

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK (MEDENİ USUL VE İCRA-İFLAS HUKUKU)

ANABİLİM DALI

**ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN
İLAMLARIN İCRASI**

Yüksek Lisans Tezi

Çağrı MARDİN

Ankara-2018

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK (MEDENİ USUL VE İCRA-İFLAS HUKUKU)

ANABİLİM DALI

ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN

İLAMLARIN İCRASI

Yüksek Lisans Tezi

Çağrı MARDİN

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Emel HANAĞASI

Ankara-2018

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK (MEDENİ USUL VE İCRA-İFLAS HUKUKU)

ANABİLİM DALI

Çağrı MARDİN

ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KILIŞKIN İLAMLARIN
İCRASI

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Emel HANAĞASI

Tez Jürisi Üyeleri

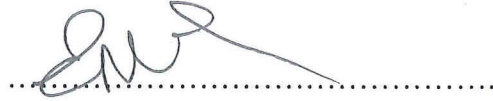
Adı ve Soyadı

İmzası

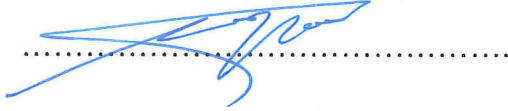
Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ



Doç. Dr. Emel Hanağası



Doç. Dr. Mustafa Gökse



Tez Sınavı Tarihi: 25.01.2018

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Doç. Dr. Emel Hanağası danışmanlığında hazırladığım “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası” adlı yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 25.01.2018

Adı-Soyadı ve İmza


Çagrı MARDİN

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR CETVELİ.....	viii
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	4
ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASININ KAVRAMSAL TEMELLERİ.....	4
I. TEMEL KAVRAMLAR	4
A. Çocuk Kavramı.....	4
B. Çocuğun Üstün Yararının Korunması İlkesi	9
1. İlkenin Pozitif Dayanakları.....	11
2. Çocuğun Üstün Yararı Kavramının Anlamı.....	13
3. Çocuğun Üstün Yararının Tespit Edilmesi.....	15
II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI	24
A. İngiltere.....	24
B. İsveç.....	26
C. Fransa	28
D. Almanya	28
E. Avustralya.....	31
III. MAĞDUR HAKLARI KANUNU TASARISI ÇERÇEVESİNDE ÖNGÖRÜLEN YENİ MODEL	32
IV.ÇOCUK TESLİMİNE İLİŞKİN İLAMLARIN KAYNAKLARI.....	36
A. Velayet.....	37
1. Velayetin Kullanılması	44
2. Velayet Düzenlemesi İçeren İlamlar	46
a) Boşanma.....	46
b) Evliliğin Butlanı.....	53
c) Ayrılık	54

d) Anne ve Babanın Evli Olmaması.....	54
3. Velayetin Kaldırılması.....	58
B. Evlat Edinme	62
1. Evlat Edinmenin Sonuçları.....	64
2. Evlat Edinme İlişkisinin Kaldırılması	66
C. Vesayet	68
1. Çocuğun Vesayet Altına Alınması	69
2. Vesayet ve Vasilik Sıfatının Sona Ermesi.....	70
D. Tenfizine Karar Verilen Yabancı Mahkeme İlamı.....	71
V. ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN İLAMLARIN KAYNAKLARI.....	78
A. Kişisel İlişki Kavramı.....	79
B. Kişisel İlişki Düzenlemesi İçeren İlamların Kaynakları.....	92
1. Boşanma, Evliliğin İptali ve Ayrılık Davaları.....	92
2. Velayetin Değiştirilmesi ve Kaldırılması Talepleri.....	93
3. Çocuğun Evlat Edinilmesi	94
4. Anne ve Babanın Evli Olmaması	95
5. Tenfizine Karar Verilen Yabancı Mahkeme İlamı.....	96
VI. ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN GEÇİCİ HUKUKİ HİMAYE KARARLARININ İCRASI.....	97
A. Boşanma Davası Sırasında Alınan Önlemler	98
B. Birlikte Yaşama Ara Verilmesi	101
C. Çocuğun Korunması İçin Alınabilecek Geçici Önlemler ve Çocuğun Yerleştirilmesi	103
D. Geçici Önlem Olarak Çocukla Kişisel İlişki Kurulması	107

İKİNCİ BÖLÜM	110
ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN İLAMLARIN İCRA EDİLME USULÜ	110
I. ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN İLAMLARIN İCRASINA İLİŞKİN GENEL ÖZELLİKLER	110
A. Karar Bakımından Genel Özellikler	112
1. Tevdi Edilen Kararın İlam Olması	112
2. Kararın Kesinleşmesi Zorunluluğu.....	115
3. Kararın Zamanaşımına Uğramaması	119
4. Kararın Şüpheyi Yer Vermemesi.....	121
5. Kararın Şarta Bağlı Olmaması.....	128
B. İlamlı İcra Başvuru Bakımından Genel Özellikler	130
1. Takibin Tarafları.....	130
2. Takip Talebi.....	132
3. Yetkili İcra Dairesi	135
4. Harç ve Giderler	136
II. ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN İLAMLARIN İCRA EDİLME USULÜ	139
A. İcra Emri ve Tebliği.....	139
B. İcra Emrinin Gereğinin Yerine Getirilmesi	147
C. İcra Müdürünün Zor Kullanma Yetkisi	149
D. Takip Giderleri	154
III. YURT DIŞINA VEYA TÜRKİYE'YE KAÇIRILMIŞ ÇOCUĞUN TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI	158
IV.UZMAN BULUNDURMA ZORUNLULUĞU	168
A. Uzman Olarak Bulunabilecek Kişiler.....	169
B. Uzmanın Atanması	172
C. Uzmanın Görevleri	174

V. ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN İLAMLARIN İCRASINDA ÖNGÖRÜLEN CEZAI YAPTIRIMLAR..... 181

A. İCRA VE İFLÂS KANUNU’NUN 341. MADDESİ KAPSAMINDA ÇOCUK TESLİMİ EMRİNE MUHALEFET 184

1. Hukuki Niteliği..... 187
2. Yaptırım Uygulanması İçin Gerekli Koşullar 190
 - a) Çocuk Teslimi veya Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Bir İlamın veya Ara Kararın Bulunması 190
 - b) İlamın veya Ara Kararın İcra Takibine Koyulması 191
 - c) Tazyik Hapsi İhtarını İçeren İcra Emrinin Borçluya Tebliğ Edilmesi 191
 - d) İlamın Gereğinin Yerine Getirilmemesi 193
3. Yaptırım..... 196
4. Yargılamaya İlişkin Özellikler 200
 - a) Görev ve Yetki..... 200
 - b) Şikâyet 202
 - c) Yargılama..... 204
 - d) Karar 206
 - e) Karara Karşı İtiraz..... 208

B. TÜRK CEZA KANUNU’NUN 234. MADDESİ KAPSAMINDA ÇOCUĞUN KAÇIRILMASI VE ALIKONMASI SUÇU..... 210

1. Genel Olarak..... 211
2. Maddi Unsur 213
3. Manevi Unsur 213
4. Ceza 214

C. ÇOCUK TESLİMİ EMRİNE MUHALEFET FİİLİ İLE ÇOCUĞUN KAÇIRILMASI VE ALIKONMASI SUÇUNUN BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMESİ..... 215

1. İİK’nın 341. Maddesi ile TCK’nın 234. Maddesinin Karşılaştırılması.. 215
2. Aynı Anda İki Normun İhlal Edilmesi 217

SONUÇ	219
KAYNAKÇA.....	234
ÖZET	252



KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
aşa.	: Aşağıda
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	: Baskı
BÜHFD	: Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
CD	: Yargıtay Ceza Dairesi
CEDAW	: Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
CGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemeleri Kanunu
ÇHS	: Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ErÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi

HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
İİKY	: İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği
İTÜSBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
KİBB	: Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası
LHD	: Legal Hukuk Dergisi
m.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk Bülteni
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
No	: Numara
RG	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SMİP	: Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TNBHD	: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
UMD	: Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi
Vol.	: Volume
VVMT	: Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük
YD	: Yargıtay Dergisi
YHİMD	: Yasa Hukuk, İçtihat, Mevzuat Dergisi
yuk.	: Yukarıda

GİRİŞ

Modern hukuk sistemlerinde ihkakı hak yasaklanmış, hukuki korumanın devlet eliyle sağlanması hukuk devletinin temel bir ilkesi olarak kabul edilmiş ve bireylerin hak arama özgürlüğü adil yargılanma hakkıyla ilişkili olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesiyle güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca herkes meşru vasıta ve yollara dayanarak hukuki koruma talep edebilir. Devlet, hakkı ihlal edilenlere şeklî bir hukuki koruma değil etkin bir hukuki koruma sağlamakla yükümlüdür¹. Bu yükümlülük bireylerin yargı organına başvurmasından hükmün verilmesine ve icra edilmesine kadar sürer². Zira ihkakı hak yasağı mahkeme kararının yerine getirilmesinde de geçerli olup bu görev de devlete aittir³. Bir başka ifadeyle, bireyin hakkını bizzat güç kullanarak almasını engelleyen bu yasak hem hakkın tanınmasında hem de yerine getirilmesinde geçerlidir⁴. Bu durumun bir sonucu olarak etkin hukuki koruma sadece dava sonucunda verilen hükümle değil, aynı zamanda hukuki cebirle bu hükmün sonuçlarının yerine getirilmesiyle sağlanabilir. Bu anlamda cebrî icra, dava yoluyla sağlanmak istenen hukuki korumanın sonuca ulaşmasında zorunlu bir araç niteliği taşır⁵.

¹ **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet:** İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 3. B., Ankara 2017, s. 1; **Özekes, Muhammet:** İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s. 123.

² **Özbek, Mustafa Serdar:** Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği, 3. B., Ankara 2016, s. 154.

³ **Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema:** İcra ve İflâs Hukuku, 3. B., Ankara 2017, s. 35; **Üstündağ, Saim:** İcra Hukukunun Esasları, 8. B., İstanbul 2004, s. 2; **Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer:** İcra Hukuku Esasları, 5. B., İstanbul 2010, s. 2.

⁴ **Özekes,** İlkeler, s. 128.

⁵ **Gaul, Hans Friedhelm/Deren Yıldırım, Nevhis:** İcra Hukuku Analizleri, 5. B., İstanbul 2016, s. 30-33; **Özekes,** İlkeler, s. 125; **Özbek,** s. 155.

Devlet bireylerin haklarına kavuşmasını icra hukuku aracılığıyla sağlar⁶. Bu nedenle etkin hukuki korumanın sağlanması için cebrî icra hukukunda birtakım takip yolları öngörülmüştür. İlamlı icra da hak arama özgürlüğünün icra hukukundaki yansımasıdır⁷.

Türk Hukuku'nda çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların gereği İcra ve İflâs Kanunu'nun 25, 25/a ve 25/b maddeleri çerçevesinde yerine getirilmektedir. Ancak mevcut düzenlemelerin uygulamada sürekli sorunlara yol açması ve özellikle çocukların ruhsal açıdan zarar görmesine sebep olması nedeniyle, Mağdur Hakları Kanunu Tasarısı'nda söz konusu mahkeme kararlarının icra hukuku sistemi dışında bir idari birim eliyle yerine getirilmesi amaçlanmaktadır.

Çalışmanın ilk bölümünde, öncelikle “çocuk” ve “çocuğun üstün yararı” kavramları ele alınmıştır. Konuya ilişkin karşılaştırmalı hukuk düzenleri incelenmiş ve “Mağdur Hakları Kanunu Tasarısı”nda konumuza ilişkin olarak öngörülen yeni sistem açıklanmıştır. Daha sonra çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların kaynakları ele alınmış ve son olarak ilam niteliğinde olmayan mahkeme kararlarının icrasına kısaca değinilmiştir.

İkinci bölümde, mevcut İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre ilamlı icranın konuyla ilgili özelliklerine değinilerek, söz konusu kararların nasıl icra edildiği ve uluslararası çocuk kaçırma hadiselerinde çocuğun iadesinin sağlanma usulleri açıklanmıştır. Bunun yanı sıra, çocuk teslimi emrine muhalefet edilmesi halinde İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen yaptırım sistemi, Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleriyle birlikte ele alınarak değerlendirilmiştir.

⁶ Belgesay, Mustafa Reşit: İcra ve İflas Hukuku C. I, İstanbul 1945, s. 5.

⁷ Tanrıver, Süha: İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 33.

Çalışmamızın son kısmını oluşturan “Sonuç” bölümünde ise, mevcut sistemde tespit ettiğimiz ve öngörülen yeni sistemin yol açabileceği olası sorunlar ile ulaştığımız sonuçlar çerçevesinde olması gereken hukuk bakımından görüşlerimize yer verilmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASININ KAVRAMSAL TEMELLERİ

I. TEMEL KAVRAMLAR

Gerek İcra ve İflâs Kanunu’nun 25 ve 25/a maddeleri, gerekse “Mağdur Hakları Kanunu Tasarısı”nın 16. maddesi kapsamında çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasının açıklanması için öncelikle çocuk ve çocuğun üstün yararının korunması gibi temel kavram ve ilkelerin açıklanması yararlı görülmüştür. Bu nedenle bu Bölümde öncelikle “çocuk” kavramından ve “çocuğun üstün yararı” ilkesinden ne anlaşılması gerektiği açıklanmaya çalışılacaktır.

A. Çocuk Kavramı

Çocuk kavramı gerek günlük dilde gerekse psikoloji, tıp, sosyoloji gibi çeşitli bilimlerde birçok farklı anlamda kullanılmaktadır. Günlük dilde çocuk, bir yandan yaşın temel alınmasıyla yetişkin olmayan anlamına gelirken, bir yandan da anne ve babanın evlatlarıyla olan soybağını ifade etmek için kullanılmaktadır⁸. Elbette ki konumuz itibarıyla önemli olan nokta, kavramın günlük dildeki kullanımı değil; hukukta çocuk kavramının ne anlama geldiği, hukuken çocuğun kim olduğudur. Hukukta da çocuk kavramı iki anlamda kullanılır. Birincisi, fiziksel ve zihinsel gelişim itibarıyla olgunluğun sağlandığı kabul edilen belirli bir yaşın altındaki bireyleri ifade eder. İkinci anlamı ise,

⁸ **Akyüz, Emine:** Çocuk Hukuku, 4. B., Ankara 2015, s. 99; **Özer Taşkın, Özden:** Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir 2006, s. 5.

belirli bir anne ve baba ile onların dünyaya getirdiği evlatları arasındaki soybağı ilişkisine işaret eder⁹.

Türkiye Cumhuriyeti'nin de tarafı olduğu 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin¹⁰ 1. maddesi uyarınca “*çocuğa uygulanabilecek kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır*”¹¹. Türk Hukuku'nda bu tanım, 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca usulüne uygun olarak onaylanmış olan uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olması nedeniyle bağlayıcıdır. Nitekim pozitif hukukta başta erginliğin 18 yaşın doldurmasıyla kazanılacağına ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun 11. maddesi olmak üzere çeşitli mevzuat hükümlerinde de çocuk deyiminden 18 yaşından küçük bireyin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹². Örneğin, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun¹³ 3/a maddesine göre çocuk, “*daha erken yaşta ergin olsa bile 18 yaşını doldurmamış kişiyi*” ifade eder. Benzer şekilde Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin¹⁴ 2/c maddesinde de çocuğun “*bir taraf devlette hakkında*

⁹ **Akyüz**, s. 100; **Serozan, Rona**: Çocuk Hukuku, 2. B., İstanbul 2017, s. 3; **Usta, Sevgi**: Velayet Hukuku, İstanbul 2016, s. 22; **İmamoğlu, Hülya**: Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması, (AÜHFD 2005/54/2, s. 183-218), s. 190; **Özdamar, Demet**: Çocuk Koruma Kanunu'nda ve Türk Medeni Kanunu'nda Çocuğu Koruyucu ve Destekleyici Tedbirler, (İzBD 2011/1, s. 52-95), s. 79; **Özer Taşkın**, s. 6.

¹⁰ 20.11.1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi 02.09.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından 14.09.2010 tarihinde imzalanan ve 09.12.1994 tarih ve 4058 sayılı Kanun'la uygun bulunan Sözleşme, 27.01.1995 tarih ve 22184 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹¹ Bu maddede taraf devletlerin yaş sınırı bakımından farklı düzenlemeler yapabileceklerine ilişkin takdir yetkilerine müdahale edilmemiş ve böylece sözleşmeye katılımın daha geniş olması amaçlanmıştır (**Tanrıbilir, Feriha Bilge**: Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları, Ankara 2011, s. 52).

¹² Örneğin, Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 2/c maddesinde, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 3/a maddesinde çocuk deyiminden 18 yaşını doldurmamış bireyin anlaşılması gerektiği düzenlenmiştir.

¹³ Bu Kanun için bkz. RG 15.7.2005, S. 25876.

¹⁴ Anılan sözleşme Türkiye tarafından 15.07.2003 tarihinde imzalanmış ve 30.11.2010 tarih ve 27771 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

kişisel ilişkiye dair bir karar verilebilen ya da icra edilebilen 18 yaşından küçük kişi” anlamına geldiği belirtilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, gerek çeşitli kanunlarda belirli ehliyetlerin belirlenmesi bakımından 18 yaşın altında birtakım yaş sınırlamalarının öngörülmüş olması¹⁵ gerek çocukları ifade etmek için kimi zaman “küçük” kimi zaman “çocuk” kavramının kullanılmış bulunması, çalışmamız bakımından bir önem taşımamaktadır. Zira, İİK’nın 25 ve 25/a maddelerinde “çocuk” ifadesi kullanılmakta ve başka bir yaş veya ehliyet sınırlaması öngörülmemektedir.

Çocukluğa bağlanan hukuki sonuçların ve durumun belirlenmesi için çocuk kavramının tanımlanması yeterli değildir. “Çocukluk” olarak ifade edilen bu sürecin ne zamandan başlayıp ne zamana kadar süreceğinin de ortaya konması zorunludur. Çocuğun yaşamının ilk anından itibaren çocuklara özgü korumalardan yararlanacağı kuşkusuzken, çocukluk döneminin bitişi bakımından farklı hukuk sistemleri farklı sınırlar öngörmüş olabilir. Tarihsel sürece bakıldığında ise, Roma ve İslam Hukuku gibi eski hukuk sistemlerinde çocukluğun, bireyin cinsel ve bedensel olgunluğa ulaşmasıyla biteceği ve bu andan itibaren o bireyin yetişkin sayılacağı kabul edilmiştir¹⁶. Ancak modern hukuk sistemlerinde, halk ve yurttaş fikrinin kadın ve çocukları da kapsadığı anlayışıyla birlikte, çocukluğun bitişinde bedensel olgunluk yerine düşünsel olgunluğun temel alınacağı¹⁷ ve bu olgunluk yaşının ise kural olarak 18 olduğu kabul edilmiştir¹⁸.

¹⁵ Örneğin; TCK’nın 31. maddesi uyarınca fiili işlediği sırada 12 yaşını doldurmamış olan çocuğun ceza sorumluluğu yoktur. Yine TMK’nın 502. maddesi uyarınca vasiyetname düzenleme ehliyeti 15 yaşında kazanılır. Benzer şekilde Dernekler Kanunu’nun 3. maddesi çerçevesinde 15 yaşını dolduran çocuk dernek kurabilir.

¹⁶ **İnan, Ali Naim:** Çocuk Hukuku, İstanbul 1968, s. 11; **Akyüz,** s 100; **Usta,** s. 86.

¹⁷ **İnan,** s. 11.

¹⁸ **Akyüz,** s 100; **Özer Taşkın,** s. 6.

Çocukluğun başlangıcı kişiliğin kazanılmasına bağlanmıştır¹⁹. Kişilik ve buna bağlı olarak çocukluk, TMK'nın 28. maddesi uyarınca çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar. Böylece çocuk, doğumuyla birlikte kendi kişiliğini kazanır ve buna bağlı olarak hak ehliyetine ve kişilik haklarına kanun gereği doğumdan itibaren sahip olur²⁰. Her ne kadar anılan maddenin ikinci fıkrasında, çocuğun hak ehliyetini sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanacağı düzenlenmişse de, henüz doğmamış çocuğun durumu çalışmamızın konusu dışında kaldığından ayrıca incelenmemiştir.

Türk Hukuku'nda erginliğin kazanılması bakımından üç yolun olduğu söylenebilir. TMK'nın 11. maddesinin birinci fıkrası uyarınca erginlik, kural olarak kişinin 18 yaşını doldurmasıyla başlar. Bunun yanında, aynı maddenin ikinci fıkrasında evlenmenin kişiyi ergin kılacağı, TMK'nın 12. maddesinde ise 15 yaşını dolduran çocuğun istisnai olarak ve belirli koşulların varlığı halinde mahkeme kararıyla ergin kılınabileceği düzenlenmiştir. O halde doğumla ergin oluncaya kadarki evrede kişi çocuktur²¹. Bir başka ifadeyle, TMK'da öngörülen bu üç yoldan herhangi birisiyle ergin olan birey, artık çocuk sayılmayacaktır.

TMK'nın 335. maddesine göre “*ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır*”. Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca “*hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velâyeti altında kalırlar*”. Yine TMK'nın 404. maddesinin birinci fıkrasına göre “*velayet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınır*”. İleride ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı üzere, velayet

¹⁹ İnan, s.11; Usta, s. 86; Özdamar, s. 79; Özer Taşkın, s. 7.

²⁰ İmamoglu, Çocuğun Korunması, s. 190; Usta, s. 91.

²¹ Elçin Grassinger, Gülçin: Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçükün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul 2009, s. 51.

düzenlemesine ilişkin olan ilam çocuğun teslimini de içerir²². Bu nedenle, icra edilecek olan ilamdaki velayet düzenlemesi, ergin olmayan çocuk ile ilgili olabileceği gibi, kısıtlanan ergin çocukla da ilgili olabilir.

Bütün bu açıklamalar ışığında, İİK'nın 25 ve 25/a maddelerinde düzenlenen çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında, çocuk deyiminden öncelikli olarak tam ve sağ doğmuş ancak henüz herhangi bir yolla erginliği kazanmamış olan bireyin anlaşılması gerekir. Ancak kısıtlanan erginin kural olarak vesayet altına alınmayıp anne-babasının velayeti altında bırakılması durumunda, her ne kadar 18 yaşından küçük olmasa da, İİK'nın 25 ve 25/a maddeleri uyarınca yapılacak bir icra takibinin konusu olabileceği, dolayısıyla maddelerdeki “çocuk” deyiminin “ergin olmayan kişi” olarak anlaşılmasından ziyade, “çocuk” kavramının soybağını ifade eden anlamı göz önüne alınarak kullanıldığı ve bu şekilde anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz²³.

²² Bkz. aşı. s. 58.

²³ İİK'nın 25. maddesinde söz edilen “çocuk” deyiminden maksadın “küçük” olduğuna ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz. **Belgin, Derya:** Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 9; **Güven, Aydın:** Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, Ankara 2016, s. 20; **Özbay, İbrahim:** Türk Hukukunda Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası Hakkındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri, (TNBHD, 2017/4/2, s. 31-110), s. 34.

B. Çocuğun Üstün Yararının Korunması İlkesi

Çocuğun üstün yararının korunması ilkesi, ÇHS'nin 3. maddesinde *“kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.”* şeklinde formüle edilmiştir. Anılan maddede *“mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan”* ifadesi kullanılarak bir kapsam sınırlamasına gidilmemiştir. Söz konusu ilkeyle; kanun koyucuya kanunların yapımı sırasında, mahkemelere çocukla ilgili dava ve taleplerde, icra dairelerine de çocukları ilgilendiren mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde çocuğun menfaatlerini gözeterek, üstün yararına uygun kararlar vermelerini ve uygulamaları yükümlülüğü getirildiği söylenebilir. Bu nedenle, çocuğu ilgilendiren mahkeme kararlarının icrasında da çocuğun üstün yararı ilkesine uygun olarak hareket edilmesi gerekliliği, ilkenin mantıksal bir sonucudur.

Her ne kadar çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasının düzenlendiği İİK'nın 25 ve 25/a maddelerinde çocuğun üstün yararının korunması ilkesine yer verilmemişse de, söz konusu ilke pozitif icra hukukuna bütünüyle yabancı değildir. 4949 sayılı Kanun'un²⁴ 7. maddesiyle İİK'ya eklenen 25/b maddesinde *“çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasının ... sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın bulunması ... suretiyle gerçekleştirileceği”* hükme bağlanmıştır²⁵. Madde gerekçesinde değişikliğin amacının, ÇHS'nin 9. maddesiyle taraf devletlere getirilen çocuğun anne ve babasıyla kişisel ilişki kurma hakkına saygı gösterme yükümlülüğü kapsamında, söz konusu ilamların icrasında, uzmanların bilgi ve tecrübelerinden yararlanılmak suretiyle, çocuğun

²⁴ Bkz. RG 30.07.2003, S. 25184.

²⁵ Bkz. aşı. s. 168.

rahatsız edici unsurlardan etkilenmesinin en aza indirgenerek üstün yararının korunmasının sağlanması olduğu ifade edilmiştir²⁶. Yetersiz olmakla birlikte uzman bulundurma zorunluluğu, çocuğun üstün yararının icra hukuku bağlamında da korunması için getirilen bir düzenlemedir²⁷.

Öte yandan, 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun'da²⁸ çocuğun üstün yararı ilkesinin korunması ilkesine işaret edilmektedir. Kanun'un 22. maddesinde *"ilamın yerine getirilmesinin, çocuğun fiziksel ve duygusal yönden gelişimini ağır bir tehlike altında bırakacağına uzman tarafından tespit edilmesi durumunda, icra müdürü tarafından, talep üzerine veya resen söz konusu tehlike ortadan kalkıncaya kadar icranın ertelenebileceği"* düzenlenmiştir. Anılan hüküm de 5717 sayılı Kanun'a göre verilmiş olan çocuğun iadesine ilişkin ilamın icrası hakkında olup, çocuğun üstün yararının korunmasını amaçlamaktadır.

Çocuğun üstün yararının korunması ilkesinin çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının icrasında da uygulanmasının gerektiği ve fakat mevcut sistemin bu konuda yetersiz kaldığı, Mağdur Hakları Kanunu Tasarısı'nın genel gerekçesinde ve yeni bir sistemin öngörüldüğü 16. maddesinin gerekçesinde de ifade edilmektedir²⁹.

Sonuç olarak, çocuğun üstün yararının korunması ilkesinin, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının icrasında da gözetilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Söz konusu ilamların icrasının mutlaka bir uzman nezaretinde gerçekleştirilmesi zorunluluğunun çocuğun üstün yararının korunması amacına dayanır. 5717 sayılı Kanun çerçevesinde başlatılan icra takibinde çocuğun üstün yararının

²⁶ Madde gerekçesi için bkz. **SMİP**.

²⁷ Bkz. aşı. s. 169.

²⁸ Bu Kanun için bkz. RG 04.12.2007, S. 26720.

²⁹ Bkz. aşı. s. 32-33.

tehlikeye girip girmediğinin icra müdürü tarafından uzman görüşüyle birlikte takdir edilir. Dahası, çocuğun üstün yararı ilkesinin korunmasında yetersiz kaldığı gerekçesiyle Mağdur Hakları Kanunu Tasarısı ile yeni bir sistem getirilerek, İİK’da öngörülen sistemin yürürlükten kaldırılması hedeflenmektedir. Açıklanan nedenlerle çocuğun üstün yararının korunması ilkesinin ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşturulması çalışmamızın konusu bakımından gerekli görülmüştür. Bu nedenle bu başlık altında, çocuğun üstün yararı ilkesinin kavramsal olarak anlaşılabilmesi için genel bilgilere yer verilmekle yetinilmiş, velayet ve kişisel ilişki taleplerinin çözüme bağlanmasında mahkemece yapılması gereken değerlendirmelere ve bunun icra hukukundaki yansımalarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar ise ilerleyen bölümlerde yapılmıştır.

1. İlkenin Pozitif Dayanakları

Terminolojik açıdan çocuğun üstün yararı ilkesini ifade etmek için doktrinde ve mevzuat hükümlerinde “çocuğun yararı³⁰”, “çocuğun yüksek yararı³¹”, “çocuğun menfaati³²” gibi kavramlar kullanılmaktaysa da, bu çeşitli ifadeler arasında herhangi bir anlam farklılığı bulunmamaktadır. Bu nedenle çalışmamızda ilkenin anlamını daha iyi karşıladığı düşünülen “çocuğun üstün yararı” kavramı kullanılmıştır.

Günümüzde gerek ulusal gerek uluslararası alanda çocuk hukukunun en temel ilkesi olarak kabul edilen çocuğun üstün yararının korunması ilkesi, ilk olarak 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirgesi’nde yer almıştır³³. Söz konusu ilkeye Kadınlara Karşı Her Türlü

³⁰ Usta, s. 136 vd.; Serozan, s. 65 vd.

³¹ Akyüz, s. 49; Anayasa’nın 41. maddesinin 2. fıkrası.

³² TMK’nın 325, 337, 346, 349. maddeleri.

³³ Özer Taşkın, s. 18. Çocuk Hakları Bildirgesi’nin ikinci ilkesine ilişkin düzenleme “Çocuklar özel olarak korunmalı, yasa ve gerekli kurumların yardımı ile fiziksel, zihinsel, ahlaki, ruhsal ve toplumsal olarak sağlıklı normal koşullar altında özgür ve onurunun zedelenmeyecek şekilde yetişmesi sağlanmalıdır. Bu amaçla çıkarılacak yasalarda çocuğun en yüksek çıkarları gözetilmelidir.” şeklindedir.

Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'nin³⁴ 5 ve 16. maddelerinde de yer verilmiş ve çocuğun üstün yararının her durumda öncelikli olarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir³⁵. İlke, çocuk haklarının korunmasında en önemli uluslararası belge olan ÇHS'nin 3. maddesiyle de güvence altına alınmıştır. Nitekim Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi çocuğun üstün yararının korunması ilkesini sözleşmenin dört temel prensibinden biri olarak kabul etmiştir³⁶. Benzer şekilde Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin³⁷ 2.1. maddesinde ifade edilen amacı, kısaca çocuğun yüksek çıkarları için katılım haklarını geliştirmektir³⁸. İç hukukta ise Anayasa'nın 41. maddesiyle, devlete çocuğun korunması için gerekli her türlü önlemin alınması ve teşkilatın kurulması yükümlülüğü getirilmekte, ayrıca çocuğun "yüksek yararına aykırı olmadıkça" anne ve babasıyla kişisel ilişki tesis etme hakkı tespit

³⁴ 1979'da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen sözleşme, 25.06.1985 tarih ve 19792 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak 19.01.1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁵ Sözleşmenin 5.b maddesinde *"anneliğin sosyal bir görev olarak anlaşılmasını ve çocukların yetiştirilmesi ve gelişiminde kadın ve erkeğin ortak sorumluluğunun tanınmasını öngören ve her durumda çocukların çıkarlarını her şeyden önce gözetken anlayışa dayanan bir aile eğitimi sağlama"* ve 16/1.d maddesinde *"Medeni durumlarına bakılmaksızın, çocuklarla ilgili konularda ana ve babanın eşit hak ve sorumlulukları tanınması, ancak her durumda çocukların çıkarlarının en ön planda gözetilmesi"* konusunda taraf devletlere yükümlülükler getirilmiştir.

³⁶ United Nations Committee on the Rights of the Children General Comment No. 14, 2013, s. 1. Diğer üç temel prensip ise ayırım görmeme, yaşam ve gelişim ile katılım haklarıdır.

³⁷ Avrupa Konseyi Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi 25.01.1996 tarihinde kabul edilmiş ve 01.07.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından 09.06.1999 tarihinde imzalanan ve 18.01.2001 tarih ve 4620 sayılı Kanun'la uygun bulunan Sözleşme, 01.01.2001 tarih ve 24305 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

³⁸ 1996 tarihli sözleşme, Türkiye tarafından 09.06.1999 tarihinde imzalanmış ve 18.01.2001 tarihinde onaylanarak 01.02.2001 gün ve 24305 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşmenin 2.1 maddesi şu şekildedir: *"Bu sözleşmenin amacı, çocukların yüksek çıkarları için, haklarını geliştirmek, onlara usule ilişkin haklar tanımak ve bu hakların, çocukların doğrudan ve diğer kişiler veya organlar tarafından bir adli merci önündeki, kendilerini ilgilendiren davalardan bilgilendirilmelerini ve bu davalara katılmalarına izin verilmesini teminen kullanılmasını kolaylaştırmaktır."*

edilmektedir. Öte yandan gerek TMK’da gerek çocuklara ilişkin diğer pozitif düzenlemelerde çocuğun üstün yararından sıkça söz edilmektedir³⁹.

Çocuğun üstün yararının korunması ilkesi ÇHS’nin devlete ve tüm organlarına yönelik açık buyruğudur. Anayasa’nın 41. maddesi de zayıf konumda bulunan çocuğun anayasal sosyal devlet ilkesi çerçevesinde korunması gerekliliğinin bir sonucu olarak değerlendirilmektedir⁴⁰. Bu nedenle çocukları ilgilendiren bütün konularda çocuğun üstün yararının korunması gerekmektedir.

2. Çocuğun Üstün Yararı Kavramının Anlamı

Çocuğun üstün yararı kavramı uygulama alanının genişliği, her çocuğun maruz kaldığı tehlikeler ve bunların meydana getirdiği koşullar, aile yapıları, bedensel ve ruhsal gelişimleri, çevre koşulları gibi etmenlerin farklı olması nedeniyle⁴¹, uluslararası sözleşmelerde de iç hukuk normlarında da tanımlanmamıştır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi’nin 14 Numaralı Genel Yorumu’nda çocuğun üstün yararının içeriğinin her somut olaya özgü biçimde tespit edilmesi ve bu süreçte her çocuğun kişiliği, ihtiyaçları ve içinde bulunduğu koşulların münferit olarak değerlendirilerek kavramın somut olay düzeyinde uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁴². Çocuğun üstün yararı, çocuğun kısa vadeli çıkarı olarak anlaşılmamalı, daha geniş kapsamlı ve uzun vadede çocuğun bireysel ve çevresel bakımdan yararı olarak değerlendirilmelidir⁴³. Bu çerçevede

³⁹ Örneğin TMK’nın 182. maddesinde kişisel ilişki düzenlemesinde “*çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararlarının esas tutulacağı*” hükme bağlanmıştır. Yine TMK’nın 325. maddesinde çocuğun üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurabilmesi “*menfaatlerine uygun düştüğü ölçüde*” mümkün kılınmıştır. Benzer şekilde 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 4. maddesinde “*çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi*” temel ilkelerden biri olarak kabul edilmiştir.

⁴⁰ Serozan, s. 65.

⁴¹ Elçin Grassinger, s. 58.

⁴² General Comment No. 14, s. 32.

⁴³ Serozan, s. 65.

kanunlar da çocuğun üstün yararı kavramının somut olaydaki özel koşullara göre ve gelişen bilimsel verilere uygun olarak değerlendirilip uygulanması bağlamında hâkimin takdirine bırakmış durumdadır⁴⁴. Böylece çocukların ihtiyaçları homojen bir sosyal grubun benzerlik gösteren ihtiyaçları olarak değil, somut olay bazında her bir çocuğun kendisine özgü ihtiyaçları şeklinde anlaşılacak ve bireysel olarak bütün çocukların korunması sağlanacaktır⁴⁵. Öte yandan kavramın somut olarak tanımlanmaması, çocuğun üstün yararına ilişkin farklı görüş ve değerlendirmelerin uygun bir şekilde dengelenmesine de imkân vermektedir⁴⁶.

Kanunlarda çocuğun üstün yararı kavramı tanımlanmasa da doktrinde bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre çocuğun üstün yararı “*çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal, kültürel, ahlaki, hukuki ve ekonomik bakımlardan dengeli, sağlıklı ve özgür biçimde geliştirilmesi, korunup kollanması*⁴⁷” anlamına gelir. Serozan’a göre kavram, hâkimin takdirine açık, esnek bir hakkaniyet kavramı olduğunu ifade etmektedir⁴⁸. Çocuğun üstün yararı, velayet veya kişisel ilişki bağlamında çocuğun gelişimini sağlayacak etkenlerin birleşimi olarak da tanımlanmıştır⁴⁹.

⁴⁴ Akyüz, s. 49.

⁴⁵ Kelly, Joan B.: The Best Interest of the Child: A Concept in Search of Meaning, Family and Conciliation Courts Review, (Vol. 35, No. 4, 1997, s. 377-387), s. 385. Her dava özelinde çocuğun üstün yararının somut olarak değerlendirilmesinin gerekliliği nedeniyle çocuğun menfaati ilkesinin dava konusu olan “*bu çocuğun menfaati*” olarak anlaşılması gerektiği belirtilmiştir [Oktay Özdemir, Saibe: Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı, (Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. II, İstanbul 2009, s. 1219-1242), s. 1239].

⁴⁶ Korczak, Janusz: The Child’s Best Interest: A Generally Applicable Principle, Conference “Building a Europe for and with Children, Toward a Strategy for 2009-2011”, Stockholm 2008, s.3.

⁴⁷ Akyüz, s. 50.

⁴⁸ Serozan, s. 65.

⁴⁹ Kelly, s. 378.

BM Çocuk Hakları Komitesi'nin 14 Numaralı Genel Yorumu'nda doktrinde yapıldığı gibi bir tanıma yer verilmemişse de, çocuğun üstün yararının korunması kavramı, temel hak⁵⁰ niteliğinde yorumlayıcı bir ilke ve aynı zamanda bir usul kuralı olarak ele alınmıştır. Buna göre, karar alma sürecinde birden fazla menfaatin çatışması halinde çocuğun üstün yararına uygun olana sahip olma hakkına saygı duyularak bu hak birincil olarak gözetilmeli ve bir hukuk normu yorumlanırken çocuğun üstün yararına uygun olacak şekilde yorum faaliyeti gerçekleştirilmelidir⁵¹.

3. Çocuğun Üstün Yararının Tespit Edilmesi

Çocuğun üstün yararı ilkesi her zaman değerlendirilmesi gereken bir ilke konumunda olduğuna göre, çocuğun üstün yararına neyin uygun olup neyin uygun olmadığına tespit edilmesi gerekir. Çocuğun üstün yararının belirlenmesi hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştır. Hâkimin de bu tespiti yaparken somut olayda psikoloji, sosyoloji, tıp gibi bilimlerin verilerinden yardım alması ve buna göre karar vermesi gerekir. Çünkü çocuğun yararına neyin uygun neyin zararlı olacağı ancak bilimsel ve objektif esaslar çerçevesinde belirlenebilir⁵². Böylece hâkimin toplumsal önyargılar, genel inanışlar ve ebeveynlerin çocukları için neyin uygun olup olmadığına ilişkin bireysel kabullerinden etkilenmesinin önüne geçilmesi sağlanacak, bu tip kabuller ancak bilimsel verilerle örtüştüğü ölçüde çocuğun üstün yararının belirlenmesinde bir ölçüt olarak kullanılacaktır⁵³. Hâkimin bilimsel verilere dayanarak çocuğun üstün yararını belirlemeye çalışması, doktrinde de belirtildiği üzere karar verme sorumluluğunun

⁵⁰ Aksi yönde bkz. **Serozan**, s. 66.

⁵¹ General Comment No. 14, s. 6.

⁵² **Akyüz**, s. 52; **Elçin Grassinger**, s. 58.

⁵³ **Akyüz**, s. 52; **Serozan**, s. 67.

hukukçu olmayan kişilere bırakılması anlamına gelmez⁵⁴; kaldı ki bu kapsamda alınacak raporlar hâkimi kesin olarak bağlamaz. Bu husus uygulamada velayet ve kişisel ilişki talepleri bakımından hâkimin aile mahkemesi bünyesinde bulunan uzman sosyal çalışmacılara başvurması olarak somutlaşır. Nitekim 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 7. maddesinde, aile mahkemesi hâkiminin uzmanlara başvurması gerektiği hükme bağlanmıştır.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrasında, icra takibine konu edilen ilamların dayanağı, temelde velayet ve kişisel ilişki taleplerini içeren davalardır⁵⁵. Bu nedenle çocuğun üstün yararı öncelikle anılan davalarda tespit edilmelidir. Mevcut ilamlı icra sistemimiz itibarıyla icra müdürünün icra takibine konan ilamın icra edilmesini sağlamak dışında çocuğun üstün yararını tespit etmek bakımından takdir yetkisi bulunmamaktadır. Buna karşın, çocuğun üstün yararının korunması ilkesi, velayet ve kişisel ilişki taleplerini içeren davalarda olduğu kadar, söz konusu davalar sonucunda verilen kararların icrasında da dikkate alınmalıdır.

Gerek velayet gerek kişisel ilişki hakkında karar verilirken mahkemece dikkate alınacak öncelikli hususun çocuğun üstün yararı olduğu kuşkusuzdur. Bu hususta hâkimin hangi ölçü ve esaslara göre tercih yapması gerektiği TMK'da açıkça düzenlenmemiş, takdir hâkime bırakılmıştır⁵⁶. Bununla birlikte, BM Çocuk Hakları Komitesi 14 Numaralı

⁵⁴ **Akyüz**, s. 52. Bu husus, yabancı doktrinde, çocuğun üstün yararı ilkesinin genel ve yoruma açık bir kavram olması nedeniyle, hâkimlerin uzman görüşlerine gereğinden fazla dayanma eğilimi gösterme sonucuna yol açtığı ve bunun tarafsızlığı olumsuz olarak etkileyeceği yönünde eleştirilmiştir [Bkz. **Warshak, Richard**: Parenting by the Clock: The Best Interest of the Child Standard, Judicial Discretion and the American Law Institute's "Approximation Rule", Baltimore Law Review, (Vol. 41, 2011, s. 83-163), s. 102-105].

⁵⁵ Bkz. aşı. s. 37, 79.

⁵⁶ **Öztan, Bilge**: Aile Hukuku, 6. B., Ankara 2015, s. 779.

Genel Yorumu'nda uygulamacılara yol göstermesi açısından çocuğun üstün yararının tespitinde göz önünde bulundurulacak hususlar genel olarak listelenmiştir.

ÇHS'nin güvence altına aldığı haklardan birisi de çocuğun kimliğini koruma hakkıdır⁵⁷. Çocuğun üstün yararı belirlenirken, bu hakkına saygı duyulması zorunludur. Hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta çocuğun üstün yararını tespit ederken cinsiyet, cinsel kimlik, cinsel yönelim, ulusal ve etnik köken, din ve inançlar, kültürel kimlik ve kişisel özellikler gibi unsurlardan oluşan çocuğun kimlik özelliklerini göz önünde tutmakla yükümlüdür. Belirtmek gerekir ki; çocuğun içinde bulunduğu kültürel ve dinsel yapının izin verdiği fakat kendisine zarar verebilecek nitelikte geleneksel uygulamaların, çocuğun sözleşmede tespit edilen haklarıyla uyuşmamaları halinde, bu unsurların doğurabileceği sonuçlar çocuğun üstün yararına uygun kabul edilmez⁵⁸.

Çocuğun bakımı, korunması ve güvenliği üstün yararın belirlenmesinde dikkate alınacak ölçütlerdendir. Komite burada “çocuğun korunması ve bakımı” deyimlerinin geniş yorumlanarak çocuğun her anlamda iyi olmasının sağlanması, her türlü fiziksel veya psikolojik şiddet, istismar, cinsel taciz, zorbalık ve akran baskısı ile cinsel, ekonomik ve diğer sömürü biçimlerinden korunması olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir⁵⁹.

Bunların yanında, çocuğun aile ilişkilerinin sürdürülmesi, eğitim ve sağlık hakkı, özel bir güçlük içinde bulunması halinde bu güçlüğü sebep olan durumun da ayrıca ve

⁵⁷ ÇHS m. 8: “*Taraf Devletler, yasanın tanıdığı şekliyle çocuğun kimliğini; tabiiyeti, ismi ve aile bağları dâhil, koruma hakkına saygı göstermeyi ve bu konuda yasa dışı müdahalelerde bulunmamayı taahhüt ederler.*”

⁵⁸ General Comment No. 14, s. 54-57.

⁵⁹ General Comment No. 14, s. 70-73.

özel olarak değerlendirilmesi, çocuğun üstün yararının belirlenmesinde vurgulanan hususlardandır⁶⁰.

Velayet ve kişisel ilişki talepleri hakkında karar verilirken çocuğun üstün yararının tespiti için çocuğun anne ve babasının istikrarlı bir yaşam sürüp sürmediği, çocuğu eğitebilecek ve koruyabilecek psikolojik ve ekonomik yeterliliğe sahip olması, çocuğun alıştığı yaşam düzeni, ebeveynleriyle ilişkisi, sosyal çevresi gibi birçok farklı etkenin bir arada değerlendirilmesi gerekir⁶¹; zira çocuğun üstün yararı aile bireylerinin yararlarından tamamen soyutlanmış bir şekilde tespit edilemez⁶². Hâkim bu etkenlerin her birini çocuk için değerlendirecek ve üstün yararının en iyi hangi koşulda sağlanacağını tespit ederek karar verecektir.

Bu genel ilkelerin yanında, çocuğun kendi görüşlerinin alınması gerekliliği, ÇHS 12. maddede de tespit edildiği üzere çocuğun üstün yararının tespitinde özel bir önem arz eder. Kendileriyle ilgili konularda her çocuk görüşlerini dile getirme hakkına sahiptir. Mahkeme ise çocuğun yaşı ve olgunluğu düzeyinde çocuğu dinlemek ve görüşlerini dikkate almak zorundadır. Bir çocuğun yaşının küçük olması veya engelli olması, bir azınlık grubuna dâhil olması veya göçmen olması gibi bir özel durumunun olması, onu görüşlerini açıklama hakkından yoksun bırakmayacağı gibi, mahkemeye de bu durumdaki çocuğun görüşlerini hiç veya daha az dikkate alma serbestisi tanımaz. Bu durumdaki çocuklar için gerekli tedbirler alınıp yardımlar yapılarak çocuğun üstün yararının belirlenmesi sürecine tam olarak katılmaları sağlanmalıdır⁶³. Zira çocukla ilgili karar verecek kişinin o çocuk düşünsel olgunluğa erişmiş bir yetişkin olsaydı nasıl karar vereceğini farazi olarak dikkate alarak hareket etmesi, çocuğun üstün yararına uygun

⁶⁰ General Comment No. 14, s. 57-78.

⁶¹ Öztan, s. 782-784.

⁶² Elçin Grassinger, s. 61; Oktay Özdemir, s. 1237.

⁶³ General Comment No. 14, s. 52-53.

olacaktır⁶⁴. Çocuğun üstün yararının belirlenmesi geniş kapsamlı ve profesyonel bir değerlendirmeyi gerektirse de, kararın çocukla ilgili olduğu ve bu nedenle çocuğun kendi görüşlerinin alınması gerektiği unutulmamalıdır⁶⁵.

Tarihsel süreçte çocuğun ailenin korunması düşüncesi kapsamında korunması gereken küçük insan olduğu anlayışı, yerini çocuğun da yetişkinler gibi aktif hak sahibi bireyler olarak kabul edildiği modern anlayışa bırakmıştır⁶⁶. Bu anlayış çerçevesinde özellikle Avrupa Birliği'nin çocukları korunmaya muhtaç insanlar olarak değil, bireysel düzlemde hak sahibi olan kişiler olarak değerlendirdiği ifade edilmektedir⁶⁷. Bu bağlamda çocuklar da kural olarak yetişkinler gibi temel hak taşıyıcısı olarak kabul edilmektedir⁶⁸.

Çocuğun hak öznesi olarak kabul edildiğinin en önemli ve somut göstergesi kanaatimizce, çocuğun görüşünü açıklaması ile dikkate alınmasını kapsayan “katılım (dinlenme) hakkı”dır. Çocuğun kendisini etkileyen her türlü meselede görüşünün alınması gerekliliği üstün yarar ilkesinin doğal bir sonucu olmakla birlikte, çocukla ilgili karar verme sürecinde ayrı ve özel bir öneme sahiptir. ÇHS'nin 12. maddesinde güvence altına alınan çocuğun katılım hakkı şu şekilde ifade edilmiştir:

⁶⁴ Elçin Grassinger, s. 60.

⁶⁵ Özer Taşkın, s. 22.

⁶⁶ Tanrıbilir, s. 46. Çocuğun yetişkinler gibi hak sahibi bireyler olarak kabul edilmesinden önce sadece çocuğun korunması gerektiğine ilişkin anlayışın yaşa dayalı ayrımcılık olarak nitelendirildiğine ve bu yaklaşımın çocuğun, sevilen ve korunan bir “nesne” olarak haklarını hukuktan değil yetişkin vicdanından aldığı fikrine dayandığına ilişkin görüşler için bkz. Ozansoy, Cüneyt: Öznesini Arayan Nesneler: Çocuk ve Çocuk Hakları, (TBBB 1999/1, s. 39-62), s. 51.

⁶⁷ Gören, Zafer: Çocukların Temel Hak Sujeliği Avrupa Birliğinin Önceliği Olarak Çocukların Korunması ve Teşviki, (Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, C. I, s. 143-186), s. 174. ÇHS'nin kabul edilmesiyle çocukların hak öznesi olarak görülmeye başlandığına ilişkin açıklamalar için bkz. Uran, Peri: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yorumları Işığında 1982 Anayasası ile Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Karşılaştırmalı İncelemesi, (İTÜSBD 2014/2/26, s. 95-126), s. 98.

⁶⁸ Gören, s. 144.

“Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar.

Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır.”

TMK’da fiil ehliyeti bağlamında ayırt etme gücünün belirlenmesinde bir yaş sınırı öngörülmediği gibi, çocuğun kendi görüşlerini ifade etme hakkını kullanması için de bir yaş sınırı belirlenmemiştir. Sözleşmede de çocuğun yaşına değil, kendi görüşlerini oluşturma yeteneğine vurgu yapılmıştır. BM Çocuk Hakları Komitesi’nin 12 Numaralı Genel Yorumu’nda bunun bir sınırlama olmadığı, aksine çocuğun anlayış ve olgunluk düzeyinin görüşleri alınmadan anlaşılması mümkün olmadığından, her çocuğun kendi görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olduğunun varsayıldığı belirtilmektedir. Zira her çocuğun hayatı anlayış düzeyi birbirinden farklıdır ve bu düzey biyolojik yaşlarıyla orantılı olmayabilir. Ayrıca çocuğun katılım hakkının sadece sözel olarak kendini ifade etmesi biçiminde anlaşılması gerekir. 12 Numaralı Genel Yorum’da, çocuğun kendisini sözel olarak ifade edemeyeceği küçük yaşlarda dahi oyun oynatma, resim çizdirme, beden dilinin takibi gibi bilimsel tekniklerle duygu ve düşüncelerinin anlaşılmasına çalışılmasının da çocuğun katılım hakkının bir gereği olduğu ifade edilmektedir⁶⁹.

Çocuğun katılım hakkı, öncelikle çocuğun kendisini ilgilendiren mesele hakkında bilgilendirilmesini zorunlu kılar⁷⁰. Zira maddenin amacı, çocuğun iradesinin ortaya

⁶⁹ United Nations Committee on the Rights of the Children General Comment No. 12, 2009, s. 10, 20, 21, 29.

⁷⁰ Oktay Özdemir, s. 1224.

çıkarılmasıdır. Her ne kadar çocuğun somut mesele hakkında tüm yönleriyle bilgi sahibi olması gerekmeseyse de çocuğa, en azından basitçe meselenin ne olduğu ve ne gibi sonuçlarının olabileceği konusunda velisi veya vasisi tarafından bilgi verilmelidir. Daha sonra bu mesele hakkında çocuğun idrakine uygun bir usulle⁷¹, her türlü baskı ve etkiden uzak bir şekilde ve istediği takdirde kendi özgür fikirlerini ifade etmesi sağlanmalıdır⁷². Elbette ki çocuğun fikirleri, yaşı ve zihinsel olgunluğu ölçüsünde dikkate alınacak, somut koşullara göre isteklerinin gerçekçi olup olmadığı değerlendirilecek ve kendi iradesinin üstün yararına uygun olduğu sonucuna varılması halinde⁷³, somut olayda çocuğun görüşleri de göz önüne alınarak karar verilecektir⁷⁴.

Burada unutulmaması gereken nokta çocuğun katılım hakkının üstün yararı ile bağlantılı olduğudur. Çocuğun dinlenmesi her koşulda mutlak olarak uygulanması gereken bir şekil kuralı olarak algılanmamalıdır⁷⁵. Bu çerçevede çocuğun katılım hakkı, çocuğun isteği ve üstün yararıyla sınırlandırılmış olup⁷⁶; çocuğun görüşünü açıklamak istememesi veya somut olayda çocuğun dinlenilmesinden beklenen menfaatin ortadan kalkmış⁷⁷ olması halinde artık çocuk dinlenilmeyecektir⁷⁸. Çocuk katılım hakkını

⁷¹ **Elçin Grassinger, Gülçin:** Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar, (Rona Serozan'a Armağan, C. I, İstanbul 2010, s. 823-846), s. 838. Çocuk uzman kişiler veya hâkim tarafından doğrudan dinlenebileceği gibi bir temsilci aracılığıyla da dinlenebilir (**Oktay Özdemir**, s. 1228).

⁷² General Comment No. 12, s. 21, 22, 25.

⁷³ “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6. maddeleri idrak çağındaki çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ve görüşlerine gereken önemin verilmesini öngörmektedir. Çocukların üstün yararı gerektirdiği takdirde, görüşlerinin aksine karar verilmesi mümkündür.” (2. HD, 20.12.2016, E. 2016/5966, K. 2016/16205: SİMP).

⁷⁴ **Elçin Grassinger**, s. 64.

⁷⁵ **Elçin Grassinger**, Görüş Alınmaması, s. 839.

⁷⁶ **Elçin Grassinger**, Görüş Alınmaması, s. 840.

⁷⁷ Özellikle travmatik olaylar yaşamış çocuklarla gereğinden fazla görüşme yapılmaması gerektiği belirtilmektedir (General Comment No. 12, s. 24).

⁷⁸ **Usta**, s. 149.

kullanmak zorunda değildir, zira çocuğun kendi görüşlerini belirtmesi bir yükümlülük değil; üstün yararının gereği olarak çocuğa tanınmış bir seçim hakkıdır⁷⁹.

Çocuğun katılım hakkı aynı zamanda Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesinde de ifade edilmiştir. Bu maddeyle “*yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa, bir adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği ilgili tüm bilgileri alma, kendisine danışılma ve görüşünü ifade etme, görüşlerinin uygulanmasının sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilme haklarının verileceği*” hükme bağlanmıştır. Özellikle bu sözleşme bağlamında düşünüldüğünde çocuğun katılım hakkının, aslında hukuki dinlenilme hakkının çocuk bakımından özel bir görünüş biçimi olarak değerlendirilmesi mümkündür⁸⁰. Bu sözleşmeyle çocukla ilgili davaları gören hâkime, çocuğun ilgili konu hakkında bilgi sahibi olup olmadığını inceleme görevi verilmiş olmaktadır⁸¹.

Çocuğun üstün yararının korunması bakımından görüşlerinin alınması gereği ve bu bağlamda çocuğun katılım hakkı, ÇHS'nin dört temel ilkesinden biridir. Bununla birlikte iç hukukta çocuğun görüşünün alınması ilkesi, genel bir prensip olarak yer

⁷⁹ General Comment No. 12, S. 16; **Elçin Grassinger**, Görüş Alınmaması, s. 839. Bu seçim hakkı çocuk yönündendir; çocuğun üstün yararına uygun olan durumlarda mahkemenin çocuğu dinlememesi söz konusu olamaz (**Oktay Özdemir**, s. 1228).

⁸⁰ **Usta**, s. 150. HMK'nın 27. maddesinde davanın taraflarının, müdahillerin ve yargılamanın diğer ilgililerinin kendi haklarıyla bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. Velayet ve kişisel ilişkiye ilişkin talepleri içeren davalarda, kural olarak çocuk davada taraf olmadığından, yargılamanın tarafı sıfatıyla olmasa da ilgili sıfatıyla hukuki dinlenilme hakkına sahip olacaktır. Burada davanın tarafı olmamakla birlikte yargılamanın ilgilisi sıfatının hukuki dinlenilme hakkı bağlamında belirlenmesinde, mahkemenin vereceği karardan sonra o kişinin hukuki durumunun etkilenip etkilenmeyeceği dikkate alınmalıdır (**Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara 2003, s. 285).

⁸¹ **Oktay Özdemir**, s. 1222.

almamış, sadece çeşitli kanun hükümlerinde maddelerin düzenledikleri konuyla sınırlı olarak çocuğun görüşünün alınacağı öngörülmüştür⁸².



⁸² Örneğin bkz. TMK'nın 12, 308, 339. maddeleri, Çocuk Koruma Kanunu'nun 4. ve 13. maddeleri, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 76. maddesi.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI

Avrupa Konseyi tarafından 2003 yılında çıkarılan 2201/2003 sayılı Evlilik ve Velayete İlişkin Yargılama ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Tüzük'ün 40 ve 41. maddeleri uyarınca çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair kararların üye devletler arasında tanınması ve tenfizi zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır⁸³. Buna karşın, anılan tüzüğün söz konusu mahkeme kararlarının icrasına ilişkin ortak bir sistem getirmemesi nedeniyle, karşılaştırmalı bir hukuki analiz yapılması amacıyla çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair mahkeme kararlarının icrası hakkında 2007 yılında çeşitli üye ülkelerin katılımıyla “Aile Haklarının İcrasına İlişkin Karşılaştırmalı Çalışma” isimli bir rapor hazırlanarak, çeşitli ülkelerdeki aile hukukuna dair kararların nasıl icra edildiği incelenmiştir⁸⁴. Bu başlık altında, çalışma konumuza ışık tutması açısından faydalı bulduğumuz kimi ülkelerdeki sistemler kısaca açıklanmıştır. İncelenen ülkeler seçilirken, sistemlerin birbirinden ve Türk Hukuku'ndan farklı olmasına dikkat edilmiş, böylece değişik sistemlerin gözlemlenmesi amaçlanmıştır.

A. İngiltere

İngiliz hukuku temelde içtihat hukukuna dayanmakta ve bu nedenle çok sayıda kanun bulunmamaktaysa da, 1989 tarihli Çocuk Kanunu (*Children Act of 1989*) pozitif hukuk düzenlemelerinden birisidir⁸⁵. Günümüze kadar çeşitli değişikliklere uğramış Çocuk Kanunu hükümlerine göre; ortak velayet esas olup; evli olan anne ve baba velayeti

⁸³ Comparative Study on Enforcement Procedures of Family Rights Synthesis Report, (Aile Haklarının İcrasına İlişkin Karşılaştırmalı Çalışma Sonuç Raporu), Lahey 2007, s. 5: http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/family_rights/study_family_rights_synthesis_report_en.pdf (Erişim Tarihi: 10.10.2017).

⁸⁴ Karşılaştırmalı Rapor, s. 6.

⁸⁵ Children Act 1989: www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41 (Erişim Tarihi: 10.10.2017).

birlikte kullanır. Evlilik dışında doğmuş çocuk bakımından anne velayete kendiliğinden sahipken, baba velayeti anneyle yapılan anlaşmayla veya doğum belgesine dayanılarak nüfus kayıtlarına yapılan kayıtla kazanır. Bu çerçevede anne ve baba velayete birlikte sahip olur. Evliliğin veya evlilik dışı ilişkinin sona ermesi halinde, taraflar mahkemece aksi karar verilmedikçe velayeti birlikte kullanmaya devam ederler. Taraflar velayetin kullanılmasına ve çocuğun kiminle kalacağına ilişkin anlaşma yapabilirler; ancak bu anlaşma Adalet Bakanı tarafından yapılan düzenlemelerle öngörülen biçimde yapıp kaydedilmedikçe geçerli olmaz.

Çocuk Kanunu'nun 8. bölümüne göre mahkemeler, çocukla ilgili dört tip karar vermeye yetkili olup; çocuğun oturacağı yerin belirlenmesi (*residence order*) ve kişisel ilişkinin düzenlenmesi hakkında verilen kararlar (*contact order*) bu kapsama girer. Ancak Aile Haklarının İcrasına İlişkin Karşılaştırmalı Çalışma kapsamında hazırlanan İngiltere Ulusal Raporu'nda belirtildiği üzere, çocuğun oturma yerinin belirlendiği kararlar velayet kararı olmayıp, sadece çocuğun oturma yerinin, yani velayetin ortak olduğu durumlarda çocuğun kiminle kalacağının belirlenmesine ilişkin kararlardır⁸⁶. Söz konusu kararlara aykırı davranılması halinde, kararda ihtarın yer alması koşuluyla, yapılacak yargılama sonucunda para cezası ve iki ayı geçmeyen hapis cezası uygulanması mümkünse de, İngiltere Ulusal Raporu'nda mahkemelerin ceza uygulamasını son çare olarak değerlendirdiği ve tarafların iş birliği yapıp anlaşmaları suretiyle uyuşmazlığın çözümünü sağlama eğiliminde oldukları belirtilmiş; çocuğun üstün yararının sağlanması amacıyla verilen mahkeme kararlarının, cebir kullanılarak zorla yerine getirilmesinin, söz konusu

⁸⁶ Comparative Study on Enforcement Procedures of Family Rights, Annex 29, National Report United Kingdom, England (Aile Haklarının İcrasına İlişkin Karşılaştırmalı Çalışma, Birleşik Krallık, İngiltere Ulusal Raporu), s. 6: http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/family_rights/united_kingdom_england_en.pdf (Erişim Tarihi: 10.10.2017).

amaca aykırı olduğu vurgulanmıřtır⁸⁷. Devlet politikası ve mahkemelerin genel uygulamasının tarafları uzlaşma ve arabuluculuğa yönlendirmek olduğu ve devletin bunun için gerek telefon danışma hattı gerek arabuluculuk ajansları aracılığıyla sağladığı, tarafların da tatmin edici sonuç alamadıkları ve aralarındaki husumeti artırdığı düşüncesiyle mahkemeden çok bu yollara başvurmayı tercih ettiği belirtilmiřtir⁸⁸. Raporda, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair uyuşmazlıkların uzlaşma ve arabuluculuk yöntemleriyle çözümlendiği, mahkeme kararlarına aykırı davranışların son çare olarak cezalandırılmasının mümkün olduğu açıklanmışsa da, zor kullanılarak çocuğun bir taraftan alınarak diğerine verildiğine dair bir uygulamanın varlığı gözlemlenmemiştir.

B. İsveç

İsveç hukukunda velayetle ilgili düzenlemeler Çocuk ve Aile Kanunu'nda (*Föräldrabalken*) yer almakta olup; anılan Kanun'un 6. Bölüm hükümlerine göre gerek boşanmış gerekse hiç evlenmemiş olan anne ve baba kural olarak ortak velayete sahiptir, tarafların velayet hususunda anlaşma yapmaları mümkündür. Yapılan anlaşma Sosyal Hizmet Komitesi'ne sunulup çocuğun üstün yararına uygun bulunursa Komite tarafından onaylanır ve anne baba mahkeme kararına ihtiyaç duymaksızın velayeti kullanabilirler. Mahkeme, velayet yargılamasında çocuğun üstün yararını dikkate alır ve taraflardan ikisinin de istememesi durumu haricinde çocuğu bir tarafın velayeti altına koyabileceği gibi, ortak velayet kararı da verebilir. Ortak velayet kararı verilmesi halinde çocuğun kiminle yaşayacağı ve diğer tarafla kişisel ilişkileri düzenlenir⁸⁹.

⁸⁷ İngiltere Ulusal Raporu, s. 7.

⁸⁸ İngiltere Ulusal Raporu, s. 10-11.

⁸⁹ Comparative Study on Enforcement Procedures of Family Rights, Annex 28, National Report, Sweeden (Aile Haklarının İcrasına İlişkin Karşılařtırılmalđ Çalışma, İsveç Ulusal Raporu), s. 3:

Velayet ve kişisel ilişki kararlarının yerine getirilmesinde, tarafların gönüllü katılımı esas olup öncelikli olarak bunun sağlanması için tedbirler alınır. Mahkeme velayet ve kişisel ilişki kararı verdikten sonra, çocuğun rızayla teslim edilmemesi halinde, hükmün zorla icra edilmesinden önce, Sosyal Hizmet Komitesi'nden bir memuru arabulucu olarak görevlendirir. Arabuluculuk faaliyeti yürütecek sosyal hizmet görevlisi, mahkeme kararının rızayla yerine getirilmesi için taraflarla ve çocukla iletişime geçer. Çocuğun gönüllü olarak teslim edileceğini öğrenirse karşı tarafla iletişime geçerek teslimin ne zaman, nerede yapılacağını kararlaştırılmasına aracılık eder. Çocuğun rızayla teslim edilmeyeceğini anlarsa, bunun sebeplerini ve tarafların güncel durumlarını mahkemeye bir raporla bildirir. Böylece hükmü veren mahkeme, icra aşamasında tarafların tutumları ve çocuğun istekleri hakkında güncel bilgi sahibi olur. Eğer çocuğun tesliminin rızayla sağlanamayacağı anlaşılırsa mahkeme ayrıca bir “icra kararı” verir⁹⁰.

Kanun'un 21. Bölümü'nün 6. maddesine göre mahkeme icra aşamasında da çocuğun üstün yararını dikkate almak zorunda olup, çocuk tesliminin çocuğun üstün yararına uygun olmaktan çıktığına kanaat getirmesi halinde hükmün icrasının reddine karar vermekle yükümlüdür⁹¹. Ancak mahkemenin icra aşamasında çocuğun üstün yararını gözetmeye devam etmesi, kararın tekrar gözden geçirilmesi anlamına gelmemekte; mahkeme sadece icra aşamasında ortaya çıkan yeni vakıaları çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde değerlendirmektedir⁹². Mahkeme görüşlerini oluşturacak yaş ve olgunluğa sahip çocuğun görüşünü hükmün icrası sırasında da dikkate alır ve çocuğun üstün yararına aykırı olmadıkça buna uygun hareket eder. Çocuğu teslim etmekle yükümlü olan tarafın bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, mahkeme ayrıca bir

http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/family_rights/sweeden_en.pdf (Erişim Tarihi: 10.10.2017).

⁹⁰ İsveç Ulusal Raporu, s. 6.

⁹¹ İsveç Ulusal Raporu, s. 7.

⁹² İsveç Ulusal Raporu, s. 8.

karar vererek, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını gözeterak çocuğu teslim etmeyen tarafı para cezasına mahkûm edebilir veya polis marifetiyle yerine getirilmesini emredebilir⁹³. Çocuğun polis zoruyla teslim alınmasının ancak son çare niteliğinde bir çözüm olduğu ve bu nedenle istisnai olarak uygulandığı belirtilmekte, çocuğun tehlike altında olduğu ve acilen korunması gerektiği durumlarda polis kuvvetine başvurulduğu vurgulanmaktadır⁹⁴. Öte yandan, çocuğun polisle teslim alınması sürecinde çocuğu teslim almaya giden polislerin uzman refakatinde ve sivil giyimli olmaları gerektiği, bu sırada ortaya çıkan masrafların devlet tarafından karşılandığı da ifade edilmektedir⁹⁵.

C. Fransa

Fransız Hukuku'nda ortak velayetin esas alındığı ve velayetin kullanılması sırasında tarafların uzlaşmaları ve çocuğun menfaatlerinin dikkate alındığı görülmekte; mahkemece verilen kişisel ilişki kararına aykırı davranışlarda bulunulması halinde, kişisel ilişkiyi engelleyen tarafa yönelik olarak hapis veya para cezası yaptırımlarının uygulandığı; ancak cebrî icra aracılığıyla ve polis zoruyla çocuğun karşı tarafa teslim edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁹⁶.

D. Almanya

Almanya'da 01.09.2009 yılında yürürlüğe giren Aile ve ekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Kanun'da (*Gesetz  ber das Verfahren in Familiensachen und in den*

⁹³ İsveç Ulusal Raporu, s. 10.

⁹⁴ İsveç Ulusal Raporu, s. 11.

⁹⁵ Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, ocuk Teslimine Mağduriyet Odaklı Yaklaşım Raporu, 2017, s. 27. Bkz. <http://www.magdur.adalet.gov.tr/cocuk-teslimi-surecine-magduriyet-odakli-yaklasim-01497> (Erişim Tarihi: 22.08.2017).

⁹⁶ Fransız hukukundaki düzenlemeye ocuk Teslimi Raporu'nda yer verilmiş olduğundan, çalışmamızda kısaca değinilmesi uygun görülmüştür. Bkz. ocuk Teslimi Raporu, s. 27.

Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) genel olarak aile hukukundan doğan dava ve işlerdeki yargılama usulü hakkında hükümlere yer verildiği gibi, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair kararların icrası da düzenlenmiştir⁹⁷. Kanun'da bir yandan mahkeme kararının yerine getirilmesi için zorlayıcı yöntemlerin düzenlenirken, bir yandan da mahkeme aracılığıyla tarafların uzlaştırılmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Kanun'un 86. maddesinde mahkeme kararlarının ve mahkeme tarafından onaylanmış anlaşmaların icra kabiliyetini haiz olduğu belirtilmiştir.

Anne veya babanın, karşı tarafın çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair bir kararın veya onaylanmış anlaşmanın gereklerine aykırı davrandığı iddiasıyla mahkemeye başvurması halinde, 165. maddeye göre, mahkemece taraflar uzlaştırma duruşmasına bizzat çağırılır. Duruşmada kararın gereklerine aykırı davranışların çocuğun menfaatlerine olan etkisi, aykırılığın idari yaptırımlarla karşılanabileceği ve hatta velayetin değiştirilebileceği hakkında taraflara bilgi verilerek, mahkeme dışı uzlaştırma yolları hatırlatılır. Taraflar duruşmada uzlaşma sağlarsa, yapılan yeni anlaşma öncekinin yerini alır ve uygulanır. Uzlaşma sağlanamaması veya taraflardan birinin duruşmaya gelmemesi halinde mahkemece idari yaptırımların uygulanması, önceki kişisel ilişki planının değiştirilmesi ve velayete ilişkin tedbir alınması konularında inceleme yapılır. Mahkemeye daha önce yapılan başvuru neticesinde yapılan uzlaştırma duruşmasından sonuç alınamamış yahut mahkeme dışı uzlaştırma süreci başarısız olmuşsa uzlaştırma başvurusunu reddedilebilir. Uygun durumlarda Gençlik Dairesi de duruşmaya davet edilir.

Kanun'un 88. maddesine göre çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair kararların icrası mahkeme aracılığıyla yerine getirilir ve uygun durumlarda Gençlik

⁹⁷ Alman Aile ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Kanun'un resmî İngilizce çevirisi için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_famfg/englisch_famfg.html (Erişim Tarihi: 10.10.2017).

Dairesi'nin mahkemeye desteği sağlanır. 89. maddede idari zorlama yolları düzenlenmekte olup, idari para cezası veya para cezasının yeterli görülmemesi halinde idari hapis kararı verilmesi mümkündür. Bu karar verilmeden önce borçlu dinlenir. Borçlunun karara aykırı davranışlarının haklı bir sebebe dayandığı tespit edilirse idari hapis veya para cezasının kaldırılmasına karar verilir.

Aile ve  ekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Kanun'da yukarıda açıklanan tedbirlerin yanından doğrudan zor kullanma yöntemi de düzenlenmiştir. 90. maddeye göre idari para veya hapis cezasıyla borcun yerine getirilmesi sağlanamamışsa veya sağlanamaması muhtemelse ya da kararın acilen icra edilmesi zorunluysa mahkemeye doğrudan zor kullanılmasına karar verilebilir. Zor kullanma yetkisi kural olarak  ocuk üzerinde kullanılamaz; ancak istisnai durumlarda çocuğun üstün yararı ilkesi zorunlu kılıyorsa ve borcun yerine getirilmesi daha hafif usullerle sağlanamamışsa  ocuk üzerinde zor kullanılmasına cevaz verilebilir. İcranın engellenmesi veya zora sokulması söz konusu değilse, zor kullanma kararı verilmeden önce de borçlu dinlenebilir. Belirtmek gerekir ki 165. madde kapsamında uzlaştırma prosedürüne başvurulması, idari yaptırım ve doğrudan zor kullanmanın  n şartı olmadığı gibi, uzlaştırma yoluna başvurulması diğer usullerin uygulanmasını engellemez.

93. maddede bazı hallerde icranın geçici olarak durdurulması, sınırlanması veya alınan icra tedbirlerinin kaldırılması mümkündür. Buna göre karara karşı kanun yolu, eski hale getirme, yeniden yargılama veya kararın değiştirilmesi için başvurulması ya da uzlaştırma başvurusu yapılması halinde mahkeme icranın geçici olarak durdurulmasına karar verebilir.

E. Avustralya

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişkiye dair kararların icrasında Avrupa Birliği ülkeleri dışında, farklı bir örnek olması açısından daha farklı bir sistemin benimsendiği Avustralya hukukuna değinmeyi faydalı bulduk. Avustralya’da Aile Hukuku Kanunu’nda⁹⁸ (*Family Law Act*) 2000 yılında yapılan değişikliklerle birlikte getirilen sistemin üç aşamalı bir sistem olduğu ve kararın gereğini yerine getirmeyen anne veya babaya yaptırım uygulanmasına ek olarak, ileride tekrar etmesi muhtemel olan ihlallerin önlenmesi amacıyla bir dizi tedbirler alınmasının amaçlandığı ifade edilmektedir⁹⁹.

Anılan Kanun’un 70N Bölümü hükümlerine göre; ilk aşama olarak tarafların anlaşmalarına veya yargılamaya dayanan kişisel ilişki kararlarında, kararın gereğinin yerine getirilmemesi halinde yaptırım uygulanacağını ihtar edilmesi zorunlu tutulmuştur. İhtara rağmen kişisel ilişkiye katlanmak zorunda olan tarafın karara aykırı davranması halinde, kişisel ilişki hakkı sahibi mahkemeye başvurabilir. Mahkemece karara aykırı davranışların makul bir sebebe dayanmadığının tespit edilmesi halinde, kararın gereğini yerine getirmeyen tarafın veya gerekli görülürse her iki tarafın ayrılık sonrası aile eğitimi programına katılmasına karar verilir. Bu aşamada mahkemece ayrıca, kişisel ilişkinin kurulamamış olması nedeniyle telafi amaçlı yeni bir kişisel ilişki zamanı belirlenebileceği gibi, tarafların kişisel ilişki koşullarının değiştirilmesi amacıyla mahkemeye başvurmaları için icranın ertelenmesine de karar verilebilir¹⁰⁰. Kişisel ilişki kararına aykırı davranışın tekrar etmesi veya ilk aykırılığın mahkeme kararına karşı ciddi itaatsizlik teşkil etmesi halinde; mahkemece karara aykırı davranan tarafa kamu

⁹⁸ Family Law Act 1975: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C01106> (Erişim Tarihi: 10.10.2017).

⁹⁹ **Rhoades, Helen:** Contact Enforcement and Parenting Programmes-Policy Aims in Confusion, (Child and Family Law Quarterly, Vol. 16, No. 1, 2004, s. 1-16), s. 1.

¹⁰⁰ **Rhoades,** s. 2.

hizmetinde bulunması, yargılama giderlerinin yükletilmesi, para veya hapis cezasına mahkûm edilmesi gibi yaptırımlar uygulanmasına karar verilebilir¹⁰¹. Hapis cezası on iki ayı aşamaz ve kararın gereği yerine getirilirse uygulanmasına son verilir¹⁰².

III. MAĞDUR HAKLARI KANUNU TASARISI ÇERÇEVESİNDE ÖNGÖRÜLEN YENİ MODEL

2017 yılında yapılan Mağdur Hakları Kanun Tasarısı'nda çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesi bakımından yeni bir sistem öngörülmektedir¹⁰³. Bu başlık altında Mağdur Hakları Kanunu Tasarısı'nın öngördüğü yeni sistem açıklanmış, sistemin değerlendirmesi ise çalışmanın sonunda yapılmıştır.

Tasarı'nın 1. maddesinde, amacın soruşturma veya kovuşturma aşamasında suç mağdurlarına tanınan haklar ile sağlanan hizmet ve yardımlara ilişkin esasları düzenlemek olduğu ifade edilmiştir. Genel olarak Tasarı'daki düzenlemelerin ceza muhakemesi sürecinde yaşanan mağduriyetlerin giderilmesine yönelik olduğu söylenebilir. Buna ek olarak, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair kararların yerine getirilmesinin, ilamlı icra ve tedbir kararların icrası sisteminden tamamen çıkarılması hedeflenmektedir. Tasarı'nın genel gerekçesinde; mevcut uygulamanın çocuk ve ebeveynlerin özel durumlarını dikkate almakta yetersiz kaldığı, bu nedenle Tasarı ile birlikte söz konusu kararların yerine getirilmesinin icra dairelerinin görevi olmaktan çıkarılması, uzmanların daha etkin olduğu bir idari birim bünyesinde

¹⁰¹ **Rhoades**, s. 2.

¹⁰² Avustralya Aile Hukuku Kanunu, Bölüm 70NFG.

¹⁰³ Tasarı için bkz. <http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/1magdurhaklarikanuntasarisi.pdf> (Erişim Tarihi: 10.10.2017).

tarafların ve çocuğun zarar görmesini engelleyecek bir usulle idari bir organ aracılığıyla gerçekleştirilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin düzenleme Mağdur Hakları Kanun Tasarısı'nın "Kırılgan Gruplara Yönelik Hizmetler" başlıklı dördüncü Bölümü altında öngörülmüş 16. maddesinde yer almaktadır. "Kırılgan grup" ise, Tasarı'nın 2. maddesinin (f) bendinde "*cinsel suç, aile içi şiddet, terör, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçu mağdurları ile çocuk, kadın, yaşlı ve engelli mağdurları*" olarak tanımlanmıştır. Madde gerekçesinde, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması sürecinin, çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde çocuğun sağlıklı bir birey olarak yetişmesi için adli prosedür dışında, karşılıklı anlayış ve hoşgörü çerçevesinde gerçekleştirilmesinin amaçlandığı; bununla birlikte, sürecin rıza çerçevesinde gerçekleştirilememesi halinde zorlayıcı bir sistem öngörülmesinin çocuğun üstün yararı ilkesi bakımından zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

Anılan 16. madde düzenlemesi uyarınca, çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararını yerine getirmekle yükümlü olan tarafın kararın gereğini rızasıyla yerine getirmemesi halinde, diğer taraf çocuğun oturduğu yerdeki Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü'ne başvurabilir. Başvurunun çocuğun oturduğu yer dışındaki başka bir yerdeki müdürlüğe yapılması halinde, başvuru derhal çocuğun oturduğu yerdeki müdürlüğe gönderilir. Bunun üzerine, ilgili müdürlük, teslim yükümlüsüyle iletişime geçerek belirlenen gün ve saatte, kararda belirtilen koşullarda, ayrıca bir işlem veya ihtarla gerek olmaksızın çocuğun bulunduğu adreste, müdürlükte veya belirlenen başka bir yerde karşı tarafa teslimi gerektiğini yükümlü tarafa bildirir. Söz konusu düzenlemenin gerekçesinde, müdürlüğün teslim yükümlüsüyle telefon gibi araçlarla iletişime geçeceği, bu görüşmenin tutanak altına alınacağı ve ispat aracı olarak kullanılacağı belirtilmiştir.

Anılan düzenleme uyarınca, mümkünse taraflar ve vekillerin katılımıyla kararın uygulanması bağlamında bir plan hazırlanır. Planda tarafların hak ve yükümlülükleriyle plana uyulmaması halinde uygulanabilecek yaptırımlara da yer verilir. Bu plan aile mahkemesinin onayına sunulur. Onaylanmış plan, planın hazırlanmasında hazır bulunmayan tarafa tebliğ edilir. Plan hazırlanırken çocuğun üstün yararı ilkesi esas alınır ve çocuğun psikolojisine etkisi değerlendirilir. Taraflar, ayrıca hiçbir işlem ve ihtara gerek olmaksızın hazırlanan planın gereklerini yerine getirmek zorundadır; aksi halde plan müdürlük eliyle zorla icra edilir.

Planın zorla yerine getirilmesi süreci, adli destek uzmanları¹⁰⁴ tarafından yürütülür. Söz konusu süreç, adli destek uzmanının bulunmadığı yerlerde, sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzman tarafından, bunların da bulunmadığı yerlerde, bir eğitimcinin nezaretinde gerçekleştirilir. Çocuk teslimi ve kişisel ilişki kurulması sırasında talep eden tarafın hazır bulunacağı esas olmakla birlikte, adli destek uzmanı veya görevlendirilen memurun gerekli görmesi halinde işlemin talep edenin yokluğunda da yapılabilir. Bunun yanı sıra, süreç işlerken gerekirse kolluk kuvvetlerinden yararlanılabilir. Kolluk kuvvetleri, bu konudaki talepleri derhal yerine getirmek zorundadır.

Anılan düzenleme uyarınca ilgili müdürlüğün yaptığı işlemler, İİK'nın 16 ila 18. maddeleri bağlamında şikâyete tâbi olup, şikâyet incelemesi aile mahkemesi tarafından görülür ve karara bağlanır.

Çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulması sürecinde hazırlanan plana aykırı davranışlar ve planın yerine getirilmesini engelleyenler hakkında ise, aile

¹⁰⁴ Tasarının tanımların yer aldığı ikinci maddesinin (ğ) bendinde adli destek uzmanı, “daire Başkanlığı ile müdürlükler bünyesinde psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı kadrosunda çalışan görevliler” olarak tanımlanmıştır.

mahkemesi tarafından şikâyet üzerine altı aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Öngörülen bu hapsin uygulanmasına başlandıktan sonra planın gereğinin yerine getirilmesi halinde kişi tahliye edilir ve fakat tahliye hükmü sadece bir kez uygulanır. Yargılama, İİK'nın 347 ile 354. maddeleri arasında yer alan kurallara göre yürütülür. Aile mahkemesinin kararına itiraz edilebilir. Kararı veren mahkeme, itiraz incelemesi için dosyayı o yerde aile mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması halinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde aile mahkemesinin tek dairesi bulunması halinde ise en yakın aile mahkemesine gönderir.

Söz konusu düzenlemede, velayet sahibi anne veya babanın, hazırlanan planda belirlenen yükümlülüklerine birden fazla defa ve haklı sebep olmaksızın aykırı davranmaları halinde, velayetin değiştirilebileceği, hatta koşullara göre velayetin kaldırılarak çocuğa vasi atanabileceği, bu durumun çocukla kişisel ilişkinin düzenlendiği kararlarda karşı tarafa ihtar edileceği düzenlenmiştir.

Mağdur Hakları Kanun Tasarısı'nın 16. maddesinin son fıkrası ise, giderlere ilişkin olup, anılan madde kapsamında yapılan giderlerin Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacağı hükme bağlanmıştır. Mağdur Hakları Dairesi dışında yürütülen işlemleri yerine getiren adli destek uzmanları ve görevlendirilen memura, 3717 sayılı Adli Personel ile Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Gideri ve Tazminat Verilmesi ile 492 sayılı Harçlar Kanununun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun'un 2. maddesi uyarınca ödeme yapılacağı düzenlenmiştir.

Tasarının 33. maddesinin ilk fıkrasıyla birlikte İİK'nın 25, 25/a, 25/b ve 341.maddeleri yürürlükten kaldırılması amaçlanmakta ve yürürlüğe ilişkin 34. maddesinde, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin olan 16. maddenin 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe gireceği hükme bağlanmaktadır.

IV. ÇOCUK TESLİMİNE İLİŞKİN İLAMLARIN KAYNAKLARI

TMK'nın 335. maddesi uyarınca ergin olmayan çocuk anne ve babasının velayeti altında olup 336. maddesine göre evliliğin devam ettiği süre boyunca velayet anne ve baba tarafından birlikte kullanılır. Eşler evli değilse velayet kural olarak anneye ait olur (TMK 337. maddesi). Eşyanın tabiatı gereği eşler ve çocuklardan oluşan aile bireylerinin bir arada yaşaması doğaldır. Hukuk sistemimizde ailenin birliğine ve bu birliğin korunmasına önem verilmiştir. Anayasa'nın 41. maddesinde ailenin toplumun temeli olduğu öngörülmüş; TMK'nın 185. maddesinin üçüncü fıkrasıyla eşlere birlikte yaşama yükümlülüğü getirilmiş; çocuklar yönünden ise, 339. maddenin dördüncü fıkrasında bir düzenleme getirilmiş ve çocuğun anne ve babasının rızası olmaksızın evi terk edemeyeceği ve yasal sebep olmadığı sürece onlardan alınamayacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla olağan koşullarda aile üyeleri kural olarak birlikte yaşayacağından çocuk tesliminin söz konusu olması mümkün değildir.

Çocuk teslimi kavramı, evlilik birliğinin herhangi bir sebeple sona ermesi veya birlikte yaşamaya ara verilmesi neticesinde ortak çocukların velayetinin hangi eşe ait olacağına karar verilmesi, velayetin düzenlenmesi ve kaldırılması talepleri, evlat edinme ve velayetin kaldırılıp çocuğun vesayet altına alınması durumlarında gündeme gelir. Herhangi bir sebeple mahkeme tarafından çocuk kendisine bırakılan taraf çocukla birlikte yaşamıyorsa, diğer tarafın çocuğu ilgiliye teslim etmesi gerekir. Eğer çocuğu fiilen yanında bulunduran taraf artık velayet hakkına sahip olmamasına rağmen çocuğu teslim etmek istemezse, çocuk teslimine ilişkin ilamın gereğinin yerine getirilmesi için icra takibi başlatılır.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması farklı dava ve taleplere dayanabileceği için, söz konusu ilamların kaynakları önemli görülmüş; bu bölümde,

çocuk teslimine ilişkin ilamların kaynaklarının neler olabileceği incelenmiş ve buna bağlı olarak hangi durumlarda çocuğun teslim edilmesi gereğinin ortaya çıkacağı açıklanmıştır.

A. Velayet

TMK’da velayet kavramının tanımına yer verilmemiş ancak velayetin kapsamı belirlenmiştir. Kanun’da belirlenen kapsam çerçevesinde doktrinde yapılan tanımlara¹⁰⁵ paralel olarak velayet, kural olarak küçüklerin, istisnai olarak da kısıtlanmış ergin çocukların bakımı, yetiştirilmesi, ihtiyaçlarının karşılanması, kişiliklerinin korunması ve mallarının yönetilip korunmasıyla temsillerinin sağlanması bakımından münhasıran anne ve babanın sahip oldukları hak ve yetkiler ile bu hak ve yetkilerin çocuğun üstün yararına uygun biçimde kullanılmasına ilişkin yükümlülüklerin bütünü olarak tanımlanabilir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere velayet bir hak ve fakat aynı zamanda bir yükümlülükler bütünüdür¹⁰⁶. Üstelik bu yükümlülükler yalnızca etik değil yasal yükümlülüklerdir¹⁰⁷. Bu yönüyle doktrinde velayetin bir yüküm-hak olduğu¹⁰⁸ ve bu hakka sahip olanın onu kullanmakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁹.

¹⁰⁵ **Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya:** Türk Medeni Hukuku C. II Aile Hukuku, 17. B., İstanbul 2015, s. 406; **Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper:** Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, 11. B., İstanbul 2016, s. 342; **Öztan,** s. 1074; **Serozan,** s. 250; **Akyüz,** 223; **İmamoğlu, Hülya:** Yeni Medeni Kanun’daki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi, (AÜHFD 2005/54/1, s. 165-190), s. 166; **Serdar, İlknur:** Birlikte Velayet, (DEÜHFD 2008/10/1, s. 155-197), s. 159; **Baktır Çetiner, Selma:** Velayet Hukuku, Ankara 2000, s. 30.

¹⁰⁶ **Akıntürk/Ateş Karaman,** s. 407; **İmamoğlu,** Tedip Hakkı, s. 166.

¹⁰⁷ **Serdar,** s. 165.

¹⁰⁸ **Serozan,** s. 250. Yazar “velayet” deyiminin kendisini eleştirerek, bunun çocuk üzerinde artık terk edilmiş olan ataerkil egemenliği çağrıştırdığını, modern yabancı hukuk sistemlerinde bu deyim kullanımı terk edilerek velayetin koruma ve bakım yükümlülüğü yönünde dikkat çeken ifadelerin (örneğin İngilizce’de “*parental responsibility*”) kullanıldığını belirtmektedir (bkz. **Serozan,** s. 253).

¹⁰⁹ **Öztan,** s. 1076.

Velayetin hukuki nitelik itibarıyla hak kavramının özelliklerini barındırmasının sebebi, kişiye sıkı sıkıya bağlı olması, başkasına devredilmemesi, feragat edilmemesi ve miras yoluyla intikal etmemesidir¹¹⁰. TMK'nın 335. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*yasal sebep olmadıkça velayetin anne ve babadan alınmayacağına*” ilişkin düzenleme de, velayetin anne ve babanın çocukları üzerinde sahip oldukları bir hak olduğunu vurgulamaktadır¹¹¹. Bununla birlikte velayet, her ne kadar kişiye sıkı sıkıya bağlı bir mutlak hak¹¹² olarak kabul edilse de; hak sınıflandırmasına doğrudan uymadığı gibi¹¹³, anne ve babaya tanınmış bir subjektif hak olarak da nitelendirilemez¹¹⁴. Velayet hakkı üzerinde tasarruf edilemeyen ve çocuğun yararı amacıyla kullanılması gereken, bir başka ifadeyle çocuğun üstün yararı ve buna bağlı olarak katılım hakkıyla sınırlandırılmış “özgecil ve işlevsel¹¹⁵” bir haktır¹¹⁶. Velayetle birlikte anne ve baba ile çocuk arasında oluşan ilişkide her iki taraf da eşit hak öznesi konumundadır¹¹⁷. İşte, velayete ilişkin bu özel durum, yani bir yönüyle hak olmasına rağmen çocuğun korunmasına hizmet etmesi ve üstün yararına uygun olarak kullanılması zorunluluğu, velayetin yükümlülük barındıran karakterini gösterir. Velayet çocuğun hayatta kalma ve gelişim dönemindeki bireysel ve toplumsal

¹¹⁰ Serozan, s. 252; Öztan, s. 1078; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 409; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 349; Usta, s. 27; Serdar, s. 160; Baktır Çetiner, s. 47.

¹¹¹ Kılıçoğlu, Ahmet M.: Aile Hukuku, 2. B., Ankara 2016, s. 623.

¹¹² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 343; Öztan, s. 1080. Velayetin anne-baba ile çocuk arasındaki karşılıklı yükümlülük ilişkisinde bir nisbi hak, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde ise mutlak hak özelliği gösterdiği, bu nedenle hem mutlak hem nisbi hak karakteri taşıdığına ilişkin görüşler için bkz. Baygın, s. 260; Serozan, s. 251; İmamoğlu, Tedip Hakkı, s. 168. Velayetin mutlak hak olarak nitelendirilmesi, çocuğu hakkın konusu haline getirir. Ancak velayete dayanan taleplerin, anne ve babanın çocuk üzerindeki hakkının korunması fikrine değil, çocuğa ilişkin yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin sağlanması anlayışına dayanması gerekir (Usta, s. 28).

¹¹³ Serozan, s. 251.

¹¹⁴ Öztan, s. 1075.

¹¹⁵ Serozan, s. 250.

¹¹⁶ Öztan, s. 1075; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 349.

¹¹⁷ İmamoğlu, Çocuğun Korunması, s. 215.

ihitiyaçlarının karşılanması düşüncesine dayanır¹¹⁸. Anne ve baba için öngörölmüş bir kurum olmayıp; çocuğun korunması, zamanla bu korunmaya duyulan ihtiyacın ortadan kaldırılarak onun bağımsızlaştırılması, kendi kendine yetmesinin sağlanması ve hem bedensel hem ruhsal yönden yaşama hazır bir olgunluğa ulaştırılması amacına hizmet eder¹¹⁹. Anne ve baba velayeti kullanırken bu amacı göz önünde bulundurmalıdır¹²⁰. Bu kapsamda çocuğun üstün yararının velayetin kullanılmasında bir sınır teşkil ettiğı söylenebilir¹²¹. Çocuğun üstün yararı ilkesinin velayet hakkının kullanılmasında teşkil ettiğı sınırın bir başka yönünü, çocuğun görüşünün alınması ve kişiliğine saygı gösterilmesi ilkeleri oluşturur¹²². Velayeti kullanan anne ve baba, çocukla ilgili konularda karar alırken çocuğun görüşünü dikkate almalıdır¹²³. Böylece çocuğun, eğitimi ve sosyal yaşamının düzenlenmesi gibi konularda kendi katılımı da sağlanmış olacak ve kendi isteklerine göre yaşantısını sürdürme imkânı tanınmış olacaktır¹²⁴. Velayet hakkına sahip olan anne ve baba, bir yandan çocuğun korunmasını sağlamakla görevliyen bir yandan da çocuğun kişiliğine saygı göstermek zorunda olup; iki ilke arasındaki dengenin sağlanmasında anayasal ölçölölük ilkesi belirleyici olacaktır¹²⁵.

¹¹⁸ **Usta**, s. 24.

¹²⁰ **Sarı, Suat:** Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velayeti Birlikte Kullanması, (LHD 2007/49, s. 83-94), s. 87.

¹²² **Serozan**, s. 256; **İmamoğlu**, *Tedip Hakkı*, s. 172; **Usta**, s. 146.

¹²⁴ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 344.

¹²⁶ **Öztan**, s. 1079.

Çıkarılan birtakım özellikleri vardır. Öncelikli olarak bir yandan velayet münhasıran anne babaya aittir ve sadece çocukları üzerinde söz konusu olur; öte yandan çocuğun herhangi bir yolla ergin olmasıyla birlikte anne ve babanın velayet hakkı kendiliğinden ortadan kalkar¹²⁷. TMK'nın 335. maddesinin ilk cümlesinde açıkça ergin olmayan çocuğun anne ve babasının velayeti altında olacağı düzenlenmiştir. Bunun yanında 335. maddenin ikinci fıkrası ve 419. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca kısıtlanan ergin çocuklar, kural olarak velayet altında bırakılır. Kanun'daki düzenlemelerden anlaşıldığı üzere ergin olmayan çocuklar ve kural olarak kısıtlanan ergin çocuklar anne ve babalarının velayeti altında bulunur. 18 yaşın ikmali veya evlenme yoluyla ergin olma yahut mahkeme kararıyla ergin kılınma velayeti kendiliğinden sona erdirir¹²⁸. Bununla birlikte, çocuğun ergin olması anne ve babanın ocuk üzerindeki yükümlülüklerini bütünüyle ortadan kaldırmaz. TMK'nın 328. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca çocuğun ergin olmasına rağmen eğitiminin devam etmesi durumunda, eğitimi bitinceye kadar anne ve baba çocuğa bakmakla yükümlü olmaya devam eder. Velayetin kullanılması yönünden ergin olmayan ocuk ile kısıtlanan ergin ocuk arasında herhangi bir fark yoktur¹²⁹.

Velayete sahip olabilecek kişiler sadece anne ve baba ise de, bunun için birtakım koşulların bulunması gerekir. Öncelikle, velayet soybağının bir sonucu olduğundan, biyolojik anne ve babanın çocuğun velayetine sahip olması için ocuk ile aralarında soybağı ilişkisinin hukuken kurulmuş olması gerekir¹³⁰. Anne ve baba dışında hiç kimse; örneğin, yakın akrabalar, kardeşler, bakıcı anne baba ile üvey anne ve baba¹³¹ velayete

¹²⁷ Baygın, s. 277; Serozan, s. 251; ztan, s. 1082; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 407-409; Dural/ğz/Gümüş, s. 342-343; Akyüz, s. 225-227; Usta, s. 103; Baktır etiner, s. 36, 43.

¹²⁸ Akyüz, s. 228; Baygın, s. 260.

¹²⁹ Sarı, s. 86.

¹³⁰ Akyüz, s. 227; Dural/ğz/Gümüş, s. 342.

¹³¹ üvey anne ve baba velayete sahip değilse de TMK'nın 338. madde hükmü uyarınca üvey çocuklarına karşı zen ve ilgi göstermekle, diğer eşe yardımcı olmakla ve gerektiğinde çocuğu temsil etmekle ykmldrlr.

sahip olamaz¹³². Bu kuralın tek istisnası evlat edinme durumunda söz konusu olup, TMK'nın 314. maddesinin birinci fıkrası uyarınca evlat edinmeyle birlikte anne ve babaya ait hak ve yükümlülükler evlat edinene geçtiği için, evlat edinen de evlat edinilen küçük veya ergin kısıtlı üzerinde velayete sahip olur¹³³. Anne babanın velayete sahip olmasının diğer koşulu ise, ayırt etme gücüne sahip olmaları, ergin olmaları ve kısıtlanmamış olmaları olarak kabul edilmektedir¹³⁴.

Kanun sistematğinde velayetin içerdiği hak ve yükümlülükler çocuğun kişi varlığına, çocuğun malvarlığına ve çocuğun temsiline ilişkin olmak üzere üç boyutta ele alınmaktadır. Velayetin kapsamına çocuğun anne ve babasıyla birlikte yaşaması da girmektedir. ÇHS'nin 9. maddesi kapsamında güvence altına alınan çocuk ile anne ve babanın birlikte yaşaması, çocuğun temel bir hakkı olduğu gibi, anne ve baba da çocuğu kendi gözetim ve denetimi altında bulundurma hakkına sahiptir¹³⁵. Ayrıca velayetin bir sonucu olarak çocuğun yerleşim yeri kural olarak anne ve babasının yerleşim yeridir¹³⁶. Çocuk anne ve babasının rızası olmadıkça evi terk edemez; yerleşim yeri anne ve babasına bağlı olup onlardan ayrı bir yerleşim yeri belirlenemez¹³⁷. Buna ek olarak çocuk kanuna dayanan bir sebep olmaksızın anne ve babasından alınamaz. Kanundan kaynaklanan sebeple çocuğun anne ve babasından ayrılmasına örnek olarak çocuğun

¹³² Baygın, s. 263; Öztan, s. 1085; Özer Taşkın, s. 36. “*Velayet hakkı münhasıran anne ve babaya tanınan bir hak olup evlat edinme hali hariç, anne ve baba dışında hiç kimseye tevdi olunamayacağından...*” (2. HD, 21.05.2012, E. 2011/17988, K. 2012/13764: Gençcan, s. 89).

¹³³ Öztan, s. 1086; Akyüz, s. 227; Baygın, s. 262; Usta, s. 103.

¹³⁴ Öztan, s. 1074, 1085; Baygın, s. 262. Doktrinde aksi yöndeki görüşe göre ise, TMK'nın 124. maddesi uyarınca evlenme yaşının kural olarak 17, istisnai durumlarda 16 olarak kabul edilmesi nedeniyle velayete sahip olunması için anne babanın ergin olması gerekmemektedir (Elçin Grassinger, s. 15).

¹³⁵ Baygın, s. 281.

¹³⁶ Usta, s. 267; Baktır Çetiner, s. 54.

¹³⁷ Akyüz, s. 124; Kılıçoğlu, s. 630.

üstün yararının korunması için bir önlem niteliğinde olan “bir kuruma yerleştirmesi” verilebilir¹³⁸.

Anne ve baba tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsiz çocuğun yasal temsilcisi olarak çocuk adına ve hesabına hukuki işlem yapar¹³⁹; ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların bir kısmını sınırlı ehliyetsiz çocuk tek başına kullanabilir¹⁴⁰. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda temsil kuralı olarak kabul edilmemişse de çocuğun korunması için bazı haklar bakımından tam ehliyetsiz çocuğun da anne ve baba tarafından temsil edilebileceği doktrinde kabul edilmektedir¹⁴¹.

Anne ve babanın çocuğu temsil yetkisi, çocuğun davada temsilini de kapsar. Velayete sahip anne ve baba yasal temsilci sıfatıyla kural olarak çocuğu davada temsil eder¹⁴². Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 50. maddesi uyarınca taraf ehliyeti hak ehliyetine, 51. maddesi uyarınca dava ehliyeti ise fiil ehliyetine bağlıdır. Bu nedenle çocuk taraf ehliyetine sahipken, dava ehliyetine sahip değildir¹⁴³. Ancak burada da ayırt etme gücüne bağlı olarak bir ayırım yapmak gerekir. Buna göre ayırt etme gücüne sahip çocuklar sınırlı dava ehliyetine sahiptir¹⁴⁴. Kanun’un izin verdiği istisnai durumlarda¹⁴⁵

¹³⁸ Kılıçoğlu, s. 630; Elçin Grassinger, s. 24.

¹³⁹ Baygın, s. 298; Serozan, s. 272.

¹⁴⁰ Öztan, s. 1116, 119; Akyüz, s. 116; Baygın, s. 315; Serozan, s. 273; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 418; Usta, s. 357; Baktır Çetiner, s. 75; Karakaş, Fatma Tülay: Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Ankara 2015, s. 37.

¹⁴¹ Akyüz, s. 112; Öztan, s. 1129; Serozan, s. 276; Usta, s. 356; Karakaş, s. 36. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların sınıflandırılması ve hangilerinin yasal temsilci tarafından kullanılabileceğine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Karakaş, s. 58 vd.

¹⁴² Akıntürk/Ateş Karaman, s. 418.

¹⁴³ Yılmaz, Ejder: Çocuk Hakları Açısından Çocuğun Davada Temsilinin ve İradesinin Önemi, (DEÜHFD 2010/11, s. 819-841), s. 824; Öztan, s. 1119; Baygın, s. 298; Usta, s. 397.

¹⁴⁴ Yılmaz, Çocuğun Temsili, s. 825.

¹⁴⁵ Sınırlı ehliyetsizlerin tek başına kullanabildikleri kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin davalar, kendisine bir meslek veya sanatın yürütülmesi izni verilmiş küçüğün buna ilişkin davalar ve tasarruf hakkı kendisinde olan mallara ilişkin davalardır(TMK m. 359).

ayırt etme gücüne sahip olan çocuk davacı veya davalı olarak her türlü yargılama işlemini anne ve babasının izni veya icazeti olmaksızın yapabilir¹⁴⁶. Buna karşın ayırt etme gücü olmayan çocukların dava ehliyeti olmayıp davada veli tarafından temsil edilirler¹⁴⁷. Evlilik birliği içinde anne ve baba velayeti birlikte kullandığından çocuk adına açacakları davaları da birlikte açmalıdır¹⁴⁸.

Velayet kavramına ilişkin başka bir önemli husus, velayetin kamu düzeninden olmasıdır¹⁴⁹. Türk aile hukuku sistemi, Anayasa'nın 41. maddesinde de açıkça ifade edildiği üzere ailenin toplumun temeli olduğu düşüncesi üzerine kurulmuştur. Zira birey ve toplum ilişkisi aile aracılığıyla kurulur, çocuk aile ortamındaki deneyimleri ölçüsünde toplumsal etkileşimin bir parçası haline gelir¹⁵⁰. Bu kapsamda anne ve babanın çocuğu koruma ve geliştirme yükümlülüğü, çocuğun her açıdan sağlıklı bir yetişkin birey olarak toplumsal hayata katılmasını amaçladığından, çocuğun sağlıklı bir şekilde yetiştirilmesinde kamusal yararın olduğu, dolayısıyla velayetin kamu düzeniyle ilişkili olduğu ifade edilmektedir¹⁵¹. Bu çerçevede, ÇHS'nin 19. maddesinde, velayetin kullanılmasında anne ve babanın yetersiz yahut ilgisiz kalması durumunda çocuğun korunması için gerekli önlemlerin alınacağı taraf devletler bakımından bir yükümlülük olarak öngörülmüştür. TMK'nın 346 vd. maddelerinde de çocuğun korunması için öngörülen önlemlerin mahkemece resen alınabileceği düzenlenmiş; benzer şekilde boşanma davasının görülmesi sırasında da çocuklara ilişkin önlemlerin mahkemece resen alınabileceği hükme bağlanmıştır (TMK m. 169, 182, 183). Bu kapsamda velayetin

¹⁴⁶ **Yılmaz**, Çocuğun Temsili, s. 826; **Usta**, s. 400; **Karakaş**, s. 79.

¹⁴⁷ **Yılmaz**, Çocuğun Temsili, s. 827.

¹⁴⁸ **Usta**, s. 335; **Baygın**, s. 303.

¹⁴⁹ **Gençcan**, s. 81.

¹⁵⁰ **Akyüz**, s. 226.

¹⁵¹ **Baygın**, s. 276; **Akyüz**, s. 226; **Özer Taşkın**, s. 33; **Baktır Çetiner**, s. 33.

kaldırılmasının koşulları oluşmadıkça, taraflar talep etmemiş olsa dahi mahkemece velayet düzenlemesi yapılması zorunludur¹⁵².

1. Velayetin Kullanılması

Anne ve baba çocuğun ana rahmine düştüğü veya doğduğu anda birbiriyle evliyse velayete birlikte sahip olur¹⁵³. Bir başka ifadeyle, evlilik birliği içinde veya evlilik birliğinin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğan çocukların velayeti kanundan dolayı kendiliğinden, evlilik dışında doğan çocukların velayeti ise anne ve babanın birbiriyle ilk kez veya yeniden evlenmesiyle birlikte evlilik anından itibaren anne ve babaya birlikte ait olur¹⁵⁴. Velayetin anne ve baba tarafından birlikte kullanılması; ÇHS'nin 9 ve 18. maddeleriyle güvence altına alınan çocuğun anne ve babasının her ikisi tarafından yetiştirilme hakkının bir gereğidir¹⁵⁵.

TMK'nın 336. maddesinin birinci fıkrası uyarınca anne ve baba evlilik birliği devam ettikçe velayeti birlikte kullanır; yani anne ve baba, müşterek ve eşit olarak velayet hakkına ve velayetten kaynaklanan yükümlülöklere sahip olur¹⁵⁶. Bir başka ifadeyle velayetin birlikte kullanılması çocuğun bakımı, eğitimi vb. konuların anne ve baba tarafından birlikte yönetilmesi, çocuğun birlikte yetiştirilmesi anlamına gelir¹⁵⁷. Bununla birlikte velayet anne ve babanın her birinin şahsına diğlerinden ayrı, bireysel olarak tanınmış ve kullanılmasında eşler birbirinden bağımsız olarak sorumlu tutulmuştur¹⁵⁸.

¹⁵² “Velayet kamu düzenine ilişkindir. Mahkemece tarafların müşterek çocuklarının velayet düzenlemesinin yapılmaması bozma sebebidir.” (2. HD, 16.04.2007, E. 2007/17557, K. 2007/6406; **Gençcan**, s. 82).

¹⁵³ **Baygın**, s. 262; **Öztan**, s. 1086; **Akyüz**, s. 229; **Baktır Çetiner**, s. 34.

¹⁵⁴ **Öztan**, s. 1087; **Baygın**, s. 262; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 407.

¹⁵⁵ **Acabey, Mehmet Beşir**: Çocukları İlgilendiren ve Aile Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Hukuki Konular, (İzBD 2006/4, s. 88-138), s. 100.

¹⁵⁶ **İnan**, s. 125.

¹⁵⁷ **Serdar**, s. 162; **Akyüz**, s. 229; **Baktır Çetiner**, s. 42.

¹⁵⁸ **Sarı**, s. 88; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 343; **Usta**, s. 106.

Velayetten kaynaklanan yükümlülükleri gereği gibi yerine getirmeyen taraf için diğerinden bağımsız olarak tedbir uygulanabilir; hatta velayet kaldırılabilir¹⁵⁹. Anne ve babanın velayeti birlikte kullanması, çocuğun yetiştirilmesi, mallarının yönetilmesi ve temsili gibi velayetin kapsamına giren tüm hususlar için geçerlidir¹⁶⁰. Öte yandan, velayeti birlikte kullanan anne ve baba her zaman aynı anda ve birlikte hareket etmeleri gerekmez. Anne ve babadan her biri, ötekinin önceden izin veya sonradan verilen onay şeklinde ortaya açık veya zımni rızasına dayanarak tek başına iş ve işlem yaparak velayeti kullanabilir¹⁶¹. Buna karşın, çocuğun üstün yararının zorunlu kıldığı durumlarda bir eşin diğerinin rızası ve bilgisini almaksızın velayete ilişkin yetkileri kullanabileceği kabul edilmektedir¹⁶².

Evlilik birliğinde eşlerin velayeti birlikte kullanması, eşit söz hakkına sahip olmaları anlamına gelir¹⁶³. Nitekim Anayasa'nın 41. maddesinde “*ailenin eşler arasında eşitliğe dayandığı*” belirtilmiştir. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nden farklı olarak 4721 sayılı TMK'da erkeğin görüşü kadının görüşüne üstün tutulmamıştır¹⁶⁴. Evlilik birliği içinde velayetin kullanılması evliliğin genel hükümlerinden bağımsız düşünülemeyeceğinden ve TMK'nın 185. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca eşler çocukların bakımına beraber özen göstermekle, aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca birbirlerine yardımcı olmakla yükümlü olduklarından; eşlerin velayetin kullanılmasında anlaşamamaları halinde, evlilik birliğinin korunması hükümleri çerçevesinde aynı Kanun'un 195. maddesinin birinci fıkrası ve 4787 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca

¹⁵⁹ Usta, s. 106.

¹⁶⁰ Sarı, s. 88.

¹⁶¹ Sarı, s. 89; Baygın, s. 263; Akyüz, s. 230.

¹⁶² Öztan, s. 1087.

¹⁶³ Serdar, s. 163.

¹⁶⁴ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 263. maddesinde velayetin eşler tarafından birlikte yürütüleceği ancak anlaşmazlık halinde erkeğin görüşüne üstünlük tanınacağı düzenlenmiştir.

birlikte veya ayrı ayrı hâkimin müdahalesini talep etmesi mümkündür¹⁶⁵. Doktrinde eşlerden birinin askerlik, hastalık vb. gibi geçici nedenlerle velayetin kullanılmasına katılım sağlayamadığı, yani rızasının alınmasının mümkün olmadığı hallerde ise diğer eşin velayeti tek başına kullanabileceği kabul edilmektedir¹⁶⁶. Buna karşın 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca, anne ve babadan biri kasıtlı olarak işlemiş olduğu bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilmişse cezanın infazı tamamlanıncaya kadar velayet hakkından yoksun bırakılır ancak ceza ertelenir veya koşullu salıverilme gerçekleşirse velayeti kullanmaya devam eder.

2. Velayet Düzenlemesi İçeren İlamlar

Yukarıda açıklandığı üzere evlilik birliği devam ettiği sürece velayet anne ve baba tarafından birlikte kullanılır. Ancak evlilik birliğinin boşanma veya butlan davalarıyla sona ermesi ya da ayrılık kararı verilmesi halinde tarafların ortak çocuklarının velayeti hakkında da karar verilir. Velayetin düzenlenmesine ilişkin karar, çocuğun teslim edilmesini de içerir¹⁶⁷. Bu nedenle çocuk teslimine ilişkin ilamların kaynağını da büyük ölçüde anılan davalar oluşturur. Bu nedenle aşağıda velayet düzenlenmesini gerektiren davalar kısaca incelenmiştir.

a) Boşanma

TMK'nın 336. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca velayet, boşanmada çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir. Öte yandan, Kanun'un 182. maddesine göre evlilik

¹⁶⁵ Sarı, s. 88; Öztan, s. 1087; Baygın, s. 263; Serdar, s. 163; Çelik, s. 263; Akyüz, s. 230. Velayetin kapsamına giren konularda anne ve babanın uzlaşma halinde olmaları çocuğun yararına uygun olduğu gibi, anlaşmazlığa düşmeleri halinde bu anlaşmazlığın en kısa sürede çözülmesi de yine çocuğun yararına olup; hâkimin müdahalesi TMK'nın 346. maddesine de dayandırılabilir (Sarı, s. 90-94).

¹⁶⁶ Baygın, s. 264; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 408; Akyüz, s. 231. Baktır Çetiner, s. 42.

¹⁶⁷ Bkz. aşı. s. 58.

birliğinin boşanma ile sona ermesinde mahkemenin ortak çocukların velayetini anne veya babadan birine vermesi gerekir. Anne ve baba ile çocuk arasındaki ilişkiler düzenlenirken her türlü inceleme ve araştırma doğrudan mahkeme tarafından resen yapılır ve karar verilir¹⁶⁸. Açılan bir boşanma davasında taraflar talep etmemiş olsa dahi mahkemece çocukların velayeti resen düzenlenir¹⁶⁹. Ayrıca velayet düzenlemesi yapılırken, velayet kendisine bırakılmayan eşin çocukla kişisel ilişkisi ve nafaka yükümlülüğü de düzenlenir¹⁷⁰.

Velayetin hangi tarafa bırakılacağı belirlenirken dikkate alınacak tek ölçüt çocuğun yararı olup tarafların boşanmadaki kusur oranları ve ekonomik durumları velayetin kime verileceğini tek başına belirlemez¹⁷¹. Bu nedenle çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa, velayetin anne ve babadan her ikisine de verilmeyerek çocuğa vasi atanması da mümkündür¹⁷². Doktrinde boşanmada çocuğun anne veya babasından birinin velayeti altında bırakılmayarak vesayet altına alınması için TMK'nın 348. maddesi anlamında velayetin kaldırılması koşullarının mevcut olması gerektiğı kabul edilmektedir¹⁷³. Bununla birlikte velayetin hangi eşe verileceğı hususunda hâkimin geniş bir takdir yetkisi vardır¹⁷⁴. Hâkim tüm koşulları inceledikten sonra çocuğı daha iyi yetiştirebilecek ve onu her anlamda yararını daha iyi koruyabilecek tarafa velayeti tevdi eder¹⁷⁵. Tarafların çocukların velayetinin kime ait olacağı hakkında yaptıkları anlaşma da

¹⁶⁸ Öztan, s. 778.

¹⁶⁹ Öztan, s. 778; Baygın, s. 364; Usta, s. 112.

¹⁷⁰ Öztan, s. 794; Akyüz, s. 234.

¹⁷¹ Öztan, s. 778; Baygın, s. 366; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 141; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 310.

¹⁷² Öztan, s. 780; Baygın, s. 371; Usta, s. 113.

¹⁷³ Öztan, s. 779; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 141; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 312. Boşanma anında velayetin kaldırılması sebepleri eşlerden sadece biri için gerçekleşmişse çocuğa vasi atanmasına gerek olmayıp velayet diğer eşe verilerek çocuğun korunması sağlanır (Baygın, s. 371).

¹⁷⁴ Öztan, s. 779; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 141; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 311.

¹⁷⁵ Akyüz, s. 233.

hâkimin takdir hakkını ortadan kaldırmaz¹⁷⁶. Nitekim boşanmanın ferî sonuçlarına ilişkin anlaşmaların TMK'nın 184. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından onaylanması gerekir.

Velayetin tevdiinde hâkimin takdir yetkisini sadece çocuğun üstün yararı sınırlar. Bu kapsamda hâkim çocuğun gelişiminin hangi tarafça daha iyi sağlanacağını yanında; tarafların kişilikleri ve çocukla ilişkisini, yaşam biçimlerini, sosyal ve ekonomik koşullarını, çocuğun alıştığı yaşam düzenini, kardeşlerin ayrılmamasını, yaşı ve kişiliği ile isteklerini göz önünde tutar¹⁷⁷. Çocuğun yaşı itibarıyla annenin bakım ve şefkatine muhtaç olması halinde, anne yanında kalmasının gelişimi için ciddi ve büyük bir tehlike meydana getirmediği, velayetinin anneye bırakılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁷⁸. Yerleşik Yargıtay uygulaması da bu yöndedir¹⁷⁹. Ancak genel olarak velayetin düzenlenmesinde annenin bir öncelik hakkı olmadığı, anne ve babanın eşit durumda olduğu unutulmamalıdır¹⁸⁰.

Çocuğun üstün yararı anne yanında kalmasını gerektiriyorsa elbette ki velayet anneye verilmelidir. Ancak çocuğun üstün yararının korunması ilkesi zaten her koşulda çocuğun korunmasına hizmet eden bir araç niteliğindeyken, “çocuğun anne bakım ve şefkatine muhtaç olması” kavramı kanaatimizce çok geniş yorumlanmakta ve velayetin anneye verilmesi kural, babaya verilmesi istisna olarak değerlendirilmektedir. Oysa

¹⁷⁶ Baygın, s. 370; Baktır Çetiner, s. 111.

¹⁷⁷ Öztan, s. 783, Baygın, s. 366-370; Akyüz, s. 233; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 311; Usta, s. 112-113; Baktır Çetiner, s. 115.

¹⁷⁸ Öztan, s. 785; Baygın, s. 367; Akyüz, s. 233; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 311.

¹⁷⁹ “Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişiminin anne yanında tehlikede olduğu ve annenin velayet görevini ihmal ettiğine ilişkin başkaca bir delil bulunmadığına göre, anne bakım ve şefkatine muhtaç çocuğun velayetinin anadan alınması doğru görülmüştür.” (HGK, 12.10.2005, E.2005/2-562, K. 2005/573: SMİP). Benzer kararlar için bkz. 2. HD, 30.03.2016, E. 2016/ 5073, K. 2016/6094; 2. HD, 11.10.2012, E. 2012/4918, K. 2012/24349; 2. HD, 20.06.2004, E. 2004/5448, K. 2004/8252; 2. HD, 12.02.2013, E. 2012/16831, K. 2013/3171: SMİP.

¹⁸⁰ Öztan, s. 779, 785.

çocuğun anne sütüyle beslendiği bebeklik dönemi haricinde, annesinin velayeti altında olmasının üstün yararına uygun olacağının adeta bir karine olarak kabul edilmesi sakıncalıdır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yurt dışına kaçırılan çocuğun iadesine ilişkin yapılan başvuru sonucu verdiği *Uyanık v. Türkiye* kararında, çocuğun üstün yararı belirlenirken sadece yaş küçüklüğünün esas alınmaması, tüm koşulların değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yaparak, yerel mahkemece gerekli araştırmanın yapılmadan sadece yaş küçüklüğü sebebine dayanılarak iade talebinin reddine karar verilmesini AIHS'nin 8. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir¹⁸¹. Çocuğun üstün yararının her somut olayda her türlü kabulden uzak biçimde değerlendirilmesi zorunludur. Üstelik, geleneksel olarak kadına dayatılan çocukla ilgilenme görevinin tek başına anneye ait olduğunu söylemek mümkün değildir¹⁸². TMK'nın 185. maddesinin ikinci fıkrası hükmünde tarafların çocukların bakımına ve gözetimine birlikte özen gösterecekleri hükmüne bağlanmıştır. Kanun'da dahi annenin velayet konusunda bir önceliğe sahip olduğu kabul edilmemişken, yargı uygulaması, kadının öncelikli görevinin annelik olduğu ve çocuğa bakma yükümlülüğünün babadan önce bulunduğu kabulünü desteklemektedir. Bu durum, kadın-erkek eşitliği bakımından rahatsız edici olduğu kadar, başta CEDAW ve İstanbul Sözleşmesi¹⁸³ olmak üzere uluslararası sözleşme hükümlerine aykırı olarak kadın aleyhine toplumsal cinsiyet rollerini yeniden üretmektedir¹⁸⁴.

¹⁸¹ AIHM'nin 60328/09 sayılı *Uyanık v. Türkiye* kararının Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-120111%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-120111%22]}) (Erişim Tarihi: 30.12.2016).

¹⁸² **Serdar**, s. 169; **Özer Taşkın**, s. 98.

¹⁸³ Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) 29.11.2011 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan 6251 sayılı Kanun'la uygun bulunarak iç hukukun bir parçası haline gelmiş, 01.08.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁸⁴ Benzer değerlendirmeler için bkz. aşa. s. 56-57.

Boşanmayla birlikte ortak çocuğun velayetinin eşlerden birine verilmesiyle birlikte diğer eş artık velayetten kaynaklanan hak ve yükümlülüklerle artık sahip olmayacaktır. Ancak bu durum TMK'nın 348. maddesi anlamında diğer eşten velayetin kaldırılması anlamına gelmez¹⁸⁵.

TMK'nın 182. maddesinde, boşanma davasında velayet düzenlemesi yapılırken çocuğun görüşünün alınması düzenlenmemişse de ÇHS'nin 12. maddesi uyarınca çocuğun görüşünün alınması gerekir. Çocuğun üstün yararına aykırı durumlar hariç olmak üzere görüşünün alınması ihtiyari değil, mecburi bir kuraldır¹⁸⁶. Görüşlerini açıklama yeteneğine sahip olan çocuğun velayet konusundaki tercihi, tüm davranışları ve anne baba ile ilişkileriyle birlikte değerlendirilmelidir¹⁸⁷. Özellikle çocuğun velayetin belli bir tarafa verilmesini mutlak olarak istememesi halinde, velayetin yine de o tarafa verilmesinin çocuğun üstün yararına uygun olup olmayacağı dikkatlice incelenmelidir¹⁸⁸. Anne baba ile çocuk arasındaki ilişkiler düzenlenirken aile mahkemesi uzmanlarından rapor alınması gerekir¹⁸⁹. Nitekim Yargıtay, boşanma davası sırasında çocuğun dinlenmemesini ve aile mahkemesi uzmanlarından rapor alınmamasını bir bozma sebebi olarak değerlendirmektedir¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Öztan, s. 786; Baygın, s. 371; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 408.

¹⁸⁶ Oktay Özdemir, Çocuğun Dinlenmesi, s. 1228.

¹⁸⁷ Baygın, s. 365; Oktay Özdemir, Çocuğun Dinlenmesi, s. 1236; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 311.

¹⁸⁸ Öztan, s. 784.

¹⁸⁹ Öztan, s. 785; Baygın, s. 365; Oktay Özdemir, Çocuğun Dinlenmesi, s. 1234.

¹⁹⁰ “Mahkemece yukarıda belirtilen kıstaslar dikkate alınarak oluşturulacak bir heyetten rapor alınıp, idrak çağındaki ortak çocuklar da bizzat dinlenerek, diğer delillerle birlikte değerlendirildikten sonra, gerçekleşecek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.” (2. HD, 19.12.2016, E. 2016/20778, K. 2016/16162: SMİP). Benzer yönde kararlar için bkz. 2. HD, 14.12.2016, E. 2016/21929, K. 2016/15985; 2. HD, 14.12.2016, E. 2016/21543, K. 2016/15989; 2. HD, 23.06.2016, E. 2015/19034, K. 2016/2157; HGK, 16.03.2012, E. 2011/2-884, K. 2012/197; HGK, 17.10.2012, E. 2012/2-401, K. 2012/723: SMİP. Ayrıca bkz. Gençcan, s. 104-114.

TMK'nın 183. maddesinde velayetin anne ve babadan birine verilmesinden sonra, yeni olguların zorunlu kılması halinde velayet düzenlemesinde değişiklikler yapılabileceği kabul edilmiştir. Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi maddede örnek olarak sayılmıştır. Belirtmek gerekir ki örneklenen durumların velayet değişikliğine neden olması için çocuğun yararını tehlikeye düşürmesi gerekmektedir¹⁹¹. Boşanmada velayet kendisine bırakılan tarafın ölümü halinde ise velayet diğer tarafa kendiliğinden ait olmaz; mahkeme talep üzerine veya resen çocuğun velayetini sağ kalan eşe bırakabileceği gibi, çocuğa vasi atanmasına da karar verilebilir¹⁹².

Boşanma halinde çocuğun velayetinin anne ile babaya birlikte verilip verilmeyeceği hakkında Kanun'da bir açıklık bulunmadığından bu konu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre TMK'nın 336. maddesinin 3. fıkrası emredici nitelikte olup hâkim boşanmada velayeti zorunlu olarak eşlerden birine vermelidir¹⁹³. Yerleşik Yargıtay uygulaması da bu yöndedir¹⁹⁴. Aksi yöndeki görüş ise Kanun'un gerek 182. maddesinden gerekse 336. maddesinden velayetin boşanmadan sonra eşlerden yalnızca birine verilmek zorunda olduğu sonucu çıkmadığını savunmaktadır¹⁹⁵. Bu görüşe göre anılan maddenin amacı çocuğun en iyi şekilde korunması olup maddenin lafzı amacından uzaklaştığından amaca uygun sınırlama yoluna gidilerek anne ve babanın birlikte velayeti kullanabilecek durumda olmaları ve somut koşullara göre çocuğun üstün yararına uygun olması halinde birlikte velayete karar verilebilmelidir¹⁹⁶. Kaldı ki kural

¹⁹¹ Öztan, s. 786; Baygın, s. 374; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 142; Usta, s. 114.

¹⁹² Öztan, s. 1090; Baygın, s. 270; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 141; Kılıçoğlu, s. 198; Usta, s. 114; Serozan, s. 294. Aksi yönde görüş için bkz. Akıntürk/Ateş Karaman, s. 408.

¹⁹³ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 311, 408; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 140.

¹⁹⁴ Gençcan, s. 89, 164.

¹⁹⁵ Koçhisarhoğlu, Cengiz: Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara 2004, s. 103-105; Öztan, s. 1090; Akyüz, s. 236; Serdar, s. 175.

¹⁹⁶ Koçhisarhoğlu, s. 44; Öztan, s. 1090; Usta, s. 118-120; Akyüz, s. 236-237; Serozan, s. 254; Bingöl, Ediz: Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması, (IBD 2014/88/2, s. 276-305), s. 304. Doktrinde bir görüşe göre mevcut yasal

olarak çocuğun anne ve babasının birlikte velayeti altında bulunması üstün yararına uygundur¹⁹⁷. Kanun koyucunun 336. maddenin 3. fıkrasında çocuğun üstün yararının korunması ilkesinden uzaklaşarak velayetin mutlaka eşlerden birine verilmesi gerektiği çözümünü benimsemesinin mantıksal bir açıklaması olamaz¹⁹⁸. Kanun sistematığı düşünüldüğünde de ayrılık ve ortak yaşama son verilmesi halinde birlikte velayetin kabul edilmesine karşın, boşanmada mümkün olmadığının kabul edilmesi de anlamsız olur¹⁹⁹. Hâkim bu konuda takdir yetkisine sahiptir ve bu takdir yetkisinin anılan hükümle sınırlandığı kabul edilemez²⁰⁰.

TMK'daki düzenlemeler bu şekilde olmakla birlikte, 6684 sayılı Kanun'la onaylanması uygun bulunan 25.03.2016 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesinde evlilik birliği bitse dahi eşler arasındaki eşitliğe dikkat çekilmektedir²⁰¹. Yargıtay da 2017 yılında verdiği bir kararında,

düzenlemeler birlikte velayete imkân vermemektedir; ancak Kanun'da değişiklik yapılmalı ve hiç değilse anlaşmalı boşanmada tarafların ortak talebi üzerine, çocuğun üstün yararına uygunsa çocuk anne ve babanın birlikte velayeti altında bırakılmalıdır (**Baygın**, s. 268). Başka bir görüş ise Kanun'da böyle bir imkan verilmemesine rağmen ÇHS'nin 18. maddesiyle güvence altına alınan, çocuğun bakımı ve yetiştirilmesinde anne ve babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin uygulanması suretiyle, çocuğun üstün yararına uygun olması ve eşlerin anlaşması halinde birlikte velayet kararı verilebilir (**Acabey**, s. 101, 127). Anılan kanun hükmünde bir örtülü boşluk olduğu ve bu boşluğun amaca uygun sınırlama yöntemiyle doldurulabileceğine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Kırca, Çiğdem**: Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), (AÜHFD 2001/50/1, s. 91-119), s. 110-111.

¹⁹⁷ **Bingöl**, s. 283.

¹⁹⁸ **Öztan, Bilge**: Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu, (Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s. 251-260), s. 256; **Elçin Grassinger**, s. 1

¹⁹⁹ **Serdar**, s. 183; **Öztan**, Birlikte Velayet, s. 255; **Bingöl**, s. 295.

²⁰⁰ **Serdar**, s. 180.

²⁰¹ Anılan madde şu şekildedir: *"Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir."*

önceki görüşünü esneterek anılan protokol hükmüne vurgu yapmış; evlilik dışı doğan çocuğun velayetinin anne ve babaya ortak olarak verilmesine ilişkin yabancı mahkeme kararının tenfizi talebinin kamu düzenine aykırılık sebebiyle reddini doğru görmeyerek bozma kararı vermiştir²⁰².

Pozitif hukuk bağlamında mevcut kanun hükümlerinin birlikte velayete cevaz verip vermediği bir yana, olması gereken hukuk açısından birlikte velayetin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. TMK’da açık bir düzenleme yapılarak tartışmaların giderilmesi ve çocuğun üstün yararıyla sınırlı olarak birlikte velayet sisteminin gerek evlilik dışı birlikteliklerde gerekse boşanmadan sonra kabul edilmesi gerektiği kanısındayız.

b) Evliliğin Butlanı

TMK’nın 157. maddesi uyarınca evliliğin butlanına karar verilmesi halinde çocuklar ile anne ve baba arasındaki ilişkiler düzenlenirken boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır. Bu nedenle yukarıda yaptığımız açıklamalar evliliğin butlanında da aynen geçerli olacak; evliliğin boşanma ile sonuçlanmasında olduğu gibi, çocuğun üstün yararı doğrultusunda velayeti eşlerden birine bırakılacak veya vasi atanacaktır²⁰³.

²⁰² “Yukarıda değinilen iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde ‘ortak velayet’ düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine ‘açıkça’ aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. O halde mahkemece, MÖHUK m. 17/1 gereğince, İngiliz vatandaşı olan tarafların müşterek milli hukuklarındaki velayete ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak, isin esasına girilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek ‘ortak velayet’ istemine ilişkin davayla ilgili bir karar vermek gerekirken, istemin Türk kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.” (2. HD, 20.02.2017, E. 2016/15771, K. 2017/1737: SMİP).

²⁰³ Öztan, s. 1091; Baygın, s. 269.

c) Ayrılık

TMK'nın 170. maddesine göre eşlerden her biri, herhangi bir boşanma sebebine dayanarak ayrılığa veya boşanmaya karar verilmesini talep edebilir. Davanın boşanmaya ilişkin olması halinde dahi, mahkemece ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı varsa 1 yıldan 3 yıla kadar bir süre için ayrılık kararı verilebilir. Ayrılık kararı verilmesi halinde Kanun'un 336. maddesinin ikinci fıkrasına göre çocuğun velayeti eşlerden birine verilebilir. Madde lafzından anlaşıldığı üzere ve ayrılık kararının evlilik birliğini sona erdirmediği gözetildiğinde, ayrılık halinde velayetin eşlerden birine verilmesinin zorunlu olmadığı, velayetin eşlerce birlikte yürütülebileceği sonucuna ulaşılabilir²⁰⁴.

d) Anne ve Babanın Evli Olmaması

Evlilik birliğinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde anne ve babanın artık birbirleriyle evli olmadıkları tabii olarak söylenebilir. Burada anne ve babanın evli olmamasından maksat, hiç evlenmemiş olmaları, yani çocuğun evlilik dışında fiili bir birliktelik sonucunda dünyaya gelmiş olmasıdır.

TMK'nın 337. maddesine göre anne ve babanın evli olmaması halinde velayet annenin fiil ehliyetine sahip olması koşuluyla²⁰⁵ anneye aittir. Baba ile çocuk arasında tanıma veya babalık davası yoluyla soybağı kurulmuş olsa dahi baba velayete sahip değildir²⁰⁶. Anne ve babanın çocuğun doğumu anında evli olmaması durumunda, çocuğun

²⁰⁴ Baygın, s. 265; Öztan, s. 1089.

²⁰⁵ Öztan, s. 1091.

²⁰⁶ Oktay Özdemir, Saibe: Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler, (Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul 2009, s. 289-305), s. 301.

doğumuyla birlikte velayet kanundan dolayı kendiliğinden anneye ait olur²⁰⁷, anne ve baba arasındaki ilişkinin niteliği önem taşımaz²⁰⁸. Maddenin ikinci fıkrasında bu kurala bir istisna getirilmiş ve annenin küçük, kısıtlı, ölmüş veya velayetin kendisinden alınmış olması halinde mahkemece çocuğun menfaati değerlendirilerek velayetin babaya verilebileceği ya da vasi atanmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir. Bu tespitin yapılmasında temel nokta çocuğun üstün yararadır²⁰⁹.

Annenin küçük veya kısıtlı olması durumunda mahkemece velayete ilişkin olarak bir karar verinceye kadar velayet anneye ait olup, annenin ergin olması veya hakkındaki kısıtlılık kararının kaldırılması halinde de velayete kendiliğinden sahip olur; ancak bu süre içerisinde çocuk babasının velayeti veya vesayet altına alınmışsa velayet anneye kendiliğinden geçmez, öncelikle velayetin babadan alınması veya vesayete son verilmesi gerekir²¹⁰.

Evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun velayetinin babaya verilmesi için öncelikle çocukla baba arasında soybağının tanıma veya babalık davası yoluyla hukuken kurulması gerekir²¹¹. Eğer anne velayeti kullanamayacak durumdaysa ve baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisi kurulmamışsa çocuğa vasi atanır²¹². Doktrinde annenin küçük olması ve fakat ergin olmasına az bir zaman kalması halinde velayetin babaya verilmesi yerine vasi atanması gerektiği; velayetin babaya verilmesinin ancak annenin ergin olmasından sonra da velayeti yürütecek yeterliliğe sahip olmadığının anlaşılması, ölmesi veya velayetin kaldırılmış olması gibi durumlarda değerlendirilmesinin uygun olacağı belirtilmiştir²¹³.

²⁰⁷ Baygın, s. 270; Serozan, s. 254; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 342.

²⁰⁸ Usta, s. 124.

²⁰⁹ Akyüz, s. 237; Baygın, s. 270; Öztan, s. 1092.

²¹⁰ Baygın, s. 271; Öztan, s. 1092.

²¹¹ Baygın, s. 270; Özer Taşkın, s. 89; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 342.

²¹² Baygın, s. 270.

²¹³ Baygın, s. 270; Öztan, s. 1093; Akyüz, s. 238.

Görüldüğü üzere, Kanun'da evlilik dışı birlikteliklerde anne ve babanın velayeti birlikte kullanmasına cevaz verilmemiştir. Kanaatimizce evlilik dışında doğan çocuğun velayetinin kural olarak anneye ait olması ve Kanun'da velayetin çok sınırlı sebeplerin varlığı halinde babaya verilmesinin kabulü²¹⁴, uygulamada da velayetin babaya verilmesinin çok istisnai hallerde son çare olarak benimsenmesi sakıncalıdır. Öncelikle bu düzenleme, evrensel bir ilke konumunda olan kadın erkek eşitliğine aykırı olduğu gibi; düzenlemenin çocuğun anne ve babasından ayrılmama hakkına²¹⁵, anne ve babanın çocuğun bakımında eşit sorumluluk taşıdığı ilkesine²¹⁶ ve aile yaşamına saygı ilkesine²¹⁷ aykırı olduğu da söylenebilir²¹⁸. Nitekim AİHM tarafından 1994 yılında verilen *Keegan v. İrlanda* kararında²¹⁹, evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasındaki ilişkinin de aile yaşamına saygı bağlamında AİHS'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirilerek maddenin korumasının sadece evlilik birliğiyle oluşturulmuş aileyi değil, aynı zamanda evlilik bağı olmaksızın kurulan fiili birlikteliklerdeki *de facto* aileyi de kapsadığı vurgulanmış ve özetle velayete sahip anne tarafından çocuğun evlatlık verilmesinde babanın bilgi ve rızasının alınmamasının 8. maddenin ihlali olduğu kabul edilmiştir²²⁰.

²¹⁴ Anılan sebepler haricinde, çocuk babasıyla birlikte yaşasa dahi velayetin babaya verilmesi olanaklı olmayıp, annenin başka yerde bulunması sebebiyle velayetin kaldırılması hükümleri teorik olarak uygulanabilirse de velayetin kaldırılması sebebi olarak değerlendirilmesi mümkün olmayabilir (**Oktay Özdemir**, Eşitlik, s. 301).

²¹⁵ ÇHS m. 9.

²¹⁶ ÇHS m. 18.

²¹⁷ AİHS m. 8.

²¹⁸ **Özer Taşkın**, s. 80; **Serozan**, s. 255; **Acabey**, s. 128. TMK'nın 337. maddesinin kadın erkek eşitliğine aykırı olmasının yanında, kadının geleneksel olarak taşımaya mecbur bırakıldığı biyolojik anlamı dışında toplumsal bir statü olarak kabul edilen annelik rolünün, kanun tarafından da benimsendiği ve toplumsal cinsiyete dayalı eşitsizliğin bizzat kanun koyucu tarafından inşa edildiğini söylemek mümkündür.

²¹⁹ Bu karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57881%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57881%22]}) (Erişim Tarihi: 30.04.2017).

²²⁰ Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. **Çetinkaya, Volkan**: İnsan Hakları Hukuku Açısından Velayet Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s. 62-63.

Yine AİHM tarafından 1986 tarihinde verilen *Johnston ve diğerleri v. İrlanda* kararında da evlilik dışında doğan çocuğun velayetinin annede olmasının ve anne ile fiilen birlikte olmasına rağmen evli olmayan babanın birlikte velayeti alamamasının anne, baba ve çocuk yönünden 8. maddenin ihlali olduğuna hükmedilmiştir²²¹.

AİHM içtihatları, Avrupa Konseyi kararı ve Türkiye'nin de tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler ışığında fakat her şeyden önce çocuğun üstün yararı ilkesi uyarınca, TMK'da gerek evlilik dışı birlikteliklerde gerekse evliliğin sona ermesinden sonra birlikte velayetin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Evlilik dışı birlikteliklerde velayetin kanundan dolayı doğrudan anneye ait olması, annenin velayet hakkına dayanarak çocuğu kendisine teslim edilmesini mahkemeden talep edebileceği anlamına gelir²²². Velayete sahip tarafın velayetin kendisine verilmesi için dava açmasında hukuki yarar yoktur²²³. Bununla birlikte Yargıtay, çocuğun fiilen velisinin yanında bulunmadığı durumlarda, çocuğun teslim edilmesi açıkça talep

²²¹ **Özer Taşkın**, s. 80. Karar metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-55454> (Erişim Tarihi: 30.04.2017). Evlilik dışı birlikteliklerde veya boşanmadan sonra velayetin verilmesinde annenin öncelikli olarak tercih edilmesi Avrupa Konseyi tarafından da incelenmiş bir konudur. 2015 yılında verilen 2079 sayılı *Avrupa Konseyi Eşitlik ve Birlikte Velayet Sorumluluğu: Babaların Rolü Tavsiye Kararı*'nda birlikte velayet düzenlemelerinin anne ve babanın çocuklar üzerinde hak, görev ve sorumluluklara eşit olarak sahip olmasını sağlamasına rağmen, babaların çocuklarıyla sürdürdükleri ilişkilerinden yoksun kalmalarına neden olacak kanunlar, uygulamalar ve önyargılarla karşılaştığı ve bu durumun kadın erkek eşitliğinin tam olarak sağlanamaması anlamına geldiği belirtilmiştir. Kural olarak çocukların birlikte velayet altında olmasının üstün yararlarına uygun olduğu vurgulanarak, üye devletler, evlilik statülerine bakılmaksızın anne ve baba arasında farklılığa yol açan yasal düzenlemeleri ortadan kaldırmaya ve eşitliğin sağlanması için birlikte velayet düzenlemeleri yaparak anne ve baba haklarını güvence altına almaya çağırılmıştır. Kararda ayrıca, değişen sosyolojik gelişmelere paralel olarak kadın ve erkeğe yüklenen kalıplaşmış toplumsal cinsiyet rollerinden sıyrılarak kadının ataerkil sistemde korunmasının ancak anne ve babaya eşit haklar tanınarak sağlanabileceği de vurgulanmıştır. Anılan tavsiye kararı için bkz. Resolution 2079 (2015) of the Parliamentary Assembly on Equality and Shared Parental Responsibility: The Role of Fathers, [<http://assembly.coe.int/nw/xml/xref/xref-xml2html-en.asp?fileid=22220&lang=en> (Erişim Tarihi: 05.05.2017)].

²²² **Gençcan**, s. 195.

²²³ Hukuki yarar kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Hanağası, Emel**: Davada Menfaat, Ankara 2009.

edilmeyip velayet düzenlenmesi talep edilmiş olsa dahi, söz konusu talebin çocuk teslimini de içerdiğini kabul ederek, hukuki yararın mevcut olduğuna karar vermektedir²²⁴.

3. Velayetin Kaldırılması

Çocuğun gelişiminin tehlikede olması ve bu tehlikenin yukarıda açıklanan önlemlerle giderilememesi halinde velayetin kaldırılmasına karar verilebilir. Velayetin kaldırılmasına ilişkin karar çocuğun diğer eşe veya vasiye teslim edilmesini de içerecektir. Bu nedenle velayetin kaldırılması halinde çocuğun diğer tarafa teslim edilmesi gerekecektir. Velayetin kaldırılması HMK'nın 382. maddesi uyarınca çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmiştir. Burada çekişmesiz yargı kararlarının ilamlı icra yoluyla yerine getirilip getirilemeyeceği tartışılabilir. Zira doktrinde, çekişmesiz yargıda davada olduğu gibi maddi hukuk uyuşmazlığının çözümlenmesi söz konusu olmadığından, hüküm ve dolayısıyla ilam kavramlarının²²⁵ kullanılmaması gerektiği ifade edilmektedir²²⁶. Bunun yanı sıra velayetin kaldırılmasının hukuki niteliği de tartışmalıdır. Doktrinde isabetli bulduğumuz bir görüşe göre, uyuşmazlığın mevcudiyeti nedeniyle velayetin kaldırılması çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilemez²²⁷. Üstelik sorumluluk yönü ağır bassa da velayet anne ve babanın sahip olduğu bir haktır. Aksi yöndeki görüşe göre ise, velayetin kaldırılması, resen hareket ilkesinin geçerli olmasından

²²⁴ “Hukuki nitelendirmenin hâkime ait olmasına, her ne kadar ana ve baba evli değilse velayet yasa gereği anaya ait ise de davacı kadının talebinin çocukları kendisine teslimini içermesine, bu yönden davacının dava açmada hukuki yararının bulunmasına, hükmün açıklanan nedenlerle sonuç itibarıyla doğru olmasına göre...” (2. HD. 11.06.2009, E. 2009/7692, K. 2009/11428: **Gençcan**, s. 196).

²²⁵ Anılan kavramlar için bkz. aşağıda s. 112-113.

²²⁶ **Kuru, Baki**: Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 174; **Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol**: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 323-324.

²²⁷ **Tanrıver, Süha**: Türk Aile Mahkemeleri, Ankara 2014, s. 38.

dolayı çekişmesiz yargı işidir²²⁸. Velayetin kaldırılmasının hukuki niteliğine ilişkin bu görüş ayrılıkları bir tarafa, çekişmesiz yargı kararları da mahkemelerin yargı gücünü kullanarak²²⁹ uyuşmazlık yokluğu ölçütünün kullanılmadığı işlerde uyuşmazlığı esastan çözer ve çekişmesiz yargının geçici hukuki korumaya değil asıl hukuki korumaya dâhildir²³⁰. Nitekim çekişmesiz yargıya dâhil olan bazı kararların icrasının ilamlı icra hükümlerine göre gerçekleştirileceği, örneğin HMK’nın 382. maddesiyle çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilen “*velayetin kaldırılması ve velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi*” kararlarının İİK’nın 25 ve 25/a hükümlerine göre icra edileceği belirtilmektedir²³¹. Kanaatimizce de velayetin kaldırılmasının HMK’da çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmesi, ilamlı icra hükümlerinin uygulanmasına engel değildir.

Velayetin kaldırılması; çok ciddi sonuçlar doğurduğundan TMK’da sıkı şartlara bağlanmış ve en son başvurulacak çözüm olarak benimsenmiştir²³². Buna göre, veli, çocuğun temsili ve çocukla ilgili kararlar alınmasında görevini yerine getiriyor olmasına rağmen çocukla birlikte yaşamaları çocuğun menfaatine aykırılık teşkil ediyorsa TMK’nın 347. maddesi çerçevesinde çocuğun yerleştirilmesi kararı verilmeli, aksi durumda velayet kaldırılmalıdır²³³. TMK’nın 348. maddesi uyarınca “*anne ve babanın*

²²⁸ **Atalı, Murat:** Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. B., İstanbul 2017, s. 2118; **Akil, Cenk:** Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu’nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri, (AÜHFD 2013/62/4, s. 923-970), s. 945.

²²⁹ **Özekes, Muhammet:** Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm, (YD, 2000/26/4, s. 661-699), s. 676; **Boran Güneysu, Nilüfer:** Medeni Usul Hukukunda Karar, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 174.

²³⁰ **Erişir, Evrim:** Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s. 118.

²³¹ **Kuru, Baki:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016, s. 924. Aynı yönde bkz. **Güven**, s. 104.

²³² **Öztan**, s. 1152; **Akyüz**, s. 294; **Baygın**, s. 343; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 438; **Usta**, s. 460; **Çelik**, s. 267; **İmamoğlu**, Çocuğun Korunması, s. 200; **Özdamar**, s. 87.

²³³ **Elçin Grassinger**, s. 171.

deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi” ya da “çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması” hallerinde velayetin kaldırılmasına karar verilir. Anne ve babanın çocukla hiçbir şekilde ilgilenemeyecek kadar hasta veya engelli olması, yurt dışında bulunup çocukla ilgilenme olanaklarının bulunmaması, tutuklu olmaları, nerede olduklarının bilinmemesi, hasta olan çocuklarını tedavi ettirmemesi, çocuğu istismar etmeleri, okula göndermemeleri, engelli çocuğa durumuna uygun eğitim olanağının verilmemesi gibi durumlar velayetin kaldırılması sebeplerine örnek verilebilir²³⁴. Velayetin kaldırılabilmesi için kanunda belirlenen sebeplerin somut olarak gerçekleşmesinin²³⁵ yanında, tehlike yaratan durumun sürekli olması ve çocuğun yararını ciddi şekilde zedelemesi gerekir²³⁶. Bunlara ek olarak, TCK’nın 53. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olan kişi, cezanın infazı tamamlanıncaya kadar velayet hakkından yoksun bırakılır.

Velayetin kaldırılması, kısıtlanarak anne ve babasının velayeti altında bırakılan ergin çocuklar için söz konusu olmaz. Zira hâkim, çocuğun menfaatine uygun olması halinde velayetin kaldırılması sebeplerine bağlı olmaksızın çocuğun vesayet altına alınmasına karar verebilir²³⁷.

Velayete sahip anne veya babanın kısıtlanması halinin velayetin kaldırılması sebebi teşkil edip etmeyeceği konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak

²³⁴ Öztan, s. 1154; Akyüz, s. 301; Elçin Grassinger, s. 164, 169.

²³⁵ Çelik, s. 268. “Boşanma kararıyla çocuğun velayeti babaya bırakılmış, baba kararın kesinleşmesinden sonra velayet sorumluluğu kendisinde olduğu halde bu sorumluluğunu yerine getirmemiş, çocuğu yanına almamış, bu görevini ifa etmemiş, Türk Medeni Kanunu’nun 348. maddesi koşulları toplanan delillerle gerçekleşmiştir.” (2. HD, 31.05.2010, E. 2010/21985, K. 2010/10587: Gençcan, s. 394).

²³⁶ Öztan, s. 1154; Akyüz, s. 297; Usta, s. 464; Erbay, s. 20.

²³⁷ Öztan, s. 1153; Baygın, s. 344; Çelik, s. 285.

doktrinde kısıtlanması nedeniyle fiil ehliyetini kaybetmiş olan anne veya babanın velayet görevini gerektiği gibi yerine getiremeyeceği, bu nedenle kısıtlılık kararın da velayetin kaldırılması sebebi olarak değerlendirilmesi ve çocuğun menfaatinin zarar görüp görmediğinin ayrıca incelenmemesi gerektiği kabul edilmektedir²³⁸. Kuşkusuz, diğer hallerde olduğu gibi velinin kısıtlanması halinde de velayetin kaldırılması için mahkeme kararına ihtiyaç vardır²³⁹.

Evlilik devam ettiği sürece velayet anne ve baba tarafından birlikte kullanılsa da; yasal koşullar sadece eşlerden biri üzerinde gerçekleşmişse ve diğer eş velayeti tek başına kullanmaya ehilse, velayet anne veya babadan sadece birinden kaldırılabilir²⁴⁰. Bu durumda velayet tek başına diğer eşe ait olur²⁴¹. TMK'nın 348. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca velayet anne ve babanın her ikisinden de kaldırılırsa çocuğa vasi atanır. Velayet anne veya babadan birine ait olup da kaldırılırsa, çocuğun üstün yararına göre çocuk diğer ebeveynin velayeti altına konabileceği gibi vesayet altına da alınabilir²⁴². Kanun'un 349. maddesine göre, velayet sahibi anne veya babanın başkasıyla evlenmesi tek başına velayetin kaldırılmasını gerektirmez. Ancak çocuğun menfaatine göre velayet diğer eşe verilebileceği gibi çocuğa vasi de atanabilir.

Velayetin kaldırılması temelde anne ve babanın velayet görevini gereği gibi yerine getirmemesine dayandığından, velayetin kaldırılmasına ilişkin mahkeme kararı, kararda

²³⁸ Öztan, s. 1153; Baygın, s. 348; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 439; Elçin Grassinger, s. 175. Kısıtlılık hali TMK m 348 anlamında velayetin gereği gibi yerine getirilememesi hali olarak değerlendirilebilir (Akyüz, s. 299; Çelik, s. 274).

²³⁹ Öztan, s. 1152; Akyüz, s. 299; Baygın, s. 348; Çelik, s. 274.

²⁴⁰ Baygın, s. 344; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 355; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 440; Usta, s. 461; Çelik, s. 282.

²⁴¹ Öztan, s. 1155; Akyüz, s. 306; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 441; Serozan, s. 293.

²⁴² Öztan, s. 1155; Baygın, s. 358; Usta, s. 461.

aksi belirtilmedikçe mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar (TMK'nın 348. maddesinin üçüncü fıkrası)²⁴³.

Velayetin kaldırılması kararıyla birlikte, bu kararın verilmesine kadar velayete sahip olan anne ve baba velayetten kaynaklanan tüm hak ve yükümlülüklerini kaybetmelerine karşın; soybağından kaynaklanan yükümlülükleri devam eder²⁴⁴. Ancak kişisel ilişki kurma hakkı, velayetin kaldırılma sebebine bağlı olarak çocuğun yararına göre sınırlanabilir veya kaldırılabilir²⁴⁵. Kanun'da özellikle çocuğun bakım ve eğitim giderlerine ilişkin yükümlülük vurgulanmış ve TMK'nın 350. maddesinde “*velayetin kaldırılması halinde anne ve babanın çocuklarının bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüklerinin devam edeceği*” hükme bağlanmıştır.

B. Evlat Edinme

Evlat edinme, kan bağına dayanan soybağının dışında, yasal koşulların gerçekleşmesi üzerine evlat edinen ile evlat edinilen arasında mahkeme kararıyla soybağı ilişkisi kuran bir yoldur (TMK'nın 282. maddesinin üçüncü fıkrası)²⁴⁶. Evlat edinmenin

²⁴³ Bu düzenlemeye yönelik olarak, her çocuğun üstün yararının birbirinden bağımsız olarak ve her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği ve velayetin kaldırılması sebeplerinin her zaman mevcut bütün çocuklar ve gelecekte doğacak çocukların tamamı için geçerli olmayabileceğine ilişkin eleştiriler için bkz. **Usta**, s. 463; **Çelik**, s. 284; **Erbay**, s. 46-49.

²⁴⁴ **Akyüz**, s. 306; **Baygın**, s. 360; **Kılıçoğlu**, s. 649; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 355; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 441; **Serozan**, s. 293; **Usta**, s. 475; **Çelik**, s. 286; **İmamoğlu**, *Çocuğun Korunması*, s. 201; **Erbay**, s. 28.

²⁴⁵ **Usta**, s. 475; **Baktır Çetiner**, s. 125.

²⁴⁶ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 301. Eski Medeni Kanun'da evlat edinme bir aile hukuku sözleşmesi olarak nitelendirilmişken, 4721 sayılı TMK'daki düzenlemelerden sonra evlat edinme doktrinde farklı şekillerde nitelendirilmiştir. Bir görüşe göre evlat edinme mahkeme kararına dayanan bir hakimiyet tasarrufudur (**Öztaş**, s. 952). Evlat edinme, evlatlık ile evlat edinen arasında yapay soybağı kuran bir aile hukuku kurumu olarak da tanımlanmaktadır [**Baygın**, s. 137; **Kılıçoğlu**, s. 560; **Demir, Mehmet**: *Bazı Ülke Yasaları ile Karşılaştırmalı Olarak Evlat Edinmenin Yasal Koşulları*, (AÜHFD 2005/52/3, s. 253-274), s. 254]. Bir başka görüş ise evlat edinmeyi bir medeni hukuk işlemi olarak nitelendirmektedir (**Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 370). Yeni Kanun'la birlikte evlat edinmenin bir sözleşme olmaktan

öncelikli amacı bir aile ortamından yoksun kalan çocukların korunması ve üstün yararlarına uygun olarak gelişiminin sağlanması; ikincil amacı ise evlat edinmenin çocuğu yoksa bu duyguyu tatması ve soyunu devam ettirerek miras bırakabilmesine olanak verilmesidir²⁴⁷. Belirtmek gerekir ki; evlat edinme, ailesi olmayan çocukların korunmasını sağladığı gibi, ailesi olmakla birlikte ekonomik, psikolojik vb. sebeplerle olumsuz koşullarda yaşayan çocukların daha iyi bir ortamda yetişmesini de sağlar²⁴⁸. Gerek çocuğun korunması gerek evlat edinen ve evlat edinilen yönünden soybağı bakımından değişikliğe yol açması sebebiyle evlat edinme müessesesinin kamu düzeninden olduğu söylenebilir. Bu nedenle Kanun'da evlat edinme sıkı koşullara bağlanmıştır.

Evlat edinme ilişkisi ancak yasal şartların varlığı halinde evlat edinmek isteyen mahkemeye başvurusu ve mahkeme tarafından TMK ve HMK'da öngörülen usule göre yapılacak yargılama sonucunda verilen olumlu karar ile gerçekleşir²⁴⁹. Kanun mahkemeye kapsamlı bir araştırma yapma, ilgilileri dinleme ve gerektiğinde uzmanlardan rapor alma yükümlülüğü getirmiştir. Bu kapsamda yapılacak inceleme neticesinde tüm koşulların yerine getirilmiş olması ve özellikle evlat edinmenin çocuğun yararına uygun bulunması halinde mahkemece evlat edinme talebinin kabulüne karar verilir²⁵⁰. Belirtmek gerekir ki evlat edinme başvurusunun, HMK'nın 382. maddesinde sayılmamış olsa da, uyuşmazlık ve subjektif hak yokluğu, önleyici-inşai etki ölçütlerine göre çekişmesiz yargı

çıkarılıp Resmî hukuki işlem haline getirildiğini ifade eden görüş için bkz. **Yalman, Süleyman:** Evlat Edinmede Rıza, (GÜHFD 2005/8/1-2, s. 57-73), s. 58.

²⁴⁷ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 300; **Akyüz**, s. 163; **Demir**, s. 255; **Serozan**, s. 221; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 369; **Şipka, Şükran:** 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi, İÜHFM, (1999/57/1-2, s. 301-322), s. 304.

²⁴⁸ **Aydos, Oğuz Sadık:** Yeni Medeni Kanun'a Göre Evlat Edinme, (GÜHFD 2003/4/1-2, s. 117-141), s. 118.

²⁴⁹ **Serozan**, s. 231; **Koç, Evren:** HMK ve TMK Çerçevesinde Evlat Edinme ve Evlatlık İlişkisinin Kaldırılması Davasına İlişkin Bazı Tespitler, (İÜHFM, 2015/73/1, s. 363-388), s. 364.

²⁵⁰ **Koç**, s. 379; **Öztan**, s. 985; **Akyüz**, s. 188; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 318; **Aydos**, s. 130.

iş i olduğu kabul edilmektedir²⁵¹. Ne var ki aslında çekişmesiz yargı iş i olan evlat edinme talebi uygulamada dava olarak algılanmakta ve hatalı bir şekilde evlat edinmek isteyen davacı, evlat edinilmek istenen erginse kendisinin, küçükse yasal temsilcisinin; çocuğun bir kurumda kalması halinde ise Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı İl Müdürlüğü gibi idari organların davalı olarak gösterildiğine rastlanmaktadır²⁵². Yargıtay da hasımsız olarak yapılan evlat edinme taleplerine ilişkin kararları bozmaktadır²⁵³.

1. Evlat Edinmenin Sonuçları

Evlat edinmeyle birlikte çocuğun biyolojik anne ve babasına ait hak ve yükümlülükler evlat edinene geçer. Bunlardan en önemlisi velayet altındaki çocuğun evlat edinilmesi halinde velayetin evlat edinene geçecek olmasıdır²⁵⁴. Burada velayetin

²⁵¹ **Budak, Ali Cem:** Prof. Dr. Baki Kuru'nun "Nizasız Kaza" İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru'ya Armağan, Ankara 2004, s. 273-306), s. 289; **Tanrıver,** Aile, s. 38; **Koç,** s. 375; **Şıpka,** s. 316; **Aydos,** s. 127; **Öztan,** s. 982; **Dural/Öğüz/Gümüş,** s. 317.

²⁵² **Akyüz,** s. 186; **Baygın,** s. 200.

²⁵³ "Davacıların ... evlat edinmek için Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı İl Müdürlüğü davalı gösterilerek dava açtıkları, çocuğun ana ve babasına davanın yöneltmediği, mahkemece davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmaktadır. Ne var ki dava sonucunda verilecek hüküm, çocuğun haklarına etkili olacağı gibi, doğuracağı sonuçlar bakımından onun ana ve babasının haklarına da etkili olacaktır. Bu bakımdan davada küçüğün ana ve babasına husumetin yöneltmesi, göstermeleri halinde onların delillerinin de toplanması ve tüm delillerin birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve hasım ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir." (18. HD, 12.01.2015, E. 2014/20480, K. 2015/31: **SMİP**); "Evlat edinmede ana ve babanın rızanın aranmaması kararı (TMK. m. 311, 312) çocuğun haklarına yönelik olduğu gibi, getirdiği yükümlülükler ve doğuracağı sonuçlar bakımından da önemlidir. Açıklanan sebeple, çocuğun yasal temsilcisi olan ana ve babasına davanın yöneltmesi, gösterdikleri takdirde delillerinin toplanması ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir." (2. HD, 09.03.2009, E. 2008/8419, K. 2009/4218: **SMİP**; ayrıca bkz. 2. HD, 23.03.2009, E. 2008/18825, K. 2009/5221; 2. HD, 03.04.2013, E. 2012/1666, K. 2013/9216: **KİBB**).

²⁵⁴ **Aydos,** s. 131; **Öztan,** s. 1000; **Baygın,** s. 229; **Akyüz,** s. 194; **Şıpka,** s. 315; **Akıntürk/Ateş Karaman,** s. 386; **Serozan,** s. 231.

devredilmesi değil biyolojik anne ve babanın velayet hakkının sona ermesi ve evlat edinenin velayet hakkının doğması söz konusudur²⁵⁵. Evlat edinenin velayete sahip olması, buna bağlı olarak çocuğun yasal temsilcisi sıfatı kazanmasını sağlar. Bunun yanında velayete ilişkin diğer hak ve yükümlülükler de evlat edinene geçmiş olur²⁵⁶. Velayetin içerdiği hak ve görevler bakımından konumuz açısından en önemli olanı birlikte yaşamakla ilgili olanlardır²⁵⁷. Çocuğun yerleşim yeri kural olarak velisinin yerleşim yeridir. Veli çocuğu kendi denetim ve gözetimi altında tutma hakkına, çocuk ise anne ve babası tarafından bakılma hakkına sahiptir. Çocuk velisinin rızası hilafına evden ayırlamaz ve kanuni bir neden olmaksızın anne ve babasından alınamaz. Söz konusu hak ve yükümlülükler velayetin kapsamına dâhil olduğundan, bunlar da artık evlat edinene geçmiş olacaktır.

Evlat edinme işlemlerinde aracılık faaliyetleri Küçüklerin Evlat Edinilmesine Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük'ün²⁵⁸ 3. maddesi uyarınca Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından yürütülür²⁵⁹. Ancak Kanun'un aradığı tüm şartların yerine getirilmiş olması halinde, hiçbir kurumun katılımı olmaksızın mahkemeye başvuru ile evlat edinme süreci tamamlanabilir²⁶⁰. Evlat edinme işlemlerinin tamamlanmasına kadar geçen süre içinde herhangi bir sebeple evlat edinilen, evlat edinenin yanında bulunmayabilir. Şöyle ki; bakım ve gözetim süresinin sonunda herhangi bir sebeple evlat edinme talebinde bulunulamaması veya evlat edinme talebinin

²⁵⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 321.

²⁵⁶ Öztan, s. 1001; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 322; Akyüz, s. 195; Baygın, s. 230.

²⁵⁷ Bkz. yuk. s. 41.

²⁵⁸ Tüzük için bkz. RG 15.03.2009, S. 27170.

²⁵⁹ Tüzük'te evlat edinmede aracılık faaliyetlerinde görevli kurum Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü olarak belirlenmişse de 08.06.2011 tarih ve 27958 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 35. maddesi uyarınca anılan kurum kapatılmış ve görevleri Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na bağlı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne devredilmiştir.

²⁶⁰ Baygın, s. 195; Akyüz, s. 182.

sonuçlanmasına kadar geçen süre içinde çocuğun evlat edinenin yanında kalmıyor oluşu sonucunda, çocuğun kuruma yerleştirilmesi de söz konusu değilse, biyolojik anne ve babası ya da vasisinin yanında kalmaya devam etmesi ihtimallerinde, evlat edinme talebinin kabul edilmesi halinde çocuğun evlat edinene teslimi gerekir. Evlat edinme talebi kural olarak biyolojik anne ve babaya yöneltildiğinden, onlar ilamda karşı taraf olarak görünürler. Bu nedenle biyolojik anne ve babanın çocuğu teslim etmemesi halinde evlat edinenin, arasında artık hukuken soybağı ilişkisi kurulduğu ve üzerinde velayete sahip olduğu çocuğun kendisine teslim edilmesi için, evlat edinme ilamına dayanarak, biyolojik anne ve babaya karşı İİK'nın 25. maddesi anlamında bir ilamlı icra takibi başlatabileceği kanısındayız. Çocuğun vasi tarafından teslim edilmemesi ihtimalinde ise, evlat edinenin çocuğun teslim edilmesi için dava açması ve bu dava sonucunda vasiye karşı aldığı ilamı icra ettirmesi gerekir.

2. Evlat Edinme İlişkisinin Kaldırılması

Evlat edinme ilişkisi, Kanun'da sınırlı olarak sayılan sebeplerin bulunması ve sebebin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde talep edilmesi halinde mahkeme kararıyla kaldırılabilir²⁶¹. Evlat edinme sürecinde rızasının alınması zorunlu olan kişilerden kanuni bir sebep olmaksızın rıza alınmaması halinde, bu kişiler evlat edinme ilişkisinin kaldırılmasını mahkemeden talep edebilirler (TMK'nın 317. maddesi). Bu taleple birlikte evlat edinenin hasım haline gelmesi ve uyuşmazlığın ortaya çıkması nedeniyle evlat

²⁶¹ Serozan, s. 234. Doktrinde bir görüş, mahkeme kararının bozucu yenilik doğurduğunu ve ileriye etkili olacağını savunmaktadır (Akyüz, s. 197; Öztan, s. 1003; Serozan, s. 236; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 389; Aydos, s. 136). Aksi yöndeki görüşe göre evlat edinme ilişkisinin kaldırılması kararı geçmişe etkilidir (Dural/Öğüz/ Gümüş, s. 328). Kararın kural olarak ileriye etkili olacağı ancak kötü niyet varsa geçmişe etkili olarak karar verilmesinin mümkün olması gerektiği de savunulmaktadır (Baygın, s. 251; Şıpka, s. 317).

edinmenin kaldırılması talebi çekişmesiz yargı işi değil, dava olarak nitelendirilir²⁶². Ancak burada evlat edinilenin menfaatlerinin ağır biçimde zedelenmemesi de gerekir. Bir başka ifadeyle, rıza eksikliğine rağmen evlat edinme ilişkisinin kaldırılması halinde evlat edinilenin menfaati ağır biçimde zarar görecektse; evlat edinilenin sağlık, eğitim ve yetiştirme koşulları iyiye, evlat edinilen evlat edinen ve ailesiyle derin duygusal bağlar kurmuşsa ve onların yanından alınması duygusal güvenliğini tehlikeye düşürecekse, evlat edinme ilişkisi hakkaniyet ilkesi gereğince²⁶³ kaldırılmaz²⁶⁴.

Evlat edinme ilişkisinin kaldırılmasıyla birlikte, çocuğun durumu kendiliğinden eski haline dönmez. Yani eskiden velayet altında olan çocuğun velayeti, evlat edinme ilişkisinin kaldırılması sonucunda tekrar kendiliğinden biyolojik anne ve babaya geçmez²⁶⁵. Mahkeme çocuğun üstün yararı nasıl gerektiriyorsa o şekilde hareket edecek; durum ve koşullara göre çocuğu tekrar velayet altına alabileceği gibi çocuğa vasi atanmasına da karar verebilecektir²⁶⁶. İşte bu durumda, yani çocuğun tekrar biyolojik anne ve babanın velayetine alınması ya da vasi atanmasına karar verilmesi hallerinde, evlat edinenin çocuğu velayeti tekrar kazanmış olan anne ve babaya yahut vasiye teslim etmesi gerekecektir. Evlat edinme ilişkisinin kaldırılmasını her ilgili talep edebildiğine ve bu taleple açılan davada evlat edinenler davalı konumda yer aldığına göre; evlat edinenin çocuğu teslim etmemesi halinde, davacı veli ya da vasinin söz konusu ilama dayanarak

²⁶² Tanrıver, Aile, s. 39; Koç, s. 381.

²⁶³ Aydos, s. 137.

²⁶⁴ Öztan, s. 1004; Akyüz, s. 197; Dural/Öğüz, Gümüş, s. 326; Kılıçoğlu, s. 595.

²⁶⁵ “Evlat edinme muamelesinin tekemmülü ile Ana ve Babanın velayet hakkını zayi edip evlat edinen kimseye geçen küçük üzerindeki velayet hakkının vefat sebebiyle Zevali vukuunda kendiliğinden, salahiyyetkar makamın müdahalesine lüzum olmaksızın asıl Ana ve Babaya veyahut bunlardan berhayat olana avdet ve intikal etmeyip bu gibi hallerde küçüğe bir vasi tayini icap edeceğine...” (İBGK, 10.11.1954, E. 1954/17, K. 1954/24: KİBB).

²⁶⁶ Öztan, s. 1008; Baygın, s. 231; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 397; Akyüz, s. 198; Serozan, s. 237; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 389; Aydos, s. 132.

İİK'nın 25. maddesi çerçevesinde evlat edinen aleyhine icra takibi başlatmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz.

C. Vesayet

Vesayet, küçüklük veya kısıtlılık nedeniyle korunmaya muhtaç durumda bulunan ve velayet altında olmayan kişilerin kişi varlığı ve malvarlığının korunması ile temsillerinin sağlanması için öngörülmüş olan bir kurumdur²⁶⁷. Vesayet hukuku TMK'nın 396-494 maddeleri arasında “vesayet düzeni”, “vesayet yürütülmesi” ve “vesayet sona ermesi” başlıkları altında düzenlenmiştir. TMK'nın 404 ve 405. maddelerine göre vesayeti gerektiren durumlar küçüklük ve kısıtlılık olmak üzere iki temel sebep altında ele alınmıştır. Bu bölümde sadece çocukların vesayet altına alınması incelenmiş, kısıtlıların vesayet altına alınması ve vesayet hukukunun çalışma konumuzla ilgisi bulunmayan hükümleri kapsam dışında bırakılmıştır.

Velayet ve vesayet karşılıklı olarak birbirini ortadan kaldırır, bir başka ifadeyle çocuk hem velayet hem vesayet altında bulunamaz²⁶⁸. Çocuğun yasal temsilcisi kural olarak velisidir. Ancak çocuğun velayet altında bulunmadığı hallerde, toplum hayatı içinde yasal temsilci olmaksızın yaşantısını sürdürmesi mümkün olmadığından²⁶⁹, TMK 404. maddesinin birinci fıkrasında açıkça “*velayet altında bulunmayan her küçüğün vesayet altına alınacağı*” düzenlenmiştir. O halde herhangi bir sebeple velayet altında bulunmayan çocuğa vasi atanması zorunludur.

Belirtmek gerekir ki, HMK'nın 382. maddesi uyarınca vesayet işleri çekişmesiz yargı işlerindedir. HMK'da vesayet hukukuna dayanan talep ve uyuşmazlıklar içinde

²⁶⁷ Akyüz, s. 309; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 469.

²⁶⁸ Akyüz, s. 320.

²⁶⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 397; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 469.

herhangi bir ayrıma gidilmemiş, “vesayet işleri” ifadesiyle vesayetle ilgili tüm işlerin çekişmesiz yargı işi olduğu kabul edilmiştir.

Çocuğun vesayet altına alınması aşağıda inceleneceği üzere çeşitli sebeplere dayanabilir. Ancak çocuğun teslim edilmesi gereği, velayetin kaldırılarak çocuğa vasi atanması durumunda ortaya çıkar. TMK’nın 445. maddesinde vasinin çocuğa özen gösterme yükümlülüğü düzenlenmiş ancak vasi çocuğa kendi evinde bakmakla yükümlü tutulmamıştır²⁷⁰. Bununla birlikte, kimi durumlarda (örneğin velayetin kaldırılıp anneannenin çocuğa vasi olarak atanması gibi) mahkemece çocuğun vasiye teslim edilmesine de karar verilebilir. Velayet kendisinden kaldırılan anne ve babanın yahut başka bir hısımin, daha sonra çocuğun vesayet altına alınması sırasında çocuğu halen fiilen yanlarında bulundurmaları halinde, çocuğu vasiye teslim etmesi gerekecektir. Benzer şekilde, velayet kaldırılmış olmakla birlikte yasal sebeplerin varlığı halinde velayetin anne veya babaya tekrar verilmesi halinde de çocuk fiilen vasinin yanında bulunuyorsa, vasinin de velayeti tekrar kazanmış anne veya babaya çocuğu teslim etmesi gerekmektedir. Vesayet kurumunun konumuzla ilgisi de bu şekilde ortaya çıkmaktadır. Her iki durumda da çocuğu teslim etmekle yükümlü olan veli ya da vasinin bundan kaçınması halinde, çocuğa vasi atanması veya vesayet altındaki çocuğun vesayet kaldırılarak tekrar velayet altına alınmasına dair ilamın İİK’nın 25. maddesi çerçevesinde icra edileceği kanaatindeyiz.

1. Çocuğun Vesayet Altına Alınması

Belirtmek gerekir ki, Kanun’da vasinin çocuğa fiilen kendi evinde bakması gerektiğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Çocuğun vesayet altına alındığı her

²⁷⁰ Akyüz, s. 331.

durumda geçerli olmamakla birlikte²⁷¹, vasi atanma sebebinin ve somut olayın niteliklerinin sonucu olarak, çocuğu fiilen vasinin yetiştirmesi ve ona bakması gerekebilir. Öte yandan, TMK'nın 445. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca vasinin yetkileri velinin yetkilerine benzetildiğine göre, vasi de çocuğu fiilen yanına alma hakkına sahip olmalıdır. Nitekim doktrinde vasinin tıpkı veli gibi çocuğa bakmak, onu yetiştirmek ve her bakımdan eğitmekle yükümlü olduğu ifade edilmektedir²⁷². Örneğin, herhangi bir sebeple anne ve babanın velayetinin kaldırılmış olması ve çocuğun fiilen anneanne, dede gibi bir yakınıyla birlikte kalması durumunda, bu kişinin çocuğa vasi olarak atanması halinde çocuk fiilen vasisiyle yaşamaya devam edecektir. Bu örnekteki benzer durumlarda çocuk, fiilen, vasisinin değil de velayeti kaldırılmış anne ve babasının ya da bir başka hısıminin yanında bulunuyorsa, örneğin anne ve babası ölmüş çocuğa teyzesi vasi olarak atanmış fakat halası kendi evinde bakmaktaysa, mahkemenin çocuğun vesayet altına alınmasına dair vereceği karar, çocuğun vasiye teslimini de içerecektir. Yakınlardan birinin vasiliğine son verilip bir başka hısımin vasi olarak atanmasında da durum böyledir. Kanaatimizce, bu özellikleri taşıyan, yani vesayetten kaynaklanan ve çocuğun vasiye teslimini içeren ilam da çalışmamızın konusu kapsamında İİK'nın 25. maddesi çerçevesinde icra edilecektir.

2. Vesayetin ve Vasilik Sıfatının Sona Ermesi

Çocuk üzerindeki vesayet çocuğun herhangi bir yolla ergin olmasıyla, ilk kez veya yeniden velayet altına alınması ya da evlat edinilmesiyle kendiliğinden sona erer²⁷³.

²⁷¹ Anne ve babası sağ olup da herhangi bir nedenle çocuğa vasi atanması durumunda, aksini gerektiren haklı bir neden olmadıkça çocuğun anne ve babasının yanında oturmaya devam edeceği, vasinin kural olarak vesayeti altındaki çocukla birlikte yaşamaya zorlanamayacağı ifade edilmiştir (**Baktır Çetiner**, s. 54).

²⁷² **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 519.

²⁷³ **Akyüz**, s. 342; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 428; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 542.

Vesayetin sona ermesi, özellikle çocuğun tekrar velayet altına alınması yahut evlat edinilmesi sebeplerine dayanması halinde çalışma konumuz bağlamında önem taşır. Fiilen vasisi ile birlikte yaşayan ve vasisi tarafından bakımı ve gözetimi sağlanan çocuğun, velayetin kaldırılma sebepleri ortadan kalkması nedeniyle tekrar velayet altına alınması halinde velayeti tekrar elde eden anne ve babaya teslim edilmesi gerekir. Benzer şekilde fiilen vasinin yanında bulunan çocuğun denetim makamının izniyle evlat edinilmesi halinde de, vasi fiilen yanında bulundurduğu çocuğu evlat edinene teslim etmekle yükümlü olacaktır. Zira velayet ve evlat edinme vesayeti ortadan kaldırır ve veli çocuğu yanında bulundurma hakkına sahiptir. Bu halde çocuğun vasisi tarafından anne ve babasına veya evlat edinene teslim edilmemesi halinde de, söz konusu ilamın icrasının İİK'nın 25. maddesi dairesinde gerçekleştirileceği kanaatindeyiz.

D. Tenfizine Karar Verilen Yabancı Mahkeme İlamları

Türk mahkemeleri tarafından verilen çocuk teslimine ilişkin bir kararın icra edilmesi için İİK'nın 25. maddesine göre bir ilamlı icra takibi başlatılır. Buna karşın, icra ettirilmek istenen ilam yabancı mahkemeler tarafından da verilmiş olabilir. Mahkemelerin karar vermesi doğrudan doğruya devletlerin yargı erkinin kullanılmasının sonucu olduğundan, devletin icra organlarının yabancı bir mahkeme kararı sonucunda harekete geçmesi beklenemez²⁷⁴. Öte yandan bireysel menfaat ile devletin egemenlik menfaati arasında bir dengenin kurulması da yaşamsal gereklilikler bakımından zorunludur²⁷⁵. Tanıma ve tenfiz usulleri de yabancı ilamların belirli şartları sağladığının

²⁷⁴ **Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Figanmeşe, İnci:** Milletlerarası Özel Hukuk, 5. B., İstanbul 2016, s. 482; **Demir Gökyayla, Cemile:** Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara 2011, s. 65; **Ruhi, Ahmet Cemal:** Yabancı Ülke Mahkemelerinden Alınan Velayet Konusundaki İlamların Türkiye'de Tenfizi, (AÜEHFD 2003/7/3-4, s. 721-756), s. 730.

²⁷⁵ **Demir Gökyayla,** s. 64-65.

incelenerek bir anlamda kontrolden geçirilmesi suretiyle bu dengenin kurulması için öngörülmüştür²⁷⁶. Yabancı mahkeme ilamının kesin hüküm ve kesin delil etkisinden yararlanılması için tanınması gerekir; ancak bir yabancı mahkeme ilamının tanınması, onu tanındığı ülkede doğrudan icra edilebilir hale getirmez²⁷⁷. Yabancı mahkemeler tarafından verilen ilamlar doğrudan doğruya ilamlı icra aracılığıyla yerine getirilemez. Bir yabancı mahkeme kararının icra edilmesi için yetkili ve görevli Türk mahkemeleri tarafından tenfiz edilmesi gerekir. Bu gereklilik 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 50. maddesinde yer alan *“Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır.”* şeklindeki düzenlemeyle ifade edilmiştir. Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere, tenfiz edilecek ilamın verildiği ülke hukukuna göre kesinleşmiş olması zorunludur. Kararın kesinleşmemesine rağmen verildiği yer hukukuna göre icra edilebilir nitelikte olmasının bir önemi yoktur. Böyle bir karar kesinleşmediği için Türkiye’de tenfiz edilemez²⁷⁸.

MÖHUK’un 54. maddesinde belirlenen şartları taşıyan ve kesinleşmiş olan bir yabancı mahkeme ilamı Türk mahkemelerinde tenfiz edilebilir ve aynı Kanun’un 58. maddesi uyarınca *“tenfizine karar verilen yabancı ilâmlar Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmlar gibi icra olunur”*. Yabancı mahkeme tarafından verilmiş olmakla birlikte, yabancı mahkeme kararının ilam niteliğinde olup olmadığının kararı veren mahkemenin hukukuna göre tespit edilmesi gerektiği kabul edilmektedir²⁷⁹.

²⁷⁶ **Ekşi, Nuray:** Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013, s. 3.

²⁷⁷ **Nomer, Ergin:** Devletler Hususi Hukuku, 21. B., İstanbul 2015, s. 500; **Güven, Pelin:** Tanıma-Tenfiz (Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi), Ankara 2003, s. 27; **Ruhi,** s. 731.

²⁷⁸ **Nomer,** s. 501; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe,** s. 499.

²⁷⁹ **Ekşi,** s. 112; **Güven, P.,** s. 46. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar ve aksi yöndeki Yargıtay kararları için bkz. **Ekşi,** s. 113-117.

Çocuk teslimini gerektiren kararların büyük bölümünü velayete ilişkin ilamlar oluşturmaktadır. Velayet kararı çocuk teslimini de içerdiğinden, bu kararın yerine getirilerek çocuğun velayet sahibi tarafa teslim edilmesi için de öncelikle tenfiz edilmesi gerekir²⁸⁰. Velayet kararının tenfiziyle yabancı mahkeme ilamına uygun olarak çocuğun velayetinin verildiği tarafa icra organları aracılığıyla teslimi sağlanmış olur²⁸¹. Türk hukuk uygulamasında velayet kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği kabul edilmiş olduğundan, yabancı mahkemelerce verilen velayet kararlarının da verildiği yer hukukuna göre maddi anlamda kesin hüküm gücünden yoksun olması, tenfiz edilmelerine engel değildir. Bu kararların şekli anlamda kesinleşmesi yeterlidir²⁸². Bunun yanında, yabancı mahkeme tarafından verilen velayet kararının sonradan değiştirilmesine yönelik yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmesi de mümkündür²⁸³. Benzer şekilde, tenfizine karar verilen yabancı mahkeme ilamları da Türk mahkemelerinden verilen ilamlar gibi sonuç doğurduğundan, koşullarının oluşması halinde Türkiye’de açılan yeni bir dava sonucunda, tenfiz edilen kararda yer alandan farklı bir velayet düzenlemesi yapılması ve bu ilamın icra edilmesi de mümkündür²⁸⁴.

Velayet kararlarının tenfiz edilmesinde, özellik arz eden birtakım durumlar mevcuttur. Velayet kararları tenfiz edilirken en sık karşılaşılan sorun, tenfizin kamu

²⁸⁰ Akıncı, Ziya/Demir Gökyayla, Cemile: Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010, s. 160.

²⁸¹ Şanlı, Cemal: Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, (MHB 1996/1-2, s. 71-82), s. 72.

²⁸² Akıncı/Demir Gökyayla, s. 160-161; Demir Gökyayla, s. 40-41. Doktrinde aksi yöndeki bir görüşe göre, tenfizi istenen ilamın kesinleşmiş olması gerekliliği, uyumsuzluğun nihai ve kesin olarak çözülmesine dayanmakta, bu nedenle tenfiz için aranan kesinlik şartı maddi anlamda kesinlik olarak anlaşılmalıdır (Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 499; Güven, P., s. 51). Öte yandan Şanlı, tenfiz için maddi ve şekli anlamda kesinlik gerekse de, velayet, nafaka ve kişisel ilişki kararlarının değişen şartlara göre değiştirilebilmesinin, tenfizde aranan maddi anlamda kesinlik şartının istisnasını teşkil ettiğini, bu nedenle velayet ve kişisel ilişki kararlarının sonradan değiştirilmesinin kesinleşmeye ve tenfize engel olmadığını kabul etmektedir (Şanlı, s. 72).

²⁸³ Ekşi, s. 544-545; Huysal, Burak: Devletler Özel Hukukunda Velayet, İstanbul 2005, s. 177.

²⁸⁴ Ekşi, s. 545-546.

düzenine açıkça aykırı olmaması şartıyla ilgilidir. Kamu düzeni, üzerinde uzlaşmış bir kavram olmayıp; zamana, yere ve konuya bağlı olarak farklı anlamlar ifade edebilmektedir²⁸⁵. Yargıtay bu konuda verdiği bir içtihadı birleştirme kararında kamu düzenine aykırılığın çerçevesini “*Türk Hukuku’nun temel değerlerine, Türk genel ahlak ve adap anlayışına, temel adalet anlayışına, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli olan prensiplere özel hukuka ilişkin hüsnüniyet kurallarına, Türk Devletinin siyasi rejimine, toplumun ekonomik yapısının temelinden sarsacak olan değerlendirmeye, temel insan haklarına, adalet anlayışına aykırılıklar*” olarak çizmiştir²⁸⁶. Kural olarak tenfiz talebi hakkında karar veren mahkeme, kararın maddi hukuka uygun olarak verilip verilmediğini, yani içeriğini inceleyemez²⁸⁷. Ancak kamu düzenine açıkça aykırılık incelemesi, esasa girme yasağının bir istisnası olarak değerlendirilebileceği gibi²⁸⁸; bu incelemenin sadece bu kapsamla sınırlı ve münferit bir inceleme olması itibarıyla esasa girilmesi anlamına gelmeyeceği de söylenebilir²⁸⁹. Mahkeme, kamu düzenine aykırılığın tespiti konusunda takdir yetkisine sahiptir²⁹⁰. Bununla birlikte, milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramı, iç hukuktakinden daha sınırlı bir çerçevede değerlendirilmekte olup; yargılamada Türk Hukuku uygulansaydı farklı yönde karar verilecek olması, o kararın kamu düzenine aykırı olduğu anlamına gelmez²⁹¹. Bu itibarla, Türk Hukuku’nda velayetin kamu düzeninden kabul edilmesi nedeniyle de Türk Hukuku’na aykırı bir velayet düzenlemesinin Türk kamu düzenine aykırı olduğu da söylenemez²⁹². Doktrinde buna örnek olarak ortak

²⁸⁵ Nomer, s. 159; Ekşi, s. 280. Kavramın çeşitli tanımları için bkz. Demir Gökyayla, s. 24-27.

²⁸⁶ İBBGK, 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1 sayılı İBK için bkz. RG 20.09.2012, S. 28417.

²⁸⁷ Nomer, s. 508; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 490; Demir Gökyayla, s. 74-77; Ekşi, s. 281.

²⁸⁸ Nomer, s. 508.

²⁸⁹ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 525.

²⁹⁰ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 520.

²⁹¹ Demir Gökyayla, s. 37; Ekşi, s. 282; Güven, P., s. 131; Şanlı, s. 76; Ruhi, s. 745.

²⁹² Nomer, s. 172; Akıncı/Demir Gökyayla, s. 164.

velayet kararları verilmiş ve Türk Hukuku'nda aralarında evlilik bağı bulunmayan anne ve baba tarafından velayetin birlikte kullanılmasına ilişkin açık bir yasal düzenleme olmamasının, bu yönde verilen yabancı mahkeme kararının, salt bu nedenle kamu düzenine aykırı kabul edilmesini gerektirmediği ifade edilmiştir²⁹³. Ortak velayete ilişkin kararlar önceki Yargıtay uygulamasında mutlak suretle Türk kamu düzenine aykırı bulunmuşken, Yargıtay çok yeni tarihli bir kararında ortak velayet kararının salt bu nedenle kamu düzenine aykırı olarak kabul edilmemesi gerektiğini belirtmiştir²⁹⁴. Ayrıca belirtmek gerekir ki velayet kararlarında, kamu düzenine aykırılığın belirlenmesinde belirleyici bir ölçüt olarak çocuğun üstün yararı ilkesine uygun davranılıp davranılmadığı da değerlendirilmektedir²⁹⁵.

MÖHUK'un 56. maddesi uyarınca kısmi tanıma/tenfiz mümkün olduğundan, boşanmaya ilişkin bir kararda aynı zamanda velayet hükmüne de yer verilmişse, boşanma kısmının tanınması, velayet kısmının ise tenfiz edilmesi gerekir²⁹⁶. Bu durumda, boşanma kararı tanınmasına rağmen, velayet kararının kamu düzenine aykırılık nedeniyle tenfizinin reddine karar verilmesi mümkündür²⁹⁷. Buna karşın doktrinde, velayetin boşanmanın sonucu olması nedeniyle boşanma kararının tanınmasının reddine karar verilmişken, velayet kararının tenfizinin kabulüne karar verilmemesi gerektiği ifade edilmektedir²⁹⁸.

²⁹³ **Ekşi**, s. 548.

²⁹⁴ Bkz. yuk. s. 53.

²⁹⁵ **Akıncı/Demir Gökyayla**, s. 166; **Ekşi**, s. 547; **Huysal**, s. 182; **Güven, P.**, s.135. Doktrinde tenfiz talebi hakkında karar verecek mahkemenin, kamu düzenine aykırılık bağlamında çocuğun üstün yararının dikkate alınıp alınmadığını inceleyebileceği, ancak bu incelemenin esasa girmeyi zorunlu kıldığı, aksi halde çocuğun üstün yararının sağlanıp sağlanmadığının tespit edilmeyeceği, bu nedenle söz konusu kararlar bakımından istisnai olarak Türk mahkemelerine gereken yetkinin verilmesi gerektiği ifade edilmiştir (**Huysal**, s. 184).

²⁹⁶ **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 487; **Şanlı**, s. 73.

²⁹⁷ **Akıncı/Demir Gökyayla**, s. 161.

²⁹⁸ **Akıncı/Demir Gökyayla**, s. 162; **Huysal**, s. 179.

4787 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca, aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizinde görevli mahkeme aile mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise, MÖHUK'un 51. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kendisine karşı tenfiz istenen kişinin Türkiye'deki yerleşim yeri mahkemesi, yoksa sâkin olduğu yer mahkemesi, Türkiye'de yerleşim yeri veya sâkin olduğu bir yer mevcut değilse Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birisi olarak belirlenmiştir.

Yukarıdaki açıklamalar bir yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmesine ilişkin genel açıklamalar niteliğindedir. Bununla birlikte, velayet kararlarının tenfizi konusunda özel olarak yapılan uluslararası sözleşmeler ve bu sözleşmelerin öngördüğü farklı sistemler mevcuttur. Çalışma konumuzdan uzaklaşmamak adına uluslararası sözleşmelerde öngörülen özel usullerin detayına girilmeyecek, işaret edilmekle yetinilecektir.

Velayet ve dolayısıyla çocuğun teslimi konusunda mevcut sözleşmelerden ilki 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Hukuka İlişkin Sözleşme'dir²⁹⁹. Anılan Sözleşme'de açıkça velayetten bahsedilmemekteyse de, çocukların korunmasının velayete ilişkin verilen kararlarla da mümkün olabilmesi nedeniyle konumuz bakımından uluslararası bir dayanak teşkil edebilir³⁰⁰. Bununla birlikte, Sözleşme'nin 7. maddesinde tenfiz kararlarının ülkelerin iç hukuku veya uluslararası sözleşmeler çerçevesinde verileceği düzenlendiğinden, tenfiz bakımından genel hükümlerden ayrılan bir sistem getirilmemiştir.

²⁹⁹ Bu Sözleşme için bkz. RG 21.02.1983, S. 17966. Ayrıca Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=39>; Sözleşme'nin Türkçe çevirisi için bkz. http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/lahey/turkce_lah10.pdf (Erişim Tarihi: 28.09.2017).

³⁰⁰ Akıncı/Demir Gökyayla, s. 170.

Velayet kararlarının tenfizi hakkında Türkiye'nin taraf olduğu bir başka uluslararası sözleşme, Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'dir³⁰¹. Bu Sözleşme ile birlikte, sadece mahkeme kararlarının değil, aynı zamanda idari makamlar tarafından verilen kararların da ülkeler arasında iş birliğiyle uygulanmasını amaçlayarak, yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilmesinin yanında, çocuğun velayet sahibine teslim edilmesi için idari makamlar arasında bir iş birliği sistemi de öngörmektedir³⁰². Sözleşme'nin 7. maddesiyle taraf devletlere, birbirlerinin ülkesinde verilmiş bir velayet kararının tanınması ve tenfiz edilmesi zorunluluğu getirilmiş, haksız yere götürülen çocukların iadesine ilişkin prosedür ise 8 ve 11. maddeler arasında düzenlenmiştir.

Sonuç olarak, velayet ve dolayısıyla çocuk teslimine ilişkin bir yabancı mahkeme kararı, gerek MÖHUK kapsamında genel hükümler uyarınca gerek Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin getirdiği sistemler çerçevesinde tenfiz edilmişse Türk mahkemelerince verilen ilamlar gibi icra edilebilir hale gelecektir. Tenfizine karar verilen velayete ilişkin yabancı mahkeme ilamı da çocuk teslimine ilişkin ilamlı icra takibinin konusunu oluşturabilecektir. Ancak ilamlı icra takibinde ilamda davacı olarak görünen taraf alacaklı, davalı olarak görünen taraf borçlu konumundadır. Oysa MÖHUK'un 52. maddesinin birinci fıkrasında tenfiz talebinin hukuki yararı bulunan herkes tarafından yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Bu madde kapsamında velayet hükmü içeren ilamın tenfiz talebinin, çocuğu teslim alacak kişi tarafından yapılmamış olduğu hallerde, ilamda alacaklı olarak görünmeyeceğinden, ilamı icra ettiremeyeceği kanaatindeyiz.

³⁰¹ Bu Sözleşme için bkz. RG 02.11.1999, S. 23864.

³⁰² Akıncı/Demir Gökyayla, s. 181-183.

V. ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN İLAMLARIN KAYNAKLARI

Anne baba ile çocuk arasındaki ilişki, hukuki sonuçlar bağlanan ancak duygusal temele dayanan bir ilişki olduğundan, hukuk düzenleri bu ilişkinin sürdürülmesi için birtakım düzenlemeler öngörmüştür³⁰³. ÇHS'nin 9/3 ve 10/2 maddeleri, Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi³⁰⁴'nin 4. maddesi ve Anayasa'nın 41. maddesiyle her çocuğun anne ve babası ile kişisel ilişki kurma hakkı güvence altına alınmıştır³⁰⁵. Bu düzenlemeler karşısında anne ve babasının velayeti altında bulunmayan çocuğun anne ve babasıyla kişisel ilişki kurma hakkının çocuğun temel haklarından olduğu söylenebilir. TMK'da ise çocuğun kişisel ilişki kurma hakkına değinilmemiş, kişisel ilişki anne ve baba ile belirli koşullarda üçüncü kişiler üzerinden tanımlanmıştır. TMK'nın 323. maddesinde “*anne ve babanın velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı*” olduğu hükme bağlanmıştır. Öte yandan, TMK'nın 325. maddesinde de belirli koşullar altında çocuklar ile üçüncü kişiler arasında kişisel ilişki kurulabileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere kişisel ilişki kurma hakkı hem çocuğa hem anne ve babaya hem de belirli koşullarda üçüncü kişilere ait bir haktır³⁰⁶.

Mahkemece çocukla kişisel ilişki kurulması gerekliliği, herhangi bir sebeple anne ve babanın velayete sahip olmadığı durumlarda ya da koşullarının mevcut olması halinde

³⁰³ **Serdar, İlknur:** Kişisel İlişki Kurma Hakkı, (DEÜHFD 2007/9, s. 739-781), s. 739.

³⁰⁴ Sözleşme Türkiye tarafından 15.07.2003 tarihinde imzalanmış ve 9.10.2010 ve 6066 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş, 17.11.2011 gün ve 28115 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış, 01.05.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁰⁵ Kişisel ilişki hakkı aynı zamanda AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen aile hayatına saygı kapsamında koruma altında olduğu kabul edilmektedir (**Usta**, s. 220).

³⁰⁶ **Doğan, Gül:** Çocuk ile Kişisel İlişki Kurabilme Hakkı, (Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 529-535), s. 529.

üçüncü kişilerin talebi üzerine ortaya çıkar. Mahkemece belirlenen gün ve saatte, velayete sahip anne veya babanın ya da çocuğu fiilen yanında bulunduran kişinin çocuğu kişisel ilişki kuracak olan anne, baba veya üçüncü kişiye teslim etmesi gerekir. Burada çocuğun teslimi deyimiyile İİK'nın 25. maddesi anlamında teslimi değil, fiili duruma işaret edilmektedir. Zira yerine getirilmesi istenen ilam kişisel ilişki kararını içerir.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamın gereğinin yerine getirilmemesi halinde ise ilamın icrası İİK'nın 25/a maddesi çerçevesinde gerçekleştirilir. Bu nedenle bu başlık altında kişisel ilişki kavramının anlamı ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların kaynakları incelenecektir.

A. Kişisel İlişki Kavramı

Kişisel ilişki kavramı TMK'da tanımlanmamış; ancak Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 2. maddesinde kişisel ilişkinin ne anlama geldiği tespit edilmiştir. Anılan maddeye göre kişisel ilişki; çocuğun birlikte yaşamadığı anne veya babası ya da üçüncü kişinin yanında *“sınırlı bir süre için birlikte kalması veya görüşmesi, çocukla söz konusu kişi arasındaki her türlü iletişim şekli, söz konusu kişiye çocuk hakkında ya da çocuğa bu kişi hakkında bilgi aktarımını”* ifade eder. Kişisel ilişkinin yaygın olarak doğrudan ve fiilen yan yana gelerek kurulması doktrinde “ziyaret hakkı” olarak ifade edilmiş; ancak kişisel ilişkinin, söz konusu tanımdan da anlaşıldığı üzere, sadece doğrudan görüşme ve fiilen bir arada olmayı değil, aynı zamanda her türlü iletişim biçimiyle kurulan bağlantıyı ve bilgi edinmeyi de kapsadığı belirtilmiştir³⁰⁷.

³⁰⁷ Öztan, s. 1027; Baygın, s. 105; Kılıçoğlu, s. 603; Serdar, Kişisel İlişki, s. 740; Doğan, s. 531; Usta, s. 222. Serozan, kişisel ilişkinin velayetin eksiği olduğunu ifade etmektedir (Serozan, s. 241).

Anne ve baba yönünden, çocuklarıyla kişisel ilişki kurulması hakkı kişilik haklarına dâhil şahıs varlığı değerlerinden kabul edilmektedir³⁰⁸. Bu kapsamda anne ve babanın kişisel ilişki kurma hakkı, kişiye sıkı sıkı bağlı bir hak³⁰⁹ olup; söz konusu hakkın devredilmesi veya bu haktan feragat edilmesi mümkün değildir³¹⁰.

TMK’da her ne kadar çocuğun kişisel ilişki hakkına sahip olduğu hükme bağlanmamışsa da, Anayasa ve uluslararası sözleşmelerdeki düzenlemeler³¹¹, çocuk yönünden de kişisel ilişki kurma hakkının çocuğun kişilik haklarının bir parçası olduğunu ve çocuğun bu hakkın nesnesi değil aynı zamanda sahibi olduğunu göstermektedir³¹². Bu nedenle doktrinde anne ve babanın kişisel ilişki kurma hakkı çocuğun menfaatine uygunluğu barındırdığından bir yüküm-hak, çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı ise doğrudan kişiliğini koruyan bir hak olarak nitelendirilmiştir³¹³.

Kişisel ilişki kurma hakkı temelde anne ve baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin bir sonucu olmakla birlikte³¹⁴, daha ziyade psikolojik anne baba olgusuna dayanmaktadır³¹⁵. Psikolojik anne baba olgusu çocuğa saygı duymayı, ona ilgi ve şefkat göstermeyi, öğretici olmayı ifade eden ve esasında kişiler arasındaki duygusal bağa karşılık gelen bir kavramdır³¹⁶. Kanaatimizce kişisel ilişki kurumunun varlık sebebi tam

³⁰⁸ Öztan, s. 1027; Baygın, s. 105; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 396.

³⁰⁹ Öztan, s. 1028; Karakaş, s. 146.

³¹⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 334; Serdar, Kişisel İlişki, s. 740; Doğan, s. 530; Kılıçoğlu, s. 603.

³¹¹ Bkz. yuk. s. 78.

³¹² Serdar, Kişisel İlişki, s. 742. TMK’da çocuğun kişisel ilişki kurma hakkının düzenlenmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Güven, s. 23.

³¹³ Serdar, Kişisel İlişki, s. 743; Öztan, s. 1031; Usta, s. 223, 225; Erlüle, Fulya: Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması, (MÜHF-HAD, 2010/16/3-4, s. 217-248), s. 219.

³¹⁴ Kişisel ilişki tesis edilmesi için çocuk ile anne ve baba arasında soybağı ilişkisinin mevcut olması gerekir (Doğan, s. 530). “Soybağının doğurduğu en önemli sonuç, anne ve baba ile çocuk arasında ilişki kurmaktır” (Kılıçoğlu, s. 603).

³¹⁵ Akyüz, s. 203.

³¹⁶ Serdar, Kişisel İlişki, s. 741.

olarak bu ilişkinin sürdürülmesidir. Hiçbir soybağı ilişkisi olmamasına rağmen Kanun'da belirli koşullar altında üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurabileceklerinin kabul edilmesi de kişisel ilişki kurulmasında manevi bağlara daha çok önem verildiğini göstermektedir³¹⁷.

Kişisel ilişki kurulmasında öncelikli olarak gözetilecek husus elbette çocuğun üstün yararı ilkesidir³¹⁸. Çocuğun, herhangi bir sebeple fiilen ayrılmış durumda olduğu anne veya babasıyla ilişkilerini sürdürmesi kural olarak üstün yararına uygundur. Nitekim kişisel ilişkinin amacı, çocukla fiilen bir arada bulunmayan ebeveyn ile çocuk arasındaki hukuki ve duygusal ilişkinin devamının sağlanarak, yabancılaşmanın önüne geçilmesi, çocuğun gelişimi hakkında bilgi sahibi olunması ve sevgi ihtiyacının karşılanmasıdır³¹⁹.

Kişisel ilişkinin nasıl kurulacağı, sıklığı vb. gibi hususların “uygun” olup olmadığı somut şartlara göre mahkeme tarafından takdir edilir³²⁰. Önemle vurgulamak gerekir ki kişisel ilişki kurulması anne ve babalık duygularının tatmin edilmesi işlevini barındırır da öncelikli olarak çocuğun menfaatlerinin korunmasına hizmet eder³²¹. Kişisel ilişki düzenlenirken çocuğun kişiliği, sağlık ve öğrenim durumu, yaşı³²², anne ve babasıyla olan

³¹⁷ Baygın, s. 106. Elçin Grassinger, Gülçin: Çocuk Hukukunda Dikkate Alınması Gereken Hususlar ve Çocuğun Teslimiyle İlgili Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, (Prof. Dr. M. İlhan Uluşan'a Armağan, Ankara 2016, s. 239-246), s. 243. Aynı yönde bkz. Güven, s. 9-11.

³¹⁸ “Velayet ve kişisel ilişki hususu, çocukları ilgilendiren konuların en başında gelir. Düzenleme yapılırken; çocukla ana/baba yararının çatışması halinde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gereklidir.” (2. HD, 12.01.2017, E. 2016/24299, K. 2017/302: SMİP).

³¹⁹ Akyüz, s. 204; Baygın, s. 105; Serdar, Kişisel İlişki, s. 740; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 334; Erlüle, s. 218.

³²⁰ Baygın, s. 110; Akyüz, s. 205; Dural/Öğüz/Gümüş, s.335; Kılıçoğlu, s. 603; Usta, s. 230; Erlüle, s. 223.

³²¹ Öztan, s. 793; Akyüz, s. 206.

³²² “Mahkemece ortak çocuk ile davacı babası arasında kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesine karar verilmiş, kişisel ilişki kurulurken çocuğun 4 ve 6 yaşını doldurmadan öncesi ve sonrası ayrı ayrı düzenlenerek, kademeli bir kişisel ilişki düzenlemesi yapılmıştır. Değişen koşullara göre, çocuğun yaşı, eğitim ve sağlık durumları gözetilerek kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi ileriki yıllarda her zaman istenebilir. Kişisel ilişki kurulmasına yönelik hüküm kurulurken, gelecek yıllardaki koşullar önceden

ilişkileri, anne ve babanın yaşantısı ve mesleklerinin niteliği, yerleşim yerlerinin birbirine uzaklığı gibi birçok hususun bir arada değerlendirilmesi gerekir³²³. Bu noktada uzmanlardan görüş alınması çocuğun yararının belirlenmesinde önemli rol oynar³²⁴.

Kişisel ilişki, düzenli ve sürekli olarak kurulması halinde kendisinden beklenen işlevi yerine getirir³²⁵. Bu kapsamda, somut olayın koşulları ve çocuğun üstün yararı aksini gerektirmiyorsa, genel olarak, iki haftalık aralıkların çocuğun sağlıklı gelişimi açısından uygun olduğu; daha sık aralıkların velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyebileceği ve çocuğun bu kadar sık yer değiştirmesinin aidiyet duygusu geliştirmesini zora sokacağından bedensel ve psikolojik gelişimi için zararlı olduğu kabul edilmektedir³²⁶. Kişisel ilişkinin sadece olağan dönem için değil; yarıyıl ve

bilinemeyeceğinden, şimdiden ortak çocuk ile davacı baba arasında kademeli bir şekilde kişisel ilişki düzenlenmiş olması isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.” (2. HD, 06.03.2017, E. 2017/50, K. 2017/2379: SMİP).

³²³ Baygın, s. 111; Serdar, Kişisel İlişki, s. 760; Doğan, s. 531; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 335; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 314; Usta, s. 232; Erlüle, s. 229. “Müşterek çocuk ile baba arasında her ayın 1 ve 3. hafta sonları Cuma akşam 18.00 ile Pazar günleri saat 15.00 saatleri arasında kurulan kişisel ilişki uzun olup, okul çağında bulunan çocuğun eğitim durumunu engelleyici niteliktedir.” (2. HD, 30.03.2016, E. 2016/2518, K. 2016/7769: SMİP).

³²⁴ Serdar, Kişisel İlişki, s. 745. “Yapılan yargılama ve toplanan delillerden, mahkemece yargılama sırasında sosyal inceleme raporu aldırılmış ise de, tek uzman tarafından hazırlanan rapor kişisel ilişkiye yönelik hüküm tesisi yönünden yeterli değildir. Gerçekleşen bu durum karşısında, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 5. maddesi gereğince Aile Mahkemesi bünyesinde bulunan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan, her iki ebeveyn ve çocukla görüşmek suretiyle inceleme ve rapor istenip; tarafların barınma, gelir, sosyal ve psikolojik durumlarına göre çocukların sağlıklı gelişimi için davalının kişisel ilişkiye engel bir durumun bulunup bulunmadığının araştırılması, mahkemece idrak çağındaki çocuğun bizzat dinlenerek, kişisel ilişki yönünden görüşü alınıp ve diğer deliller de göz önüne alınmak suretiyle kişisel ilişki konusunda bir karar verilmesi gerekirken...” (2. HD, 27.03.2017, E. 2017/1253, K. 2017/3362: SMİP).

³²⁵ Öztan, s. 1025.

³²⁶ Akyüz, s. 207; Baygın, s. 112; Serdar, Kişisel İlişki, s. 762; Erlüle, s. 232. “Mahkemece ortak çocuk ile davacı-davalı baba arasında ‘her hafta Pazar günü sabah saat 08.00'dan akşam saat 20.00'a kadar’ şeklinde kurulan kişisel ilişki davalı-davacı annenin velayet görevini yerine getirmesini engelleyeceği gibi, anneyi her hafta sonu Pazar günleri eve bağlı hale getirecektir. Açıklanan nedenlerle, her ayın

yaz tatilleri, özel günler, milli ve dini bayramlar gibi zamanlar bakımından da kurulması ve tespit edilmesi gerekir³²⁷. Kişisel ilişki kurulacak olması nedeniyle ortaya çıkabilecek masraflara kural olarak kişisel ilişki kuracak olan taraf katlanmakla yükümlüdür. Ancak ekonomik durumunun masrafları karşılamaya yetmemesi halinde, mahkemece masrafların diğer tarafça üstlenilmesine de karar verilebilir³²⁸.

Aksine bir düzenleme olmadıkça çocuk, kişisel ilişki kurulacak zamanda, kişisel ilişki kuracak olan anne veya baba tarafından alınır, öngörülen zaman sona erdiğinde velayet sahibi tarafa teslim edilir³²⁹. Velayet sahibi olan tarafın evinde kişisel ilişki tesisinin uygun olmadığı kabul edilmektedir³³⁰. Ancak kişisel ilişkinin hastalık, uzaklık vb. sebeplerle ziyaret şeklinde kurulmasının fiilen mümkün olmadığı durumlarda, çocuk kendisine bırakılmış olan tarafın, kişisel ilişki hakkı sahibi olan tarafa çocuk hakkında düzenli bilgi vermesi şeklinde de düzenlenebilir³³¹.

Yukarıda da belirtildiği üzere, kişisel ilişki sadece ziyaret etme ve doğrudan görüşmeden ibaret değildir. Mektuplaşma, telefonlaşma, e-posta yoluyla görüşme gibi

belirli hafta sonları şeklinde kişisel ilişki kurulması gerekir.” (2. HD, 13.03.2017, E. 2017/172, K. 2017/2701: SMİP).

³²⁷ Baygın, s. 112; Ertlüle, s. 233. “*Velayet kendisine bırakılmayan ebeveynle çocuk arasındaki kişisel ilişki düzenlemesinde asıl olan çocuğun fikri, ahlaki, bedeni, sağlık ve babalık duygularının tatminin de göz önüne alınması gerekir. Velayeti davalı annede bulunan tarafların ortak çocuğu 2006 doğumlu...ile davacı baba arasında mahkemece kurulan kişisel ilişki babalık duyguları tatmine elverişli olmadığı gibi, çocuğun da baba sevgi ve şefkatini yaşayacağı yeterlilikten uzaktır. Açıklanan sebeplerle ortak çocuk ile davacı baba arasında, okulların yarıyıl tatilinde kişisel ilişki düzenlenmemesi doğru olmamıştır.*” (2. HD, 14.12.16, E. 2016/22961, K. 22016/15977: SMİP). “*... velayeti anneye bırakılan küçükler ile baba arasında yaz tatilinde uygun bir zaman dilimini de kapsayacak şekilde kişisel ilişki tesisi gerekirken...*” (2. HD, 24.05.2016, E. 2015/18098, K. 2016/10179: SMİP).

³²⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 336; Öztan, s. 792; Baygın, s. 115; Serdar, Kişisel İlişki, s. 768; Doğan, s. 532; Ertlüle, s. 234.

³²⁹ Baygın, s. 115.

³³⁰ Serdar, Kişisel İlişki, s. 767.

³³¹ Serdar, Kişisel İlişki, s. 761; Ertlüle, s. 228.

iletişim biçimleri de kişisel ilişkinin kapsamına dâhildir³³². Günümüzün teknolojik koşulları düşünüldüğünde, özellikle tarafların farklı şehir veya ülkede yaşamaları durumunda görüntülü görüşme sağlanması şeklinde kişisel ilişki kurulmasının da mümkün ve çocuğun üstün yararına uygun olduğu kanaatindeyiz. Buna karşın Yargıtay bir kararında, iletişim araçlarıyla kişisel ilişki kurulmasını, iletişimin engellendiği ispat olunmadığı sürece gereksiz bularak, takip ve infazının mümkün olmaması nedeniyle isabetli bulmamıřtır³³³. Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin iç hukukun bir parçası olduğu gözetilerek, işin niteliği gereği borçluyu bu yükümlülüğü yerine getirmeye zorlayacak tedbirlerin alınması suretiyle gereken yasal düzenlemelerin yapılarak, anılan sözleşmede yer alan iletişim araçlarıyla kişisel ilişki kurulmasının icra edilebilir bir hale getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

³³²  ztan, s. 1027; Baygın, s. 113; Dural/ g z/Gümüş, s. 335; Kılıçoğlu, s. 603; Serozan, s. 241; Erlüle, s. 227; Elçin Grassinger, Değerlendirme, s. 244.

³³³ “Mahkemece  ocukla baba arasında kurulan kişisel ilişkinin kapsamına çocuğun hangi ebeveynde olursa olsun her türlü iletişim vasıtasıyla  ocuk ile 16.00 ile 19.00 arasında arama ve iletişime geçme hakkının bulunması da dahil edilmiştir. Kendisine kişisel ilişki hakkı tanınan babanın veya velayet kendisinde bulunan annenin, diğer taraşın çocukla telefon görüşmesi yapmasına ve sair iletişim vasıtaları ile iletişimine engel çıkardığına ilişkin bir delil bulunmadığına göre, böyle bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur. Öte yandan kendisine kişisel ilişki hakkı tanınan babadır. Anne, doğrudan kişisel ilişki günlerinde çocuğu bu ilişkiyi sağlamak üzere hazır etmesi dışında başka bir y k ml l k altına sokulamaz. Kendisine kişisel ilişki hakkı tanınan baba, telefon veya benzer vasıta ve yolla çocuğu ile iletişim kurmak istiyorsa, bunu yapma imkanına sahiptir. Annenin böyle bir y k ml l k altına sokulması doğru olmadığı gibi, bu yöndeki düzenlemeye uyulup uyulmadığının takip ve infazı da mümkün görünmemektedir.” (2. HD, 30.06.2014, E. 2014/8339, K. 2014/14902: Gençcan, s. 273).

Kanun'da üçüncü kişi nezaretinde kişisel ilişki kurulup kurulamayacağı konusunda açıklık bulunmamaktadır³³⁴. Yargıtay, eski tarihli kararlarında³³⁵ herhangi bir üçüncü kişi nezaretinde kişisel ilişki kurulamayacağına hükmetmişken; sonraki içtihatlarında kişisel ilişkinin kural olarak gözetimsiz olarak kurulması gerektiğine, ancak istisnai durumlarda çocuğun menfaatine uygun olması koşuluyla üçüncü kişi gözetiminde kişisel ilişki kurulabileceğine karar vermiştir³³⁶. Doktrindeki baskın görüş de; kural

³³⁴ Bu konuda 6284 sayılı Kanun'un şiddet uygulayanlara karşı alınabilecek önleyici tedbir kararlarını düzenleyen 5. maddesinin (ç) bendinde bir hüküm bulunmaktadır. Söz konusu maddeye göre *"çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, kişisel ilişkinin sınırlandırılması ya da tümüyle kaldırılması"* şeklinde önleyici tedbir kararı verilmesi mümkündür.

³³⁵ *"Velayet kendisine verilmeyen baba ile müşterek çocuk arasında düzenlenen kişisel ilişkide 'okullar açıkken okulun rehberlik servisinde rehber öğretmen gözetiminde, tatil günleri semt karakolunda karakol yetkilisi önünde, diğer günler il belediye hudutlarında kalınmak suretiyle kurulmasına' şeklinde kişisel ilişki düzenlendiği, bu düzenlemenin kişisel ilişki hakkını sınırlar şeklinde olup taraflar açısından da olumsuz sonuçlar doğurabileceği ve amacına uygun düşmeyeceği anlaşıldığından, belirtilen yönler gözetilmeden yazılı olduğu şekilde düzenleme yapılması doğru olmamıştır."* (2. HD, 04.07.2005, E. 2005/8419, K. 2005/10482: **Gençcan**, s. 268).

³³⁶ *"Toplanan delillerden; çocuğun babayı tanımıyor olması sebebiyle kaçırılma korkusu yaşaması kişisel ilişkinin ileriki zamanlarda değişen durum ve koşullara göre yeniden düzenlenmesinin mümkün olmasına göre her ayın 1. Cumartesi günü ve dini bayramların 2. günü yatılı olmayacak şekilde uzman refakatinde kurulan kişisel ilişki çocuğun üstün yararına uygun ise de; her yıl 1-31 Temmuz tarihleri arasında yatılı olarak kurulan kişisel ilişkinin psikolog eşliğinde tesisi infazda sıkıntı yaratacağı gibi kişisel ilişkiden beklenen amaca da aykırıdır."* (2. HD, 11.01.2016, E. 2015/25467, K. 2016/311: **SMİP**); *"Gözetim altında kişisel ilişkinin çocuğun menfaatine olduğu da ispat edilmemiştir. O halde baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkinin daha uzun süreli ve gözetimsiz olarak düzenlenmesi gerekirken..."* (2. HD, 20.04.2015, E. 2015/5618, K. 2016/7861: **SMİP**); *"... açık görüş imkanıyla ilgili annenin hükümlü bulunduğu cezaevinden bilgi alınmak suretiyle çocukla annesi arasında görüş ve ziyaret imkanının araştırılması, kişisel ilişkinin buna göre belirlenmesi ve sonucuna göre çocukla cezaevinde hükümlü olan annesi arasında gerekirse uzman eşliğinde olmak üzere uygun şekilde kişisel ilişki tesisi gerekirken..."* (2. HD, 23.06.2016, E. 2016/12976, K. 2016/12203: **SMİP**); *"Kişisel ilişkiden amaç, çocuğun fikri ve bedeni gelişiminin sağlanması yanında, annelik ve babalık duygularının da tatminini sağlamaktır. Mahkemece, velayeti anneye verilen müşterek çocuk ile baba arasında, kişisel ilişkinin gerçekleştirileceği yer özel olarak tayin edilmiş ve bu kişisel ilişki, annenin refakatinde olması koşuluna bağlanmıştır. Düzenlenen bu kişisel ilişki, babalık duygularını tatmine elverişli olmadığı gibi, infazda da güçlük yaratacak niteliktedir. Mahkemece yapılacak iş; kişisel ilişkinin yer olarak kısıtlanması durumunda görüşme yerinin özel bir yer olarak değil; ülke, şehir gibi*

olarak kişisel ilişkinin üçüncü kişi gözetiminde kurulmasının uygun olmadığı, ancak çocuğun menfaatlerinin gerektirmesi halinde, rehber öğretmen, bakıcı, psikolog, sosyal hizmet uzmanı veya polis memuru gibi bir üçüncü kişinin nezaretinde kişisel ilişki kurulabileceği; TMK'nın 346. maddesi kapsamında çocuk için uygun önlemlerin alınabileceği düzenlendiğinden, kişisel ilişki kurulması sırasında bulunmak üzere bir kayyım atanmasının dahi mümkün olduğu yönündedir³³⁷. Kanaatimizce de çocuğun menfaatleri gerektiriyorsa, örneğin, çocuk kişisel ilişki kuran anne veya baba tarafından daha önce birkaç kez kaçırılmışsa, mahkemece sosyal hizmet uzmanı, psikolog, pedagog gibi uzman niteliği taşıyan bir üçüncü kişi nezaretinde ve güvenli bir yerde kişisel ilişki kurulmasına karar verilmesi mümkün olmalıdır³³⁸. Nitekim Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 4/3 maddesi uyarınca *“çocuğun, gözetim olmaksızın ana veya babasından birisiyle kişisel ilişkisinin sürdürülmesi onun yüksek yararına değilse, ana veya babasıyla gözetim altında kişisel ilişki kurma imkanı ya da diğer şekillerde kişisel ilişki kurma imkanı”* öngörülmesi gerekmektedir.

Kişisel ilişki kurma hakkı hem anne ve baba hem de çocuk yönünden tanınmış bir haktır. Kişisel ilişki kararı verilirken, görüşlerini oluşturma yeteneği olan çocuğun

genel nitelikteki bir yer olarak gösterilmesi; anne ile baba arasında mevcut olumsuz ilişki ve olaylar dikkate alınarak gerektiğinde, anne yerine; çocuk psikolojisinden anlayan bir uzman refakatinde kişisel ilişkiye karar vermekten ibarettir. Açıklanan bu hususlar göz önünde tutularak bir karar verilmesi gerekirken; yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.” (2. HD, 23.01.2013, E. 2012/13367, K. 2013/1584: SMİP).

³³⁷ Baygın, s. 114; Öztan, s. 1047; Serdar, Kişisel İlişki, s. 768; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 143; Kılıçoğlu, s. 604.

³³⁸ Ankara 11. Aile Mahkemesi'nin 2015/957 Esas sayılı dosyasında 02.02.2015 tarihli ara kararla *“davalı annenin sabit bir ikametgahının bulunmadığı ve daha önce müşterek çocuğu da kaçırdığı gözetilerek, küçük ve annenin rahat edebileceği Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Ankara İl Müdürlüğü'nün belirleyeceği bir mekanda, bir çocuk gelişimi uzmanının gözetiminde her Pazar günü saat 10.00'da babadan alınıp saat 16.00'da babaya teslimi suretiyle küçük ve anne arasında kişisel ilişki kurulmasına”* karar verilmiştir (Yayımlanmamıştır).

görüşünün mutlaka alınması gerekir³³⁹. Kişisel ilişki kurulması konusunda görüşlerini oluşturabilen çocuğun, baskı ve etkiden uzak biçimde, kişisel ilişki kurulmasını mutlak bir şekilde istememesi halinde, kişisel ilişkiden beklenen amaç yerine getirilememiş olacağından, mahkemenin kişisel ilişki kurulması talebini reddetmesi gerektiği kabul edilmelidir³⁴⁰. Zira çocuğun hiçbir şekilde istemediği bir görüşme ve ziyarete zorlanması, onun henüz tam anlamıyla olgunlaşmayan ruhsal dengesi için sakıncalı olur³⁴¹. Çocuk kişisel ilişki kurulmasının anlamını idrak edemeyecek yaşta ve istemiyorsa, çocuğun her koşulda velisinin etkisi altında kaldığı kabul edilmemeli, daha kapsamlı bir araştırma yapılarak karar verilmelidir³⁴². Benzer şekilde, kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan eşin kişisel ilişki kurulmasını istememesi halinde, her ne kadar kişisel ilişki bir yüküm-hak olarak kabul edilse de, kişisel ilişkinin kurulamayacağı ifade edilmektedir³⁴³. Kanımızca da her iki durumda da kişisel ilişkiden beklenen amaç, yani çocuğun velayeti altında bulunmadığı ebeveyniyle ilişkisinin devam ettirilmesinin üstün yararına uygun olduğu kabulü işlevsiz hale gelmiş olduğundan, somut olayın koşulları göz ardı edilmeksizin, kişisel ilişki kurulmaması çocuğun menfaati için daha uygun olacaktır.

Kanun'da velayete sahip olmayan eşin kişisel ilişki hakkı düzenlenirken birtakım yükümlülükler de getirilmiştir. TMK'nın 324. maddesinin birinci fıkrasıyla anne veya baba *“diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla”* yükümlü tutulmuştur. Aynı maddenin ikinci

³³⁹ **Öztan**, s. 1037; **Baygın**, s. 113; **Akyüz**, s. 208; **Usta**, s. 233. Kanun'da yer almasa da çocuğun görüşlerinin alınması, ÇHS'nin 12. ve Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi uyarınca zorunludur. Bu yönde Yargıtay kararları için bkz. yuk. s. 50.

³⁴⁰ **Baygın**, s. 113; **Akyüz**, s. 211; **Öztan**, s. 1043; **Erlüle**, s. 230; **Usta**, s. 235; **Elçin Grassinger**, Değerlendirme, s. 243.

³⁴¹ **Serdar**, Kişisel İlişki, s. 750.

³⁴² **Erlüle**, s. 231; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 335.

³⁴³ **Öztan**, s. 1031. Yazar, çocuğun anne ve babasıyla kişisel ilişkinin zorla kurulmasını isteme hakkının, talebin yerine getirilmesindeki zorluk nedeniyle Kanun'da düzenlenmediğini belirtmektedir (**Öztan**, s. 1026).

fıkrası uyarınca bu yükümlülüğe uyulmaması veya “*çocuğun huzurunun tehlikeye girmesi, çocukla ciddi olarak ilgilenilmemesi veya diğer önemli sebeplerin varlığı*” halinde, kişisel ilişki kurulması talebi reddedilebileceği gibi, mevcut kişisel ilişki kararı kaldırılabilir³⁴⁴. Burada çocuğun üstün yararına uygun olarak, kişisel ilişki sınırlandırılabilir gibi tamamen de kaldırılabilir³⁴⁵. Öte yandan, velayet sahibi eşin diğer eşle çocuk arasında kurulan kişisel ilişkiyi engellemesi, duruma göre velayetin değiştirilmesi sebebi de teşkil edebilir³⁴⁶.

Yukarıda yapılan açıklamalar, anne baba ile çocuk arasındaki soybağının bir sonucu olarak kurulan kişisel ilişkiyle ilgilidir. Ancak Kanun’da çocukla kişisel ilişki

³⁴⁴ “Davalının, 2005 doğumlu oğluna cinsel tacizde bulunduğu, buna bağlı olarak çocuğun ruh sağlığının bozulduğu, davalının bu eyleminden dolayı yargılandığı yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Dosya içerisinde bulunan İzmir 3. Ağır Ceza Mahkemesi’nin ... Esas sayılı dosyası içerisinde bulunan ... medikolegal değerlendirme raporunda çocuğun baba ile ilişkisinin kati olarak kısıtlanması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzurunun ciddi olarak tehlikeye gireceği, davalının bu hakkını amacına aykırı olarak kullandığı nazara alındığında, babaya kişisel ilişki hakkı tanınması doğru olmamıştır.” (2. HD, 18.04.2016, E. 2016/2518, K. 2016/7769: SMİP).

³⁴⁵ Öztan, s. 1040; Akyüz, s. 213; Kılıçoğlu, s. 607; Erlüle, s. 234. “Somut olayda, davalı baba, kişisel ilişki kurulması sırasında çocuğu süresinde teslim etmeyerek yükümlülüklerini yerine getirmekte ihmali davranışlar sergilemişse de bu davranışlarının çocukla baba arasındaki kişisel ilişkinin tamamen kaldırılmasını gerektirecek ağırlıkta olmadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple çocukla baba arasındaki kişisel ilişkinin tamamen kaldırılması çocuğun yüksek yararına uygun olmamıştır. Mahkemece, babanın ihmali davranışları da dikkate alınarak çocukla baba arasında daha önce kurulan kişisel ilişkinin makul şekilde sınırlandırılması suretiyle yeniden kişisel ilişki düzenlemesi yapılması gerekirken, çocukla baba arasındaki bağın tamamen koparılması ve çocuğun babasına yabancılaşması sonucunu doğuracak şekilde kişisel ilişkinin tamamen kaldırılması doğru bulunmamış ve bozmayı gerektirmiştir.” (2. HD, 14.06.2016, E. 2016/11968, K. 2016/11699: SMİP).

³⁴⁶ Serdar, Kişisel İlişki, s. 774. “Velayet hakkına sahip olan annenin, babanın çocuk ile kişisel ilişkisini haklı bir sebep olmaksızın engellediği, bu suretle yasal yükümlülüğüne aykırı davrandığı, babanın boşanma kararının kesinleşmesinden sonra, annenin engellemesi ve sürekli olarak kişisel ilişki dönemlerinde çocuğu bulunduğu ortamdan uzaklaştırması sebebiyle kişisel ilişki hakkını kullanamadığı yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Annenin bu tutumu, çocuğun menfaatine aykırıdır. Gerçekleşen bu durum karşısında velayetin anneden alınıp babaya verilmesi gerekirken, yetersiz gerekçe ile karşı davanın reddi doğru bulunmamıştır.” (2. HD, 08.09.2014, E. 2014/6931, K. 2014/16774: SMİP).

kurma hakkı sadece anne ve babaya değil, 325. maddeyle üçüncü kişilere de tanınmıştır. Bu düzenleme Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 5. maddesi³⁴⁷ ile uyum içerisindedir. Maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere, anne ve baba dışında çocukla kişisel ilişki kurulmasını talep edebilecek kişiler sadece hısımlarla sınırlanmamıştır³⁴⁸. Bununla birlikte birtakım olağanüstü koşulların mevcudiyeti ve kurulacak kişisel ilişkinin çocuğun üstün yararına uygun olması aranmıştır. Doktrinde olağanüstü koşullardan maksadın; çocukla kişisel ilişki kurulmasını haklı kılacak derecede bir yakınlığı olan, hukuki veya fiili aile ilişkilerinden dolayı çocukla yakın manevi bağları ve çocuk ile aralarında yoğun ilgi ve sevgi ilişkisi bulunan kişilerin herhangi bir sebeple kişisel ilişki kuramamaları durumu olduğu ifade edilmiştir³⁴⁹. Örneğin, birbirinden ayrı yaşayan kardeşler, çocuğun uzun süre birlikte kaldığı bakıcısı, anne ve babası ölmüş çocuğun yakın akrabaları, üvey anne babası çocukla bu kapsamda kişisel ilişki kurulmasını mahkemeden talep edebilir³⁵⁰. Çocuk bu kişilerle ilişkisini sürdürme ihtiyacı duyuyor ve bu ilişkiler ona güven verip kendisini iyi hissettiriyorsa, ilişkinin devamının çocuğun üstün yararına uygun olacağı söylenebilir³⁵¹. Buna karşın,

³⁴⁷ Söz konusu madde “*çocuğun yüksek yararına bağlı olarak çocukla anne ve baba dışındaki aile bağları bulunan şahıslar arasında kişisel ilişki kurulabilir*” hükmünü içermektedir.

³⁴⁸ 743 sayılı Kanun'da üçüncü kişiler ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulabileceğine dair bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak 16.04.1960 tarih ve 10432 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 18.11.1959 tarih ve 12/29 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararıyla büyükanne ve büyükbabanın torunlarıyla kişisel ilişki kurabilecekleri kabul edilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Şıpka, Şükran:** Büyükanne ve Büyükbabalar ile Torunlar Arasındaki Hukuki İlişkiler, (Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul 2009, s. 399-408), s. 401.

³⁴⁹ **Serdar**, Kişisel İlişki, s. 755; **Baygın**, s. 109; **Doğan**, s. 534; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 144; **Kılıçoğlu**, s. 609; **Erlüle**, s. 241; **Usta**, s. 229. “Üçüncü kişilerin, koşulları gerçekleştiği takdirde çocukla kişisel ilişki kurma hakkı mevcut ise de; kişisel ilişki süresinin ana ve babaya tanınan genişlikte olması beklenemez. Ancak; anneanne, dede, büyükanne ve büyük babalarla torun arasındaki kişisel ilişki, torunun bunlarla “aile bağlarını” güçlendirmek ve geliştirmek, onların da torun sevgilerini tatmaya elverişli olacak yeterlilikte olmalıdır.” (2. HD, 22.12.2016, E. 2016/25063, K. 2016/16384: **SMİP**).

³⁵⁰ **Öztan**, s. 1032; **Kılıçoğlu**, s. 609.

³⁵¹ **Akyüz**, s. 221; **Serdar**, Kişisel İlişki, s. 756.

üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurma hakkı anne ve babaninkinden bağımsız olup, anne ve babanın sağ olup olmamasına ya da kişisel ilişki haklarını kullanıp kullanmamalarına da bağlı değildir³⁵². Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre yukarıda açıklanan ve anne babanın kişisel ilişki kurma hakkına sınır teşkil eden durumlar, üçüncü kişilerce kurulan kişisel ilişkide de kıyasen uygulanır.

Kişisel ilişkinin değişen koşullara uygun olarak yeniden düzenlenmesi TMK'nın 183. maddesinin kıyasen uygulanmasıyla her zaman mümkündür³⁵³. Özellikle tarafların şehir veya ülke değiştirmesi durumunda, çocuğun üstün yararına uygunluk ölçütü gözetilerek kişisel ilişkinin de yeniden düzenlenmesi gerekir³⁵⁴. Kişisel ilişkinin değişen koşullara göre yeniden düzenlenebileceği kuşkusuz olmakla birlikte, bu yöndeki talebin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre kişisel ilişkinin değişen koşullara göre uyarlanması talebi subjektif hak yokluğu, önleyici tesir ve resen harekete geçme ilkeleri nedeniyle çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmektedir³⁵⁵. Aksi yöndeki görüşe

³⁵² **Serdar**, Kişisel İlişki, s. 756; **Akyüz**, s. 222. Aksi yönde bkz. **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 398. “*Davacı büyükbaba ile torunu arasındaki kişisel ilişkinin çocuğun annesinin adresinde ve onun gözetiminde tesisi, bundan beklenen amaca aykırıdır.*” (2. HD, 15.06.2010, E. 2010/1005, K. 2010/11852: **Gençcan**, s. 300).

³⁵³ **Öztan**, s. 1038; **Baygın**, s. 117.

³⁵⁴ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 336. “*Mahkemece, velayeti davacı anneye verilen ortak çocuklar 2012 doğumluile baba arasında ‘aynı şehirde ikamet etmeleri hali’ ve ‘Farklı şehirde ikamet etmeleri hali’ için ayrı ayrı kişisel ilişki düzenlenmiştir. Taraflar mevcut duruma göre aynı şehirlerde yaşıyor olmakla birlikte, günümüzdeki ulaşım olanaklarındaki kolaylık gözetildiğinde, kişisel ilişkiye dair düzenleme yapılırken, taraflar bu hususun dikkate alınmasını açıkça talep etmemişlerse, ‘ayrı şehir, aynı şehir ayırımına’ gidilmesinin de önemi bulunmamaktadır. Kişisel ilişkinin değişen koşullara göre her zaman yeniden düzenlenmesi istenebilir. Bu bakımdan, aynı şehir-ayrı şehir ayırımına gidilmeksizin küçüklerin üstün yararları dikkate alınarak kişisel ilişki tesisi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.*” (2. HD, 14.12.2016, E. 2016/21489, K. 2016/15990: **SMİP**).

³⁵⁵ **Kuru**, s. 71; **Budak**, Çekişmesiz Yargı, s. 131. Doktrinde bir başka görüş velayetin değiştirilmesi, kaldırılması ve iadesi taleplerinin çekişmesiz yargı işi olduğunu, kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi talebinin içinde velayet hakkına ilişkin temelde yer alan bir hükmün değişen koşullara göre uyarlanması anlamına geldiğini ve bu nedenle, söz konusu talebin çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır (**Kırtıloğlu, S. Serhat: Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası**,

göre ise, hükmün temelini oluşturan vakıaların sonradan değişmesi, hakkaniyet ilkesi gereğince hükmün değişen koşullara uygun hale getirilmesini de zorunlu kılar. Bu da değişiklik davası³⁵⁶ yoluyla sağlanır. Bu nedenle kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi talebi değişiklik davası olarak nitelendirilir³⁵⁷. Kanaatimizce de kişisel ilişkinin değişen koşullara uyarlanması talebi, ilk davada verilen hükümden ve vakılardan tamamen bağımsız olmayıp hakkaniyet ilkesi uyarınca birtakım değişikliklerin yapılması gerekliliğine dayanmakta olduğundan, söz konusu talep değişiklik davası olarak kabul edilmelidir.

Ankara 2014, s. 177). Kanaatimizce kişisel ilişkinin değişen koşullar nedeniyle yeniden düzenlenmesi talebi her durumda velayetle ilişkilendirilemez. Örneğin, velayet değişikliği olmaksızın kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan kişinin başka bir şehre taşınması nedeniyle ya da çocuğun yaşı ve ihtiyaçlarının değişmesine bağlı olarak görüşme sürelerinin uzatılması nedeniyle kişisel ilişkinin değiştirilmesi talep edilmiş olabilir. Her ne kadar HMK’da çekişmesiz yargı işleri tahdidi olarak sayılmamış olsa da kişisel ilişkinin değişen koşullara göre yeniden düzenlenmesi talebi yukarıda anılan bendin kapsamına girmemektedir. Bu nedenle, salt bu gerekçeye dayanılarak söz konusu talebin çekişmesiz yargı işi olduğu kanımızca söylenemez. Bir başka görüşe göre, kişisel ilişkiye dair mahkeme kararları kesin hüküm teşkil etmediğinden kesin hükmün bertaraf edilmesini sağlayan bir yol olan değişiklik davası gündeme gelmez (**Güven**, s. 97). Kanaatimizce, kişisel ilişkinin değişen koşullara uyarlanabilmesi, kişisel ilişki kurumunun dinamik ve süregelen niteliğinden kaynaklanmakta ve Kanun’da da bu nedenle değişikliğe cevaz verilmektedir. Kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinin kabul edilmesi, değişiklik yapılabilmesine imkân sağlanmasıdır. Bu itibarla, kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinin kabul edilmesi nedeniyle değişiklik davasının söz konusu olamayacağı düşünülmemelidir. Kaldı ki bir görüşe göre değişiklik davasında kesin hükmün mevcudiyetinin zorunlu olmadığı da ifade edilmektedir. Bu konudaki görüşler için bkz. **Akil, Cenk:** Medeni Muhakeme Hukukunda Değişiklik Davası ve Maddi Hukuktaki Görünüm Biçimleri, (TAAD 2012/10, s. 153-183), s. 158-160.

³⁵⁶ Maddi anlamda kesinleşmiş bir hükmün verilmesi sırasında değerlendirilmiş olan koşulların öngörülemeyecek ve ciddi şekilde değişmesi ve bu nedenle hükmün kısmen ya da tamamen işlevsiz hale gelmesi üzerine, maddi hukukun açıkça izin verdiği hallerde, mevcut hükmün değişen koşullara uyarlanması amacıyla açılan dava değişiklik davasıdır (**Tanrıver**, Aile, s. 97).

³⁵⁷ **Atalı**, Pekcanitez Usul, s. 2086; **Kuru**, Usul, s. 787; **Tanrıver**, Aile, s. 97; **Akil**, Değişiklik Davası, s. 174; **Gençcan**, s. 335.

B. Kişisel İlişki Düzenlemesi İçeren İlamların Kaynakları

Evlilik birliği devam ettiği sürece velayet anne ve baba tarafından birlikte kullanılır; bu nedenle çocukla kişisel ilişki kurulması gerekmez. Ancak evlilik birliğinin boşanma veya butlan davalarıyla sona ermesi ya da ayrılık kararı verilmesi halinde tarafların ortak çocuklarının velayeti hakkında da karar verileceğinden, bu kararlarla birlikte çocuk kendisine bırakılmayan tarafla diğer eş arasında kişisel ilişki kurulması gerekir. Bunun yanında, kişisel ilişkinin çocuğun sevgi ihtiyacının giderilmesiyle ilişkili bir kurum olması sebebiyle, evlilik birliği devam etse dahi çocuk herhangi bir sebeple anne ve babanın her biriyle birlikte yaşamıyorsa, yine kişisel ilişki tesisi çocuğun üstün yararlarıyla bağlantılı olarak gündeme gelir. Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların kaynağını da büyük ölçüde anılan davalar oluşturmaktadır. Bu nedenle aşağıda kişisel ilişki düzenlenmesini gerektiren davalar kısaca incelenmiştir.

1. Boşanma, Evliliğin İptali ve Ayrılık Davaları

TMK'nın 182. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinde mahkemenin ortak çocukların velayetini anne veya babadan birine vermesi; buna ek olarak diğer eşin çocukla kişisel ilişkisini resen düzenlemesi gerekir³⁵⁸. Aynı maddenin ikinci fıkrasında “*velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararlarının esas tutulacağı*” hükme bağlanmıştır.

³⁵⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 142; Kılıçoğlu, s. 194; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 313; Usta, s. 225; Doğan, s. 530; Serdar, Kişisel İlişki, s. 744; Özbay, İbrahim: Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası, e-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 84, 2009: www.e-akademi.org (Erişim Tarihi: 10.4.2016).

Açılan davanın ayrılık davası olması veya boşanma talep edilmesine rağmen mahkemece ayrılığa karar verilmesi halinde de çocukların durumu hakkında karar verilir. Ayrılık kararıyla birlikte ortak çocukların velayeti velayet eşlerden birine verilebilir. Velayet eşlerden birine verilmese bile çocukların hangi eşin yanında kalacaklarına karar verilir. Bu durumda yine, çocuk kendisine bırakılmayan taraf ile çocuk arasında kişisel ilişkinin düzenlenmesi gerekir³⁵⁹.

Boşanma veya TMK'nın 157. maddesinde yapılan atıfla evliliğin butlanı ya da ayrılık davasında, yukarıda³⁶⁰ açıklanan esaslar çerçevesinde mahkemece, çocuk ile velayeti kendisine verilmeyen eş arasında kişisel ilişki tesis edilir³⁶¹. Kişisel ilişkinin biçimi, yeri ve zamanı ile aralıkları mahkemece çocuğun üstün yararına uygun olarak somut olayın koşullarına göre belirlenir³⁶².

2. Velayetin Değiştirilmesi ve Kaldırılması Talepleri

Velayetin eşlerden birine verilmiş olmasından sonra, diğer tarafın değişen koşullara göre velayet değişikliğini talep etmesi ve mahkemece bu talebin kabul edilmesi halinde, çocuk ile velayet kendisinden alınan eş arasında kişisel ilişki kurulması gerekliliği doğar. Benzer şekilde velayetin kaldırılması halinde de anne baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisi ve soybağından kaynaklanan yükümlülükleri devam

³⁵⁹ Özbay, Kişisel İlişki.

³⁶⁰ Bkz. yuk. s. 46-51.

³⁶¹ Akyüz, s. 233; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 334.

³⁶² Öztan, s. 790.

ettiğinden, kişisel ilişki kurulması mümkündür³⁶³. Velayet her iki eşten de kaldırılmış olursa, her ikisi de kişisel ilişki kurulmasını talep edebilir³⁶⁴.

Velayet değişikliği veya kaldırılması talebinin sebebine bağlı olarak, örneğin çocuğun şiddete uğramasında olduğu gibi, çocukla kişisel ilişki kurulmamasını gerektiren haklı sebepler varsa; bir başka ifadeyle velayetin değiştirilmesiyle sağlanmak istenen çocuğun korunması amacı kişisel ilişki kurulmamasını da gerektiriyorsa, TMK'nın 324. Maddesinin ikinci fıkrasına dayanılarak kişisel ilişki kararı verilmemesi ya da somut olayın koşullarına göre sınırlı bir kişisel ilişki kararı verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

3. Çocuğun Evlat Edinilmesi

Çocuğun anne ve babasının rızasıyla evlat edinilmesi halinde, çocuk ile biyolojik anne ve baba arasında kişisel ilişki kurulup kurulamayacağı meselesi doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu konuda ihtiyatlı davranılmalı³⁶⁵, kişisel ilişkinin soybağının sonucu olduğu kabulünden hareketle her koşulda değil³⁶⁶, sadece çocuğun üstün yararının korunması için çok istisnai durumlarda kişisel ilişki kurulmalıdır³⁶⁷. Zira çocuğun biyolojik ailesiyle ilişkisinin düzenli olarak devam etmesi, evlat edinen aileyle bütünleşmesini zorlaştırır³⁶⁸. Aksi yöndeki görüşe göre ise Türk Hukuku'nda tam evlat edinme sistemi benimsenmemiş olduğundan, evlat edinmeyle birlikte çocuğun biyolojik anne ve babasıyla olan soybağı ilişkisi tamamen kopmamakta, sadece velayet sona

³⁶³ Öztan, s. 1105; Baygın, s. 360; Akyüz, s. 240; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 334; Kılıçoğlu, s. 603; Serdar, Kişisel İlişki, s. 744; Serozan, s. 241; Doğan, s. 530; Erlüle, s. 221; Elçin Grassinger, s. 193.

³⁶⁴ Doktrinde velayetin kaldırılması talebiyle birlikte kişisel ilişki kurulması talep edilmemişse mahkemenin resen kişisel ilişki tesis etmeyeceği ifade edilmektedir (Öztan, s. 1037).

³⁶⁵ Baygın, s. 110.

³⁶⁶ Serozan, s. 241.

³⁶⁷ Öztan, s. 1025.

³⁶⁸ Akyüz, s. 195.

ermektedir³⁶⁹. Bu çerçevede, biyolojik anne ve babanın evlat edinmeye rıza göstermesi de kişisel ilişki kurma hakkından feragat edildiği anlamına gelmez³⁷⁰. Yargıtay da evlat edinilen çocuk ile biyolojik anne ve baba arasında kişisel ilişki kurulmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir³⁷¹. Kanaatimizce bu konuda olumlu veya olumsuz, genel bir çözümün benimsenmesi, kimi durumlarda çocuğun menfaatine uygun, kimisinde aykırı sonuçlar meydana getirebilir. Ancak çocuğun üstün yararının korunması, her somut olayda incelenmesi gereken temel bir zorunluluktur. Bu nedenle evlat edinilen çocuk ile biyolojik anne ve babası arasında kişisel ilişki kurulması hususunun, çocuğun üstün yararının gereklerine göre mahkemenin takdirine bırakılmasının çocuk için en uygun çözüm olacağı kanısındayız.

4. Anne ve Babanın Evli Olmaması

Anne ve baba evli değilse, yani çocuk evlilik dışında dünyaya gelmişse, velayeti TMK'nın 337. maddesi uyarınca kural olarak anneye aittir. Baba ile çocuk arasında hukuken soybağı ilişkisi kurulmuşsa, babanın çocukla kişisel ilişki kurulmasını mahkemeden talep etmesi mümkündür³⁷². Evlilik dışında doğan çocuk ile babası arasında henüz hukuken soybağı kurulmamışsa, biyolojik baba çocuk ile TMK'nın 325. maddesi çerçevesinde kişisel ilişki kurabilir³⁷³. Çocuk ile anne babası arasındaki mevcut soybağı

³⁶⁹ Doğan, s. 530.

³⁷⁰ Serdar, Kişisel İlişki, s. 753.

³⁷¹ “Küçüğün bir başka aile tarafından evlat edinilmiş olması, gerçek ana ve babanın çocuklarıyla kişisel ilişkisini keser ise de, gerçek ailesi ile aralarındaki soy bağının bir gereği olarak bu hakkı ilanihaye ortadan kaldırmaz. Koşullarının varlığı halinde ve küçüğün menfaatine uygun düştüğü ölçüde hâkim kararıyla bu ilişki yeniden tesis edilebilir.” (2. HD, 25.09.2012, E. 2012/2698, K. 2012/22458: SMİP).

³⁷² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 334; Usta, s. 226. Belirtmek gerekir ki, soybağı kurulması için açılan babalık davasında talep edilmemişse mahkeme resen kişisel ilişkiyi düzenlemez (Öztaş, s. 1037; Serdar, Kişisel İlişki, s. 759).

³⁷³ Öztaş, s. 1028; Serdar, Kişisel İlişki, s. 752; Özbay, Kişisel İlişki.

ilişkisi herhangi bir sebeple sona ererse kişisel ilişki kurma hakkı da ortadan kalkar³⁷⁴. Bu durumda yine anılan maddeye dayanılarak kişisel ilişki kurulması mümkün olabilir³⁷⁵.

5. Tenfizine Karar Verilen Yabancı Mahkeme İlamları

Çocuk teslimine dair kararlarda olduğu gibi, çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamın bir yabancı mahkeme tarafından da verilmiş olması halinde, Türkiye’de icra edilmesi için öncelikli olarak tenfiz edilmesi gerekir. Çocuk teslimini gerektiren ilamların tenfiz edilmesinde yaptığımız açıklamalar, kişisel ilişki bakımından da geçerlidir³⁷⁶. Bunun yanında, Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’nde, kişisel ilişki kararlarının tenfizine ilişkin hükümler yer almaktadır. Sözleşme’de kişisel ilişki kararlarının icrası bakımından ülkeler arasında bir iş birliği sisteminin kurulması öngörülmektedir³⁷⁷. Sözleşme’nin 14.maddesiyle sınır ötesi kişisel ilişki kararlarının tenfizi bağlamında taraf devletlere, tanıma ve tenfizi öngören bir sistem ve bunu önceden tespit edip bildiren bir usulün sağlanması yükümlülüğü getirilmiştir³⁷⁸. Aynı maddede ayrıca, Türk Hukuku’nda olduğu gibi, tenfizin karşılıklılık şartına bağlanmış olması halinde Sözleşme’nin buna dayanak teşkil edeceği öngörülmüş ve iki ülke arasında ikili

³⁷⁴ **Öztan**, s. 1029. TMK’nın 282. maddesi uyarınca çocuk ile anne arasında soybağı doğumla kurulur. Hukuki olarak anne olan kişi ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisi ancak nüfus kaydının düzeltilmesi davası yoluyla ortadan kalkabilir. Bkz. “*Türk Aile Hukukunda tüp bebek ve kiralık anne olguları dışında anne açısından soy sorunu söz konusu olamaz. Bu nedenle işbu dava bir soy davası olmayıp, anne yönünden hatalı yazılan nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkindir.*” (20. HD, 24.04.2017, E. 2017/5789, K. 2017/3581: SMİP).

³⁷⁵ **Serdar**, Kişisel İlişki, s. 753.

³⁷⁶ Bkz. yuk. s. 73.

³⁷⁷ **Bölükbaşı, Özge**: Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Kararların Tenfizi: Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, (EÜHFD, 2011/15/3-4, s. 267-287), s. 275.

³⁷⁸ **Bölükbaşı**, s. 277.

anlaşma veya fiilî uygulamaya dayanan karşılıklılık olmadığı hallerde dahi kişisel ilişkiye dair ilamın tenfiz edilebileceği kabul edilmiştir³⁷⁹.

VI. ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN GEÇİCİ HUKUKİ HİMAYE KARARLARININ İCRASI

Çocukların korunması Anayasa'nın 41 ve 61. maddeleriyle devlete yüklenmiş bir ödev niteliğindedir. Nitekim TMK'nın farklı maddelerinde çocuğun korunmasına yönelik olarak çeşitli önlemlerin alınabileceği öngörülmüştür. TMK'nın 169. maddesi uyarınca boşanma davası devam ederken geçici önlemler resen alınır. Evlilik birliğinin korunması hükümleri çerçevesinde aynı Kanun'un 197. maddesinin dördüncü fıkrasına göre birlikte yaşama ara verilmesi halinde çocuklara ilişkin önlemler alınarak, geçici olarak velayet ve kişisel ilişki kararı verilebilir. TMK'nın 346. ve 347. maddelerinde ise çocuğun kişi varlığının korunmasına ilişkin alınabilecek önlemler düzenlenmiştir³⁸⁰. Buna göre durum ve koşullara göre öncelikle hâkimin uygun göreceği önlemler alınacak, yasal koşulların varlığı ve alınmış olan önlemlerin yeterli olmaması halinde çocuğun bir aile veya kuruma yerleştirilmesine karar verilecektir.

Bu başlık altında öncelikle boşanma davası sırasında çocukların bakımı ve korunması için önlem alınması, birlikte yaşama ara verilmesi halinde çocuklar yönünden gereken önlemlerin alınması konuları üzerinde durulmuş, daha sonra TMK'nın 346. ve 347. maddeleri çerçevesinde çocuğun korunması için alınacak önlemler incelenmiştir.

³⁷⁹ Bölükbaşı, s. 279.

³⁸⁰ Çocuğun korunmasına ilişkin alınabilecek tedbirler sadece TMK'da yer almamaktadır. Ancak çalışma konumuzun özünden uzaklaşmamak adına TMK dışında yer alan tedbirler kapsam dışı bırakılmıştır.

A. Boşanma Davası Sırasında Alınan Önlemler

Boşanma veya ayrılık davası açıldığında çocuğun korunması amacıyla mahkeme resen birtakım önlemler alabilir. Çocuğun velayetinin geçici olarak eşlerden birine verilmesi de söz konusu madde kapsamında alınabilecek önlemler arasında mütalaa edilir³⁸¹. Yargılama devam ederken geçici olarak velayetin eşlerden birine verilmesi, diğer eşin velayetinin kaldırıldığı anlamına gelmez³⁸². Boşanma davasının açıldığı aşamada çoğunlukla eşler fiilen ayrı yaşamaya başladıklarından, Kanun'da bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmesi, çocuğun bakımı ve geçimi gibi konularda menfaatinin korunması için önemlidir³⁸³. Boşanma davasını gören hâkim, çocuğun üstün yararının korunması için gerekli görürse, yargılama sırasında geçici önlem olarak çocuğun velayetini eşlerden birine verip diğer eşle çocuk arasında kişisel ilişki tesis edebilir³⁸⁴.

Doktrindeki baskın görüşe göre aile hukukundaki geçici önlemler ihtiyati tedbir niteliği taşımaz,³⁸⁵ geçici hukuki koruma içinde ayrı bir kategori olarak değerlendirilir³⁸⁶. Nitekim HMK'nın 406. maddesinin 2. fıkrasında geçici hukuki korumalar hakkında diğer kanunlarda yer alan düzenlemeler saklı tutulmuş ve madde gerekçesinde "*ihtiyati tedbir*

³⁸¹ Öztan, s. 756.

³⁸² Öztan, s. 757.

³⁸³ Kılıçoğlu, s. 152; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 132.

³⁸⁴ Kılıçoğlu, s. 153.

³⁸⁵ Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I-II-III, 3. B., Ankara 2017, s. 3535.

³⁸⁶ Tanrıver, Aile, s. 39; Erişir, s. 275; Özkes, Muhammet: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. III, 15. B., İstanbul 2017, s. 2453; Yılmaz, Ejder: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. I, Ankara 2001, s. 671-676; Sungurtekin Özkan, Meral: Medeni Kanun'un Aile Hukuku Alanında Getirdiği Değişikliklerin Medeni Usul Hukuku Bakımından Düşündürdükleri, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-I, Eskişehir 2003, s. 85; Özkes, Muhammet/Erişir, Evrim: Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, (MİHDER, 2006/3, s. 1235-1275), s. 1244; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema: Medeni Usul Hukuku, 3. B., Ankara 2017, s. 567-568; Özbek, s. 845; HMK dışında diğer kanunlarda yer alan geçici hukuki korumaların ihtiyati tedbir veya delil tespiti niteliği taşıdığına ilişkin görüş için bkz. Kuru, Usul, s. 657.

ve delil tespiti dışında, diğer geçici hukuki korumaların kendi özel hükümlerine tâbi olduğu; bu sebeple, bu bölüm hükümlerinin doğrudan diğer geçici hukuki korumalara uygulanmasının mümkün olmadığı” ifade edilmiştir. Geçici hukuki koruma kararlarının ise ara karar niteliğinde olduğu kabul edilmektedir³⁸⁷. Ara kararlar hâkimin dosyadan elini çekmesini sağlamayan ve uyuşmazlığı sonlandırmayan, aksine yargılamanın ilerlemesine katkı sağlayan kararlar olup; taraflardan biri için usuli kazanılmış hak meydana getirmediği bu kararlardan her zaman dönülebilir³⁸⁸. Geçici hukuki koruma kararları da ara karar niteliğinde olduğundan, bu kararlar kesin hüküm gücüne sahip değildir³⁸⁹. Bu nedenle Yargıtay uygulamasında da görüldüğü üzere, boşanma davasının görülmesi sırasında geçici önlem olarak çocuğun velayetinin eşlerden birine bırakılmasına ilişkin kararlar ilam özelliği taşımadığından, İİK’nın 25. maddesine göre icra edilmez³⁹⁰.

³⁸⁷ **Kuru, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, 6. B., İstanbul 2001, s. 3004; **Tanrıver, Süha:** Medeni Usul Hukuku C. I, Ankara 2016, s. 982; **Tanrıver,** İlamlı İcra, s. 47; **Atalı,** Pekcanitez Usul, s. 1971. Geçici hukuki koruma kararlarının ara karar değil “geçici nihai karar” niteliği taşıdığına ilişkin görüşler için bkz. **Özekes,** Yok Hüküm, s. 665; **Özekes/Erişir,** s. 1260; **Erişir,** s. 166; **Boran Güneysu,** s. 170-172; **Bakır, Aytül Rabia:** Para Alacağı Dışındaki İlamların İcrası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2010, s. 6.

³⁸⁸ **Tanrıver,** Usul, s. 980. Benzer tanımlar için bkz. **Kuru,** C. III, s. 2998, 3003; **Muşul, Timuçin:** Medeni Usul Hukukunda Ara Kararları, (DÜHFD 1988/4, s. 217-262), s. 219. **Boran Güneysu,** s. 147; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz,** Usul, s. 470; **Kuru,** Usul, s. 453; **Atalı,** Pekcanitez Usul, s. 1972; **Üstündağ, Saim:** Medeni Yargılama Hukukunun Esasları, İstanbul 2000, s. 787-788; **Karşlı, Abdürrahim:** Medeni Muhakeme Hukuku, 4. B., İstanbul 2014, s. 357-358; **Alangoya, H. Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis:** Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. B., İstanbul 2009, s. 435; **Budak/Karaaslan,** s. 268.

³⁸⁹ **Tanrıver,** Usul, s. 981.

³⁹⁰ “Sözü edilen karar mahkemece verilen bir tedbir kararıdır. Bu kararın infazı ile ilgili istek İİK 25/a maddesine göre infaz edilemez. Bu konudaki mahkeme gerekçesi yasaya uygundur. Ancak ara kararının tedbir ile ilgili 13.bendinde öngörülen şahsi münasebet tesisine yönelik infaz işlemleri tedbir kararının infaz memuru sıfatıyla yerine getirilmesi suretiyle yapılmalıdır. Bu yöndeki işlemlere karşı şikâyetler tedbir kararını veren asliye hukuk mahkemesince incelenecektir. İcra müdürlüğünün genel haciz yoluyla takibe ilişkin ödeme emri çıkarması yasaya aykırı olup icra hâkimi memurun bu tasarrufunu yukarıdaki kurallara göre denetlemeli ve ödeme emrinin iptaline karar vermelidir.” 12. HD,

İhtiyati tedbir dışında kalan aile hukukuna özgü geçici hukuki koruma kararlarının icrasına ilişkin olarak TMK’da özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle doktrinde, söz konusu kararların icrasında niteliğine uygun düştüğü ölçüde HMK hükümlerinin uygulanabileceği ifade edilmiştir³⁹¹. O halde çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair geçici önlem niteliğinde bir kararın ilamlı icraya konu edilemeyeceği ve para veya teminat alacağı olmaması nedeniyle ilamsız icra takibine de elverişli olmadığı gözetildiğinde, anılan kararların gereğinin ilamlı veya ilamsız takip açılmaksızın doğrudan icra dairesi eliyle derhal yerine getirileceğini söylemek mümkündür³⁹². Kararın gereğinin yerine getirilmemesi halinde ise İİK’nın 341. maddesinde ara karara muhalefet fiili de yaptırıma tâbi tutulmuş olduğundan, söz konusu madde kapsamında tazyik hapsi yaptırımı uygulanacaktır³⁹³.

28.06.2007, E. 2007/10809, K. 2007/13416: **Oskay, Mustafa/Koçak, Coşkun/Deynekli, Adnan/Doğan, Ayhan:** İİK Şerhi C. I, Ankara 2007, s. 417; “*Ara kararının yerine getirilmesi, HUMK. nun 101 ve sonraki maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbirin infazı suretiyle olur. Bu durumda infaz işlemi yerine getiren memurun muamelesine karşı şikâyetlerin de kararı veren mahkemede inceleneceği düşünülecektir. Ancak, incelenen olayda henüz ilam niteliğini kazanmayan ara karara dayalı olarak borçluya icra emri çıkarıldığı için, icra müdürünün yasaya aykırı bu işlemi icra mahkemesince denetlenmeli ve yukarıda yer verilen kurallar gözetilerek, takibin iptaline karar verilmelidir.*” (12. HD, 04.05.2007, E. 2007/6093, K. 2007/9053: KİBB).

³⁹¹ **Erişir**, s. 281; **Atalay, Oğuz:** Türk Medeni Kanunu’nda Aile Hukuku Mal Rejimlerine İlişkin Hükümlerin Takip Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-I, Eskişehir 2003, s. 57, 98-99; **Yılmaz, Ejder:** İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016, s. 135.

³⁹² **Aydınliym, Suat:** İcrada Çocuk Teslimi ve Şahsi Münasebet Tesisi, (AD 1969/5, s. 269-282), s. 276; **Özekes/Erişir**, s. 1266; **Erişir**, s. 281. Yazar ayrıca İsviçre Hukuku’nda geçici hukuki koruma kararlarının icrasında para alacağının söz konusu olduğu hallerde İcra ve İflâs Kanunu’nun, diğer hallerde Medeni Usul Kanunu’nun uygulandığını belirtmektedir (**Erişir**, s. 281, dn. 396’dan naklen).

³⁹³ Bkz. aşa. s. 191.

B. Birlikte Yaşama Ara Verilmesi

Evlilik birliğinin korunması için alınabilecek geçici önlemler çerçevesinde TMK'nın 197. maddesindeki koşulların yerine gelmesi halinde eşlerden her biri bizzat ayrı yaşama hakkına sahip olduğu gibi, mahkemeden birlikte yaşama ara verilmesine ilişkin karar verilmesini de talep edebilir. Bu durumda, mahkemece anne ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre gereken tedbirler alınır. Birlikte yaşamaya karar verilmesi halinde velayet hakkı kendiliğinden ortadan kalkmaz; ancak hâkim çocuğun üstün yararına göre velayeti eşlerden birine verebileceği gibi³⁹⁴, bu konuda bir karar vermeyip sadece çocuğun kimle birlikte kalacağına karar vererek tarafların velayeti birlikte kullanmaya devam etmesini sağlayabilir³⁹⁵.

Belirtmek gerekir ki birlikte yaşama ara verilmesi ve buna bağlı olarak yapılacak düzenlemeler, Kanun'un lafzından da anlaşıldığı üzere geçici önlem niteliği taşımaktadır³⁹⁶. Yargıtay da fiili ayrılık nedeniyle velayet düzenlemesi taleplerine ilişkin kararlarında, söz konusu talepleri “*velayetin tedbiren eşlerden birine verilmesi*” olarak nitelendirmektedir³⁹⁷. Bu nedenle, kanaatimizce, birlikte yaşama ara verilmesiyle birlikte

³⁹⁴ “Taraflar arasındaki evlilik birliğinin devam ediyor olması çocuklarla ilgili gerekli önlemlerin alınmasına engel değildir. Gerçekleşen bu durum karşısında Türk Medeni Kanunu’nun 197/son maddesi kapsamında bir önlem olarak geçici velayet düzenlemesi yapıp, müşterek çocukların velayetinin davacı kadına verilmesine yönelik istemin kabulüne karar verilmesi gerekirken, reddi isabetsiz olmuştur.” (2. HD, 18.02.2014, E. 2013/16822, K. 2014/3162: **Gençcan**, s. 185).

³⁹⁵ **Öztan**, s. 1088; **Baygın**, s. 264; **Akyüz**, s. 231; **Acabey**, s. 106; **Elçin Grassinger**, s. 9.

³⁹⁶ **Erişir**, s. 267. *Umar* evlilik birliğinin korunması önlemlerini “geçici hukuki korumalar” başlığı altında ele almaktadır (**Umar, Bilge**: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. B., Ankara 2014, s. 1143). Evlilik birliğinin korunması için alınan önlemlerin çekişmesiz yargı işi olduğunu savunan görüş için bkz. **Akil, Cenk**: Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu’nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri, (AÜHFD 2013/62/4, s. 923-970), s. 956; **Budak, Ali Cem**: Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı IV, Ankara 2006, s. 131.

³⁹⁷ “Ancak ortak hayata son verilmiş ve ayrılık hali gerçekleşmişse hâkim velayeti eşlerden birine verebilir. Tespit edilen bu hukuki duruma göre dava velayetin kaldırılması niteliğinde olmayıp, eşlerin fiilen ayrı yaşıyor olmaları sebebiyle velayetin tedbiren babaya verilmesi isteğine ilişkindir.” (2. HD, 04.03.2008,

velayetin eşlerden birine verilmesini içeren karar; nihai karar³⁹⁸ niteliği taşımayacağından, İİK'nın 25. maddesi anlamında açılan bir ilamlı icra takibinin dayanağı olmayacaktır³⁹⁹. Bir başka ifadeyle, birlikte yaşama ara verilmesi kararıyla birlikte çocuğun velayetinin eşlerden birine verilmesine de karar verilmişse, bu karar ilam niteliğinde olmadığından, söz konusu kararın icrası ilamlı icra hükümlerine göre gerçekleştirilmeyecektir⁴⁰⁰. Bu itibarla, birlikte yaşama ara verilmesi nedeniyle yapılan velayet düzenlemesine ilişkin kararın gereğinin, boşanma davasında alınan geçici önlemlerde olduğu gibi, ilamlı veya ilamsız takip yoluna başvurulmaksızın, doğrudan icra dairesi eliyle yerine getirileceği kanısındayız.



E. 2008/1473, K. 2008/2783: **Gençcan**, s. 188). Benzer kararlar için bkz. 2. HD, 25.06.2014, E. 2014/7529, K. 2014/14346; 2. HD, 27.10.2008, E. 2008/11067, K. 2008/14145; 2. HD, 10.06.2010, E. 2010/7099, K. 2010/11554: **Gençcan**, s. 188.

³⁹⁸ Bkz. aşı. s. 112.

³⁹⁹ **Atalay**, s. 58.

⁴⁰⁰ İlamlı kavramı için bkz. aşı. s. 113.

C. Çocuğun Korunması İçin Alınabilecek Geçici Önlemler ve Çocuğun Yerleştirilmesi

Çocuğun korunmasına ilişkin önlemler velayete yapılan bir müdahale niteliğinde olduğundan ve velayet hakkı da ailenin korunması kapsamında anayasal koruma bulduğundan, söz konusu önlemlerin alınmasında Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde ölçülülük ilkesinin bir ölçüt olarak kullanılabileceği söylenebilir⁴⁰¹. Bu çerçevede söz konusu önlemlere ancak anne ve babanın velayetin kullanılması sırasında çocuğun üstün yararına uygun hareket edememiş olmaları nedeniyle çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmüş ve tehlikenin hâkimin müdahalesi olmaksızın bertaraf edilemeyecek olması halinde başvurulur⁴⁰². Önlemlerin alınmasında kural olarak anne ve babanın kusurlu olmaları gerekmeyp çocuğun gelişiminin tehlikede olması yeterlidir; çünkü bu tedbirler anne ve babaya yaptırım uygulanmasını değil çocuğun içinde bulunduğu tehlikenin giderilerek korunmasını amaçlar⁴⁰³. Mahkemece herhangi bir ilgilinin talebi üzerine veya resen önlem kararı alınabilir⁴⁰⁴. Kanun'da önlem yargılaması sırasında çocuğun görüşünün alınacağına ilişkin açıkça bir düzenleme olmasa da, ÇHS'nin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddeleri uyarınca idrak çağında olan çocuğun dinlenmesi gerekliliği burada da uygulama alanı bulacaktır⁴⁰⁵. TMK'nın 351. maddesi uyarınca önlem kararı verilmesini gerektirecek tehlikenin

⁴⁰¹ **Erbay, İsmail:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medeni Hukukundaki Velayet Hakkının Kaldırılması Hükümlerinin Değerlendirilmesi, (İÜHFD 2012/3/2, s. 11-59), s. 16; **Elçin Grassinger**, s. 103.

⁴⁰² **Öztan**, s. 1133; **Akyüz**, s. 269; **Baygın**, s. 318; **Usta**, s. 420; **İmamoğlu**, Çocuğun Korunması, s. 193.

⁴⁰³ **Öztan**, s. 1133; **Akyüz**, s. 269; **Baygın**, s. 319; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 436; **Usta**, s. 421; **İmamoğlu**, Çocuğun Korunması, s. 194; **Elçin Grassinger**, s. 48.

⁴⁰⁴ **Öztan**, s. 1133; **Akyüz**, s. 272; **Baygın**, s. 323; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 351; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 436; **Serozan**, s. 292; **İmamoğlu**, Çocuğun Korunması, s. 195; **Özdamar**, s. 83.

⁴⁰⁵ **Usta**, s. 427. Çocuk Koruma Kanunu'nun 13. maddesinde ise koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilmeden önce idrak çağındaki çocuğun görüşünün alınacağı hükme bağlanmıştır.

ağırlığının azalması, artması veya ortadan kalkması gibi herhangi bir değişikliğe uğraması halinde, mevcut önlem kararları da yeni koşullara göre uyarlanır veya kaldırılır.

TMK'nın 346. maddesi kapsamında tedbir kararı alınması için anne ve babanın görevlerini kusurlu olup olmadıklarına bakılmaksızın gereği gibi yerine getirmemiş olmaları ve bu durumun çocuğun yararını tehlikeye düşürecek ağırlıkta olması gerekir⁴⁰⁶. Söz konusu düzenleme çocuğun korunmasına ilişkin genel bir hüküm niteliğinde olup⁴⁰⁷, maddede uygun tedbirlerin ne olacağı belirtilmemiş, hâkimin takdirine bırakılmıştır. Hâkimin dikkate alması gereken husus alınacak tedbirin çocuğun menfaatini korumaya elverişliliğidir⁴⁰⁸. Alınabilecek tedbirler doktrinde hâkimin anne ve babaya tavsiyede bulunup rehberliğe yönlendirmesi, uyarıda bulunması, talimat vermesi, denetçi veya eğitim kayyımı atanması olarak açıklanmıştır⁴⁰⁹. Öte yandan aile mahkemesi hâkimi, 4787 sayılı Kanun'un 6. maddesinde yer alan tedbirlere, 6284 sayılı Kanun'da öngörülen tedbirlere ve Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararının Uygulanması Hakkında Yönetmelik 8. madde uyarınca Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan koruyucu ve destekleyici tedbirlere de hükmedebilir⁴¹⁰.

TMK'nın 347. maddesi uyarınca, çocuğun gelişiminin tehlikede olması veya manen terk edilmiş durumda bulunması ve alınan tedbirlerin çocuğun korunmasında yetersiz kalacağının anlaşılması halinde, çocuk anne ve babadan alınarak bir aile yanına

⁴⁰⁶ Öztan, s. 1135; Kılıçoğlu, s. 643; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 352.

⁴⁰⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 351.

⁴⁰⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 436.

⁴⁰⁹ Öztan, s. 1142-1143; Akyüz, s. 279-282; Baygın, s. 325-332; Kılıçoğlu, s. 644; Usta, s. 439-450. Ayrıntılı bilgi için bkz. Elçin Grassinger, s. 112-137. *"Taraflarca Türk Medeni Kanunu'nun 346. maddesi uyarınca hâkim müdahalesi yoluyla çocuğun eğitimine devam edebileceği, çocuğun yararını ve tarafların mali güçlerini gözetken bir eğitim kurumu veya böyle bir eğitim kurumunun gerektirebileceği gideri belirlenmediğine göre..."* (2. HD, 12.11.2013, E. 2013/5058, K. 2013/26071: Gençcan, s. 386).

⁴¹⁰ Öztan, s. 1141; Akyüz, s. 277; Baygın, s. 326; Özdamar, s. 84.

veya kuruma yerleştirilebilir⁴¹¹. Aynı maddenin ikinci fıkrasında göre “*çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa*” aynı tedbirlere hükmedilmesi mümkündür. Çocuğun yerleştirilmesi kararı verilebilmesi için bedensel, zihinsel, ruhsal ve toplumsal gelişiminin içinde bulunduğu tehlikenin süreklilik arz etmesi ve bu tehlikeden kurtarılması için aile ortamından uzaklaştırılmasının zorunlu olması gerekir⁴¹². Çocuğun anne ve baba yanından alınması halinde anne ve babanın velayet hakkı devam eder; ancak çocuğun kalacağı yeri belirleme, yetiştirme ve eğitime hakları fiilen ve hukuken büyük ölçüde kısıtlanmış olur⁴¹³. Bununla birlikte, anne ve babanın çocuğun bakımına ilişkin giderleri karşılama yükümlülüğü para verme yükümlülüğü olarak sürerken, kişisel ilişki kurma hakkı da çocuğun üstün yararına uygunluğu ölçüsünde ve çocuğun yerleştirilmesi önleminin amacına aykırılık teşkil etmedikçe devam eder⁴¹⁴.

Çocuğun korunması için alınabilecek önlemler TMK’nın anılan maddelerinin yanında, 4787 sayılı Kanun’un 6. maddesinde de yer almaktadır. Söz konusu maddeye göre, TMK’daki önlemlere paralel olarak aile mahkemesi hâkiminin “*bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunan veya manen terk edilmiş halde kalan küçüğü, ana ve babadan alarak bir aile yanına veya resmî ya da özel sağlık kurumuna veya eğitimi güç çocuklara mahsus kuruma yerleştirmeye*” karar verebileceği düzenlenmiştir. Gerek TMK

⁴¹¹ Elçin Grassinger, s. 139; Elçin Grassinger, Değerlendirme, s. 242. Bu kurala benzer bir kural ÇHS’de de öngörülmüş; 9. maddede çocuğun anne ve babasından onların rızası olmaksızın ayrılamayacağı kabul edilmiş; ancak çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması veya ihmal edilmesi halinde çocuğun anne ve babasından ayrılmasına karar verilebileceği hükme bağlanmıştır.

⁴¹² Öztan, s. 1147; Akyüz, s. 287; Baygın, s. 333; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 352; Usta, s. 450, 452; İmamoğlu, Çocuğun Korunması, s. 198.

⁴¹³ Öztan, s. 1148; Akyüz, s. 291; Baygın, s. 341; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 353; Usta, s. 458; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 437; İmamoğlu, Çocuğun Korunması, s. 200; Elçin Grassinger, s. 141.

⁴¹⁴ Öztan, s. 1148; Akyüz, s. 292; Baygın, s. 341; Usta, s. 459; Elçin Grassinger, s. 155.

gerekse 4787 sayılı Kanun kapsamında alınacak tedbirlerin hukuki niteliği konusunda mevzuatta açık bir hüküm yoktur. Doktrinde ise 4787 sayılı Kanun kapsamında alınacak önlemlerin; ihtiyati tedbir niteliğinde olmadığı, aile hukukuna özgü geçici hukuki koruma olduğu çoğunlukla kabul görmektedir⁴¹⁵. TMK'nın 346. ve 347. maddelerinde düzenlenen önlemler ise, bir görüşe göre geçici hukuki koruma⁴¹⁶, diğer görüşe göre ise çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmektedir⁴¹⁷. *Kuru* ise söz konusu önlemleri “*ihtiyati tedbir niteliğinde çekişmesiz yargı işi*” olarak nitelendirmektedir⁴¹⁸. 5717 sayılı Kanun'un 10. maddesinde ise iade davasında “*geçici koruma tedbiri*” olarak çocuğun bir akrabasının yanına, bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesine karar verilebileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla 5717 sayılı Kanun'da yer alan yerleştirme kararının geçici hukuki koruma tedbiri olarak kabul edildiğini söylemek kanımızca mümkündür. Anılan yasal düzenlemeler incelendiğinde; öngörülen tedbirlerin Kanun'da tahdidi olarak sayılmadığı ve hatta hâkime geniş bir takdir yetkisi verildiği, çocuğun anne ve baba yanından alınarak bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesi halinin ise her iki kanunda da ortak olarak düzenlendiği görülmektedir. Meseleye pratik açıdan yaklaşıldığında söz konusu önlemlerin hukuki niteliklerine ilişkin bu kabuller, örneğin çocuğun yerleştirilmesi önlemi hâkim tarafından TMK'nın 347. maddesine dayandırılması halinde

⁴¹⁵ **Erişir**, s. 283; **Tanrıver**, Aile, s. 43; **Arslan, Aziz Serkan**: Türk Aile Mahkemelerinin Yapısı ve Yargılama Usulü, (ABD 2010/1, s. 187-201), s. 196. 4787 sayılı Kanun'un 6/2 maddesinde önlem kararlarına uyulmaması halinde, ihtiyati tedbirlere uyulmamasının yaptırımı olan HUMK 113/A (HMK m. 398) maddesinin uygulanacağını hükme bağlanması nedeniyle; anılan kararların ihtiyati tedbir niteliğinde olduğu hakkında görüş için bkz. **Tercan, Erdal**: Türk Aile Mahkemeleri, (AÜHFD 2003/52/3, s. 19-53), s. 36. Söz konusu önlemlerin düzenleme şeklindeki ihtiyati tedbir niteliğinde olduğuna ilişkin görüş için bkz. **Deren Yıldırım, Nevhis**: Aile Mahkemelerinin Görevi ve Uygulamaları, (Zahit İmre'ye Armağan, s. 245-260), s. 251

⁴¹⁶ **Yılmaz**, Tedbirler, C. I, s. 680.

⁴¹⁷ **Akkaya, Tolga**: Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı, (ABD 2014/4, s. 25-61), s. 45; **Akil**, s. 958; **Erişir**, s. 262; **Budak**, Çekişmesiz Yargı, s. 129, 133; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, Usul, s. 80; **Budak/Karaaslan**, s. 312.

⁴¹⁸ **Kuru**, Usul, s. 927.

çekişmesiz yargı işi; buna karşın aynı önlemin 4787 sayılı Kanun’a dayandırılması halinde ise geçici hukuki koruma niteliği taşıyacağı sonucunu doğurmaktadır. Burada kanun yapma tekniği bakımından ciddi bir sorun olduğu ortadadır. Ancak doktrinde aile hukukunda hâkimin resen verdiği birçok kararın geniş anlamda geçici hukuki koruma niteliği taşıdığı görüşünden⁴¹⁹ hareketle, çocuğun korunmasına ilişkin alınacak önlemlerin aile hukukuna özgü geçici hukuki koruma kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu kabulden yola çıkıldığında ise, çocuğun korunması için alınacak önlemlerin geçici hukuki koruma olması itibarıyla ara karar niteliğinde olduğu⁴²⁰, bu nedenle de kararların icrasında çocuk teslimini gerektiren bir ilamlı icra takibine mahal olmayacağı⁴²¹ ve yukarıda⁴²² açıklanan şekilde, HMK’da yer alan ihtiyati tedbir hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle icra edileceği kanısındayız.

D. Geçici Önlem Olarak Çocukla Kişisel İlişki Kurulması

Boşanma davası sırasında çocuğun velayetinin geçici olarak eşlerden birine verilmesi halinde, çocuğun üstün yararına uygunsa diğer eşle çocuk arasında kişisel ilişki kurulur. Buna ek olarak, birlikte yaşama ara verilmesine ilişkin kararda, çocuk ile çocuğun kendisine bırakmadığı taraf arasında kurulacak kişisel ilişkiye de yer verilmelidir⁴²³. Benzer şekilde, TMK’nın 347. maddesi veya 4787 sayılı Kanun’un 6.

⁴¹⁹ **Atalı**, Pekcanitez Usul, s. 2118.

⁴²⁰ Bkz. yuk. s. 99.

⁴²¹ Aksi yönde görüş için bkz. **Aydınlyım**, s. 272.

⁴²² Bkz. yuk. s. 100.

⁴²³ **Öztan**, s. 1026; **Kılıçoğlu**, s. 603; **Usta**, s. 226; **Serdar**, Kişisel İlişki, s. 758; **Doğan**, s. 530. “*Taraflar arasında boşanma veya ayrılığa ilişkin bir dava bulunmamaktadır. Eşlerin fiilen ayrı yaşamaları halinde eşlerden birinin yanında bulunan müşterek çocuğu diğerinin görmesini engellemesine karşı, diğer taraf çocuğun kimde kalacağını belirlenmesini isteyebileceği gibi, bunun yanında veya sadece kişisel*

maddesi çerçevesinde çocuğun bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesi durumu, soybağı ilişkisiyle ilgili olmadığından, talep edilmesi halinde çocuk kendisinden alınan anne ve baba ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulması mümkündür⁴²⁴. Kişisel ilişki kurulması, çocuğun kendi ailesine yabancı hissetmemesi ve geri döndüğünde uyumunun kolaylaştırılması bakımından önemlidir⁴²⁵. Çocuğun bir kuruma veya aile yanına yerleştirilmesi Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında alınan bir tedbire de dayanabilir. Bu halde de anılan Kanun'un 7. maddesi uyarınca çocuk mahkemesi hâkimi TMK hükümlerine göre velayet, vesayet, nafaka, kayyım ve kişisel ilişki konularında karar verebilir. Öte yandan Koruyucu Aile Yönetmeliği'nin⁴²⁶ 15. maddesinin birinci fıkrasına göre koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuğun biyolojik ailesiyle uygun koşullar altında kişisel ilişki kurabileceği düzenlenmiştir. Ancak velayetin kaldırılmasında olduğu gibi burada da, çocuğun yerleştirilmesi kararının sebebine dikkat edilmeli ve yerleştirme kararıyla elde edinilmesi beklenen menfaatin kişisel ilişki tesisiyle ortadan kalkacağı anlaşılıyorsa, kişisel ilişki kararı verilmemelidir⁴²⁷.

Birlikte yaşama ara verilmesi ve çocuğun yerleştirilmesi halinde anne ve baba velayete sahip olmaya devam etmektedir. TMK'nın 323. maddesinde velayete sahip olmayan anne ve babanın değil, aynı zamanda çocuk kendisine bırakılmayan anne ve babanın da kişisel ilişki kurulmasını talep edebileceği düzenlenmiş olduğundan, velayetin devamı kişisel ilişki kurulmasına engel teşkil etmez⁴²⁸.

ilişkinin düzenlenmesini de isteyebilir (TMK m. 197/son, 324/1)." (2. HD, 17.12.2014, E. 2014/26913, K. 2014/25876: **Gençcan**, s. 187).

⁴²⁴ **Öztan**, s. 1026; **Akyüz**, s. 204; **Usta**, s. 225; **Serdar**, Kişisel İlişki, s. 744; **Doğan**, s. 530; **Erlüle**, s. 221.

⁴²⁵ **Elçin Grassinger**, s. 156.

⁴²⁶ Bu Yönetmelik için bkz. RG 14.12.2012, S. 28497.

⁴²⁷ **Elçin Grassinger**, s. 155.

⁴²⁸ **Baygın**, s. 107-108, **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 334.

Yine her iki durumun da geçici önlem niteliğinde kararlar olduğunu belirtmiştik⁴²⁹. Bu nedenle, anılan kararlara dayanan çocuk teslimi kararının İİK'nın 25. maddesi anlamında icra edilmeyeceği gibi, benzer şekilde, yine bu kararla birlikte verilen kişisel ilişki kararlarının da ilam niteliği taşıması nedeniyle İİK'nın 25/a hükmünün bu bağlamda uygulanmayacağı kanaatindeyiz.

⁴²⁹ Bkz. yuk. s. 99, 102.

İKİNCİ BÖLÜM

ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN İLAMLARIN İCRA EDİLME USULÜ

I. ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN İLAMLARIN İCRASINA İLİŞKİN GENEL ÖZELLİKLER

İlamsız icra, kiralanan taşınmazın tahliyesi hariç olmak üzere sadece para ve teminat alacakları⁴³⁰ için öngörölmüş bir takip yolu olup; para ve teminat dışındaki borçların cebrî icra yoluyla yerine getirilmesinin sağlanması ilamlı icra yoluyla

⁴³⁰ Para ve teminat alacakları için alacaklı dava açıp aldığı ilamı icra ettirebileceği gibi, doğrudan ilamsız icra takibi de başlatabilir (**Muşul, Timuçin:** İcra ve İflas Hukuku Cilt I-II, 6. B., Ankara 2013, s. 1069; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz,** s. 41). Alacaklının elinde bir ilam varken bu ilama dayanarak ilamsız icra yoluna başvurup başvuramayacağı ise doktrinde tartışmalıydı. Bir görüş elinde para veya teminat alacağının ödenmesine ilişkin bir ilam olan alacaklının, ilamsız icra yoluna başvurmasına bir engel olmadığını savunmaktaydı (**Kuru, Baki:** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara 2013, s. 56; **Fırat, Erhan:** Özel Kanunlarda Düzenlenen İlam Niteliğinde Belgeler, Ankara 2016, s. 4). Hatta her iki takip yolunun da hak arama yollarından olması nedeniyle bunun engellenmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu belirtilmekteydi (**Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes,** s. 264). Aksi yöndeki görüşe göre ise ilamlı icra yolu daha avantajlı bir yol olduğundan, elinde ilam bulunan alacaklının ilamsız icra yoluna başvurmasında hukuki yararının olmadığı kabul edilmekteydi (**Tanrıver,** İlamlı İcra, s. 34). Bu konuda ayrıntılı bir inceleme ve söz konusu durumunun dürüstlük kuralına, hayatın olağan akışına ve takip ekonomisine aykırı olduğuna ilişkin görüş için bkz. **Aslan, Kudret/Akyol Aslan, Leyla:** İlama Bağlı Para Alacağı İçin İlamsız İcra Takibi Yapılması, Dürüstlük Kuralına ve Hayatın Olağan Akışına Aykırı mıdır?, (Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan C. I, Ankara 2015, s. 195-252). Doktrindeki görüş ayrılıkları bir yana, 21.07.2017 tarih ve 30130 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 26.05.2017 gün ve E. 2017/2, K. 2017/3 sayılı kararıyla; kısaca, hukuki yarar yokluğu, dürüstlük kuralına aykırılık, takip hukuku tekniği açısından elverişsizlik ve takip ekonomisi sebepleriyle ilama dayanan bir alacağın ilamsız icra takibine konu edilemeyeceğine karar verilmiştir.

mümkündür ve bu yola başvurulabilmesi için de ilam veya ilam niteliğinde bir belgenin var olması gerekir⁴³¹.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması, konusu para veya teminat alacağı olmadığı için ilamsız icraya konu edilemez. Nitekim İİK’da ilamların icrası başlığı altında 25, 25/a ve 25/b maddelerinde özel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Çalışmamızın bu bölümünde çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların özellikleri ve söz konusu ilamların icrasının genel olarak ilamlı icraya başvuru bakımından gösterdiği özellikler incelenmiş, daha sonra söz konusu ilamların nasıl icra edileceği açıklanmış, yurt dışına kaçırılmış çocukların iade prosedürüne değinilmiştir. İİK’nın 25/b maddesinde düzenlenen uzman bulundurma zorunluluğu önemli görüldüğünden ayrı bir başlık altında ele alınmıştır.

⁴³¹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 376; Muşul, s. 1079; Üstündağ, s. 354; Postacıoğlu/Altay, s. 8, 779; Tanrıver, İlamlı İcra, s. 34; Özekes, İlkeler, s. 14. Belirtmek gerekir ki imzanın bulunmadığı ve verilirken suret harcı alınan kararlar ilam değil ilam sureti olarak adlandırılmakta; ancak iki kavram arasında işlevsel bir farklılık bulunmamakta ve ilam suretleriyle de ilamlı icra takibi yapılabilmektedir (Tanrıver, İlamlı İcra, s. 40; Sert, Necmiye: İcra İflas Hukukunda İlamlı İcra Takibi ve Gösterdiği Özellikler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2005, s. 5).

A. Karar Bakımından Genel Özellikler

HMK’da mahkemelerin yargılama sonucunda verdiği hükümlerin özellikleri düzenlenmiş ve ilam kavramı tanımlanmış, çeşitli ilamların kesinleşmeden icra edilemeyeceği öngörülmüştür. Bunun yanında İİK’da ise ilamlar için zamanaşımı süresi kabul edilmiştir. Bu başlık altında hükümlerin çalışma konumuz açısından önemli olan özellikleri açıklanmıştır.

1. Tevdi Edilen Kararın İlam Olması

Yargılamayı sona erdiren ve hâkimin dosyadan el çekmesini sağlayan kararlar nihai karardır⁴³². Nihai kararlardan uyuşmazlığı esastan çözmeyen, talep sonucu hakkında bir sonuca varmayan; ancak usulî bir sorun nedeniyle yargılamaya görülmekte olan mahkemede son veren kararlar usule ilişkin nihai karar; maddi hukuk kurallarının uygulanması suretiyle uyuşmazlığı esastan çözüp sonuçlandıran kararlar ise esasa ilişkin nihai karar olarak mütalaa edilir⁴³³. Nitekim HMK’nın 294. maddesinin ilk fıkrasında “*mahkemenin usule veya esasa ilişkin bir nihai kararla davayı sona erdireceği*” hükme bağlanmıştır. Aynı fıkra göre yargılama sonucunda verilen esas hakkında nihai karar hükümdür⁴³⁴. Hükümde, tek hâkimli mahkemelerde o hâkimin, toplu mahkemelerde

⁴³² **Kuru**, C. III, s. 3004; **Tanriver**, Usul, s. 983; **Atalı**, Pekcanitez Usul, s. 1971; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, Usul, s. 471; **Kuru**, Usul, s. 455; **Üstündağ**, Usul, s. 788; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 436; **Karlı**, Usul, s. 358; **Budak/Karaaslan**, s. 268; **Muşul**, Ara Karar, s. 218; **Boran Güneysu**, s. 106.

⁴³³ **Kuru**, C. III, s. 3005, 3014; **Tanriver**, Usul, s. 983-984; **Atalı**, Pekcanitez Usul, s. 1974; **Karlı**, Usul, s. 358; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, Usul, s. 471-472; **Boran Güneysu**, s. 108-112; **Kuru**, Usul, s. 455-456; **Yılmaz**, HMK Şerhi, s. 2883; **Umar**, s. 847.

⁴³⁴ Kanun’da yapılan tanımdan da anlaşıldığı üzere “karar” kavramı bir üst kavram olup her karar hüküm niteliği taşımaz (**Boran Güneysu**, s. 112). Hüküm kavramının, davaya bakan hâkimin veya hâkimlerin, talebe ilişkin olarak dava malzemesi ile resen gözettiği hukuk kuralları kapsamında yaptığı yargılama sonucunda vardığı vicdani kanaat anlamına geldiği ifade edilmektedir (**Atalı**, Pekcanitez Usul, s. 1979).

hükme katılan hâkimler ile zabıt katibinin imzaları ve mahkeme mührü bulunur. HMK'nın 301. maddesine göre *“hüküm yazılıp imza edildikten ve mahkeme mührü ile mühürlendikten sonra, nüshaları yazı işleri müdürü tarafından taraflardan her birine makbuz karşılığında verilir ve bir nüshası da gecikmeksizin diğer tarafa tebliğ edilir. Hükümün bir nüshası da dosyasında saklanır”*. Aynı maddenin ikinci fıkrasında yapılan tanıma göre ilam, *“taraflardan her birine verilen hüküm nüshası”* anlamına gelir.

Alacaklının ilamlı icra takibine başvurabilmesi için elinde ilam veya ilam niteliğinde sayılan bir belge bulunmalıdır. Ancak ilamların tamamı ilamlı icraya konu edilemez⁴³⁵. Bir ilamın ilamlı icra takibinin dayanağını oluşturması için, yargılamaya son veren ve uyuşmazlığın esastan çözümünü sağlayan bir eda hükmü içermesi gerekir⁴³⁶. Eda hükmünün yerine getirilmesini sağlayan unsur eda emridir. Bu nedenle eda davasının esastan reddine dair ilamlar bir eda emri içermediklerinden ilamlı icraya konu edilemezler⁴³⁷. Benzer şekilde; bir borcun ifasına karar verilmeyen, sadece hukuki ilişkinin varlığını ya da yokluğunu belirleyen tespit hükümleri ile yenilik doğuran hukuki sonucu kendiliğinden ortaya çıkaran inşâî hükümler de ilamlı icraya elverişli değildirler⁴³⁸. İnşâî hükümlerde ayrıca edaya ilişkin kayıtların yer alması halinde, örneğin boşanmayla birlikte velayet düzenlemesi nedeniyle çocuğun teslimi ya da kişisel ilişki kurulması gibi edimler içeren hükümler, bu kısımları itibarıyla ilamlı icraya konu

⁴³⁵ **Bakır**, s. 7.

⁴³⁶ **Uyar, Talih**: İcra Hukukunda İlamlı Takipler, 2. B., Manisa 1991, s. 5; **Uyar, Talih**: İlama Aykırı Yapılan İcra Takiplerinin İptali, (ABD, 2014/2, s. 477-488), s. 479; **Kuru**, El Kitabı, s. 892; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 265; **Muşul**, s. 1074; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 378; **Yılmaz**, İİK Şerhi, s. 124; **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 41; **Pekcanitez/Simil**, s. 191; **Sert**, s. 8.

⁴³⁷ **Kuru**, C. III, s. 3011; **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 63; **Sert**, s. 14; **Bakır**, s. 11.

⁴³⁸ **Kuru**, El Kitabı, s. 894; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 265; **Muşul**, s. 1075; **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 65; **Üstündağ**, s. 803; **Yılmaz**, İİK Şerhi, s. 124; **Uyar**, Takibin İptali, s. 480; **Pekcanitez/Simil**, s. 191.

edilebilirler⁴³⁹. Tespit hükümleri ve edaya ilişkin kayıt içermeyen inşâî hükümler, ancak yargılama giderleri yönünden ilamlı icra takibine elverişlidir. Ceza mahkemesi kararları da bu yönden ilamlı icra takibinin dayanağı olabilecekleri gibi, idari yargıda tam yargı davaları sonunda alınan ilamlar da 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun⁴⁴⁰ 28. maddesi uyarınca idareye yapılan başvurunun ardından yerine getirilmemeleri halinde ilamlı icraya elverişli olurlar⁴⁴¹. Hakem kararları ve yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin kararlar da ilamlı icranın konusunu oluşturabilirler.

İlamlı icranın konusunu eda emri içeren hükümlerin oluşturmasının ve hükmün de esasa ilişkin nihai karar olmasının anlamı, mahkemelerin sadece nihai kararlarının ilamlı icraya konu olabileceğidir. Bu kapsamda yargılamayı esastan çözmeyen, aksine devamını sağlayan nitelikte kararlar olan ara kararlar ilamlı icra yoluyla yerine getirilemez⁴⁴². Daha önce de ifade edildiği üzere⁴⁴³, geçici hukuki koruma kararları da doktrindeki baskın görüşe⁴⁴⁴ göre ara karar niteliğinde olduğundan, bunların da ilamlı icra takibiyle yerine getirilmeleri mümkün değildir. Burada konumuz açısından önemli olan aile mahkemelerince verilen aile hukukuna özgü geçici hukuki koruma kararlarının ilamlı icra takibine elverişli olup olmadığıdır. Boşanma davasında yargılama sürerken TMK'nın

⁴³⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 378; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 266; Muşul, s. 1079; Tanrıver, İlamlı İcra, s. 65; Sert, s. 19; Bakır, s. 12.

⁴⁴⁰ Bkz. RG 20.01.1982, S. 17580.

⁴⁴¹ Kuru, El Kitabı, s. 893; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 265.

⁴⁴² Bu konuda bkz. yuk. s. 98-100.

⁴⁴³ Uyar, İlamlı Takipler, s. 4; Kuru, El Kitabı, s. 893; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 265; Tanrıver, İlamlı İcra, s. 44-53; Sert, s. 28-30; Belgin, s. 44; Fırat, s. 6. Söz konusu kararların ilamlı icra takibine konu olup olmayacağının ara karar-nihai karar ayrımına bağlı olarak değerlendirilmemesi gerektiği, bu kararların eda hükmü içermemeleri ve uyuşmazlığı esastan çözerek sona erdirmemeleri nedeniyle ilamlı icra takibine dayanak olamayacağına ilişkin görüş için bkz. Bakır, s. 21-23. Karar kavramı, ara karar ve nihai karar ayrımı ve özellikleri hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Boran Güneysu, s. 106-172.

⁴⁴⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz. yuk. s. 98-99.

169. maddesi kapsamında çocuğun velayetinin geçici olarak eşlerden birine verilmesi⁴⁴⁵, birlikte yaşama ara verilmesi nedeniyle çocuğun velayetinin veya velayet tevdi edilmeksizin fiilen bir tarafa bırakılması, çocuğun korunması amacıyla anne ve babadan alınarak bir kurum ya da aile yanına yerleştirilmesi nedeniyle çocuğun teslimini gerektiren yahut anılan çerçevede çocukla kişisel ilişki kurulmasını içeren kararlar nihai karar dolayısıyla ilam özelliği taşımadığından, bu kararların yerine getirilmesi için ilamlı icra yoluna başvurulamaz⁴⁴⁶. Öte yandan, her ne kadar ilam kavramı çekişmeli yargıya ait bir kavram olarak kabul edilmekteyse de, bu kabul, çekişmesiz yargı işi niteliğinde olan (örneğin velayetin değiştirilmesi) kararların ilamlı icra yoluyla yerine getirilmesine engel teşkil etmemektedir⁴⁴⁷.

2. Kararın Kesinleşmesi Zorunluluğu

Kural olarak alacaklının ilamlı icra takibi yapabilmesi için, elinde bulunan hükmün kesinleşmesi şart değildir; bir başka ifadeyle alacaklı, lehine olan hükmü,

⁴⁴⁵ Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 329.

⁴⁴⁶ “İİK.nun 25/a maddesi gereğince çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra müdürü bir icra emri tebliğ eder. Somut olayda takip, Nevşehir Aile Hukuk Mahkemesi'nin 2012/21 E. sayılı dosyasının 04.01.2012 tarihli ara kararına dayalı olarak başlatılmıştır. Ara kararının yerine getirilmesi, HUMK.nun 101 ve sonraki maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbirin infazı suretiyle olur. Bu durumda infaz işlemini yerine getiren memurun muamelesine karşı şikayetlerin de kararı veren mahkemede inceleneceği düşünülecektir. Ancak, incelenen olayda henüz ilam niteliğini kazanmayan ara kararına dayalı olarak borçluya icra emri çıkarıldığı için, icra müdürünün yasaya aykırı bu işlemi icra mahkemesince denetlenmeli ve yukarıda yer verilen kurallar gözetilerek, takibin iptaline karar verilmelidir. Yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” (21.06.2012, E. 2012/5863, K. 2012/5962: KİBB). Tedbir nafakası kararlarının da ilamlı icraya konabileceği görüşü için bkz. **Kuru**, El Kitabı, s. 893. TMK'nın 347. maddesi çerçevesinde çocuğun yerleştirilmesi kararlarının da İİK'nın 25. maddesine göre icra edileceğine ilişkin aksi yönde görüş için bkz. **Sert**, s. 124; **Özbay**, Öneriler, s. 65.

⁴⁴⁷ Bkz. yuk. s. 59.

kesinleşmesini beklemeden ilamlı icra yoluyla icra ettirebilir⁴⁴⁸. Bu nedenle kural olarak ilamlar kesinleşmeseler dahi icra kabiliyetini haizdir⁴⁴⁹. Kanun yoluna başvurulması da kural olarak hükmün icra edilmesini engellemez. Kesinleşmeden maksat hükmün şeklî anlamda kesinleşmesidir⁴⁵⁰. Şeklî anlamda kesin hüküm, kararın verildiği anda gidilebilecek bir kanun yolu olmaması, süresinde kanun yoluna başvurulmaması, kanun yoluna başvurudan feragat edilmesi veya kanun yoluna başvurulup da hüküm aleyhine öngörülen tüm kanun yollarının tüketilmesiyle oluşur⁴⁵¹. HMK'nın 302. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca *“hükmün kesinleştiği, ilamın altına veya arkasına yazılıp, tarih ve mahkeme mührü konmak ve başkan veya hâkim tarafından imzalanmak suretiyle belirtilir”*. Aynı maddeye 20.07.2017 tarih ve 7035 sayılı Kanun⁴⁵² ile eklenen fıkrayla *“kanun yollarından geçmek suretiyle kesinleşen kararların kesinleşme kaydı ile kesinleşme kaydı yapılan kararların yerine getirilmesi için gerekli bildirimler de ilk derece mahkemesince yapılacağı”* hükme bağlanmıştır.

Hükmün icrası için kesinleşmesinin gerekip gerekmemesi, taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunmasıyla ilgili bir meseledir. Kesinleşmenin beklenmesi, hüküm lehine olan alacaklı tarafın menfaatlerinin zedelenmesine yol açabilecekken; hükmün kesinleşmeden icra edilmesi halinde, alacaklının menfaati korunurken⁴⁵³, kanun yolu

⁴⁴⁸ **Kuru**, C. V, s. 4629; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 382; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 267; **Kuru**, El Kitabı, s. 913; **Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 309; **Muşul**, s. 1096; **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 151; **Özbek**, s. 757; **Pekcanitez/Simil**, s. 192; **Uyar**, İlamlı Takipler, s. 9; **Özbek, Mustafa**: Kesinleşmeden İcra Edilemeyecek İlamların Kesinleşmeden Önce İcraya Konulması, (BÜHFD 2016/2/1, s. 37-79), s. 40.

⁴⁴⁹ **Üstündağ**, s. 354.

⁴⁵⁰ **Kuru**, El Kitabı, s. 921.

⁴⁵¹ **Kuru**, C. V, s. 4981-4983; **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 147-149; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 554; **Budak/Karaaslan**, s. 271.

⁴⁵² Bölge Adliye ve Bölge İdare Mahkemelerinin İşleyişinde Ortaya Çıkan Sorunların Giderilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun için bkz. RG 04.08.2017, S. 30145.

⁴⁵³ **Üstündağ**, s. 154.

aşamasında⁴⁵⁴ üst mahkemece kararın kaldırılması, bozulması gibi durumlarda eski hale geri dönülmesi bakımından borçlunun menfaatlerini zedeleyebilir⁴⁵⁵. Bu dengenin korunması için Türk Hukuku'nda⁴⁵⁶ hükmün kesinleşmeden icra edilmeyeceği kuralına birtakım istisnalar getirilmiştir. HMK'nın 350. maddesinin ikinci fıkrası ve 367. maddesinin ikinci fıkrasına göre nafaka kararları⁴⁵⁷ hariç olmak üzere “*kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilemez*⁴⁵⁸”. Bu nedenle çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair kararların icra edilmesi için kesinleşmesi zorunludur⁴⁵⁹. Bir başka ifadeyle bu kararlara

⁴⁵⁴ Kanun yollarının aktarıcı ve erteleyici olmak üzere iki temel etkisi olup erteleyici etki sadece hükmün kesinleşmesinin ertelenmesi değil, aynı zamanda icrasının da ertelenmesi anlamına gelir ve doktrinde bir görüşe göre hükmün kesinleşmesinin beklenmeden icra edilmesi, kanun yoluna başvurunun erteleyici etkisine aykırılık teşkil eder (Özbek, s. 756). Türk Hukuku'nda kanun yoluna başvurunun erteleyici etkisi, sadece kesinleşmeden icra edilemeyecek ilamlar bakımından tam anlamıyla (şekli kesinliği ve icrayı erteleme yönünden) uygulanmaktadır (Özbek, Kesinleşme, s. 39).

⁴⁵⁵ Özbek, s. 698.

⁴⁵⁶ Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde genel olarak hükmün icra edilmesi için kesinleşmesi zorunluysen, İngiliz hukukunda Türk Hukuku'na benzer bir sistem öngörülmüştür (Özbek, s. 757). Karşılaştırmalı hukuk bağlamında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Özbek, s. 729-733.

⁴⁵⁷ Yargıtay nafaka kararlarına yönelik istisnanın sadece tedbir nafakası için geçerli olduğunu, iştirak ve yoksulluk nafakalarına dair kararların kesinleşmeden icra edilemeyeceğini kabul etmektedir. Bkz. “HUMK'nun 443/4.maddesinde aile ve şahsın hukukuna ilişkin hükümlerin kesinleşmeden icra olunamayacağı belirtilmiş, nafakaya ait olanlar bunun dışında tutulmuştur. Kesinleşmeden takibe konulabilecek olan nafaka ile ilgili hükümler tedbir nafakasına ait olanlardır. Yoksulluk ve iştirak nafakası boşanmanın eklentisi olup, kesinleşmeden takibe konulamaz.” (12. HD, 21.02.2012, E. 2011/18865, K. 2012/4454: SMİP).

⁴⁵⁸ Bunların dışında yabancı mahkeme kararlarının tenfizi hakkında kararlar (MÖHUK m. 57/2), ceza mahkemesi ilamlarının yargılama giderlerine ilişkin kısımları (CMK m. 324/4), Sayıştay ilamları (Sayıştay Kanunu m. 64), gemiler üzerindeki aynı haklara ilişkin kararlar (İİK m. 31/a) kesinleşmedikçe icra edilemez. Ayrıca menfi tespit davası lehine sonuçlanan ve tazminat hükmedilen borçlu, tazminat ve yargılama giderlerinin icrası için kesinleşmeyi beklemelidir (Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 268).

⁴⁵⁹ Kuru, El Kitabı, s. 924; Muşul, s. 1112; Yılmaz, İİK Şerhi, s. 135; Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, s. 413; Aydınliyım, s. 270; Özbay, Kişisel İlişki; Sert, s. 125, 128; Özbek, Kesinleşme, s. 46, Sarısözen, Serhat M.: İcra ve İflas Hukukunda Canlı Haczi, (ErÜHFD, 2016/10/2, s. 54-97), s. 66, 70. Söz konusu ilamın kesinleşmeden icra takibine konması halinde izlenecek prosedür için bkz. aşa. s. 141- 142.

karşı kanun yoluna başvurulmuş olması, hükmün icra edilmesini engeller⁴⁶⁰. O halde İİK'nın 36. maddesi çerçevesinde icranın geri bırakılması, icra edilmesi için kesinleşmesi gereken ilamların icrasında işlerlik kazanmaz⁴⁶¹.

Çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulması yönündeki kararların, çekişmesiz yargı işi niteliği taşıyan bir talep sonucunda verilmesi anılan kural bakımından bir önem taşımaz. HMK'nın 388. maddesinde *“kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde, çekişmesiz yargı kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği”* düzenlenmiştir. Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere, icrada kesinleşme zorunluluğu şeklî anlamda kesinlikle ilgilidir ve çekişmesiz yargıda da kararın şeklî anlamda kesinleşmesi prosedürü mevcuttur⁴⁶². Bu nedenle, boşanmadan sonra ve bağımsız olarak velayet düzenlemesi talebinde olduğu gibi aile hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı kararlarının icrasında da kararın şeklî anlamda kesinleşmesinin beklenmesi zorunludur.

Söz konusu kararların boşanma kararıyla birlikte verilmesi halinde, boşanma kararı kesinleşmedikçe karar, çocuğun teslimi ve kişisel ilişki kurulması yönünden de icra edilemez. Zira boşanma kararının istinaf yolunda kaldırılması örneğinde olduğu gibi, boşanma kararı olmaksızın velayetin eşlerden birine bırakılması ve diğeriyle çocuk arasında kişisel ilişki kurulması mümkün değildir⁴⁶³. Bu durumu yargılama sırasında alınan geçici önlemlerle karıştırmamak gerekir. Davanın devamı süresince geçici önlem

⁴⁶⁰ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 268; Postacıoğlu/Altay, s. 788.

⁴⁶¹ Muşul, s. 1098; Özbay, Kişisel İlişki.

⁴⁶² Kuru, Nizasız Kaza, s. 178.

⁴⁶³ Muşul, s. 1098; Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 329. *“Velayetin anneye bırakıldığına dair olan ilam, çocuk teslimini de içerir... Ancak HUMK'nun 443/4 maddesi hükmüne göre de, bu tür ilamlar kesinleşmeden icraya konulamazlar. Takibe konu edilen mahkeme hükmü bir tedbir kararı olmayıp, ilama bağlandığından mahkemece şikâyetin kabulü ile takibin iptaline karar verilmesi gerekirken...”* (12. HD, 15.03.2010, E.2009/24353, K. 2010/5953: SMİP); *“Boşanma ilamının henüz kesinleşmediği uyuşmazlık konusu değildir. Boşanma kararının eklentisi durumunda olan ve bu karara sıkı sıkıya bağlı bulunan çocukla şahsi münasebet tesisine ilişkin kararların da kesinleşmeden infazı mümkün değildir.”* (12. HD, 10.04.1995, E. 1995/5316, K. 1995/5286: SMİP).

olarak velayet veya kişisel ilişkiye karar verilmiş olabilir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere bu tip kararlar nihai karar niteliğinde olmadığından, ilamlı icranın dışında kalmaktadır⁴⁶⁴. Ayrıca belirtmek gerekir ki söz konusu kararlarda yargılama giderlerinin karşı taraftan tahsili için de kesinleşmenin beklenmesi zorunludur⁴⁶⁵.

3. Kararın Zamanaşımına Uğramaması

Türk Borçlar Kanunu'nun 156. maddesinin ikinci fıkrasında borcun mahkeme kararına bağlanması halinde zamanaşımı süresinin on yıl olacağı düzenlenmiş; *“ilama müstenit takip, son muamele üzerinden on sene geçmekle zamanaşımına uğrar”* şeklinde ifade edilen İİK'nın 39. maddesinin birinci fıkrasıyla da genel bir kural olarak ilamlı icra takipleri bakımından on yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Öte yandan TBK'nın 154. maddesinde dava açılması veya icra takibi başlatılmasının zamanaşımını keseceği, aynı Kanun'un 157. maddesinde yargılama veya takibe ilişkin her işlemle zamanaşımı süresinin kesilip yeniden işlemeye başlayacağı hükme bağlanmıştır. Anılan düzenlemeler karşısında, bir ilamın icra edilebilmesi için on yıllık sürenin geçmemiş olması, yani ilam tarihiyle ilamın icraya konduğu takip talebi arasında on yıldan daha az bir sürenin bulunması gerekir⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ Üstündağ, s. 356.

⁴⁶⁵ Kuru, El Kitabı, s. 924; Muşul, s. 1098; Tanrıver, İlamlı İcra, s. 158; Pekcanıtez/Simil, s. 195; Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 311; Özbek, s. 761; Özbay, Kişisel İlişki.

⁴⁶⁶ Kuru, El Kitabı, s. 910; Yılmaz, İİK Şerhi, s. 191; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 381; Sarı, Mehmet: Takip Hukukunda Zamanaşımı, 5. B., Ankara 2016, s. 77. Daha kısa zamanaşımı süresi öngörülen borcun hükümle tespit edilmesi halinde TBK'nın 156. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca zamanaşımı on yıla çıkar (Kuru, C. III, s. 3174; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, Usul, s. 477; Kuru, Usul, s. 473; Tanrıver, Usul, s. 996).

İİK'nın 39. maddesindeki “*son muamele*” ifadesinden son yapılan icra takip işleminin anlaşılması gerekir⁴⁶⁷. İcra takip işlemleri, icra organları tarafından borçlu aleyhine gerçekleştirilen ve takibin alacaklı yararına devamına yönelmiş durumda bulunan işlemler olarak tanımlanmaktadır⁴⁶⁸. Takip talebinde bulunmak teknik anlamda bir icra takip işlemi değilse de TBK'da zamanaşımını kesen bir sebep olarak kabul edildiğinden, alacaklının takip talebinde bulunmasıyla on yıllık süre kesilip yeniden işlemeye başlar⁴⁶⁹.

İlamların on yıl içinde zamanaşımına uğraması kuralı bütün ilamlar için geçerli olmayıp; kişi, aile ve taşınmazın mülkiyetin ilişkin ilamlar zamanaşımına uğramaz⁴⁷⁰. Bu nedenle, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamlar da zamanaşımı süresine bağlı olmaksızın icra edilebilir⁴⁷¹. Bunun en önemli sonucu ise zamanaşımı nedeniyle icranın geri bırakılmasının talep edilememesidir⁴⁷².

⁴⁶⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 107; Muşul, s. 153; Muşul, Timuçin: İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet, Ankara 2014, s. 63. TBK'da zamanaşımının kesilmesi bağlamında icra takip işlemi ve taraf takip işlemi arasında bir ayrım yapılmadığı, bu nedenle taraf takip işlemlerinin de zamanaşımını keseceği yönündeki görüş için bkz. Özkes, Muhammet: İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 262-263.

⁴⁶⁸ Boran Güneysu, Nilüfer: İcra Takip İşlemleri, TBBD, S. 101, 2012, (s. 31-60), s. 36; Kuru, El Kitabı, s. 148; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 107; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 5; Muşul, Şikâyet s. 62; Pekcanitez, Hakan/Erişir, Evrim: 6352 sayılı Sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman İtibariyle Uygulanması, (İBD, 2012/86/6, s. 17-39), s. 24. Doktrinde bir görüşe göre icra takip işleminin bir unsuru da borçlunun şikâyet etmemesi durumunda borçlu aleyhine kesin bir nitelik kazanmasıdır (Postacioğlu/Altay, s. 300).

⁴⁶⁹ Postacioğlu/Altay, s. 300; Sarı, M., s. 46. Taraf takip işlemi TBK'da sayılan alacaklı ve borçlunun fiillerinden dolayı zamanaşımın kesen sebeplerden biri kapsamındaysa zamanaşımını keser (Boran Güneysu, İcra Takip İşlemleri, s. 54).

⁴⁷⁰ Kuru, El Kitabı, s. 911; Üstündağ, s. 366; Yılmaz, İİK Şerhi, s. 217; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 381; Karşlı, s. 418; Sarı, M., s. 79; Sert, s. 95; Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, s. 749.

⁴⁷¹ Özbay, Kişisel İlişki; Güven, s. 117.

⁴⁷² Özbay, Kişisel İlişki; Belgin, s. 50.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamlar zamanaşımı yönünden bir süreye bağlı değilse de, bu ilamların çocuğun ergin olmasına kadar icra edilebileceği ifade edilmiştir⁴⁷³. Çocuğun 18 yaşın ikmali, evlenme veya mahkeme kararı yollarından herhangi biriyle ergin olması halinde velayet durumu da sona erer. Ergin olan bireyin kiminle yaşayacağı veya kiminle kişisel ilişki kuracağı konusunda hukuki bir zorlama söz konusu olamaz⁴⁷⁴. Öte yandan, kısıtlanan ergin çocukların vesayet altına alınmayıp anne ve babalarının velayeti altında bırakılmaları halinde, teslim edilmeleri veya kişisel ilişki kurulmasına dair ilamlar da İİK'nın 25 ve 25/a hükümlerine göre icra edilir⁴⁷⁵. Bu nedenle söz konusu ilamların çocuğun ergin olmasına kadar icra edilebileceği söylenemez, zira çocuk zaten ergin olmakla birlikte, istisnai durumlar nedeniyle velayet altında kalmaya devam etmektedir. O halde kanaatimizce bu tip ilamların kısıtlanmış ergin çocuk üzerindeki velayet kaldırılana kadar icra edilebileceğini kabul etmek gerekir⁴⁷⁶.

4. Kararın Şüpheyi Yer Vermemesi

Mahkeme kararlarının devletin yargı erkinin somutlaşmış hali olması ve hukuk uygulamasının doğrudan kararlarla yürütülmesi nedeniyle, şeklen nasıl özellikler göstermesi gerektiği ve özellikle içeriğinde hangi hususların bulunmasının zorunlu olduğu gerek Kanun'da gerekse yargı uygulamasında önemsenmiştir⁴⁷⁷. HMK'nın 297. maddesinin birinci fıkrasında yer alması gereken unsurlar sayılmış, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise *“hükümün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar*

⁴⁷³ **Kuru**, El Kitabı, s. 982; **Uyar**, İlamlı Takipler, s. 261. İlamların icra kabiliyetinin çocuğun ergin olmasıyla değil, 18 yaşını tamamlamasıyla sona ereceğine ilişkin görüş için bkz. **Özbay**, Kişisel İlişki; **Sert**, s. 128.

⁴⁷⁴ **Belgin**, s. 51.

⁴⁷⁵ Bkz. yuk. s. 8.

⁴⁷⁶ Aynı yönde bkz. **Özbay**, Kişisel İlişki; **Belgin**, s. 51; **Güven**, s. 119.

⁴⁷⁷ **Boran Güneysu**, s. 194.

edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerektiği” hükme bağlanmıştır. Yargıtay da hükmün içeriğinin önemini çeşitli kararlarında açıklamıştır⁴⁷⁸.

Mahkeme kararları gerek Anayasa’nın 141. maddesinin üçüncü fıkrası gerekse HMK’nın 27. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca gerekçeli olmak zorundadır. Gerekçe hükmün en önemli unsurlarından birisi olup, mahkemenin tespit ettiği maddi vakıalar ile hüküm sonucunu birbirine bağlama işlevi görür⁴⁷⁹. Öte yandan mahkeme kararlarının gerekçeli olması; tarafların iddia ve savunmalarının hangilerinin hükme esas alındığının ve hangilerinin diğerine nazaran üstün tutulduğunun anlaşılmasını sağlaması itibarıyla hukuki dinlenilme hakkının ve adil yargılanma hakkının da bir unsurudur⁴⁸⁰. Mahkemenin tarafların hukuki dinlenilme hakkına riayet edip etmediği ancak gerekçeden anlaşılır⁴⁸¹. Aynı zamanda gerekçe, keyfiliği engellediğinden hukuk devletinin bir sonucu olarak hukuki güvenliği sağlayan, yargı organlarının bağımsız ve tarafsızlığının somut göstergesi olan ve tarafların yargılamanın özneleri olarak dikkate alınmak suretiyle insan onurunu koruyan bir unsurdur⁴⁸².

Hükmün gerekçesi bu çerçevede çok önemli bir unsur olmakla birlikte, hükmün esasını ve özünü hüküm sonucu (hüküm fıkrası/kısa karar) oluşturur. Hüküm sonucu,

⁴⁷⁸ “Söz konusu düzenlemeler, yargıda netlik ve açıklık ilkesine uygun olarak kamu düzeni ve barışının sağlanmasını amaçlamaktadır.” (10. HD, 07.02.2013, E. 2012/1424, K. 2013/1461: SMİP).

⁴⁷⁹ **Kuru**, C. III, s. 3052; **Yılmaz**, HMK Şerhi, s. 2901; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyaz**, Usul, s. 474; **Kuru**, Usul, s. 459.

⁴⁸⁰ **Kuru**, C. III, s. 3052; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyaz**, Usul, s. 475; **Atalı**, Pekcanitez Usul, s. 1985; **Tanrıver**, Usul, s. 392, 992; **Kuru**, Usul, s. 460; **Yılmaz**, HMK Şerhi, s. 2907; **Budak/Karaaslan**, s. 269.

⁴⁸¹ **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s. 171.

⁴⁸² **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s. 170-174.

tarafların taleplerine mahkemenin verdiği cevap niteliği taşıır⁴⁸³ ve somut talep hakkında mahkemenin nihai kanaatini anlatır⁴⁸⁴. Hüküm sonucunda tarafların bütün taleplerinin olumlu veya olumsuz olarak bir sonuca bağlanması zorunludur. Taraflardan birinin herhangi bir talebi hakkında karar verilmemiş olması o talebin zımnen reddedildiği anlamına gelmez⁴⁸⁵. Maddi anlamda kesin hükmün etkisi, gerekçe ile hüküm sonucunun iç içe geçmesi istisnası dışında sadece hüküm sonucuyla sınırlıdır⁴⁸⁶. HMK'nın 298. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca gerekçeli karar kısa karara aykırı biçimde oluşturulamaz⁴⁸⁷. Zira mahkeme kararı usulüne uygun olarak tefhim edildiği andan

⁴⁸³ **Kuru**, C. III, s. 3059; **Tanriver**, Usul, s. 992; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, Usul, s. 475; **Kuru**, Usul, s. 462; **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s. 173; **Boran Güneysu**, s. 227.

⁴⁸⁴ **Atalı**, Pekcanitez Usul, s. 1988.

⁴⁸⁵ **Kuru**, C. III, s. 3114; **Üstündağ**, s. 808; **Tanriver**, Usul, s. 993; **Yılmaz**, HMK Şerhi, s. 2917; **Kuru**, Usul, s. 467.

⁴⁸⁶ **Kuru**, C. V, s. 5051; **Kuru**, Usul, s. 772; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, Usul, s. 691-692; **Tanriver**, .Usul, s. 993.

⁴⁸⁷ “Mahkemece, kısa kararda velayetinin değiştirilmesine karar verilen ortak çocuk 24.09.2007 doğumlu ile davalı-davacı baba arasında kişisel ilişki kurulmasına karar verilmiş, gerekçeli kararın hüküm bölümünde ise baba ve çocuk arasında kişisel ilişki konusunda her hangi bir düzenleme yapılmamış, davacı- karşı davalı annenin 28.06.2016 tarihli tavzih dilekçesi üzerine 19.09.2016 tarihli kararla çocukla kişisel ilişki konusunda tavzih kararı verilmiş, hüküm her iki davaya ve tavzih kararına yönelik olarak davalı-davacı tarafından temyiz edilmiştir. Tavzih (HMK m. 305) yeterince açık olmayan veya icrasında tereddüt uyandıran yahut birbirine aykırı fıkralar ihtiva eden hükümlerin açıklanması, tereddüt veya aykırılığın giderilmesi için kararı veren mahkemeye tanınan bir yoldur. Hükümde unutulmuş veya gösterilmemiş bir hususun tavzih yoluyla hükme ilave edilmesi mümkün değildir. Taraflara tanınan haklar, yüklenen borçlar tavzih yoluyla sınırlandırılmaz, genişletilemez. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 294/3. maddesi uyarınca, hükmün tefhimi, her halde hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur. Gerekçeli karar, tefhim edilen hüküm sonucuna aykırı olamaz (HMK m.298/2). Buna göre, tefhim edilen hüküm sonucu yanlış da olsa, gerekçeli kararın, tefhim edilen hüküm sonucuna uygun düzenlenmesi gerekmektedir. Yanlışlık ancak temyiz/kanun yoluna başvurulması ve kararın bozulması halinde düzeltilebilir. Tefhim edilen ve duruşma tutanağına geçirilen hüküm sonucu ile gerekçeli karar arasındaki aykırılık diğer yönler incelenmeden tek başına bozma sebebi olur. Bu aykırılıklar tavzih yoluyla da giderilemez. O halde mahkemece yapılacak iş, 10.04.1992 tarihli 7/4 sayılı içtihadı birleştirme kararı gözetilerek yeniden karar oluşturmaktan ibarettir.” (12. HD, 14.03.2017, 2016/25512, K. 2017/2777: **SMİP**). Anılan kararda atıf yapılan ve kısa kararla gerekçeli kararın çelişik olmasının bozma nedeni oluşturacağına, bozmadan sonra yerel mahkemenin önceki kısa kararla bağlı olmaksızın çelişkiyi gidermek kaydıyla

itibaren hukuk dünyasında varlık kazanır⁴⁸⁸. Bu andan itibaren hükmün değiştirilmesi ancak kanun yollarına başvuruyla mümkün hale gelebilir⁴⁸⁹. Hükümde açık yazı ve hesap hataları bulunuyorsa bunlar tashih yoluyla giderilebilir, hüküm yeterince açık değilse tavzih edilebilir; ancak her iki yol da hükmün değiştirilmesi anlamına gelmez (HMK'nın 304 ve 305. maddeleri).

Yukarıda belirtildiği üzere hüküm sonucu açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak biçimde olmak zorundadır⁴⁹⁰. Eda hükümleri bakımından hükmün icra edilecek kısmı da hüküm sonucudur⁴⁹¹. Ancak kısa karara dayanılarak ilamlı icra takibi başlatılamaz⁴⁹². Hüküm sonucunun açık ve net olması hükmün icrasının sorunsuz yürütülmesi bakımından büyük önem taşır⁴⁹³. Hükümün infaz kabiliyetine sahip olması, yani icraya elverişli olması da anılan kural içerisinde değerlendirilebilir⁴⁹⁴. Velayet düzenlemesine ilişkin kararlar, aynı zamanda çocuğun, velayetinin bırakıldığı kişiye teslimini de

vicdani kanaatine göre karar verebileceğine ilişkin içtihadı birleştirme kararı hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. **Karlı, Abdürrahim**: Kısa Kararla Gerekçeli Karar Arasındaki Çelişki ve Bunun Çözümü, (YHİMD 1998/17/4, s. 463-474), s. 464; **Umar**, s. 861-864.

⁴⁸⁸ **Karlı**, Kısa Karar, s. 468.

⁴⁸⁹ **Kuru**, C. III, s. 3164; **Karlı**, Kısa Karar, s. 469.

⁴⁹⁰ “Somut olayda; mahkemece, hüküm fıkrasının (2) nolu bendinde; ‘... İcra Müdürlüğü’nün 2012/409 Esas sayılı dosyasında dosya kapak hesabı olarak bilirkişi ...’nin 23/05/2016 tarihli raporunun esas alınmasına’ şeklinde karar verildiği, ancak takip borçlusunun borçlu olup olmadığı, şayet borçlu ise borç miktarının ne kadar olduğu açıkça belirtilmediği, bu hali ile hüküm fıkrasının infazda tereddütlere yol açacak şekilde oluşturulduğu, başka bir anlatımla, yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde ve yasanın öngördüğü anlamda oluşturulmuş bir hüküm bulunmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, şikâyetçi borçlunun dilekçesindeki istemleri dikkate alınarak, infazda tereddüt oluşturmayacak şekilde açık ve anlaşılır bir biçimde ve yasanın aradığı nitelikleri haiz bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” (12. HD, 17.04.2017, E. 2016/30988, K. 2017/5798: **SMİP**).

⁴⁹¹ **Tanrıver**, Usul, s. 993; **Atalı**, Pekcanitez Usul, s. 1988; **Uyar**, Takibin İptali, s. 483.

⁴⁹² **Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 313.

⁴⁹³ **Kuru**, Usul, s. 463; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, Usul, s. 475.

⁴⁹⁴ **Kuru**, C. III, s. 3060; **Yılmaz**, HMK Şerhi, s. 2915.

içereceğinden⁴⁹⁵, çocuk teslimine dair ilamların icrasında söz konusu kural bağlamında genel olarak bir sorunla karşılaşılmayacağı söylenebilir⁴⁹⁶.

Hükmün icra aşamasında tereddüt uyandırmayacak şekilde oluşturulması, özellikle kişisel ilişki kurulmasına dair ilamlar bakımından önemlidir. Kişisel ilişkinin, fiilen yerine getirilmesinin imkânsız olacağı ya da icrasında tereddüt oluşabileceği şekilde tesis edilmemesi gerekir⁴⁹⁷. Daha somut bir ifadeyle, mahkemece kişisel ilişki

⁴⁹⁵ **Belgesay**, s. 208; **Kuru**, El Kitabı, s. 979. Bu konuda ayrıca bkz. (12. HD, 15.03.2010, E. 2009/24353, K. 2010/5953: **SMİP**).

⁴⁹⁶ Bununla birlikte, özellikle yargılama sırasında geçici önlem olarak velayetin tevdi kararlarının sonradan değiştirilmesi yahut etkisiz kalması hallerinde, hükümde bu hususun ayrıca belirtilmemesi karışıklığa yol açmaktadır. Bu konudaki örnek bir karar şu şekildedir: “*Elazığ 2. Aile Mahkemesi'nin 22.02.2010 tarih ve ... Esas, ... sayılı kararıyla şikâyetçinin açmış olduğu boşanma davasının feragat nedeni ile reddine karar verilmiş ve bu karar 30.03.2010 tarihinde kesinleşmiştir. Şikâyetçi icra memurluğunun tarafların müşterek çocuklarının anneye teslimine dair 30.06.2010 tarihli kararını şikâyet sonucunda, icra mahkemesince ‘ayrılık hali gerçekleştiğinden çocuğun anneye ve babaya bırakılacağı konusu aile mahkemesince çözümlenmesi gerekir’ gerekçesini belirttiği halde kararın sonuç bölümünde gerekçeyle çelişecek şekilde, mahkemece velayetin kaldırıldığına dair bir karar alınmadığından icra müdürünün mahkeme ara kararının yerine getirilmesinin yerinde olduğu gerekçesi ile şikâyetin reddine karar verilmiştir. TMK'nun 336/2. maddesinde; ‘ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hakim velayeti eşlerden birine verebileceği’ düzenlenmiştir. Somut olayda boşanma davası feragatle sonuçlanmış olduğundan boşanma davası sırasında verilen velayetin tevdiyle ilgili 28.01.2010 tarihli ara kararının sonuçları da ortadan kalkmıştır. Bu durumda velayetin tevdiini isteyen annenin TMK'nun 336/2. maddesi gereğince aile mahkemesinden karar alması gerekecektir. Mahkemece ara kararının da kalkmış olduğu gözetilerek şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde reddine karar verilmesi doğru olmadığından kararın bozulması gerekmektedir.*” (12. HD, 19.04.2011, E. 2010/25375, K. 2011/6869: **SMİP**).

⁴⁹⁷ **Baygın**, s. 114; **Öztan**, s. 1035; **Serdar**, Kişisel İlişki, s. 762-763; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 335; **Özbay**, Kişisel İlişki; **Özbay**, Öneriler, s. 87.

kurulurken; kişisel ilişkinin başlangıç ve bitiş günleri⁴⁹⁸, saatleri⁴⁹⁹, biçimi⁵⁰⁰, hangi aralıklarla tekrar edileceği⁵⁰¹ gibi hususlar mutlaka belirlenmeli ve kişisel ilişki, yerine getirilmesi mümkün ve açık⁵⁰² bir şekilde tesis edilmelidir. Hükümün açık ve anlaşılır

⁴⁹⁸ “Mahkemece okul yarıyıl tatilinde kişisel ilişkinin başlangıç ve sona erme günlerinin kararda belirtilmemesi de hükmün infazında tereddüt oluşturur. O halde, daha kısa sürelerle ve infaza elverişli kişisel ilişki tesisi gerekirken...” (2. HD, 14.06.2016, E. 2016/11823, K. 2016/11701: **SMİP**); “Kişisel ilişkinin infazda tereddüt yaratmayacak şekilde kurulması gerekir. (HUMK. md. 388) Kararda küçüğün babasıyla kişisel ilişkisinin hangi cumartesi olduğunun açıklanmaması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” (2. HD, 25.01.2005, E. 2004/15014, K. 2005/715: **SMİP**).

⁴⁹⁹ “Velayet hakları davalı anneye verilen müşterek çocuklarla davacı baba arasında kurulan kişisel ilişkinin başlangıç ve bitiş saatlerinin gösterilmemesi infazda tereddüt yaratacak olup bozmayı gerektirmiştir.” (2. HD, 18.03.2003, E. 2002/21398, K. 2003/7200: **SMİP**).

⁵⁰⁰ “Mahkemece, velayetleri anneye bırakılan çocuklarla babanın kişisel ilişkisinin ‘annenin can güvenliğinin tehlikede olduğu’ gerekçesiyle Resmî yollarla sağlanmasına karar verilmiş, Resmî yollarla kişisel ilişki tesisinin ne şekilde yerine getireceği, diğer bir ifade ile infaz şekli kararda gösterilmemiştir. Velayet kendisine bırakılan davacının adresi kararda gösterilmediğine, hayati tehlikesinin önlenmesi bakımından mahkeme kasasında gizli tutulduğuna göre, kişisel ilişki resmî yolla nasıl infaz edilecektir? Kendisine kişisel ilişki hakkı tanınan davalının, bu hakkını ‘çocuk teslimine’ ilişkin ilamların icrasına (İc. İf. K. md. 25/a ve 25/b) göre infaz ettiremeyeceğine göre, kolluk birimlerine mi başvuracağı yoksa kişisel ilişki için, kararı veren mahkemeye mi müracaat edeceği belirsiz olduğu gibi, Resmî yollarla kast olunanın kolluk birimleri olduğu kabul edilse bile, hangi yer kolluk biriminin görevli ve yetkili olacağı da belirsizdir. Bu haliyle ‘resmî yollarla tesisine’ karar verilen kişisel ilişkinin infazı mümkün değildir. Hâkim, infaza elverişli hüküm kurmak mecburiyetindedir. Kişisel ilişki için çocuğu teslim etmemeye veya bu amaçla teslim alındığında, kişisel ilişki süresi sonunda çocukları velayet sahibine geri vermemeye hukuki ve ceza sonuçları bağlandığına göre, tarafların bu husustaki hak ve yükümlülüklerini açık, şüphe ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde bilmeleri gerekir. Bu gereklilik ise, infaza elverişli hüküm tesisini zorunlu kılar. Bu bakımdan kişisel ilişkinin infaz şeklinin karar yerinde gösterilmemesi doğru olmamıştır.” (2. HD, 24.3.2013, E. 2013/7621, K. 2013/11312: **SMİP**).

⁵⁰¹ “15 günde bir Cumartesi günü sabah saat 09.00’dan Pazar akşamı saat 18.00’e kadar baba ile çocuk arasında şahsi ilişki tesisi infazda güçlük yaratacak niteliktedir. İnfazda tereddüt doğmaması için (15 günde bir) ibaresinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu nedenle her ayın 1. ve 3. ya da 2. ve 4. hafta sonları gibi karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.” (2. HD, 23.11.2006, E. 2006/15015, K. 2006/16209: **KİBB**).

⁵⁰² “Hâkim kişisel ilişkinin süresini, yerini, zamanını infazda güçlük yaratmayacak ve hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde düzenlemelidir. Bu esaslar dikkate alınmadan, velayeti davacı-davalı anneye verilen müşterek çocuklar ile baba arasında dini bayramlar yönünden dönüşümlü olarak kurulan kişisel ilişki infazda tereddüt yaratacak nitelikte olup; doğru bulunmamıştır.” (2. HD, 17.05.2012, E. 2012/9424, K. 2012/13469: **SMİP**).

biçimde kurulmamış olması nedeniyle icraya elverişli olmaması halinde icra müdürünün hatta şikâyet üzerine icra mahkemesinin yorumlama, açıklama ya da tamamlama gibi bir yetkisi bulunmamaktadır⁵⁰³. Hükümde anlaşılmayan hususlar, hükmü veren mahkemeden tavzih talebinde bulunulmasıyla açıklattırılabilir. Bu kapsamda, şikâyet yoluyla önüne gelen dosyada icra mahkemesinin taraflara tavzih talebinde bulunmaları için süre vererek, bu süre içinde icranın geçici olarak durdurulmasına yönelik bir tedbir kararı vermesinin uygun olacağı kabul edilmektedir⁵⁰⁴. İcra mahkemesinin icra emrinin ilama aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan şikâyet başvurusu üzerine kararı yorumlayıp kişisel ilişkinin ne şekilde kurulacağına karar veremeyeceği; ancak, örneğin ilamda saat 12.00’de başlayacak olmasına karar verilen kişisel ilişkinin saat 14.00’te başlayacağı şeklinde icra emri gönderilmişse, ilama uygun olarak düzenlenmesine karar verebileceği belirtilmektedir⁵⁰⁵.

⁵⁰³ **Pekcanitez/Simil**, s. 187; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 273; **Muşul**, s. 1076.

“Mahkemece, boşanma davası sırasında verilen tedbir ara kararıyla, baba ile çocukların ayrı yerde yaşamaları halinde de şahsi münasebetlerinin tesis edildiği ve ilamın henüz kesinleşmediği, bu nedenle tedbir kararı hükmün kesinleşmesine kadar geçerli olduğundan icra emrindeki istemde herhangi bir usulsüzlük bulunmadığı gerekçesiyle şikâyetin reddine karar verilmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nun 08.10.1997 tarih ve 1997/12-517 Esas, 1997/776 Karar sayılı kararında vurgulandığı üzere; ‘İlamların infaz edilecek kısmı hüküm bölümüdür. Diğer bir anlatımla, hükmün içeriğinin aynen infazı zorunludur. O nedenle sınırlı yetkili icra mahkemesince ilamın infaz edilecek kısmı yorum yoluyla belirlenemez.’ Somut olayda, ilama dayalı olarak takip başlatıldığı ve dayanak ilamda tarafların ayrı yerde (şehirde) yaşamaları halinde şahsi münasebet tesisi düzenlenmediği halde, ilamda bulunmayan bu edimin de infazı talebini içerir şekilde icra emrinin düzenlendiği görülmektedir. Bu durumda, mahkemece ilamın aynen infaz edileceği yorum yolu ile infaz edilemeyeceği ve ilama aykırı düzenlenen icra emrine karşı şikâyetin her zaman ileri sürülebileceği nazara alınarak, borçlu isteminin kabulü ile icra emrinin kısmen iptaline karar verilmesi yerine ilamlı takibe konu edilemeyecek tedbir ara kararından da bahisle istemin reddi yönünde hüküm kurulması isabetsizdir.” (8. HD, 14.01.2013, E. 2012/12810, K. 2013/78: **KİBB**). Benzer yönde kararlar için bkz. 12. HD, 06.06.2013, E. 2013/12197, K. 2013/21184; 12. HD, 20.10.2011, E. 2011/3720, K. 2011/19630; 12. HD 12.04.2010, E. 2009/26269, K. 2010/8801: **SMİP**. Ayrıca bkz. 12. HD, 15.06.2006, E. 2006/10187, K. 2006/12876: **KİBB**.

⁵⁰⁴ **Pekcanitez/Simil**, s. 188; **Uyar**, İlamlı Takipler, s. 259; **Aydınlyım**, s. 276.

⁵⁰⁵ **Özbay**, Kişisel İlişki; **Belgin**, s. 84. Bkz. aşı. s. 143.

5. Kararın Şarta Bağlı Olmaması

Şarta bağlı hüküm kavramı, “*mahkemece bir hakkın varlığının ya da varlığı tanınan bir hakkın sona ermesinin geleceğe ait ve gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli bir olayın varlığına bağlanması*” olarak tanımlanmıştır⁵⁰⁶. HMK’da hüküm sonucun açık, net ve tereddüt oluşturmayacak şekilde yazılması gerektiği düzenlenmişken, şarta bağlı hüküm verilmeyeceği hakkında herhangi bir kural öngörülüş değildir. Bu nedenle şarta bağlı hüküm verilip verilmeyeceği konusu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre şarta bağlı dava açılabilmesi kuralının bir uzantısı olarak şarta bağlı hüküm de verilemez; zira bir hükmün şarta bağlanması hükmün açık ve şüphe uyandırmayacak biçimde olması kuralına aykırı olduğu gibi, açık olmadığı için gerek maddi anlamda kesin hüküm gerekse cebrî icra bağlamında sorunlar meydana getirebilir⁵⁰⁷. İcra müdürünün şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol etmesi mümkün olmadığı gibi böyle bir görevi de yoktur⁵⁰⁸. Aksi yöndeki görüş ise Kanun’da şarta bağlı hüküm verilmesine engel bir hüküm bulunmadığını, aksine İİK’nın 24. maddesinde yer alan teslimi hükmolunan taşınırın borçlunun yedinde bulunmaması halinde ilamda belirtilen değerinin alınacağına ilişkin kuralın şarta bağlı hükmün yasal dayanağı olabileceği ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, davacının kendi edimini ifa etmediği ve ifasını karşı tarafa teklif etmediği durumlarda, ödemezlik definin ileri sürülmesi halinde, mahkemenin her iki tarafın da aynı anda ifaya mahkum edilmesine karar verebileceği, hükümde iki edimin de açıkça yazılması halinde hükmün net ve tereddüt uyandırmayacak şekilde verilmesi kuralının ihlal edilmiş olmayacağını savunmaktadır⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ Tanrıver, s. 986; Boran Güneysu, s. 118.

⁵⁰⁷ Kuru, C. III, s. 3073; Tanrıver, s. 991; Üstündağ, Usul, s. 804; Yılmaz, HMK Şerhi, s. 2917.

⁵⁰⁸ Umar, s. 856.

⁵⁰⁹ Atalı, Pekcanitez Usul, s. 1978-1979; Boran Güneysu, s. 128-129.

Çalışma konumuzdan uzaklaşmamak adına bu görüşler detaylıca incelenmeyecekse de konumuzla ilgili olarak şunlar söylenebilir: Doktrinde şarta bağlı hüküm verilebileceğini savunan görüşe göre söz konusu durum tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ödemezlik definin ileri sürülmesi durumunda somutlaşmaktadır. Genel kural olarak şarta bağlı hüküm verilebileceği kabul edilse dahi bu kabul anılan sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar için geçerlidir. Oysa çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hükümler aile hukukundan kaynaklanır ve bahsedilen sözleşme tipiyle hiçbir şekilde ilişkilendirilemez. O halde çalışma konumuzu oluşturan hükümlerin şarta bağlı olarak verilemeyeceği söylenebilir. Öte yandan, çocuğun korunması kamu düzenine ilişkin bir mesele olduğundan ve çocuğun yararının tehlikeye girdiği durumlarda, çocuğun korunmasına yönelik olarak çocuk teslimi veya kişisel ilişki kurulması/kaldırılması kararlarının verilebileceği düşünüldüğünde, hükmün şarta bağlanması ihtiyacı doğmaz. Söz konusu kararların şarta bağlı hüküm niteliği olsa olsa, çocuğun belli bir yaşı ikmal etmesi ve aynı/farklı şehir veya ülkelerde yaşama gibi koşullara dayanılarak kişisel ilişki hakkında hüküm kurulması hallerinde görülür. Nitekim Yargıtay da bu şekilde verilen kararları bozmaktadır⁵¹⁰. Kanaatimizce çocukla

⁵¹⁰ “Müşterek çocuk 10.07.2013 doğumludur. Mahkemece davalı baba ile çocuk arasında ‘aynı yerde oturmaları halinde her ayın 1. ve 3. haftaları cumartesi ve pazar günleri ile dini bayramların 2. ve 3. günleri sabah saat 09:00’den ertesi gün akşam saat 17:00’ye kadar; her yıl 1 Temmuz günü sabah saat 09:00’den 31 Temmuz günü saat 17:00’a kadar, farklı yerde oturmaları halinde her yıl 1 Temmuz günü sabah saat 09:00’den 31 Temmuz günü saat 17:00’a kadar’ kişisel ilişki kurulmuştur. Velayeti anneye verilen müşterek çocuk halen anne bakım ve şefkatine muhtaç olması nedeniyle, uzun süreli olarak anne yanından ayrılması çocuğun bedeni ve fikri gelişmesine engel olacağı gibi, davacı annenin velayet görevini gereği gibi yerine getirmesine de engel olacaktır. Kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararların değişen şartlara göre her zaman değiştirilmesi mümkündür. Baba ile müşterek çocuk Haktan arasında daha kısa süreli şekilde kişisel ilişki düzenlenmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmadığı gibi tarafların aynı il sınırları içerisinde ikamet ettikleri ve günümüz ulaşım koşulları dikkate alındığında kişisel ilişki tesis edilirken aynı yer-farklı yer ayrımı yapılması da doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.” (2. HD, 14.01.2016, E. 2015/8979, K. 2016/588: **SMİP**); “Davacı baba boşanma davası sırasındaki koşulların aleyhine olacak şekilde değiştiğini ve ayrıca küçük ile daha sağlıklı bir ilişkilerinin olması gerektiği bu nedenle kişisel ilişkinin genişletilerek yeniden düzenlenmesini talep

ilgili meselelerin yukarıda açıklanan niteliğinin yanında, şarta bağlı hüküm kurulamaması kuralı nedeniyle de şarta bağlanarak verilmemesi gerekir.

B. İlamlı İcraya Başvuru Bakımından Genel Özellikler

Her icra takibi gibi çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamlar da icra dairesinde yapılan takip talebiyle başlar. Söz konusu ilamların icrasının kendine özgü özellikleri olsa da, gerek tüm takip yolları gerekse münferit ilamlı icra takipleri için ortak hükümler öngörülmüştür. Bu başlık altında çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların, ilamlı icra bakımından genel özellikleri incelenmiştir.

1. Takibin Tarafları

Genel olarak ilamlı icra takibinde, icra edilmek istenen ilamda lehine çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulması kararı verilen taraf alacaklı, hüküm gereğince buna katlanmak zorunda olan taraf borçlu konumda yer alır. Bir başka ifadeyle, ilamın alındığı davanın ya da talebin tarafları dışında bir üçüncü kişi ilamlı icra takibinde alacaklı veya borçlu sıfatıyla yer alamaz; lehine hüküm verilmemiş olan kişi ilamlı icra takibi başlatamaz⁵¹¹.

etmiştir. Mahkemece ortak çocuk ile davacı babası arasında kişisel ilişkinin yeniden düzenlemesine karar verilmiş, kişisel ilişki kurulurken çocuğun 4 ve 6 yaşını doldurmadan öncesi ve sonrası ayrı ayrı düzenlenerek, kademeli bir kişisel ilişki düzenlemesi yapılmıştır. Değişen koşullara göre, çocuğun yaşı, eğitim ve sağlık durumları gözetilerek kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi ileriki yıllarda her zaman istenebilir. Kişisel ilişki kurulmasına yönelik hüküm kurulurken, gelecek yıllardaki koşullar önceden bilinemeyeceğinden, şimdiden ortak çocuk ile davacı baba arasında kademeli bir şekilde kişisel ilişki düzenlenmiş olması isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.” (2. HD, 06.03.2017, E. 2017/50, K. 2017/2379: SMİP). Aynı yönde bir karar için bkz. 2. HD, 12.12.2016, E. 2016/21958, K. 2016/15856: SMİP. Ayrıca bkz. yuk. s. 82-83.

⁵¹¹ Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 312; Uyar, İlamlı Takipler, s. 133, 136.

Çocuk teslimine dair ilamların icrasında taraflar ilamın kaynağına bağlı olarak değişir. Buna göre; çocuğun velayetinin kendisine bırakıldığı anne veya baba, velayetin kaldırılarak çocuğa vasi atanmasına ve çocuğun vasiye teslimine karar verilmişse vasi, çocuğun biyolojik anne ve babasının rızasıyla kurulan evlat edinme ilişkisinde evlat edinen, evlat edinme ilişkisinin kaldırılması ve çocuğun tekrar biyolojik anne ve babanın velayeti altına veya vesayet altına alınmasında, tekrar veli olan anne baba veya vasi, ilamlı icra takibinde alacaklı konumunda olabilir. Benzer şekilde, velayetin kaldırılması koşullarının ortadan kalkması nedeniyle çocuğun tekrar velayet altına alınması halinde de velayeti tekrar kazanan anne ve babanın da alacaklı tarafta yer alması mümkündür. Borçlu taraf ise, çocuğu teslim etmekle yükümlü olan kişi olup, bu kişi ilamın kaynağına göre; velayeti kendisine bırakılmayan eş, evlat edinmede biyolojik anne ve baba, evlat edinmenin kaldırılarak çocuğun velayet ya da vesayet altına alınmasında evlat edinen, vesayete son verilerek tekrar velayet altına alınmasında vasi olabilir. Çocuğun velayet kaldırılarak bir kurum veya aile yanına yerleştirilmesinden sonra, çocuğun yararının içinde bulunduğu tehlikenin ortadan kalkması halinde tekrar anne veya babasının velayeti altına alınmasına karar verilmesi halinde de bu kişilerin açılan icra takibinde borçlu olarak yer alması mümkündür. Belirtmek gerekir ki burada icra takibinin dayanağı olan ilam çocuğun yerleştirilmesini değil, çocuğun tekrar velayet altına alınması kararını içeren ilamdır.

Benzer şekilde çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrasında da ilamın dayanağına bağlı olarak alacaklı ve borçlu tarafta kimin yer aldığı değişiklik gösterir. Alacaklı taraf, lehine kişisel ilişki kurulması kararı verilen anne veya baba, evlat edinen ya da üçüncü kişi; borçlu taraf ise kişisel ilişkiye katlanmak zorunda olan veli, vasi ya da evlat edinen olabilir.

2. Takip Talebi

İİK'nın 35. maddesi uyarınca ilamlı icra takibi alacaklının ilamı icra dairesine tevdi etmesiyle başlar. Elinde lehine çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam olan alacaklı, ilamı eklemek suretiyle takip talebinde bulunur. Alacaklı, ilam suretiyle⁵¹² veya UYAP üzerinden edindiği ilamla da takip talebi başlatabilir⁵¹³. Takip talebi ilama uygun olmak zorundadır⁵¹⁴. Kanun'un 58. ve 8/a maddelerine göre takip talebi yazılı, sözlü veya elektronik ortamda yapılabilir. Uygulamada genellikle basılı takip talebi örneği (örnek no. 1 takip talebi) kullanılmaktadır. Ancak örnek formların doldurulması zorunlu olmayıp; takip talebinde bulunması gereken kayıtları içeren herhangi bir yazılı kâğıt ile de takip talebinde bulunabilir⁵¹⁵. Takip talebi sözlü olarak yapılırsa, İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nin⁵¹⁶ 20. maddesi uyarınca icra müdürü

⁵¹² **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 40.

⁵¹³ “Borçlu vekili, alacaklı vekili tarafından müvekkili aleyhine ilamlı icra takibi başlatıldığını, takibin dayanağı olarak icra dosyasına onaysız, imzasız ilam fotokopisinin sunulduğunu, fotokopinin ilam niteliğinde olmadığını, bu nedenle icra emrinin iptaline karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece icra emrinin iptaline karar verilmiş, hüküm alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir. İİK'nun 8/a maddesi ‘Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı ispat gücüne sahiptir. Güvenli elektronik imza, kanunlarda güvenli elektronik imza ile yapılamayacağı açıkça belirtilmiş olan işlemler dışında, elle atılan imza ile yapılamayacağı açıkça belirtilmiş olan işlemler dışında, elle atılan imza yerine kullanılabilir. Güvenli elektronik imzayla oluşturulan belge ve kararlarda, kanunlarda birden fazla nüshanın düzenlenmesi ve mühürleme işlemini öngören hükümler uygulanmaz.’ hükmünü içermektedir. UYAP sistemine göre, bir mahkeme kararı hakim ve katip tarafından elektronik ortamda imzalanıp onaylanmadıkça avukat portalında görülemez. İlamın içeriğine de itiraz edilmemiştir. Bu nedenle hakim tarafından elektronik ortamda imzalanıp, onaylanan ve UYAP avukat portalından editör programı ile yazdırılmış ilamın takibe konulmasında Yasa'ya uymayan bir yön bulunmadığından, icra emrinin iptali talebinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (8. HD, 25.09.2014, E. 2013/23719, K. 2014/17086: **KİBB**).

⁵¹⁴ “Dayanak ilamda yer verilmemesine rağmen müşterek çocuğun davalı borçlu tarafından hazır bulundurulmasına dair takip talebi düzenlenmesi de ilama aykırılık teşkil etmektedir.” (12. HD, 15.06.2006, E. 2006/10187, K. 2006/12876: **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan**, s. 419).

⁵¹⁵ **Kuru**, El Kitabı, s. 195.

⁵¹⁶ Bu Yönetmelik için bkz. RG 11.04.2005, S. 25783.

gerekli bilgileri basılı tutanağa geçirerek imzalar. Elektronik ortamda takip talebi, UYAP üzerinden güvenli elektronik imzayla yapılır. Alacaklının ilamda adının yazılı olduğu vekili, tekrar vekaletname sunmaksızın ilamlı icra takibi başlatabilir⁵¹⁷.

İİK'nın 41. maddesinin atfıyla Kanun'un ilamlı icraya aykırı olmayan hükümleri ilamlı icra takibinde de uygulanacağından, takip talebinin İİK'nın 58. maddesinde yer alan kayıtları içermesi gerekir. Buna göre alacaklının takip talebinde İİK'nın 58 ve İİKY'nin 20. maddesi uyarınca *“ilamın veya belgenin tarih ve numarası; hangi mahkeme veya makamdan verildiği; alacaklının ve varsa kanuni temsilcisinin ve vekilinin adı, soyadı; yerleşim yerindeki adresi, vergi kimlik numarası; borçlu ve varsa kanuni temsilcisinin adı, soyadı; alacaklı tarafından biliniyorsa vergi kimlik numarası ve yerleşim yerindeki adresi; alacaklı yabancı ülkede oturuyorsa Türkiye'de göstereceği yerleşim yerindeki adresi (yerleşim yeri göstermezse icra dairesinin bulunduğu yer yerleşim yeri sayılır) ve hükmün veya belgenin özeti”* yer alır. Bu kayıtları içeren takip talebine ilam eklenerek icra dairesine verilmesiyle birlikte takip başlamış olur ve alacaklıya kayıt numarasını içeren bedava ve pulsuz bir belge verilir (İİK'nın 35. maddesinin ikinci cümlesi).

Belirtmek gerekir ki velayetin eşlerden birine verilmesi çocuk teslimi hükmünü de içerir⁵¹⁸. Bu nedenle, velayet kendisine verilen anne veya babanın ayrıca çocuğun

⁵¹⁷ **Kuru**, El Kitabı, s. 904; **Özbay**, Öneriler, s. 65.

⁵¹⁸ Bkz. yuk. s. 58. Hatta Yargıtay bir kararında sadece velayetin verilmesinin değil, annenin, evlilik dışında doğan ve bu nedenle velayeti anneye ait olan ancak fiilen babanın yanında bulunan çocukla kişisel ilişki kurulması talebiyle açtığı davada, velayet kendisine ait olan annenin kişisel ilişki talebinin de çocuğun kendisine teslimini de barındırdığını belirtmiştir. *“Davacı anne, evlilik dışı doğan, davalı baba tarafından tanınan ve fiilen babanın yanında bulunan müşterek çocuk ile görüşemediğini iddia ederek çocukla görüşmesinin sağlanması ve kişisel ilişki kurulmasını talep etmiş, mahkemece davacı anne ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasına karar verilmiştir. Ana ve baba evli değilse velayet anneye aittir (TMK m. 337/1). Olayları açıklamak taraflara hukuki nitelendirme hâkime aittir (HMK m. 33). Davacı annenin, müşterek çocukla görüşmesinin sağlanması yönündeki istemi çocuğun teslimi talebini de içerir. Annenin yasadışı doğan velayet sorumluluğunu yerine getirebilmesi için çocuğu teslim alması*

kendisine teslimi için dava açması gerekmez. Yine, çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair bir hüküm verildiğinde de, diğer taraf kişisel ilişkiye katlanmak zorunda olduğundan, kişisel ilişki tesis edilen tarafın ayrıca çocuğun teslim edilmesi için dava açmasına gerek yoktur. Zira anılan hükümlerle ilamlı icra takibi başlatılarak çocuk teslimi gerçekleştirilir veya çocukla kişisel ilişki kurulur. İlamlı icra takibi zaten söz konusu hakların yerine getirilmesini sağlayacağından, dava açılmasında hukuki yararın olmadığı ve hukuki yararın dava şartı olması nedeniyle, bahsedilen şekilde açılan davanın dava şartı yokluğundan usulden reddedilmesi gerektiği kabul edilmelidir⁵¹⁹. Buna karşın Yargıtay bir kararında⁵²⁰ velayete sahip annenin çocukların kendisine teslimi için açtığı davada, davanın kabulüne ilişkin yerel mahkeme kararını hukuki yarar yokluğu sebebiyle isabetli olarak bozmuş, bir başka kararında⁵²¹ ise aynı taleple açılan davanın kabulüne ilişkin yerel mahkeme kararını onamıştır.

gerektiği açıktır. Mahkemece bu yön nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmadığı gibi...” (2. HD, 04.05.2016, E. 2016/6871, K. 2016/9163: **KİBB**).

⁵¹⁹ **Özbay**, Kişisel İlişki.

⁵²⁰ “Mahkeme kararıyla velayetinin davacıya verildiği çocuklar hakkındaki kararın İcra ve İflâs Kanunu’nun “İlamların İcrası” başlıklı bölümü uyarınca infazı mümkündür. Buna rağmen davacı davalı babaanneden alınarak kendisine teslimine karar verilmesini istemiştir. Yukarıdaki açıklamalar nazara alındığında davacının bu davayı açmakta hukuka yararı yoktur. Davanın reddi gerekir.” (2. HD, 18.07.2005, E. 2005/11198, K. 2005/11541: **KİBB**).

⁵²¹ “Dava, evlilik dışı ilişkiden meydana gelen çocukların teslimine ilişkindir. Mahkemece, dava kabul edilerek küçüklerin, velayeti kendisinde bulunan davacı annelerine teslimine karar verilmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına...” (2. HD, 28.06.2016, E. 2016/13074, K. 2016/12656: **KİBB**). Kararın karşı oy yazısında ise kanaatimizce isabetli olarak şöyle söylenmektedir: “Yasa gereği velayet kendisinde bulunan davacı annenin, çocuklarının kendisine teslimi için dava açmasında hukuki yarar bulunmamaktadır. Çünkü velayet zaten kendisinde olup, çocuklarını yanına alması için önünde hiç bir yasal engel bulunmamaktadır. Babanın yasal düzenlemeye karşı çıkarak çocukları anneye teslim etmemesi halinde, annenin mahkeme kararına ihtiyaç duymadan, çocukların kendisine teslimi için icra dairesine başvurması her zaman için mümkündür. O halde, mahkemece davanın, hukuki yararla ilgili dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerekirken, kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmektedir.” (**KİBB**).

3. Yetkili İcra Dairesi

İlamların icra edilmesinde hangi yerdeki icra dairesinin yetkili olacağı, ilamsız takiplerden tamamen farklıdır. İlama bağlanmış bir hakkın yerine getirilmesinde Kanun’da icra dairelerinin yetkisi sınırlandırılmamıştır⁵²². İİK’nın 34. maddesinde “*ilamların icrasının her icra dairesinden talep olunabileceği*” öngörülmüştür. Madde lafzında sadece “ilam” kavramından bahsedilmekteyse de söz konusu kural ilamlı takiplerin tamamını kapsadığından, elinde bir ilam veya ilam niteliğinde belge olan alacaklı, herhangi bir icra dairesine başvurarak ilamlı icra takibi başlatabilir⁵²³. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁵²⁴.

İlamlı takipte Türkiye’deki her icra dairesi yetkili olduğuna ve borçlunun bulunduğu yerin icra dairesinin yetkisi bakımından bir önemi olmadığına göre, Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan bir borçlu aleyhine de Türkiye’nin herhangi bir yerindeki icra dairesinde ilamlı icra takibi başlatılmasının mümkün olduğu söylenebilir⁵²⁵.

İlamlı icrada bütün icra dairelerinin yetkili olduğu kabul edildiğinden yetki itirazı gündeme gelmez⁵²⁶. Anılan maddenin ikinci cümlesine göre “*alacaklının yerleşim yerini değiştirirse takibin yeni yerleşim yerini icra dairesine havalesini istemesi*” mümkündür.

⁵²² Postacioğlu/Altay, s. 780.

⁵²³ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 272; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 380; Karşlı, s. 401.

⁵²⁴ “İlam niteliğindeki belgeye dayalı olarak, icra takibinin her icra dairesinde yapılabileceğine...” (12. HD, 18.09.2003, E. 2003/13890, K. 2003/17898: www.e-uyar.com).

⁵²⁵ Kuru, El Kitabı, s. 901; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 380.

⁵²⁶ Kuru, El Kitabı, s. 901.

Takibin havalesinin gerçekleşmesi için alacaklının fiili oturma yerinin değil, yerleşim yerinin değişmesi gerekir⁵²⁷.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamlı takipler de, ilamlı icradaki genel yetki kuralı gereğince tarafların yerleşim yerlerine bakılmaksızın, alacaklının dilediği icra dairesinde başlatılabilir.

TMK'nın 326. maddesinde yer alan ve *“kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili bütün düzenlemelerde çocuğun oturduğu yer mahkemesinin de yetkili olduğu”* hükmünü içeren yetki kuralı sadece mahkemeler için öngörülmüş olduğundan, icra hukuku bağlamında uygulama alanı bulmaz. Ancak ilamlı icrada tüm icra daireleri yetkili olduğundan, kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamlı icra takibi çocuğun oturduğu yerdeki icra dairesinde de başlatılabilir. Çocuğun bulunduğu yer dışındaki bir icra dairesinde çocuk teslimi veya kişisel ilişki kurulmasına dair bir ilamlı icra takibi başlatılmışsa, çocuğun bulunduğu yerdeki icra dairesine istinabe olunarak ilam icra edilebilir⁵²⁸.

4. Harç ve Giderler

Devletin kişilerin özel hukuk bağlamında haklarına kavuşmasını sağlama işlevi gören cebri icra hukuku faaliyetlerinde, bu faaliyetlere karşılık olarak alınan, miktar ve oranları kanunla belirlenen paralara icra harçları denir⁵²⁹. İİK'nın 15. maddesinde harçların kanunla belirleneceği ve aksine bir hüküm olmadıkça borçludan tahsil edileceği hükme bağlanmıştır. Nitekim söz konusu harçlar 492 sayılı Harçlar Kanunu'na⁵³⁰ bağlı (1) sayılı tarifenin (B) bölümünde tespit edilmiştir.

⁵²⁷ Muşul, s. 1102.

⁵²⁸ Belgin, s. 51; Güven, s. 120.

⁵²⁹ Kuru, El Kitabı, s. 118; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 85.

⁵³⁰ Bu Kanun için bkz. RG 17.07.1964, S. 11756.

İlamlı icra takibinde alacaklıdan sadece maktu başvurma harcı alınır; peşin harç alınmaz⁵³¹. Zira ilamın alınması sırasında karar ve ilam harcı zaten ödenmiş durumdadır⁵³². Ancak Harçlar Kanunu’nun 28. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “*bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olması, hükmün tebliğe çıkarılmasına, takibe konulmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmez*”. İcra takibinin konusunu, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamlarda olduğu gibi, para ile ölçülemeyen bir hakkın yerine getirilmesi oluşturduğu takdirde, icra takibinin sonunda maktu icranın yerine getirilmesi harcı alınır (Anılan Tarife B/1.2). Buna ek olarak, 2548 sayılı Kanun’un 1. maddesi uyarınca, konusu para olmayan icra takiplerinde tahsil harcının yarısı kadar cezaevi harcı alınır ve bu harç borçluya yükletilmez⁵³³.

Harçlar Kanunu’nun 127. maddesi uyarınca harca tâbi olan işlemler, aksine bir yasal düzenleme olmadıkça, öngörülen harçların tamamı ödenmedikçe yapılmaz. Anılan Kanun’un 128. maddesine göre gerekli harçların tamamı ödenmeden işlem yapılması halinde, bu işlemi yapan icra dairesi görevlisi harcı ödemekle yükümlü kişiyle birlikte müteselsilen sorumlu olur. İlamlı icrada da takibinde başarılı olan alacaklının ödediği

⁵³¹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 68; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 381; Muşul, s. 114; Üstündağ, s. 56; Postacıoğlu/Altay, s. 91; Uyar, İlamlı Takipler, s. 139; Yılmaz, İİK Şerhi, s. 197.

⁵³² Kuru, El Kitabı, s. 902.

⁵³³ 09.07.1934 gün ve 2747 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 2548 sayılı Ceza Evleriyle Mahkeme Binaları İnşası Karşılığı Olarak Alınacak Harçlar ve Mahkumlara Ödettirilecek Yiyecek Bedelleri Hakkında Kanun’un 1. maddesi şu şekildedir: “*İcra dairelerince miktar ve kıymeti muayyen olan ilamlı ve ilamsız alacaklardan tahsil olunan paranın % 2 si ve kıymeti muayyen olmayan ilamların icrasından tahsil harcının yarısı nispetinde harç alınır. Maktu harçlar ilamın icraya konulduğu zaman peşin olarak alınır. Bu harçlar borçluya yükletilemez İcra dairelerince miktar ve kıymeti muayyen olan ilamlı ve ilamsız alacaklardan tahsil olunan paranın % 2 si ve kıymeti muayyen olmayan ilamların icrasından tahsil harcının yarısı nispetinde harç alınır. Maktu harçlar ilamın icraya konulduğu zaman peşin olarak alınır.*”

harç ve diğer masraflar, kanundaki aksi yönde bir kural olmadıkça ayrıca bir hükme gerek olmaksızın borçludan tahsil edilir⁵³⁴.

HMK çerçevesinde öngörülen adli yardım hükümleri İİK'nın 15. maddesinin 2. fıkrası uyarınca icra işlerinde de uygulanır; ancak adli yardım kararı genel mahkeme tarafından değil, icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesi tarafından verilir.

İİK'nın 59. maddesi uyarınca alacaklının yapılmasını istediği işlemin masrafını da yatırması gerektiğinden, icra emrinin tebligat giderini de takip talebinde bulunurken yatırması gerekir.

⁵³⁴ **Kuru**, El Kitabı, s. 122; **Muşul**, s. 115; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 87; **Postacioğlu/Altay**, s. 96. Bu kuralın sebebi, borçlunun en başta borcunu iradi olarak ödemiş olması ihtimalinde söz konusu masrafların hiç yapılmayacak olmasıdır (**Üstündağ**, s. 57).

II. ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN İLAMLARIN İCRA EDİLME USULÜ

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrasının genel özelliklerinden sonra bu başlık altında münferit olarak söz konusu ilamların nasıl icra edilmesi gerektiği açıklanmıştır. Açıklamalar yapılırken, aralarında büyük farklılıklar olmaması nedeniyle çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrası birlikte ele alınmış, farklı olan hususlara ayrıca işaret edilmiştir.

A. İcra Emri ve Tebliği

Usulüne uygun olarak hazırlanan takip talebini alan icra müdürünün bir icra emri (Örnek no. 3) hazırlayarak borçluya göndermesi gerekir. Ancak takip talebini alan icra müdürünün öncelikle yapması gereken iş, takip talebine eklenen kararın ilam olup olmadığını kontrol etmektir. Alacaklının elinde ilam yoksa İİK'nın 25. maddesine göre icra emri gönderilemez⁵³⁵. Buna rağmen, ilam özelliği taşımayan bir karara dayanılarak ilamlı icra takibi başlatılırsa, borçlunun icra emrine karşı kamu düzenine aykırılık nedeniyle şikâyet yoluna başvurusu mümkündür⁵³⁶. İcra hukuku bağlamında kamu düzenine aykırılık, gerek takibin tarafları gerekse üçüncü kişiler bakımından, kanundaki emredici hükümlerin ağır ve açık biçimde ihlal edilmesi anlamına gelir. Bir işlemdeki sakatlık karşı tarafın rızasıyla dahi giderilemiyorsa, o işlemin kamu düzenine aykırı olduğunun kabul edilmesi gerekir⁵³⁷. Kamu düzenine aykırı işlemin belli bir sürenin geçmesiyle düzelmesi söz konusu olamayacağından ve sakatlık takibe devam

⁵³⁵ **Yılmaz**, İİK Şerhi, s. 135.

⁵³⁶ **Pekcanıtez, Hakan/Simil, Cemil**: İcra - İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Bası, İstanbul 2017, s. 184; **Kuru**, El Kitabı, s. 906; **Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 273; **Muşul**, s. 1097; **Muşul**, Şikâyet, s. 273; **Karşı**, s. 405; **Sert**, s. 76; Aksi yönde bkz. **Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 314.

⁵³⁷ **Pekcanıtez/Simil**, s. 148.

edilmesindeki yararı ortadan kaldırdığından, bu işlemlere karşı şikâyet süreye bağlanmamıştır⁵³⁸. Bahsedilen durum da bu tespite uygundur. Zira takip talebine eklenen ve icra ettirilmek istenen karar, örneğin boşanma davası sırasında velayetin geçici olarak eşlerden birine verilmesini içeren geçici önlem niteliğinde bir ara karar ise, ilamlı icra takibi yapılamaz⁵³⁹. O halde ilam olmayan bir karara dayanılarak başlatılan icra takibinde, icra müdürünün borçluya icra emri tebliğ etmesi üzerine, borçlu herhangi bir süreye bağlı olmaksızın icra mahkemesinde şikâyetini ileri sürebilir.

Şikâyet incelemesi sonucunda icra mahkemesi, bir işlemin kanuna aykırı olduğunu tespit ederse kural olarak o işlemin iptaline karar verir; takibin iptali istisnaidir⁵⁴⁰. Ancak ilam olmayan bir kararda yer alan borcun ilamlı icra yoluyla takibi mümkün değildir, yani böyle bir icra takibinin hiç var olmaması gerekir. İcra emrinin düzeltilerek ödeme emri gönderilmesi de doğal olarak söz konusu olamaz; kaldı ki çocuk teslimine dair ara kararların icrası genel haciz yoluyla sağlanamaz. Bu nedenle çocuk teslimine dair ve fakat ilam olmayan bir karara dayanılarak icra emri gönderilmesi halinde, şikâyet incelemesi neticesinde icra takibinin iptaline karar verilmelidir⁵⁴¹. Buna karşın Yargıtay bir kararında, ara karara dayanılarak çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamlı takip başlatıldığı bir olayda, karar tarihine kadar ara kararda tesis edilen kişisel ilişkinin daha sonra hükme de bağlanmış olduğu gerekçesiyle, “usul ekonomisi” ilkesi

⁵³⁸ Pekcanitez/Simil, s. 146.

⁵³⁹ Kuru, El Kitabı, s. 976.

⁵⁴⁰ Pekcanitez/Simil, s. 396.

⁵⁴¹ Özbay, Öneriler, s. 68. “Somut olayda, takibe dayanak yapılan Üsküdar 1. Aile Mahkemesi'nin 1.12.2011 tarihli ara kararında ‘ileride değiştirilmek kaydıyla şimdilik tarafların müşterek çocuğu 2011 doğumlu İsmail davalı baba arasında her ayın 1. ve 3.haftalarını pazar günleri 13.30-16.00 saatleri arasında gerek görmek gerekse yanına almak suretiyle tedbiren ilişki kurulmasına’ karar verilmiştir. Tedbir niteliğinde verilen bu ara kararına dayanılarak ilamlı icra takibi yapılamayacağından mahkemece takibin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” (8. HD, 10.05.2012, E. 2012/2995, K. 2012/4027: KİBB).

çerçevesinde tedbir kararının infaz edilmesinin sağlanması gerektiğini belirtmiştir⁵⁴². Kanaatimizce bir ara karara dayanılarak ilamlı icra takibi yapılmasına cevaz verilmesi isabetli değildir. Her ne kadar takip ekonomisi gerekçesinde dayanılmışsa da, İİK'nın 25 ve 25/a maddelerinde açıkça “ilam” kavramından söz edildiğinden, ara karara dayanılarak ilamlı icra takibi yapılması Kanun’a açıkça aykırıdır. Öte yandan, çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair geçici hukuki koruma kararları, yargılama sırasında çocuğun fiilî durumunun acilen belirlenmesi ihtiyacından doğar. Söz konusu kararların ihtiyati tedbirler gibi derhal yerine getirilmesi de bu acillikten, gecikmesinde doğma ihtimali yüksek olan sakıncadan kaynaklanır. Bu nedenle geçici hukuki koruma kararlarının ilamlı icra ile yerine getirilmesi, Kanun’a aykırılığın yanında, anılan amaca da ters düşer.

İcra müdürü, takibin dayanağı olan ve takip talebine eklenen kararın ilam özelliğinde olduğunu tespit ettikten sonra, bu ilamın icra edilmesi için kesinleşmesinin gerekip gerekmediğini kontrol eder⁵⁴³. İlam kesinleşmesi gereken ilamlardan biriye ve henüz kesinleşmediği halde ilamlı icra takibine konu edilmişse, icra müdürü yine takip talebini reddetmeli ve icra emri göndermemelidir. Zira bu durumda ilam icra

⁵⁴² “Borçlu vekili icra Mahkemesi'ne başvurusunda, vekil edeni aleyhine Tarsus 2. Aile Mahkemesi'nin 2013/333 Esas sayılı dosyasının 02.07.2014 tarihli ara kararı ile çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair icra takibi yapıldığını, söz konusu ara kararının ilam niteliğinde olmadığını belirterek yapılan takibin iptaline karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, Tarsus 2. Aile Mahkemesi'nce 2013/333 Esas sayılı dosya üzerinden 10.06.2014 tarihinde çocukla belirtilen şekilde şahsi ilişki tesisine dair karar bir tedbir kararı olup ilamlı icraya konu yapılamayacağından şikayetin kabulüyle takibin iptaline karar verilmiş, hüküm alacaklı vekilince temyiz edilmiştir. Takibe dayanak ara karar hükme bağlanan babanın müşterek ‘çocukla belirtilen şekilde şahsi ilişki tesisine’ dair olup, çocuk teslimine dair ilamların icrası yolu ile takibe konulduğu anlaşılmaktadır. Tedbir niteliğinde olan ara kararları İİK'nın 25 ve 25/a maddelerinde yazılı ilam niteliğini taşımadığından ilamlı takibe konu edilemez ise de anılan karar hükme de bağlanmış olduğundan ilamlı takip dosyasında usul ekonomisi (6100 Sayılı HMK'nın 30. maddesi) gereği tedbirin infazı da mümkün kılınmalıdır. Bu sebeple şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir.” (8. HD, 27.10.2014, E. 2014/21138, K. 2014/19296: KİBB).

⁵⁴³ Kuru, El Kitabı, s. 926; Üstündağ, s. 355; Muşul, Şikâyet, s. 279.

kabiliyetinden yoksundur⁵⁴⁴. Kesinleşmesi gereken bir ilam kesinleşmeden icraya koyulursa ve icra müdürü buna rağmen borçluya icra emri gönderirse, emredici kanun hükmünün ihlalinden dolayı kamu düzenine aykırılık nedeniyle süresiz şikâyet yoluna başvurabilir⁵⁴⁵. Yapılan inceleme sonucunda icra mahkemesi şikâyeti haklı görürse takibin iptaline karar verir;⁵⁴⁶ zira söz konusu ilam kesinleşmedikçe o takibin hiç yapılmamış olması gerekirdi. Yargıtay bir kararında⁵⁴⁷ icra mahkemesinin anılan hususu resen gözetmesi gerektiğine, başka bir kararında⁵⁴⁸ ise bu yönde bir şikâyet olmadıkça ilamın kesinleşmeden icra edilememesi gerekçesiyle takibin iptaline karar veremeyeceğine hükmetmiştir. Yargıtay'ın bu kararı, şikâyet başka bir sebeple yapılmış olsa dahi icra mahkemesinin, kamu düzeni sebebiyle takibin dayanağı olan ilamın kesinleşmeden icra edilemeyecek ilamlardan olup olmadığını resen gözetmesi gerektiği yönünde isabetli olarak eleştirilmiştir⁵⁴⁹. Benzer şekilde, ilam takip tarihi itibarıyla

⁵⁴⁴ **Özbek**, Kesinleşme, s. 67.

⁵⁴⁵ **Kuru**, El Kitabı, s. 926, **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 80; **Özbek**, Kesinleşme, s. 68, **Özbek**, s. 812.

⁵⁴⁶ **Kuru**, El Kitabı, s. 927; **Özbek**, s. 814; **Özbek**, Kesinleşme, s. 69; **Uyar**, İlamlı Takipler, s. 21. *“Borçlunun daha önceki şikâyeti ile ilgili olarak verilen Bursa 4.İcra Mahkemesinin 2004/1015 esas – 2005/262 karar sayılı kararı Dairemizin 15.09.2005 gün ve 2005/13059 esas 2005/17126 karar sayılı ilamı ile (dayanak ilamın kesinleşmeden icra takibine konu edilemeyeceği) açıklanarak Mahkemece takibin iptali yerine icra emrinin iptali yolunda hüküm kurulması isabetsiz bulunmuş ve karar bozulmuştur. O halde Mahkemece, aynı mahkemenin takibin iptali ile ilgili 2004/1015 esas sayılı dosyasının sonucu beklenmeden yazılı gerekçe ile şikâyetin reddine karar verilmesi isabetsizdir.”* (**Muşul**, Şikâyet, s. 280).

⁵⁴⁷ *“Takip dayanağı ilam tapu iptali ve tescile ilişkin olup, gayrimenkulün aynı ile ilgili olduğundan diğer bir deyişle taşınmazın mülkiyet durumunun saptanmasına ilişkin bulunmakla HUMK. 443/4 maddesi hükmü uyarınca kesinleşmeden infaz olunamaz. Bu cihetin mahkemece re'sen nazara alınması gerekir.”* (12. HD, 22.03.2007, E. 2007/3445, K. 2007/5395: **KİBB**).

⁵⁴⁸ *“Şikâyetçi alacaklı tarafından takibe dayanak ilam kesinleşmedikçe infaz edilemeyeceğine yönelik şikâyet olmadığı halde bu gerekçe ile takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir.”* (8. HD, 21.01.2013, E. 2013/13958, K. 2013/492: **Özbek**, s. 816).

⁵⁴⁹ **Özbek**, s. 814; **Özbek**, Kesinleşme, s. 72.

kesinleşmemiş ancak takip sırasında kesinleşmiş olsa dahi takibin iptal edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵⁵⁰.

O halde, Kanun’da belirlenen kayıtları içeren takip talebini alan icra müdürü, takip talebine eklenen çocuk teslimine dair kararın kesinleşmiş bulunan bir ilam olduğunu tespit ederse, borçluya icra emri (örnek no: 3) gönderir. İcra emri, takip talebine ve ilama uygun olarak hazırlanmak zorundadır. İcra emrinde ilamda hüküm altına alınana aykırı veya hiç yer almayan bir hususa yer verilir yahut icra emri ilamın hüküm fıkrasında yazdığı şekilden başka bir biçimde icra edilecek olursa, kamu düzenine aykırılık nedeniyle süresiz şikâyet yoluna başvurulabilir⁵⁵¹. Yargıtay isabetli olarak takip talebinin ilama uygun olması halinde icra takibinin değil, sadece icra emrinin iptal edilmesi gerektiğini kabul etmektedir⁵⁵².

İİK’nın 24, 25 ve İİKY’nin 24. maddesi uyarınca icra emrinde aşağıdaki kayıtlar bulunur:

- 1) *Alacaklının ve varsa yasal temsilcisinin ya da vekilinin adı, soyadı, adresi ve TC kimlik numarası*
- 2) *Borçlunun ve varsa yasal temsilcisinin ya da vekilinin adı, soyadı, adresi ve T.C. kimlik numarası*

⁵⁵⁰ **Kuru**, El Kitabı, s. 927; **Uyar**, İlamlı Takipler, s. 21.

⁵⁵¹ **Kuru**, El Kitabı, s. 907; **Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 273; **Muşul**, Şikâyet, s. 309; **Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 36; **Karlı**, s. 405; **Pekcanıtez/Simil**, s. 189.

⁵⁵² “Borçlu vekili icra mahkemesine şikayetinde takipte “çocuk teslimi veya çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin Ör: (3) no’lu icra emri gönderilmesi gerekirken Ör: (4-5) no’lu icra emrinin gönderilmesinin usulsüz olduğunu bildirmiştir. İcra takibi dayanak ilama uygun düzenlenmiş icra müdürlüğünce talebe uymayan icra emri gönderilmiştir. İcra takibi dayanak ilama uygun düzenlenmiş, icra müdürlüğünce talebe uymayan icra emri gönderilmiştir. İcra mahkemesince takip talebine uygun olarak çıkarılmayan icra emrinin iptali ile yetinmek gerekirken, ilam içeriğine uygun bulunan takibin de iptaline karar verilmesi isabetsizdir.” (12. HD, 11.05.2007, E. 2007/7870, K. 2007/9745; **KİBB**).

- 3) *Alacaklı yabancı ülkede oturuyorsa Türkiye’de göstereceği yerleşim yerindeki adresi (yerleşim yeri göstermezse icra dairesinin bulunduğu yer yerleşim yeri sayılır)*
- 4) *İlamı veren mahkeme ile ilamın tarih ve numarası*
- 5) *Çocuğun yedi gün içinde teslim edilmesi,*
- 6) *Çocuk teslim edilmediği takdirde İcra ve İflâs Kanunu’nun 341 inci maddesi uyarınca cezalandırılacağı ve ilâmın 25 inci maddeye göre zorla yerine getirileceği ihtarı.*

İlam çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkinse icra emrinde Kanun’un 25/a maddesi uyarınca “*çocuğun ilam hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla kişisel ilişkide bulunmasına engel olunmaması ihtar*” ve “*aksi takdirde İcra ve İflâs Kanununun 341 inci maddesi uyarınca cezalandırılacağı ve ilâmın 25/a maddesine göre zorla yerine getirileceği ihtar*” bulunur.

Açıklanan şekilde hazırlanan icra emri icra dairesi tarafından borçluya tebliğ edilir. İcra hukukunda tebligatlar Tebligat Kanunu⁵⁵³ hükümlerine göre yapılır. Tebligat Kanunu’nun 11. maddesindeki vekil ile takip edilen işlerde tebligatın vekile yapılacağına ilişkin kuralın ilamlı icra hukukunda nasıl uygulanacağı doktrinde ve uygulamada görüş ayrılıklarına yol açmıştır⁵⁵⁴. Yargıtay çok eski kararlarında icra emrinin mutlaka borçluya tebliğ edilmesi gerektiğini belirtmişken, bu görüş artık terk edilmiştir⁵⁵⁵. Yargıtay’ın yeni kararlarında icra emrinin, ilamın alındığı davada kendisini vekille temsil ettirmiş olan

⁵⁵³ Bu Kanun için bkz. RG 19.02.1959, S. 10139.

⁵⁵⁴ Bu konudaki farklı görüşlere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Akcan, Recep:** İcra Emrinin Vekile Tebliği, (Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002, s. 853-888), s. 864-876. Ayrıca bkz. **Yılmaz, Ejder/Çağlar, Tacar:** Tebligat Hukuku, 6. B., Ankara 2013, s. 241-246.

⁵⁵⁵ **Akcan**, s. 865; **Yılmaz/Çağlar**, s. 243.

borçlunun ilamda adı yazan vekiline tebliğ edilmesini zorunlu tuttuğu görülmektedir⁵⁵⁶. Vekil aracılığıyla takip edilen işlerde tebliğin yasal muhatabı vekilin bizzat kendisidir⁵⁵⁷. Borçlu adına tebligat yapılması halinde tebellüğ edebilecek kişi olan vekil dışında bir başka kişiye tebligat çıkarılmış olur⁵⁵⁸. Bu nedenle icra emrinin borçlunun ilamda yazılı vekiline değil de kendisine tebliğ edilmesi ve vekilin sonradan bu tebligatı öğrenmesi halinde, Tebligat Kanunu'nun 32. maddesi çerçevesinde usulsüz tebliğ hükümlerinin uygulanmayacağı, zira vekil adına çıkarılmış bir tebligatın hiç mevcut olmadığı kabul edilmektedir⁵⁵⁹. Bununla birlikte Yargıtay, icra emrinin vekile değil borçlunun kendisine tebliğ edilmiş olmasına rağmen, tebligatın amacına ulaşılmışsa, yani borçlu vekili esasa ilişkin muhalefetlerini süresi içinde ileri sürmüştse, sadece bu sebebe dayanılarak icra emrinin iptal edilmesinde hukuki yarar bulunmadığı yönünde karar vermiştir⁵⁶⁰. İcra

⁵⁵⁶ **Muşul, Timuçin:** Tebligat Hukuku, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2013, s. 159; **Muşul**, s. 183; **Karşlı**, s. 405; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 97; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 274. “Somut olayda borçlu vekili ilamdaki vekaleti nedeniyle tebligatın kendisine yapılması gerektiğinden bahisle icra emrinin iptalini istemiş bu başvurusunda diğer şikâyet nedenlerini bildirmemiştir. Bu durumda talep doğrultusunda icra emrinin iptaline karar verilerek borçlu vekiline çıkarılacak yeni icra emri ile şikâyet nedenlerini bildirme hakkı sağlanmalıdır.” (12. HD, 16.01.2012, E. 2011/13815, K. 2012/156: **SMİP**).

⁵⁵⁷ **Muşul**, Tebligat, s. 169.

⁵⁵⁸ **Muşul**, Tebligat, s. 170.

⁵⁵⁹ **Muşul**, s. 184. “Takip dosyasında icra emrinin vekil yerine asillere tebliğ olunması anılan yasa hükümlerine aykırıdır. Vekile çıkarılmış bir tebligat bulunmadığına göre usulsüz tebliğ ile ilgili 7201 sayılı Tebligat Yasası'nın 32. maddesinin somut olayda uygulama yeri de bulunmamaktadır.” (12. HD, 02.12.2010, E. 2010/15248, K. 2010/28616: **SMİP**); “7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 11. Avukatlık Kanunu'nun 41 ve HUMK. nun 62. 68. maddeleri gereğince vekil ile takip edilen işlerde tebligatın vekile yapılması zorunludur. Somut olayda, ilama dayalı olarak yapılan takipte, icra emri, borçlunun kendisini vekille temsil ettirdiği ilam kapsamından açıkça belli olmasına karşın vekil yerine asile gönderilmiş olup, bu durum anılan yasa hükümlerine aykırıdır. Bunun yanında, vekile çıkarılmış ve usule aykırı bir tebligat da bulunmadığına göre, usulsüz tebliğ ile ilgili 7201 sayılı Tebligat Yasasının 32. maddesinin somut olayda uygulama yeri yoktur.” (12. HD, 28.09.2010, E. 2010/8661, K. 2010/21536: 12. HD, 16.01.2012, E. 2011/13815, K. 2012/156: **SMİP**).

⁵⁶⁰ **Muşul**, Tebligat, s. 177; **Uyar**, İlamlı Takipler, s. 143. “Ancak, icra emrinin borçlu asıla tebliğ edilmesinden sonra, borçlu vekilinin yasal süresi içerisinde icra mahkemesine başvurarak, tebligatın asile gönderildiğinden bahisle, icra emrinin iptali istemi yanında, borcun esası ile ilgili itirazlarını da

emrinin vekile tebliğ edilmesi gerektiğine yönelik görüşün dayanağı olan yasal düzenlemeler şunlardır⁵⁶¹: Öncelikli olarak Tebligat Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca vekille takip edilen işlerde tebligatın müvekkile değil vekile yapılması zorunludur. Buna ek olarak, HMK'nın 73. maddesinde davaya vekaletin kanuni kapsamına “*hükümün yerine getirilmesi*” de dâhildir. Avukatlık Kanunu'nun 166. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “*Bir ilamın cebrî icra yoluyla infazına girişildiğinde, icra dairesi, takip talebinde bulunan tarafın ilamda adı yazılı olan avukatına, icra emri ile aynı zamanda düzenleyeceği bir bildiriye, gideri takip talebinde bulunandan alınmak suretiyle, derhal tebliğ eder. Bu bildiri tebliğ edilmedikçe icranın sonraki safhalarına geçilemez. Avukata yapılacak tebliğin giderleri hakkında 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 59. maddesi hükmü uygulanır.*” şeklindeki düzenleme de icra emrinin borçlu vekiline tebliğini gerektirmektedir. Doktrinde başka bir görüş ise, icra emrinin borçlunun kendisine de ilamda adı yazan vekiline de tebliğ edilebileceği yönündedir⁵⁶². Bu görüşe göre anılan kanun hükümleri borçlu vekiline icra emrinin tebliğ edilmesine olanak verir; ancak borçlunun kendisine tebligat yapılmasını da engellemez⁵⁶³. Hatta borçlu ile vekili arasındaki vekalet ilişkisinin halen sürmekte olduğu, ilamın alındığı tarihten çok uzun bir zaman sonra icraya konması gibi bir sebeple şüpheli hale gelmişse, tebligatın müvekkile

ileri sürdüğü görülmektedir. Bu durumda, adı geçen tebligatın usulsüzlüğü nedeniyle icra emrinin iptalini talep etmesinde hukuki yararı kalmamıştır. Yerleşik Yargıtay uygulamaları bu yöndedir. O halde, Mahkemece, borçlu vekilinin esasla ilgili itirazları incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” (12. HD, 14.07.2006, E. 2006/13014, K. 2006/15797: **Muşul**, Tebligat, s. 178). Aynı yönde bkz. 12. HD, 25.05.2010, E. 2010/883, K. 2010/12602: **KİBB**.

⁵⁶¹ **Akcan**, s. 866-872; **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan**, s. 258.

⁵⁶² **Kuru**, El Kitabı, s. 908; **Yılmaz/Çağlar**, s. 245. “*Ayrıca asile de icra emri tebliğ edilmesine kanunen mani hal yoktur. Hatta İcra ve İflâs Kanunu'nun 74 ve 337. maddeleri gereğince borçlunun mal beyanında bulunmasını teminen alacaklı yararına zaruret de vardır.*” (12. HD, 10.03.1976, E. 1976/3376, K. 2006/5362: **Yılmaz/Çağlar**, s. 245).

⁵⁶³ **Uyar**, İlamlı Takipler, s. 142.

yapılmasının pratik ihtiyaçlar bakımından daha uygun olacağı da ifade edilmiştir⁵⁶⁴. Bununla birlikte, icra emrinin gereğini yerine getirmeyen borçlunun İİK'nın 341. maddesi uyarınca yaptırıma tâbi tutulması, yaptırım ihtarını içeren icra emrinin bizzat borçluya da tebliğ edilmesine baėlıdır⁵⁶⁵. Bu nedenle kanaatimizce de ocuk teslimine ilişkin icra emrinin hem borçluya hem de vekiline tebliğ edilmesi daha doğru bir çözüm olacaktır⁵⁶⁶.

B. İcra Emrinin Gereğinin Yerine Getirilmesi

İİK'nın 25. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, yukarıda açıklanan şekilde borçluya icra emri tebliğ edilerek, yedi gün içinde çocuğun teslim edilmesi emredilir. Borçlunun icra emrinin gereğini rızasıyla yerine getirmesi halinde bir sorunla karşılaşmaz; icra takibi amacına ulaşmış olur. Borçlu, çocuğu doğrudan alacaklıya götürürse, alacaklıdan çocuğun teslim edildiğine dair bir kâğıt almak ya da alacaklının durumu icra dairesine bildirmesini sağlamak suretiyle teslim işlemini tamamlayabilir. Bunun yanında borçlu, alacaklının da hazır bulunması koşuluyla çocuğu icra dairesine götürerek alacaklıya teslim edebilir, bu halde de icra dairesi tarafından bir tutanak düzenlenir⁵⁶⁷.

Çocuğun tesliminin cebrî icrayla sağlanmasının rahatsız edici tarafının bertaraf edilmesi amacıyla İİK'nın 25/b hükmü uyarınca ocuk teslimine ilişkin ilamlarda uzmanın bulunması zorunlu tutulmuştur⁵⁶⁸. Borçlu icra emrinde belirtildiği gibi yedi gün içinde çocuğu teslim etmezse, alacaklının talebi üzerine çocuğun fiilen teslim alınması

⁵⁶⁴ Yılmaz/ağlar, s. 245.

⁵⁶⁵ Muşul, s. 187; Muşul, Tebligat, s. 180; Yılmaz/ağlar, s. 246; Üstündağ, s. 73; Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 313.

⁵⁶⁶ Aynı yönde bkz. Belgin, s. 54; Güven, s. 133; Özbay, Öneriler, s. 86.

⁵⁶⁷ Aydınlyım, s. 274.

⁵⁶⁸ Bkz. aşıa. s. 168.

için icra müdürü, uzmanla birlikte borçlunun ve çocuğun bulunduğu konuta giderek çocuğun teslim edilmesi gerektiğini belirtir.

Kanun'da ocuk tesliminin nasıl gerekleŖeceėi konusunda düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle çocuğun teslim edilmesi, uygulamada alelade bir haciz gibi dŖnlmekte ve haciz iŖlemlerindeki usul takip edilmektedir. Örneğin, ocuğun fiilen teslimi sırasında tutulan tutanağın haciz tutanağından farkı yoktur. Uygulamada ocuk teslimi iŖleminin genelde hafta içi yapıldığı; ancak icra müdürlerinin genelde haftanın belirli bir veya birkaç gününü haciz günü olarak belirlemeleri nedeniyle, bir günde birçok haciz yapıldığı, ocuk tesliminin de söz konusu hacizlerden birisi olarak değerlendirildiği ve icra müdürlerinin iŖ yoğunluğu nedeniyle genellikle aceleci davrandıkları gözlemlenmektedir. ocukla kiŖisel iliŖki kurulmasına dair ilamlar ise büyük çoğunlukla kiŖisel iliŖki hafta sonu olacak Ŗekilde tesis edildiğinden, alacaklı tarafından yapılan talep üzerine hafta sonu borçlunun adresine gidilerek çocuğun teslim alınması suretiyle icra edilmektedir. Uygulamada genelde alacaklı ve bazen vekili, icra müdürü ve uzmanın hafta sonu ilamda yazılan saatten bir süre önce icra dairesinin bulunduğu adliye binasının önünde buluŖarak, hacze gidilen araç, taksi veya alacaklının özel aracıyla borçlunun adresine gittikleri grlmektedir⁵⁶⁹. Yargıtay, kiŖisel iliŖki kararlarının icrasında fiilen teslim iŖleminde hacizdeki usulün izlenmesi gerektiğini belirterek, İİK'nın 51. maddesine göre tatil günlerinde de haciz yapılabil-diğinden, borçlunun herhangi bir tatil gününde de çocuğu alacaklıya teslim etmekle yükümlü olduğunu belirtmektedir⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ **Koçyıldırım, Göktan:** Sosyal Hizmet BakıŖ Açısıyla ocuk Teslimine ve ocukla KiŖisel İliŖki Kurulmasına Dair İlamların İcrası ve Uygulamaları, YayınlanmamıŖ Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 317.

⁵⁷⁰ Bkz. 17. HD, 08.10.2002, E. 2002/220, K. 2002/338: **Artuç, Mustafa/Bıkmaz, Raif:** İcra-İflas Suçları ve Yargılama Usulü, Ankara 2005, s. 460-461.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamın icra edilmesi sırasında, borçlunun ilamın gereklerine aykırı davranması veya çocuğun direnmesi gibi sebeplerle, ilamda kişisel ilişkinin başlangıcı için öngörülen zamanın geçmiş olması muhtemeldir. Bu durumda dahi sürenin geçirilmesinde alacaklının kusuru olmadığı için ilama uygun olarak çocuğun kişisel ilişki kurulması için alacaklıya teslim edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁷¹.

Kişisel ilişki süresinin sonunda çocuğun tekrar takip borçlusuna, yani velayete sahip olan tarafa teslim edilmesi gerekir. Kanun'da bu konuda da herhangi bir düzenleme bulunmadığından uygulamada bazı icra müdürlerinin velayet sahibi takip borçlusunun açtığı talep üzerine, bazılarının ise kişisel ilişki süresi sonunda resen çocuğu tekrar teslim almaya gittiği görülmektedir⁵⁷². Yargıtay, çocuğun kişisel ilişki süresi sonunda tekrar teslim edilmesinde uzmanın bulunmasına gerek olmadığına karar vermiştir⁵⁷³.

C. İcra Müdürünün Zor Kullanma Yetkisi

İcra hukuku, niteliği gereği kişilerin normalde korunan haklarına müdahaleyi zorunlu kılmaktadır⁵⁷⁴. İcra müdürüne tanınan zor kullanma yetkisi de icra hukukundaki

⁵⁷¹ **Özbay**, Kişisel İlişki. “Bu sürenin borçlu ananın açıkça görülebilen çabaları ile geçirilmiş olması, yasanın amacına uygun olarak çocukla baba arasındaki şahsi münasebetin kurulmasını engellememelidir. Bir hakkın kullanılmasını iyi niyetli olmayan çabalarla engelleyen kimseyi yasa himaye etmez. İlamda belirlenen sürenin geçirilmesinde alacaklı babanın kusuru yoktur. Babanın çocuğu kendi nezdinde tutması ilam gereğidir... Davranışlarıyla ilamın kendisine yüklediği vecibeleri yerine getirmediği gibi, zamanında infazı da engelleyen ana müşterek çocuğu ile babası arasındaki şahsi münasebetin gecikmiş olarak da olsa kurulmasına ve sonuçlarına katlanmak zorundadır.” (12. HD, 06.12.1982, E. 1982/8917, K. 1982/9125: **Uyar**, İlamlı Takipler, s. 265).

⁵⁷² **Koçyıldırım**, s. 322.

⁵⁷³ “Yukarıda açıklandığı üzere küçüğün velayeti anneye verildiğine göre, babaya şahsi münasebet için bırakılan çocuğun tekrar anneye geri verilmesinde maddede öngörülen kişilerin bulunmasına gerek yoktur.” (12. HD, 20.12.2004, E. 2004/21711, K. 2004/26246: **KİBB**).

⁵⁷⁴ **Özekes**, İlkeler, s. 207.

cebir kavramının ve müdahale edilebilirliğin en somut örneğini teşkil eder⁵⁷⁵. Bununla birlikte, özellikle borçlunun şahsında zor kullanma şeklinde tezahür eden müdahalenin ölçülülük ve insan onuru ilkelerine uygun olarak kullanılması gerekir⁵⁷⁶. Her takip yolunun kendine özgü farklı özellikleri olması nedeniyle de bu denge korunurken, takip konusunun ne olduğu da dikkate alınmalıdır⁵⁷⁷. Bu nedenle çocuk teslimine ilişkin ilamlı takipte, söz konusu ilkeler özel bir önem arz eder.

Çocuğu teslim etmekle yükümlü olan borçlunun bu yükümlülüğe aykırı davranması halinde, İİK'nın 25. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca “*çocuk nerede bulunursa bulunsun ilam hükmü zorla icra olunur*”. Bu hükmün anlamı, icra müdürünün borçlunun ve çocuğun bulunduğu yere giderek ve gerekirse zor kullanarak, çocuğun borçludan alınarak alacaklıya teslim edilmesidir⁵⁷⁸. Eğer borçlu çocuğu rızasıyla teslim etmezse icra müdürü anılan fıkra çerçevesinde ilamın gereğini zorla yerine getirir.

Borçlunun icra emrine aykırı davranması halinde icra müdürünün zor kullanma yetkisi konumuz bakımından öncelikli olarak İİK'nın 25. maddesinde yer alan “zorla” ifadesinden kaynaklanmaktadır. Bunun yanında, icra müdürünün zor kullanma yetkisi⁵⁷⁹ ile kolluk kuvvetlerinin icra müdürünün emirlerine yerine getirme yükümlülüğünün, Kanun'un 41. maddesi atfıyla, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilamlı icra takiplerinde de uygulanabileceği kabul edilmektedir⁵⁸⁰. Kanun'un icra

⁵⁷⁵ **Özçelik, Volkan:** Genel Haciz Yoluyla Takipte İcra Müdürünün Zor Kullanma Yetkisi, (DEÜHFD 2014/16, s. 2909-2952), s. 2911.

⁵⁷⁶ **Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes,** s. 17-18; **Karşı,** s. 297 **Özekes,** İlkeler, s. 116; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz,** s. 237; **Özçelik,** 2923, 2930.

⁵⁷⁷ **Özekes,** İlkeler, s. 217.

⁵⁷⁸ **Uyar, Talih:** Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamlı Takipler ([www. e-uyar.com](http://www.e-uyar.com)).

⁵⁷⁹ İcra müdürünün anılan yetkilerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Özekes,** İlkeler, 163-170.

⁵⁸⁰ **Aydınlıyım,** s. 275; **Belgin,** s. 65; **Güven,** s. 138; **Özbay,** Öneriler, s. 70.

müdürüne tanıdığı zor kullanma yetkisi esasen genel haciz yoluyla takipler için geçerlidir. Buna karşın, Kanun'un çocuk teslimini taşınır teslimi gibi bir anlayışla düzenlemesi ve uygulamada çocuk teslimi işleminin alelade bir haciz işlemine benzetilerek yürütülmesi, pozitif hukuk açısından, genel haciz yolu bağlamında İİK'nın 80. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarının, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamlı takiplerde de uygulanabileceğini düşündürmektedir. Öte yandan, 5717 sayılı Kanun'un 19. maddesinde de İİK'nın 80. maddesine paralel olarak çocuğun iadesi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında icra müdürünün zor kullanma yetkisi olduğu açıkça düzenlenmiştir⁵⁸¹.

Zor kullanma yetkisinin kullanılıp kullanılmaması, somut olayın şartlarına göre icra müdürünün takdirinde olup tarafların talebine bağlı değildir⁵⁸². İİK'nın 80. maddesinin dördüncü fıkrasının lafzından çıkan sonuç, icra müdürünün zor kullanma yetkisinin sadece borçlunun şahsına yönelik olduğudur⁵⁸³. Bu itibarla icra müdürünün hiçbir şekilde borçlu olmayan kişiler üzerinde zor kullanma yetkisini kullanamayacağı ifade edilmiştir⁵⁸⁴. İcra müdürünün zor kullanma yetkisinin kişi bakımından sınırı, çocuk teslimine ilişkin icra takiplerinde bir sorunu ortaya çıkarmaktadır. Çocuğun fiilen takip borçlusunun yanında olmaması, örneğin yan komşuya bırakılması halinde, icra müdürü komşunun evine zorla girerek çocuğu alabilecek midir? Bu sorun üzerinde doktrinde ayrıntılı ve gerekçeli bir değerlendirme yapılmış değildir. Ancak konuyla ilgili yapılan çalışmalarda, icra müdürünün zor kullanma yetkisinin borçlu ve üçüncü kişileri kapsadığı, örneğin çocuğun üçüncü kişinin yanında bulunması halinde dahi oraya zorla girilerek çocuğun alınabileceği; ancak bu yetkinin hiçbir şekilde çocuğun şahsı üzerinde

⁵⁸¹ Bkz. aşa. s. 164.

⁵⁸² **Muşul**, s. 515; **Özçelik, Volkan**: İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Ankara 2014, s. 280.

⁵⁸³ **Kuru**, El Kitabı, s. 420; **Özçelik**, s. 2935.

⁵⁸⁴ **Kuru**, El Kitabı, s. 421; **Karşı**, s. 296; **Özçelik**, Takdir Yetkisi, s. 281. Aksi yönde görüş için bkz. **Postacıoğlu/Altay**, s. 375.

kullanılamayacağı ifade edilmiştir⁵⁸⁵. Kanaatimizce bu yöndeki görüşün temel dayanağı İİK'nın 25. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde “*çocuk nerede olursa olsun ilam hükmünün gereği zorla icra olunur*” şeklindeki ifade olabilir. Bu ifadeden icra müdürünün çocuğun fiilen bulunduğu yere bakılmaksızın zor kullanabileceği şeklinde bir anlam çıkmaktadır. Buradan da örnekteki durumda, çocuğu fiilen yanında bulunduran takip borçlusunun komşusunun kapıyı açmaması halinde, icra müdürünün o eve zorla girebileceği sonucuna ulaşılabilir. Öte yandan, icra müdürünün zor kullanma yetkisinin sadece borçluyla sınırlandırılması, alacak-borç ilişkisinin nisbi olmasıyla ilişkilendirilmektedir⁵⁸⁶. Oysa çocuk teslimine ilişkin ilamların kaynağını büyük ölçüde velayet hükmü oluşturur ve velayet, anne ve baba tarafından herkese karşı ileri sürülebilen bir hak olarak değerlendirilir⁵⁸⁷. Bu değerlendirmenin bir sonucu olarak yasal sebep ve velinin rızası olmaksızın, kimse çocuğu anne ve babasından alamaz. Zor kullanma yetkisi bağlamında mevcut takip türünün özelliklerinin de göz önüne alınması gerektiği düşünüldüğünde, yukarıda açıklanan ilkelere bağlı kalmak kaydıyla, pozitif hukuk bağlamında çocuk teslimine ilişkin ilamın icrasında zor kullanma yetkisinin, icrayı engelleyen üçüncü kişilere karşı da kullanılabileceği sonucuna ulaşmaktayız. Vardığımız bu sonucun, 25. maddede yer alan düzenlemenin buna cevaz vermesi nedeniyle, icra müdürünün yetkileri bağlamında kanunilik ilkesiyle⁵⁸⁸ de çelişmediği kanısındayız.

⁵⁸⁵ Uyar, Çocuk Teslimi; Aydınlyım, s. 275; Sarısözen, s. 66; Belgin, s. 65; Güven, s. 138; Özbay, Öneriler, s.74.

⁵⁸⁶ Özçelik, s. 2935.

⁵⁸⁷ Bkz. yuk. s. 38.

⁵⁸⁸ İcra hukukunda kanunilik ilkesi, cebri icra hukukunun bir “yaptırım hukuku” niteliği taşıması ve temel haklara müdahale sonucunu doğurması sebebiyle, icra müdürünün yetkilerinin ve cebri icra yollarındaki usul ve esasların mutlaka kanuna dayanması, bir başka ifadeyle önceden belirli olmasını ifade eder (Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 28; Özekes, İlkeler, s. 90). Aynı yönde bkz. Özçelik, s. 2921.

Çocuğun cebrî icra yoluyla takip borçlusundan alınarak alacaklıya teslim edilmesi süreci, taraflar ve özellikle çocuk için psikolojik olarak zorlayıcı olduğundan, uzmanın varlığına rağmen, icra müdürünün de bu hassasiyeti göz önünde bulundurarak “tatlı sert davranması” ve cebrî icradan kaynaklanan yetkilerini kullanırken çok dikkatli olması, zor kullanmayı son çare olarak görmesi gerekir⁵⁸⁹. Olması gereken hukuk bakımından, insan onuruna ve çocuğun üstün yararı ilkesine uygun olarak söz konusu ilamların icrasında, açık yasal düzenlemeler yapılmalı, icra müdürünün zor kullanma yetkisinin sınırları açıkça çizilmeli ve kısıtlanmalıdır⁵⁹⁰. Öte yandan, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında çocuğun nasıl teslim edileceğine ilişkin yasal düzenleme bulunmaması, fiilen teslim işleminin hacze benzetilerek uygulanmasına sebep olmaktadır⁵⁹¹. Ancak çocuk tesliminin haciz kavramıyla ilişkilendirilmesi işin niteliği itibarıyla uygun değildir. Hal böyle olunca da hacze ilişkin kurallar çocuk teslimi sürecinde gerek çocuğun korunması gerekse icra hukuku tekniği açısından ihtiyaçları karşılamamakta, bu nedenle uygulamada sorunların meydana gelmesi kaçınılmaz olmaktadır.

İİK’nın 25. maddesinin ikinci fıkrasında “*çocuğun teslim edildikten sonra diğer taraf haklı bir sebep olmaksızın çocuğu tekrar alırsa ayrıca hükme hacet kalmadan zorla elinden alınıp öbür tarafa teslim olunacağı*” düzenlenmiştir. Burada alacaklının yeni bir takip talebinde bulunması gerekmez; çocuğun diğer tarafça haklı sebep olmaksızın alınması halinde, aynı dosya üzerinden yapılan taleple çocuğun teslim edilmesi sağlanır⁵⁹². Maddede yer alan “haklı sebep” kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda bir açıklık yoktur. Doktrinde haklı sebebe örnek olarak, açılan bir değişiklik

⁵⁸⁹ Uyar, Çocuk Teslimi; Aydınlyım, s. 276; Güven, s. 138; Özbay, Öneriler, s. 74.

⁵⁹⁰ Özekes, İlkeler, s. 117.

⁵⁹¹ Bkz. yuk. s. 148.

⁵⁹² Aydınlyım, s. 275; Belgin, s. 68; Özbay, Öneriler, s. 72.

davası sonucunda çocuğun velayetinin diğer tarafa bırakılması yahut velayete sahip olan anne veya babanın kendi rızasıyla çocuğu diğer tarafa bırakması gösterilmiş ve bu sebeplerin haklı olup olmadığının icra müdürü tarafından takdir edilmeyeceği ifade edilmiştir⁵⁹³. Aksi yöndeki bir görüşe göre ise, haklı sebebin olup olmadığı icra müdürünün takdir yetkisi sınırları içinde kalır ve bizzat icra müdürü tarafından takdir edilerek, haklı bir neden görmezse ayrıca bir hükme gerek olmaksızın çocuğun teslimini sağlar⁵⁹⁴. Haklı sebep kavramına örnek olarak çocuğun ilam alacaklısı tarafından rızayla borçluya bırakılmış olması hali veya değişiklik davası sonucunda yeni bir ilam alınması gösterilmiştir⁵⁹⁵. Eğer değişiklik davası neticesinde öncekinden farklı bir ilam alınmışsa, bu defa icra müdürü bu ilamın gereğini yerine getirmek zorunda olup duruma ilişkin herhangi bir takdir yetkisi söz konusu değildir. Kanaatimizce anılan fıkranın düzenleniş amacı, velayet sahibi olmayan tarafın, çocuğu veli olan taraftan almasının sadece çocuğu fiilen kaçırmayla mümkün olabileceği düşüncesine dayanmaktadır. Bu ihtimalin gerçekleşmesi halinde, icra müdürü madde hükmünü uygulamalıdır. Diğer yandan borçlunun, herhangi bir mahkeme kararına dayanmaksızın, örneğin çocuğun yaz tatilinde gittiği kursa kendi evinin daha yakın olması gibi fiili sebeplerle çocuğu yanına aldığını ileri sürmesi halinde ise, ilama aykırılık meydana geleceğinden, her halde söz konusu hükmün uygulanması gerekecektir.

D. Takip Giderleri

İİK'nın 15. ve 59. maddelerinde yer alan genel hükümler uyarınca icra takibinde ortaya çıkan masraflardan borçlu sorumludur; ancak alacaklının yapılmasını istediği işlemin masrafını peşin olarak yatırması gerekir⁵⁹⁶. Bununla birlikte, HMK'nın 312.

⁵⁹³ **Belgin**, s. 68-69; **Özbay**, Öneriler, s. 72.

⁵⁹⁴ **Özçelik**, Takdir Yetkisi, s. 266.

⁵⁹⁵ **Özbay**, Öneriler, s. 72.

⁵⁹⁶ **Kuru**, El Kitabı, s. 121; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 87.

maddesinin ikinci fıkrasının kıyasen uygulanması sonucunda, borçlunun, icra emrini tebliğ aldıktan sonra yedi gün içinde çocuğu teslim etmiş ve hal ve davranışlarıyla kendisine karşı icra takibi yapılmasına sebebiyet vermemiş olması durumunda harç ve giderlerden sorumlu tutulmaması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁹⁷. Konumuzu oluşturan icra takiplerinde takip giderlerini avukatlık ücreti, yol ve posta giderleri oluşturur. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 30.01.2006 tarih ve 115 sayılı genelgesinde⁵⁹⁸ “*icra masraflarından sayılmak üzere ilamın icrası sırasında görev yapan uzman için makul bir ücret takdir edileceği*” belirtildiğinden, çocuk teslimine dair ilamların icrasında bulunan uzmanın ücreti de icra masraflarına dahildir.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında ortaya çıkan masrafların ödenmesine hangi tarafın katlanacağı konusunda uygulamada tereddütler yaşandığı, Yargıtay'ın birbirine zıt kararlar vermiş olduğu görülmektedir. Yargıtay bazı kararlarında genel hükümlere uygun olarak, aleyhine icra takibi başlatılmasına sebep olmuş borçlunun icra harç ve giderlerini ödemekle mükellef olduğunu belirtmiştir. Buna karşın, daha istikrarlı olarak verdiği kararlarda borçlunun, kişisel ilişki kurulmasına engel olan davranışları bulunmadıkça ve bu nedenle icra takibine sebep olduğu ispatlanmadıkça, kişisel ilişki hakkı sahibinin bunun gerektirdiği masraflara katlanmak zorunda olmasından hareketle, icra harç ve giderlerinden de sorumlu tutulamayacağına

⁵⁹⁷ **Kuru**, El Kitabı, s. 122; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 88; **Belgin**, s. 67-68. “*İİK'nın 25. maddesine göre çocuk teslimine dair olan ilam icra dairesine verilmesi üzerine borçluya 24. maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliğ edilir. Nitekim olayımızda da borçluya bir icra emri tebliğ edilmiştir. Bu tebligat üzerine çocuğun anne tarafından babaya ilamda belirtildiği şekilde teslimi gerekir. Annenin bu mükellefiyetini yerine getirmemesi üzerine ilamın zorla infaz edildiğine ve alacaklının icra memurunu teslimine icbar için götürdüğü konusunda dosyada bir bilgi ve belge yoktur. Annenin icra emrine karşı direnmesi sabit olmadan alacaklının icra memurunu kendiliğinden götürmesi sonucu yapılan masrafları borçludan istemeye hakkı yoktur.*” (12. HD, 28.05.1997, E. 1997/5845, K. 1997/6259; **SMİP**).

⁵⁹⁸ Bkz. http://www.adalet.gov.tr/duyurular/genelgeler/genelge_pdf/115.pdf (Erişim Tarihi: 06.09.2017).

hükmetmiştir⁵⁹⁹. Doktrinde bir görüşe göre ise, kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında, borçlunun en başta ilamın gereğini yerine getirmesi durumunda böyle bir icra takibi yapılmasına hiç gerek kalmayacak olması nedeniyle, giderlerden sorumluluğa ilişkin olarak İİK’da yer alan genel kurallardan ayrılmayı gerektiren bir durum yoktur⁶⁰⁰. Buna karşın aynı görüş, genel takip giderleri dışında söz konusu ilamların icrasında özel

⁵⁹⁹ “Şahsi münasebet tesisine yönelik giderlerin genel takip giderleri gibi düşünülmesi yerinde olmaz. BK’nın 73/3. maddesinde açıklandığı üzere, anılan maddenin 1 ve 2 numaralı bentleri dışında kalan borçları borçlunun bulunduğu yerde itfa zorunluluğu vardır. Bu nedenle çocuğun nezdinde bulunduğu anne veya babadan alınıp diğer tarafa teslimi işleminin çocuğun ve borçlu kişinin bulunduğu yerde gerçekleşmesi gerekir. O halde çocuğun diğer tarafla olan ilişkisini sağlamak için icra dairesine getirilmesi veya alacaklı olan ve talepte bulunan tarafın ikametgahında teslim edilmesi düşünülemez. Zira bu düşünce tarzı, çocuğun yararına ve her şeyden evvel korunması gereken sıhhi durumuna da uygun düşmeyecektir. Bu durumda istek sahibi anne veya baba, çocuğun bulunduğu yere gitmek ve oradan çocuğu teslim almak ve yine aynı şekilde ve yerde teslim etmek yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle istek sahibi çocuğu teslim almak ve teslim etmek için yaptığı giderleri de üstlenmek zorundadır ve diğer taraftan isteyemez. Meğer ki, teslim işlemine diğer diğer tarafın yani çocuğun elinde bulunduğu anne veya babanın mani olduğu iddia ve ispat edilmiş olsun. Somut olayda, müşterek çocuk ile baba arasında ilamda belirtilen günlerde şahsi münasebet tesisi sağlamak amacıyla anneye 3 örnek icra emri tebliğ olunmuş, 12.02.2011 ve devam eden aylarda da çocuk icra marifetiyle babaya teslim edilmiştir. 07.06.2011 tarihinde şikâyet eden icra dairesine başvurarak, ilam hükmüne rağmen eşinin, çocuğu kendisine teslim etmeyerek icra takibine sebebiyet verdiğinden yapılan masrafların eşinden alınması için muhtıra çıkartılmasını talep etmiş, icra müdürlüğünce 14.06.2011 tarihinde bu talep, annenin teslimde herhangi bir zorluk çıkarmadığından bahisle reddedilmiştir. Borçlunun çocuk tesliminde bir engeli bulunduğu ispat edilmeden şahsi münasebet tesisi ile ilgili yapılan giderler borçludan istenemez.” (12. HD, 27.03.2012, E. 2011/25080, K. 2012/9796: **SMİP**); “Anılan kararda müşterek çocuğun anne tarafından belirtilen yere götürüleceğine dair bir ibare bulunmamaktadır. Bu nedenle baba, çocuğu ile kişisel ilişkisini temin amacıyla yaptığı masrafları, ulaşım ve benzeri sair giderleri üstlenmek zorundadır. İlamın infazının borçlu tarafından engellendiği iddiası da kanıtlanmış değildir.” (12. HD, 15.06.2006, E. 2006/10187, K. 2006/12876: **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan**, s. 418-419); “... ilam gereğini yerine getirmediğinden alacaklının icra müdürlüğü aracılığı ile ilamın infazını temin etmek zorunda kaldığı anlaşılmaktadır. İcra takibine sebebiyet verildiğinden borçlunun takip masraflarını karşılaması gerekir.” (12. HD, 12.02.2004, E. 2003/25314, K. 2004/2441: **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan**, s. 418-419). Aynı yönde bkz. 12. HD, 13.05.1997, E. 1997/5114, K. 1997/5521; 12. HD, 19.03.1984, E. 1984/638, K. 1984/3162: **KİBB**.

⁶⁰⁰ Özbay, Kişisel İlişki.

olarak ulaşım, uzman, çocuğun teslim alınması ve teslim edilmesi gibi masrafların borçluya yükletilmeyip, alacaklı tarafından karşılanması gerektiğini savunmaktadır⁶⁰¹.

Kanaatimizce Yargıtay'ın borçlunun icrayı engelleyici davranışları ispatlanmadıkça giderlerden sorumlu tutulmayacağı yönündeki görüşünün; kişisel ilişkiye katlanmakla yükümlü olan borçluyu, ilamın gereğini yerine getirmeye hazır olduğu halde, alacaklının icra takibi yoluna gitmesi halinde koruma işlevi gördüğü söylenebilir. Buna karşın, gerçekten de genelde borçlunun ilama aykırı davranışları nedeniyle, alacaklının icra takibi başlatarak normalde yapacağı masraflardan çok daha fazlasına katlanmak zorunda bırakılması hakkaniyet ilkesine ve İİK'nın 15. ve 59. maddelerinde yer alan açık düzenlemelere uygun değildir. Kaldı ki uygulamada bazı borçluların henüz icra yoluna başvurulmadan önce kişisel ilişkiyi engelledikleri; fakat icra takibinde yükümlülüklerine uygun davrandıkları gözlemlenmiştir. Bu şekilde davranan borçlular, icra takibinde icrayı engelleyici davranışları bulunmadığından masraflardan sorumlu tutulmamaktadır. Kişisel ilişkinin belirli aralıklarla düzenli olarak devam eden bir süreç olması nedeniyle, her seferinde masrafları üstlenen alacaklıların çoğunun bir süre sonra söz konusu külfete katlanamadığı ve ilişkilerin kopma noktasına geldiği değerlendirilmiştir⁶⁰². Bu durum da mevcut uygulamanın kişisel ilişki hakkının amacına aykırı sonuçlar meydana getirdiğini göstermektedir. Bu nedenle kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasının giderlerden sorumluluk bakımından genel hükümlerden istisna tutulmaması gerektiği yönündeki görüşe biz de katılıyoruz.

⁶⁰¹ Özbay, Kişisel İlişki; Belgin, s. 87-88.

⁶⁰² Koçyıldırım, s. 323-324.

III. YURT DIŞINA VEYA TÜRKiYE'YE KAÇIRILMIŞ ÇOCUĞUN TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI

Tüm ilamlar gibi çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamlar da borçlunun ilamın gereğini yerine getirmemesi halinde icra hukuku vasıtasıyla cebren yerine getirilir. Bununla birlikte, ilam gereği teslim edilmesi gereken çocuğın yurt dışına kaçırılmış olması ya da yabancı bir ülkeden Türkiye'ye getirilmiş olması halinde milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanması gerekir. Bu nedenle uluslararası alanda hukuka aykırı olarak kaçırılan çocukların velayet veya kişisel ilişki hakkı olan tarafa iadesinin sağlanmasında bir iş birliği sistemi öngörölmesi için Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı'nda 25.10.1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme⁶⁰³ kabul edilmiştir. Türkiye de sözleşmenin tarafı olup, sözleşmenin uygulanmasını sağlamaya yönelik usul ve esasların düzenlenmesi amacıyla 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun kabul edilerek 04.12.2007 tarih ve 26720 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir.

Sözleşme'nin amacı, 1. maddesinde *“taraf devletlere gayrikanuni yollardan götürülen veya alıkonan çocukların derhal geri dönmelerini sağlamak ve taraf bir devletteki koruma ve ziyaret haklarına diğer taraf devletlerde etkili bir şekilde riayet ettirmek”* olarak tespit edilmiştir. Sözleşme taraf devletlere velayet ve kişisel ilişki hakkının hukuka aykırı olarak ihlal edilmesi halinde bu hakların etkin bir biçimde korunması ve çocuğın iadesinin derhal sağlanması yükümlölüğü getirmektedir. Söz konusu yükümlölük AIHS'nin 8. maddesiyle güvence altına aile yaşamına saygı hakkıyla

⁶⁰³ Sözleşme 25.10.1980 tarihinde kabul edilmiş ve 01.12.1983 tarihinde yürürlüğe girmiş; 21.02.1998 tarihinde ise Türkiye tarafından imzalamış ve 15.02.2000 tarih ve 23965 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4461 sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur.

da yakından ilişkilidir. Nitekim AİHM *Özmen v. Türkiye* kararında; anılan maddenin, bir ebeveynin çocuğuyla yeniden bir araya gelmesini sağlayacak önlemlerin alınması ilişkin hakları ile ulusal makamların bu tedbirleri alma yükümlülüğünü de kapsadığını vurgulayarak, çocuğun bulunarak iade edilmesi için alınan tedbirlerin etkili bir şekilde icra edilmemesinin, AİHS'nin 8. maddesinin ihlali anlamına geldiğini tespit etmiştir⁶⁰⁴.

Sözleşme'nin kapsamı temel olarak velayet veya kişisel ilişki hakkı ihlal edilerek, mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye götürülen çocukların iadesi olup; bu haklar çocuk kaçırılmamış olsaydı fiilen kullanılacak olması halinde, çocuğun fiilen götürülmesi, kaçırılması veya yerinin değiştirilmesi hukuka aykırı kabul edilir (Sözleşme m. 3, 5717 sayılı Kanun m. 2). Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca ihlal edilen hakkın kanundan, mahkeme veya idari makam kararından ya da tarafların anlaşmasından doğmuş olması önem teşkil etmez.

Sözleşme'nin uygulanarak hukuka aykırı biçimde kaçırılan çocukların iadesinin sağlanması için gerekli koşullar şu şekilde sıralanabilir:

- 1) Her iki devletin de Sözleşme'ye taraf olması,
- 2) Çocuğun haksız olarak mutad meskeni olan ülkenin dışında alıkonması veya yurt dışına kaçırılması,
- 3) Çocuğun on altı yaşından küçük olması.

Ayrıca Sözleşme'nin 12. maddesinde çocuğun kaçırıldığı tarihin üzerinden bir yıldan fazla zaman geçmiş olması ve mahkemece çocuğun yeni ortamına uyum sağladığı tespit edilmişse iade talebinin reddedilebileceği öngörülmüştür.

⁶⁰⁴ AİHM'nin 28110/08 sayılı *Özmen v. Türkiye* kararının Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-119950%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-119950%22]}) (Erişim Tarihi: 30.12.2016).

Sözleşme'nin öngördüğü sistem içinde ülkeler arasındaki iş birliği merkezî makamlar aracılığıyla yerine getirilir. 5717 sayılı Kanun'un 3/1.a maddesi uyarınca Türkiye'de merkezî makam görevi Adalet Bakanlığı'na verilmiştir. Aynı Kanun'un 4. maddesinde ise Adalet Bakanlığı'nın bu görevi yerel Cumhuriyet Başsavcılıkları aracılığıyla yerine getireceği düzenlenmiştir. Cumhuriyet Başsavcılıkları, çocuğun Türkiye'den yurt dışına kaçırılması halinde talep eden makam, başka bir ülkeden Türkiye'ye kaçırılmış olması halinde ise aracı makam olarak Kanun'da öngörülen görevleri yerine getirir⁶⁰⁵.

5717 sayılı Kanun'un 7/1 maddesinde *“çocuğun, velâyet hakkı ihlâl edilerek yerinin haksız olarak değiştirildiğini veya alıkonulduğunu ileri süren kişi, kurum veya kuruluşun, çocuğun geri dönmesini sağlamak için çocuğun mutlak meskeninin bulunduğu merkezî makama veya merkezî makama veya Sözleşme'ye taraf diğer herhangi bir devlet merkezî makamına başvurabileceği”* düzenlenmiş, aynı maddenin ikinci fıkrasında çocuğun iadesi davasının Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından açılacağı hükme bağlanmıştır. Yine aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca *“davanameye yabancı merkezî makam veya başvuruda bulunan veyahut çocuğu yanında bulunduran kişi tarafından ibraz edilen belgeler eklenir ve bu Kanun'un uygulanmasında merkezî makam tarafından gönderilen belgelerin tasdiki aranmaz”*. Çocuğun iadesine ilişkin davalarda görevli mahkeme aile mahkemesi, yetkili mahkeme ise çocuğun halen oturduğu veya koruma altına alındığı yer mahkemesidir.

Gerek aracı kurum olarak Cumhuriyet Başsavcılıkları gerekse iade davasının açılmasından sonra mahkeme tarafından, çocuğun rızayla teslim edilmesi için girişimlerde bulunulması gerekir; ancak uzlaşma sağlanamaması halinde çocuğun iadesi

⁶⁰⁵ **Giray, Faruk Kerem:** Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi, İstanbul 2010, s. 209.

için hiçbir şekilde baskı yapılamaz⁶⁰⁶. Adalet Bakanlığı'nın 16.11.2011 tarih ve 65/2 sayılı Genelgesi'nin 6. maddesinde de merkezî makam olan Adalet Bakanlığı'nın Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığıyla çocuğun rızayla iadesi veya tarafların sulh olması amacıyla her türlü girişimin yapılacağı düzenlenmiştir⁶⁰⁷. Cumhuriyet Başsavcılığı, çocuğu haksız olarak alıkoymuş veya kaçırmış olan kişiye, çocuğu rızasıyla iade etmediği takdirde Sözleşme'de ve Kanun'da öngörülen zorlayıcı hükümlerin uygulanacağını ihtar ederek, çocuğun rızasıyla teslim ve iade edilmesini veya uzlaşma yoluyla bir çözüm bulunmasını sağlamaya çalışmalıdır⁶⁰⁸. Eğer çocuğun rızayla iadesi sağlanamıyorsa, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından dava açılır. Kanun'un 8. maddesi uyarınca mahkemece esasa girilmeden önce tarafların sulh olmaları teşvik edilir ve sulh girişimi sırasında uzmanların görüşlerinden yararlanılabilir. Yargılamanın devamı için sulh sürecinin başarısız olması gerekir; yani maddede ifade edildiği üzere, *“sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir”*. İade davasının açılmasından sonra mahkeme tarafından çocuğun iadesi için yapılması öngörülen sulh teşviki, 4787 sayılı Kanun'un 7. maddesinde öngörülen aile mahkemesinin sulhe teşvik yükümlülüğünün bir başka görünüm biçimi olarak değerlendirilebilir⁶⁰⁹. Uygulamada ilk duruşmada taraflar mahkemece sulhe teşvik edilmekte ve bu şekilde bir çözüm bulunmasına çalışılmaktadır⁶¹⁰.

İade davası açıldığında mahkemece yapılan incelemede, kaçırma tarihiyle başvuru tarihi arasında bir yıldan daha kısa bir sürenin olması ve Sözleşme'nin 13. ve 20.

⁶⁰⁶ **Giray**, s. 211.

⁶⁰⁷ Anılan genelgenin tam metni için bkz. www.uhdigm.adalet.gov.tr (Erişim Tarihi: 10.10.2017).

⁶⁰⁸ **Giray**, s. 211.

⁶⁰⁹ Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Veçhelerine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 9: **SMİP**.

⁶¹⁰ Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, 1980 tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması Semineri, Ankara 2013, s.65.

maddelerinde⁶¹¹ öngörülen ret sebeplerinin bulunmaması halinde çocuğun derhal iadesine karar verilir.

5717 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca, bu Kanun çerçevesinde çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik talepler, çocuğun iadesi bakımından öngörülen usul ve esaslara bağlı olarak yerine getirilir. Sözleşme'nin 21. maddesinde de benzer bir hüküm yer almakta ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin taleplerin çocuğun iadesi talebiyle aynı şekilde yapılacağı hükme bağlanmış; ayrıca, merkezî makamlara iş birliği yükümlülüğü getirilmiştir. Burada çocuğun iadesinde olduğundan daha esnek ifadeler kullanılmış ve merkezî makamların iş birliği yükümlülüğü imkânları ölçüsüyle sınırlı tutulmuştur⁶¹².

5717 sayılı Kanun'da çocuğun iadesine dair kararların nasıl icra edileceğine ilişkin olarak birtakım düzenlemeler öngörülmüştür. İlk olarak, iade kararının icra

⁶¹¹ Sözleşme'nin 13. maddesi şu şekildedir: *"Yukarıdaki madde hükümlerine rağmen, talepte bulunulan Devletin adli veya idari makamı, geri dönmeye itiraz eden kişi, kurum veya örgüt: a) Çocuğun şahsının bakımını üstlenmiş bulunan kişi, kurum veya örgütün, yer değiştirme veya alıkoyma döneminde koruma hakkını etkili şekilde yerine getirmediğini veya yer değiştirmeye veya alıkoymaya muvafakat etmiş olduğunu veya daha sonra kabul etmiş olduğunu veya, b) Geri dönmemesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk olduğunu tespit ederse, çocuğun geri dönmelerini emretmek zorunda değildir. Adli veya idari makam keza çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün göz önünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri dönmelerini emretmeyi reddedebilir. Bu maddede yer alan şartların değerlendirilmesinde, adli veya idari makamların, çocuğun sosyal durumuna ilişkin bilgileri, merkezî makam veya çocuğun mutat ikametgâhi devletinin diğer herhangi bir yetkili makamı tarafından sağlanan bilgileri göz önünde bulundurması gereklidir."* 20. madde ise *"Çocuğun, 12. madde hükümleri uyarınca geri dönmeleri, talepte bulunulan Devletin insan haklarının korunması ve temel hürriyetlerine ilişkin ilkeleri izin vermiyor ise, reddedilebilir."* hükmünü içermektedir.

⁶¹² **Akıncı/Demir Gökyayla**, s. 245. Sözleşme'nin kişisel ilişkiyle ilgili düzenlemeleri, 21. maddesinde öngörülen kişisel ilişki hakkının teminatı bulunmaması; maddede adli veya idari makamlara değil merkezî makamlara iş birliği yükümlülüğü getirilmesine rağmen nasıl bir prosedür izleneceğinin açıklanmaması ve Sözleşme'nin 14. maddesi kapsamında sadece velayet kararlarının kendiliğinden tanınıp tenfiz edileceğinin öngörülmesine rağmen kişisel ilişki kararları için böyle bir olanak bulunmaması nedeniyle, uluslararası çocuk kaçırma olaylarında kişisel ilişki kurma hakkına tanınan güvencenin eksik olduğu yönüyle eleştirilmiştir (**Giray**, s. 222-225).

edilmesi için kesinleşmesi zorunludur. Kanun'un 18. maddesinde yapılan atıfla söz konusu kararların İİK hükümlerine göre çocuğun bulunduğu yerdeki icra müdürlüğünce icra edileceği, ancak İİK'nın 25. maddesi çerçevesinde icra emri tebliğine gerek olmadığı hükme bağlanmıştır. Medeni usul ve icra - iflâs hukukunda tebligat, hukuki dinlenilme hakkı bağlamında, tarafların aleyhine açılan bir davadan veya takipten haberdar olması işlevi gören önemli bir araçtır. Ancak bazı durumlarda tebligat yapılması, talep edilen hukuki himayenin amacına ulaşılmasını imkânsız hale getirebilir. Bu nedenle özellikle geçici hukuki himaye yargılamalarında kararlar karşı tarafa tebligat yapılmaksızın ve mahkemede dinlenmeksizin verilebilmektedir. Buna karşın, 5717 sayılı Kanun çerçevesinde alınan iade kararı tedbir kararı değil, dava sonucunda alınan bir ilamdır. Başlatılan icra takibi de ilamlı icra takibidir. Bu yönüyle iade kararının icrası, çocuk teslimine ilişkin ilamların icrasından, hatta genel çerçevede ilamların icrasından farklı bir özellik göstermektedir. Bu düzenlemenin amacı, Lahey Sözleşmesi'nin taraf devletlere getirdiği yükümlülüklerle uygun olarak çocuğun iadesi sürecinin en hızlı usullerle tamamlanmasının ve icra emrinin tebliğinden sonraki 7 günlük süre içinde çocuğun tekrar kaçırılma riskinin önüne geçilmesidir. Aksi takdirde çocuğun bu süre içinde tekrar kaçırılması, alıkonması, yerinin değiştirilmesi gibi sebeplerin mümkün olması nedeniyle taraf devletlerin yükümlülüklerine uygun davranmaması söz konusu olabilir; bu da uluslararası iyi niyete aykırı bir durum olarak değerlendirilebilir⁶¹³. İcra emri tebliğ edilmeden çocuğun tesliminin sağlanması, doktrinde çocuğun tesliminden sonra tekrar haksız olarak çocuğun alınması halinde ayrı bir hükme gerek olmaksızın çocuğun zorla

⁶¹³ **Köseoğlu, Bilal:** Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları, Ankara 2004, s. 31

diğer tarafa teslim edileceğine ilişkin düzenlemeye benzetilmiş ve çocuğun iadesinin bir an önce gerçekleşmesi adına isabetli bulunmuştur⁶¹⁴.

Kanun'un 19. maddesinde *"İcra sırasında çocuğu yanında alıkoyan veya kaçırın kişi bulunmaz veya bulundurulması mümkün olmazsa ilâmın yerine getirilmesi yokluğunda yapılır. Çocuğu alıkoyan kişi icra müdürlüğünün isteği halinde, çocuğun bulunabileceği yerleri derhal göstermek zorundadır. Bu yerler gerektiğinde zorla açtırılır."* şeklinde, 20. maddesinde ise *"Zor kullanma hususunda bütün kolluk kuvvetleri icra müdürlüğünün yazılı başvurusu üzerine kendisine yardım etmek ve emirlerini yerine getirmekle yükümlüdür."* şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Bu maddeler karşısında icra müdürünün çocuğun iadesine ilişkin olarak başlatılan icra takibi bağlamında zor kullanma yetkisinin olduğu kuşkusuzdur. Öte yandan 5717 sayılı Kanun'un 23. maddesi uyarınca başvuran tarafın bizzat kendisinin veya belirlediği kişinin ya da kurum yetkilisinin çocuğun cebri icra yoluyla teslim edilmesi sırasında hazır bulunması gerekir.

Çocuk teslimine dair ilamların İİK'nın 25. maddesi çerçevesinde icrasında, icra müdürünün ilamın gereğini zorla yerine getireceği hükme bağlanmışsa da, açıkça kilitli yerlerin açılması ve kolluk aracılığıyla zor kullanılması hükme bağlanmış değildir. Takibin taraflarının çocuğun teslim edilmesi işlemi sırasında hazır bulunup bulunmayacağına ilişkin bir düzenleme de yer almamaktadır. 5717 sayılı Kanun'un icra hukukuyla ilgili hükümlerinin bu anlamda İİK'ya nazaran daha açık ve tereddütsüz olduğu, bu nedenle özellikle icra müdürünün zor kullanma yetkisi açısından önemli bir yasal dayanak teşkil ettiği söylenebilir. Çocuk teslimine ilişkin ilamların icrasının hassas bir mesele olduğu düşünüldüğünde, çocuğun iadesi talebinde bulunan kişinin icra işlemi

⁶¹⁴ Köseoğlu, s. 32; Nebioğlu Öner, Şebnem: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İçtihat Analizi, (TBB 2014/115, s. 477-516), s. 498.

sırasında hazır bulunmasının öncelikle aranması da kanaatimizce Kanun'un amacı ve uygulamanın gerekleri açısından mantıklıdır.

5717 sayılı Kanun'un 22. maddesi şu şekildedir: *“İlamın yerine getirilmesinin, çocuğun fiziksel ve duygusal yönden gelişimini ağır bir tehlike altında bırakacağına uzman tarafından tespit edilmesi durumunda, icra müdürü tarafından, talep üzerine veya re'sen söz konusu tehlike ortadan kalkıncaya kadar icra ertelenir.”* İadeye ilişkin kararın uygulanması sırasında çocuğun psikolojisinin her koşulda etkilenir; ancak icranın ertelenmesi kararı verilmesi için ciddi ve ağır bir tehlikenin bulunması gerektiği ifade edilmektedir⁶¹⁵.

Bu madde Türk icra hukukunda çocuğun katılım hakkına işaret eden tek pozitif düzenleme olması ve icra müdürüne takdir yetkisi vermesi nedeniyle dikkat çekicidir. Buna karşın kanaatimizce çocuk hukukunun temel ilkelerine uygun olmakla birlikte, icra hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Uygulamada zaman zaman görüldüğü üzere çocuğun kişisel ilişki kurulmasını kesinlikle istememesi ve direnmesi, çocuğun duygusal gelişimi açısından bir tehlike olarak kabul edilebilir⁶¹⁶. 5717 sayılı Kanun'un 22. maddesi, uzmanın bu durumu tespit etmesi halinde, çocuğun teslim veya kişisel ilişki kurulmasına yoğun bir direnç göstermesi karşısında icranın ertelenmesi icra müdürünün takdirine bağlı olarak mümkün kılmaktadır. Söz konusu hüküm iki yönden çocuğun menfaati bakımından olumludur. Birincisi, çocuğun hükmün icrası sırasında ikna olmayarak buna direnmesine rağmen, ilamın gereğinin zorla yerine getirilmesi özellikle kişisel ilişki bakımından kişisel ilişki hakkından beklenen işlevin ortadan kalkmış olduğunu gösterir⁶¹⁷. Kural olarak çocuğun

⁶¹⁵ Akıncı/Demir Gökyayla, s. 273.

⁶¹⁶ Koçyıldırım, s. 59.

⁶¹⁷ Bkz. yuk. s. 80-81.

üstün yararının yargılamada mahkeme tarafından dikkate alınması gerekir. Yargılama aşamasında gerekli incelemeler yapılmış ve çocuğun üstün yararına uygun olarak kişisel ilişki kurulmuştur. İcra edilmek istenen ilam da esasında çocuğun üstün yararına uygun hükmü içeren ilamdır. Ancak hükmün verildiği zamanda çocuğun üstün yararına uygun olan kişisel ilişki; icra aşamasında çocuğun ciddi anlamda olumsuz etkilenmesi, korkması, kişisel ilişki kurmak istememesi gibi gelişmeler ve bunun uzman tarafından tespit edilmesi sonucunda, kanaatimizce kişisel ilişkinin çocuğun üstün yararına uygunluğu artık şüpheli hale gelmiştir.

Maddenin çocuk hukuku bakımından ikinci olumlu yönü ise, uluslararası hukuk tarafından da güvence altına alınan çocuğun katılım hakkına uygulama alanı verilmiş olmasıdır. ÇHS'nin 12. maddesi çocuğun görüşlerini açıklama hakkını güvence altına almakla birlikte, dava veya icra takibi bakımından herhangi bir ayırım yapmamakta, çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini açıklama, yaşı ve olgunluğu ölçüsünde dikkate alınma hakkı olduğuna vurgu yapmaktadır. Çocuğun görüşlerini açıklama hakkı, üstün yararının sağlanması için oldukça önemlidir⁶¹⁸. Bu nedenle, icra aşamasında çocuğun menfaatine uygunluğu şüpheli hale gelen kişisel ilişkinin zorla yerine getirilmesinin önüne geçilerek, icranın ertelenmesinin mümkün olması çocuğun üstün yararı ilkesine uygundur.

5717 sayılı Kanun'un 22. maddesi çocuk yönünden yukarıda açıklanan şekilde değerlendirilebilirse de, icra hukuku yönünden çeşitli soru işaretlerini gündeme getirir niteliktedir. İcra hukuku sisteminde icra müdürü sadece kanunda öngörülen hallerle sınırlı olarak takdir yetkisine sahiptir. İlk olarak, ilamlı veya ilamsız takip talebi alan icra müdürünün, borcun esasını yahut ilamın içeriğini inceleme yetkisi bulunmamaktadır. İcra müdürü, usulüne uygun olarak hazırlanmış bir takip talebini aldığı anda ilamsız icrada

⁶¹⁸ Bkz. yuk. s. 18-22.

ödeme emri, ilamlı icrada icra emri göndermek zorundadır. Çocuğun 5717 sayılı Kanun'a göre iade edilmesini içeren kararın icrasında ise icra emri tebliğ edilmeden ilamın gereği yerine getirilir. İcra müdürünün takdir yetkisi, takibin başlatılması ve icra emri gönderilmesi aşamasında hiçbir şekilde bulunmamaktadır. Hal böyleyken, ilamın fiilen icra edilmesi sırasında icra müdürünün takdiriyle ilamın gereğinin yerine getirilmemesi sonucunun doğması, kanaatimizce icra hukuku ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. İcra müdürünün talep dahi olmaksızın, çocuğun içinde bulunduğu ruhsal tehlikenin ortadan kalkmasına kadar icra işleminin ertelenmesine karar verebilecek olması, icra müdürünün uzman görüşüne dayanarak kullandığı takdir yetkisinin, mahkeme kararının önüne geçmesi anlamına gelir. Oysa ilamlı icra takibinin varlık sebebi ilamların yerine getirilmesinin bizzat devlet eliyle sağlanmasıdır. İcra müdürünün takdir yetkisinin kısıtlılığı ilkesine aykırılığı bir yana bırakılsa dahi, anılan maddenin uygulanmasında çeşitli sorular akla gelebilir. Çocuğun direnç göstermesi hangi noktaya kadar normal kabul edilebilecek, hangi noktadan sonra psikolojisi için sakıncalı hale gelecektir? Uzman sadece ilamın yerine getirilmesi sırasında gözlemlediği kadarıyla orada bulunduğu süre içinde çocuğun psikolojik veya fiziksel bir tehlike içinde bulunduğunu nasıl anlayacaktır? Bunun için çocukla ayrıca görüşmeli midir? Görüşmesine imkân verilse dahi tek görüşme yeterli olacak mıdır? Dahası maddede, söz konusu tehlikenin ortadan kalkmasına kadar icranın ertelenebileceği ifade edilmektedir. Görevi sadece ilamın icra edilmesi sırasında orada bulunmak olan uzman, tehlikenin ortadan kalktığını ne zaman, nasıl ve nerede anlayacaktır? Ya da tehlikenin ortadan kalkmış olduğuna icra müdürü tarafından mı karar verilecektir? Bir şekilde tehlikenin ortadan kalktığı kabul edilse dahi, ilamın icrası nasıl gerçekleştirilecektir? Tek bir maddeyle bu soruların hepsinin cevaplanması tabii olarak imkânsızdır. Ancak bu sorular cevaplanmadan da maddenin işlevini yerine getireceği de söylenemez.

Uygulamada da Yargıtay uzman görüşüne dayanılarak ilamın icra edilmemesini kesinlikle kabul etmemektedir⁶¹⁹. Gerçi Yargıtay’ın bu görüşü İİK’nın 25 ve 25/a maddeleri kapsamında başlatılan icra takiplerine ilişkin olup; anılan maddelerde böyle bir hüküm hiç yer almamaktadır. Ancak kanaatimizce 5717 sayılı Kanun’un 22. maddesi, icra hukukunun temel ilkelerine aykırı olduğu kadar, uygulamaya işaret eden düzenlemeler içermemesi nedeniyle teoride var olan çocuğun üstün yararını koruma amacını yerine getirmekten uzak bir hale gelmiş durumdadır. Bu nedenle daha farklı bir usulün izlenmesi kanaatimizce zorunludur. Olması gereken hukuk bakımından düşüncelerimiz çalışmanın sonucunda açıklandığından burada ayrıca yer verilmemiştir.

IV. UZMAN BULUNDURMA ZORUNLULUĞU

4949 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle İİK’ya eklenen 25/b maddesi uyarınca çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında uzman bulundurulması gerekmektedir. Kanun’a 2003 yılında yapılan bu eklemeden önce, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrası herhangi bir özellik arz etmemekte; yalnızca icra müdürü veya memurları eliyle yerine getirilmekteydi. Ancak İİK’nın 25/b hükmünün yürürlüğe girmesiyle birlikte söz konusu ilamların icrasında uzman bulundurulması bir zorunluluk haline gelmiştir.

Anılan madde “*Çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrası, icra müdürü ile birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulunması suretiyle yerine getirilir.*” hükmünü içermektedir. Madde gerekçesinde bu düzenlemenin amacının,

⁶¹⁹ Uzman görüşüne dayanılarak icranın ertelenmesine ilişkin doktrindeki görüşler ve Yargıtay uygulaması için bkz. a.ş. s. 176-179.

ÇHS'nin 9. maddesiyle taraf devletlere getirilen çocuğun anne ve babasıyla kişisel ilişki kurma hakkına saygı gösterme yükümlülüğü kapsamında, söz konusu ilamların icrasında, uzmanların bilgi ve tecrübelerinden yararlanılmak suretiyle, çocuğun rahatsız edici unsurlardan etkilenmesinin en aza indirgenerek üstün yararının korunmasının sağlanması olduğu ifade edilmiştir⁶²⁰. Öte yandan, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 30.1.2006 tarih ve 115 sayılı genelgesinde, uzman bulundurulmasının amacının, maddenin gerekçesine ek olarak uzmanların bilgi ve tecrübelerinden yararlanılması olduğu belirtilmiştir⁶²¹.

Kanun'da uzmanın Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirileceği hükme bağlanmıştır. Ancak 08.06.2011 tarih ve 27958 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 35. maddesi uyarınca anılan kurum kapatılmış ve görevleri Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na bağlı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne devredilmiştir. Bu nedenle bugün için, uzmanın görevlendirilmesi Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından yapılmaktadır.

A. Uzman Olarak Bulunabilecek Kişiler

İİK'nın 25/b hükmüne göre çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında bulunacak uzman sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzman olabileceği gibi, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimci de olabilir. Bu bölümde anılan mesleklerin ne anlama geldiğine kısaca değinilecektir.

⁶²⁰ Bkz. Madde gerekçesi.

⁶²¹ Bkz. yuk. s. 155.

Sosyal hizmet alanında çalışan kişilere sosyal hizmet uzmanı veya sosyal çalışmacı adı verilir⁶²². Sosyal hizmet ise, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu⁶²³, nun 3. maddesinde yapılan tanıma göre “*kişi ve ailelerin kendi bünye ve çevre şartlarından doğan veya kontrolleri dışında oluşan maddi, manevi ve sosyal yoksunluklarının giderilmesine ve ihtiyaçlarının karşılanmasına, sosyal sorunlarının önlenmesi ve çözümlenmesine yardımcı olunmasını ve hayat standartlarının iyileştirilmesi ve yükseltilmesini amaçlayan sistemli ve programlı hizmetler bütünü*” ifade eder. Sosyal hizmet uzmanı, kişi ve ailede ortaya çıkan rahatsızlıkları ve bunlara uygulanması gereken bakımı ve karşılanması gereken sosyal ihtiyaçları tespit ederek, danışanların durumunu takip eder⁶²⁴.

Eğitim bilimi anlamına gelen pedagoji, çocukların fiziksel ve ruhsal olarak sağlıklı gelişiminin sağlanmasını amaçlayan bir bilimdir⁶²⁵. Pedagoglar ise çocukların sorunlarının tespiti ve bulundukları koşullara göre uygun çözüm yöntemlerinin geliştirilmesiyle ilgili çalışmalar yapan uzmanlardır⁶²⁶. 06.11.1981 ve 17506 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle üniversitelerdeki pedagoji bölümü kapatılmıştır. Bugün için pedagog atamaları, eğitim fakültelerinin eğitim bilimleri (psikolojik danışmanlık ve rehberlik, eğitim programları ve öğretim, eğitimde ölçme ve değerlendirme, eğitim yönetimi, teftişi, planlaması ve ekonomisi) bölümlerinden mezun olanlar arasından yapılmaktadır⁶²⁷. Buna rağmen

⁶²² **Karagülmez, Ali/Ural, Sami Sezai:** Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2003, s. 169.

⁶²³ Bu Kanunun adı “Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu” iken (bu Kanun için bkz. RG 27.05.1983 tarih ve sa. 18059), 03.06.2011 tarihli ve 633 sayılı KHK’nin 35. maddesiyle yukarıdaki şekilde değiştirilmiştir.

⁶²⁴ **Karagülmez/Ural,** s. 170.

⁶²⁵ **Baktır, Selma:** Aile Mahkemeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 60; **Özbay,** Kişisel İlişki; **Belgin,** s. 94; **Güven,** s. 153.

⁶²⁶ **Karagülmez/Ural,** s. 171.

⁶²⁷ Çocuk Teslimi Raporu, s. 54.

İİK'nın 25/b hükmünde örneklendirilen uzmanlar arasında pedagogun da bulunması bir ilişki olarak değerlendirilmiştir⁶²⁸.

Psikoloji, en basit anlamıyla, insanı ve insan davranışlarını, zihinsel süreçleriyle birlikte inceleyen ve bunların altında yatan nedenleri araştıran bilimdir. Psikolog ise bireylerin duygu ve düşüncelerini, davranışlarını, zekâ ve yeteneklerini anlamaya çalışarak, onların davranışlarının düzeltilmesine ve geliştirilmesine katkıda bulunur; bireyin çevresiyle ilişkilerini ve uyum sürecini inceleyerek sorunların çözümünü hedefler⁶²⁹.

Kanun'da örneklendirilen en son meslek mensubu çocuk gelişimcisidir. Çocuk gelişimcisi; çocuğun gelişim sürecini gözlemleyerek özel eğitim ihtiyacı olan, korunmaya muhtaç durumda bulunan veya hasta çocukların her alanda gelişimlerinin sağlıklı bir şekilde sürdürülmesi için çalışan görevlidir⁶³⁰.

Kanun'da yukarıda açıklanan meslek mensupları örnek kabilinden sayılmıştır. Maddedeki "... gibi bir uzman" ifadesi, ilamların icrasında görev yapacak uzmanın başka bir meslekten de olabileceği anlamına gelir. Maddede sayılanlar dışındaki mesleklere örnek olarak psikolojik danışmanlık, rehberlik, çocuk psikiyatriliği gibi meslekler verilebilir. Bunlardan hiçbirinin hazır edilememesi halinde ise Kanun, yine de bir eğitimcinin icrada görev yapmasını zorunlu tutmaktadır. Bu nedenle söz konusu durumda, çocuğun yaşı ve sosyal koşullar gözetilerek, buna uygun olarak bir öğretmenden icra sırasında uzman sıfatıyla yardım alınmasının uygun olduğu ifade edilmektedir⁶³¹.

⁶²⁸ Belgin, s. 95.

⁶²⁹ Karagülmez/Ural, s. 173; Baktır, s. 59.

⁶³⁰ Özbay, Kişisel İlişki; Belgin, s. 95-96.

⁶³¹ Belgin, s. 96.

B. Uzmanın Atanması

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icra edilmesi sırasında, yukarıda açıklanan mesleklerden bir görevlinin uzman sıfatıyla hazır bulunması zorunludur. Bir başka ifadeyle uzman bulundurulmaksızın söz konusu ilamların icra edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, uzman bulundurulmadan icranın gerçekleştirilmesinin bir şikâyet sebebi teşkil edeceği kabul edilmektedir⁶³². Hatta bir görüşe göre uzman bulundurma zorunluluğunun çocuğun korunması ilkesi çerçevesinde kamu düzeniyle ilişkili olması nedeniyle şikâyet süresiz olmalıdır⁶³³. Yargıtay, uzman katılımı olmaksızın yapılan teslim işleminde icra mahkemesinin işlemi iptal etmesi gerektiğini belirtmektedir⁶³⁴. Şikâyet üzerine iptal edilen işlemin kanuna uygun olarak tekrar yapılması gerekir. Ancak uzman gözetimi olmaksızın yine de çocuğun teslimi sağlanmış olursa, icra mahkemesinin iptal kararı üzerine, çocuğun tekrar borçluya teslim edilmesi, sonrasında bu defa uzman nezaretinde olmak üzere takip alacaklısına tekrar teslim edilmesi gerekliliği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu sonucun pratikte hiçbir faydası olmadığı gibi, çocuğun daha fazla örselenmesine sebep olacağı kuşkusuzdur. Söz konusu durum, çocuk teslimi sürecinin icra hukukuyla bağdaşmadığına işaret eden bir başka göstergedir.

Çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam icra edilirken icra dairesi, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'ndan icrada bir uzmanın görevlendirilmesi

⁶³² **Belgin**, s. 98.

⁶³³ **Güven**, s. 152.

⁶³⁴ “Kaldı ki, çocuk babaya teslim edilirken ilgili maddede belirtilen kişilerden yararlanılmamıştır. Yukarıda açıklandığı üzere küçüğün velayeti anneye verildiğine göre, babaya şahsi münasebet için bırakılan çocuğun tekrar anneye geri verilmesinde maddede öngörülen kişilerin bulunmasına gerek yoktur. Mahkemece şikâyetin kabul edilerek icra müdürünün işleminin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde sonuca gidilerek istemin reddi yolunda hüküm kurulması isabetsizdir.” (12. HD, 20.12.2004, E. 2004/21711, K. 2004/26246: **KİBB**).

için resen talepte bulunur. Kapatılan ve yetkileri Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na devredilen Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü'nün 26.08.2003 tarih ve 2003/07 sayılı Genelgesi'nde, il ve ilçe müdürlükleri tarafından icra dairelerinden gelen taleplerin yerine getirilmesi için, icra sırasında hazır bulunabilecek uzmanların listesinin hazırlanması ve görevlendirmenin bu listeye göre dönüşümlü olarak yapılması esası kabul edilmiştir⁶³⁵. Bugün için bu görevlendirmeler Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü ve Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlükleri tarafından yapılmaktadır⁶³⁶.

Görevlendirmeyi yapacak kurum Kanun'da bu şekilde belirlenmişse de, uygulamada aile mahkemesi bulunan yerlerde genellikle icra dairesi tarafından aile mahkemesine yazı yazılarak aile mahkemesi bünyesinde istihdam edilmiş bulunan uzmanların icra işlemi sırasında görevlendirilmesi sağlanmaktadır⁶³⁷. Kanun'da bu uygulamanın karşılığı bulunmamaktadır. Ancak uzman bulundurulması zorunluluğun amacı, yukarıda ifade edildiği üzere, mahkeme kararının icra edilmesi sürecinde uzmanın bilgi ve tecrübesinden yararlanılarak çocuğun psikolojik olarak korunmasının sağlanmasıdır. Bu durum ise adli sosyal hizmet kavramıyla ilişkilidir. Adli sosyal hizmet, sosyal hizmetin hukuktaki konu ve sorunlara uygulanması anlamına gelip; özel hukuk ve ceza hukukunu kapsayıcı bir özellik gösterir⁶³⁸. Aile mahkemelerinde görevli uzmanlar da icra hukukunda münferit olarak İİK'nın 25/b maddesi çerçevesinde görevlendirilen uzmanlar da adli sosyal hizmetin bir parçasını oluşturur⁶³⁹. Adli sosyal hizmet bütünü içinde yer alan aile mahkemesi uzmanlarının, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki

⁶³⁵ **Koçyıldırım**, s. 66.

⁶³⁶ Çocuk Teslimi Raporu, s. 52.

⁶³⁷ **Doğan Yüksel, Neşe**: Nereden Çıktı Aile Mahkemelerindeki Bu Uzmanlar?, (TBBD, S. 99, 2012, s. 414-428), s. 428; **Koçyıldırım**, s. 66.

⁶³⁸ Amerikan Milli Adli Sosyal Hizmet Örgütü'nün aktarılan tanımlaması ve detaylı açıklamalar için bkz. www.nofsw.org (Erişim Tarihi: 11.09.2017).

⁶³⁹ **Koçyıldırım**, s. 104-115.

kurulmasına dair ilamların icrasında çalışma alanları itibarıyla daha işlevsel bir rol oynayabileceği düşünülebilir. 4787 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle aile mahkemesince verilen kararların takibi ve yerine getirilmesinde atanan uzmanların görevlendirilmesine cevaz verilmesi de kanaatimizce aile mahkemesi uzmanlarının çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrasında görev yapmalarına ayrıca bir hukuki temel teşkil eder. Açıklanan nedenlerle, icra sırasında hazır bulunacak uzmanların aile mahkemelerinde istihdam edilmiş uzmanlar arasından görevlendirilmesine yönelik uygulamanın daha isabetli ve uygun bir çözüm olduğu söylenebilir⁶⁴⁰.

C. Uzmanın Görevleri

Kanun'da çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında uzman bulundurma zorunluluğu öngörülmüş ancak uzmanın görevleri ve nasıl bir rol üstleneceği düzenlenmemiştir. 4787 sayılı Kanun'un 5. maddesinde, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun çeşitli maddelerinde, Çocuk Yuvaları Yönetmeliği⁶⁴¹'nin 11 ve 13. maddeleri arasında, Çocuk Destek Merkezleri Yönetmeliği⁶⁴²'nin de 32. ve 34. maddeleri arasında, icrada da uzman olarak atanabilecek sosyal çalışmacı, psikolog ve çocuk gelişimcisinin görevlerine yer verilmişse de, anılan görevler söz konusu kanunlar ve kurumlar bağlamındaki işler bakımından öngörüldüğünden, ilamların icra edilmesinde hazır bulunan uzmanın görevleri konusunda tam anlamıyla yol gösterici nitelikte değildir. Yukarıda açıklandığı üzere madde gerekçesinde ise sadece söz konusu düzenlemenin amacına işaret edilmiştir. İcra işlemi sırasında hazır bulunmak zorunda olan uzmanın görev ve yetkilerinin neler olduğu konusunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum ise, uzmanın icra prosedürü sırasında bulunduğu süre içindeki gözlemlerini bir

⁶⁴⁰ Benzer yönde bkz. **Tercan**, s. 36; **Çiftçi, Baran**: Aile Mahkemeleri Uzmanlarının Hukuki Niteliği ve Mesleki Uygulama Sorunları, (ABD 2007/3, s. 173-178), s. 175.

⁶⁴¹ Bu Yönetmelik için bkz. RG 07.01.1999, S. 23576.

⁶⁴² Bu Yönetmelik için bkz. RG 29.05.2015, S. 29310.

rapor olarak icra dosyasına yahut mahkeme sunup sunmayacağı, çocuğun korunması ihtiyacı varsa ilgili mercilere bunu bildirmekle yükümlü olup olmadığı, ilamın gereğinin yerine getirilmesinin çocuk için sakıncalı olduğuna kanaat getirmişse icranın ertelenmesini tavsiye edip edemeyeceği gibi birtakım sorunları gündeme getirmektedir⁶⁴³. Uzmanın görevlerine ilişkin olarak en somut düzenleme Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü'nün 26.08.2003 tarih ve 2003/07 sayılı Genelgesi'nde yer alan *“çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında sosyal hizmet ilkeleri uyarınca tarafların ve özellikle çocuğun yüksek yararına uygun olarak tesliminin sevgi ve saygı ortamı içerisinde gerçekleşmesinin sağlanması; icra tarihinden önce çocuğun yüksek yararına uygun olarak çocuk ve aile ile görüşülmesinin uygun olacağı”* şeklindeki ifadedir.

Madde gerekçesinden ve anılan düzenlemelerden hareketle, icrada hazır bulunan uzmanın, kararın uygulanma şeklini, tarafların davranışlarını ve süreci izleyerek bütüncül bir değerlendirme yapmak değil; sadece ilamın icrası sırasında çocuğun rahatsız edici unsurlardan koruması ve takibin taraflarının ve çocuğun o işleme yönelik olarak ikna etmesi gibi bir işlevi olduğu söylenebilir⁶⁴⁴. Bu kapsamda uzman, çocuğu mümkün olduğunca icra memurları ve varsa polis memurlarıyla iletişime geçirmemeli, çocuğun teslim edilmesinin üstün yararına uygun olduğunu vurgulayarak tarafları icrayı engellememeleri konusunda uyarmalı, çocuğu taraflar arasındaki husumetten kaynaklanan gergin ortamdan uzaklaştırarak, yapılacak işlem konusunda psikolojik olarak hazırlamalıdır⁶⁴⁵. Borçlu tarafın ilamın gereğinin yerine getirilmesine direnmesi halinde bu davranışının çocuğa zarar verdiği konusunda uyarmalı, alacaklının aşırı tepki

⁶⁴³ Koçyıldırım, s. 65.

⁶⁴⁴ Koçyıldırım, s. 111.

⁶⁴⁵ Mavi, Ömer: İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcra Uzmanının Rolü ve Çocuğun Durumu, (TBBD 2008/74, s. 269-281), s. 274.

göstermesi halinde onu sakinleştirmeli ve tarafları iş birliğine çağırarak çocuğu yaşanan gerginliğin dışında tutarak travmatik etkilerden korumaya çalışmalıdır⁶⁴⁶. Yargıtay da bir kararında uzmanın görevinin sadece çocuğa psikolojik yardımda bulunmak olduğunu belirtmiştir⁶⁴⁷. Doktrinde ayrıca uzmanın icra işlemi sırasındaki gözlemlerini, yorum ve değerlendirmelerini bir rapor haline getirerek icra dosyasına sunmasının etik bir sorumluluk olduğu ifade edilmiştir⁶⁴⁸.

İlamın gereğinin cebrî icra yoluyla yerine getirilmesi sırasında, tarafların tutumlarının meydana getirdiği olumsuzluklar veya çocuğun hiçbir şekilde istememesi gibi sebeplerden dolayı uzmanın kişisel ilişkinin kurulmasının çocuğun üstün yararına uygun olmaktan çıktığına kanaat getirmesi halinde, yine de ilamın gereğinin zorla yerine getirilip getirilmemesi gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, uzmanın çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasının o anda yapılmasının çocuğun üstün yararına uygun olmayacağı görüşünde olması ve bunu raporlaması halinde, çocuğun üstün yararının korunmasının temel bir ilke olması nedeniyle, icra müdürünün icrayı gerçekleştirmemesi gerekir⁶⁴⁹. Aksi halde uzman bulundurulması zorunluluğuna ilişkin kural anlamsız hale gelerek, uzmanın bulunmasının ve görüş bildirmesinin bir önemi

⁶⁴⁶ **Belgin**, s. 98-99.

⁶⁴⁷ “Boşanma ilamı ile mahkemece velayeti babaya verilen küçüğün anneyle kişisel ilişki kurması uygun görüldüğüne göre, görevi infaz işlemi sırasında yalnızca küçüğe psikolojik yardımda bulunmak olan uzmanın beyanına itibar edilerek infaz işleminin yapılmaması ilam hükmünü ortadan kaldırır nitelikte olduğu gibi, hükümet gerekçesinde atıf yapılan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 9. maddesinde yer alan; ‘yetkili makamlarca uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar verilmedikçe’ ve ‘çocuğun ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterileceği’ hükümlerine de aykırıdır. Bir diğer ifade ile küçüğün anne veya babası ile kişisel ilişki kurmasına ancak mahkemece karar verilebilir. Bu nedenle İcra Müdürlüğüne, infazın çocuğu psikolojik açıdan olumsuz etkileyeceğine yönelik uzman beyanına itibar edilerek, çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamın yerine getirilmemesi yasaya aykırıdır.” (12. HD, 09.06.2009, E. 2009/4318, K. 2009/12326; **KİBB**).

⁶⁴⁸ **Mavi**, s. 272; **Sarısözen**, s. 79.

⁶⁴⁹ **Mavi**, s. 276; **Belgin**, s. 100; **Elçin Grassinger**, Değerlendirme, s. 245.

kalmaz⁶⁵⁰. Kaldı ki bu şekilde yapılacak çocuk teslimi veya kurulacak kişisel ilişki, çocuğun psikolojisi üzerinde ciddi zararlar meydana getirebileceği gibi, kişisel ilişki kurma ve velayet hakkının amacıyla da bağdaşmaz⁶⁵¹. 5717 sayılı Kanun'un 22. maddesi de bu görüşün başka bir dayanağını teşkil etmekte ve kıyasen uygulanabileceği ifade edilmektedir⁶⁵². Benzer yönde başka bir görüş, icra müdürünün hukuk normunu kıyasen uygulamasının mümkün olmadığı, ancak tıpkı 5717 sayılı Kanun'da olduğu gibi, çocuğun üstün yararının korunması ilkesine öncelik verilerek İİK'ya da benzer bir hüküm konması gerektiğini savunmaktadır⁶⁵³. Aksi yöndeki görüşe göre ise mevcut kanuni düzenlemeler çocuğun üstün yararının korunması bakımından yetersiz olmakla birlikte; hiçbir şekilde icra müdürüne uzman görüşüne istinaden icranın yapılmamasına karar verme yetkisi tanımamaktadır⁶⁵⁴. İcra hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesi gereğince Kanun'da yazmayan bir yetki icra müdürü tarafından kullanılamaz⁶⁵⁵. Uzman görüşü mahkeme kararını bertaraf edecek şekilde değerlendirilemez. İcra müdürü başka bir kanun hükümlerini kıyasen uygulama yetkisine sahip olmadığı gibi, 5717 sayılı Kanun'un amacı ve kapsamı itibarıyla kıyasen uygulanabilir nitelik de taşımaz⁶⁵⁶. Çocuğun üstün yararının korunması gerekliliği kuşkusuz olmakla birlikte, bu ilke zaten yargılama sırasında gözetilmiş, çocuğun görüşü alınmış ve diğer tüm koşullar birlikte değerlendirilerek sonuca varılmış ve çocuk için en yararlı olan yol hükme bağlanmıştır⁶⁵⁷.

⁶⁵⁰ Belgin, s. 100.

⁶⁵¹ Güven, s. 157.

⁶⁵² Mavi, s. 276-278

⁶⁵³ Güven, s. 157-158.

⁶⁵⁴ Yılmaz, İİK Şerhi, s. 138; Sarısözen, s. 81.

⁶⁵⁵ Sarısözen, s. 83.

⁶⁵⁶ Sarısözen, s. 82.

⁶⁵⁷ Sarısözen, s. 89.

Yargıtay ise uzmanın görüşlerine dayanarak icranın yapılmamasını hukuka aykırı bulunduğu kararında⁶⁵⁸ uzmanın görevinin sadece çocuğa psikolojik destekte bulunmaktan ibaret olduğunu ve uzmanın görüşüne dayanarak infaz işleminin yapılmamasının ilam hükmünü ortadan kaldırır nitelikte olduğunu belirtmiş; ayrıca bu sebeple infaz edilmemesini ÇHS'nin 9. maddesiyle de güvence altına alınmış olan çocuğun anne ve babasının her ikisiyle de kişisel ilişki kurma hakkına aykırı bularak, uzman beyanına itibar edilerek icranın gerçekleştirilmemesi yönündeki işlemin iptal edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay'ın bu yönde verdiği karara olması gereken hukuk bakımından katılmak mümkün değildir. Ancak mevcut yasal düzenlemelerin uzmana da icra müdürüne de böyle bir yetki vermemesi nedeniyle pozitif hukuk bağlamında Yargıtay'ın değerlendirmesine katılmaktayız.

İİK'nın 25/b maddesinin gerekçesinde ifade edildiği üzere uzmanın hazır bulunmasının amacı çocuğun rahatsız edici unsurlardan olumsuz etkilenmesinin en aza indirgenmesidir. Yargı uygulamasında uzmanın sadece teslim anıyla sınırlı olarak çocuğa psikolojik destek olmak amacıyla hazır bulunduğu kabul edilmektedir. Uygulamadaki en önemli sorun, bu işlemler sırasında çocuğun psikolojik açısından örselenmesidir⁶⁵⁹. Ancak bu düzenleme mevcut haliyle kendisinden beklenen işlevi yerine getirmemekte, çocuğun psikolojik olarak korunmasını sağlamamaktadır⁶⁶⁰. Uzmanlar da görevlerinin belirsizliği, aksi yönde görüş bildirseler dahi icranın gerçekleşecek olması ve kendi yaklaşımlarıyla icra müdürünün yaklaşımı arasında çoğu zaman farklılık bulunması gibi nedenlerle bu görevden rahatsızlık duymaktadır⁶⁶¹. Çocuk teslimi veya çocukla kişisel

⁶⁵⁸ Bkz. yuk. s. 176.

⁶⁵⁹ **Koçyıldırım**, s. 320.

⁶⁶⁰ **Koçyıldırım**, s. 328.

⁶⁶¹ **Koçyıldırım**, s. 329. Uygulamada, infazın çocuğun üstün yararına aykırı olacağının anlaşılması nedeniyle gerçekleştirilmemesi gerektiği şeklinde rapor veren uzmanların, birçok alacaklı tarafından şikâyet edildiği; ancak çoğu şikâyetin sonuçsuz kaldığı ifade edilmiştir (**Koçyıldırım**, s. 330).

ilişki kurulmasına dair ilamın icra edilmesi sırasında, çocuğun fiilen bulunduğu yere takip alacaklısı olan taraf, icra müdürü, uzman ve çoğunlukla kolluk kuvvetleri birlikte gitmektedir. Çocuk açısından bakıldığında, teslim edilmesi gereken kişi haricindeki herkes yabancı olup; icra müdürü, polis veya uzman kimlikleri çok fark etmemektedir⁶⁶². Çocuğun gösterdiği direncin de teslim edilecek olan ebeveyniyle görüşmek istememesinden ziyade, gergin bir ortam içinde alıştığı evinden yabancılar tarafından alınıp götürülmesinden kaynaklandığı da ortaya konmuştur⁶⁶³. Bu durumun bertaraf edilmesi için çocuğun uzmanı en azından tanıyor olması önemlidir. Bunun için de uzmanın icra işleminin gerçekleşmesinden önce bir veya birkaç defa çocukla görüşmesi, hem uzmanı tanıması hem de psikolojik olarak kendisini bekleyen sürece hazırlanması açısından faydalı olacaktır. İlamın icrasında uzman bulundurulmasının zorunlu tutulmuş olması gibi, yapılacak bir yasal düzenlemeyle, ilamın gereğinin yerine getirilmesinden önce uzmanın çocukla görüşmüş olması ve çocuğun psikolojik olarak hazır olduğuna dair raporun dosyaya sunulması ve teslim işleminin bu aşamadan sonra yapılması zorunlu tutulabilir.

Çocuğun uzmanla önceden görüşmesine ek olarak, teslim işlemi sırasındaki gözlemlerini de rapor haline getirmesi kanaatimizce önemlidir. Olumlu kanaate rağmen, ilamın icrası sırasında çocuğun yine direnç göstermesi ve bu koşulda icranın gerçekleştirilmesinin psikolojisine zarar verecek noktada olmasının uzman tarafından tespit edilmesi halinde, daha sonra dosyaya rapor sunulmak kaydıyla uzmanın sözlü beyanı üzerine, 5717 sayılı Kanun'un 22. maddesindeki düzenlemeye benzer şekilde, icra müdürünün takibin geçici olarak sadece o an için ertelenmesine karar vermesi mümkün olmalıdır. Ancak bu halde icra müdürüne sınırsız bir takdir yetkisi verilmemeli, uzmanın yazılı raporunun dosyaya sunulmasının ardından dosya aile mahkemesine gönderilmeli

⁶⁶² Koçyıldırım, s. 190.

⁶⁶³ Koçyıldırım, s. 192.

ve aile mahkemesi derhal takibin devamı ya da ertelenmesi hususunda bir karar vermelidir.

Uzmanın icra takibindeki görevlerinin genişletilmesi, tarafsızlığı bakımından şüphe duyulması halinde gerekli hukuki çarelerin öngörülmesini de zorunlu kılar. İcra hukukunda menfaat dengesinin sağlanması ilkesi gözetilerek, icra takibi sırasında görev üstlenen uzmanın reddine ilişkin bir usul öngörülerek tarafsızlığının güvence altına alınması sağlanabilir.

Çocuğun istemesine rağmen aslında takip borçlusunun icrayı engellemesi halinde ise, bunun yaptırımları açık ve etkin bir şekilde öngörülmalıdır. Uzmanın bu anlamda üstleneceği bir rol bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icra edilmesi sırasında uzmanın bulunması son derece önemli bir kural olmakla birlikte, uzman bulunmasının amacının tam anlamıyla yerine getirilerek, çocuğun psikolojik sağlığının korunması bakımından görevlerinin tam anlamıyla belirlendiği yasal düzenlemelerin yapılması zorunludur. Böylece uygulamada uzmanların işlevine dair mevcut olan pek çok soru işaretinin ortadan kaldırılmış olacağı ve menfaat dengesinin çocuk yararına korunmasına yönelik önemli bir adım atılmış olacağı kanaatindeyiz.

V. ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN İLAMLARIN İCRASINDA ÖNGÖRÜLEN CEZAI YAPTIRIMLAR

İcra hukuku, borçlunun borcunu kendi rızasıyla yerine getirmemesi halinde hukuki cebir kullanılmak suretiyle alacaklının alacağına kavuşmasını amaçlar. Bunun için Kanun'da çeşitli zorlayıcı mekanizmalar (örneğin; borçlu aleyhine icra inkar tazminatına, inkar nedeniyle para cezası öngörülmesi) kabul edilmiştir. Ancak bazı konularda icra takibi sürecinde hukuki cebir yeterli görülmemiş, bazı eylemler cezai yaptırıma da tâbi tutulmuştur. Böylece alacaklının takibe konu ettiği alacağına ulaşması için, borçlunun kanundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesi sağlanacak ve kötü niyetli davranışlarının önüne geçilmiş olacaktır⁶⁶⁴. Nitekim İİK'nın 16. babında cezai hükümler öngörülmüş; 331 ve 345. maddeleri arasında cezai yaptırıma tâbi tutulan filler düzenlenmiş, 346 ve 354. maddeleri arasında ise yargılama usulüne ilişkin bazı kurallara yer verilmiştir.

İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesine İlişkin, Bu Sözleşmede ve Bu Sözleşmeye Ek Birinci Protokolde Yer Alanlardan Başka, Bazı Hak ve Özgürlükleri Güvence Altına Alan 4 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde “*hiç kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı*

⁶⁶⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 575; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 545; Üstündağ, s. 425; Günay, Mehmet: İcra Suçları, Ankara 2014, s. 26; Uyar, Talih: İcra ve İflas Hukukunda Suç Sayılan Fiiller, Manisa 1987, s. 3; Ercan, İsmail: İcra ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler, (SÜHFD, 2005/13/1, s. 7-32), s. 8; Aşık, İbrahim: İcra ve İflâs Kanunu'nda Yer Alan Cezaî Hükümler (m. 331–354) ve Anayasa'nın 38. Maddesinin Sekizinci Fıkrası, E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, 2007/60 (Erişim Tarihi: 12.10.2017). Doktrinde bir görüşe göre Kanun'un 16. babında yer alan ceza ve yaptırım hükümleri borçlu esas alınarak düzenlenmiş olduğundan, kötü niyetli alacaklı hatta üçüncü kişilerin icra organlarını kişisel menfaatleri için kullanması tehlikesini önlememekte, bu yönüyle icra hukukunun temeli olan menfaat dengesine aykırı sonuçlar oluşturmaktadır (Karşı, s. 571).

özgürlüğünden alıkonulamayacağı” güvence altına alınmıştır⁶⁶⁵. Öte yandan, Anayasa’nın 38. maddesine 03.10.2001 tarih 4709 sayılı Kanun’la⁶⁶⁶ eklenen sekizinci fıkrayla aynı hüküm tekrar edilmiştir. Anayasa’ya eklenen bu fıkra sonrasında İİK’da yer alan cezai hükümlerin Anayasa’ya uygunluğu tartışılmaya başlanmışsa da, doktrinde İİK’da yer alan cezaî düzenlemelerin, borçlunun borcunu yerine getirmemesi nedeniyle cezalandırılması anlamına gelmeyeceği kabul edilmiştir⁶⁶⁷. Bu konu Anayasa Mahkemesi tarafından da incelenmiş ve başvuruya konu edilen cezai hükümler Anayasa’ya aykırı bulunmamıştır⁶⁶⁸. Anayasa Mahkemesi kararın gerekçesinde, İİK’da öngörülen cezaî hükümlerin borçlunun borcunu yerine getirmemesinden dolayı değil, Kanun’da öngörülen belirli yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden kaynaklanan yaptırımlar olduğunu ve cebrî icranın etkin bir şekilde ilerlemesinin sağlanması suretiyle kamu otoritesinin korunmasını amaçladığını belirtmiştir.

Kanun’da yaptırıma tâbi tutulan fiillerden biri de çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulması emrine aykırılıktır. Bu emre aykırı davrananlara İİK’nın 341. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmiş olması halinde tazyik hapsi uygulanır.

⁶⁶⁵ Anılan Protokol 23.2.1994 gün ve 3975 sayılı Kanun’la uygun bulunmuş ve 14.07.1994 gün ve 21990 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

⁶⁶⁶ Bu Kanun için bkz. RG 17.10.2001, S. 24556.

⁶⁶⁷ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 574; **Karlı**, s. 571; **Üstündağ**, s. 427; **Ercan**, s. 24; **Özbek, Mustafa**: İcra ve İflâs Kanununda Mal Beyanında Bulunma Yükümlülüğünün İhlâli Hâlinde Öngörülen Tazyik Hapsi ve Disiplin Hapsinin Mükerrer Cezalandırma Yasağı Bakımından Değerlendirilmesi, (DEÜHFD 2014/16, s. 2447-2511), s. 2471. Her ne kadar borcun yerine getirilmemesinin değil, yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin yaptırımı olarak ifade edilse de, icra takibinin amacının alacağın tahsil edilmesi olması nedeniyle, yaptırımla alacaklının alacağına yaklaştırılması amaçlandığından, yaptırımın ismi ve özellikleri ne olursa olsun özgürlüğü bağlayıcı ceza öngörülmesi modern hukuk anlayışına aykırı olduğuna ilişkin görüş için bkz. **Uysal, Mehmet**: Yeni Yasaların Işığında İcra ve İflas Suçları ile Yargılama Yöntemine Farklı Bakış, (İBD 2006/80/3, s. 1013-1048), s. 1026. İcra hukukundaki cezai yaptırımlara ilişkin olarak karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Ercan**, s. 9-15.

⁶⁶⁸ Anayasa Mahkemesi’nin 21.11.2002 gün ve E. 2001/415, K. 2002/166 sayılı kararı için bkz. RG 28.02.2003, S. 25034.

Çocuğun teslim edilmesi gereği, genellikle çocuğun velayet hakkına sahip olan anne veya babası yanında bulunması gerekirken, diğer tarafın çocuğu fiilen yanında tutması halinde ortaya çıkar. Velayet fiili bakım ve gözetim hakkını da içerdiğinden, çocuğun velayete hiç veya artık sahip olmayan ebeveyninin yanında tutulması hukuka aykırı bir davranıştır. Söz konusu hukuka aykırı davranış TCK'nın 234. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suç teşkil etmektedir.

Bu başlıkta öncelikle genelde İİK'da yaptırıma tâbi tutulan fiillerin, özelde çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulması emrine muhalefet fiilinin hukuki niteliği tartışılmış ve söz konusu yaptırımın uygulanması için gereken koşullar ile yargılamaya ilişkin usul ve esaslar açıklanmıştır. Öte yandan, TCK'nın 234. maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonması suçunun unsurları kısaca incelendikten sonra, aynı fiilin hem İİK'nın 341. maddesi hem de TCK'nın 234. maddesinin kapsamına girmesi halinde nasıl bir değerlendirilme yapılması gerektiğine ilişkin görüşlerimize yer verilmiştir. Ancak açıklamalar yapılırken, İİK'nın 341. maddesi çerçevesinde yaptırıma tâbi tutulan fiilin suç teşkil etmemesi⁶⁶⁹ nedeniyle doktrinde yaygın olarak kullanılan “icra suçu” deyimini kullanılmamıştır. Benzer şekilde doktrinde yaygın bir şekilde yapılan “suçun unsurları” ayrımı da aynı sebeple takip edilmemiştir.

⁶⁶⁹ Bkz. aşı. s. 189.

A. İCRA VE İFLÂS KANUNU'NUN 341. MADDESİ KAPSAMINDA ÇOCUK TESLİMİ EMRİNE MUHALEFET

İİK'nın 31.05.2005 tarih ve 5358 sayılı Kanun'un⁶⁷⁰ 12. maddesiyle değişik 341. maddesi şu şekildedir: *“Çocuk teslimi hakkındaki ilamın veya ara kararının⁶⁷¹ gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilamın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişi tahliye edilir.”*

5717 sayılı Kanun'un 25. maddesinde de yaptırım hükmü öngörölmüş ve İİK'nın 341. maddesine atıf yapılmıştır. Bununla birlikte 5717 sayılı Kanun'un 25. maddesinde, yaptırıma tâbi tutulan fiil bakımından İİK'nın 341. maddesinin 5358 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki hali muhafaza edilmiş; ancak fail bakımından daha geniş bir düzenleme yapılmıştır. Anılan hüküm şu şekildedir: *“Çocuğun iadesine veya şahsî ilişki kurulmasına dair ilâmların icrası sırasında çocuğu gizleyen veya ilâmın icrasından sonra tekrar kaçıran taraf ile bu fiillere iştirak edenler ve bu Kanuna göre yapılan tebliğ, tedbir ve emirlere uymayanlar hakkında, İcra ve İflâs Kanununun 341 inci maddesi hükümleri uygulanır.”*

Madde lafzında sadece çocuk teslimine ilişkin ilam veya ara karara aykırılıktan bahsedilmektedir. Buna karşın, İİK'nın 25/a maddesinin 2. fıkrasında *“borçlunun bu emri tutmazsa ilam hükmünün zorla yerine getirileceği, alacaklının şikâyeti üzerine 341. maddeye göre cezalandırılacağı”* hükme bağlanmış olduğundan, çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin takibin gereğine aykırı davrananlara da İİK 341. madde kapsamında

⁶⁷⁰ Bu Kanun için bkz. RG 01.06.2005, S. 25832.

⁶⁷¹ Ara kararın gereğine aykırılık 30.07.2003 tarih ve 25184 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4949 sayılı Kanun'la maddeye eklenmiş, 5358 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikte de “ara karar” ifadesi korunmuştur.

yaptırım uygulanır. Anılan maddenin çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrasını düzenlemesi nedeniyle ikinci fıkrada yapılan atfın kişisel ilişki kurulmasına dair ara kararları da kapsayıp kapsamadığı konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre İİK'nın 25/a maddesinin ikinci fıkrasında yapılan atıf sadece icra emrine uyulmaması halindeki yaptırıma ilişkindir; kişisel ilişki kurulan karar bir ara karar ise, 341. maddede açıkça öngörülmediğinden “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi uyarınca borçluya karşı 341. madde anlamında yaptırım uygulanması mümkün değildir⁶⁷². Bu halde ancak HMK'nın 398. maddesi (HUMK 113/A maddesi) uyarınca ihtiyati tedbir kararına aykırılık anlamında yaptırım uygulanması söz konusu olabilir⁶⁷³. Aksi yöndeki görüş ise, 4949 sayılı Kanun'la İİK'nın 341. maddesine “ara karar” ifadesinin eklenmesinden sonra konunun tartışmaya açık olmaktan çıktığını, zira 341. maddede “ilam veya ara karar” ifadesinin kullanıldığını, bu nedenle çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ara kararın yerine getirilmesine muhalefet edenlere de aynı madde çerçevesinde yaptırım uygulanabileceğini savunmaktadır⁶⁷⁴. İİK'nın 25/a maddesinin ikinci fıkrasında çocukla kişisel ilişki kurulmasına muhalefet konusunda 341. madde hükmüne göre cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Uygulanacak yaptırım da 341. maddede düzenlenmiş, maddede ilam veya ara karar bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Bu nedenle kanaatimizce kişisel ilişkiye dair ara kararların icrasında da çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair emre muhalefet eden kişiler 341. maddede öngörülen yaptırıma tâbidir. Sonuç olarak kanımızca da İİK'nın 341. maddesi hem çocuk teslimine hem de çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında uygulanır⁶⁷⁵.

⁶⁷² **Günay**, s. 150.

⁶⁷³ **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan**, s. 6645-6646.

⁶⁷⁴ **Özbay, İbrahim**: Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması, (Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I, s. 319-331), s. 330; **Belgin**, s. 112; **Güven**, s. 172.

⁶⁷⁵ İİK'nın 341. maddesinin “çocuk teslimi emrine muhalefetin cezası” şeklinde olan başlığı “çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması emrine muhalefetin cezası” olarak değiştirilmesi daha isabetli olacağı haklı olarak ifade edilmektedir (**Özbay**, s. 327).

Çalışma konumuzu oluşturan İİK'nın 25/a ve 341. maddeleri, Anayasa Mahkemesi tarafından da değerlendirilmiştir. Öncelikle İİK'nın 25/a maddesinde yer alan “şahsi münasebette bulunmasına mani olunmaması” ifadesiyle Kanun'un 341. maddesinin iptali talep edilmiş ve fakat Anayasa Mahkemesi başvuruyu reddetmiştir⁶⁷⁶. Daha sonra İİK'nın 25/a maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının son cümleleri ve 341. maddesi, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 41. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle aynı ilk derece mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi 30.10.2014 tarihli kararıyla bu başvuruyu da reddederek söz konusu hükümlerin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 27.03.2014 tarih ve E. 2013/102, K. 2014/57 sayılı bu Kararı için bkz. RG 24.07.2014, S. 29070.

⁶⁷⁷ İlk karara göre daha ayrıntılı bir değerlendirme yapan Anayasa Mahkemesi'nin 30.10.2014 tarih ve E. 2014/58, K. 2014/163 sayılı kararının (bu Karar için bkz. RG 10.01.2015, S. 29232) gerekçesi şu şekildedir: “Kanun'un 25/a maddesi sahip oldukları ilam hükmü gereğince çocukla şahsi münasebet kurmaya hakkı olan anne, baba veya üçüncü kişilerin, ilam hükmünün yerine getirilmemesi halinde haklarını icra yolu ile elde etmelerine imkân tanıyan bir düzenlemedir. Bu düzenleme sayesinde çocuğun da Anayasa ile güvence altına alınan ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı korunmakta ve somut olarak hayata geçirilmektedir. Ayrıca alacaklının hakkını icra yoluyla alabileceğine ilişkin düzenlemeyle yetinilmemiş, maddenin son fıkrasında, çocukla kişisel ilişki kurulmasını engelleyen borçlunun, alacaklının şikâyeti üzerine tazyik hapsiyle cezalandırılacağı kuralı getirilerek hakkın etkin bir şekilde korunması amaçlanmıştır. Kanun'un itiraz konusu 341. maddesinde düzenlenen tazyik hapsi, suç karşılığı uygulanan bir ceza değildir. Tazyik hapsinde kişi yasal yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlanmak amacıyla belli bir süreye kadar hürriyetinden yoksun bırakılmakta, ancak, yükümlülüğünü yerine getirmesi ya da sürenin dolması hâlinde bu yaptırımın uygulanmasına derhal son verilmektedir. Bu bakımdan, tazyik hapsinin amacı, kişinin işlediği bir eylem nedeniyle cezalandırılması değil, belli bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlanmasıdır. İtiraz konusu kuralların amacının, çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmüne uymayan borçlunun eylemini suç sayarak cezalandırmak değil, borçluyu ilam hükmünün gereğini yerine getirmeye zorlamak ve lehine hüküm verilen tarafın yargı yerlerine başvurarak bu konudaki hakkını etkin bir şekilde koruyabilmesini sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönüyle, kanun koyucunun takdir yetkisi içinde olan kuralların, hukuk devleti ilkesine, hak arama hürriyetine, ailenin korunması ve çocuk haklarına aykırı bir yönü yoktur. Öte yandan itiraz konusu kurallar, çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmüne uymayan ve bu konuda lehine hüküm verilmiş herkes için geçerli olup kuralların eşlerden birine ya da diğer kimselere ayrıcalık tanıyarak eşitsizlik yaratan bir yönü de bulunmamaktadır.”

1. Hukuki Niteliği

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile kabahat ve cürüm ayrımının kaldırılmasına paralel olarak 31.05.2005 gün ve 5358 sayılı Kanun'la İİK'da bir dizi değişiklik yapılmış ve yaptırıma tâbi tutulan fiillerin bir kısmı⁶⁷⁸ için adli para veya hapis cezası, bir kısmı⁶⁷⁹ için disiplin hapsi, bir kısmı⁶⁸⁰ için ise tazyik hapsi öngörülmüştür⁶⁸¹. İİK'da yaptırıma tâbi tutulan fiillerin hukuki nitelikleri konusunda Kanun'da bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde de söz konusu fiillerin hukuki nitelikleri konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre, Kanun'da yaptırıma tâbi tutulan fiillerin niteliğinin yaptırımın türüne göre belirlenmesi doğru olmayıp, söz konusu fiiller icra hukukunun kendine özgü karakteri nedeniyle birtakım farklı özellikler taşısa da suç olarak kabul edilmelidir⁶⁸². Aksi yöndeki görüşe göre ise Kanun'da suç ve kabahat olmak üzere ikili bir ayırım yapılmak suretiyle; adli para veya hapis cezası öngörülen fiiller suç, disiplin ve tazyik hapsi öngörülen fiiller kabahat olarak düzenlenmiştir⁶⁸³. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir⁶⁸⁴.

⁶⁷⁸ Örneğin bkz. İİK m. 331/1, 332, 333/a, 335, 337/a, 338/1, 342 ve 345/b.

⁶⁷⁹ Örneğin bkz. İİK m. 339.

⁶⁸⁰ Örneğin bkz. İİK m. 76, 340, 341, 343 ve 344.

⁶⁸¹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 577; Günay, s. 31-32.

⁶⁸² Günay, s. 35.

⁶⁸³ Muşul, s. 1843; Ermenek, İbrahim: İcra ve İflâs Kanunu'nda Öngörülen Cezaî Hükümler Bakımından Ne Bis In Idem İlkesinin Uygulama Alanı, (TAAD, 19/2014, s. 279-320), s. 297; Çolak, Haluk/Altun, Uğurtan: Ceza Muhakemesinde Haksızlık Oluşturan Fiil Karşılığı Uygulanan Özel Bir Yaptırım Türü Olarak Disiplin ve Tazyik Hapsinin Hüküm ve Sonuçları, (AD, 27/2007, s. 8-39), s. 15; Nuhoglu, Ayşe: Aile Düzenine Karşı Suçlar, İstanbul 2009, s. 206; Muşul, Timuçin: İflâs Suçları – Taksiratlı ve Hileli İflâs Suçları ile Diğer İflâs Suçları, İstanbul 1998, s. 10.

⁶⁸⁴ “31.05.2005 gün ve 5358 sayılı Yasa ile İcra ve İflas Yasası'nın 16. bab kapsamındaki fiilleri ikili bir ayırma tabi tutarak, bir kısım eylemleri suç olarak, diğer bir kısım eylemleri ise, kabahat olarak düzenlemiştir. Bu kapsamda 337, 338/2, 339, 340, 341, 343 ve 344. maddelerdeki eylemler kabahat

Doktrinde bir başka görüş, İİK’da disiplin veya tazyik hapsi yaptırımlarına bağlanan fiillerin gerek TCK anlamında suç gerekse 5326 sayılı Kabahatler Kanunu⁶⁸⁵ kapsamında kabahat olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını⁶⁸⁶; söz konusu fiillerin ancak “kabahat benzeri” olarak nitelendirilebileceğini belirtmektedir⁶⁸⁷.

TCK’nın 5. maddesiyle genel nitelikteki TCK hükümlerinin ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı kabul edilmiştir. TCK’nın 45. maddesinde ise “*suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezaları*” olduğu hükme bağlanmıştır. Yapılan atıf nedeniyle TCK’nın 45. maddesi İİK bağlamında da geçerlidir. TCK’nın anılan hükümleri karşısında bir fiilin suç sayılabilmesi için fiilin işlenmesi halinde hapis veya adli para cezası yaptırımı uygulanması gerektiği rahatlıkla söylenebilir. Öte yandan İİK’nın 346. maddesinin birinci fıkrasında “*disiplin veya tazyik hapsine icra mahkemesinin karar vereceği*”, üçüncü fıkrasında ise “*bu bapta yer alan suçlarla ilgili davalara icra mahkemesinde bakılacağı*” düzenlenmiştir. Her ne kadar İİK’da, yaptırıma tâbi tutulan fiiller bakımından sistematik olarak suç ve kabahat ayrımı yapılmamışsa da, 346. maddede İİK’da düzenlenen suçlar ile tazyik ve disiplin hapsini gerektiren fiiller bakımından bir ayrıma gidilerek düzenlemelerin iki farklı fıkra da yapılması, kanun koyucunun da esasında tazyik hapsi ve disiplin hapsi gerektiren fiilleri suç olarak kabul etmediğini gösterir. Nitekim tazyik hapsinin temel mantığı, yerine getirilmeyen bir yükümlülüğe ilişkin olarak zorlama yapılması olup, söz konusu yükümlülük yerine getirildiğinde, örneğin İİK’nın 341. maddesine göre çocuğun teslimi

olarak düzenlenip, disiplin hapsi veya tazyik hapsi şeklinde yaptırımlara bağlanmış, 331, 332, 333, 333/a, 334, 335, 336, 337/a, 338/1, 342, 345/a, 345/b maddelerindeki eylemler ise suç kapsamında sayılmış, hapis cezası veya adli para cezası biçiminde yaptırımlara bağlanmıştır.” (CGK, 13.2.2007, E. 2007/17-16, K. 2007/28: **KİBB**).

⁶⁸⁵ Bu Kanun için bkz. 31.03.2005, S. 25772 (Mükerrer).

⁶⁸⁶ **Uysal**, s. 1024.

⁶⁸⁷ **Yalçın, İsmail**: Yeni Ceza Adalet Sisteminde Kabahatler, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2006, s. 16-17.

sağlandığında, tazyik hapsinin uygulanmasına derhal son verilir. Suç karşılığı uygulanan hapis cezalarında ise, yükümlülüğün yerine getirilmesi, örneğin TCK'nın 234. maddesinde kaçırılan çocuğun iade edilmesi, fiilin suç niteliğini ortadan kaldırmayacağı gibi cezayı da ortadan kaldırmaz. Bu nedenle kanaatimizce de tazyik hapsi bir ceza olarak değerlendirilemeyeceği gibi, tazyik hapsi yaptırımıyla karşılaşan fiil de suç niteliği taşımaz⁶⁸⁸.

Kabahat kavramı ise, Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre kabahat, *“kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık”* anlamına gelir. Anılan Kanun'un 16. maddesine göre *“kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirlerden ibaret”* olup, *“idari tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir”*. Çocuk teslimi emrine muhalefet ve İİK'da tazyik hapsi yaptırımına bağlanan diğer fiillerin kabahat niteliği taşıdığına söylenmesi ise, söz konusu kanun hükümleri karşısında zordur. Zira tazyik hapsi idari değil adli bir yaptırım türüdür⁶⁸⁹. Üstelik kabahatlere uygulanan yaptırımlar cezalardan daha hafif olsa da, idari yaptırımlarda da cezalarda da işlenen fiilin hukuka aykırı olması nedeniyle çektirme amacı söz konusudur. Tazyik hapsinin amacı ise kişinin bir davranışı yerine getirmeye zorlanması olup, yerine getirdiğinde hapsin uygulanmasına son verilir⁶⁹⁰. Belirtmek gerekir ki yargılamada İİK'da hüküm bulunmayan hallerde CMK hükümlerinin

⁶⁸⁸ AİHM, Hollanda iç hukukunda askeri disiplin cezası sayılan disiplin odasında hapis cezasına ilişkin olarak verdiği 5100/71, 5101/71, 5354/72, 5370/72 sayılı *Engel ve Diğerleri v. Hollanda* kararında, fiilin iç hukukta suç olarak tanımlanmış olması halinde AİHS çerçevesinde de suç olarak kabul edileceği; ancak iç hukukta suç olarak nitelendirilmeyen bir eylemin de, “fiilin niteliği”, “öngörülen cezanın niteliği ve ağırlığı” ölçütleri dikkate alınarak AİHS anlamında “suç” olarak nitelendirilebileceği yönünde bir değerlendirme yapmıştır. Kararın İngilizce metni için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57479%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57479%22]}) (Erişim Tarihi: 27.12.2017).

⁶⁸⁹ Ermenek, s. 309.

⁶⁹⁰ Bkz. aşı. s. 199.

uygulanması⁶⁹¹, fiilin hukuki niteliği konusunda belirleyici değildir. Zira Kabahatler Kanunu’nun 22., 28., 29. ve 40. maddelerinde CMK’ya atıf yapılmaktadır. Sonuç olarak, yukarıda açıklanan İİK’da sistematik olmayarak yapılan ayırım ve Yargıtay kararları gözetildiğinde, söz konusu fiillerin kabahat kavramına daha yakın olduğu kanaatindeyiz. Ancak söz konusu fiillerin hukuki niteliğinin ve buna bağlı olarak izlenecek prosedürler bağlamında doktrinde ve uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi açısından, yasal düzenleme yapılması gerektiği kanısındayız.

2. Yaptırım Uygulanması İçin Gerekli Koşullar

İİK’nın 341. maddesi uyarınca yaptırıma tâbi tutulan çocuk teslimi (ve çocukla kişisel ilişki kurulması) emrine muhalefet fiilinin teknik anlamda bir suç olmaması nedeniyle, fiilin işlenmesi neticesinde yaptırım uygulanması için gerekli koşullar, “suçun unsurları” ayırımı takip edilerek incelenmemiş; “yaptırım uygulanması için gerekli koşullar” başlığı tercih edilerek ele alınmıştır.

a) Çocuk Teslimi veya Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Bir İlamın veya Ara Kararın Bulunması

İİK 341. maddede düzenlenen yaptırımın uygulanmasının ilk koşulu, çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin bir ilamın veya ara kararın bulunmasıdır⁶⁹². Bir başka ifadeyle, söz konusu maddenin uygulanması için mahkemece verilmiş çocuğun teslimine veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair bir kararın varlığı gerekir⁶⁹³.

⁶⁹¹ Bkz. aşı. s. 209.

⁶⁹² **Uyar, Talih:** Çocuk Teslimi Emrine Muhalefet Suçu (www.e-uyar.com); **Günay**, s. 142.

⁶⁹³ **Karşı**, s. 588.

4949 sayılı Kanun’la madde metnine eklenen “ara karar” ibaresi nedeniyle, çocuğun teslimine veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair mahkeme kararı nihai karar olabileceği gibi, geçici hukuki koruma niteliği taşıyan bir ara karar da olabilir. Yaptırımın uygulanması bakımından ilam veya ara karar özelliği bir önem taşımamaktadır.

b) İlamin veya Ara Kararın İcra Takibine Koyulması

Borçluya karşı tazyik hapsi yaptırımının uygulanmasının bir diğer şartı, ilamın veya ara kararın icra takibine koyulmuş olmasıdır. Çocuğu teslim etmekle veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına katlanmakla yükümlü olan tarafın bu yükümlülüğünü mahkeme kararının icra takibine koyulmasından önceki bir zamanda yerine getirmemiş olması madde kapsamında değerlendirilmez⁶⁹⁴.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamlar, İİK’nın 25 ve 25/a maddeleri çerçevesinde icra edilir. Buna karşın aynı emri içeren karar bir geçici hukuki koruma kararı niteliğindeyse, HMK hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle kararın gereği doğrudan icra müdürü eliyle yerine getirilir⁶⁹⁵. 341. maddenin uygulanması için İİK 25 veya 25/a hükümleri çerçevesinde ilamlı icra takibi başlatılmış veya geçici önlem kararının yerine getirilmesi talep edilmiş olmasının bir farkı bulunmamaktadır.

c) Tazyik Hapsi İhtarını İçeren İcra Emrinin Borçluya Tebliğ Edilmesi

İlamlı icra takibi başlatıldığında icra müdürü bir icra emri hazırlayarak borçluya tebliğ eder. İİK’nın 25 ve 25/a maddeleri uyarınca borçluya gönderilecek icra emrinde, borçlunun çocuğu teslim etmemesi veya kişisel ilişkiye engel olması halinde ilam

⁶⁹⁴ Günay, s. 143.

⁶⁹⁵ Bkz. yuk. s. 100.

hükümünün zorla yerine getirileceği ve bu hareketin İİK'nın 341. maddesine göre yaptırıma tâbi tutulacağı ihtar yazılır. Söz konusu ihtar icra emrinin zorunlu yasal unsurlarından birisidir. İhtar içermeyen icra emrinin tebliğ edilmesi halinde, icra emrine aykırı davranış yaptırıma tâbi tutulamaz⁶⁹⁶.

İİK'nın 341. maddesi hükümünün uygulanması için icra emrinin ihtar içermesinin yanında, bizzat borçlunun kendisine tebliğ edilmesi gerekir⁶⁹⁷. İcra emrinin borçlunun vekiline tebliğ edilmesi halinde, borçluya tazyik hapsi yaptırımı uygulanması mümkün değildir⁶⁹⁸.

341. maddede yaptırım uygulanacak kişi takip borçlusuyla sınırlandırılmamış; *“ilamın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişi”* bakımından yaptırım uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Buradan hareketle borçlu dışında başka kişilerin de ilamın yerine getirilmesini engellemesi halinde tazyik hapsine tâbi tutulacağı söylenebilir⁶⁹⁹. İcra emri ve yaptırım ihtar sadece borçluya tebliğ edildiğinden, borçlu dışındaki kişilere yaptırım uygulanması için, onlar hakkında icra takibinin bulunması şart olmadığı gibi, doğal olarak tebligat yapılması şartının aranması da mümkün değildir⁷⁰⁰.

5717 sayılı Kanun'a göre verilmiş olan ilamın icrası Kanun'un 18. maddesi uyarınca, icra emri tebliğ edilmesi haricinde İİK hükümlerine göre

⁶⁹⁶ **Karlı**, s. 588; **Artuç/Bıkmaz**, s. 447; **Özbay**, s. 325. *“Ceza hukuku açısından ve cezaların şahsiliği prensibinin bir gereği olarak ve İİK'nın cezaya ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesi için, borçlunun kendisine de alacaklının talebi üzerine icra emri gönderilmesi yönündeki istek, memurlukça yerine getirilmelidir.”* (12. HD, 10.12.2002, E. 2002/24994, K. 2002/26158: **Kuru**, El Kitabı, s. 136).

⁶⁹⁷ **Uyar**, Muhalefet.

⁶⁹⁸ **Uyar**, İcra Suçları, s. 312.

⁶⁹⁹ **Özbay**, s. 327.

⁷⁰⁰ **Kürtül, Mehmet**: İcra ve İflas Suçları, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 440.

gerçekleştirileceğinden, kaçırılan çocuğun iadesi veya kişisel ilişki kurulmasına dair ilamın icrasında da bu şart aranmaksızın yaptırım uygulanır.

Çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasının geçici önlem olarak verilen bir ara karara dayanması halinde ise, kararın yerine getirilmesi ihtiyati tedbir hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla olur. Bu halde borçluya bir icra emri tebliğ edilmez ve dolayısıyla bu durumda da yaptırım ihtarını içeren icra emrinin tebliğ edilmesi şartının aranması mümkün değildir. Ancak HMK'nın 393. maddesinin kıyasen uygulanmasından hareketle, icra müdürünün borçluya ara kararın gereğinin yerine getirilmesine engel olunmamasını, aksi halde İİK'nın 341. maddesi çerçevesinde yaptırım uygulanacağını ihtar ederek bunu tutanağa geçirmesi ve infaz sırasında bulunmayan taraflara tebliğ etmesi gerektiği kabul edilmektedir⁷⁰¹.

d) İlamın Gereğinin Yerine Getirilmemesi

5358 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce İİK'nın 341. maddesinde yaptırıma tâbi tutulan fiil, *“ilamın veya ara kararının icrası sırasında çocuğun gizlenmesi ya da ilamın veya ara kararının icrasından sonra tekrar kaçırılması”* olarak ifade edilmişti. Bugünkü haliyle maddede daha genel bir ifade tercih edilerek *“ilamın veya ara kararının gereğinin yerine getirilmemesi veya yerine getirilmesinin engellenmesi”* fiili için yaptırım uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu değişiklikle birlikte sadece borçluya değil, çocukla kişisel ilişki kurma hakkı sahibi alacaklıya da kişisel ilişki süresi bittikten sonra çocuğu geri teslim etmemesi halinde yaptırım uygulanması mümkün hale gelmiştir⁷⁰². Çocuk teslimine dair ilamın icrasında borçlu yedi gün içinde çocuğu teslim etmekle yükümlüdür.

⁷⁰¹ Günay, s. 144.

⁷⁰² Artuç/Bıkmaz, s. 445.

Bu süre içinde çocuk teslim edilmezse ilamın gereği zorla yerine getirileceği gibi, alacaklının şikâyeti üzerine tazyik hapsi yaptırımı uygulanır.

İlamın veya ara kararın yerine getirilmemesi veya yerine getirilmesinin engellenmesi fiili, çocuğun gizlenmesi, kaçırılması, adreste kasıtlı olarak bulundurulmaması, tekrar kaçırılması ya da kişisel ilişki hakkı sahibinin kişisel ilişki süresi bitiminde çocuğu geri teslim etmemesi gibi şekillerde ortaya çıkabilir⁷⁰³. Kişisel ilişkiye dair kararların icrasında, kişisel ilişkinin başlangıç ve bitiş zamanının açıkça yazılı olması gerektiği, aksi halde yaptırım uygulanmayacağı kabul edilmektedir⁷⁰⁴. Örneğin Yargıtay'ın bir kararında *“takip dayanağı şahsi münasebetin tesisi hakkındaki ilamda teslim günleri belirtilip teslim saati belirtilmediği, sanığa hangi saatte çocuğun teslim alınacağını önceden bir muhtıra ile tebliğ edilmediği, sanığın bütün gün icra memurunu beklemek zorunda olmadığı”* ifade edilmiştir⁷⁰⁵.

Yukarıda açıklanan koşulların yanında, çocuğun teslim edilmemesinin veya kişisel ilişki kurulmamasının zorunlu ve haklı bir sebebe dayanması halinde fiilin hukuka aykırı olmaktan çıktığını ve bu nedenle yaptırım uygulanmayacağını kabul edilmektedir⁷⁰⁶. Bu duruma örnek olarak çocuğun kişisel ilişki saatinde hastaneye götürülmüş olması nedeniyle evde bulunmaması veya mücbir sebeple teslim edilememesi

⁷⁰³ **Uyar**, Muhalefet. *“Hukuk mahkemesinden verilip kesinleşen boşanma ilamı ile velayet hakkı müşteki anneye verilmiş olan 1993 çocuğu on beş gün süre ile annesinin rızası ile yanına alan sanığın süre sonunda geri vermemesi şeklinde gerçekleşen olayda sanığın eyleminin İİK'nın 341. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği...”* (2. CD, 18.04.2002, E. 2001/17091, K. 2002/6744: **SMİP**); *“... çocuğun teslimi için sanık adresine gidilmiş, ancak sanığın çocuğu evden ayırarak teslim etmediği anlaşıldığından...”* (12. HD, 16.05.1986, E. 1986/5922, K. 1986/5929: **Uyar**, İcra Suçları, s. 317).

⁷⁰⁴ *“Sanığa gönderilen icra emrinde çocukların tesliminin yapılacağı teslim gün ve saati ile yerinin belirtilmemesi karşısında atılı suçun oluşmayacağı gözetilmeden...”* 17. HD, 28.04.2005, E. 2005/11581, K. 2005/4457: **Artuç/Bıkmaz**, s. 451.

⁷⁰⁵ 12. HD, 31.10.1984, E. 1984/12157, K. 1984/11015: **Uyar**, İcra Suçları, s. 318.

⁷⁰⁶ **Artuç/Bıkmaz**, s. 447.

gibi haller verilebilir⁷⁰⁷. Benzer şekilde, Yargıtay bir kararında yaz tatilinde çocuğun tatile götürülmesi ve bu durumun karşı tarafa bildirilmesi halinde, kişisel ilişkinin engellenmesi amacı olmaması nedeniyle yaptırım uygulanmayacağını belirtmiştir⁷⁰⁸. Öte yandan, borçlunun çocuğu teslim etmesine rağmen daha çocuğun kendisinin kaçması halinde borçluya yaptırım uygulanmaz⁷⁰⁹. Haklı neden olup olmadığına, icra mahkemesi somut olayın özellikleri ve koşullarına göre karar verir⁷¹⁰.

Çocuğu teslim etmemenin haklı bir nedene dayanması halinde yaptırım uygulanmayacağını kabul eden Yargıtay'ın haklı neden kavramını geniş ele aldığı gözlemlenmekte; çeşitli kararlarında, ilamın icra edilmesinin çocuğun ruhsal durumu açısından sakınca teşkil edebileceğine ilişkin raporların yargılamada değerlendirilmesi gerektiğini belirtmekte, bu değerlendirmenin yapılmamasını eksik inceleme nedeniyle bozma sebebi olarak kabul etmektedir⁷¹¹. Sözü edilen kararlardan, çocuk tesliminin

⁷⁰⁷ "... borçluca ileri sürülen evde bulunmama gerekçesinin de kabul edilir olması karşısında çocuk teslimine ilişkin emre aykırılık kastından söz edilemeyeceği..." (8. CD, 02.04.1987, E. 1987/2368, K. 1987/3124: **Uyar**, İcra Suçları, s. 315).

⁷⁰⁸ "Yaz mevsimi başlaması nedeniyle çocuğu tatil yaptırmak için yanına alan ve tatil yerine götüren, daha önce de noter aracılığıyla gidecekleri yeri şikâyetçiye bildiren sanığın, çocuğun babası ile kişisel ilişkisini engelleme amacı taşıdığının kabul edilemeyeceği..." (8. CD, 14.05.1991, E. 1991/4124, K. 1991/5378: **Artuç/Bıkmaz**, s. 454).

⁷⁰⁹ **Artuç/Bıkmaz**, s. 445; "Çocuğun icra dairesinde annesi sanık tarafından müştekiye teslim edildiği, teslimden sonra çocuğun kaçtığı, sanığın müsnet suçu işlediğine dair başkaca bir delil bulunmadığı anlaşılmasına binaen..." (12. HD, 14.10.1979, E. 1979/8469, K. 1979/8217: **Uyar**, İcra Suçları, s. 319).

⁷¹⁰ **Günay**, s. 145.

⁷¹¹ "Sanığın temyiz dilekçesine eklediği sağlık kurulu raporuna göre 'çocuğun babayla yüzleşmesinde çok ciddi kaygı ve korkular taşıdığı göz önüne alınarak hafta sonları babaya verilmesinin velayet davası sonuçlanana kadar durdurulmasının uygun olduğu' bildirilmekle, bu belgelerin mahkemeye değerlendirilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı olduğu şekilde karar verilmesi yasaya aykırı olup, temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden hükmün istem gibi bozulmasına..." (16. HD, 25.06.2003, E. 2003/5100, K. 2003/6542: **Artuç/Bıkmaz**, s. 452); "Sanığın temyiz dilekçesine eklediği rapor fotokopilerine göre küçüğün 4 yaşına kadar kısa süreler için bile olsa anneden ayrılmasının ruhsal açıdan sakıncalı olabileceği belirtilmiş olmakla, bu belgelerin yeniden değerlendirilmesi ve sonucuna göre hüküm kurulması zorunluluğu bozmayı gerektirmiştir." (8. CD, 03.04.1996, E. 1996/4137, K. 1996/4779: **Artuç/Bıkmaz**, s. 452).

çocuğun ruh sağlığı açısından tehlike oluşturmaması halinde, teslim yükümlülüğün yerine getirilmemesi fiiline karşı yaptırım uygulanmamasının mümkün olabileceği anlaşılmaktadır. Buna karşın Yargıtay istikrarlı uygulamasında, ilamın icrasında hazır bulunan uzmanın, teslimin çocuğun ruhsal durumu bakımından sakıncalı olabileceği yönünde görüş belirtmesi durumunda dahi icranın gerçekleştirilmesi gerektiğine karar vermektedir⁷¹². Bu durumda çocuğun ruh sağlığı açısından sakıncalı olduğu yönündeki uzman görüşüne rağmen ilamın icra edilmesinin zorunlu olduğu; ancak yaptırım uygulanmayabileceği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bir yandan borçlu karşı koysa dahi, çocuğun istekleri ve ruh sağlığı yargılamada mahkeme tarafından zaten dikkate alınarak karar verilmiş olduğundan ilamın gereğinin zorla yerine getirilmesi istenmekte, diğer yandan ise bu karşı koymaya yaptırım uygulanmaması mümkün kılınmaktadır. Çocuğun üstün yararının korunması ilkesi çerçevesinde her olayda bedensel ve ruhsal sağlığının gözetilmesi gerekmektedir. Ancak mevcut uygulamanın çelişkili olduğu da ortadadır. Kanaatimizce çocuğun görüşleri ve ruhsal durumu fiilen teslim işlemi sırasında da dikkate alınmalı, yaptırıma engel bir durum teşkil ettiği kabul ediliyorsa teslim işlemi de evleviyetle yapılmamalıdır⁷¹³.

3. Yaptırım

İİK'nın 341. maddesinin ilk halinde “bir aya adar hafif hapis cezası” yaptırımı öngörülmüştür. 06. 06.1985 gün ve 3222 sayılı Kanun'un⁷¹⁴ 42. maddesiyle yaptırım “bir aydan üç aya kadar hafif hapis cezası” olarak değiştirilmiştir. 4949 sayılı Kanun'un 96. maddesiyle yapılan değişiklikle ise çocuk teslimi emrine muhalefetin cezası iki aydan altı aya kadar hafif hapis cezası olarak kabul edilmiştir. Nihayet maddeye bugünkü halini

⁷¹² Bkz. yuk. s. 155.

⁷¹³ Bu konudaki görüşlerimiz ilgili bölümde detaylı bir şekilde açıklanmıştır. Bkz. yuk. s. 178-180.

⁷¹⁴ Bu Kanun için bkz. RG 15.06.1985, S. 18785.

veren 5358 sayılı Kanun ile, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile birlikte ceza sisteminde yapılan değişikliklere paralel olarak söz konusu fiilin yaptırımını altı aya kadar tazyik hapsine çevrilmiştir⁷¹⁵.

Herhangi bir kanunda tanımı yapılmamış olan tazyik hapsi, borçlunun takibe konu yükümlülüklerini sağlamak amacıyla, yükümlülükleri yerine getirdiğinde tahliye edilmek üzere belirli bir süreye kadar özgürlüğünden yoksun bırakılması şeklinde tanımlanmaktadır⁷¹⁶. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün⁷¹⁷ 193/4 maddesi uyarınca tazyik hapsi tekerrüre esas olmayan, koşullu salıverilme hükümleri uygulanmayan ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen bir yaptırımdır.

TCK'nın 45. maddesinde suç karşılığı uygulanan yaptırım olarak cezalar hapis cezası ve adli para cezası olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, kişinin işlediği suçtan dolayı cezalandırılması değil bir yükümlülüğün yerine getirilmesi için zorlama amacını taşıyan tazyik hapsi, TCK anlamında bir suçun karşılığında verilen bir hapis cezası değildir⁷¹⁸. Çeşitli kararlarında bu konuya temas eden Anayasa Mahkemesi, İİK'nın 337. maddesinin

⁷¹⁵ Özbay, s. 326.

⁷¹⁶ Uysal, s. 1029.

⁷¹⁷ Bu Tüzük'e ilişkin olarak bkz. RG 06. 04. 2006, S. 26131.

⁷¹⁸ Özbek, Tazyik Hapsi, s. 2500; Günay, s. 41; Artuç/Bıkmaz, s. 27; Ermenek, s. 307-308. "... Disiplin ve tazyik hapsinin bir hapis cezası olmadığı, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinde tanımlanan disiplin hapsi kavramı içinde kaldığı ve kısmi bir düzeni korumak amacıyla getirildiği, kişinin kendisinden beklenen yükümlülüğü yerine getirdiği takdirde de serbest kalacağına ilişkin anlaşılmasına göre..." (11. CD, 21.03.2013, E 2013/6656, K. 2013/4666: **SMİP**); "Prensip itibariyle İcra ve İflâs Kanunu'na vazolunan cezai hükümler borçluyu kanun emirlerine karşı itaate mecbur etmek ve dolayısıyla alacaklının hakkını kolayca istihsal eylemek için bir nevi müeyyideden ibarettir." (İBGK, 11.12.1957, E. 1957/16, K. 1957/28: **KİBB**). Tazyik hapsinin teknik anlamda ceza olmadığı, borçluyu bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlamak amacıyla uygulanan bir tedbir niteliğinde olduğuna ilişkin görüşler için bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 576; Çakmak, Seyfullah: İcra Mahkemelerinde Müdafî Tayini, (AD 2006/25, s. 53-60), s. 57; Kardeşler, Erdoğan: 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda Düzenlenen İcra Suçları ve Cezaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2009, s. 13.

birinci fıkrasını iptal eden 28.02.2008 tarih ve E. 2006/71, K. 2008/69 sayılı kararında, Kanun'un 337. maddesinde yer alan disiplin hapsi ile 76. maddesinde yer alan tazyik hapsini, borçlunun mal beyanında bulunmaması fiiline karşı uygulanan birden fazla özgürlüğü bağlayıcı ceza olarak görmüş, yani tazyik hapsini suç karşılığı uygulanan bir ceza olarak değerlendirmiştir⁷¹⁹. Buna karşın Kanun'un 341. maddesinin Anayasa'ya aykırılığını değerlendirdiği yeni tarihli bir kararında ise tazyik hapsinin suç karşılığı uygulanan bir ceza olmadığını açıkça belirtmiştir⁷²⁰.

Tazyik hapsinin ceza olup olmadığının yanı sıra, disiplin hapsinin bir görünüm biçimi olup olmadığı hususunda doktrinde görüş birliği yoktur. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2 maddesinin (1) bendi uyarınca disiplin hapsi *"kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, ön ödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapsi"* ifade eder. Disiplin hapsinin amacının kısmî bir düzenin korunması, tazyik hapsinin amacının ise borçlunun yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlanması olmasından hareket eden görüşe göre tazyik hapsi disiplin hapsinden farklı bir yaptırımdır⁷²¹. Aksi yöndeki görüşe göre ise, her iki yaptırıma bağlanan sonuçların benzerliğinden dolayı tazyik hapsinin, disiplin hapsinin bir türü olduğu kabul edilmektedir⁷²². Yargıtay da tazyik hapsini, disiplin hapsi kavramı kapsamında değerlendirmektedir⁷²³. Aynı görüşte olan Anayasa Mahkemesi, 6284 sayılı Kanun'da öngörülen zorlama hapsinin Anayasa'ya

⁷¹⁹ Bu Karar için bkz. RG 16. 04. 2008, S. 26849.

⁷²⁰ Bu karar için bkz. yuk. s. 186.

⁷²¹ **Günay**, s. 39.

⁷²² **Halman Çetin, Emine**: İcra İflas Suçları ve Yargılama Usulü, Ankara 2010, s. 29; **Ermenek**, s. 308; **Çolak/Altun**, s. 10-11.

⁷²³ *"Disiplin hapsi için yapılan bu tanım, hapsen tazyik yaptırımını da kapsar niteliktedir. Bu tanım nazara alındığında, hapsen tazyik yaptırımı, 5237 sayılı TCK'da düzenlenen yaptırımlardan farklı niteliktedir."* (CGK, 14.11.2006, E. 2006/16-220, K. 2006/231: **SMİP**).

uygun olup olmadığını incelediği bir kararında, söz konusu yaptırımın bir yükümlülüğün yerine getirilmesine zorlayan ve ihlal halinde öngörülen disiplin hapsi olduğunu belirtmiştir⁷²⁴. İcra hukuku bağlamında disiplin hapsi yaptırımı, İİK'nın 337. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi sonucunda⁷²⁵, sadece İİK'nın 339. maddesinde mal veya kazançta artışı bildirmeme fiili bakımından öngörülmüş olup, borcun tamamının ödenmesi halinde “cezanın düşeceği” kabul edilmiştir. Bir başka ifadeyle yükümlülüğün yerine getirilmesi halinde disiplin hapsinin uygulanmasına da son verilir. Bu nedenle kanaatimizce de amacı, özellikleri ve sonuçlarının benzerliği gözetildiğinde tazyik hapsinin de bir tür disiplin hapsi olduğu kabul edilmelidir.

Tazyik hapsi borçluyu bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlamak için öngörülen bir yaptırım olduğundan, 341. maddede hapsin uygulanmasından sonra kararın gereğinin yerine getirilmesi halinde kişinin tahliye edileceği hükme bağlanmıştır. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün 193. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinde tazyik hapsinin ceza infaz kurumunda

⁷²⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 27.03.2014 gün ve 28954 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 28.11.2013, E. 2013/119, K. 2013/141 sayılı kararının gerekçesi şu şekildedir: “*Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. İtiraz konusu kuralda yer alan zorlama hapsi, bir suç karşılığı uygulanan ceza değildir. Zorlama hapsi, hukuki niteliği itibarıyla tedbir kararına uyma yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlayan ve bu yükümlülüğün ihlali hâlinde öngörülen bir disiplin hapsidir. Bu nedenle zorlama hapsi, bir hapis cezası olmayıp, şiddet uygulayan tedbirlere uymaya zorlayarak neticesi ağır suçların işlenmesinden önce suçun önlenmesini amaçlayan bir yaptırım olduğundan ceza kavramı dışında değerlendirilmesi gerekir. İtiraz konusu kuralda, zorlama hapsi yaptırımına bağlanan eylem, tedbir kararına uymama eylemi olup tedbir kararına aykırı davranan kişi kamu otoritesi tarafından verilen bir karara aykırı davrandığı için zorlama hapsi yaptırımı ile karşılaşmaktadır. Kişinin tedbir kararına aykırı davranışı, aynı zamanda bir suç oluşturuyor ise bu durum, hukuk düzeninin koruduğu farklı hukuksal menfaatlerin ihlali sonucunu doğuracağından mükerrer cezalandırmadan söz edilemez.*”

⁷²⁵ Bkz. yuk. s. 198.

yerine getirileceği öngörülmüştür. Anılan düzenlemeden hareketle, amacı ve hukuki niteliğindeki farklılıklara rağmen tazyik hapsi kararlarının da tıpkı hapis cezası kararları gibi infaz olunacağını söylemek mümkündür. Bu nedenle, yükümlülüğün yerine getirilmesi halinde yaptırıma tâbi tutulan kişinin tahliye edileceği düzenlemesinin, yükümlülüğün başka kişiler tarafından yerine getirilmesi olarak anlaşılması gerekir. Zira ceza infaz kurumunda tazyik hapsine tâbi tutulan kişinin yükümlülüğünü yerine getirerek çocuğu teslim etmesi fiilen mümkün değildir. Nitekim Kanun’da “gereği yerine getirilirse” şeklinde edilgen bir ifade kullanılmıştır.

4. Yargılamaya İlişkin Özellikler

İİK’da yaptırıma tâbi tutulan fiillerin yargılanmasına ilişkin kurallar İİK’nın 346. ve 354. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İİK’nın 353. maddesinin ikinci fıkrasında, suçlardan dolayı verilen kararlara karşı CMK’nın kanun yollarına ilişkin hükümlerinin uygulanacağı yönünde bir atıf mevcuttur. Buna karşın, genel olarak yargılamanın yürütülmesinde hüküm bulunmayan hallerde CMK hükümlerinin uygulanacağına dair bir atıf bulunmamaktadır. Yargıtay, Kanun’da açık ve özel düzenlemenin bulunmadığı hallerde, takip hukukuyla ilgili hususlarda HMK, ceza yargılamasıyla ilgili hususlarda ise CMK hükümlerinin uygulanmasının amaçlandığını belirterek, boşluk olan hususların CMK’da yer alıp İİK’ya aykırı olmayan hükümlerinin uygulanarak doldurulacağını kabul etmektedir⁷²⁶.

a) Görev ve Yetki

İİK’nın 346. maddesinin birinci fıkrasına göre gerek suç olarak düzenlenen fiillerden gerek aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre tazyik ve disiplin hapsi yaptırımına

⁷²⁶ Bkz. aşa. s. 209.

bağlanan fiillerden dolayı yapılan yargılamada görevli mahkeme icra mahkemesidir. İcra mahkemesi tarafından “icra ceza mahkemesi” sıfatıyla yargılama yapılır ve karar verilir⁷²⁷. Aynı maddenin ikinci fıkrasında icra mahkemesinde görülen bu işlerin diğer mahkemelerde görülen ceza davaları ile birleştirilemeyeceği hükme bağlanmıştır⁷²⁸. Ancak anılan hüküm icra mahkemesinde görülen birden fazla davanın birleştirilmesine engel değildir⁷²⁹. Sonuç olarak, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması emrine muhalefet fiilinin yargılaması da icra mahkemesi tarafından icra ceza mahkemesi sıfatıyla yapılır.

Yetkili mahkeme ise, İİK’nın 348. maddesi uyarınca icra takibinin yapıldığı yerdeki mahkemedir. İlamlı icrada Türkiye’deki bütün icra daireleri yetkili kılınmıştır. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması emrine aykırılıktan dolayı açılan dava da bu kurala bağlı olarak icra takibinin yapıldığı yerdeki mahkemede görülecektir. Buna karşın, yaptırım uygulanması talebinin sebebi çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilama değil, ara karara dayanıyorsa, bu kararın yerine getirilmesi HMK’nın 393. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kararı veren mahkemenin yargı

⁷²⁷ **Muşul**, s. 1844; **Uyar**, İcra Suçları, s. 471.

⁷²⁸ “İcra ceza mahkemeleri sadece İcra ve İflas Yasasında suç ve kabahat olarak düzenlenmiş bulunan bir kısım eylemleri, yasanın 349 vd. maddelerinde düzenlenen yöntemle yargılayan mahkemelerdir. Ayrıca bu mahkemelerin bakacağı davalar, diğer mahkemelerin görevine giren davalarla birleştirilemez.” (CGK, 11.12.2007, E. 2007/17-144, K. 2007/269: **KİBB**). Yargıtay’ın da kabul ettiği üzere birleştirme yasağının hem suç hem kabahat olarak düzenlenen fiillerin yargılandığı davaları kapsadığı kabul edilmektedir (**Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 579; **Artuç/Bıkmaz**, s. 29; **Kardeşler**, s. 118). Buna karşın doktrinde birleştirme yasağının maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olmasının, son fıkrada yer alan suç yargılamasının kapsam dışı bırakıldığı anlamına geldiği düşüncesinden hareketle, yasağı sadece ilk fıkra, yani kabahat olarak düzenlenen fiiller bakımından geçerli olduğuna ilişkin görüşler de ileri sürülmüştür (**Günay**, s. 181; **Uysal**, s. 1041). Kanaatimizce fıkraların sıralaması tek başına böyle bir kapsam kısıtlaması yapıldığı anlamına gelmemekte; icra ceza yargılamasının özellikleri gözetildiğinde, birleştirme yasağının her iki tipteki fiillerin yargılandığı davalar için geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekir.

⁷²⁹ **Muşul**, İflâs Suçları, s. 152.

çevresindeki icra dairesinden isteneceğinden, yaptırım yargılaması da dolaylı olarak ara kararı veren mahkemeyeyle aynı yargı çevresindeki icra mahkemesinde görülecektir.

b) Şikâyet

İİK’da yaptırıma tâbi tutulan fiillerin birçoğunun takibi şikâyete bağlanmıştır. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması emrine muhalefet fiilinden dolayı failin yaptırıma tâbi tutulması için, şikâyet edilmesi gerekir. İİK’nın 349. maddesinin birinci fıkrası uyarınca şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek suretiyle sözlü olarak yapılabilir. Şikâyet ceza muhakemesi hukukunda olduğu gibi Cumhuriyet Başsavcılığı’na değil, doğrudan icra mahkemesine yapılır ve bu nedenle bir iddianame hazırlanması söz konusu olmaz⁷³⁰. Yargıtay, takibin taraflarının veya icra müdürünün yaptırıma tâbi tutulan fiilin işlendiği iddiasıyla Cumhuriyet Başsavcılığı’na yapılan suç duyurusu neticesinde dava açılmaması gerektiğini belirtmekte; ancak davanın bu şekilde açılmasının davayı kamu davasına çevirmeyeceğini⁷³¹ ve bu durumun şikâyet edenden kaynaklanmadığı

⁷³⁰ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 578; Muşul, s. 1844; Günay, s. 184. Takibi şikâyete bağlı fiillerin yargılamasında doğrudan icra mahkemesine başvurulması ve bu nedenle Cumhuriyet savcısı tarafından iddianame hazırlanmayacağı kuşkusuz olmakla birlikte, TCK anlamında suç teşkil eden fiillerin yargılamasının da doğrudan icra mahkemesine yapılacak şikâyetle mi, yoksa Cumhuriyet Başsavcılığı’na yapılacak suç duyurusu neticesinde icra mahkemesinde dava açılmak suretiyle mi başlayacağı konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre bu tip suçların kovuşturması Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen iddianame ile icra mahkemesinde yapılmalıdır (Ermenek, s. 298; Artuç/Bıkmaz, s. 36-37; Çolak, s. 87). Aksi yöndeki görüşe göre ise İİK’da düzenlenen tüm suçlar doğrudan icra mahkemesine yapılacak şikâyetle kovuşturulur (Muşul, s. 1845; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 578). Yargıtay, TCK’ya atıf yapılan hallerde iddianame ile icra ceza mahkemesinde dava açılması gerektiğini kabul etmektedir (örn. bkz. 16. HD 24.01.2011, E. 2010/7543 ve K. 2011/6: KİBB). TCK’ya atıf yapılmayan diğer fiiller bakımından doğrudan icra mahkemesine yapılan başvuru ile yargılamanın yapılacağına karar vermektedir (örn. bkz. 16. HD, 20.11.2007, E. 2007/4756, K. 2007/4593; 16. HD, 03.10.2007, E. 2007/3706, K. 2007/3509; 16. HD, 03.10.2007, E. 2007/3846, K. 2007/3521; 16. HD, 29.05.2007, E. 2007/2065, K. 2007/2019: KİBB).

⁷³¹ CMK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte ceza hukukunda şahsi dava-kamu davası ayrımı kaldırılmıştır. Bu çerçevede, “davanın kamu davasına dönüşmeyeceği”nden anlaşılması gereken, yapılan yargılamada İİK’da öngörülen özel muhakeme kurallarının uygulanmaya devam edeceğidir. “İİK’nun 341.

durumlarda aleyhe sonuç doğurmaması gerektiğini kabul etmektedir⁷³². Yine benzer şekilde Yargıtay, şikâyet dilekçesinin doğrudan icra ceza mahkemesi yerine Cumhuriyet Başsavcılığı'na verilmesinde olduğu gibi yanlış mercie verilmesinin şikâyet süresi bakımından aleyhe sonuç doğurmayacağını kabul etmektedir⁷³³.

İİK'nın 341. maddesi uyarınca şikâyet hakkı sadece lehine hüküm verilen kişi, yani çocuğun teslim edileceği kişidir, bu kişi dışında başka bir kişinin söz konusu maddeye dayanarak şikâyetle bulunması mümkün değildir. Şikâyet süresi ise 347.

maddesinde öngörülen çocuk tesliminden kaçınma suçu takibi şahsi dava ikamesine bağlı suçlardandır. İcra Ceza Mahkemesinde yapılan duruşmaya şikayetçinin gelmemesi veya bir vekil göndermemesi halinde İİK'nın 349/5. maddesi uyarınca şikayet hakkının düşürülmesine karar verilmesi gerekir. İcra Ceza Mahkemesindeki davanın icab etmediği halde iddianame ile açılmış olması suçun mahiyetine ve neticesine tesir etmeyeceğinden Mahkemece yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz bulunmaktadır.” (16. HD, 31.03.2004, E. 2004/1937, K. 2004/5080: SMİP).

⁷³² “İcra İflas Yasası'ndaki suçlara ilişkin muhakeme usulünü düzenleyen 349. maddede herhangi bir değişiklik yapılmadığından, Yasada öngörülen şikayete bağlı suçlar açısından kendine özgü muhakeme usulü yeni dönemde de uygulanmak zorundadır. Bu açıklamalar ışığında varılan sonuçları şu şekilde belirtmek mümkündür: 1- İcra İflas Yasasında yer alan şikayete tabii suçlar dolayısıyla yapılan şikayet bu Yasanın 347. maddede belirtilen süreler içinde, aynı Yasanın 348. maddesinde gösterilen yetkili icra mahkemesine, 349. maddedeki yonteme göre yapılmalıdır. 2- Bu suçlarla ilgili olarak, 5271 sayılı CYY'nda değil, 2004 sayılı İİY'nda yer alan muhakeme usulü uygulanmalıdır. 3- 349. maddede şikayetin doğrudan İcra Ceza Mahkemesine yapılması öngörüldüğünden, 5271 sayılı TCY'nın 170. maddesi uyarınca iddianame düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır. Buna göre somut olay açısından yapılan değerlendirmede; İcra İflas Yasasının 337/a maddesinde düzenlenmiş bulunan ve kovuşturması şikayete tabi olan ticareti terk suçunda, şikayetin İcra İflas Yasasının 347. maddede belirtilen süreler içinde, 348. madde uyarınca yetkili olan icra ceza mahkemesine, 349. maddede gösterilen usule göre yapılması ve açılmış bulunan davada 2004 sayılı İİY'nın 349. maddesindeki yargılama yönteminin uygulanması gerektiğinde duraksama yaşanmamaktadır. Diğer taraftan, İİY'nın 349. maddesi uyarınca şikayet dilekçesiyle açılması gereken davanın, 5271 sayılı CYY'nın 170. maddesi uyarınca iddianame ile açılmış bulunmasında isabet görülmemiş ise de, somut olayda müştekiden kaynaklanmadığı için müşteki aleyhine sonuç doğurmayacağı kabul edilen bu hata, davayı kamu davasına dönüştürmeyecektir.” (CGK, 08.12.2009, E. 2009/16-139, K. 2009/283: KİBB).

⁷³³ “Şikâyet dilekçesinin hatalı mercie verilmesi halinde, verildiği tarihten itibaren evrakın ilgili mercie gönderilmesine ya da doğrusu da gösterilmek suretiyle hatalı mercie başvurduğu hususu ilgisine bildirildiği tarihe kadar şikâyetle ilişkin sürenin işlemeyeceğinin kabulü gerekir.” (16. HD, 16.02.2009, E. 2008/9489, K. 2009/766: KİBB).

maddede belirlenmiş olup, şikâyetin “fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl” içinde yapılması gerekir. Şikâyet süresi hak düşürücü süre niteliğinde olduğundan icra mahkemesince resen nazara alınır⁷³⁴.

Şikâyet eden kişinin şikâyetinden feragat etmesi halinde, İİK’nın 354. maddesi uyarınca “dava ve bütün neticeleriyle beraber ceza düşer”. Öte yandan, İİK’nın 349. maddesinin altıncı fıkrasına göre, duruşma günü usulüne uygun olarak kendisine bildirilmesine rağmen şikâyet eden kişi mazeretsiz olarak duruşmaya gelmez veya vekili aracılığıyla katılmazsa, icra mahkemesince şikâyet hakkının düşürülmesine karar verilir⁷³⁵.

c) Yargılama

İcra mahkemesinin ceza mahkemesi sıfatıyla göreceği davalarda yargılama usulüne ilişkin kurallar İİK’nın 349 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. 349. maddenin birinci fıkrasında şikâyet dilekçesini alan icra mahkemesinin hemen bir duruşma günü belirleyerek şikâyet edenin imzasını alıp şikâyet olunana ve varsa tanıklara çağrı kağıdı göndereceği düzenlenmişse de, uygulamada genellikle duruşma gününün şikâyet edene de çağrı kağıdı ile sonradan bildirildiği ifade edilmektedir⁷³⁶. Şikâyet olunanın icra mahkemesinin bulunduğu yerde değil başka bir yerde ikamet etmesi halinde, ifadesi istinabe yoluyla alınır. Mahkeme gerekli görürse tarafların duruşmada bizzat hazır bulunmasına karar verebilir (İİK’nın 349. maddesinin üçüncü fıkrası).

349. maddenin beşinci fıkrası uyarınca şikâyet olunanın duruşmaya gelerek ifade vermesi veya vekili aracılığıyla katılması gerekir. Bizzat dinlenmesine karar verildiği

⁷³⁴ Muşul, s 1845; Muşul, İflâs Suçları, s. 146.

⁷³⁵ Karsh, s 593.

⁷³⁶ Günay, s. 197.

hallerde mazeretsiz olarak duruşmaya gelmezse mahkemece zorla getirilmesine karar verilir; ancak bu yolla da duruşmaya gelmesi sağlanamazsa yargılama yokluğunda yapılır. Yargıtay, yargılamanın şikâyet olunanın yokluğunda yapılmasının buna ilişkin ihtarın çağrı kağıdında yer almasına bağlı olduğu, aksi halde savunma hakkının ihlal edilmiş olacağını kabul etmektedir⁷³⁷. Maddenin altıncı fıkrasına göre şikâyet edenin duruşmaya mazeretsiz olarak bizzat veya vekili aracılığıyla katılmaması halinde şikâyet hakkının düşürülmesine karar verilir.

Yargılama duruşma açılarak yürütülür⁷³⁸. Kanun'un 350. maddesi uyarınca duruşmada taraflar ve varsa tanıkları dinlenir; diğer delilleri değerlendirilir. Cumhuriyet savcısı duruşmada hazır bulunmaz. Deliller değerlendirilirken ve hatta şikâyet süresinin hesaplanabilmesi için icra takip dosyasının getirilerek mutlaka incelenmesi gerekir⁷³⁹. 351. maddede taraflar ve deliller yönünden bir kısıtlama hükmü getirilmiş ve şikâyetçinin dilekçesinde ileri sürdüğü delillerle bağlı olduğu, şikâyet olunanın ise bir kez tahkikatın genişletilmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. Yargıtay kimi kararlarında bu kural nedeniyle mahkeme hâkiminin resen delil araştırmakla yükümlü olmadığını belirtmişken⁷⁴⁰; bir kararında ise bu kısıtlamanın taraflar için geçerli olup hâkimi

⁷³⁷ “Sanığa tebliğ edilen duruşma davetiyesinde gelmediği takdirde muhakemenin yokluğunda görüleceğine ilişkin açıklamanın bulunmadığı bu suretle sanığın savunmasının kısıtlandığı gözetilmeksizin, cezalandırılmasına karar verilmesi isabetsiz olup...” (16. HD, 15.12.2008, E. 2008/8388, K. 2008/7907: **KİBB**).

⁷³⁸ **Muşul**, İflâs Suçları, s. 147. “İcra ve İflâs Kanunu'nun 349. ve 350. maddelerine göre İcra Mahkemesince duruşma açılarak yargılama yapılması ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekmektedir.” (16. HD, 20.10.2008, E. 6042/6373: **KİBB**).

⁷³⁹ “Suçun ne şekilde olduğu, suç tarihi ve şikâyet süresinin geçip geçmediği gibi esaslı hususların denetlenebilmesi için icra müdürlüğünün dosyasının celbi gerekir.” (CGK, 27.2.2007, E. 2007/16-49, K. 2007/48: **Günay**, s. 200).

⁷⁴⁰ “Kanunun 351. maddesi uyarınca şikâyetçinin dilekçesinde göstermiş olduğu delillerle bağlı olması ve şikâyet dilekçesinde ileri sürülen suçtan sanığın cezalandırılabilmesi için atılı eylemin başka bir suç oluşturumamasının gerekmesi karşısında, sanığın beraati yerine yazılı şekilde cezalandırılmasına karar verilmesi isabetsiz olduğundan...” (16. HD, 12.06.2012, E. 2012/1238, K. 2012/5225: **KİBB**). Benzer

bağlamadığını, gerçeğe ulaşmak amacıyla hâkimin delil araştırmasını resen yaparak tüm delilleri toplaması gerektiğini kabul etmektedir⁷⁴¹. Yargıtay kararlarındaki bu çelişkinin ortadan kaldırılması için, İİK’da düzenlenen fiillerin bir kısmı suç bir kısmı kabahat niteliği taşısa ve tazyik hapsiyle disiplin hapsi teknik anlamda bir ceza olmasa dahi, hürriyeti bağlayıcı yaptırım olmaları nedeniyle delil araştırması noktasında bir kısıtlama yapılmaması yönünde bir yasal düzenleme yapılması kanaatimizce daha isabetli bir çözüm olacaktır.

d) Karar

İİK’nın 352. maddesinde mahkemenin tüm delilleri inceleyip tarafları dinledikten sonra 5 gün içinde karar vereceği ve bu kararı Cumhuriyet savcısına bildirileceği hükmüne bağlanmıştır. Buna göre mahkeme tarafların tüm iddia ve savunmalarını dinleyip, gerek ileri sürülen gerek resen toplanan tüm delilleri inceledikten sonra kararını verir. Kararda tarafların kimlik bilgileri, kararın türü, uygulanan kanun maddeleri, yaptırım ve kanun yolu ile süresi açıkça belirtilir⁷⁴². Kararın Cumhuriyet savcısına bildirilmesinin amacı, itiraz yolu bakımından Cumhuriyet savcısının incelemesine imkân tanınması olup, Cumhuriyet savcısı yönünden itiraz süresi bu bildirimle başlar⁷⁴³. 341. maddede sadece takibin taraflarına değil, çocuk teslimini engelleyen üçüncü kişilere de yaptırım

kararlar için bkz. 16. HD, 28.05.2012, E. 2012/1190, K. 2012/4638; 16. HD, 29.12.2011, E. 2011/7869, K. 2011/10129; 16. HD, 07.02.2011, E. 2010/7850, K. 2011/681: **KİBB**.

⁷⁴¹ “İcra ve İflas Yasası’nda kendine özgü bir yargılama sistemi öngörülmüş olması, bu yasada düzenlenen suçlara ilişkin yapılan yargılama işlemlerinin ceza yargılaması faaliyeti olmadığı anlamına gelmemektedir. Bu yasada aksine kısıtlayıcı hüküm bulunmadığı hallerde ceza yargılamasının usul kurallarının öngördüğü ilkeler doğrultusunda somut gerçeğin her türlü kuşkudan uzak bir biçimde kesin olarak saptanması amacı ve adaletin tam olarak gerçekleşmesi için, öne sürülen ve olaya ışık tutabilecek nitelikteki tüm yargısal kanıtların araştırılıp tartışılması zorunluluğu, İİK’da düzenlenen suçlara ilişkin yapılan yargılamalarda da aynen geçerlidir.” (CGK, 01.02.2011, E. 2010/16-226, K. 2011/10: **KİBB**).

⁷⁴² **Günay**, s. 201.

⁷⁴³ **Günay**, s. 201.

uygulanabileceğinin kabul edilmesi nedeniyle şikâyet olunan kişinin birden fazla olması mümkündür. Bu halde kararda her biri yönünden ayrı ayrı hüküm kurulmalıdır. İİK'nın 354. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kararda ayrıca *“cezanın 354. maddede yazılı sebeplerle düşeceği”* de belirtilmelidir.

İcra mahkemesince yapılan yargılamada, şikâyet olunanın isnat edilen fiili işlediği ve yaptırım uygulanması için gerekli koşulların oluştuğu tespit edilirse, 6 aya kadar tazyik hapsi yaptırımı uygulanmasına karar verilir. Çocuk teslimi emrine muhalefette şikâyet olunan failin, emri yerine getirmesi halinde derhal tahliye edileceğinin yazılması gereklidir.

Yargılama sırasında şikâyetçi şikâyetinden feragat eder veya borç itfa edilirse İİK'nın 354. maddesinin birinci fıkrası uyarınca düşme kararı verilir. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması emrine muhalefette borç çocuğun velayet veya kişisel ilişki hakkı sahibine teslim edilmesi olduğundan, bunun gerçekleşmesi halinde düşme kararı verilmeli; infaza başlandıktan sonra yerine getirilmesi halinde ise derhal tahliye edilmelidir.

Yapılan yargılamada yaptırım uygulanması için gerekli koşulların oluşmadığı sonucuna ulaşırsa ve düşme sebeplerinden biri de bulunmuyorsa verilecek karar tabii olarak beraat kararı olacaktır. Yargıtay düşme kararı verilmesi gerekirken beraat kararı verilmesinin hukuka aykırı olduğunu değerlendirmektedir⁷⁴⁴.

⁷⁴⁴ “İİK'nın 347.maddesinde düzenlenen üç aylık süre geçtikten sonra şikayette bulunması nedeniyle müştekinin şikayet hakkının düşürülmesine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde sanıkların beraatlerine karar verilmesi yasaya aykırıdır.” (16. HD, 08.05.2012, E. 2012/1393, K. 2012/4147: KİBB).

e) Karara Karşı İtiraz

İİK'nın 353. maddesinde icra ceza mahkemesince verilen karara karşı başvuru yolları düzenlenmiştir. Maddede ikili bir ayırım gözetilerek ilk fıkrada disiplin ve tazyik hapsi olan kararlara karşı itiraz yolu kabul edilmiş, ikinci fıkrada suç teşkil eden fiillerden dolayı verilen kararların kanun yolu denetiminin ise CMK çerçevesinde genel hükümlere göre sağlanacağı öngörülmüştür. Çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulması emrine muhalefetin yaptırımı tazyik hapsi olduğundan, bu çerçevede verilen kararlara karşı başvurulabilecek yol itiraz yoludur.

Anılan maddeye göre verilen karara karşı, kararın tefhim veya tebliğinden itibaren 7 gün içinde şikâyet eden, şikâyet olunan veya Cumhuriyet savcısı tarafından itiraz yoluna başvurulabilir. Bu süre; karar, şikâyet olunan gıyabında verilmişse kararın tebliğinden, huzurunda verilmişse kararın tefhiminden başlar. Şikâyet eden yönünden ise yokluğunda karar verilemeyeceğinden süre her halde tefhimden itibaren başlatılır⁷⁴⁵. Cumhuriyet savcısı ise, kararın mahkeme tarafından kendisine bildirildiği tarihten itibaren 7 gün içinde karara karşı itiraz yoluna gidebilir⁷⁴⁶.

İcra ceza yargılamasında Yargıtay, İİK'da öngörülen özel düzenleme olmayan hallerde CMK hükümlerinin uygulanacağını belirtmekte ve icra mahkemesince yetkisizlik kararı verilmesi halinde Yargıtay, bu karara karşı da itiraz yoluna başvurulabileceğini kabul etmektedir⁷⁴⁷.

⁷⁴⁵ Günay, s. 212.

⁷⁴⁶ Günay, s. 201, 212.

⁷⁴⁷ "İİY'nın 5358 Sayılı Yasa ile değişik 348. maddesinde; cezai hükümlerin yer aldığı 16. babda yer alan fiillerden dolayı yetkili İcra mahkemesinin, icra takibinin yapıldığı yerdeki mahkeme olduğu, 353. maddesinde ise, icra mahkemesinin bu bölümdeki eylemlere ilişkin verdiği tazyik ve disiplin hapsi kararlarına karşı, yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine itiraz edilebileceği, suçlardan dolayı verdiği hükümlerle ilgili olarak ise 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın,

İtiraz başvurusu kararı veren mahkemeye yapılır. İtiraz üzerine mahkeme dosyayı “icra mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde icra mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde asliye ceza mahkemesine, icra mahkemesi hâkimi ile asliye ceza mahkemesi hâkiminin aynı hâkim olması hâlinde ise en yakın asliye ceza mahkemesine” gönderir. İtiraza bakmakla görevli olan mahkemece gerek itiraz dilekçesinde ileri sürülen gerek resen gözettiği sebeplerle inceleme yapılır. İtiraz yerinde görülürse itirazın kabulüyle birlikte yeni bir karar da verir; kural olarak dosya yeniden karar verilmesi için kararı veren mahkemeye gönderilmez⁷⁴⁸. Ancak eğer bir eksiklik varsa bu eksikliğin giderilmesi için dosya kararı veren mahkemeye iade edilir⁷⁴⁹. İtiraz üzerine verilen kararlar kesin olup mahkûmiyet kararı, kesinleşmesiyle birlikte infaz edilmesi için Cumhuriyet Başsavcılığı’na gönderilir. İİK’nın 354. maddesinin üçüncü

yasa yollarına ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiş, 5271 Sayılı Yasanın 223. maddesi uyarınca hüküm sayılmayan yetkisizlik kararlarına karşı ise başvurulacak yasa yolu konusunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak yasanın bütünlüğü içerisinde konu değerlendirildiğinde, yasada açık bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde, takip hukukuna ilişkin hususlarda HUY, ceza yargılamasına ilişkin hususlarda ise CYY hükümlerinin uygulanmasının amaçlandığı. Yasada boşluk olan hususların CYY’sının, İY’na aykırı olmayan hükümlerinin uygulanması suretiyle doldurulacağı açıkça anlaşılmaktadır. 28.03.1946 gün ve 33-46 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı’nda; yetkisizlik kararlarının itiraz yasa yoluna tabi olduğu açıkça belirtilmiş, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasası’nın 18/3. maddesinde de anılan İBK’na uygun olarak, yetkisizlik kararlarına karşı itiraz yasa yoluna başvurulabileceği hükmüne yer verilmiştir... 5271 sayılı CYY’nın 264. maddesinde ise; kabul edilebilir bir başvuruda yasayolu ve merciin belirlenmesinde yanılının, başvuranın haklarını ortadan kaldırmayacağı, bu halde başvuru yapılan mercice, başvurunun görevli ve yetkili mercie gönderileceği belirtilmiştir... Sanık müdafinin temyiz isteminin reddi ile asliye mahkemesi statüsünde bulunan icra mahkemesinin yetkisizlik kararı konusunda karar verilmek üzere, dosyanın 5271 Sayılı Yasanın 18,264 ve 268. maddeleri uyarınca İcra mahkemesinin yargı çevresi içinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekirken, bozma kararı verilmesi isabetsizdir.” (CGK, 22.11.2005, E. 2005/16-146, K. 2005/139: KİBB).

⁷⁴⁸ Günay, s. 213.

⁷⁴⁹ Günay, s. 214.

fıkrası uyarınca kararın kesinleşmesinin üzerinden 2 yıl geçmiş ancak henüz infaz gerçekleşmemişse, tazyik hapsi yaptırımını artık uygulanamaz.

B. TÜRK CEZA KANUNU’NUN 234. MADDESİ KAPSAMINDA ÇOCUĞUN KAÇIRILMASI VE ALIKONMASI SUÇU

Çocuğun kaçırılması ve alıkonması, 5237 sayılı TCK’nın “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Aile Düzenine Karşı Suçlar” başlıklı sekizinci bölümünde, 234. maddede düzenlenmiş olan bir suçtur. Maddenin ilk fıkrasında “*velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısminın, on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkoyması*” fiili suç olarak kabul edilmiş ve üç aydan bir yıla kadar hapis cezası yaptırımına bağlanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında “*filin cebir veya tehdit kullanılarak işlenmiş ya da çocuk henüz on iki yaşını bitirmemiş olması*” cezayı ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiş ve bu halde verilen hapis cezasının bir kat oranında artırılacağı hükme bağlanmıştır. Maddenin son fıkrasında ise çocuğun yasal temsilcisinin rızası olmaksızın evi terk etmesi halinde, ailesine haber vermeksizin çocuğu yanında tutan kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

İİK’nın 341. maddesinde düzenlenen çocuk teslimi emrine muhalefet fiili, aynı zamanda TCK’nın 234. maddesi kapsamında çocuğun kaçırılması ve alıkonması suçunu oluşturabilir. Bu nedenle bir fiille iki farklı kanunda farklı yaptırımla karşılanmış kuralları ihlal edebilir. Bu durumda faile hangi yaptırımın nasıl uygulanması gerektiğinin değerlendirilmesi açısından, TCK’nın 234. maddesinin birinci fıkrası anlamında çocuğun kaçırılması ve alıkonması suçunun özellikleri üzerinde kısaca durmak çalışmanın bütünlüğü açısından zorunlu görülmüştür. Anılan maddenin son fıkrasında düzenlenen çocuğun evi terk etmesi hali ise çalışma konumuzun kapsamı dışında kaldığından incelenmemiştir. Çocuğun kaçırılması ve alıkonması suçu incelenirken önce genel

açıklamalara yer verilmiş, daha sonra maddi unsur ve manevi unsur ayrımı takip edilmiştir.

1. Genel Olarak

TCK'nın 234. maddesinin birinci fıkrasında çocuğun veli, vasi ya da bakım ve gözetimi altında bulunan kişinin yanından kaçırılması veya alıkonmasından söz edilmektedir. Madde gerekçesinde suçla korunan hukuki yararın çocuk üzerindeki velayet veya vesayet hakkı olduğu ifade edilmiştir. Doktrinde bir görüşe göre suç olarak kabul edilen fiil sadece kaçırma veya alıkoyma olduğundan, içerdiği tüm hak ve yükümlülüklerle velayet veya vesayet hakkının bütününe değil, sadece TMK'nın 339. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında çocuğun yerleşim yerini belirleme hakkının korunması amaçlanmaktadır⁷⁵⁰. Bununla birlikte gerek velayet gerekse vesayet çocuğun korunması amacını taşıdığından, bu suçun dolaylı olarak çocuğun korunması amacına yönelik olduğu sonucuna ulaşmak kanaatimizce yanlış olmayacaktır.

TCK'nın 6. maddesinde yer alan tanıma göre “çocuk” kavramı on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi ifade etmesine rağmen, 234. madde kapsamında suçun oluşması bakımından farklı bir yaş sınırı öngörülmüştür. Buna göre anılan maddenin uygulanması için kaçırılan veya alıkonan çocuğun on altı yaşını doldurmamış olması gerekir. On altı yaşın esas alınmasının sebebi Lahey Sözleşmesi'ne uygunluğun sağlanması olduğu ifade edilmiştir⁷⁵¹.

Suçun faili, velayet sorumluluğu kaldırılmış olan anne veya baba olabileceği gibi⁷⁵², üçüncü derece dâhil kan hısımları da olabilir. Suçun üçüncü dereceye kadar bir

⁷⁵⁰ Nuhoglu, s. 180.

⁷⁵¹ Nuhoglu, s. 183.

⁷⁵² Doktrinde bir görüşe göre; maddede “velayet yetkisi elinden alınan anne veya babadan” söz edildiğinden, evlilik dışında doğan çocuğun hukuken soybağı ilişkisi kurulmamış olan babası tarafından

kan hısımları tarafından işlenmesi halinde ise, bu kişilerin velayetlerinden söz edilemeyeceği açıktır. Ancak bu üçüncü dereceye kadar olan kan hısımları aynı zamanda çocuğun vasisi olması halinde suçun faili olamayacağı; bu kişinin ancak vesayet ilişkisi kaldırılmış olmasına rağmen çocuğu alıkoyması veya kaçırmaması halinde suçun faili olabileceği sonucuna ulaşmak mümkündür⁷⁵³.

Çocuğun kaçıırılması ve alıkonması suçunun mağduru bakımından doktrinde iki görüş öne sürülmüştür. Bir görüşe göre suçun mağduru, çocuğun kaçıırılması veya alıkonması suretiyle velayet veya vesayet hakkı ihlal edilen kişidir⁷⁵⁴. Başka bir görüşe göre ise velayet veya vesayet hakkı ihlal edilen kişinin yanında çocuk da suçun mağduru olarak mütalaa edilmektedir⁷⁵⁵.

Suçun oluşması için cebir veya tehdit kullanılması gerekmemektedir. Fiilin cebir veya tehdit kullanılarak gerçekleşmesi hali ise TCK'nın 234. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ağırlaştırıcı sebep teşkil eder. Çocuğun 12 yaşını tamamlamamış olması da aynı fıkra kapsamında cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak kabul edilmektedir⁷⁵⁶.

kaçıırılması örneğinde olduğu gibi, velayet hakkı hiç doğmamış olan anne veya baba tarafından madde kapsamına giren bir fiil işlenmesi halinde söz konusu suç oluşmaz (**Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa:** Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. V, Ankara 2010, s. 6571). Aksi yöndeki görüşe göre ise, velayet hakkına hiç sahip olmamış babanın çocuğu kaçırmaması halinde suçun oluşmayacağına kabul edilmesi hakkaniyete aykırı olur. [**Gülşen, Recep:** Çocukların Kaçıırılması ve Alıkonması Suçu, (İÜHFİM, 71/1, 2013, s. 589-606), s. 592]. Kanaatimizce anılan maddeye göre velayet hakkı kaldırılan anne veya baba cezalandırılırken, velayet hakkı hiç doğmamış olan babanın cezalandırılması da evleviyetle maddenin kapsamında sayılmalıdır. Zira madde gerekçesinde suçla korunmak istenen hukuki yararın velayet veya vesayet hakkı olduğu ifade edildiğine göre; velayet hakkını ihlal eden karşı tarafın velayetinin kaldırılmış olması yahut hiç doğmamış olması arasında fark gözetilmemesi, maddenin amacına uygundur. Her ne kadar ceza hükümlerinde kıyas yasaksa da vardığımız bu sonucun kıyas değil yorum niteliğinde olduğu kanısındayız.

⁷⁵³ **Nuhoğlu**, s. 182.

⁷⁵⁴ **Nuhoğlu**, s. 183; **Gülşen**, s. 593.

⁷⁵⁵ **Artuk, Mehmet Emin/Gökcan, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner:** Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2015, s. 796.

⁷⁵⁶ **Nuhoğlu**, s. 191; **Gülşen**, s. 596.

Kanun'da çocuğun kaçırılması ve alıkonması suçunun kovuşturulması şikâyetle bağlanmamıştır, resen kovuşturulur.

2. Maddi Unsur

Suçun maddi unsurunu oluşturan hareket, 16 yaşını bitirmemiş çocuğun cebir veya tehdit kullanılmaksızın kaçırılması veya alıkonmasıdır⁷⁵⁷. Kaçırmadan maksat başka bir yere götürülmesi, yerinin değiştirilmesi, uzaklaştırılması gibi fiillerle çocuğun velinin, vasisinin veya bakım ve gözetimi altında bulunduğu kişinin egemenlik alanından çıkarılarak kaçırmanın egemenlik alanına sokulması ve bu şekilde anılan kişilerin çocuk üzerindeki haklarının yok edilmesidir⁷⁵⁸. Alıkoyma ise velinin veya vasisinin çocuğu failin egemenlik alanına bırakmasının ya da çocuğun, failin emniyet alanına kendi rızasıyla girmesinin devamında, çocuğun fail tarafından veli veya vasisinin rızasına aykırı olarak orada tutmaya devam etmesi anlamına gelir⁷⁵⁹. Çocuğun bir süre tutulduğu yerin açık veya kapalı bir alan olması fark etmez, önemli olan üzerinde egemenlik kurmaya müsait olmasıdır⁷⁶⁰. Kişisel ilişkide öngörülen sürenin sona ermesine rağmen, kişisel ilişki kurma hakkına sahip ebeveynin çocuğu bırakmaması ve öteki tarafa teslim etmemesi halinde çocuğun alıkonmasına örnektir.

3. Manevi Unsur

Çocuğun kaçırılması ve alıkonması suçunun manevi unsuru kasıttır. Suç olası kasıtle da işlenebilir; ancak suçun taksirle işlenmesi kabul edilmemiştir⁷⁶¹. Buna göre

⁷⁵⁷ Nuhoglu, s. 185; Gülşen, s. 593.

⁷⁵⁸ Nuhoglu, s. 186; Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. B., Ankara 2014, s. 814; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 793; Gülşen, s. 593.

⁷⁵⁹ Nuhoglu, s. 188; Gülşen, s. 593; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 793.

⁷⁶⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 815.

⁷⁶¹ Nuhoglu, s. 193; Tezcan/Erdem/Önok, s. 816; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 798.

failin, çocuğun on altı yaşından küçük olduğunu bilmesi ve kaçırma ya da alıkoyma fiilini bilerek işlemiş olması gerekir⁷⁶². Buna karşın, çocuğun velayet veya vesayet altında olduğunun bilinmemesi söz konusu olamaz; zira her çocuk mutlak olarak velayet veya vesayet altındadır⁷⁶³.

4. Ceza

TCK'nın 234. maddesinin birinci fıkrası uyarınca çocuğun kaçırılması veya alıkonması suçu sübut bulursa fail, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Maddenin ikinci fıkrasına göre fiilin cebir veya tehdit kullanılarak işlenmesi yahut çocuğun on iki yaşından küçük olması halinde ceza bir kat oranında artırılır.

Cezanın süresi dikkate alındığında; diğer koşulların varlığı halinde CMK'nın 171. maddesi uyarınca kamu davası açılmasının ertelenmesi, 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması mümkün olduğu gibi; hapis cezasına hükmedilmesi halinde ceza, TCK'nın 50. maddesi uyarınca cezanın adli para cezası veya diğer seçenek yaptırımlara çevrilebilir yahut ertelenebilir⁷⁶⁴.

Çocuğun kaçırılması ve alıkonması suçunda TCK'nın 66. maddesi uyarınca dava zamanaşımı sekiz yıl, TCK'nın 68. maddesi uyarınca ceza zamanaşımı 10 yıldır.

⁷⁶² Nuhoğlu, s. 193-194; Gülşen, s. 594-595.

⁷⁶³ Nuhoğlu, s. 193.

⁷⁶⁴ Nuhoğlu, s. 204.

C. ÇOCUK TESLİMİ EMRİNE MUHALEFET FİİLİ İLE ÇOCUĞUN KAÇIRILMASI VE ALIKONMASI SUÇUNUN BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMESİ

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamın icrasında, ilamın gereğinin yerine getirilmesini engelleyen borçlu veya üçüncü kişinin bu fiili İİK'nın 341. maddesi uyarınca tazyik hapsi yaptırımına tâbi tutulmuştur. 16 yaşından küçük çocuğun velayet hakkına sahip olmayan anne babası tarafından kaçırılması ve alıkonması ise TCK'nın 234. maddesi uyarınca bir suç olarak kabul edilmiş ve hapis cezası yaptırımıyla karşılanmıştır. Anılan ve ayrıntıları açıklanan⁷⁶⁵ normların kapsamaları ve özellikleri birbirine benzemekte; fakat birtakım ciddi farklılıkları da barındırmaktadır. Öte yandan, tek bir fiille iki normun aynı anda ihlal edilmesi de çeşitli ihtimallerde mümkün olabilmektedir. Bu başlık altında önce İİK'nın 341. maddesi ile TCK'nın 234. maddesi karşılaştırılmış ve farkları ortaya koyulmuş, daha sonra tek fiille iki kuralın ihlal edildiği durumlarda uygulanacak yaptırıma ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuştur.

1. İİK'nın 341. Maddesi ile TCK'nın 234. Maddesinin Karşılaştırılması

Yukarıda da belirtildiği üzere kimi durumlarda tek bir fiille her iki normun ihlal edilmesi mümkün olabilir. Ancak her iki düzenlemede yaptırıma tâbi tutulan fiil farklı düzenlenmiştir. İİK'nın 341. maddesinin uygulanması için çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair bir ilamın varlığı, bu ilamın icraya konarak icra emri gönderilmiş olması ve nihayetinde söz konusu emre aykırı olan bir fiilin varlığı gerekir. Bu fiilin borçlu veya üçüncü kişiler tarafından işlenmiş olması mümkündür. TCK'nın 234. maddesinde ise suçun maddi unsuru çocuğun kaçırılması veya alıkonması olarak düzenlenmiştir. Fail ise velayet hakkı bulunmayan anne, baba veya üçüncü dereceye

⁷⁶⁵ Bkz. yuk. s. 184-200.

kadar kan hısıımı olabilir. Üçüncü kişiler ancak TCK'nın 37 ve devamı maddelerinde yer alan iştirak hükümleri çerçevesinde cezalandırılabilir.

İİK'nın 341. maddesinde kullanılan “çocuk” ifadesinden, anılan düzenlemede başkaca bir yaş sınır getirilmemiş olduğundan, kural olarak 18 yaşını doldurmamış bireyler anlaşılır. Oysa TCK'nın 234. maddesinde 16 yaşından küçük çocuğun kaçırılması ve alıkonması suç olarak kabul edilmiştir. Buna göre, diğer tüm koşulların varlığı halinde 17 yaşındaki bir çocuk, teslimine ilişkin ilam hükmüne aykırı olarak alıkonur veya kaçırılırsa, faile İİK 341. madde anlamında yaptırım uygulanması mümkünken, TCK 234. maddede yer alan suç oluşmayacağından failin cezalandırılması söz konusu olmaz.

İİK'nın 341. maddesinde öngörülen yaptırım 6 aya kadar tazyik hapsiyken, TCK'nın 234. maddesinde fail 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Tazyik hapsi adil sicil kayıtlarına işlenmeyen ve seçenek yaptırımlara işlenmeyen bir yaptırım türü olup teknik anlamda ceza değildir. Öte yandan, yükümlülüğün yerine getirilmesi halinde tazyik hapsinin uygulanmasına derhal son verilir. Buna karşın çocuğun alıkonması ve kaçırılması suçunu işlediği sabit bulunan faile verilen hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilebilir, ertelenebilir veya hükmün açıklanması geri bırakılabilir; fakat çocuğun velisine veya vasisine teslim edilmesi hapis cezasının infazını engellemez.

Çocuk teslimi emrine aykırılık teşkil eden bir fiilin işlendiği iddiasıyla faile yaptırım uygulanması şikâyetle bağlanmış olup; şikâyet doğrudan icra mahkemesine yapılır ve İİK'da öngörülen özel muhakeme hükümleri öncelikle uygulanır. Çocuğun kaçırılması ve alıkonması suçunun takibi ise şikâyetle bağlı olmayıp, soruşturma Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülür ve resen kovuşturulur.

İİK'da bir dava zamanaşımı süresi öngörülmemiş, yaptırım uygulanması için ise 2 yıllık süre kabul edilmiştir. Buna göre tazyik hapsi kararı kesinleşmesinden itibaren 2

yıl geçtikten sonra infaz edilmez. Çocuğun kaçırılması ve alıkonması suçunda ise TCK'da yer alan genel zamanaşımı hükümleri uyarınca dava zamanaşımı 8 yıl, ceza zamanaşımı ise 10 yıldır.

2. Aynı Anda İki Normun İhlal Edilmesi

İİK'nın 341. maddesi uyarınca tazyik hapsi yaptırımı uygulanması için işlenmesi gereken fiil ile, TCK'nın 234. maddesi kapsamında suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler madde lafzı itibarıyla farklı düzenlenmiştir. Buna karşın, kimi durumlarda tek bir fiille her iki normun ihlal edilmesi mümkün olabilir. Örneğin, velayetin tevdiine ilişkin ilamın icrasında, icra emrine rağmen çocuğu teslim etmekle yükümlü olan borçlunun çocuğu kaçırmaması halinde iki norm da ihlal edilmiş olur. Benzer şekilde, kişisel ilişkiye ilişkin ilamların icrasında, takip borçlusu tarafından çocuğun alıkonarak kişisel ilişki kurma hakkı sahibi alacaklıya teslim edilmemesi halinde de iki ihlal gerçekleşmiş olur.

Bir fiille hem İİK'nın 341. maddesi hem de TCK'nın 234. maddesinin ihlal edilmiş olması halinde, faile hangi yaptırımın uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda izlenmesi gereken yola ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre, İİK, TCK karşısında özel kanun niteliği taşıdığından, özel kanunun genel kanundan önce uygulanması ilkesi gereğince faile İİK'nın 341. maddesine göre yaptırım uygulanması gerekir⁷⁶⁶.

Başka bir görüşe göre, tazyik hapsi teknik anlamda bir ceza olmadığından, tazyik hapsi yaptırımına bağlanan fiiller de suç sayılmaz. Bu nedenle sorun Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde çözümlenmelidir⁷⁶⁷. Anılan

⁷⁶⁶ Günay, s. 153; Parlar/Hatipoğlu, s. 3673.

⁷⁶⁷ Nuhoglu, s. 206; Ermenek, s. 307.

hükme göre bir fiilin hem suç hem kabahat teşkil etmesi halinde sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanırken, suça bağlanan yaptırımın uygulanamadığı hallerde kabahate ilişkin yaptırım uygulanır. Bu kapsamda aynı fiille her iki normun da ihlal edilmesi halinde, fiillerden biri suç biri kabahat niteliğinde olduğundan; faile hapis cezası uygulanmalı, herhangi bir sebepten dolayı bu cezanın uygulanamaması halinde fail tazyik hapsi yaptırımına tâbi tutulmalıdır⁷⁶⁸. Ancak söz konusu hükmün uygulanması için bir eş zamanlılık gerekmektedir. Borçlunun halihazırda tazyik hapsine tâbi tutulduğu için fiilen ceza infaz kurumunda bulunduğu bir tarihte, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı vermesi halinde, bu cezanın infazı nasıl sağlanacaktır? Anılan hüküm bu soruya cevap verememektedir.

Doktrinde ileri sürülen başka bir görüşe göre ise, bir fiille iki normun aynı anda ihlal edilmesi halinde her iki yaptırımın da ayrı ayrı uygulanması gerekir⁷⁶⁹. Tazyik hapsi teknik anlamda bir ceza olmadığından mükerrer cezalandırmadan söz edilemez. Tazyik hapsi yaptırımına tâbi tutulan fiilin suç niteliğinde olmadığına ve tazyik hapsinin de suç karşılığı uygulanan bir ceza olmadığına vurgu yapan Anayasa Mahkemesi, 28.11.2013, E. 2013/119, K. 2013/141 sayılı kararında⁷⁷⁰ tazyik hapsi yaptırımına tâbi tutulan fiilin aynı zamanda suç teşkil etmesi halinde, hukuk düzeni tarafından korunan farklı hukuki menfaatlerin ihlal edilmiş olması nedeniyle mükerrer cezalandırmadan söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Biz de aynı gerekçeyle bu görüşe katılıyoruz.

⁷⁶⁸ Nuhoglu, s. 207; Ermenek, s. 310.

⁷⁶⁹ Özbek, Tazyik Hapsi, s. 2493; Tezcan/Erdem/Önok, s. 818.

⁷⁷⁰ Bkz. yuk. s. 199.

SONUÇ

İcra ve İflâs Kanunu hükümleri çerçevesinde çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında, çocuğun üstün yararı ilkesinin korunması ilkesinin gerçekleştirilmesi başta olmak üzere çeşitli sorunlar mevcuttur. Nitekim kanun koyucu, mevcut sistemin ihtiyaçlara tam olarak cevap veremediğinden hareketle söz konusu mahkeme kararlarının icrasında köklü bir değişikliğe gitmeyi hedeflemektedir. Kanaatimizce çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasının icra hukuku sistemi dışına çıkarılması amacı isabetlidir.

Çalışmamızda açıklandığı üzere, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların kaynağı çoğunlukla boşanma ilamlarıdır. Çekişmeli boşanma davalarında taraflar arasındaki husumetin, icra aşamasında da çocuğun teslim edilmesi ve kişisel ilişki kurulmasında devam ettiği ve bu nedenle çocuğun olumsuz etkilendiği bir gerçektir⁷⁷¹. Buna karşın, anlaşmalı boşanma davalarında ise çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair kararların cebri icra yoluyla yerine getirildiğine çoğunlukla rastlanmamaktadır⁷⁷². Bu çerçevede, velayet ve kişisel ilişki koşulları hakkında kendi kararlarını veren tarafların, bu karara uyma olasılığının daha yüksek olduğu sonucuna varılmaktadır⁷⁷³. Bu nedenle, gerek tarafların ve çocuğun yıprandığı boşanma davalarının olumsuz yönlerinin giderilmesi gerek icra aşamasında çıkması muhtemel birçok sorunun önüne geçilmesi adına anlaşmalı boşanmanın yaygınlaşması kanaatimizce önemlidir. Ne var ki, gerek HMK 137 ve devamı maddelerinde gerek 4787 sayılı Kanun'un 7. maddesinde öngörülen aile mahkemesi hâkiminin sulhe teşvik ödevinin şekli bir

⁷⁷¹ Koçyıldırım, s. 315.

⁷⁷² Koçyıldırım, s. 314.

⁷⁷³ Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı, (DEÜHFD 2005/7/2, s. 71-102), s. 79.

yükümlülüğün ötesine geçmediği bilinen bir gerçektir. Evlilik birliğinin korunması önlemleri kapsamında TMK'nın 195. maddesinin ikinci fıkrasında hâkimin tarafları uzlaştırmaya çalışması ve eşlerin ortak rızasıyla uzman yardımını isteyebilmesi, alternatif uyuşmazlık çözümlerinin Türk aile hukukunda uygulanmasının yasal dayanağı şeklinde değerlendirilmektedir⁷⁷⁴. Aile içi şiddete dayanan durumların mutlak bir istisna olması koşuluyla⁷⁷⁵, tarafların boşanmanın ferî sonuçlarına ilişkin olarak anlaşmalarının sağlanması için uygun ortamın oluşturulduğu, sürecin uzmanlar tarafından yürütüldüğü aile danışmanlığı⁷⁷⁶ veya aile arabuluculuğu gibi alternatif uyuşmazlık çözüm

⁷⁷⁴ **Akkaya**, s. 39; **Özbek, Mustafa**: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Cilt I-II, 4. B., Ankara 2016, s. 860; **Uyumaz, Alper/Erdoğan, Kemal**: Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, (DEÜHFD 2015/17/1, s. 119-169), s. 134; **Demircioğlu, Huriye Reyhan**: Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği, (TAAD, 2015/23, s. 45-84), s. 69.

⁷⁷⁵ Aile içi şiddet içeren uyuşmazlıklarda hiçbir şekilde arabuluculuk ve diğer alternatif çözüm yöntemlerine başvurulmamasının temin edilmesi, İstanbul Sözleşmesi'nin 48. maddesi uyarınca taraf devletlerin yükümlülüğüdür. 22.06.2012 gün ve 28331 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinin ikinci fıkrasında, bu yükümlülüğe uygun olarak, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı hükmüne bağlanmıştır. Doktrinde, “şiddet” kavramının kapsamının genişletilmesi nedeniyle her aile içi şiddet olayının arabuluculuğa elverişli olmadığı kabul edilmesinin doğru olmayacağı ifade edilmektedir (**Özbek**, AUÇ s. 1193-1195; **Demircioğlu**, s. 73). Aile içi şiddetle mücadelede kadına yönelik şiddetin salt bir asayiş sorunu olmadığı ve toplumsal cinsiyete dayalı eşitsiz güç ilişkisinin bir sonucu olduğu, bu nedenle hiçbir türüsüne hiçbir şekilde taviz verilmemesi ve “sıfır tolerans” gösterilmesi gerektiği ısrarla vurgulanırken ve İstanbul Sözleşmesi'nin 48. maddesinin şiddet türleri veya derecesi gibi bir ayrımı benimsememişken, bu görüşe katılmak mümkün değildir.

⁷⁷⁶ Türk Hukuku'nda aile danışmanlığı, 04.09.2012 gün ve 28401 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan “Gerçek Kişiler ve Özel Hukuk Tüzel Kişileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Aile Danışma Merkezleri Yönetmeliği” çerçevesinde düzenlenmiştir. Aile danışmanının görevlerini düzenleyen 16. maddeye göre aile danışmanı, taraflara çözüm önerileri sunup yol gösterebilir. Bu nedenle aile danışmanının arabulucudan farklı olduğu isabetli olarak değerlendirilmiştir (**Akkaya**, s. 52). Buna karşın 25.10.2017 gün ve 30221 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 17. maddesiyle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2. maddesinin (b) bendine eklenen ibareyle artık arabulucu, tarafların çözüm üretememeleri halinde çözüm önerisi de getirebilecektir.

yöntemlerine başvurunun bir ölçüde⁷⁷⁷ zorunlu⁷⁷⁸ tutulduğu bir sistemin benimsenmesi bu anlamda uygun bir çözüm olabilir⁷⁷⁹. Ancak velayet ve kişisel ilişki gibi çocuğun

⁷⁷⁷ Anglo-Amerikan hukukunda zorunlu arabuluculuk modelleri üç yaklaşımla ele alınmakta olup; ilki Avustralya’da aile içi şiddet hariç aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda yaygınlıkla ve İngiltere’de son yıllarda uygulanmaya başlanan olan dava açılmadan önce ön koşul olarak başvurulması zorunlu olan kategorik model (*categorical*), ikincisi, Avusturalya’da geniş bir biçimde uygulanan ve mahkemeye tarafların rızası olup olmadığına bakmaksızın tarafları arabulucuya başvurmaya zorlama yetkisi veren ihtiyari model (*discretionary*), sonuncusu ise yarı zorunlu model (*quasi-compulsory*) olarak adlandırılan ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının zorunlu tutulmamasına rağmen, daha önce denenmemiş olması ve yargılama giderlerinin yüksekliği nedeniyle güçlü bir zorlamanın olduğu modeldir [**Hanks, Melissa:** Perspectives on Mandatory Mediation, (UNSW Law Journal, 35/3/2012, s. 929-952), s. 931]. Karşılaştırmalı hukuktaki diğer zorunlu arabuluculuk örnekleri ve arabuluculuğun zorunlu olmasına ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Özmumcu, Seda:** Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, (İÜHFM, 2016/74/2, s. 807-842). Amerika Birleşik Devletleri’nde 1990’lı yıllardan itibaren, modeller arasında farklar olmakla birlikte birçok eyalet, özellikle velayet ve kişisel ilişki uyuşmazlıklarında zorunlu aile arabuluculuğunu kabul etmiş; Kanada’nın Quebec bölgesinde tarafların arabuluculukla ilgili bilgilendirme oturumlarına katılmaları zorunlu tutulmuştur [**Seiple, Noel:** Mandatory Family Mediation and the Settlement Mission: A Feminist Critique, (Can. J. Women & L., 24/2012, s. 207-239), s. 210-211]. Fransız hukukunda velayet ve boşanma uyuşmazlıklarında, taraflar dava açmadan önce aile arabulucusuna başvurabileceği gibi, mahkeme de dava açıldıktan sonra tarafları uzlaştırmaya çalışıp bir arabulucuya yönlendirebilir; hatta aile içi şiddet içeren uyuşmazlıklar haricinde bunu zorunlu da tutabilir [**Özcan, Cem:** Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu, (UMD 2017/9, s. 383-396), s. 390].

⁷⁷⁸ Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde gönüllülük ilkesi esas olmakla birlikte, eşlerin iradî olarak bu yola başvurmaması çocuğun üstün yararının zarar görmesine ve çocuk teslimi ile çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında sorunlara yol açtığından, aile mahkemesi, önüne gelen uyuşmazlıklarda tarafları aile arabulucusu veya aile danışmanına gitmeye zorlayabilmelidir (**Akkaya,** s. 33, 41). Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurunun zorunlu tutulması, zorunluluğun sadece başvuruya ilişkin olması, sonuç alınması bakımından bir zorlamanın olmaması nedeniyle hak arama özgürlüğünü kısıtlamaz (**Özbek,** AUÇ, s. 308). Türk Hukuku’na zorunlu arabuluculuk 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile girmiş durumdadır.

⁷⁷⁹ Her ne kadar Avrupa Birliği doktrininde “aile arabuluculuğu” olarak ifade edilse de, burada başvurulması önerilen yöntemlerin teknik anlamda arabuluculuk olduğunu söylemek doğru değildir. Söz konusu yöntemler uzlaştırma, uzlaştırma danışmanlığı, aile danışmanlığı gibi biçimlerde olabilir (**Özbek,** Aile Arabuluculuğu, s. 80). Zira gerek boşanma mahkeme kararı olmadan gerçekleşmeyeceği gibi, TMK’nın 166. ve 184. maddeleri uyarınca mahkeme tarafların anlaşmalarında değişiklik yapabilir ve bu anlaşmalar mahkemece onaylanmadıkça geçerli olmaz. Buna karşın Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 18. maddesi uyarınca arabuluculuk sürecinin anlaşmayla sonuçlanması halinde, tarafların icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye başvurması halinde mahkemece yapılacak inceleme sadece anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cibrî icraya elverişli olup olmadığı

korunmasını, dolayısıyla kamu düzenini ilgilendiren hususlarda mahkeme denetiminin bertaraf edilmesi düşünülemeyeceğinden, mahkeme tarafların süreç sonunda ulaştığı anlaşmayı çocukla ilgili konular yönünden inceleyebilmelidir⁷⁸⁰. Avrupa Konseyi ve Bakanlar Komitesi, 1998 tarihli R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararı ile aile arabuluculuğu sistemini teşvik edilmektedir⁷⁸¹. Nitekim AİHM, anne veya baba ile çocuğun bir araya getirilmesinde tarafların iş birliğine dayanan, barışçıl ve çocuğun psikolojik durumuna uygun bir çözüm getirilmesinin önemli olduğunu belirterek; Türk Hukuku'nda aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların bu şekilde çözümüne ilişkin bir aile arabuluculuğu sistemi öngörülmemesinin, AİHS 8. maddede düzenlenen aile yaşamına saygı hakkının hayata geçirilmesinde devletin var olan pozitif yükümlülüklerine aykırı davrandığı anlamına geldiği gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir⁷⁸². Bu nedenle, belirli koşullarda zorunlu aile arabuluculuğu sisteminin benimsenmesinin, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair kararların icrası bağlamında da ortaya çıkması muhtemel sorunları azaltacağı kanaatindeyiz⁷⁸³.

hususuyla sınırlıdır. Oysa kamu düzenini ilgilendiren yönü nedeniyle çocuklarla ilgili anlaşmaların mahkeme denetiminden geçmemesi düşünülemez. Aile arabuluculuğunun benzer diğer yöntemlerden farkları ve ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Parkinson, Lisa:** Family Mediation (Aile Arabuluculuğu), Bristol 2017: <http://www.adb.adalet.gov.tr/ailearabuluculuk.pdf> (Erişim Tarihi: 10.11.2017).

⁷⁸⁰ **Özbek**, AUÇ, s. 862; **Uyumaz/Erdoğan**, s. 162; **Demircioğlu**, s. 75. Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların birçoğunun kamu düzeniyle ilgili olması nedeniyle arabuluculuğun ve aile mahkemesi hâkiminin sulhe teşvik ödevinin işlevinin sınırlı kalacağı da doktrinde ifade edilmektedir (**Tanrıver**, Aile, s. 86).

⁷⁸¹ Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. **Özbek**, Aile Arabuluculuğu.

⁷⁸² AİHM'nin 16192/06 sayılı *Cengiz Kılıç v. Türkiye* kararının Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından yapılan özet Türkçe çevirisi için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-125850%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-125850%22]}) (Erişim Tarihi: 25.11.2017).

⁷⁸³ Aile arabuluculuğu hususu birçok yönden irdelenebilecek bir konu olmakla birlikte, çalışma konumuzun kapsamını aştığından sadece işaret yetinilmiştir.

AİHM'nin yukarıda işaret edilen kararında, çocuk ile anne babası arasındaki ilişkilerin düzenlenmesinde karşılıklı anlayış ve hoşgörüye dayanan bir sistemin kurulması esas olmakla birlikte, bu şekilde sonuç alınamaması halinde zorlayıcı düzenlemelerin yer almasının da bir gereklilik olduğu vurgulanmış, fakat “genel icra hukukunun aile hakkına saygı alanında karşılaşılan direnme türü için uygun olmadığı” belirtilmiştir⁷⁸⁴. İİK'nın 25, 25/a, 25/b ve 341. maddeleri ve icra hukukunun genel ilkelerinin çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasına uygulanması birçok sorun ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle, söz konusu mahkeme kararlarının etkin bir şekilde yerine getirilmesi için icra hukuku sistemi dışına çıkarılması gerektiği kanaatinde olmakla birlikte, mevcut sistemin yol açtığı sorunların da ortaya koyulmasını ve icra hukuku çerçevesindeki çözüm önerileri sunulmasını zorunlu görmekteyiz.

Öncelikle, İİK'nın 25. maddesinde taşınır teslimini içeren 24. maddesine atıf yapılması, çocuğun, mahkeme kararıyla teslim edilmesi gereken bir taşınır mal gibi değerlendirildiğinin göstergesidir. Çocuk teslimi süreci haciz mantığıyla hiçbir şekilde örtüşmemektedir. Taraflar arasındaki husumetin çocuğa yansması çocuğun psikolojik olarak örselenmesine yol açmaktadır. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişkiye dair kararların icrasında ortaya çıkan sorunların temelinde güvenlik endişesi, çocuğun kaçırılacağı korkusu, nafaka ödenmemesi ve intikam alma duygusu gibi motivasyonların olduğu ve bu konularda anne ve babanın uzmanlar aracılığıyla bilgilendirilmesi gerekliliği ortaya konmuştur⁷⁸⁵. Mevcut sistem çocuğun menfaatlerinin korunması açısından böyle bir bilgilendirme yapılmasına elverişli değildir.

⁷⁸⁴ Bkz. yuk. s. 222.

⁷⁸⁵ Koçyıldırım, s. 319; Mavi, s. 271.

Çocuğun üstün yararı ilkesinin korunması çerçevesinde, çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşünün alınması ÇHS'nin taraf devletlere getirdiği bir yükümlülüktür. Buna karşın, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrası sırasında, çocuğun görüşünün alınması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun sebebi mahkeme kararının zaten çocuğun üstün yararına uygun olduğu varsayımıdır. Ancak kararın verilmesinden icra edilmesine kadar geçen sürede çocuğun görüşlerinin değişmesi veya yeni bazı gelişmelerin ortaya çıkmış olması mümkündür. Hal böyleyken, teslimin zorla yerine getirilmesinin artık çocuğun üstün yararına uygun olduğundan bahsedilemez. Elbette ki her durumda aksi de söylenemez. İşte bu noktada uzman görüşleri önem kazanacak, çocuğun üstün yararına uygun olduğu varsayılan icra prosedürünün hâlâ uygun olup olmadığının uzman aracılığıyla tespit edilmesi uygun olacaktır. Söz konusu değerlendirme, ÇHS kapsamında çocuğun üstün yararının her bir olayda somut olarak değerlendirilmesi gerekliliğinin mantıksal bir sonucudur. Kanaatimizce çocuk tesliminin o an o şekilde gerçekleşmesinin çocuğun menfaatlerine aykırı olduğu uzman görüşüyle tespit edilirse, 5717 sayılı Kanun'un 22. maddesinde olduğu gibi icra müdürü tarafından geçici olarak icranın ertelenmesi kararı verilmelidir. Ancak bu karar derhal aile mahkemesinin onayına sunulmalı ve nihai değerlendirme aile mahkemesi tarafından yapılmalıdır. Zira icra müdürünün takdir hakkının, mahkeme kararının önüne geçmesi icra hukuku ilkeleriyle uyumsuz. Mahkeme icranın ertelenmesine karar verirken, uzman raporundaki sebeplere göre, gerekirse tarafların uzmanlarla görüşmeye yönlendirilmesine de karar verebilmelidir.

Hem taraflar hem de çocuklar için psikolojik olarak zor geçen çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması sürecinde, zararın en aza indirgenmesi için uzmanların rolleri çok önemlidir. Kanun'da çocuk teslimi işlemi sırasında uzmanın hazır bulunması zorunluluğu da bu nedenle öngörülmüştür. Ne var ki uzmanın icra sırasındaki görevlerini belirleyen sistematik bir düzenleme mevzuatta mevcut değildir. Uzmanların görevlerinin

ne olduğunun tam olarak anlaşılabilmesi, icra müdürü, taraflar ve hatta bizzat uzmanın kendisi tarafından oradaki varlığının bir çeşit formalite olarak algılanması sonucunu kaçınılmaz olarak doğurmaktadır⁷⁸⁶. Bu nedenle uzmanların görev ve sorumlulukları genişletilerek yasal düzenlemeye kavuşturulmalı, menfaat dengesinin korunması açısından tarafsızlıklarının korunması bağlamında gerekli önlemler alınmalıdır. Öte yandan icra dairesi, aile mahkemesi ve uzmanlar arasında sıkı bir koordinasyon sağlanmalıdır. Bunun için de, her münferit takip için Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı bünyesindeki kurumlara veya aile mahkemelerine yazı yazılarak uzman desteğinin talep edilmesi ve her bir işlem için ayrı uzman ücreti ödenmesi yerine, sadece bu iş için oluşturulacak kadrolarda uzman istihdam edilmelidir. Zira uzmanlar, tek bir görüşme yapılmasıyla çocuğun ihtiyaç duyduğu desteğin sağlanmasının mümkün olmadığını, süreç içerisinde takip ve izlemenin gerekliliğini ifade etmektedir⁷⁸⁷.

Çocuğu teslim etmekle yükümlü tarafın bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde icra müdürünün kolluk kuvvetlerinden yararlanması mümkündür. Ancak, bir gün aniden evinin kapısında, zaten aralarında husumet bulunan ebeveynlerinden diğerinin resmi giyimli polislerle karşılaşması çocuk için ayrı bir korku meydana getirmekte ve her seferinde bu şekilde görüşmek zorunda kaldığı anne veya babasına karşı yabancılaşması sonucunu doğurmaktadır⁷⁸⁸. İcra müdürünün ve kolluk kuvvetlerinin zor kullanma yetkisinin bulunması ve bu yetkinin kullanılması da çocuğun korkusunu zaman zaman haklı çıkarmaktadır. Bu nedenle, Alman hukukunda olduğu gibi zor kullanmanın ancak çocuğun acilen teslim alınması gereken durumlarda veya her türlü önlem ve yaptırıma rağmen sonuç alınamaması ve çocuğun üstün yararına uygun olması şartıyla, için en son çare olarak düzenlenmesinin isabetli olacağı kanısındayız.

⁷⁸⁶ Koçyıldırım, s. 113-115.

⁷⁸⁷ Koçyıldırım, s. 323.

⁷⁸⁸ Koçyıldırım, s. 318-321.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması sürecinin hoşgörüyü ve çocuk merkezli bir yaklaşımla sürdürülmesi ideal olan yoldur. Ancak AİHM kararında⁷⁸⁹ belirtildiği gibi, tarafların söz konusu ilamlara aykırı davranışlarının da yaptırım altına alınması, yine başta çocuğun üstün yararının korunması ve adaletin gerçekleştirilmesi açısından zorunludur. Ancak mevcut haliyle İİK’da yer alan yaptırım sistemi, borçlunun yerine getirmedeği davranışı yerine getirmeye zorlamaya yeterli olmamaktadır. Deneyimler, kararın gereklerine aykırı davrananlara İİK’nın 341. maddesi uyarınca tazyik hapsinin neredeyse hiç uygulanmayan bir yaptırım biçimi haline geldiğini göstermektedir⁷⁹⁰. Her şeyden önce, doktrinde “icra suçu” olarak ifade edilen ve tazyik hapsi yaptırımına tâbi tutulan fiillerin hukuki niteliği konusunda görüş birliğinin olmaması, yasal düzenleme ihtiyacı olduğunu ortaya koymaktadır. Bunun yanında, bir kişinin bir davranışı yapmaya zorlama amacı taşıyan tazyik hapsi yaptırımı, bu amaç nedeniyle mantıklı gibi görünse de, uygulamada işlerlik kazanmaması nedeniyle tekrar düşünülmelidir. Tazyik hapsi, TCK anlamında hapis cezası gibi ceza infaz kurumlarında infaz edildiğine göre, infaz sırasında çocuğun durumunun ne olacağı, nerede ve ne kadar süreyle kalacağı gibi sorulara cevap verilememektedir. Bu nedenle, özelde çocuk teslimi emrine aykırılık fiilinin genelde ise icra hukukunda tazyik hapsi yaptırımıyla karşılanan fiillerinin hukuki niteliklerinin açıklığa kavuşturularak, uygulanmasına ilişkin ayrıntılı yasal düzenlemelerin yapılmasının zorunlu olduğu; yükümlülüklerini yerine getirmeyen borçlu veya üçüncü kişilerin önce para cezasıyla zorlanması, sonuç alınamaması halinde tazyik hapsine hükmedilmesi gibi kademeli bir sistemin getirilmesi ve söz konusu yaptırımların uygulanmasının aile mahkemesinin görevine dâhil edilmesinin, amaca daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

⁷⁸⁹ Bkz. yuk.

⁷⁹⁰ Koçyıldırım, s. 73.

Uygulamada en önemli sorunlardan birisi de çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair masraflardır. Özellikle kişisel ilişki kararlarının icrasında, borçlunun çocuğu rızasıyla göstermediği durumlarda, çoğunlukla ayda iki kez icra dairesine başvurmak zorunda kalan alacaklı tarafın, icra giderlerini her seferinde öncelikli olarak peşin ödemek zorunda kalması, birçok ebeveynin bir süre sonra kişisel ilişki kurmayı azaltmasına sebep olmaktadır. Takip giderlerinin borçluya yükletilmesi kuralı öncelikli olarak alacaklının giderleri peşin ödemesi zorunluluğu karşısında kişisel ilişki hakkı bağlamında alacaklı olan tarafın kişisel ilişki kurmasını zorlaştırmaktadır. Oysa çocuğun üstün yararı kural olarak her iki ebeveyniyle de ilişkisini sürdürmesini gerektirmekte, devlet de bu ilişkinin kolaylaştırılması için gereken tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu nedenle, özellikle devam eden bir süreç olması nedeniyle çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair mahkeme kararlarının icrası, masraflar bakımından icra hukukundaki genel ilkeye istisna getirilerek, harç ve giderlerden muaf tutulmalıdır. Doktrinde çocukla teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında, ekonomik gücü masrafları karşılamaya yetmeyen anne ve babalar için adli yardım kurumunun daha işlevsel bir şekilde kullanılması, adli yardım dışında kalan giderlerin ise Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı bünyesinde oluşturulacak bir fondan karşılanması önerilmiştir⁷⁹¹.

Görüldüğü üzere, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair mahkeme kararlarının icra edilmesinde çocuğun üstün yararı ilkesiyle icra hukukunun genel prensipleri açıklanan birçok noktada çatışmaktadır. Doktrinde genel eğilim, söz konusu işin Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na bağlı bir birim aracılığıyla yerine getirilmesi yönündedir⁷⁹². Bunun dışında, ilamın icrası sürecinin yine icra dairesine

⁷⁹¹ **Özbay**, Öneriler, s. 98. Adli yardım ve Bakanlık fonu önerisinin yanında yazar, aynı zamanda İİK'nın 25. maddesinin değiştirilerek, icra emrine haklı bir sebep olmaksızın çocuğu belirlenen gün ve yerde teslim etmeyen yahut kişisel ilişkiye engel olanın tüm teslim masraflarından sorumlu tutulacağına ilişkin bir ihtarın yazılmasının isabetli olacağını belirtmektedir (**Özbay**, Öneriler, s.108).

⁷⁹² **Tanrıver**, Aile, s. 104; **Sarısozen**, s. 94, **Güven**, s. 216.

yapılan taleple başlatılması; fakat çocuğun fiilen teslim edilmesi işleminin uzmanlardan oluşan idari bir birim tarafından yapılması da önerilmiştir⁷⁹³. Başka bir görüşe göre icra dairelerinin görevlerinin devam etmesi; fakat sosyal çalışmacılara daha geniş takdir hakkı verilmesi gerekir⁷⁹⁴. Çocuk teslimi ile çocukla kişisel ilişki kurulması sürecinin mahkeme bünyesinde bulunan uzmanlar aracılığıyla yerine getirilmesi, aile mahkemesinin gereken durumlarda yaptırım uygulanması gibi kararlar verebileceği daha işlevsel bir rol üstlendiği bir model getirilmesi de öneriler arasındadır⁷⁹⁵. Son olarak, adliyelerin fizikî şartları ve adli sistemin meydana getirdiği mevcut sıkıntıların çözülmemesi riskini taşımakla birlikte, çocuk teslimi işlemlerinin yerine getirilmesi için adliye teşkilatı bünyesinde özel bir birim oluşturulmasının da değerlendirilebileceği belirtilmiştir⁷⁹⁶.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icra dairesi dışında yerine getirilmesi, Türk Hukuku'nun bütünüyle yabancı olduğu bir sistem değildir. Lahey Sözleşmesi'nin uluslararası çocuk kaçırma olaylarında öngördüğü sistem çerçevesinde 5717 sayılı Kanun'da merkezî makam olarak belirlenen Adalet Bakanlığı'nın ilgili görevleri Cumhuriyet Başsavcılıkları aracılığıyla yerine getireceği ve iade davası açılmasından önce çocuğun rızayla teslim edilmesinin sağlanması için sulh girişimlerinde bulunulacağı düzenlenmiş durumdadır. 5717 sayılı Kanun'un 18. maddesinde İİK'ya yapılan atıf ise açılmış olan iade davasının sonucunda alınan ilamın yerine getirilmesine ilişkindir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise 5717 sayılı Kanun'a göre verilen geçici tedbir kararlarının Cumhuriyet Başsavcılığı, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı veya ilgili kurumlar aracılığıyla yerine getirileceği hükme bağlanmıştır. Kanaatimizce her ne kadar ilamların yerine getirilmesi icra hukukunun konusunu

⁷⁹³ **Belgin**, s. 77, 91; **Özbay**, Öneriler, s. 75.

⁷⁹⁴ **Karşı**, s. 422.

⁷⁹⁵ **Koçyıldırım**, s. 335-340.

⁷⁹⁶ Çocuk Teslimi Raporu, s. 75.

oluştursa da, gerek uluslararası sözleşmelerin çocuğun korunması bağlamında devlete getirdiği yükümlülükler, gerekse Anayasa, TMK ve çocukla ilgili diğer maddi hukuk düzenlemelerinin her koşulda ve her durumda çocuğun üstün yararı ilkesini vurgulaması karşısında, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair mahkeme kararlarının icra hukuku kurumlarına başvurulmadan yerine getirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Son olarak, çalışmamızın sonucunda yaptığımız değerlendirmelere katkı sağlaması ve halen gündemde olması nedeniyle Mağdur Hakları Kanunu Tasarısı'nın öngördüğü sistemin değerlendirilmesi de faydalı görülmüştür. Tasarı'da öngörülen yeni sistemin getirdiği en köklü değişiklik, çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi işinin, tedbir kararı veya ilam ayrımı yapılmaksızın icra dairelerinin görevinden çıkarılarak Adalet Bakanlığı bünyesinde Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü'nün görevlendirilmesidir. Söz konusu işin icra dairelerinin görev alanından çıkarılması son derece isabetlidir. Buna karşın, Tasarı'nın amacının genel olarak suç mağdurlarına yönelik hizmet ve yardımların düzenlenmesi olarak belirlendiği ve çocukların da “mağdur” olarak “kırılgan grup” kavramı içinde değerlendirildiği gözetildiğinde, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasının suç ve suçtan dolayı meydana gelen mağduriyetle doğrudan bir ilgisi olmaması nedeniyle, bu bağlamda sistematik bir sorun olduğu açıktır. Ayrıca, görevli olacak kurumun Adalet Bakanlığı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü olmasından ziyade, görevleri 03.06.2011 gün ve 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 8. maddesinde yer alan ve genel çerçevede çocuklara ilişkin sosyal çalışmalar yapmak olan Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün görevlendirilmesi daha isabetli olacaktır.

Mağdur Hakları Kanunu Tasarısı'nın 16. maddesinin ilk fıkrasında çocuğun oturduğu yerde bulunan müdürlüğün süreci yürüteceği düzenlenmiş, ikinci fıkraya göre hazırlanacak olan planın aile hâkiminin onayına sunulacağı belirtilmişken, onayına sunulacak aile mahkemesinin yetkisine ilişkin bir hüküm maddede yer almamaktadır. Mantıksal bir sonuç olarak çocuğun oturduğu, dolayısıyla başvurunun yapıldığı yerdeki aile mahkemesinin bu madde kapsamında yetkili olacağı düşünülebilirse de, Anayasa'nın mahkemelerin kuruluş, görev, yetki, işleyiş ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğine ilişkin 142. maddesi karşısında, söz konusu madde kapsamında yetkili aile mahkemesinin açıkça düzenlenmesi zorunludur.

Maddenin ilk fıkrasında talebi alan müdürlüğün, çocuğu teslim etmekle yükümlü olan tarafla başkaca herhangi bir ihtar veya işleme gerek olmaksızın irtibat kuracağı belirtilmiş, fıkranın gerekçesinde ise iletişimin telefon gibi araçlarla sağlanabileceği ve sözlü görüşmenin tutanak altına alınarak ispat aracı olarak kullanılabileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, teslim yükümlüsünün bu yükümlülüğü yerine getirmesi için tebligat yapılması şartı aranmamıştır. Bu düzenlemenin amacının sürecin hızlı işlemesi olduğu düşünülebilir. Her ne kadar ikinci fıkrada düzenlenen ve hak, yükümlülük ve yaptırımları içeren planın hazır olmayan tarafa tebliğ edileceği hükme bağlanmışsa da, kanaatimizce çocuğun teslim edilmesine ilişkin sürecin henüz başlangıç aşamasında, gereken bilgi ve ihtarların yer aldığı bir tebligatın yapılması, hukuki dinlenilme hakkına riayet bağlamında daha isabetli olur. İlk fıkra hakkında değinilmesi gereken son husus, çocuğun teslim edileceği yer konusunda esnekliğin sağlanmasının özellikle çocuğun bir anda evinden götürülmesinden kaynaklanan psikolojik sıkıntıların bertaraf edilmesi için mantıklı bir çözüm olduğudur.

İkinci fıkrada, mahkeme kararının derhal cebrî icra yoluyla uygulanması gerektiğine ilişkin anlayışın terk edildiği görülmektedir. Bu anlamda, kararın kapsamı

içinde kalmak üzere çocuğun üstün yararı esas alınarak bir plan hazırlanması olumlu bir adımdır. Planda ayrıca tarafların hak ve yükümlülükleriyle plana uyulmaması halinde uygulanacak yaptırımlar yer alır. Bununla birlikte, kararın yerine getirilmesi aşamasında çocuğun üstün yararının nasıl tespit edileceğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Keza planın kapsamının ne olacağı, müdürlüğün planın hazırlanmasındaki yetkisinin ne olduğu da açıklanmamıştır. Kararın gereğinin rızayla yerine getirilmemesi halinde müdürlüğe yapılan başvurudan sonra, uzmanların taraflar ve çocuklarla görüşmesi ve sonucunda hazırlanan rapora göre planın hazırlanması mantıklı bir çözüm olacaktır. Buna ek olarak, müdürlüğün planın hazırlanmasında takdir yetkisi var mıdır? Varsa sınırları nedir? Örneğin müdürlük teslim işleminin beş ay sonra gerçekleşmesine karar verebilecek midir? Bu soruların cevaplanması için planın içeriği ve müdürlüğün yetkilerinin sınırlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu kapsamda kararın yerine getirilmesinden önce uzmanın çocukla görüşmesi ve güncel psikolojik durumu tespit ederek, çocuğu teslim sürecine hazırlaması gerekliliğinin de düzenlenmesinin gerekli olduğu kanaatindeyiz. Fıkranın son cümlesinde hazırlanan planın aile mahkemesinin onayına sunulacağı ifade edilmektedir. Aile mahkemesinin sürece dâhil olması isabetlidir; ancak onay incelemesinin hangi kurallar çerçevesinde yapılacağı, mahkemenin planı reddetme veya düzeltme yetkisinin bulunup bulunmadığı, onaylanmaması halinde müdürlüğün nasıl bir tutum sergilemesi gerektiği cevaplanmaya muhtaç sorulardır. Kanaatimizce yedinci fıkra da yer alan ve müdürlüğün işlemlerine karşı şikâyetlerin İİK'daki şikâyet hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle çözülmesine ilişkin atıf, özellikle şikâyet sebepleri ve süresi yönünden tespit edilen sorunların çözümünde yeterli değildir.

Plana aykırı davranılması halinde kararın gereğinin zorla yerine getirileceği, teslim işleminin uzmanlar tarafından yürütüleceği ve kolluk kuvvetlerinden yararlanılabilir (Maddenin üçüncü ve beşinci fıkraları). Söz konusu düzenlemeler,

mevcut sistemin uygulanması yönünden önemli bir fark getirmemektedir. Kanaatimizce çocuğun üstün yararının gerektirdiği acil durumlar saklı kalmak üzere, kolluk yardımıyla zor kullanılması, yaptırım uygulanmasından da sonra, en son çare olarak değerlendirilmelidir. Zira sürecin çocuk için en travmatik olan aşaması, zor kullanıldığı ve teslim işleminin fiilen ve cebren gerçekleştirildiği aşamadır. Plana aykırı davranan tarafın, uzmanlarca ikna edilmesi denenmeli, hatta bu görüşmeye zorlanması mümkün olmalı, yine sonuç alınamıyorsa yaptırım uygulanmalı ve en son çare olarak, gerekirse kolluk yardımıyla zor kullanma yoluna gidilmelidir. Müdürlüğün planı zorla yerine getirmesi ve kolluğun kuvvet kullanma yetkilerinin sınırları çizilmeli ve Alman hukukunda olduğu gibi, çocuk üzerinde zor kullanılması kural olarak yasaklanmalı, istisnai olarak üstün yararı uyarınca zorunlu olduğu veya acilen teslim alınması gerektiği durumlarda, ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde zorla teslim süreci tamamlanmalıdır.

Aile mahkemesine çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair kararların yerine getirilmesi sürecinde de rol verilmesi, yaptırım uygulama görevinin verilmesini de beraberinde getirmiştir. Yaptırım türü mevcut sistemde olduğu gibi altı aya kadar tazyik hapsi olarak benimsenmiş ve yargılama usulüne ilişkin olarak da İİK'nın ilgili hükümlerine atıf yapılmıştır. Plana aykırı davranan kişinin yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde tahliye edileceği; fakat yeni bir düzenleme olarak bu hükümden birden fazla kez yararlanılamayacağı kabul edilmiştir. Çocuğu teslim etmekle yükümlü olan tarafa önce para cezası sonra hürriyeti bağlayıcı yaptırım uygulanmasının daha etkili bir zorlama yolu olacağı kanısındayız. Bunun yanında, yaptırım uygulaması koşullarının esnetilmesi de yaptırım sisteminin daha işlevsel hale getirilmesi bakımından gereklidir. Aksi halde mevcut sistemde olduğu gibi, yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlama amacıyla işlevsiz kalmaya devam edecektir.

Maddenin dokuzuncu fıkrasına göre özetle velayete sahip anne veya babanın plandaki yükümlülüğünü haklı bir sebep olmaksızın ihlal etmesinin velayet değişikliği veya çocuğun vesayet altına alınması sebebi teşkil edeceği tarafa ihtar edilir. Söz konusu hükmün tarafları belirlenen yükümlülüklerine uygun davranmaya zorlamak adına isabetli olduğunu söylemek mümkündür. Ancak düzenlemenin amacının gerçekleştirilebilmesi için, fıkra lafzında yer alan ve soyut “haklı sebep” kavramının içinin doldurulması da gerekir.

Yeni sistemin olumlu yanlarından birisinin ise, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması sürecindeki giderlerin Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanması olduğunu değerlendirmekteyiz.

Son olarak belirtmek gerekir ki 5717 sayılı Kanun’a göre açılan iade ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair davalar sonucunda alınan ilamlar, anılan Kanun’un 18. maddesi uyarınca İİK’nın 25. maddesi hükümlerine göre yerine getirilmektedir. Mağdur Hakları Kanunu Tasarısı’nın 33. maddesiyle ise, İİK’nın 25, 25/a, 25/b ve 341. maddeleri yürürlükten kaldırılmakta, 34. maddesiyle de yürürlükten kaldırma hükmünün 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe girmesi planlanmaktadır. Buna karşın Tasarı’nın yürürlük maddelerinde diğer kanunlarda İİK’nın ilgili hükümlerine yapılan atıfların, Tasarı’nın 16. maddesine yapılmış sayılacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durum da 5717 sayılı Kanun çerçevesinde alınan çocuğun iadesi ve kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasının mülga olmuş hükümleri atıf yapılması sonucunu doğuracak, bu da uygulamada tereddütlere yol açacaktır. Bu nedenle, yürürlük maddeleri arasına bir atıf hükmü eklenmesi zorunludur.

KAYNAKÇA*

- : Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, Çocuk Teslimine Mağduriyet Odaklı Yaklaşım Raporu, 2017. (Çocuk Teslimi Raporu)
- : Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, 1980 tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması Semineri, Ankara 2013.
- : Comparative Study on Enforcement Procedures of Family Rights Synthesis Report, (Aile Haklarının İcrasına İlişkin Karşılaştırmalı Çalışma Sonuç Raporu), Lahey 2007.
- : Comparative Study on Enforcement Procedures of Family Rights, Annex 29, National Report United Kingdom, England (Aile Haklarının İcrasına İlişkin Karşılaştırmalı Çalışma, Birleşik Krallık, İngiltere Ulusal Raporu), Lahey 2007.
- : Comparative Study on Enforcement Procedures of Family Rights, Annex 28, National Report, Sweeden (Aile Haklarının İcrasına İlişkin Karşılaştırmalı Çalışma, İsveç Ulusal Raporu), Lahey 2007.
- : Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Veçhelerine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu.
- : United Nations Committee on the Rights of the Children General Comment No. 14, 2013.

* Bir yazarın birden fazla eserinden birden fazla yararlanıldığında, yapılan kısaltma ayrıca belirtilmiştir. Kısaltması verilmeyen eserlerde yazarların soyadı yer almaktadır.

: United Nations Committee on the Rights of the Children General
Comment No. 12, 2009.

Acabey, Mehmet Beşir: Çocukları İlgilendiren ve Aile Mahkemelerinin Görev Alanına
Giren Hukuki Konular, (İzBD 2006/4, s. 88-138).

Akcan, Recep: İcra Emrinin Vekile Tebliği, (Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü
Armağanı, C. II, İstanbul 2002, s. 853-888).

Akıncı, Ziya/Demir Gökyayla, Cemile: Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010.

Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya: Türk Medeni Hukuku C. II, Aile Hukuku,
17. B., İstanbul 2015.

Akil, Cenk: Medeni Muhakeme Hukukunda Değişiklik Davası ve Maddi Hukuktaki
Görünüm Biçimleri, (TAAD 2012/10, s. 153-183). (Değişiklik Davası)

Akil, Cenk: Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan
Çekişmesiz Yargı İşleri, AÜHFD, C. 62, S. 4, 2013, (s. 923-970).

Akkaya, Tolga: Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya
Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk
ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı, (ABD 2014/4, s. 25-61).

Akyüz, Emine: Çocuk Hukuku, 4. B., Ankara 2015.

Alangoya, H. Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul
Hukuku Esasları, 7. B., İstanbul 2009.

Arslan, Aziz Serkan: Türk Aile Mahkemelerinin Yapısı ve Yargılama Usulü, (ABD
2010/1, s. 187-201).

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema: İcra ve İflas Hukuku, 3. B., Ankara 2017.

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema: Medeni Usul Hukuku, 3. B., Ankara 2017. (Usul)

Artuç, Mustafa/Bıkmaz, Raif: İcra-İflas Suçları ve Yargılama Usulü, Ankara 2005.

Aslan, Kudret/Akyol Aslan, Leyla: İlama Bağlı Para Alacağı İçin İlamsız İcra Takibi Yapılması, Dürüstlük Kuralına ve Hayatın Olağan Akışına Aykırı mıdır?, (Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan C. I, Ankara 2015, s. 195-252).

Aşık, İbrahim: İcra ve İflâs Kanunu'nda Yer Alan Cezaî Hükümler (m. 331-354) ve Anayasa'nın 38. Maddesinin Sekizinci Fıkrası, E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, 2007/60. (<http://www.e-akademi.org/makaleler/iasik-2.htm>)

Atalay, Oğuz: Türk Medeni Kanunu'nda Aile Hukuku Mal Rejimlerine İlişkin Hükümlerin Takip Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-I, Eskişehir 2003.

Aydınlıyım, Suat: İcrada Çocuk Teslimi ve Şahsi Münasebet Tesisi, (AD 1969/5, s. 269-282).

Aydos, Oğuz Sadık: Yeni Medeni Kanun'a Göre Evlat Edinme, (GÜHFD, 2003/4/1-2, s. 117-141).

Bakır, Aytül Rabia: Para Alacağı Dışındaki İlamların İcrası, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2010.

Baktır Çetiner, Selma: Velayet Hukuku, Ankara 2000.

Baktır, Selma: Aile Mahkemeleri, Ankara 2003.

Belgesay, Mustafa Reşit: İcra ve İflas Hukuku C. I, İstanbul 1945.

Belgin, Derya: Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.

Bingöl, Ediz: Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması, (İBD 2014/88/2, s. 276-305).

Boran Güneysu, Nilüfer: İcra Takip İşlemleri, (TBBD 2012/101, s. 31-60). (İcra Takip İşlemleri)

Boran Güneysu, Nilüfer: Medeni Usul Hukukunda Karar, Ankara 2014.

Bölükbaşı, Özge: Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Kararların Tenfizi: Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, EÜHFD, C. 15, S. 3-4, 2011, (s. 267-287).

Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017.

Budak, Ali Cem: Prof. Dr. Baki Kuru'nun "Nizasız Kaza" İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru'ya Armağan, Ankara 2004, s. 273-306).

Budak, Ali Cem: Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı IV, Ankara 2006. (Çekişmesiz Yargı)

Çakmak, Seyfullah: İcra Mahkemelerinde Müdafî Tayini, (AD 2006/25, s. 53-60).

Çelik, Cemil: Velayetin Kaldırılması, (AÜHFD 2005/54/1, s. 255-309).

Çetinkaya, Volkan: İnsan Hakları Hukuku Açısından Velayet Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.

Çiftçi, Baran: Aile Mahkemeleri Uzmanlarının Hukuki Niteliği ve Mesleki Uygulama Sorunları, (ABD 2007/3, s. 173-178).

Çolak, Haluk/Altun, Uğurtan: Ceza Muhakemesinde Haksızlık Oluşturan Fiil Karşılığı Uygulanan Özel Bir Yaptırım Türü Olarak Disiplin ve Tazyik Hapsinin Hüküm ve Sonuçları, (AD 2007/27, s. 8-39).

Demir Gökyayla, Cemile: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara 2011.

Demir, Mehmet: Bazı Ülke Yasaları ile Karşılaştırmalı Olarak Evlat Edinmenin Yasal Koşulları, (AÜHFD 2005/52/3, s. 253-274).

Demircioğlu, Huriye Reyhan: Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği, (TAAD 2015/3, s. 45-84).

Deren Yıldırım, Nevhis: Aile Mahkemelerinin Görevi ve Uygulamaları, (Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul 2009, s. 245-260).

Doğan Yüksel, Neşe: Nereden Çıktı Aile Mahkemelerindeki Bu Uzmanlar?, (TBBD 2012/99, s. 414-428).

Doğan, Gül: Çocuk ile Kişisel İlişki Kurabilme Hakkı, (Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 529-535).

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, 11. B., İstanbul 2016.

Ekşi, Nuray: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013.

Elçin Grassinger, Gülçin: Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar, (Rona Serozan'a Armağan, C. I, İstanbul 2010, s. 823-846). (Görüş Alınmaması)

Elçin Grassinger, Gülçin: Çocuk Hukukunda Dikkate Alınması Gereken Hususlar ve Çocuğun Teslimiyle İlgili Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, (Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, Ankara 2016, s. 239-246). (Değerlendirme)

Elçin Grassinger, Gülçin: Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul 2009.

Erbay, İsmail: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medeni Hukukundaki Velayet Hakkının Kaldırılması Hükümlerinin Değerlendirilmesi, (İÜHFM 2012/3/2, s. 11-59).

Ercan, İsmail: İcra ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler, (SÜHFD, 2005/13/1, s. 7-32).

Erişir, Evrim: Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyatı Tedbir Türleri, İstanbul 2013.

Erlüle, Fulya: Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması, (MÜHF-HAD 2010/16/3-4, s. 217-248).

Ermenek, İbrahim: İcra ve İflâs Kanunu'nda Öngörülen Cezaî Hükümler Bakımından Ne Bis In Idem İlkesinin Uygulama Alanı, (TAAD 2004/19, s. 279-320).

Fırat, Erhan: Özel Kanunlarda Düzenlenen İlam Niteliğinde Belgeler, Ankara 2016.

Gaul, Hans Friedhelm/Deren Yıldırım, Nevhis: İcra Hukuku Analizleri, 5. B., İstanbul 2016.

Gençcan, Ömer Uğur: Velayet Hukuku, Ankara 2015.

Giray, Faruk Kerem: Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi, İstanbul 2010.

Gören, Zafer: Çocukların Temel Hak Sujeliği Avrupa Birliğinin Önceliği Olarak Çocukların Korunması ve Teşviki, (Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan C. I, s. 143-186).

Gülşen, Recep: Çocukların Kaçırılması ve Alıkonması Suçu, (İÜHFM 2003/71/1, s. 589-606).

Günay, Mehmet: İcra Suçları, Ankara 2014.

Güven, Aydın: Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, Ankara 2016.

Güven, Pelin: Tanıma-Tenfiz (Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi), Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

Halman Çetin, Emine: İcra İflas Suçları ve Yargılama Usulü, Ankara 2010.

Hanağası, Emel: Davada Menfaat, Ankara 2009.

Hanks, Melissa: Perspectives on Mandatory Mediation, (UNSW Law Journal, 35/3/2012, s. 929-952).

Huysal, Burak: Devletler Özel Hukukunda Velayet, İstanbul 2005.

İmamoğlu, Hülya: Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması, AÜHFD 2005/54/2, s. 183-218). (Çocuğun Korunması)

İmamoğlu, Hülya: Yeni Medeni Kanun'daki Düzenleme ve Velayete Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi, (AÜHFD 2005/54/1, s. 165-190). (Tedip Hakkı)

İnan, Ali Naim: Çocuk Hukuku, İstanbul 1968.

Karagölmez, Ali/Ural, Sami Sezai: Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2003.

Karakaş, Fatma Tülay: Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Ankara 2015.

Kardeşler, Erdoğan: 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda Düzenlenen İcra Suçları ve Cezaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2009.

Karşlı, Abdürrahim: Kısa Kararla Gerekçeli Karar Arasındaki Çelişki ve Bunun Çözümü, (YHİMD 1998/17/4, s. 463-474).

Karşlı, Abdürrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, Alternatif Yayıncılık, 4. Baskı, İstanbul 2014. (Usul)

Kelly, Joan B.: The Best Interest of the Child: A Concet in Search of Meaning, Family and Conciliation Courts Review, (Vol. 35, No. 4, 1997, s. 377-387).

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Aile Hukuku, 2. B., Ankara 2016.

Kırca, Çiğdem: Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), (AÜHFD 2001/50/1, s. 91-119).

Kırtıloğlu, S. Serhat: Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası, Ankara 2014.

Koç, Evren: HMK ve TMK Çerçevesinde Evlat Edinme ve Evlatlık İlişkisinin Kaldırılması Davasına İlişkin Bazı Tespitler, (İÜHFM 2015/73/1, s. 363-388).

Koçhisarlıoğlu, Cengiz: Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara 2004.

Koçyıldırım, Gökten: Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası ve Uygulamaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

Korczak, Janusz: The Child's Best Interest: A Generally Applicable Principle, Conference "Building a Europe for and with Children, Toward a Strategy for 2009-2011", Stockholm 2008.

Köseoğlu, Bilal: Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları, Ankara 2004.

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6 C., 6. B., İstanbul 2001. (C. I, C. II, C. III, C. IV, C. V, C. VI)

Kuru, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara 2013.(El Kitabı)

Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016. (Usul)

Kuru, Baki: Nizasız Kaza, Ankara 1961. (Nizasız Kaza)

Mavi, Ömer: İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcrada Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu, (TBBD 2008/74, s. 269-281).

Muşul, Timuçin: İcra ve İflas Hukuku, 2. C., 6. B., Ankara 2013. (C. I, C. II)

Muşul, Timuçin: İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet, Ankara 2014. (Şikâyet)

Muşul, Timuçin: İflâs Suçları – Taksiratlı ve Hileli İflâs Suçları ile Diğer İflâs Suçları, İstanbul 1998. (İflâs Suçları)

Muşul, Timuçin: Medeni Usul Hukukunda Ara Kararları, (DÜHFD 1988/4, s. 217-262). (Ara Karar)

Muşul, Timuçin: Tebligat Hukuku, Ankara 2013. (Tebligat)

Nebioğlu Öner, Şebnem: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İctihat Analizi, (TBBD 2014/115, s. 477-516).

Nomer, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 21. B., İstanbul 2015.

Nuhoğlu, Ayşe: Aile Düzenine Karşı Suçlar, İstanbul 2009.

Oktay Özdemir, Saibe: Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler, (Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul 2009, s. 289-305). (Eşitlik)

Oktay Özdemir, Saibe: Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı, (Hüseyin Hatemi'ye Armağan), C. II., İstanbul 2009, (s. 1219-1242). (Çocuğun Dinlenmesi)

Oskay, Mustafa/Koçak, Coşkun/Deynekli, Adnan/Doğan, Ayhan: İİK Şerhi C. I, Ankara 2007.

Ozansoy, Cüneyt: Öznesini Arayan Nesneler: Çocuk ve Çocuk Hakları, (TBBD, 1999/1, s. 39-62).

Özbay, İbrahim: Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası, e-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, 2009/84. (Kişisel İlişki) (<http://www.e-akademi.org/makaleler/iozbay-2.htm>)

Özbay, İbrahim: Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması, (Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I, s. 319-331).

Özbay, İbrahim: Türk Hukukunda Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası Hakkındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri, (TNBHD 2017/2, s. 31-110). (Öneriler)

Özbek, Mustafa Serdar: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği, 3. B., Ankara 2016.

Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2 C., 4. B., Ankara 2016. (AUÇ)

Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı, (DEÜHFD, 2005/7/2, s. 71-102). (Aile Arabuluculuğu)

Özbek, Mustafa: İcra ve İflâs Kanunu’nda Mal Beyanında Bulunma Yükümlülüğünün İhlâli Hâlinde Öngörülen Tazyik Hapsi ve Disiplin Hapsinin Mükerrer Cezalandırma Yasağı Bakımından Değerlendirilmesi, (DEÜHFD, 2014/16/, s. 2447-2511). (Tazyik Hapsi)

Özbek, Mustafa: Kesinleşmeden İcra Edilemeyecek İlamların Kesinleşmeden Önce İcraya Konulması, (BÜHFD 2016/2/1, s. 37-79). (Kesinleşme)

Özcan, Cem: Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu, (UMD 2017/9, s. 383-396).

Özçelik, Volkan: Genel Haciz Yoluyla Takipte İcra Müdürünün Zor Kullanma Yetkisi, (DEÜHFD 2014/16, s. 2909-2952). (Zor Kullanma Yetkisi)

Özçelik, Volkan: İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Ankara 2014. (Takdir Yetkisi)

Özdamar, Demet: Çocuk Koruma Kanunu’nda ve Türk Medeni Kanunu’nda Çocuğu Koruyucu ve Destekleyici Tedbirler, (İzBD 2011/1, s. 52-95).

Özekes, Muhammet/Erişir, Evrim: Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, (MİHDER 2006/3, s. 1235-1275).

Özekes, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009. (İlkeler)

Özekes, Muhammet: İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999. (İhtiyati Haciz)

Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.
(Hukuki Dinlenilme)

Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm, (YD 2000/26/4, s. 661-699). (Yok Hüküm)

Özer Taşkın, Özden: Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir 2006.

Özmumcu, Seda: Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, (İÜHFM, 2016/74/2, s. 807-842).

Öztan, Bilge: Aile Hukuku, 6. B., Ankara 2015.

Öztan, Bilge: Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu, (Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s. 251-260). (Birlikte Velayet)

Parkinson, Lisa: Family Mediation (Aile Arabuluculuğu), Bristol 2017.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Erdönmez, Güray/Akkan, Mine/Yeşilırmak, Ali/Taş Korkmaz, Hülya: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 3 C., 15. B., İstanbul 2017.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 4. B., Ankara 2017.

Pekcanitez, Hakan/Erişir, Evrim: 6352 sayılı Sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman İtibariyle Uygulanması, (İBD 2012/86/6, s. 17-39).

Pekcanitez, Hakan/Simil, Cemil: İcra - İflas Hukukunda Şikâyet, 2. Bası, İstanbul 2017.

Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer: İcra Hukuku Esasları, 5. B., İstanbul 2010.

Rhoades, Helen: Contact Enforcement and Parenting Programmes-Policy Aims in Confusion, (Child and Family Law Quarterly, Vol. 16, No. 1, 2004, s. 1-16).

Ruhi, Ahmet Cemal: Yabancı Ülke Mahkemelerinden Alınan Velayet Konusundaki İlamların Türkiye’de Tenfizi, (AÜEHFD 2003/7/3-4, s. 721-756).

Sarı, Mehmet: Takip Hukukunda Zamanaşımı, 5. B., Ankara 2016. (Sarı, M.)

Sarı, Suat: Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velayeti Birlikte Kullanması, (LHD 2007/49, s. 83-94).

Sarısözen, Serhat M.: İcra ve İflas Hukukunda Canlı Haczi, (ErcÜHFD, 2016/10/2, s. 54-97).

Sample, Noel: Mandatory Family Mediation and the Settlement Mission: A Feminist Critique, (Can. J. Women & L., 24/2012, s. 207-239).

Serdar, İlknur: Birlikte Velayet, (DEÜHFD 2008/10/1, s. 155-197). (Birlikte Velayet)

Serdar, İlknur: Kişisel İlişki Kurma Hakkı, (DEÜHFD 2007/9, s. 739-781). (Kişisel İlişki)

Serozan, Rona: Çocuk Hukuku, 2. B., İstanbul 2017.

Sert, Necmiye: İcra İflas Hukukunda İlamlı İcra Takibi ve Gösterdiği Özellikler, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2005.

Sungurtekin Özkan, Meral: Medeni Kanun’un Aile Hukuku Alanında Getirdiği Değişikliklerin Medeni Usul Hukuku Bakımından Düşündürdükleri, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-I, Eskişehir 2003.

Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Fıganmeşe, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. B., İstanbul 2016.

Şanlı, Cemal: Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, (MHB 1996/1-2, s. 71-82).

Şıpka, Şükran: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi, (İÜHFM 199/57/1-2, s. 301-322).

Şıpka, Şükran: Büyükanne ve Büyükbabalar ile Torunlar Arasındaki Hukuki İlişkiler, (Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul 2009, s. 399-408).

Tanrıbilir, Feriha Bilge: Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları, Ankara 2011.

Tanrıver, Süha: İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996. (İlamlı İcra)

Tanrıver, Süha: Medeni Usul Hukuku C. I, Ankara 2016. (Usul)

Tanrıver, Süha: Türk Aile Mahkemeleri, Ankara 2014. (Aile)

Tercan, Erdal: Türk Aile Mahkemeleri, (AÜHFD, 2003/52/3, s. 19-53).

Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. B., Ankara 2014.

Uran, Peri: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yorumları Işığında 1982 Anayasası ile Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Karşılaştırmalı İncelemesi, (İTÜSBD 2014/2/26, s. 95-126).

Usta, Sevgi: Velayet Hukuku, İstanbul 2016.

Uyar, Talih: Çocuk Teslimi Emrine Muhalefet Suçu (www.e-uyar.com). (Muhalefet)

Uyar, Talih: Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamlı Takipler (www.e-uyar.com). (Çocuk Teslimi)

Uyar, Talih: İcra Hukukunda İlamlı Takipler, 2. B., Manisa 1991. (İlamlı Takipler)

Uyar, Talih: İcra ve İflas Hukukunda Suç Sayılan Fiiller, Manisa 1987. (İcra Suçları)

Uyar, Talih: İlama Aykırı Yapılan İcra Takiplerinin İptali, (ABD, 2014/2, s. 477-488).
(Takibin İptali)

Uysal, Mehmet: Yeni Yasaların Işığında İcra ve İflas Suçları ile Yargılama Yöntemine Farklı Bakış, (İBD 2006/80/3, s. 1013-1048).

Uyumaz, Alper/Erdoğan, Kemal: Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, (DEÜHFD 2015/17/1, s. 119-169).

Üstündağ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, 8. B., İstanbul 2004.

Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukukunun Esasları, 7. B., İstanbul 2000. (Usul)

Warshak, Richard: Parenting by the Clock: The Best Interest of the Child Standard, Judicial Discretion and the American Law Institute's "Approximation Rule", Baltimore Law Review, (Vol. 41, 2011, s. 83-163).

Yalçın, İsmail: Yeni Ceza Adalet Sisteminde Kabahatler, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2006.

Yalman, Süleyman: Evlat Edinmede Rıza, (GÜHFD 2005/8/1-2, s. 57-73).

Yıldırım, Mehmet Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis: İcra ve İflas Hukuku, 7. B., İstanbul 2016.

Yılmaz, Ejder/Çağlar, Tacar: Tebligat Hukuku, 6. B., Ankara 2013.

Yılmaz, Ejder: Çocuk Hakları Açısından Çocuğun Davada Temsilinin ve İradesinin Önemi, (DEÜHFD 2010/11, s. 819-841). (Çocuğun Temsili)

Yılmaz, Ejder: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, 2 C., Ankara 2001. (Tedbirler)

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3 C., 3. B., Ankara 2017. (HMK Şerhi)

Yılmaz, Ejder: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016. (İİK Şerhi)

assembly.coe.int

ec.europa.eu

hudoc.echr.coe.int

www.e-uyar.com

www.adalet.gov.tr

www.adb.adalet.gov.tr

www.e-akademi.org

www.gesetze-im-internet.de

www.hcch.net

www.legislation.gov.au

www.legislation.gov.uk

www.magdur.adalet.gov.tr

www.nofsw.org

www.uhdigm.adalet.gov.tr

YARARLANILAN ELEKTRONİK VERİ TABANLARI

Çalışmada atıf yapılan Yargıtay kararlarına, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (KİBB) ve Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı'ndan (SMİP) erişilmiştir.

Bu veri tabanlarına sırasıyla;
“<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>” ve
“<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>” adreslerinden ulaşılabilir.

Çalışmaya alınan Anayasa Mahkemesi kararlarına erişim için Resmî Gazete'ye atıf yapılmıştır.

AİHM' nin kararları da HUDOC veri tabanında mevcuttur. Bu veri tabanına,
“[http://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\", \"CHAMBER\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre#{\)” ulaşılabilir.

Çalışmada yararlanılan ve kaynakçada gösterilen bazı eserler ise, “Hein Online” (<https://home.heinonline.org/>) veri tabanında yer almaktadır. Bu eserlere yayımlandıkları dergilerin basılı versiyonlarından da ulaşılabilmesini kolaylaştırmak için, yayımlandığı derginin künyesi de belirtilmiştir.

Öte yandan “www.e-akademi.org” adresinden ulaşılan ve çalışmada yer verilen bazı eserlere çalışma metninde atıf verilirken, ilk açık atıftan sonra yazarın soyadının ve ilgili çalışmanın isminin

belirtilmesiyle yetinilmiştir. Zira söz konusu adresten ulaşılan eserlerde sayfa numarası bulunmamaktadır.

Yararlanılan veri tabanlarının tümü gelişmiş arama motorlarına yer verdiği için, bu veri tabanlarında bulunan kaynaklara karar numarası, numarası, yazar adı, eser adı gibi bilgiler aracılığıyla ulaşmak mümkündür.



ÖZET

Çocuğun üstün yararının korunması ilkesi, çocukla ilgili her konuda gözetilmesi gereken bir ilke konumundadır. Mahkeme kararlarının icra edilmesi de bu kapsama dâhildir. Mevcut sistemde çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamlar, taşınır bir malın teslim edilmesine benzer şekilde zor kullanarak icra edilmektedir. Bu nedenle İcra ve İflâs Kanunu sistemi içerisinde anılan ilkenin yerine getirilmesi mümkün olmamakta, bu da çocukların psikolojik olarak ciddi zarar görmesine yol açmaktadır.

Yeni sistem uzman görüşlerine daha fazla önem vermekte, icra müdürlerinin yetkisini ortadan kaldırmakta ve aile mahkemelerinin müdahalesini artırmaktadır. Ancak tasarıdaki düzenlemelerin genel nitelikte olduğu ve münferit sıkıntıları çözemeyeceği, yeni sorunlar oluşturacağı ve eski sistemin sakıncalarını bertaraf etmeyeceği öngörülmektedir.

ABSTRACT

The principle of protecting the best interests of the child is a principle that must be observed in every case regarding the child. Execution of court decisions is also included in this scope. In the present system, the regulations regarding enforcement of residence and access orders are carried out in a similar manner to the delivery of a movable property. Therefore it is not possible to fulfill the principle stated in the system of Code of Enforcement and Bankruptcy, which causes serious psychological damages to children.

The new system places more emphasis on opinions of social workers, removes the authority of bailiff and increases the intervention of family courts. However, it is obvious that the new provisions of the draft are made in a very general sense. It is foreseen that the new regulations will not solve individual problems, will create new problems and will not eliminate the drawbacks of the former system.