

Dr. Yavuz YILMAZ

Daire Başkanı

Head of Department

ÇOCUĞUN İADESİNİN, PSİKOLOJİK TEHLİKEYE MARUZ KALACAĞI GEREKÇESİYLE REDDİNE DAİR HUKUK GENEL KURULU'NUN 22 ARALIK 2010 TARİHLİ KARARININ İNCELENMESİ

THE ANALYSIS OF THE DECISION OF THE ASSEMBLY OF CIVIL CHAMBERS DATED 22 DECEMBER 2010 ON THE REFUSAL OF THE RETURN OF THE CHILD BASED ON THE GROUND THAT THE CHILD WOULD BE EXPOSED TO DANGER

Türkiye'nin 25 Ekim 1980 tarihinde imzalayıp 1 Ağustos 2000 tarihinde yürürlüğe koyduğu "Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi"nin temel amacı, hukuka aykırı şekilde, mutad meskeninden başka bir ülkeye götürülen veya alıkonulan çocuğun mutad meskenine dönüşünü sağlamaktır. Ancak bahsi geçen Sözleşme, bazı durumların mevcudiyeti halinde, iade davasına bakan hâkime, çocuğun iadesini reddetme konusunda takdir hakkı tanımaktadır.

Bu durumlardan birisi Sözleşme'nin 13/b maddesinde düzenlenmiştir. Uygulamada geri göndermeyi önlemek için gerekçe olarak en fazla ileri sürülen söz konusu düzenlemeye göre, iadenin çocuğu fiziksel veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacak olması durumunda hâkim, çocuğun geri gönderilmesi talebini reddedebilir.

Söz konusu düzenleme, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun (HGK) 22 Aralık 2010 tarih ve E.2010/2-628, K.20107693 sayılı kararında ele alınmıştır. Bahsi geçen karara konu olayda, Türk uyruklu anne ile aslen Türk kökenli olan ancak Danimarka uyruğunda bulunan baba, müşterek çocukları ile birlikte tatil için Danimarka'dan Türkiye'ye gelmiştir. Ancak annenin Türkiye'ye geldikten sonra boşanmak istemesi ve Danimarka'ya geri dönmeyi reddetmesi üzerine, baba tarafından müşterek çocuklarının iadesi için dava açılmıştır. Yargılamayı yapan yerel mahkeme sunulan delillerden, babanın aslında önce boşanmaya ve çocuğun Türkiye'de kalmasına rıza gösterdiği, ancak daha sonra ayrılmak isteyen eşi ile barışabilmek ve Danimarka'da ödenen sosyal yardımlar nedeniyle karşılaştığı bazı hukukî sorunları çözebilmek için iade yoluna başvurduğu sonucuna vararak, çocuğun Türkiye'ye getirilmesi ve sonra da burada kalmasında babanın rızasının var olduğu, dolayısıyla haksız kaçırma olmadığı gerekçesiyle iade talebini reddetmiştir. Ancak bu karar Yargıtay 2 HD. tarafından bozulmuştur. İlk derece mahkemesinin önceki kararında direnmesi üzerine de dava Yargıtay HGK'nun önüne gelmiştir. HGK somut olaya ilişkin şu tespitleri yapmıştır:

Ayrı yaşadıkları süreçte baba ile anne arasında elektronik yazışmalar yapılmış ve baba anneyi Danimarka'ya dönmeye ikna etmeye çalışmıştır. Ancak başarılı olamayınca, yapılan sosyal yardımlar nedeniyle Danimarka kanunlarına göre suçlu duruma düşmek istemeyen baba çocuğun iadesini istemiştir.

The main objective of the "Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction dated 1980", which was signed on 25 October 1980 and entered into force on 1 August 2000 by Turkey, is to enable the return of the child - abducted or taken away to another country from his/her habitual residence - to his/her habitual residence. However, in some situations, this Convention gives discretionary power to the judges, dealing with the return cases, to refuse the return of the child.

One of these situations is established in the Article 13/b of the Convention. According to this Article, in case the return of the child would expose him/her a physical or psychological danger, the judge may refuse the return of the child. This which is the most frequently suggested reason in order to prevent the return of the child in practice, in case that the return of the child would expose him/her a physical or psychological danger, the judges may refuse the return of the child.

The provisions of this article was discussed in the decision of the Assembly of Civil Chamber (HGK) of the Court of Cassation Supreme Court dated 22 December 2010 and numbered E.2010/2-628, K.20107693. In this case related with the decision, a Turkish citizen mother and a Danish citizen father, who is of but Turkish -origin, father came to Turkey for vacation from Denmark with their child in common for vacation. However, after coming to Turkey, the mother wanted to divorce and refused to return to Denmark. Then, the father filed a lawsuit for the return of their child in common. The local court concluded that based on the evidences, the father actually gave consent to divorce and accepted that the child would stay in Turkey. The local court also came to the conclusion that the father applied for the return of the child in order to make peace with his wife who wanted to divorce and in order to solve some legal problems due to social aids paid in Denmark. On the grounds that the father gave consent for the returning of the child to Turkey and then staying of the child in Turkey, the local court decided that there was no unfair abduction and refused the request for the return of the child. However, this decision was reversed by 2nd Civil Chamber of the Supreme Court Court of Cassation. When the court of first instance insisted on its previous decision, the case was concluded by the Assembly of Civil Chambers (HGK) of the Court of Cassation Supreme Court. The Assembly of Civil Chambers made following observations for this case:

While living apart, the mother and the father corresponded there were through electronic



Açılan boşanma davasında baba tam kusurlu bulunmuş ve boşanmaya hükmedilmiştir. İadesi istenen çocuğun velayeti de anneye verilmiştir. Boşanma davasında çocuğun velayetinin kime verilmesi gerektiğine dair rapor düzenleyen sosyal hizmet uzmanı annenin durumunu incelemiş ve onun çocuk yetiştirme konusunda bilinç düzeyinin yüksek olduğu tespit etmiştir. Diğer yandan annenin ailesinden destek aldığını, bu sebeple uygun sosyo-ekonomik koşullara sahip olduğunu belirtmiştir. Baba yönünden de inceleme yapan uzman, babanın yurt dışında yaşaması nedeniyle çocuğun ona verilmesi halinde anne şefkatinden mahrum kalacağını, bu sebeple ruhsal gelişiminin bozulabileceğini belirtmiştir.

Baba ile kurulan şahsi ilişkiye dair kararın icrası kapsamında çocuğun baba ile yaptığı görüşmeler sırasında, çocuğun babası ile birlikte yalnız kalmak istemediği ve babanın uygun olmayan söz ve davranışlarda bulunduğu, bunun üzerine sosyal hizmet görevlisi ve diğer hazır bulunanlar tarafından uyarıldığı anlaşılmıştır. Daha sonra sosyal hizmet uzmanı bu konuda zabıta memurlarına genel bir değerlendirme yaparak, babanın çabuk sinirlenen agresif bir yapısının olduğunu, yapılan ikazlara rağmen küçük çocuğun yanında küfür ve hakaret içeren sözler söylemekten çekinmediğini, çocuğu baskı altına almaya çalışarak onu sevip değer verdiği kişilere karşı olumsuz olarak yönlendirmeye çalıştığı, bu durumun çocuktaki güven duygusunu zedeleyerek onda gelecek kaygısına yol açabileceğini belirtmiştir.

Tüm bu hususları değerlendiren HGK, "... iadesine karar verilmesi halinde, yetişme 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 annesinden ayrılmasının, Sözleşmenin 13/b maddesi anlamında ruhsal risk oluşturduğu, ... babanın çocuğa karşı duyarsız davranışlarının iki yaşında bulunan çocuğun ruhsal gelişimi açısından tehlike oluşturacağı..." sonucuna vararak, ilk derece mahkemesinin, çocuğun iadesinin reddi yönündeki direnme kararını (farklı gerekçe ile) onamıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Yargıtay 2. HD'nin bazı kararlarında da (2. HD'nin 14.10.2004 t. ve

means correspondences between the mother and the father. The father tried to convince the mother her to return to Denmark. However, when he failed to convince her him, the father requested the return of the child because he did not want to be guilty in accordance with Denmark laws due to the social aids.

In the divorce case, the father was found faulty and ait was decision toled to divorce the couple was rendered them. The custody of the child, whose return was requested, was given to the mother. In the divorce case, the social service expert, who prepared a report about the custody of the child, analyzed the circumstances of the mother and detected that the mother had a high level of awareness on child rearing. On the other hand, the expert reported that she was receiving support from her family and for this reason, she had sufficient socio-economic conditions. The expert made analysis in terms of the father. The expert also reported that the child would be deprived of the mother's affection when the custody would be given to the father because he was living abroad. Accordingly, the expert stated that the psychological development of the child could deteriorate.

Within the scope of the execution of the decision on the personal relationship with the father, during the interviews of the child with the father, it was understood that the child did not want to be alone with the father and the father had improper behaviors and had said improper words. Then, he was warned by social service officers and other attendants. The social service expert made a general overview to the police officers that the father had aggressive characteristics and he did not refrain from swearing and insulting near the child despite all warnings. He tried to make pressure onto the child and he tried to misguide the child against the child's beloved ones. The expert stated that this would damage the sense of trust of the child and could create future anxiety.

The Assembly of Civil Chambers (HGK) of the Court of Cassation Supreme Court concluded as follows: "... in case the child is returned of deciding the return of the child, if the child is deprived of the mother's love and affection required during the childhood, the child will be exposed to physical and psychological dangers. As the child was two years old on the date of divorce case, if the child is separated leaves from the mother, it will create a mental risk in terms of the Article 13/b of the Convention. The insensible behaviors of the father against the child will pose danger in terms of the psychological development of the two-year-old child..." The Assembly of Civil Chambers (HGK) approved the decision of insistence towards the refusal of the return of the child given by the court of first instance (with a different reason).

As it is mentioned in some decisions of 2nd Civil Chamber of the Supreme Court Court of Cassation (the decision of 2nd Civil Chamber dated 14.10.2004 and numbered 10536/11797), the Article 13/b of the Convention should be interpreted from a narrow perspective. Otherwise, this article can be abused and there will be a contradiction with the main objective of the Convention prescribing immediate return of the unlawfully

10536/11797 sayılı kararı) değindiği üzere Sözleşme'nin 13/b maddesinin dar yorumlanması gerekir. Aksi takdirde bu madde istismar edilebilecek ve hukuka aykırı olarak kaçırılan veya alıkonan çocuğun derhal iadesini öngören Sözleşme'nin temel amacıyla çelişki ortaya çıkacaktır. Bu çerçevede, çocuğun iadesinin reddi için, psikolojik tehlikenin sadece potansiyel olarak varlığı yeterli olmayıp, söz konusu riskin ciddi ve kuvvetli şekilde muhtemel olması ve bu durumun ikna edici delillerle ortaya konulması gerekecektir. Aksi takdirde bu sebep çocuğun iadesine gerekçe olarak kullanılamayacaktır.

Sözleşmenin asıl amacı, iade davasını gören mahkemeye çocuğun velayetinin kime verilmesi gerektiği yönünde bir inceleme yaptırmak olmadığı için, çocuğun geleceği açısından kimin yanında kalması gerektiği veya kimin yanında daha rahat ve mutlu olacağı yönündeki değerlendirmeler de Sözleşme'nin 13/b maddesi kapsamında bir kıymet ifade etmez. Zira iade davasını gören mahkeme, bu çerçevede bir değerlendirme yetkisine sahip olmayıp, bu değerlendirmeyi velayet durumunu karara bağlayacak olan mahkeme yapacaktır. İade davasını gören mahkeme ise, sadece Sözleşme'de öngörülen hususlar açısından değerlendirme yapabilecektir ki, çocuğun yüksek menfaati bunlardan birisi değildir. Bu çerçevede, HGK kararının gerekçesindeki bu yöndeki ifadeler ile atıf yapılan sosyal hizmet uzmanının gerekçeye esas alınan bu çerçevedeki değerlendirmeleri, Sözleşme'nin 13/b maddesi uygulamasında dikkate alınmaması gereken hususlardır. Zira bunlar çocuğun yüksek yararına yönelik değerlendirmeler olup, iade davasında ele alınmaması gereken hususlardır.

Çocuğun iadesinin reddi için mevcudiyeti gereken psikolojik tehlike açısından doktrinde örnek olarak, savaş veya kıtlık hali, çocuğun cinsel açıdan istismara uğrayacağına dair ciddi bir tehlikenin olması gibi haller gösterilmektedir. Konuya ilişkin olarak Sözleşme'ye taraf devlet uygulamalarında da farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin geçmişte alkol ve uyuşturucu bağımlısı olma durumu, Amerikan Temyiz Mahkemesi tarafından iadenin reddi için yeterli görülmemiştir. İngiliz Mahkemesi de, geçmişte çocuğu cinsel açıdan istismar ettiği kesin olarak bilinen babanın iade talebinde, aradan dört yıl gibi bir süre geçmiş olması ve annenin bu süreçte çocuğun babası ile olan ilişkisinde gerekli tedbirleri aldığı gerekçesiyle, Sözleşme'nin 13/b maddesinin uygulanamayacağı sonucuna varmıştır.

Bu çerçevede, HGK'nun söz konusu kararının gerekçesinde, Sözleşme'nin 13/b maddesine dayanılması tartışmaya açık bir konudur. Oysa ilk derece mahkemesinin vardığı sonuç, HGK kararına göre daha sağlam gerekçelere dayanmaktadır.

kidnapped or abducted child. Within this framework, for the refusal of the return of the child, the potential existence of a psychological danger is not enough. The risk should be serious and highlymost probable. In addition, and this situation should be proven with convincing evidences. Otherwise, it cannot be used as a reason for the return of the child.

As the main objective of the Convention is not make an analysis of to whom the court - dealing with the return case - should give the custody, the evaluations regarding with whom the child should stay in terms of his/her future and with whom the child will be happier and more comfortable are not meaningful within the scope of the Article 13/b of the Convention. The court dealing with the return case has not the authority to make evaluations from this perspective. This evaluation will be made by the court which will give a decision towards on custody. The court dealing with the return case can only make evaluations on the issues prescribed in the Convention, but the best interest of the child is not one of these issues. Within this framework, such kind of statements in the justification of the decision of The Assembly of Civil Chambers (HGK)

and the cited evaluations of the social service expert taken as a basis in this justification should not be taken into attention in the application of the Article 13/b of the Convention. These evaluations are about the best interest of the child and they should not be taken into attention in the return case.

A state of war, famine or a serious danger of sexual abuse of the child can be shown Aas an examples of the psychological danger, which should exist for the refusal of the return of the child, the state of war, the situation of famine or a serious danger of sexual abuse of the child can be shown. There are also differences in the applications of contracting states of the Convention on this issue. For example, being drug and alcohol addiction in the past was not found sufficient by the Supreme Court of the United States for the refusal of the return. British Courts concluded that the Article 13/b of the Convention could not be applied in the request for the return of a child, whose father was found guilty of sexually abusing his child, on the grounds that a period of four years passed after the commission of the offence and the mother took necessary precautions towards the relationship of the child with his father in this period.

Within this framework, in the justification of the decision of the Assembly of Civil Chambers (HGK), taking Article 13/b of the Convention as a basisit is very controversial that the Article 13/b of the Convention is taken as a basis. However, the conclusion of the court of first instance is based on more sound reasons, compared with to the decision of the Assembly of Civil Chambers (HGK).

Çocuğun iadesinin reddi için psikolojik tehlikenin ciddi ve kuvvetli şekilde muhtemel olması gerekir

The psychological danger must be serious and highly probable for refusing the request for the return of child