



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

BÜYÜK DAİRE

NEULINGER VE SHURUK – İSVİÇRE

(Başvuru no. 41615/07)

SONKARAR

STRAZBURG

6 Temmuz 2010

Bu sonkarar kesindir, fakat yazım düzeltmelerine tabi tutulabilir.

Neulinger ve Shuruk – İsviçre davasında,

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Büyük Daire olarak aşağıdaki yargıçlarla toplanmıştır:

Başkan: Jean-Paul Costa,

Üyeler: Nicolas Bratza,

Peer Lorenzen,

Françoise Tulkens,

Josep Casadevall,

Ireneu Cabral Barreto,

Corneliu Bîrsan,

Boštjan M. Zupančič,

Elisabet Fura,

Egbert Myjer,

Danutė Jočienė,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Päivi Hirvelä,

Giorgio Malinverni,

András Sajó,

Nona Tsotsoria,

Zdravka Kalaydjieva,

Hukuk danışmanı: Vincent Berger,

7 Ekim 2009 ve 2 Haziran 2010 tarihlerinde kapalı müzakere yapan Mahkeme, 2 Haziran 2010 tarihinde kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Bu dava, İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesine göre, iki İsviçre vatandaşı, bayan Isabelle Neulinger ve oğlu Noam Shuruk ("başvurucular") tarafından 26 Eylül 2007 tarihinde İsviçre Konfederasyonu'na karşı Mahkeme'ye yapılan bir başvurudan (no. 36376/04) kaynaklanmıştır. Birinci başvuru ayrıca Belçika vatandaşlığına ve ikinci başvuru da İsrail vatandaşlığına sahiptir.

2. Başvurucular Thonan-les Bains'de avukatlık yapan bay A. Lestourneaud tarafından temsil edilmişlerdir. İsviçre Hükümeti ("Hükümet"), Federal Adalet Bürosundan kendi temsilcileri bay F. Schürmann tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucular özellikle, Noam Shuruk'un İsrail'e geri döndürülmesine karar veren Federal Mahkemenin, Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altında alınan aile yaşamına saygı hakkını tek başına ve 3 ve 9. maddelerle birlikte ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Başvurucular ayrıca İsviçre makamlarının, ikinci başvurunun geri gönderilmesi kararı verme yükümlüğüne ilişkin istisnaları aşırı dar yorumladıklarını ve böylece

kendisinin yüksek menfaatlerini dikkate almadıklarını iddia ederek, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlalinin şikayetçi olmuşlardır.

4. Başvuru Mahkeme Birinci Dairesine gönderilmiştir (Mahkeme İçtüzüğü madde 52(1)). Bu Daire içinde, İçtüzüğün 26(1). fıkrasına göre davaya bakacak olan bir heyet (Sözleşme'nin 27(1). fıkrası) oluşturulmuştur.

5. Daire Başkanı 27 Eylül 2007 tarihinde, İçtüzüğün 39. maddesine göre Hükümete tarafların menfaatlerinin koruması ve Mahkeme önündeki yargılamanın gereği gibi yapılabilmesi için, Noam Shuruk'u geri gönderme kararının uygulamamasının arzu edildiğini bildirmiştir.

6. Mahkeme 22 Kasım 2007 tarihinde, başvuruyu Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından yapılan şikayet nedeniyle Hükümete bildirmeye karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, davanın kabuledilebilirlik ve esasının aynı anda incelenmesine karar vermiştir (Sözleşme'nin 29(3). fıkrası). Mahkeme yine başvurucuya İçtüzüğün 41. maddesi gereğince öncelik verilmesine karar vermiştir.

7. Mahkeme, taraflara danıştıktan sonra esas hakkında bir duruşma yapılmasının gerekli olmadığına karar vermiş (İçtüzük madde 59(3) son), taraflar birbirlerinin görüşlerine karşılık vermişlerdir.

8. İçtüzüğün 44(2). fıkrasına göre üçüncü taraf olarak katılan olmasına izni verilen ikinci başvurucunun babası Shai Shuruk'tan yazılı görüşü alınmıştır.

9. 8 Ocak 2009 tarihinde Başkan Christos Rozakis ve üyeler Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni ve Yazı İşleri Müdürü Søren Nielsen'den oluşan heyet bir sonkararı vermiştir. Mahkeme oybirliğiyle, şikayeti Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından kabuledilebilir bulmuş ve başvurunun geri kalan kısmını kabuledilemez bulmuştur. Mahkeme üçe karşı dört oyla, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Yargıçlar Kovler, Steiner ve Spielmann'ın ayrı muhalif görüşleri karara eklenmiştir.

10. Başvurucular 31 Mart 2009 tarihinde, Sözleşme'nin 43. maddesine ve İçtüzüğün 73. maddesine göre davanın Büyük Daireye gönderilmesini talep etmişlerdir. Büyük Daire içindeki kurul, 5 Haziran 2009 tarihinde talebi kabul etmiştir. Kurul ayrıca, İçtüzüğün 39. maddesine göre geçici tedbir başvurusunu da kabul etmiştir.

11. Büyük Dairenin oluşumu, Sözleşme'nin 27(2) ve (3). fıkraları ile İçtüzüğün 24. maddesine göre belirlenmiştir.

12. Başvurucular ve Hükümet, esas hakkındaki yazılı görüşlerini sunmuşlardır.

13. Bay Shuruk'un da görüşü alınmıştır. Ancak, Sözleşme'nin 36(2). fıkrasıyla bağlantılı olarak Mahkeme İçtüzüğünün 44(2) ve (4). fıkralarında belirtilen koşullara uygun olmadığı için, bu görüş dava dosyasına koyulmamıştır.

14. 7 Ekim 2009 tarihinde Strazburg'taki İnsan Hakları Binasında açık bir duruşma yapılmıştır (İçtüzük madde 59(3)).

Duruşmada şu kişiler bulunmuştur:

(a) *Hükümet adına*

F. SCHÜRMANN, Avrupa Birliği ve uluslararası insan hakları bölüm

Başkanı, Federal Adalet Bürosu, *Temsilci*;

D. URWYLER, Federal Adalet Bürosu, uluslararası özel hukuk bölüm başkanı, *Avukat*;

C. EHRICH, teknik danışman, Avrupa hukuku ve uluslararası insan hakları bölümü, Federal Adalet Bürosu, *Danışman*;

(b) *başvurucular adına*

A. LESTOURNEAUD, *Avukat*,

P. LESTOURNEAUD, *Avukat*,

M.-E. FAVRE, *Avukat*

Y. ZANDER, *Avukat*

M. MARQUEZ-LESTOURNEAUD, *Danışman*.

Duruşmada birinci başvuru da bulunmuştur.

Mahkeme Lestourneaud, Lestourneaud, Favre, Zander ve Schürmann'ı dinlemiştir. Mahkeme ayrıca yargıçların sordukları sorulara tarafların verdikleri cevapları da dinlemiştir.

DAVANIN ESASI

I. DAVA KONUSU OLAYLAR

15. Başvurucular 1959 ve 2003 doğumlu olup, Lozan'da (Vaud Kantonu) yaşamaktadırlar.

16. Taraflarca sunulan olaylar aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

17. Kendisinin Yahudi olduğunu söyleyen birinci başvuru, 1999 yılında İsrail'de yerleşmeye karar vermiştir. Başvuru burada, yine bir Yahudi olan bir İsrail vatandaşı ile karşılaşmış ve 23 Ekim 2001 tarihinde İsrail'de evlenmişlerdir. 10 Haziran 2003 tarihinde Tel Aviv'de doğan Noam isimli bir erkek çocukları olmuştur. Noam, İsrail ve İsviçre vatandaşıdır.

18. Başvuruculara göre çocuğun babası, 2003 sonbaharında Yahudi "Lubavitch" hareketine katılmıştır. Bu hareket kendini, kendi dinine çekme (proselytize) gayreti için olduğu bilinen, ultra-ortodoks radikal bir hareket olarak tanımlamaktadır.

19. Daha sonra evlilikte sorunlar çıkmış ve kocasının çocuğu endoktrine etmek için ülke dışında “Chabad-Lubavitch” cemaatine sokacağından kaygılanan birinci başvuru, Noam’ın İsrail’den çıkarılmasını önlemek için bir *ne exeat* kararı almak üzere Tel Aviv Aile Mahkemesine başvurmuştur. Aile Mahkemesi 20 Haziran 2004 tarihinde bir *ne exeat* kararı vermiştir; bu kararın hükmü, çocuğun ergin olduğu tarihte, yani mahkeme tarafından kaldırılmadıkça 10 Haziran 2021 tarihinde sona erecektir.

20. Aynı mahkeme 27 Haziran 2004 tarihli bir kararla, çocuğun “geçici gözetim”ini anneye vermiş ve Tel Aviv sosyal hizmetler müdürlüğünden acil olarak bir sosyal rapor hazırlamasını istemiştir. Çocuğun “velayeti” (guardianship) her iki ebeveyn tarafından ortak bir şekilde kullanılacaktır.

21. Bu mahkeme, sosyal hizmet uzmanının tavsiyesi üzerine, 17 Kasım 2004 tarihinde birinci başvurunun çocuk üzerindeki gözetim yetkisini teyit etmiş ve babaya “ziyaret” hakkı vermiştir.

22. 10 Ocak 2005 tarihinde İsrail sosyal hizmetler müdürlüğü, olaya müdahale etmek zorunda kalmıştır. Sosyal hizmetler müdürlüğü çocuğun yararı için anne babaya ayrı yaşamaları talimatı vermiştir. Sosyal hizmetler müdürlüğünün anne babaya gönderdiği yazı şöyledir:

“1. Şimdiye kadar olduğu gibi aynı çatı altında ortak bir evde yaşamaya devam etmeniz, en hafif deyişle, çocuğun yararına olmadığı görüşündeyiz. Shai tarafından Isabelle’ye karşı yaratılan sürekli suçlama ve hakaret ortamının, kendisini geçindirmek ve kirasını ödemek için bir iş bulma ihtiyacıyla karşılaştığı bir sırada, bir anne olarak görevini yerine getirmesini engelleyecek kadar daimi strese girmesine sebep olduğu anlaşılmaktadır. Shai’nin mahkeme tarafından hükmedilen nafakayı da kirayı da ödemediği kaydedilmelidir.

Shai’nin bazı suçlamalarının saçmalık derecesine vardığını hissediyoruz. Shai, çocuğun ateşlenmesinin ve tutulduğu sara nöbetlerinin, annenin hatası olduğuna karar vermiştir. Shai, Isabelle’nin ‘iyi bir anne olmadığı’ iddiasında ısrar etmektedir; çocuğun kreşe gidebileceğini kabul etmemekte ve doktor raporlarının yetersiz olduğunu iddia etmektedir. Shai’ye çocuğu tedavi etmekte olan doktorlarla konuşmasını tavsiye ediyoruz.

Kendisine Isabelle baktığı halde, Shai, şu veya bu diyet kuralını öne sürerek, katı ölçülerde Yahudi diyet kurallarına uyulmasını istemektedir ...

Ayrı yaşamının bu sorunlardan bazılarını çözeceği konusunda kuşku yoktur.

Shai’nin sözlü saldırı havasıyla ve anneyi terörize eden tehditlerle, evde düşmanca bir ortam yarattığını tespit ettik.

Yukarıda anlatılanlar ışığında, annenin ruhsal tacize maruz kaldığını ve ortak bir evde yaşamayı sürdürmenin çocuğa zarar verdiğini belirtmekten başka yol kalmamıştır.

2. Dava Ehliyeti Hakkında Yasanın 19 ve 68. maddeleri tarafından bize verilen yetkiler çerçevesinde, Shai’ya, yolcuları dua kitabı almaya ikna etmeye çalıştığı ve yardım topladığı karayollarında kendi dinine çekme faaliyetlerinde bulunmak üzerine çocuğu yanına almaması gerektiğine dair uyarımızı tekrarlıyoruz.

Aynı şekilde babadan, çocuğu bütün bir gün sinagogta tutmak için yanında götürmemesini istiyoruz.

Çocukla kişisel ilişki konusundaki yasa hükümlerinin, başka amaçlar için değil, ortak faaliyetlerde bulunmaları için baba ve çocuğu bir araya getirmeyi amaçladığını vurgularız.”

23. Aynı gün birinci başvuru polise, kocasının kendisine saldırıda bulunduğundan şikayetçi olmuştur.

24. 12 Ocak 2005 tarihinde erken saatlerde birinci başvuru acil başvurusu üzerine, Tel Aviv Aile Mahkemesinin yetkili yargıcının verdiği tedbir kararıyla, babanın çocuğun gittiği kreşe veya birinci başvuru evine girmesini, her hangi bir şekilde birinci başvuru rahatsız ve taciz etmesini ve silah bulundurmasını veya taşımasını yasaklamıştır. Babaya tanınan çocukla görüşme hakkına da kısıtlamalar getirilmiştir; baba artık çocuğu haftada sadece iki kez Tel Aviv temas merkezinde sosyal hizmet uzmanının gözetimi altında görebilecektir.

25. 10 Şubat 2005 tarihinde çiftin boşanma kararı açıklanmış, velayet konusunda bir değişiklik yapılmamıştır.

26. Birinci başvuruya nafaka ödemekte geciken birinci başvuru hakkında 20 Mart 2005 tarihinde bir yakalama kararı çıkarılmıştır.

27. Tel Aviv Aile Mahkemesi yargıcı 27 Mart 2005 tarihinde verdiği bir kararda, ikinci başvuru İsrail’den çıkarılmasını yasaklayan *ne exeact* kararının kaldırılması için birinci başvuru tarafından yapılan başvuruyu reddetmiştir. Yargıç, özellikle birinci başvuru bu ülkede bağlarının bulunmaması nedeniyle, ailesini ziyaret ettikten sonra annenin çocuğu İsrail’e geri getirmeyeceği konusunda ciddi risk bulunduğunu belirtmiştir.

28. Birinci başvuru 24 Haziran 2005 tarihinde oğuyla birlikte İsrail’den gizlice ayrılıp İsviçre’ye gitmiştir.

29. 27 Haziran 2005 tarihinde Noam’ın babası, İsrail Merkezi Makama başvurmuş, bu Makam 21 Mayıs 2006 tarihine kadar çocuğun nerede olduğunu belirleyememiş, Kudüs Interpolü birinci başvuru İsviçre’de bulunduğuna dair Bern Interpolünden aldığı notu babaya iletmıştır.

30. 22 Mayıs 2006 tarihinde İsrail Adalet Bakanlığı, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine İlişkin 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi (“Lahey Sözleşmesi”; bk. aşağıda parag. 57) gereğince çocuğun geri gönderilmesi için İsviçre Federal Bürosuna bir başvuruda bulunmuştur. Adalet Bakanlığı başvurusunu desteklemek için, başka şeylerin yanında, Bern Interpolünün sadece bir gün önce Noam ve annesinin Lozan’da yaşamakta olduklarını ve annenin İsviçre pasaportunu uzatmak için başvurduğunu bildirdiğini belirtmiştir.

31. Tel Aviv Aile Mahkemesi, çocuğun babasının başvurusu üzerine 30 Mayıs 2006 tarihinde verdiği kararda, çocuğun mutlak ikametgahının Tel Aviv olduğunu, başvuru ayrıldığı tarih olan 24 Haziran 2005 tarihinde, anne ve babanın çocuk üzerinde müşterek velayetleri bulunduğunu, annenin geçici gözetim hakkı ve babanın da kişisel ilişki

hakkı bulunduğunu kaydetmiştir. Bu mahkeme, babanın rızası olmaksızın çocuğun İsrail'den çıkarılmasının, Lahey Sözleşmesinin 3. maddesi anlamında hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.

32. Çocuğun babası 8 Haziran 2006 tarihinde Lozan Sulh Hukuk Mahkemesine başvurarak, çocuğunun İsrail'e geri gönderilmesine karar verilmesini istemiştir. Çocuğun babası ayrıca, çok acil bir tedbir olarak, başvuruçuların İsviçre pasaportlarına Lozan Pasaport Bürosu tarafından el koyulmasına karar verilmesini istemiştir.

33. Sulh Hukuk yargıcı 12 Haziran 2006 tarihinde, çok acil bir tedbir olarak Noam'ın babasının talebini kabul eden bir karar vermiştir.

34. Çocuğun babasının 27 Haziran 2006 tarihinde çok acil bir tedbir olarak faksla yeni bir başvuru yapması üzerine, Sulh Yargıcı aynı gün verdiği geçici tedbir kararıyla, birinci başvuruçunun kendisine ve Noam'a ait pasaportları hemen Sulh Mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne teslim etmesine, mahkemenin kararına uymaması halinde cezai yaptırımlar uygulanmasına karar vermiştir.

35. 18 Temmuz 2006 tarihinde, birinci başvuruçucu ve avukatı ile duruşmada bulunmaktan feragat eden babanın avukatı, Sulh Mahkemesinde beyanlarda bulunmuşlardır.

36. 29 Ağustos 2006 tarihinde yapılan duruşmadan sonra verilen bir kararla, babanın başvurusu Lozan Sulh Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Bu mahkemeye göre, çocuğun ülkeden çıkarılması Lahey Sözleşmesinin 3. maddesi anlamında hukuka aykırı olmakla birlikte, çocuğun geri gönderilmesi kendisini fiziksel ve psikolojik zarara maruz bırakacağına veya kendisini başka bir surette katlanılmaz bir duruma sokacağına dair büyük bir risk bulunduğundan, aynı Sözleşmenin 13(b) bendini uygulamak zorundadır.

37. Baba 25 Eylül 2006 tarihinde, bu karara karşı Vaud Kanton Mahkemesi Velayet Dairesi (*chambre des tutelles*) başvurmuştur. Bu Daire, bir uzman raporu alınmasına karar vermiş ve bu iş için bir pediatri ve çocuk psikiyatrisi olan Dr. B.'yi görevlendirmiştir. Dr. B. 16 Nisan 2007 tarihinde sunduğu raporunda, çocuğun annesiyle birlikte İsrail'e geri dönmesinin kendisini psikolojik bir zarar riskine maruz bırakacağını, bunun yoğunluğunun da bu dönüşün koşulları ve özellikle anneyi bekleyen koşullar ile bunların çocuk üzerinde potansiyel yansımaları belirlenmeden değerlendirilemeyeceğini; mevcut durumun sürdürülmesinin de çocuğu uzun dönemde büyük psikolojik sorunlarla karşı karşıya bırakacağını söylemiştir.

38. 30 Kasım 2006 tarihinde Tel Aviv'deki yetkili mahkeme, Noam'ın babasının ikinci karısının başvurusu üzerine, aile içi şiddet nedeniyle düzenlenen iddianameyi, bu kadının ülkeyi terk etmesi nedeniyle iptal etmiştir.

39. Çocuğun geri gönderilmesinin sağlanması için açılan davayla bağlantılı olarak, İsrail Merkezi Makamı, İsviçre'deki Merkezi Makama gönderdiği 12 Mart 2007 tarihli bir yazıda şu gözlemlerde bulunmuştur:

“7 Şubat 2007 tarihli yazınızı aldık. O yazıda ileri sürülen sorunlara aşağıdaki şekilde karşılık vermek isteriz:

Bay Shuruk, annenin İsrail'e dönmeyi reddetmesi halinde, çocuğun bakımını üstleneceğini söylemektedir. Kendisi şu anda bir ev arkadaşı ile birlikte bir dairede kalmaktadır; ancak çocuğun İsrail'e dönmesi halinde, hemen çocuk ile birlikte yaşayabileceği bir daire bulacağını söylemektedir. Kendisi halen dinsel bir eğitim kurumunda 09:00 ile 15:00 arasında çalışmakta ve öğrenimde bulunmaktadır. Çocuk bu saatlerde gündüz çocuk yuvasında bulunacaktır. Bay Shuruk çocuğun İsviçre'ye kaçırılmadan önce, anne çalıştığı için gündüz çocuk yuvasında bulunduğu işaret etmektedir. Bay Shuruk, zaman zaman yardıma ihtiyaç duyması halinde, geniş ailesinin kendisini destek sağlayacağını söylemektedir.

İsviçre Üst Mahkemesi, bay Shuruk çocukla kişisel ilişki hakkı kısıtlıyken, çocuğa nasıl bakacağına dair bir kaygısını dile getirmiştir. Size gönderdiğimiz 28 Eylül 2006 tarihli yazıda da belirttiğimiz gibi, İsrail'deki sosyal hizmet uzmanının raporuna göre baba ile çocuğun gayet iyi bir ilişkisinin bulunduğunu hatırlatmak zorundayız. Gece ziyaretlerini içerecek şekilde görüşmenin uzatılması konusunda planlar vardı; fakat annenin çocuğu kaçırmaması sonucu bu planlar kesintiye uğramıştır. Eğer anne çocukla birlikte İsrail'e dönmeyecek olursa, anne aslında fiilen gözetimin babaya verilmesini kabul etmiş olur ve bay Shuruk yeni duruma göre bir karar verilmesi için İsrail mahkemesine başvurabilir.

Annenin dönmesi halinde, kendisinin bay Shuruk hakkında şiddete başvurduğu iddiaları bulunduğundan, anneyi korumak için ne gibi tedbirler alınabileceğini sormaktasınız. Bay Shuruk bu iddiaları tümüyle reddetmektedir. Ayrıca, İngilizce çevirisiyle birlikte, Tel Aviv Sulh Mahkemesinin 30 Kasım 2006 tarihli kararının bir kopyasını ekliyoruz. Bu karar, bay Shuruk'un ikinci karısının kendisine saldırı iddiaları nedeniyle bay Shuruk aleyhine düzenlenen bir iddianameyle ilgilidir. Görüldüğü gibi, şikayetçi İsrail'i terk etmiş olup yeri belirlenmemektedir, dolayısıyla mahkeme de bay Shuruk aleyhindeki iddianameyi iptal etmiştir.

Her halükarda, İsrail'deki aile içi şiddet iddialarıyla ilgili olaylarda koruma sağlayan kanuna dikkatinizi çekmek istiyoruz. Bu kanun 1991 tarihli Aile İçi Şiddetin Önlenmesi Hakkında Kanundur. Bu kanunun İngilizce çevirisini ve Fransızca resmi çevirisini ekliyoruz. Kanunun 2. maddesi, verilebilecek koruma kararlarını düzenlemektedir. Bu nedenle, eğer anne güvenliğinden kaygı duyacak olursa, İsrail'de mahkemeye başvurabilir ve gerekli korumayı talep edebilir. Annenin iddiaları, İsviçre mahkemesinin çocuğun İsrail'e geri gönderilmesini reddetmesine bir temel oluşturmaz.

Bize mahkemenin çocuğun psikolojik açıdan değerlendirilmesini istediği haberini veriyorsunuz. Bu konuda kaygımızı belirtmek isteriz. Böyle bir değerlendirme alt mahkeme tarafından istenmemiştir; neden bu aşamada istendiğini öğrenmek isteriz. Çocuğun Haziran 2005'te anne tarafından kaçırıldığı hatırlanmalıdır. Çocuk yaklaşık iki yıldır babasını görmemiştir. Bu dönem içinde sadece annesinin etkisi altında kalmıştır. Dolayısıyla bir psikolojik değerlendirmeye ne kazanılabileceğini merak ediyoruz. Bunun bir gözetim davası değil, bir Lahey Sözleşmesi davası olduğu hatırlanmalıdır. Anlaşıyor ki anne, eğer çocuk İsrail'e geri gönderilecek olursa,

çocuğun ayrılma nedeniyle psikolojik açıdan zarar göreceğini kanıtlamak istemektedir. Ancak eğer anne çocuğun yüksek menfaatlerine uygun hareket eder ve çocukla birlikte dönecek olursa, böyle bir şey bertaraf edilmiş olur. 28 Eylül 2006 tarihli yazımızda da söylediğimiz gibi, Lahey Sözleşmesine göre annenin geriye dönmesini önleyen haklı bir sebebi görünmemektedir.”

40. İsrail Merkezi Makamı Noam’ın babası namına hareket eden avukata gönderdiği 30 Nisan 2007 tarihli bir yazıda, birinci başvurusunun İsrail’e dönmesi halinde kovuşturulmasının ve cezalandırılmasının söz konusu olup olmadığı meselesi hakkında şu gözlemlerde bulunmuştur:

“Anne Isabelle Neulinger’in çocuğuyla İsrail’e dönmesi halinde, çocuğu kaçırma eylemi nedeniyle karşılaşılabileceği hukuki durum hakkında size bilgi vermemizi istiyorsunuz.

Kaçırma suçunun cezai sonuçları konusunda, kaçırma 1977 tarihli İsrail Ceza Kanununa göre bir suç olup, hapis cezası verilebilir. Ancak, İsrail Başsavcılığının yönergelerine göre, çocuk kaçırmaya dair bir suç şikayeti alan polis, bu olayda nasıl hareket edilmesi gerektiği konusunda bir rehberlik edenebilmek için meseleyi Lahey Sözleşmesine göre kurulu Merkezi Makama bildirmek durumundadır. Başsavcılığın yönergeleri, ancak çok istisnai koşullarda bir ceza soruşturmasının başlatılmasını öngörmektedir. Bayan Neulinger olayında, çocuğu İsrail’e geri döndürme kararına uyacak olursa, İsrail’e vardığında çocukla birlikte gözden kaybolmayacak olursa, İsrail makamlarıyla işbirliği yapacak olursa ve bay Shuruk için mahkeme tarafından verilmiş olan gözetimli görüşme kararına uyacak olursa (başka bir karara kadar), bayan Neulinger’in çocukla ilgili başka sefil eylemlerde bulunmaması halinde, İsrail Merkezi Makamı, İsrail Polisine kamu yararı bulunmadığı gerekçesiyle soruşturma dosyasını kapatması talimatı vermeyi olumlu mütalaa edecektir.

Hukuki sonuçları konusunda ise, hem İsrail hukuk mahkemelerinin ve hem de Haham mahkemelerinin gözetim ve çocukla ilişki konularında karar verirken tek kaygılarının, çocuğun yüksek menfaatleri olduğunu bildirmek isteriz.”

41. Vaud Kantonu Mahkemesinin Velayet Dairesi 22 Mayıs 2007 tarihli kararıyla, babanın başvurusunu reddetmiştir. Ek soruşturma yapan ve Dr. B tarafından hazırlanan 16 Nisan 2007 tarihli raporu dikkate alan bu mahkeme, ister annesi tarafından kendisine eşlik edilsin ister edilmesin, çocuğun geri dönmesinin ağır bir psikolojik zarar riski taşıdığını ve çocuğu katlanılamaz bir duruma sokacağı görüşüne varmıştır. Dolayısıyla bu mahkeme, Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin (b) bendindeki koşulların bulunduğunu kabul etmiştir. Ancak, çocuğun babasıyla tüm ilişkilerinden yoksun bırakılamayacağını tespit eden bu mahkeme, aralarında yeniden kişisel ilişki kurulması amacıyla çeşitli tedbirlere hükmetmiştir. Bu mahkemenin kararı şöyledir:

“4 (d) ... Uzman B., kendisine sorulan sorulara karşılık, raporun sonuç bölümünde, ... Noam’ın annesiyle birlikte İsrail’e geri dönmesinin kendisini psikolojik bir zarar riskine maruz bırakacağını, bunun yoğunluğunun da bu dönüşün koşulları ve özellikle anneyi bekleyen koşullar ile bunların çocuk üzerinde potansiyel yansımaları belirlenmeden değerlendirilemeyeceğini söylemiştir; çocuğun annesi olmaksızın İsrail dönmesi halinde [uzman], raporda ayrıntılı şekilde anlatıldığı gibi, çocuğun uzun dönemde büyük psikolojik sorunlarla karşı karşıya kalacağı görüşündedir. Raporun

‘tartışma’ bölümünde uzman, Noam’ın mevcut durumunun tamamen bloke olduğunu vurgulamıştır. Bir yandan, yaşının küçüklüğü, yasal durum vermiş olsa bile kısa süre için de olsa bu ülkeye annesiz gitmemiş olması dikkate alındığında, aşırı bir ayrı kalma endişesini ve ağır bir depresyon riskini içeren büyük bir psikolojik travma oluşturacaktır. Öte yandan, kısa bir süre için dahi olsa, annenin Noam ile birlikte İsrail’e dönmesi ihtimali, anne bakımından söz konusu değildir. Uzman, Noam’ın İsrail’e dönmesinin çocuğu katlanılmaz bir duruma sokup sokmayacağı sorusuna, durumun katlanılmaz olup olmayacağını, ‘tamamen’ çocuğun İsrail’e dönüş koşullarına bağlı olduğu şeklinde cevap vermiştir. Uzman, keza çocuğun halen İsviçre’deki oturma koşullarının kendisinin buradaki durumunu katlanılmaz hale sokup sokmayacağını belirleyeceğini ve mevcut durumun devam ettirilmesinin de uzun dönemde çocukta önemli psikolojik sorunlar doğurabileceğini, bu nedenle anne baba arasında bir anlayış olmazsa, hareketsiz kalmalarını telafi etmek için, anne babanın ikamet ettikleri devletlerin çocuk koruma kurumları arasında acilen bir anlaşma yapılmasının gerekli olduğunu gözlemlemiştir.

Bu mahkeme, Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, İsrail Merkezi Makamından, şu sorulara yanıt vererek, çocuğun sosyal ardalanı hakkında bilgi vermesini istemiştir: ‘söylendiği gibi annenin İsrail’e dönmemesi halinde çocuğa kim bakacak ve nerede oturacaktır? Babanın gelir getirici bir işte çalışmadığı anlaşıldığından, çocuğun bakım masraflarını kim karşılayacaktır? Yargısal kararlarla çocukla kişisel ilişki kısıtlanmış olduğundan, kişisel ilişki hakkının kullanılmasının çocuğun fiziksel ve psikolojik sağlığına zarar vermemesi için ne gibi tedbirler alınacaktır?’ İsrail Merkezi Makamı 12 Mart 2007 tarihli yazısında kendisine sorulan sorulara gerçek bir cevap veremediğinden, çocuğun menfaatleriyle ilgilendiğine ikna olmak mümkün değildir. Merkezi Makam sadece başvuranın, oğlu annesi olmaksızın İsrail’e dönecek olursa çocuğuyla ilgili niyetlerinden şu şekilde söz etmiştir: ‘Noam’ın annesinin İsrail’e gelmeyi reddetmesi halinde, çocuğun bakımını üstleneceğini söylemektedir. Kendisi şu anda bir ev arkadaşı ile birlikte bir dairede kalmaktadır; ancak çocuğun İsrail’e dönmesi halinde, hemen çocuk ile birlikte yaşayabileceği bir daire bulacağını söylemektedir. Kendisi halen bir dinsel eğitim kurumunda 09:00 ile 15:00 arasında çalışmakta ve öğrenimde bulunmaktadır. Çocuk bu saatlerde gündüz çocuk yuvasında bulunacaktır. Bay Shuruk, zaman zaman yardıma ihtiyaç duyması halinde, geniş ailesinin kendisine destek sağlayacağını söylemektedir.’ Bay Shuruk’un çocukla sadece kısıtlı bir ilişki hakkı bulunduğundan kendisinin çocuğa nasıl bakabileceği konusunda ise, İsrail Merkezi Makamı şunu vurgulamıştır: ‘Size gönderdiğimiz 28 Eylül 2006 tarihli yazıda da belirttiğimiz gibi, İsrail’deki sosyal hizmet uzmanının raporuna göre baba ile çocuğun gayet iyi bir ilişkisinin bulunduğu hatırlatmak zorundayız. Gece ziyaretlerini içerecek şekilde görüşmenin uzatılması konusunda planlar vardı; fakat annenin çocuğu kaçırmaması sonucu bu planlar kesintiye uğramıştır.’ İsrail Merkezi Makamı, ‘eğer anne çocukla birlikte İsrail’e dönmeyecek olursa, anne aslında fiilen gözetimin babaya verilmesini kabul etmiş olur ve bay Shuruk yeni duruma göre bir karar verilmesi için İsrail mahkemesine başvurabilir’, şeklinde bir sonuca varmıştır.

Ne çocuk psikiyatrinin raporunda varılan sonuçların ve ne de İsrail Merkezi Makamı tarafından sağlanan bilgilerin, Noam’ın İsrail’e dönüşüne yardımcı olmadığı kaydedilmelidir. Annesi yanında olsun veya olmasın, çocuğun geri dönmesi, kendisini ağır bir psikolojik zarar riskine maruz bırakmakla kalmayacak, ayrıca çocuğu yine katlanılmaz bir duruma sokacaktır. İlk olarak psikiyatri uzmanı, çocuğun annesiyle birlikte İsrail’e dönmesinin, kendisini psikolojik bir zarar riskine maruz bırakacağını, bunun yoğunluğunun da bu dönüşün koşulları ve özellikle anneyi bekleyen koşullar ile bunların çocuk üzerinde potansiyel yansımaları belirlenmeden

değerlendirilemeyeceğini gözlemlemiştir. Bu bağlamda Velayet Dairesi, kendisinin yanında annesi bulunsu bile çocuğun İsrail'e gönderilmesi çocuğu psikolojik zarara maruz bırakabileceği için ve Lahey Sözleşmesinde tasarlanan 'klasik senaryo'dan farklı olarak davalı çocuğun gözetimine de sahip olduğundan, annenin İsrail'e dönmesinin gerekli görülmesinin de makul olmadığı görüşündedir. Buna ek bir faktör olarak, annenin İsrail'e dönmesi çocuğun ekonomik güvenliğini bozacaktır, çünkü anne burada sadece kendi ihtiyaçlarını değil ama çocuğun ihtiyaçlarını da karşılamak için bir iş bulmak zorunda kalacaktır. Bu bağlamda çocuğun menfaatleri dikkate alındığında, başvuranın çocuğun bakım masraflarını hiçbir zaman karşılamamış olduğu ve bilindiği kadarıyla ayda sadece 300 frank kazanıyor olması göz ardı edilemez. Son olarak, annenin dönmesinin istenmesinin, dönüş nedeniyle orantısız olduğu düşünülmelidir. Lahey Sözleşmesinin amacı, çocuğu kaçırılmadan önceki hukuki duruma döndürmektir. Ancak mevcut olaydaki dönüş, başvuranın kişisel ilişki hakkını kullanmasına imkan sağlamak için istenmektedir, ki bu hak, çocuğun ülkeden ayrılmadan önce haftada iki kez ikişer saat sosyal hizmet uzmanlarının gözetiminde görüşme şeklinde kullanılmış olduğu gösterilmektedir. Çocuğun dönmesi ağır psikolojik zarar riski içerdiği halde, böylesi sınırlı bir hakkın kullanılmasına imkan vermek için anneyi köklerinden söküp atmak, geriye dönme halinde güvensizlik koşulları da dikkate alındığında, Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin (b) bendi anlamında çocuk için katlanılmaz bir durum oluşturur.

Uzman, Noam'ın annesi olmaksızın İsrail'e dönüşünün, aşırı bir ayrı kalma endişesi ve ağır bir depresyon riskini içerecek büyük bir psikolojik travma oluşturacağı, bu durumun yaşının küçüklüğü ve İsrail'de bulunduğu ilk yıllarında babası dahil hiçbir şey hatırlamayacak olmasıyla açıklanabileceği görüşündedir. Bu unsur, Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin (b) bendindeki koşulun yerine gelmiş olduğunu tespit etmek için yeterlidir. Ayrıca, çocuğun annesi olmaksızın dönmesi halinde düşünülen ayarlamalar konusunda İsrail Merkezi Makamı tarafından verilen bilgi, en azından kaygı vericidir: başvuran hukuken sadece gözetim altında kısıtlı bir kişisel ilişki hakkına sahip olduğu halde, Merkezi Makam tarafından verilen bilgiye göre, başvuran oğlunu evine alacak (ayrı bir dairesi olacağına dair bir güvence verilmeden) ve böylece *de facto* gözetime sahip olacaktır. Bu bağlamda İsrail Merkezi Makamı, davalının oğluyla birlikte İsrail'e dönmeyi reddetmekle, durumun değişmesine zımnen muvafakat etmiş olacağını, başvurucunun da bu yeni durumun İsrail yargısal makamları tarafından geçerli kabul edilmesini isteyeceğini iddia etmektedir. Bu, hukuka aykırı olarak ülkeden çıkarılan çocuğu tekrar eski duruma getirmek için hemen geri döndürülmesini isteyen Lahey Sözleşmesinin amacına uygun değildir. Lahey Sözleşmesine dayanılarak bu şekilde döndürmeye karar verilemez. Bu koşullarda Noam'ın İsrail'e dönmesine karar verilmesinin, kendisini çok ağır psikolojik bir zarar riskine maruz bırakacağı vurgulanmıştır. Bunun nedeni sadece, doğumundan itibaren birincil ebeveyni olan ve kendisinin bakım masraflarını karşılayan tek kişi olan annesinden bir anda ayrılacak olması değil, ama aynı zamanda varlığını yeni öğrendiği bir babayla bir anda karşılaşacak olmasıdır. Yukarıda anlatılanlar ışığında, bu noktadaki başvuru da reddedilmelidir. ...

5. ... Mevcut dava dosyasından, Noam Shuruk'un, üzerinde gözetimi bulunan annesiyle en azında bir yıl süreyle Lozan'da birlikte yaşamış olduğu anlaşılmaktadır. Lozan Sulh Mahkemesi Yargıcı, *ratione loci* (yer bakımından) ve *ratione materiae* (konu bakımından) tartışma konusu koruyucu tedbirleri alma yetkisine sahiptir. Esasla ilgili olarak, yaşının çok küçüklüğüne bağlanabilecek psikolojik hafıza kaybına bağlı olarak çocuk babasını hiç hatırlamadığı için, aniden yeniden bir araya gelmekten kaçınma için geçerli sebepler vardır; çünkü çocuğun sağlığı, bu konuda uzmanın ikna edici sözlerinden de anlaşılabilir gibi, bu yeni duruma gereği gibi hazırlandıktan

sonra sakın ve yavaş yavaş babasıyla yeniden kişisel ilişki kurmasını gerektirir. Bu nedenle başvuru temelsiz olup reddedilmelidir ...”

42. Baba, Kanton Mahkemesi kararının bozulması ve çocuğun İsrail’e geri döndürülmesi için Federal Mahkemeye üst başvuruda bulunmuştur. Baba, bu mahkemenin ilk olarak Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin (b) bendini ve ikinci olarak Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. maddesini yanlış yorumladığını iddia etmiştir.

43. Federal Mahkemenin konuyla ilgili dairesinin Başkanı 27 Haziran 2007 tarihinde verdiği kararla, babanın bu kararın yürütmesinin hemen durdurulmasına dair talebini kabul etmiştir.

44. Federal Mahkeme 16 Ağustos 2007 tarihinde verdiği ve 21 Eylül 2007 tarihinde birinci başvurusunun avukatına tebliğ edilen kararla, babanın başvurusunu kabul etmiştir. Kararın konuyla ilgili bölümleri şöyledir:

“3. Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönleri Hakkında Lahey Sözleşmesinin amacı, hukuka aykırı olarak ülkeden çıkarılan veya Sözleşmeci bir Devlette alıkoyulan çocukların hemen geri gönderilmesini sağlamaktır (Madde 1, (a) bendi). Bir çocuğun ülkeden çıkarılması veya alıkoyulması, çocuğun ülkeden çıkarılmadan veya alıkoyulmadan hemen önce mutad olarak ikamet ettiği devletin hukukuna göre tek başına veya birlikte kendisine gözetim hakkı tanınmış bir kimsenin, kurumun veya başka bir organın haklarının ihlal edilmesi halinde, hukuka aykırı sayılır (Madde 3, (b) bendi). ‘Gözetim hakkı’, bir kimsenin çocuğa bakmasıyla ilgili hakları ve özellikle çocuğun ikamet edeceği yeri belirleme hakkını (Madde 5(a)) içerir. Mevcut davada, çocuğun İsviçre götürülmesinin hukuka aykırı olduğu, çünkü babanın davalıyla birlikte ‘velayet’ hakkına sahip olduğu ve bunun İsrail hukukunda çocuğun ikametine karar verme hakkını da içerdiğine ilişkin bir tartışma yoktur. Dahası, geri döndürülme başvurusu, çocuğun ülkeden çıkarılmasından itibaren bir yıllık süre içinde yapıldığı için, davalı kural olarak, Lahey Sözleşmesinin 12. maddesi gereğince çocuğun hemen geri döndürülmesine karar verilmesi gerektiğine de karşı çıkamaz. Dolayısıyla tartışma konusu tek mesele, geri dönüşü Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin (b) bendindeki istisnanın uygulanabilir olup olmadığıdır.

4. Başvurana göre Kanton Mahkemesi, çocuğun İsrail’e dönmesine karar verilmesi talebini reddetmekle, Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin (b) bendini yanlış yorumlamıştır.

4.1 Federal Mahkeme konuyu uygunluk açısından serbestçe incelemekle yetkili olduğu (Federal Mahkeme Kanunun madde 95(b)) Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin (b) bendine göre, geri dönüşü karşı çıkan kimsenin çocuğun dönmesinin çocuğu fiziksel veya psikolojik zarar riskine maruz bırakacağını veya çocuğu başka bir şekilde katlanılmaz bir duruma sokacağını kanıtlaması halinde, talep edilen devletin yargısal makamının çocuğun geri dönüşüne karar vermek zorunda değildir.

Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinde öngörülen geri döndürme istisnaları dar yorumlanmalıdır; çocuğu kaçırmış olan bir ebeveyn, hukuka aykırı davranışından bir avantaj sağlayamaz (27 Mart 2003 tarihli Karar 5P.71/2003, FamPra.ch 2003, s. 718, alıntı 2.2). Lahey Sözleşmesinin amacı ebeveynlik yetkisine dayanmak olmadığından, anne babanın çocuk yetiştirme kapasiteleriyle ilgili sebepler bir yana bırakılarak, sadece ağır riskler dikkate alınmalıdır (Federal Mahkeme Kararı 131 III 334, alıntı 5.3; 123 II 419, alıntı 2b, s. 425). Dolayısıyla, çocuğun zihinsel, fiziksel veya sosyal gelişimi ağır bir tehdit altında olmadıkça, Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin (b)

bendindeki geri döndürme istisnası bakımından inceleme söz konusu olmaz (11 Nisan 2002 tarihli 5P.65/2002 karar, alıntı 4c/bb, FamPra.ch 2002, s. 620 ve burada yapılan atıflar). İspat külfeti, çocuğun geri dönüşüne karşı çıkan kişiye aittir (ibid., alıntı 4b, FamPra.ch 2002, s. 620 ve burada yapılan atıflar).

4.2 Kanton Mahkemesi, her zaman kendisine bakan bir annenin gözetimi altında olduğu çok küçük bir çocukla ilgili olduğunu gözlemlemiştir. Baba ise karnını doyurduğu dinsel bir cemaatte yaşamakta ve spor ve sanat öğretmeni olarak aylık 300 İsviçre Frangı gelir elde etmektedir. Ailenin yaşadığı evde korku atmosferi yarattığı gerekçesiyle çocuğun gözetimi kendisinin elinden alınmıştır. İsrail mahkemeleri aynı gerekçeyle, ayrı yaşamasına karar vermişler ve annenin evine yaklaşmasını yasaklamışlardır. Çocuğun İsviçre’ye gelmesinden önce baba, İsrail sosyal hizmet uzmanlarının gözetiminde haftada sadece iki kez ikişer saatle sınırlı görüşme hakkına sahiptir. İsrail Adalet Bakanlığı tarafından 12 Mart 2007 tarihinde verilen bilgiye göre, çocuğun annesi olmaksızın dönme koşullarıyla ilgili olarak, evini bir başka kiracıyla paylaşan ve hala din eğitimi veren bir kurumda çalışan baba, çocuğa bakmaya hazır olacaktır. Bu bilginin kısıllığını ve pek de güvence sağlamayan niteliğini, ayrıca bir psikiyatrist olan Dr. ... tarafından verilen raporu dikkate alan Kanton Mahkemesi, ister anneye birlikte veya annesiz olsun, dönüşün çocuk için psikolojik zarar riski içerdiğini ve kendisini katlanılamaz bir duruma sokabileceğini kabul etmiştir. Kanton Mahkemesi, babanın düşük geliri nedeniyle, davalının İsrail’e dönüşünün, çocuğun ekonomik durumunu bozacağını ve annenin çocukla birlikte geçimini sağlamak için bir iş bulmak zorunda kalacağını eklemiştir.

Başvuran yaptığı başvuruda, çocuğun annesi olmaksızın İsrail’e dönmesi halinde ağır psikolojik zarar riskine maruz kalacağına dair Kanton Mahkemesinin tespitini eleştirmemektedir. Ancak başvuran, anneden makul bir şekilde bekleneyeceği üzere çocuğu ile birlikte İsrail’e dönmesi halinde, böyle bir riskin doğmayacağı görüşündedir. Bu ikinci varsayım ile ilgili olarak Kanton Mahkemesi, böyle bir ağır zarar riskinin veya çocuk için katlanılamaz durumun doğabileceğine dair bir delil göstermemiştir. Uzman psikiyatrist, sadece muhtemel dönüşün koşulları belirlenmeden riskin değerlendirilemeyeceğini belirterek, özellikle bu konuda bir açıklamada bulunmamıştır. Başvuranın davalıya karşı saldırgan tutumu konusunda Kanton Mahkemesinin kararından, çocuğun doğrudan veya annesine karşı şiddete tanık olmasının bir sonucu olarak dolaylı olarak tehdit edileceği anlaşılamamaktadır. Anne, babanın görüşme hakkıyla ilgili düzenlemelere uyduğunu ve görüşmelerin iyi gittiğini söylemiştir. Görüşme hakkını izlemesi için bir sosyal hizmet uzmanı görevlendirilmiş, bu uzman, annenin çocuğu kaçırmamasından hemen önce kurulan baba oğul ilişkisini gayet iyi olarak tanımlamıştır. Anne, kendisinin evine başvuranın yaklaşmamasını veya rahatsız veya taciz etmemesini gerektiren yargısal talimatlarının başvuran tarafından ihlal edildiğini iddia etmemiştir. Babanın düşük geliri ve ‘Lubavitch’ dinsel cemaatle olan ilişkileri konusundaki kaygılar, çocuğun Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin (b) bendi anlamında ağır bir zarar görme riski altında olduğunu göstermemektedir. Bu tür kaygılar, gözetim hakkının kendisine verilmesi kararı bakımından anne babadan hangisinin çocuğu daha iyi yetirebileceğini belirlemeye yardımcı olabilir, ki bu konuda karar vermek Lahey Sözleşmesinin 16. maddesine göre mutlak ikametle ilgili yargısal makamların işidir; ancak bunlar hukuka aykırı bir kaçırma sonrasında çocuğu geri döndürme kararıyla ilgili değildir (bk. yukarıda 4.1’deki alıntı).

Annenin İsrail’e dönmeme tutumu konusunda, Kanton Mahkemesi kararı annenin dönmeme kararını haklı kılan objektif koşulların varlığını göstermesi gerekirken, dönmeme gerekçesini hiç ele almamaktadır. Kanton Mahkemesi yargıçları, davalının

kaçırma nedeniyle gerçekten bir hapis cezasıyla karşılaşp karşılaşmayacağını söylemeksizin, İsrail'e dönüş halinde doğabilecek 'yargısal risklere' atıfta bulunan uzman psikiyatrin görüşlerinden alıntı yapmıştır. Böyle bir yargısal riskin varlığının kanıtlandığı düşünülecek olursa, anneden çocukla birlikte dönmesi beklenemez ve bu durum çocuğun annesinden ayrı kalmasının sebep olacağı ağır psikolojik zarar nedeniyle çocuğun dönmesi ihtimalini ortadan kaldırır. Anne, Federal Mahkemeye verdiği cevapta, bu sorun hakkında bir açıklamada bulunmamıştır; özellikle, hemen hapsedileceğini veya her hangi bir cezai yaptırıma tabi tutulacağını iddia etmemiştir. Anne İsrail'e dönmesi halinde, uyum sağlamasının veya özellikle yeni bir iş bulmasının çok zor olacağını da iddia etmemiştir. Sonuç olarak, annenin ve dolayısıyla çocuğun dönüşünün ekonomik sebeplerle katlanılamaz olacağı söylenemez. Bu nedenle davalının İsrail'e dönmeyi reddetmesini haklı kılacak objektif sebeplerin varlığını ortaya koyamadığı için, çocukla birlikte çıktığı devlete geri dönmesinin beklenmesinin makul olduğu kabul edilmelidir.

Bu koşullarda Kanton Mahkemesinin kararını ve özellikle Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin (b) bendinin öngördüğü çocuğu geri döndürme istisnasını haklı gösterme gerekçesinde dayandığı Merkezi Makamın verdiği bilginin (bk. yukarıda 4.2'deki alıntı) pek güvenli görülmemesinin hiçbir önemi yoktur, çünkü bu bilgi çocuğun annesi olmaksızın döneceği varsayımına dayanmaktadır.

Buna göre Kanton Mahkemesi yargıçları, çocuğun mutlak ikamet devletine dönüş istisnasını uygulama yetkileri bulunduğunu tespit ederek, Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin (b) bendini ihlal etmişlerdir. Dolayısıyla şikayet, Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. maddesine göre incelemeyi gerekli görmeden, başvuru kabul edilmeli ve alt mahkeme kararı iptal edilmelidir. Çocuğun Eylül 2007 sonuna kadar İsrail'e ... geri dönüşünü sağlamak davalıya düşmektedir. ...

Bu nedenle Federal Mahkeme:

1. Başvurunun kabulüne ve alt mahkeme kararının iptaline,
2. Davalının Eylül 2007 sonuna kadar İsrail'e ... çocuğun geri dönmesini sağlamasına

karar vermiştir.

...”

45. Çocuğun babası, avukatı vasıtasıyla 20 Ağustos 2007 tarihinde, dönüş kararının icrasıyla görevli olup çocuğun dönüşünü ayarlamakla görevlendirilecek bir *ad hoc* vasi tayin edilmesi isteğiyle Lozan Sulh Mahkemesine bir başvuruda bulunmuştur. Ancak Mahkeme'nin 27 Eylül 2007 tarihinde Hükümete geçici tedbir kararı verildiği duyurulduktan sonra, çocuğun babası 1 Ekim 2007 tarihinde bu başvurusun geri çekmiştir.

46. Daha sonra başvuru Mahkeme'ye, bir pediatr olan Dr. M.-A.'nın 23 Şubat 2009 tarihli sağlık raporunu göndermişlerdir. Bu raporda şöyle denilmektedir:

“Aşağıda imzası olan ben, 10 Haziran 2003 doğumlu çocuk Noam Shuruk'u 7 Ekim 2005 tarihinden itibaren bir kaç kez muayene ettiğimi belgelerim.

Her defasında Noam'un yanında, aralarında gayet ilişki olan annesi bulunmuştur.

Noam'un davranışları yaşına uygundur ve kendisinin psikomotor gelişimi ve dili ortalamanın üzerindedir. Noam bir psikolojik travmadan veya duygusal veya eğitsel eksiklikten rahatsız görünmemektedir.

Noam özgüveni bulunan, özellikle yetişkinlerle iyi ilişkiler kurabilen bir çocuktur.

Şu anda enfeksiyon izleri dışında, fiziksel sağlığı da iyi durumdadır.

Annesi bulunmaksızın bir anda İsrail'e döndürülmesi, bu çocukta önemli bir travma ve ağır psikolojik rahatsızlıklar oluşturur”

47. Lozan Mahkemesi Başkanı, birinci başvurucunun talebi üzerine 29 Haziran 2009 tarihinde verdiği ihtiyati tedbir kararında, Noam'ın annesinin Lozan'daki adresinde kalmasına, babasının oğluyla kişisel ilişki kurmasının askıya alınmasına ve çocuğun kimlik belgelerinin uzatılabilmesi için annesine yetki verilmesine karar vermiştir. Bu karar özellikle şu gerekçelere dayandırılmıştır:

“Davalıya mahkemeye davet tebligatının İsrail'deki adresine çıkarıldığı kaydedilmiştir.

Bu tebligat 'ayrıldı' damgasıyla dönmüştür; bu ifade '*parti sans laisser d'adresse*' (adres bırakmadan ayrıldı) şeklinde çevrilebilir.

... Müşterek ebeveynlik otoritesi bulunmakla birlikte annenin çocuk üzerinde gözetim yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Babanın sosyal hizmet uzmanının gözetiminde çocukla 'görüşme hakkını kullanmasının' gerekli olduğu anlaşılmaktadır ...

Bu dava bağlamında davalı duruşmaya hiç gelmemiş, fakat bir avukatla temsil edilmiş olup, bu avukatın da artık müvekkili namına hareket etmediği anlaşılmaktadır ...

İçtihatlarla göre, bir çocuğun hukuka aykırı olarak ülkeden çıkarılması, götürüldüğü ülkede çocuk için yeni bir mutlak adres oluşturulmasını kendiliğinden engellemektedir (bk. Federal Mahkeme Kararı 125 III 301, *Journal des Tribunaux* 1999 I 500).

Mevcut olayda Noam, Haziran 2005'ten bu yana sürekli olarak İsviçre'de yaşamıştır.

Noam burada okula gitmektedir.

Burada annesinin tarafıyla aile bağları vardır.

Burada sağlık bakımı almaktadır.

Ayrıca İsviçre vatandaşı olup, Fransızca konuşmaktadır.

Federal Mahkeme'nin kararına rağmen, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından Noam'ı İsrail'e göndermemesini İsviçre Hükümetinden isteyen başvurucu lehine geçici tedbir kararları verilmiştir.

Davalı hukuki mücadelede bulunmakla birlikte, çocuğunu görmeyi istemiş değildir ve ikametini bilinmemektedir.

Davalının mevcut davayla ilgisini kaybettiği görülmektedir.

Sonuç olarak çocuk, şimdi sadece annesiyle düzenli bir ilişkiye sahiptir.

Dolayısıyla, annenin başvurusunun kabul edilmesi ve Noam'ın İsviçre'de Lozan'da, annesiyle birlikte mutlak ikametinde kalmasına geçici olarak karar verilmesi uygun görülmüştür.

Medeni Kanunun 273(1). fıkrası, ebeveynlik yetkisi veya gözetim yetkisi bulunmayan bir anne veya baba ile küçüğün, şartlar uygun olduğu ölçüde, kişisel ilişki kurabileceklerini öngörmektedir.

Kişisel ilişki hakkı, ebeveyn ile çocuklar arasında bağın muhafazasını amaçlar ...

Bu bağın sürdürülmesi ve geliştirilmesi, tabii ki çocuğun yararınadır.

Dolayısıyla çocuğun menfaati tehlikeye girmediği, kişisel ilişkiler desteklenmelidir.

Kişisel ilişkilerin kapsamı ve yürütülme tarzı, duruma uygun olmalı, bir başka deyişle olayın içinde bulunduğu özel şartları dikkate alınmalıdır.

Çocuğun iyiliği, en önemli değerlendirme kriteridir (bk. Federal Mahkeme Kararı 127 III 295, c 4a).

Hak sahibi kişinin durumu ve menfaatleri de dikkate alınmalıdır: kendisinin çocukla ilişkisi, kişiliği, yaşadığı yer, boş zamanı ve çevresi de.

Kişisel ilişki hakkının kullanılması özel şartlara bağlanabilir ...

Başvurucu, oğulları Noam ile davalının kişisel ilişki hakkının kaldırılmasını talep etmiştir.

Bu olayın şartları içinde, davalının kişisel ilişki hakkı, çocuğun İsviçre gitmesinden önce İsrail makamları tarafından verilen kararlarla zaten sınırlanmıştır.

Çocuk 2005 yılından bu yana babasını görmemiştir.

Aralarında ortak bir dil bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Her halükarda, eğer davalı tarafından talep edilecek olursa sadece tedbirli olarak kişisel ilişki hakkının yeniden kullanılmaya başlanması mümkündür.

Davalının ikametgahı halen bilinmemektedir.

Bu koşullarda davalının, oğlu Noam ile kişisel ilişki hakkının geçici olarak askıya alınması uygun görünmektedir.

Başvurucu, ‘10 Haziran 2003 doğumlu Noam üzerindeki ebeveynlik yetkisinin, kendisinin kimlik belgelerinin süresinin uzatılabilmesi için, münhasıran ve geçici olarak Lozan’daki annesi Isabelle Neulinger’e verilmesi’ni talep etmiştir.

Başvurucu, İsrail ve İsviçre çifte vatandaşlığı bulunan oğlunun halen kimlik belgeleri bulunmadığını belirtmiştir.

Yakın zamana kadar bir İsviçre pasaportu bulunmaktaydı.

Ancak pasaportun süresinin dolması üzerine, tarafların çocuk üzerinde müşterek ebeveynlik yetkileri bulunduğundan, idari makamlar çocuğun babasının rızası olmaksızın yeni bir pasaport vermeyi reddetmişlerdir.

Davalının kaldığı yer halen bilinmemektedir.

Dolayısıyla başvuru, babadan bu konuda rızasını isteyememektedir.

Çocuk İsviçre’de annesiyle birlikte yaşamakta ve annenin çocuk üzerinde gözetim hakkı bulunmaktadır.

Mevcut olay özünde, ebeveynlik yetkilerinin verilmesi konusunda bir değişiklikle ilgilidir, çünkü İsviçre hukuku vasıtasıyla ebeveynlik yetkisinin münhasıran kendisine verilmesini istemektedir.

Talep edilen ihtiyati tedbirin kabul edilmesi halinde, davayı esastan çözeceği sanılabilir.

Ancak, talep edilen tedbir, kapsam bakımından çok sınırlı bir tedbirdir, çünkü sadece, başvurucuya çocuğu için kimlik belgesi alma imkanı sağlayacaktır.

Çocuk İsviçre’de yaşayan bir İsviçre vatandaşıdır.

Dolayısıyla diğer vatandaşların olduğu gibi, çocuğun da kimlik belgesi edinmesi gereklidir.

Bu nedenle başvurunun talebi kabul edilmelidir.

...”

Mahkeme’nin önündeki mevcut bilgilerden, taraflardan birinin bu karara karşı üst başvuruda bulunup bulunmadıkları anlaşılmamaktadır.

II. KONUYLA İLGİLİ ULUSLARARASI HUKUK VE İÇ HUKUK İLE UYGULAMA

A. Çocuk haklarının korunması

1. Çocuk Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşme

48. İsviçre bakımından 26 Mart 1997 tarihinde yürürlüğe giren 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesinin ilgili hükümleri şöyledir:

Başlangıç

“Bu Sözleşmeye Taraf Devletler,

...

Toplumun temel birimi olup, tüm üyelerinin ve özellikle çocukların gelişmeleri ve iyilikleri için doğal bir ortam olan ailenin, toplum içinde kendisinden beklenen sorumlulukları tam olarak yerine getirebilmesi için gerekli koruma ve yardımı görmesinin zorunluluğuna inanarak,

Çocuğun kişiliğinin tam ve uyumlu olarak gelişebilmesi için mutluluk, sevgi ve anlayış ortamına sahip bir aile çevresi içinde yetişmesinin gerekliliğini kabul ederek,

...

Aşağıdaki konularda anlaşmışlardır:

...”

Madde 7

“1. Çocuk doğumundan sonra hemen nüfusa kaydedilir ve doğumdan itibaren ... anne babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olur. ...”

Madde 9

“1. Taraf Devletler ... anne babasının rızası olmadıkça, bir çocuğun anne babasından ayrılmasını sağlarlar. ...”

Madde 14

“1. Taraf Devletler, çocuğun düşünce, din ve vicdan özgürlüğü hakkına saygı gösterirler.

2. Taraf Devletler, çocuğun yeteneklerini geliştirmeye uygun bir tarzda haklarını kullanmaya yönlendirilmesini sağlamak için, çocuğun anne babasının ve gerektiği takdirde vasisinin haklarına ve ödevlerine saygı gösterirler. ...”

Madde 18

“1. Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında anne-babadan her ikisinin de sorumlu oldukları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu, ilk önce anne babaya veya durum gerektiriyorsa vasiye aittir. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek menfaatlerini göz önünde tutarlar. ...”

2. Çocuğun "yüksek menfaatleri" kavramı

49. Çocuğun yüksek menfaatleri kavramı, 29 Kasım 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirisinin ikinci ilkesinden kaynaklanmaktadır. Bu ilke şöyledir:

“Çocuk hukuk yoluyla ve diğer vasıtalarla, sağlıklı ve normal bir tarzda ve özgürlük ve saygın bir ortam içinde, kendisinin fiziksel, zihinsel, ahlaki, ruhsal ve sosyal olarak gelişmesini sağlayacak özel korumadan yararlanır ve kendisine fırsatlar ve imkanlar tanınır. Bu amaçla çıkarılacak yasalarda, çocuğun yüksek menfaatleri en temel düşünce olur.”

50. Bu deyim yine 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3(1). fıkrasında kullanılmıştır:

“Kamu veya özel bütün sosyal hizmet kuruluşların, mahkemelerin, yasama organlarının veya idari makamların, çocuklarla ilgili bütün işlemlerinde, çocukların yüksek menfaatleri öncelikli yer tutar.”

51. Sözleşmenin hazırlanması sırasında görev alan çalışma gurubu ve Çocuk Hakları Komitesi, genel olarak veya belirli koşullarla ilgili olarak, çocuğun yüksek menfaatleri kavramını geliştirmemişler veya bu menfaatlerin değerlendirilmesi için kriterler önermemişlerdir. Her ikisi de, Sözleşmenin bütün değer ve ilkelerinin her bir özel olayda uygulanacağını söylemekle yetinmişlerdir (bk. Rachel Hodgkin ve Peter Newell (eds.), *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, United Nations Children's Fund 1998, s. 37). Ayrıca Komite bir çok defa, Sözleşmenin çeşitli maddeleri arasındaki ilişki dikkate alınarak, bir bütün halinde mütalaa edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bir yorum, belgenin ruhuna uygun olmalı ve çocuğa kişisel ve siyasal hakları ile kendi duyguları ve düşünceleri bulunan bir birey olduğu gerçeğine odaklanmalıdır (ibid, s. 40).

52. BM Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından çıkarılan "Çocuğun Yüksek Menfaatlerinin Belirlenmesi Hakkında Rehber"e göre:

“Çocuğun ‘yüksek menfaatleri’ deyimini, çocuğun geniş anlamda iyiliğini tasvir etmektedir. Böyle bir iyilik, çocuğun yaşı, olgunluk düzeyi, anne babasının bulunup bulunmadığı, çocuğun içinde bulunduğu çevresi ve deneyimleri gibi çeşitli bireysel şartlar tarafından belirlenir”. (BMMYK Çocuğun Yüksek Menfaatlerinin Belirlenmesi Hakkında Rehber, Mayıs 2008)

53. "Çocuğun yüksek menfaatleri" ilkesi Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiyesine Dair Sözleşmenin 5 ve 16. maddelerinde yer

almaktadır. Sözleşmenin 5(b) bendi, Sözleşmeciler Devletlerin aşağıdaki konularda gerekli tedbirleri almalarını gerektirmektedir:

“ailede verilen eğitimin, toplumsal bir işlev olarak anneliğin gerektiği şekilde anlaşılmasını ve çocuğun büyütülmesinde ve yetiştirilmesinde erkeklerin ve kadınların ortak sorumluluğunun kabul edilmesini, yani çocukların menfaatlerinin her durumda öncelik taşıdığını da içermesini sağlamak”.

54. Sözleşmenin 16(d) bendi kadınların ve erkeklerin şunlara sahip olduklarını söylemektedir:

“ medeni durumları ne olursa olsun, anne ve baba olarak çocuklarla ilgili konularda aynı haklara ve yükümlülöklere sahiptirler; her halükarda çocukların menfaatlerine üstünlük tanınır”.

55. İlke, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesinde görünmediği halde, İnsan Hakları Komitesi 17 ve 19 sayılı Genel Yorumlarında, anne ve babanın ayrılmaları veya boşanmaları halinde, çocuğun "üstün menfaati"nden söz etmektedir. Komite 17 sayılı Genel Yorumunda (1989 tarihinde 35. Oturumda kabul edilmiştir), bir evlilik sona erdiğinde, çocukların üstün menfaati göz önünde tutularak, mümkün olduğu kadar her iki ebeveyn ile kişisel ilişkilerini güvence altına almak için gerekli tedbirlerin alınması gerektiğini söylemiştir. Terk edilen çocukların aile ortamı özelliklerine en fazla benzeyen koşullarda gelişmelerini sağlamak için özel tedbirler alınmalıdır. Komite 19 sayılı Genel Yorumunda (1990 yılında 39. Oturumda kabul edilmiştir), çocuğun üstün menfaati başka türlü gerektirmedikçe, boşanma, gözetim, kişisel ilişki hakkı, vd. konusunda ayrımcı muamelenin yasaklanması gerektiğini belirtmiştir.

56. Lizbon Andlaşmasının 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlöğe girmesiyle hukuken bağlayıcı duruma gelen Avrupa Birliğı Temel Haklar Şartı, aşağıdaki maddeyi içermektedir:

Madde 24 – Çocuğun hakları

“1. Çocuklar, kendilerinin iyiliklerinin gerektirdiğı bakım ve korunma hakkına sahiptirler. Çocuklar kendi görüşlerini serbestçe açıklayabilirler. Bu görüşler, kendilerini ilgilendiren konularda, kendilerinin yaş ve olgunlarına göre dikkate alınır.

2. Kamu veya özel kurumların çocuklarla ilgili bütün yaptıkları işlemlerde, çocuğun yüksek menfaatine öncelik verilir.

3. Her çocuk, menfaatleri aksini gerektirmedikçe, her iki ebeveyni ile doğrudan ve düzenli olarak kişisel ilişkisini sürdürme hakkına sahiptir”.

B. 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönleri Hakkında Lahey Sözleşmesi

1. Sözleşme metni

57. İsviçre bakımından 1 Ocak 1984 tarihinde yürürlüğe giren 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönleri Hakkında Lahey Sözleşmesinin ilgili hükümleri şöyledir:

“Bu Sözleşmeyi imzalayan Devletler,

Gözetimle ilgili meselelerde çocukların menfaatlerinin üstün bir öneme sahip olduğuna derinden inanarak,

Çocukları hukuka aykırı olarak ülkeden çıkarma ve alıkoymanın zararlı etkilerinden uluslararası alanda korumayı ve mutad ikametlerinin bulunduğu devlete hemen dönmelerini sağlayan usuller oluşturmayı ve ayrıca kişisel ilişki hakkının korunmasını sağlamayı arzu ederek,

Bu yönde bir Sözleşme yapmaya karar vermişler ve aşağıdaki hükümle üzerinde anlaşmışlardır:

...”

Madde 1

“Bu Sözleşmenin amacı:

(a) hukuka aykırı olarak ülke dışına çıkarılan veya bir Sözleşmeci Devlette alıkoymulan çocukların hemen geri dönmelerini sağlamak; ve

(b) bir Sözleşmeci Devletin hukukunda var olan gözetim ve çocukla kişisel ilişki hakkına diğer Sözleşmeci Devletler tarafından etkili bir şekilde saygı gösterilmesini sağlamaktır.”

Madde 3

“Bir çocuğun ülkeden çıkarılması ve alıkoyması, aşağıdaki hallerde hukuka aykırı sayılır:

(a) çocuğun ülkeden çıkarılmadan veya alıkoymulmadan hemen önce mutad olarak ikamet ettiği devletin hukukuna göre tek başına veya müştereken bir kimseye, kuruma veya başka bir organa verilmiş olan gözetim hakkının ihlal edilmesi; ve

(b) ülkeden çıkarma veya alıkoyma sırasında bu hakların müştereken veya tek başına fiilen kullanılıyor olması halinde veya ülkeden çıkarma veya alıkoyma olmasaydı kullanılacak idiyse.

Yukarıda (b) bendinde sözü edilen gözetim hakkı, yasadan veya yargısal ya da idari karardan ya da o devletin hukukuna göre hukuki bir etkiye sahip bir anlaşmadan kaynaklanabilir.”

Madde 4

“Bu Sözleşme, gözetim veya kişisel ilişki hakkından birinin ihlal edilmesinden hemen önce bir Sözleşmeci Devlette mutat olarak ikamet eden her çocuk bakımından uygulanabilir. Çocuk 16 yaşına girdiğinde Sözleşmenin uygulanması sona erer.”

Madde 5

“Bu Sözleşme bakımından

(a) ‘gözetim hakkı’ çocuğun kendisinin bakımıyla ilgili hakları ve özellikle çocuğun ikametini belirleme hakkını içerir;

(b) ‘kişisel ilişki hakkı’ çocuğu mutat olarak ikamet ettiği yerden sınırlı bir süre için başka bir yere götürme hakkını da içerir.”

Madde 11

“Sözleşmeci Devletlerin idari ve yargısal makamları, çocukların geri döndürülmeleriyle ilgili işlemlerde süratle hareket ederler.

Yargısal veya idari makamlar, işlemlerin başlamasından itibaren altı hafta içinde bir karar vermemiş olurlarsa, başvuru veya talep edilen devletin Merkezi Makamı, kendiliğinden veya talep eden devletin Merkezi Makamı tarafından istenmesi üzerine, bu gecikmenin gerekçeleri hakkında bir açıklamada bulunulmasını isteme hakkına sahiptir. ...”

Madde 12

“Bir çocuğun Sözleşmenin 3. maddesi anlamında hukuka aykırı olarak ülkeden çıkarılmış veya alıkoymuş ise ve çocuğun bulunduğu Sözleşmeci Devletin yargısal veya idari makamı önünde işlemlerin başladığı tarihte hukuka aykırı olarak ülkeden çıkarma veya alıkoyma tarihinden itibaren bir yıldan az bir süre geçmiş ise, ilgili makam çocuğun hemen geri gönderilmesine karar verir.

Yargısal veya idari makam, yukarıdaki fıkrada sözü edilen bir yıllık dönemin dolmasından sonra işlemlerin başlamış olması halinde bile, çocuğun artık yeni ortamında yerleştiği gösterilmedikçe, çocuğun geri döndürülmesine karar verir.

Talep edilen devletin yargısal veya idari makamının, çocuğun başka bir devlete götürüldüğüne inanması için bir sebebi varsa, yargısal veya idari makam işlemleri durdurabilir veya çocuğun döndürülmesi için yapılan başvuruyu reddedebilir.”

Madde 13

“Yukarıdaki maddenin hükümlerine rağmen, çocuğun döndürülmesine karşı çıkan kişi, kurum veya organlar, aşağıdaki halleri kanıtlamaları halinde, yargısal veya idari makam çocuğun döndürülmesine karar vermek zorunda değildir:

...

(b) çocuğun geri gönderilmesi kendisini fiziksel ve psikolojik zarara maruz bırakacağına veya kendisini başka bir surette katlanılmaz bir duruma sokacağına dair büyük bir risk bulunması.

Yargısal veya idari makam, çocuğun geri döndürülmeye karşı çıktığını tespit edecek olursa ve çocuk görüşlerinin dikkate alınmasının uygun olduğu yaşta ve olgunlukta bulunuyorsa, çocuğun geri döndürülmesi talebini reddedebilir.

Yargısal ve idari makam, bu maddede sözü edilen koşulların varlığını incelerken, çocuğun mutad olarak ikamet ettiği yerdeki Merkezi Makamın veya diğer yetkili makamın çocuğun sosyal aralanıyla ilgili verdiği bilgileri dikkate alır.”

Madde 14

“Talep edilen devletin yargısal veya idari makamları, Sözleşmenin 3. maddesi anlamında bir hukuka aykırı ülkeden çıkarma veya alıkoyma bulunup bulunmadığını belirlerken, çocuğun mutad olarak ikamet ettiği devletin hukukunu veya resmen tanınmış olsun veya olmasın yargısal veya idari kararlarını, bu hukukun veya tanınması halinde uygulanacak olan yabancı kararların varlığının kanıtlanması için özel usullere başvurmadan, doğrudan dikkate alırlar.”

Madde 20

“Talep edilen devletin insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasıyla ilgili temel ilkeleri geri döndürmeye izin vermiyorsa, Sözleşmenin 12. madde hükümlerine göre çocuğun geri döndürülmesi talebi reddedilir.”

Madde 21

“Kişisel ilişki hakkının etkili bir şekilde kullanılmasının organizasyonu ve kullanılması için ayarlamalar yapılması amacıyla yapılan bir başvuru, tıpkı çocuğun geri döndürülmesi talebinde olduğu gibi Sözleşmeciler Devletin Merkezi Makamına sunulur.

Merkezi Makamlar, kişisel ilişki hakkından barışçıl bir biçimde yararlanılmasının sağlanması ve bu hakların kullanılmasının tabi tutulabileceği şartların yerine getirilmesi için Sözleşmenin 7. maddesinde belirtilen işbirliği yükümlülükleriyle bağlıdırlar.

Merkezi Makamlar, bu hakların kullanılmasının organize edilmesi veya korunması ve bu hakların kullanılmasının tabi tutulduğu koşullara uyulması amacıyla, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla işlemleri başlatabilirler veya işlemlerin başlaması için yardım edebilirler.”

2. Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin (b) bendi bağlamında, çocuğun “yüksek menfaatleri”nin incelenmesi

58. Sözleşmenin hazırlanması sırasında bayan Elisa Pérez-Vera tarafından yazılan Açıklayıcı Nota göre:

“... incelenmekte olan durumların karakteristik faktörlerinden biri, kaçırılan kişinin bu eyleminin sınımlan devlet yetkili makamları tarafından hukuka uygun bulunduğunu iddia etmesi olduğundan, kendisini bundan caydırmanın bir yolu, eylemlerini herhangi bir siyasi veya yargısal sonuçtan yoksun bırakmaktır. Sözleşme, bunu gerçekleştirebilmek için, statükonun iadesini hedeflerinin başında yer vermektedir ...”. (§16, s. 429)

59. Ancak Lahey Sözleşmesi, çocuğun hemen döndürülmesi ilkesine beş istisna içermekte olup, bu istisnalardan en yaygın olarak 13. maddenin (b) bendindeki istisna ileri sürülmektedir.

60. Fransa Temyiz Mahkemesi, Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi ve Finlandiya Yüksek Mahkemesi, Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin (b) bendi anlamında “ağır risk”e istisnayı uygularken, “çocuğun yüksek menfaatleri” kavramına açıkça yer vermişlerdir.

61. Fransa Temyiz Mahkemesi 2005 tarihli bir davada şöyle demiştir:

“Sözleşmenin 13. maddesinin (b) bendine göre, çocuğun hemen döndürülmesine, ancak zarar veya katlanılmaz bir durumun meydana gelmesine dair ağır bir risk bulunması halinde bir istisna söz konusudur”

ve

“Fransız mahkemelerinde doğrudan uygulanabilir olan Çocuk Haklarına dair New York Sözleşmesinin 3(1). fıkrası gereğince, bu tür şartlar çocuğun yüksek menfaatlerine öncelik verilerek değerlendirilir”. (Temyiz Mahkemesi, Birinci Hukuk Dairesi, 14 Haziran 2005, temyiz no. 04-16942)

62. Temyiz Mahkemesi, Aix-en-Provence Üst Mahkemesinin 13 Mayıs 2004 tarihli kararını, şu tespitleri yaparak onamıştır:

“Üst Mahkeme tarafından çocuğun yüksek menfaatleri dikkate alınmış, dolayısıyla Üst Mahkeme, Lahey Sözleşmesine göre çocuğun hemen geri döndürülmesinin uygun olacağına karar vermenin uygun olduğu ... sonucuna varan Üst Mahkeme tarafından çocuğun yüksek menfaatleri dikkate alınmıştır.”

63. Finlandiya Yüksek Mahkemesi, Sözleşmenin 13. maddesinin (b) bendindeki istisnayı uygularken benzer bir değerlendirme yapmıştır:

“... mahkeme, annenin çocuklarıyla birlikte Fransa’ya dönmesi ve çocukların yüksek menfaatlerine uygun yaşama koşullarının sağlanması halinde, ağır riskin bulunmayacağına işaret etmiştir ...”. ([27 Aralık 1996] Finlandiya Yüksek Mahkemesi 1996:151, S96/2489)

64. Romanya’dan Birleşik Krallık’a bir çocuğun kaçırılmasıyla ilgili olarak Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi tarafından 16 Kasım 2006 tarihinde incelenen bir davada yargıç Hope şunları gözlemlemiştir:

“çocuğun hemen Romanya’ya döndürülmesi halinde çocuğun yüksek menfaatlerine uygun davranılmış olacağına inanmak mümkün değildir.” (*In re D (a child)*, [2006] UKHL 51)

3. Lahey Sözleşmesinde “gözetim hakkı” kavramı

65. Lahey Sözleşmesinin 5(a) bendi, gözetim hakkını “çocuğun kendisinin bakımıyla ilgili hakları ve özellikle çocuğun ikametini belirleme hakkı” olarak tanımlamaktadır. Sözleşme gözetimin, yasadan veya yargısal ya da idari karardan ya da çocuğun ülkeden çıkarılmadan veya alıkoymadan hemen önce mutlak ikametinin bulunduğu devletin hukukuna göre hukuki bir etkiye sahip bir anlaşmadan kaynaklanabileceğini kabul etmektedir (Madde 3,son). Ayrıca Sözleşmenin Açıklayıcı Notu, Sözleşmeyi yazanların amacının çocuk üzerinde, gözetim yetkisinin kullanılabilmesi bütün yolların korunması olduğunu vurgulamakta ve anne babanın müşterek gözetim yetkilerinin bulunması halinde bile hukuka aykırı ülkeden çıkarma veya alıkoymanın söz konusu olabileceğini kabul etmektedir:

“Sözleşmenin 3. maddesi gereğince gözetim hakkı, bu hakların kullanılmasına saygı gösterilmesini talep eden kimseye tek başına veya müştereken verilebilir. ... Şimdi, müşterek gözetim hakkı sahibi kişilerden birinin, diğerinin rızası olmadan çocuğu ülkeden çıkarması, aynı şekilde Sözleşme bakımından hukuka aykırıdır; bu hukuka aykırılık bu olayda, eylemin kanuna aykırı olmasından değil, fakat bu eylemin diğer ebeveynin kanunla korunan haklarını görmezden gelmiş olmasından bu hakların olağan kullanımına müdahale etmiş olmasından kaynaklanmaktadır” (Açıklayıcı Not, Elisa Pérez-Vera tarafından, Ondördüncü Oturumdaki İşlemler ve Belgeler, C. III, Çocuk Kaçırma, Uluslararası Özel Hukuk hakkında Lahey Konferansı, §71, s. 447-48)

66. Sözleşmeyi hazırlayanlar, gözetim hakkının ulusal hukuktaki yorumlarından epey farklı özerk bir velayet hakkı kavramı yaratmışlardır. Kavramın bu özerk niteliği, “25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönleri Hakkında Lahey Sözleşmesinin işleyişiyle ilgili Ekim 1989 tarihli Özel Komisyonun Genel Sonuçları”nda teyit edilmiştir. Şöyle denmektedir:

“... Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönleri Hakkında Sözleşmede geçen ‘gözetim hakkı’ kavramı özerk bir kavram olup, bu haklar belirli bir ülkenin mevzuatındaki veya bir hukuk sistemindeki ‘gözetim hakkı’ kavramıyla bitişik olması gerekmez. ... ‘Gözetim’ denilen şeyin iç hukukta sadece bir ebeveyne verilmiş olması, Lahey Sözleşmesi bakımından bütün ‘gözetim hakkının’ da bu ebeveyne verilmiş olduğu anlamına gelmez. Her ulusal hukuk sistemi, çocukların bakım ve kontrolleri konusuna değinen haklara ilişkin kendi terminolojisine sahip olduğundan ve hatta İngilizce konuşan bazı hukuk sistemleri ‘gözetim’ kelimesini bile kullanmadıklarından, bu hakların sadece adına değil içeriğine bakılmalıdır.” (25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönleri Hakkında Lahey Sözleşmesinin işleyişiyle ilgili Ekim 1989 tarihli Özel Komisyonun Genel Sonuçları, §9, s. 3)

67. Özel Komisyonunun ikinci toplantısında da “gözetim hakkı” kavramının özerk bir anlama sahip olduğu teyit edilmiş ve başka şeylerin yanında aşağıdaki sonuçlar kabul edilmiştir:

“‘gözetim hakkı’ ifadesi ... bir iç hukuktaki belirli bir gözetim kavramıyla rastlaşmamakta, fakat anlamını Sözleşmenin amacından, yapısından ve tanımlarından almaktadır” (Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönleri Hakkında Lahey Sözleşmesinin işleyişinin incelenmesi için 18-21 Ocak 1993 tarihlerinde toplanan İkinci Özel Komisyon Toplantı Raporu, , s. 4)

68. Ayrıca, Açıklayıcı Nota göre Sözleşmenin uygulanması, sadece gözetim hakkının ihlalleriyle ilgili meselelerde ortaya çıkar. Bu Sözleşme kural olarak, özellikle çocuğun velisi tarafından yurtdışına götürüldüğü zaman kişisel ilişki hakkının ihlallerinden kaynaklanan durumlarla ilgili değildir (Açıklayıcı Rapor, §65).

4. Lahey Sözleşmesi anlamında “gözetim hakkı” kavramıyla ilgili ulusal içtihatlar

69. Lahey Sözleşmesi, Sözleşmeci Devletlerin Sözleşmeyi uygulamalarını sağlamak için bir icra mekanizması ve izleme organı öngörmemiştir. Dolayısıyla Lahey Sözleşmesiyle ilgili ulusal mahkemelerin içtihatları bir Sözleşmeci Devletten diğerine değişmesi mümkündür. Uygulamada çeşitli yargısal organların, Lahey Sözleşmesinin gözetim hakkı ile kişisel ilişki hakkı arasında yaptığı ayırım konusunda, özellikle kişisel ilişki hakkı sahibi olup gözetim hakkı bulunmayan ebeveynlerin çocuğun döndürülmesi isteklerinin kabul edilip edilmemesi konusunda karar vermek durumunda kaldıklarında yaptıkları yorumlarında tutarlılık bulunmaktadır.

70. Bununla birlikte, hukuka aykırı olarak ülkeden çıkarma ve alıkoymanın geniş yorumlanmasına ve böylece Sözleşmeden yararlanmak üzere gözetim hakkına sahip olma dışında çocuk büyütme imkan vermek için, gözetim hakkının kapsamının genişletilmesine doğru bir eğilim görülmektedir.

71. Örneğin *C. v. C.* davasında (İngiltere ve Galler Üst Mahkemesi; [1989] 1 WLR 654, 657-658), velayet hakkı bulunan bir ebeveyn, *ne exeat* kararı da denilen ve çocuğun belirli bir coğrafi alandan çıkarılmasını yasaklayan kısıtlama kararına aykırı olarak, çocuğu Avustralya’dan çıkarmıştır. O olayda velayet hakkı bulunmayan ebeveynin rızası olmadan çocuğun ülkeden çıkarılması mümkün değildir. O davada ulusal mahkeme, ülkeye döndürme için Sözleşmenin yargısal başvuru yolunun uygulanabilir olduğunu belirtmiştir. Ulusal mahkemeler bunu, çocuğun yeni yerine rıza gösterme veya gösterme ile “çocuğun ikametini belirleme şeklindeki velayet hakkı”nı eşitleyerek haklı kılmışlardır.

72. Avusturalya’da bir aile mahkemesi, *José García Resina* davasında aynı yaklaşımı benimsemiştir (*José García Resina and Muriel Ghislaine Henriette Resina*, [1991] FamCA 33). O davada bir baba, çocuklarının annesine ve dede tarafından Fransa’ya götürülmelerinden sonra geri

döndürülmeleri için Sözleşmeye göre bir başvuruda bulunmuştur. Avustralya mahkemesi, babaya en küçük çocukla “makul bir kişisel ilişki imkanı” veren gözetim kararını ve hem annenin ve hem de babanın çocukları Avustralya’dan çıkarmalarını kısıtlayan tedbir kararını ele almıştır. Sonuç olarak bu mahkeme, çocuğun ülkeden çıkarılması babanın kısıtlama kararıyla oluşturulan gözetim hakkını ihlal ettiği için, Sözleşme gereğince çocukların geri döndürülmelerine karar vermiştir. Aynı şekilde İsrail Yüksek Mahkemesi, anne baba arasında bir gözetim anlaşmasının, önemli değişiklikler ve beklenmeyen olaylar karşısından birbirlerine danışma hükmü içerdiğini, bunun da zımnen çocuğun ikameti konusundaki kararları kapsadığını belirtmiştir (*Foxman v. Foxman*, İsrail Yüksek Mahkemesi, 1992). Dolayısıyla Yüksek Mahkeme, babanın Sözleşme anlamında velayet hakkına sahip olduğunu kabul etmiştir.

73. Diğer ulusal mahkemelerin ve özellikle common law ülkelerindeki mahkemelerin, *C. v. C.* davasına çokça atıfta bulundukları ve bu karardaki genel tutumu, yani gözetim hakkı bulunan bir ebeveynin çocuğu ülkeden çıkarmadan önce mahkemeden veya gözetim hakkı bulunmayan ebeveyninden izin alması gerekiyorsa, böyle bir izni almadan ülkeden çıkarmasının, Sözleşmenin 3. maddesi anlamında bir “hukuka aykırı” ülkeden çıkarma olduğu şeklindeki tutumunu izlemişlerdir (bk. *Re F*, İngiltere ve Galler Üst Mahkemesi, [1995] 3 WLR 339, babanın gözetim hakkının bulunduğu, anneye geçici “bakım ve kontrol” hakkı veren bir mahkeme kararının bulunduğu ve çocuğun ülkeden çıkarılmasını engelleyen bir kararın bulunmadığı bir dava).

74. Ancak ulusal mahkemelerin uygulamaları türdeş değildir. Dolayısıyla Amerika Birleşik Devletleri Üst Mahkemesi, örneğin, *ne exeat* hükmüyle birlikte kişisel ilişki hakkı bulunmasının, Lahey Sözleşmesi anlamında “gözetim hakkı” oluşturmadığı sonucuna varmıştır (*Croll v. Croll*, 229 F.3d 133, 143, Second Circuit, 2000).

C. Yukarıda geçen Sözleşmelerin ulusal düzeyde uygulanmasıyla ilgili ulusal mevzuat

1. Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Çocukların ve Yetişkinlerin Korunmasına dair Lahey Sözleşmeleri hakkında yeni İsviçre Federal Yasası

75. İsviçre Federal Parlamentosu 21 Aralık 2007 tarihinde, bazı kavramları ve özellikle 1980 tarihli Lahey Sözleşmesinin uygulanmasıyla ilgili kavramları açıklığa kavuşturmak amacıyla, “Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Çocukların ve Yetişkinlerin Korunmasına dair Lahey Sözleşmeleri hakkında Federal Yasa” çıkarmıştır. Bu Yasa 1 Temmuz 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yasanın başvuruçular tarafından dayandırılan maddeleri şöyledir:

Madde 5: Çocuğun menfaati ve geri döndürme

“Bir çocuğun geri döndürülmesi, özellikle aşağıdaki koşulların bulunması halinde, kendisini Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin (b) bendi anlamında katlanılmaz bir duruma soktuğu kabul edilir:

(a) başvuruyu yapan ebeveyn ile kalması, açıkça çocuğun menfaatlerine uygun değilse;

(b) mevcut şartlarda, kaçırılan ebeveyn, çocuğun kaçırılmadan hemen önce mutlak olarak ikamet ettiği devlette çocuğa bakabilecek durumda değilse veya bu ebeveynin burada çocuğa bakmasının istenmesi makul değilse; ve

(c) üçüncü bir kişinin bakımına bırakılması açıkça çocuğun menfaatlerine uygun değilse.”

Madde 6: Koruyucu tedbirler

“Çocuğun geri döndürülmesi için yapılan bir başvuruyu ele alan mahkeme, gerektiği takdirde çocuğun ebeveynleriyle kişisel ilişkileri hakkında karar verir ve kendisini korunmasını sağlamak için gerekli tedbirlere hükmeder.

Merkezi Makam tarafından bir geri döndürme başvurusu alındığında, Merkezi Makamın ve taraflardan birinin talebi üzerine yetkili mahkeme, çocuk için hemen bir vasi veya temsilci tayin eder veya geri döndürme başvurusu henüz mahkemenin önünde görülmekte olmasa bile başka koruyucu tedbirleri alır.”

76. Bu Yasayla ilgili Federal Kararnameyle bağlantılı olarak Federal Konsey, Parlamente'ye bir “rapor” sunmuştur (*Feuille Fédérale* 2007, S. 2433-2682). Bu raporun ilgili kısımları şöyledir:

“6.4 Çocuğun menfaatleri ve geri döndürme (Madde 5)

1980 tarihli Lahey Sözleşmesinin çocuğun menfaatlerine daha iyi uyarlanmış bir şekilde uygulanmasını sağlamak için, yasama organının, çocuğu açıkça katlanılmaz bir duruma sokacağı için artık kendisinin geri dönmesinin düşünülmemesi gerektiği çeşitli durumları belirtmesi gereklidir. Yasanın 5. maddesindeki hüküm, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin (b) bendi hükmünün yerine geçtiği sanılmamalıdır. “Özellikle” kelimesi, bu listede önemli olmakla birlikte birkaç durumun sıralandığı, ama Sözleşmedeki hükme dayanılmasının engellenmediği anlamına gelmektedir.

İlk olarak (a) bendi, çocuğun geri döndürülmesini isteyen ebeveynin yanında kalmasının açıkça çocuğun menfaatlerine uygun olmadığı durumlardan söz etmektedir. Eğer durum böyle değilse, özellikle başvuruda bulunan ebeveynin münhasır bir gözetim hakkı varsa veya böyle bir sorumluluğun verilebileceği tek kişi kendisi ise, kural olarak, geri döndürülmesi halinde çocuğun katlanılmaz bir duruma sokulacağından korkulması için bir sebep yoktur ve dolayısıyla geri döndürülmesi talebinin reddedilmesi için bir gerekçe bulunmamaktadır. Eğer başvuruda bulunan tarafın çocuğa bakabilecek durumda olmadığı mahkemeye açık görünüyorsa, tabii ki durum böyledir.

Maddenin (b) bendi, çocuğun geri döndürülmesinin uygunluğunun, sadece çocuğun kendisini kaçıran ebeveyn ile ilişkisi bakımından değerlendirilebileceği halleri düzenlemektedir. Çocuğun geri döndürülmesini talep eden ebeveynin yanında kalması, açıkça dikkate alınamayacak bir durum ise, çocuğun orijin devlete geri döndürülmesi sorununa, çocuğu hukuka aykırı olarak ülkeden çıkaran veya alıkoyan kişinin (genellikle anne) bu devlete geri dönebilecek durumda olup olmamasına göre farklı bakılır. Eğer bu ebeveyn, örneğin çocuktan ayrılmasına yol açacak bir hapis cezasıyla karşılaşacak olduğu için veya ebeveynin İsviçre’de çok yakın aile bağları bulunduğu için (örneğin yeniden evlenme nedeniyle veya İsviçre’de yaşayan ailenin diğer bir üyesinin içinde bulunduğu sıkıntı nedeniyle) geri dönemiyorsa, çocuğun fiziksel ve psikolojik durumu tehlikeye girebilir; çünkü çocuk döndükten sonra ebeveyninden ayrı yaşamaya zorlanacaktır. Böyle bir ayrılık ancak çok istisnai hallerde hoş görülebilir ve ancak *ultiam ratio* (son çare) olmalıdır.

İkinci durum: bütün koşullar göz önünde tutulduğunda, kaçıran ebeveynin çocuğun kaçırlmadan hemen önce mutad olarak ikamet ettiği devlette çocuğa bakmasının istenmesinin makul olduğu hal (madde 5(b)). Çocuğu hukuka aykırı olarak ülkeden çıkaran veya alıkoyan ebeveynin o devlete geri dönmeyi reddettiğini söylemesi yeterli değildir. Bu ebeveyn, daha önce ikamet ettiği yere çocuk ile birlikte dönüp, burada kendisine gözetim hakkı verecek bir nihai mahkeme kararını beklemesinin kendisinden istenmesinin makul olmadığı bir durum gibi, sıkıntılı bir durumda olmalıdır. Bu bağlamda, özellikle anneye eski partnerinin evinin dışında güvenli veya uygun bir yer temin edilemediği haller gibi durumları akılda tutmalıyız. Kaçıran ebeveyn açıkça çocuğun öncelikli koruyucusu bulunurken, çocuğun döndürülmesini talep eden ebeveynin gözetim hakkını mahkeme kararıyla elde edemeyeceği ve gözetim hakkını yeniden kullanmaya başlayamayacağı haller de göz önünde tutulmalıdır. Böyle bir durumda çocuk, kaçıran ebeveyn ile yeniden İsviçre’ye gelmeden önce, ancak kaçıran ebeveyne velayet hakkı verilmesini beklemek için orijin devlete götürülecektir. Bu tür gelip gitmeler son tahlilde, sadece olayın eski ikamet devletin yetkili makamlarının önüne getirilmesi amacına hizmet edecektir. Böyle bir çözüm, Lahey Sözleşmesinin ruhuna ve amacına göre kabuledilebilir değildir, çünkü bu çocuğun menfaatleriyle bağdaşmayacaktır. Ancak durum, geri döndürme talebini ele alan İsviçre mahkemeleri bakımından kuşkudan arınmış olmalıdır. Koşullar açıkça ortaya çıkarılmadıkça mahkeme, çocuğu ebeveynin orijin devletine döndürmenin dayanılabilir olduğuna ve dolayısıyla çocuğun Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin (b) bendine göre geri döndürülmesi talebinin reddini gerektiren bir kararı haklı kılacak şekilde katlanılmaz bir duruma sokulmayacağına hükmedecektir.

Maddenin (c) bendi, üçüncü kişilerin yanına yerleştirmeden söz etmektedir. Eğer çocuğu hukuka aykırı olarak ülkeden çıkaran veya alıkoyan ebeveynin dönmesi mümkün olmadığı veya kendisinden geri dönmesinin beklenmesi makul olmadığı için çocuğun geri dönmesi bu ebeveynden ayrılmasına sebep olacak ise, geri döndürme ancak uygun şartlarla çocuğun orijin devlette üçüncü bir kişinin yanına yerleştirilecek olması halinde yerine getirilmelidir. Ancak böyle bir çözüm sadece, çocuğun geri döndürülmesine karar verecek yetkili İsviçre mahkemesinin çocuğun üçüncü kişinin yanına yerleştirilmesi açıkça çocuğun menfaatlerine görmemesi halinde istenebilir. Bu üçüncü şart ancak, İsviçre’de kalan ebeveynden ayrılmak çocuk için dayanılabilir ise, ki bu ebeveynle çatışmacı bir ilişkisi varsa böyle olabilir, ve çocuğu alacak olan bakıcı aile çocuğun korunması ve normal şartlarda yetiştirilmesi konusunda gerekli güvenceleri vermesi halinde, yerine gelmiş olur. Her halükarda böyle bir durum son çare olarak düşünülmelidir.

Geri döndürmenin çocuğun menfaatleriyle bağdaşır olması ve özellikle Lahey Sözleşmesinin 13. maddesindeki koşulların yerine gelmiş olması için, orijin devletteki mevcut durumun ve o devlette yürürlükteki mevzuat hükümlerinin konuyla ilgili karar verecek makama bildirilmiş olması gerektiği kaydedilmelidir. Böylece taraflar ve özellikle anne baba, maddi olayların ortaya çıkmasına katılma ödevi bulunmaktadır. Dolayısıyla tarafların şahsen mahkeme tarafından dinlenmesinin (madde 9(1) ve (2)) büyük önemi vardır. Orijin devletin yetkili makamlarıyla işbirliği ve izlenecek usulle ilgili yeni hükümler de esaslı bir rol oynayacaktır. Yetkili mahkeme, çocuğun geri döndürülmesinin sağlanmasının mümkün olup olmadığını ve ne şekilde mümkün olduğunu tespit edebilmelidir (madde 10(2)). Eğer mahkeme bu görevini yapamayacak olursa veya kısmen yapacak olursa, bir geri döndürmenin çocuk için doğabilecek sonuçlarını tartabilecek durumda olamayacaktır. Yerel makamlardan çocuğun kabul ve korunma şartlarıyla ve özellikle talep eden ebeveynin çocuğa bakma kapasitesiyle ilgili güvenilir güvenceler elde edememesi halinde de aynı şey söz konusu olacaktır. Bu nedenle 10. madde, 5. maddenin pratikte uygulanmasıyla doğrudan ilgilidir.”

2. İsrail hukukunda “gözetim” ve “velayet” kavramları

77. Velayet kavramı, 1962 tarihli Velayet ve Ehliyet hakkında Kanunun 2. Kısımında tanımlanmıştır. Gözetim kavramı ise Kanunda geçmiş, ancak tanımlanmamıştır.

78. Kanunun 14. maddesi şöyle demektedir: “Anne ve baba, küçük çocuğun doğal velileridirler”. İsrail’de ebeveynler evli, boşanmış veya evlenmemiş olsunlar, müşterek ve eşit olarak çocuklar üzerinde velayete sahiptirler. “Velayet” kelimesi, diğer hukuk sistemlerindeki “ebeveynlik yetkileri” ile eşit görülebilir.

79. Velayet hakkı, her iki ebeveynin otomatik olarak kazandığı bir haktır; sadece istinai koşullarda kısıtlanabilir veya kaldırılabilir (Sulh Mahkemesi tarafından Gençlerin Bakım ve Gözetimlerine hakkındaki yasanın 3(3) veya (4). bendlerindeki tedbirlerden birinin alınması halinde). Bu kural Yasanın 27. maddesinde düzenlenmiştir.

80. Kanunun 15. maddesi, İsrail’de anne babanın rolünü göstermekte ve anne babanın velayetinin neyi içerdiğini belirtmektedir:

“Anne babanın velayeti, küçüğün eğitimi, çalışmaları, mesleki eğitimi ve çalışması ve küçüğün mallarının korunması, yönetimi ve geliştirilmesi dahil, küçüğün ihtiyaçlarını karşılama hakkını ve ödevini içerir; velayet ayrıca, küçüğün gözetimini, ikamet yerinin belirlenmesini ve onun adına hukuki işlem yapma yetkisini de içerir.”

81. Kanunun 17. maddesi anne babanın ödevlerinin standardını getirmektedir. Bu madde, “anne babanın” velayet haklarını kullanırken “çocuğa candan bağlı anne babanın davranacağı tarzda küçüğün yüksek menfaatlerine uygun hareket etmeleri” gerektiğini söylemektedir.

82. Velayet hakkıyla ilgili kararlar verirken, anne babaların işbirliği yapacaklarına dair genel bir ön kabul vardır (madde 18). Ancak anne baba anlaşamıyorsa, mesele hakkında karar vermesi için mahkemeye gidebilirler (madde 19).

83. Kanunun 24. maddesi, anne baba ayrıldıklarında, küçüğün velayetine kısmen veya tamamen kimin sahip olacağı ve özellikle çocuk ile ilişki konusunda diğer ebeveynin haklarının neler olacağı hususlarında bir anlaşma yapabileceklerini öngörmektedir. Bu konuda bir anlaşma, mahkemenin onayına tabidir.

84. Kanunun 25. maddesine göre, ebeveynler bu konuda bir anlaşmaya varamayacak olurlarsa, bu konular çocuğun yüksek menfaatleri dikkate alınarak mahkeme tarafından karara bağlanır.

85. Kanunun 25. maddesi ayrıca, aksine karar verilmesini gerektiren özel sebepler bulunmadıkça, altı yaşınan küçük çocuklar için anne lehine bir gözetim karinesi oluşturmaktadır.

86. Buna göre her iki ebeveyn, çocuğun ikamet edeceği yerle ilgili müşterek karar verme yetkisini paylaşırlar. Diğer ebeveynin veya bir mahkemenin izni olmadıkça, diğer ebeveyn çocuğu İsrail'den çıkaramaz. Eğer bir ebeveyn çocuğu diğer ebeveynin rızası olmadan İsrail'den çıkarmak istiyorsa, ayrılmak isteyen ebeveyn çocuğun yeniden yerleşim yerinin belirlenmesi ve çocuğun gözetimi için bir karar almak üzere İsrail mahkemelerine başvurmak zorundadır.

KARAR GEREKÇESİ

I. BÜYÜK DAİRE ÖNÜNDEKİ DAVANIN KAPSAMI

87. Başvurucular Büyük Daireye verdikleri dilekçede, Sözleşme'nin 8. maddesindeki aile yaşamına saygı haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvurucular ayrıca, birinci başvuru yanında olmaksızın ikinci başvuruycuyu geri döndürme kararının icra edilmesinin, Sözleşme'nin 3. maddesinde yasaklanan bir kötü muamele oluşturacağını iddia etmişlerdir; başvuruculara göre Sözleşme'nin 9. maddesi de ihlal edilmiş olacaktır, çünkü babanın ikinci başvuruycuyu, başvurucuların “ultra-ortodoks” olarak tanımladıkları Lubavitch cemaatinin kurallarına göre yetiştirmesi beklenebilir, oysa birinci başvuru çocuğunu bu cemaatten tamamen uzak tutmak istemektedir.

88. Ancak Mahkeme, Dairenin Sözleşme'nin 3 ve 9. maddeler yönünden yapılan şikayetleri, iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabuledilemez bulduğunu kaydeder. Buna göre Büyük Daire bu şikayetleri inceleyemez (*bk. diğer kararlar arasında, K. ve T. – Finlandiya [BD], no. 25702/94, §141, ECHR 2001-VII*).

II. SÖZLEŞME’NİN 8. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

89. Başvurucular, Sözleşme’nin 8. maddesindeki aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Bu madde şöyledir:

“1. Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahalelerin dışında, kamu makamları tarafından hiç bir müdahale yapılamaz.”

1. Sözleşme’nin 8. maddesinin uygulanabilirliği

90. Mahkeme, Dairenin aşağıdaki tespitlerine atıfta bulunur:

“79. Mahkeme, mevcut davadaki olaylara bakınca, başvurucular bakımından birlikte yaşamaya devam etme imkanının, açıkça Sözleşme’nin 8. maddesindeki aile yaşamına saygı hakkının kapsamına giren temel bir konu olduğunu gözlemlemektedir; dolayısıyla bu madde olayda uygulanabilir (bk. diğer kararlar arasında, *Maire – Portekiz*, no. 48206/99, §68, ECHR 2003-VII).

...

81. Dahası, çocuğun geri döndürülmesiyle ilgili Federal Mahkeme kararının, iki başvuru bakımından da Sözleşme’nin 8. maddesinin ikinci fıkrası anlamında bir ‘müdahale’ oluşturduğu tartışma konusu değildir.”

91. Büyük Daire, taraflar arasında da tartışmalı olmayan bu tespitlere katılmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu müdahalenin Sözleşme’nin 8. maddesinin ikinci fıkrasındaki şartları, yani “hukuka uygun olma”, meşru amaçlardan birini izleme ve bu amaçları yerine getirmek için “demokratik toplumda gerekli” olma şartlarını taşıyıp taşımadığı belirlemelidir.

2. Müdahalenin haklılığı

(a) Hukuki temeli

(i) Daire kararı

92. Daire şu tespitte bulunmuştur (bk. kararın 80. paragrafı):

“Mahkeme, Lahey Sözleşmesine göre çocuğun ülkeden çıkarılmasının veya alıkoyulmasının, çocuğun ülkeden çıkarılmadan veya alıkoyulmadan hemen önce mutad olarak ikamet ettiği devletin hukukuna göre tek başına veya müştereken bir kimseye, kuruma veya başka bir organa verilmiş olan gözetim hakkının ihlal edilmesi halinde, hukuka aykırı görüleceğini kaydeder (Madde 3, birinci fıkra, (a) bendi). Lahey Sözleşmesi anlamında ‘gözetim hakkı’ kavramı, çocuğun bakımıyla ve özellikle çocuğun ikamet yerine belirlemeyle ilgili hakları içerir (Madde 5, ikinci fıkra

(a) bendi). Mahkeme mevcut olayda, çocuğun İsviçre'ye götürülmesinin hukuka aykırı olduğu görüşündedir, çünkü 27 Haziran 2004 tarihli karara göre, baba 'velayet hakkını' anneye birlikte müştereken kullanmakta olup, İsrail hukuk sisteminde bu hak, çocuğun ikamet yerini belirleme hakkını da içermektedir. Dahası, Noam'ın ülke dışına çıkarılması, 17 Kasım 2004 tarihli kararla babaya verilen kişisel ilişki hakkını pratikte kağıt üstünde bırakmıştır (Madde 4, birinci fıkra). Dolayısıyla bu durum, hiç kuşkusuz Lahey Sözleşmesi anlamında hukuka aykırıdır.”

(ii) Tarafların görüşleri

(α) Başvurucular

93. Başvurucular mevcut olayın, Lahey Sözleşmesindeki uluslararası çocuk kaçırmayla ilgili bir olay olmadığı görüşündedirler. Başvurucular ilk olarak, Noam'ın annesi tarafından İsrail'den çıkarılmasının bu Sözleşme anlamında hukuka aykırı olmadığını iddia etmişlerdir. Başvuruculara göre Hükümet, İsrail mahkemesi tarafından verilen 17 Kasım 2004 tarihli kararda anneye “geçici gözetim” hakkı tanındığını belirtmekle, açık bir yanlış yapmıştır.

94. Başvurucular, çocuğun İsviçre'ye götürülmesinin özellikle şu gerekçelerle hukuka uygun olduğu kanaatindedirler: babanın birinci başvurucuya karşı tutumu ve ölüm tehditleri, 12 Ocak 2005 tarihinde birinci başvurucunun lehine özel bir koruma tedbirinin verilmesini gerektirmiştir; baba, aleni bir şekilde gösterdiği dinsel fanatizm nedeniyle, çocuğun menfaatlerini veya annenin itirazlarını dikkate almaksızın, tek taraflı olarak küçük çocuğa ultra-ortodoks ve radikal bir din eğitimi vermek istemiştir; nafaka ödemelerinde bulunmadığı gerekçesiyle 20 Mart 2005 tarihinde baba aleyhine yakalama emri çıkarılmış olup, kendisi sorumsuz tutumu nedeniyle sosyal hizmet uzmanlarının gözetiminde bir görüşme hakkına sahiptir; baba aleyhinde İsrail'de yapılan suç şikayetleri etkisiz kalmıştır; son olarak çocuğun ülkeden çıkarılması İsrail'deki 5722-1962 sayılı Kanuna (“Velayet ve Ehliyet Kanunu”) göre hukuka uygun olup, bu Kanunun 25. maddesi son hükmü, ebeveynler arasında anlaşmazlık olması halinde, altı yaşını doldurmamış çocukların anneleriyle birlikte kalacaklarını ve Kanunun 18. maddesinin son hükmü de açıkça, özellikle ebeveynin çocuk üzerinde gözetim hakkının bulunduğu hallerde, gecikilmemesi gerektiğinde ebeveynlerden birinin tek başına hareket edebileceğini öngörmektedir.

(β) Hükümet

95. Hükümet, ikinci başvurucunun çocuğu ülkeden çıkarmasının hukuka aykırı olduğu görüşündedir. Hükümet, Lahey Sözleşmesi hakkında Nisan 1981 tarihli Açıklayıcı Raporun “gözetim hakkı”na sadece kişisel ilişki hakkıyla karşılık verdiğine işaret ederek, “Sözleşme, gözetim ve kişisel ilişki haklarına aynı derecede koruma vermek suretiyle bir hak sahibinin yerine diğer hak sahibinin geçebileceği sonucuna yol açacak şekilde

uygulanacak olsaydı, tartışmalı bir sonuca varılmış olacağını” gözlemlemiştir. Dolayısıyla müşterek gözetim hakkı bulunup bulunmadığı her olayın özelliklerine göre ve çocuğun mutlak olarak ikamet ettiği ülkede yürürlükte bulunan hukuk ışığında belirlenmelidir.

96. Hükümete göre İsrail’deki velayet kurumu, Lahey Sözleşmesinin 5. maddesinin (a) bendindeki tanıma atfı yapmakla, bu bent anlamındaki “çocuğun kendisinin bakımıyla ilgili hakları ve özellikle çocuğun ikametini belirleme hakkını” kapsadığı açıktır. Bu yorumu, mevcut olayda olduğu gibi, gözetim hakkının müştereken kullanıldığı hallerden açıkça söz eden Lahey Sözleşmesinin 3. maddesi de teyit etmektedir. Açıklayıcı Raporda da açıkça görüldüğü üzere, bu madde özellikle ebeveynlerin ayrılımlarından veya boşanmalarından sonra müşterek gözetim haklarının bulunduğu olaylara gönderme yapmıştır. Bu bağlamda Hükümet, Lahey Sözleşmesinde müşterek gözetim hakkı bulunan fakat çocuğun birlikte yaşamadığı bir ebeveynin arzusu olmadan çocuğun ülkeden çıkarılmasının açıkça tasarlandığını vurgulamıştır.

97. Yargıç Spielmann’ın Daire kararına ekli muhalif görüşünde ifade edildiği gibi, annenin tek başına gözetim hakkı bulunduğu için müşterek velayetin önemsiz olduğu görüşü, bu görüşte atfı yapılan Açıklayıcı Notun pasajlarında yeterince ortaya koyulmuş değildir. Açıklayıcı Notun, bir kuruma teslim edilmiş çocuklar bağlamında gözetim hakkı ile ebeveynlik yetkisi arasında bir ayrım yaptığı şeklinde yargıç Spielmann’ın gözlemi konusunda Hükümet, söz konusu pasajdan, çocuğun zorunlu olarak yerleştirilmesi halinde, Lahey Sözleşmesi bakımından gözetim yetkisinin ilgili organa ait olacağını anlaşıldığını belirtmiştir. Hükümete göre, bu organ çocuğun ihtiyaçlarını gidermekle ve özellikle ikamet yerini belirlemekle görevli olduğundan, bu pasaj ayrıca Lahey Sözleşmesi anlamında gözetim hakkının İsrail hukukundaki gözetime değil ama velayete karşılık geldiğini teyit etmektedir.

98. Hükümet, yukarıda anlatılanlara göre, Lahey Sözleşmesinin uygulanabilir olduğunu ve ikinci başvurucunun İsrail’den çıkarılmasının bu Sözleşme anlamında hukuka aykırı olarak görülmesi gerektiğini savunmuştur. İsrail ve İsviçre makamları veya Mahkeme Dairesi gibi konuyu ele alan herkes, bu görüşü paylaşmaktadır.

(iii) Mahkeme’nin değerlendirmesi

99. Mahkeme, 16 Ağustos 2007 tarihli Federal Mahkeme kararının esas itibarıyla İsviçre hukukuna içselleştirilmiş olan Lahey Sözleşmesine dayandığını kaydeder. Ancak başvurucular bu belgenin mevcut olayda uygulanabilir olduğuna karşı çıkmışlardır; çünkü başvuruculara göre Noam’ın annesi tarafından İsrail’den çıkarılması hukuka aykırı değildir. Bu durumda Mahkeme, Lahey Sözleşmesinin çocuğun İsrail’e geri dönmesine karar verilmesi için yeterli bir hukuki temel oluşturup oluşturmadığını incelemelidir.

100. Mahkeme hemen başlangıçta, ulusal mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözenin, öncelikle ulusal makamların ve özellikle de mahkemelerin işi olduğunu hatırlatır. Ulusal hukukun genel olarak uluslararası hukuka veya uluslararası anlaşmalara atıf yaptığı hallerde de durum böyledir. Mahkeme'nin rolü, bu kuralların uygulanabilir olup olmadığını ve kuralların yorumunun Sözleşme'ye uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır (bk. *Waite ve Kennedy - Almanya [BD]*, no. 26083/94, §54, *ECHR 1999-I*; ve *Korbely – Macaristan [BD]*, no. 9174/02, §72, *ECHR 2008-...*).

101. Mevcut olayda ikinci başvurunun ülkeden çıkarılması, üç ulusal mahkeme tarafından incelenmiş ve her üçü de gerekçeli kararlarında, ülkeden çıkarmanın Lahey Sözleşmesi anlamında hukuka aykırı oldukları sonucuna varmışlardır. Daire bu değerlendirmeyi iki temel gerekçeyle kabul edilmiştir: ilk olarak, birinci başvurunun en azından geçici olarak gözetim hakkı bulunsu bile, baba İsrail hukukuna göre anneyle müşterek velayete sahiptir; ikinci olarak, Noam'ın ülkeden çıkarılması, babaya tanınmış olan kişisel ilişki hakkını uygulamada kağıt üzerinde bırakmıştır.

102. Lahey Sözleşmesi anlamında gözetim hakkı kavramının bağımsız bir anlama sahip olduğu (bk. yukarıda parag. 66-67), çünkü bu kavramın bu Sözleşmeye taraf bütün Sözleşmeciler Devletlere uygulanmak durumunda olduğu ve bu devletlerin kavramı değişik hukuk sistemlerinde farklı tanımlamış olabileceklerini gözlemlemiştir. Mevcut olayda, İsrail hukukunda velayet kurumunun, Lahey Sözleşmesinin “çocuğun ikamet yerini belirme hakkı”na gönderme yapan 5(a) bendindeki gözetim hakkı tanımıyla benzer olduğunu görülmektedir. Bu hak ayrıca velayette de vardır. Mevcut olayda bu hak ihlal edilmiştir, çünkü her iki ebeveyn tarafından müştereken kullanılmış olması gerekirdi; dahası, bu hakkın çocuğun ülkeden çıkarılmasına kadar Sözleşmenin 3(b) bendinin gerektirdiği gibi etkili bir şekilde kullanılmadığına dair bir belirti yoktur.

103. Ayrıca, annenin çocuğu, kendisinin isteği üzerine yetkili İsrail mahkemesinin verdiği İsrail'den çıkarmayı yasaklayan bir kararına aykırı olarak götürdüğü kayda değer bir durumdur. Bazı devletlerde mahkemelerin bu tür kararları ihlal etmenin Lahey Sözleşmesinin uygulanmasına yol açtığı görüşünde oldukları anlaşılmaktadır (bk. yukarıda parag. 69-74).

104. Son olarak, Lahey Sözleşmesi kural olarak sadece gözetim hakkına uygulanabilir olduğu halde, Sözleşmenin Başlangıcında, 1(b) bendinde ve 21. maddesinde, ayrıca kişisel ilişki hakkını da korumak istediği görülmektedir (bk. yukarıda parag. 57). Mevcut olayda ikinci başvurunun ülkeden çıkarılmasının, babaya tanınmış olan kişisel ilişki hakkının kullanılmasını engellediğinden kuşku yoktur.

105. Yukarıda anlatılanlara göre Mahkeme, Daire gibi, birinci başvurunun çocuğu İsrail'den İsviçre'ye, Sözleşmenin 3. maddesi anlamında “hukuka aykırı” olarak götürdüğünü tespit etmektedir. Dolayısıyla birinci başvuru bu Sözleşme bakımından kaçırma fiilini

işlemiş olup, böylece bu Sözleşme olayda uygulanabilir durumdadır. Bu durumda Lahey Sözleşmesinin 12. maddesine göre çocuğun geri döndürülmesi kararı verilirken, söz konusu tedbir yeterli bir hukuki temel sahiptir.

(b) Meşru amaç

106. Mahkeme, Federal Mahkemenin çocuğun geri döndürülmesi kararında, Noam'ın ve babasının haklarını ve özgürlüklerini koruma şeklinde meşru bir amaç izlendiğine dair Dairenin görüşüne katılmaktadır; taraflar da Büyük Daire önünde buna karşı çıkmamışlardır.

(c) Müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği

(i) Daire kararı

107. Dairenin görüşüne göre, Noam'ın geri döndürülmesiyle oluşacak müdahale, orantısız değildir. Bu bağlamda Daire, başvurucular henüz İsrail'de yaşarken, İsrail makamlarının başvurucuları korumak için bir çok tedbir aldıklarını kaydetmiştir. Çocuk hala çevresine intibak edebilecek yaşta olduğundan, anne ve çocuğun İsrail'e dönüşü tasarlanabilmiştir (bk. Daire kararı, §80 ve 89). Annenin cezai yaptırımla karşılaşma riski konusunda Daire, İsrail makamlarının anne ve çocuğun İsviçre'den ayrılmadan önce gösterdikleri çabayı göz önünde tutarak, İsrail makamları tarafından verilen güvencelerin güvenilirliğinden kuşku duymak için bir sebep bulunmadığını belirtmiştir (ibid., §90). Daire ayrıca, her çocuğun her iki ebeveyni ile ilişkilerini düzenli olarak sürdürmesine imkan veren bir çevrede büyümesinin, çocuğun “yüksek menfaatleri”nden olduğunu vurgulamıştır (ibid., §91). Ayrıca, birinci başvurucunun oğlunun dinsel eğitimini etkilemeyeceğini veya İsrail yetkililerinin ve mahkemelerin babanın çocuğu dini “Heder” okuluna göndermesini engelleyemeyeceklerini söylemek için bir delil yoktur (ibid., §92).

(ii) Tarafların görüşleri

(α) Başvurucular

108. Başvurucular, mevcut olayda, birinci başvurucunun çocuğu gözetim hakkına sahip olduğu, babanın ise olayı inceleyen bütün yargıçların kabul edilemez buldukları davranışı nedeniyle gözetim altında sınırlı bir kişisel ilişki hakkına sahip olduğunun aklıda tutulması gerektiğini söylemişlerdir. Başvuruculara göre bu durum çok önemlidir, çünkü bu durum, mevcut davayı *Bianchi – İsviçre* davasından (no. 7548/04, §77, 22 Temmuz 2006) açıkça ayırmaktadır. O davada Mahkeme kendi rolünün, gözetim ve kişisel ilişki meselelerini düzenleyen yetkili makamların görüşünün yerine kendi görüşünü geçirmek olmadığını, ama yine de, yetkili

makamların takdir yetkilerini kullanırken verdikleri kararları Sözleşme'ye göre denetleme yetkisine sahip olduğunu vurgulamıştır.

109. Başvurucular, Federal Mahkemenin izlediği yöntemin, ilk iki mahkemenin kararlarını verirken izledikleri yöntemden bir hayli farklı olduğu görüşündedirler. İlk iki mahkeme, konuyla ilgili uluslararası belgelerin hükümlerini çok dar yorumlamayı reddettikleri halde, kasten açıkça çok dar bir görüşle yaptığı analiz kapsamını sınırlayan Federal Mahkeme için aynı şey söylenemez. Alt mahkemeler, özellikle çocuğun yüksek menfaatleri ile ağır psikolojik zarar riskini ve ayrıca eğer çocuk annesiyle veya annesi olmadan İsrail'e döndürülecek olursa katlanılamaz bir durumla karşılaşacağını düşünerek çocuğun döndürülmesine itirazı haklı bulurlarken, Federal Mahkeme, uzman raporuyla desteklenen bu yaklaşımı basit bir şekilde reddetmiş ve uygun çözümün aslında gözetim hakkı bulunan anneyi, çocukla birlikte İsrail'e dönmemesi halinde çocuktan ayrılmak zorunda kalacağından, çocukla birlikte dönmeye zorlamak olduğunu beyan etmiştir. Ancak birinci başvuru, sadece Haziran 2005'te İsrail'den ayrılmasına yol açan kesinlikle dayanılmaz durum nedeniyle değil, ama ayrıca İsrail'e dönmesinin kendisinin ve çocuğunun köklerinden kopması anlamına geleceği ve kendisine İsrail mahkemeleri önünde problemler yaratacağı için, İsrail'e dönmeyeceğini her zaman söylemiştir. Ayrıca, çocuğa karşı mali açıdan sorumlu tek kişi birinci başvuru olduğundan, kendisinin İsviçre'deki işini bırakmasını beklemek makul değildir. Dahası, çocuk ve annesi dört yıldan fazla bir sürede Lozan'daki çevreye ve sosyal yaşama tam olarak entegre olmuşlardır.

110. Başvuruculara göre, annenin İsrail'e dönmesi halinde hapse girme riski kanıtlanmış olup, buradan ayrılmanın kişisel sonuçları yıkıcı olacaktır. Başvurucular, annenin 5737-1977 numaralı İsrail ceza kanununa göre çok ağır cezai yaptırımlarla karşı karşıya olduğunu söylemişlerdir. Federal Mahkemenin tespitin tersine, annenin İsrail'e dönmesi halinde böyle bir yaptırımla karşılaşması hemen hemen kesin olup, bu durumun başvurulara göre ve sağlık uzmanının 16 Nisan 2007 tarihli raporunda vurgulandığı gibi, annesinden hemen ve sıkıntılı bir ayrılık yaşayacak olan çocuk için esaslı bir psikolojik travma ve katlanılmaz bir durum oluşturacağından kuşku yoktur. Başvurucular, annenin İsrail'de hapse girmesinin, annenin ve çocuğun geleceği için kişisel anlamda yıkıcı da olacağını söylemişlerdir. Başvurucular böyle bir durumda Noam'un, cezaevine gönderilen annesinden ayrıldıktan sonra, babasına karşı verilmiş önceki kararlar, densizliği ve parasal kaynağının bulunmaması nedeniyle, babasına teslim edilemeyeceğini iddia etmişlerdir. Başvurucular bu noktada, babanın 1 Kasım 2005 tarihinde yeniden evlendiğini fakat hamile kalan yeni eşi G.'den 29 Mart 2006 tarihinde ayrıldığını belirtmişlerdir. Baba üçüncü kez evlenmiş ve bu kez kızları nafaka ödemelerini yapmadığı için ikinci karısı tarafından 2008 yılında hakkında dava açılmıştır.

111. Başvurucular ayrıca, birinci başvurunun İsrail'e dönmesi halinde cezai bir yaptırımla karşılaşmayacağına ve üzerinde gözetim hakkına sahip olduğu çocuğundan ayrı tutulmayacağına dair İsrail makamları veya davalı Hükümet tarafından güvenilir bir güvence verilmediğini iddia etmişlerdir. 15 Şubat 2008 tarihinde verdiği dilekçeyi desteklemek için davalı Hükümet tarafından sunulan yazı (Ek no. 3, yukarıda parag. 40), annenin İsrail'e dönmesi halinde cezai yaptırım riskini bütünüyle engelleyebilecek bir unsur içermemektedir.

112. Başvurucular ayrıca, uzman bir hekim olan Dr. B.'nin 16 Nisan 2007 tarihli raporunda, annenin kendisine karşı dava riski nedeniyle İsrail'e dönme ihtimalini ortadan kaldırdığını dikkate alarak, çocuğun yanında annesi olmaksızın geri döndürülmesinin, çocukta ileri derecede ayrılık endişesi ve ağır bir depresyon riski şeklinde esaslı bir psikolojik travma yaratacağı sonucuna vardığına işaret etmişlerdir.

113. Başvurucuya göre mevcut olayda Federal Mahkeme ile davalı Hükümet tarafından ifade edilen görüşler, Federal Konsey, hukuk yazarları, İsviçre Parlamentosu veya Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Çocukların Korunmasına Dair Lahey Sözleşmeleri Hakkında 21 Aralık 2007 tarihli yasanın çıkarılmasından önce kendilerine danışılan önemli örgütler tarafından ifade edilen görüşleri yansıtmamaktadır.

114. Çocuğun İsrail'e geri döndürülmemesi, Lahey Sözleşmesiyle kurulan uluslararası koruma sistemini zayıflatmayacak, fakat tam tersine güçlendirecektir. Başvuruculara göre, hukuka aykırı olarak ülkeden çıkarılan çocuğun bu amaç için görevlendirilmiş Merkezi Makamların yardımıyla mutat olarak ikamet ettiği devlete geri döndürülmesi bu Sözleşmenin bir ilkesi olmakla birlikte, geri döndürmenin çocuğu ağır bir fiziksel veya psikolojik risk altına ve/veya katlanılmaz bir duruma sokacağı (Lahey Sözleşmesi madde 13, (b) bendi) hallerin, bu ilkenin bir istisnası olduğu vurgulanmalıdır. Başvurucular ayrıca, şimdi artık Lahey Sözleşmesinin bu tür işlemlerin değerlendirilmesine yarayan tek belge olmadığına işaret etmişlerdir. Başvurucular Çocuk Hakları Sözleşmesinin çocuğun yüksek menfaatlerini, çocuklarla ilgili bütün kararlarda başlıca ilke yaptığını vurgulamışlardır. Böylece başvurucular, Federal Mahkemenin çocuğun yüksek menfaatlerini göz ardı etmemiş olması gerektiğini savunmuşlardır. Federal Mahkeme bu menfaatleri değerlendirirken, çocuğun İsrail'e döndürülmesinin sonuçlarını özel ve objektif bir biçimde tartmış ve belirlemiş olmalıydı; kararını vermeden önce de çocuğun geri döndürülmesi halinde uygulanacak uygun ayarlamaları belirlemiş ve tasvir etmiş olmalıydı.

115. Anne babanın çocuğun eğitimi üzerinde anlaşılabilecekleri ihtimali konusunda, babanın benimsediği radikal tutum nedeniyle mevcut olayda böyle bir senaryo düşünülemez. Başvurucular bu bağlamda, Bay Shuruk'un 16 Ekim 2001 tarihinde birinci başvuruyla evlenmesi sırasında, henüz radikal bir dinsel tutum benimsememiş olduğuna işaret etmişlerdir. Baba,

çocuğun doğumundan ancak kısa bir süre sonra, 2003 sonbaharında, annenin görüşünü almadan ultra Ortodoks bir dinsel harekete katılmayı seçmiş ve böylece evlenmeleri sırasında eşlerin benimsediği yaşam tarzını tamamen değiştirmiştir. Ayrıca bay Shuruk, ultra Ortodoks Yahudi “Lubavitch” hareketine mensup olduğunu inkar etmemiştir. Bu hareket, başvurulara göre, geleneksel Hasidik Museviliğin “tasavvufi ve dünya nimetlerinden uzaklaşmış bir hareketi” olup, hareketin mensupları başkalarını kendi dinlerine çevirme gayretkeşliği içindedirler. Bay Shuruk, karısına ve çocuğuna örneğin kadınların saçlarını gizlemesini ve erkek çocuklarının üç yaşında “Heder” din okullarına gönderilmesini gerektiren radikal bir yaşam tarzını empoze etmeye çalıştığını da inkar etmemiştir. Bu bağlamda birinci başvuru, oğlunu köklerinden koparma niyetine sahip olmadığını söylemiştir. Oğlu 2006 yılından bu yana, haftada bir gün beldenin laik ana okuluna ve devlet onaylı özel bir Yahudi gündüzlü çocuk yuvasına gitmekte ve burada Vaud Kantonunun okul müfredatına ek olarak, Yahudiliğin temel ilkelerini öğrenmektedir.

116. Son olarak başvurularda, talep edilen devletin makamlarının, geri döndürme kararını icra etmeden önce, çocuğun korunması için gerekli bütün önlemleri almış olmalarının gerekli olduğunu iddia etmişlerdir. Başvurular, özellikle Hükümetin 15 Şubat 2008 tarihli dilekçesinden, Federal Mahkemenin 16 Ağustos 2007 tarihli kararının icrası bakımından bir hüküm içermediğinin anlaşıldığını gözlemlemişlerdi.

117. Bu gerekçelerle başvurularda, çocuğun İsrail’e döndürülmesinin, Sözleşme’nin 8. maddesiyle korunan aile yaşamına saygı hakkının kullanılmasına, demokratik bir toplumda haksız müdahale oluşturduğu sonucuna varmışlardır.

(β) Hükümet

118. Hükümet, İsrail’e dönüşü tatmin edici bulmayan birinci başvuru için dönüş bazı sıkıntılar yaratacak olmakla birlikte, bu tür sorunların Lahey Sözleşmesinin doğasında bulunduğunu, fakat Sözleşmenin mekanizmasını işlemez kılmayacağını gözlemlemiştir. Hükümete göre bir dönüş, sadece Lahey Sözleşmesinde düşünülen dönüşün doğasında bulunan müdahalenin ötesine geçerek insan hakları ihlali oluşturması halinde, Sözleşmeyle bağdaşmaz bulunabilir, ki böyle bir durumda, Lahey Sözleşmesinin 20. maddesinde öngörülmüştür. Hükümet, Lahey Sözleşmesinin kullanılamaz hale gelmesi istenmiyorsa, çocuğun geri döndürülmesinin istisnalarının dar yorumlanması gerektiği görüşündedir.

119. Hükümet daha sonra Mahkeme’nin *Maumousseau ve Washington – Fransa* (no. 39388/05, ECHR 2007-XIII) kararına dayanmıştır. Bu kararda Mahkeme Lahey Sözleşmesinin amacının, “kaçıran” ebeveynin, zamanın kendisinin lehine işlemesiyle, tek taraflı yarattığı *de facto* durumun meşrulaştırmasını önlemek olduğunu söylemiştir. O davada özellikle ulusal makamlar, annenin, savunduğunun tersine, haklarını çocuğun mutlak olarak

ikamet ettiği devlette savunabilmek için, bu devlete döndürülecek çocuğa eşlik edebileceğini ileri sürmüşlerdir. Bu faktör, annenin söz konusu devletin ülkesine girmesinde bir kısıtlama bulunmadığı ve bu devlette yetkili mahkemeler önünde dava açabileceği için, Mahkeme tarafından belirleyici bir faktör olarak görülmüştür.

120. Hükümete göre, muhalif görüşte ve başvuruolar tarafından davanın Büyük Daireye gönderilmesi talebinde ileri sürülen argümanlar, Federal Mahkeme ile Daire tarafından yapılan değerlendirmelerin esası üzerinde şüphe uyandıramaz. Lahey Sözleşmesi bağlamında, birinci başvuruolarun Lozan'a sosyal açıdan entegre olmasının, İsrail'e döndürülecek olan ikinci başvuruolaya eşlik etmesini engellediği sonucu çıkarsanamaz. Birinci başvuruolu İsrail'de altı yıl yaşamış olduğundan, burada mutlaka belirli bir sosyal çevreye sahip olmuş olmalıdır. Bu bağlamda Hükümet, uzman Dr. B.'nin raporuna göre birinci başvuruolarun ailesiyle birlikte İsrail'de tatillerini geçirdikten sonra bu ülkede yerleşmeye karar verdiğini vurgulamıştır.

121. Hükümet, cezai yaptırım riski konusunda, muhalif görüşlerden veya başvuruoların davanın Büyük Daireye götürülmesi talebinden yeni bir şey ortaya çıkmadığı görüşündedir. Hükümet, çocuğun babası tarafından Velayet Dairesine gönderilen İsrail Merkezi Makamının yazısından, İsrail ceza kanununa göre çocuk kaçırmaya hapis cezası verilebileceği sonucunun çıkarılabileceğini kabul etmiştir. Ancak İsrail Başsavcılığı tarafından çıkarılan kılavuz, polisin ele aldığı bu tür bir olayı Lahey Sözleşmesini uygulamakla görevli İsrail Merkezi Makamına intikal ettirmesini, Merkezi Makamın da olayın çözümü konusunda tavsiyelerde bulunmasını öngörmektedir. Bu bağlamda Hükümet, ilgili kılavuza göre ancak çok istisnai hallerde ceza davası açılabileceğini gözlemlemiştir. İsrail Merkezi Makamı mevcut olayda, birinci başvuruoların İsrail makamlarına işbirliği yapmaya ve Tel Aviv Aile Mahkemesi tarafından babaya tanınan kişisel ilişki hakkına saygı göstermeye hazır olduğunu kanıtlaması ve çocukla birlikte yeniden gözden kaybolmaması halinde, İsrail polisinden ceza soruşturmasını kapatmasını isteyeceğini belirtmiştir (bk. Hükümetin 14 Ağustos 2009 tarihli dilekçesine ekli 30 Nisan 2007 tarihli yazı). Bu bağlamda Hükümet, Lahey Sözleşme sisteminin, bu belgeye Taraf Devletler arasında karşılıklı güvene dayandığı ve bir devletin verdiği güvencelere uymaması halinde, diğer devletlerin bu devletle düşünülen tarzda işbirliği yapmamaları riski doğacağı görüşündedir. Böylece Hükümet, bu yazıda verilen iddiaların güvenilirliği konusunda kuşku uyanmadığına ve birinci başvuruoların ceza yaptırımlarla karşılaşma riski bulunmadığına ilişkin Dairenin görüşüne katılmıştır (bk. Daire kararı, §90).

122. Hükümet ayrıca, ulusal düzeydeki bütün bir yargılama boyunca, birinci başvuruoların geri dönmesi halinde karşılaşacağını iddia ettiği hukuki sonuçlarla ilgili en küçük bir delil göstermediğini gözlemlemiştir. Tam tersine birinci başvuruolu, Sulh Mahkemesindeki 29 Ağustos 2006

tarihli duruşmada, İsrail'e dönmeyi düşünmek bile istemediğini ve eğer bu ülkeye dönecek olursa kişisel olarak ne gibi bir riskle karşılaşacağını bilmediğini belirtmiştir.

123. Son olarak, ikinci başvurunun babasının nafaka ödemelerini geciktirmesi, birinci başvurunun İsrail'e döneceğine dair makul beklentiyi de engellemek için yeterli değildir. Hükümete göre, babası çocuğa nafaka ödememiş olsa bile, babasını bilmeden büyütülmeğe babasıyla ilişki halinde büyütülmesinin, sadece çocuğun yüksek menfaatleri bakımından daha tercih edilebilir bir durum olduğundan kuşku yoktur.

124. Hükümet, muhalif görüşlerde ifade edilen ve başvuruclar tarafından davanın Büyük Daireye gönderilmesi talebinde hatırlatılan korkulara, yani ilk olarak, birinci başvurunun oğlunun dinsel eğitimini etkilemeye çalışmasının büyük bir olasılıkla başarısız olacağı; ve ikinci olarak, aile hukuku konularındaki ilkeleri Avrupa'da uygulanan ilkelerden bazen önemli ölçüde farklılaşan bir hukuk sistemine Dairenin soyut bir şekilde güven duyduğu korkularına verdiği cevapta, Lahey Sözleşmesinin Açıklayıcı Raporuna gönderme yapmıştır. Açıklayıcı Rapora göre Sözleşmenin hazırlandığı sırada dikkate alınan kaygılardan biri, bu belge gereğince verilen ulusal kararların “milli bir topluluktan türetilen belirli kültürel, sosyal vd. tutumları” ifade etmesi ve böylece esasen yetkililerin “kendi sübjektif değer yargılarını çocuğun henüz kaçırılıp kurtulduğu milli topluluğa” empoze etmeleri riskinden kaçınmak olmuştur (Rapor, parag. 22). Ayrıca, çocuğun din eğitimi konusunda anlaşmazlık çıkması halinde, ebeveynlik yetkisi tanınan mahkeme çocuğun yüksek menfaatlerine göre karar verecektir. Konuyu ele alan İsrail mahkemelerinin, dini veya laik olup olmalardan bağımsız olarak, olayda görevli sosyal hizmet uzmanının tavsiyelerini izledikleri ve davranışları dinsel düşünceleriyle bağlantılı olan ikinci başvurunun babasına bir çok kısıtlama getirdikleri kayda değerdir. Dolayısıyla bu mahkemelerin “olayın dinsel bağlamı” nedeniyle uygunsuz bir tarzda hareket edecekleri sonucuna varmak için bir sebep yoktur.

125. Hükümet ayrıca, başvurucların İsrail'den ayrılmalarından önce, aile durumlarının Tel Aviv sosyal hizmetler müdürlüğü ve Tel Aviv Aile Mahkemesi tarafından yakından izlendiğini gözlemlemiştir. Aile Mahkemesi özellikle çocuğun babasını birinci başvurunun evine ve çocuğun gittiği kreşe yaklaştıktan, her hangi bir şekilde ve her hangi bir yerde, manevi taciz dahil birinci başvurucları rahatsız veya taciz etmekten, birinci başvurunun kaldığı evi kullanmaktan, silah bulundurmaktan veya taşımaktan yasaklamıştır. Hükümet, babanın bu tedbirlere uyduğu konusunda bir tartışma bulunmadığına işaret etmiştir (bk. Sulh Mahkemesi önündeki 29 Ağustos 2006 tarihli duruşma tutanağı).

126. İsrail Merkezi Makamının Kanton Mahkemesine gönderdiği yazıdan da anlaşılmaktadır ki, 1991 tarihli İsrail Aile İçi Şiddeti Önleme Yasası, aile içi şiddet iddialarında bulunulması halinde önleyici tedbirler alınması için hükümler getirmektedir (bk. Hükümetin 14 Ağustos 2009

tarıhli dilekçesine ekli 12 Mart 2007 tarıhli yazı, ek 6). Birinci başvırucunun oğlu ile birlikte ayrılmalarından önce İsrail yetkililerinin tutumu ve aldıkları tedbirler, bu yasa hükümlerinin etkili bir şekilde uygulandığını göstermiştir. Bu koşullada ve İsrail makamları tarafından alınan tedbirler ışığında Hükümet, ikinci başvırucunun babasının Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin (b) bendi anlamında bir risk oluşturmadığını savunmuştur.

127. Son olarak, başvırucuların İsviçre’de uzun süre kalmış olmaları, Lahey Sözleşmesine gereğince geri dönüşlerine bir engel oluşturmaz. Hükümet, bu bağlamda Daire kararına dayanarak, özellikle ikinci başvırucunun yaşının küçüklüğü nedeniyle, bu hükümler anlamında bir riske maruz kalmayacağı görüşüne varmıştır.

128. Hükümet başvırucuların, 16 Ağustos 2007 tarıhli Federal Mahkeme kararında kararın icrasıyla ilgili bir hüküm bulunmadığı eleştirilerine karşılık olarak, Federal Mahkeme kararlarının icrasının kanton makamlarına düşen bir görev olduğunu gözlemlemiştir. Hükümet, mevcut olayda yetkili makamın, ilk derece kararı veren Lozan Sulh Yargıcı olduğunu belirtmiştir. Çocuğun babası 20 Ağustos 2007 tarihinde avukatı aracılığıyla, Federal Mahkemenin kararı gereğince Noam’ın ülkeden ayrılmasını ayarlama görevini yerine getirmesi için bir *ad hoc* vasi tayin etmesi için bu makama başvurmuştur. Bu Mahkeme’nin mevcut olayda yürütmenin durdurılmasına işaret eden 27 Eylül 2007 kararının ardından, baba talebini 1 Ekim 2007 tarihinde geri çekmiştir. Çocuğun geri dönüşüne dair ayarlamalar hakkında şimdilik karar verilmemiş olmasının gerekçeleri bunlardır. Hükümet ayrıca, Federal Mahkemenin 16 Ağustos 2007 tarihinde verdiği kararda, annenin çocuğa eşlik etmesinin beklenemeyeceğini varsayarak çocuğun geri döndürölmesine hükmettiğini gözlemlemiştir. Dahası, geri dönüşün ayarlanması işi, öncelikle, oğlunu kaçıırarak bu uyuşmazlığı yaratan birinci başvırucuya düşer. Ancak Hükümet, eğer birinci başvırucu, özel olarak İsrail’e geri dönüşle bağlantılı gerçekten korku duyduğunu ifade edecek olursa, yetkili makam bu duruma bir çözüm sağlayabilecek tedbirleri denetleyebilir. Ayrıca, Mahkeme tarafından verilmiş geçici tedbir kararı nedeniyle, çocuğun geri döndürölmesiyle ilgili ayarlamalar İsviçre makamları tarafından incelenmemiştir.

129. Hükümet, misafir olunan ülkede dört yıldan fazla kaldıktan sonra, Lahey Sözleşmesi anlamında “ani geri dönüş”ten söz etmenin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Ayrıca, Federal Mahkemenin karar tarihinde, zamanın geçmesini göz ardı etmek haklı göröllebilir olduğu halde, şu anda artık böyle değildir. Başka bir deyişle, Hükümete göre, geri dönüşü icra etmekle yetkili makamlar, başvırucuların haklarının ihlal edilmeyeceği dönüş koşullarını inceleme hakkına ve ödevine sahiptirler.

130. Yukarıda anlatılanlar ışığında Hükümet, Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin (b) bendindeki koşulların mevcut olayda açıkça bulunmadığına ve söz konusu menfaatlerin dengelenmesinin, birinci başvırucu bakımından

güç sonuçlar doğursa bile, Sözleşme'nin 8(2). fıkrasının şartlarına uygun olduğuna ikna olmuştur.

(iii) Mahkeme'nin değerlendirmesi

(α) Genel ilkeler

131. Sözleşme boşlukta yorumlanamaz, uluslararası hukukun genel ilkeleriyle uyumlu olacak şekilde yorumlanmalıdır. 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31(3)(c) bendinde söylendiği gibi, “uluslararası hukukun taraflar arasındaki ilişkiye uygulanabilir olan ilgili kuralları” ve özellikle insan haklarının uluslararası korunmasıyla ilgili kuralları dikkate alınmalıdır (bk. *Golder – Birleşik Krallık*, 21 Şubat 1975, §29, *Seri A no. 18*; *Streletz, Kessler ve Krenz - Almanya [BD]*, no. 34044/96, 35532/97 ve 44801/98, §90, *ECHR 2001-II*; ve *Al-Adsani – Birleşik Krallık [BD]*, no. 35763/97, §55, *ECHR 2001-XI*).

132. Bu nedenle, uluslararası çocuk kaçırma meselesinde, Sözleşme'nin 8. maddesinin Sözleşmeciler Devletlere yüklediği yükümlülükler, özellikle 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönleri hakkında Lahey Sözleşmesi (bk. *Iglesias Gil ve A.U.I. – İspanya*, no. 56673/00, §51, *ECHR 2003-V*, ve *Ignaccolo-Zenide - Romanya*, no. 31679/96, §95, *ECHR 2000-I*) ile 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi (bk. *Maire*, yukarıda geçen, §72) dikkate alınarak yorumlanır. Mahkeme örneğin, idari veya yargısal makamların bir çocuğun geri döndürülmesine dair bir talep üzerine hızla ve özenle hareket edip etmediklerini incelerken, Lahey Sözleşmesi hükümlerini ve özellikle 11. maddesini benimsemiştir, çünkü altı haftan fazla hareketsizlik, gecikmenin sebeplerinin öğrenilmesi için bir talepte bulunmaya yol açabilir (bk. *madde metni için yukarıda parag. 57*, ve *uygulama örnekleri için*, *Carlson – İsviçre*, no. 49492/06, §76, *ECHR 2008-...*; *Ignaccolo-Zenide*, yukarıda geçen, §102; *Monory*, yukarıda geçen, §82; ve *Bianchi*, yukarıda geçen, §94).

133. Ancak Mahkeme, Sözleşme'nin her bir bireyi koruyan bir Avrupa kamu düzeni (*ordre public*) belgesi olarak özel bir niteliğe sahip olduğunu ve Mahkeme'nin de Sözleşme'nin 19. maddesinde belirtilen Sözleşme'ye “Taraflar Sözleşmeciler Devletler tarafından üstlenilen taahhütlerin yerine getirilmesini sağlama” görevini akılda tutmak zorundadır (bk. *diğer kararlar arasında*, *Loizidou – Türkiye (ilk itirazlar)*, 23 Mart 1995, §93, *Seri A no. 310*). Bu nedenle Mahkeme, ulusal mahkemeler tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle ulusal mahkemelerin Lahey Sözleşmesi hükümlerini yorumlayıp uygularken Sözleşme'deki ve özellikle 8. maddedeki güvenceleri koruyup korumadığını belirleme yetkisine sahiptir (bk. *bu anlamda*, *Bianchi*, yukarıda geçen, §92, ve *Carlson*, yukarıda geçen, §73).

134. Bu alandaki belirleyici mesele, çocuğun, iki ebeveynin ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasında, devletin bu konuda kendisine

tanınan takdir alanı içinde adil bir denge kurup kurmadığıdır (bk. *Maumousseau ve Washington, yukarıda geçen, §62*); ancak bu denge kurulurken, “gözetim hakkıyla ilgili meselelerde çocukların menfaatlerinin üstün bir öneme sahip olduğu”nu belirten Lahey Sözleşmesinin Başlangıcından da anlaşıldığı gibi, çocuğun yüksek menfaatlerinin öncelik taşıdığı akılda tutulmalıdır (bk. *bu yönde, Gnahoré – Fransa, no. 40031/98, §59, ECHR 2000-IX*). Çocuğun yüksek menfaatleri, niteliğine ve ciddiliğine bağlı olarak, anne babanın menfaatlerine üstün tutulur (bk. *Şahin v. Germany [GC], no. 30943/96, §66, ECHR 2003-VIII*). Yine de söz konusu haklar arasında denge kurulurken, ebeveynlerin özellikle çocukla düzenli ilişkide bulunmaları dikkate alınan bir faktördür (bk. *ibid.*, ve ayrıca *Haase – Almanya, no. 11057/02, §89, ECHR 2004-III (alıntılar)*; veya *Kutzner – Almanya, no. 46544/99, §58, ECHR 2002-I ve burada atıf yapıla bir çok karar*).

135. Mahkeme, çocuklarla ilgili bütün kararlarda, çocukların yüksek menfaatlerinin en önde geldiği, uluslararası hukukta olduğu gibi, şimdilerde üzerinde geniş bir konsensüs bulunan bir düşünce olduğunu kaydeder (bk. *bir çok atfin yapıldığı yukarıda 49-56. paragraflar ve özellikle Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, madde 24(2)*). Örneğin bu Şartta da belirtildiği gibi, “her çocuk, menfaatleri aksini gerektirmedikçe, her iki ebeveyni ile doğrudan ve düzenli olarak kişisel ilişkisini sürdürme hakkına sahiptir”.

136. Çocuğun menfaati iki parçayı içermektedir. Çocuğun menfaati, bir yandan, söz konusu ailenin sağlıklı olması durumu hariç, çocuğun ailesiyle bağlarını sürdürmesi gerektiğine işaret etmektedir. Buradan çıkan sonuca göre aile bağları ancak çok istisnai olaylarda koparılabilir ve kişisel ilişkilerin muhafaza edilmesi için gerekirse aileyi “yeniden kurma” gibi, her şey yapılmalıdır (bk. *Gnahoré, yukarıda geçen, §59*). Öte yandan, çocuğun sağlam bir çevrede gelişmesinin de çocuğun menfaatine olduğu açıktır. Sözleşme’nin 8. maddesine göre bir ebeveyn, çocuğun sağlığına ve gelişimine zarar verecek tedbirlerin alınmasını isteme hakkına sahip olamaz (bk. *diğer kararlar arasında, Elsholz – Almanya [BD], no. 25735/94, §50, ECHR 2000-VIII; ve Maršálek – Çek Cumhuriyeti, no. 8153/04, §71, 4 Nisan 2006*).

137. Aynı felsefe Lahey Sözleşmesine de içkindir. Bu Sözleşme, çocuğun geri döndürülmesinin kendisini ağır fiziksel veya psikolojik zarar riskine maruz bırakmadıkça veya başka bir şekilde kendisini katlanılmaz bir duruma sokmadıkça, kural olarak kaçırılan çocuğun hemen geri döndürülmesini gerektirmektedir (Madde 13, (b) bendi). Bir başka deyişle çocuğun yüksek menfaati kavramı, Lahey Sözleşmesinin de temel bir ilkesidir. Ayrıca bazı ulusal mahkemeler bu kavramı, bu Sözleşmenin 13. maddesinin (b) bendindeki “ağır risk” teriminin uygulanmasına açıkça içselleştirmişlerdir (bk. yukarıda parag. 58-64). Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, 13 maddenin Sözleşmeyle uyumlu bir şekilde yorumlanması gerektiği görüşündedir.

138. Sözleşme'nin 8. maddesinden çıkan sonuca göre, Lahey Sözleşmesinin uygulanabilir olduğu hallerde çocuğun geri döndürülmesine otomatik ve mekanik bir şekilde karar verilemez. Kişisel gelişim açısından çocuğun yüksek menfaati, özel koşullara ve özellikle çocuğun yaşı ve olgunluk düzeyi, anne babasının, çevresinin ve tecrübelerinin bulunup bulunmadığına bağlıdır (bk. BMMYK Kılavuz, yukarıda parag. 52). Bu nedenle, çocuğun yüksek menfaatleri, her bir münferit olayda ayrı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme görevi öncelikle, genellikle ilgili kişiyle doğrudan temas etme imkanı bulan ulusal makamların görevidir. Bu nedenle ulusal makamlar belirli bir takdir alanını kullanırlar, ancak bu takdir alanı, ulusal makamların bu yetkiyi kullanırken verdikleri kararların Mahkeme tarafından Sözleşme'ye göre denetiminin yapıldığı bir Avrupa gözetimine tabidir (bk. *örneğin, Hokkanen - Finlandiya, 23 Eylül 1994, §55, Seri A no. 299-A, ve Kutzner, yukarıda geçen, §65-66, ayrıca Tiemann - Fransa ve Almanya (k.k.), nos. 47457/99 ve 47458/99, ECHR 2000-IV; Bianchi, yukarıda geçen, §92; ve Carlson, yukarıda geçen, §69*).

139. Ayrıca Mahkeme, ulusal mahkemeler tarafından uyuşmazlık konusu kararların verilmesine yol açan karar oluşturma sürecinin ilgili kişilerin görüşlerini tam olarak sunabildikleri adil bir süreç olmasını sağlamak zorundadır (bk. *Tiemann, yukarıda geçen, ve Eskinazi ve Chelouche - Türkiye (k.k.), no. 14600/05, ECHR 2005-XIII (alıntılar)*). Bu amaçla Mahkeme, ulusal mahkemelerin özellikle olgusal, duygusal, psikolojik, maddi ve tıbbi nitelikteki bütün faktörler ile ailenin durumunu derinlemesine incelemiş olup olmadıklarını ve kaçırılmış çocuğun orijin ülkeye geri gönderilmesine ilişkin bir başvuru bağlamında sürekli çocuğun yüksek menfaatinin ne olduğunu belirlemeye dikkat etmek suretiyle ilgili kişilerin menfaatlerine ilişkin makul bir değerlendirme ve dengelemede bulunup bulunmadıklarını belirlemek durumundadır (bk. *Maumousseau ve Washington, yukarıda geçen, §74*).

140. Mahkeme daha önce de çocuğun geri döndürülmesi kararının icra koşullarının Sözleşme'nin 8. maddesine uygunluğu sorununu incelemiştir. Mahkeme, *Maumousseau ve Washington* (yukarıda geçen, §83) kararında, bu tür meselelerde devletin yükümlülüklerini şu şekilde tanımlamıştır:

“Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin esas amacının bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak olduğuna, fakat bunun yanında aile yaşamına etkili bir şekilde ‘saygı’ göstermeye içkin pozitif yükümlülüklerin de bulunabileceğine işaret eder. Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Sözleşme'nin 8. maddesi, bir ebeveynin, mevcut olayda babanın, çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını ve ulusal makamların bu tür tür tebirleri alma yükümlülüğünü de içerir (bk. *örneğin Ignaccolo-Zenide, yukarıda geçen, §94*). Ancak bu yükümlülük mutlak değildir, çünkü bir ebeveynin hemen çocuğuyla bütünleşmesini sağlamak mümkün olmayabilir ve hazırlık yapmayı gerektirebilir. Bu hazırlığın niteliği ve kapsamı, her olayın özel koşullarına bağlı olup, ilgili kişilerin anlayış ve işbirliği her zaman önmeli unsurlardır. Ayrıca, çocuğun birlikte yaşadığı ebeveyn tarafından çocuğun geri döndürülmesi kararına hemen uyulmamasının bir sonucu olarak bazı güçlükler ortaya çıktığında, yetkili makamlar

işbirliği yapılmamasına karşı yeterli yaptırımlar uygulayabilmelidir; bu hassas konuda çocuklara karşı zorlayıcı tedirler uygulanması arzu edilir olmamakla birlikte, çocuğun birlikte yaşadığı ebeveyn tarafından açıkça hukuka aykırı davranışlarda bulunulması halinde yaptırımlara başvurulması gözden uzak tutulmamalıdır (bk. *Maire*, yukarıda geçen, §76). Son olarak, bu tür olaylarda bir tedbirin yeterli olup olmadığı, tedbirin hızla uygulanmasıyla birlikte değerlendirilmelidir. Nihai kararın uygulanması dahil, velayet görevinin verilmesiyle ilgili davalar, acil olarak görülmelidir; çünkü zamanın geçmesi, çocuğun birlikte yaşamadığı ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkiler üzerinde telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabilir. Lahey Sözleşmesi bu gerçeği görmüş ve hukuka aykırı olarak ülkeden çıkarılan veya Sözleşmeciler Devlette alıkoymakla bir çocuğun hemen geri döndürülmesini sağlamak için bir dizi tedbir öngörmüştür. Lahey Sözleşmesinin 11. maddesi, ilgili idari veya yargısal makamların, çocuğun geri döndürülmesini sağlamak için hızla hareket etmelerini gerektirmekte ve altı haftadan daha uzun bir süre hareketsiz kalınmış olması halinde bu konuda açıklama talebinde bulunulmasına yol açmaktadır (bk. *Maire*, yukarıda geçen, §74).”

(β) Bu ilkelerin mevcut olayda uygulanması

141. Mahkeme’nin görevi, çocuğun İsrail’e döndürülmesi halinde Lahey Sözleşmesinin 13. maddesi anlamında ağır bir psikolojik zarara maruz kalma riski bulunup bulunmadığı konusunu inceleyen yetkili ulusal makamlarının yerini almak değildir. Bununla birlikte Mahkeme, ulusal mahkemelerin Lahey Sözleşmesinin hükümlerini yorumlayıp uygularken, özellikle çocuğun yüksek menfaatlerini dikkat alarak Sözleşme’nin 8. maddesindeki güvenceleri koruyup korumadıklarını belirlemekle yetkilidir.

142. Mahkeme, olayı muhakeme eden ulusal mahkemeler arasında en uygun sonucun ne olduğu konusunda oybirliği bulunmadığını kaydeder. 29 Ağustos 2006 tarihinde Lozan Sulh Mahkemesi Yargıcı, olayda Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin (b) bendinin uygulanabilir olduğunu tespit ederek, çocuğun geri döndürülmesine ilişkin babanın talebini reddetmiştir (bk. yukarıda parag. 36). Vaud Kantonu Kanton Mahkemesinin Velayet Dairesi 22 Mayıs 2007 tarihinde, bu kararı özü itibarıyla onaylamıştır (bk. yukarıda parag. 41). Ancak Federal Mahkeme 16 Ağustos 2007 tarihinde babanın başvurusunu kabul etmiş ve Noam’ın geri göndürülmesine karar vermiştir. Federal Mahkemeye göre Kanton Mahkemesinin kararında, annenin çocuğu ile birlikte İsrail’e dönmesi halinde çocuğun ağır bir zarar riski altına veya katlanılamaz bir duruma gireceğine dair, Federal Mahkeme tarafından kabul edilebilir bir delil gösterilmemiştir (bk. yukarıda parag. 44). Son olarak, Lozan Mahkemesi Başkanı 29 Haziran 2009 tarihli ihtiyati tedbir kararında, Noam’ın annesiyle birlikte annesinin Lozan’daki adresinde kalması gerektiğine karar vermiş, babanın oğluyla kişisel ilişki hakkının kullanılmasını askıya almış ve anneye münhasır ebeveynlik yetkisi tanımıştır. Bu Mahkeme Başkanı ayrıca, ne babanın ve ne de avukatının mahkeme önündeki duruşmaya geldiklerini ve böylece babanın davayla ilgisini kaybettiğini tespit etmiştir (bk. yukarıda parag. 47).

143. Ayrıca birkaç uzman raporunda, çocuğun İsrail’e döndürülmesi halinde risk doğacağı sonucuna varılmıştır. Dr. B. tarafından hazırlanan 16

Nisan 2007 tarihli birinci raporda, çocuğun annesiyle birlikte İsrail'e dönmesinin, çocuğu psikolojik bir zarar riskine maruz bırakacağı, dönüşün koşulları ve özellikle anneyi bekleyen ve çocuk üzerinde muhtemel yansımaları olacak olan koşullar belirlenmeden bu zararın yoğunluğu hakkında bir değerlendirme yapılamayacağını söylemiştir. Çocuğun yanında annesi bulunmadan döndürülmesi halinde ise çocuğu çok büyük bir psikolojik zarar riskine maruz bırakacaktır (bk. yukarıda parag. 37). Dr. M.-A. tarafından hazırlanan 23 Şubat 2009 tarihli ikinci raporda, Noam'ın annesi yanında olmadan bir anda İsrail'e döndürülmesinin, çocukta önemli bir travma ve ciddi psikolojik rahatsızlık oluşturacağı sonucuna varmıştır (bk. yukarıda parag. 46).

144. Dolayısıyla ulusal mahkemelere ve uzmanlara göre, her halükarda Noam'ın annesiyle birlikte geri dönebileceği düşünülebilir. Çocuğun geri döndürülmesine hükmeden tek ulusal mahkeme olan Federal Mahkeme bile kararını, annenin İsrail'e geri dönmesini objektif olarak haklı kılan bir sebep bulunmadığından, anneden bu ülkeye çocuğuyla birlikte dönmesinin beklenmesinin makul olduğu gerekçesine dayandırmıştır. Bu nedenle Mahkeme varılan bu sonucun Sözleşme'nin 8. maddesine uygun olup olmadığını, yani anne geri dönme ihtimalini ortadan kaldırdığı halde çocuğun annesiyle birlikte bu ülkeye dönmeye zorlanmasının, başvuruçuların aile yaşamına saygı haklarına orantılı bir müdahale olup olmadığını karar bağlamalıdır.

145. Bu konudaki kuşku haklı görülebilir olmakla birlikte, Mahkeme mevcut olayda söz konusu tedbirin, bu konularda ulusal makamlara tanınan takdir alanı içinde kaldığını kabul etmeye hazırdır. Ancak, Sözleşme'nin 8. maddesine uyulup uyulmadığını değerlendirebilmek için, Federal Mahkemenin çocuğun geri döndürülmesi kararından sonra meydana gelen gelişmelerin de dikkate alınması gerekir (bk. *mutatis mutandis*, *Sylvester - Avusturya*, no. 36812/97 ve 40104/98, 24 Nisan 2003). Dolayısıyla Mahkeme, uyuşmazlık konusu kararın icra tarihindeki durumunu dikkate almalıdır (bk. *mutatis mutandis*, *Maslov v. Austria [BD]*, no. 1638/03, §91, *ECHR* 2008...). Eğer karar, çocuğun kaçırılmasından belirli bir süre sonra icra edilecek olursa, bu durum, bireyleri objektif bir temelde koruyan bir insan hakları belgesi değil ama esas itibarıyla usuli nitelikte bir belge olan Lahey Sözleşmesiyle ilgiyi zayıflatabilir. Dahası, Lahey Sözleşmesinin 12. maddesine göre, olayın önüne getirildiği yargısal veya idari makam, birinci fıkrada öngörülen bir yıllık dönemden sonra çocuğun geri döndürülmesine karar vermek zorunda olmakla birlikte, bu dönemden sonra çocuğun artık yeni çevresine intibak ettiğinin kanıtlanması halinde, geri dönüş kararı vermek zorunda değildir (bk. *bu yönde*, *Koons - İtalya*, no. 68183/01, §51 vd., 30 Eylül 2008).

146. Mahkeme, yabancıların sınırdışı edilmeleriyle ilgili içtihatlarının, *mutatis mutandis* bu konuda rehberlik yapabileceği görüşündedir (bk. *Maslov*, yukarıda geçen, §71, ve *Emre - İsviçre*, no. 42034/04, §68,

22 Mayıs 2008). Bu içtihatlarla göre, bulunduğu ülkede yerleşmiş bir çocukla ilgili bir sınırdışı etme kararının orantılılığını değerlendirebilmek için, çocuğun esenliğini ve yüksek menfaatleri, özellikle gönderileceği ülkede karşılaşması muhtemel güçlüklerin ciddiliği, hem bulunduğu ülkede ve hem de gönderileceği ülkedeki sosyal, kültürel ve aile bağlarının sağlamlığı dikkate alınmalıdır. Sınırdışı edilecek olan kişiye eşlik edecek aile üyelerinin kişinin gönderileceği ülkede karşılaşabileceği güçlüklerin ciddiliği de dikkate alınmalıdır (bk. *Üner – Hollanda [BD]*, no. 46410/99, §57, *ECHR 2006-XII*).

147. Mahkeme, Noam'ın İsviçre vatandaşlığına sahip olduğunu ve iki yaşındayken Haziran 2005'te bu ülkeye geldiğini kaydeder. Noam bu tarihten itibaren sürekli olarak burada yaşamıştır. Başvuruculara göre Noam burada yerleşmiş olup, 2006 yılından itibaren belediyenin laik gündüzlü ana okuluna ve devlet onaylı Musevi gündüzlü ana okuluna devam etmektedir (bk. ihtiyati tedbir kararları, yukarıda parag. 47). Noam hala belirli bir intibak kapasitesine sahip bir yaşta bulunmakla birlikte, tıbbi raporlarda işaret edildiği gibi, mutlak çevresindeki köklerinden koparılması ve özellikle tek başına geri dönmesi, kendisi bakımından muhtemelen ağır sonuçlar doğuracaktır. Dolayısıyla kendisinin İsrail'e geri döndürülmesinin yararlı olacağı söylenemez.

148. Buna göre, ikinci başvurunun zorla döndürülmesinin kendisinde yaratacağı büyük rahatsızlık ile dönmesi halinde elde edebileceği yararlar tartılmalıdır. Bu bağlamda, Lozan Mahkemesinin gözlemlediği gibi, çocuğun kaçırılmasından önce bile İsrail mahkemeleri tarafından babanın kişisel ilişki hakkı üzerine, haftada iki kez Tel Aviv buluşma merkezinde bir sosyal hizmet uzmanının gözetiminde görüşmeye izin verme şeklinde kısıtlama koyulmuş olduğu belirtilmelidir (bk. yukarıda parag. 47). Dahası başvuru, Noam'ın babasının 1 Kasım 2005 tarihinde yeniden evlendiğini ve yeni karısı hamileyken birkaç ay sonra boşandığını iddia etmişler, Hükümet de bu iddiaya karşı çıkmamıştır. Baba daha sonra üçüncü kez evlenmiştir. Baba aleyhine, kızına nafaka borcunu ödemediği için bu kez ikinci karısı tarafından 2008 yılında yeni bir dava açılmıştır. Mahkeme böyle bir durumun kanıtlandığı varsayıldığında, çocuğun esenliğine ve gelişimine yardım edeceğinden kuşku duymaktadır.

149. Anne geri dönme halinde cezai yaptırıma maruz kalma riski altında olup, bu yaptırımın kapsamı henüz belirlenmemiştir. Başvurucular Mahkeme önünde, İsrail Merkezi Makamının 30 Nisan 2007 tarihli yazısına göndermede bulunmuşlardır; bu yazı birinci başvurunun İsrail makamları tarafından kovuşturulmama olasılığının, birinci başvurunun tutumuyla ilgili birkaç şarta bağlı olduğunu göstermiştir (bk. yukarıda parag. 40). Bu koşullarda, muhtemelen hapis cezasının söz konusu olacağı bir ceza davasının açılma ihtimali bütünüyle yok sayılamaz (*krş. Paradis ve Diğerleri – Almanya (k.k.)*, no. 4783/03, 15 Mayıs 2003). Tabii ki bu

senaryo, muhtemelen sadece birinci başvurucuyla ilişkisi olacak olan çocuğun yüksek menfaatlerine uygun olmayacaktır.

150. Bu durumda annenin İsrail'e dönmeyi reddetmesi bütünüyle haksız görünmemektedir. İsviçre vatandaşlığı bulunan anne, İsviçre'de kalma hakkına sahiptir. Annenin İsrail'e dönmeyi kabul ettiği düşünülecek olsa bile, kendisine karşı ceza davası açıldığında ve daha sonra hapsedildiğinde, çocuğa kimin bakacağı meselesi ortaya çıkacaktır. Babanın geçmişteki tutumu ve kısıtlı mali kaynakları bulunduğu göz önünde tutulacak olursa, çocuğa bakma kapasitesinin varlığı kuşkuludur. Baba hiçbir zaman çocukla yalnız yaşamamış ve ayrılmasından sonra çocuğu hiç görmemiştir.

151. Sonuç olarak Mahkeme, yukarıda anlatılanlar ve özellikle 29 Haziran 2009 tarihli ihtiyati tedbir kararında işaret edildiği gibi daha sonra başvurucuların durumunda meydana gelen gelişmeler ışığında, çocuğun İsrail'e geri döndürülmesinin kendisinin yüksek menfaatlerine uygun olacağına ikna olmamıştır. Anne de oğluyla birlikte İsrail'e geri dönmeye zorlanacak olursa, aile yaşamına saygı hakkına orantısız bir müdahaleye katlanacaktır. Sonuç olarak, ikinci başvurucunun İsrail'e geri döndürülmesi konusundaki kararın icra edilmesi halinde, her iki başvurucu bakımından da Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilecektir.

III. SÖZLEŞME'NİN 6(1). FIKRASININ İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

152. Daireye göre Sözleşme'nin 6(1). fıkrası bakımından yapılan şikayet, 8. madde bakımından yapılan şikayetin temel noktalarından birini oluşturduğu kabul edilmelidir; bu iddianın ayrı olarak incelenmesi gerekli değildir (bk. Daire kararı, §104).

153. Büyük Daire, Dairenin vardığı bu sonucun onaylanmasının uygun olduğunu kabul etmekte ve ayrıca bunun taraflarca da tartışma konusu yapılmadığını gözlemlemektedir.

IV. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

154. Sözleşme'nin 41. maddesi şöyledir:

“Mahkeme, Sözleşmenin veya Protokollerin ihlal edildiğini tespit ederse, ve ilgili Sözleşmeci Devletin iç hukuku bu ihlali ancak kısmen giderme imkanı veriyorsa, Mahkeme gerekli görürse zarara uğrayan tarafa adil bir karşılık verilmesine hükmeder”

A. Zarar

155. Başvurucular maddi zarar iddiasında bulunmamışlardır. Başvurucular Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlalinin tespit edilmesinin,

katlandıkları manevi zararlar içinde yeterli bir giderim oluşturacağı görüşündedirler.

156. Mahkeme başvuruçuların görüşüne katılmakta ve her hangi bir tazminata hükmedilmemesi gerektiği sonucuna varmaktadır.

B. Ücretler ve masraflar

157. Ücretler ve masraflar konusunda ise başvuruçular, toplam 53,625 Euro talep etmişler ve şu şekilde bir hesaplama yapmışlardır: ulusal düzeydeki yargılama için 18,158.81 Euro, Daire önündeki yargılama için 13,112.92 Euro ve Büyük Daire önündeki yargılama için 22,353.27 Euro.

158. Hükümet, Daire önünden getirilen sorunların, başlangıçtaki şikayetlerin sadece bir kısmıyla ilgili olduğuna işaret etmişlerdir. Buna göre Hükümet, Mahkeme'nin başvuruçuların haklarına ilişkin bir ihlal tespit etmesi halinde, ulusal mahkemeler ile Daire önündeki yargılamalarda katlanılan ücretler ve masraflar için 10,000 İsviçre Frangına eşit yaklaşık 6,667 Euro'ya hükmedilmesinin uygun olacağı görüşündedir. Hükümet, Büyük Daire önündeki yargılama bakımından 7,000 İsviçre Frangın (yaklaşık 4,667 Euro) uygun bir miktar olacağını ileri sürmüştür.

159. Mahkeme, Sözleşme'nin ihlal edildiğini tespit etmesi halinde, bu ihlalin önlenmesi veya giderimi için ulusal mahkemeler önünde katlanılan ücretler ve masraflara hükmedebileceğini hatırlatır (*bk. Zimmermann ve Steiner - İsviçre, 13 Temmuz 1983, §36, Seri A no. 66, ve Hertel - İsviçre, 25 Ağustos 1998, §63, Reports 1998-VI*). Dahası, ücretler ve masrafların gerçekten ve gerekli olarak yapılmış olması ve miktar bakımından da makul olması gerekir (*bk. Bottazzi - İtalya [BD], no. 34884/97, §30, ECHR 1999-V, ve Linnekogel - İsviçre, no. 43874/98, §49, 1 Mart 2005*).

160. Yukarıdakileri göz önünde tutan Mahkeme, mevcut olayda sadece Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından yapılan şikayetin bir ihlal tespitine yol açtığını hatırlatır. Başvurucunun kalan kısmı kabuledilemez bulunmuştur. Ayrıca, başvuruçunun taleplerinin Mahkeme İçtüzüğü'nün 60(2). fıkrasının gereklerini tam olarak karşılayacak şekilde kanıtlandığı kesin değildir. Her halükarda bu talepler ve özellikle Büyük Daire önündeki yargılama için talep edilen miktar aşırı görünmektedir. Noam'ın kaçırılması olayı ulusal makamlar ve Daire tarafından ayrıntılı bir şekilde incelenmiş olduğundan, Mahkeme, Büyük Daire önündeki yargılamada ve özellikle 7 Ekim 2009 tarihli duruşmada ücretler toplamı 21,456 Euro'yu bulan beş avukatın yardımının gerekli olduğuna ikna olmamıştır.

161. Önündeki materyalleri ve içtihatlarında gelişen kriterleri dikkate alan Mahkeme, ücretler ve masrafla için başvuruçulara toplam 15,000 Euro ile kendilerine vergi olarak yüklenebilecek miktara hükmedilmesine karar vermiştir.

C. Gecikme faizi

162. Mahkeme gecikme faizi için Avrupa Merkez Bankasının en yüksek kredi faiz oranına üç puan daha eklenmesiyle bulunacak miktarın uygun olduğu kanaatindedir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Bire karşı on altı oyla, Federal Mahkemenin 16 Ağustos 2007 tarihli kararının icra edilmesinin her iki başvuru bakımından Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal edeceğine;
2. Oybirliğiyle, başvurucuların Sözleşme'nin 6. maddesine ilişkin şikayetlerini ayrı olarak incelemenin gerekli olmadığına;
3. Oybirliğiyle
 - (a) davalı devletin başvurucular birlikte, üç ay içinde, ücretler ve masraflar için, ödeme tarihinde tarihindeki kur üzerinden İsviçre Frangına çevrilecek olan 15,000 Euro ile başvuruculara vergi olarak yüklenebilecek bir miktarın;
 - (b) yukarıda belirtilen üç aylık dönemin dolmasından ödeme tarihine kadar gecikme faizi için Avrupa Merkez Bankasının en yüksek kredi faiz oranına üç puan daha eklenmesiyle bulunacak miktarın ödenmesine;
4. Başvurucuların adil karşılıkla ilgili diğer taleplerinin reddine

KARAR VERMİŞTİR.

İngilizce ve Fransızca yazılan bu karar, 6 Temmuz 2010 tarihinde Strazburg'taki İnsan Hakları Binasında açık duruşmada okunmuştur.

Vincent Berger
Hukuk Danışmanı

Jean-Paul Costa
Başkan

Sözleşme'nin 45(2). fıkrası ile Mahkeme İktüzüğünün 74(2). fıkrası gereğince, aşağıdaki ayrık görüşler bu karara eklenmiştir:

- (a) Yargıç Kalaydjieva'nın katıldığı yargıç Lorenzen'in aynı yöndeki görüşü;
- (b) Yargıç Cabral Baretto'nun farklı görüşü;
- (c) Yargıç Malinverni'nin farklı görüşü;
- (d) Yargıçlar Jočienė, Sajó ve Tsotsoria'nun birleşik farklı görüşleri;

(e) Yargıç Zupančič’in muhalif görüşü.

J.-P.C.
V.B.

YARGIÇ KALAYDJIEVA'IN KATILDIĞI YARGIÇ LORENZEN'İN FARKLI GÖRÜŞÜ

Federal Mahkemenin 16 Ağustos 2007 tarihli kararının icra edilmesi halinde Sözleşme'nin ihlal edileceğine dair çoğunlukla birlikte oy kullandım ve ayrıca ihlal tespiti için gösterilen gerekçeye kısmen katılıyorum. Ancak özellikle kararda söylenenler ile benim görüşümün farklı olduğu bir noktayla ilgili olarak kendi bazı yorumlarımı eklemek istiyorum.

Mevcut olayda Lahey Sözleşmesinin uygulanabilir olduğuna ve ayrıca başvurunun İsrail mahkemelerinden gerekli izni almaksızın çocuğunu İsviçre'ye getirdiği için bu Sözleşme anlamında “hukuka aykırı” hareket ettiğine dair çoğunluk görüşüne bütünüyle katıldığımı açıklamak isterim. Dolayısıyla bu olayı değerlendirmek için kalkış noktası, Lahey Sözleşmesinin 13. maddesindeki geri döndürmeme koşulları tam olarak bulunmadıkça, bu Sözleşmenin 12. maddesine göre çocuğun İsrail'e döndürülmesi gerektiğidir. Ayrıca Mahkeme'nin, geri döndürme halinde, bu madde anlamında çocuğun psikolojik bir zarara maruz kalacağına dair ağır bir riskin bulunup bulunmadığını inceleyen yetkili makamların yerine geçme görevi bulunmadığına dair 141. paragrafta söylenenlere de katılıyorum. Olaydaki kişilerle doğrudan temasta olmanın avantajına sahip olan ulusal mahkemeler, bu tür değerlendirmeleri yaparken daha iyi bir konumdadırlar ve kendilerine makul bir takdir alanı tanınmalıdır. Ancak, Lahey Sözleşmesinin uygulanmasının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. maddesindeki güvencelere saygı gösterip göstermediğini belirlemek de Mahkeme'nin işidir.

Mevcut olayda, ikinci başvurunun annesi yanında olmaksızın İsrail'e döndürülmesinin kendisini ağır bir psikolojik zarar riskine maruz bırakacağı tartışmalı değildir. Bu durum olaydaki bütün İsviçre mahkemeleri ve hatta çocuğun babası tarafından kabul edilmiştir. Davalı Hükümet de bu tespite katılmıştır. Dolayısıyla Mahkeme, bana göre bunu daha fazla incelemeden kanıtlanmış bir olay olarak görebilir.

Ancak Federal Mahkeme kararı, “[birinci başvurunun] çocuğu ile birlikte [İsrail'e] dönmesinin makul olduğu kabule edilmelidir” ön kabulüne dayanmıştır. Daire de aynı şekilde “annenin İsrail'e dönmesinin düşünülüp düşünülemeyeceğinin incelenmesi gerekli” olduğunu belirtmiş ve “annenin niçin İsrail'de yaşayamayacağına dair her hangi bir gerekçe ileri sürmediği” için “kendisinden bu ülkeye dönmesinin beklenmesinin makul olduğu” sonucuna varmıştır (Daire kararı, parag. 88).

Bu tespitlere katılmıyorum ve aşağıdaki gerekçelerle, çoğunluğun bu görüşlere ikna edici bir şekilde cevap vermediğini sanıyorum:

Lahey Sözleşmesi çocukların hukuka aykırı olarak ülkeden çıkarılmalarını ele almakta ve çocukların çıkarıldıkları ülkeye süratle geri döndürülmelerini sağlamak için Sözleşmeciler Devletlere bir yükümlülük getirmektedir. Bu Sözleşme, bir ebeveynin veya kaçırmadan sorumlu başka bir kimsenin de bu ülkeye geri döndürülmesi yükümlülüğünü yüklediği şeklinde yorumlanamaz. Böyle bir yükümlülük, bildiğim kadarıyla İsviçre hukukunda da yoktur. Eğer Lahey Sözleşmesi böyle yorumlanacak olursa, sırf çocuğun diğer ebeveynle kişisel ilişkisinin çocuğun yüksek menfaatine olduğu kabul edildiğinden, uzun yıllar orijin ülkesi dışında başka bir ülkede doğabilecek bütün olumsuzluklarla yaşayan bir kimsenin “kınanabileceği” gerçeği doğar. Bu bana göre, diğerleri arasında, Sözleşme’nin 8. maddesiyle güvence altına alınan özel yaşama saygı hakkına olduğu gibi, 4 No.’lu Protokolün 2. maddesi yer alan seyahat özürlüğüne de aykırı düşer (*bk. örneğin, mutatis mutandis, Riener - Bulgaristan, no. 46343/99, 23 Mayıs 2006, ve Gochev - Bulgaristan, no. 34383/03, 26 Kasım 2009*). Bu nedenle, Lahey Sözleşmesine göre alınacak bir karar için bir kimsenin bu ülkede yaşamak istememesinin uygun saiki olup olmadığına bakmak önemli değildir, ki mevcut olayda bu şekilde karar verilmiştir; ayrıca bu konularda sadece kişinin kendisi karar verebileceği için de böyle yapmayı uygunsuz buluyorum. Bu noktada, İsrail Aile Mahkemesi 27 Mart 2005 tarihli kararında “kadının bu ülke ile bağları yoktur” dediği halde (kararın 27. paragrafı), Federal Mahkeme gibi Dairenin de birinci başvurusunun İsrail’e dönmesinin beklenmesinin makul olduğunu belirtmeleri çarpıcıdır.

Bana göre birinci başvurusunun Lahey Sözleşmesi anlamında “hukuka aykırı” hareket etmiş olması, sadece bu Sözleşmeye göre çocuğun geri döndürülmesi yükümlülüğünün doğup doğmadığının karara bağlanması bakımından önemlidir. Bu noktada birinci başvurusunun, İsrail mahkemesinden çocuğun İsrail’den çıkarılması yasağının kaldırılmasını istemek gibi, karşılaştığı durumda kendisinden makul olarak beklenebilecek her şeyi yaptığı gözden kaçırılmamalıdır. Ne var ki talebi, kendisinin şahsi durumunu veya çocuğun yüksek menfaatlerini dikkate alınmadan reddedilmiştir. Birinci başvurusunun böylesi kategorik bir redde karşı tepkisi, Lahey Sözleşmesine göre “hukuka aykırı” olsa bile, anlaşılabilir bir tepkidir.

Buna rağmen, bana göre Federal Mahkemenin kararı, İsrail’de ikamet etmesi için birinci başvurucuya hukuki bir yükümlülük getirmemiştir ve getirmezdi. Bu durumda karar, birinci başvurusunun İsviçre’den ayrılmayı reddetmesi halinde kendisine karşı uygulanamaz; bu olayda karar, birinci başvurusunun çocuğa eşlik edeceği ön kabulüne dayandığı için, her şeye rağmen uygulanıp uygulanmayacağı belirsizdir. Öte yandan karar gerekçesinin bu kısmının ikinci başvurusuyla birlikte İsrail’e dönmesi için

birinci başvurucuya moral bir baskı uygulamak istediği görülmektedir. Bana göre, bütünüyle değilse bile belirli koşullarda bir mahkemenin bir kararı hukukta temeli bulunmayan bu tür ahlaki nitelikteki düşüncelere dayandırma yetkisi bulunduğu kuşkuludur. Her halükarda bu, mevcut olayda Federal Mahkemeyi, Lahey Sözleşmesinin 13. maddesine göre bir çocuğun tek başına geri döndürülemeyeceği şeklinde kaçınılmaz bir sonuca varmaktan uzaklaştırma gibi talihsiz bir sonuca götürmüştür. Federal Mahkemenin Lahey Sözleşmesinin bu maddesini dolanmak için kasten bu gerekçeye dayandığını söylemek istemiyorum. Tam tersine, durumun böyle olmadığına ve Lahey Sözleşmesindeki yükümlülükler uyulmasını sağlamak üzere iyi niyetlerle karar verildiğine ikna oldum. Ancak bana göre sonuç, 13. maddenin gereği gibi değerlendirilmemesi ve daha sonra başvuruçuların durumundaki gelişmeler ne olursa olsun Federal Mahkemenin 16 Ağustos 2007 tarihli kararının icra edilmesi halinde, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesinin ihlal edilecek olması olmuştur.

Ayrık görüşümün ardındaki niyetin yanlış anlaşılması için, şu birkaç sözü de eklemek isterim. Çocuk kaçırmayla mücadele konusunda çok önemli bir uluslararası belge olan Lahey Sözleşmesi üzerine kuşku çektiğim şeklinde anlaşılmalıdır. Bu Sözleşmenin Mahkemenin bu güne kadarki içtihatlarında uygulanma biçimini sorgulama niyetimde de yoktu. Fakat bana göre bu dava, birinci başvuruçunun ikamet ettiği ülke neresi olursa olsun, ikinci başvuruçunun annesiyle birlikte kalmasının açıkça kendisinin yüksek menfaatine olduğu konusunda bir tartışma bulunmaması açısından özgün bir davadır. Mahkeme'nin önünde, benzer koşullarda bir çocuğun geri döndürülmesine karar verilmiş olan başka bir dava hatırlamıyorum. Bu nedenle, bu özel olayda ikinci başvuruçunun geri döndürülmesini reddetmek, Lahey Sözleşmesinin normal uygulanmasını zayıflatmayacaktır.

YARGIÇ CABRAL BARRETO’NUN FARKLI GÖRÜŞÜ

(Çeviri)

İkinci başvurunun İsrail’e geri gönderilmesi kararını icra edilmesi halinde Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edileceğine dair tespitine katılmakla birlikte, aşağıdaki sözleri eklemek istiyorum.

1. İkinci başvurunun geri döndürülmesi, kendisinin özel durumu dikkate alınmadan, İsviçre Federal Mahkemesi veya İsviçre Hükümeti tarafından savunulmamıştır.

Federal Mahkeme, ikinci başvurunun annesiyle birlikte geri döneceğini kabul etmiş ve bunu *sine qua non* bir şart olarak görmüştür: “[annenin İsrail’e vardığı zaman tutulma riskinin] kanıtlandığı düşünülecek olursa, anneden çocukla birlikte dönmesi beklenemez ve bu durum çocuğun annesinden ayrı kalmasının sebep olacağı ağır psikolojik zarar nedeniyle [çocuğun] dönmesi ihtimalini ortadan kaldırır” (bk. parag. 44).

Hükümet de şöyle şunu ileri sürmüştür: “geri dönüşü icra etmekle yetkili makamlar, başvuru sahiplerinin haklarının ihlal edilmeyeceği dönüş koşullarını inceleme hakkına ve ödevine sahiptirler” (bk. parag. 129).

2. Karar, anne aleyhine ceza davası açılması ve daha sonra hapsedilmesi riskine büyük önem vermektedir (bk. parag.150).

Herkes gibi, bu riskin dönüşün düşünülmesini imkansız kıldığını kabul ediyorum.

Dolayısıyla risk ortadan kaldırılmalıdır. Eğer İsrail makamları, İsviçre makamlarına ve anneye, kendisinin aleyhinde çocuk kaçırma nedeniyle ceza davası açılmayacağına ilişkin güvenilir güvenceler vermiş olsalardı, bu riskin bertaraf edilmesinin mümkün olduğuna inanıyorum.

3. Ancak, bunu da yeterli görmüyorum.

Bana göre, çocuğun ve annesinin İsrail’e geri dönmeleri ve burada yerleşmeleri için, kendilerinin esenliğine yardım eden sakin bir atmosferin bulunması gerekir.

Dolayısıyla, çocuk ve annesi için uygun bir kalma yeri ve anneye uygun bir iş gibi, birkaç koşulun yerine getirilmesi gerekirdi.

Ayrıca anne, ebeveynlik yetkilerinin ve babanın kişisel ilişki hakkının yeniden incelenmesi için annenin dava açabilme imkanına sahip olmalıdır.

4. Son olarak, bulunduğu ülkedeki durumu yolsuz olan çocuğun doğduğu ve köklerinin bulunduğu ülke olan İsrail'e döndürülmemesinin, kendisinin geleceği üzerinde olumsuz sonuçları olabileceğinden kaygılıyım.

5. Sözünü ettiğim veya göz ardı ettiğim bütün bu uyarılar çerçevesinde, başvurucunun geri döndürülmesinin Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal etmediğini kabulü hazırım.

6. “Hukuka aykırı” bir durumun “hukuka uygun” hale gelmesi için zamanın geçmesinin yeterli olduğunu kabul edemiyorum.

Birinci başvurucunun tutumunu kabul etmek istemiyorum ve belirli bir ölçüye kadar, kaçırma aleyhinde bir dava olsa da zamanın geçmesiyle ayakta kalan çocuk kaçırma olaylarını haklı görmüyorum.

25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönleri Hakkında Lahey Sözleşmesinin kağıt üzerinde kalması sonucunu doğuracak davranışların kabul edilmesi olarak görülebilecek her şeye karşıyım.

YARGIÇ MALINVERNİ’NİN FARKLI GÖRÜŞÜ

(Çeviri)

8 Ocak 2009 tarihinde Daire yargıçlarının çoğunluğuyla birlikte, Noam’ın İsrail’e geri döndürülmesinin Sözleşme’nin 8. maddesini ihlal etmediği sonucuna vardım. Şimdi ise yine çoğunlukla birlikte, ikinci başvurucunun İsrail’e döndürülmesi kararı icra edilecek olursa, her iki başvuru bakımından bu maddenin ihlal edileceğini kabul ediyorum.

Şimdi bu davayı neden farklı bir açıdan görmeye başladığıma ve önceki görüşümden ayrıldığıma ilişkin bazı açıklamalarda bulunmak zorundayım. Bu gerekçeler, hemen hepsi Daire kararının verilmesinden sonra ortaya çıkan bir kaç faktörle ilgilidir.

1. Lahey Sözleşmesinin amacı, çocuğu kaçıran ebeveynin tek taraflı oluşturduğu hukuka aykırı durumun, zamanın kendisi lehine işlemesiyle meşrulaşmasının sağlanmasını önlemektir. Ancak bir kaçırmanın süresi uzadığı ölçüde, çocuğun geri döndürülmesi talebinin daha güç hale geldiği, çünkü kaçırmayla oluşan durumun zamanın geçmesiyle sağlamlaştığı kabul edilmelidir.

Mahkeme’nin yakın tarihli bir kararında dediği gibi, "bu tür bir davada tedbirin yeterliliği, tedbirin uygulanmasındaki süratle değerlendirilmelidir. Kaçırılan çocuğun geri döndürülmesiyle ilgili bir dava ... acil olarak görülmelidir, çünkü zamanın geçmesi çocuk ile kendisinin birlikte yaşamadığı ebeveyni arasındaki ilişkiler üzerinde telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabilir¹.

Bir başka deyişle, bir kez Lahey Sözleşmesinin uygulanması için gerekli koşullar bulunduğunda, artık mesele, hukuka aykırı olarak meydana getirilmiş *de facto* durumları hukukileştirmekten kaçınmak için mümkün olduğu kadar kısa süre içinde statükonun iadesi meselesidir.

Bu bağlamda Lahey Sözleşmesinin 11. maddesinde, çocukların geri döndürülmeleriyle ilgili işlemlerde yetkili idari veya yargısal makamların süratle hareket etmelerini gerektirmekte ve altı hafta hareketsiz kalmaları halinde bunun gerekçelerine ilişkin bir açıklama talebini doğurmaktadır.

Lahey Sözleşmesinin 12. maddesi, bir çocuk ülkeden çıkarılmış ve ülkeden çıkarma tarihinin üzerinden bir yıldan daha kısa bir süre geçmiş ise,

¹ *Macready - Çek Cumhuriyeti*, no. 4824/06 ve 15512/08, 22 Nisan 2010 (mevcut kararın kabul edildiği tarihte henüz kesinleşmemiştir).

ilgili makam çocuğun hemen geri döndürülmesine karar vermek zorundadır (birinci fıkra). Eğer ülkeden çıkarma tarihinin üzerinden bir yıldan fazla bir süre geçmiş ise, çocuğun yeni çevresine intibak ettiği gösterilmedikçe, ilgili makam yine çocuğun geri döndürülmesine karar vermek zorundadır (ikinci fıkra).

Noam 10 Haziran 2003 tarihinde doğmuştur. Noam 24 Haziran 2005 tarihinde, yani ikinci yaşgününden bir kaç gün sonra İsviçre'ye varmıştır. İsrail Merkezi Makamı 21 Mayıs 2006 tarihine kadar çocuğun yerini tespit edememiştir. Yeri tespit edildikten bir gün sonra, İsrail Adalet Bakanlığı, çocuğun geri gönderilmesi için Bern'deki Federal Adalet Bürosuna bir talep göndermiştir.

İsviçre'deki muhakeme, Noam'ın babasının çocuğun geri döndürülmesini sağlamak için Lozan Sulh Mahkemesine başvurması üzerine 8 Haziran 2006 tarihinde başlamıştır. Bu muhakeme, Federal Mahkeme tarafından 16 Ağustos 2007 tarihinde verilen ve başvurucunun avukatına 21 Eylül 2007 tarihinde tebliğ edilen kararla sona ermiştir. Bu kararda yüksek mahkeme, Eylül 2007 sonundan önce, Noam'ın annesinin çocuğun İsrail'e dönmesi için gerekli ayarlamaları yapmasına hükmetmiştir.

Çocuk bu tarihte yaklaşık dört yıl üç aylıktır. Çocuk yaklaşık iki yıl İsviçre'de ve hemen hemen bir o kadar süreyi de İsrail'de geçirmiştir.

Daire kararını 8 Ocak 2009 tarihinde vermiş, Büyük Dairenin kararı da 2 Haziran 2010 tarihinde verilmiştir.

Noam şimdi yedi yaşındadır. Yaşamının iki yılını İsrail'de ve beş yılını İsviçre'de geçirmiştir.

Bu kadar uzun bir zaman geçtikten sonra, artık statükonun iadesini düşünmenin mümkün olmadığı görüşündeyim.

2. Daire, anneden oğluyla birlikte İsrail'e geri dönmesinin istenebileceğini kabul etmiştir. Anne altı yıl burada yaşamış ve kendisinin burada hala sosyal bağlarının bulunduğu düşünülemez. Daire, annenin İsrail'e geri dönmesi halinde hapis cezasına mahkum edilme riski konusunda İsrail makamları tarafından verilen güvenceye dayanmıştır. Ancak bu yetkililerin cezai yaptırım uygulamaktan feragat etmelerinin birinci başvurucunun tutumuyla ilgili bazı koşullara bağlı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla İsrail Merkezi Makamının 30 Nisan 2007 tarihli yazısının, birinci başvurucunun cezai yaptırımla karşılaşmayacağına dair sağlam güvenceler içerdiğini kabul etmek mümkün değildir. Anne aleyhine

ceza davası açılması ve daha sonra mahkum edilmesi halinde, çocuğa kimin bakacağına dair bir mesele de olacaktır.

3. Daire, Noam'ın İsviçre'ye götürülmesinin hukuka aykırı olduğu, çünkü bababının anneye birlikte velayet hakkına sahip olduğu ve bu hakkın İsrail hukukunda çocuğun ikamet yerini belirleme hakkını da içerdiği görüşündedir (bk. Lahey Sözleşmesi madde 5). Dolayısıyla anne, tek başına çocuğun nerede yaşayacağına karar verme hakkına sahip değildir. Ayrıca bu ülkeden çıkarma, babaya tanınan kişisel ilişki hakkını paratikte kağıt üzerinde bırakmıştır. Noam'ın İsrail'e geri döndürülmesinin amacı, babasını bilmesini ve onunla ilişki kurmasını sağlamaktır.

Daire, bir çocuk psikiyatru olan Dr. B.'nin raporuna belirli bir ağırlık vermiştir. Dr. B.'ye göre Noam'ın özellikle babasından hangi koşullarda ayrıldığını öğrendikten sonra, gelişme çağında bir baba figürünün bulunmamasından etkileneceğine dair önemli bir risk bulunmaktadır.

Ancak, Daire kararından sonra verilmiş olan ve mevcut olayda en yakın tarihli ulusal mahkeme kararı olup tarafların itiraz etmediği görülen 29 Haziran 2009 tarihli karardan anlaşılmaktadır ki, babanın ikamet yeri bilinmemektedir, oğlu İsviçre'de yaşamaya başladığından bu yana oğlunu görmek istememiştir ve artık bu olayla ilgisini kaybetmiştir. Ayrıca başvuruçular babanın 1 Kasım 2005 tarihinde yeniden evlendiğini fakat bu yeni karısı hamileyken sadece bir kaç ay sonra ondan boşandığını iddia etmişler, Hükümet de buna karşı çıkmamıştır. Başvuruçulara göre baba daha sonra üçüncü kez evlenmiş ve 2008 yılında kızının nafakasını ödemekte gecikmesi nedeniyle ikinci karısı tarafından aleyhinde dava açılmıştır.

4. Son olarak, bir başka neden, Federal Mahkemenin ve Dairenin kararlarından sonra 1 Temmuz 2009 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası Çocuk Kaçırma Hakkında Federal Yasa, görüşümü gözden geçirmeme yol açtı. Bu Yasanın 5. maddesi, Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin (b) bendinde öngörülen istisnayı, bu hükmün uygulanmasıyla görevli İsviçre makamlarına çıkardığı yorum güçlüğü nedeniyle kristalize etmek istemektedir.

"Çocuğun menfaati ve geri gönderme" başlıklı bu madde, aşağıdaki koşulların bulunması halinde, Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin (b) bendi anlamında çocuğun katlanılmaz bir duruma sokulduğu öngörmektedir:

(a) İlk olarak, çocuğun başvuruda bulunan ebeveynin yanına yerleştirilmesinin açıkça çocuğun yüksek menfaatine uygun olmaması durumu. Karardaki bazı pasajlardan ortaya çıktığı üzere Noam'ın babasının kişiliği nedeniyle, bana göre bu koşul mevcut olayda yerine gelmiştir. Ayrıca, kendisinin geçmişteki tutumu ve sınırlı mali kaynağının bulunması nedeniyle, babanın çocuğa bakma kapasitesi kuşkuludur. Baba çocukla hiç bir zaman birlikte yaşamamış ve oğlu İsrail'den ayrıldıktan sonra kendisini görmemiştir.

(b) İkinci olarak, çocuğu kaçıran ebeveynin, olayın şartları içinde, kaçırma sırasında çocuğun mutlak ikametinin bulunduğu devlette çocuğa bakabilecek hali olmaması veya açıkça kendisinden bunun istenememesi durumu. Bu koşul da bana göre yerine gelmiş görünmektedir. Mahkeme'nin de doğru olarak gözlemlediği gibi, annenin İsrail'e dönmeyi reddetmesi bütünüyle haksız görünmemektedir. İsviçre vatandaşlığına sahip olan anne, İsviçre'de kalma hakkına sahiptir. Annenin İsrail'e geri dönmeyi kabul ettiği düşünülecek olsa bile, hapsedilmesi halinde çocuğa kimin bakacağı bir mesele olarak durmaktadır (kararın 150. paragrafı).

Sonuç olarak, bu nedenle zaman geçmesi, Noam'un babasının gerçek kişiliğinin de keşfedilmesiyle bağlantılı olarak, beni bu davadaki meseleleri farklı değerlendirmeye ve çocuğun İsrail'e geri döndürülmesinin kendisinin menfaatine olmayacağı sonucuna varmaya götürdü.

YARGIÇLAR JOČIENĚ, SAJÓ VE TSOTSORIA’NIN BİRLEŞİK FARKLI GÖRÜŞLERİ

1. İsviçre Federal Mahkemesinin 16 Ağustos 2007 tarihli kararının icra edilmesi halinde Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edileceğine tespit ederken, çoğunlukla birlikte oy kullandık.

Bununla birlikte, başka bir koşul getirmeden annenin çocuğun İsrail’e dönüşünü sağlamasına hükmeden Federal Mahkeme kararının uygulanması şeklindeki böyle bir dönüşün de Sözleşme’nin 8. maddesini ihlal edeceğini, Federal Mahkemenin Lahey Sözleşmesini uygularken başvuruçuların Sözleşme’nin 8. maddesindeki haklarını gereği gibi dikkate almadığını düşünüyoruz.

2. Birinci başvuruçunun çocuğunu İsrail mahkemesinin izni olmaksızın kaçırarak İsviçre’ye getirmek suretiyle Lahey Sözleşmesi anlamında "hukuka aykırı" hareket ettiğinden, bu Sözleşmenin mevcut olayda uygulanabilir olduğu sonucu çıkmaktadır.

3. Mahkeme işi, yetkilerini kullanan ulusal makamların yerine geçmek değildir (*bk. diğer kararlar arasında, Hokkanen - Finlandiya, 23 Eylül 1994, §55, Seri A no. 299-A, ve Kutzner – Almanya, no. 46544/99, §65, ECHR 2002-I*). Öte yandan Mahkeme’nin, ulusal mahkemelerin Lahey Sözleşmesini yorumlayıp uygularken İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin güvencelerini ve özellikle 8. maddedeki güvenceleri koruyup korumadığını belirlemeye yetkili olduğuna dair çoğunluğun görüşüne duygusal olarak katılıyoruz (bk. kararın 133. paragrafı). Dolayısıyla mevcut davadaki mesele, İsviçre Federal Mahkemesinin ikinci başvuruçunun İsrail’e geri döndürülmesi karar verirken her iki başvuruçunun bakımından Sözleşme’nin 8. maddesindeki güvenceleri koruyup korumadığı meselesidir.

4. Lahey Sözleşmesinin 13. maddesini uygulayan Federal Mahkeme, “Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinde öngörülen istisnaların *dar* yorumlanması gerektiği; çocuğu kaçırarak ebeveynin bu hukuka aykırı tutumundan avantaj sağlayamayacağı ... ebeveynlerin çocuk yetiştirme kapasiteleriyle ilgili sebepler *hariç tutularak, sadece ağır risklerin* dikkate alınabileceği” görüşündedir (44. paragrafta yapılan alıntı, vurgular eklenmiştir). Ancak Federal Mahkeme, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8. maddesindeki güvenceleri korumakla yükümlüdür (bk. 133. paragraf). Riskin ağırlığı, Sözleşme’nin ışığında ve Sözleşme’yle ahenkli bir biçimde anlaşılmalıdır. Bir kimsenin hukuka aykırı tutumundan avantaj sağlayamamasındaki kamu yararı, diğer haklara dayanan düşünceleri, özellikle çocuğun yüksek menfaatlerini engelleyemez. Lahey Sözleşmesinin bizzat kendisi, 13. maddesinde böyle bir dengeli yaklaşıma imkan vermektedir.

Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin uygulanması sırasında uygun yaklaşım, 8. maddenin korunan hakların dengeli bir şekilde ele alınmasıdır; bu bağlamda uygun dengenin ancak çocuğun yüksek menfaatlerinin üstün tutulması halinde kurulabileceği akılda tutulmalıdır. Örneğin, bir ulusal makam, çocuğu hukuka aykırı olarak ülkeden çıkarma veya alıkoymanın zararlı sonuçlarını gidermesi gerektiğinde, çocuğu geri göndermenin sonuçlarını da dikkate almak zorundadır; bir başka deyişle ulusal makam, Lahey Sözleşmesini geleceğe yönelik bir tarzda uygulamalıdır. Ağır riskleri dar anlamak, dengeli bir değerlendirme yapmayı engelleyebilir. Dahası, Lahey Sözleşmesinin 13. maddesi uygulanmak, bu maddenin çocuğun geri döndürülmesinden kaynaklanan “katlanılmaz durumların” bertaraf edilmesini özellikle isteyen (b) bendinin kapsamlı bir analizini gerektirir.

Yukarıda sözü edilen dar yorumun bir sonucu olarak, Federal Mahkemenin Sözleşme’deki diğer haklarla birlikte, 8. madde tarafından korunan hak ve menfaatlere (özellikle özerk bir şahıs olarak bayan Neulinger’in onuruna) gerektiği gibi ağırlık vermediğini tespit ediyoruz.

5. Federal Mahkeme, Vaud Kanton Mahkemesi tarafından istenen ve kabul edilen Dr. B.’nin uzman görüşünü reddederken makul gerekçeler göstermemiştir. Bu görüşe göre, çocuğun annesiyle *birlikte* İsrail’e geri döndürülmesi çocuğu psikolojik zarar riskine maruz bırakacak olup, geri dönüşün koşulları ve özellikle anneyi bekleyen koşullar ile koşulların çocuk üzerindeki yansımalarını belirlenmeden, söz konusu zararın yoğunluğu değerlendirilemez (bk. parag. 37). Federal Mahkeme ayrıca, babanın sahip olduğu kişisel ilişki hakkının kısıtlılığının ve içinde bulunduğu potansiyel mali sıkıntıların yaratacağı sonuçları da dikkate almamıştır. Tabii ki, durum özgün bir niteliğe sahip olduğundan, değişik faktörlerin ağırlığı (örneğin kaçırmayı caydırma bakımından kamu düzeninin ağırlığı), “sıradan” çocuk yerleştirme olaylarına uygulananlardan farklıdır. Olaydaki kişilerle *doğrudan temasta* bulunmanın avantajına sahip ulusal mahkemeler, bu tür değerlendirmelerde bulunurken daha iyi konumdadırlar ve kendilerine makul bir takdir alanı tanınmalıdır.

6. Büyük Daire kararında, Sözleşme’nin 8. maddesine uyulup uyulmadığını değerlendirmek için *bugün* konuyla ilgili gördüğü birkaç unsur belirlemiştir. Çoğunluğun yaklaşımı, Sözleşme’nin 8. maddesinin, Lahey Sözleşmesinin uygulanması sırasında çocuğun yüksek menfaatlerine yarayan geleceğe yönelik bir yaklaşımı gerektirdiğine işaret etmektedir.

Bu unsurların büyük çoğunluğunun 16 Ağustos 2007 tarihinde de geçerli olduklarını tespit ediyoruz. Mahkeme özellikle yeni çevreye intibak (bk. parag. 145) ve iki yılını İsviçre’de geçirmiş olup yeni çevresine uyum sağlamış olan çocuğun ve annenin gönderilecekleri ülkede muhtemelen karşılaşacakları güçlüklerin ağırlığına dayanmıştır (bk. para. 146). Bu durum ulusal düzeydeki yargılamada gösterilmiştir. Mahkeme, 2006 yılında

ana okuluna gitmesinden söz ettiği sırada da durumun böyle olduğunu tespit etmektedir. Ne var ki bu faktör, Federal Mahkeme tarafından göz ardı edilmiştir. Mahkeme ayrıca, İsrail'e geri döndürülmesi halinde çocuğun esenliğine karşı risklerin değerlendirilmesi sırasında, 2007 yılı öncesinde babanın kişisel ilişki hakkı üzerinde bulunan kısıtlamaların da ilgili olduğunu tespit etmektedir (bk. parag. 22 ve 24). Tekrarlamak gerekirse, bu faktörlerin ele alınmasını, Federal Mahkemenin Lahey Sözleşmesini isteyerek dar yorumlaması engellemiştir. Son olarak çoğunluğun görüşüne göre, annenin geri dönmesi halinde karşılaşılabileceği ceza yaptırımlar da çocuğun esenliğiyle ilgili risklerdir. Annenin çocukla ilişkisi bulunan tek kişi olduğu düşünülecek olursa, Mahkeme böyle bir riski 2010 yılında kabul edilemez bir risk olarak görmüştür. Ama olaylar ve bunlardan doğan riskler, 2007 yılında da aynıydı.

7. Federal Mahkeme, çocuğun annesi olmadan geri döndürülmesinin çocuk için büyük bir risk oluşturacağını, fakat İsrail'e dönüşte anneden çocuğuna eşlik etmesinin beklenmesinin makul olduğunu ve böylece yukarıdaki riskin mevcut olmadığını kabul etmiştir.

Federal Mahkemeye göre anne, geri dönmeme tercihini haklı kılacak objektif gerekçeler sunmamıştır. Federal Mahkeme özellikle, annenin İsrail'de kovuşturulma ihtimalinin objektif bir gerekçe oluşturmadığını, çünkü bu ihtimalin, Lahey Sözleşmesinin 13. maddesi dar yorumu gereğince yerine getirilmesi gerekli olan ispatı yerine getirmediğini belirtmiştir. Federal Mahkemenin gerekçesi, objektif gerekçeleri bulunmayan annenin çocuğuyla birlikte geri dönme ödevi bulunduğunu ima etmektedir. Ancak, bir kimsenin çocuğuna bakma şeklindeki tartışmasız hukuksal yükümlülüğü, çocuğa bakan kimsenin Sözleşme'deki hakları tümüyle göz ardı edilerek *her hangi bir* ikamet yerinde yerine getirilecek şartsız bir ödev değildir. Federal Mahkemenin karar gerekçesinde, çocuğa annenin eşlik etmeyebileceği ihtimali ve bundan doğabilecek riski göz ardı etmiştir. Annenin çocuğu izlemek zorunda olduğu şeklindeki esaslı varsayım, annenin Sözleşme'nin 8. maddesindeki haklarının, seyahat özgürlüğünün ve kişisel özerkliğinin göz ardı edildiğine işaret etmektedir. Bu noktada, yargıç Kalaydjieva'nın katıldığı yargıç Lorenzen'in aynı yöndeki görüşüne tam olarak katılıyoruz.

8. Federal Mahkemenin Lahey Sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle uyulması için iyi niyetle karar verdiğini söyleyen yargıçlara katılıyoruz. Ne var ki bize göre sonuç, Lahey Sözleşmesinin 13. maddesinin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ışığında gereği gibi değerlendirilmemesi olmuş ve Federal Mahkemenin 16 Ağustos 2007 tarihli kararı, daha sonra başvuruçuların durumda gelişmeler ne olursa olsun, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. maddesini ihlal etmiştir.

YARGIÇ ZUPANČIČ'İN MUHALİF GÖRÜŞÜ

1. Sözleşme'nin 8. maddesinin şarta bağlı olarak ihlal edildiğinin tespit edilmesi, bir başka deyişle, Federal Mahkemenin 16 Ağustos 2007 tarihli kararının icra edilmesi halinde bu maddenin ihlal *edilecek* olması aleyhine oy kullandım. Bana göre iki nedenle Sözleşme'nin 8. maddesi zaten ihlal edilmiştir.

2. Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesine göre eğer bu Mahkeme bir geçici tedbir kararı vermemiş olsaydı, ihlalin tam olarak somutlaşacağı, yani İsviçre mahkemelerinin kararının icra edileceği açıktır.

3. Bu ve bunun gibi birkaç anlamda, ihlal İsviçre'de tamamlanmıştır.

4. Bu Mahkeme hiçbir zaman, nihai kararın sırf icrasının potansiyel ihlal oluşturduğunu söylememiştir (ancak tersi, icra edilmemesi bakımından doğrudur).

5. Bu Mahkeme tarafından bir ihlal tespit edilmiş ise, bu ihlal ulusal düzeydeki bir nihai karara gönderme yapar, o kararın icra edilmesine değil.

6. Daha pratik olarak, çoğunluk tarafından tespit edilen varsayımsal ihlal, başvuruçuların şimdi ulusal mahkemeler önünde davanın yeniden görülmesini önlemektedir. Dahası, bu gelişmenin takdire değer öncüsü olan İsviçre hukukuna göre, nihai bir hükmün icrasıyla ilgili hipotetik bir karar değil, ama bu Mahkeme tarafından tespit edilen bir ihlal ancak bir ulusal mahkeme önünde davanın yeniden açılmasını gerektirir.

7. Açıktır ki, bu şekilde davanın yeniden açılması, İsviçre mahkemelerinin İnsan Hakları Mahkemesi kararının sadece hüküm fıkralarını değil, ama gerekçesini de izlemesini gerektirecektir.

8. Eğer durum böyle değilse, ki bu da açıklığa kavuşmuştu, başvuruçular yeniden İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önüne gelebilirler ve ulusal kararın Mahkeme'nin kararıyla aynı çizgiye getirilmesini talep edebilirler.

9. İki gerekçeden ikincisi sadece pragmatik değildir. Bu gerekçe İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının aslında ulusal mahkemeleri ne kadar bağladığı şeklinde önemli bir sorun da doğurmaktadır.

10. Fakat tabii ki belirleyici olan birinci gerekçedir, çünkü bu gerekçe, bu Mahkeme için bir ihlal olup olmamasının (*vel non*), nihai bir ulusal kararın icra edilip edilmemesine (*vel non*) dayanabilir; dahası mevcut

olayda kararın icrası, İçtüzüğü'nün 39. maddesine göre sadece bir geçici tedbir vermiş olmamız nedeniyle askıya alınmıştır.

11. Ancak çoğunluğun kararına esas itirazım, *Maumousseau ve Washington – Fransa* (no. 39388/05, ECHR 2007-XIII) davasına dayanılmış olmasından kaynaklanmaktadır.

12. Benzer davalarda benzer şekilde karar verilmelidir. *Maumousseau ve Washington* davasında annenin ABD'ye dönmesi halinde, 25,000 dolar depozit yaptırmayı ve çocuğunu adliyede bir gardiyanın gözetiminde sadece yarım saat görecektir olması gibi New York ilk derece aile mahkemesi yargıcının koyduğu ağır şartlarla birlikte, sınırda gözetim dahil olmak üzere daha riskin ağır olması dışında, her iki davadaki olayların benzerliği açıktır.

13. Mevcut davayla karşılaştırılacak olursa, *Maumousseau ve Washington* davasındaki durum çok daha ağırdır.

14. Bu nedenle, *Neulinger ve Shuruk – İsviçre* davasının açıkça III. Dairenin *Maumousseau ve Washington – Fransa* davasını değiştirdiği açıktır.

15. Bunu kanıtlamak çok kolaydır. Mevcut davadaki davalı İsviçre Hükümeti dümdüz III. Dairenin *Maumousseau ve Washington* kararına dayanmıştır (bk. kararın 119. paragrafı).

16. *Maumousseau ve Washington* davasında Daire çoğunluğu, Lahey Sözleşmesinin amacının, “kaçıran ebeveyni” tek başına yarattığı *de facto* durumun (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), kendisi lehine işleyen zamanın geçmesiyle meşrulaşmasının sağlanmasını önlemek olduğunu söylemiştir (benim karşı oyuma da bir bakın). Bu Daire, zamanın geçişiyle ve babayla ilgili diğer faktörlerle belirsizleşen çocuğun yüksek menfaatlerini göz ardı etmeyi seçmiştir.

17. İsviçre Hükümetinin *Maumousseau ve Washington* kararına dayanması, *stare decisis* bakımından kaçınılmaz olarak mantıksaldır.

18. İsviçre Hükümeti, *Maumousseau ve Washington* davasındaki durumla karşılaştırıldığında, *Neulinger ve Shuruk* davasındaki durumun anne ve çocuk için çok daha az dezavantajlı olduğunu kabul edebilir. O davada çocuk en sonunda annenin ellerinden kapıp götürülmüş ve bu kız çocuğuyla hiçbir arada yaşamamış olan New York'taki babaya verilmiştir.

19. Bu kadar söylemek yeterli, çünkü görüşümü o davada açıklamıştım, İsviçre makamlarının *Maumousseau ve Washington* kararına bir *stare*

decisis olarak dayanmaları, Mahkeme'nin *Neulinger ve Shuruk* davasında çocuğun İsrail'e geri gönderilmesi halinde tabii ki ihlal bulunmayacağına inanmak için her türlü neden vardı.

20. Nedeni anlaşılamaz bir şekilde Büyük Daire'deki kurul, *Maumousseau ve Washington* davasının Büyük Daire önüne getirilmesi talebini reddetmişti.

21. Bununla birlikte *Maumousseau ve Washington* davasında yanlış karar verilmiş olması artık aşılmış bir mesele olup, Mahkeme burada hipotetik nitelikte bir ihlal bulmuş olmasına rağmen, daha doğru bir karar vermiştir.

22. Buradan zorunlu olarak, *Neulinger ve Shuruk* kararı, *Maumousseau ve Washington* kararındaki görüşün ve “mantığı”nın tamamen değiştirildiği sonucu çıkmaktadır.

23. *Maumousseau ve Washington* kararından, sadece uygun değil ama sanki gerçekten *Neulinger ve Shuruk* davasını destekliyormuş gibi alıntı yapmak, biraz tuhaftır.