

Daire: Hukuk Genel Kurulu

Esas No: 2022/145

Karar No: 2022/276

Karar Tarihi: 08.03.2022

[Karara Ulaşmak İçin Tıklayınız](#)

Hukuk Genel Kurulu 2022/145 E. , 2022/276 K.

"İçtihat Metni"

MAHKEMESİ:Aile Mahkemesi

1. Taraflar arasındaki "mutad meskene iade" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, İstanbul Anadolu 21. Aile Mahkemesince verilen davanın reddine ilişkin karar davacı vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davacı vekili ile Adalet Bakanlığını temsilen İstanbul (Anadolu) Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ

Davaname:

4. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü adına İstanbul (Anadolu) Cumhuriyet Başsavcılığı 21.04.2020 tarihli davaname ile; İsviçre vatandaşı olan ... ile Türk vatandaşı ...'in 20.10.2016 tarihinde gerçekleşen evliliklerinden doğan 04.05.2019 İsviçre doğumlu ... isimli çocuğun, 31.08.2019 tarihinde anne ve babası ile birlikte üç haftalık tatil için Türkiye'ye geldiği, 20.09.2021 tarihinde İsviçre'ye dönmeleri gerektiği hâlde ortak çocuk Lena ve davalı annenin geri dönmediği, davacı babanın İsviçre'ye tek başına dönmek zorunda kaldığı, dolayısıyla çocuğun annesi tarafından bu tarihten beri Türkiye'de alıkonulmakta olduğu gerekçesiyle ortak çocuğun, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi hükümleri uyarınca mutad meskeninin bulunduğu İsviçre Devleti'ne iade edilip edilmeyeceğinin belirlenmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı vekili 12.05.2020 tarihli davanameye karşı cevap dilekçesinde; tarafların 20.10.2016 tarihinde Türkiye'de evlendikten sonra İsviçre'de yaşamaya başladıklarını, erkeğin eşine psikolojik şiddet uyguladığını, takıntılı, değişken ve baskıcı bir kişiliğe sahip olan davacı babanın ayrıca alkol ve uyuşturucu bağımlısı olduğunu, zararlı maddeleri ortak çocuk yanında da tükettiğini, bu durumun çocuk için tehlike arz ettiğini, 31.08.2019 tarihinde Türkiye'ye geline tatilde "hangi tarafın ailesinde kalınacağı" hususunda eşlerin anlaşmazlık yaşadığını, tartışmanın büyüdüğünü, müvekkilinin bu noktada tüm yaşadıklarını gözden geçirerek eşinden boşanma kararı aldığını, İstanbul Anadolu 8. Aile Mahkemesinin

2019/616 E. sayılı dosyası ile 17.09.2019 tarihinde boşanma davası açtığını, babanın bu duruma rıza göstererek tek başına İsviçre'ye döndüğünü, çocuğun anne sütü ile beslendiğini, anne bakım ve sevgisine muhtaç olduğunu, açılan boşanma davasında mahkemenin 11.12.2019 tarihli ara kararı ile velâyeti tedbiren anneye verdiğini, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 22.12.2010 tarihli ve 2010/2-628 E., 2010/693 K. sayılı kararında anneye bağımlı yaşayan çocuğun mutad meskeninin annenin mutad meskeni olduğunun kabul edildiğini, somut olayda çocuğun mutad meskeninin Türkiye olduğunu, aksi hâlde taraflar hakkında verilecek olası boşanma kararı sonrasında erkeğin eşine çocuğu göstermeme ve anneden ayırma ihtimali bulunduğunu ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Başvurucunun İstemi:

6. Başvuran davacı vekili 25.06.2020 tarihli dilekçesinde; davalının hileli davranışlar ile ortak çocuğu Türkiye'de haksız olarak alıkoyduğunu, davalının Türkiye'ye geldikten sonra 20.09.2019 tarihli dönüş uymadığını, telefonla boşanmak istediğini söylediğini, davacının haksız alıkoyma eylemini önceden planlandığını, müvekkilinin çocuğun Türkiye'de kalmasına hiç bir zaman muvafakat etmediğini, davalının tutumu karşısında çaresiz kalan babanın tek başına İsviçre'ye dönmek zorunda kaldığını, döndükten sonra Ekim ayında Uluslararası Sosyal Servis ve Cenevre Eyaletinin Çocuk Koruma Kurumuna başvurduğunu, öncelikle dostane çözümün denendiğini, sonuç alınamayınca müvekkilinin çocuğun mutad meskene iadesini talep etme zorunda kaldığını, "uyuşturucu bağımlılığı" olarak anlatılan hususun CBD sigarası olduğunu, bu sigaranın İsviçre'de yasal olduğunu ve sigaranın içeriği itibarıyla bağımlılık yaratmadığını, kişiye fiziksel veya psikolojik zarar vermediğini, davacının 17 yıldır bankacılık sektöründe üstün başarı ile çalıştığını, iddiaların doğru olması hâlinde bu başarının mümkün olamayacağını, ortak çocuğun İsviçre'ye iadesinde hiçbir riskin bulunmadığını, anne sütü ile beslenme çağının geçtiğini, davacının ailesinin de İsviçre'de iyi bir yaşam standardına sahip olduğunu ve iadeyi desteklediklerini, Lena'nın İsviçre'de büyümesi ve yaşamasının üstün yararına uygun olduğunu belirterek davaname ile açılan davanın kabulüne karar verilmesini talep etmiştir.

İlk Derece Mahkemesi Kararı:

7. İstanbul Anadolu 21. Aile Mahkemesinin 25.09.2020 tarihli ve 2020/471 E., 2020/1085 K. sayılı kararı ile; ülkemizin de taraf olduğu Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi (Sözleşme) hükümleri uyarınca asıl olanın çocuğun mutad meskene iadesi olduğu, ancak Sözleşme'nin 12/2, 13 ve 20. maddeleri ile çocuğun üstün yararı gözetilerek bu genel kurala istisna getirildiği, YHGK'nın 16.04.2014 tarihli ve 2013/2-2354 E. 2014/523 K. sayılı kararında anneye bağımlı yaşayan ortak çocuğun mutad meskeninin annenin mutad meskeni neresi ise orası olduğunun kabul edildiği, taraflar arasında yargılaması devam eden Anadolu 8. Aile Mahkemesinin 2019/616 E. sayılı boşanma dava dosyasında alınan rapora uygun şekilde ortak çocuğun velâyetinin tedbiren anneye verildiği, çocuğun anne sütü ile beslendiği, başvuru babanın dilekçelerinde yer alan ifadeleri ile sabit olduğu üzere kenevirden yapılan ve "CBD sigarası" olarak belirtilen ve davacı üzerindeki etkilerinin olumsuz olduğu tanık anlatımlarından anlaşılan maddeyi kullandığı, bu maddenin kullanımının çocuğu olumsuz etkileyeceğinin açık olduğu, YHGK'nın 22.12.2010 tarihli ve 2010/2-628 E., 2010/693 K. sayılı kararında "yetiştirme çağında ihtiyacı olan anne sevgi ve şefkatinden mahrum kalacak olmasının çocuğun fiziki ve psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı, dava tarihinde iki yaşında bulunan çocuğun yaşı

nedeniyle annelerinden ayrılmasının, Sözleşmenin 13/b maddesi anlamında ruhsal risk oluşturduğu” gerekçesine yer verildiği, somut olayda da ortak çocuk Lena’nın iadesi hâlinde, çocuğun fiziki ve psikolojik bir tehlikeye maruz kalacağı veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşeceği yolunda ciddi risklerin bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararı:

8. İlk derece mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı yasal süresi içinde davacı vekili ile Adalet Bakanlığını temsilen İstanbul (Anadolu) Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından istinaf isteminde bulunulmuştur.

9. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin 01.02.2021 tarihli ve 2020/1770 E., 2021/184 K. sayılı kararı ile; çocuğun yaşı, anne bakım ve sevgisine olan ihtiyacı yine taraflar arasında görülen boşanma davası ve bu davada geçici velâyetin anneye verilmesi, toplanan deliller kapsamında mahkeme karar ve gerekçesinin Sözleşme hükümlerine, usul ve yasaya uygun olduğu, çocuğun iade edilmesinin menfaatine olmayacağı gibi yaşı itibarıyla tehlike oluşturacağı gerekçesiyle istinaf başvurularının ayrı ayrı reddine karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

10. Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı yasal süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz isteminde bulunulmuştur.

11. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 19.04.2021 tarihli ve 2021/3172 E., 2021/3190 K. sayılı kararı ile;

“...Türk vatandaşı olan anne ... ile İsviçre ve Türk vatandaşı olan baba ...’in 20.10.2016 tarihinde gerçekleştirdikleri evlilik birliği içerisinde 04.05.2019 tarihinde İsviçre’de dünyaya gelen ve İsviçre vatandaşı olup aynı zamanda Türk vatandaşı olan ortak çocuk ...’in doğumundan itibaren anne ve babası ile birlikte İsviçre’de yaşadığı ve mutat meskeninin İsviçre olduğu hususunda itilaf bulunmamaktadır. Dosya kapsamına göre tarafların ortak çocuk ile birlikte ailecek tatil ve ziyaret amacıyla 31.08.2019 tarihinde üç haftalığına Türkiye’ye geldikleri, ortak yaşadıkları İsviçre’ye dönüş tarihlerinin 20.09.2019 olarak planlandığı ve çocuğun bu şekilde mutat meskeni olan İsviçre’den Türkiye’ye getirildiği, ne var ki davalı annenin Türkiye’ye geldikten sonra ortak çocuk ile birlikte kök ailesinin evine gittiği ve boşanma davası açacağını bildirerek İsviçre’ye dönmediği, ortak çocuğunda annesi ile birlikte Türkiye’de kaldığı, akabinde davalı kadın tarafından İstanbul Anadolu 8. Aile Mahkemesi’nin 2019/616 E. sayılı dosyası üzerinden açılan boşanma davasında ortak çocuk Lena’nın geçici velâyet hakkının anneye verildiği anlaşılmıştır.

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi 15.02.2000 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin amacı, 16 yaşından küçük çocukları (Söz. m. 3/son) kanuna aykırı olarak yer değiştirmenin zararlı etkilerinden korumak ve onları mutat yerleşim yeri devletine derhal dönüşünü temin etmektir Sözleşmenin tarafını oluşturan devletler amaca uygun olarak bütün önlemleri almak ve en süratli usullere başvurmak zorundadırlar (m. 2 ve 11). Kanuna aykırı yeri değiştirilmiş veya alıkonulan çocuğun yerinin değiştirilmesi veya alıkonulması tarihinden itibaren bir yıldan az zaman içerisinde iadesinin istenilmesi halinde çocuğun derhal geciktirilmeden

iadesi gerekmektedir (Söz. m. 12/1). İadeden kaçınma nedenlerinin ise Sözleşme'nin 12/2, 13 ve 20.maddelerinde açıklandığı görülmektedir. Buna göre, taraf bir devlet, diğer iadeden kaçınma nedenleri yanında, geri dönmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk olduğunu tespit ederse veya çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün göz önünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğu gözlenirse (Sözleşme m. 13/1-b), geri dönmesini emretmeyi reddedebilir.

Somut olayda mahkemece, çocuğun yaşının küçük olması ciddi bir risk olarak kabul edilerek davanın reddi kararına dayanak yapılmış ise de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 03.05.2012 tarihli ve 60328/09 başvuru numaralı kararında da belirtildiği üzere yaş küçüklüğünün çocuğun menfaatinin takdirinde bir kriter olarak kabul edilmesinde herhangi bir şüphe olmasa da, Sözleşme hükümleri çerçevesinde yaş küçüklüğünün iade talebinin reddini haklı kılmaya yetecek tek neden olarak kabul edilmesi olanağı da bulunmamaktadır. Somut koşullar itibari ile çocuğun mutat meskenine iadesinin çocuk açısından ciddi bir risk oluşturacağının ortaya konulması gerekmektedir. O halde münhasıran çocuğun yaşının küçük olması sözleşmenin 13/1-b maddesi kapsamında iadeden kaçınma hakkı tanımaz. Keza, davalı tarafından Türkiye'de açılan boşanma davasında çocuğun geçici velayetinin davalıya bırakılmış olmasının, anılan sözleşme hükümleri bakımından bir önemi de bulunmamaktadır (5717 sayılı Kanun 13. madde).

Toplanan delillerden, çocuğun mutat meskeni olan İsviçre ülkesinden 2019 yılı Ağustos ayında Türkiye'ye getirildiği, tekrar mutat meskenine götürülmediği, çocuğun mutat meskeninin bulunduğu devletin kanunundan doğan babanın velâyet hakkının ihlali suretiyle davalı anne tarafından Türkiye'de haksız olarak alıkonulduğu anlaşılmaktadır. Sözleşme hükümlerine göre; kanuna aykırılık gerçekleşmiştir (Sözleşme m.3). Geri dönmesinin, çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde müsamaha edilmeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk bulunduğu ilişkin bir delil ve olgu ortaya konulmamıştır. İade isteğinin reddini gerektiren sebepler mevcut değildir. Açıklanan sebeple davanın kabulü gerekirken reddine karar verilmesi doğru olmamış ve bozmayı gerektirmiştir „...“ gerekçesi ile karar bozulmuştur.

İlk Derece Mahkemesinin Direnme Kararı:

12. İstanbul Anadolu 21. Aile Mahkemesinin 24.06.2021 tarihli ve 2021/873 E., 2021/978 K. sayılı kararı ile önceki gerekçenin yanında; yaş küçüklüğünün çocuğun üstün yararını belirlemede önemli bir kıstas olduğu, bu yaş grubundaki çocuğun anneden ayrı yaşaması durumunda gerçekleşecek psikolojik ve fiziksel etkiler, hastane kayıtları, uzman tarafından hazırlanan sosyal inceleme raporu, Dünya Sağlık Örgütünün tavsiye verileri ve yer verilen içtihatların hep birlikte değerlendirildiği, ortak çocuğun üzerinde gerçekleşecek somut ve telafisi mümkün bulunmayan zararların dikkate alındığı, çocuğa doğduğundan beri fiilen anne tarafından bakıldığı, iade hâlinde babanın çalışıyor olması dikkate alındığında çocuğa üçüncü bir kişi tarafından bakılacağı, ilk ve direnme karar tarihleri itibariyle emzirilme çağında olan çocuğun sağlık hakkı ve boşanma davası nedeniyle tarafların ayrı yaşama haklarının oluştuğu, babanın 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 191. maddesi kapsamında suç sayılan uyuşturucu niteliğindeki

maddeyi kullanıyor oluşunun çocuk bakımından hem örnek teşkil edeceği, hem de fizyolojik olarak sağlığına zarar vereceği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

13. Direnme kararı yasal süresi içinde davacı vekili ile Adalet Bakanlığını temsilen İstanbul (Anadolu) Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

14. Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olayda, tarafların Türkiye'ye tatil amacıyla geldikleri sırada kadın eş tarafından boşanma davası açıldığı ve yargılaması devam eden bu davada geçici velâyet hakkının anneye verildiği gözetildiğinde, 04.05.2019 doğumlu ortak çocuk Lena'nın, Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi kapsamında mutad meskeni olan babanın yaşadığı İsviçre'ye iade edilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

15. Uyuşmazlığın çözümü açısından öncelikle Türkiye'nin de taraf olduğu ve 15 Şubat 2000 tarih ve 23965 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi hükümlerinin incelenmesinde yarar vardır.

16. Sözleşme'nin "amacı" 1. maddede; taraf devletlere gayri kanuni yollardan götürülen veya alıkonan çocukların derhal geri dönmelerini sağlamak ve taraf bir devletteki koruma ve ziyaret haklarına, diğer taraf devletlerde etkili biçimde riayet ettirmek olarak açıklanmıştır.

17. Sözleşme'nin 3. maddesinde ise hangi hâllerde bir çocuğun yer değiştirmesi veya geri dönmemesinin haksız olarak nitelendirileceği belirlenmiştir. Buna göre; Sözleşme'nin uygulanmasında, bir çocuğun yerinin değiştirilmesinin veya alıkonulmasının haksız olarak nitelendirilebilmesi için çocuğun yerinin değiştirilmesi veya alıkonulması, bu fiillerin gerçekleşmesinden hemen önce mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku uyarınca, bir kişiye veya bir kuruma tek başına veya birlikte kullanılmak üzere tevdi edilmiş bulunan velâyet hakkının ihlâl edilmesi suretiyle meydana gelmiş olması ve ihlâl edilmiş bulunan velâyet hakkının yer değiştirme veya alıkoyma vakiasının gerçekleştiği sırada fiilen kullanılmakta veya bu vakia gerçekleşmemiş olsaydı, kullanılacak olması şartları aranmıştır.

18. Sözleşme'nin 12. maddesinin 1. fıkrası iadeye ilişkin başvurunun çocuğun kaçırılmasından itibaren bir yıl içinde yetkili makamlara ulaşması hâlini; 2. fıkrası ise başvurunun bu sürenin geçmesinden sonra ulaşması hâlini düzenlemektedir.

19. Buna göre başvuru, çocuğun kaçırılmasından itibaren bir yıl içinde yetkili makamlara ulaşmış ise, sözleşmenin 13 ve 20. maddelerinde belirlenmiş iadede kaçınma nedenlerinden biri bulunmadığı takdirde, kural olarak çocuğun iade edilmesi yönünde karar verilmesi öngörülmüştür (m. 12/f.1). Buna karşın başvurunun çocuğun kaçırılmasından bir yıl geçtikten sonra yetkili makamlara ulaşması durumunda, geniş takdir hakkına sahip bulunan mahkemenin, 13 ve 20. maddelerde yazılı iadede kaçınma nedenleri yanında, çocuğun yeni çevresi ile uyum sağlamış olup olmadığını da gözetip buna göre bir karar vermesi gerekecektir (m. 12/f.2).

20. Sözleşme'nin 12. maddesi emredici nitelikte bir düzenleme getirmiş ise de sözleşmenin 13 ve 20. maddelerinde, 12. maddenin istisnaları düzenlenmiştir. 13. maddede çocuğun şahsının bakımını üstlenmiş bulunan kişi veya kurum 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 geri dönmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk olduğunu tespit ederse, çocuğun geri dönmesini emretmek zorunda olmadığı belirtilirken, 20. maddesinde de; çocuğun, 12. madde hükümleri uyarınca geri dönmesi, talepte bulunulan devletin insan haklarının korunması ve temel hürriyetlerine ilişkin ilkeleri izin vermiyor ise reddedilebilir şeklinde istisna getirilmiştir (m. 13/son).

21. Mahkemenin bu maddede yer alan şartları değerlendirirken adli veya idari makamların, çocuğun sosyal durumuna ilişkin bilgileri, merkezi makam veya çocuğun mutad ikâmetgâhı devletin diğer herhangi bir yetkili makamı tarafından sağlanan bilgileri göz önünde bulundurması gerektiği de yine aynı maddenin son fıkrasında düzenlenmiştir.

22. Yukarıda açıklandığı üzere sözleşme, çocuğun velâyet hakkı ihlâl edilerek bir ülkeden diğer bir ülkeye götürülmesi veya alıkonulmasının zararlı etkilerinden uluslararası alanda korunması amacına yönelik olduğundan, çocuğun derhal mutad meskeninin bulunduğu ülkeye geri dönmesini ve şahsi ilişki kurma hakkına riayet edilmesini sağlamak üzere hazırlanmıştır.

23. Mahkemenin, çocuğun iadesi başvurusu hakkında bir karar verebilmesi için öncelikle çocuğun yerinin değiştirilmesinin veya alıkonulmasının haksız olup olmadığını tespit etmesi gereklidir. Mahkeme böyle bir tespiti yaparken, çocuğun mutad meskeni hukukunu veya çocuğun mutad meskeninin yetkili makamlarınca verilmiş olan kararları dikkate alabilir.

24. Bu suretle, çocuğun haksız olarak yerinin değiştirilmiş olduğu veya alıkonulduğu tespit edilirse, sözleşmenin 12. maddesinin 1 ve 2. fıkraları ile 13 ve 20. madde hükümleri göz önünde tutularak iadesine karar verilip verilmeyeceği değerlendirilmelidir. Nitekim benzer hususlar Hukuk Genel Kurulunun 22.12.2010 tarihli ve 2010/2-628 E., 2010/693 K. sayılı kararında da benimsenmiştir.

25. Diğer taraftan 04.12.2007 tarih ve 26720 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren ve söz konusu sözleşmenin uygulanmasını sağlamaya yönelik usul ve esasları düzenleyen 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun'un "Velayet hakkının iade kararına etkisi" başlıklı 13. maddesinde "Çocuğun iadesi başvurusunun yapılmasından sonra verilmiş bir velayet kararı, bu Kanun hükümleri çerçevesinde çocuğun iadesi talebinin reddine gerekçe oluşturmaz" hükmü yer almaktadır.

26. Eldeki davada; davacı başvuru ... ve davalı ...'in 20.10.2016 tarihinde evlendikleri, ortak çocuk Lena'nın 04.05.2019 tarihinde İsviçre'de doğduğu, dolayısıyla mutad meskeninin İsviçre olduğu, başvuru baba ve davalı annenin ortak çocuk ile birlikte tatillerini geçirmek üzere 31.08.2019 tarihinde Türkiye'ye geldikleri, bu süreçte taraflar arasında tartışma yaşandığı, davalı anne tarafından 17.09.2019 tarihinde başvuru babaya karşı evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı gerekçesiyle boşanma davası

açıldığı, dava görülmekteyken başvuru babanın planlanan tarihte yani 20.09.2021 tarihinde İsviçre'ye döndüğü anlaşılmıştır.

27. Öncelikle belirtilmelidir ki; taraflar birlikte tatil amacıyla Türkiye'ye giriş yaptığına göre Sözleşme hükümlerinin "İş bu sözleşmenin amacı" başlıklı 1. maddesinde ifade edildiği üzere davaya konu ortak çocuğun "gayri kanuni yollardan" ülkeye getirildiğinden söz edilemeyeceği gibi, başvuru babanın açılan boşanma davası nedeniyle davalı eşinin ve ortak çocuğun Türkiye'de kaldığını bilerek İsviçre'ye döndüğü göz önüne alındığında ortak çocuğun "alıkonulduğundan" da bahsedilemeyecektir.

28. Diğer taraftan dosya içeriğinden; taraflar arasındaki boşanma davasının görülmekte olduğu İstanbul Anadolu 8. Aile Mahkemesinin 2019/616 E. sayılı dosyası ile yapılan yargılamada mahkemece 11.12.2019 tarihli ara karar ile "uzman raporu, çocuğun yaşı, anneye olan ihtiyacı değerlendirilerek, ortak çocuk Lena'nın velayetinin tedbiren anneye verilmesine ve baba arasında kişisel ilişki kurulmasına" karar verildiği görülmektedir. Boşanma davası da 17.09.2019 tarihinde ortak çocuğun velâyetine ilişkin taleple açılmış, sosyal inceleme raporu 06.11.2019 tarihinde dosyaya sunulmuştur. Baba ... ise Ekim 2019 tarihinde Uluslararası Sosyal Servis ve Cenevre Eyaletinin Çocuk Koruma Kurumuna başvurduğunu beyan etmektedir. Hâl böyle olunca somut olayda 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun'un "Velayet hakkının iade kararına etkisi" başlıklı 13. maddesinde yazılı istisnai durumun varlığından kesin olarak söz etme imkânı da bulunmamaktadır. Dolayısıyla babanın velâyet hakkının kanuna aykırı olarak ihlâlî suretiyle çocuğun Türkiye'de alıkonulduğundan söz edilemez.

29. Bu açıklamalar ışığında somut olaya gelindiğinde; ülkemizin de taraf olduğu Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi hükümleri uyarınca asıl olanın çocuğun mutad meskene iadesi olmakla birlikte Sözleşme'nin 12/2, 13 ve 20. maddeleri ile çocuğun üstün yararı gözetilerek bu genel kurala istisnalar getirilmiş olup, taraflar Türkiye'ye birlikte tatile geldikten sonra kadın eş tarafından boşanma davası açılmış, bunun doğal sonucunda anne ve ortak çocuğun İsviçre'ye dönmemiş, bu durumdan haberdar olan baba ise tek başına İsviçre'ye dönmüştür. Açılan boşanma davası ile tarafların ayrı yaşamaya hak kazandıkları, dolayısıyla ortak çocuğun gayri kanuni yollardan ülkeye getirildiğinden ve alıkonulduğundan bahsedilemeyeceği, boşanma dava dosyasında alınan rapora uyumlu şekilde velâyet hakkının tedbiren anneye verildiği, çocuğun doğduğu tarihten bu ana kadarki yaşamında annesinden hiç ayrılmadığı ve şu anda üç yaşını dâhi doldurmadığı, bu yaştaki bir kız çocuğunun alıştığı anne sevgi ve şefkatinden mahrum kalmasının ise çocuğu fiziki ve psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı açıktır. Kaldı ki, direnme kararında belirtildiği üzere iade hâlinde babanın çalışıyor olması nedeniyle çocuğa üçüncü bir kişi tarafından bakılacağı dikkate alındığında iadede kaçınmayı gerektirecek vahim bir durumun varlığının da kabul edilmesi gerekmektedir.

30. Açıklanan nedenlerle, mahkemenin "iade kararı verilmesi talebinin reddine" ilişkin kararı usul ve yasaya uygun olup direnme kararının onanması gerekir.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davacı vekili ile İstanbul (Anadolu) Cumhuriyet Başsavcılığının temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının ONANMASINA,

Harç peşin alındığından harç alınmasına yer olmadığına,

Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine, 08.03.2022 tarihinde oy birliği ile kesin olarak karar verildi.

KARŞI OY

Ortak çocuğun mutad meskene iade davalarında talebin temel hukukî dayanağı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi ve 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun hükümleridir.

Bu temel mevzuat Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi ile Anayasadaki karşılığı olan 20/1 maddede yer alan aile hayatına saygı hakkının kapsamı da gözetilerek yorumlanıp uygulanmalıdır. Bu yorumlama sırasında Anayasanın Ailenin Korunması ve Çocuk Hakkı başlıklı 41. madde kapsamında yer alan devletin pozitif yükümlülükleri de gözetilmelidir.

Lahey Sözleşmesi 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 ikâmet eden çocuğun diğer bir taraf devlete kaçırılması veya orada yasadışı alıkonulması durumunda, Lahey Sözleşmesi'nde yer verilen istisnai hâller dışında, çocuğun bulunduğu ülke yetkili makamlarının çocuğu mutad ikâmetgâhı olan ülkesine ivedi şekilde iade etmesi zorunludur.

"Lahey Sözleşmesi çerçevesinde çocuğun iadesine ilişkin olarak verilen kararın koruma hakkının esasını etkileyen bir karar olamayacağı, Lahey Sözleşmesi kapsamındaki iade taleplerinin bir velâyet/koruma hakkı davası olmadığı, iade kararının da koruma hakkı/velâyet kararı olmayıp bu kararın yalnızca çocuğun korunması 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 5117 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 (2015/13760 Başvuru nolu Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru kararı § 82).

Lahey Sözleşmesi, 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. 5717 sayılı Kanun hükümleri de Lahey Sözleşmesi hükümlerinin amacına uygun etkinlikte uygulanmasını sağlamayı amaçlayan hükümler içermektedir.

Çocukların mutad meskene iadesi konusunda verilecek kararda, çocuğun anne, babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasında, Sözleşmede tanınan takdir alanı içinde adil bir denge kurulması

gerekir. Bu denge kurulurken velâyet ve kişisel ilişki hakkıyla ilgili meselelerde çocukların menfaatlerinin üstün bir öneme sahip olduğu gözetilmelidir.

Hem Türk vatandaşı hem de İsviçre vatandaşı davacı ... davalı Türk vatandaşı olan ... 20.10.2016 tarihinde evlenmişler olup, İsviçre'den Türkiye'ye getirilerek İsviçre'ye geri götürülmeyen müşterek çocukları 04.05.2019 doğumlu ...'in iadesi talep edilmiştir.

Dosya kapsamındaki delillere göre, çocuğun mutad meskeni olan İsviçre'den 2009 yılı Ağustos ayında Türkiye'ye getirildiği, tekrar geri götürülmediği, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin kanunundan doğan babanın velâyet hakkını ihlâli suretiyle davalı anne tarafından Türkiye de haksız olarak alıkonulduğu anlaşılmış olup geri dönmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka şekilde müsamaha edilmeyecek bir duruma düşüreceği yönünde ciddi bir risk bulunduğu dair delil ve olgu bulunmamaktadır.

İade talebi bir yıllık süre geçmeden yapılmıştır. İadesi istenen çocuğun yaşının çok küçük olması tek başına çocuğun iadesi talebinin kabul edilmemesi için yeterli değildir. Ayrıca geçici velâyet kararı da iade sürecinde çocuğun haklarının korunmasını amaçlayan bir karar olup iade isteğinin reddinin gerekçesi olamaz. Dosya kapsamındaki delillere göre iade koşulları oluşmuştur. Özel Daire bozma kararına uyularak iade isteğinin kabulüne karar verilmesi gerekirken iade isteğinin reddine dair önceki hükümde direnilmesi doğru olmamıştır.

Açıklanan nedenlerle Özel Daire kararı gibi hükmün bozulması görüşünde olduğumdan hükmün onanması yönünde oluşan değerli çoğunluk görüşüne katılamıyorum.