

# GENEL KURUL KARAR

## MARCUS FRANK CERNY BAŞVURUSU

|                         |                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|-------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Başvuru Numarası</b> | <b>:2013/5126</b>                                                                                                                                                                                                                                                |
| <b>Karar Tarihi</b>     | <b>: 2/7/2015</b>                                                                                                                                                                                                                                                |
| <b>Başkan</b>           | : Zühtü ARSLAN                                                                                                                                                                                                                                                   |
| <b>Başkanvekili</b>     | : Alparslan ALTAN                                                                                                                                                                                                                                                |
| <b>Başkanvekili</b>     | : Burhan ÜSTÜN                                                                                                                                                                                                                                                   |
| <b>Üyeler</b>           | : Serdar ÖZGÜLDÜR<br>Serruh KALELİ<br>Osman Alifeyyaz PAKSÜT<br>Recep KÖMÜRCÜ<br>Engin YILDIRIM<br>Nuri NECİPOĞLU<br>Hicabi DURSUN<br>Celal Mümtaz AKINCI<br>Erdal TERCAN<br>Muammer TOPAL<br>M. Emin KUZ<br>Hasan Tahsin GÖKCAN<br>Kadir ÖZKAYA<br>Rıdvan GÜLEÇ |
| <b>Raportör</b>         | : Şebnem NEBİOĞLU ÖNER                                                                                                                                                                                                                                           |
| <b>Başvurucu</b>        | : Marcus Frank CERNY                                                                                                                                                                                                                                             |
| <b>Vekili</b>           | : Av. Nuri ALPER KEŞMER                                                                                                                                                                                                                                          |

### I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, müşterek çocuğun Amerika Birleşik Devletleri'nden (ABD) annesi tarafından götürülmesi ve geri dönmesine izin verilmemesi üzerine, 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme (Lahey Sözleşmesi) kapsamında yapılan başvurunun reddedilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiası hakkındadır.

## II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 10/7/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön incelemede başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca, kabul edilebilirlik incelemesi Bölüm tarafından yapılmak üzere dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 18/2/2014 tarihli toplantıda, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Adalet Bakanlığına, başvuru konusu olay ve olgular bildirilmiş, başvuru evrakının bir örneği görüş için gönderilmiştir. Adalet Bakanlığının 21/4/2014 tarihli görüş yazısı 29/4/2014 tarihinde başvuru vekiline tebliğ edilmiş olup başvuru tarafından Adalet Bakanlığı görüşüne karşı beyanda bulunulmamıştır.

6. İkinci Bölüm tarafından 25/6/2015 tarihinde yapılan toplantıda başvurunun, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

## III. OLAY VE OLGULAR

### A. Olaylar

7. Başvuru formu ve ekleri ile başvuruya konu yargılama dosyası içeriğinden tespit edilen ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu ABD vatandaşı olup Türk vatandaşı olan A. A. ile 31/5/2011 doğumlu müşterek bir çocukları vardır.

9. Müşterek çocuğun, mutlak meskeni olan ABD'den annesi tarafından götürüldüğü ve geri dönmesine izin verilmediği iddiası ile başvuru tarafından ABD Dışişleri Bakanlığına, Lahey Sözleşmesi kapsamında iade işlemlerinin başlatılması hususunda başvuruda bulunulmuştur.

10. Söz konusu talep, ABD Dışişleri Bakanlığı tarafından Lahey Sözleşmesi kapsamında Türk Merkezi Makamı konumunda olan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne (Genel Müdürlük) iletilmiştir.

11. Talep, Genel Müdürlük tarafından 19/1/2012 tarihinde, çocuğun iade işlemlerinin başlatılması için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına iletilmiştir.

12. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 11/6/2012 tarihli davaname ile Ankara 7. Aile Mahkemesinin E.2012/757 sayılı dosyası üzerinde iade davası açılmıştır.

13. Mahkemece 16/6/2012 tarihinde düzenlenen tensip zaptı sonrasında, iki duruşma icra edilmiş ve 1/10/2012 tarihli ve E.2012/757, K.2012/1403 sayılı karar ile dava reddedilmiştir. Ret gerekçesi olarak tarafların müşterek bir çocuklarının bulunduğu, tarafların ABD'de yaşadıkları, davalı kadının kız kardeşinin düğünü için müşterek çocuk ile birlikte Türkiye'ye geldiği, akabinde Ankara 9. Aile Mahkemesinin E.2011/1268 sayılı dosyası üzerinde boşanma davası açtığı, söz konusu dava kapsamında çocuğun geçici velayetinin anneye verilerek başvuru baba ile çocuk arasında kişisel ilişki tesisine karar verildiği, Lahey Sözleşmesi'nin 12. maddesinde düzenlenen derhâl iade koşullarının

oluşmadığı, çocuğun yaşı, anneye muhtaç hâli de dikkate alınarak talebin reddi yönünde tam bir vicdani kanaat oluştuğu belirtilmiştir.

14. Karar temyiz edilmekle, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 12/2/2013 tarihli ve E.2012/26180, K.2013/3223 sayılı kararı ile onanmış ve karar gerekçesinde, dosya kapsamından, iadeden kaçınma koşullarının oluşmadığının ve Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin nazara alındığının anlaşılmasına göre yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine karar verildiği belirtilmiştir.

15. Karar düzeltme talebi Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 16/5/2013 tarihli ve E.2013/9169, K.2013/13947 sayılı kararı ile reddedilmiş, ret kararı 27/6/2013 tarihinde başvuru vekiline tebliğ edilmiştir.

16. 10/7/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

17. Lahey Sözleşmesi kapsamında yürütülen iade sürecinin yanı sıra, başvuru eşi tarafından Ankara 9. Aile Mahkemesinin E.2011/1268 sayılı dosyası üzerinde açılan boşanma davası sonucunda tarafların boşanmalarına, müşterek çocuğun velayetinin anneye verilmesine ve başvuru baba ile çocuk arasında kişisel ilişki tesisine hükmedilmiş, karar derece mahkemelerinden geçerek 13/10/2014 tarihinde kesinleşmiştir.

## **B. İlgili Hukuk**

18. 22/11/2007 tarihli ve 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun'un "Amaç" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

*"Bu Kanunun amacı; velâyet hakkı ihlâl edilerek Sözleşmeye taraf bir ülkeden diğer bir taraf ülkeye götürülen veya alıkonulan çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeye iadesine veya şahsî ilişki kurma hakkının kullanılmasına dair 25/10/1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşmenin uygulanmasını sağlamaya yönelik usûl ve esasları düzenlemektir."*

19. 5717 sayılı Kanun'un "Kapsam" kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

*"Bu Kanun, bir kişiye veya bir kuruma tek başına veya birlikte kullanılmak üzere tevdi edilmiş bulunan ve yer değiştirmenin veya alıkonulmanın gerçekleştiği sırada fiilen kullanılmakta olan velâyet veya şahsî ilişki kurulması haklarının ihlâlinden hemen önce mutad meskeninin bulunduğu taraf ülkelerden birinde bulunan çocuklara uygulanır."*

20. 5717 sayılı Kanun'un 12., 13., 14. ve 15. maddeleri

21. Lahey Sözleşmesi'nin 1. maddesi şöyledir:

*"İşbu sözleşmenin amacı:*

*a) Taraf Devletlere gayrikanuni yollardan götürülen veya alıkonan çocukların derhal geri dönmelerini sağlamak;*

*b) Taraf bir Devletteki koruma ve ziyaret haklarına, diğer taraf Devletlerde etkili biçimde riayet ettirmek."*

22. Lahey Sözleşmesi'nin 3. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

*"Bir çocuğun yer değiştirmesi veya geri dönmemesi:*

*a) Çocuğun, yer değiştirmesinden veya geri dönmemesinden hemen önce mutad ikametgahının bulunduğu Devlet kanunu tarafından, bir şahsa, müesseseye*

veya başka bir kuruma, tek başına veya müştereken verilen koruma hakkının ihlali şeklinde meydana geldiği takdirde; ve

b) Bu hak, yer değiştirme veya geri dönmeme anında tek başına veya müştereken fiili biçimde kullanılmakta veya bu olaylar meydana gelmese kullanılacak idi ise,

*Kanuna aykırı addedilir.*

(a) da söz konusu edilen koruma hakkı, özellikle, kanuni bir yetkiden, adli veya idari bir karardan veya bu Devletin kanununa göre yürürlükte olan bir anlaşmadan doğabilir.”

23. Lahey Sözleşmesi'nin 12. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

“Bir çocuğun, 3. maddede belirtildiği şekilde, kanuna aykırı olarak yeri değiştirilmiş veya çocuk alıkonulmuş ve çocuğun bulunduğu taraf Devletin adli veya idari makamına müracaat anında, yer değiştirme veya alıkonulmadan itibaren bir yıldan az zaman geçmişse, müracaatta bulunulan makam, çocuğun derhal geri dönmelerini emreder.

Yukarıdaki fıkra da öngörülen bir yıllık sürenin sona ermesinden sonra bile müracaatta bulunulursa, adli veya idari makamın, keza çocuğun geri dönmelerini emretmesi gerekir, yeter ki, çocuğun yeni çevresine intibak ettiği tespit edilmesin.”

24. Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesi şöyledir:

“Yukarıdaki madde hükümlerine rağmen, talepte bulunulan Devletin adli veya idari makamı, geri dönmeye itiraz eden kişi, kurum veya örgüt:

a) Çocuğun şahsının bakımını üstlenmiş bulunan kişi, kurum veya örgütün, yer değiştirme veya alıkoyma döneminde koruma hakkını etkili şekilde yerine getirmediğini veya yer değiştirmeye veya alıkoymaya muvafakat etmiş olduğunu veya daha sonra kabul etmiş olduğunu veya,

b) Geri dönmelerinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk olduğunu tesbit ederse, çocuğun geri dönmelerini emretmek zorunda değildir.

Adli veya idari makam keza çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün gözönünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri dönmelerini emretmeyi reddedebilir.

Bu maddede yer alan şartların değerlendirilmesinde, adli veya idari makamların, çocuğun sosyal durumuna ilişkin bilgileri, merkezi makam veya çocuğun mutlak ikametgâhı devletin diğer herhangi bir yetkili makamı tarafından sağlanan bilgileri gözönünde bulundurması gereklidir.”

25. Lahey Sözleşmesi'nin 16. ve 19. maddeleri

#### **IV. İNCELEME VE GEREKÇE**

26. Mahkemenin 2/7/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurunun 10/7/2013 tarih ve 2013/5126 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

## **A. Başvurucunun İddiaları**

27. Başvurucu, Türk vatandaşı olan eşi tarafından müşterek çocuklarının mutak mesken ülkesi olan ABD’den götürülmesi ve geri dönmesine izin verilmemesi nedeniyle, Lahey Sözleşmesi kapsamında yaptığı başvuru üzerine verilen yargısal kararda iade şartlarının oluşmadığı ve çocuğun yaşı ve annenin şefkati ile dikkatine ihtiyaç duyduğundan bahisle iade talebinin reddedildiğini, yargılama sırasında tarafların iddiaları ayrıntılı olarak incelenmeden, gerekli bilirkişi incelemesi yaptırılmadan, taraflar dinlenilmeden karar verildiğini, verilen kararda Lahey Sözleşmesi’nde yer verilen iadeyle ilişkin istisnalar göz önüne alınmadığı gibi Adalet Bakanlığı adına mahallî Cumhuriyet savcısının katılımının da sağlanmadığını, Lahey Sözleşmesi’nde iade kararının istisnaları arasında çocuğun yaşı ve annenin şefkati ile dikkatine ihtiyaç duyulması şeklinde bir istisnaya yer verilmemiş olmasına rağmen bu hususun karar gerekçeleri arasında yer aldığını, Lahey Sözleşmesi’nin temel amacının hukuka aykırı olarak mutak meskeninden uzaklaştırılan çocuğun derhâl iadesi ve uluslararası çocuk kaçırma vakalarının engellenmesi suretiyle çocuğun anne ve babasıyla doğrudan ve kişisel ilişki kurma hakkının korunması olduğunu, ancak derece mahkemelerinin iadenin istisnası olan durumları genişleten söz konusu uygulamaları nedeniyle benzer eylemlere mesruiyet tanınmasının önlenmesini amaçlayan Lahey Sözleşmesi hükümlerinin zayıflatıldığını, Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca kanun hükmünde olan Lahey Sözleşmesi hükümlerine uygun karar verilmesi gerektiğini, Lahey Sözleşmesi’nin velayet ve kişisel ilişkiye dair hukuki süreçlerin anne baba ve çocuk arasındaki ilişkiler sekteye uğratılmaksızın çocuğun mutak meskeni olan yerde yürütülmesini amaçladığını, buna rağmen derece mahkemelerince olayda tatbiki gereken Lahey Sözleşmesi’nin esasa ve usule dair hükümlerinin dikkate alınmadığını ve sonuç olarak çocuğu ile kişisel ilişkisinin engellendiğini belirterek Anayasa’nın 36., 41., 90. ve 138. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

## **B. Değerlendirme**

28. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağılı değildir. Başvurucu tarafından Anayasa’nın 36., 41., 90. ve 138. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiği iddia edilmiş olmakla beraber, ihlal iddialarının mahiyeti gereği Anayasa’nın 20., 36. ve 41. maddeleri açısından değerlendirme yapılması uygun görülmüştür.

### **1. Kabul Edilebilirlik Yönünden**

29. Başvurunun incelenmesi neticesinde, açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

### **2. Esas Yönünden**

30. Başvurucu, müşterek çocuklarının mutak mesken ülkesi olan ABD’den annesi tarafından götürülmesi ve geri dönmesine izin verilmemesi üzerine, Lahey Sözleşmesi kapsamında yaptığı başvuru üzerine verilen yargısal kararlar nedeniyle Anayasa’nın 36. ve 41. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

31. Adalet Bakanlığı görüş yazısında, benzer başvurularda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (Sözleşme) 8. maddesi bağlamında değerlendirme yapılarak 6. madde bağlamında ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmediği belirtilerek benzer kapsamda görüş hazırlandığı ifade edilmiş, Sözleşme’nin 8. maddesinin devlete negatif yükümlülüklerin yanı sıra pozitif yükümlülükler de yüklediği, çocuklar hakkında alınan tedbirler ve koruma kararlarıyla ilgili davalarda

müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği denetlenirken gösterilen gerekçelerin ilgili ve yeterli oluşu ile karar verme sürecinin adil olup olmadığının ve bu süreçte başvuruçunun Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki haklarına saygı gösterilip gösterilmediğinin denetlendiği, anne ve babanın ayrılması sonrasında da anne baba ve çocuk arasında uygun ilişkiler kurulması gerektiği belirtilmiş, AİHM önüne benzer ihlal iddialarıyla yansıyan dava ve karar örneklerine yer verilmiştir.

### a. Genel İlkeler

32. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/11/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

33. Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesi şöyledir:

*"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*

*Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.*

*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."*

34. Anayasa'nın "Ailenin korunması ve çocuk hakları" kenar başlıklı 41. maddesi şöyledir:

*"Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.*

*Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.*

*Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.*

*Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır."*

35. Sözleşme'nin "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

*"(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."*

36. Aile yaşamına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmî makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmekte olup söz konusu düzenleme Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile yaşamına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, özellikle aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır.

37. Aile yaşamındaki temel ilişkiler kadın ve erkek ile ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişkilerdir. Resmî evlilik birlikleri kural olarak aile hayatı kapsamında güvence altına alınmakta olup evlilik içinde doğan çocuklar da kendiliğinden evlilik ilişkisinin bir parçası sayılırlar. Bu çerçevede, çocuğun doğumundan itibaren çocuk ve ebeveyn arasında aile yaşamı anlamına gelen bir bağ kurulduğunun kabulü gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Gluhakovic/Hrvatistan*, B. No: 21188/09, 12/4/ 2011, §§ 54, 60). Başvuru konusu olayda, başvurunun çocuğu evlilik içinde dünyaya gelmiş olup hukuken mevcut olan ailenin bir parçasıdır. Bu bağlamda başvuru ile çocuğu arasındaki söz konusu ilişki, aile yaşamının kurulması için yeterlidir.

38. Aile yaşamının temel unsuru, aile ilişkilerinin normal bir şekilde gelişebilmesi ve bu bağlamda aile fertlerinin birlikte yaşama hakkıdır. Bu hakkın kapsamının ise aile yaşamına saygı yükümlülüğünden ayrı düşünülmesi mümkün değildir.

39. Ebeveyn ile çocukların birlikte yaşama istekleri, aile yaşamının vazgeçilmez bir unsuru olup anne ve baba arasındaki ortak yaşamın hukuken veya fiilen sona ermiş olması, aile yaşamını ortadan kaldırmaz. Ebeveyn ve çocuk arasındaki aile yaşamının, anne ve babanın birlikte yaşamaya son vermelerinin ardından da devam edeceği açık olup anne babanın ve çocuğun aile yaşamlarına saygı hakkı, belirtilen durumlarda ailenin yeniden birleştirilmesine yönelik tedbirleri de içermektedir. Söz konusu yükümlülük, yalnızca çocukların kamusal makamlarca koruma altına alınması bağlamındaki uyumsuzluklar açısından değil, ebeveyn veya diğer aile bireyleri arasındaki velayet ve kişisel ilişki tesisine ilişkin uyumsuzluklar açısından da geçerlidir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Berrehab/Hollanda*, B. No: 10730/84, 21/6/1988, § 21; *Gluhakovic/Hrvatistan*, §§ 56-57).

40. Aile yaşamına saygı hakkı kapsamında devlet için söz konusu olan yükümlülük, sadece belirtilen hakka keyfi surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak aile yaşamına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da aile yaşamına saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 23).

41. Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri; ebeveynin, mevcut olayda babanın, çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. 41. maddede her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir. Ancak bu yükümlülük mutlak olmayıp her olayın özel koşullarına bağlı olarak alınacak tedbirlerin nitelik ve kapsamı farklılaşabilmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Ignaccolo-Zenide/Romanya*, B. No:31679/96, 25/1/2000, § 94; *İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, B. No:60328/09, 3/5/2012, § 49).

42. AİHM de önüne gelen birçok davada, aile yaşamına saygının kamu makamlarına, ebeveyn ve çocuklarını bir araya getirmek şeklinde pozitif bir görev yüklediğini ve bu durumun, ayrılığa devletin değil, ebeveynin yol açtığı durumlarda dahi geçerli olduğunu, bu alandaki pozitif yükümlülüğün bireyler arasındaki ilişkiler alanında dahi aile yaşamına saygı güvence altına almak için tasarlanmış ve hem bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını hem de fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını gerektirdiğini ifade etmektedir (*Hokkanen/Finlandiya*, B. No: 19823/92, 23/9/1994, § 58; *Glaser/Birleşik Krallık*, B. No: 32346/96, 19/9/2000, § 63; *Bajrami/Arnavutluk*, B. No: 35853/04, 12/12/2006, § 52).

43. Bununla birlikte aile yaşamına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin, hangi koşullarda olumlu edimde bulunmayı gerektirdiğinin kesin çizgilerle belirlenmesi, söz konusu hak kapsamındaki ilişkilerin mahiyeti gereği kolay değildir. AİHM de özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda saygı kavramının çok kesin bir tanımının bulunmadığını ve taraf devletlerde karşılaşılan durumlar ve izlenen uygulamalardaki farklılıklar dikkate alındığında bu kavramın gereklerinin olaydan olaya önemli ölçüde değiştiğini kabul etmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Abdulaziz, Cabales ve Balkani/Birleşik Krallık*, B. No: 9214/80, 28/5/1985, § 67).

44. Anne baba ve çocukların birlikte yaşama hakkı aile hayatının esaslı bir unsuru olup anne ve baba arasındaki ilişkinin hukuken sona ermemesine rağmen anne ve baba tarafından, diğer eşe tanınan velayet ve kişisel ilişki haklarının hukuka aykırı şekilde engellenmesi durumunda da devletin bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını ve fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını sağlama yükümlülüğü, aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin bir görünümünü oluşturmaktadır. Bu bağlamda ebeveynler tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırma vakaları, aile hayatına saygı hakkı bağlamında değerlendirme yapılmasını gerektiren önemli bir dava grubudur.

45. Uluslararası çocuk kaçırmanın hem çocuklar hem de ebeveyn üzerinde çeşitli etkileri bulunmakla birlikte özellikle bu eylemin mağduru olan çocuk yalnızca diğer ebeveyn ile temasından, onlardan alması gereken sevgi, şefkat ve korunma duygusundan mahrum kalmamakta, aynı zamanda kendi ev ortamından da uzaklaşmakta ve yeni bir kültür, farklı bir yasal sistem, dil ve genellikle farklı bir sosyal yapıya nakledilmekte ve belirtilen bu farklılıklar aile hayatına saygı hakkı bağlamında ciddi sorunları gündeme getirmektedir.

46. Uluslararası çocuk kaçırma vakaları, uluslararası anlamda ciddi bir iş birliği gerektirmekte olup bu iş birliği bakımından en önemli vasıtalarından biri Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'dir. Türkiye adına 21 Ocak 1998 tarihinde imzalanan Lahey Sözleşmesi'nin onaylanması 3 Kasım 1999 tarihli ve 4461 sayılı Kanun'la uygun bulunarak 29 Aralık 1999 tarihli ve 99/13909 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmasını müteakip 15 Şubat 2000 tarihli ve 23965 sayılı

Resmî Gazete’de yayımlanmış ve onay belgesi 31 Mayıs 2000 tarihinde tevdi edilen Sözleşme, 1 Ağustos 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

47. Lahey Sözleşmesi en basit ifadesiyle, yasa dışı kaçırılan veya taraf devletlerden birinde alıkonulan çocuğun ivedi şekilde iadesini öngörerek ebeveyn tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırma vakalarının çözümü hususunda hızlı bir prosedür öngörmekte olup Lahey Sözleşmesi’ne taraf bir devlette mutad olarak ikamet eden çocuğun, diğer bir taraf devlete yasa dışı kaçırılması veya orada alıkonulması durumunda Sözleşme’de yer verilen sınırlı sayıdaki istisnai hâller dışında, çocuğun bulunduğu ülke yetkili makamlarının, çocuğu mutad ikametgâhı olan ülkesine ivedi şekilde iade etmesi zorunludur.

48. Anne veya baba tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırma vakalarında, devletin aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin değerlendirilmesi açısından Lahey Sözleşmesi hükümleri önemli bir yer tutmaktadır.

49. Sözleşme iade prosedürüne ilişkin genel çerçeveyi çizmekle beraber, iade başvurusunun adli prosedürü hakkında bir hüküm içermemekte, süreçte yer alan yetkili makamların ve prosedürün tesisini taraf devletlere bırakmaktadır. Türkiye de Lahey Sözleşmesi’nin uygulanabilirliği için pozitif hukukunda ve uygulamasında bazı düzenlemeler öngörmüş olup 5717 sayılı Kanun’un kabulü, bu noktada atılan en önemli adımdır. 5717 sayılı Kanun öncesinde Lahey Sözleşmesi’nin uygulanmasına ilişkin olarak Adalet Bakanlığının 1/1/2006 tarihli ve 65 sayılı Genelgesi kapsamında yürütülen uygulama, böylece daha sağlam bir yasal çerçeveye kavuşmuştur. Ayrıca 65 sayılı Genelge, 5717 sayılı Kanun’un hükümleriyle uyum sağlaması açısından 16/11/2011 tarihli ve 65/2 sayılı Genelge ile güncellenmiştir.

50. AİHM’in birçok kararında da Lahey Sözleşmesi’nin muhtelif yönlerine işaret edildiği ve bu davalarda Mahkemece, Sözleşme’nin özellikle 8. maddesinin Lahey Sözleşmesi ışığında yorumlandığı görülmektedir. Bunun yanı sıra AİHM, Sözleşme’nin 6. maddesi bağlamında ve ağırlıklı olarak makul sürede yargılanma hakkı özelinde, Lahey Sözleşmesi hükümlerini ve uygulamasını da nazara alarak değerlendirmelerde bulunmakta, yapılan inceleme sırasında makul süre koşulu değerlendirilirken kullanılan davanın karmaşıklığı, tarafların tutumu, yetkili makamların tutumu ve başvurusunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği kriterlerinden özellikle son ölçüte vurgu yapıldığı anlaşılmaktadır. AİHM’e göre koruma hakkına ilişkin davalar, işte tam da bu nedenle süratle neticelendirilmesi gereken davalardır. Mahkeme, Sözleşme’nin boşlukta yorumlanmayıp uluslararası hukukun genel ilkeleriyle uyumlu şekilde yorumlanmak zorunda olduğunu belirtmekte ve bu bağlamda, uluslararası çocuk kaçırma meselelerinde Sözleşme’nin 8. maddesinin aile hayatına saygı hakkı kapsamında Sözleşmecî Devletlere yüklediği yükümlülüklerin, Lahey Sözleşmesi hükümleri dikkate alınarak yorumlanması gereğine işaret etmektedir (*Neulinger ve Shuruk/İsviçre*, B. No: 41615/07, 6/7/2010, §§ 131-132).

51. Bu bağlamda AİHM, ulusal mahkemeler tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle ulusal mahkemelerin Lahey Sözleşmesi hükümlerini yorumlayıp uygularken Sözleşme’deki ve özellikle 8. maddedeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahip olduğunu vurgulamakta, yaptığı denetime temel aldığı önemli bir ilke olan ikincillik ilkesi gereği, ulusal mahkemelerin iade veya iadeyi red konusundaki takdirini değerlendirmeye tabi tutmamakta ancak ulusal mahkemeler tarafından ulaşılan sonucun Sözleşme’nin 8. maddesinde öngörülen standartlara uygun bir denge sağlayıp sağlamadığını ve ulaşılan sonucun bu yönüyle aile hayatının korunması hakkının ihlali anlamına gelip gelmediğini incelemektedir.

52. Lahey Sözleşmesi kapsamında AİHM'in, koruma ve ziyaret hakkıyla ilgili çok sayıda kararı bulunmaktadır. Belirtilen kararlarda Mahkemenin, Lahey Sözleşmesi'ni özellikle pozitif yükümlülükler bağlamında yorumladığı görülmektedir. Bu kapsamda Mahkeme, örneğin Lahey Sözleşmesi çerçevesindeki mükellefiyetler uyarınca çocuğun ivedi olarak iadesinin sağlanması hususunda yeterli önlemlerin alınmasında başarısız olunması, çocuğun mutlak ikametine dönüşünün sağlanmasında özenli davranılmaması ve iadeye ilişkin talep hakkında yürütülen yargılamanın gereğinden uzun sürmesi nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmektedir (*Iglesias Gil ve A. U. I./İspanya*, B. No: 56673/00, 29/4/2003, §§ 56-63; *Sylvester/Avusturya*, B. No: 86/03, 24/4/2003, §§ 67-72; *Carlson/İsviçre*, B. No: 49492/06, 6/11/2008, §§ 70-82; *Serghides/Polonya*, B. No: 31515/04, 2/11/2010, §§ 72-75). Mahkemeye göre ebeveynin çocuk ile birlikte yaşamaya devam etmeleri, Sözleşme'nin 8. maddesinin birinci paragrafı anlamında aile hayatının temel bir unsurunu oluşturmaktadır. Sözleşme'nin 8. maddesi, ebeveynin çocuğu ile yeniden birleşmesini sağlayacak önlemlerin alınmasını talep hakkının yanı sıra ulusal makamların bu önlemleri alma yükümlülüğünü de kapsamaktadır. Bu husustaki belirleyici nokta, uygulamadaki mevzuat ya da mahkeme kararlarıyla ebeveyne tanınan velayet, ziyaret ya da birlikte yaşama hakkının icrasını kolaylaştırma noktasında kendilerinden beklenen bütün makul önlemlerin ulusal makamlarca alınıp alınmadığıdır. Bu alanda Sözleşme'nin 8. maddesinin Sözleşmeciler Devletlere yüklediği pozitif yükümlülükler ise Lahey Sözleşmesi ışığında yorumlanmaktadır (*Neulinger ve Shuruk/İsviçre*, § 132).

53. Türk hukukunun da bir parçası hâline gelmiş olan Lahey Sözleşmesi'nin, aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülüklerin tespiti ve uygulanması noktasında yön verici hükümler içerdiği görülmektedir. Bu nedenle Anayasa'nın 20 ve 41. maddelerinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkı bağlamında devlete düşen pozitif yükümlülüklerin tespitinde, söz konusu Sözleşme hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekir.

54. Lahey Sözleşmesi'nin amaçları, taraf devletlere gayrikanuni yollardan götürülen veya bu devletlerde yine kanuna aykırı şekilde alıkonulan çocukların derhâl iadelerini temin etmek ve taraf bir devletteki koruma ve ziyaret haklarına, diğer taraf devletlerde etkili biçimde riayet edilmesini sağlamaktır. Lahey Sözleşmesi kaçırılan veya kanuna aykırı şekilde alıkonulan çocuğun acilen mutlak ikametgâhı olan ülkesine iadesini sağlayarak bu vakadan önceki mevcut durumu (status quo) yeniden tesis etmeyi amaçlamakta, bu bağlamda aile bağlarının sürdürülebilirliğine önemli katkı sunmaktadır. Lahey Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulabilmesi için çocuğun mutlak meskeninin taraf devletlerden birinde bulunması gerekmekte olup bununla kastedilen çocuğun fiilî yaşam merkezidir. Lahey Sözleşmesi kapsamında hukuka aykırı bir yer değiştirme veya alıkoyma durumunun varlığının ve bir koruma hakkı ihlali bulunup bulunmadığının tespiti de mutlak mesken hukukuna göre yapılmaktadır. Yani Lahey Sözleşmesi'nin öngördüğü güvencelerden yararlanılabilmesi için çocuğun yer değiştirmesi veya geri dönmemesi, çocuğun mutlak meskeni hukukuna göre hukuka aykırı addedilmelidir. Lahey Sözleşmesi'nde kastedilen mutlak mesken, belirtilen yer değiştirme eyleminden hemen önce çocuğun fiilî yaşam merkezi konumunda olan yerdir. Bunun yanı sıra her bir hukuk sistemi koruma hakları bakımından farklı bir terminolojiye sahip olduğundan Lahey Sözleşmesi uygulaması açısından çocukların bakım ve gözetimlerine dair hakların nasıl adlandırıldıklarından ziyade belirtilen hakların hangi yetki ve görevleri kapsadığının nazara alınması gerekmektedir.

55. Lahey Sözleşmesi uyarınca taraf devletler ülke sınırları içinde, Sözleşme'nin amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere uygun bütün önlemleri almak ve bu amaç doğrultusunda en süratli usullere başvurmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük ilgili

vakalarda aile hayatına saygı hakkının öngördüğü pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi açısından oldukça önemlidir.

56. Lahey Sözleşmesi kapsamına giren bir talebin varlığı hâlinde Lahey Sözleşmesi'nin 11. maddesi uyarınca tüm taraf devletlerin adli ve idari makamlarının, çocuğun geri dönmesini temin etmek maksadıyla en kısa zamanda gerekli girişimlerde bulunma yükümlülükleri vardır. Esasen iade prosedürü için belirli süre sınırlamaları öngörülmesinin nedeni, çocuğun kaçırıldığı veya alıkonulduğu ülkedeki yaşam şartlarına alışmasının, bu suretle çocuk için yeni bir yaşam alanı ve mutlak mesken oluşmasının ve velayet veya kişisel ilişki hakkı, hukuka aykırı olarak elinden alınan anne baba ile çocuk arasında sürdürülmesi gereken ilişkilerin zarar görmesinin engellenmesidir.

57. Lahey Sözleşmesi kapsamındaki bir iade talebinde, çocuğun bulunduğu yerin tespiti akabinde çocuğu yanında bulunduran ebeveynin dostane çözümü kabul etmemesi hâlinde Sözleşme'nin 7. maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendi uyarınca çocuğun iadesinin sağlanması için yargı yoluna başvurulmaktadır. Sözleşme'nin Türkiye uygulaması açısından iade talebinde bulunan kişi, kurum veya kuruluş adına tüm yasal işlemler, Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafından yürütülmektedir. Çocuğun iadesi davalarında görevli mahkeme, 5717 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca aile mahkemeleri, aile mahkemesi bulunmayan yerlerde ise asliye hukuk mahkemeleri olup yetki ise çocuğun bulunduğu tespit edilen yer mahkemesindedir.

58. Lahey Sözleşmesi kapsamında kural ivedi iade olmakla birlikte, zorunlu iade kararının bir dizi istisnası bulunmaktadır. Bu istisnalar Sözleşme'nin 13. ve 20. maddelerinde yer almakta olup ilgili hükümlerin yargısal makamlara çocuğun iadesini reddetme yetkisi tanıdığı görülmektedir. Sözleşme'nin temel amacı, çocuğun mutlak meskeni olan ülkesine iade edilmesini sağlayarak koruma hakkının nasıl düzenlenmesi gerektiğinin çocuğun üstün menfaatleri nazara alınmak suretiyle mutlak mesken yargı makamlarınca belirlenmesidir. Bununla birlikte yer değiştirmenin veya alıkoymanın geçerli sebeplerinin bulunabileceği veya iadenin çocuğa ciddi zararlar verebileceği durumların olabileceği gerçeği karşısında, belirtilen istisna hükümlerine yer verilmek suretiyle Sözleşme uygulamasında bazı güvence hükümlerine yer verilmek istenildiği anlaşılmaktadır.

59. Uygulamada yaygın olarak ortaya çıkan istisna, Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer almaktadır. Söz konusu düzenleme, ilgili yargısal makamlara, geri dönmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağının veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceğinin tespit edilmesi hâlinde iadeyi reddetme yetkisi vermektedir. Ancak ilgili hüküm, koruma hakkının esasını değerlendirmek için bir vasıta olarak kullanılamaz. Bunun yanı sıra belirtilen istisna, çocuğun üstün yararı kavramıyla eş değer olmayıp bu istisna hüküm, belirli inanç ve düşünceler doğrultusundaki hassasiyetler ve farklılıkların bir iadeyi ret nedeni olarak algılanmasını da içermemektedir. Önemli risk veya müsamaha edilemeyecek durumun klasik görünüşleri, çocuk istismarı (fiziksel ve/veya cinsel) ve aile içi şiddet iddialarını içeren vakalardır. Bu durumlarda iade talebi, önemli risk veya müsamaha edilemeyecek durum gerekçesine istinaden reddedilebilmektedir (Bkz. *E. Pérez-Vera*, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, § 27-34, <http://www.hcch.net/upload/exp128>). Bu bağlamda Lahey Sözleşmesi'nin iadeyi sağlama amacı muhafaza edilirken aynı zamanda iade üzerine çocuğun güvenliğini sağlamak için güvenli iade kararlarının fonksiyonunun, titiz bir araştırma ve öngörülü bir uygulama gerektirdiği anlaşılmaktadır.

60. Lahey Sözleşmesi bir bütün olarak uluslararası çocuk kaçırma olgusunun tüm devletler tarafından reddi ve bu vakalarla uluslararası düzeyde mücadele etmenin en iyi

yolunun, belirtilen vakalar sonucu oluşan mevcut durumlara yasal olarak tanıma şeklinde bir himaye sağlanmaması olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Bu nedenle Lahey Sözleşmesi'nin öncelikli hedefi olan iade amacı da nazara alınarak belirtilen istisna hükümleri ile çocuğun menfaatleri arasındaki hassas dengenin gözetilmesi noktasında azami özen gösterilmesi zaruridir. Bu dengenin kurulması, söz konusu vakalar özelinde devletin aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerinin icrası ile yakından ilgilidir.

61. Bu kapsamda, Lahey Sözleşmesi çerçevesinde çocuğun iadesine ilişkin olarak verilen kararın, koruma hakkının esasını etkileyen bir karar olamayacağı, Sözleşme kapsamındaki iade taleplerinin, bir velayet/koruma hakkı davası olmadığı, iade kararının da koruma hakkı/velayet kararı olmayıp bu kararın yalnızca çocuğun, koruma ve ziyaret hakkının esasına ilişkin karar vermesi en uygun olan yargı alanına iadesini sağlamayı amaçladığı kabul edilmektedir. İade kararının, koruma hakkının esasına ilişkin bir karar olmadığı, Lahey Sözleşmesi'nin 19. maddesinde açıkça ifade edildiği gibi 5171 sayılı Kanun'un 12. ile 15. maddelerinde de dile getirilmektedir. Bu bağlamda koruma hakkıyla ilgili uyuşmazlığın esasına dair ilave prosedür, çocuğun iadesini müteakip, mutad meskeni yetkili makamlarınca yerine getirilecektir. Zira mutad mesken, çocuğun yer değişikliğinden önce belirli bir süre yaşadığı ve bu kapsamda çocuk için en uygun koruma hakkı süjesinin belirlenmesi hususundaki delillerin birçoğunun bulunduğu yerdir.

62. Mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmek, öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanındadır. İç hukukun genel olarak uluslararası hukuka veya uluslararası anlaşmalara atfı yaptığı hâllerde de durum böyledir. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle mahkemelerin Lahey Sözleşmesi hükümlerini yorumlayıp uygularken Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahiptir.

## **b. Müdahalenin Mevcudiyeti**

63. Mevcut olayda başvurucunun çocuğunun ülkeden çıkarılmasının, babanın velayet ve bu kapsamda çocukla ilişki kurma hakkı üzerinde etkili olduğunda kuşku yoktur. Bu bağlamda somut başvuru açısından, çocuğun iadesi talebinin reddedilmesi suretiyle başvurucunun çocuğu ile ilişki kurma hakkı konusundaki kısıtlamanın, aile hayatına saygı hakkına bir müdahale oluşturduğu açıktır.

## **c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadağı**

64. Anayasa'nın 20. maddesinde bu hakkın tüm boyutlarına ilişkin olmadığı anlaşılan birtakım sınırlama sebeplerine yer verilmiş olmakla beraber özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların dahi hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak da bu hakların sınırlanması mümkün olabilmektedir. Bu noktada Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri, işlevsel niteliği haizdir (*Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 33).

65. Anayasa'nın “*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*” kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

*“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”*

66. Belirtilen Anayasa hükmü, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasa’da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler göz önünde bulundurularak sınırlandırılabilceğini ortaya koymaktadır. Anayasa’nın bütünselliği ilkesi çerçevesinde, Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan, belirtilen düzenlemede yer alan başta yasa ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence ölçütlerinin, Anayasa’nın 20. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği aşktır (*Sevim Akat Eşki*, § 35).

### **i. Kanunilik**

67. Hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlanması ölçütü anayasa yargısında önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün yani müdahalenin hukuki bir temelini mevcut olup olmadığıdır (*Sevim Akat Eşki*, § 36).

68. Uluslararası çocuk kaçırma vakaları kapsamındaki idari ve yargısal prosedüre ilişkin olarak Lahey Sözleşmesi’nin ve 5717 sayılı Kanun’un ilgili maddelerinde ayrıntılı düzenlemelere yer verilmektedir. Başvurucunun aile yaşamının uygulamada ve etkili bir şekilde korunmasını güvence altına alan yasal bir çerçevenin mevcut olduğu ve çocuğun iadesi isteminin reddine dair başvuruya konu uygulamanın, belirtilen hükümler temelinde yürütüldüğü anlaşılmaktadır. Derece mahkemesi kararlarının Türkiye tarafından kabul edilmiş olan Lahey Sözleşmesi ve bu kapsamda yürürlüğe konulan 5717 sayılı Kanun’a dayandığı anlaşılmakla, çocuğun iadesi talebinin reddine dair karar, yeterli bir hukuki temele sahiptir.

### **ii. Meşru Amaç**

69. Anayasa’nın 41. maddesinin ikinci fıkrasında devletin, çocukların korunması için gerekli tedbirleri alacağı, teşkilatı kuracağı; dördüncü fıkrasında ise her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirlerin öngörüleceği belirtilmiştir. Somut başvuru açısından çocuğun iadesi talebinin reddine ilişkin kararlarda, derece mahkemelerinin çocuğun sağlık ve güvenliğinin temini şeklinde meşru bir amaç izlediği, bu çerçevede başvuruya konu müdahalenin meşru temellere dayandığı anlaşılmaktadır.

### **iii. Demokratik Toplum Düzeninde Gerekli Olma ve Ölçülülük**

70. Kanuni dayanağı bulunan ve meşru amaç taşıyan müdahalenin, ihlal teşkil etmemesi için Anayasa’nın 13. maddesinde yer verilen demokratik toplum düzeninde gereklilik, hakkın özüne dokunmama ve ölçülülük şeklindeki güvence ölçütlerine uygun olması gerekir.

71. Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümtüyle kullanılamaz hâle getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de bağdaştığı kabul edilemez. Demokratik hukuk devletinin amacı kişilerin, hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. Bu nedenle getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil; koşulları, nedeni, yöntemi ve kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi unsurların tamamı demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir (*Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, § 46).

72. Hakkın özü, dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan asli çekirdeği ifade etmekte olup bu yönüyle her temel hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan güvencesi sağlamaktadır. Bu çerçevede, hakkın kullanılmasını

önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hâle getiren veya ortadan kaldıran sınırlamaların, hakkın özüne dokunduğu kabul edilmelidir. Aile hayatına saygı hakkı bağlamında da bu hakkın ortadan kaldırılması, kullanılamaz hâle getirilmesi veya kullanılmasının aşırı derecede güçleştirilmesi sonucunu doğuran müdahalelerin, bu hakkın özünü zedeleyeceği açıktır. Ölçülülük ilkesinin amacı da temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesidir. Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden zorunluluk ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesi anlamına gelen orantılılık unsurlarını içermektedir (*Serap Tortuk*, § 47; AYM, E.2012/100, K.2013/84, K.T. 4/7/2013).

73. Anayasa'nın 13. maddesi vasıtasıyla Anayasa'da yer alan tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda geçerli olan bu denge, aile hayatına saygı hakkının sınırlandırılmasında da göz önünde bulundurulmalıdır. Aile hayatına saygı hakkının sınırlanması mümkün olmakla beraber, sınırlamada öngörülen meşru amaç ile sınırlandırma aracı arasında orantısızlık bulunmamalı, sınırlandırma ile ulaşılacak yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmelidir. Bu noktada, belirtilen ölçütlere riayetle bir sınırlandırma yapılıp yapılmadığının tespiti için müdahale teşkil ettiği ve aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği iddia edilen önlemin temelini oluşturan meşru amaç karşısında, bireye düşen fedakârlığın ağırlığının göz önünde bulundurulması ve özellikle velayet ve kişisel ilişkiye ilişkin uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda ebeveyn ve çocuğun menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

74. Bu alandaki belirleyici mesele; çocuğun, anne babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasında, devletin kendisine tanınan takdir alanı içinde bu konuda adil bir denge kurup kurmadığıdır. Ancak bu denge kurulurken velayet ve kişisel ilişki hakkıyla ilgili meselelerde çocukların menfaatlerinin üstün bir öneme sahip olduğu unutulmamalıdır. Bununla birlikte, söz konusu haklar arasında denge kurulurken ebeveynin çocukla düzenli ilişkide bulunmaları gereği de dikkate alınması gereken bir diğer önemli faktördür (*İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, § 52).

75. Her çocuk, menfaatleri aksini gerektirmedikçe ebeveyni ile doğrudan ve düzenli olarak kişisel ilişkisini sürdürme hakkına sahiptir. Çocuğun menfaati; bir yandan, söz konusu ailenin sağlıklı olması durumu hariç, ailesiyle bağlarını sürdürmesi gerektiğine işaret etmekte, öte yandan çocuğun sağlıklı ve güvenli bir çevrede gelişimini sürdürmesini içermektedir. Aynı düşünce Lahey Sözleşmesi için de geçerli olup Sözleşme, çocuğun geri döndürülmesi, çocuğu ağır fiziksel veya psikolojik zarar riskine maruz bırakmadıkça veya başka bir şekilde katlanılmaz bir duruma sokmadıkça kural olarak kaçırılan çocuğun ivedi olarak iadesini gerektirmekte ve bu şekilde aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğini amaçlamaktadır.

76. AİHM de somut olay benzeri vakalarda, çocuğun ve ebeveynin menfaatlerine ilişkin değerlendirmenin ulusal yargı makamlarınca yapılması gerektiğini kabul etmekle birlikte, uyuşmazlığa ilişkin yargılama prosedürünün adil olması ve ilgililere bütün haklarını kullanabilme olanağı sağlaması gerektiğini ifade etmekte ve bu bağlamda ulusal mahkemelerin özellikle olgusal, duygusal, psikolojik, maddi ve tıbbi nitelikteki bütün faktörler ile ailenin durumunu derinlemesine inceleyip incelemediğini ve kaçırılmış çocuğun iadesine ilişkin başvuru bağlamında çocuğun yüksek menfaatlerini tespit etmek suretiyle ilgili kişilerin de yararlarına ilişkin makul bir değerlendirme ve dengelemede bulunulup

bulunulmadığını belirlemek durumunda olduğunu belirtmektedir (İlker Ensar Uyanık/Türkiye, § 52; Neulinger ve Shuruk/İsviçre, § 139).

77. Başvuruya konu yargısal uygulamanın yukarıda belirtilen meşru temellere dayandığı açık olmakla birlikte başvurucunun aile hayatına bir müdahale teşkil ettiği anlaşılan sınırlamanın, belirtilen hakkın özüne dokunarak onu anlamsız kılacak ölçüde olmaması gerekmektedir.

78. Kamusal makamların izlenen meşru amaçlar bağlamında bir hakkın sınırlandırılması sürecinde takdir yetkisi bulunmakla birlikte belirtilen takdir yetkisi, her bir vaka özelinde ayrı bir kapsama sahiptir. Güvence altına alınan hakkın veya hukuksal yararın niteliği ve bunun birey bakımından önemi gibi unsurlara bağlı olarak bu yetkinin kapsamı daralmakta veya genişlemekte ve özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda bu yükümlülüklerin türü ve kapsamı her bir olay özelinde farklı değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir.

79. Kamu makamları somut olay benzeri uyumsuzluklarda, anne ve baba arasındaki iş birliğini kolaylaştıracak tedbirleri almakla yükümlüdür. Çocuğun, anne babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasındaki dengenin kurulmasında ilgili kamu makamları belirli bir takdir alanına sahip olmakla birlikte burada önemli olan husus, ilgili makamların ailenin yeniden bütünlüşmesini kolaylaştırmak için olayın özel şartlarının gerektirdiği her türlü tedbiri almış olup olmadıklarıdır.

80. Şüphesiz çocuğun üstün yararının ne olduğuna ilişkin tespit, bu tür davalarda dikkate alınması gereken en önemli unsurdur. Bu bağlamda ilgili taraflarla doğrudan temas hâlinde olan yargısal organların, belirtilen hususun tespiti noktasında daha avantajlı konumda olduğu açıktır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin görevi, derece mahkemelerinin yerine geçerek uluslararası çocuk kaçırma vakalarına ilişkin iade taleplerinde iadenin gerekliliği hususunun bizzat tanzim ve tespiti olmayıp ilgili anayasal normlar bağlamında, derece mahkemelerinin kendilerine tanınmış olan takdir yetkileri çerçevesinde hareket edip etmediklerinin denetlenmesidir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin görevi, somut olay açısından çocuğun ABD'ye iadesi hâlinde Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesi anlamında ağır bir psikolojik zarara maruz kalma riski bulunup bulunmadığı konusunu inceleyen derece mahkemelerinin yerini almak değildir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin Lahey Sözleşmesi'nin hükümlerini yorumlayıp uygularken anne baba ile çocuğun ve kamunun menfaatleri arasında kurulması gereken dengeyi tespit etmek suretiyle Anayasa'nın 20. maddesindeki güvenceleri koruyup korumadıklarını belirleme yetkisine sahiptir. Bu nedenle derece mahkemelerince varılan sonucun Anayasa'nın 20. maddesine uygun olup olmadığının yani çocuğun ABD'ye iade edilmemesi yönündeki kararın başvurucunun aile yaşamına saygı hakkına orantılı bir müdahale olup olmadığının karara bağlanması gerekmektedir.

81. Lahey Sözleşmesi'nde yer verilen iadenin istisnası hükümleri kapsamında, iadeye ilişkin gerekliliğin belirlenmesinin yanı sıra bu tür olaylarda bir tedbirin yeterli olup olmadığı, tedbirin hızla uygulanmasıyla birlikte değerlendirilmelidir. Zira velayet ve kişisel ilişki tesisi hususundaki davalar, zamanın geçmesi çocuğun birlikte yaşamadığı ebeveyn ile arasındaki ilişkiler üzerinde telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabileceğinden ivedi şekilde sonuçlandırılmalıdır. Lahey Sözleşmesi de bu kabul doğrultusunda hukuka aykırı olarak ülkeden çıkarılan veya Sözleşmeci Devlette ahkonulan bir çocuğun hemen geri döndürülmesini sağlamak için bir dizi tedbir öngörmüştür. Aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki uyumsuzluklarda, pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi hususunda, ilgili idari ve yargısal işlemlerin süratle yerine getirilmesi kadar, karar oluşturma sürecinin ilgili kişilerin görüşlerini tam olarak sunabildikleri adil bir süreç olmasının sağlanması da

önemlidir. Bu çerçevede, Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülük değerlendirmesinin içeriğine, ilgili yargısal süreçlerin ivedi şekilde, tarafların katılımına açık ve adil yargılanma hakkının usule ilişkin gereklerine riayetle yürütülmesi şeklindeki usule ilişkin yükümlülüğün de eklenmesi gerekmektedir.

82. AİHM de ebeveyn ve çocuklar arasındaki ilişkileri konu alan uyuşmazlıklar açısından, söz konusu yargılamaların adil yargılanma hakkının usule ilişkin gereklerini haiz olması ve ilgili ebeveyn ve çocuğu birleştirmek için uygun tedbirlerin alınması gereğini birlikte ele almakta ve söz konusu vakaların birçoğunda Sözleşme'nin 6. maddesi açısından ayrıca bir değerlendirme yapmamaktadır (*Amanalachioai/Romanya*, B. No:4023/04, 26/5/2002, § 63, *İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, § 33).

83. Derece mahkemelerinin, söz konusu iade taleplerinin değerlendirilmesinde, aile hayatı kapsamındaki ilişkilerin sürdürülebilir ve etkili olmasını temin edecek şekilde hareket etmesi zaruridir. Bu kapsamda özellikle müdahalenin ölçülülüğü noktasında, derece mahkemelerinin takdir yetkilerini makul ve sağduyulu bir şekilde kullanıp kullanmadıkları hususunu değerlendirme durumunda olan Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığını incelemek durumundadır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, § 54).

84. Derece mahkemelerinin, takdirlerinin gerekçelerini, ilgili ebeveynin kanun yoluna müracaat imkanını da etkili şekilde kullanabilmelerini sağlayacak surette ayrıntılı olarak ortaya koymaları ve ulaşılan sonuçların yeterli açıklıktaki bilimsel görüş ve raporlar gibi yeterli ve objektif verilere dayandırılması gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Saviny/Ukrayna*, B. No: 39948/06, 18/12/2008, §§ 56-58; *Gluhakovic/Hırvatistan*, § 62).

85. Başvuru konusu yargısal sürecin değerlendirilmesinden, müşterek çocuğun mutut meskeni olan ABD'den annesi tarafından götürüldüğü ve geri dönmeye izin verilmediği iddiası ile başvuru tarafından Lahey Sözleşmesi kapsamında iade talebinde bulunduğu, ABD Dışişleri Bakanlığı tarafından talebin, Lahey Sözleşmesi kapsamında Türk Merkezi Makamı konumunda olan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne iletildiği, Genel Müdürlük tarafından 19/1/2012 tarihinde, çocuğun iade işlemlerinin başlatılması için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına bildirimde bulunduğu, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 11/6/2012 tarihli davaname ile Ankara 7. Aile Mahkemesinin E.2012/757 sayılı dosyası üzerinde iade davası açıldığı görülmektedir. Mahkemece 16/6/2012 tarihinde düzenlenen tensip zaptı sonrasında iki duruşma icra edilerek 1/10/2012 tarihinde uyuşmazlığın karara bağlandığı, ret gerekçesi olarak tarafların müşterek bir çocuklarının bulunduğu ve tarafların ABD'de yaşadıkları; davalı kadının, kız kardeşinin düğünü için müşterek çocuk ile birlikte Türkiye'ye geldiği, akabinde Ankara 9. Aile Mahkemesinin E.2011/1268 sayılı dosyası üzerinde boşanma davası açtığı, söz konusu dava kapsamında çocuğun geçici velayetinin anneye verildiği ve başvuru baba ile kişisel ilişki tesisine karar verildiği, Lahey Sözleşmesi'nin 12. maddesinde düzenlenen derhâl iade koşullarının oluşmadığı, çocuğun yaşı, anneye muhtaç hâli de dikkate alınarak talebin reddi yönünde tam bir vicdani kanaat oluştuğunun ifade edildiği, kararın temyiz ve karar düzeltme kanun yollarından geçerek 16/5/2013 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır.

86. Bu çerçevede, iade talebine ilişkin idari ve adli sürecin, talebin ABD merkezi makamına iletildiği 3/11/2011 tarihinden itibaren yaklaşık bir yıl altı aylık bir zaman diliminde tamamlandığı, yargılama sürecinin ise temyiz ve karar düzeltme aşamaları da dâhil bir yıldan az bir süreci kapsadığı anlaşılmaktadır. Başvurucunun iade sürecinin ivedi olarak yürütülmesi ile ilgili bir iddiası olmamakla beraber, söz konusu sürecin ivedi olarak

tamamlanması noktasında ilgili kamu makamları tarafından gereken hassasiyetin gösterildiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte başvuru, yargılama sürecinde tarafların iddiaları ayrıntılı olarak incelenmeden, gerekli bilirkişi incelemesi yaptırılmadan, taraflar dinlenilmeden karar verildiğini ve Adalet Bakanlığı adına mahallî Cumhuriyet savcısının katılımının da sağlanmadığını belirterek yargılamada usule ilişkin olanakların temin edilmediğini iddia etmektedir. İlgili yargılama evrakının incelenmesinden, başvurunun çocuğun iadesi talebiyle açılan dava sürecine 20/7/2012 tarihli dilekçe ile katılma talebinde bulunduğu, akabinde 27/7/2012 tarihinde cevap dilekçesi ibraz ederek iddia ve savunmalarını yazılı olarak sunduğu ve delil olarak esasen Genel Müdürlük nezdinde yürütülen süreçte ibraz ettiği belgelere dayandığı, yargılama sürecinde 12/9/2012 tarihli celsede taraflara delillerini ibraz hususunda süre verildiği ancak takip eden celsede başvuru vekili tarafından daha önce delillerini dosyaya ibraz etmiş olmaları nedeniyle ek delil sunmadıklarının ve aşamalarındaki beyanlarını tekrar ettiklerinin belirtildiği görülmektedir. Başvuru vekili tarafından cevap dilekçesi ekinde delil olarak bilirkişi deliline de dayanılmakla birlikte Lahey Sözleşmesi'nin 12. maddesinde düzenlenen derhâl iade koşullarının oluşmadığı; çocuğun yaşı, anneye muhtaç hâli de dikkate alınarak talebin reddi gerektiği yönünde karar veren ilk derece mahkemesince bu kapsamda bilirkişi incelemesine başvurulmadığı anlaşılmaktadır. Başvuru ayrıca Adalet Bakanlığı adına mahallî Cumhuriyet savcısının yargılama sürecine katılımının sağlanmamasının da usule ilişkin bir eksiklik olduğunu belirtmekle birlikte, söz konusu usul eksikliğinin yargılama süreci ve sonucu üzerindeki menfi etkisine dair açıklamada bulunulmadığı gibi ilk derece mahkemesi kararının ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından usul ve esasa ilişkin yönlerden temyiz edildiği görülmektedir. Bu kapsamda, derece mahkemelerinin, başvuranın bir avukatla kendini temsil ettirebildiği, delillerini sunabildiği ve karşı tarafın iddialarına itiraz edebildiği bir yargılama prosedürü neticesinde karar verdiği anlaşılmaktadır.

87. Bununla birlikte başvuru, iade davasında Lahey Sözleşmesi'nin esasa ve usule dair hükümlerinin dikkate alınmadığını, derece mahkemelerinin karar gerekçelerinin Lahey Sözleşmesi'nde belirtilen prensiplere aykırı olduğunu ve bu kapsamda çocuğu ile kişisel ilişkisinin engellendiğini iddia etmektedir. İlk derece mahkemesi kararında, Lahey Sözleşmesi'nin 12. maddesinde düzenlenen derhâl iade koşullarının oluşmadığı; çocuğun yaşı, anneye muhtaç hâli de dikkate alınarak talebin reddi gerektiğinin belirtilmesine rağmen çocuğun Türkiye'de bulunmasının ilgili Sözleşme hükümleri uyarınca yasal olup olmadığı ve iade kararına temel alınacak olan mutad meskenin neresi olduğu ve nasıl tespit edildiği ile Sözleşme'nin 12. maddesindeki iade şartlarının hangi suretle gerçekleşmediği hususlarında hiçbir açıklamaya yer verilmediği görülmekte, Yargıtay onama ilamında ise ilk derece mahkemesince iadedden kaçınma koşullarının oluşmadığının ve Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin nazara alındığının anlaşıldığı ifade edilmektedir. İlgili Cumhuriyet Başsavcılığının temyiz dilekçesinde, Lahey Sözleşmesi ve 5717 sayılı Kanun hükümlerinde mutad meskenin tespiti ve çocuğun mutad mesken ülkesine iadesinin öngörülmesine karşın davanın velayet hükümlerine göre çözümlenmesi yoluna gidildiği ve olayda uygulama yeri olmayan çocuğun küçüklüğü ve anneye ihtiyacı gibi öznel ölçütlerle dayanılarak sonuca gidildiği tespitlerine yer verilmesine ve başvurunun da aynı yöndeki itirazlarına rağmen derece mahkemelerince söz konusu istisna hükümleri ve somut olaya uygulanabilirlikleri hususunda bir inceleme yapılmadığı gibi bu hususta bir açıklamada da bulunulmadığı nazara alındığında karar gerekçelerinin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığı, bu hakka orantılı bir müdahalede bulunulmadığı anlaşılmaktadır.

88. Açıklanan nedenlerle başvurunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Celal Mümtaz AKINCI bu görüşte katılmamıştır.

89. Başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmış olup bu kapsamda yapılan tespitler çerçevesinde, başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasının ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

### 3. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

90. Başvurucu, ihlalin tespitiyle uyuşmazlık hakkında yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

91. Adalet Bakanlığı görüşünde, ihlal sonuçlarının giderimine ilişkin görüş bildirilmemiştir.

92. 6216 sayılı Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

*"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."*

93. Mevcut başvuruda Anayasa'nın 20. maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiş olmakla birlikte Ankara 9. Aile Mahkemesinin E.2011/1268 sayılı dosyası üzerinde açılan boşanma davası sonucunda velayet ve kişisel ilişki hakkının esasına dair kurulan hükmün derece mahkemelerinden geçerek 13/10/2014 tarihinde kesinleştiği, söz konusu hükümde başvuru baba ile çocuk arasında çocuğun yaşına ilişkin dönemler de nazara alınmak suretiyle belirli periyotlar dâhilinde şahsi ilişki kurulmasına hükmedildiği, Lahey Sözleşmesi'nin çocuğun velayetinin esasına ilişkin değerlendirmenin henüz yapılmadığı dönemde, kaçırma fiilinin mağduru olduğunu iddia eden anne veya baba ile müşterek çocuk arasındaki ilişkinin koparılmadan sürdürülmesine dair menfaati güvence altına almaya çalıştığı, bu kapsamda başvuru sürecinde kesinleştiği anlaşılan Mahkeme kararı ile velayet ve kişisel ilişkinin esasının karara bağlandığı, bu yönüyle yeniden yargılamaya hükmedilmesi suretiyle söz konusu ara dönemdeki ilişkilerin sürdürülmesi bağlamında zarara uğrayan menfaatin yeniden canlandırılmasının mümkün olmadığı; ayrıca davalı annenin vekili tarafından bireysel başvuru dosyasına ibraz edilen ve başvuru tarafından Kaliforniya Yüksek Mahkemesinde açılan boşanma davasına ait olduğu belirtilen 11D010650 dava numaralı evrakta, yetkili olduğu kabul edilen Türk Mahkemelerince velayet ve ziyaret hakkına ilişkin uyuşmazlığın karara bağlanmış olması nedeniyle kendilerince karara bağlanacak meselenin sadece evlilik mallarının paylaşımı olduğu yönündeki tespitler nazara alındığında, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar görülmediğinden, başvurucunun yeniden yargılama yapılması yönündeki talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

94. Başvuruya konu ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması noktasında manevi tazminat uygun bir giderim aracı olmakla birlikte, başvuru tarafından tazminat talebinde bulunulmadığından bu hususta karar verilmesine gerek görülmemiştir.

95. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvurucaya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

## V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun,

1. Anayasa'nın 20. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA, OY BİRLİĞİYLE,

2. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE, Celal Mümtaz AKINCI'nın karşı oyu ve OY ÇOKLUĞUYLA,

B. Başvurucunun yeniden yargılama yapılması yönündeki talebinin REDDİNE, OY BİRLİĞİYLE,

C. Başvurucu tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE, OY BİRLİĞİYLE,

D. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına, OY BİRLİĞİYLE,

E. Kararın bir örneğinin bilgi edinilmesi açısından Ankara 7. Aile Mahkemesine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesine ve Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne gönderilmesine, OY BİRLİĞİYLE,

2/7/2015 tarihinde karar verildi.

Başkan  
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili  
Alparslan ALTAN

Başkanvekili  
Burhan ÜSTÜN

Üye  
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye  
Serruh KALELİ

Üye  
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye  
Recep KÖMÜRCÜ

Üye  
Engin YILDIRIM

Üye  
Nuri NECİPOĞLU

Üye  
Hicabi DURSUN

Üye  
Celal Mümtaz AKINCI

Üye  
Erdal TERCAN

Üye  
Muammer TOPAL

Üye  
M. Emin KUZ

Üye  
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye  
Kadir ÖZKAYA

Üye  
Rıdvan GÜLEÇ

## KARŞI OY

Başvurucu, annesi Türk vatandaşı olan müşterek çocuğun mutlak meskeni olan ABD'den Türkiye'ye götürüldüğü ve geri dönmesine izin verilmediği iddiası ile Lahey sözleşmesi kapsamında ABD Dışişleri Bakanlığına başvurmuş, bu Bakanlık da talebi Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne iletmıştır. Genel Müdürlüğün girişimleri sonucu Ankara C. Başsavcılığı davanamesi ile Ankara 7. Aile Mahkemesinde iade davası açılmıştır. Açılan bu dava, " tarafların ABD'de yaşadıkları müşterek bir çocuklarının olduğu, davalı kadının kız kardeşinin düğünü için çocuğuyla Türkiye'ye geldiği, akabinde Ankara 9. Aile Mahkemesinde boşanma davası açtığı bu dava kapsamında çocuğun geçici velayetinin anneye verilerek, başvuru ile çocuk arasında kişisel ilişki tesisine karar verildiği, Lahey Sözleşmesinin 12. maddesinde düzenlenen derhal iade koşullarının oluşmadığı, çocuğun yaşı, anneye muhtaç hali gözetilerek talebin reddi gerektiği" gerekçesiyle reddedilmiştir.

Başvuru dosyası incelendiğinde, başvurunun eşinin çocuğu ile birlikte kocasının rızası ile (bilgisi dahilinde) kız kardeşinin düğünü için Türkiye'ye geldiği ve Türkiye'de iken Ankara 9. Aile Mahkemesinde boşanma davası açtığı, bu sırada müşterek çocuğun velayetinin geçici olarak davacı anneye verildiği, dava sonunda da tarafların boşanmalarına ve çocuğun velayetinin de anneye bırakıldığı çocukla baba arasında da kişisel ilişki kurulmasına karar verildiği, kararın Yargıtay'ca da onandığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda çocuğun babasının rızası dışında Türkiye'ye kaçırılmasından bahsetmek mümkün görünmemektedir. Lahey Sözleşmesinin devreye girebilmesi için çocuğun ebeveynin rızası hilafına kaçırılmış ve alıkonulmuş olması gereklidir. Çocuk Türkiye'ye başvuru babanın rızası çerçevesinde gelmiş ve geldikten sonra Ankara 9. Aile Mahkemesinde boşanma davası açılmış, dava aşamasında da o tarihte üç aylık olan çocuğun velayeti geçici olarak davacı anneye verilmiş, dava sonunda da çocuğun anne bakım ve şefkatine muhtaç olması gözetilerek velayet anneye bırakılarak çocukla baba arasında kişisel ilişki kurulması kararı verilmiştir. Ortada fiilen ve hukuken bir çocuk kaçırma olmadığı için Lahey Sözleşmesinin uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Çocuk babanın rızası hilafına Türkiye'ye getirilmiş (kaçırılmış) olsaydı bu takdirde Lahey Sözleşmesi doğrudan devreye girecek ve sözleşme gereği çocuğun iadesi yönünde karar verilmesinin tartışılması gerekecekti. Ankara 9. Aile Mahkemesinin egemenlik hakkı çevresinde verdiği geçici ve daimi velayet kararları, Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesinin devreye girmesini ve uygulanmasını engellemiştir. Mahkeme bu hususa, "...Lahey Sözleşmesinin 12. maddesinde düzenlenen derhal iade koşullarının oluşmadığı, çocuğun yaşı, anneye muhtaç hali dikkate alınarak talebin reddi gerektiği..." gerekçesiyle isabetli olarak kararında değinmiştir.

Sunulan nedenlerle, Lahey Sözleşmesi hükümleri de gözönünde bulundurulmak suretiyle esas yönünden yapılan inceleme sonucunda, aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği yönündeki çoğunluk görüşüne katılmadım.