

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ USUL VE İCRA İFLÂS HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR
İLÂMLARIN İCRASI

(İİK m. 25, m. 25/a, m. 25/b)

Yüksek Lisans Tezi

Derya BELGİN

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Süha TANRIVER

ANKARA 2011

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	V
KAYNAKÇA	VII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÇOCUK TESLİMİNE VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN İLÂMLARIN İCRASI İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

§1. KONUYA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR	4
A) ÇOCUK KAVRAMI	4
B) ÇOCUĞUN (YÜKSEK VEYA ÜSTÜN) YARARI KAVRAMI	9
I. Genel olarak	9
II. Tanım	12
§2. ÇOCUK TESLİMİNE VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN İLÂMLARIN KAYNAKLARI	16
A) ÇOCUK TESLİMİNE İLİŞKİN İLÂMLARIN KAYNAĞI	16
I. Velayet Kavramı	16
1) Velayetin Tanımı, Amacı ve Hukukî Niteliği	16
2) Velayetin Özellikleri	19
II. Velayetin Düzenlenmesi	22
B) KİŞİSEL İLİŞKİYE İLİŞKİN İLÂMLARIN KAYNAĞI	31
I. Kişisel İlişki Kavramı	31
1) Kişisel İlişkinin Tanımı ve Özellikleri	31
2) Kişisel İlişkinin Hukukî Niteliği ve Dayanağı	35
II. Kişisel İlişkinin Düzenlenmesi	37
§3. ÇOCUK TESLİMİNE VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR İLÂMLARIN İCRASININ İLÂMLI İCRA BAKIMINDAN GENEL ÖZELLİKLERİ	42
A) İLÂM VE İLÂMLI İCRA KAVRAMLARI İLE İLÂMLI İCRAYA KONU OLABİLECEK İLÂMLAR	42
B) İLÂMLI İCRAYA BAŞVURUDA İLÂMIN KESİNLEŞMESİNİN GEREKMEMESİ KURAL; KESİNLEŞMESİ İSTİSNADIR	47
C) İLÂMLI İCRADA ZAMANAŞIMI	49
D) İLÂMLI İCRADA YETKİ	51
E) İCRA EMRİNİN TEBLİĞİ	52
F) İLÂMLI İCRANIN AŞAMALARI VE İLÂMSIZ İCRAYA İLİŞKİN HÜKÜMLER	54
G) YABANCI MAHKEME KARARLARININ TENFİZİ	55

İKİNCİ BÖLÜM

ÇOCUK TESLİMİNE VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN İLÂMLARIN İCRASI PROSEDÜRÜ

§ 4. ÇOCUK TESLİMİNE İLİŞKİN İLÂMLARIN İCRASI	58
A) GENEL OLARAK	58

B) ÇOCUK TESLİMİNE İLİŞKİN İLÂMLARIN İCRASI PROSEDÜRÜ	59
I. Takip Talebi, Takibin Başlaması ve Takibin Tarafları	59
II. İcra Emri ve İcra Emrinin Tebliği	61
III. İcra Emrinin Yerine Getirilmesi	64
IV. Çocuğun Teslim Edildikten Sonra Tekrar Alınması	68
V. Yurtdışına veya Türkiye'ye Kaçırılmış Çocuk Bakımından İlamın İcrası	69
1) Genel Olarak Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme	69
2) Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme'ye Göre Alınan İade Kararının Türkiye'de İcrası	72
C) OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN ÇOCUK TESLİMİNE İLİŞKİN İLÂMLARIN İCRASI	74
§5. ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR İLÂMLARIN İCRASI.....	77
A) GENEL OLARAK	77
B) KİŞİSEL İLİŞKİYE İLİŞKİN İLÂMLARIN İCRASI PROSEDÜRÜ	79
I. Takip Talebi, Takibin Başlaması ve Takibin Tarafları	79
II. İcra Emri ve İcra Emrinin Tebliği	81
III. İcra Emrinin Yerine Getirilmesi	84
IV. Yurtdışına veya Türkiye'ye Kaçırılmış Çocuk Bakımından Kişisel İlişkiye Dair İlamın İcrası	88
C) OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR İLÂMLARIN İCRASI	89
§6. ÇOCUK TESLİMİNE VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR İLÂMLARIN İCRASINDA UZMAN BULUNDURULMASI	92
A) GENEL OLARAK	92
B) SOSYAL ÇALIŞMACI, PEDAGOG, PSİKOLOG, ÇOCUK GELİŞİMCİSİ VE EĞİTİMCİ KAVRAMLARI	94
C) UZMANLARIN GÖREVLENDİRİLMESİ	97
D) UZMANLARIN İLÂMLARIN YERİNE GETİRİLMESİNDEKİ AMACI VE İŞLEVİ	98
E) UZMANLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ	101

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM CEZAI YAPTIRIMLAR

§7. İCRA VE İFLÂS KANUNU MADDE 341	104
A) GENEL OLARAK	104
B) KORUNAN HUKUKİ YARAR	106
C) SUÇUN UNSURLARI	107
I. Maddî unsur	107
1) Çocuk teslimi bakımından	108
2) Çocukla kişisel ilişki kurulması bakımından	110
II. Manevî unsur	111
D) SUÇUN SÜJELERİ	111
E) SUÇA İLİŞKİN YARGILAMANIN ÖZELLİKLERİ	113
F) HÜKÜM VE KANUN YOLU	114
§7. TÜRK CEZA KANUNU MADDE 234	117
A) GENEL OLARAK	117

B) KORUNAN HUKUKÎ YARAR	118
C) SUÇUN SÜJELERİ	119
D) SUÇUN UNSURLARI	121
I. Maddi Unsur	121
II. Manevi Unsur	122
E) CEZAYI AĞIRLAŞTIRICI HALLER	123
F) KOVUŞTURMA, HÜKÜM VE ZAMANAŞIMI	124
§8. İİK 341. VE TCK 234. MADDELERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI.....	125
A) GENEL OLARAK İİK 341. MADDE İLE TCK 234. MADDE ARASINDAKİ FARKLAR	125
B) İİK M.341 İLE TCK M.234 AYNI FİİLLE AYNI ANDA İHLAL EDİLMESİ SORUNU	127
SONUÇ.....	130
ÖZET.....	132

KISALTMALAR

ABD : Ankara Barosu Dergisi

AD : Adalet Dergisi

AntBD : Antalya Barosu Dergisi

aşa. : Aşağıda

AÜEHFD : Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Bkz. : Bakınız

BMÇHS : Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

CMK : Ceza Muhakemeleri Kanunu

f. : fıkra

HD : Hukuk Dairesi

HGK : Hukuk Genel Kurulu

HMK : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUMK : 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

İBD : İstanbul Barosu Dergisi

İİK : İcra ve İflâs Kanunu

İİKY : İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği

İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
m.	: Madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
R.G.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
s.K.	: sayılı Kanun
SHÇEK	: Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TNBHD	: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
V.	: volume (cilt)
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
yuk.	: yukarıda

KAYNAKÇA*

Acabey, Mehmet Beşir: Soybağı, İzmir 2002.

Akcan, Recep: “İcra Emrinin Vekile Tebliği”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul 2002, s.853-888.

Akıllıoğlu, Tekin: Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Ankara 1995.

Akıncı, Ziya/ **Gökyayla**, Cemile Demir: Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010.

Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Hukuku, C.II, Aile Hukuku, İstanbul 2002 (Akıntürk-Medeni Hukuk).

Akıntürk, Turgut: “Boşanmanın Hukukî Sonuçları”, Ankara Hukuk Fakültesi 50.

Yıl Armağanı, Ankara 1977, s.175-204 (**Akıntürk** -Boşanmanın Hukukî Sonuçları).

Akipek, Jale/ **Akıntürk**, Turgut: Türk Medeni Hukuku, C.I, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, İstanbul 2004.

Akyüz, Emine: “Velayet ve Çocuğun Korunması”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s.111-156 (**Akyüz**-Velayet ve Çocuğun Korunması).

Akyüz, Emine: Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması, Ankara 1983 (**Akyüz**-Medeni Kanuna Göre Çocuğun Korunması).

Akyüz, Emine: Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Ankara 2000 (**Akyüz**-Çocuğun Haklarının Korunması).

* Bir yazarın birden fazla eserinden birden fazla yararlanıldığında, yapılan kısaltma ayrıca belirtilmiştir. Kısaltması verilmeyen eserlerde yazarların sadece soyadı anılmaktadır.

Alasu, Yılmaz: Hukukumuzda İcra- İflâs Suçları, Ankara 1998.

Altuntaş, İlknur: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Ankara 2006.

Arar, Kemal: İcra ve İflâs Hükümleri, Ankara 1944.

Artuç, Mustafa/ Bıkmaz, Raif: İcra ve İflâs Suçları ve Yargılama Usulü, Ankara 2005.

Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, A. Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2006.

Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, A. Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2006.

Aras, Bahattin: “Boşanmanın Çocuklar Yönünden Sonuçları”, AD, S.28, Mayıs 2008, s.232-240.

Ataay, Aytekin M. : “Büyük Ana ve Büyük Babalarla Torunlar Arasında Şahsi Münasebetler”, İHFM, C.XXIII, S.3-4, s.369-380.

Aydınlıyım, Suat: “İcrada Çocuk Teslimi ve Şahsi Münasebet Tesisi” AD, Mayıs 1969, Yıl 60, S.5, s.269-282.

Baktır, Selma: Aile Mahkemeleri, Ankara 2003.

Baktır Çetiner, Selma: Velayet Hukuku, Ankara 2000 (**Baktır Çetiner-Velayet**).

Başaran, İbrahim Ethem: Psikoloji, Ankara 1971.

Belgesay, Mustafa Reşit: “Aile Hayatı ve Boşanma ve Kaziyei Muhkeme İtirazı”, Ahmet Esat Arsebük Armağanı, Ankara 1958, s.215-269.

Berki, Şakir: Velayetin Küçüğün Şahsı ve Malları Bakımından Şümulü, Ankara 1970.

Berkin, Necmeddin, M.: Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, C.I, İstanbul 1979.

Cansel, Erol: “Velayet Hakkı ve Kötüye Kullanılması Nedeniyle Kaldırılması”, AÜHF 50.Yıl Armağanı, C.I, Ankara 1977, s.137-148.

Ceylan, Ebru: Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukukî Sonuçları, İstanbul 2006.

Cılga, İbrahim: Aile Mahkemelerinde Çalışma Yöntemi, Ankara 2008.

Cılga, İbrahim: Bilim ve Meslek Olarak Türkiye’de Sosyal Hizmet, Ankara 2004.

Çiftçi, Baran: “Aile Mahkemelerindeki Uzmanların Hukukî Niteliği ve Mesleki Uygulama Sorunları, ABD, Yıl 65, S.3, s.173-178.

Çolak, Hasan: İcra-İflâs Suçları ve Yargılama Usulü, Ankara 2005.

Doğan, Gül: “Çocuk ile Kişisel İlişki Kurabilme Hakkı”, Çetingil ve Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.529-535.

Doğan Yüksel, Neşe: “Nereden Çıktı Aile Mahkemesindeki Bu Uzmanlar?”, İBD Aile Hukuku Özel Sayı, Mart 2007, s. 131-143.

Dural, Mustafa: Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1977.

Egger, August: Medeni Kanun Şerhi, C.II, Aile Hukuku, Çev: Tahir Çağa, Ankara 1949.

Elçin Grassinger, Gülçin: “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.I, İstanbul 2010, s.823-846.

Elçin Grassinger, Gülçin: Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul 2009 (**Elçin Grassinger-Küçüğün Kişi Varlığının Korunması**).

Esener, Turhan: “Boşanmanın Feri Neticelerine Dair Mukaveleler”, AÜHFD, Yıl 1951, C.8, S.3-4, s.610-628.

Fankhauser, Roland: “Aile Krizinde Çocuğun Hakları”, Çev. Bilge Öztan, ABD, Yıl 65, S.4, s.99-106.

Feyzioğlu, Feyzi: Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971.

Fortin, Jane: Children’s Rights and the Developing Law, London 1998.

Gençcan, Ömer Uğur: Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara 2008 (**Gençcan-Boşanma, Tazminat ve Nafaka**).

Gençcan, Ömer Uğur: Boşanma Hukuku, Ankara 2006 (**Gençcan-Boşanma**).

Gençcan, Ömer Uğur: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, C.I, Ankara 2004 (**Gençcan-Türk Medeni Kanunu**).

Goldstem, J/ Freud, A/ Solnit, A.J: Beyond the Best Interests of the Child, New York 1973.

Gökkaya, Şevket: Çocuk Hakları Sözleşmesine Konan Çekinceler, İBD C.69, S.10-12, s.612-615.

Guiho, Peter: “Ziyaret Hakkı” (Çev: Server Tanilli), İÜHFM, Yıl 1960, C.XXV, S.1-4, s.338-364.

Gündel, Ahmet: Yeni Ceza Kanunu Açıklaması, C.IV, Ankara 2009.

Gürdoğan, Burhan: “Boşanma Davalarına İlişkin Usul Hükümleri”, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, Ankara 1977, s.205-218.

Hacettepe Üniversitesi: Hacettepe Üniversitesi Ev Ekonomisi Yüksek Okulu Tanıtım Katalogu, Ankara 2001.

Hafizoğulları, Zeki: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.

Hatemi, Hüseyin/ **Serozan**, Rona: Aile Hukuku, İstanbul 1993.

Hodgkin, Rachel/ **Newell**, Peter: Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama Elkitabı (UNICEF İçin Hazırlanmıştır), Ankara 2003.

İmamoğlu, S. Hülya: “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması”, AÜHFD, Yıl 2005, C.54, S.2, s.183-218.

İmamoğlu, S. Hülya: “Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, AÜHFD, C.54, S.1, Yıl 2004, s.165-190.

İnal, Nihat: Nişanlanma, Evlenme, Mal Rejimi, Boşanma, Velayet, Nafaka ve Eşya Davaları, Ankara 2003.

İnan, Ali Naim: “Özel (Medeni Hukuk) Bakımından Ana-Baba ile Çocuk İlişkileri ve Çocukların Ana-Babaya Karşı Korunması”, Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan, Ankara 1995, s.17-37 (**İnan**-Çocukların Ana-Babaya Karşı Korunması).

İnan, Ali Naim: “Çocuğun Korunmasında Medeni Kanunumuzun İlkeleri ve Çocuk Hakların Dair Sözleşmede Hak Grupları”, Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s.703-720 (**İnan**-Çocuk Hakların Dair Sözleşmede Hak Grupları).

İnan, Ali Naim: “Çocuğun ve Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Mevzuatımızda Yetersizlik ve Giderilme Çareleri”, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara 1972, S.271-289 (**İnan**-Mevzuatımızda Yetersizlik ve Giderilme Çareleri).

İnan, Ali Naim: “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, AÜHFD, Yıl 1995, C.44, S.1-4, s.765-778.

İnan, Ali Naim: Çocuk Hukuku, İstanbul 1968.

Kaçak, Nazif: İcra ve İflâs Suçları, Ankara 2006 (**Kaçak**-İcra ve İflâs Suçları).

Kaçak, Nazif: İlâmlı İcra, Ankara 2007 (**Kaçak**-İlâmlı İcra).

Kanad, Halil Fikret: Kısaltılmış Psikoloji, Ankara 1966.

Karaca, Ali: İlâmlı İcra Tatbikatı, İstanbul 1949.

Karagülmez, Ali/ **Ural,** Sami Sezai: Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2003.

Karşı, Abdurrahim: İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2010.

Konanç, Esin: Türk Hukukunda Çocukun Korunması, Ankara 1989.

Köprülü, Bülent/ **Kaneti**, Selim: Aile Hukuku, İstanbul 1989.

Köseoğlu, Bilal: Aile Mahkemelerinin İşleyişi, Ankara 2005.

Köseoğlu, B./ **Kocağa**, K. : Aile Hukuku ve Uygulaması, Ankara 2009.

Kulaksız, Cengiz: İlâmlı İcrada İcranın Geri Bırakılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1997.

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001 (**Kuru-HMU**).

Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2006 (**Kuru-El Kitabı**).

Kuru, Baki/ **Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder: İcra ve İflâs Hukuku (**Kuru-Ders Kitabı**), Ankara 2010.

Mavi, Ömer: “İcra Takibiyle Çocukla Kişisel Kurulmasının Sebepleri, İcrada Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu”, TBBD, Yıl 2008, S.74, s.269-281.

Nomer, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2010.

Nuhoğlu, Ayşe: Aile Düzenine Karşı Suçlar, İstanbul 2009.

Oğuzman, Kemal/ **Dural**, Mustafa: Aile Hukuku, İstanbul 1998.

Oğuzoğlu, H. Cahit: Medeni Hukuk II- Aile Hukuku, Ankara 1963 (**Oğuzoğlu-Medeni Hukuk**).

Oğuzoğlu, H. Cahit: Velayetin Medeni Hukuktaki Ehemmiyeti, Ankara 1940 (**Oğuzoğlu-Velayet**).

Oktay Özdemir, Saibe: “Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C.II, İstanbul 2009, s.1219-1242.

Oskay, M./ Koçak, C./ Deynekli, A./ Doğan, A. : İİK Şerhi, 1. Cilt, 5.Cilt, Ankara 2007.

Özbay, İbrahim: “Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması (İİK m. 25/a, İİK m. 341), Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.II, Ankara 2009, s.319-331 (**Özbay**-İİK m. 341).

Özbay, İbrahim: “Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlâmların İcrası”, E-Akademik, S.84, Şubat 2009, Erişim Tarihi: 04.01.2010 (**Özbay**-Çocukla Kişisel İlişki).

Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2009.

Özdemir, Fatma: “Boşanmada Çocuğun Korunması”, İstanbul Barosu Çocuk Hakları Günleri (17-18 Kasım 1995), İstanbul 1995, s.148-172.

Özekes, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009.

Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006.

Öztek, Selçuk: “Aile Mahkemeleri”, Karşılaştırmalı Türk ve Alman Aile Hukuku Sempozyumu, Yasa Hukuk Dergisi, Yıl 27, S.257, s.42-52.

Öztan, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2004.

Öztürk, Huriye Reyhan: Türk Medeni Hukukunda Velayet ve Bunun Şahsı Bakımından Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2000.

Öztürk, Mücahit: Boşanmış Ailelerde Çocuk (Söyleşi: Nilüfer Kas), İstanbul 2008.

Özuğur, Ali İhsan: Velayet, Vesayet, Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku, Ankara 2002.

Parlar, Ali/ **Hatipoğlu**, Muzaffer: Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2008.

Pekcanıtez, Hakan: İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986 (**Pekcanıtez**-Şikâyet).

Pekcanıtez, Hakan: İcra ve İflâs Paneli, İzBD, Yıl 69, Nisan 2004, s.100-130 (**Pekcanıtez**-İcra ve İflâs Paneli).

Pekcanıtez, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Sungurtekin Özkan**, Meral/ **Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2010.

Postacioğlu, İlhan: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.

Ruhi, Ahmet Cemal: Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2004.

Saymen, Ferit H. : “Boşanma Halinde Çocukların Büyük Ana Babalarıyla Münasebeti”, İBD, Haziran 1951, C.XXV, S.6, s.321- 330.

Schwarz, Andreas: Aile Hukuku I (çev. Bülent Davran), İstanbul 1946.

Serdar, İlknur: “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, İzmir 2007, s.739-781.

Serozan, Rona: Çocuk Hukuku, İstanbul 2005.

Serozan, Rona: “Çocuğun Kişi Varlığının Aile Hukuk Alanında Korunmasında Yetersizlikler”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997, s.381-406.

Sirmen, L./ Koçhisarlıoğlu, C./ Tanrıver, S./ Süral, N./ Tercan, E. : “Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri ve Türkiye’de Aile Mahkemelerinin Kurulmasında Yararlanabilecek Bir Model”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara 2000, s.1-32.

Şener, Esat: Her Yönü ile Velayet ve Vesayet Hukuku, Ankara 1996.

Tanrıver, Süha: “Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s.947- 953.

Tanrıver, Süha: Aile Mahkemeleri (Panel), Ankara 2003, s.22-28.

Tanrıver, Süha: İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996 (Tanrıver-İlâmlı İcra).

Tekinay, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990.

Tercan, Erdal: “Türk Aile Mahkemeleri”, AÜHFD, Yıl 2003, C.52, S.3, s.19-53.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2006.

Toroslu, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005.

Toroslu, Nevzat/ Feyzioğlu, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.

Tutumlu, Mehmet Akif: Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2006.

Umar, Bilge: İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973.

Uyar, Talih: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C.II, Ankara 2004.

Uyar, Talih: “Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Eşler ile Çocuklar Arasındaki Kişisel ve Parasal İlişkilerin Düzenlenmesi”, AntBD, Yıl 11, S.37, s.18-31.

Uyar, Talih: “Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel Kurulmasına İlişkin İlâmlı Takipler”, <http://www.talihuyar.com> Erişim Tarihi: 03.02.2010 (**Uyar**-Çocuk Teslimi).

Uyar, Talih: “İcra Takiplerinde Zamanaşımı (İİK m. 39)”, <http://www.talihuyar.com> Erişim Tarihi: 03.02.2010 (**Uyar**-Zamanaşımı).

Uyar, Talih: “İlâmlı Takiplerde Yetkili İcra Dairesi”, <http://www.talihuyar.com> Erişim Tarihi: 03.02.2010.

Uyar, Talih: “İlâmlı Takiplerin Başlaması”, ManBD, Temmuz 1991, S.38, s.4-16.

Uyar, Talih: “İcra Hukukunda İlâmlı Takiplere Konu Teşkil Edebilecek İlâmlar”, TBBD S.1, 1991, s.77-100.

Üstündağ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, İstanbul 1965.

Yalçınkaya, Namık/ **Kaleli**, Şakir: Boşanma Hukuku, C.II, Ankara 1988.

Wallerstein, Judith S./ Tanke, Tony J.: “To Move or Not to Move: Psychological and Legal Considerations in the Relocation of Children Following Divorce”, Family Law Quarterly, V.30, 1996-1997, s.305-331.

Yılmaz, Ejder: “Dünden Bugüne İcra ve İflâs Kanunumuz”, SÜHFD, Yıl 2003, C.11, S.3-4, s.9-45.

Yılmaz, Hamdi: İsviçre Çocuk Hukuku, Trabzon 1985.

GİRİŞ

Çalışmamızın konusunu icra hukuku bağlamında “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlâmların İcrası” oluşturmaktadır. Bir yüksek lisans tez çalışması olarak bu konunun seçilmesi ve işlenmesine yönelmemizi sağlayan çeşitli etmenler olmuştur.

Bunların başında Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çocuk Haklarının Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ve Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’ne taraf ülke olmamızın getirdiği yükümlülükler sonucu, mevzuatımızda çocuğun yararını gözeten düzenlemelere yer vermeye başlanması ile çocuğun yararı kavramının öneminin artarak öne çıkması ve çocuğun yararının daha etkin ve yoğun olarak sağlanması ve korunması bilincinin vurgulanması gelmektedir.

İcra dairesi kanalıyla çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların yerine getirilmeye çalışılması sırasında, çocukları yaralayıcı, psikolojilerini ve gelişimlerini olumsuz etkileyici olayların yaşanması da bu çalışmanın ele alınmasındaki bir diğer etmendir.

2003 yılında İcra ve İflâs Kanunu m. 25/b hükmü ile getirilen çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasında uzman bulundurulması zorunluluğu, hukuk sistemimiz açısından son derece önemli ve faydalı bir adım olmuştur. Ancak gözlemlediğimiz kadarıyla bu olumlu adım da çocuğun yararının gözetilmesinde yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle bu çalışma ile

çocuğun yararının en üst seviyede sağlanmaya çalışılmasında bazı çözüm yollarının ortaya konulması gerektiği kanısına vardık.

Son bir etmen ise, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrası (İİK m. 25, m. 25/a, m. 25/b) hakkında bugüne kadar monografik bir çalışma yapılmamış, icra hukukuna ilişkin genel ve kapsamlı eserlerde bu konunun bir iki sayfa ile sınırlı kalmış ve konunun ayrıntılarının incelenmemiş olmasıdır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrası açısından açıklanmasında fayda gördüğümüz temel konulara ve ortak hükümlere değinildi. Uluslararası belgelerde ve iç hukukumuzda yer alan düzenlemeler ışığında çocuk kavramı ve ardından çocuğun yüksek veya üstün yararı kavramları açıklandı. Daha sonra, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların kaynağı çerçevesinde, velayet kavramı, velayetin özellikleri, hukukî niteliği ve mahkeme kararı ile düzenlenmesi; kişisel ilişki kavramı, kişisel ilişki hakkının özellikleri, hukukî niteliği ve düzenlenmesi açıklanmaya çalışılmıştır. Üst bir kavram olması nedeniyle, ilâmlı icra hakkında, hem genel olarak hem de çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasının gösterdiği özellikler bakımından bilgiler verildi.

İkinci bölümde, çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasının İcra ve İflas Kanunu'na göre nasıl gerçekleştirileceği konusu işlenmiştir. İcra ve İflâs Kanunu m. 25 ve m. 25/a açısından bu takiplerin başlaması, icra emrinin düzenlenmesi, borçluya tebliği, ilâmların icra dairesi aracılığıyla yerine

getirilmesi işlenmiştir. Her iki paragrafın sonunda, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasının taşıdığı aksak yönler eleştirilmiş ve bir çözüm modeli önerilmiştir.

İkinci bölümün son kısmında, “Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlâmların İcrasında Uzman Bulundurulması”nı düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu m. 25/b’ye ilişkin açıklamalar yapılmış ve maddede geçen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog ve eğitimci kişilerin kimler olduğu anlatılmıştır. Ayrıca bu uzmanların çocuğun teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasında görevleri, yerine getirdikleri işlev ile yerine getirilmesi gereken işlevler irdelenmiştir.

Üçüncü ve son bölümümüzde ise, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasında ilâmı yerine getirmeyen veya getirilmesine engel olan kişilere tazyik hapsi öngören İcra ve İflâs Kanunu m. 341 incelenmiştir. Cezaî yaptırım açısından birtakım bağlantılar bulunması nedeniyle, çocuğun kaçırılması ve alıkoyulması fiilinin suç olarak düzenlendiği Türk Ceza Kanunu m. 234’e de değinilmiş ve bu iki düzenleme karşılaştırılmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÇOCUK TESLİMİNE VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN İLAMLARIN İCRASI İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

§1. KONUYA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

A) ÇOCUK KAVRAMI

Bu kısımda çocuk kavramı, çocukluğun yaş olarak sınırlarının başlayışı ve bitişi açısından açıklanmaya çalışılacaktır. Hem bir sonraki kısımda değinilecek olan çocuğun yüksek yararı kavramının temelini oluşturması hem de İcra ve İflâs Kanunu m. 25 ve 25/a anlamında çocuğun kim olduğunu tespit edebilmek amacıyla çocuk tanımlanmaya çalışılacaktır.

Sözlük anlamıyla çocuk, insan yavrusu, küçük yaştaki insan anlamına gelmektedir¹. Hukukta ise, çocuk, bir hısımlık deyimidir. Belirli bir ana-babadan türeyen evlat anlamına gelmektedir. Bunun yanında çocuk on sekiz yaşından küçük olup; henüz erginliğini kazanmamış olan kişidir². 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin (BMÇHS) 1. maddesi de çocuğu verilen tanımlara benzer biçimde “bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.” biçiminde tanımlamaktadır. Yine Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair

¹ **İnan**, Ali Naim: Çocuk Hukuku, İstanbul 1968, s. 10.

² **Serozan**, Rona: Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, s. 3 ve 10.

Avrupa Sözleşmesi'nin³ 2. maddesinin c bendine göre çocuk da, on sekiz yaşından küçük kişiyi ifade eder.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 20.11.1989 tarihinde oybirliği ile kabul edilmiş, yürürlüğe girme koşulu olarak öngörülen yirmi taraf ülkenin parlamentosunda onayının 2 Eylül 1990 tarihinde sağlanması ile uluslararası hukuk açısından yürürlüğe girmiştir⁴. BMÇHS Türkiye adına 14.09.1990 tarihinde imzalanmıştır⁵. Ardından 4058 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunduktan sonra 23.12.1994 tarih ve 94/6423 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla onaylanarak 27.01.1995 tarih ve 22184 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak BMÇHS yürürlüğe girmiştir⁶. Her milletlerarası andlaşma için olduğu gibi, BMÇHS'nin onaylanması, andlaşmaya taraf olan ülkelere iç hukuk mevzuatlarını sözleşmeye uyumlu kılma yükümlülüğü yükler⁷. Bununla beraber Anayasamızın 90. maddesinin 5. fıkrası gereği usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Aynı fıkranın son cümlesine göre ise, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda

³ 15.07.2003 tarihinde Türkiye tarafından imzalanan Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 09.11.2010 tarihli ve 6066 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuş ve söz konusu Kanun 30.11.2010 tarihli ve 27771 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴ **Akılhoğlu**, Tekin: Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Ankara 1995, s. 1; **İnan**, Ali Naim: "Çocuğun Korunmasında Medeni Kanunumuzun İlkeleri ve Çocuk Hakların Dair Sözleşmede Hak Grupları", Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, (s. 703-720) s. 714-715; **Acabey**, Mehmet Beşir: Soybağı, İzmir 2002, s. 69.

⁵ Türkiye Cumhuriyeti, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 17, 29 ve 30. maddelerine T.C. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Antlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama hakkını saklı tutarak ihtirazi kayıt koymuştur. Bu çekincelerdeki amaç, milletlerarası andlaşmalarla tanıdığımız azınlıklar olan gayrimüslim Türk vatandaşları dışında azınlık tanımamaktır (**Gökkaya**, Şevket: Çocuk Hakları Sözleşmesine Konan Çekinceler, İBD C.69, S.10-12, s. 612-615).

⁶ **Akılhoğlu**, s. 1; **İnan**-Çocuk Hakların Dair Sözleşmede Hak Grupları, s. 714-715; **Acabey**, s. 69.

⁷ **Akılhoğlu**, s. 3; **İnan**-Çocuk Hakların Dair Sözleşmede Hak Grupları, s. 714.

milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır. Çocuk hakları da insan hakları bütünü içerisinde yer aldığından Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası, başta BMÇHS ve Çocuk Haklarının Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesi olmak üzere çocuk hakları ile ilgili uluslararası sözleşmeler bakımından geçerli olacaktır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 1'deki çocuk tanımı, genel bir kaçış hükmü olarak ve Sözleşme'nin ilkelerine ve hükümlerine aykırı yaş belirlemelerin yolunu açacak şekilde yorumlanmamalıdır⁸. Türk hukuku bu anlamda BMÇHS ile uyum içindedir (Bkz: Türk Medeni Kanunu m. 10 ve 11).

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin yürürlüğe girişi ve ülkemizce kabul edilişi hakkında kısa bilgi verdikten sonra çocuk kavramının sınırlarına geçebiliriz. Günümüzde çocuğun ergin sayılabilmesi için, bedensel ve cinsel olgunluk değil, düşünsel olgunluğa önem verilmekte ve bu olgunluğun kız ve erkek çocuk için eşit olarak on sekiz yaşında tümüyle elde edildiği varsayılmaktadır⁹.

Hukukumuzda on sekiz yaşını doldurmakla, evlenme ile veya mahkeme kararı ile ergin olunur ve artık hukuken çocuk olmaktan çıkılır. Böylece evlenme ve mahkeme kararı ile daha önce ergin kılınmadıkça kişi on sekiz yaşının bitimiyle çocuk olmaktan çıkacaktır (TMK m.11, 12, 124). Çocukluğun bitişini kesin olarak saptamamız basittir, ancak çocukluğun başlangıcı açısından, bir başka deyişle, kişiliğin başlangıcı açısından kesin bir sonuca varmak güçtür. Birçok ülke hukukunda bu konuda farklı düzenlemeler bulunduğundan, BMÇHS'de çocukluğun

⁸ **Hodgkin, Rachel/ Newell, Peter:** Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama Elkitabı (UNICEF için hazırlanmıştır), Ankara 2003, s. 5.

⁹ **Serozan-**Çocuk Hukuku, s. 10.

başlangıcı açısından bilinçli olarak bir belirleme yapılmamış ve böylece ülkelerin farklı yasal düzenlemeleri karşısında tek bir çözüm yolundan uzak durulmak istenmiştir¹⁰.

Türk Hukuku'nda kişilik tam ve sağ doğumla başlar (TMK m. 28). Tam doğum, çocuğun ana rahminden tamamen ayrılmış olmasını ifade eder. Sağ doğum ise, çocuğun anadan bağımsız olarak bir an için bile olsa yaşamış olmasıdır¹¹. Ayrıca Türk Medeni Kanunu m. 28/II'ye göre, çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder. Ceninin varlığı ve hukukî durumu ile ilgili teoriler ve tartışmalar konumuz açısından önem arz etmediğinden ayrıntıya değinilmeyecektir¹².

Genel hatları ile bir çocuk tanımı vermek gerekirse, çocuk, sağ ve tam doğduğu andan itibaren ergin olduğu ana kadar ki devrede bulunan gerçek kişidir¹³.

Çocuk kavramı, hukukta iki anlamda kullanılmaktadır. Birinci anlamda küçüğü yetişkinden ayırmak; ikinci anlamda ise, ana-baba ile olan soybağını belirtmek amacıyla kullanılmaktadır¹⁴.

¹⁰ **Hodgkin/ Newell**, s. 3.

¹¹ **Öztan**, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2002, s. 207-208; **Dural**, Mustafa: Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1977, s. 15-16; **Akipek**, Jale/ **Akıntürk**, Turgut: Türk Medeni Hukuku, C.I, Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku, İstanbul 2004, s. 253-255; **Köprülü**, Bülent: Medeni Hukuk, İstanbul 1984, s. 234-235.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Elçin Grassinger**, Gülçin: Küçüğün Kişi Varlığının Korunması için Alınacak Tedbirler, İstanbul 2009, s. 52-57; **Dural**, s. 21-23; **Akyüz**, Emine: Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Ankara 2000, s. 69-73.

¹³ **İnan-Çocuk Hukuku**, s. 17.

¹⁴ **Akyüz-Çocuğun Haklarının Korunması**, s. 67; **Hatemi**, Hüseyin/ **Serozan**, Rona: Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 273; **İmamoğlu**, S. Hülya: “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması”, AÜHFD, C.54, S.2, 2005, (s. 183-218), s. 190.

İcra ve İflâs Kanunu m. 25'te söz edilen çocuktan maksat kuşkusuz “küçük”tür. Çünkü velayet hakkının bir sonucu olarak çocuğun velayete sahip kişiye teslimine ilişkin bir mahkeme kararı söz konusudur. Bu ilâmlar da çocuğun ergin olmasına kadar hüküm ve sonuçlarını doğuracak ve ilâmlı icra takibine konu olabilecektir¹⁵.

Kişisel ilişki kurulmasında ise, hâkim görüş kişisel ilişkinin temelinde soybağı ilişkisinin bulunduğunu kabul etmektedir¹⁶. Ancak İcra ve İflâs Kanunu m. 25/a gereği çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmlar yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle yine çocuğun-küçüğün ergin olmasına kadar hüküm ve sonuçlarını doğurur. Soybağına ilişkin görüş kabul edilse dahi, İcra ve İflâs Kanunu m. 25/a'daki çocuk ifadesinin de küçük olarak anlaşılması gerekir.

Gelişim psikolojisinde ve tıpta çocuk kavramı ise, yaş ile sınırlara ayrılarak incelenmektedir. Buna göre, insanın gelişimi açısından çocukluk çeşitli dönemler mevcuttur; bunlar, bebeklik dönemi (oral dönem, 0-2 yaş), ilk çocukluk dönemi (2-6 yaş), orta çocukluk dönemi (okul çağı dönemi, 6-12 yaş), ergenlik dönemi (12-18 yaş)'dir¹⁷. Bu tür bir ayrımın konumuz ile bağlantısı bulunmadığından ayrıntılı olarak ele almayı uygun görmedik.

¹⁵ Bkz. a.ş. s. 50-51.

¹⁶ Bkz. a.ş. s. 36.

¹⁷ **Akyüz-Çocuğun Haklarının Korunması**, s. 63-66.

B) ÇOCUĞUN (YÜKSEK veya ÜSTÜN) YARARI KAVRAMI

I. Genel olarak

4949 sayılı Kanun¹⁸ ile İcra ve İflâs Kanunu'na m. 25/b hükmü eklenmiş ve çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasında sosyal çalışmacı, psikolog veya pedagog uzmanlarından birinin bulundurulması zorunluluğu getirilmiştir¹⁹. Bu değişikliğin gerekçesi olarak BMÇHS'nin 9. maddesi ve çocuğun yüksek yararı gösterilmiştir. İşte bu çalışma kapsamında çocuğun yüksek yararını inceleme ihtiyacı, öncelikle bu noktadan doğmuştur. Ayrıca, çocuğun yararının gereklerini yerine getirmek için, sırf icra sürecinde uzmanların bulundurulması yetmez; çocuğun velayetinin ana veya babadan birine bırakılması yahut çocukla kişisel ilişki kurulmasına karar verilirken, bunların içeriği düzenlenirken hatta gerek maddi hukuk gerek icra hukukundaki kanun hükümleri uygulanırken, çocuğun yararının göz önünde tutulması gereklidir. Çocuğun yararının “yüksek” olmasının nedeni de, bu kavramın çocuğu ilgilendiren her konuda öncelikli olmasıdır. BMÇHS m. 3'te de çocuğun yararının her durumda öncelikli olduğu vurgulanmıştır. Buna göre, “Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idarî makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararı temel düşüncedir.” Bununla beraber, İngilizce metinde “*a primary consideration*” olarak ifade edilmesi, çocuğun yararının öncelikli hususlardan yalnızca biri olarak kabul edildiğini göstermektedir²⁰. Çünkü insan

¹⁸ Bu kanun için bkz. 30.07.2003 tarihli ve 25184 sayılı Resmi Gazete.

¹⁹ Bkz. aça. s. 92-103.

²⁰ **Fortin**, Jane: *Children's Rights and the Developing Law*, London 1998, s. 38 (Yazar, Birleşik Krallık 1989 tarihli Çocuk Kanunu'nun (*Children Act*) çocuğun yararını, BMÇHS m.3/I'den farklı olarak, en üstün yarar (*child's best interests will be paramount*) olarak kabul etmektedir.

hakları alanına girip çocuğun yararı ile rekabet eden veya çelişen başka yararlar ortaya çıkabilir. Fakat bu durum çocuğun yararının somut durumlarda ciddi bir biçimde göz önüne alınmasını önlemez; çocuğun yararının araştırıldığı ve en başta gözetildiğinin ortaya konulması zorunludur²¹.

Çocuğun yararı kavramı yeni olmayan; eskiden beri üzerinde durulan²² ve önceliğinin olduğu kabul edilen bir kavramdır. Çocuk haklarını konu alan ilk ve en temel uluslararası metin olarak kabul edilen 20.11.1959 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirisi'nin 2. ilkesine göre, "Çocuk, özel bir himayeden istifade edebilmeli; ona hürriyet ve haysiyet içinde sıhhatli ve normal şekilde bedeni, fikrî, ahlakî, ruhî ve sosyal yönden gelişmesini sağlayacak imkan ve kolaylıklar kanun ve diğer vasıtalarla temin edilmelidir. Bu maksatla hazırlanan kanunlarda çocuğun çıkarları göz önünde bulundurulmalıdır". Burada çocuğun yararı, "çıkar" ile ifade edilmiştir.

BMÇHS m. 3'te ise, çocuğun yararı şu şekilde ifade edilmiştir: "Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idarî makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararı temel düşüncedir"²³. Söz konusu madde Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin genel ilkelerinden biri olarak öne çıkmaktadır²⁴.

²¹ Hodgkin/ Newell, s. 45.

²² Hodgkin/ Newell, s. 43.

²³ Esasında resmi çevirideki ifade vurgulama açısından zayıftır. İngilizce metinde "bütün faaliyetlerde çocuk için en iyi olanın ilk önce düşünülmesi (ya da bu fikre öncelik verilmesi)" vurgulanmaktadır. Orijinal ifade ise şöyledir: "...the best interest of the child should be a primary consideration." (Akıllıoğlu, s. 6).

²⁴ Hodgkin/ Newell, s. 41.

Çocuk hakları alanında öneme sahip bir diğer belge de 25.01.1996 tarihinde Avrupa Konseyi'nde kabul edilen Çocuk Haklarının Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'dir. Türkiye Cumhuriyeti, bu Sözleşmenin onaylanmasını 4620 sayılı Kanun ile uygun bulmuş ve Sözleşme 01.02.2001 tarihinde 24305 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır²⁵.

Çocuk Haklarının Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre ise, "Çocuğu etkileyen kovuşturmalarda adli makam, karar vermeden önce:

a. Elinde bulunan bilgilerin çocuğun yüksek yararı doğrultusunda bir karar verilebilmesi için, yeterli olup olmadığını gözden geçirmeli ve gerektiğinde, özellikle de velayet hakkına sahip olanlardan, ek bilgi toplamalıdır.

b. İç hukuk tarafından görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olduğu düşünülen çocuğun durumunda, çocuğun tüm ilgili bilgiyi edinmesi sağlanmalı; çocuğun yüksek yararına açıkça karşı olmadığı sürece, uygun vakalarda çocuğa doğrudan, gerekiyorsa özel olarak veya diğer kişiler ya da kurullar yoluyla danışılmalıdır; çocuğun görüşlerini ifade etmesine izin verilmelidir.

c. Çocuk tarafından ifade edilen görüşlere gereken özen gösterilmelidir."

²⁵ "Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşmenin 1. maddesinin 4. paragrafı uyarınca, Sözleşmenin adli makam önünde şu kategori aile hukuku davalarında uygulanacağını beyan etmiştir: 1. Boşanma davaları, 2. Ayrılık davaları, 3. Çocukların velayetine ilişkin davalar, 4. Ebeveynle çocuk arasında kişisel ilişki kurulması, babalığın mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin davalar." (**Oktay Özdemir**, Saibe: "Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C.II, İstanbul 2009, (s. 1219-1242), s. 1221).

II. Tanım

Terminoloji açısından doktrinde “çocuğun güvenliği”²⁶, “çocuğun yararı”²⁷ ve “çocuğun menfaati”²⁸ gibi değişik kavramlar kullanılmaktadır. Fakat bu kelimeler birbirine yakın şekilde tanımlanmıştır ve anlatılmak istenen genel olarak özdeştir. Biz de bundan sonra bu kavramların hepsini kapsayacak biçimde *çocuğun yararı* kavramını kullanmayı tercih edeceğiz.

Çocuğun yararı (menfaati veya güvenliği) ile ilgili çeşitli tanımlar verilmiştir. İnan’a göre, çocuğun güvenliği, somut bir durumda çocuğun maddi, manevi, ekonomik, sosyal bütünlüğünün korunması, geliştirilmesi, kültürel haklarıyla eğitim ve öğretiminin sağlanmasıdır²⁹. Benzer şekilde Akyüz, çocuğun üstün yararını ifade etmek için, somut bir durumda çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal, ahlakî, ekonomik ve hukukî bakımlardan sağlıklı, dengeli ve özgür biçimde gelişmesidir demektedir³⁰. Alman doktrininde çocuğun menfaati, onun kendi ayakları üzerinde durabilen, bağımsız, sorumluluklarının bilincinde, toplum içinde diğer bireylerle

²⁶ **İnan**, Ali Naim: “Çocuğun Korunmasında Medeni Kanunumuzun İlkeleri ve Çocuk Hakların Dair Sözleşmede Hak Grupları”, Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s. 703-720; **Akyüz**, Emine: Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması, Ankara 1983, s. 55 vd.; **Akyüz**-Çocuğun Haklarının Korunması, s. 79 vd; **Ceylan**, Ebru: Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukukî Sonuçları, İstanbul 2006, s.154 vd.

²⁷ **Serozan**-Çocuk Hukuku, s. 162 vd; **Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2004, s. 517, 670; **Baktır Çetiner**, Selma: Velayet Hukuku, Ankara 2000, s. 32.

²⁸ **Elçin Grassinger**, s. 51 vd.; **Oktay Özdemir**, s. 1235-1238; **Akyüz**, Emine: “Velayet ve Çocuğun Korunması”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 111-156 [daha önceki çalışmalarında çocuğun güvenliği kavramını kullanan yazar bu makalesinde çocuğun üstün yararı kavramını kullanmayı tercih etmiştir].

²⁹ **İnan**, Çocuk Hakların Dair Sözleşmede Hak Grupları, s. 712.

³⁰ **Akyüz**, Velayet ve Çocuğun Korunması, s. 117.

uyumlu yaşayabilecek şekilde sosyal gelişimini tamamlamış kişi olarak yetişmesinin sağlanması şeklinde açıklanır³¹.

Bir başka görüşe göre³², çocuğun yararından anlaşılması gerekenin, çocuğun yetişkin biri olsa idi, kendini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için nasıl bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar verme konumundaki kişinin aynı yönde karar verebilmesi olduğu belirtilmiştir. Bu bakımdan çocuğun yararı için yapılacak her işlemin onun farazi iradesine uygun olmasına dikkat edilmelidir. Farazi irade gerek çocuğun içinden gelen arzuları, gerekse gerçekçi olarak var olması gereken iradenin birleşimidir. Kanımızca bu görüş somut durumlarda pratik bir çözüm yolu olabilecek niteliktedir.

Çocuğun yararı, sadece onun kısa vadeli, dar ve bencil çıkarını değil; uzun vadeli, geniş kapsamlı, gelecekteki ve toplumsal çevre içindeki yararını kapsar³³. Çocuğun üstün yararı belirlenirken, bu belirleme anındaki koşulların değil, aynı zamanda gelecekteki durumun da göz önüne alınması gerekir³⁴.

Çocuğun yararı ne Türk Medeni Kanunu'nda ne BMÇHS'de tanımlanmıştır. Esasında kanun koyucu tarafından bir tanım yapılmaması da yerindedir. Çünkü çocuğun yararı, onun yaşı, yaşadığı çevre ve bulunduğu sosyal koşullara göre değişir, bu yüzden göreceli ve varsayıma dayalı bir kavramdır³⁵. Bunun sonucu olarak her somut olayda, çocuğun yararına neyin uygun olduğu, nasıl bir kararın ve

³¹ Elçin Grassinger, s. 60, dn. 213.

³² Elçin Grassinger, s. 59, onu destekler nitelikte bkz. Oktay Özdemir, s. 1235-1238.

³³ Serozan-Çocuk Hukuku, s. 65-66; Akyüz-Velayet ve Çocuğun Korunması, s. 117.

³⁴ Akyüz-Velayet ve Çocuğun Korunması, s. 117; Hodgkin/ Newell, s. 44.

³⁵ Elçin Grassinger, s. 58.

uygulamanın çocuğun sağlıklı gelişimini güvence altına alacağına ilişkin bir değerlendirme yapılması gerekli ve zorunludur. Çocuğun yararı, çocuğun iradesinin yerini tutan, zayıf durumunu dengeleyen, resmi makamlara ve ana-babaya yol gösteren ve toplumsal işlevi olan bir kavramdır³⁶. Kaldı ki; tanım yapılması sosyal bilimlerin değişen ve gelişen verilerine uygun biçimde yorumlanmasını ve içeriğinin doldurulmasını engelleyebilir³⁷.

Türk hukukunda, çocuğun korunması, zayıfın korunması ilkesinin bir uzantısıdır. Kadının, işçinin veya tüketicinin zayıf olmaları nedeniyle hukuk düzenince korunuyor olması gibi, çocuk da zayıf olmasından ötürü korunmaya muhtaçtır. Zayıf korunması ilkesi, kamu düzenindendir ve bu nedenle çocuk ile ilgili konularda öncelikli olarak gözetilmesi gereken bir husustur.

Çocuğun yararının, çocukla ilgili her konuda gözetilmesi gereken bir husus olması açısından sahip olduğu bazı işlevler vardır. Çocuğun yararının gözetilmesi, çocuk ile ilgili karar verilirken çocuk yerine karar verecek kişinin alacağı kararda, onun için en uygun ve faydalı kararın verilmesinde ve güçsüz ve zayıf durumunun dengelenmesinde işleve sahiptir. Çocuğun yararı, velinin velayet hakkının sınırlarını belirler ve velinin çocuğun yararına aykırı olarak velayeti kullanmaları halinde kanunen müdahale edilmesini ve koruma tedbirleri alınmasını haklı kılar. Çocuğun yararı gereği, veli, çocuğu ayrı bir kişilik olarak görüp onun kişiliğine saygı göstermek ve kişiliğinin gelişimine yardımcı olmakla yükümlüdür. Çocuğun yararı kavramının son ve belki de en önemli işlevi ise, toplumun geleceğini oluşturan

³⁶ Ceylan, s. 155.

³⁷ Akyüz-Çocuğun Haklarının Korunması, s. 80.

çocukların her yönüyle sağlıklı büyümelerini sağlayarak huzurlu bir toplum yaratmaktır³⁸.

Medeni Kanun'da çeşitli durumlarda çocuğun yararının gözetilmesine ilişkin hükümler sevk edilmiştir. Türk Medeni Kanunu m. 305 (evlat edinme), m. 323-325 (kişisel ilişki kurulması), m. 339-345 (velayet kullanımı), m. 346-351 (çocuğun kişi varlığının korunması) ve m. 360-363 (çocuğun mal varlığının korunması) çocuğun yararının dikkate alınması gerektiğine işaret etmiştir.

Özel hukukun yanı sıra, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu³⁹ da, bu Kanun'un uygulanmasında, çocuk haklarının korunması amacıyla, çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesini temel ilkelerden biri olarak kabul etmiştir (çocuk koruma kanunu m.4/bent b).

Yargıtay kararlarında da çocuğun yararı veya menfaati yerine, “çocuğun bedeni, fikrî, ahlakî gelişimi”nden söz edilmiştir⁴⁰. Yargıtay zaman zaman küçüğün veya çocuğun yararı⁴¹ ifadelerini de kullanmaktadır.

³⁸ **Elçin Grassinger**, Gülçin: “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.I, İstanbul 2010, (s. 823-846), s. 828 vd.

³⁹ 15.07.2005 tarihli ve 25876 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴⁰ 2.HD. 12.07.2007, E.2007/10653, K.2007/17461 (**Köseoğlu**, B./ **Kocaağa**, K. : Aile Hukuku ve Uygulaması, Ankara 2009, s. 502); 2.HD. 07.02.2005, E.2005/16542, K.2005/1472 (**Köseoğlu/ Kocaağa**, s. 516); 2.HD. 27.12.2004, E.2004/14629, K.2004/15838 (**Köseoğlu**, Bilal: Aile Mahkemelerinin İşleyişi, Ankara 2005, s. 296); 2.HD. 17.03.2003, E.2003/2692, K.2003/3574 (**Köseoğlu/ Kocaağa**, s. 528; **Tutumlu**, Mehmet Akif: Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukukî Sonuçları, Ankara 2006, s. 605); 2.HD. 15.05.2003, E.2003/6540, K.2003/7220 (**Köseoğlu**, s. 299); 2.HD. 09.05.2003, E.2003/6238, K.2003/6856 (**Köseoğlu**, s. 299); 2.HD. 01.07.2003, E.2003/8176, K.2003/13545 (**Köseoğlu/ Kocaağa**, s. 526); 2.HD. 10.03.1999 E.1999/14474, K.1999/2147; 2.HD. 27.11.1997 E.1997/12911, K.1997/12889 (**Ceylan**, s. 158); 2.HD. 14.04.1992, E.1992/4086, K.92/4386 (**Şener**, Esat: Her Yönü ile Velayet ve Vesayet Hukuku, Ankara 1996, s. 226); 2.HD. 04.05.1992, E.1992/4788, K.1992/5049 (**Şener**, s. 198); 2.HD. 23.11.1990, E.1990/10700, K.1990/11529 (**Ceylan**, s. 158);

§2. ÇOCUK TESLİMİNE VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN İLÂMLARIN KAYNAKLARI

A) Çocuk Teslimine İlişkin İlâmların Kaynağı

I. Velayet Kavramı

1) Velayetin Tanımı, Amacı ve Hukukî Niteliği

Velayetin, doktrinde genel kabul görmüş unsurlarından yola çıkılarak, benzer tanımları yapılmaktadır. Velayet; ana ve/veya babanın, ergin olmayan çocuklarının veya kısıtlanmış ergin çocuklarının kişi varlığına, malvarlığına ve bu iki husus hakkında onları temsiline ilişkin sahip oldukları hakların ve yükümlülüklerin bütününe denir⁴².

Velayet, Türk Medeni Kanunu'nda düzenleniş şekli itibariyle, kapsamında üç unsuru barındırmaktadır. Bunlar; a) çocuğun kişi varlığının korunması (TMK m.

2.HD. 18.05.1987, E.1987/3042, K.1987/4558 (**Şener**, s. 231); 2.HD. 31.10.1986, E.1986/8367, K.1986/9561 (**Şener**, s. 236);

⁴¹ 2.HD. 16.06.2005, E.2005/8216, K.2005/9351 (**Gençcan**, Ömer Uğur: Boşanma Hukuku, Ankara 2006, s. 849) ; 2.HD. 06.07.2004, E.2004/7964, K.2004/9028 (**Tutumlu**, s. 623); 2.HD. 31.10.1986, E.1986/8367, K.1986/9561 (**Şener**, s. 236).

⁴² **Oğuzoğlu**, H. Cahit: Medeni Hukuk II- Aile Hukuku, Ankara 1963, s. 240; **Oğuzoğlu**, H. Cahit: Velayetin Medeni Hukuktaki Ehemmiyeti, Ankara 1940, s. 9; **Serozan**-Çocuk Hukuku, s. 250; **Akıntürk**, Turgut: Türk Medeni Hukuku, C.II, Aile Hukuku, İstanbul 2002, s. 400; **İnan**-Çocuk Hukuku, s. 125; **Akyüz**-Velayet ve Çocuğun Korunması, s. 113; **Baktır Çetiner**-Velayet, s. 30; **Oğuzman**, Kemal/ **Dural**, Mustafa: Aile Hukuku, İstanbul 1998, s. 272; **Tekinay**, S. Sulhi: Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990, s. 483.

339-341), b) çocuğun mal varlığının korunması (TMK m. 352-363), c) çocuğun temsil edilmesi (TMK m. 342-345)⁴³.

Velayet, çocuk tanımı ve hak ehliyeti açısından yukarıda da belirtildiği gibi⁴⁴, tam ve sağ doğumla başlar. Çocuğun ergin olması ile velayet kendiliğinden ortadan kalkar. Çünkü artık fiil ehliyetine sahip bir gerçek kişi söz konusu olduğundan onun korunmasını gerektiren bir kurumun varlık amacı da ortadan kalkmıştır. Küçüğün ergin olması, on sekiz yaşını doldurması, evlenmesi veya mahkeme kararı ile ergin kılınması ile erginlik gerçekleşebilir. Ancak, çocuk on sekiz yaşını doldurmuş olmakla beraber; kısıtlanmasını gerektiren bir sebep varsa, velayet rejimi devam eder (TMK m. 419/III).

Velayet, ana-babanın her ikisinin ölmesi, çocuğun ölmesi, çocuğun üçüncü kişi tarafından evlat edinilmesi, velayetin hâkim kararıyla kaldırılıp çocuğun vesayet altına alınması veya soybağının reddi veya evlatlık ilişkisinin sona ermesi hallerinde de sona erer⁴⁵.

Velayetin nihai amacı, henüz erginliğe ulaşmamış küçüğün, ileride bir yetişkin olarak gelecekteki hayata hazırlanmasını sağlamak⁴⁶, ona sorumluluklarının bilincinde bağımsız bir kişilik kazandırmaktır⁴⁷. Bu amacı gerçekleştirmenin aracı ise, çocuğun, velayete ilişkin hak ve görevler kullanılarak korunmasıdır. Çünkü çocuk kendi yararlarını gözetebilecek durumda olmadığından, velayete sahip olan

⁴³ **Serozan**-Çocuk Hukuku, s. 250.

⁴⁴ Bkz. s. 7.

⁴⁵ **Öztan**, s. 488-491; **Akyüz**-Velayet ve Çocuğun Korunması, s. 121-122.

⁴⁶ **Akyüz**-Medeni Kanuna Göre Çocuğun Korunması, s. 22.

⁴⁷ **Serozan**-Çocuk Hukuku, s. 250; **Oğuzman/ Dural**, s. 276; **Öztan**, s. 629.

kimsenin, onun çıkarlarını koruması ve kişiliğinin gelişmesine yardımcı olması gereklidir⁴⁸. Velayet, çocuğun menfaatlerinin korunmasına hizmet eder⁴⁹. Velayetin içeriğinin sınırları da, bu amaca göre belirlenir; ana-baba bu amaç doğrultusunda davranışta bulunmak durumundadır⁵⁰. Çocuğun yaşı büyüdükçe ana-babanın onun üzerindeki koruyucu hak ve görevlerin daralması beklenir ve bu durum çocuğun kendi ile ilgili kararlarda olgunluğu ölçüsünde düşünce ve isteklerine başvurulmasını gerekli kılar (TMK m. 339/III). Çocuğun olgunlaşmasıyla velayetin içeriği, onunla ilgili gerekli kararları alma yetkisinden yalnızca gözetim ve denetim yetkisine dönüşür⁵¹. Velayetin kapsamı giderek daralırken nihayetinde amacına ulaşarak ortadan kalkar⁵². Velayetin sona ermesi kural olarak bu durumda küçüğün erginliğe ulaşması ile son bulacaktır.

Velayet, artık günümüzde, ana-babanın veya yalnızca babanın çocuklar üzerindeki mutlak bir iktidarı olarak algılanmamakta ve hukuk düzenlerince de bu biçimde düzenlenmemektedir⁵³. Velayetin hukukî niteliği ile ilgili bugün için çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bunlardan bazıları, velayetin sadece bir görev⁵⁴ olduğunu, bazıları ise, velayete ilişkin hak ve yükümlülüklerin toplamı⁵⁵ olarak kabul

⁴⁸ **Konanç**, Esin: Türk Hukukunda Çocuğun Korunması, Ankara 1989, s. 6.

⁴⁹ **Akıntürk**-Medeni Hukuk, s. 400.

⁵⁰ **Akyüz**-Velayet ve Çocuğun Korunması, s.1 13.

⁵¹ **İmamoğlu**, S. Hülya: “Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, C.54, S.1, Yıl 2004, (s. 165-190), s. 167; **Oğuzman/ Dural**, s. 276; **Öztan**, s. 630.

⁵² **Serozan**-Çocuk Hukuku, s. 250.

⁵³ Velayetin tarihçesi için, bkz. **Öztürk**, Huriye Reyhan: Türk Medeni Hukukunda Velayet ve Bunun Şahsı Bakımından Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2000, s. 6-18; **Akyüz**-Medeni Kanuna Göre Çocuğun Korunması, s. 18-21.

⁵⁴ **Berki**, Şakir: Velayetin Küçüğün Şahsı ve Malları Bakımından Şümüli, Ankara 1970, s. 5.

⁵⁵ **Oğuzoğlu**, s. 240; **Oğuzoğlu**-Velayet, s. 9; **Serozan**-Çocuk Hukuku, s. 250; **Akıntürk**-Medeni Hukuk, s. 400; **İnan**-Çocuk Hukuku, s. 125; **Feyzioğlu**, Feyzi: Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971, s. 177; **Akyüz**-Velayet ve Çocuğun Korunması, s. 113; **Baktır Çetiner**-Velayet, s. 30; **Oğuzman/ Dural**, s. 272; **Tekinay**, s. 483; **Egger**, A.: Medeni Kanun Şerhi, C.II, Aile Hukuku,

etmektedir. Velayetin hak ve yükümlülüklerin toplamı olduğu görüşü bugün için doktrinde çoğunluktadır. Serozan, hak ve yükümlülüklerin toplamı olarak velayeti özgecil ve işlevsel bir yüküm-hak olarak adlandırmaktadır⁵⁶. Oğuzoğlu'na göre velayet, sadece çocuklar üzerinde ana-babaya tanınmış olan tek taraflı hakkın, sonsuz bir etki ve gücün ifadesi değildir⁵⁷. Velayetin bir görev veya ödev olması niteliğinin, hak olma niteliğinden önce geldiği de belirtilmektedir⁵⁸; çünkü ana-babaya tanınan haklar yüklenen ödevlerin daha iyi ifasını sağlamaya yönelik bir kurumdur⁵⁹. Velayette yükümlülükler ile ödevler iç içe geçmiştir⁶⁰. Biz de velayetin hak ve yükümlülükler toplamı olduğuna ilişkin çoğunluğun görüşüne katılmaktayız.

2) Velayetin Özellikleri

Velayetin hukukî niteliğini hak ve yükümlülüklerin toplamı olarak belirledikten sonra özelliklerini sıralamak mümkündür.

Her şeyden önce, velayete sahip kişiler ana ve/veya baba yahut evlat edinen kişi olabilir. Bunların dışında çocuğun bir hısminın veya başka bir kişinin velayete sahip olması mümkün değildir⁶¹. Evliliğin devamı süresince ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar (TMK m. 336/I); ana ve babadan her biri çocuğa karşı aynı

Çev: Tahir Çağa, Ankara 1949, s. 73-74; **Köprülü**, Bülent/ **Kaneti**, Selim: Aile Hukuku, İstanbul 1989, s. 245.

⁵⁶ **Serozan**-Çocuk Hukuku, s. 250.

⁵⁷ **Oğuzoğlu**-Velayet, s. 5.

⁵⁸ **Oğuzoğlu**-Velayet, s. 9; **Köprülü**/ **Kaneti**, s. 245; **Öztürk**, H.R, s. 43, dn. 175; **Cansel**, Erol: "Velayet Hakkı ve Kötüye Kullanılması Nedeniyle Kaldırılması", AÜHF 50.Yıl Armağanı, C.I, Ankara 1977, (s. 137-148), s. 138.

⁵⁹ **Akıntürk**-Medeni Hukuk, s. 400; **Akyüz**-Medeni Kanuna Göre Çocuğun Korunması, s. 22.

⁶⁰ **Serozan**, Rona: "Çocuğun Kişi Varlığının Aile Hukuk Alanında Korunmasında Yetersizlikler", Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, (s. 381-406), s. 386.

⁶¹ **Egger**, s. 75.

borçlarla yükümlü ve aynı haklara sahiptir⁶². Evlilik ölüm ile sona ererse, velayet hayatta kalan eşe ait olur (TMK m. 336/III). Boşanma, ayrılık, evliliğin butlanı veya ortak hayatın tatili hallerinde velayet mahkeme kararı ile kendine bırakılmasına karar verilen ana veya babaya ait olur (TMK m. 336/II, III). Gaiplikte ise, velayet gaip olmayan eşte kalır (TMK m. 35/I). Evlat edinen kimse çocuğun velayetine de sahip olur (TMK m. 314/I)⁶³. Ana-baba evli değilse, velayet yalnız anaya aittir (TMK m. 337/I).

Velayetin içerdiği haklar, hak sahibine sıkı sıkıya bağlı nitelik arz eden haklardır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı olmanın sonucu olarak bu haklar başkalarına devredilemeyeceği gibi bu haklardan feragat da mümkün değildir⁶⁴. Velayetten feragat mümkün değilse de, bazı yetkilerin kullanılması belirli bir süreyle bir kişiye veya kuruma bırakılabilir⁶⁵. Ayrıca velayet, ana veya babanın ölümü halinde mirasçılara geçmez ve hukukî işlemle de sınırlandırılmaz⁶⁶; koşulları oluştuğunda ancak mahkeme kararı ile sınırlandırılabilir (TMK m. 346, 347, 352 vd.).

Velayet bakımından ana-babanın sahip olduğu haklar mutlak haklara ilişkin klâsik özellikleri taşımalarına rağmen, onlardan ayrıldıkları yönler de vardır. Feragat edilemezlik, devredilemezlik, miras yoluyla intikal edilemezlik, bunların yanı sıra yasal sebep olmaksızın ana ve babadan alınamaması, velayetin mutlak haklara özgü

⁶² **İnan**-Çocuk Hukuku, s. 125.

⁶³ **İnan**-Çocuk Hukuku, s. 126; **Baktır Çetiner**-Velayet, s. 37; **Akyüz**-Velayet ve Çocuğun Korunması, s. 115; **Öztürk** H.R., s. 37-38; **Cansel**, s. 141.

⁶⁴ **İnan**, Ali Naim: “Özel (Medeni Hukuk) Bakımından Ana-Baba ile Çocuk İlişkileri ve Çocukların Ana-Babaya Karşı Korunması”, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan, Ankara 1995, (s. 17-37), s. 22; **Oğuzman/ Dural**, s. 273; **Serozan**-Çocuk Hukuku, s. 151, 164; **Akıntürk**-Medeni Hukuk, s. 402; **Öztan**, s.627; **Egger**, s. 73.

⁶⁵ **Serozan**-Çocuk Hukuku, s. 151.

⁶⁶ **Akıntürk**-Medeni Hukuk, s. 402; 2.HD. 01.12.1980, E.1980/7442, K.1980/8596; 2.HD. 28.12.1976, E.1976/8377, K.1976/9404 (**Akıntürk**-Medeni Hukuk, s. 402, dn. 17).

özellikleridir. Ancak çocuk üzerindeki velayet, eşya üzerindeki bir hakka benzetilemez⁶⁷.

Velayet çocuğun yararı bakımından öngörölmüş bir haktır, bir başka deyişle velayet ana-baba için değil, çocuk içindir⁶⁸. Ana ve baba çocuğun yararına olacak şekilde çocukla ilgili işlem ve eylemlerde bulunmakla yükümlüdür⁶⁹. Ana-baba, çocuğun onun yararına hareket eden yasal temsilcisidir⁷⁰.

Velayet, içerdiği hak ve yükümlölükler bakımından bir bütün teşkil eder, bölünemez. Bunun sonucu olarak ana ve baba evliliğın devamı süresince müştereken bu hak ve yükümlölükleri kullanır; yine evliliğın boşanma, ayrılık veya butlan nedeniyle sona erdiği hallerde velayet bir bütün olarak eşlerden birine bırakılır. Hak ve yükümlölüklerin bir kısmı eşlerden birine, diğer kısmı diğer eşe bırakılamaz, Türk Medeni Kanunu m. 336/III buna engel teşkil eder⁷¹.

Velayeti düzenleyen kurallar kamu düzenine ilişkin hükümlerdir⁷². Velayetin kamu düzenine ilişkin olması ilkesi, velayetin içinde yer alan kamu yararı, genel ahlak ilkeleri ve zayıfların korunması düşüncelerinden doğmaktadır⁷³. Kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle velayetten feragat edilemeyeceğı gibi, ana-babanın

⁶⁷ Serozan-Çocuk Hukuku, s. 251; Akyüz-Medeni Kanuna Göre Çocuğın Korunması, s. 26.

⁶⁸ Serozan-Çocuk Hukuku, s. 250.

⁶⁹ Akyüz-Velayet ve Çocuğın Korunması, s. 114.

⁷⁰ Akyüz-Medeni Kanuna Göre Çocuğın Korunması, s. 23.

⁷¹ Akyüz-Velayet ve Çocuğın Korunması, s. 114; Baktır Çetiner-Velayet, s. 38, 47; Öztürk, H.R., s. 31.

⁷² Akyüz-Velayet ve Çocuğın Korunması, s. 115, dn. 8; 2.HD. 20.06.2007, E.2006/16532, K.2007/10432; 2.HD. 21.03.2007, E.2006/16072, K.2007/4580 (Köseoğlu/ Kocağa, s. 511); 2.HD. 07.10.2003, E.2003/8433, K.2003/12970 (Gençcan-Boşanma, s. 852); 2.HD. 18.02.2000, E.2000/1593, K.2000/2024 (Ruhi, Ahmet Cemal: Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Hukukî Sonuçları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2004, s. 562).

⁷³ Öztürk, H.R., s. 27.

isteğiyle hâkim tarafından kaldırılması da mümkün değildir⁷⁴. Velayete ilişkin hükümlerin kamu düzenine ilişkin olması aynı zamanda bu kuralların emrediciliği sonucunu doğurur. Velayet kendine ait olan kişi velayetin yüklediği ödevlerden kaçınamaz; aksi halde hâkim bu duruma kendiliğinden müdahale edip gerekli tedbirleri alır. Aynı şekilde velayetin düzenlemesine ilişkin bir istekten vazgeçilse dahi hâkim, bu feragat nedeniyle davanın reddine değil, gerekli incelemeyi re'sen yaparak çocuğun yararına olacak bir karar verir⁷⁵.

II. Velayetin Düzenlenmesi

Evliliğin devamı sırasında ana-baba tarafından velayetin birlikte kullanılması durumunun sona erdiği haller eşler arasında boşanma davasının açılması ile ortaya çıkar.

Boşanma davası açıldıktan sonra Türk Medeni Kanunu m. 169 hükmüne göre, hâkim davanın devamı süresince gerekli olan geçici önlemleri re'sen alır. Bu geçici önlemlere örnek olarak, kanunda da sayıldığı gibi, eşlerin barınması, geçimi, çocukların bakım ve korunmasına ilişkin önlemler gösterilebilir. Çocuklar bakımından alınacak tedbirler onların dava boyunca korunmasını sağlar. Fakat bu tedbirlerin ana-baba ve çocuk açısından yaşam biçimlerine fazla bir değişiklik getirmemesi beklenir⁷⁶. Çocuğun yararı, yaşam şartlarının zorunlu olmadıkça değiştirilmemesini ve alınan önlemlerin mümkün mertebe ileride alınacak kesin

⁷⁴ Egger, s. 69; Akyüz-Velayet ve Çocuğun Korunması, s. 115; Öztürk, H.R., s. 28.

⁷⁵ 2.HD. 18.02.2000, E.2000/1593, K.2000/2024; 2.HD. 22.06.1999, E.1999/6847, K.1999/7169; 2.HD. 12.02.1998, E.1998/698, K.1998/1454 (Öztürk, H.R., s. 29, dn. 125-126).

⁷⁶ Akyüz-Medeni Kanuna Göre Çocuğun Korunması, s.40; Öztan, s. 455.

önlemlere uygun olmasını gerektirir⁷⁷. Bu arada, boşanma davası süresince çocuğun ana veya babadan birinin himayesinde bulunmasına ya da yanında kalmasına karar verilmesi halinde, çocuk yanında olmayan tarafın velayeti tamamen kaybetmediği, yalnızca nihai karar verilene kadar bakım ve koruma hakkından mahrum kalacağı ve bunlar bakımından velayetin hukuken değil fiilen kısıtlanmış olacağı⁷⁸ belirtilmektedir. Ayrıca velayetin taraflardan birine verilmesi sırasında hâkimin gözeteceği hususlar, tıpkı boşanma kararı ile velayetin bırakılmasında gözetilen hususlar gibidir; örneğin çocuğun yararı, kardeşlerin ayrılmaması, küçük yaştaki çocuğun anaya verilmesi gibi hususlar hâkim tarafından yine dikkate alınacaktır⁷⁹. Bu önlemler ihtiyati tedbir niteliğindeki kararlardır ve bunların yerine getirilmesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 106 (HMK m. 393/I)'ya göre gerçekleşir. Bu ihtiyati tedbir kararları ara kararı niteliğinde olup nihai karar teşkil etmediği dolayısıyla da bir ilâm söz konusu olmadığı için, bunların ilâmlı icra yolu ile yerine getirilmeleri mümkün değildir⁸⁰.

Velayetin boşanma kararının ardından ana veya babadan birine bırakılması halinde, velayet kendine verilmeyen kimse velayeti kaybedecektir⁸¹. Çünkü Türk Medeni Kanunu m. 336/III gereği velayet kendine bırakılan kişi velayete sahip olur. Velayetin bırakılması koşullarında bir değişiklik olması halinde, velayet kendinden

⁷⁷ **Akyüz**-Medeni Kanuna Göre Çocuğun Korunması, s. 43.

⁷⁸ **Öztan**, s. 455; **Akyüz**-Medeni Kanuna Göre Çocuğun Korunması, s. 44-45.

⁷⁹ **Akyüz**-Medeni Kanuna Göre Çocuğun Korunması, s.43; **Özdemir**, Fatma: “Boşanmada Çocuğun Korunması”, İstanbul Barosu Çocuk Hakları Günleri (17-18 Kasım 1995), İstanbul 1995, (s. 148-172), s. 150.

⁸⁰ Bkz. s.45-46.

⁸¹ **Öztan**, s. 468; **Tekinay**, s. 273; **Oğuzman/ Dural**, s. 141; **Köprülü/ Kaneti**, s. 198; **Hatemi/ Serozan**, s. 248; **Akyüz**-Çocuğun Haklarının Korunması, s. 246; **Yalçınkaya**, Namık/ **Kaleli**, Şakir: Boşanma Hukuku, C.II, Ankara 1988, s. 1844; aksi görüş için, bkz. **Baktır Çetiner-Velayet**, s. 107 (yazara göre, “bir tarafın velayetinin ortadan kalktığını söylemenin son derece yanlış ve haksız bir sonuç olduğu kanaatindeyiz”).

alınan kimsenin velayetin tekrar düzenlenmesini talep etme hakkı söz konusu olabilir (TMK m. 183).

Türk Medeni Kanunu velayetin ana veya babadan birine verilmesine karar verirken hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır⁸². Şöyle ki, Türk Medeni Kanunu’nun bu konuyu düzenleyen 182. maddesi başlığı da “Hâkimin takdir yetkisi” biçimindedir. Kanun koyucunun hâkimi kısıtlayan herhangi bir ölçüte yer vermemesinin, her somut olayın özelliklerini karşılayabilecek bir kural koymanın olanaksızlığından kaynaklandığı söylenebilir⁸³. Bununla beraber, hâkimin de bu konuda göz önünde tutacağı, özellikle de Yargıtay kararları ile ortaya konmuş, bazı ilkeler vardır. Ayrıca Türk Medeni Kanunu m. 4’ün öngördüğü, kanunun takdir yetkisi tanıdığı konularda hâkimin, hukuka ve hakkaniyete göre karar vermesi gerektiği ilkesi de unutulmamalıdır⁸⁴.

Velayetin düzenlenmesinde göz önüne alınması gereken ilkelerin başında *çocuğun yararı* gelmektedir. Temel ilke olarak çocuğun yararının yanında onu tamamlayıcı yardımcı ilkeler de bulunmaktadır. Çocuğun yararı kavramının genel çerçevesi yukarıda anlatıldı⁸⁵. Velayetin ana veya babadan birine bırakılması açısından, çocuğun yararının taşıdığı anlam ise, çocuğun daha iyi yetişmesi, bakılması, eğitimi ve terbiyesinin çocuğa yararlı olacak biçimde sağlanmasıdır. Önemli olan, çocuk, ana veya babadan hangisine bırakıldığında çocuğun yararının

⁸² **Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, İstanbul 1965, s. 372.

⁸³ **Özdemir**, s. 151.

⁸⁴ **Yalçınkaya/ Kaleli**, s. 1845.

⁸⁵ Bkz. yuk. s.9-15 vd.

sağlanacak olmasıdır⁸⁶. Diğer yan ilkeler, örneğin çocuğun yaşı, cinsiyeti, ana-babanın sosyal ve ekonomik durumları gibi, çocuğun yararına etkili olduğu sürece dikkate alınacaktır⁸⁷. Ayrıca, hâkim, velayetin kaldırılması sebeplerinin bulunması halinde, çocuğun velayetini, ana veya babadan birine vermek yerine; velayeti kaldırarak çocuğun vesayet altına alınmasına da karar verebilir⁸⁸ (TMK m. 348 vd.).

Türk Medeni Kanunu m.182 gereği hâkim, boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana-babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise, vasi ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını düzenler⁸⁹. Hâkim, çocuğun yararı ile bağdaştığı ölçüde ana-babanın isteklerine itibar edecektir.⁹⁰ Hâkimin velayetin bırakılmasına karar vermek için değerlendireceği deliller arasında, ana-babayı dinlemesi özel bir yer tuttuğundan, hâkim mutlaka diğer delillerle beraber bunu da değerlendirmek zorundadır⁹¹.

Ana-babanın dinlenmesinin yanında hâkimin dikkate alacağı deliller arasında *çocuğun dinlenmesi* de yer almalıdır⁹². Çocuğun dinlenmesi, onun ana-babasına karşı beslediği duyguların, kim ile kalırsa mutlu olacağının ve ana-babanın çocukları ile olan ilişkilerinin tespit edilebilmesi bakımından faydalıdır⁹³. Bu ilke Türk Medeni

⁸⁶ Akıntürk, Turgut: “Boşanmanın Hukukî Sonuçları”, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, Ankara 1977, (s. 175-204), s. 198; Özdemir, s. 151.

⁸⁷ Akyüz-Velayet ve Çocuğun Korunması, s. 120; Özdemir, s. 151.

⁸⁸ Köprülü/ Kaneti, s. 198; Akıntürk-Boşanmanın Hukukî Sonuçları, s. 199.

⁸⁹ Kanun koyucunun TMK m. 182/I’de yer alan “olanak buldukça” ifadesi ile ne demek istediğinin açık olmadığı eleştirilmektedir (Öztaş, s. 465). Bir diğer eleştiri de söz konusu ifadenin, ana-baba veya vasinin dinlenilmesinden kaçış imkânı verdiği yönündedir. Bunun yerine eski TMK m.148/I’deki gibi daha kesin bir ifade kullanılmasının isabetli olacağı belirtilmiştir (Ceylan, s. 156).

⁹⁰ Feyzioğlu, s. 296.

⁹¹ Öztaş, s. 465; Oğuzman/ Dural, s. 141.

⁹² Tekinay, s. 276; Özdemir, s. 154; Akipek/ Akıntürk, s. 303.

⁹³ Akıntürk-Boşanmanın Hukukî Sonuçları, s. 199; Yalçınkaya/ Kaleli, s. 1852; Özdemir, s. 154.

Kanunu’nda açıkça yer almasa da çocuğun yararı onun dinlenmesini gerektirir⁹⁴. Aynı zamanda çocuğun düşünce ve isteklerinin dikkate alınması, çocuğun yararı ilkesinin somutlaşmasına ve çocuğun başlı başına bir kişilik olarak kabul edilip kişiliğinin gelişmesine de hizmet eder⁹⁵. Ayrıca BMÇHS m.12 çocuğun yaşına ve olgunluk derecesine göre dinlenilme hakkının tanınmasını öngörmektedir. Söz konusu hükme göre, “1. 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. 2. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adlî veya idarî 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.”

Çocukların dinlenmesi ve isteklerinin dikkate alınabilmesi için, çocukların yaşının küçük olmadığına, ayırt etme gücüne sahip olduğuna, verdiği ifadenin bilincinde olduğuna ve herhangi bir baskı altında olmadığına hâkimin kanaat getirmesi gerekir⁹⁶. Yargıtay da bugün artık birçok kararında çocuğun, yaşı dikkate alınarak⁹⁷, dinlenilmesi gerektiğini belirtmiş⁹⁸, çocuğun dinlenmediği durumları bozma nedeni kabul etmiştir⁹⁹.

⁹⁴ **Oktay Özdemir**, s. 1228; **Fankhauser**, Roland: “Aile Krizinde Çocuğun Hakları”, Çev. Bilge Öztan, ABD, Yıl 65, S.4, (s. 99-106), s. 100; **Wallerstein**, Judith S./ **Tanke**, Tony J.: “To Move or Not to Move: Psychological and Legal Considerations in the Relocation of Children Following Divorce”, Family Law Quarterly, V.30, 1996-1997, (s. 305-331), s. 307.

⁹⁵ **Fankhauser**, s. 101.

⁹⁶ **Tekinay**, s. 276; **Öztan**, s. 468.

⁹⁷ Çocuğun dinlenmesinde dikkate alınacak yaş sınırında kesin bir sayı vermek yerinde değildir; somut duruma göre değerlendirilmelidir. Yargıtay kararlarında bugüne en düşük yaş olarak dokuz yaştaki çocuğun dinlenmesi gerektiği belirtilmiştir (2.HD. 08.03.2004, E.2004/1860,

Boşanma davalarında yargılamaya ilişkin özel hükümleri düzenleyen Türk Medeni Kanunu m.184'ün 5.bendine göre, “Boşanma veya ayrılığın fer’i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz.” Çocukların velayeti de boşanmaya ilişkin fer’i sonuçlardandır. Fakat velayetin veya kişisel ilişki kurulmasının tarafların anlaşma yoluyla kararlaştırmaları konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, taraflar mali konular yanında velayetin kimde kalacağı konusunu da anlaşma ile kararlaştırabilirler. Ancak tarafların bu konuda anlaşmaları hâkimi bağlayıcı nitelikte değildir¹⁰⁰. Çocukların yararına en hâkim durumda olan kişiler kuşkusuz ana-babadır¹⁰¹, fakat hâkimin takdir hakkı ve onaylama yetkisi de anlaşma ile sınırlandırılmaz¹⁰². Hâkim, anlaşma yapıldığı zamandaki mevcut veya sonradan ortaya çıkması muhtemel koşulları dikkate alarak, anlaşmayı hukuka ve çocuğun yararına uygun bulursa, tarafların herhangi bir zorlama altında olmaksızın yaptıkları anlaşmayı onaylayacak¹⁰³, aksi halde anlaşmaya müdahale ederek çocuğun

K.2004/2812, **Oktay Özdemir**, s. 1232). İsviçre’de bazı doktrin ve uygulamaya göre, on iki yaşından itibaren çocuğun istekleri dikkate alınmalıdır (Bkz. **Fankhauser**, s. 101, dn. 20, 21).

⁹⁸ **Oktay Özdemir**, s. 1228; HGK. 07.02.1970, E.1970/ 2-52, K.1970/ 71 (**Feyzioğlu**, s. 296, dn. 98); 2.HD. 28.04.1987, E.1987/2988, K.1987/3841 (**Baktır Çetiner-Velayet**, s. 112, dn. 100).

⁹⁹ HGK. 01.10.2003, E. 2003/2-513, K.2003/521; 2.HD. 11.05.2004, E.2004/2791, K. 2004/6081; 2.HD. 28.06.2004, E.2004/7643, K.2004/8532 (**Oktay Özdemir**, s. 1229); 2.HD. 13.12.2004, E.2004/13681, K.2004/14932 (**Köseoğlu/ Kocağa**, s. 511); 2.HD. 05.04.2004, E.04/3590, K.04/4216 (**Aras**, Bahattin: “Boşanmanın Çocuklar Yönünden Sonuçları”, AD S.28, Mayıs 2008, s. 232-240, dn. 8).

¹⁰⁰ **Feyzioğlu**, s. 297; **Akipek/ Akıntürk**, s. 303; HGK. 12.06.1963, E.1963/ 2-36, K. 1963/50 (**Akipek/ Akıntürk**, s. 303, dn. 142); HGK. 07.02.1970, E.1970/2-52, K.1970/71 (**Baktır Çetiner-Velayet**, s. 109, dn. 88).

¹⁰¹ **Tekinay**, s. 276

¹⁰² **Feyzioğlu**, s. 297 (HGK. 12.06.1963, E.1963/2-36, K.1963/50, **Feyzioğlu**, s. 297, dn. 99)

¹⁰³ **Tekinay**, s. 276; **Belgesay**, Mustafa Reşit: “Aile Hayatı ve Boşanma ve Kaziyei Muhkeme İtirazı”, Ahmet Esat Arsebük Armağanı, Ankara 1958, s. 215-269 (s.268); **Esener**, Turhan: “Boşanmanın Feri Neticelerine Dair Mukaveleler”, AÜHFD, C. 8, S. 3-4, 1951, (s. 610-628) s. 613; **Akyüz**-Çocuğun Haklarının Korunması, s. 246; **Ceylan**, s. 161.

yararına olan bir düzenleme yapacaktır¹⁰⁴. Zaten bu anlaşmaların hâkimin onayına tâbi olmasının altında yatan neden, çocukların yararını korumak, diğer fer'i sonuçlar bakımından ise, taraflardan zayıf olanın menfaatine aykırı bir anlaşma yapılmasını önlemektir¹⁰⁵.

Diğer görüşe göre ise, tarafların boşanmanın fer'i sonuçları hakkında yaptıkları anlaşmaların konusunu, maddi ve manevi tazminat, yoksulluk nafakası ve kadının erkeğin soyadını kullanmaya devam etmesi oluşturabilir¹⁰⁶. Çünkü söz konusu anlaşma ile ancak tarafların talebine bağlı sonuçlar düzenlenebilir; hâkimin re'sen karar vereceği sonuçlar anlaşma konusu olamaz¹⁰⁷. Fakat hâkim kararını verirken tarafların anlaşmalarını da dikkate alır. Hâkim, çocuğun yararını dikkate alarak velayetin tevdi konusunda karar verir¹⁰⁸.

Kanaatimizce, taraflar kamu düzenine ilişkin hususlar bakımından kendi aralarında yapacakları bir anlaşma ile tasarrufta bulunamazlar. Bu nedenle, velayet ve kişisel ilişkinin düzenlenmesi gibi kamu düzenine ilişkin hususlar bakımından, hâkim re'sen karar vermek durumundadır. Tarafların bu konuda yaptıkları bir anlaşma da varsa, hâkim bunu, özellikle çocuğun yararı bakımından takdir eder; daha sonra velayet veya kişisel ilişki hakkında tarafından re'sen karar verir.

Yargıtay yaşı küçük olup “anne bakımı ve şefkatine muhtaç” çocuğun velayetini anneye vermek görüşündedir. Ancak çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki

¹⁰⁴ Akipek/ Akıntürk, s. 273; Öztan, s. 466; (2. HD. 28.09.1995, E.1995/8706, K.1995/9558, Öztan, s. 466, dn. 763); Akyüz-Medeni Kanuna Göre Çocuğun Korunması, s. 80.

¹⁰⁵ Esener, s. 614.

¹⁰⁶ Hatemi/ Serozan, s. 260.

¹⁰⁷ Oğuzman/ Dural, s. 148.

¹⁰⁸ Hatemi/ Serozan, s. 260; Oğuzman/ Dural, s. 148.

gelişimine engel olabilecek ciddi ve inandırıcı deliller bulunuyorsa, velayet babaya verilebilir¹⁰⁹. Küçük yaştaki çocuğun anneye verilmesi âdetâ kural; çocuğun bedeni, fikrî ve ahlakî gelişimine engel olabilecek haller ise, istisna teşkil etmektedir. Anne bakım ve şefkatine muhtaç olmanın, her zaman aksi kanıtlanabilir bir karine olduğu da söylenebilir¹¹⁰.

Boşanma davasında tarafların kusur oranının, çocuğun taraflardan hangisine verileceğinin belirlenmesinde bir önemi yoktur¹¹¹. Bir başka deyişle çocukların velayeti boşanmada kusurlu olan tarafa da bırakılabilir. Çünkü evlilikteki ilişkiler ile çocuğa yararlı bir ana-baba olmak arasında bir bağ kurulamaz.

Yargıtay kararlarında istikrarlı olarak gözetilen bir diğer husus da, birden fazla çocuk varsa, velayetleri düzenlenirken kardeşlerin ayrılmamasıdır¹¹².

¹⁰⁹ Feyzioğlu, s. 296; Tekinay, s. 275; Köprülü/ Kaneti, s. 198; Öztan, s. 468; 2.HD. 12.07.2007, E.2007/10653, K.2007/11077 (Köseoğlu/ Kocaağa, s. 502); 2.HD. 06.04.2005, E.2005/4651, K.2005/5512 (Tutumlu, s. 600); 2.HD. 22.06.2004, E.2004/5448, K. 2004/8252 (Aras, s. 233, dn. 7); 2.HD. 27.12.2004, E.2004/14629, K. 2004/15838 (Köseoğlu/ Kocaağa, s. 515); 2.HD. 09.05.2003, E.2003/6238, K.2003/6856 (Köseoğlu/ Kocaağa, s. 519); 2.HD. 01.07.2003, E.2003/6703, K.2003/9967 (Köseoğlu/ Kocaağa, s. 526); 2.HD. 12.07.1999, E.1999/6397, K. 1999/8236 (Özğür, Ali İhsan: Velayet, Vesayet, Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku, Ankara 2002, s. 441); 2.HD. 19.06.1997, E.1997/6117, K.1997/7160 (Ruhi, s. 558-559); 2.HD. 12.05.1986, E. 1986/2821, K.1986/4897 (Gençcan-Boşanma, s. 849); HGK. 16.06.1978, E.1978/2-179, K. 1978/677.

¹¹⁰ Yalçınkaya/ Kaleli, s. 1846.

¹¹¹ Tekinay, s. 273; Oğuzman/ Dural, s. 141; Öztan, s. 468; Aras, s. 233; 2. HD. 03.06.1985, E.1985/5130, K.1985/5389; 2.HD. 14.09.1971, E.1971/5218, K.1971/5027 (Öztan, s. 468, dn.772); 2. HD. 16.05.1985, E.1985/4586, K.1985/4777; 2. HD. 11.02.1985, E.1985/936, K.1985/1190 (karşı oy) (Yalçınkaya/ Kaleli, s. 1850).

¹¹² Akipek/ Akıntürk, s. 303; Öztan, s. 468; Feyzioğlu, s. 296; Tekinay, s. 276; Oğuzman/ Dural, s. 141, dn. 250; Köprülü/ Kaneti, s. 198; 2.HD. 03.05.2005, E.2005/3357, K.2005/7227 (Gençcan-Boşanma, s. 874, dn. 3184); HGK. 10.12.2003, E.2003/2-728, K.2003/741; 2.HD. 22.09.2003, E.2003/10714, K.2003/11801; 2.HD. 17.03.2003, 2003/451, K.2003/3672 (Köseoğlu/ Kocaağa, s. 509-521); 2.HD. 04.03.2002, E.2002/2180, K.2002/2807; 2.HD. 15.02.2002, E.2002/2180, K.2002/2807 (Gençcan-Boşanma, s. 874, dn. 3186-3187); 2.HD. 14.09.2000, E.2000/7540, K.2000/9281 (Ruhi, s. 560); 2.HD. 12.02.1999, E.1998/13459, K.1999/1037 (Tutumlu, s. 610); 2.HD. 20.10.1998, E.1998/9236; K.1998/11175; HGK. 02.12.1992, E.1992/2-569, K.1992/772 (Uyar, Talih: “Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Eşler ile Çocuklar Arasındaki Kişisel ve Parasal İlişkilerin Düzenlenmesi”, AntBD, Yıl 11, S.37, s.18-31, dn. 93); 2.HD. 12.05.1986, E.1986/2821, K.1986/4897 (Yalçınkaya/ Kaleli, s. 1851, dn. 3755);

Kardeşlerin ayrılmasını haklı kılacak bir neden varsa, ancak bazılarının velayetinin anada, bazılarının babada bırakılması mümkün olmalıdır, esasında burada yine gözetilecek temel nokta çocuğun yararı ölçütüdür¹¹³. Kardeşler birbirinden ayrılrsa da kardeşlik duygularını geliştirecek şekilde birbirlerini görmeleri için aralarında uygun kişisel ilişki kurulmalıdır¹¹⁴.

Velayet kendine tevdi edilecek ana veya babanın, velayete ilişkin görev ve yetkileri kullanacak olması nedeniyle fiil ehliyetine sahip olması gerekli ve zorunludur¹¹⁵. Bu nedenle ana veya babadan biri akıl hastası¹¹⁶, hükümlü veya vesayet altında¹¹⁷ ise, velayet diğer ebeveyne verilmeli, ona ilişkin de bir engel varsa vasi tayin edilmelidir.

Velayet düzenlenirken velayetin bırakılacağı ebeveynin yaşadığı çevre, ekonomik durumu, çocuğun ve kendinin sağlık durumu¹¹⁸ da dikkate alınmalıdır. Ayrıca çocuğun o güne kadar yaşadığı ve alıştığı çevreden koparılmaması¹¹⁹ da çocuğun psikolojik gelişimi açısından önemlidir.

¹¹³ Feyzioğlu, s. 296; Yalçınkaya/ Kaleli, s. 1851; Özdemir, s. 153.

¹¹⁴ Bkz. aşa. s. 40; HGK. 07.02.2001, E.2001/2-13, K.2001/35; 2.HD. 01.11.1999, E.1999/81166, K.1999/11515; 2.HD. 01.03.1999, 1999/14313; 1999/1678 (Ceylan, s. 158, dn. 897).

¹¹⁵ Yalçınkaya/ Kaleli, s. 1851.

¹¹⁶ 2.HD. 30.12.2003, E.2003/6627, K.2003/8302 (Ceylan, s. 159, dn. 908).

¹¹⁷ 2.HD.24.11.1983, E.1983/8848, K.1983/172 (Şener, s. 234).

¹¹⁸ 2.HD. 29.01.2002, E.2002/224, K.2002/798 (spastik özürlü çocuk rehabilitasyon eğitimine iki yıldır babanın yanında devam ettiği için, velayet babaya verilmelidir, Gençcan-Boşanma, s. 857); 2.HD. 05.06.2003, E.2003/6627, K.2003/8302 (“davalı akıl hastası olup velayet görevini gereği gibi yerine getiremeyecektir”, Köseoğlu/ Kocağa, s. 516).

¹¹⁹ 2.HD. 17.11.2005, E.2005/13172, K.2005/15805; 2.HD.10.03.2005, E.2005/1657, K.2005/3658; 2.HD. 26.10.2004, E.2004/9950, K.2004/12534; 2.HD. 21.06.2002, E.2002/7252, K.2002/8381; 2.HD. 01.04.2002, E.2002/3801, K.2002/4586; 2.HD. 22.03.2002, E.2002/3147, K.2002/4072; 2.HD. 18.09.1998, E.1998/7923, K.1998/9495 (Gençcan-Boşanma, s. 861-862); 2.HD. 19.03.2003, E.2003/2651, K. 2003/3784, 2.HD. 16.06.2003, E.2003/7735, K.2003/8808 (Köseoğlu/ Kocağa, s. 523).

B) Kişisel İlişkiye İlişkin İlâmların Kaynağı

I. Kişisel İlişki Kavramı

1) Kişisel İlişkinin Tanımı ve Özellikleri

Kişisel ilişki, velayete hiç sahip olmamış veya mahkeme kararı ile velayet kendine verilmemiş olan ana, baba yahut üçüncü kişiler ile çocuğa belirli gün veya saatlerde görüşme, birbirlerinden haberdar olma, birbirlerinin yaşamında olma yetkisi veren, aralarında sevgi bağı kurma ve bu bağı devam ettirmeye yönelik bir haktır¹²⁰. Kişisel ilişki hakkı, çocuktan ayrı olan ana ve babanın, yetişmesine katkıda bulunmuş olduğu çocuğun gelişimi hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamak, hısımlık ilişkilerini sürdürmek, yabancılaşmayı önlemek ve nihayet her iki tarafın da gereksinimlerini tatmin amacını¹²¹ güden bir haktır. Kişisel ilişki hakkı velayetin eksiğidir denilebilir; çünkü hak sahibine çocuğun yaşamına müdahale hakkı vermeyip çocukla özlem giderme hakkı verir¹²².

Kişisel ilişkinin kurulması ana, baba veya üçüncü kişinin çocukla yüz yüze görüşmesi biçiminde olabileceği gibi, e-posta, mektup, telefon, internet yoluyla haberleşme, görüşme ve bilgi edinme şeklinde de olabilir¹²³.

¹²⁰ **Yılmaz**, Hamdi: İsviçre Çocuk Hukuku, Trabzon 1985, s. 48; **Özbay-İİK** m.341, s.320; **Özbay-Çocukla Kişisel İlişki**, s. 2; benzer tanım için bkz. **Tutumlu**, s.486.

¹²¹ **Akyüz-Medeni Kanuna Göre Çocuğun Korunması**, s. 145.

¹²² **Serozan-Çocuk Hukuku**, s. 241.

¹²³ **Serozan-Çocuk Hukuku**, s. 241; **Akyüz-Medeni Kanuna Göre Çocuğun Korunması**, s. 149.

Türk Medeni Kanunu m. 323'e göre, ana ve babanın çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı olduğu gibi, Türk Medeni Kanunu m. 325 gereği de olağanüstü durumlar mevcut ve çocuğun yararı gerektiriyorsa, üçüncü kişiler de çocukla kişisel ilişki kurabilirler. Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 5. maddesine göre, “ çocuğun yüksek yararına bağlı olarak, çocukla ana-babası dışındaki aile bağları bulunan şahıslar arasında kişisel ilişki kurulabilir”. Söz konusu milletlerarası andlaşmanın 2. maddesinin d bendine göre aile bağları ise, bir çocuk ile büyük ana ve büyükbabası ya da erkek ve kız kardeşleri arasındaki mevcut ilişkiler gibi hukuki ya da fiili aile ilişkisinden kaynaklanan yakın ilişkileri ifade eder. Oysa Eski Medeni Kanun'da üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişkilerine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı; fakat Yargıtay'ın 18.11.1959 tarihli ve E.12/ K.29 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile yalnızca büyük ana ve büyük babalar için bu hak kabul edilmişti; bu karar, doktrin tarafından desteklenmiştir¹²⁴.

Türk Medeni Kanunu m. 323'te ifade edilen “velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk”, ana ve babanın her ikisinin de velayeti altında bulunmayıp başka bir aile yanına veya kuruma yerleştirilen (TMK m. 347), velayeti kaldırılan çocuk (TMK m. 348) olabileceği gibi boşanma, evliliğin feshi veya butlanı yahut ayrılık sonucu ana veya babadan birine velayeti bırakılan yahut evlat edinilmiş çocuk olabilir¹²⁵. Tüm bu durumlarda çocukla kişisel ilişki kurulması söz konusu

¹²⁴ Akıntürk-Medeni Hukuk, s. 390; Velidedeoğlu, s. 372; Oğuzman/ Dural, s. 142; Köprülü/ Kaneti, s. 199; Hatemi/ Serozan, s. 249; ayrıntılar için bkz. Ataay, Aytekin M. : “Büyük Ana ve Büyük Babalarla Torunlar Arasında Şahsi Münasebetler”, İHFM, C. XXIII, S. 3-4, s. 369-380; Saymen, Ferit H. : “Boşanma Halinde Çocukların Büyük Ana Babalarıyla Münasebeti”, İBD, C. XXV, S. 6, Haziran 1951, s. 321- 330.

¹²⁵ Doğan, Gül: “Çocuk ile Kişisel İlişki Kurabilme Hakkı”, Çetingil ve Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, (s. 529-535), s. 530; Serozan-Çocuk Hukuku, s. 241.

olacaktır. Çocuk ile üçüncü kişi arasında kişisel ilişki kurulmasına da bu haller yanında somut duruma göre ortaya çıkabilecek olağanüstü hallerin varlığı durumunda karar verilebilir.

Kişisel ilişkinin tarafı olarak üçüncü kişi ile kişisel ilişki kurulabilmesi için, ön şart, olağanüstü hallerin varlığıdır. Olağanüstü hallerden anlaşılması gereken, üçüncü kişi ile çocuk arasında olağanüstü yakınlık ve ilişkinin¹²⁶, örneğin aynı aile ortamında bulunmuş olmanın getirdiği yakınlığın olmasıdır¹²⁷. Akıntürk'e göre, "Ana baba sağ ise ve içlerinden biri çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkını kullanmışsa, ayrıca bir üçüncü kişinin de bu haktan yararlanması" mümkün değildir. Çünkü ancak bu durumda "olağanüstü bir hal" mevcuttur¹²⁸. Bir diğer koşul da kurulacak kişisel ilişkinin çocuğun yararına (menfaatine) olmasıdır. Aralarında yakınlık bulunup da olağanüstü bir hal söz konusu olsa da kişisel ilişki çocuğun yararına olmayacaksa, mesela onun gelişimini olumsuz etkileyecekse, kişisel ilişki kurulması talebi reddedilebilir. Çocuk üçüncü kişiler ile ilişkilerini sürdürme gereksinimi duyuyor, bu ilişkiler ona güvenlik duygusu veriyorsa kişisel ilişki kurulmasında çocuğun yararı vardır denilebilir¹²⁹. Üçüncü kişi, çocuk ile hısımlık olan kardeş, büyükanne, büyükbaba, amca, dayı, teyze, hala¹³⁰ vs. olabileceği gibi, hısımlık bulunmayan sütanne, bakıcı, evlatlık ilişkisi sona ermiş kimse, üvey anne baba, çocuk ile ölünceye kadar bakım sözleşmesi yapan ya da doğal baba¹³¹, evlilik

¹²⁶ Doğan, s. 534.

¹²⁷ Ceylan, s. 167.

¹²⁸ Akıntürk-Medeni Hukuk, s. 391.

¹²⁹ Akyüz-Medeni Kanuna Göre Çocuğun Korunması, s. 150.

¹³⁰ HGK. 11.03.2009, E.2009/2-71, K.2009/115 (e-hukukrehberi).

¹³¹ Doğan, s. 533; "... evlilik dışı ilişkiden doğan ve baba ile nesep bağı tanıma veya babalık hükmü ile oluşan çocuğun velayetinin anaya bırakılması halinde babası ile uygun kişisel ilişki kurulması gerektiği..." 2.HD. 16.05.2000, E.2000/6094, K.2000/6436 (İnal, Nihat: Nişanlanma, Evlenme, Mal Rejimi, Boşanma, Velayet, Nafaka ve Eşya Davaları, Ankara 2003, s. 678).

birliği sona ere ne kadar baba olarak kabul edilen görünüşteki baba¹³² gibi kimseler de olabilir.

Her hak gibi kişisel ilişkinin de kanunî bazı sınırları mevcuttur. Türk Medeni Kanunu m. 324'e göre, "Ana ve babadan her biri, diğ erinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğ un eğ itilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür. Kişisel ilişki sebebiyle çocuğ un huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkrada ö ngörülen yükümlölüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler ya da diğ er önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir." Ana-baba hakkında ö ngörölmüş bu sınırlamalar çocukla kişisel ilişki kuran üçüncü kişiler bakımından aynı şekilde geçerlidir (TMK m. 325/II).

Kanun koyucu kişisel ilişkiye ilişkin davalar bakımından kesin olmayan özel bir yetki kuralı ö ngörmüş tür. Türk Medeni Kanunu m. 326'ya göre, "Kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili bütün düzenlemelerde çocuğ un oturduğı yer mahkemesi de yetkilidir.

Boşanmaya ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin yetki kuralları saklıdır."

Buna göre, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki genel yetki kuralı olan davalının yerleşim yeri (HUMK m. 9; HMK m. 6¹³³) mahkemesinin veya Türk

¹³² Öztan, s. 473.

¹³³ **HMK madde 6-** (1) Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir.
(2) Yerleşim yeri, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre belirlenir.

Medeni Kanunu m. 168'deki özel yetki kuralı olan eşlerden birinin yerleşim yeri veya boşanma davasından önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yeri mahkemesinin yanında, çocuğun oturduğu yer mahkemesinden de kişisel ilişkinin kurulması veya değiştirilmesi talep edilebilir.

2) Kişisel İlişkinin Hukukî Niteliği ve Dayanağı

Kişisel ilişki kurulması ana, baba veya üçüncü kişiler için hak teşkil eder¹³⁴. Fakat kişisel ilişki aynı zamanda çocuk bakımından da haktır. Bir başka deyişle kişisel ilişki her iki taraf için de bir hak teşkil eder¹³⁵. BMÇHS m. 9/III de bunu teyit edici niteliktedir. Söz konusu hükme göre, “Taraf Devletler, ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler.” Ayrıca Anayasa madde 41’e göre de kişisel ilişki kurmanın çocuk bakımından bir hak olduğu da vurgulanmıştır.

Kişisel ilişki hakkı ana-babanın kişilik haklarına dâhil bir değerdir. Bu nedenle bu haktan feragat edilmesi veya bu hakkın başkasına devredilmesi mümkün değildir¹³⁶.

¹³⁴ **Schwarz**, Andreas: Aile Hukuku I (çev. Bülent Davran), İstanbul 1946, s. 178; **Velidedeoğlu**, s. 372.

¹³⁵ **Serozan**-Çocuk Hukuku, s. 242; **Serdar**, İlknur: “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, İzmir 2007, (s.739-781), s. 742, dn. 17-18).

¹³⁶ **Akıntürk**-Medeni Hukuk, s. 400; **Doğan**, s. 530, dn. 10; **Serozan**-Çocuk Hukuku, s. 241; **Feyzioğlu**, s. 298; **Köprülü/ Kaneti**, s. 199; **Guiho**, Peter: “Ziyaret Hakkı” (Çev: Server Tanilli), İÜHFM, C. XXV, S. 1-4, Yıl 1960, s. 338-364 (s. 350); aksi görüş için, bkz. **Öztan**, s. 469, yazara göre “bu hak, kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak bir kişilik hakkı değildir.”.

Kişisel ilişki hakkının hukukî dayanağı konusunda doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilkinе göre, çocukla kişisel ilişki kurulmasının temelinde aradaki soybağı ilişkisi yatmaktadır¹³⁷. Buna göre, çocuk ile soybağı¹³⁸ ilişkisi olan kimseler, bir başka deyişle yalnızca ana ve baba çocuk ile kişisel ilişki kurabilir. Bu görüş üçüncü kişilerin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmediği eski Medeni Kanun ve hatta büyük ana ve babaya kişisel ilişki kurulmasını talep hakkı veren 1959 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararından önceki dönem bakımından geçerli bir görüş olabilir. Fakat Türk Medeni Kanunu m. 325 ile kişi bakımından bir sınır getirmeksizin üçüncü kişiler ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulması soybağı kavramı ile açıklanamaz. Böylece ikinci görüşe göre, kişisel ilişki psikolojik ana-baba olgusuna dayandırılır. Psikolojik ana-baba, çocuğa şefkat ve sevgi göstermeyi, ona saygı duymayı, onunla arkadaşlık yapmaktan zevk almayı bilen, çocuğun yaptığı her türlü davranışı hoşgörülle karşılayabilen, ona yol gösterebilen ve destek olabilen kişidir¹³⁹. Bununla beraber, kişisel ilişki hakkı çocuğun yararı için tanınmıştır. Bu nedenle çocuğun artık velisi olmayan ana ya da babası veya üçüncü bir kişi ile kişisel ilişki sürdürmesi çocuğa bir yarar sağlamıyorsa, aksine zarar veriyorsa bu ilişki tanınmayacak, sınırlanabilecek veya sona erdirilebilecektir¹⁴⁰. Kanaatimizce de bugün için, kişisel ilişki kurulmasının temelinde soybağının yattığının kabul edilmesi mümkün değildir.

¹³⁷ **Akyüz**-Çocuğun Haklarının Korunması, s. 217; **Serdar**, s. 740-741;

¹³⁸ TMK m. 282 vd.da düzenlenmiş olan soybağı dar anlamda soybağıdır ve yalnızca çocuklar ile ana-baba arasındaki bağlantıyı ifade eder (**Akıntürk**-Medeni Hukuk, s. 314).

¹³⁹ **Akyüz**-Çocuğun Haklarının Korunması, s. 217.

¹⁴⁰ **Elçin Grassinger**, s. 195.

II. Kişisel İlişkinin Düzenlenmesi

Özellikle boşanma ve ayrılık davalarında mahkeme, tıpkı velayetin bırakılmasında olduğu gibi, velayetin bırakılmadığı tarafla çocuk arasındaki kişisel ilişkiyi re'sen düzenler¹⁴¹. Ancak üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki konusunda bir talepte bulunması gereklidir.

Çocukların yakınlarıyla ilişkilerinde esasında dengelenmesi gereken üç husus vardır. Bunlardan ilki çocuğun yararı, ikincisi yakınların kişisel ilişki kurma menfaati ve üçüncüsü de velinin haklarıdır¹⁴².

Kişisel ilişki kurulmasına mahkemece karar verilirken gözetilmesi gereken en önemli ve öncelikli husus çocuğun yararıdır¹⁴³. Türk Medeni Kanunu m. 182/II'de bu konuda çocuğun yararı ifade edilmiştir: “Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur.” Kişisel ilişkide çocuğun yararı, kişisel ilişkinin kapsamı, görüşmelerin sıklığı ve uzunluğu açısından somutlaşmaktadır. Çocukla kurulacak kişisel ilişkinin sıklığı ve uzunluğu ne çok fazla olup çocuğu alıştığı ve esas olarak yetişmesi gereken ortamdan uzaklaştırmalı, ne de çok seyrek olup kişisel ilişki kurulan kişi ile çocuk arasındaki ilişki olumsuz etkilenmelidir. Yargıtay'ın bugün için, birçok somut durumda uyguladığı ve yerleşmiş kararları vardır. Buna göre, ana veya baba ile çocuk arasında ayda bir veya en çok iki hafta sonunun tamamı veya bir günü ve bayramların ikinci günleri kişisel

¹⁴¹ 2.HD. 28.09.2004, E.2004/7936, K.2004/10798 (e-hukukrehberi);

¹⁴² Serozan-Çocuk Hukuku, s. 242; Guiho, s. 350.

¹⁴³ Öztan, s. 469; Doğan, s. 531.

ilişki kurulmalıdır¹⁴⁴. Yargıtay, her hafta veya on beş günde bir olan kişisel ilişkilerin, velayete sahip olan tarafın çocukla ilişkisini ve çocuğun eğitim ve öğretimini olumsuz etkileyeceği görüşündedir¹⁴⁵ ki; bu tutum çocuk psikolojisi açısından da yerindedir¹⁴⁶. Çocuğun ana veya baba dışında üçüncü kişilerle kuracağı kişisel ilişkinin sıklığı ve süresinin daha kısa olması gerekir¹⁴⁷. Ayrıca, kişisel ilişkinin kapsamı belirlenirken çocuğun yaşı, okul durumu¹⁴⁸, sağlık durumu, kişisel ilişki kurulacak kişiyle arasındaki manevi bağıllık, kişisel ilişki kurulacak kişinin işi, sosyal durumu, boş zamanları ve ikametgâhların birbirine uzaklığı dikkate alınmalıdır¹⁴⁹.

Çocukla kişisel ilişki kuracak kimse bakımında önemli bir husus da, kişisel ilişki kurulması esnasında yanlarında başka bir kişinin, örneğin icra müdürünün, bir tanığın, bulundurulması zorunluluğu getirilemeyeceğidir. Çünkü kişisel ilişkiden beklenen faydanın sağlanması için, çocuk ile kişisel ilişki kuranın herhangi bir aracı bulunmadan beraber vakit geçirip paylaşımında bulanabilecekleri doğal bir ortam bulunmalıdır. Hâkimin üçüncü bir kişi nezdinde kişisel ilişki kurulmasındaki amacı, kişisel ilişki kuran kişinin etkilerinden çocuğu korumak ise, hâkim takdir yetkisinin kişisel ilişki kurmamaktan yana kullanmalıdır¹⁵⁰. Yargıtay da, bu şekilde velayete

¹⁴⁴ 2.HD. 04.04.2005, E.2005/2208, K.2005/5311 (**Tutumlu**, s. 613); 2.HD. 01.03.2004, E.2004/1695, K.2004/2432 (**Gençcan**, Ömer Uğur: Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara 2008, s. 1253, dn. 443).

¹⁴⁵ 2.HD. 15.11.2001, E.2001/14441, K.15899 (**İnal**, s. 693);

¹⁴⁶ **Akyüz**, Medeni Kanuna Göre Çocuğun Korunması, s. 146-147; **Tekinay**, s. 278.

¹⁴⁷ "...Kişisel ilişki, çocuğun fikri ve bedeni gelişimi üzerinde olumsuz etki yaratmaması yanında onun yetiştirilmesini engellemeyecek şekilde çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde düzenlenmelidir. Bu sebeplerle davacı büyük ana ile daha kosa süreli kişisel ilişki düzenlenmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru bulunmamıştır..." 2.HD. 20.12.2006, E.2006/9388, K.2006/18010 (e-hukukrehberi).

¹⁴⁸ 2.HD. 22.02.2000, E.2000/2131, K.2000/2214 (**İnal**, s. 674);

¹⁴⁹ **Öztaş**, s. 473; **Akyüz**-Medeni Kanuna Göre Çocuğun Korunması, s. 147; **Yılmaz**, s. 48; **Feyzioğlu**, s. 298; **Doğan**, s. 531; **Aras**, s. 233.

¹⁵⁰ **Özdemir**, s. 160.

sahip kişinin, bir memur veya bir tanık gibi kişilerin bulundurulmasını öngören mahkeme kararlarını bozmaktadır¹⁵¹. Ayrıca tarafların kişisel ilişki kurulacak yer bakımından bir sınırlama getirilmesi de bozmayı gerektirmektedir¹⁵²; çocuk ile kişisel ilişki kuracak kimse buna özgürce, kendi isteği doğrultusunda karar vermelidir.

Velayetin bırakılmasında da olduğu gibi mahkeme çocukla ana ya da baba veya üçüncü kişiler arasında kişisel kurulmasına karar verirken çocuğu da dinlemeli ve onun isteklerini de göz önüne almalıdır¹⁵³. Türk Medeni Kanunu m. 182/I'de boşanma ve ayrılık davalarında ana-babanın dinleneceği belirtilmiş ama çocuğun dinlenmesine ilişkin bir hüküm getirilmemiştir. Ancak, çocuğun dinlenmesi ve isteklerinin dikkate alınması çocuğun yararının sağlanması bakımından önemli bir araçtır. Hâkim, kural olarak bu istekle bağlı olmamakla birlikte, ayırt etme gücüne

¹⁵¹ "...Baba ile çocuk arasında bir uzman nezaretinde ilişki kurulması doğru değildir..." 2.HD. 23.02.2005, E.2005/16668, K.2005/2633 (**Gençcan-Boşanma**, Tazminat ve Nafaka, s. 1272); 2.HD. 06.07.2004, E.2004/8202, K.2004/9032 (**Tutumlu**, s. 615); "...bu hakkın rahatça kullanılmasına engel olacak tarzda icra müdürü veya polis memuru gözetiminde ilişki kurulmasına karar verilmesi kanuna aykırıdır." 2.HD. 13.12.2001, E.2001/16164, K.2001/176969 (**Ruhi**, s. 564); 2.HD. 13.09.1999, E.1999/8860, K.1999/8830 (**İnal**, s. 668); 2.HD. 27.03.1986, E.1986/3009, K.1986/3242 (**Yalçınkaya/ Kaleli**, s. 1856).

¹⁵² **Gençcan-Boşanma**, Tazminat ve Nafaka, s.1256; "...davacının çocukla görüşmesinin memur huzurunda yapılmasına karar verilmesi de doğru değildir..." 2.HD. 27.03.1986, E.1986/3009, K.1986/3242 (**İnal**, s. 638) "...boşandığı eşin evinde kişisel ilişki kurulmasına karar verilemez." HGK. 24.10.1962, E.1962/2-35, K.1962/52; aynı yönde 2.HD. 20.05.1983, E.1983/4400, K.1983/4583 (**Yalçınkaya/ Kaleli**, s. 1856); "...mahalle muhtarlığında kişisel ilişki kurulamaz." 2.HD. 26.01.1978, E.1978/129, K.1978/505 (**Ceylan**, s. 155, dn. 975); "...belediye binasının önünde, herkesin göz önünde açıkta çocuğunu görmesi şeklinde bir düzenleme yapılması bozmayı gerektirir." 2.HD. 03.02.1976, E.1976/624, K.1976/837 (**İnal**, s. 643).

¹⁵³ **Öztan**, s. 469; **Köprülü/ Kaneti**, s. 199; **Tekinay**, s. 278; **Serdar**, s. 750; **Aras**, s. 233; 2.HD. 20.09.2004 E.2004/9190, K.2004/10173 (**Gençcan-Boşanma**, Tazminat ve Nafaka, s. 1231); 2.HD. 26.04.2004, E.2004/4582, K.2004/5242 (e-hukukrehberi); "...çocuğun bilgisine başvurulmaması isabetsizdir..." 2.HD.27.10.2003, 2003/13233, K.2003/14379 (**Tutumlu**, s. 615).

sahip küçük, kişisel ilişki kurma iradesini ortaya koymuşsa; kişisel ilişki talebinin reddedilmemesi gerekir¹⁵⁴.

Velayetin bırakılmasında mümkün olduğunca kardeşlerin ayrılmamasına özen gösterilmesinde fayda vardır. Ancak, kardeşlerin birbirlerinden ayrılması çocukların yararları için zorunlu ise, bu durumda çocukların velayetinin bırakılmadığı ana veya baba ile kişisel ilişkileri düzenlenirken kardeşlerin birbirlerini görmesini sağlayacak biçimde düzenleme yapılmalıdır¹⁵⁵; gerekiyorsa kardeşler arasında da (TMK m. 325) ayrıca kişisel ilişki kurulmasına karar verilebilir.

Yargıtay kararlarında ana ya da baba ile kişisel ilişki kurulmasında sıkça göz önüne alınan bir husus da “ana-baba olma duygusunun tatmin edilecek” şekilde¹⁵⁶ kişisel ilişki kurulmasıdır. Kuşkusuz bu husus da dikkate alınmalıdır. Ancak burada çocuğun yararı daha önceliklidir; ana-baba olma duygusunun tatmini çocuğun yararından önce gelemmez¹⁵⁷.

Ayrıca, tarafların boşanmanın fer’î sonuçları için yapacakları anlaşma ile çocukla kişisel ilişki kurulması mümkün değildir. Çünkü velayet gibi bu husus da

¹⁵⁴ **Doğan**, s. 531.

¹⁵⁵ 2.HD. 10.01.2005, E.2004/14827, K.2005/47; 2.HD. 22.12.2004, E.2004/14253, K.2004/15520; 2.HD.20.11.2003, E.2003/14672, K.2003/16037 (**Köseoğlu/ Kocağa**, s. 515-521)

¹⁵⁶ 2.HD. 27.09.1976, E.1976/4884, K.1976/6456 (**Köprülü/ Kaneti**, s. 199, dn. 29); 2.HD. 23.01.1989, E.1989/11597, K.1989/266; 2.HD. 06.11.1986, E.1986/9490, K.1986/9752 (**Ceylan**, s. 155, dn. 971); 2.HD. 26.05.1999, E.12806, K.1999/117 (**İnal**, s. 661).

¹⁵⁷ **Öztan**, s. 472; “... Velayet düzenlenirken analık babalık duygularından önce, küçüğün bedeni ve fikri gelişimi gözetilmelidir...” 2.HD. 17.03.2003, E.2003/2692, K.2003/3574 (**Köseoğlu/ Kocağa**, s. 528); “... Analık babalık duygularını tatmin de önemli bir faktör ise de çatışma halinde çocuğun yararını üstün tutmak zorunludur...” 2.HD. 20.06.2000, E.2000/7431, K.2000/8396 (e-hukukrehberi); “... Velayet kendisine verilmeyen tarafla küçük arasında ilişki kurulurken analık babalık duygularından önce çocuğun bedeni ve fikri gelişim dikkate alınmalıdır... 2.HD. 02.10.1998, E.1998/8593, K.1998/10237; “Ayrılmış eşler arasında, çocukla ana-baba arasındaki ilişkiler düzenlenirken tarafların sevgi ve benzeri duygularının tatmininden önce küçüğün bedeni ve fikri ilişkileri, çıkarlarını ön planda tutmak gerekir.” 2.HD.14.09.1971, E.1971/5218, K.1971/5027 (**İnal**, s. 626).

hakimin re'sen düzenleyeceği ve kamu düzenine ilişkin olan bir husustur¹⁵⁸. Tarafların yaptıkları bir anlaşma varsa, hâkim bunu takdir eder ve çocuğun yararını gözeterek kişisel ilişki kurulup kurulmaması ve bunun sınırları hakkında bir karar verir.

Son olarak, çocukla kişisel ilişki kurulmasını ve kapsamını belirleyen ilâmların açık ve kesin biçimde kişisel ilişkinin ne sıklıkta kurulacağını, başlangıç ve bitiş zamanlarını göstermesi gerekir¹⁵⁹. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 388 ve 389 gereği (Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.297/II), hüküm fıkrasının açık ve kesin olması, hem kişisel ilişkinin çocuk için istikrarlı olmasına hem de ilâmlı icrada ilâmın yerine getirilmesinde icra müdüründe bir tereddüdün doğmasını engellemeye hizmet eder.

¹⁵⁸ Bkz. s. 27-28.

¹⁵⁹ 2.HD. 12.04.2005, E.2005/5147, K.2005/5925 (**Gençcan**, Boşanma, Tazminat ve Nafaka, s. 1231); 2.HD. 04.04.2005, E.2005/3588, K.2005/5390; 2.HD.05.02.1998, E.1998/14206, K.1998/1105 (**Tutumlu**, s. 614-617); 2.HD. 21.11.1983, E.1983/8609, K.1983/8880 (**Serdar**, s. 763, dn. 92); 2.HD. 18.12.1984, E.1984/9135, K.1984/10493 (**Ceylan**, s. 170, dn. 974); 2.HD. 11.06.1985, E.1985/5595, K.1985/5767 (**İnal**, s. 639).

§3. ÇOCUK TESLİMİNE VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR İLÂMLARIN İCRASININ İLÂMLI İCRA BAKIMINDAN GENEL ÖZELLİKLERİ

A) İlâm ve İlâmlı İcra Kavramları ile İlâmlı İcraya Konu Olabilecek İlâmlar

Kanun koyucu, konusu para ve teminat olan alacaklar bakımından mahkeme ilâmına gerek olmaksızın ilâmsız icra takibi yapılabilmesi imkânı tanımıştır. Buna karşılık, konusu para ve teminat olan alacaklar dışındaki alacaklar bakımından alacaklının mutlaka bir ilâma dayanmasının âdeta bir ön koşul teşkil ettiği ilâmlı icra takibi (İİK m. 24-41) yolu öngörülmüştür. Para alacakları dışındaki hak ve alacaklarda, cebri icra, borçluya karşı ancak kural olarak icranın konusu olan şey üzerinde gerçekleştirilir¹⁶⁰. Bununla beraber para veya teminat konusu bir alacak için, ilâmsız icraya başvurulabileceği gibi, alacak bir mahkeme kararına bağlanmışsa, ilâmlı icra takibi de yapılabilir¹⁶¹. Ayrıca alacaklının elinde İcra ve İflâs Kanunu m. 38 anlamında ilâm niteliğindeki belgelerden biri varsa, yine ilâmlı icraya başvurulabilir.

¹⁶⁰ Özekes, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s. 93.

¹⁶¹ Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder: İcra ve İflâs Hukuku (Ders Kitabı), Ankara 2010, s. 384; Üstündağ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004, s. 354.

İlâmlı icra, her türlü alacak hakkındaki mahkeme ilâmlarının ya da ilâm niteliğindeki belgelerin nasıl icra edilebileceğini düzenleyen bir cebri icra yoludur¹⁶².

İcra hukukunda alacak kavramı, maddi hukuktaki alacak kavramından daha geniştir. Borçlar hukukundaki alacakların yanı sıra aynî haklar ve aile hukukundaki yükümlülükler de icra hukuku bağlamında alacak kavramının içerisine dâhildir¹⁶³. Bizim inceleme konumuz olan çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrası, aile hukukuna ilişkin yükümlülüklerin icrasının tipik örneklerini oluşturmaktadır.

İlâm, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 392 ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 301¹⁶⁴,de tanımlanmıştır. Buna göre, mahkemelerin nihai kararlarının, davanın taraflarından her birine verilen imzalı ve mühürlü suretlerine ilâm denir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 390 (Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 297) gereği, ilâmların, karar veren hâkim veya hâkimleri ile zabıt kâtibi tarafından imzalanması ve mühürlenmesi gerekir¹⁶⁵. İcra hukukunda ilâm kavramının içerisine yalnız hukuk mahkemelerinden alınmış ilâmlar girmez; bunlardan başka Danıştay,

¹⁶² **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 34-35; **Tanrıver, Süha**: İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 34-35; **Kulaksız**, Cengiz: İlâmlı İcrada İcranın Geri Bırakılması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1997, s. 5.

¹⁶³ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 29; **Postacioğlu**, İlhan: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 4; **Tanrıver-İlâmlı İcra**, s. 34, dn. 4; **Kulaksız**, s. 3, dn. 1.

¹⁶⁴ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 01.11.2011’de yürürlüğe girecektir. Çalışmamızda bundan böyle hem 1086 sayılı Kanun hem 6100 sayılı Kanunun ilgili maddelerine atıf yapılacaktır.

HMK madde 301: “(1) 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.

(2) Taraflardan her birine verilen hüküm nüshası ilamdır.

(3) Tarafların elinde bulunan hüküm nüshalarının farklı olması hâlinde karar kartonundaki esas alınır.”

¹⁶⁵ **Tanrıver-İlâmlı İcra**, s. 39; **Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001, C. III, s. 314, yazı işleri müdürü tarafından aslına uygun olduğu onaylanmış bulunan ilâm sureti ile ilâmı karıştırmamak gerekir.

Sayıştay veya ceza mahkemelerinin verdikleri kararların icraya elverişli olmaları halinde ilâmlı icraya konu olmaları mümkündür¹⁶⁶.

Bir ilâmın, ilâmlı icra takibinin dayanağını oluşturabilmesi için, mahkemelerin esasa ilişkin nihai kararlarından olması gerekir. Bir başka deyişle, yargılamaya son veren, taraflar arasındaki uyuşmazlığı esastan çözen ve hâkimin davadan elini çekmesi sonucunu doğuran kararlar, ilâmlı icraya konu teşkil edebilir¹⁶⁷. Görevsizlik veya yetkisizlik kararı gibi usule ilişkin nihai kararlar ise, uyuşmazlığı esastan çözmediğinden ilâmlı icra takibine konu olamazlar. Çünkü uyuşmazlık hakkında esastan çözüm öngörmeyen bir hüküm, icrası istenebilecek bir alacak doğurmadığından cebri icraya dayanak yapılamaz¹⁶⁸. Bununla beraber, bu tür kararların hüküm fıkrası örneğin yargılama giderleri gibi bir eda hükmü içeriyorsa, bu kısmın ilâmlı icra ile takibi mümkündür.

Ara kararları da, ilâmlı icra yoluyla yerine getirilemez. Çünkü ilâm, niteliği gereği taraflara verilen imzalı ve mühürlü mahkeme kararı olduğundan bir ara kararın ilâm olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Ara kararları, dava görülürken ortaya çıkan ara sorunların çözülmesi amacıyla verilen, yargılamanın yürütülmesine yardımcı olan ve işin esası hakkında çözüm öngörmeyen kararlardır. Hâkim kural olarak her zaman ara kararından dönebilir ve bu nedenle ara kararları

¹⁶⁶ **Kuru-HMU**, C. III, s. 3149.

¹⁶⁷ **Tanrıver-İlâmlı İcra**, s. 41.

¹⁶⁸ **Tanrıver-İlâmlı İcra**, s. 42.

geçici bir nitelik arz eder. Bu tür geçici nitelikte bir kararın ilâmlı icraya konu edilmesi ise, hukuk düzeninin istikrarını bozar¹⁶⁹.

Aile hukukuna ilişkin davalarda alınan ihtiyati tedbir niteliğindeki ara kararların, çeşitli Yargıtay kararlarına da yansımış bir husus olarak, bunların ilâmlı icra yolu ile yerine getirilip getirilemeyeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır¹⁷⁰. Özellikle boşanma davalarında tedbiren çocuğun velayetinin verilmesi, diğer tarafla çocuğun kişisel ilişkisi ve tedbir nafakası bakımından verilen ihtiyati tedbir kararları için, ilâmlı icraya başvurulması yanlıştır. Çünkü öncelikle yargılamanın devamı sırasında verilen ihtiyati tedbir kararları ara kararlarıdır¹⁷¹. Bir diğer neden de, ihtiyati tedbir kararlarının yerine getirilmesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen hükümlere göre gerçekleştirilir. İhtiyati tedbir kararı kural olarak kararı veren mahkemenin yargı çevresi içindeki icra dairesince yerine getirilir. İhtiyati tedbir kararı veren mahkeme bu kararın yazı işleri müdürü veya zabıt kâtiplerinden biri tarafından icrasına da karar verebilir (HUMK m.106; HMK m. 393/II¹⁷²)¹⁷³. Bu nedenle çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin

¹⁶⁹ **Tanrıver-İlâmlı İcra**, s. 42.

¹⁷⁰ 12.HD. 30.06.2009, E.2009/6576, K.2009/14462; 12.HD. 02.03.2004, E.2003/27623, K.2004/4572 (www.hukukturk.com); “İşbu ara kararı İİK m.25 ve 25/a maddelerinde yazılı ilam niteliğini taşımadığından buna dayanılarak ilamli takip yapılamayacağını...” 12.HD. 19.02.2007, E.2007/269, K.2007/2648; 12.HD. 28.06.2007, E.2007/10809, K.2007/13416; 12.HD. 06.10.2005, E.2005/15065, K.2005/19163; 12.HD. 12.12.2003 E.2003/20709, K.2003/24627; 12.HD. 22.10.2001, E.2001/15898, K.2001/16932 (**Oskay, M./ Koçak, C./ Deynekli, A./ Doğan, A. : İİK Şerhi**, 1. Cilt, Ankara 2007, s. 414-420); 12.HD. 04.05.2007, E.2007/6093, K.2007/9053 (www.hukukturk.com); 12.HD. 31.01.1994, E.1994/794/ K.1994/1115 (**Uyar**, Talih: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2004, C. II, s. 2687).

¹⁷¹ **Tanrıver-İlâmlı İcra**, s. 47; **Üstündağ**, s. 356.

¹⁷² **HMK 393.madde:** “(1) İhtiyatî tedbir kararının uygulanması, verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır. Aksi hâlde, kanuni süre içinde dava açılmış olsa dahi, tedbir kararı kendiliğinden kalkar.

(2) Tedbir kararının uygulanması, kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan veya tedbir konusu mal ya da hakkın bulunduğu yer icra dairesinden talep edilir. Mahkeme, kararında belirtmek suretiyle, tedbirin uygulanmasında, yazı işleri müdürünü de görevlendirebilir.

ara kararlarının ihtiyati tedbir ve ara kararı niteliğinde olması ilâmlı icraya konulmalarına engeldir. Tedbir nafakasına ilişkin ihtiyati tedbir niteliğindeki ara kararları da yine ilâmlı icraya konu olamazlar¹⁷⁴. Fakat bir para alacağı söz konusu olduğundan ilâmsız icra takibine başvurularak tedbir nafakasının karşı taraftan tahsili sağlanabilir¹⁷⁵.

Bir ilâmın icra edilebilmesi için, cebri icraya elverişli nitelik de taşıması gerekir. Dolayısıyla verme, yapma veya yapmama biçimindeki bir eda emri içeren ilâmların ilâmlı icra yolu ile yerine getirilmesi mümkündür. Bu nedenle eda hükümleri cebri icraya elverişlidir. Eda hükmü dışındaki tespit hükmü ve yenilik doğuran hükümler cebri icraya elverişli değildir¹⁷⁶.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmlar başlı başına bir hükme konu olabilecekleri gibi; boşanma, ayrılık gibi yenilik doğuran bir davanın ferî bir sonucu biçimde de olabilirler. Yenilik doğuran hükümler verildikleri anda kendilerinden beklenen sonucu kendiliğinden meydana getirdiklerinden ilâmlı icraya konu teşkil etmeseler de edimle ilgili bir edim sonucu içeriyorlarsa, bu kısım için

(3) İhtiyati tedbir kararının uygulanması için, gerekirse zor kullanılabilir. Zor kullanmak hususunda, bütün kolluk kuvvetleri ve köylerde muhtarlar, uygulamayı gerçekleştirecek memurun yazılı başvurusu üzerine, kendisine yardım etmek ve emirlerine uymakla yükümlüdürler.

(4) İhtiyati tedbiri uygulayan memur, bir tutanak düzenler. Bu tutanakta, tedbir konusu ve bulunduğu yer gösterilir; tedbir konusu ile ilgili her türlü iddia bu tutanağa geçirilir. Tedbiri uygulayan memur, bu tutanağın bir örneğini tedbir sırasında hazır bulunmayan taraflara ve duruma göre üçüncü kişiye tebliğ eder.

(5) İhtiyati tedbir kararları hakkında kanun yoluna başvurulması hâlinde, tedbire ilişkin dosya ve delillerin sadece örnekleri ilgili mahkemeye gönderilir.”

¹⁷³ **Tanrıver-İlâmlı İcra**, s. 48.

¹⁷⁴ **Tanrıver-İlâmlı İcra**, s. 51.

¹⁷⁵ **Üstündağ**, s. 356; **Tanrıver-İlâmlı İcra**, s. 52, borçlu ödeme emrine itiraz ederse, nafaka alacağına ilişkin ara karar, İİK m. 68 anlamında resmi makamların yetkileri dâhilinde ve usulüne uygun olarak düzenledikleri belgelerden sayılarak alacaklı itirazın kesin kaldırılmasını icra mahkemesinden talep edebilir.

¹⁷⁶ **Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2006, s. 765; **Tanrıver-İlâmlı İcra**, s. 63-69.

ilâmlı icra takibi yapılabilir¹⁷⁷. Örneğin, inşai bir hüküm olduğundan cebri icraya elverişli olmasa da bir boşanma kararının hüküm fıkrasındaki, çocuğun teslimi ya da çocukla kişisel ilişki kurulması ya da iştirak nafakası edimleri ilâmlı icra yolu ile yerine getirilebilir.

B) İlâmlı İcraya Başvuruda İlâmın Kesinleşmesinin Gerekmemesi

Kural; Kesinleşmesi İstisnadır

Kural olarak, ilâmların icrası için kesinleşmeleri gerekmez; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 443/I'ın ifadesiyle, temyiz icrayı tehir etmez. Ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve çeşitli özel kanun hükümleri gereği, birtakım ilâmların icra edilebilmesi için kesinleşmesi zorunludur. Bunlar taşınmazlara ait aynî haklara ilişkin ilâmlar (HUMK m. 443/IV; HMK m. 350 ve 367), aile ve kişiler hukukuna ilişkin ilâmlar (HUMK m. 443/IV; HMK m. 350 ve 367¹⁷⁸), hakem kararları (HUMK m. 536¹⁷⁹), yabancı mahkeme kararlarının tenfizi hakkındaki ilâmlar (MÖHUK m. 57/II), tenfizine karar verilen yabancı hakem kararları (MÖHUK m. 61/II), Sayıştay ilâmları (Sayıştay Kanunu m. 64), ceza ilâmlarının yargılama giderlerine ilişkin hükümlerdir (CMK m. 324/IV)¹⁸⁰.

¹⁷⁷ **Tanrıver**-İlâmlı İcra, s. 65; **Gürdoğan**, Burhan: “Boşanma Davalarına İlişkin Usul Hükümleri”, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, Ankara 1977, (s.205-218), s.215.

¹⁷⁸ **HMK Madde 350-** (1) İstinaf yoluna başvurma, kararın icrasını durdurmaz. İcra ve İflâs Kanununun icranın geri bırakılmasıyla ilgili 36 ncı maddesi hükmü saklıdır. Nafaka kararlarında icranın geri bırakılmasına karar verilemez.

(2) Kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili ayni haklara ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilemez.

HMK Madde 367- (1) Temyiz, kararın icrasını durdurmaz. İcra ve İflâs Kanununun icranın geri bırakılmasıyla ilgili 36 ncı maddesi hükmü saklıdır. Nafaka kararlarında icranın geri bırakılmasına karar verilemez.

(2) Kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili ayni haklara ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilemez.

¹⁷⁹ Bu hükmün 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda karşılığı bulunmamaktadır.

¹⁸⁰ **Tanrıver**-İlâmlı İcra, s. 151 vd.

Kesinleşmeden icra edilemeyen hükümlerin temyiz edilmesi kendiliğinden icrayı durdurur; bunun için, teminat gösterilmesine ve Yargıtay'dan icranın geri bırakılması kararı alınmasına da gerek yoktur¹⁸¹.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmlar aile hukukunu ilgilendiren ilâmlardır. Bu nedenle icra edilebilmeleri için, kesinleşmeleri zorunludur¹⁸². Burada kesinlikten maksat, şekli anlamda kesinleşmedir. Kesinleşmeden icra edilemeyecek ilâmlar bakımından şekli anlamda kesinlik bir ön şarttır¹⁸³. Şekli anlamda kesinlik, temyiz sınırını (HUMK m. 427/II; HMK m. 341 ve 362¹⁸⁴) aşmaması nedeniyle bir kararın verildiği anda kesin olması; süresi içinde

¹⁸¹ Kuru, HMK, C. V, s. 4629.

¹⁸² Berkin, Necmeddin, M.: Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, C.I, İstanbul 1979, s. 156; 12.HD. 12.12.2005, E.2005/21349, K.2005/24736 (www.hukukturk.com); 12.HD. 11.11.1993, E.1993/13533, K.1993/17604 (Uyar-Şerh, s. 2678).

¹⁸³ Tanrıver-İlâmlı İcra, s. 149.

¹⁸⁴ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile hukuk mahkemeleri üç dereceli hale gelecek ve istinaf kanun yolu devreye girecektir.

HMK madde 341- (1) İlk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir.

(2) Miktar veya değeri binbeşyüz Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir.

(3) Alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda binbeşyüz Türk Liralık kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir.

(4) Alacağın tamamının dava edilmiş olması durumunda, kararda asıl talebinin kabul edilmeyen bölümü binbeşyüz Türk Lirasını geçmeyen taraf, istinaf yoluna başvuramaz.

(5) İlk derece mahkemelerinin diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtaya başvurulabileceği belirtilmiş olup da bölge adliye mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin nihai kararlarına karşı, bölge adliye mahkemelerine başvurulabilir.

HMK madde 362- (1) Bölge adliye mahkemelerinin aşağıdaki kararları hakkında temyiz yoluna başvurulamaz:

a) Miktar veya değeri yirmibeşbin Türk Lirasını (bu tutar dâhil) geçmeyen davalara ilişkin kararlar.

b) 4 üncü maddede gösterilen davalar ile (23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan doğup taşınmazın aynına ilişkin olan davalar hariç) özel kanunlarda sulh hukuk mahkemesinin görevine girdiği belirtilen davalarla ilgili kararlar.

c) Yargı çevresi içinde bulunan ilk derece mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek için verilen kararlar ile merci tayinine ilişkin kararlar.

ç) Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar.

d) Soybağına ilişkin sonuçlar doğuran davalar hariç olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalarla ilgili kararlar.

temyiz yoluna başvurulmaması veya temyize başvurmada hukukî yararı bulunan tarafın temyizden feragat etmesi yahut olağan kanun yollarına başvurulmuşsa bu başvurunun reddi veya kararın üst derece mahkemesince onanması sonucu ortaya çıkar.

Kesinleşmeden icraya konulamayacak bir ilâm, kesinleşmeden icraya konulursa, borçlu buna karşı icra mahkemesinde süresiz şikâyet yoluna başvurabilir. Bu şikâyet üzerine icra mahkemesi, ilâmlı takibin iptaline karar verir. Kesinleşmeden icraya konulamayacak olan ilâmların, takip tarihinde kesinleşmiş olması gerekir. Takip tarihinde kesinleşmediği halde icraya konulmuş olan bir ilâm, takip sırasında kesinleşse bile, şikâyet üzerine, ilâmlı takip ilâmın takip tarihinde kesinleşmemiş olması nedeniyle iptal edilir¹⁸⁵.

C) İlâmlı İcrada Zamanaşımı

İcra ve İflâs Kanunu m. 39/I gereği ilâma dayanan takipler son yapılan işlemin üzerinden on sene geçmekle zamanaşımına uğrar. İlâmlar bakımından öngörülmüş on yıllık zamanaşımı bütün ilâmlar bakımından geçerli değildir. Taşınmazlara ilişkin aynî haklara ve aile ve kişiler hukukuna ilişkin ilâmlar

e) Yargı çevresi içindeki ilk derece mahkemeleri hâkimlerinin davayı görmeye hukuki veya fiilî engellerinin çıkması hâlinde, davanın o yargı çevresi içindeki başka bir mahkemeye nakline ilişkin kararlar.

f) Geçici hukuki korumalar hakkında verilen kararlar.

(2) Birinci fıkranın (a) bendindeki kararlarda alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda, yirmibeşbin Türk Liralık kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir. Alacağın tamamının dava edilmiş olması hâlinde, kararda asıl talebinin kabul edilmeyen bölümü yirmibeşbin Türk Lirasını geçmeyen tarafın temyiz hakkı yoktur. Ancak, karşı taraf temyiz yoluna başvurduğu takdirde, diğer taraf da düzenleyeceği cevap dilekçesiyle kararı temyiz edebilir.

¹⁸⁵ **Kuru-El Kitabı, s. 792-793.**

zamanaşımına uğramaz¹⁸⁶. Çünkü taşınmazlar ve aile ve kişiler hukukuna ilişkin ilâmların konusu olan haklar mutlak haklardır ve bu nedenle zamanaşımına tâbi değildirler. Ayrıca, kesinleşmeden icra edilmeyecek bir ilâmın kesinleşmeden icraya konulması hukuki istikrar ve kamu düzenine aykırılık teşkil eder.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmlar aile hukukuna ilişkin ilâmlar olduklarından ilâmın taraflara tebliğinden¹⁸⁷ itibaren on yıl geçmiş olsa da zamanaşımına uğramaları mümkün değildir¹⁸⁸. Bunun ilâmlı icra takibi bakımından en önemli sonucu ise, zamanaşımı nedeniyle borçlunun icranın geri bırakılması talebinde bulunamayacak olmasıdır¹⁸⁹.

Bununla beraber, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların hükmü çocuk ergin oluncaya kadar devam eder¹⁹⁰. Bu ilâmlar hüküm ve sonuçlarını çocuk bakımından doğurduğundan çocuğun ergin olması ve dolayısıyla velayetten kurtulması ile mahkeme kararının hüküm ve sonuçları ortadan kalkar¹⁹¹. Bir başka deyişle, ilâm konusu kişi artık çocuk değilse, bu ilâmın icrası da mümkün olmayacaktır¹⁹². Çocuk ergin olmasına rağmen, başlamış olan ilâmlı icra takibi varsa, şikâyet yolu ile icra mahkemesinden takibin iptali istenmelidir. Çocuğun ergin

¹⁸⁶ **Kuru-El Kitabı**, s. 779; **Uyar**, Talih: “İcra Takiplerinde Zamanaşımı (İİK m. 39)”, <http://www.talihuyar.com>, Erişim tarihi: 03.02.2010, s. 1.

¹⁸⁷ **Kuru-El Kitabı**, s. 778.

¹⁸⁸ İİD. 05.12.1967, E.1967/11172, K.1967/11142; İİD.24.10.1960, E.1960/7038, K.1960/6993 “Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların zamanaşımına uğramayacağı belirtilmiştir (**Uyar**, Zamanaşımı, s. 1).

¹⁸⁹ **Özbay**, İbrahim: “Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası”, e-akademi, S. 84, Şubat 2009, s. 4, Erişim tarihi: 04.01.2010.

¹⁹⁰ **Kuru-El Kitabı**, s. 837.

¹⁹¹ **Berkin**, s. 157.

¹⁹² İİD. 17.06.1966, E.1966/6782, K.1966/6675, “Çocuk teslimine ilişkin ilam çocuk reşit oluncaya kadar icraya konulabilir.” (**Kaçak**, Nazif: İlamlı İcra, Ankara 2007, s.2 71); İİD. 05.12.1967, E.1967/11172, K.1967/11142; İİD.24.10.1960, E.1960/7038, K.1960/6993, “... Şahsi münasebeti tespit eden ilam, küçüğün velayet altından çıkmasına kadar devam eder.”(**Uyar-Şerh**, s. 2691)

olması, on sekiz yaşını doldurması, evlenmesi (TMK m. 11) veya mahkeme kararı (TMK m. 12) ile gerçekleşebilir. Ergin olmak ile kişi artık kendi fiil ve davranışları hakkında kendi karar verip; bunlardan kendi sorumlu olacağından, ana veya baba ile birlikte yaşayıp yaşamamak ya da ana veya baba yahut üçüncü kişi ile kişisel ilişki kurmak konusunda kendi karar verecektir; artık bu konuda mahkeme kararı ve icra dairesi yolu ile bir zorlama yapılamaz. Bununla beraber, Türk Medeni Kanunu m.419/III'e göre, kısıtlanan ergin çocuklar, vesayet altına alınmayıp velayet altında kalmaya devam edeceğinden, böyle bir kişi hakkındaki çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamın hükmü devam edecektir.

D) İlâmlı İcrada Yetki

İcra ve İflâs Kanunu m. 34'e göre, ilâmların icrası her icra dairesinden talep edilebilir. İlâmlı icrada, ilâmsız icradaki gibi yetki kuralları öngörülmemiştir, Türkiye'nin herhangi bir yerindeki icra dairesi yetkilidir. Bu nedenle de borçlunun yetki itirazında bulunması mümkün değildir¹⁹³.

Alacaklı takibe başladıktan sonra yerleşim yerini değiştirirse, takibin yeni yerleşim yeri icra dairesine havalesini isteyebilir (İİK m.34, ikinci cümle)¹⁹⁴.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmlar da İcra ve İflâs Kanunu m. 34'te belirtildiği gibi Türkiye'deki herhangi bir icra dairesinde takibe konu edilebilir. Türk Medeni Kanunu m. 326'da kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili bütün düzenlemelerde çocuğun oturduğu yer *mahkemesinin* de yetkili olduğunu

¹⁹³ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 388.

¹⁹⁴ **Üstündağ**, s. 358.

gösteren yetki kuralı, açıkça sadece mahkemeler bakımından öngörüldüğünden icra hukuku bakımından uygulanmayacaktır.

Söz konusu ilâmlar, çocuğun oturduğu yer dışındaki bir icra dairesinde takibe konulmuşsa, bu icra dairesi çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmın icrası için, çocuğun bulunduğu yerdeki icra dairesine istinabe edecektir¹⁹⁵.

E) İcra Emrinin Tebliği

İlâmlı icrada icra emri, gerek para veya teminat alacakları dışındaki ilâmların icrasında, gerek para veya teminat alacaklarına ilişkin ilâmların icrasında İcra ve İflâs Kanunu m. 24 ve 32'nin açık ifadeleri gereği borçluya tebliğ edilir¹⁹⁶.

Yargıtay ise, yalnızca vekile tebliğin zorunlu olduğu görüşündedir, Yargıtay'ın gerekçesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 62 ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 73¹⁹⁷ gereği ilâmlı icra takibinin, davanın devamı niteliğinde olmasıdır¹⁹⁸. Yargıtay, ilâmlı takiplerde, taraflardan birinin vekili olduğu ilâmdan anlaşılan avukattan, ayrıca vekâletname istenmesine gerek bulunmadığını, icra emrinin yalnız borçlunun kendine tebliğ edilmesi ile ilâmlı icra takibinin

¹⁹⁵ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 388 (ilâmlı icrada ilâm konusu şeyin bulunduğu yer dışında ilâmlı takip yapılmasında istinabeye başvurulmasına kıyasen).

¹⁹⁶ **Akcan**, Recep: "İcra Emrinin Vekile Tebliği", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul 2002, (s.853-888), s.864.

¹⁹⁷ **HMK madde 73**: "(1) Davaya vekâlet, kanunda özel yetki verilmesini gerektiren hususlar saklı kalmak üzere, hüküm kesinleşinceye kadar, vekilin davanın takibi için gereken bütün işlemleri yapmasına, hükmün yerine getirilmesine, yargılama giderlerinin tahsili ile buna ilişkin makbuz vermesine ve bu işlemlerin tamamının kendisine karşı da yapılabilmesine ilişkin yetkiyi kapsar. (2) Belirtilen bu yetkiyi kısıtlamaya yönelik bütün sınırlandırıcı işlemler, karşı taraf yönünden geçersizdir."

¹⁹⁸ HGK. 02.07.2003, E.2003/12-442, K.2003/445 (**Pekcanitez**, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Sungurtekin Özkan**, Meral/ **Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2010, s. 406, dn. 380)

kesinleşmiş sayılamayacağını, icra emri ilâmda yazılı vekile tebliğ edilmekle icra emrinin kesinleşeceğini kabul etmektedir¹⁹⁹.

Ayrıca Avukatlık Kanunu m.166/III göre, “bir ilâmın cebri icra yoluyla infazına girişildiğinde, icra dairesi, takip talebinde bulunan tarafın ilâmda 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.”²⁰⁰ Buna göre avukata icra emri tebliğ edilmedikçe takip kesinleşmiş olmayacaktır. Bununla beraber bu hükmün amacı, paraya ilişkin olan takiplerde, vekilin mahkeme kararından sonra vekâlet ücretini müvekkilinden alamaması halinde ilâmlı takipten haberdar olarak, aldığı bir ihtiyati haciz kararı ile alacaklı müvekkil lehine icra kasasına girecek paradan rüçhanlı olan vekâlet ücreti alacağını tahsil etmesini sağlamaktır²⁰¹. Kısaca hüküm avukatların menfaatlerini korumaya yöneliktir. Fakat hükmün ifadesi tüm alacaklara ilişkin ilâmlı icra takiplerini kapsayacak şekildedir²⁰². Postacıoğlu’na göre uygulama bu şekildeki bir yorum yönünde gelişmelidir²⁰³.

Yargıtay, icra emrinin yalnızca vekile tebliğ edilmesi yönündeki görüşünü bazı açılardan yumuşatmıştır. Bazı durumlarda, Yargıtay, borçluya da icra emrinin tebliğ edilmesini kabul etmektedir, örneğin borçlunun mal beyanında bulunmaması

¹⁹⁹ Akcan, s. 867, dn. 42.

²⁰⁰ Kuru-El Kitabı, s. 777.

²⁰¹ Kuru-HMU, C. II, s. 1278; İİD. 19.01.1971, E.1971/650, K.1971/514 (Kuru-HMU, C. II, s. 1278, dn. 164).

²⁰² Postacıoğlu, s. 633-634.

²⁰³ Postacıoğlu, s. 634.

gibi, cezaî yaptırımı gerektiren durumların suç sayılabilmesi için, borçluya tebligatın yapılması gerektiği yönünde kararlar vermektedir²⁰⁴.

Çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasında olduğu gibi borcun ifasında borçlunun şahsının önemli olduğu takiplerde yalnızca vekile tebliğ ile ilâmın yerine getirilmesinden sonuç alınamayabilir. Bu nedenle kanaatimizce icra emrinin hem borçluya hem HUMK m. 62 ve Avukatlık Kanunu m. 166/III hükümleri karşısında varsa vekiline tebliğ edilmesi takibin bir sonraki aşamasına geçilebilmesi bakımından zorunludur. Ayrıca borçlunun icra emrini yerine getirmemesi nedeniyle cezalandırılabilmesi için, tebligatın bizzat borçlunun şahsına yapılması gerekeceğinden²⁰⁵, çocuk teslimine veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin icra emrinin borçluya tebliği kanaatimizce zorunlu ve gereklidir.

F) İlâmlı İcranın Aşamaları ve İlâmsız İcraya İlişkin Hükümler

İlâmlı icra takibi bir takip talebi ile başlar. İlâmsız icradaki gibi takip talebinden sonra ödeme emri değil, icra emri gönderilir. İlâmlı icrada borçlunun bu takibe karşı koyma yolları sınırlıdır. İlâmlı icra takibi yalnızca itfa, imhal ve zamanaşımı sebepleri ile takip geri bırakılabilir (İİK m. 33 ve 33/a). Fakat çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icraya konulabilmesi kesinleşmeleri zorunlu olduğundan bu yollar uygulama alanı bulmamaktadır. İcra emrine borçlu tarafından uyulmaması halinde takibin bir sonraki aşaması, ilâmın

²⁰⁴ Akcan, s. 871-872, dn. 42; kararlar için, bkz.: Akcan, s. 870, dn. 48.

²⁰⁵ Üstündağ, s. 360.

yerine getirilmesidir. İlâmın konusu para alacağı ise, ilâmsız icradaki gibi haciz, satış ve paranın ödenmesi şeklindeki aşamalar söz konusu iken; para dışındaki alacaklarda ilâmın gereği zorla yerine getirilir²⁰⁶.

İcra ve İflâs Kanunu’nun ilâmlı icrayı düzenleyen ikinci babında yer almayan konularda ilâmsız icraya ilişkin hükümler, niteliğine aykırı düşmedikçe ilâmlı icra için de uygulanır²⁰⁷. İcra ve İflâs Kanunu’nun 41.maddesi bu hususu şöyle ifade etmiştir: “Kanunun bu ikinci babında yazılı hükümlere mugayir olmayan diğer hükümleri ilâma müstenit takiplerde de cereyan eder”.

G) Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi

Yabancı mahkeme kararları Türkiye’de doğrudan doğruya icraya konulamaz; öncelikle yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesi gerekir²⁰⁸. Çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmlar, yabancı bir mahkeme kararı ise, bunların Türkiye’de icraya konulması için Türk mahkemesinden haklarında tenfiz kararı alınmış olması gerekir. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ise, o mahkeme kararının Türkiye’de kesin delil ve kesin hüküm gücü kazanabilmesi içindir. Konumuz bakımından çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların tanınması, Türkiye’de icra edilmesi için yeterli olmaz, bunlar hakkında tenfiz kararı alınması gereklidir.

²⁰⁶ Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 395.

²⁰⁷ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 384; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 395.

²⁰⁸ Kuru-HMU, C. VI, s. 5767.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu'nda²⁰⁹ tenfiz şartları, 50.-57. Maddeler arasında düzenlenmiştir. Bir yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tenfiz edilebilmesi için şu şartların sağlanması gerekir (MÖHUK m.54):

1) Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre bu kararın kesinleşmiş olması.

2) Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği ²¹⁰devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması.

3) İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması bir başka deyişle ilamı veren mahkemenin aşırı yetki kullanmamış olması.

4) Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması.

5) Kendisine karşı tenfiz istenen tarafın savunma hakkına ilişkin usulî işlemlere uyulmuş olması²¹¹. Bunun için, o yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin, hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde

²⁰⁹ 12.12.2007 tarihli ve 26728 sayılı R.G.

²¹⁰ **Nomer**, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2010, s. 474.

²¹¹ **Nomer**, s .497.

çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması gerekir.

Tenfiz kararı vermekle görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesidir (MÖHUK m.51). Yetkili mahkeme ise, kendisine karşı tenfizi istenen kişinin Türkiye'deki yerleşim yeri, yoksa sakın olduğu yer mahkemesi, yoksa Ankara, İstanbul ve İzmir mahkemelerinden biridir (MÖHUK m.51).

Kararın tenfiz edilmesinde hukuki yararı bulunan herkes tenfiz isteminde bulunabilir. Tenfiz istemi bir dilekçe ile yapılır.

Tenfiz talebi mahkemece kabul edilen yabancı ilâmlar, Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmlar gibi icra olunur (MÖHUK m.57/I). Tenfiz isteminin kabulü veya reddi kararı temyiz edilebilir²¹². Tenfiz isteminin kabulü veya reddi kararının tenfizi icrayı durdurur (MÖHUK m.57/II); bir başka deyişle yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin kararlar, kesinleşmedikçe icra olunamazlar.

²¹² 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile HMK m.447/II gereği, mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılacaktır. Bu nedenle, MÖHUK m.57'ye göre tenfiz isteminin kabulü veya reddi kararının temyizine ilişkin düzenleme, HMK uygulanmaya başladıktan sonra istinaf kanun yoluna tâbi olacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

ÇOCUK TESLİMİNE VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN İLÂMLARIN İCRASI PROSEDÜRÜ

§ 4. ÇOCUK TESLİMİNE İLİŞKİN İLÂMLARIN İCRASI

A) Genel olarak

İcra ve İflâs Kanunu m. 25/I'e göre, "Çocuk teslimine dair olan ilâm icra dairesine verilince icra müdürü 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği sureti ile borçluya yedi gün içinde çocuğun teslimini emreder. Borçlu bu emri tutmazsa çocuk nerede bulunursa bulunsun ilâm hükmü zorla icra olunur."

04.05.1929 tarihli 1424 sayılı Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk İcra ve İflâs Kanunu'nda bazı konular düzenlenmemiştir; ilâmlı icra da bunlardan biriydi²¹³. 1932 tarihli 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda çocuk teslimine ilişkin 25. madde sevk edilmiştir. Bu madde 3890 sayılı Kanun²¹⁴ ile 1940 yılında değişikliğe uğrayarak icra emrini yerine getirme süresi yedi gün yapılmıştır. O tarihten bugüne kadar bir değişikliğe uğramadan İcra ve İflâs Kanunu m. 25 hükmü varlığını sürdürmektedir.

Çocuk teslimine ilişkin ilâmların icrasının temelinde velayetin tevdiine ilişkin verilmiş bir mahkeme kararı yattığından aşağıda öncelikle velayetin tanımı,

²¹³ Umar, Bilge: İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973, s. 140.

²¹⁴ Bu kanun için, bkz. 11.07.1940 tarihli ve 4558 sayılı RG.

özellikleri ve kanun ve uygulamada düzenlenmesi, ardından icra hukukundaki hükümler incelenecektir.

B) Çocuk Teslimine İlişkin İlâmların İcrası Prosedürü

I. Takip Talebi, Takibin Başlaması ve Takibin Tarafları

Alacaklı çocuk teslimine ilişkin eda hükmü içeren ilâmı icra dairesine vererek takip talebinde bulunur. Takip talebi yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. Böylece ilâmlı icra takibi süreci başlar. Bunun üzerine alacaklı talep ederse, kayıt numarasını gösteren bedava ve pulsuz bir belge verilir (İİK m. 35).

İlâmlı icra takibinde alacaklı ve borçlu, takibe konulan ilâmdan alacaklı ve borçlu olduğu anlaşılan kişilerdir²¹⁵. İlâmlı icra takibinde, ilâmda hak sahibi olarak yer alan şahıs tarafından yine yanı ilâmda borçlu olarak gösterilen kişiye karşı istenir²¹⁶.

İlâmlı icraya başvuru hakkı, ilâm veya ilâm niteliğinde belge lehine olan, bir başka deyişle ilâma veya ilâm niteliğindeki belgeye göre alacaklı olan kişiye aittir²¹⁷. Çocuk teslimine ilişkin ilâmlı takip bakımından alacaklı ise, ilâmda çocuğun velayetinin bırakıldığı ve fakat çocuk henüz kendi yanında bulunmayan kişidir. Bu durumda alacaklı ana veya baba olabilir. Ayrıca, velayetin kaldırılması, ana ve babanın her ikisinin ölümü hallerinde çocuğa vasi tayin edilmesi veya çocuğun

²¹⁵ Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 404.

²¹⁶ Üstündağ, s. 358.

²¹⁷ Kuru-El Kitabı, s. 773; Postacıoğlu, s. 629.

korunması için öngörülen tedbirler kapsamında çocuğun bir aile yahut bir kuruma yerleştirilmesi hallerinde de çocuk teslimine ilişkin ilâmlı icraya başvuru hakkı yine bu kararlar lehine olan kişilere aittir²¹⁸.

İlâmlı icrada borçlu ise, ilâm veya ilâm niteliğinde belge aleyhine olan, bir başka deyişle ilâma göre borçlu olan kişidir²¹⁹. Bu durumda çocuk teslimine ilişkin ilâmlı icrada borçlu, ilâm ile aleyhine olarak velayetin bırakılmadığı ve fakat çocuğu kendi yanında bulunduran kişidir. Bunlar, boşanma veya ayrılık ilâmında velayeti kendinden alınan ana veya babadan biri (TMK m.336) yahut velayetin kaldırılması (TMK m.348), ana ve babanın her ikisinin ölümü hallerinde çocuğa vasi tayin edilmesi (TMK m.404) veya çocuğun korunması için öngörülen tedbirler kapsamında çocuğun bir aile yahut bir kuruma yerleştirilmesi (TMK m.347) hallerinde ana ve/veya baba olabilir.

Ayrıca, ilâmlı icra takibinde, taraflardan birinin vekili olduğu ilâmda yazılı olan avukattan ayrıca vekâletname istenmesine gerek yoktur²²⁰.

İcra dairesinde takip talebinde bulunabilmesi için, alacaklının takip harcı yatırması gerekir. İlâmlı takipte bulunan alacaklıdan başvurma harcı alınır²²¹. İlâmlı icra takibinde alacaklıdan, binde beş peşin harç alınmaz. Çünkü ilâmlı icra aşamasından önce mahkemeden ilâmın alınması sırasında karar ve ilâm harcı

²¹⁸ **Aydınlıyım**, Suat: “İcra Çocuk Teslimi ve Şahsi Münasebet Tesisi” AD, S.5, Yıl 60, Mayıs 1969, (s. 269-282), s. 272-273.

²¹⁹ **Kuru-El Kitabı**, s. 774; **Postacıoğlu**, s. 629.

²²⁰ **Kuru-HMU**, C. II, s. 1278.

²²¹ **Kuru-El Kitabı**, s. 773.

hâlihazırda ödenmiş durumdadır²²². İlamlı icra takibinin konusu, para ile değerlendirilmesi mümkün olmayan bir alacak ise, maktu olarak icranın yerine getirilmesi harcı alınır²²³. Ayrıca, icra takibinin sonunda alacaklıdan %2 oranında bir cezaevleri harcı alınır²²⁴. Cezaevleri harcı borçluya yükletilemez, bir başka deyişle bu harcı alacaklı ödemek zorundadır (2548 sayılı Kanun m.1).

II. İcra Emri ve İcra Emrinin Tebliği

Takip talebinde bulunulması üzerine icra müdürü öncelikle takip talebi ile birlikte verilen belgenin bir ilâm olup olmadığını ve hükmün kesinleşip kesinleşmediğini re'sen inceleyecektir. Aksi halde, bir başka deyişle, ilâma dayanmayan veya kesinleşmemiş bir icra emri gönderilirse, kamu düzenine aykırılık sebebiyle süresiz şikâyet yoluna başvurulabilir²²⁵. Çünkü icra takibi bakımından kamu düzenine aykırılık, takibin tarafları veya üçüncü kişiler lehine bir kamu yararı amacıyla konulmuş emredici hükümlerin açıkça ve ağır biçimde ihlâlidir. Takibin esaslı bir unsuru olan işlemlerdeki noksanlık veya yanlışlık, kanunun ağır biçimde ihlâlidir ve kamu düzenine aykırılık teşkil eder²²⁶. Şikâyet üzerine icra mahkemesi, ilamlı icra takibinin bir ilama veya kesinleşmiş bir ilama dayanmaması nedeniyle, icra takibinin iptaline karar vermelidir.

²²² **Kuru-El Kitabı**, s. 772.

²²³ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 76.

²²⁴ 2548 sayılı Ceza Evleriyle Mahkeme Binaları İnşası Karşılığı Olarak Alınacak Harçlar ve Mahkûmlara Ödettirilecek Yiyecek Bedelleri Hakkında Kanun (09.07.1934 tarihli, 2747 sayılı R.G.) madde 1; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 78.

²²⁵ **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes**, s. 405; **Kuru-El Kitabı**, s. 774; ayrıca bkz. s. 49.

²²⁶ **Pekcanitez**, Hakan: İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986, s. 86-88.

Takip talebinin bir ilâma dayanıp dayanmadığını inceledikten sonra icra müdürü bir icra emri düzenleyerek borçluya göndermek zorundadır²²⁷. İcra emrinde şu hususların yazılı olması zorunludur (İİK m. 24, m. 25, İİKY m. 24)²²⁸:

- 1) Alacaklının ve varsa kanunî temsilcisinin veya vekilinin adı, soyadı, adresi ve vergi kimlik numarası,
- 2) Borçlunun ve varsa kanunî temsilcisinin veya vekilinin adı, soyadı, adresi ve vergi kimlik numarası,
- 3) İlâmı veren mahkeme ve ilâmın tarih ve numarası,
- 4) Çocuğun icra emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde teslim edilmesi ihtarı,
- 5) Çocuğun icra emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde teslim edilmemesi halinde, çocuk nerede bulunursa bulunsun ilâm hükmünün zorla icra olunacağı ve
- 6) İlâmın icrası sırasında çocuğun gizlenmesi halinde gizleyenin İcra ve İflâs Kanunu m. 341 uyarınca cezalandırılacağı ihtarı.

İcra emri, genel haciz yolu ile takipteki ödeme emrine benzer. Ancak aralarındaki en önemli fark, ilâmlı icra takibinde borçlunun icra dairesine yapacağı bir itiraz beyanı ile kendine karşı yapılan takibi durdurma imkânının bulunmamasıdır²²⁹. İlâmlı icrada takibin durdurulması, konusu para olan takiplerde icranın geri bırakılması ile mümkündür. Fakat bu yolun, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrası yolunda uygulaması yoktur. Çünkü

²²⁷ **Kuru**-El Kitabı, s. 774, 835.

²²⁸ **Kuru**-El Kitabı, s. 835; **Özbay**-Çocukla Kişisel İlişki, s. 6.

²²⁹ **Kuru**-El Kitabı, s. 775; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 390.

icranın geri bırakılması yolu, kesinleşmeden icraya konan ilâmlar bakımından uygulanır ve söz konusu ilâmların kesinleşmeden ilâmlı icra takibine konu olmaları mümkün değildir.

İcra emrinin, ilâma ve takip talebine uygun olması zorunludur²³⁰, aksi halde bu husus da kamu düzenine aykırılık sebebiyle süresiz şikâyet konu olabilir²³¹. Şikâyet üzerine icra mahkemesi icra emrinin iptaline karar verir, takip iptal edilmez (İİK m.17). Mahkeme ilâmın hüküm fıkrasının da icra bakımından açık, kesin ve tereddüde yer vermeyecek biçimde olması gerekir (HUMK m. 388/son fıkra, m. 389; HMK m. 297/II²³²)²³³. Böylece, ilâmın icrası sırasında ortaya çıkabilecek veya karşılaşılabilecek şüphe ve tereddütler nedeniyle ilâmın icra edilememesi sorununun doğması önlenir²³⁴.

Çocuk tesliminin nerede ve nasıl teslim edileceği hususunda, alacaklı ile borçlu veya icra müdürü arasında bir uyuşmazlık çıkması halinde, icra müdürünün veya icra mahkemesinin ilâmı yorumlama, değiştirme, eksikliği tamamlama veya tavzih etme yetkisi yoktur²³⁵. Bu durumda, uyuşmazlık şikâyet yolu ile icra mahkemesinde çözülür. İnceleme yapan icra mahkemesi, çocuk teslimine ilişkin ilâmda açık olmayan, anlaşılamayan veya çelişik fıkralar bulunuyorsa, ilâmı veren

²³⁰ **Kuru**-El Kitabı, s. 775;12.HD. 02.03.2007, E.2007/522, K.2007/3713 (**Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan**, s. 418)

²³¹ **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes**, s. 405; **Kuru**-El Kitabı, s. 775.

²³² **HMK Madde 297-** (2) Hükümün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında, açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir.

²³³ **Berkin**, s. 153.

²³⁴ **Kuru**, HMK, C. III, s. 3060

²³⁵ **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes**, s. 405; HGK. 22.03.2006, E.2006/12-92, K.2006/85; 12.HD. 05.05.2005, E.2005/6510, K.2005/9748 (**Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes**, s. 406, dn. 375); 12.HD. 26.01.2006, E.2005/24114, K.2006/588; 12.HD. 17.02.2006, E.2005/26313, K.2006/2851 (www.hukukturk.com) .

mahkemeden tavzih (HUMK m.455-459; HMK m.305-306) talebinde bulunulabilmesi için, ilgililere mehil vererek ilâmın icrasının durdurulmasına karar vermelidir²³⁶. Ancak örneğin ilâmda yalnızca velayetin babaya bırakıldığı belirtilmişse, bundan çocuğun babaya teslim edileceği anlaşılmalı ve icra emri düzenlenmelidir²³⁷.

İcra dairesi tarafından icra emrinin hem borçluya hem de varsa vekiline tebliğ edilmesi gerekir²³⁸. Usulüne uygun tebligat gerçekleşikten sonra, ancak, bir sonraki aşama olan ilâmın yerine getirilmesine geçilebilir²³⁹. Çünkü çocuk teslimine ilişkin icra emrine muhalefet etmek, İcra ve İflas Kanunu m.341'e göre suçtur ve borçlunun icra emrinin cezai sonuçları bakımından aydınlatılması ve borçluya savunma hakkı sağlanması bakımından borçlunun bizzat kendisine icra emrinin tebliğ edilmiş olması gerekir.

III. İcra Emrinin Yerine Getirilmesi

İcra emrinin borçluya tebliğinden sonra, borçlu yedi gün içinde çocuğu alacaklıya teslim edebilir; bu şekilde ilâmlı icra takibi amacına ulaşmış olur ve icra takibi sona erer. Borçlu, çocuğu alacaklının da icra dairesinde bulunduğu esnada icra dairesinde teslim ederek ve bu hususu tutanağa geçirterek teslim edebilir. Alacaklının hazır bulunmaması halinde çocuk icra dairesinde bırakılamaz²⁴⁰. Borçlu ayrıca alacaklının yerleşim yerinde çocuğu alacaklıya teslim edebilir. Bu durumda çocuğun

²³⁶ Berkin, s. 157.

²³⁷ Karaca, Ali: İlamlı İcra Tatbikatı, İstanbul 1949, s.173; 12.HD. 23.01.2007, 2006/23332, K.2007/764 (Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan, s. 414).

²³⁸ Bkz. yuk. s. 53-54.

²³⁹ Postacıoğlu, s. 631.

²⁴⁰ Aydınliyım, s. 274.

teslim edildiğine dair alacaklıdan alacağı bir kâğıt²⁴¹ ile veya alacaklının icra dairesine çocuğu teslim aldığına dair yapacağı bir bildirim ile teslim işlemi tamamlanmış olur.

Borçlunun icra emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde gereğini yapmazsa, alacaklının talebi üzerine²⁴² icra müdürü vasıtasıyla çocuğun borçludan alınıp alacaklıya tesliminin sağlanması gerekir. Bu durumda borçlunun ikametgâhına gidilerek icra emrinin yerine getirilmesine çalışılır. Çocuğun üçüncü bir kişinin (örneğin bir yakını veya bakıcı) yanında veya bir kurumda (örneğin kreş, okul, hastane, rehabilitasyon merkezi vb.) bulunması halinde de bu yerlere gidilerek çocuk alacaklıya teslim edilebilir²⁴³. İcra ve İflâs Kanunu m. 25/I'nın ikinci cümlesindeki “çocuk nerede bulunursa bulunsun ilâm hükmü zorla icra olunur” hükmü bunu ifade eder. Bu olasılıklarda, ilâmın icrası için çocuğun bulunduğu yere gidildiğinde herhangi bir zorluk çıkarılmadan borçlu veya çocuğun bulunduğu yerdeki üçüncü kişi tarafından çocuk teslim edilebilir.

Çocuk teslimi sırasında icra müdürüne direnilmesi halinde ise, icra müdürünün zor kullanma yetkisi bulunur²⁴⁴. İcra müdürünün bu yetkisi hem İcra ve İflâs Kanunu m. 25/I'de hem de kıyasen İcra ve İflâs Kanunu m. 80/IV'te yer almaktadır. Ancak bu zor kullanma yetkisi kesinlikle çocuk üzerinde kullanılamaz. Zor kullanma yetkisi yalnızca borçlu veya üçüncü kişi üzerinde kullanılabilir ki bunun da ölçülülük ilkesi çerçevesinde olması gereklidir. Özkes'e göre, ölçülülük

²⁴¹ Aydınliym, s. 274.

²⁴² Aydınliym, s. 274.

²⁴³ Aydınliym, s. 275; Karaca, s. 171.

²⁴⁴ Uyar, Talih: “Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel Kurulmasına İlişkin İlamlı Takipler”, <http://www.talihuyar.com>, erişim tarihi: 03.02.2010, s. 1.

ilkesi gözetilirken malvarlığına ilişkin takiplerdeki nazaran konusu malvarlığına ilişkin olmayan takiplerde daha ağır müdahaleler söz konusu olabilir. Çünkü alacaklının hâkimiyet alanına ağır bir müdahale söz konusudur²⁴⁵. Ayrıca yine Özekes'e göre, konusu malvarlığı değerleri dışında olan takiplerde cebri icra müdahalesi daha geniş ve derin olabilir; fakat burada takibin konusunun çocuk olması nedeniyle insan onuru ilkesine özel bir önem vermek ve çocuğun iç hukuk ve uluslararası hukukta korunduğunu da unutmamak gerekir²⁴⁶. İcra müdürü, ilâmın icrasında direnilmesi halinde kolluk kuvvetlerinden de yararlanır (İİK m. 81/I). Çocuk kilitli bir yerde bulunuyorsa icra müdürünün çilingir marifetiyle kilidi açtırıp çocuğu alacaklıya teslim etmesi mümkündür (İİK m. 80/III)²⁴⁷.

Çocuk teslimine dair ilâmların icrasında buna engel olan borçluya yönelik kuvvet kullanmanın yanında uygulanacak zorlamalardan bir diğeri de, İcra ve İflâs Kanunu m. 341'dir. Buna göre çocuk teslimine dair ilâmın gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesinin engelleyen kişi, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsi ile cezalandırılır. Söz konusu yaptırımın uygulanabilmesi için, icra emrinde açıkça İİK m.341'e ceza verileceği ihtarinin yer alması ve bunun bizzat borçluya tebliği zorunludur. Borçlu ilâm hükmünü yerine getirirse tahliye edilir.

Çocuk teslimine ilişkin ilâmların icrası sırasında icra müdürü ile beraber Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların

²⁴⁵ Özekes, s. 218.

²⁴⁶ Özekes, s. 117.

²⁴⁷ Aydınliyım, s. 275; Uyar-Çocuk Teslimi, s. 2.

bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulundurulması zorunludur (İİK m. 25/b)²⁴⁸. Burada amaç, özellikle çocuğun tesliminde güçlük çıkarılması halinde, bu uzmanın telkinleri ve yapıcı tavırları ile borçlu veya üçüncü kişiye zor kullanmaya gerek kalmaksızın ve çocuğun en az zarar görecektir biçimde teslimini sağlamaktır²⁴⁹.

Çocuğun, ilâmlı icra takibinin yapıldığı icra dairesinin yetki sınırları dışında bir yerde olduğu alacaklı tarafından beyan edilmişse, bu durumda icra dairesi çocuğun bulunduğu yerdeki icra dairesini istinabe ederek ilâmın o yerdeki icra dairesi aracılığıyla yukarıdaki kurallar çerçevesinde yerine getirilmesini sağlar.

Bir icra işleminin yapılması için, icra giderlerinin alacaklı tarafından peşin olarak yatırılması gerekir (İİK m. 59/I). Fakat icra takibi sonunda haksız çıkan taraf bu giderlerden sorumlu olacaktır. Borçlunun icra emrini süresinde yerine getirmemesi halinde yapılan masraflara borçlu katlanacaktır. Ayrıca bir hüküm veya takibe gerek kalmaksızın bu harç ve giderler borçludan tahsil edilir (İİK m. 15/I). Alacaklının kendi fiili sonucu neden olduğu masraflar da borçluya yükletilemez. Örneğin alacaklı ikametgâhını değiştirmiş, başlatmış olduğu icra takibini başka bir icra dairesine naklettirmişse (İİK m. 34/II), çocuğun teslimi için yapılan yol masrafı borçluya yükletilemez²⁵⁰. Çocuk teslimine ilişkin ilâmlı takipte icra emrini alıp yedi gün içinde alacaklıya çocuğu teslim eden ve kendine karşı icra takibi yapılmasına

²⁴⁸ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 415.

²⁴⁹ Bu konu ileride ayrıntılı olarak açıklanacaktır, bkz. s. 92-103.

²⁵⁰ **Karaca**, s. 171.

neden olmamış borçluya icra harç ve giderleri yükletilemez (HUMK m. 94/II ve HMK m. 312/II²⁵¹ kıyasen)²⁵².

İlâmların icrasının bitiminde, borçlu isterse, kendisine ilâmın tamamen veya kısmen icra edilmiş olduğuna dair bedava ve pulsuz bir belge verilir (İİK m.144/III).

IV. Çocuğun Teslim Edildikten Sonra Tekrar Alınması

Çocuk icra dairesi tarafından alacaklıya teslim edildikten sonra, borçlu haklı bir sebep olmaksızın çocuğu tekrar alırsa, İcra ve İflâs Kanunu m. 25/II gereği, ayrıca bir mahkeme hükmüne gerek kalmaksızın icra müdürü, çocuğu borçludan alarak alacaklıya teslim eder²⁵³. Bu durumda mahkeme hükmüne gerek olmadığı gibi alacaklının yeni bir takip talebinde bulunmasına da gerek yoktur; aynı takip dosyası üzerinden alacaklının talebi ile çocuğun alacaklıya teslimi gerçekleştirilir. Şartları mevcutsa, ilâmı yerine getirmeyen veya getirilmesine engel olan kimse, burada da İİK m.341'e göre cezalandırılabilir.

Tekrar çocuğun borçludan teslim alınması için gelindiğinde borçlunun ileri sürdüğü haklı sebebi, icra dairesi kendiliğinden takdir edemez. Haklı sebep velayetin ana veya babadan birine bırakılmasına ilişkin ilâmın değişiklik davası sonucu bu sefer önceki kararda velayetin bırakılmadığı kişiye bırakılmış olması olabilir. Yahut

²⁵¹ **HMK madde 312/II:** Davalı, davanın açılmasına kendi hâl ve davranışıyla sebebiyet vermemiş ve yargılamanın ilk duruşmasında da davacının talep sonucunu kabul etmiş ise yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilmez.

²⁵² **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 78; "... 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 (**Uyar-Şerh**, s. 2678)

²⁵³ **Kuru-El Kitabı**, s. 836; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 415; **Uyar- Çocuk Teslimi**, s. 2.

çocuğu teslim alan velayete sahip ana veya baba, kendi isteği ile çocuğu diğer tarafa bırakmışsa da haklı sebep bulunduğu söylenebilir²⁵⁴.

V. Yurtdışına veya Türkiye’ye Kaçırılmış Çocuk Bakımından İlamın İcrası

1) Genel Olarak Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme

Velayetin tevdiı kararı veya kişisel ilişki kurulması kararı gereği Türkiye’de bulunması gereken çocuk, yurtdışına kaçırılmışsa, kararın nasıl icra edileceği milletlerarası hukuku ilgilendiren bir husustur. Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme, Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı’nda 25.10.1980 tarihinde kabul edilmiş ve 01.12.1983 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye söz konusu Sözleşme’yi 21.01.1998 tarihinde imzalamış ve 4461 sayılı Kanun ile Türkiye Büyük Millet Meclisi’nce uygun bulunarak 15.02.2000 tarih ve 23965 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. 01.08.2000 tarihinde ise Sözleşme Türkiye bakımından yürürlüğe girmiřtir²⁵⁵. Ardından Sözleşme’nin uygulanmasını sağlamaya yönelik usul ve esasları düzenleyen 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yön ve Kapsamına Dair Kanun 22.11.2007 tarihinde kabul

²⁵⁴ Arar, Kemal: İcra ve İflâs Hükümleri, Ankara 1944, s. 73.

²⁵⁵ Türkiye, Sözleşme’nin 26. maddesinin 3. paragrafına “Türkiye Cumhuriyeti muhakeme masrafları veya kanunî danışman ve müşavirlerin katılımlından doğan masraflar ile çocuğun iadesi sebebiyle doğan masrafları üstlenmemektedir” şeklinde çekince koymuştur.

edilerek 04.12.2007 tarih ve 26720 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir²⁵⁶.

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme’nin devreye sokulabilmesi için uygulanma koşullarının yerine gelmiş olması gerekir:

- Öncelikle hem iadenin talep edildiği devlette hem de çocuğun iadesi istenen devlette Sözleşme’nin yürürlükte olması gerekir (m.1).
- Çocuğun haksız olarak yer değiştirmiş veya alıkonmuş olması gerekir (m.3).
- Sözleşme yalnızca on altı yaşından küçük çocuklar bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca, müracaat sırasında çocuğun on altı yaşından gün almamış olması gerekir. Çünkü haksız olarak götürme veya yer alıkoyma, çocuk on altı yaşına ulaşmadan önce gerçekleşmiş olsa da, çocuğun on altı yaşına gelmesiyle sözleşme’nin uygulaması sona erer (m.4).
- Kaçırma veya alıkoyma ile yasal işlemler başlama arasında bir yıldan daha fazla bir zamanın geçmesi halinde, çocuğun yeni ortamına uyum sağladığı tespit edilirse, mahkeme, çocuğun mutad meskenine iadesi talebini reddedebilir (m.12)²⁵⁷.

²⁵⁶ Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanması, Adalet Bakanlığı Genelgesi, no:65/1.

²⁵⁷ **Akıncı, Ziya/ Gökyayla, Cemile** Demir: Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010, s. 203.

Sözleşme'nin Türkiye'de uygulanması ve işleyişi iki yönlü olarak ele alınabilir. Türkiye'den yurtdışına haksız götürülen ve alıkonulan çocuklar bakımından ile yurtdışından Türkiye'ye haksız olarak getirilen ve alıkonulan çocuklar bakımından biçimde konuyu ikiye ayırabiliriz.

Türkiye'de, Sözleşme'nin uygulanmasında merkezi makam görevini Adalet Bakanlığı üstlenmiştir (5717 s.K. m.3/I, a). Adalet Bakanlığı, bu görevini Cumhuriyet Başsavcılıkları aracılığıyla yerine getirmektedir (5717 s.K. m.4). Cumhuriyet Başsavcılıkları Sözleşme'nin uygulanmasında gönderici makam ve aracı makam olarak işlevini yerine getirmektedir²⁵⁸.

Mutad meskeni Türkiye'de olan bir çocuğun, velayet hakkı ihlâl edilerek başka bir taraf devlet ülkesine haksız olarak götürülmesi veya alıkonulması halinde, yapılan başvuru üzerine, Cumhuriyet Başsavcılığı, çocuğun bulunduğu devletin Sözleşme'ye taraf olup olmadığını tespit ettikten sonra, gerekli belgeleri (Sözleşme m.8) ilgili devlet merkezi makamına iletilmek üzere Adalet Bakanlığı'na gönderir. Bu durumda, Cumhuriyet Başsavcılığı gönderici makam konumundadır²⁵⁹.

Çocuğun Türkiye'de bulunması halinde, yabancı devlet merkezi makamından alınan çocuğun iadesine ilişkin talepname ve diğer belgeler, Adalet Bakanlığı'na incelenerek, Sözleşme'ye uygunluğu tespit edildikten sonra, gereği yapılmak üzere çocuğun bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir. Çocuğun bulunduğu yer belirlendikten sonra, Cumhuriyet Başsavcılıkları öncelikle, kaçırılan kişinin rızası

²⁵⁸ **Altuntaş**, İlknur: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Ankara 2006, s. 70.

²⁵⁹ **Altuntaş**, s. 70.

ile çocuğun teslimi veya taraflar arasında dostane bir çözümün sağlanması girişiminde bulunur (5717 s.K. m. 5)²⁶⁰.

Kaçıran kişinin rızası ile çocuğun teslimi sağlanamaz veya taraflar arasında dostane bir çözüm yoluna ulaşılamazsa, çocuğun iade edilip edilmeyeceğine ilişkin bir karar verilmek üzere, Cumhuriyet Başsavcısı, talepname, ekli belgeler ve kendisinin hazırladığı davaname ile beraber ilgili mahkemeye başvurur²⁶¹.

Burada, görevli mahkeme, aile mahkemesi, yoksa asliye hukuk mahkemesidir (5717 s.K. m.6/I). Yetkili mahkeme ise, iade başvurusu yapıldığı sırada çocuğun halen oturduğu veya koruma altına alındığı yer mahkemeleridir (5717 s.K. m.5/II). Mahkemeler, önlerine gelen bu dava hakkında acele olarak karar vermek durumundadır; bu husus, hem Sözleşme'nin 11. maddesi hem de 5717 s.K.'nın 9. maddesinin ikinci fıkrası gereğidir.

Çocuğun iadesine ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilemez. Bu kararlara karşı merkezi makam, başvuruda bulunan veya davalı tarafından kanun yoluna başvurulabilir (5717 s.K. m. 17).

2) Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme'ye Göre Alınan İade Kararının Türkiye'de İcrası

Mahkemenin iade talebini haklı bulması üzerine iadeye karar vermesine rağmen çocuk rızaen iade edilmezse, mahkemenin vermiş olduğu iade kararı cebren

²⁶⁰ Altuntaş, s. 71.

²⁶¹ Altuntaş, s. 71.

icra edilir²⁶². Çocuğun iadesine veya şahsî ilişki kurulmasına dair ilâmlar, İcra ve İflâs Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre, çocuğun bulunduğu yerdeki icra müdürlüğünce, İcra ve İflâs Kanununun 25 inci maddesinde yazılı şekilde bir icra emri tebliğ etmeksizin yerine getirilir (5717 s.K. m. 18).

Çocuğun iadesi ve şahsî ilişki kurulmasına dair ilâmın icrası sırasında, çocuğu yanında alıkoyan kişi bulunmaz veya hemen 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 (5717 s.K. m. 19).

İlâmın yerine getirilmesinin, çocuğun fiziksel ve duygusal yönden gelişimini ağır bir tehlike altında bırakacağından uzman tarafından tespit edilmesi durumunda, icra müdürü tarafından, talep üzerine veya re'sen söz konusu tehlike ortadan kalkıncaya kadar icra ertelenir (5717 s.K. m.22).

İade veya şahsî ilişki kurulmasına dair kararların icrası suretiyle çocuğun teslimi ancak başvuruda bulunanın veya tayin edeceği bir kişi yahut kurum yetkilisinin huzurunda yerine getirilir (5717 s.K. m. 23).

Çocuğun iadesine dair ilâmların icrası sırasında çocuğu gizleyen veya ilâmın icrasından sonra tekrar kaçırarak bu fiillere iştirak edenler ve 5717 sayılı Kanun'a göre yapılan tebliğ, tedbir ve emirlere uymayanlar hakkında, İcra ve İflâs Kanununun 341 inci maddesi hükümleri uygulanır (5717 s.K. m. 25).

²⁶² Akıncı/ Gökyayla, s. 272.

C) Olması Gereken Hukuk Bakımından Çocuk Teslimine İlişkin İlâmların İcrası

Toplumun temel ve doğal çekirdeği olan aile, hem bireyin fizik, entelektüel ve ahlakî gelişiminin doğal koşullarını sağlar hem de devletin üzerinde geliştiği sosyal temellerden birini oluşturur²⁶³. Bir çocuğun ruhsal gelişimi ve sosyal uyumu açısından ana-baba kavramı vazgeçilmez bir unsurdur. Bir başka deyişle, ana ve babayla birlikte yaşamak, ana-babayla birlikte büyümek, ailenin parçalanmamış olması, çocuğun hem duygusal gelişimi hem de sosyal ve ruhsal olgunlaşması açısından gereklidir²⁶⁴. Ana-babanın boşanması ile çocuk için tek ve en faydalı ortam ortadan kalkmış olmaktadır. Böylece boşanmanın çocuğun üzerinde psikolojik bakımdan olumsuz etkileri doğmaktadır.

Ayrılmış ve boşanmış bir ailenin çocuğu, gelişimi bakımından ailesi ölüm ile kaybetmiş bir çocuğa göre daha olumsuz etkiler altındadır. Gerek boşanma kararına kadar, gerek boşanmadan sonra kişisel ilişki veya nafaka konusundaki ana-baba arasındaki uyuşmazlıklar ve tartışmalar çocukta ruhsal gerilim meydana getirir. Bunun sonucu olarak çocukta saldırganlık, inatçılık, kendini suçlamak, içine kapanmak, okula karşı direnmek, suça yönelmek gibi tepkiler ortaya çıkabilir²⁶⁵. Uzun vadede, çocuğun boşanmanın etkilerini biraz olsun azaltabilmenin yolu mahkemenin çocuğun yararına uygun düşecek ana veya babayı belirleyerek velayetin

²⁶³ **Akyüz**-Çocuğun Haklarının Korunması, s. 90.

²⁶⁴ **Öztürk**, Mücahit: Boşanmış Ailelerde Çocuk (Söyleşi: Nilüfer Kas), İstanbul 2008, s. 1; **Akyüz**-Çocuğun Haklarının Korunması, s. 90.

²⁶⁵ **Akyüz**-Medeni Kanuna Göre Çocuğun Korunması, s. 10; **Wallerstein/ Tanke**, s. 306, 309; **Öztürk**, M., s. 75.

bırakılması konusunda karar vermesinde yatar. Bu şekilde çocuğun süreçten en az zararlar çıkabilmesi mümkün olur²⁶⁶ ve çocuğun yararı sağlanabilir²⁶⁷.

Esasında bu aşamada çocuğun yararına olan şey, çocuk, hâkimin velayetin bırakılmasına karar verdiği tarafta bulunmuyorsa icra takibine lüzum olmaksızın çocuk yanında bulunan tarafın rızası ile velayete sahip olmasına karar verilen tarafa teslim edilmesidir. İlâmlı icra takibine başvuru en son çare olmalıdır. Fakat velayete sahip olduğu halde çocuğu hâlâ teslim alamamış olan ana veya baba yahut evlat edinen ya da vasi ilâmlı icra takibine başvurmak zorunda kalabilir. İşte, çocuk için zaten bir travma oluşturan ana-babasının boşanması olgusunun sonuçlarından en az zararlar çıkabilmesini sağlamanın bir diğer aracı da, çocuğun teslimine ilişkin ilâmın icrası sırasında çocuğun yararını ve psikolojisini olumsuz etkileyebilecek bir ortamdan uzak olmasıdır.

İcra ve İflâs Kanunu m. 25/I çocuk teslimi için oldukça sert ifadeler ve uygulama içeren bir hükümdür. Çocuk teslimi sanki bir mal veya alacağın borçludan alınıp alacaklıya verilmesine benzemektedir²⁶⁸. Bu benzerliğin sebebi olarak, İcra ve İflâs Kanunu m. 25'in icra emrinin düzenlenmesinde taşınır teslimine ilişkin İcra ve İflâs Kanunu m. 24'e atıf yapıyor olması gösterilebilir. Ancak, buradaki atıf, icra emrinin şekli unsurları bakımından nasıl düzenleneceğini göstermek amacıyla yapılmıştır ve çocuğun bir taşınır mal gibi teslim edileceği anlamını taşıması mümkün değildir. Çocuk tesliminde zorluk çıkarılması halinde kanunun öngördüğü zor kullanma, borçlunun veya çocuğu teslim etmeyen üçüncü kişinin üzerinde

²⁶⁶ Akyüz-Medeni Kanuna Göre Çocuğun Korunması, s. 16.

²⁶⁷ Wallerstein/ Tanke, s. 323.

²⁶⁸ Serozan-Çocuk Hukuku, s. 252; Özekes, s. 178; Karaca, s. 171.

uygulanabilir. Kuşkusuz burada bir insan ve özellikle de bir çocuk söz konusu olduğundan onun üzerinde herhangi bir zor kullanma söz konusu olamaz²⁶⁹. Borçlu üzerinde kuvvet kullanmanın da mutlaka sınırları vardır. Burada çocuğun yararı gözetilmeli, ölçülülük ilkesine uyulmalı ve kuvvet kullanmanın son çare olmasına özen gösterilmelidir²⁷⁰. Bu anlamda İcra ve İflâs Kanunu m. 25/b’de öngörülen uzmanların ilâmın icrası sırasında hazır bulunmasının hedefi de, bu biçimde çocuğun yararını sağlamak olmalıdır. Bu uzmanın telkinleri ve yapıcı tavırları ile borçlu veya üçüncü kişiye zor kullanmaya gerek kalmadan ve çocuk en az zarar görecektir biçimde teslimi sağlanmalıdır. İcra müdürü de çocuğun yararını gözetmek durumundadır²⁷¹; bu aynı zamanda BMÇHS m. 3/T’in de gereğidir. Söz konusu hükme göre, “Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idarî makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararı temel düşüncedir.” İcra daireleri bu hüküm açısından idarî makamlara dâhil edilebilir.

Çocuğun tesliminde alınması gereken somut tedbirler de vardır. Örneğin resmi giyimli memurların katılımından kaçınılmalı ve ana veya babaya çocuğun gözü önünde açıkça zor kullanılmamalıdır²⁷². Serozan’a göre, çocuk teslimine ilişkin ilâmın icrasında da yapma veya yapmama edimlerine ilişkin para ve hapis cezası

²⁶⁹ Serozan-Çocuk Hukuku, s. 252.

²⁷⁰ Serozan-Çocuk Hukuku, s. 252; Pekcanitez, Hakan: İcra ve İflâs Paneli, İzBD, Yıl 69, Nisan 2004, (s. 100-130), s. 103; Mavi, Ömer: “İcra Takibiyle Çocukla Kişisel Kurulmasının Sebepleri, İcra Uzmanının Rolü ve Çocuğun Durumu”, TBB, S. 74, 2008, (s. 269-281), s. 275.

²⁷¹ Aydınliyım, s. 275.

²⁷² Akyüz-Medeni Kanuna Göre Çocuğun Korunması, s. 158.

ile dolaylı baskı öngören İcra ve İflâs Kanunu m. 343 sisteminin öngörülmesi daha doğru olurdu²⁷³.

Kanaatimizce olması gereken hukuk bakımından çocuğun teslimine ilişkin ilâmların icrasında mümkün olduğunca icra dairesini ikinci plana itmek en doğru yoldur. Bu konuda şöyle bir model düşünülmelidir. Yine ilgili, ilâmın icrası için, icra dairesine başvurarak süreci başlatmalı ve takibin hukukî şartlarını icra dairesi denetlemeli; fakat fiili olarak çocuğun teslimi, icra dairesince işin havale edildiği ve bu işin uzmanlarından (örneğin sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi) oluşan idarî bir makam veya birim eliyle gerçekleştirilmelidir. Bu birim veya makamın statüsü, çalışma koşulları, ücretleri, yetki ve sorumlulukları da kanun koyucu tarafından ayrıntılı olarak çizilmelidir.

§5. ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR İLÂMLARIN İCRASI

A) Genel Olarak

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrası İcra ve İflâs Kanunu m. 25/a'da düzenlenmiştir. Buna göre, “Çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilâm hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra müdürü, küçüğün ilâm hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla şahsi münasebette bulunmasına mâni olunmamasını; aksi halde ilâm hükmünün zorla yerine getirileceğini borçluya 24'üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ eder.

²⁷³ Serozan-Çocuk Hukuku, s. 252.

Bu emirde ilâm hükmüne aykırı hareketin 341 inci maddedeki cezayı müstelzim olduğu da yazılır.

Borçlu bu emri tutmazsa ilâm hükmü zorla yerine getirilir. Borçlu alacaklının şikâyeti üzerine ayrıca 341 inci maddeye göre cezalandırılır.”

1932 yılında kabul edilen 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’nun ilk halinde, çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrası konusunda bir hüküm bulunmamaktaydı. Fakat 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde kişisel ilişki düzenlenmişti. İcra ve İflâs Kanunu’nda yer alan bu boşluk uygulamada, çocuk teslimine ilişkin ilâmların icrasına ilişkin hükümler uygulanarak doldurulmuştur. Bu konuda kişisel ilişki için çocuğun taraflardan birinden alınıp diğerine *teslim* edilmesinden yola çıkılarak sonuca varılmıştı²⁷⁴. Ancak bu yol, çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmlar çocuk teslimi ile birebir örtüşmediğinden aksaklıklara yol açtığı ve bu ilâmların icrası sürelerle tekrarlanan devamlı bir durumu içerdiği için, çocuk tesliminden farklı olarak düzenlenmesi yoluna gidilmiştir²⁷⁵. Daha sonra İcra ve İflâs Kanunu’nda 1965 yılında 538 sayılı Kanunla²⁷⁶ yapılan değişiklikler ile m. 25/a hükmü eklenmiştir ve bugüne değin değişikliğe uğramadan varlığını sürdürmektedir.

12.09.2010 tarihinde gerçekleştirilen referandum ile Anayasa’nın 41. maddesine yapılan eklemeyele kişisel ilişki, çocuk bakımından anayasal bir temel hak halini almıştır. Buna göre, “Her çocuk, yeterli himaye ve bakımdan yararlanma,

²⁷⁴ Karaca, s. 172; Uyar-Çocuk Teslimi, s. 3.

²⁷⁵ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 416; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 418; Özbay, İbrahim: “Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması (İİK m. 25/a, İİK m. 341), Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.II, Ankara 2009, (s. 319-331), s.320.

²⁷⁶ RG. 06.03.1965, S. 11946.

yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.” hükmü getirilmiştir. Maddenin gerekçesine göre, “Maddeyle taraf olduğumuz Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ile diğer uluslararası belgelerde yer alan ve çocuk haklarıyla ilgili kabul gören evrensel ilkeler, Anayasa metnine dâhil edilmekte; her çocuğun bakım ve himayeden yararlanma hakkı olduğu vurgulanmakta ve çocuğun ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.²⁷⁷”

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasını daha iyi kavrayabilmek açısından aşağıda öncelikle konunun maddi hukuk boyutuna değineceğiz. Bunun için de, Türk Medeni Kanunu 323.-326. maddeleri ve kişisel ilişkinin tanımı, hukukî niteliği, mahkeme kararı ile düzenlenmesi çerçevesinde açıklamalar yapacağız. Ardından İcra ve İflâs Kanunu m. 25/a’ya göre takibin başlaması, icra emri ve icra emrinin yerine getirilmesini inceleyeceğiz.

B) Kişisel İlişkiye İlişkin İlâmların İcrası Prosedürü

I. Takip Talebi, Takibin Başlaması ve Takibin Tarafları

Alacaklı, çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına dair eda hükmü içeren ilâmi icra dairesine vererek takip talebinde bulunur. Takip talebi yazılı veya sözlü olabilir. Böylece ilâmlı icra takibi süreci başlar. Bunun üzerine alacaklı talep ederse, kayıt numarasını gösteren bedava ve pulsuz bir belge verilir (İİK m. 35).

²⁷⁷ Anayasa değişikliği teklifinin gerekçesi için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0656.pdf>.

İlâmlı icra takibinin tarafları olarak alacaklı ve borçlu, takibe konulan ilâmdan alacaklı ve borçlu olduğu anlaşılan kişilerdir²⁷⁸.

İlâmlı icraya başvuru hakkı, ilâm veya ilâm niteliğinde belge lehine olan, bir başka deyişle ilâma (veya ilâm niteliğindeki belgeye) göre alacaklı olan kişiye aittir²⁷⁹. Çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasında alacaklı, evlilik birliğini sona erdiren kararlarda velayet kendine verilmemiş olup da hakkında çocukla kişisel ilişki kurulması kararı bulunan ana veya babadan biri; çocuğun korunması çerçevesinde alınmış önlemler veya velayetin kaldırılması sonucu çocukla kişisel ilişki kurulmuş ana ve/veya baba; Türk Medeni Kanunu m. 325'teki koşulları taşıyıp hakkında çocukla kişisel ilişki kurulması karar verilmiş üçüncü kişi olabilir.

İlâmlı icra takibinde borçlu ise, ilâm (veya ilâm niteliğinde belge) aleyhine olan, bir başka deyişle ilâma göre borçlu durumunda olan kişidir²⁸⁰. Çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasında ise, evlilik birliğini sona erdiren kararlarda velayet kendine bırakılmış olan ana veya baba; çocuğun korunması çerçevesinde alınmış önlemler veya velayetin kaldırılması sonucu çocuğun bulunduğu kurum veya aile; çocuk ile üçüncü kişi arasında kurulan kişisel ilişkide amca, üvey anne, doğal baba gibi kişilerden²⁸¹ biri borçlu kişi olabilir. Çocukla kişisel ilişki kurulmasında takip borçlusu, lehine hüküm verilen tarafın (takip alacaklısının) çocukla kişisel ilişki

²⁷⁸ Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özokes, s. 404.

²⁷⁹ Kuru-El Kitabı, s. 773; Postacıoğlu, s. 629.

²⁸⁰ Kuru-El Kitabı, s. 774; Postacıoğlu, s. 629.

²⁸¹ Bkz. yuk. s. 33-34.

kurmasına katlanmak zorunda kalacak olan, ilâmdaki şekilde kişisel ilişki kurdurmakla yükümlü olan kişidir²⁸².

Ayrıca ilâmlı icra takibinde taraflardan birinin vekili olduğu ilâmda yazılı olan avukattan tekrar vekâletname istenmesine gerek yoktur²⁸³.

İcra dairesinde takip talebinde bulunabilmesi için, alacaklının takip harcı yatırması gerekir. İlâmlı takipte bulunan alacaklıdan başvurma harcı alınır²⁸⁴. İlâmlı icra takibinde alacaklıdan, binde beş peşin harç alınmaz. Çünkü ilâmlı icra aşamasından önce mahkemeden ilâmın alınması sırasında karar ve ilâm harcı hâlihazırda ödenmiştir²⁸⁵. İcranın yerine getirilmesi harcı ve cezaevleri harcına yukarıda değinildi²⁸⁶.

II. İcra Emri ve İcra Emrinin Tebliği

Takip talebinde bulunulması üzerine icra müdürü öncelikle takip talebi ile birlikte verilen belgenin bir ilâm olup olmadığını ve hükmün kesinleşip kesinleşmediğini re'sen inceleyecektir. Aksi halde, bir başka deyişle, ilâma dayanmayan bir icra emri gönderilirse, kamu düzenine aykırılık sebebiyle süresiz şikâyet yoluna başvurulabilir²⁸⁷. Şikâyet üzerine icra mahkemesi, ilamlı icra takibinin bir ilama veya kesinleşmiş bir ilama dayanmaması nedeniyle, icra takibinin iptaline

²⁸² Özbay-Çocukla Kişisel İlişki, s. 6, dn. 92.

²⁸³ Kuru-HMU, C. II, s. 1278.

²⁸⁴ Kuru-El Kitabı, s. 773.

²⁸⁵ Kuru-El Kitabı, s. 772.

²⁸⁶ Bkz. yuk. s. 61.

²⁸⁷ Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes, s. 405; Kuru-El Kitabı, s. 774.

karar vermelidir. Takip talebinin bir ilâma dayanıp dayanmadığını inceledikten sonra icra müdürü bir icra emri düzenleyerek borçluya göndermek zorundadır²⁸⁸.

İcra emrinde şu hususların yazılı olması zorunludur (İİK m. 24, m. 25/a, İİKY m. 24)²⁸⁹:

- 1) Alacaklının ve varsa kanunî temsilcisinin veya vekilinin adı, soyadı, adresi ve vergi kimlik numarası,
- 2) Borçlunun ve varsa kanunî temsilcisinin veya vekilinin adı, soyadı, adresi ve vergi kimlik numarası,
- 3) İlâmı veren mahkeme ve ilâmın tarih ve numarası,
- 4) Çocuğun ilâm hükümleri dairesinde, lehine hüküm verilen tarafla kişisel ilişkide bulunmasına engel olunmaması ihtarı,
- 5) Çocuğun lehine hüküm verilen tarafla kişisel ilişkide bulunmasına engel olunması halinde, ilâm hükmünün zorla icra olunacağı ve
- 6) İlâmın icrası sırasında çocuğun gizlenmesi halinde gizleyenin İcra ve İflâs Kanunu m. 341 uyarınca cezalandırılacağı ihtarı.

İcra emri, genel haciz yolu ile takipteki ödeme emrine benzer. Ancak aralarındaki en önemli fark, ilâmlı icra takibinde borçlunun icra dairesine yapacağı bir itiraz beyanı ile kendine karşı yapılan takibi durdurma imkânının bulunmamasıdır²⁹⁰. İlâmlı icrada takibin durdurulması, konusu para olan takiplerde icranın geri bırakılması ile mümkündür. Fakat bu yolun çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrası yolunda uygulaması yoktur. Çünkü

²⁸⁸ **Kuru**-El Kitabı, s. 774, 835.

²⁸⁹ **Kuru**-El Kitabı, s. 835; **Özbay**-Çocukla Kişisel İlişki, s. 6.

²⁹⁰ **Kuru**-El Kitabı, s. 775; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 390.

icranın geri bırakılması yolu, kesinleşmeden icraya konan ilâmlar bakımından uygulanır ve söz konusu ilâmların kesinleşmeden ilâmlı icra takibine konu olmaları mümkün değildir.

İcra emrinin, ilâma ve takip talebine uygun olması zorunludur²⁹¹; aksi halde bu husus da kamu düzenine aykırılık sebebiyle süresiz şikâyet konu olabilir²⁹². Şikâyet üzerine icra mahkemesi, icra emrinin iptaline karar verir (İİK m.17). Bu arada mahkeme ilâmın hüküm fıkrasının da icra bakımından açık ve tereddüde yer vermeyecek biçimde olması gerekir (HUMK m. 388/son fıkra, m. 389; HMK m. 297²⁹³). Böylece ilâmın icrası sırasında şüphe ve tereddütler nedeniyle ilâmın icra edilememesi sorununun doğması önlenir²⁹⁴.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmın hüküm fıkrası çelişkili, açık değil veya anlaşılamıyorsa, icra müdürünün veya icra mahkemesinin ilâmı

²⁹¹ **Kuru-El Kitabı**, s. 775; 12.HD. 02.03.2007, E.2007/522, K.2007/3713 (**Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan**, s. 418)

²⁹² **Pekcanıtez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes**, s. 405; **Kuru-El Kitabı**, s. 775.

²⁹³ **HMK Madde 297-** (1) Hüküm “Türk Milleti Adına” verilir ve bu ibareden sonra aşağıdaki hususları kapsar:

- a) Hüküm veren mahkeme ile hâkim veya hâkimlerin ve zabıt kâtibinin ad ve soyadları ile sicil numaraları, mahkeme çeşitli sıfatlarla görev yapıyorsa hükmün hangi sıfatla verildiğini.
- b) Tarafların ve davaya katılanların kimlikleri ile Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, varsa kanuni temsilci ve vekillerinin ad ve soyadları ile adreslerini.
- c) Tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri.
- ç) Hüküm sonucu, yargılama giderleri ile taraflardan alınan avansın harcanmayan kısmının iadesi, varsa kanun yolları ve süresini.
- d) Hükümün verildiği tarih ve hâkim veya hâkimlerin ve zabıt kâtibinin imzalarını.
- e) Gerekçeli kararın yazıldığı tarihi.

(2) Hükümün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında, açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir.

²⁹⁴ **Kuru-HMU**, C. III, s. 3060

yorumlama, değiştirme, eksikliği tamamlama veya tavzih etme yetkisi yoktur²⁹⁵. Bu durumda, uyuşmazlık şikâyet yolu ile icra mahkemesinde çözümlenir. İnceleme yapan icra mahkemesi, çocuk teslimine ilişkin ilâmda açık olmayan, anlaşılamayan veya çelişik fıkralar bulunuyorsa, ilâmı veren mahkemeden tavzih (HUMK m.455-459; HMK m.305-306) talebinde bulunulabilmesi için, ilgililere mehil vererek ilâmın icrasının durdurulmasına karar vermelidir²⁹⁶. İcra mahkemesi yalnızca icra emrinin ilâma uygun olarak düzeltilmesini sağlayabilir; örneğin ilâmda babanın hafta sonları saat 12.00-17.00 arası kişisel ilişki kurulmasına yer verilmiş, fakat icra müdürü 14.00-17.00 biçiminde icra emri göndermişse, bu icra emri şikâyet süresiz yoluyla icra mahkemesinde düzeltilebilir²⁹⁷.

İcra dairesi tarafından icra emrinin borçluya ve varsa vekiline tebliğ edilmesi gerekir²⁹⁸. Böylelikle icra emrinin yerine getirilmemesinin sonuçları hakkında borçlu bilgilendirilmiş olur. Usulüne uygun tebligat gerçekteştikten sonra ancak ilâmın yerine getirilmesine geçilebilir²⁹⁹.

III. İcra Emrinin Yerine Getirilmesi

Çocuk ile kişisel ilişki, ziyaret hakkı biçiminde karara bağlanmışsa, ilâmın ve icra emrinin yerine getirilmesinde, alacaklı ana veya baba yahut üçüncü kişi çocuğun bulunduğu yere gitmek ve oradan çocuğu teslim almak, yine aynı biçimde ve yerde

²⁹⁵ Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 405; HGK. 22.03.2006, E.2006/12-92, K.2006/85; 12.HD. 05.05.2005, E.2005/6510, K.2005/9748 (Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 406, dn.3 75); 12.HD. 26.01.2006, E.2005/24114, K.2006/588; 12.HD. 17.02.2006, E.2005/26313, K.2006/2851 (www.hukukturk.com) .

²⁹⁶ Berkin, s. 157.

²⁹⁷ Özbay-Çocukla Kişisel İlişki, s. 6.

²⁹⁸ Bkz: s. 54.

²⁹⁹ Postacioğlu, s. 631.

teslim etmek yükümlülüğü altındadır³⁰⁰. İcra emrinin borçluya tebliği ile takip borçlusu ilâmda ve icra emrinde yazılı olduğu şekilde alacaklı ile çocuğun kişisel ilişki kurmasını sağlarsa, icra emri yerine getirilmiş olur³⁰¹.

Mahkeme ilâmında ve icra emrinde belirtilen zamanda ve biçimde takip borçlusunun çocuk ile takip alacaklısının kişisel ilişki kurmasını sağlaması ve buna engel olmaması gerekir. Aksi halde İcra ve İflâs Kanunu m. 25/a gereği icra müdürü zor kullanmak suretiyle ilâmın gereğinin yerine getirilmesini sağlamak durumundadır. Çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrası sırasında icra müdürüne direnilmesi halinde, icra müdürünün zor kullanma yetkisi bulunur³⁰²; icra müdürünün bu yetkisi hem İcra ve İflâs Kanunu m. 25/a/I’de hem de kıyasen İcra ve İflâs Kanunu m. 80/IV’te yer almaktadır. Ancak bu zor kullanma yetkisi kesinlikle çocuk üzerinde kullanılamaz³⁰³; yalnızca borçlu veya üçüncü kişi üzerinde kullanılabilir. İcra müdürü, ilâmın icrasında direnilmesi halinde kolluk kuvvetlerinden de yararlanır (İİK m. 81/I). Çocuk kilitli bir yerde bulunuyorsa icra müdürünün çilingir marifetiyle kilidi açtırıp çocuğun alacaklıyla kişisel ilişki kurmasını sağlaması mümkündür (İİK m. 80/III)³⁰⁴.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasında buna engel olan borçluya yönelik kuvvet kullanmanın yanında uygulanacak zorlamalardan bir diğeri de İcra ve İflâs Kanunu m. 341’dir. Buna göre, lehine hüküm verilmiş kimsenin

³⁰⁰ 12.HD. 19.03.1984, E.1984/638, K.1984/3162 (Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan, s. 419).

³⁰¹ Aydınliyım, s. 280.

³⁰² Uyar-Çocuk Teslimi, s. 1.

³⁰³ Serozan-Çocuk Hukuku, s. 240.

³⁰⁴ Aydınliyım, s. 275; Uyar-Çocuk Teslimi, s. 2.

şikâyeti üzerine, borçlu altı aya kadar tazyik hapsi ile cezalandırılır. Borçlu ilâm hükmünü yerine getirirse tahliye edilir.

Çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrası sırasında icra müdürü ile beraber Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitiminin hazır bulundurulması zorunludur (İİK m. 25/b)³⁰⁵. Burada amaç, çocuk ile kişisel ilişki kurulmasında güçlük çıkarılması halinde, bu uzmanın telkinleri ve yapıcı tavırları ile borçluya zor kullanmaya gerek kalmadan ve çocuğun en az zarar görecekt biçimde kişisel ilişkisinin yerine getirilmesini sağlamaktır³⁰⁶.

Çocuk veya takip borçlusu, ilâmlı icra takibinin yapıldığı icra dairesinin yetki sınırları dışında bir yerde bulunuyorsa, bu durumda icra dairesi o yerdeki icra dairesini istinabe ederek ilâmın o yerdeki icra dairesi aracılığıyla yerine getirilmesini sağlar.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasında masraflara kimin katlanacağı konusunda uygulamada tereddütler bulunmaktadır. Yargıtay kimi kararlarında kişisel ilişkiye engel olarak takibe sebep olan borçlunun masraflara katlanması gerektiğini³⁰⁷; kimi kararlarında ise alacaklının çocuğu teslim almak ve

³⁰⁵ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 416.

³⁰⁶ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için, bkz. aşı. s. 92-103.

³⁰⁷ 12.HD. 12.02.2004, E.2004/25314, K.2004/2441 (**Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan**, s. 419); 12.HD. 14.04.1998, E.1998/3676, K.1998/4119 (**Uyar-Çocuk Teslimi**, s. 4, dn. 23); 12.HD. 28.05.1997, E.1997/5845, K.1997/6259 (e-hukukrehberi); 12.HD. 13.05.1997, E.1997/5114, K.1997/5521; 12.HD. 28.10.1991, E.1991/3266, K.1991/11071; 12.HD. 25.03.1986, E.1986/8749, K.1986/3211 (**Uyar**, Şerh, s. 2683-2685).

iade etmek için yaptığı masrafları borçludan isteyemeyeceğini³⁰⁸ belirtmektedir. Yargıtay'ın alacaklının masraflara katlanacağı, borçluya yükletilemeyeceği uygulamasının altında yatan düşünce, velayeti kendine bırakılmayan çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin külfete, kişisel ilişkiden faydalanan kişinin katlanması gerektiğidir³⁰⁹.

Bu konuda icra takibinde yapılan masrafların niteliğine göre bir ayrım yapmak faydalıdır. Özbay'a göre, "Kişisel ilişki kurulmasına yönelik giderlerin genel takip giderlerinden farklı olduğu düşünülse bile, kural olarak, borçlu, kendisi aleyhine ilâmlı icra takibi yapılan kişidir. Gerçekten kişisel ilişki kurulmasına ilişkin mahkeme ilâmındaki hususlara borçlu uysaydı, alacaklı ilâmlı icra takibi yapmak zorunda kalmayacaktı. Bu nedenle, kural olarak takip masraflarını (harçlar, vekâlet ücreti gibi) borçlunun üstlenmesi gerekir. Zira, İcra ve İflâs Kanunu m. 15/1'de belirtilen ilkeye göre, bütün harç ve masraflar borçluya aittir. Bu konuda, genel kuraldan ayrılmayı haklı gösteren bir neden yoktur. Buna karşılık, takip masrafları dışında, çocukla kişisel ilişki kurulması için gerekli masrafların (ulaşım, uzmanın ücreti, çocuğu teslim alma ve teslim etme masrafları) alacaklı kişi tarafından

³⁰⁸ "... baba, çocuğu kişisel ilişkisini temin amacıyla yaptığı masrafları, ulaşım ve benzeri sair giderleri üstlenmek zorundadır. İlâmın 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); 2.HD. 20.09.2004, 2004/9719, K.2004/10308 (**Gençcan-Boşanma**, Tazminat ve Nafaka, s. 1275); 12.HD. 19.03.1984, E.1984/638, K.1984/3162 (**Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan**, s. 422); 12.HD. 14.04.1998, E.1998/3676, K.1998/4119 (e-hukukrehberi); "... Şahsi münasebet tesisi ile ilgili masrafların davacı tarafından ödenmesi gerekir. ...giderlerin davalıya yüklenmesi bozmayı gerektirir..." 2.HD. 18.05.1998, e.1998/5134, K.1998/6078 (**Ruhi**, s. 558).

³⁰⁹ **Gençcan-Boşanma**, Tazminat ve Nafaka, s. 1275.

karşılanması gerektiği kanısındayız.³¹⁰ Biz de Özbay'ın görüşüne tamamen katılmaktayız.

İlâmların icrasının bitiminde, borçlu isterse, kendisine ilâmın tamamen veya kısmen icra edilmiş olduğuna dair bedava ve pulsuz bir belge verilir (İİK m. 144/III).

IV. Yurtdışına veya Türkiye'ye Kaçırılmış Çocuk Bakımından Kişisel İlişkiye Dair İlâmın İcrası

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme'nin amaçlarından biri de, taraf bir devletteki ziyaret haklarına, diğer taraf devletlerde etkili bir biçimde riayet edilmesini sağlamaktır. (Sözleşme m.1). Buna göre, Sözleşme, on altı yaşın altındaki çocuklar bakımından ziyaret suretiyle kişisel ilişki kurulması ve devam ettirilmesi hakkında taraf devletlere yapılacak talepleri de düzenlemektedir (Sözleşme m.21).

5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun'un 11. maddesine göre de, kişisel ilişki kurma hakkının korunması veya tesisi talebi ile bu talep üzerine yürütülecek adlî ve idarî işlemler, çocuğun iadesi talebi hakkındaki usûl ve esaslara tâbidir³¹¹.

³¹⁰ Özbay-Çocukla Kişisel İlişki, s. 11.

³¹¹ Bkz. yuk. s. 69-73.

C) Olması Gereken Hukuk Bakımından Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlâmların İcrası

Çocuk ile kişisel kurulmasına dair ilâmların icrasına ilişkin hükümler kimi zaman çocuğun yararını göz ardı edecek uygulamalara neden olmaktadır. Boşanma ve ayrılık gibi evlilik birliğini sona erdiren davaların gerek dava açılmasına kadar, gerekse davanın devamı ve karar verilmesi süreçlerinde çocuğun hayatının bütününde önemli ve köklü değişiklikler meydana gelmektedir ve bu durum çocuklar için âdeta bir travma teşkil eder. Ana-baba arasındaki uyuşmazlıklar ve tartışmalar çocukta ruhsal gerilim meydana getirir. Bunun sonucu olarak çocukta saldırganlık, inatçılık, kendini suçlamak, içine kapanmak, okula karşı direnmek, suça yönelmek gibi tepkiler ortaya çıkabilir³¹².

İlâmlı icrada ilâmın “zorla yerine getirilmesi” için kuvvet kullanmak son çare olmalıdır. İlâmın borçlu tarafından yerine getirilmesinde direnilmesi halinde icra müdürünün kendisinin veya kolluk kuvvetleri aracılığıyla kuvvet kullanmasının kesinlikle çocuğun üzerinde olmaması gerekir³¹³. Kuvvet kullanmanın mutlaka kişisel ilişkiye engel olan borçlu veya üçüncü kişi üzerinde olması gerekir. Fakat kuvvet kullanmanın da insan onuru ve ölçülülük ilkesi çerçevesinin dışına çıkmaması zorunludur. Ayrıca kuvvet kullanmanın çocuğun gözü önünde ve onu olumsuz etkileyecek şekilde olmaması gerekir³¹⁴. Polis zoruyla kişisel ilişki kurulması çocuk açısından çok zedeleyici bir durumdur; çünkü polis kanalıyla kurulan bir kişisel ilişki

³¹² Akyüz-Medeni Kanuna Göre Çocuğun Korunması, s. 10; Wallerstein/ Tanke, s. 306, 309; Öztürk, M., s. 75; ayrıca bkz. “Boşanma ve Çocuk Üzerine Etkileri”, <http://www.sosyalhizmetuzmani.org/bosanmacocuk.htm> (Erişim tarihi 10.05.2010).

³¹³ Serozan-Çocuk Hukuku, s. 240.

³¹⁴ Akyüz-Medeni Kanuna Göre Çocuğun Korunması, s. 158, yazara göre resmi giyimli memurların iştirakinden de kaçınılmalıdır; Serdar, s. 773.

ile kişisel ilişki kuracak ana veya baba yahut üçüncü kişinin çocuğa model olması ve onunla sağlıklı bir kişisel ilişki kurması mümkün değildir³¹⁵.

Serozan’a göre olması gereken, para ve hapis cezası ile takip borçlusu veya engel olan diğer üçüncü kişiler üzerinde dolaylı baskı yoluyla kişisel ilişkiye ilişkin ilâmın yerine getirilmesinin sağlanmasıdır³¹⁶.

Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana, baba ve üçüncü kişi bu haklarını çocuk ile kişisel ilişkisini zedeleyici, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engelleyici biçimde kullanırlarsa, kişisel ilişki kurma hakkı kendilerinden alınabilir (TMK m. 324/II). Diğer taraftan, velayete sahip olan kişinin diğer tarafla çocuğun kişisel ilişki kurmasına engel olması, çocuğun yararına aykırı hareket eden veliden velayetin alınarak diğer tarafa verilmesi (TMK m. 336/II) veya çocukla ilgili tedbirler alınmasına ya da velayetin kaldırılmasına (TMK m. 346-348) neden olabilir. Bu şekilde maddi hukuk bakımından mekanizmalara başvurulması da mümkündür.

Mevcut düzenlemelerden yola çıkılarak uygulanabilecek en sağlıklı yol, İcra ve İflâs Kanunu m. 25/b’de yer alan uzmanların kişisel ilişkiye engel olan kişiye çocuğa zarar verdiğini izah etmesi ve telkin ve ikna yoluyla çocuğu kişisel ilişki kuracak kişiye teslim etmesini sağlamasıdır. Ancak bu uzmanların ilâmın yerine getirilmesindeki işlevlerinin tam olarak öngörülmemiş olması ve İcra ve İflâs Kanunu m. 25/b’deki “hazır bulundurulması” ifadesi karşısında uzmanların çocuğa

³¹⁵ Öztürk, M., s. 35-37.

³¹⁶ Serozan- Çocuk Hukuku, s. 240.

sağlayacakları fayda sınırlı kalabilir. Çünkü uzmanın ilâmın icrası esnasında o ortamda bulunması kanun hükmünün lâfzen yerine getirilmesinde yeterli gözükmekte ve uzmanlara herhangi bir yükümlülük yüklememektedir³¹⁷.

Bu nedenle olması gereken hukuk açısından, çocuk teslimine ilişkin ilâmların icrasında da belirttiğimiz gibi bir sistem getirilmesi çok daha faydalı ve çocuğun yararına hizmet eden bir çözüm yolu olacaktır. Bunun için, çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasında da mümkün olduğunca icra dairesi ikinci plana itilmelidir. Yine ilgili, ilâmın icrası için, icra dairesine başvurarak süreci başlatmalı ve takibin hukukî şartlarını icra dairesi denetlemeli; fakat fiili olarak çocuğun teslimi, icra dairesince işin havale edildiği ve bu işin uzmanlarından (örneğin sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi) oluşan idarî bir birim veya makam eliyle gerçekleştirilmelidir. Bu birim veya makamın statüsü, çalışma koşulları, ücretleri, yetki ve sorumlulukları da ayrıntılı olarak çizilmelidir.

³¹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için, bkz: aşı s.97.

§6. ÇOCUK TESLİMİNE VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR İLÂMLARIN İCRASINDA UZMAN BULUNDURULMASI

A) Genel Olarak

İcra ve İflâs Kanunu'na 4949 sayılı Kanun³¹⁸ ile eklenen 25/b maddesi gereği, “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.” Hükmün gerekçesine göre, “Maddede, çocuğun Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede öngörülen yüksek yararı ve Sözleşmenin 9 uncu maddesinde yer alan ilkelere uyum sağlanması amacıyla çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasında icra müdürünün yanında hazır bulunabilecekler belirtilerek, çocuğun psikolojik yönden rahatsız edici unsurlardan etkilenmesinin önlenmesi amaçlanmıştır.” Bu gerekçenin yanı sıra Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 30.01.2006 tarihli ve 115 sayılı genelgesine³¹⁹ göre uzmanların çocuk tesliminde veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasında hazır bulundurulmasının bir başka amacı, onların mesleki bilgi ve tecrübesinden yararlanmaktır.

³¹⁸ R.G. 30.07.2003, S.25184.

³¹⁹ Bkz. http://www.adalet.gov.tr/duyurular/genelgeler/genelge_pdf/115.pdf

2003 yılında İcra ve İflâs Kanunu'na m. 25/b'nin eklenmesine kadar, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrası yalnızca icra müdürü veya memurları eliyle yerine getiriliyordu. Ama bugün için, söz konusu maddedeki uzmanlardan birinin bulunması yasal bir zorunluluk haline gelmiştir.

Yargılama sürecinde aile mahkemeleri bünyesinde de benzer şekilde uzmanların³²⁰ yardımına başvurulmaktadır. Her aile mahkemesine birer psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı atanır. İcra ve İflâs Kanunu'nda ise, uzmanların Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu (SHÇEK) tarafından sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın görevlendirilmesi şeklinde düzenleme yapılmıştır. SHÇEK'in tercih edilmesinin nedeni, SHÇEK'in ülke genelinde her ilde ve bir kısım ilçelerde teşkilatının³²¹ mevcut olması nedeniyle, ilâmın icrasında uzman görevlendirilmesinde kolaylık sağlanması olabilir. Ayrıca icra müdürlüklerinde çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrası işlerinin aile mahkemelerinin iş yoğunluğuna nazaran daha az olması nedeniyle dışarıdan uzman görevlendirilmesi tercih edilmiş olabilir.

³²⁰ Bkz: 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun (R.G. 18.01.2003, S.24997) madde 5.

³²¹ 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu m. 12'ye göre, Kurumun taşra teşkilâtı şu birimlerden oluşur: a) İl Sosyal Hizmetler Kurulu, b) İl Sosyal hizmetler müdürlükleri, c) İhtiyaç duyulan ilçelerde kurulacak ilçe sosyal hizmetler müdürlükleri, d) Sosyal hizmet kuruluşları. Bugün için, 33 ilçede ilçe sosyal hizmet müdürlüğü bulunmaktadır (<http://www.shcek.gov.tr/ilce-sosyal-hizmetler-mudurlukleri.aspx>).

B) Sosyal Çalışmacı, Pedagog, Psikolog, Çocuk Gelişimcisi ve Eğitimi Kavramları

Sosyal çalışmacı, sosyal hizmet alanında çalışan uzmanlardır. SHÇEK Kanunu'nun tanımlara ilişkin 5.maddesinin a bendine göre sosyal hizmet ise, “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 bütünüdür”. Kısaca, sosyal çalışmacı, insanların sosyal hayatıyla ilgili çalışmalar yapar. Rahatsızlığı meydana getiren faktörleri bulmak için, kişilerin sosyal durumlarını inceleyen, sorunları çözmek için, çaba harcayan, gerekli sosyal servislerle ilişki kuran ve kişiye ve aileye uygulanacak ihtiyaç ve bakımı tespit eden kişidir³²². Sosyal çalışma, insan, toplum ve onların sorunları üzerinde odaklaşır. İnsanların diğer insanla ve doğa ile olan ilişkilerinde oluşan sorunları gidermeye yönelik etkinliklere yardımcı olmak amacındadır. Sosyal çalışma, sorun yaşayan insana ve topluma yardımcı olur³²³.

Pedagog, çocukların ve gençlerin maddi ve manevi gelişimini sağlamayı amaç edinen insanlara denir ve pedagoji terimi de genel olarak eğitim bilimi anlamında kullanılır³²⁴. Çocukların sosyal problemlerinin çözümü ile ilgilenir³²⁵. Pedagoglar, toplum tarafından kabul gören normlar doğrultusunda çocukların

³²² **Karagülmez, Ali/ Ural, Sami Sezai:** Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2003, s. 169-170.

³²³ **Cılga, İbrahim:** Bilim ve Meslek Olarak Türkiye’de Sosyal Hizmet, Ankara 2004, s. 35-36.

³²⁴ **Kanad, Halil Fikret:** Kısaltılmış Psikoloji, Ankara 1966, s. 1.

³²⁵ **Karagülmez/ Ural,** s. 171.

bedensel, zihinsel, duygusal ve sosyal gelişimlerini inceler, bu konudaki sapmaların düzeltilmesinde rol alırlar³²⁶. Ne yazık ki, ülkemizde üniversitelerde pedagoji bölümlerinin kapatılması nedeniyle 1985 yılından bu yana pedagoğ yetişmemektedir. Buna rağmen İcra ve İflâs Kanunu'nda uzmanlar arasında pedagoğun da sayılmış olması büyük bir çelişkidir.

Psikoloji, insanı çevresinde bulunan varlıkları, olayları nasıl anladığını, öğrendiğini, insanın nasıl düşündüğünü; etkiler karşısında nasıl uygulandığını, heyecanlandığını; zekâsının, kişiliğinin ve benzeri özelliklerinin neler olduğunu araştırır. Kısaca psikoloji, insanın durumlar karşısında nasıl davrandığını ortaya çıkarmaya çalışır³²⁷. Psikologlar da psikolojik sorunlarla ilgilenen kişilerdir. Bireylerin, duygu ve düşüncelerini, davranışlarını, zekâ ve yeteneklerini anlamaya çalışarak, onların davranışlarının düzeltilmesine ve geliştirilmesine katkıda bulunur. İnsan davranışlarıyla oluşan sosyal olayları, bireyin çevresiyle ilişkilerini, çevreye uyum sürecini, bu ilişkilerdeki uyumsuzlukları inceler. Sorunları belirlemeye çalışarak, çözüm yolları sunar³²⁸.

Çocuk gelişimcisi, 0-18 yaş arasındaki normal gelişim gösteren, özel eğitim gereksinimi olan, korunmaya muhtaç (kurumda yaşayan, çalışan, mülteci ve suçlu çocuklar) ve hastanede yatan çocukların tüm gelişim alanlarında (zihinsel, dil, motor,

³²⁶ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Pedagog>

³²⁷ **Başaran**, İbrahim Ethem: Psikoloji, Ankara 1971, s. 7

³²⁸ **Karagölmez/ Ural**, s. 172.

özbakım, sosyal ve duygusal), çocuğa, aileye, eğitimciye ve topluma hizmet sunan kişidir³²⁹.

Bir de İcra ve İflâs Kanunu m. 25/b’de, sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulunması öngörülmüştür. Burada eğitimciden maksat, öğretmen olmalıdır. Anasınıfı, ilköğretim öğretmenleri çocuk tesliminde veya çocukla kişisel ilişki kurulmasında görevlendirilebilir. Uzmanların bulundurulmasındaki amaç onların mesleki bilgi ve tecrübesinden yararlanmak olduğundan emekli öğretmenlerden de yararlanılabileceği kanaatindeyiz. Teslim edilecek veya kişisel ilişki kurulacak çocuğun yaşı göz önüne alınarak eğitimcinin belirlenmesinde fayda vardır. Örneğin çocuk beş yaşında ise, ve varsa, anasınıfı öğretmeni tercih edilmelidir.

İcra ve İflâs Kanunu m. 25/b “...sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi *gibi* bir uzman...”dan bahsetmektedir. Bu sayılan uzmanlar dışında benzer mesleğe sahip kişilerin de uzman olarak görevlendirilebilir; bunu maddedeki “gibi” ifadesinden çıkarmak mümkündür. Bu mesleklere benzer meslekler olarak, psikolojik danışmanlık, sosyal antropologluk, rehberlik uzmanlığı veya çocuk psikiyatrisi kabul edilebilir.

³²⁹ **Hacettepe Üniversitesi:** Hacettepe Üniversitesi Ev Ekonomisi Yüksek Okulu Tanıtım Katalogu, Ankara 2001, s. 2.

C) Uzmanların Görevlendirilmesi

İcra ve İflâs Kanunu m. 25/b ifadesine göre uzmanlar çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrası esnasında hazır bulundurulur. Burada uzmanın sadece fiziki bir varlık olarak o ortamda bulunmasını kabul etmek kuşkusuz doğru olmaz. “Hazır bulunmak” ile maksat, ilâmın icrası sırasında uzmanların mesleki bilgi ve tecrübesinden yararlanarak çocuğun psikolojik yönden rahatsız edici unsurlardan etkilenmesinin önlenmesidir³³⁰.

İcra ve İflâs Kanunu m. 25/b gereği sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog gibi bir uzmanın veya bulunmadığı yerde eğitimcinin bulunması gerekir. Sayı olarak bir uzmanın katılımı yeterlidir. Uzmanların ilâmın icrasına katılımı zorunludur; uzman olmaksızın çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmlar yerine getirilemez. Aksi halde, uzmanların ilâmın icrasına katılmaması bir şikâyet sebebi teşkil eder.

İcra dairesi re’sen SHÇEK’ten bir uzmanın görevlendirilmesini talep eder. SHÇEK Genel Müdürlüğü bu konuda yayınladığı genelgesinde buna ilişkin iç düzenlemesini belirlemiştir³³¹. Uygulamada icra dairesinin yetkili olduğu yerdeki aile

³³⁰ Bu amaca hükmün gerekçesinden ve Adalet Bakanlığı genelgesinden ulaşmak mümkündür, bkz. s. 76.

³³¹ SHÇEK Genel Müdürlüğünün 26.08.2003 ve 2003/07 sayılı Genelgesinde, “İllerde İl Müdürlükleri, İlçelerde de İlçe Müdürlükleri tarafından İcra İflâs Kanununun 25/b maddesi gereğince çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasında İcra Müdürü ile birlikte görev yapacak olan sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog ve çocuk gelişimi ve eğitim uzmanı personelin bir listesinin hazırlanması ve İcra Müdürlüklerinden gelen taleplerin bu listeye göre dönüşümlü olarak karşılanması, konunun aciliyeti bakımından görevlendirmelerin İl Müdürlükleri ve İlçelerde İlçe Müdürlükleri tarafından yapılması; Çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasında sosyal hizmet ilkeleri uyarınca tarafların ve özellikle çocuğun yüksek yararına uygun olarak teslimin sevgi ve saygı ortamı içerisinde gerçekleştirilmesinin sağlanması; icra tarihinden önce çocuğun yüksek yararına uygun olarak

mahkemesinde istihdam edilmiş uzman varsa onlar görevlendirilmektedir³³². Ancak aile mahkemesi bulunmayan yerlerde SHÇEK tarafından bir uzmanın görevlendirilmesi, yoksa icra müdürünün belirleyeceği bir eğitimcinin görevlendirilmesi zorunludur.

Uzmanların yol masrafları ve harcadıkları emek ve zamanın karşılığı olarak icra müdürünce makul ve kabul edilebilir bir ücret takdir edilir ve bu ücret icra masrafları kalemlerinden birini oluşturur. 2003 yılında İcra ve İflâs Kanunu'na m. 25/b'nin eklenmesinden sonra icra masraf kalemlerinden artmış oldu; fakat hükmün çocuğun yararını sağlamak ve onun psikolojisini korumak amacı karşısında bu masrafa borçlu veya alacaklının katlanmasını bir ölçüde bu fedakârlığı denkleştirmek olarak görmek gerekir³³³.

D) Uzmanların İlâmların Yerine Getirilmesindeki Amacı ve İşlevi

Uzmanların çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasındaki işlevi, ilâmı yerine getirmekte direnen takip borçlusunun (ana, baba veya üçüncü kişinin) çocuğun psikolojini olumsuz etkileyecek davranışlarda bulunmasını baştan önleyerek veya ortaya çıkmışsa da gidermeye çalışarak çocuğun tesliminin çocuk için, bir travma oluşturmaya mani olmaya çalışmaktır. Bunun için, borçluyu ve alacaklının davranışları nedeniyle borçlu tepkisel davranışlarda bulunuyorsa alacaklıyı, yaptığıının yanlış olduğu konusunda bilgilendirerek,

çocuk ve aile ile görüşülmesinin uygun olacağı hususları” yer almaktadır (<http://www.shcek.gov.tr/userfiles/GenelgeArsivi/HUKUK/200307.htm> (Erişim tarihi 02.06.2010)).

³³² **Doğan Yüksel**, Neşe: “Nereden Çıktı Aile Mahkemesindeki Bu Uzmanlar?”, İBD Aile Hukuku Özel Sayı, Mart 2007, (s. 131-143), s. 142.

³³³ **Pekcanitez-İcra ve İflâs Paneli**, s. 103.

uyararak, telkinlerde bulunarak çocuğu teslim etmeye ikna eder. Böylece çocuk kavgalı, gürültülü ve gerilimli bir ortama maruz kalmadan ilâm yerine getirilmeye çalışılır.

Uzman, ilâmın yerine getirilmesinin sevgi ve saygı ortamında olmasını sağlamak için gereken önlemlerin alınmasını sağlamalıdır. Çocuğu mümkün olduğunca icra ve polis memurlarıyla muhatap etmemeli; ana, baba ve memurlarla görüşerek icra gerçekleştirilirken çocuğa karşı nasıl bir tavır takınacaklarını açıklamalı; ana-babaya kişisel ilişkinin zedelenmemesi ve çocuğun yararının korunması için sorumluluklarını hatırlatmalı; ana, baba veya üçüncü kişi arasında yaşanabilecek gergin ortamdan çocuğu uzak tutmaya çalışmalı ve çocuğu bu ortama psikolojik olarak hazırlamalıdır³³⁴.

Yargıtay’a göre, çocuğun yararına aykırı olduğu gerekçesiyle uzman ilâmın yerine getirilmesine engel olamaz. Bu mahkemece verilmiş bir kararın ortadan kaldırılması anlamına gelir. Somut olayda kişisel ilişki kurulmasına karar verilmiş mahkeme kararı ancak mahkeme kararı ile değiştirilebilir. Bu şekilde ilâmın yerine getirilmemesi yasaya aykırı görülmüştür³³⁵. Yargıtay’a göre uzmanın görevi, “infaz işlemi sırasında yalnızca küçüğe psikolojik yardımda bulunmak” ile sınırlıdır; ilâmın yerine getirilmesini engelleyemez veya erteleyemez.

Ancak olması gereken hukuk bakımından, icra müdürünün öncelikle uzmanın görüşü doğrultusunda çocuk teslimini gerçekleştirmesi gerekir. Uzman kişi,

³³⁴ **Mavi**, s. 274.

³³⁵ 12.HD. 09.06.2009, E.2009/4318, K.2009/12326 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

çocuk tesliminin veya çocukla kişisel ilişki kurulmasının o anda yapılamayacağı kanaatindeyse, icra müdürünün uzmanın görüşünü yazılı hale getirerek icrayı yapmaması gerekir³³⁶. Aksi halde uzman görüşlerine uyulmadığında hiçbir sonucu olmayan bir danışman haline dönüşür³³⁷ ki Yargıtay da bu yönde bir sonuç kabul etmiştir.

İcra ve İflâs Kanunu m. 25/b ile uzmanların katılımı ile çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasının gerçekleştirilmesi hukukumuz açısından büyük, önemli ve faydalı bir adım olmuştur. Ancak çocuğun yararının sağlanmasında kanaatimizce sınırlı kalmaktadır. Çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmlar kısmında da belirttiğimiz gibi bir sistem kurulmalı ve böylece uzmanların ve sonuçta çocuğun yüksek yararının etkinliği sağlanmalıdır. Bunun için, icra dairesi çocuğun teslimine ilişkin ilâmların icrasında mümkün olduğunca ikinci plana itilmelidir. Yine ilgili, ilâmın icrası için, icra dairesine başvurarak süreci başlatmalı ve takibin hukukî şartlarını icra dairesi denetlemeli; fakat fiili olarak çocuğun teslimi, icra dairesince işin havale edildiği ve bu işin uzmanlarından (örneğin sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi) oluşan idarî bir birim veya makam eliyle gerçekleştirilmelidir. Bu birim veya makamın statüsü, çalışma koşulları, ücretleri, yetki ve sorumlulukları da ayrıntılı olarak çizilmelidir³³⁸.

³³⁶ **Pekcanitez**-İcra ve İflas Paneli, s. 127; **Mavi**, s. 276.

³³⁷ **Pekcanitez**-İcra ve İflas Paneli, s. 127; yazar bu düşüncesini panelde kanun değişikliğinin olmasından kısa bir süre sonra belirtmiş ve bu öngörüsünde de haklı çıkmıştır.

³³⁸ Benzer biçimde Aile Mahkemesinin örgütsel yapısının güçlendirilmesi bağlamında, Cılga'ya göre, uzmanlar "Aile Yönelme Birimi" adı altında birimleştirilmelidir, böylece hem mahkemenin yapısı güçlendirilmeli hem de uzmanların mesleki ve bilimsel yönlendirmeleri kararlardaki

E) Uzmanların Hukukî Niteliği

İcra dairelerinde görev alan uzmanların yaptıkları görev bakımından hukukî niteliklerinin ne olduğu konusunda, ne İcra ve İflâs Kanunu m. 25/b’de ne İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği’nde ne de hükmün gerekçesinde bir bilgi bulunmaktadır.

2003 yılından beri aile mahkemelerinde de sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog gibi uzmanlar istihdam edilmektedir. Aile mahkemesindeki uzmanların hukukî niteliği bakımından doktrinde birtakım görüşler ileri sürülmüştür.

Baktır’a göre, aile mahkemelerindeki uzmanlar bilirkişi niteliğindedir³³⁹. Tanrıver’e göre, aile mahkemesindeki uzmanlar, yargı sürecinin işleyişine uzman kimlikleri ile katkı sağlayan, sürekli ve kadrolu bir biçimde görev yapan, daha çok Anglo-Sakson sistemindeki ‘teknik müşavirler’ konumundadır. İşlevsel açıdan bilirkişilerle benzerlik gösterebilirler de, hâkimle olan ilişkileri ve tâbi olacakları usulî rejim itibarıyla onlardan farklılıklar gösterirler³⁴⁰.

Uzmanlar önceden atanmış, taraflarca seçilmesi mümkün olmayan, Devletten maaş alan kişilerdir³⁴¹. Bu nedenle bilirkişi olarak nitelenemezler. Tercan’a göre, aile mahkemesi uzmanları, davanın açıklığa kavuşturulması, ailenin ve çocukların durumu hakkında hâkimin daha iyi bilgi sahibi olmasını ve bunların

etkililik ve verimlilik artırılmalıdır (Cılga, İbrahim: Aile Mahkemelerinde Çalışma Yöntemi, Ankara 2008, s. 104).

³³⁹ **Baktır**, Selma: Aile Mahkemeleri, Ankara 2003, s. 65.

³⁴⁰ **Tanrıver**, Süha: “Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, (s. 947- 953), s. 950; **Tanrıver**, Süha: Aile Mahkemeleri (Panel), Ankara 2003, (s. 22-28), s. 25; **Öztek**, Selçuk: “Aile Mahkemeleri”, Karşılaştırmalı Türk ve Alman Aile Hukuku Sempozyumu, Yasa Hukuk Dergisi, Yıl 27, S.257, (s. 42-52), s. 45.

³⁴¹ **Tercan**, Erdal: “Türk Aile Mahkemeleri”, AÜHFD, C.52, S.3, (s. 19-53), s. 32-33.

durumuna uygun kararlar verilmesini ve verilen kararların, ailenin ve çocuğun durumuna uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak için “hâkime yardımcı personel” olarak nitelenebilir³⁴².

İcra dairesinde çocuk teslimi ve çocuk ile kişisel ilişki kurulmasındaki uzmanların hukukî niteliğine gelince, meslek açısından aile mahkemesindeki uzmanlarla aynı olsa da aile mahkemesindeki uzmanların hukukî niteliği ile benzerlik göstermez. Aile mahkemesindeki uzmanlardan farklı olarak bu uzmanlar icra dairesi tarafından SHÇEK aracılığıyla görevlendirilir ve adliye personeli olarak çalışmazlar. Her bir ilâmlı takibin yerine getirilmesi için ayrı ayrı görevlendirilirler. Ayrıca uzmanın yol masrafları ve harcadıkları emek ve zamanın karşılığı olan ücreti icra masraflarına dâhildir³⁴³ ve kural olarak takip borçlusu tarafından karşılanır. Uzmanlar ilâmın icrası sırasında icra müdürüne yardımcı olurlar. Çocuğun yüksek yararının gereği olarak onun teslimi veya kişisel ilişki kurulmasında çocuğun hassas ruhunda yara açmadan, sağlıklı bir ortamda gerçekleşmesini sağlar. Görevleri ilâmın yerine getirilmesi aşaması ile sınırlıdır.

İcra müdürüne, ilâmın (veya ilâmsız icrada haczin) yerine getirilmesinde yardımcı olan başka görevliler de kolluk kuvvetleri ve kilitli yerleri açmak için kullanılan çilingirlerdir. Bu kişiler icra müdürünün icra sırasında hareket alanını genişletmek maksadıyla kullanılır. Oysa bugün için, uzmanların ilâmın yerine getirilmesi sırasında bulunması yasal bir zorunluluktur ve söz konusu uzmanlardan

³⁴² Tercan, s. 33; Sirmen, L./ Koçhisarhoğlu, C./ Tanrıver, S./ Süral, N./ Tercan, E.: “Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri ve Türkiye’de Aile Mahkemelerinin Kurulmasında Yararlanabilecek Bir Model”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara 2000, (s. 1-32), s. 27.

³⁴³ Adalet Bakanlığı’nın 115 sayılı genelgesi; Doğan Yüksel, s. 143.

biri olmaksızın çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulması ilâmlarının icrasında çocuğun korunması ve yararının gerçekleşmesi mümkün değildir. Uzmanların icra müdürünce görevlendiriliyor olmaları bakımından kolluk kuvvetleri veya çilingire benzese de, önemleri bunlara göre çok daha fazladır.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrasında, görev alan uzmanların yaptıkları faaliyet gereği, âdeta bir aile arabulucusu olarak hareket etmeleri gerektiği söylenebilir. Aile uyuşmazlıklarının, taraflar ve özellikle çocuklar üzerindeki sosyal ve psikolojik etkileri nedeniyle, bu uyuşmazlıklar dostane bir temelde çözülmelidir³⁴⁴. Aile uyuşmazlıklarında, süreklilik gösteren ve birbirine bağımlı ilişkiler bulunur. Bu nedenle de bu ilişkilerin gelecekte de dostane bir temelde sürdürülmesi aile arabuluculuğu ile gerçekleştirilebilir³⁴⁵.

Sonuç olarak, kanaatimizce, uzmanlar, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasında katılımı zorunlu olan ve ilâmın yerine getirilmesinde icra müdürüne yardımcı olan kişilerdir. Yaptıkları görev bakımından da aile arabulucusu niteliğinde oldukları kabul edilebilir.

³⁴⁴ **Özbek**, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2009, s. 651.

³⁴⁵ **Özbek**, s. 659.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZAÎ YAPTIRIMLAR

§7. İCRA VE İFLÂS KANUNU MADDE 341

A) Genel olarak

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların veya ara kararlarının icrasını yerini getirmeyen veya getirilmesine engel olan kişiler İcra ve İflâs Kanunu m. 341 gereği hapisle tazyik edilirler.

İcra ve İflâs Kanunu m. 341 bugüne kadar üç kez değişikliğe uğramıştır; fakat çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların yerine getirilmemesi her zaman cezaî müeyyideye bağlanmış bir icra suçu olmuştur. 341. maddenin ilk hali şöyleydi: “Çocuk teslimi hakkındaki ilâmın icrası sırasında çocuğu gizleyen veya ilâmın icrasından sonra tekrar kaçırarak borçlu ile bu fiillere bilerek iştirak edenler, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, tetkik mercii tarafından bir aya kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılır.” 1985 yılında İcra ve İflâs Kanunu’nda değişiklik yapan 3222 sayılı³⁴⁶ Kanun ile söz konusu maddede ceza bakımından artırılma gidilmiş ve “*bir aydan üç aya kadar hafif hapis cezası*” getirilmiştir.

Daha sonra 2003 yılında 4949 sayılı Kanun³⁴⁷ ile 341.maddede önemli değişiklikler yapılmıştır. “Çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının icrası

³⁴⁶ RG. 15.06.1985, S. 18785.

³⁴⁷ RG. 30.07.2003, S. 25184.

sırasında çocuğu gizleyen ya da ilâmın veya ara kararının icrasından sonra tekrar kaçırın borçlu ile bu fiillere bilerek iştirak edenler, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, tetkik mercii tarafından, *iki aydan altı aya kadar* hafif hapis cezasıyla cezalandırılırlar.” Böylece, artık çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların yanı sıra bu konudaki ara kararlarının yerine getirilmemesi de İcra ve İflâs Kanunu m. 341 kapsamına alınmıştır³⁴⁸. İhtitai tedbir kararlarını yerine getirmemek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 113/A’ya göre cezalandırılıyorken, söz konusu çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ara kararlarına muhalefet etmek artık İcra ve İflâs Kanunu’na göre cezalandırılacaktır³⁴⁹.

Son olarak, 5358 Kanunla³⁵⁰ yapılan değişiklikle İcra ve İflâs Kanunu m. 341 şu şekline almıştır: “Çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başladıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişi tahliye edilir.” Bu 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun aynı tarihte yürürlüğe girmesi sonucu uyum sağlanması amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir. Bu değişiklik ile hafif hapis cezası yerine tazyik hapsi ve alt sınır olmaksızın üst sınır olarak altı ay getirilmiştir³⁵¹.

³⁴⁸ **Özbay**-Çocukla Kişisel İlişki, s. 8; **Özbay**-İİK m.341, s. 324; **Yılmaz**, Ejder: “Dünden Bugüne İcra ve İflâs Kanunumuz”, SÜHFD, C. 11, S. 3-4, Yıl 2003, (s.9-45), s.42.

³⁴⁹ **Özbay**-Çocukla Kişisel İlişki, s. 8; **Özbay**-İİK m.341, s. 325.

³⁵⁰ RG. 01.06.2005, S. 25832.

³⁵¹ **Özbay**-Çocukla Kişisel İlişki, s. 9; **Özbay**-İİK m.341, s. 327.

İcra ve İflâs Kanunu m. 341’de yalnızca çocuk teslimine ilişkin ilâm veya ara kararlarının muhalefetin cezalandırılacağından bahsediliyor olsa da, İcra ve İflâs Kanunu m. 25/a/II’nın yaptığı atıf gereği çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların veya ara kararlarının yerine getirilmemesi de aynı şekilde altı aya kadar tazyik hapsini gerektirir.

B) Korunan hukukî yarar

Çocuk teslimine ilişkin ilâmın yerine getirilmemesi veya engellenmesi suçunda korunan hukukî yarar, mahkeme kararı ile velayetin bırakıldığı ana veya babanın velayetten doğan hak ve yetkileri bizzat kullanmasındaki hukukî yarardır. Ayrıca çocuğun yararları gözetilerek velayetin bırakılmasını düzenleyen bir mahkeme kararının yerine getirilmemesinde kuşkusuz çocuğun yararı da söz konusudur.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmın yerine getirilmesinde ise, kişisel ilişki hakkı sahibinin hukukî yararı söz konusudur. Bu ilâmın yerine getirilmemesi ile kişisel ilişki hakkı sahibinin çocuk ile kişisel ilişki kurmak ile elde edeceği manevi yarar da ihlâl edilmiş olur. Yine kişisel ilişki kurulmasına karar verilmesinde çocuğun yararı gözetilerek bu karar verildiğinden, kişisel ilişkin kurulmaması çocuğun yararını da ihlâl eder.

C) Suçun unsurları

I. Maddi unsur

Suçun maddi unsuru, davranış, netice ve nedensellik bağından oluşur³⁵². İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan suçlar, şekli suç niteliğindedir. Suçların sonucuna göre yapılan ayrıma göre, suçlar maddi suçlar (sonuç suçları) ve şekli suçlar (sırf hareket suçları veya neticesi harekete bitişik suçlar) olarak ikiye ayrılır. Maddi suçlar, bir insan davranışı ve bunun doğal bir sonucundan oluşurken, şekli suçlar, sadece bir hareketten veya ihmalden ibarettir³⁵³. Şekli suçlarda, davranışın yapılmasından sonra bir sonucun doğması, bir başka deyişle, dış dünyada bir değişikliğin meydana gelmesi önemli değildir. Davranışın yapılması ile suç meydana gelmiş olur. Bu suçlarda neticenin olmamasından değil, neticenin hareketin içinde bulunmasından söz edilebilir³⁵⁴. Davranışın gerçekleştirilmesi, maddi unsurun tamamlanmış olması anlamına gelir.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ara kararları veya ilâmların icrası bakımından icra emrini yerine getirmemek veya getirilmesine engel olmak İcra ve İflâs Kanunu m. 341'in maddi unsurunu oluşturur. Bu husus, çocuğu gizlemek, kaçırmak, adreste kasıtlı olarak bulunmamak, çocuğu velayet sahibi alacaklıya teslim etmesine rağmen tekrar kaçırmak gibi biçimlerde ortaya çıkabilir.

³⁵² **Toroslu**, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005, s. 111-124.

³⁵³ **Toroslu**, s. 123.

³⁵⁴ **Karlı**, Abdurrahim: İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2010, s. 224.

Kişisel ilişki kurulduktan sonra kişisel ilişki hakkı sahibinin çocuğu geri teslim etmemesi halinde de İcra ve İflâs Kanunu m. 341'deki suç oluşur³⁵⁵.

Maddi unsur bu şekilde olmakla beraber İcra ve İflâs Kanunu m. 341'e göre suçun oluşabilmesi için, başka tamamlayıcı unsurların da gerçekleşmiş olması gerekir. Biraz sonra sayacağımız unsurlar, kanımızca ceza hukuku bağlamında fiilin ön şartları niteliğindedir. "Fiilin ön şartları" kavramı, bazı suçların varlığı yönünden gerekli olan ve *suç fiilinden önce gelen*, hatta ondan bağımsız olan fiili veya hukukî unsurlardır. Bu unsurlar, *failin davranışından bağımsız* iseler de, kanunun suç olarak öngördüğü fiile yabancı değildir. Bununla beraber, söz konusu unsurlar ilgili oldukları suçların yapısına da dâhildirler. Dolayısıyla ön şartlar, davranışın asli unsurlarıdır. Çünkü bu unsurların olmaması durumunda ceza normunun ihlâl edildiği söylenemez³⁵⁶. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ara kararları veya ilâmların icrası bakımından failin davranışının yanında, bulunması gereken ön şart niteliğindeki unsurları şöyle sıralayabiliriz:

1) Çocuk teslimi bakımından³⁵⁷

o Velayetin bırakılması ve çocuğun teslimine ilişkin bir ara kararının veya mahkemece verilmiş ve kesinleşmiş bir ilâmın bulunması,

³⁵⁵ Doğan, s. 535; Artuç/ Bıkmaz, s. 445; 2.CD. 18.04.2002, E.2001/17091, K.2002/6744 (Çolak, Hasan: İcra-İflâs Suçları ve Yargılama Usulü, Ankara 2005,s.129); 2.CD. 18.04.2002, E.2001/17091, K.2001/6744 (Artuç/ Bıkmaz, s. 454); 8.CD. 12.03.1992, E.1992/12992, K.1992/3296 (Alasu, s. 783).

³⁵⁶ Toroslu, s. 109-110.

³⁵⁷ Artuç/ Bıkmaz, s. 444; Karşı, s. 246.

o Alacaklının- velayet kendine bırakılan kişinin, söz konusu ilâmı veya ara kararını icraya koymuş olması,

o Borçluya ilâma ve kanuna uygun bir icra emrinin düzenlenip gönderilmesi [çocuk teslimine ilişkin ara kararları bakımından icra emri gönderilmez, başvuru üzerine icra dairesince yerine getirilir (HUMK m. 106; HMK m. 393/I)], bunun için, icra emrinde borçlunun yedi gün içerisinde çocuğu teslim etmesi, aksi halde hükmün zorla yerine getirileceği ve ilâmı yerine getirmediği veya ilâmın yerine getirilmesine engel olduğu takdirde İcra ve İflâs Kanunu m. 341’e göre cezalandırılacağı ihtarının yer alması³⁵⁸,

o İcra emrinin borçlunun bizzat kendine tebliğ edilmiş olması (borçlu yerine ilamda adı yazılı olan vekiline icra emri tebliğ edilmiş ise, borçlunun çocuğu teslim etmemesi veya teslimi engellemesi suç sayılmaz),

o İcra emrini tebellüğ etmiş olmasına rağmen takip borçlusunun çocuğu teslim etmemiş olması (ara kararlarında borçlunun davranışları nedeniyle icra dairesinin ara kararını yerine getirememesi),

o Borçlunun çocuğu teslim etmemesinin haklı bir nedene dayanmıyor olması³⁵⁹.

³⁵⁸ “...İİK’nun 341.maddesindeki cezayı gerektireceğine ilişkin açıklamanın yer almadığı ve hukuken geçerli bir icra emrinin tebliğinden söz edilemeyeceği...” 8.CD. 19.04.2000, E.2000/4916, K.2000/6724 (www.hukukturk.com)

³⁵⁹ Örneğin, “... 17 Ağustos 1999 tarihinde Hendek ilçesini de içerisine alan Marmara Bölgesinde birçok kişinin ölmesine ve yaralanmasına neden olan, hayatı tehdit eden deprem olması, sanığın savunmasında adresinden zorunlu olarak ayrıldığını belirtmiş olması, 8.CD. 12.10.2000,

2) Çocukla kişisel ilişki kurulması bakımından³⁶⁰

o Çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin bir ara kararının veya mahkemece verilmiş ve kesinleşmiş bir ilâmın bulunması,

o Alacaklının- çocuk ile kişisel ilişki kuracak kişinin, söz konusu ilâmı veya ara kararını icraya koymuş olması,

o Borçluya ilâma ve kanuna uygun bir icra emrinin düzenlenip gönderilmesi [çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin bir ara kararları bakımından icra emri gönderilmez, başvuru üzerine icra dairesince yerine getirilir (HUMK m. 106; HMK m. 393)], bunun için, icra emrinde hangi gün ve saatte çocuğu kişisel ilişki kurulacağına açık olarak yazılı olması³⁶¹, kişisel ilişki kurulmasına engel olmaması, aksi halde hükmün zorla yerine getirileceği ve ilâmı yerine getirmediği veya ilâmın yerine getirilmesine engel olduğu takdirde İcra ve İflâs Kanunu m. 341'e göre cezalandırılacağı ihtarının yer alması,

o İcra emrinin takip borçlusunun bizzat kendine tebliğ edilmiş olması³⁶²,

E.2000/16230, K.2000/16537 (www.hukukturk.com); Görev zorunluluğu nedeniyle başka ilde olması ve çocuğun bulunduğu yerin icra müdürlüğüne önceden bildirilmiş olması, 8.CD. 26.02.1996, E.1996/17221, K.1996/2456 (**Alasu**, Yılmaz: Hukukumuzda İcra- İflâs Suçları, Ankara 1998, s. 773).

³⁶⁰ **Artuç/ Bıkmaz**, s. 445; **Karlı**, s. 247.

³⁶¹ 17.HD. 28.04.2005, E.2005/11581, K.2005//4457 (**Artuç/ Bıkmaz**, s. 451); 8.CD. 19.11.1997, E.1997/15011, K.1997/15876; 8.CD. 15.05.1996, E.1996/5268. K.1996/7030; 8.CD. 22.02.1994, E.1994/846, K.1994/1617; 8.CD. 07.05.1992, E.1992/ 4321, K.1993/6022 (**Alasu**, s. 772-781).

³⁶² Vekile tebliğ bozmayı gerektirir, 8.CD. 11.02.1994, E.1994/12475, K.1994/1165; 8.CD. 17.03.1992, E.1992/2328, K.1992/3571(**Alasu**, s. 780-783)

o İcra emrini tebellüğ etmiş olmasına rağmen takip borçlusunun çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına engel olması (ara kararlarında borçlunun davranışları nedeniyle icra dairesinin ara kararını yerine getirememesi),

o Borçlunun çocuğu kişisel ilişki için teslim etmemesinin haklı bir nedene dayanmıyor olması³⁶³.

II. Manevi unsur

Ceza hukukunda manevi unsur kast ve taksir olarak ikiye ayrılır. İcra ve İflâs Kanunu m. 341 bakımından ilâmın yerine getirilmemesi veya engellenmesi davranışlarının kasten yapılması gerekir. Çünkü maddede kusursuz sorumluluk hallerine ilişkin bir düzenleme yoktur ve taksire dayalı sorumluluğun da kanunda özel olarak düzenlenmiş olması gerekir. Failin çocuğu teslim etmemek veya kişisel ilişki kurulmasını engellemek yönünde bir kusuru yoksa İcra ve İflâs Kanunu m. 341 gereği suçun oluşması mümkün değildir³⁶⁴.

D) Suçun Süjeleri

İcra ve İflâs Kanunu m. 341'e göre çocuk teslimine ilişkin ilâmın veya ara kararını yerine getirmeyen veya getirilmesine engel olan kişiler bu suçun faili olabilir. Bu durumda ilâm veya ara kararı aleyhine olan, bir başka deyişle velayete

³⁶³ Çocuğa doktor raporu ile ev istirahatı verildiğinin belgelenmiş olması, 8.CD. 26.04.1994, E.1994/3937, K.1994/4549; çocuğun görüşme saatinde okulda derste bulunması, 8.CD. 30.09.1993, E.1993/8359, K.1993/9572; gidilecek tatil yeri noter aracılığıyla önceden bildirilmişse, 8.CD. 14.05.1991, E.1991/4124, K.1991/5378 (Alasu, s. 779-785)

³⁶⁴ Özbay-İİK m.341, s. 331; 8.CD. 24.03.1994, E.1994/274, K.1994/2869 (Kaçak-İlamlı İcra, s. 115-116).

veya velayet kaldırılmışsa vesayete sahip olmayıp çocuğu yanında bulunduran kişi İcra ve İflâs Kanunu m. 25'i ihlâl edebilir. Ayrıca bu fiile iştirak eden kişiler de asıl fail sayılır ve aynı şekilde tazyik hapsi ile cezalandırılır³⁶⁵.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmları veya ara kararını yerine getirmeyen ya da icrasına engel olan kişiler de İcra ve İflâs Kanunu m. 25/a/II'nin yollaması ile İcra ve İflâs Kanunu m. 341 gereği cezalandırılabilirler. Bu durumda fail, kişisel ilişki ilâmı veya ara kararı aleyhine olan kişi olabilir; bir başka deyişle çocuğu yanında bulundurup kişisel ilişki kurulmasına katlanmakla yükümlü kişidir. Ayrıca, çocukla kişisel ilişki kuran kişi, ilâmda veya ara kararında belirtilen zaman dilimi sona erdikten sonra çocuğu geri teslim etmezse, İcra ve İflâs Kanunu m. 341 gereği fail sayılır. Yine, fiile iştirak eden kişiler de asıl fail sayılır ve aynı şekilde tazyik hapsi ile cezalandırılır³⁶⁶.

Hukuk düzeni tarafından menfaati korunan kişiler, bu menfaatleri ihlâl edildiğinde mağdur konumunda olurlar ve şikâyeteye tâbi suçlarda bu kişiler şikâyetçi olabilirler. İcra ve İflâs Kanunu m. 341 ve İcra ve İflâs Kanunu m. 25/a lehine hüküm verilen kişilere şikâyet hakkı tanımıştır. Ayrıca, kişisel ilişki lehine olan kişi kişisel ilişkiye ilişkin zaman dilimi bittikten sonra çocuğu geri teslim etmemesi halinde, esasında ilâm aleyhine olan kişi de şikâyetçi olabilir. Sonuçta çocuk teslimi bakımından velayetin bırakılmasına karar verilmiş ana veya baba; çocukla kişisel ilişki hakkı verilmiş ana veya baba yahut üçüncü kişi şikâyetçi olabilir.

³⁶⁵ Özbay-İİK m.341, s. 327; Karşlı, s. 246.

³⁶⁶ Özbay-İİK m.341, s. 327; Karşlı, s. 246.

E) Suça İlişkin Yargılamanın Özellikleri

Çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmlara muhalefet suçu şikâyetle bağlı bir suç olarak düzenlenmiştir. Failin cezalandırılabilmesinin koşulu, fail hakkında bir şikâyetle bulunulmuş olmasıdır. İlâm veya ara kararı lehine olan kimse, icra mahkemesine şikâyetle bulunur. Şikâyet süresi İcra ve İflâs Kanunu m. 347 gereği fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fiilin işlendiği tarihten bir yıl geçmekle düşer. Konumuz açısından suç konusu fiilin tarihi, çocuğu teslim etmekle veya kişisel ilişki kurulmasına katlanmakla yükümlü kişinin ve varsa iştirak eden kişinin ilâmı veya ara kararını yerine getirmediğinin veya engel olduğunun icra tutanağı ile tespit edildiği tarihtir. Şikâyet süresinin işlemeye başlamasında kanun hükmü failin bilinmesini dikkate almamıştır ki; bu tutum ceza muhakemesi hukukunda, şikâyetin konusunun suç olduğu sanılan belirli bir olay olması³⁶⁷ ile uyumludur.

İcra ve İflâs Kanunu m. 341'deki suçu, yargılamaya görevli mahkeme, icra mahkemesidir; yetkili mahkeme ise, icra takibinin yapıldığı yerdeki icra mahkemesidir (İİK m. 348). Yetki bakımından sanığın nerede bulunduğu bir önemi yoktur³⁶⁸. İcra mahkemesi, İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen suçlara icra ceza mahkemesi sıfatıyla bakar.

Şikâyet yetkili icra mahkemesine dilekçe ile veya sözlü olarak yapılır³⁶⁹.

Şikâyetçi ve sanık taraflarının her ikisi de belirlenen gün ve saatte icra

³⁶⁷ **Toroslu**, Nevzat/ **Feyzioğlu**, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 49.

³⁶⁸ **Artuç**, Mustafa/ **Bıkmaz**, Raif : İcra ve İflâs Suçları ve Yargılama Usulü, Ankara 2005, s. 31.

³⁶⁹ İddianame ile dava açılmaz, 8.CD. 24.04.1996, E.1996/4842, K.1996/6039; 8.CD. 12.03.1992, E.1992/12992, K.1992/3296 (**Alasu**, s. 774-783).

mahkemesinde hazır bulunmaya veya vekil göndermeye mecburdur. Sanık, duruşmaya gelmez ve kolluk kuvvetlerinin zoruyla da getirtilemezse, duruşma yokluğunda yapılarak karar verilebilir. Şikâyetçi mahkeme huzuruna gelmediği veya vekil de göndermediği takdirde ise, şikâyet hakkı düşer (İİK m. 349/VI), bu durumda sanık cezalandırılmaz³⁷⁰.

İcra mahkemesi davanın her iki tarafını dinler ve sundukları delilleri değerlendirir; gerek tarafların gerek tanıkların ifadelerini duruşma tutanağına geçirir (İİK m.350/I). İcra mahkemesinin icra ceza mahkemesi olarak gördüğü davalarda, Cumhuriyet Savcısı bulunmaz (İİK m.350/II).

F) Hüküm ve kanun yolu

İcra mahkemesi, iki tarafın ifadelerini ve bütün delillerini ve iddia ve savunmalarını dinledikten sonra kararını verir. Verilen kararın bir özeti icra mahkemesince Cumhuriyet Savcısına bildirilir (İİK m. 352/I).

İcra mahkemesi gerekli incelemeyi yaptıktan sonra suçun kanunî unsurlarının gerçekleştiğine karar verirse, sanık hakkında altı aya kadar tazyik hapsine karar verir. Tazyik hapsinin İcra ve İflâs Kanunu veya Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda bir tanımına yer verilmemiştir. Fakat disipline hapsine benzer özelliklerinin olduğu kabul edilmektedir. Tazyik hapsi bir kimseyi bir davranışı veya işi yapmaya zorlamak amacıyla verilen yaptırımdır³⁷¹. Tazyik hapsinde amaç, ilâmın veya ara

³⁷⁰ Artuç/ Bıkmaz, s. 448.

³⁷¹ Artuç/ Bıkmaz, s. 27.

kararının gereğinin yerine getirilmesidir³⁷². Tazyik hapsi paraya ve diğer seçenek yaptırımlara (TCK m. 50) çevrilemez³⁷³; ön ödemeye (TCK m. 75) tâbi olmaz; şikâyeteye tâbi suçlarda söz konusu olsa da uzlaşma kapsamına girmez (CMK m. 253); daha önce işlenmiş suçlar için tekerrüre esas alınmaz (TCK m. 58); ertelenemez (TCK m. 51); hakkında takdiri indirim nedeni (TCK m. 62) uygulanmaz; şartla salıverilme hükümleri uygulanmaz (5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 107) ve adlî sicil kayıtlarına geçirilmez³⁷⁴. Tazyik hapsinde kesin süreli bir cezaya hükmolunmaz, belirli bir süreye kadar sanığın hapsen tazyikine karar verilir³⁷⁵. Tazyik hapsi, hangi yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle verilmişse ve söz konusu tazyik hapsinin süresi de henüz dolmamışsa, o yükümlülüğün ifası ile sona erer³⁷⁶.

Mahkeme çeşitli nedenlerle davanın düşmesine karar verebilir. Şikâyetçi şikâyetinden vazgeçerse, çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulması yerine getirilirse (İİK m. 354) davanın düşmesine karar verilir. Bu durumda tüm sonuçlarıyla beraber ceza da düşer. Şikâyetçi veya vekili duruşmaya katılmazsa da davanın düşmesine karar verilir (İİK m. 349/VI). Davanın düşmesi durumunda davanın şikâyet yoluyla yeniden açılması veya yenilenmesi mümkün değildir³⁷⁷. Şikâyetçinin şikâyetinden vazgeçmesi şikâyetinde bulunmasından itibaren mümkündür;

³⁷² Özbay-İİK m.341, s. 327.

³⁷³ "...İİK uyarınca verilen cezaların... para cezasına veya tedbirlere çevrilemeyeceği..." 17.HD. 08.07.2004, E.2004/5880, K.2004/8762 (www.hukukturk.com).

³⁷⁴ Artuç/ Bıkmaz, s. 27; Uyar, Talih: "5358 Sayılı ve 31.5.2005 Tarihli "İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Getirdiği Yenilikler", TBBD Temmuz/Ağustos 2005, S. 59, (s. 314-326), s. 319; Kaçak-Nazif: İcra ve İflâs Suçları, Ankara 2006, s. 267-268.

³⁷⁵ Artuç/ Bıkmaz, s. 27; Kaçak-İcra ve İflâs Suçları, s. 269.

³⁷⁶ Artuç/ Bıkmaz, s. 27.

³⁷⁷ Karşlı, s. 253.

hüküm verilip kesinleştikten sonra dahi şikâyetten vazgeçilebilir³⁷⁸. Mahkeme suçun unsurlarının³⁷⁹ oluşmadığı kanaatindeyse ise, sanığın beraatına karar verir³⁸⁰.

İcra mahkemesinin m. 341'e göre verdiği tazyik ve disiplin hapsine ilişkin kararlara karşı, tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde itiraz edilebilir. Mahkeme itirazı incelemesi için, dosyayı o yerde 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. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir (İİK m. 353³⁸¹). İcra mahkemesinin disiplin ve tazyik hapsi kararlarına karşı temyiz kanun yolu kapalıdır; onun yerine itiraz kanun yolu öngörülmüştür. İcra ve İflâs Kanunu'nda itiraz incelemesinin özelliklerine yer verilmemiştir; bu konuda genel kanun olan Ceza Muhakemeleri Kanunu hükümleri (CMK m. 267-271) uygulanacaktır³⁸².

İcra ve İflâs Kanunu m. 354/II ceza zamanaşımı öngörmüştür. Buna göre, icra mahkemesinin disiplin ve tazyik hapsine ilişkin kararları kesinleştiği tarihten itibaren iki yıl geçtikten sonra yerine getirilemez. Kanun koyucu icra ceza mahkemesi

³⁷⁸ Artuç/ Bıkmaz, s. 448.

³⁷⁹ Bkz. yuk. s. 107-111.

³⁸⁰ Artuç/ Bıkmaz, s. 57.

³⁸¹ İİK m.353'ün birinci fıkrası 31.03.2011 tarihli 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile değişikliğe uğramıştır (14.04.2011 tarihli ve 27905 sayılı RG.).

³⁸² Artuç/ Bıkmaz, s. 58.

kararları bakımından dava zamanaşımı öngörmemiş³⁸³, yalnızca ceza zamanaşımı kabul etmiştir.

§7. TÜRK CEZA KANUNU MADDE 234

A) Genel olarak

Çalışmamızda son olarak, Türk Ceza Kanunu’nun 234. maddesini incelemeyi konuyu tamamlamak açısından yararlı bulduk. İcra ve İflâs Kanunu m. 341’e göre çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların yerine getirilmemesi nedeniyle uygulanan tazyik hapsinin yanı sıra, Türk Ceza Kanunu’nda suç olarak düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkoyulmasının da açıklanması gereklidir. Böylece her ikisi de ceza yaptırımını öngören fakat unsurları, özellikleri ve cezaları farklı olan bu düzenlemeleri karşılaştırma imkânımız olacaktır.

Türk Ceza Kanunu’nun “Topluma Karşı Suçlar”ın yer aldığı üçüncü kısmının sekizinci bölümünde “Aile Düzenine Karşı Suçlar” düzenlenmiştir. Bu bölümde 234. maddede çocuğun kaçırılması ve alıkoyulması suçu yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, “Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dâhil kan hısmının, on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırmayı veya alıkoyması halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis

³⁸³ Artuç/ Bıkmaz, s. 28.

cezasına hükmolunur (f.1). Fiil cebir veya tehdit kullanılarak işlenmiş ya da çocuk henüz on iki yaşını bitirmemiş ise, ceza bir katı oranında artırılır (f.2).”³⁸⁴

Türk Ceza Kanunu m. 234’ün üçüncü fıkrasına göre ise, “Kanunî temsilcinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”. Bu hüküm evi terk eden çocuğu haber vermeksizin yanında tutan kişiyi cezalandırıp konumuzla ilgisi bulunmadığından inceleme dışında tutulmuştur³⁸⁵.

B) Korunan Hukukî Yarar

Bu suçla korunan hukukî yarar, öncelikle veli veya vasinin aile hukukundan doğan velayet ve vesayet hakkının korunmasıdır. Ayrıca küçüğün bizzat kendine karşı korunması da söz konusudur, çünkü on altı yaşından küçüğün rızası fiili suç olmaktan çıkarmamaktadır. Türk Ceza Kanunu m. 234/II’de suçun cebir veya tehditle işlenmesi halinde küçüğün beden bütünlüğü, iç huzuru ve serbestçe karar verme özgürlüğü de korunmaktadır³⁸⁶. Çocuğun velayet veya vesayet hakkı olmayan kişi tarafından kaçırılması veya alıkonulması çocuğun kişisel gelişimini olumsuz

³⁸⁴ TCK m. 234, 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanununun 182. maddesini kısmen karşılamaktadır. Eski 182. maddenin faili olabilecek kişiler daha geniş idi. Ana, baba, vasi, küçüğe bakan ve onu koruyan kimseler dışındaki herkes bu suçun faili olabilmekteydi. Eski m. 182’ye göre kaçırılan çocuğun on iki yaşından büyük on beş yaşından küçük çocuk olması gerekmekteydi. Eski TCK’da fiile küçüğün rızasının bulunmaması durumunda hürriyeti tahdit suçuna ilişkin genel hükümler uygulanıyordu (Nuhoğlu, Ayşe: Aile Düzenine Karşı Suçlar, İstanbul 2009, s. 175; Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2006, s. 584).

³⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Nuhoğlu, s. 190-191; Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer: Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2008, s. 3415.

³⁸⁶ Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2006, s. 508; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 585.

etkiler, bu nedenle çocuğun kişisel gelişiminin dolaylı olarak korunduğu söylenebilir³⁸⁷.

C) Suçun Süjeleri

Türk Ceza Kanunu m. 234'deki suçun faili, velayet yetkisi elinden alınmış olan anne veya baba ya da üçüncü derece dâhil kan hısıımıdır. Bu nedenle özgü suç söz konusudur³⁸⁸. Çocuğun üçüncü derece dâhil kan hısıımlarından kasıt, ana, baba, kaçırılan çocuğun kardeşleri, ana-babanın kardeşleri, büyük ana-büyük babadır³⁸⁹. Ana-baba dışındaki kimselerin kan hısıımı olması gerekir. Kayın hısıımları tarafından çocuk kaçırılır veya alıkoyulursa, genel hüküm olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (m. 109) uygulanır³⁹⁰.

Mağdur ise, henüz on altı yaşını bitirmemiş çocuk ve de onun ana veya babası ya da vasisi yahut kendisine bakmakta ve muhafaza etmekte olan kimsedir³⁹¹. Çocuk on altı yaşını doldurmuşsa, velayet hakkı kendisinden alınmış ana veya baba ya da üçüncü derece dâhil kan hısıımları tarafından rızası ile kaçırılır veya

³⁸⁷ Nuhoğlu, s. 179.

³⁸⁸ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 585; Parlar/ Hatipoğlu, s. 3416.

³⁸⁹ Nuhoğlu'na göre, üçüncü dereceye kadar kan hısıımları çocuğun vasisi ise, suçun faili olamazlar, bu kişiler ancak çocukla vesayet ilişkisine son verilmişse, suçun faili olabilirler (Nuhoğlu, s. 182).

³⁹⁰ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 513; Nuhoğlu, s. 183.

³⁹¹ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 585; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 514; Nuhoğlu'na göre, kaçırılan çocuk suçun mağduru değil, suçun konusudur. Mağdur yalnızca velayet sahibi ana, baba, vasi veya bakım ve gözetim yetkisine sahip kişi olabilir. Çocuğun mağdur olmadığı, çocuğun rızasının suçta hukuka uygunluk sebebi olmaması ile de bağdaşır (Nuhoğlu, s. 183).

alı koyulursa fiil suç teşkil etmez. Bu durumda rıza, suçun on altı yaşından küçüğe karşı işlenmiş olması halinin aksine, fiili hukuka uygun hale getirir³⁹².

Kaçırılan veya alı koyulan çocuğun yaşı bakımından on altı öngörölmüş olmasının temelinde uluslararası metinlere uygun olması amacının yattığı söylenebilir. Gerçekten 25.10.1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme ve bu uluslararası sözleşmeye dayanılarak çıkarılmış olan Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yön ve Kapsamına Dair Kanuna göre, çocuk henüz on altı yaşını tamamlamış kişidir³⁹³.

³⁹² Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 514.

³⁹³ Nuhoğlu, s. 184.

D) Suçun unsurları

I. Maddi Unsur

Türk Ceza Kanunu m. 234'e göre çocuğun kaçırılması ve alıkoyulması suçunun maddi unsuru, on altı yaşını bitirmemiş küçüğün cebir veya tehdit kullanılmaksızın kaçırılması veya alıkoyulmasıdır. Görüldüğü gibi, bu madde kapsamında iki hareket seçimlik olarak belirtilmiştir, dolayısıyla seçimlik hareketli bir suç söz konusudur. Aynı zamanda kaçırma ve alıkoyma hareketlerinin niteliği gereği Türk Ceza Kanunu m. 234 kesintisiz bir suçtur³⁹⁴.

“Kaçırma”, mağdurun, veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunduğu kimsenin hukuk alanından alınarak kaçırmanın hukuk alanına sokulması ve bu suretle söz konusu kimselerin küçük üzerindeki haklarının kaçırın lehine yok edilmesi biçiminde tanımlanabilir³⁹⁵. Kaçırma fiili, mutlaka bir yer değişikliğini gerektirir ve bu yer değişikliği belirli bir zaman devam etmelidir. Failin mağduru götürdüğü yer, kendi nüfuz ve hâkimiyet alanı olabilecek nitelikte bulunmalıdır³⁹⁶. Ancak bunun için, failin mağduru düşündüğü yere kadar götürebilmiş olması aranmaz³⁹⁷.

“Alıkoyma” failin emniyet (tasarruf) alanına rızasıyla giren mağdurun, onun tarafından tutulmasıdır. Kaçırma ve alıkoymanın birbirinden farkı, kaçırmada failin mağduru kendi nüfuz ve etki alanına nakletmesi, alıkoymada ise, failin emniyet alanına kendi iradesi ile giren mağdurun bu egemenlik alanı içinde tutulmasıdır. Türk

³⁹⁴ Nuhoglu, s. 185.

³⁹⁵ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 509.

³⁹⁶ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 510.

³⁹⁷ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 585.

Ceza Kanunu m. 234 anlamında alıkoyma, küçüğün veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunduğu kimsenin rızasıyla failin etki alanına girmesi, ancak daha sonra failin bu rızanın kapsamına aykırı olarak küçüğü kendi nüfuz ve hâkimiyet alanında tutmaya devam etmesidir³⁹⁸. Bu konuda tipik bir örnek, kişisel ilişki kurmak amacıyla çocuğu yanına alan ana veya babanın ziyaret hakkı bitiminde çocuğu velayete sahip olan kimseye geri teslim etmemesidir³⁹⁹. Mağdurun tutulduğu yerin açık veya kapalı bir yer olması önem taşımaz, ama buranın mağdur üzerinde egemenlik kurabileceği bir yer olması gerekir⁴⁰⁰.

Kaçırma veya alıkoymanın cebir veya tehdit kullanılmadan gerçekleştirilmiş olması gerekir⁴⁰¹. Çocuk üzerinde cebir ve tehdit kullanılarak fiil işlenmişse, Türk Ceza Kanunu m. 234/II gereği ceza bir katı kadar artırılır.

II. Manevi Unsur

Suçun manevi unsuru, genel kasttır. Failin belirli bir amaçla hareket etmiş olmasının önemi yoktur⁴⁰². Kast, failin kaçırdığı veya alıkoyduğu çocuğun on altı yaşından küçük olduğunu bilmesi ve kaçırmayı veya alıkoymayı istemesidir. On altı yaşından küçük her çocuğun velayet veya vesayet altında olduğu kanunen muhakkak

³⁹⁸ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 511; “İsviçre Federal Mahkemesi kavramın hukuken vermek zorunda olmasına rağmen vermemek anlamına geldiğini kabul etmektedir” (Nuhoglu, s. 188, dn. 41).

³⁹⁹ Nuhoglu, s. 188.

⁴⁰⁰ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 586.

⁴⁰¹ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 512.

⁴⁰² Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 514; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 587.

olduğundan, failin çocuğun ayrıca velayet hakkı sahibinin kim olduğunu bilmesine gerek yoktur⁴⁰³.

E) Cezayı Ağırlaştırıcı Haller

Türk Ceza Kanunu m. 234/II’de iki tane ağırlaştırıcı sebep öngörülmüştür. Buna göre “Fiil *cebiri* veya *tehdit* kullanılarak işlenmiş ya da çocuk henüz *on iki yaşını bitirmemiş* ise ceza bir katı oranında artırılır.”

Cebir, mağdur üzerinde fiziki güç kullanılmasıdır. Bu şekilde mağdurun fiile mukavemetleri kırılmaktadır. Tehdit ise, bir kimseye ve bağlılık duyduğu kimselere zarar verecek haksız birtakım sözler veya davranışlardır. Tehdit ile bireyin serbest karar alabilme ya da aldığı kararlar doğrultusunda serbestçe hareket edebilme özgürlüğü, gelecekte yapılacak haksız nitelikteki bir fenalık bildirilerek engellenir⁴⁰⁴.

Cebir veya tehdit, kaçırma ve alıkoymayı işlemek maksadıyla kullanılmış olmalıdır. Suç işlendikten sonra, küçük ya da velayete veya vesayete sahip kimseler üzerinde cebir veya tehdit uygulanması ayrı suç (TCK m. 106-108) teşkil eder. Çocuğun kaçırılması veya alıkoymasını sağlamak için, cebir veya tehdit çocuk üzerinde kullanılabileceği gibi, veli, vasi veya bakım ve gözetim yetkisine sahip kimseler üzerinde de icra edilebilir⁴⁰⁵.

⁴⁰³ Nuhoğlu, s. 193.

⁴⁰⁴ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 512.

⁴⁰⁵ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 513; Nuhoğlu, s. 202.

Diğer bir ağırlaştırıcı sebep de, kaçırılmak veya alıkoyulmak istenen çocuğun on iki yaşını doldurmamış olmasıdır. Bu durumda da ceza bir katı kadar artırılır (TCK m. 234/II). Bu durumun ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edilmesinin sebebi, suçun işlenmesindeki kolaylık ve on iki yaşından küçük çocuğun kendini savunma imkânının sınırlı olması hatta çok daha küçükse hiç olmamasıdır⁴⁰⁶.

F) Kovuşturma, Hüküm ve Zamanaşımı

Çocuğun kaçırılması ve alıkoyulması suçu re'sen kovuşturulur, şikâyeteye bağlı değildir.

Türk Ceza Kanunu m. 234/I'e göre suçun faili, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası, m. 234/II'ye göre ağırlaştırıcı sebepler mevcutsa ceza bir katı oranında artırılarak altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Öngörülen ceza dikkate alındığında, diğer koşullar da varsa, kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK m. 171), hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m. 231), para cezası veya diğer seçenek yaptırımlara çevrilme ve hapis cezasının ertelenmesi (TCK m. 50) uygulanabilecektir⁴⁰⁷.

Söz konusu suç bakımından dava zamanaşımı Türk Ceza Kanunu m. 66/I,e gereği sekiz yıldır. Yargılama sonucunda cezaya hükmedilmişse, ceza zamanaşımı Türk Ceza Kanunu m. 68/I,e gereği on yıldır.

⁴⁰⁶ Nuhoğlu, s. 202.

⁴⁰⁷ Nuhoğlu, s. 204.

§8. İİK 341. ve TCK 234. Maddelerinin Karşılaştırılması

A) Genel Olarak İİK 341. Madde ile TCK 234. Madde Arasındaki Farklar

İcra ve İflâs Kanunu m. 341 ve Türk Ceza Kanunu m. 234 arasında korunan hukukî yarar bakımından benzerlikler bulunsa da, aralarında önemli farklılıklar mevcuttur. Bunları şu şekilde sıralamak mümkündür:

Her iki maddenin faili olabilecek kişiler birbirinden farklıdır. İcra ve İflâs Kanunu m. 341'e göre fail konumunda olabilecek kişiler çocuk teslimine veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâm hükmü aleyhine bulunan ve bu ilâmın yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişilerdir. Bunlar da çocuk teslimine ilişkin ilâm bakımından velayete veya velayet kaldırılmışsa vesayete sahip olmayıp çocuğu yanında bulunduran kişidir. Çocukla kişisel ilişki kurulması bakımından ise, kişisel ilişki ilâmı aleyhine olan kişi fail olabilir; bir başka deyişle çocuğu yanında bulundurup kişisel ilişki kurulmasına katlanmakla yükümlü kişidir. Yine çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir niteliğinde ara kararlarının yerine getirmeyen kişi de suçun failidir. Türk Ceza Kanunu m. 234 bakımından fail ise, velayet veya vesayet kendine ait olmayan ana, baba veya üçüncü dereceye kadar kan hısımlı olabilir. Bu kimseler tarafından çocuk, velayetin verildiği kimselerin yanından kaçırılmaktadır⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 507.

Suçun maddi unsuru bakımından da her iki madde farklılık göstermektedir. İcra ve İflâs Kanunu m. 341’de öngörülen icra suçunun maddi unsuru, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ara kararları veya ilâmların icrasında icra emrini veya ara kararını yerine getirmemek veya getirilmesine engel olmaktır. Bu husus, çocuğu gizlemek, kaçırmak, adreste kasıtlı olarak bulunmamak, çocuğu velayet sahibi alacaklıya teslim etmesine rağmen tekrar kaçırmak gibi şekillerde ortaya çıkabilir. Kişisel ilişki kurulduktan sonra kişisel ilişki hakkı sahibinin çocuğu geri teslim etmemesi halinde de İcra ve İflâs Kanunu m. 341’deki suç oluşur⁴⁰⁹. Türk Ceza Kanunu m. 234’e göre çocuğun kaçırılması ve alıkoyulması suçunun maddi unsuru ise, on altı yaşını bitirmemiş küçüğün cebir veya tehdit kullanılmaksızın kaçırılması veya alıkoyulmasıdır.

İcra ve İflâs Kanunu m. 341’de teslime veya kişisel kurulmasında çocuktan maksat, on sekiz yaşını doldurmamış kişidir. Oysa Türk Ceza Kanunu m. 234’e kaçırma veya alıkoymanın suç sayılabilmesi için, çocuğun on altı yaşını doldurmamış olması gerekir, on sekiz yaşından küçük ve fakat on altı yaşını doldurmuş çocuğun kaçırılması veya alıkoyulması bu suçu değil, Türk Ceza Kanunu m. 109’daki kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunu oluşturur. Bununla beraber, çocuğun on iki yaşını doldurmamış olması ise, ağırlaştırıcı bir neden teşkil eder.

İcra ve İflâs Kanunu m. 341 şikâyete bağlı bir suçken, Türk Ceza Kanunu m. 234 re’sen kovuşturulur. Ayrıca İcra ve İflâs Kanunu bağlamında şikâyet doğrudan doğruya icra mahkemesine yapılır, Cumhuriyet Savcılığının bir katılımı yoktur.

⁴⁰⁹ Bkz. yuk. s. 107-108.

Söz konusu maddeler arasındaki son fark, verilecek cezanın niteliği ve süresi bakımındandır. İcra ve İflâs Kanunu m. 341'e göre, faile altı aya kadar tazyik hapsi uygulanır, ilâm hükmü yerine getirildiğinde sanık tahliye edilir. Türk Ceza Kanunu m. 234/I'de ise, fail, üç aydan bir yıla kadar, ağırlaştırıcı sebepler mevcutsa altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kısaca İcra ve İflâs Kanunu m. 341'de tazyik hapsi, Türk Ceza Kanunu m. 234'te kısa süreli hapis cezası söz konusudur⁴¹⁰.

B) İİK m.341 ile TCK m.234 Aynı Fiille Aynı Anda İhlal Edilmesi Sorunu

İcra ve İflâs Kanunu m. 341 ve Türk Ceza Kanunu m. 234'ün farklılıkları yanında, maddi unsur bakımından kesiştikleri bir alan da söz konusu olabilir, bir başka deyişle, fail her iki hükmü de ihlâl etmiş olabilir. Örneğin, boşanma davası sonunda velayet kendine bırakılmamış baba, kendi yanında bulunan on dört yaşındaki çocuğu, velayet kendisine bırakılmış ana ilâmlı icra takibi ile çocuğun teslimini talep etmiş olmasına rağmen çocuğu anaya teslim etmiyor (İİK m. 341) ve çocuğu kendisi veya bıraktığı babaannesinin yanından ayrılmasına izin vermeyerek alıkoyuyorsa (TCK m. 234) her iki hüküm de ihlâl edilmiş olur. İşte böyle bir durumda hangi hüküm gereği faile hangi cezanın verilecektir? Doktrinde bu soruya iki türlü cevap verilmiştir.

⁴¹⁰ Diğer farklar için, bkz. s. 114-115.

Bir görüşe göre, İcra ve İflâs Kanunu m. 341, Türk Ceza Kanunu m. 234'e nazaran özel bir kanun hükmüdür ve İcra ve İflâs Kanunu m. 341 uygulanır⁴¹¹. Ancak, kanımızca, İcra ve İflâs Kanunu'nun Türk Ceza Kanunu'na göre özel hüküm olduğu kabul edilip yalnızca İcra ve İflâs Kanunu m. 341'e göre faile ceza verilmiş olsa bile, Türk Ceza Kanunu m. 234 anlamındaki fiilin suç niteliğinin ortadan kalkması mümkün değildir. Bu durumda da faile hem Türk Ceza Kanunu m. 234 hem İcra ve İflâs Kanunu m. 341'den ceza verilmesi, bir kimsenin bir fiilden dolayı bir ceza alabileceğine ilişkin genel hukuk ilkesinin ihlâli anlamına gelir. Bu nedenle ilk görüşe katılmak mümkün değildir.

Diğer bir görüşe göre, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki suç, idarî bir suç veya kabahat niteliğindedir. Kabahatler Kanunu m. 15/III uyarınca sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanır, çünkü bu hükme göre, bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmışsa, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir, suçtan dolayı yaptırım uygulanamıyorsa kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır⁴¹².

Kanımızca, fail aynı fiili ile hem İcra ve İflas Kanunu'nu hem de Türk Ceza Kanunu'nu ihlâl ederse, her iki kanuna göre de, yaptırım uygulanması bir kimsenin bir fiilden dolayı bir ceza alması ilkesine aykırılık teşkil eder. Bu nedenle, Nuhoğlu'nun görüşüne katılmaktayız.

Bu durumda fikri içtima kuralının uygulanıp uygulanamayacağına bakmak gerekir. Türk Ceza Kanunu m. 44'e göre fikri içtima gereği, "İşlediği *bir fiil* ile

⁴¹¹ Parlar/ Hatipoğlu, s. 3418.

⁴¹² Nuhoğlu, s. 207.

birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan *en ağır cezayı gerektiren suçtan* dolayı cezalandırılır”. Fikri içtima, tek bir fiile ile tek bir icra hareketi ile ceza kanununun aynı anda birden çok hükmünün ihlâl edilmesi, dolayısıyla birden çok suç işlenmesi, ancak bunlardan sadece en ağır olandan ceza verilmesi olarak tanımlanabilir⁴¹³. Fikri içtimadan söz edebilmek için, fiilin tek olması ve bu fiil ile kanunda tanımlanan birden fazla suçun işlenmesi gerekir⁴¹⁴. Buna göre, fikri içtima yalnızca Türk Ceza Kanunu içerisinde yer alan suçlar bakımından uygulanır. Bu yüzden İcra ve İflas Kanunu ile Türk Ceza Kanunu arasında fikri içtima uygulanması mümkün değildir.

Ayrıca failin Türk Ceza Kanunu m. 234 sonucu ceza alıp hapse girmesi ile çocuk kolluk kuvvet aracılığıyla velayeti veya vesayeti altında bulunduğu kişiye teslim edildiğinde, ilâm hükmü yerine gelmiş ve İcra ve İflâs Kanunu m. 341’in ulaşmak istediği amaç da gerçekleşmiş olacaktır.

Türk Ceza Kanunu m.234 gereği faile ceza verilmesi mümkün olmadığı takdirde, İcra ve İflas Kanunu gereğince faile ceza verilebilir. Bir başka deyişle, Ceza Muhakemeleri Kanunu m. 223’e göre, sanık hakkında, isnat edilen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması veya işlendiğinin sabit olmaması nedeniyle beraat kararı yahut akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi halinde, İcra ve İflâs Kanunu m. 341’e göre tazyik hapsi uygulanarak ilâmın yerine getirilmesi yine sağlanabilir.

⁴¹³ **Hafızoğulları**, Zeki: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 359; daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Artuk**, Mehmet Emin/ **Gökçen**, Ahmet/ **Yenidünya**, A. Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2006, s. 817-837.

⁴¹⁴ **Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006,s. 491.

SONUÇ

Giriş bölümünde de belirttiğimiz gibi, bu çalışmanın konusunun daha önce incelenmemiş olması nedeniyle üzerinde durduğumuz özellikli sonuçlar şunlar olmuştur:

Çocuğun yararı kavramının, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasında gözetilmesi gereken öncelikli husus olduğu kanaatindeyiz. Çocuğun yararı, somut bir durumda çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal, ahlaki, ekonomik ve hukukî bakımlardan sağlıklı, dengeli ve özgür biçimde gelişmesidir. Çocuk bakımından yetişmesi için, en sağlıklı ortam olan tam ailenin bozulmasının üzerine bir de çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrası sırasında çocuğun yararına aykırı uygulamalar yapılmamalıdır. Örneğin çocuğun teslimi yahut kişisel ilişkinin kurulması sırasında bir taşınır eşya misali zorla bulunduğu yerden alınıp alacaklıya verilmesi kabul edilemez, söz konusu olan bir insan ve hatta daha çok korunması da gerekli olan bir çocuktur.

Esasında çocuğun yararının gerçek anlamıyla sağlanması isteniyorsa, kanaatimizce, bunun için en ideal yol, çocuk tesliminde ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların yerine getirilmesinde icra dairesi tamamen devreden çıkarılmasıdır. Çünkü cebri icraya ilişkin takiplerin konusu çocuk olan bir ilâmı yerine getirmeye elverişli olmamakta, icra faaliyeti sırasında yaşanan olumsuz olayların çocukların psikolojik ve duygusal sağlıklarına zarar vermekte ve yapılan

takipler ve zorlama yollarının da ilâmın yerine getirilmesinde yetersiz ve işlevsiz kalmaktadır.

Bugün için, konumuz açısından İcra ve İflas Kanunu'ndaki düzenlemeler mevcutken, bu yolun iyileştirilmesi de düşünülmelidir. Buna göre, İcra ve İflâs Kanunu m. 25 ve m. 25/a'nın düzenlenmesi bakımından biraz eskide kalmış olan bir anlayışın değiştirilmesi ve "ilâm hükmü zorla yerine getirilir" ifadesinin çocuk bakımından değil, ilâm hükmünü yerine getirmeyen bakımından uygulanacağını açıkça vurgulanması gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca İcra ve İflâs Kanunu m. 25/b ile çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasında sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın bulundurulması zorunluluğu da çocuğun yararına en üst seviyede hizmet edecek biçimde olmalıdır. Bunun için, uzmanların hazır bulundurulması ile onların ilâmın yerine getirilmesinin bir parçası olması yanında etkin bir biçimde çocuğun bu icra sürecinde az etkilenmesini sağlamalıdır. Bu yüzden uzmanın bu esnada yapması gerekenlere işaret edecek düzenlemeler yapılmalı ve en önemlisi uzmanlardan oluşan bir birim oluşturularak bu konuda daha da uzmanlaşmaları sağlanmalıdır. Bu birimin oluşturulması Adalet Bakanlığı ile Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından beraber geliştirilebilir. İlâmın icrası için, ilgili, icra dairesine başvurarak süreci başlatmalı ve takibin hukukî şartlarını icra dairesi denetlemeli; fakat fiili olarak çocuğun teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulması icra dairesince işin havale edildiği bu idarî birim eliyle gerçekleştirilmelidir. Bu birimin statüsü, çalışma koşulları, ücretleri, yetki ve sorumlulukları da ayrıntılı olarak yönetmelikle çizilmelidir.

ÖZET

Çocuk on sekiz yaşından küçük olup henüz erginliğini kazanmamış olan kişidir. Medeni Hukuk bakımından çocuk, sağ ve tam doğduğu andan itibaren ergin olduğu ana kadar ki devrede bulunan gerçek kişidir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin (BMÇHS) 1. maddesi de çocuğu benzer biçimde “Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.” BMÇHS tarafı bulunduğumuz ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiş, dolayısıyla hükümlerini yerine getirmekle ve iç hukukumuzu sözleşmeyle uyumlu hale getirmekle yükümlü olduğumuz uluslararası bir sözleşmedir.

BMÇHS m. 3’e göre, çocuğun yararının her durumda öncelikli olduğu vurgulanmıştır, “Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idarî makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde *çocuğun yararı* temel düşüncedir”. Çocuk Haklarının Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’nin 6. maddesine göre ise, “Çocuğu etkileyen kovuşturmalarda adlî makam, karar vermeden önce: a) elinde bulunan bilgilerin *çocuğun yüksek yararı* doğrultusunda bir karar verilebilmesi için, yeterli olup olmadığını gözden geçirmelidir. Çocuğun yararı, somut bir durumda çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal, ahlaki, ekonomik ve hukukî bakımlardan sağlıklı, dengeli ve özgür biçimde gelişmesidir.

İcra ve İflâs Kanunu m. 25/I’e göre, “Çocuk teslimine dair olan ilâm icra dairesine verilince icra müdürü 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği

sureti ile borçluya yedi gün içinde çocuğun teslimini emreder. Borçlu bu emri tutmazsa çocuk nerede bulunursa bulunsun ilâm hükmü zorla icra olunur.”

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmlar aile hukukunu ilgilendiren ilâmlardır. Bu nedenle icra edilebilmeleri için kesinleşmeleri zorunludur. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmlar aile hukukuna ilişkin ilâmlar olduklarından zamanaşımına uğramaları mümkün değildir. Bununla beraber, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların hükmü çocuk ergin oluncaya kadar devam eder. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmlar da İcra ve İflâs Kanunu m. 34’te belirtildiği gibi Türkiye’deki herhangi bir icra dairesinde takibe konu edilebilir.

Çocuk teslimine ilişkin ilâmların maddi hukuk boyutunu velayetin tevdiini düzenleyen ilâmlar oluşturur. Velayet; ana ve/veya babanın, ergin olmayan çocuklarına veya kısıtlanmış ergin çocuklarının kişi varlığına, malvarlığına ve bu iki husus hakkında onların temsiline ilişkin sahip oldukları hakların ve yükümlülüklerin bütününe denir. Velayete sahip kişiler ana ve/veya baba yahut evlat edinen kişi olabilir. Bunların dışında çocuğun bir hısıminin veya başka bir kişinin velayete sahip olması mümkün değildir. Evliliğin devamı süresince ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar (TMK m. 336/I). Evlilik ölüm ile sona ererse, velayet hayatta kalan eşe ait olur (TMK m. 336/III). Boşanma, ayrılık, evliliğin butlanı veya ortak hayatın tatili hallerinde velayet mahkeme kararı ile kendine bırakılmasına karar verilen kişiye ait olur (TMK m. 336/II, III). Gaiplikte ise, velayet gaip olmayan eşte kalır (TMK m. 35/I). Evlat edinen kimse çocuğun velayetine de sahip olur (TMK m. 314/I). Ana-baba evli değilse, velayet yalnız anaya aittir (TMK m. 337/I).

Alacaklı çocuk teslimine ilişkin eda hükmü içeren ilâmı icra dairesine vererek takip talebinde bulunur ve ilâmlı icra takibi süreci başlar. Takip talebinin bir ilâma dayanıp dayanmadığını inceledikten sonra icra müdürü bir icra emri düzenleyerek borçluya göndermek zorundadır. İcra emrinde yazılı olması gereken hususlar İcra ve İflâs Kanunu m. 24, m. 25, İİK m. 24’te sayılmak suretiyle gösterilmiştir. Borçlu icra emrinin kendine tebliğinden itibaren yedi gün içinde çocuğu teslim etmezse, ilâm hükmü çocuk nerede olursa olsun zorla yerine getirilir. Ancak icra müdürünün zor kullanma yetkisi kesinlikle çocuk üzerinde gerçekleştirilemez, yalnızca borçlu veya üçüncü kişi üzerinde kullanılabilir ki bunun da ölçülülük ilkesi çerçevesinde olması gereklidir. İcra ve İflâs Kanunu m. 25/II gereği, çocuk icra dairesi tarafından alacaklıya teslim edildikten sonra, borçlu haklı bir sebep olmaksızın çocuğu tekrar alırsa, ayrıca bir mahkeme hükmüne gerek kalmaksızın icra müdürü, çocuğu borçludan alarak alacaklıya teslim eder.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrası ise, İcra ve İflâs Kanunu m. 25/a’da düzenlenmiştir. Buna göre, “Çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilâm hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra müdürü, küçüğün ilâm hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla şahsi münasebette bulunmasına mâni olunmamasını; aksi halde ilâm hükmünün zorla yerine getirileceğini borçluya 24’üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ eder. Bu emirde ilâm hükmüne aykırı hareketin 341 inci maddedeki cezayı müstelzim olduğu da yazılır.

Borçlu bu emri tutmazsa ilâm hükmü zorla yerine getirilir. Borçlu alacaklının şikâyeti üzerine ayrıca 341 inci maddeye göre cezalandırılır.”

Kişisel ilişki, velayete sahip olmayan veya kendine verilmeyen ana, baba yahut üçüncü kişiler ile çocuğa belirli gün veya saatlerde görüşme, birbirlerinden haberdar olma, birbirlerinin yaşamında olma yetkisi veren, aralarında sevgi bağı kurma ve bu bağı devam ettirmeye yönelik bir haktır. Kişisel ilişkinin kurulması ana, baba veya üçüncü kişinin çocukla yüz yüze görüşmesi biçiminde olabileceği gibi, e-posta, mektup, telefon, internet yoluyla haberleşme, görüşme ve bilgi edinme şeklinde de olabilir. Türk Medeni Kanunu m. 323'e göre, ana ve babanın çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı olduğu gibi, Türk Medeni Kanunu m. 325 gereği de olağanüstü durumlar mevcut ve çocuğun yararı gerektiriyorsa, üçüncü kişiler de çocukla kişisel ilişki kurabilirler.

Çocuk teslimi ve çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrası sırasında icra müdürü ile beraber Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulundurulması zorunludur (İİK m. 25/b). Burada amaç, çocuk tesliminde veya çocuk ile kişisel ilişki kurulmasında güçlük çıkarılması halinde, bu uzmanın telkinleri ve yapıcı tavırları ile borçluya zor kullanmaya gerek kalmadan ve çocuğun en az zarar görececek biçimde teslimini veya kişisel ilişkinin yerine getirilmesini sağlamaktır.

Olması gereken hukuk açısından, çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasında çocuğun yararına hizmet eden bir çözüm yolu gereklidir. Bunun için, çocuğun teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin

ilâmların icrasında mümkün olduğunca icra dairesi ikinci plana itilmelidir. Yine ilgili, ilâmın icrası için, icra dairesine başvurarak süreci başlatmalı ve takibin hukukî şartlarını icra dairesi denetlemeli; fakat fiili olarak çocuğun teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulması icra dairesince işin havale edildiği ve bu işin uzmanlarından (sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi) oluşan idarî bir birim veya makam eliyle gerçekleştirilmelidir. Bu birim veya makamın statüsü, çalışma koşulları, ücretleri, yetki ve sorumlulukları da ayrıntılı olarak kanunla verilecek yetkiyle Adalet Bakanlığı tarafından çizilmelidir.

ABSTRACT

Juvenile is a person who is smaller than eighteen years old but is not a pubescent. According to Civil Law, juvenile is a natural person within the lifetime period of between full and healthy birth and puberty. Also United Nations Convention on the Rights of the Child describes “juvenile” as similar, according to first article of the said Convention: “For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier.” Our country is a contracting party of United Nations Convention on the Rights of the Child and this convention became a part of our domestic law. Hence the terms of the Convention have to be fulfilled and we must bring Turkish domestic law into conformity with United Nations Convention on the Rights of the Child.

Article 3 of United Nations Convention on the Rights of the Child emphasizes that in all actions the interests of the child are primary, “In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.” Besides, according to Article 6 of European Convention on Exercising the Rights of Children, in proceedings affecting a child, the judicial authority, before taking a decision, shall consider whether it has sufficient information at its disposal in order to take a decision in the best interests of the child. The best interest of the child is in a concrete case healthy, well-balanced and free development of the child in the way of physical, mental, emotional, social, moral, economical and juridical.

Court judgements about delivery of juvenile concern family law. Hence the said judgements have to be a definitive judgement to enforce. Further these judgements are not time barred, because they belong to family law. Therewith impression of judgements about delivery of juvenile and personal relationship with child continue until juvenile becomes a pubescent. Judgements about delivery of juvenile and personal relationship with child can be carried into execution in whichever execution office in Turkey by force of Article 34 of Enforcement and Bankruptcy Law.

Substantive law aspect of court judgements about delivery of juvenile is judgements about embodying guardianship of child. Guardianship is entireness of rights and obligations that parents have on their minor or not interdicted grown children about children's immaterial rights, wealth and representation of these both. People that can have guardianship of a child are mother and/or father or adopter. Except these people no one like a relative can have parental rights. During continuing of a marriage, both of parents exercise parental rights. If marriage ends with death, the parent who is alive has parental rights of child. If marriage ends with a court judgement because of divorce, judicial separation, annulment of marriage, the person who is entrusted with the guardianship of child has parental rights. Also adopters if any can possess the parental rights. If mother and father are not married with each other, only mother has guardianship and parental rights of child.

Creditor makes a request to issue enforcement proceedings to governing execution office and then process of enforcement proceedings begin. Bailiff should send preparing a execution order, after bailiff himself check through that creditor's

request is based on whether an award or not. If debtor do not deliver the child to creditor in seven days since date of notification, articles of said award is enforced wherever the child. However the bailiff could not exercise his right to use force absolutely over the child, could only exercise over debtor or third party, so this has to be within the frame of principle of proportionality. According to Article 25 second paragraph, if debtor retakes the child without a valid reason after child is delivered to the creditor by bailiff, bailiff redelivers the child from debtor to the creditor without the need to another award.

Enforcement proceedings of awards on personal relationship with child are embodied in Article 25/a in Enforcement and Bankruptcy Law. “Thereupon application about fulfilling the award of relating personal relationship with child, the bailiff notify to debtor with a execution order as like Article 24 that not to prevent to relate personal relationship within the award between child and creditor, otherwise the conclusion of award will be enforced. In this order, also act against the award will be punished according to Article 341 is written. If debtor does not follow the execution order, the conclusion of award will be enforced. Debtor is punished according to Article 341 upon the claim of creditor.

Personal relationship is a right that aimed at dialoguing on definite day and time, being informed about each other, having emotional bond and continuing this bond between mother or father not have guardianship or third party and the child. Making a personal relationship can talking face to face between child and mother or father or third party, else having intercommunication, dialogue, information via e-mail, telephone, letter or internet. Mother and father have the right to demand to

embodying personal relationship with child (Turkish Civil Code Article 323), and also third party has this right only if exceptional circumstances have occurred and best interests of child require this relationship (Turkish Civil Code Article 325).

According to Enforcement and Bankruptcy Law article 25/b, in the course of enforcement proceeding of awards on delivery of juvenile and personal relationship with children, having present a social worker or pedagogue or psychologist or child development expert assigned by Turkish Social Service and Children Protection Institution, if not found an educator in company with execution officer is compulsory. Aim in here is when difficulties have occurred while enforcing the award, fulfilling the delivery or personal relationship in the way of without the need to enforcing debtor through inculcations and constructive attitudes of these experts and with minimum harm to child.

In terms of ideal law, a solution contributing the best interest of child is essential. Hence during enforcement of delivery of child and personal relationship with child, execution office must become secondary importance as far as possible. Relevant person should initiate the procedure appealing execution office for enforcement of the award; execution officer should check through *condicio juris* of enforcement proceeding. But actually delivering of child or relating personal relationship with child should be fulfilled by an administrative authority or unit consisted of experts like social worker or pedagogue or psychologist or child development expert. Status, working conditions, payments, authority and responsibility of this authority or unit must be drawn by law.

ZUSAMMENFASSUNG

Ein Kind ist jemand, der noch unter 18 ist und minderjährig ist. Laut dem Gesetz nach ist ein Kind minderjährig bis zum 18. Lebensjahr und ist eine natürliche Person. Konvention über die Rechte des Kindes definiert das Kind auch in ähnlichen Worten. "Im Sinne dieser Konvention ist ein Kind jeder Mensch, der das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat". Konvention über die Rechte des Kindes ist ein international anerkannter Vertrag, in den wir auch unsere nationalen Regelungen anpassen müssen.

Laut dem dritten Absatz Konvention über die Rechte des Kindes, wird deutlich gesagt dass die Vorteile zum Kindeswohl gemacht werden müssen: "Bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleich ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist".

Laut Europäisches Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten, Artikel 6: " Bevor die Justizbehörde in einem ein Kind berührenden Verfahren eine Entscheidung trifft; hat sie zu prüfen, ob sie über hinreichende Auskünfte verfügt, um eine Entscheidung zum Wohl des Kindes zu treffen, und erforderlichenfalls insbesondere bei den Trägern elterlicher Verantwortung weitere Auskünfte einzuholen".

Laut dem Absatz 25, Teil I des IJK: “ Falls das Sorgerecht des Kindes von der zuständigen Person entnommen wird, muss diese innerhalb von sieben Tagen das Kind abgeben. Falls dies nicht gemacht wird, muss dies in verschiedenen Art und Weisen gemacht werden”.

Das Entnehmen oder in Beziehung stehen und diese entwickeln mit dem Kind, ist ein Fall der Familienrechte. Deswegen muss eine feststehende Entscheidung getroffen werden.

Da das Entnehmen des Kindes oder in Beziehung stehen mit dem Kind familienrechtliche Falle sind, sind sie nicht zeitlich begrenzt. Somit gelten die getroffenen Gerichtsentscheidungen bis zum 18.Lebensjahr des Kindes. Diese beiden Verfahren können, wie im 34.Absatz des IJK auch lautet, bei der beliebigen Geschäftsstelle verfolgt werden.

Für die finanzielle Dimension des Entnehmens ist das Sorgerecht zuständig. Haftung ist die Verantwortung und auch die Befürsorgung für die zustehenden Rechte und auch sogar der Erben, die dem Minderjährigen zustehen. Die die Verantwortung also das Sorgerecht tragende Personen können sowohl Mutter und/oder Vater, oder auch Stiefmutter oder-Vater sein. Außer dieser Personen ist es nicht möglich die gesetzliche Verantwortung des Kindes zu tragen. Solange die Eltern verheiratet sind, tragen beide das Sorgerecht für das Kind (TMK Abs.336/I). Wenn die Heirat mit dem Tod einer der beiden Parteien endet, trägt das Sorgerecht die lebende Partei (TMK Abs.336/III). Im Fall der Scheidung, Trennung usw., wird

vom Gericht entschieden wem das Sorgerecht übergeben wird (TMK Abs.336/II., III.). Den Adoptiveltern (falls hier der Fall ist) kann das Sorgerecht auch übergeben werden (Abs. 314/I). Wenn die Eltern nicht verheiratet sind, trägt das Sorgerecht die Mutter (TMK Abs.337/I).

Wenn die amtlich erforderlichen Anmeldungen stattgefunden haben, findet in kurzer Zeit die amtliche Verfolgung stat. Nach beamtlicher Überprüfung der Anmeldung, wird der gegenüberstehenden Partei dies schriftlich überwiesen. Die hierfür schriftlich stehenden Regelungen sind die Absätze 24,25 des IKK und der Absatz 24 des IIKY. Falls innerhalb von sieben Tagen nach schriftlicher Sendung das Kind nicht an die Sorgerecht tragende Partei übergeben wird, wird diese Aktion polizeilich oder beamtlich durchgeführt. Diese Aktion kann natürlich nicht über das Kind durchgeführt werden, sondern nur über die Partei die das Kind nicht übergibt, oder über die dritte Person, natürlich unter den Erläuterungen, die begrenzt sind. Laut dem Absatz 25/II des IKK, wird das Kind wieder von der Sorgerecht tragenden Person weggenommen, so wird diese, die hierfür durchgeführt werden muss, ohne irgendeiner gerichtlichen Entscheidung unter Aktion gebracht.

Wie das Aufbauen der Beziehung mit dem Kind sein muss, ist im IIK Absatz 25/a zu sehen. Dort steht dass der zuständige Beamter dafür verantwortlich ist, dass die Sorgerecht habende Person in ihrem Recht halt sich mit dem Kind in Verbindung zu setzen und dass dieses Recht den gegenüberstehenden Personen schriftlich erteilt wird. In dieser Mitteilung wird erteilt, dass falls diese getroffene Entscheidung nicht anerkannt wird, so dass die gegenüberstehende Person laut Absatz 341 bestraft wird.

Persönliche Beziehung ist ein Recht, indem daran erinnert wird dass das Sorgerecht nicht habende Mutter, Vater oder dritte Personen in gerichtlich festgestellten Tagen oder Tageszeiten das Kind sehen, Zeit mit ihm verbringen, Beziehung aufbauen oder diese entwickeln können. Die Beziehung kann beiderseitig aufgebaut werden aber es ist genauso gut möglich dass diese mit E-Mail, Brief, Telefon oder Internet geführt werden kann.

Laut TMK Abs.323 wird es deutlich erwähnt dass die Mutter und auch der Vater das Recht haben sich mit dem Kind in Beziehung bringen zu wollen aber auch laut Absatz 325 ist es auch deutlich gemacht dass dritte Personen auch mit dem Kind sich in Verbindung setzen können falls diese zum Vorteil des Kindes ist.

Während dieser Beziehungsaufbau oder Entnehmen des Kindes muss neben dem Beamten auch ein Sozialhelfer, Pädagoge, Psychologe oder ein Experte bereitstehen (IIK Abs.25/b). Der Sinn dieses ist, falls etwas schwer gemacht wird, oder es für das Kind nicht gut tun wird, dies zu hindern, und behilflich für die Weiterentwicklung der Beziehung sein.

Juristisch gesehen muss alles was gemacht wird, zum Vorteil des Kindes gemacht werden. Dafür sollte alles so weit wie möglich nicht mit offiziellen Mitteln wie Beamter gelöst werden. Das heißt aber nicht dass alles so laufen soll. Während des Starts des Prozesses muss alles offiziell geführt werden, das bedeutet der Antrag muss bei zuständigen Beamten gestellt werden und der weitere Prozess muss mit

einem Experten wie Sozialhelfer, Pädagoge, Psychologe, usw. geführt werden. Der Status dieser Verwaltung wird innerhalb der von dem Justizministerium gerichteten Linien gestellt werden.