ilkesine dönüşü savunan Çek Cumhuriyeti Hükûmeti, Büyük Daire'yi Daire kararını bozmaya ve iadeye karar veren mahkeme tarafından aile durumunun incelenmesine sınır getirmeye davet etmiştir.

*iii. Reunite International Child Abduction Centre ("Reunite")*

90. Bazı istisnalar haricinde çocuğun derhal iadesinin onun yüksek menfaatine hizmet ettiği varsayımını temel alan Lahey Sözleşmesi'nin, sınır ötesi haksız kaçırmaya konu çocukların haklarını korumayı amaçladığını belirten *Reunite*, Mahkeme'nin *Maumousseau ve Washington* (p.69) kararında Lahey Sözleşmesi'nin amaç ve hedeflerine ilişkin yaptığı özeti desteklemiş ve uluslararası çocuk kaçırmaya karşı devasa bir başarı sergileyen Lahey Sözleşmesi'nin yetişkinleri değil çocukları korumayı hedeflediğini, çocuğun hızlıca iadesine sınırlı sayıda istisna getirdiğini ve çocuğun uzun vadeli iyiliğine ilişkin hususları mutata mesken mahkemelerine bıraktığını ifade ederek, mutata mesken mahkemelerinin, iadeyi incelerken Lahey Sözleşmesi ile çizilen çerçeveye sınırlı bir incelemenin ardından bir karar vermekle yükümlü olan çocuğun kaçırıldığı ülke mahkemelerinin aksine, durumun, çocuğun menfaatlerine ilişkin olarak derinlemesine bir analizini yapmakla yükümlü olduklarını belirtmiştir.

91. *Reunite*, Mahkeme'nin içtihadında Lahey Sözleşmesi'nin düzgün işlemesine ilişkin bazı etmenleri tanımladığı gözleminde bulunurken, son gelişmelerin mahkemelerin çocuğun iadesine ilişkin istisnaları belirlerken daha geniş kapsamlı inceleme yapması yönünde olduğunu belirtmiş ve bu nedenle Mahkeme'yi, Lahey Sözleşmesi bağlamında "bütün aile durumunun derinlemesine analizi" sorununu açığa kavuşturmaya ve bunun yalnızca iadenin Sözleşme ile uyumluluğuna ilişkin olduğunu ve mutata mesken mahkemelerinin münhasıran sahip oldukları esasa ilişkin karar verme yetkisini tartışma konusu yapmadığını açıkça belirlemeye davet etmiştir.



#### **d. Mahkeme'nin değerlendirmesi**

##### *i. Genel İlkeler*

92. Mahkeme, yakın tarihli *Nada / İsviçre* kararında da (BD no: 10593/08 p. 167, 12 Eylül 2012) dikkat çektiği ve davayı incelemesinde kendisine rehberlik edecek aşağıdaki bazı ilkeleri başlangıçta vurgulamanın doğru olduğu düşüncesindedir.

“168. Yerleşmiş içtihadı göre, ister ulusal hukukunun gereği isterse uluslararası hukuki yükümlülükler uyma gerekliliğinden kaynaklansın, Âkit Bir Devlet Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca organlarının bütün eylem ve ihmallerinden sorumludur. 1. madde, ilgili kuralın niteliğine ilişkin bir ayırım yapmamakta ve Taraf Devletin yargı yetkisinin hiçbir bölümünü Sözleşme'nin denetimi dışına çıkarmamaktadır (bknz. *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* p. 153 ve *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri /Türkiye*, 30.01.1998, p. 29). Sözleşme'nin bir Devlet tarafından yürürlüğe girmesini müteakip o Devlet bakımından geçerlilik kazanan antlaşma taahhütleri Sözleşme'nin amaçları bağlamında sorumluluğa yol açabilecektir (bknz. *Al Saadon ve Mufdhi /Birleşik Krallık* no: 61498/08, p. 128, ECHR 2010 ve *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* p. 154).

169. Dahası, Mahkeme Sözleşme'nin izole bir şekilde değil, uluslararası hukukun genel ilkeleri ile uyumu bir biçimde yorumlanması gerektiğinin altını çizerek. 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31/3-c maddesinde belirtildiği gibi, “ taraflar arasındaki ilişkide uygulanabilir ilgili her uluslararası hukuk kuralı” ve özel olarak insan haklarının uluslararası korunmasına ilişkin kurallar hesaba katılmalıdır (bknz. ör: *Neulinger ve Shuruk /İsviçre*, *Al Adsani / Birleşik Krallık*, *Golder / Birleşik Krallık*).

170. Devletlerin, yeni uluslararası hukuk kuralları yaratırken önceki yükümlülüklerine aykırı davranmayacakları varsayılır. Birbirleriyle çelişkili oldukları görüntüsünü veren enstrümanlar aynı anda uygulanabilir olduklarında, uluslararası içtihat hukuku ve akademik görüş bunların etkilerini koordine etmeye ve aralarında uyumsuzluk olmamasına çabalamaktadır. Bu nedenle, birbirinden farklı iki taahhüt, mevcut hukuk ile tamamen uyumlu sonuçlar üretmeleri için mümkün olduğu kadar uyumlulaştırılmalıdır. (bknz. *Al/Saadoon ve Mufdhi* p.126; *Al-Adsani p.55 ve Bankoviç* , pp.55-57. Ayrıca ILC çalışma grubunun “Uluslararası Hukukun Bölünmesi, Uluslararası Hukukun Çeşitlilik Kazanması ve Genişlenmesinden Kaynaklanan Zorluklar” isimli rapordaki atıflara bakılabilir.)

93. Özellikle Sözleşme ve 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi arasındaki ilişki sorunu ile ilgili olarak, uluslararası çocuk kaçırma hakkında Sözleşme'nin 8. maddesince Âkit Devletlere getirilen yükümlülüklerin Lahey Sözleşmesi'nin (*Ignacoolo – Zenide* p. 95; *Iglesias Gil ve A.U.I / İspanya* no: 56673/00 p. 51 AİHM 2003-V ve *Maumousseau ve Washington* p. 60) ve 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin yükümlülükleri ile (*Maire* p.72; *Maoumousseau ve Washington* ve *Neulinger ve Shuruk* p.132) Âkit Devletler arasındaki ilişkilerde uygulanabilir olan uluslararası hukukun temel ilkeleri ve kuralları (Demir ve Baykara / Türkiye BD no: 34503/97 İAİHS 2008- ...) ışığında yorumlanması gerektiğinin altını çizer.

94. Bu yaklaşım, huzurdaki dosya özelinde çocuk ve ebeveynlerin haklarını korumayı amaçlayan Sözleşme ile Lahey Sözleşmesi arasında olmak üzere uluslararası enstrümanların birlikte ve uyumlu bir biçimde uygulanmasını içermektedir. Mahkeme'nin, Sözleşme'nin hükümlerini sağladığı garantileri etkin ve uygulanabilir kılacak şekilde yorumlamak suretiyle Yüksek Âkit Devletlerin yüklenilen taahhütlere uyulmasını sağlamak" (diğerleri yanında bknz. *Loizidou/ Türkiye* 23 Mart 1995, p.93 Seri A No:310) suretiyle görevini tamamıyla yerine getirebileceği göz önüne alındığında, uluslararası hükümlere ilişkin bu tarz bir düşüncenin farklı antlaşmalar arasında çatışmaya yol açmaması gerekir (bknz. özellikle *Artico/İtalya* 13 Mayıs 1980 p.33 Seri A No:37 ve *Nada* p.182) .

95. Belirleyici olan husus, çocuğun yüksek menfaatinin öncelikli düşünce olması gerektiği ve önleme ve hemen iade amaçlarının özel bir "çocuğun yüksek menfaati" kavramına işaret ettiği göz önüne alındığında, söz konusu – çocuğun, ebeveynlerin ve kamu düzeninin – menfaatleri arasında bulunması gereken adil dengenin, Devletlere bu konularda tanınan takdir yetkisinin sınırları arasında kalıp kalmadığıdır (*Maumousseau ve Washington*, p. 62).

96. Mahkeme, çocukları ilgilendiren bütün kararlarda, çocuğun yüksek menfaatlerinin başlıca husus olması gerektiği yönünde uluslararası hukuk da dâhil olmak üzere geniş bir uzlaşa olduğunu vurgular (bknz. yukarıdaki 37 ve 39. paragraflar).

97. Aynı felsefe, bu menfaati haksız kaçırmanın mevcudiyeti halinde çocuğun mutlak meskeni ülkesine derhal iadesini emreden bir karar aracılığıyla "status quo"nun yeniden tesisi ile ilişkilendirirken bir diğer taraftan da iadenin reddinin bazen çocuğun menfaatine ilişkin nesnel nedenlerle haklı görülebileceğini kabul eden Lahey Sözleşmesi'nde de mevcuttur. Bu durum, çocuğun iadesinin ona ağır bir psikolojik ya da fiziksel zarar vereceği ya da tahammül edilemez bir

duruma sokacağına ilişkin ağır risk (Madde 13/b) başta olmak üzere istisnaların da neden var olduğunu açıklamaktadır. Mahkeme, Avrupa Birliği'nin de karşılıklı güvene dayalı ve yalnızca AB üye ülkeleri açısından geçerli olan bir sistem çerçevesinde aynı felsefeyi taşıdığını da not etmektedir. Çocuk kaçırmaya ilişkin kuralları Lahey Sözleşmesini tamamlar nitelikteki Brüksel II Bis. Tüzüğü'nde girişinde aynı şekilde çocuğun yüksek menfaatlerine atıfta bulunmaktadır (Bknz. yukarıda p. 42). Ayrıca, Temel Haklar Şartı'nın 24/2. maddesi de çocuklara ilişkin her türlü eylemde çocuğun yüksek menfaatlerinin öncelikli düşünce olması gerektiğini vurgulamaktadır (bknz. yukarıda p. 41).

98. Dolayısıyla, düzenlenen istisnalar göz önüne alındığında, yalnızca Sözleşme'nin 8. maddesinden değil, Lahey Sözleşmesinden de iade kararının otomatik ya da mekanik bir şekilde verilemeyeceği sonucu doğrudan ortaya çıkmaktadır (bknz. *Maumousseau ve Washington*, yukarıda p. 72, ve *Neulinger ve Shuruk*, yukarıda p. 83).

99. Mahkeme'nin, *Neulinger ve Shuruk* kararında altını çizdiği gibi, Devletlere bu bağlamda yüklenen yükümlülükler *Maumousseau ve Washington* kararında belirtilmiştir.

100. Çocuğun yüksek menfaati, çocuğun bireysel kişiliği, arka plan ve özel durumlarına ilişkin çeşitli ortak ölçütlere göre ortak olmadıkları sürece anne babanın menfaatleri ile örtüşmez. Bununla birlikte, bu menfaatler, mahkemenin, Lahey Sözleşmesinin amacına uygun olarak bir iade talebini görüşmesine ya da Lahey Sözleşmesi'nin amacına ilişkin olmayan şekilde velayete ilişkin bir talebin esasına yönelik bir karar vermesine bağlı olmaksızın birebir aynı şekilde değerlendirilemez (Madde 16, 17 ve 19; ayrıca bakınız p. 35).

101. Dolayısıyla, velayet davalarından farklı olan Lahey Sözleşmesi kapsamında yapılan bir iade başvurusu bağlamında çocuğun yüksek menfaati kavramının Lahey Sözleşmesi'nde yer verilen, zamanın geçmesi (Madde 12), Sözleşmenin uygulanma şartları (Madde 12 (a)), ağır riskin varlığı (Madde 13 (b)) ve talepte bulunulan Devletin insan hakları ve temel hürriyetlerin korunmasına ilişkin temel ilkelerini (Madde 20) içeren Lahey Sözleşmesi'nde yer alan istisnaların ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu görev, ilgili taraflarla doğrudan temas kurabilme imkânına sahip olan ilk derece ulusal makamlara aittir. Ulusal mahkemeler, 8. madde kapsamındaki görevlerini yerine getirirken takdir hakkına sahiptirler. Bununla birlikte bu takdir hakkının kullanılması Mahkeme tarafından Sözleşme uyarınca Avrupa denetlemesine tâbidir (bknz. *mutatis mutandis*, *Hokkanen v. Finland*, 23 Eylül 1994, p. 55, Series Ano:299-A; ve ayrıca

*Maumousseau ve Washington*, yukarıda , p. 62i ve *Neulinger ve Shuruk*, yukarıda p.141).

102. Mahkeme özellikle bu inceleme bağlamında kendi değerlendirmesinin ulusal mahkemelerin değerlendirmelerinin yerine geçmesini önermediğinin altını çizmektedir (bknz. örneğin, *Hokkanen v. Finland* ve t *K. Ve T. / Finland* BD no: 25702/94, p. 154, ECHR 2001-VII). Bununla birlikte, Mahkeme itiraz edilen tedbire ilişkin karar verme sürecinin adil olduğu ve ilgililerin davalarını tam olarak sunmalarına imkân verildiği ve çocuğun yüksek menfaatinin savunulduğu hususlarında tatmin olmak da zorundadır (*Eskinazi ve Chelouche / Turkey, Maumousseau ve Washington, Neulinger ve Shuruk*).

103. Bu bağlamda, Mahkeme özellikle bütün aile durumunun her bir davanın şartlarına göre incelenmesi gerektiğini düşünmektedir (p. 75). Müdahil üçüncü taraflar, kendileri açısından bütün aile durumunun (*Neulinger ve Shuruk*) derinlemesine incelenmesinin Lahey Sözleşmesi ile çeliştiğini (bknz. yukarıda p.84 ve 88) belirtmiş, Mahkeme'den bu sorunu aydınlatmasını ve çocuğun iadesi ile ilgili karar veren mahkeme tarafından bütün aile durumuna ilişkin yapılacak incelemeye sınır getirmesini talep etmişlerdir (bknz. yukarıda p. 89).

104. Mahkeme, bu noktada, daha sonra verilen birçok kararın (bknz. diğerlerinin yanında; *Raban/Romania, Sneersone ve Campanella M.R ve L.R*) atf yaptığı Büyük Daire kararının, (*Neulinger ve Shuruk*) ulusal mahkemelerin bütün aile durumuna ilişkin derinlemesine bir analiz yapmak ve bütün faktörleri incelemekle yükümlü olduklarına önerir şekilde okunabileceğini ve aslında bu şekilde okunmakta olduğunu gözlemler. Söz konusu ifade şekli ulusal mahkemeler tarafından bu şekilde bir derinlemesine analizin gerçekleştirildiği *Maumousseau ve Washington* Daire kararında zaten kullanılmıştır.

105. Mahkeme, bu arka plana karşın, *Neulinger ve Shuruk* kararının 139. paragrafında ortaya koyduğu hususların Lahey Sözleşmesinin uygulanmasına ilişkin olarak kendiliğinden herhangi bir ilke ortaya koymadığını belirtmeyi uygun görür.

106. Mahkeme, Avrupa Sözleşmesi ile Lahey Sözleşmesi'nin uyumlu bir şekilde yorumlanabilmesi için şu iki şartın gerçekleşmesi gerektiğini düşünmektedir. İlk olarak, anılan Sözleşmenin 12, 13 ve 20. Maddelerin uygulanmasından kaynaklanan ve çocuğun derhal iadesine istisna teşkil edebilecek istisnaların, özellikle taraflardan birisi tarafından ileri sürüldüğü durumlarda gerçek anlamıyla talepte bulunulan mahkeme tarafından hesaba katılması gerekmektedir. Bu mahkeme daha sonra, Mahkeme'yi söz konusu hususların yeterince incelen-

diğine ikna etmek amacıyla, bu noktada tatmin edici şekilde gerekçelendirilmiş bir karar vermelidir. İkinci olarak ise, bu hususlar Sözleşme'nin 8. Maddesi ışığında değerlendirilmelidir (bkz. *Neulinger ve Shuruk* p.133).

107. Mahkeme sonuç olarak Sözleşmenin 8. Maddesinin ulusal mahkemele- re bu bağlamda özel bir usulî yükümlülük getirdiği düşüncesindedir: mahkeme- ler, çocuğun iadesine yönelik bir başvuruyu ele aldıklarında, yalnızca çocuğun iadesi halindeki tartışmalı "ağır risk" iddialarını dikkate almamalı, aynı zamanda olayın şartlarının ışığında özel nedenler sunan bir karar vermelidir. Hem Lahey Sözleşmesinin 12, 13 ve 20. maddeleri kapsamına girebilecek itirazların dikkate alınmasının reddedilmesi hem de bu tür itirazların reddinde yeterli gerekçelen- dirme yapılmamış olması Sözleşmenin 8. maddesinin gereklerine aykırı olacağı gibi Lahey Sözleşmesi'nin amacına da ters düşecektir. Bu iddiaların mahkeme- lerin otomatik ve basmakalıp olmayan gerekçelendirmesiyle ortaya konarak Lahey Sözleşmesinde yer verilen ve dar bir şekilde yorumlanması gereken istis- nalar ışığında düzgün bir şekilde incelenmesi gerekmektedir. Bu, ulusal mahke- melerin yerine geçme görevi olmayan Mahkemeye kendisine tevdi edilen Avru- pa denetimini yerine getirme imkânı verecektir.

108. Dahası, Lahey Sözleşmesi'nin önsözünün "çocuğun mutat meskenine iadesi" ni öngörmesi nedeniyle, mahkemeler bu ülkede çocuklar için ikna edici uygun güvencelerin alındığı ve bilinen bir riskin mevcudiyeti halinde elle tutulur koruma tedbirleri yerine getirildiği konusunda hususunda tatmin olmalıdır.

#### *ii. Bu ilkelerin huzurdaki davaya uygulanması*

109. İtiraz edilen tedbirin uygulandığı andaki mevcut duruma göre değerlen- dirme yapmak durumunda olan Mahkeme (bkz. *mutatis mutandis, Maslov/ Avustralya* [BD] no: 1638/03 ECHR 2008-...) ilk olarak özellikle uzun bir zaman diliminin söz konusu olduğu *Neulinger ve Shuruk* davasından farklı olarak, hu- zurdaki davada Letonya adli makamlarının Lahey Sözleşmesi kapsamındaki baş- vuruyu almasının üzerinden yalnızca kısa bir zaman diliminin geçmiş olduğunu not etmektedir. Çocuk, hayatının ilk yıllarını Avustralya'da geçirmiş ve üç yıl beş aylıkken Letonya'ya gelmiştir. Merkezi makama iade başvurusu Avustralya'yı terk etmesinden iki ay sonra yapılmış, İlk Derece Mahkemesi ve Riga Bölge Mahkemesi de başvuran ve kızının Letonya'ya gelmelerinden itibaren sırasıyla dört ve altı ay sonra karar vermiştir. Son olarak, T, E'yi alarak 14 Mart 2009 tarihinde Avustralya'ya yola çıkmıştır. Söz konusu durumlarda derhal iadeyi ön- gören Lahey Sözleşmesi'nin 12. Maddesinde yer verildiği şekilde, yalnızca iade başvurusunun Letonya makamlarına sunulması değil, ayrıca ulusal prosedürler

ve çocuğun iadesi de bir yıldan daha kısa bir zaman dilimi içinde gerçekleşmiştir.

110. Dahası, Mahkeme, ilk derece ve istinaf dâhil olmak üzere, her iki ebeveynin de hazır bulunduğu bir duruşma sonrası verilmiş olan ve Lahey Sözleşmesi'nin uygulanabilir olduğuna ve T'nin başvurusunu kabul ederek çocuğun iadesine hükmeden 19 Kasım 2008 tarihli yerel mahkeme kararı ile T'nin başvurusuna verilecek cevaba ilişkin oybirliği içindedirler. 26 Ocak 2009 tarihinde Riga Bölge Mahkemesinde gerçekleşen ve yine ebeveynlerin hazır buldukları duruşmada söz konusu karar onaylanmıştır.

111. Letonya mahkemeleri tarafından yapılan gerekçelendirme ile ilgili olarak Mahkeme, özellikle taraflarca sunulan, fotoğraflar, T ile yakınları arasındaki elektronik posta yazışmaları ve başvuran tarafından sunulan tanık ifadelerini inceledikten sonra başvuranın Lahey Sözleşmesi'nin 13. Maddesine ilişkin itirazlarının yerel mahkeme tarafından gerekçeli bir şekilde reddedildiğini not etmektedir. Diğer taraftan, Avustralya mahkemelerinden T'nin sabıka kaydı ve kendisine yöneltilen suçlamalar ile ilgili olarak bilgi istemeyi reddeden mahkeme, başvuran tarafından temellendirilemediği gerekçesiyle iade halinde çocuğa yönelik psikolojik tehlike iddiasını kesin bir şekilde geri çevirmiştir (bknz. p.21).

112. Mahkeme, başvuran tarafından, ilk derece mahkemesi kararından sonraki bir tarih olan 16 Aralık 2008 tarihinde kendi talebi üzerine bir psikolog tarafından düzenlenmiş bir belgeyi temyiz talebi bağlamında Riga Bölge Mahkemesine sunmasıyla durumun değişik bir şekil aldığını gözlemlemektedir. Bu belge, çocuğun yaşının onu mutat meskenine ilişkin bir tercihte bulunmasına izin vermediğini belirtirken diğer yandan da psikolojik travmanın muhtemel oluşu nedeniyle çocuğun anneden ani bir şekilde koparılmasının ihtimal dışı kalması gerektiğini ifade etmiştir (bknz. p. 22).

113. Yine de, ilk derece mahkemesi, icranın durdurulması talebini incelediği esnada bu belgeyi dikkate almış ve istinaf başvurusunun sonucuna kadar icranın durdurulmasına karar vermiş olmasına rağmen, Bölge Mahkemesi bunu dikkate almayı reddetmiştir.

114. Mahkeme, temyiz mahkemesinin psikolojik rapordaki bulguların velayetin esasına ilişkin olduğunu ve bu nedenle kendi önündeki iade talebine ilişkin kararda dikkate alınamayacağını kabul ettiğini not etmektedir. Böyle yaparak ve bu gerekçelendirme penceresinden bakıldığında, Riga Bölge Mahkemesi, annesinden ani bir ayrılış halinde psikolojik travmaya maruz kalacağına dikkat çekmesi hasebiyle doğrudan çocuğun yüksek menfaatine bağlı olmasına rağmen bu psikolojik raporun sonuçlarını Lahey Sözleşmesi'nin 13 (b) maddesi ışığında

incelemeyi reddetmiş bulunmaktadır (bknz. tersine görüş, *Maumousseau ve Washington*, p.63).

115. Sözleşmenin 8. Maddesi Letonya makamlarına, çocuğun iadesi halinde ona yönelik “ağır risk”in varlığına ilişkin tartışmalı bir iddianın mahkemelerce etkin bir şekilde incelenmesi ve ortaya çıkan sonuçların gerekçeli mahkeme kararında belirtilmesine yönelik usûli bir yükümlülük getirmiştir (bknz. yukarıda p. 107).

116. Lahey Sözleşmesi’nin 13 (b) maddesi ışığında, iade talebini inceleyen mahkemeler, “iadeye karşı çıkan kişi, kurum veya diğer kuruluşlar .. ağır bir riskin varlığını otaya koyarlarsa” iade talebini kabul etmek zorunda değildir. Bu yönde tatmin edici delil sağlamak görevi ilk aşamada iadeye karşı çıkan ebeveyne aittir. Bu nedenle, huzurdaki davada, 13 (b) maddesi bağlamında ağır riskin varlığını içerecek şekilde iddialarını destekleyecek yeterli delil sunma yükümlülüğü başvuruya aitti. Dahası, Mahkeme, bu hükmün bir yandan yalnızca “fiziksel ya da psikolojik zarar”ı değil aynı zamanda “katlanılamaz bir durum”u da içermesi gereken “ağır risk” kavramının niteliğine ilişkin olarak tahdidi bir vasıfta olmadığını ve diğer yandan Sözleşmenin 8. Maddesi bağlamında iade tecrübesine zorunlu olarak bağlı olan bütün zorlukları içerecek şekilde okunamayacağını not etmektedir: 13 (b) maddesinde yer verilen istisnalar, yalnızca bir çocuğun makul bir şekilde katlanabileceğinin ötesine giden durumları içermektedir. Başvuran, çocuğun annesinden derhal ayrılması halinde çocuk için psikolojik travma ihtimali olduğunu belirten psikolog raporunu sunarak yükümlülüğünü yerine getirmiştir, dahası T’nin cezai mahkûmiyetleri olduğunu ve kendisine yönelik olarak kötü davranış sergilediğini ve arz etmiştir. Bu nedenle, ağır riskin mevcut olup olmadığını anlamalarına imkân verecek anlamlı denetimler yapmak Letonya mahkemelerine ait bir yükümlülüktü (bknz B. /Belçika no: 4320/11, pp 70-72, 10 Temmuz 2012).

117. Dolayısıyla Mahkeme, başvuran tarafından sonuçları 13 (b) maddesi bağlamında iade halinde ağır bir riskin muhtemel varlığını ortaya koyacak bir profesyonel raporu ile temellendirilen bu tür bir iddianın dikkate alınmasının reddinin Sözleşmenin 8. Maddesine aykırı olduğu düşüncesindedir. Psikolojik raporun çelişmesiz niteliği mahkemeleri bu raporu etkin şekilde inceleme yükümlülüğünden muaf tutmayacaktır. Özellikle, Letonya hukuku tarafından izin verildiği şekilde (bknz. p. 45) Bölgesel Mahkeme’nin bu raporu tarafların çapraz incelemesine sunma, kendi takdirinde olmak üzere ikinci bir rapor düzenleme yetkileri mevcuttur. Annenin çocuğunu takip ederek Avustralya’ya dönme ve onunla irtibatını devam ettirebilme ihtimalinin olup olmadığı da in-

celenmeliydi. Mahkeme ayrıca, Letonya hukukunun paçası ve doğrudan uygulanabilir olan Sözleşme'nin 8. Maddesinde koruma altına alınan hakların, Lahey Sözleşmesi'nin 20. Maddesi bağlamında "talepte bulunulan ülkenin insan hakları ve temel hürriyetlerin korunmasına yönelik temel ilkeleri"ni yansıtmaması nedeniyle, Riga Bölge Mahkemesi tarafından bu davanın şartlarına göre hiçbir şekilde böyle bir gözden geçirmeden ayrı bırakılamayacağını vurgulamaktadır.

118. Riga Bölge Mahkemesi tarafından atıfta bulunulan Lahey Sözleşmesinde yer verilen kısa zaman dilimlerine uyma ihtiyacı ile ilgili olarak, (bkz. p.25) Mahkeme, söz konusu sözleşmenin 11. Maddesinin esasında yargısal makamları hızlı hareket etmesi gerektiğini düzenlerken onları taraflardan birinin ortaya attığı<sup>13</sup> (b) maddesi bağlamındaki istisnalardan birinin varlığına ilişkin iddiaları etkin bir şekilde inceleme yükümlülüğünden varestede tutmadığının altını çizer.

119. Yukarıda belirtilen hususların ışığında, Mahkeme, ulusal hukuk kapsamındaki karar verme sürecinin 8. Maddede yer alan usûli yükümlülükleri karşılamaması, Riga Bölge Mahkemesi'nin başvuranın Lahey Sözleşmesi'nin 13 (b) maddesi bağlamındaki itirazına yönelik etkin bir inceleme yapmaması nedeniyle başvuranın özel hayata ve aile hayatına saygı duyulması hakkına yönelik olarak orantısız bir müdahaleye maruz kaldığını düşünmektedir.

120. Bunun sonucu olarak, Sözleşme'nin 8. Maddesi ihlal edilmiştir.

## **II. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ**

121. Sözleşme'nin 41. Maddesi şu şekildedir:

Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören tarafın hakkaniyete uygun bir surette tatminine hükmeder.

### **A. Zarar**

122. Başvuran tarafından maddi ya da maddi olmayan bir zararla ilgili olarak bir iddiada bulunulmaması nedeniyle Mahkeme bu kapsam bir tazminata hükmedilemeyeceği düşüncesindedir.

### **B. Masraf ve Harcamalar**

123. Başvuran, Büyük Daire önündeki dava için gerçekleşen masrafa ve harcamalar için 1.996,91 Letonya Latı (2.858,84 Avro) talep etmiş ve buna ilişkin kimi belgeler sunmuştur.



124. Hükûmet, başvuranın temsilcisinin Mahkeme'deki duruşmaya katılmak için yaptığı seyahate ilişkin 485,19 Avro'luk harcama hariç olmak üzere başvurunun taleplerinin haklı ve mantıklı olmadığını belirtmiştir.

125. Mahkeme, masraf ve harcamalara ilişkin olarak, yalnızca başvuran tarafından miktara ilişkin olarak haklı ve gerekli ve gerçekten harcanmış olmaları halinde masraf ve harcamaların tazminine hükmedilebileceğinin altını çizerek. Huzurdaki davada, uhdesindeki bilgiler ve içtihadıyla bağlantılı olarak, Mahkeme, huzurundaki davada gerçekleşen masraf ve harcamalar için 2.000 Avro verilmesinin makul olduğunu düşünmektedir.

### **C. Gecikme Faizi**

126. Mahkeme, üç puan eklenmek suretiyle gecikme faizinin Avrupa Merkez Bankası Marjinal Borç Faizini temel alması gerektiği düşüncesindedir.

### **BU SEBEPLERLE, MAHKEME,**

1. Sekize karşı dokuz oyla, 8. Maddenin ihlal edildiğine,

2. Yediye karşı on oyla;

(a) Davalı Devletin başvurana ödeme tarihindeki oran üzerinden Letonya Latı'na çevrilmek üzere masraf ve harcamalar için 2.000 Avro ve başvurana yüklenilecek her türlü vergiyi üç ay içinde ödemesine,

(b) yukarıdaki üç aylık sürenin bitmesinden sonra ise ödeme tarihine kadar Avrupa Merkez Bankası marjinal borç verme faizinin üzerine üç puan eklenmek suretiyle yukarıda belirtilen miktara basit faiz uygulanmasına

3. Adil tazmin açısından başvuranın talebinin geri kalan kısmının oy birliğiyle reddine *hükmetmiştir*.

Bu karar, 26 Kasım 2013 tarihinde Strazburg İnsan Hakları Binası'nda kamuya açık olarak verilmiş, Fransızca ve İngilizce olarak kaleme alınmıştır.

Sözleşme'nin 45/2 ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 74/2 maddeleri uyarınca aşağıdaki muhalif görüşler bu karara eklenmiştir:

- Yargıç Pinto de Albuquerque'nin muhalif görüşü

- Yargıçlar Bratza, Vajic, Sikuta, Hirvela, Nicolaou, Raimoind ve Nussberger'in ortak muhalif görüşleri

## YARGIÇ PINTO DE ALBUQUERQUE'İN KARŞI GÖRÜŞÜ

Uluslararası Çocuk Kaçırma bir kez daha Büyük Daire'nin gündeminde kendine yer bulmuştur. Büyük Daire *Neulinger ve Shuruk* davasındaki kendi standardından vazgeçmesinden üç yıl sonra aynı uluslararası aile hukuku ve insan hakları hukuku kaynakları bağlamında bunu gözden geçirmeye davet edilmiştir<sup>3</sup>. Başka bir deyişle Büyük Daire'nin önüne getirilen sorun, kendisinin yakın zamandaki içtihadının teorik ve pratik anlamdaki sürdürülebilirliğidir.

Sözleşme'nin 8. Maddesinin ihlal edildiği sonucuna katılmakla birlikte, çoğunluk tarafından 105-108. Paragraflar arasında ortaya konan belirsiz ilkelere ve davanın olgularının yetersiz bir şekilde değerlendirilmesine katılmıyorum. Görüşüm üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm, uluslararası çocuk kaçırma taleplerinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre yapılması gereken değerlendirmeye ve fazlaca ortaya konan *Neulinger ve Shuruk* standardının gözden geçirilmesi ihtiyacına ilişkin olacaktır. İkinci bölüm ise Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi mekanizmasının niteliği ve Sözleşme ile birlikte ele alınmasına ilişkindir. Son bölümde ise geride kalan ebeveynin iddia ettiği kaçırma anındaki "velayet hakkı"na ilişkin talebinin tamamlanmamış niteliği de göz önüne alınmak suretiyle Sözleşme'nin standartları davaya uygulanacaktır<sup>4</sup>.

### Sözleşme Kapsamında Uluslararası Çocuk Kaçırma Davalarında İade Kararları

Sözleşme'nin 8. Maddesi, âkit ülkelere çocuğun diğer ebeveyn tarafından başka bir ülkeye kaçırılması ya da o ülkede haksız bir şekilde tutulması halinde ebeveyn ile çocuğu bir araya getirme hususunda pozitif yükümlülük yüklemektedir, somut olarak kaçırılan çocuğun mutad meskeni ülkesine iadesi kararının icrası için etkin önlemler almak<sup>5</sup>, iade kararı vermek<sup>6</sup> ya da mutad meskeni ülkesinde geride kalan ebeveyn adına iade davası açılmasını sağlamak<sup>7</sup> yükümlülüğünü ge-

<sup>3</sup> *Neulinger ve Shuruk / İsviçre* (BD) no: 41615/07 6 Temmuz 2010

<sup>4</sup> Görüşte yer alan "Sözleşme" deyimini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini; "Lahey Sözleşmesi", Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesini; "AB Tüzüğü" 27 Kasım 2003 tarih ve 22001/2003 sayılı Konsey Tüzüğünü; "Mahkeme" Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni; "Özel Komisyon" Lahey Sözleşmesi'nin Pratik İşleyişine İlişkin Özel Komisyonu, ifade etmektedir. Ayrıca, haksız bir şekilde velayete ilişkin haklarından mahrum bırakılan ebeveyn için "geride kalan ebeveyn", haksız kaçırma ya da tutma eylemini gerçekleştiren için ise "çocuğu kaçıran ebeveyn" deyimini kullanacağım. Çocuğun haksız bir şekilde kaçırıldığı ya da tutulduğu ülke için "ev sahibi ülke", çocuğun bu ev sahibi ülkeye kaçırıldığı ülkeye de "mutad mesken ülkesi" deyimini kullanacağım.

<sup>5</sup> Konuyla ilgili önde gelen karar Ignaccolo-Zenide /Romanya no: 31679/96, 25 Ocak 2000

<sup>6</sup> Konuyla ilgili önde gelen karar Monory /Romanya ve Macaristan no: 71099/01 5 Nisan 2005

<sup>7</sup> Konuyla ilgili önde gelen karar Iglesias Gil ve A.U.I. /İspanya no: 56673/90 pp.57-59, 29 Nisan 2003.

tirmektedir. Bu yükümlülükler davalı Devletin de taraf olduğu Lahey Sözleşmesi ışığında yorumlanmalıdır<sup>8</sup>. Böylece Mahkeme kendisini Lahey Sözleşmesi'nin çocuğun kaçırmanın gerçekleşmesinden önceki mevcut durumunun tesisi fel-sfesine adamaktadır<sup>9</sup>. Buna göre, çocuğun kaçırıldığı ülke mahkemesi, Lahey Sözleşmesi'nin 13 ve 20. Maddelerinde yer verilen iadenin reddi sebeplerinin varlığı haricinde çocuğun mutad meskeni ülkesine iadesine hükmetmek zorunda iken, tartışma konusu yapılan velayetin esasına ilişkin karar verme yetkisi yalnızca mutad mesken ülkesi mahkemesine aittir. Her ne kadar iade davaları acil nitelikte olması ve iade kararlarının hızlı bir şekilde icra edilmesi gerekiyor ise de uluslararası çocuk kaçırma davalarında iade kararı verilmesi ev sahibi ülke mahkemesi tarafından bütün aile durumunun iade davası bağlamında detaylı ya da derinlemesine bir şekilde analiz edilmesini gerektirmektedir<sup>10</sup>. Ev sahibi ülke mahkemesinin karar verme sürecinin ya da sonuca ilişkin değerlendirmesinin yetersiz olması halinde çocuğun kaçırılan ebeveyn ile aile hayatına ilişkin gerçekleşecek müdahale demokratik bir toplumda zorunlu olmayabileceği için Lahey Sözleşmesi kapsamında verilen iade kararı Sözleşmeyi ihlal edebilecektir<sup>11</sup>.

Bunun yanında, çocuğun durumunun detaylı analizi, onun kaçırıldığı ülkedeki davaların yerine geçmez zira çocuğun kaçırıldığı ülke mahkemesinin çocuk ya da ailesinin durumunu ve mevcut ve gelecekteki sosyal ve kültürel çevreyi temel alacak şekilde, re'sen, serbest bir şekilde davanın bütün esasına ilişkin değerlendirme yapması beklenti dışındadır. Yalnızca iade talebi ile ortaya çıkan çocuğun kaçırılmasına doğrudan bağlantılı hususlar, çocuğun yakın geleceğine ilişkin acil ve geçici kararlara ilişkin oldukları sürece ev sahibi ülke mahkemesi tarafından ele alınabilir. Bu, *Neulinger ve Shuruk* testi olarak adlandırılmaktaydı ki halen mevcuttur. Ev sahibi ülke mahkemesi tarafından gerçekleştirilen detaylı inceleme, çocuğun mutad meskeni mahkemesine ait olan velayet hakkına ilişkin yargı yetkisinde bir değişiklik anlamına gelmez. Bundan ötürü, *Neulinger ve Shuruk* kararı, Lahey Sözleşmesinin 19. Maddesinde yer verilen, Lahey iade davaları ve velayet davaları arsındaki temel farkı ortadan kaldırmaz.

<sup>8</sup> Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31/3-c maddesi. Diğerleri yanında bknz, *Ignaccolo-Zenide*, p.95; *Monory* p.81; *Iglesias Gil ve A.U.I.* p.61. Bununla birlikte, çocuğun kaçırılması halinde harekete geçme şeklindeki pozitif yükümlülük Lahey Sözleşmesi'ne taraf olmayan devletlere de uygulanacaktır. Bknz, *Bajrami / Arnavutluk* no: 35853/05 12 Aralık 2006 ve *Hansen / Türkiye* no:: 36141/97 23 Aralık 2003.

<sup>9</sup> *Maumousseau ve Washington/Fransa*

<sup>10</sup> *Neulinger ve Shuruk*

<sup>11</sup> Konuyla ilgili önde gelen dava açık bir şekilde *Neulinger ve Shuruk* davasıdır...

## Sözleşme ve Lahey Sözleşmesi Arasındaki Uyum

Lahey Sözleşmesi, anne ya da baba tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırmaya karşı, hükümetler arası organizasyonlar ve adli yardımlaşmadan oluşan karışık bir mekanizma yoluyla mücadele etmeyi amaçlamaktadır. On altı yaşın altındaki bir çocuğun anne ya da babası tarafından mutata meskeni ülkesinden çıkarılması halinde Lahey mekanizması mümkün olduğunca kısa sürede “status quo”nun tesisini gerçekleştirmeye çalışmaktadır<sup>12</sup>. Kaçırmanın haksızlığının kabulü için üç objektif şartın gerçekleşmesi gerekmektedir: (1) kaçırmanın hemen öncesinde geride kalan ebeveynine ilişkin velayet hakkının mevcudiyeti, (2) kaçırılmadan önce bu hakkın etkin bir şekilde kullanımı, (3) kaçırma anında çocuğun mutata meskeninin belirlenmesi. Bunun dışında, kaçırılan ebeveynin niyeti gibi sübjektif unsurlar gerekli değildir<sup>13</sup>. İade talebi, yukarıda belirtilen Lahey Sözleşmesinin uygulanması için gerekli üç koşuldaki birinin gerçekleşmemiş olması halinde reddedilebilir<sup>14</sup>. İade, geride kalan ebeveynin çocuğun götürülmesine rıza göstermiş olması ya da sonradan onay vermesi halinde de ya da çocuğun iyiliğine ilişkin bazı şartların varlığı halinde de reddedilebilecektir. Somut olarak söylemek gerekirse eğer: (1) çocuğun iade edilmesinin, onu psikolojik ya da fiziksel zarara<sup>15</sup> maruz bırakacağını ya da onu başka bir şekilde

<sup>12</sup> Uluslararası çocuk kaçırma, çocuğun bir ülkeden diğerine götürülmesi ya da yabancı bir ülkede haksız bir şekilde tutulması şeklinde gerçekleşmektedir. Davanın şartları açısından bakıldığında bu görüş, yalnızca ilk husus ile ilgili olarak geride kalan ebeveynine kişi, kurum veya madde 3'te öngörülen diğer yapılar olarak atıfta bulunacaktır. Lahey Sözleşmesinin iki önermesi vardır. Birincisine göre, velayete ilişkin en iyi kararı verecek olan mahkeme (*forum conveniens*) çocuğun mutata meskeni mahkemesidir çünkü ilgili deliller burada toplanmıştır. İkincisi ise kaçırmanın çocuğun gelişimine zararlı olduğudur zira çocuk, kendisine ilk bakan ebeveynini, akrabalarını ve bilinen sosyal ve kültürel çevreyi geride bırakmaya zorlanmaktadır. Aslında Lahey Sözleşmesi hazırlanırken, akılda yer alan kaçırılan ebeveyn tipi, yabancı, velayet hakkına sahip olmayan, annenin mevcut çocuk üzerindeki velayet hakkını kabul etmek istemeyen ve çocuğu mutata meskeninden haksız bir şekilde kaçırılan bir babaydı. 1990'lerden beri ise gerçek bu yönde değişmiştir. Bu günlerde davaların çoğunluğunda çocuğun babası ile ilişkisini bitirmesinin ardından ailenin mutata meskeni ülkesini değişik nedenlerle terk eden velayet hakkına sahip, yabancı bir anne mevcuttur. Sonuç olarak, delillere ilişkin önerme halen geçerliliğini koruyor ise de maddi kısma ilişkin olanı korumamaktadır.

<sup>13</sup> Bknz. Thomson / Thomson [1994], 3 S.C.R. 551. Bu davada, annenin çocuğun İskoçya'dan çıkmasının yasaklandığına ilişkin bilgisinin olmasının esaslı unsur olmadığına karar verilmişti. Esasında Lahey Sözleşmesi, çocuğun kasti ya da kasıt olmadan çıkarılması arasında ayırım yapmamaktadır. Bknz. *Mattenklott / Almanya* no: 41092/06 11 Aralık 2006.

<sup>14</sup> Bazı mahkemeler, “yargıdan kaçanın hak iddia edemeyeceği”, “feragat etme”, “kirli eller” gibi diğer usuli savunmaları da dikkate almıştır. (Özet için Federal Adalet Merkezi, Uluslararası Dava Uyuşmazlık Merkezi, 1980 Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Yargıçlar İçin Bir Rehber, 2012, pp 91-98).

<sup>15</sup> Ulusal mahkemeler, çocuğun bir savaş bölgesine iadesi, sivil çatışma, genel şiddet, açlık, has-

tahammül edilemez bir duruma düşüreceğini gösteren ağır bir riskin varlığı<sup>16</sup>. (2) çocuğun belli bir olgunluk derecesine ulaşmış olması, (3) çocuğun kaçırıldığı ülkeye uyum sağlamış olması ve kaçırma ile iade işlemlerinin başlaması arasında bir yıl zaman geçmiş olması<sup>17</sup> veya (4) talepte bulunulan ülkenin insan haklarının korunmasına ilişkin temel ilkelerinin iadeye izin vermemesi<sup>18</sup>.

Lahey Sözleşmesini terminolojisinin, kendi özerk yapısı ile bağlantılı ve amaçları ışığında yorumlanması gerektiği için velayet hakları mutat mesken ülkesi ulusal mevzuatı tarafından başka bir terminoloji ile belirtilen hakları da içerebilecektir ve herhangi bir ülkenin “velayet hakkı” olarak tanımladığı haklarla örtüşmeyebilecektir<sup>19</sup>. Örneğin, çocuğun bakımını üstlenen evli olmayan ebeveyn buna rağmen velayet hakkından yoksun bırakılabilir<sup>20</sup>. Velayet hakları ve mutat mesken veya ağır risk iddiaları gibi hukuki ve fiili hususların değerlendirilmesi iade talebi ile ilgili kararı verecek olan mahkeme ya da yetkili makama aittir<sup>21</sup>. Lahey Sözleşmesi’nin 30. Maddesinde yer verileden ayrı olarak, her Devlet iade davalarındaki delillere ilişkin kuralları kendisi belirleyecektir. İade davasında esas delil gösterme yükümü geride kalan ebeveyne aitken, bu talebin geri çevrilmesiyle ilgili olarak ise çocuğu kaçıran ebeveyndedir. Bununla birlikte bazı ülkelerde ortaya konan savunmaya bağlı olarak değişik delil gösterme yükümleri söz konusudur<sup>22</sup>. Her ne kadar iade davalarında kabul edilen deliller dar bir ölçüte bağlı değilse de delillerin toplanması ve kabulü, sürat gerekliliği ve soruşturmayı doğrudan iade sorununa ilişkin hususlarla sınırlamanın önemine göre yönlendiriliyor olması gerekmektedir<sup>23</sup>.

Lahey Sözleşmesinin icra işlemlerine ilişkin olarak herhangi bir kesin düzenlemesinin olmaması açısından bakıldığında, çocuğun iadesi mutat mesken ülke-

---

talık, kirlilik, yapılanma problemleri, zor yaşam koşulları, çocuğun ihmali halleri, suiistimal, travma sonrası stres bozuklukları ve ayrılık travması gibi hallerin varlığını da tartışmışlardır.

<sup>16</sup> AB Tüzüğü’nün 11(4) ve (8) maddesinin problemleri dar yapısı, savunmayı anlamsız kılmış ve ev sahibi ülkedeki bütün denetlemeyi ortadan kaldırmıştır.

<sup>17</sup> Ulusal mahkemeler bu tür etkenleri yeni çevredeki ikametinin devamlılığı ve sürekliliği, okul ve okul dışı etkinliklere katılma ve dili akıcı şekilde konuşma olarak değerlendirmişlerdir.

<sup>18</sup> Her ne kadar lafzi olarak çocuğun insan hakları ile sınırlanmamış olsa da. 20. Madde “kamu düzeni”nin çok dar nitelendirilmiş bir şeklini düzenlemeyi amaçlamış olması nedeniyle bazıları 20. Maddenin zaten önceki sebeplerin içinde (Madde 13) düzenlendiğini iddia etmektedir.

<sup>19</sup> Özel Komisyon’da “mutat mesken” ve “velayet hakları” deyimlerinin normal olarak uluslararası bir şekilde ve herhangi bir ülkenin hukukuna atfen olmayacak bir biçimde yorumlanması gerektiği vurgulanmıştır.

<sup>20</sup> Üçüncü Özel Komisyon Raporu, 1997, p.13.

<sup>21</sup> Özel Komisyon Sonuç ve Tavsiyeler, 2012 p.13, 36 ve 80.

<sup>22</sup> Özel Komisyon, Rapor v e Sonuçlar, 2002, p. 64.

<sup>23</sup> Özel Komisyon 4. Toplantı, Tavsiye3.7

si mahkemeleri, merkezi makamları ya da diğer makamlara hatta geride kalan ebeveyne de bırakılabilmektedir. Çocuğa, bazı durumlarda anılan ülke mahkemesi farklı karar vermediği müddetçe kaçırılan ebeveyn tarafından de eşlik edilebilmektedir<sup>24</sup>. İade kararı, kapsamlı (mutat meskeni ülkesi mahkemeleri tarafından verilecek velayetin esasına ilişkin karara müdahale etmemek) ve süre ile (tedbirlerin mutata meskeni ülkesinin durumun gerektirdiği tedbirlerden birini almasına kadar geçerli olabilmesi) sınırlı olmak kaydıyla, koşul, şart ya da taahhüt gibi bazı önleyici tedbirler ile bağlantılı olarak da verilebilir<sup>25</sup>.

Bu sebeple, Lahey Sözleşmesi temel olarak bir yargı yetkisinin belirlenmesi sözleşmesidir. Fakat ilgili çocuğun selametiyle ilgili esasa ilişkin konulara da kör değildir zira 13. maddesinde çocuğun yüksek menfaatinin, 20. maddesinde de onun insan haklarının değerlendirme konusu yapılması zorunluluğunu getirmektedir<sup>26</sup>. Lahey Sözleşmesi'nin genel kamu düzeni amacı ve çocuk ile onun ailesinin hayatı üzerindeki somut etkilerinin yalnızca yüzeysel ve basitleştirilmiş bir şekilde değerlendirilmesi, onun yalnızca usule ilişkin bir metin olduğu yönündeki iddiayı destekleyebilir. Aksi değerlendirme, çocuğa ilişkin bütün işlemlerde çocuğun yüksek menfaatinin öncelikli olduğu ilkesi ile her çocuğun hak objesi değil, hak süjesi olarak görülmesi gerektiği görüşü üzerindeki uluslararası mutabakatı yansıtan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin onaylanması ile zorunlu hale gelmiştir<sup>27</sup>. Dahası, velayet hakkı olmayan kaçırılan ebeveyn, genellikle çocuğa ilk bakan kişi olan velayet hakkı sahibi kaçırılan ebeveyne doğru gerçekleşen sosyolojik kayış, Lahey Sözleşmesi'nin savunma amaçlı hükümlerine yönelik evrimsel ve amaçsal yaklaşım ışığında, olayların daha bireyselleştiril-

<sup>24</sup> İkinci Özel Komisyon Toplantısı raporu, 1993, III. Bölüm Soru:1'e cevap: iade kararı veren mahkeme, aynı zamanda iadenin nasıl gerçekleşeceğine ilişkin ayrıntıları ve gerektiğinde hangi zorlayıcı tedbirlerin uygulanacağını kararında mümkün olduğunda detaylı ve belirli bir şekilde belirtmelidir.

<sup>25</sup> Çoğunlukla anglo-sakson ülkeleri olmak üzere bazı hukuk sistemlerinde bu şartlar geride kalan ebeveyn tarafından verilen ve yaptırımı olmayan taahhütlerden, bir "ayna hüküm" (mutat mesken ülkesinde verilen ve daha önce çocuğun kaçırıldığı ülke mahkemesinde verilen karar ile aynı olan hüküm) verilmesine kadar çeşitlilik gösterebilmektedir.

<sup>26</sup> Bknz. Perez-Vera Raporu p.25: "*bu istisnalar, çocuğun menfaatinin bu alandaki yön gösterici ölçüt olduğuna ilişkin fazla muğlak ilkenin yalnızca somut örnekleridir*". Bu ifade, " çocuğun yüksek menfaati ilkesinin somut hukuksal bir standarttan ziyade sosyolojik bir paradigmaya benzediğine" ilişkin görüş ile birlikte okunmalıdır. (p.21).

<sup>27</sup> Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin (1989) 3/1. maddesi, uluslararası teamül hukukuna ait ve Lahey Sözleşmesi'nin de önsözünde yer alan "çocukların menfaatlerinin onlara ilişkin velayet davalarında önde gelen husus olduğuna sıkıca inanmak" şeklindeki ilkeyi tanımlamıştır.

miş, olayın şartlarına daha hassas bir şekilde belirlenmesini gerektirmektedir<sup>28</sup>.

Bu arka planın karşısında Lahey Sözleşmesi ile Sözleşmenin birlikte değerlendirilmesi büyük bir öneme sahip olmaktadır. Bu iki uluslararası antlaşma tarafından kurulan insan haklarını koruma mekanizmaları, en azından Lahey Sözleşmesi'ni 13 (b) ve 20 maddelerinde olmak üzere, açıkça birbirleriyle üst üste gelmektedir. Sonuçta her iki sözleşme de çocuğun kaçırılmasından önceki "status quo"nun, çocuğun yüksek menfaatleri ve insan hakları ile uyumlu bir şekilde yeniden tesisini amaçlamaktadır. Sorun, Lahey Sözleşmesi'nin iadeye karşı ileri sürülen savunmalara ilişkin hükümlerinin, iddia edildiği şekliyle, istisnai nitelikleri ve dar yorumlarında yatmaktadır<sup>29</sup>. Lahey'in iadeye karşı hükümlerinin, içlerini boşaltacak şekilde otomatik ve minimalist bir şekilde yorumlanması "Scylla"sından, çocuğun velayetiyle ilgili esasa ilişkin hususların yerine geçecek yeni ve serbest bir çocuğun yüksek menfaatleri savunması yaratmak "Charybdis"<sup>30</sup> arasında, Mahkeme her iki tehlikeye de direnmiş ve orta yolu seçmiştir. Buna göre, Lahey Sözleşmesi'nin iadeye karşı getirdiği savunma mekanizmaları, çocuğun yüksek menfaatinin kapsamının ne olduğunu tahdidi bir şekilde belirlemiştir. Bununla birlikte, bu savunmalar, çocuğun insan haklarını da içermektedir ve ciddiye alınmaları gerekmektedir.

Uluslararası çocuk kaçırma davalarında iade hükümleri incelenirken, Mahkeme'nin görev alanı 1980 Lahey Sözleşmesi'nde iadeye karşı çocuğun selameti temelli savunmalar ile sınırlıdır. Sözleşme kapsamındaki derinlemesine analiz, daha geniş olamaz ve olmasına da ihtiyaç yoktur. İadeye karşı getirilen ulaşılabilir itirazların günümüz sosyal şartları ve son yıllarda ortaya çıkan sosyolojik eğilimlerin ışığında yorumlanması yeterlidir. Bu, Büyük Daire'nin üç yıl önceki amacıdır: *Neulinger ve Shuruk* davası, Lahey Sözleşmesi'nin amaçsal ve evrimsel bir şekilde yorumlanması için bir çağrıdır.

Dolayısıyla Mahkeme kendisini ev sahibi ülkedeki mahkemelerin Lahey Sözleşmesi ile uyumlu bir şekilde karar verip vermediklerini incelemekle sınırlamalıdır. Ama aynı zamanda özellikle Lahey Sözleşmesi'nin yorumlanmasının günümüz sosyal şartlarını görmezden gelen ve uygulamasının da yararlı etkisinin içini boşaltacak ve hatta nihai amacına zarar verecek şekilde yapıldığı zamanlarda

---

<sup>28</sup> Bknz. aynı yönde; Lordlar Kamarası, *M(FC) and another (FC) (Children) (FC)* [2007] UKHL 55.

<sup>29</sup> Perez Vera Raporu, p.25, 34, ve 116...

<sup>30</sup> Yunan mitolojisinde iki hayali canavarı ifade eden bu isimlerden "Scylla" devasa bir deniz canavarını, "Charybdis" ise bir girdabı ifade etmektedir. *Scylla ve Charybdis* deyimini, görüşü yazan yargıç tarafından iki tehlikeli durum arasında kalmak anlamında İngilizce metinde kullanılmıştır (Ç.N.)

olmak üzere, Lahey Sözleşmesini düzgün bir şekilde yorumlanması ve uygulanması konusuna da girebilir<sup>31</sup>. Sözleşmeye göre, bir çocuğun kaçırılması, çocuğun mümkün olan en kısa sürede mutad meskeni ülkesine dönmesinin onun için en iyisi olduğu yönündeki aksi ispat edilebilir karinenin uygulanmasına neden olmaktadır. Bu varsayım, 8. maddedekiler dâhil olmak üzere çocuğun insan haklarının iade halinde tehlikeye düşeceğine inanmak için mantıklı gerekçeler olması hali haricinde uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu varsayımı çürütme için başvuranın, bu varsayımın uygulanmasının çocuğun 8. maddede yer alan aile hayatı ve özel hayata saygıya ilişkin insan haklarının ihlaline yol açacağını iddia ve ispat etmiş olması, ev sahibi ülke mahkemesinin de durumun bu şekilde olduğuna karar vermesi gerekmektedir<sup>32</sup>.

Bir yandan insan haklarına ilişkin sınırlamaların dar şekilde<sup>33</sup> yorumlanması gereği karine teşkil ederken, iadeye ilişkin itirazlar, teknik olarak ifade etmek gerekirse, her hangi bir insan hakkına yönelik sınırlama değildir. Sözleşme ışığında bu tür itirazlar bir karinenin çürütülmesi için genel gerekçelerdir ve zorunlu olarak dar bir yoruma tâbi değildir<sup>34</sup>. Böylece, Lahey Sözleşmesi'nin dar bir şekilde yorumlanması ile aynı metnin Sözleşme ışığında amaçsal ve evrimsel bir şekilde yorumlanması arasındaki farktan kaynaklanan bir şekilde çocuğun durumuna ilişkin birbirleriyle çelişkili değerlendirmelerin varlığı halinde, anılan amaçsal ve evrimsel yorum diğerinin üstün gelmelidir. Her ne kadar varsayım olarak Sözleşme ve Lahey Sözleşmesi el ele yürüseler de, durum böyle olmadığında yolu gösterecek olan Sözleşmedir<sup>35</sup>. Bu mantık silsilesinin uygulamadaki yararı, Avrupa'da, nihai anlamda gerek iade kararının icrasından önce gerekse sonra olsun, kaçırılan çocuğun yüksek menfaatinin ve insan haklarının değerlendirilmesinde Mahkeme'nin son sözü söyleyecek olmasıdır. Bu mantık yürütme şekli ayrıca ev sahibi ülke mahkemelerinin, çocuğun ve ailenin durumunu Sözleşme

<sup>31</sup> Ulusal makamların uluslararası kuralları yorumladığı hallerde, Mahkeme'nin rolü bu kuralların uygulanabilir olup olmadığı ve yorumlanma şekillerinin Sözleşme ile uyumlu olup olmadıklarını değerlendirmekle sınırlıdır...

<sup>32</sup> İstenen ispat ölçütünün, olasılıkların sıradan bir dengesi dışında bir şey olduğuna ilişkin bir önerme mevcut olmadığına göre, ev sahibi ülke mahkemesinin hem iade, hem de iadenin reddi gerekçeleri ile ilgili olarak her türlü mantıklı şüphenin ötesine ikna edilmesi zorunlu değildir. (bkzn. *M.R. ve L.R. v. Estonya*, p. 46). Esasında, iade davalarının geçici ve kısa niteliği de ispata ilişkin bu daha hafif ölçütü ifade etmektedir.

<sup>33</sup> *Klass / Almanya* kararı, 6 Eylül 1978.

<sup>34</sup> Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin *D.P. ve Commonwealth Central Authority* ve Güney Afrika Yüksek Mahkemesi *Sonderup/ Tondelli* ve Birleşik Krallık Re. E davalarında doğru bir şekilde ifade edildiği üzere, itiraz hükümlerinin dar bir şekilde yorumlanmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Ayrıca, itiraz hükümlerine eklemek için ayrı bir istisnailik testine de gerek yoktur.

<sup>35</sup> Bu, Avrupa İnsan Haklarını Koruma Sisteminin bir garipliği değildir.



ile uyumlu bir şekilde değerlendirme zorunlulukları karşısında, ev sahibi ülke mahkemelerinin görevini de etkilemektedir. Avrupa’da, ev sahibi ülke hâkimi, Lahey Sözleşmesi’nin 12,13 ve 20. Maddelerini Sözleşme ve Mahkeme’nin içtihadı ışığında yorumlamalıdır. Bu tür bir değerlendirme Mahkeme’nin yetkisi altında olmayan, tarafların bu nedenle mutlak mesken ülkesinde ihlal edilmesi halinde Mahkeme’ye başvuru yapamayacakları ülkelere iade kararı verileceği zaman özellikle önem arz etmektedir<sup>36</sup>.

Âkit devletlerin yükümlülüklerinin uygulanması ve yorumlanmasının yeknesaklığını sağlayan ve buna göre yükümlülüklerini yerine getirmeyen devletlere yaptırım uygulayan denetleyici bir kurumdan yoksun olan uluslararası bir mekanizmada, ulusal mahkemelerin uyguladığı mevzuat ve içtihat arasında bir devletten diğerine büyük farklılıklar oluşmasına yönelik gerçek bir risk mevcuttur. Yaşananlar bu riskin gerçek olduğunu ortaya koymuştur. Bu kurumsal zayıflığın acı sonucu kolayca görülebilir: uluslararası mekanizmanın işleyişinde bu kadar büyük çelişkilerin meydana geldiği ve ulusal makamların Lahey Sözleşmesinin amacını yorumlamak için yabancı ülke kararlarına az önem verdiği veya hiç önem vermediği bir yerde gelişme için çok sınırlı bir alan vardır. Taraf ülkelerin Lahey Sözleşmesi’ni kanunlaştırma, uygulama ve yorumlamasına ilişkin anlamlı bir ulusal üstü mekanizmanın yokluğunda, taraf devletlerin mahkemeleri istedikleri gibi davranmakta, bazen bariz ve taraflı bir şekilde kendi ülkesinden olan taraf lehine karar verebilmektedir. Lahey mekanizmasının bünyesindeki bu zayıflık, Lahey Sözleşmesi tarafından kullanılan bulanık ve belirsiz hukuki terminoloji ve ispata yönelik duruşma, keşif, ispat yükü, başvurular, durma kararları, tedbir kararları gibi usûl kurallarının eksikliği nedeniyle daha da büyümüştür. Farklı, çelişkili ve kafa karıştırıcı ulusal mahkeme içtihadının zarar verici etkisi icra aşamasının Lahey Sözleşmesi’nde düzenlenmemiş oluşu ve daha somut anlamda “ayna hükümlerin” uygulanması için şart, taahhüt ya da kayıtlara yönelik yasal bir temel oluşturulmaması ya da bir sistem öngörülmemesi dolayısıyla daha da genişlemektedir<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Avustralya mahkemesinin, annenin kendi çocuğu ile Letonya dilinde konuşmasını yasaklayan kararı durumu anlatmaktadır. Sözleşme ile bağlı olmayan ülkelere iade edilmesi sonucu, çocuğun hakları Mahkeme’ye başvuru için hukuki yollardan yoksun kalarak ciddi bir şekilde ihlal edilebilir.

<sup>37</sup> Lahey Sözleşmesi için, iade kararlarının icra aşamasındaki temel yükümlülükleri ve güvenceleri kanunlaştıracak, Lahey Sözleşmesi’nin yeknesak bir şekilde yorumlanmasına ilişkin bağlayıcı bir mekanizmayı ortaya koyacak ve Taraf Devletlerin yükümlülüklerine uyup uymadıklarını denetleyecek bir ek protokole olan ihtiyaç açıktır. 1980 tarihli, “Çocukların Muhafaza Altına Alınmasına İlişkin Kararların İnfazı Ve Tanınmasına Ve Çocukların Muhafaza Altına Alınmasının Telafisine Dair Avrupa Sözleşmesi” ve 1996 Tarihli “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Ko-

Bu bağlamda, Mahkeme'nin, ulusal mahkemelerin Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasında Sözleşme'de yer verilen insan haklarını güvence altına alıp almadıklarını değerlendirmesi, birbiriyle çelişen farklı içtihat riskini azaltmaktadır<sup>38</sup>. Dahası, bütün ulusal mahkemelerin çocuğu kaçırın ebeveyn lehine gerekçelendirilemeyen bir yorumunun oluşmamasını sağlayan uluslararası bir mahkemenin denetimine tâbi olduğu bir insan hakları koruma sisteminde, *işine gelen mahkemeyi seçme* şeklindeki eğilim de ortadan kalkacaktır. Böylece, en azından Sözleşmeye taraf ülkeler arasında, çocuğun haklarının korunması, Devletler arasındaki karşılıklı anlayış, sınır aşan çocuk kaçırılmalarda işbirliği gibi konularda Lahey Sözleşmesi'nin Sözleşme'nin ışığında yorumlanan hükümlerinin yeknesak şekilde uygulanması sayesinde ilerleme sağlanacaktır<sup>39</sup>.

Sistemden kaynaklanan bazı sorunlara rağmen, Lahey Sözleşmesi sınır aşan ebeveynlerin çocuk kaçırılmalardan kaynaklanan dramların çözülmesinde büyük bir araç olduğunu ispatlamıştır. İnkâr edilemez nitelikteki olumlu sonuçları korunmalı ve teşvik edilmelidir. Bununla birlikte, hem "çocuğun yüksek menfaati"nin öncelikli oluşunun uluslararası teamül hukuku ve sözleşmeler hukukunun bir ilkesi olduğu ve içi boş bir sosyal paradigma olmadığına dair uluslararası kabul, hem de "çocuğu kaçırın ebeveyn"e ilişkin sosyolojik kalıptaki değişim, Lahey Sözleşmesi'nin ilk olarak ve her şeyden önce çocuğun gerçek durumuna ve yakın geleceği ışığında iadeye yönelik olarak ileri sürülen itirazlarda ortaya çıktığı şekliyle amaçsal ve evrimsel bir şekilde yorumu için çağrıda bulunmaktadır. İadeye yönelik itirazların, geride kalan ebeveyn lehinde geçmişte kalmış, tek taraflı ve aşırı basite indirgeyici nitelikte ve çocuğun ve ailesinin gerçek durumunu görmezden gelen ve çocuğu kaçırın ebeveynin davranışını "cezalandırıcı" bir tutum takınan dar bir biçimde yorumlanması, Lahey Sözleşmesinin nihai amacını, özellikle çocuğun ona ilk bakan ebeveyn tarafından kaçırıldığı durumlarda olmak üzere, bozguna uğratacaktır. Lahey Sözleşmesi'nin

---

runması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme" den alınan dersler bu yönde rehberlik edebilir.

<sup>38</sup> Aynı husus inter-Amerikan insan hakları koruma sisteminde de açıkça geçerlidir. İnter-Amerikan Komisyonu, temyiz esnasında iade kararı verilmesinin Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ihlal etmediğine karar vermiş ve bu karar Arjantin mahkemesinin kararını değiştirmiştir. (Rapor no: 71/100 X ve Z /Arjantin, 3 Ekim 2000. P.38, 51 ve 56)

<sup>39</sup> Avrupa dışındaki ülkelerin Lahey Sözleşmesi'ni uygulama şekilleri üzerinde rol oynayabilecek olan, Mahkeme'nin içtihadının caydırıcı etkisini hatırlatmak burada ilgisiz bir durum oluşturmayacaktır. Buna karşılık olarak da Amerika ve Afrika insan haklarını koruma sistemlerinin kararları da Avrupa ülkelerinin uygulamalarını etkileyebilecektir. Uluslararası mahkemeler arasında evrensel hukuki standartlarını gelişimini teşvik edecek ve çocuk haklarının ilerlemesini hızlandıracak bir diyalog ortaya çıkabilir.

bu şekilde oluşması, özellikle 8. Maddede yer alan ve tabii ki Lahey çözümünün geçici, kısa ve acil yapısını görmezden gelmeksizin saygı gösterilmesi gereken ve çocuğun yüksek menfaatlerinin içinde yer alan insan haklarıyla ayrı yerlerde olacaktır<sup>40</sup>.

### Avrupa Standardının Huzurdaki Davaya Uygulanması

Letonya mahkemelerinin, çocuğun Avustralya'ya iadesi halinde annesi ile arasındaki gelecekteki ilişkinin nasıl olacağı, çocuğun Avustralya'daki selameti, çocuğun psikolojik durumu gibi hususları düzgün bir şekilde ele almayı ihmal ettiği sabittir<sup>41</sup>. *Neulinger ve Shuruk*'un ışığında bakıldığında, ulusal yargılamalardaki bu eksiklikler tek başına 8. Maddenin ihlal edildiğinin kabul edilmesi için yeterli olacaktır çünkü söz konusu madde tarafından istenen "derinlemesine" Büyük Daire'nin yeni jargonuyla "etkin" inceleme ile uyumlu olmayacaktır. Pratik bir şekilde söylenecek olursa, Büyük Daire bir kez daha *Neulinger ve Shuruk* kararını uygulamıştır<sup>42</sup>.

Letonya mahkemelerinin çocuğun durumunu, yüzeysel ve elini taşın altına koymadan ele alışı Büyük Dairece haklı bir şekilde eleştirilmiştir. Bir yandan anne tarafından iade kararının icrasının ertelenmesi için sunulan psikolojik rapor dikkate alırken diğer yandan aynı raporu temyize ilişkin kararı verirken görmezden gelerek, ulusal mahkemeler yalnızca kendileri arasında çelişkiye düşmemiş, aynı zamanda raporun çocuğun iadesine bağlı ciddi risklerin var olduğu yönündeki sonuç kısmını etkin bir şekilde göz önüne alamamışlardır. Bu

<sup>40</sup> Acil ve ivedi nitelikteki bir yargılamada "derinlemesine analiz" gerçekleştirmenin neredeyse imkânsız olduğuna yönelik eleştiriyi kabul etmeye hazır değilim. Birinci olarak, daha önce açıklandığı gibi, soruşturmanın konusu *Neulinger* ile iade talebinin özel içeriği ile sınırlandırılmıştır. Lahey Sözleşmesi davaları da dâhil olmak üzere birçok aile hukuku davasına katılmış olmanın avantajıyla, hâkim tarafından zaman çizelgesinin sıkı bir şekilde kontrol edilebildiği hallerde düzgün, hızlı ve sınırlı bir incelemenin mükemmel bir şekilde yapılabilir olduğuna ikna oldum. Derinlemesine analiz, başına buyruk yanlış tanımlanmış ve aşırı olmak zorunda değildir.

<sup>41</sup> X ve Z / Arjantin kararında psikolog ve mahkeme tarafından atanan bir sosyal çalışmacı tarafından iki ebeveynin ve çocuğun dinlenilmesinin ardından çocuğun değerlendirilmesi, İnter-Amerikan Komisyonu tarafından adil, hızlı ve tarafsız yargılama hakkını ihlal eder nitelikte bulunmamıştır.

<sup>42</sup> İlk bakışta, çoğunluk oyu kendisini *Neulinger ve Shuruk* ilkelerinden geri çekiyor gözükmektedir (bknz. p.107). Fakat bu gerçekçi bir etki izlenim değildir. Çoğunluk oyu aynı zamanda taraflardan biri tarafından ileri sürülen iddiaların etkin bir şekilde incelenmesini istemektedir (p.118). Büyük Daire'nin, iade taleplerini incelerken çocuğun "insan hakları"nın esasına girmenin mahkemenin yetkisi dâhilinde olduğu yönündeki görüşünü halen koruduğu dikkate alınacak olursa, "derinlemesine" sıfatının "etkin" sıfatıyla değiştirilmesi pek de bir şeyi değiştirmeyecektir (p.117). başka bir deyişle, bu karar *Neulinger ve Shuruk* standardını değiştirmemektedir.

da, psikolog raporunun çocuğun iadesini reddetmek için geçerli bir delil olarak kullanılamayacağı yönündeki yanlış iddiaya dayanmaktadır<sup>43</sup>. Riga Bölge Mahkemesi kararının travma yaratıcı bir şekilde uygulanması ve Avustralya mahkemelerinin açıkça cezalandırıcı nitelikteki annenin kızına erişimine çok geniş kapsamlı sınırlamalar getiren kararı da Letonya mahkemelerinin, davayı çocuğun fiziksel iadesini hazırlayamayan, Avustralya'da çocuğun haklarına ilişkin etkili güvencelerin ve annenin iade durumunda çocuğu ile irtibatı sürdürme imkânı olup olmadığını inceleyemeyen, annenin çocuğu ile irtibatının engellenmemesi ya da belirgin bir şekilde sınırlandırılmaması amacıyla koruyabilmesi için doğru taahhütler, kayıtlar veya hükümler ile şarta bağlı hale getiremeyen şekilde ele alışının ilave ve üzücü sonuçları olmuştur<sup>44</sup>.

Daha da kötüsü, Letonya mahkemeleri, başvuran ve T'nin çocuğun doğumu anında evli olmamaları, çocuğun doğum belgesinin babanın adına yer vermesi ve çocuğun anne halen bir başkası ile evli iken doğmuş olmasına rağmen Avustralya mahkemeleri tarafından verilen başvuran ve T'nin doğumdan itibaren ortak velayete sahip oldukları yönündeki bir kararı kabul etmiştir. Avustralya mahkemesinin kararı çocuğun kaçırılmasından sonra ve geriye etkili olarak alınmıştır. Dosyadan anlaşıldığı kadarıyla Avustralya mahkemesinin kararı, fotoğraflara, e-posta çıktıklarına ve yalnızca T'nin ifadesine dayanmaktadır. Babalık testi yapılmamıştır<sup>45</sup>. Tanık dinlenilmemiştir. Başka bir deyişle, Letonya mahkemeleri Lahey Sözleşmesi'nin koşullarının karşılanıp karşılanmadığını, daha somut bir şekilde söylenecek olursa ortada Lahey Sözleşmesi bağlamında bir çocuk kaçırma olup olmadığını dahi göz önüne almamışlardır<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Benzer ihmaller V. / Belçika ve Sneerssone kararlarında cezalandırılmıştır.

<sup>44</sup> *Sylvester /Avustralya* ve *Mattenklott* kararlarında ortaya çıktığı gibi.

<sup>45</sup> *Mattenklott / Almanya* kararında iade kararı evli olmayan babaya yapılan babalık testi ve babanın ara sıra çocukla kaçırılmadan önce iletişim kurmasından yola çıkılarak kaçırma anında velayet hakkının kullanıldığı varsayımında dayanmaktaydı.

<sup>46</sup> Sözde yeni gelişmekte olan çocuklarına velayetine ilişkin haklar Mahkemenin önündeki iki davanın esasını teşkil etmektedir. *Balbontin /Birleşik Krallık* (no: 39067/97 , 1 Eylül 1999) kararında Mahkeme, ulusal mahkemelerin, evli olmayan başvuran ebeveynine çocuğun kaçırılmasından sonra velayet hakkının verilmesinin. Çocuğun kaçırılmasını geriye etkili bir şekilde haksız hale getirmeyeceği yönündeki kararlarını onaylamıştır. *Guichard / Birleşik Krallık* kararında (no: 56838/90, 2 Eylül 2003) Mahkeme, her ne kadar doğumdan önce çocuğunu tanımış olsa da çocuğun Fransa'dan kaçırıldığı anda velayet hakkına sahip ve evli olmayan baba başvuran tarafından yapılan başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Bu içtihadı temel alan AIHM, evli olmayan ve kaçırılmadan önce velayet hakkını almak için adım atmayan babanın olduğu bir davayı da aynı şekilde hükme bağlamıştır. Çocuğun, başka bir ülkeye götürülmesi, velayet hakkına sahip olan anne tarafından seyahat hürriyeti ve çocuğun ikametini belirleme hakkının meşru bir şekilde kullanımını ifade etmiştir. Son olarak, *Re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1990] 2 AC 562* kararında, Lordlar Kamarası, fiili velayetin

Gerçekte, T'nin ne şekilde olursa olsun Lahey Sözleşmesi'nin 3 (a) maddesinin gerektirdiği şekilde çocuğun Avustralya'dan götürülmesinden hemen önce velayet hakkına sahip olmaması nedeniyle davadaki olayla bir çocuk kaçırma aşamasına ulaşmamıştır. Resmi olarak, 17 Temmuz 2008 tarihinde Avustralya'yı terk ettiklerinde anne bekârdır ve çocuğun da kayıtlı bir babası bulunmamaktadır. Çocuğun doğumundan Avustralya'yı terk ettikleri süreye kadar T yalnızca resmi olarak çocuğu tanımamakla kalmamış aynı zamanda resmi makamlar önünde de babalığını inkâr etmiştir. T yalnızca çocuğun kaçırılmasından sonra velayet hakkı için başvurmuş ve kazanmıştır. Bu da kaçırma anında hukuki olarak annenin, velayet hakkı da dâhil olmak üzere tek başına ebeveyn sorumluluğuna sahip olduğunu göstermektedir. Avustralya mahkemesinin 6 Kasım 2008 tarihli kararı, Lahey Sözleşmesi'nin 3 (a) maddesinin zaman gerekliliğini ortadan kaldıracak ve başka türlü temelsiz bir iade talebine dayanak olacak şekilde geriye etkili olarak kullanılamaz<sup>47</sup>.

## SONUÇ

İnsan haklarının ciddiye alınması, Lahey Sözleşmesi'nin yalnızca çocuğun yüksek menfaati ve uzun vadede uluslararası çocuk kaçırmanın önlenmesi için değil ayrıca kısa vadede Lahey iade prosedürlerine konu her bir çocuk bireyin de yüksek menfaatine de işletilmesini gerektirir. Çocuklar için adalet, hızlı ve geçici nitelikte bir adalet olsa dahi, söz konusu olan her bir çocuğun bireysel özellikleri gibi huzurdaki gayet somut davanın bütününe yönelik bir bakış ile gerçekleştirilebilir.

Yalnızca iade prosedürü bağlamı özelinde çocuğun bütün durumunun derinlemesine ya da etkin bir analizi böyle bir adaleti sağlayabilir. Hukukçu olmayan bir kimsenin deyimleriyle ifade edilecek olursa *Neulinger ve Shuruk* yaşıyor ve gayet iyi. Bu karar, geniş hukuki ilkeleri ortaya koyan ve yargısal sevecenliğin gelip geçici ya da değişken bir işlemler niteliğinde olmayan bir karardır ve halen öyledir.

---

Lahey Sözleşmesi anlamında velayetten kaynaklanan hakların kullanılması için yeterli sayılmayacağına karar vermiştir. Kaçırma anında anne tek başına velayet hakkına sahip olduğuna göre, kayıtlı babaya velayet hakkının sonradan verilmesi, çocuğun götürülmesini haksız kılmayacaktır. Bu bağlamda, Birleşik Krallık Mahkemeleri, Avustralya mahkemesi kararları ile bağlı değildir. Barones Hale, sonraki bir kararda bu kararın alandaki yol gösterici karar olduğunu belirtmiştir.

<sup>47</sup> Bu olgu, Avustralya Merkezi Makamı'nın çocuğun kaçırılması anında T'nin E üzerinde ortak velayete sahip olduğu yönündeki beyan ile de değişmemektedir. İlk olarak, bu beyan Letonya mahkemeleri bakımından bağlayıcı değildir. İkinci olarak ise velayet hakları Lahey Sözleşmesi'nde özerk bir anlama sahiptir. Davanın kendine özgü şartlarında ve Sözleşme ışığında, Avustralya makamının beyanı T'ye Lahey Sözleşmesi mekanizmasını başlatmak için velayet hakkı vermez.

Huzurdaki somut olayda, ulusal mahkemeler yalnızca derinlemesine ya da etkin bir analizden vazgeçmemiş, her şeyden önce Lahey Sözleşmesi'nin uygulanması için gerekli şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini bile incelememiştir. Çocuğun Letonya'dan götürülmesi olaydaki tek haksız kaçırma teşkil ettiği için, başvuran çocuğu ile aile hakkına yönelik olarak bir müdahalede bulunulmasının hukuki bir dayanak bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Sözleşmesi'nin 8. Maddesinin ihlal edildiği düşüncesindeyim.

### **YARGIÇLAR BRATZA, VAJIC, HAJIYEV, SIKUTA, HIRVELA, NICOLAOU, RAIMONDI VE NUSSBERGER'in ORTAK KARŞI GÖRÜŞÜ**

1. Maalesef, başvuranın 8. maddede dayanan hakkının ihlal edildiği yönündeki Mahkeme'nin çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

2. Çoğunluk düşüncesi ile bizim düşüncemiz arasındaki farkın Lahey Sözleşmesi kapsamında yer alan çocuk kaçırmalarda uygulanan ve bizim de diğer yargıçlar ile tamamen mutabık olduğumuz genel ilkelere ilgili olmadığını başlangıçta açıklığa kavuşturmamız gerekmektedir. Özel olarak, çocuğun iadesinin çocuk ve ebeveynlerin hakları üzerindeki inkâr edilemez etkilerine rağmen, Sözleşme'nin 8. maddesinin, talepte bulunulan ülke yargısal ya da diğer makamlarının söz konusu çocuğun bütün aile durumuna ilişkin derinlemesine bir analiz yapılmasını gerektirmediği düşüncesindeyiz. Bununla birlikte, 8. maddenin ulusal makamlara Lahey Sözleşmesi'nin 13 (b) maddesi kapsamında bir davayı incelediği esnada, iadesi halinde çocuk için "ağır risk" in mevcudiyetine ilişkin iddiaları göz önüne alması ve bu tür iddialar temelsiz bulunduğu için reddederken yeterli gerekçe göstermesini zorunlu kıldığı düşüncesine de katılmıyoruz.

3. Çoğunluk ile ayrıldığımız husus, huzurdaki davada Letonya ulusal mahkemelerinin başvuranın talebini reddedip çocuğun Avustralya'ya iadesine karar verirken bu usûli gerekliliklere yeterince riayet edip etmediği sorununa ilişkindir.

4. Letonya mahkemelerinin, ilk dereceden temyiz aşamasına kadar baba tarafından yapılan iade başvurusuna verilecek cevap konusunda oy birliği içerisinde olduğunu not ediyoruz.

19 Kasım 2008 tarihli gerekçeli bir kararda, ilk derece mahkemesi her iki ebeveynin de katıldığı duruşmadan sonra, Lahey Sözleşmesi'nin uygulanabilir olduğuna karar vererek T'nin başvurusunu kabul etmiş ve çocuğun Avustralya'ya derhal iadesine karar vermiştir. Mahkeme, başvuran ve T'nin yakınları arasındaki resimler ve e-posta kopyalarını dayanak alarak T'nin Letonya'dan gitmesinden önce çocuğa baktığına karar vermiş ve başvuranın Lahey Sözleşmesi'nin 13. Maddesi

kapsamındaki iddiasını reddetmiştir. Taraflar arasındaki tartışmalara tanık beyanları ve T'nin çocuğa karşı sınırlı bir şekilde davrandığı olgusunu not etmiş olsa da bunların T'nin çocuğa bakmadığı kanısına varılması için yeterli olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, başvuranın çocuğun iadesinin ona psikolojik bir zarar vereceği riskine ilişkin iddiasını temelsiz bulmuş, dayanağı olmayan bir varsayıma dayandığını kabul etmiştir.

5. 26 Ocak 2009 tarihinde, Riga Bölge Mahkemesi tarafların yine hazır buldukları ve yasal olarak temsil edildikleri oturumda kararı onamıştır.

Çocuğunun Avustralya'ya dönmesini ona psikolojik yönde zarar vereceği yönündeki iddiasını güçlendirmek amacıyla ilk defa, başvuran kendi isteği üzerine bir psikolog tarafından hazırlanan ve diğer hususların yanı sıra çocuğun küçük yaşı dikkate alındığında annesinden hemen ayrılması ihtimalinin söz konusu olmaması gerektiğini, öbür türlü, güvenlik ve kendine güven duyguları etkileneceği için psikolojik travmaya maruz kalacağını belirten bir belge sunmuştur.

Ayrıca, T'nin kendisi ve çocuğa kötü davrandığını ve Avustralya'da yöneltilen suçlamalar nedeniyle hapis cezası bulunduğunu da iddia etmiştir.

6. Çoğunluğun görüşündeki merkezi nokta, Riga Bölge Mahkemesi'nin başvuranın rapor ve tanık ifadeleri ile desteklendiği söylenen çocuğun Avustralya'ya iadesinin onu ağır riske maruz bırakacağı yönündeki iddiasını dikkate almayarak 8. madde kapsamındaki yükümlülüğünü ihlal ettiği tartışmadır.

7. Ulusal makamların kararları ya da gerekçelerine haksızlık eden bu bakış açısını kabul etmemiz mümkün değildir. Rapora gelince, psikoloğun görüşünün çocuğun anneden hemen ayrılmasının kaynaklanan bir zarara ilişkin olduğunu not ediyoruz. Rapor, doğrudan çocuğun iadesine yönelik olmadığı gibi annenin de çocuk ile birlikte Avustralya'ya dönmesi halinde zararın yine olup olmayacağına ilişkin de bir husus içermemektedir. Bölge Mahkemesinin raporu reddetmesi ya da dikkate almaması söz konusu değildir. Aksine, raporun anneden ayrılmaya ilişkin olduğunu, talepte bulunulan ülke mahkemesinin değil Avustralya mahkemelerinin yetki alanına giren velayet sorununa ilişkin olduğunu vurgulamıştır. Raporun içeriğine ilişkin olarak, kararımızda yer alan ve Bölge Mahkemesi'nin raporu çapraz sorguya tâbi tutarak daha da ileri gitmesi ve kendi takdiriyle yeni bir rapor alması gerektiği yönündeki ifadelerle katılmıyoruz.

8. Başvuran tarafından T'ye karşı ileri sürülen iddialara ilişkin olarak da Bölge Mahkemesi başvuranın iddialarını açık bir şekilde incelemiş fakat "iddiaları destekleyen dolaylı yoldan dahi olsa bir delilin ileri sürülmediği" gerekçesiyle reddetmiştir.

9. Kararda, Bölge Mahkemesi'nin başvuranın çocuk ile birlikte Avustralya'ya dönmesinin gerçekleştirilebilir nitelikte olup olmadığı veya çocuğun iadesinin kaçınılmaz bir şekilde annesinden ayrılmasına neden olup olmayacağını incelemek için daha fazla çaba harcaması gerektiği tartışılmıştır. Bu bakış açısını paylaşmıyoruz. Açık bir şekilde, annenin dönmesine yönelik yasal hiçbir engel bulunmamaktaydı: yalnızca Avustralya'da bir süre yaşamamış, aynı zamanda 2007 yılında Avustralya vatandaşlığını kazanmıştır. Dahası, Riga Bölge Mahkemesi'nin kararında başvuranın velayete ve Avustralya'ya çocuğunu beraberinde götürmesine yönelik hakkını etkileyen bir husus bulunmamaktadır. Ayrıca, başvuran kişisel güvenlik ya da başka bir sebeple hiçbir şart altında Avustralya'ya dönemeyeceğine ilişkin bir beyanda bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kesin olarak, T'nin kendisi ve çocuğa kötü davrandığını iddia etmiştir fakat yukarıdaki iddiadan farklı olarak mahkeme tarafından tamamen temelsiz bulunarak reddedilmiştir. Avustralya mevzuatının çocukların güvenliğini ve aile içindeki kötü muameleye karşı korunmalarını sağladığına ilişkin yeminli ifade göz önüne alındığında mahkeme Avustralya'da çocuklara sağlanan sosyal koruma ve çocukların refahı konusunda şüphe etmeyi gerektirecek bir durum olmadığı yönünde gözlemine devam etmiştir. Son olarak ise, Avustralya'da bağları olmadığı, dönmesi halinde işsiz kalacağı ve geliri olmayacağı yönündeki iddiasına rağmen başvuran aslında Avustralya'da yaşamaya geri dönerek barınma imkânı ve iş bulmuş gibi gözükmemektedir.

10. Benzer bir şekilde, kararda zımni bir şekilde yer alan, Letonya mahkemelerinin Avustralya makamlarından T'nin sabıka kaydı, önceki mahkûmiyetleri ve kendisine yöneltildiği iddia edilen yolsuzluk suçlamaları ile ilgili daha fazla bilgi talep ederek inisiyatif alması gerektiği yönündeki düşünceye de katılmıyoruz. Lahey Sözleşmesi'nin 13. Maddesi kapsamındaki davalarda, ispat yükü çocuğun iadesi halinde ağır riske maruz kalacağını iddia eden tarafa aittir. Letonya mahkemeler tarafından tespit edildiği üzere, başvuran dolaylı yoldan da olsa iddiasını destekleyecek bir delil getirmemiştir.

11. Letonya mahkemeleri tarafından E'nin iadesine hükmedilmesine yönelik kısaca ortaya konmuşken, çoğunluk görüşüne aykırı olarak, başvuranın iddialarına düzgün bir şekilde cevap verdikleri ve bu iddialara ilişkin yapılan incelemenin Sözleşme'nin 8. Maddesinde yer verilen usuli gereklilikleri sağladığı düşüncesindeyiz.

12. Bu sonuca ilişkin olarak, Yargıç Bratza hariç masraflara hükmedilmesine, başvuranın iddiasının başarılı aşamada oluşu göz önüne alındığında karşıdır. Yargıç Bratza masraflara hükmedilmesi yönünde oy kullanmıştır.