

ANA BABA VE ÇOCUK ARASINDA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINDA ÇOCUĞUN İRADESİNİN DİKKATE ALINMASI

*Taking into Account the Child's Will in Establishing a Personal
Relationship Between the Child and Mother-Father*

Selma Hülya İMAMOĞLU*

ÖZ

TMK m. 323 hükmü uyarınca “ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir”. Anılan madde hükmünde sadece ana baba yönünden ifade edilmişse de kişisel ilişki kurma hakkı, karşılıklı olup hem ana babanın hem de çocuğun kişilik hakkına dahildir.

Kişisel ilişkinin düzenlenmesinde yönlendirici temel düşünce, çocuğun yararı olmakla birlikte, çocuğun iradesi de dikkate alınmalıdır. Zira çocuğun görüşünün alınması, diğer ifadeyle çocuğun dinlenilmesi, çocuğun kişilik hakkının doğrudan bir sonucudur. Çocuğun iradesi, çocuğun yararı ile her zaman örtüşmeyebilir. Bununla birlikte çocuğun iradesi, çocuğun kişiliğinin parçası olarak kişisel ilişki kurma hakkının belirlenmesinde göz ardı edilmemelidir. Diğer taraftan çocuğun iradesi, kişisel ilişki kurma hakkının gerçekleştirilmesi sırasında da dikkate alınmalıdır. Özellikle çocuğun kişisel ilişkiye direnmesi halinde çocuk, buna zorlanmamalıdır.

Türk hukukunda çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesi, İcra ve İflâs Kanununun 25/a ve 25/b maddeleri çerçevesinde düzenlenmiştir. Kişisel ilişkinin gerekirse zorla gerçekleştirilebileceğini öngören bu düzenleme, çocuğun yararını olumsuz etkileyebilecek bir uygulamaya yol açabilecek niteliktedir.

Makalenin Geliş Tarihi: 06.07.2021, **Makalenin Kabul Tarihi:** 13.09.2021.

* Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: imamoglu@law.ankara.edu.tr, ORCID:0000-0002-6065-6795.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hükümlerin, çocuğun yararı ile birlikte çocuğun iradesini de dikkate alan bir bakış açısıyla gözden geçirilmesi isabetli olacaktır. Kişisel ilişki kurulmasını istemenin çocuk yönünden de bir hak olduğu ve bu konuda çocuğun görüşünün alınması gerektiği, Türk hukukuna dâhil uluslararası sözleşmeler çerçevesinde kabul edilmiş bulunmaktadır. Ancak bu husus, Türk Medeni Kanunu temelinde de vurgulanmalıdır. Kişisel ilişki kurma hakkının gerçekleştirilmesi ise İcra ve İflâs Kanunu dışında düzenlenmelidir.

Anahtar Kelimeler: Kişisel ilişki kurma hakkı, çocuğun yararı, çocuğun iradesi, doğrudan görüşme hakkı, çocuğun dinlenilmesi.

ABSTRACT

As per Article 323 of the Turkish Civil Code: “Either of the mother and father, who have not been granted parental custody or whose child is not resident with them, are entitled to request the establishment of a reasonable contact with the child.” Although the aforementioned article has been construed in relation only to the mother and father, a request for establishing a personal relationship is reciprocal and is included in not only the mother and father’s but also the child’s personality right.

While the main leading factor in regulating the personal relationship is the interest of the child, the child’s will should also be taken into consideration. This is because obtaining the child’s view, or in other words, listening of the child, is a direct outcome of the child’s personality right. The will of the child may not always align with the interest of the child. Nevertheless, as a part of the child’s personality, the will of the child should not be disregarded in regulating the personal relationship. The child’s will should also be taken into consideration during the realization of the right to establish a personal relationship. Especially, if the child resists the personal relationship, he/she should not be forced to the contrary.

In Turkish law, forcible enforcement of court decisions regarding the establishment of a personal relationship with the child is regulated in articles 25/a and 25/b of the Enforcement and Bankruptcy Law. These provisions which stipulate that the personal relationship can be forcibly realized, if required, are of a nature that may result in a practice that could negatively impact the interest of the child.

The provisions regarding establishing a personal relationship with the child should be re-evaluated with a view that considers the interest and the will of the child. That the right to request establishing a personal relationship is also a right of the child, and that obtaining the child's opinion is a requirement have been established in international agreements, which are also part of the Turkish law. This aspect, however, should also be emphasised on the basis of the Turkish Civil Code; and the realization of the right to establish personal relationship should be regulated outside the scope of the Enforcement and Bankruptcy Law.

Key Words: Right to establish personal relationship, interest of the child, will of the child, right to directly contact, listening of the child.

I. Giriş

Bu çalışmada çocukla kişisel ilişki kurulmasında çocuğun iradesinin önemine işaret edilerek çocuğun iradesine karşı kişisel ilişkinin kurulması ve gerçekleştirilmesi hususu, çocuğun yararı açısından irdelenmek istenmiştir. Bu yönde Türk Medeni Kanununda kişisel ilişki kurulmasına ilişkin düzenlemeye kaynak oluşturan İsviçre Medeni Kanunundaki düzenleme bağlamında İsviçre öğretisi ve yargı kararları da dikkate alınarak Türk hukuku bakımından bir değerlendirme yapılmıştır.

II. Genel Olarak Türk Medeni Kanununun Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Hükümleri

Çocukla kişisel ilişki kurulması, Türk Medeni Kanununun 323- 326 maddeleri arasında düzenlenmiştir^{1 2}. TMK m. 323 hükmü uyarınca “ana ve

¹ Çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkını tanıyan BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi Türkiye tarafından onaylanmıştır. Bkz. RG. 27 Ocak 1994, S. 22184 ve RG. 17 Kasım 2011, S. 28115. Anayasanın 90. maddesi uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir (f. 5). BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme hakkında bkz. Ali Naim İnan, Çocuğun Korunmasında Medeni Kanunumuzun İlkeleri ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede Hak Grupları, Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s. 703 vd. Çocuğun, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı, 7 Mayıs 2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Anayasanın 41. maddesinde de ifadesini bulmuştur (AY m. 41/III).

² Türk hukukunda çocukla kişisel ilişki kurulması hakkında bkz. İlkur Serdar, Kişisel İlişki Kurma Hakkı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 739 vd.; Gül Doğan, Çocuk ile Kişisel İlişki Kurabilme Hakkı, Prof. Dr. Ergon Çetingil ve

babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir.” Anılan madde hükmünde sadece ana ve baba yönünden ifade edilmişse de kişisel ilişki kurma hakkı karşılıklıdır³.

Çocuğun ana babadan birinin velayeti altında bulunmaması, öncelikle boşanma veya ayrılık halinde söz konusu olur⁴. Ana babanın evli olmaması

Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Yıl Birlikte Çalışma Armağanı, İstanbul 2007, s. 529 vd.; Fulya Erlüle, Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması, MÜHF- HAD, C. 16, S. 3- 4, 2010, s. 217 vd.; Canan Yılmaz, Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması, MHB, Yıl 35, S. 1, 2015, s. 104 vd.; Fulya Erlüle, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2018, s. 260 vd.; Remzi Demir, Türk Medeni Kanunu’na Göre Çocukla Kişisel İlişki Kurulması, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2020, C. 25, S. 42, s. 169 vd.

³ Nitekim kaynak İsviçre Medeni Kanununda Art. 273 hükmünde kişisel ilişki kurma hakkı, ana baba ve çocuk yönünden karşılıklı hak olarak ifade edilmiştir. İsviçre öğretisinde kişisel ilişki kurma hakkı, kişisel ilişki kurma hakkına sahip ana veya baba yönünden çocuğun yararına kullanılması gereken yüküm hak olarak kabul edilir ve bundan çocuk lehine, çocuğun ana babanın her ikisiyle de kişisel ilişki kurma hakkı türetilir. Bu hususta bkz. Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 5. Auflage, Bern 1999, N. 19.05; Ingeborg Schwenzer, Die UN- Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht, AJP 1994, s. 823. Ana baba ve çocuk arasında kişisel ilişki kurulması, aynı zamanda TMK m. 322 (Art. 272 ZGB) hükmünde düzenlenmiş bulunan ana baba ve çocuktan oluşan aile birliğinin ifadesidir. Anılan hüküm uyarınca ana baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler. Bu konuda bkz. Hegnauer, N. 19.02; Ingeborg Schwenzer/Michelle Cottier, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456, 6. Auflage, Basel 2018, Art. 273 N. 4; konu hakkında ayrıca bkz. Erlüle, 2010, s. 219- 220; Serdar, s. 742 vd., 756 vd. BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkını tanıyan m. 9/III hükmünün doğrudan uygulanabilir nitelikte bir hüküm olduğu yönünde Serdar, s. 747, 757; Stephan Wolf, Die UNO- Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Kindesrecht, ZBJV 1998, s. 131; Erlüle, 2010, s. 222. Belirtmek gerekir ki Türkiye’nin taraf olduğu Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi de Başlangıç kısmında sadece ana babanın değil, çocukların da hak sahibi olarak kabul edilmesinin arzu edilir olduğunu ifade ederek 4. maddesinde bu yönde düzenleme getirmiştir. Konuyla ilgili olarak bkz. Y. HGK. E. 2017/2069, K. 2018/1179, K.T. 06.06.2018 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, erişim tarihi: 20.04.2021). Yargıtay bu kararında Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 4. maddesine atıfla kişisel ilişki kurma hakkının, ana baba için olduğu kadar çocuk için de bir hak olduğunu ifade etmiştir. Aynı yönde Y. HGK. E. 2012/2- 799, K. 2013/389, K.T. 20.03.2013 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 13.05.2021).

⁴ Schwenzer/Cottier, Art. 273 N. 1; Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2018, N. 1654. Boşanma veya ayrılık halinde yargıç, velayetin kullanılması kendisine verilmeyen tarafın çocuk ile kişisel ilişkisini resen düzenler (TMK m. 182/I ve II). Ayrıca bkz. TMK m. 157/II.

ihtimali de vardır⁵. Bu ihtimalde velayet, anaya ait olabilir veya babaya verilmiş olabilir (TMK m. 337). Keza velayet, ana babanın birinden kaldırılmış da olabilir (TMK m. 348)⁶. Türk Medeni Kanununun 323. maddesine ilişkin gerekçesine göre çocuğun ana babaya bırakılmamış olmasıyla kastedilen, esasen velayet hakkı ana babadan alınmamakla birlikte, çocuğun başka bir kimsenin koruma ve gözetimine bırakılmış olmasıdır⁷. Ancak velayetin ana babanın ikisine de ait olmasına rağmen, çocuğun ana babadan birine bırakılması da mümkündür. Bu durum, mesela TMK m. 197 hükmü uyarınca birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde söz konusu olabilir⁸. Böyle bir halde çocuğun kendisine bırakılmadığı ana veya baba, çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahiptir⁹.

TMK m. 324 hükmünde kişisel ilişki kurma hakkının sınırları düzenlenmiştir. Ana baba, kişisel ilişkinin gerçekleştirilmesi sırasında birbirine saygı göstermekle yükümlü olup, bu yönde ana babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmalıdır¹⁰. Buna aykırı davranmaları halinde kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir. Bunun dışında kişisel ilişki dolayısıyla çocuğun huzuru¹¹ tehlikeye girerse veya ana baba, çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezlerse ya da diğer önemli sebepler varsa, belirtilen hallerde de kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya ana babadan alınabilir. Diğer önemli sebepler, ana babaya veya çocuğa ilişkin olabilir¹². Bu yönde mesela kişisel ilişki kurma hakkına sahip olup çocukla doğrudan görüşmeye yetkili ana veya babanın çocuğun yararını olumsuz etkileyebilecek bir hastalığının bulunması, somut halde kişisel ilişki

⁵ Schwenzer/Cottier, Art. 273 N. 1; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1654.

⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1654; Cem Baygın, Soybağı Hukuku, İstanbul 2010, s. 107.

⁷ Nitekim bu husus, çocuğun korunmasına yönelik bir tedbir olarak Kanunun 347. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Gerekçe için bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 21, Yasama Yılı 4, Cilt 73 (Ankara 2001), Birleşim 11- 12, S. Sayısı: 723, s. 123. Ayrıca bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1654; Baygın, s. 107, 108.

⁸ Baygın, s. 108.

⁹ TMK 197 hükmü uyarınca yargıç, talep olmasa da çocuğun kendisine bırakılmadığı ana veya baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkiyi resen düzenler. Konu hakkında bkz. Ivo Schwander, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456, 6. Auflage, Basel 2018, Art. 176 N. 11, N. 12. Ayrıca bkz. TMK m. 169. Konuyla ilgili olarak Baygın, s. 108.

¹⁰ Andrea Büchler, FamKomm, Scheidung, 3. Auflage, Bern 2017, Art. 274 N. 2; Schwenzer/Cottier, Art. 274 N. 1- 2; Erlüle, 2010, s. 234.

¹¹ TMK m. 324/II hükmünde yer alan “çocuğun huzuru” deyimini, kaynak Kanunda (Art. 274 Abs. 2 ZGB) ifade edildiği gibi “çocuğun yararı” olarak yorumlamak gerekir. Ayrıca bkz. Erlüle, 2010, s. 236.

¹² Schwenzer/Cottier, Art. 274 N. 8 vd., N. 13 vd.; Erlüle, 2010, s. 240.

kurma hakkının reddedilmesini veya ana babadan alınmasını gerektirebilir¹³. Özellikle ana veya babanın şiddet uyguladığı veya istismarda bulunduğu yönünde ciddi şüphenin olması halinde prensipte kişisel ilişki kurma hakkı reddedilmelidir¹⁴. Öte yandan çocuk da kişisel ilişki kurmayı istemeyebilir¹⁵; kişisel ilişki kurma hakkına sahip ana veya babayla bir araya gelmeye karşı koyabilir. Böyle bir halde kişisel ilişkinin çocuğun yararı ile bağdaşan bir şekilde gerçekleştirilmesi, esasen mümkün değildir¹⁶. Ancak şu yöne de işaret etmek gerekir: Kişisel ilişki kurma hakkının önceden reddedilmesi veya sonradan ana babadan alınması, çocuğu koruyucu tedbir olarak ölçülülük ilkesine tabidir¹⁷; bu sebeple çocuğun yararını koruyan başka bir imkân bulunmadığı takdirde son çare olarak başvurulmalıdır¹⁸.

Çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı, TMK m. 325 hükmü uyarınca olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine¹⁹ uygun düştüğü ölçüde diğer kişilere, özellikle hısımlara da tanınabilir. Bu hüküm bağlamında üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurması, ancak çocuğun yararına olduğu takdirde mümkündür²⁰. Öğretide üçüncü kişiler bağlamında özellikle çocukla arasında sosyal ana babalık bağı gelişen kişilerin söz konusu olduğu ifade edilmektedir (mesela üvey ana baba gibi)²¹. Böyle bir bağın geliştiği ilişkilerin sürdürülmesinin gerekli olduğu hallerde (mesela çocuk açısından üvey ana baba ile gelişen bağın boşanma sonrasında da korunmasının söz konusu olduğu hallerde), 325. madde hükmünde aranan olağanüstü hallerin varlığı kabul edilmektedir²². Yine mesela boşanma veya başka bir sebeple çocuğun velayetine sahip bulunmayan ana veya babanın ailesiyle temasın kişisel ilişki kurulması suretiyle sürdürülmesinin gerekli olduğu haller de bu kapsamda değerlendirilir²³.

¹³ Krş. Schwenger/Cottier, Art. 274 N. 8; Büchler, Art. 274 N. 9.

¹⁴ Schwenger/Cottier, Art. 274 N. 11. Bu ihtimalde kişisel ilişki kurma hakkının refakatçi eşliğinde gerçekleştirilmesi yönüne de gidilebilir; ayrıca bkz. Yılmaz, s. 130.

¹⁵ Schwenger/Cottier, Art. 274 N. 13; Serdar, s. 776; Erlüle, 2010, s. 241.

¹⁶ Schwenger/Cottier, Art. 274 N. 13; Büchler, Art. 274 N. 11.

¹⁷ BGE 122 III 404, E. 3b (407).

¹⁸ Krş. Büchler, Art. 274 N. 3; Schwenger/Cottier, Art. 274 N. 16; BGE 122 III 404, E. 3b (407).

¹⁹ TMK m. 325/I hükmünde yer alan “çocuğun menfaati” deyimini, kaynak Kanunda (Art. 274a Abs. 1 ZGB) ifade edildiği gibi “çocuğun yararı” olarak yorumlamak gerekir. Ayrıca bkz. Serdar, s. 755; Erlüle, 2010, s. 225.

²⁰ Schwenger/Cottier, Art. 274a N. 2; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1669; Serdar, s. 755.

²¹ Schwenger/Cottier, Art. 274a N. 3; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1669.

²² Schwenger/Cottier, Art. 274a N. 5; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1669; Serdar, s. 755.

²³ Schwenger/Cottier, Art. 274a N. 5; Serdar, s. 755.

Çocukla kişisel ilişki kurulması, mahkeme kararını gerektirir²⁴. Bu yönde çocuk ile kişisel ilişkiye yönelik bir düzenleme yapılmaya kadar, velayet hakkına sahip veya çocuk kendisine bırakılmış kişinin rızası dışında kişisel ilişki kurulamaz (TMK m. 326/III)²⁵.

III. Kişisel İlişki Kurma Hakkının İçeriği, Hukuki Niteliği ve Önemi

Kişisel ilişki kavramı, çocukla birlikte yaşamayan ana veya babanın çocukla kurduğu her türlü temas ve iletişimi ifade eder²⁶. Kişisel ilişkide ana baba ve çocuğun fiilen bir arada bulunması ön plandadır²⁷. Ancak telefon, mektup ve diğer modern iletişim araçlarıyla temas da söz konusu olabilir²⁸. Kişisel ilişki, çocuğun gelişimi hakkında bilgi edinmeyi de içerir²⁹.

Kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı, ana baba ve çocuğa kişilik hakkı dolayısıyla tanınmıştır³⁰. Diğer bir ifadeyle kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı hem ana babanın kişilik hakkına hem de çocuğun kişilik hakkına dâhil olup, bu yönde vazgeçilemez ve devredilemezdir. Öğretide kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca aile hayatına saygı gösterilmesi talebinin parçası olduğu ifade edilmiştir³¹. Bunun dışında kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı, BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ile de korunmuştur³².

İsviçre öğretisinde kişisel ilişki kurma hakkının yüküm hak olduğuna işaret edilmektedir³³. Şöyle ki kişisel ilişki kurma hakkı, çocuğun yararına

²⁴ Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 1024; Serdar, s. 758; Erlüle, 2010, s. 245.

²⁵ TMK m. 326 hükmünde kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili bütün düzenlemelerde çocuğun oturduğu yer mahkemesinin de yetkili olduğu belirtilmiştir (f. 1). Ancak boşanmaya ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin yetki kuralları saklıdır (f. 2).

²⁶ Andrea Büchler/Benjamin V. Enz, Der persönliche Verkehr-Unter besonderer Berücksichtigung des Kindeswillens, FamPra.ch 2018, s. 912; Büchler, Art. 273 N. 4; Schwenger/Cottier, Art. 273 N. 2.

²⁷ Schwenger/Cottier, Art. 273 N. 2.

²⁸ Schwenger/Cottier, Art. 273 N. 2.

²⁹ Nitekim Türkiye'nin de taraf olduğu Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesine göre kişisel ilişki kavramının ifade ettiği anlamlardan biri de kişisel ilişki kurma hakkına sahip kişiye çocuk hakkında ya da çocuğa bu kişi hakkında bilgi aktarımıdır (m. 2/a). Krş. Schwenger/Cottier, Art. 273 N. 2.

³⁰ Hegnauer, N. 19.05; Schwenger/Cottier, Art. 273 N. 3; Büchler, Art. 273 N. 7.

³¹ Hegnauer, N. 19.05; Schwenger/Cottier, Art. 273 N. 1.

³² Krş. Büchler, Art. 273 N. 1.

³³ Hegnauer, N. 19.05; Schwenger/Cottier, Art. 273 N. 4; Cyril Hegnauer, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band II, 2. Abteilung, Die

bağlı ve çocuğun yararı ile sınırlanmış³⁴ olup, ana veya baba, sahip olduğu kişisel ilişki kurma hakkını kullanmakla da yükümlüdür³⁵. Ancak İsviçre kanun koyucusu, kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın iradesine karşı kişisel ilişki kurma hakkının zorla gerçekleştirilmesi imkânından bilinçli olarak vazgeçmiştir³⁶. Gerçi ana veya baba, kişisel ilişki kurma hakkını çocuğun zararına olacak şekilde kullanmadığı takdirde, çocuk koruma makamı tarafından uyarılabilir³⁷. Bununla birlikte kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın yükümü, ahlaki bir yükümlülük olarak kalmaktadır³⁸.

Kişisel ilişki kurma hakkı, ana baba ve çocuk arasında iç bağlılığın kurulmasına ve korunmasına hizmet eder³⁹. Önceden ana babayı merkeze alan yaklaşım çerçevesinde kişisel ilişkinin amacı, kişisel ilişki kurma hakkı tanınan tarafın çocukla hısımlık ilişkisini sürdürmesini sağlamak olarak görülürken, bugün her şeyden önce çocuğun ana babanın her ikisiyle de düzenli iletişime sahip olması ihtiyacı vurgulanmaktadır⁴⁰. Ana ve babayla

Verwandschaft, 2. Teilband, Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, 1. Unterteilband, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Kommentar zu Art. 270- 275 ZGB, Bern 1997, Art. 273 N. 57, N. 58; Büchler, Art. 273 N. 8. Federal Mahkeme de bu görüştedir. Bu konuda bkz. mesela BGer 27.06.2016, 5A_404/2015, E.5.2.2; BGer 23.05.2013, 5A_120/2013 (Thomas Häberli, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, März bis Juni 2013, ZKE 2013, s. 260-261). Türk hukukunda bkz. Öztan, s. 1025; Serdar, s. 742- 743; Erlüle, 2010, s. 219; Yılmaz, s. 106.

³⁴ Hegnauer, N. 19.05.

³⁵ Büchler, Art. 273 N. 8; Hegnauer, Art. 273 N. 58. Nitekim daha önce de değinilen BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede de çocuğun ana babanın her ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkı olduğu öngörülmüştür (m. 9/III). Yine Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesine göre bir çocuk ile ana ve babası birbirleriyle düzenli şekilde kişisel ilişkiyi elde etmek ve sürdürmek hakkına sahiptirler (m. 4/I).

³⁶ Büchler, Art. 273 N. 9; Schwenger/Cottier, Art. 275 N. 17. Zira bu durum, çocuğun yararına değildir, pratikte güçlüklerle karşılaşılır ve kişisel ilişkinin anlamıyla da bağdaşmaz; diğer taraftan bir devlet makamının ana veya babayı, belirli bir süre için kendini çocuğun emrine hazır tutmakla yükümlü kılması da düşünülemez (Krş. BBl 1996 I 158, 159). Buna karşılık kişisel ilişki kurma hakkının, çocuğun velayetine sahip veya çocuğun kendisine bırakıldığı tarafın iradesine karşı gerçekleştirilmesi mümkündür. Böyle bir halde dolaylı zorlama araçlarının uygulanması yönüne gidilir (para cezası ihtarı gibi); doğrudan zor kullanma, kişisel ilişkinin anlamına ve amacına aykırıdır. Bu konuda bkz. Schwenger/Cottier, Art. 275 N. 18- 19; farklı görüşte Hegnauer, N. 19.25. Türk hukukunda bkz. İİK m. 25/a. Ayrıca bkz. ileride “İcra ve İflâs Kanununun 25/a ve 25/b Hükümleri” başlığı. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın Güven, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlaamların İcrası, Ankara 2016, s. 137 vd.

³⁷ Büchler, Art. 273 N. 9; Schwenger/Cottier, Art. 275 N. 17.

³⁸ Büchler, Art. 273 N. 9.

³⁹ Büchler, Art. 273 N. 6; Serdar, s. 751.

⁴⁰ Schwenger/Cottier, Art. 273 N. 6; krş. Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1657; Erlüle, 2010, s. 223.

kişisel ilişki, özellikle çocuğun kişilik gelişimi bakımından önemlidir⁴¹. Bu yönde çocuğun ana babanın her ikisiyle de düzenli kişisel ilişki kurması sağlanmalı ve korunmalıdır.

IV. Kişisel İlişki Kurma Hakkının Belirlenmesi

1. Genel Olarak

Kişisel ilişki kurma hakkı, ana baba ve çocuk arasında soybağı bulunmasını gerektirir⁴². Burada ana babanın veya çocuğun statüsü önemli değildir⁴³; çocuk, evlilik içi veya evlilik dışı ya da evlat edinilmiş olabilir.

TMK m. 323 hükmünde ana babanın çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. Bu yönde neyin uygun olduğu esasen sadece somut olayın şartları bağlamında kişisel ilişki kurma hakkının amacı göz önünde bulundurularak belirlenir⁴⁴. Burada çocuğun yaşı, çocuğun ve kişisel ilişki kurma hakkına sahip ana veya babanın kişiliği ve ihtiyaçları, çocuğun kişisel ilişki kurma hakkına sahip ana veya babayla ilişkisi, ana babanın birbiriyle ilişkisi, tarafların sağlık durumu, tarafların zaman ve yer bakımından uygunluğu dikkate alınır⁴⁵. Ancak kişisel ilişki kurma hakkının belirlenmesinde en üst ilkeyi, çocuğun yararı oluşturur⁴⁶.

Çocuğun yararı, çerçevesi esnek, daima münferit halin özelliklerine göre somutlaştırılması gereken bir kavramdır⁴⁷. Ancak kesin bir biçimde

⁴¹ Krş. Schwenzer/Cottier, Art. 273 N. 6.

⁴² Hegnauer, N. 19.02; Schwenzer/Cottier, Art. 273 N. 7; Büchler, Art. 273 N. 15.

⁴³ Schwenzer/Cottier, Art. 273 N. 7.

⁴⁴ Schwenzer/Cottier, Art. 273 N. 10; Hegnauer, N. 19.09; Büchler/Enz, s. 913, 914; BGer 21.02.2007, 5C.298/2006, FamPra.ch 2007, s. 715.

⁴⁵ Schwenzer/Cottier, Art. 273 N. 10; Hegnauer, N. 19.09.

⁴⁶ Schwenzer/Cottier, Art. 273 N. 10; Büchler, Art. 273 N. 25; Hegnauer, N. 19.09; Büchler/Enz, s. 913; BGer 27.06.2016, 5A_404/2015, E.2.2. BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin m. 3/I hükmüne göre “kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.” Konuyla ilgili olarak ayrıca bakınız BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, m. 9/III; TMK m. 324/II, m. 325/I, m. 182/II; Serdar, s. 743, 745, 748, 759 vd.; Erlüle, 2010, s. 225; Yılmaz, s. 111.

⁴⁷ Urs Tschümperlin, Die elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes (Art. 301 bis 303 ZGB), Freiburg 1989, s. 82; Andreas Brauchli, Das Kindeswohl als Maxime des Rechts, Zürich 1982, s. 114 vd., 165 vd.; Schwenzer/Cottier, Art. 301 N. 4; Rona Serozan, Çocuk Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, I § 8 N. 1; konu bağlamında ayrıca bkz. S. Hülya İmamoğlu, Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 54, 2005, Sayı 1, s. 170 vd.

tanımlanamasa da çocuğun yararı kavramının içeriği belirlenebilir⁴⁸. İsviçre öğretisinde Art. 302 Abs. 1 ZGB (TMK m. 340/I) hükmünden hareketle çocuğun bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişiminin, çocuğun yararı kavramına dâhil olduğu ifade edilmektedir^{49 50}. Çocuğun düşünsel, duygusal ve ruhsal gelişiminin de çocuğun yararı kavramına dâhil olduğu tartışmasıdır⁵¹. Ayrıca çocuğun yararı kavramı, çocuğun hukuki, toplumsal ve ekonomik yararını da içerir⁵². Bu bağlamda çocuğun yararı, çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki, toplumsal, ekonomik ve hukuki yönden iyi halde bulunması olarak ifade edilebilir⁵³.

2. Kişisel İlişki Kurma Hakkının Belirlenmesinde Çocuğun İradesinin Önemi

Kişisel ilişki kurma hakkının belirlenmesinde çocuğun iradesinin de önemi büyüktür⁵⁴. Çocuğun iradesinin ortaya çıkarılması için çocuğun dinlenilmesi, diğer bir ifadeyle çocuğun görüşünün alınması gerekir⁵⁵. Çocuğun dinlenilmesi, çocuğun kişiliğinin sonucu olup, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır⁵⁶.

BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme uyarınca görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı tanınmalıdır (m. 12)⁵⁷. Bu yönde çocuğun

⁴⁸ Tschümperlin, s. 82.

⁴⁹ Tschümperlin, s. 82; Schwenger/Cottier, Art. 301 N. 5.

⁵⁰ TMK m. 340/I hükmüne göre “ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar.”

⁵¹ Tschümperlin, s. 82; ayrıca bkz. İmamoğlu, s. 170.

⁵² Brauchli, s. 109 vd.; ayrıca bkz. İmamoğlu, s. 170, 171.

⁵³ Büchler/Enz, s. 917.

⁵⁴ Schwenger/Cottier, Art. 273 N. 11; Büchler, Art. 273 N. 33; Büchler/Enz, s. 914; BGer 23.05.2013, 5A_120/2013 (Häberli, ZKE 2013, s. 260- 261); BGer 21.06.2016, 5A_528/2015 (Philippe Meier/Thomas Häberli, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Februar bis April 2016, ZKE 2016, s. 221- 222); Erlüle, 2010, s. 230.

⁵⁵ Schwenger/Cottier, Art. 273 N. 11; bu konuda ayrıca bkz. ve krş. Yılmaz, s. 113 vd.; Serdar, s. 748 vd.

⁵⁶ Büchler/Enz, s. 915; Guy Bodenmann/Alexandra Rumo- Jungo, Die Anhörung von Kindern aus rechtlicher und psychologischer Sicht, Fampra.ch 2003, s. 24; Verena Bräm, Die Anhörung des Kindes aus rechtlicher Sicht, SJZ 1999, s. 309 vd.; Jonas Schweighauser, FamKomm, Scheidung, 3. Auflage, Bern 2017, Art. 298 ZPO N. 8; BGE 131 III 553, E. 1.1 (554); BGer 14.07.2011, 5A_397/2011, E. 2.2.

⁵⁷ Öğretide BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 12/I uyarınca dinlenilmesi öngörülen görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun, ayırt etme gücüne sahip çocuk anlamına geldiği yönünde bkz. Verena Bräm, Die Anhörung des Kindes im neuen Scheidungsrecht,

görüşlerine çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak gereken özen gösterilmelidir. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi çerçevesinde de yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa bir adli merci önündeki kendisini ilgilendiren davalarda kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek hakkı verilmiştir (m. 3)⁵⁸. Yine Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi gereği iç hukuka göre yeterli ayırt edebilme yeteneğine sahip olduğu kabul edilen bir çocuk, bilgilendirilme, danışılma ve görüşlerini ifade etme hakkına sahiptir (m. 6).

Türk hukukunda BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi onaylanmış olmakla birlikte çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını öngören düzenlemede (TMK m. 323-326), kişisel ilişki kurma hakkının belirlenmesinde çocuğun görüşünün göz önünde tutulması gerektiğine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır^{59 60}. Fakat

AJP 1999, s. 1570; bu yönde BBl 1994 V 37. Türk öğretisinde Akyüz'e göre görüşlerini ifade etme yeteneği, her zaman ayırt etme gücü şeklinde anlaşılabilir (Emine Akyüz, Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 197).

⁵⁸ Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, Türkiye tarafından onaylanmıştır. Bkz. RG. 2 Mayıs 2002, S. 24743. Türkiye, Sözleşme'nin 1. maddesinin 4. paragrafı uyarınca, Sözleşme'nin ana baba ve çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalarda uygulanacağını beyan etmiştir. Sözleşme'nin 3. maddesinin doğrudan uygulanabilir nitelikte bir hüküm olduğu yönünde Serdar, s. 749. Anılan Sözleşmenin 6. maddesinde de bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli merci tarafından bir karar almadan önce çocuğun iç hukuka göre yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda, yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışılması, çocuğun görüşünü ifade etmesine izin verilmesi ve çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemin verilmesi öngörülmüştür. Ayrıca bkz. AY m. 90/V (dn. 1).

⁵⁹ Konu hakkında ayrıca bkz. Serdar, s. 748. İsviçre Medeni Kanununda mahkemenin, ana baba ve çocuk arasındaki kişisel ilişkiyi düzenlerken olabildiğince çocuğun görüşünü göz önünde bulunduracağı yönünde bir düzenlemeye yer verilmiştir (Art. 133 Abs. 2 ZGB). Diğer taraftan İsviçre Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununda aile hukukuyla ilgili meselelerde çocuğu ilgilendiren hususlarda çocuğun dinlenilmesine ilişkin bir hüküm yer almaktadır (Art. 298 ZPO). Türk hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanununda hukuki dinlenilme hakkını öngören 27. maddenin dışında çocuklara ilişkin ayrı bir düzenleme yer almamaktadır.

⁶⁰ Türk hukukunda TMK m. 339/III uyarınca ana babanın, önemli konularda olabildiğince çocuğun görüşünü göz önünde tutacağı öngörülmüştür. Diğer taraftan TMK m. 446/II hükmünde yapılan atıf bağlamında küçük, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması sürecinde karar verilmeden önce yargıç tarafından dinlenir (TMK m. 437/III). Çocuğun rızasına veya istemine yer veren hükümler olarak bkz. TMK m. 12, m. 308/II, m. 347/II; ayrıca bkz. m. 316/I, m. 450/I, m. 461. Keza bkz. 03.07.2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m.13/II; bu konuda Saibe Oktay Özdemir, Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı, Prof. Dr. Hüseyin

uygulamada yargı kararlarında BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye (m. 12) ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesine (m. 3 ve m. 6) atıfla çocuğun kendisini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ve görüşlerine gereken önemin verilmesi yönündeki yaklaşım tespit edilmektedir⁶¹. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, konuyla ilgili bir kararında “idrak çağında olan çocuğun beyanına üstünlük tanınarak, davalı anne ile çocuk arasında yatılı olmayacak şekilde uygun süreli bir kişisel ilişki” düzenlenmesi gerektiği sonucuna varmıştır^{62 63}. Yargıtay’a göre kişisel ilişki kurulurken göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun üstün yararadır. Bu yönde Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, çocuğun üstün yararı gerektirdiği takdirde, görüşlerinin aksine karar verilmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir⁶⁴.

İsviçre Federal Mahkemesine göre çocuğun dinlenilmesi, Art. 16 ZGB/TMK m. 13 anlamında çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmasını şart kılmaz, fakat çocuk, ayırt etme gücüne sahip olur olmaz dinlenilme yönündeki talebini bizzat kullanır; bu aşamadan itibaren dinlenilme talebi, bir kişisel

Hatemi’ye Armağan, Cilt II, İstanbul 2009, s. 1223; Erlüle, 2018, s. 270. Ayrıca bkz. Bahar Öcal Apaydın/Selin Hışım, Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması (Editörler: Aslı Makaracı Başak/Seda Öktem Çevik/Gülen Sinem Tek), Ankara 2021, s. 304 vd.

⁶¹ BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 12. maddesinin doğrudan uygulanabilir nitelikte bir hüküm olduğu yönünde bkz. Serdar, s. 749; Wolf, s. 131; Federal Mahkemenin bu görüşte olduğu yönünde Bräm, SJZ 1999, s. 310; AJP 1999, s. 1569; Jonas Schweighauser, AJP 1998, s. 837 vd.; konuyla ilgili olarak bkz. BGE 124 III 90.

⁶² Y. HGK. E. 2017/2069, K. 2018/1179, K.T. 06.06.2018 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, erişim tarihi: 20.04.2021; ayrıca dn. 3). Konu bağlamında bkz. Y. 2. HD. E. 2010/734, K. 2010/7240, K.T. 13.04.2010; ayrıca velayete ilişkin olmakla birlikte bkz. Y. 2. HD. E. 2015/22880, K. 2017/1967, K.T. 27.02.2017; Y. 2. HD. E. 2016/22453, K. 2017/1771, K.T. 21.02.2017; Y. 2. HD. E. 2015/1363, K. 2015/8007, K.T. 21.04.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 13.05.2021).

⁶³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, velayete ilişkin bir kararında dava tarihinde sekiz yaşındaki çocuğun idrak çağında olduğunu kabul ederek “çocuğa, kendisini doğrudan ilgilendiren velayet konusunda danışılarak, görüşünü gerekçeleriyle birlikte ifade etme olanağının sağlanması; ifade edeceği bu görüşün, çocuğun kendi çıkarına ters düşmediği takdirde, buna önem verilerek sonucuna göre bir karar verilmesi” gerektiği hükmünde bulunmuştur (Y. HGK. E. 2017/3117, K. 2018/1278, K.T. 27.06.2018; www.yargitay.gov.tr; erişim tarihi: 09.06.2021). Anılan karara göre “...somut olayda da velayetinin değiştirilmesi talep edilen müşterek çocuk E. dava tarihinde 8, karar tarihinde 10, bozma kararının verildiği tarihte ise 12 yaşında olup, müşterek çocuk davanın tüm aşamalarında idrak çağındadır...”

⁶⁴ Y. 2. HD. E. 2016/7741, K. 2017/1217, K.T. 07.02.2017 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, erişim tarihi: 20.04.2021). Konu bağlamında bkz. Y. 2. HD. E. 2016/16051, K. 2016/15916, K.T. 13.12.2016; velayete ilişkin olmakla birlikte bkz. Y. 2. HD. E. 2012/9745, K. 2013/9865, K.T. 09.04.2013 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 13.05.2021).

katılma hakkı niteliğini alır⁶⁵. Bunun yanında dinlenilme talebi, çocuğun yaşından bağımsız olarak gerçek durumun ortaya çıkarılmasına hizmet eder. Diğer taraftan çocuğun dinlenilmesi, bir direktif anlamında, prensipte altı yaşından itibaren mümkündür⁶⁶. Ancak somut şartlara göre biraz daha küçük bir çocuğun da dinlenilmesi mümkündür; mesela birden çok kardeşten en küçüğünün sözü edilen yaş eşiğinin hemen öncesinde bulunması halinde bu durum söz konusudur⁶⁷. Federal Mahkemeye göre kişisel ilişkinin şekillendirilmesinde en üst ilke, çocuğun yararadır⁶⁸. Bu noktada çocuğun iradesi, birçok ölçütten sadece biri olup, kişisel ilişki hakkındaki karar çocuğun iradesine bağlı kılınmaz⁶⁹; aksi takdirde çocuğun iradesi, çocuğun yararı ile eş tutulmuş olur; oysa çocuğun iradesi ve çocuğun yararı birbiriyle çelişebilir⁷⁰. Bununla birlikte Federal Mahkeme, bir kararında kişisel ilişki kurma hakkının zorla tespit edilmesinin çocuğun yararına aykırı düşüğünü de ifade etmiştir⁷¹.

Çocuğun iradesi, çocuğun kişisel açıdan önemli olup erişilmek istenen hedef durumlarına yaşına uygun, kararlı ve özerk yönelimi olarak ifade edilmektedir⁷². Çocuğun iradesinin saptanmasında ve kontrol edilmesinde öncelikle iradeye ilişkin temel ölçütlerin gerçekleşmiş olup olmadığı incelenmelidir⁷³: Buna göre çocuk tarafından belirlenmiş fark edilebilir açık bir hedef olmalıdır⁷⁴. Çocuk, bu hedefi belirlemede ısrarlı olmalı ve kararlı bir

⁶⁵ BGE 131 III 553, E. 1.2.2 (557), E. 1.1 (554); BGer 06.08.2013, 5A_473/2013, E. 3.

⁶⁶ BGE 131 III 553, E. 1.2.3 (557); BGer 04.05.2019, 5A_723/2019, E. 5.1 (Pra 110 [2021] Nr. 4).

⁶⁷ BGE 131 III 553, E. 1.2.3 (557); BGer 04.05.2019, 5A_723/2019, E. 5.1 (Pra 110 [2021] Nr. 4).

⁶⁸ BGer 27.06.2016, 5A_404/2015, E. 5.2.2.

⁶⁹ BGer 27.06.2016, 5A_404/2015, E. 5.2.5; BGer 17.10.2014, 5A_719/2013 (Philippe Meier/Thomas Häberli, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Juli bis Oktober 2014, ZKE 2014, s. 523- 524).

⁷⁰ BGer 13.08.2015, 5A_459/2015 (Philippe Meier/Thomas Häberli, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Juli bis Oktober 2015, ZKE 2015, s. 461).

⁷¹ BGer 21.01.2016, 5A_528/2015 (Meier/Häberli, ZKE 2016, s. 222).

⁷² Bkz. Büchler/Enz, s. 918 ve anılan sayfada dipnot 47'de atf yapılan eser; Liselotte Staub, Bedeutung des Kindeswillens und des Persönlichkeitsrechts bei Umgangswiderständen, Der neue Familienprozess, 6. Symposium zum Familienrecht 2011, Zürich 2012, s. 144. Ayrıca konuyla ilgili olarak bkz. Özge Yücel, Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi, *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Aralık 2013, Sayı 2, s. 128 vd.

⁷³ Staub, s. 144.

⁷⁴ Büchler/Enz, s. 918; Staub, s. 144. Staub, hedef belirlemede fark edilebilir açık bir hedef sorusunun yöneltileceğini ifade etmektedir. Mesela çocuk, ayrı yaşayan ana veya babayla iletişimin şekillendirilmesi ve görüşme hakkında düşüncesini söylemekte midir? Veya çeşitli imkânlar arasında hangileri üstün tutulmaktadır?

şekilde bu yöndeki iradesini farklı durumlarda ve çeşitli kişiler karşısında devam ettirmelidir⁷⁵. Nihayetinde çocuğun iradesi, özerk olmalı, çocuğun kendisinden kaynaklanmalıdır⁷⁶. Öğretide gelişim psikolojisi açısından çocukların, halihazırda üç ila dört yaşları arasında özerk ve kararlı bir irade oluşturmak ve dışarıya bildirmek için gerekli bütün sosyal ve psikik yeterlilikleri kazandıkları ifade edilmektedir⁷⁷.

Kişisel ilişki kurma hakkının belirlenmesinde özerk ve kararlı bir irade oluşturabilen çocuğun dinlenilmesi gerekir⁷⁸. Bu bakımdan çocuğun ayırt etme gücüne⁷⁹ sahip olup olmadığına göre ayırım yapılmamalıdır. Ayrıca çocuğun dinlenilip dinlenilmemesi ve ayırt etme gücüne sahip sayılması için belirli yaş sınırları konulmasından kaçınılmalıdır⁸⁰. Öğretide iradesi pek duygusal ve duruma ilişkin şekillenmiş olsa da küçük bir çocuğun da sürece katılımının sağlanması gerektiği ifade edilmektedir⁸¹. Zira duygusal güdüler de akla uygun gerekçelere göre daha az değerli değildir⁸².

Çocuk, velayeti altında bulunmadığı veya kendisine bırakılmadığı ana veya babayla kişisel ilişki kurmayı reddedebilir. Bu noktada kişisel ilişki kurma hakkı belirlenirken çocuğun reddeden tutumunun sebepleri irdelenmelidir. Çocuğun ana veya babaya karşı olumsuz duygu ve kanaatleri, suiistimale uğrama veya şiddet görme gibi bizzat yaşadığı fiili olaylara

⁷⁵ Staub, s. 145; Büchler/Enz, s. 918, 919.

⁷⁶ Büchler/Enz, s. 919; Staub, s. 145.

⁷⁷ Staub, s. 145; Büchler/Enz, s. 919; Sabine Brunner/Heidi Simoni, Alltags- und Beziehungsgestaltung mit getrennten Eltern- Mitbestimmen und Mitwirken von Kindern aus psychologischer Sicht- Trennung und Scheidung: Übergänge im familialen Lebenslauf, FamPra.ch 2011, s. 354.

⁷⁸ Krş. Büchler/Enz, s. 923. Federal Mahkeme yukarıda da anılan 04.05.2019 tarihli kararında çocuklarda özerk irade oluşturma yeteneğinin yaklaşık 12 yaşından itibaren mevcut bulunduğunu ifade etmiştir. BGer 04.05.2019, 5A_723/2019, E. 5.2 (Pra 110 [2021] Nr. 4). Bu yönde BGer 27.06.2016, 5A_404/2015, E. 5.2.5; BGer 13.08.2015, 5A_459/2015 (Meier/Häberli, ZKE 2015, s. 461); BGer 17.10.2014, 5A_719/2013 (Meier/Häberli, ZKE 2014, s. 523- 524).

⁷⁹ Ayırt etme gücü, akla uygun davranma yeteneğini ifade eder. Kişinin muhakemesini ve iradesini ilgilendiren akla uygun davranma yeteneği, iki yeteneğin bulunmasını gerektirir: İlk olarak belirli bir durumu anlama, akla uygun değerlendirme, buna ilişkin bir gerekçe ve bir irade oluşturma yönünde entelektüel yetenek; bunun yanı sıra iradeye uygun davranma yeteneği. Kişi, sadece bir irade oluşturmaya ehil olmamalıdır, bilâkis kendi iradesine göre davranma konumunda da olmalıdır (Andreas Bucher, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Auflage, Basel 2009, N. 60, N. 61). Ayırt etme gücü, soyutlama kabiliyetini gerektirir (Staub, s. 145).

⁸⁰ Büchler/Enz, s. 923, 924; Brunner/Simoni, s. 554, 555.

⁸¹ Krş. Büchler/Enz, s. 919; Brunner/Simoni, s. 557.

⁸² Konu hakkında ayrıca bkz. Akyüz, s. 193 vd.

dayanabilir⁸³. Bu durum, kişisel ilişki kurma hakkının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır⁸⁴. Öğretide böyle bir durumda kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin olarak çeşitli ihtimallerin söz konusu olabileceği ifade edilmektedir⁸⁵: Burada mesela ilgili ana veya babanın terapi görmesini içeren mükellefiyetli bir kişisel ilişki kurma hakkı düşünülebilir veya refakatçiyle birlikte bir kişisel ilişki kurma hakkının belirlenmesi yönüne gidilebilir; fakat çocuğun yararı bağlamında son çare olarak kişisel ilişki kurulmasından tamamen vazgeçilmesi de mümkündür.

Çocuğun kişisel ilişkiyi reddeden tutumu, ana baba arasındaki çekişmeden de kaynaklanabilir⁸⁶. Burada çocuk, velayeti altında bulunduğu veya kendisine bırakıldığı ana veya babanın yanında yer alarak karşı taraf aleyhine bir tavır takınabilir⁸⁷. Keza çocuk, kişisel ilişkiyi, velayeti altında bulunduğu veya kendisine bırakıldığı ana veya babanın yönlendirmesi sonucu reddedebilir⁸⁸. Fakat yine de çocuğun iradesi, çocuğun kişiliğinin parçası olarak kişisel ilişki kurma hakkının belirlenmesinde göz ardı edilmemelidir⁸⁹. Ancak bu ihtimalde çocuğun yararı, çocuğun yönlendirilmiş iradesine karşı bir kişisel ilişki kurma hakkının belirlenmesini gerektirebilir⁹⁰; nitekim Federal Mahkeme bu yönde çocuğun kişisel ilişkiyi reddeden tutumunun esasen kendisine bırakıldığı kişiden etkilenmesi halinde kişisel ilişkiye ilişkin bir düzenlemenin her şeyden önce sadece çocuğun iradesine bağlı olmayacağını ifade etmiştir⁹¹. Bununla birlikte burada da çocuğu koruyucu tedbirler alınmalıdır⁹². Diğer taraftan kişisel ilişkiyi reddetmesine rağmen çocuğun ana babanın her ikisiyle de görüşmesinin onun gelişimi bakımından taşıdığı önem, kişisel ilişki kurma hakkının yargı uygulamasında alışıldığı şekilde olmasa da asgari düzeyde belirlenmesini haklı kılabılır⁹³.

⁸³ Büchler/Enz, s. 919, 920.

⁸⁴ Büchler/Enz, s. 920; Büchler, Art. 273 N. 20; Schwenger/Cottier, Art. 273 N. 11, Art. 274 N. 11.

⁸⁵ Büchler/Enz, s. 920.

⁸⁶ Büchler/Enz, s. 922; Büchler, Art. 273 N. 25; Schwenger/Cottier, Art. 273 N. 11, Art. 274 N. 12.

⁸⁷ Liselotte Staub, Kontaktwiderstände des Kindes nach der Trennung der Eltern: Ursache, Wirkung und Umgang, ZKE 2010, s. 351 vd.

⁸⁸ Büchler/Enz, s. 920, 921; Büchler, Art. 273 N. 36; ayrıca bkz. Staub, Kontaktwiderstände, s. 355 vd.; Brunner/Simoni, s. 356.

⁸⁹ Büchler/Enz, s. 921.

⁹⁰ Krş. Büchler/Enz, s. 921 vd.

⁹¹ BGer 22.11.2017, 5A_522/2017, E. 4.6.3.

⁹² Krş. Büchler/Enz, s. 922.

⁹³ Krş. Büchler, Art. 273 N. 34; BGer 21.02.2007, 5C. 298/2006 (FamPra.ch 2007, s. 713 vd.).

V. Kişisel İlişki Kurma Hakkının Gerçekleştirilmesi

1. Çocuğun İradesinin Dikkate Alınması

Çocuğun iradesi, sadece kişisel ilişki kurma hakkının belirlenmesinde değil, aynı zamanda kişisel ilişkinin gerçekleştirilmesi sırasında da göz önünde bulundurulmalıdır⁹⁴. Burada çocuğun iradesine karşı kişisel ilişki kurma hakkının gerçekleştirilmesi konusu önem taşımaktadır⁹⁵. Çocuk, ana veya babayla görüşmeyi ya da iletişimi ciddi şekilde reddediyorsa, buna zorlanmaması gerekir⁹⁶. Burada da çocuğun reddeden tutumunun sebepleri irdelenmelidir. Keza çocuğun reddeden tutumunun sebebi, çocuğun yönlendirilmiş iradesi olsa da kişisel ilişkinin zorla yerine getirilmesinden kaçınılmalıdır⁹⁷. Zira daha önce de ifade edildiği gibi çocuk, kişisel ilişki kurma hakkına sahip ana veya babayla bir araya gelmeyi ciddi şekilde reddettiği sürece kişisel ilişki kurma hakkının çocuğun yararına gerçekleştirilmesi esasen mümkün değildir⁹⁸. Bu yönde özellikle ayırt etme gücüne sahip çocuğun iradesine karşı kişisel ilişki kurma hakkı zorla gerçekleştirilmemelidir⁹⁹. Böyle bir tutum, çocuğun kişilik hakkına aykırı olduğu gibi kişisel ilişki kurma hakkının amacıyla da bağdaşmaz¹⁰⁰. Ancak şüphesiz ki çocuğun ana babanın her ikisiyle de bir ilişki kurması ve bu ilişkinin korunması, kişilik gelişimi için merkezi öneme sahiptir¹⁰¹. Bu itibarla çocuğun kişisel ilişkiyi reddeden tutumunun sebepleri de göz önünde bulundurularak uygun tedbirlerle çocuğun kişisel ilişki kurmaya rıza göstermesi için gerekli şartların sağlanması yönünde çaba gösterilmelidir¹⁰². Ayrıca çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkına sahip ana veya baba arasında

⁹⁴ Büchler/Enz, s. 924; Schwenger/Cottier, Art. 273 N. 11.

⁹⁵ Schwenger/Cottier, Art. 274 N. 13; Büchler, Art. 274 N. 10, N. 11; Büchler/Enz, s. 924 vd.

⁹⁶ Ayrıca bkz. Yılmaz, s. 135.

⁹⁷ Bu konuda ayrıca bkz. Serdar, s. 772.

⁹⁸ Schwenger/Cottier, Art. 274 N. 13; Büchler/Enz, s. 925; Büchler, Art. 274 N. 11; Liselotte Staub/Gisela Kilde, Erinnerungskontakte bei urteilsfähigen Kindern aus psychologischer und juristischer Sicht, ZBJV 2013, s. 935 vd.; BGer 23.05.2013, 5A_120/2013 (Häberli, ZKE 2013, 260- 261); Serdar, s. 771.

⁹⁹ Büchler, Art. 274 N. 11; Schwenger/Cottier, Art. 273 N. 11; BGer 13.08.2015, 5A_459/2015 (Meier/Häberli, ZKE 2015, s. 462).

¹⁰⁰ Büchler, Art. 274 N. 11; Schwenger/Cottier, Art. 273 N. 11; BGer 13.08.2015, 5A_459/2015 (Meier/Häberli, ZKE 2015, s. 462); Öztan, s. 791.

¹⁰¹ Schwenger/Cottier, Art. 273 N. 11. Federal Mahkeme bu yönde çocuk psikolojisi verilerine atfla ana babanın her ikisiyle de ilişkisinin çocuğun gelişiminde, özellikle kimliğini bulmasında belirleyici bir rol oynayabildiğini ifade etmiştir. Özellikle erkek çocuklarında özdeşlik kurabileceği bir baba figürüne yönelme imkânı, erkekliğin gelişimi bakımından büyük önem taşır (BGer 27.06.2016, 5A_404/2015, E. 5.2.5).

¹⁰² Krş. Schwenger/Cottier, Art. 273 N. 11; ayrıca bkz. Serdar, s. 771- 772.

doğrudan görüşmenin dışında telefon, mektup vb. diğer iletişim biçimleri de söz konusu olabilir¹⁰³.

Öğretide, özellikle çocuk psikolojisi ve psikiyatrisi uzmanları arasında çocuğun kişisel ilişkiyi sürekli olarak reddettiği hallerde çocuğun yararı dikkate alınarak farklı görüşme yöntemleri önerilmektedir. Mesela önerilen görüşme yöntemlerinden hatırlatma görüşmeleri¹⁰⁴ olarak ifade edilebilecek görüşmelerde çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkına sahip ana veya baba, yılda birkaç kere üçüncü bir kişinin nezdinde (mesela kayyım) bir araya gelmekte, birbirini hakkında bilgi edinmektedir. Bu suretle kişisel ilişki kurma hakkına sahip ana veya baba ve çocuk arasındaki ilişkinin tamamen kesilmesinin önlenmesi amaçlanır. Bu görüşmeler, ilke olarak on sekiz yaşına kadar öngörülür¹⁰⁵.

2. İcra ve İflâs Kanununun 25/a ve 25/b Hükümleri

Türk hukukunda çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesi (icrası), İcra ve İflâs Kanununun 25/a ve 25/b maddeleri çerçevesinde düzenlenmiştir¹⁰⁶. İİK m. 25/a hükmünde ana ve baba, “alacaklı ve borçlu” olarak ifade edilmiştir¹⁰⁷. Anılan maddeye göre çocukla

¹⁰³ Krş. Schwenzer/Cottier, Art. 274 N. 16; Serdar, s. 771.

¹⁰⁴ Konu hakkında bkz. Schwenzer/Cottier, Art. 273 N. 11; Büchler/Enz, s. 934 vd; Büchler, Art. 273 N. 37; Staub/Kilde, s. 937 vd.; ayrıca bkz. Joseph Salzgeber/Joachim Schreiner, Kontakt- und Betreuungsmodelle nach Trennung und Scheidung, FamPra.ch 2014, s. 88 vd.

¹⁰⁵ Federal Mahkeme, ayırt etme gücüne sahip çocukların açık iradesi karşısında hatırlatma görüşmelerini düzenlemekten vazgeçen kanton mahkemesinin bu konudaki takdirini federal hukuka aykırı bulmamıştır (BGer 16.02.2021, 5A_647/2020; ius.focus, Mai 2021 Heft 5).

¹⁰⁶ Bu konuda bkz. Güven, s. 124 vd.; İbrahim Özbay, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası (İİK m. 25/a ve İİK m. 25/b), e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Şubat 2009- Sayı 4; Ömer Mavi, İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcra Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu, TBB Dergisi, Sayı 74, 2008, s. 269 vd.; Serdar, s. 768 vd.

¹⁰⁷ Kişisel ilişkinin gerçekleştirilmesi sırasında çocuk, doğrudan görüşmede kural olarak kişisel ilişki kurma hakkına sahip kişi tarafından bulunduğu yerden alınır ve geri getirilir. Kişisel ilişkinin böyle “aranacak borç” gibi şekillendirilmesi, borçlar hukukuna ilişkin isabetsiz bir düşünce tarzının kalıntısı olarak öğretilde eleştirilmiştir. Bu hususta bkz. Rolf Vetterli, FamKomm, Scheidung, 3. Auflage, Bern 2017, Art. 176 N. 10. İcra ve İflâs Kanunundaki düzenleme de büyük bir ihtimalle aynı düşüncenin bir yansıması olarak değerlendirilebilir. Bu konuda ayrıca bkz. Serozan, III § 5 N. 102. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 19.03.1984 tarihli ve E. 1984/638, K. 1984/3162 sayılı kararında şu ifadelere yer vermiştir: “...Borçlar Kanununun 73. maddesinin 3 numaralı bendinde açıklandığı gibi anılan maddenin 1 ve 2 numaralı bentleri dışında kalan borçların borçlunun bulunduğu yerde itfa zorunluluğu vardır. Hal böyle olunca çocuğun nezdinde bulunduğu ana veya babadan alınıp diğer tarafa teslim işleminin çocuğun ve borçlu kişinin bulunduğu yerde gerçekleşmesi gerekir...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 13.05.2021).

kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmın yerine getirilmesi talebi üzerine icra müdürü, küçüğün ilâm hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla kişisel ilişkide bulunmasına engel olunmamasını; aksi halde ilâm hükmünün zorla yerine getirileceğini “borçluya” 24. maddede yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ eder. Burada atıf yapılan 24. madde ise “taşınır teslimine” ilişkin ilâmların icrasıyla ilgilidir. İİK m. 25/a hükmünde kullanılan terminoloji, günümüzün çocuğun kişiliğine önem veren anlayışına ters düşmektedir¹⁰⁸. Diğer taraftan İİK m. 25/a, f. 2 hükmüne göre borçlu, tebliğ edilen icra emrini tutmazsa ilâm hükmü zorla yerine getirilir^{109 110}. İcra ve İflâs Kanununa 17 Temmuz 2003 tarihli ve 4949 sayılı Kanunla eklenen 25/b maddesinde ise çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasının, icra müdürü ile birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu¹¹¹ tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagoğ, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulunması suretiyle yerine getirileceği öngörülmüştür¹¹².

¹⁰⁸ İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliğinin icra ve iflas işleri için kullanılması zorunlu basılı kağıtları düzenleyen 19. maddesinde çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin icra emri hakkında Örnek No. 3’e işaret edilmiştir. Sözü edilen örnek belgede de ana ve baba, “alacaklı ve borçlu” olarak ifade edilmektedir.

¹⁰⁹ İcra müdürünün çocuğun velayetine sahip veya çocuğun kendisine bırakıldığı kişiye karşı zor kullanma yetkisine sahip olduğu yönünde Güven, s. 138; ayrıca bkz. Serdar, s. 773. Ancak bu yetkiye son çare olarak ve ölçülülük ilkesine dikkat edilerek başvurulmalıdır (Güven, s. 138). Çocuğa karşı zor kullanılamayacağı yönünde Güven, s. 138; Serdar, s. 772-773. Çocuk teslimiyle ilgili olarak İİK. m. 25 çerçevesinde Serozan’a göre direnen çocuğa karşı zor kullanmada ölçülülük ilkesinin sınırlamaları, çocuğun üstün yararını koruma gereği daha sıkı tutulmalıdır ve çocuğa karşı zor kullanma son çare olmalıdır (III § 5 N. 102). Bize göre çocuğa karşı hiçbir şekilde zor kullanılmamalıdır. Diğer taraftan çocuğun yanında bulunduğu kişiye karşı doğrudan zor kullanılması da kişisel ilişkinin anlamı ve amacıyla bağdaşmaz (Krş. Schwenger/Cottier, Art. 275 N. 18, N. 19).

¹¹⁰ İİK m. 25/a hükmü çerçevesinde düzenlenen icra emrinde ilâm hükmüne aykırı hareketin 341. maddedeki cezayı müstelzim olduğu da yazılır. İİK m. 25/a, f. 2 uyarınca borçlu alacaklının şikâyeti üzerine ayrıca 341. maddeye göre cezalandırılır. İİK m. 341 hükmünde ceza olarak altı aya kadar tazyik hapsi öngörülmüştür.

¹¹¹ Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu, 2011 yılında 633 sayılı KHK ile Aile ve Sosyal Politikalar (Aile ve Sosyal Hizmetler) Bakanlığının kurulmasından sonra Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü olarak faaliyetlerini sürdürmektedir. Ayrıca bkz. Güven, s. 151, dn. 488.

¹¹² İİK m. 25/b hükmüyle ilgili değişikliği öngören 4949 sayılı Kanunun genel gerekçesine göre çocuğun, ülkemizin de taraf olduğu Çocuk Hakları Sözleşmesinde öngörülen yüksek yararının gözetilmesi ve 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 Sözleşmenin 9. maddesi uyarınca taraf devletlerin saygı gösterecekleri esasına uyum sağlanması amacıyla, çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasında icra müdürünün yanında bir uzmanın hazır bulundurulması zorunluluğu getirilerek çocuğun psikolojik ve rahatsız edici

İcra ve İflâs Kanunundaki düzenleme, çocuğun yararını olumsuz etkileyebilecek bir uygulamaya yol açabilecek niteliktedir¹¹³. Zira çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesi sırasında uzman bulundurulmasını öngören 25/b maddesi hükmünün dışında çocuğu koruyucu bir tedbire yer verilmemiştir. Bu yönde mesela mahkeme kararının yerine getirilmesi sırasında çocuğun şiddetle direnmesi halinde icra müdürü tarafından mahkeme kararının yerine getirilmesinin ertelenmesi gibi bir imkân, İcra ve İflâs Kanununda ve ilgili Yönetmelikte öngörülmemiştir¹¹⁴. Nitekim Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 09.06.2009 tarihli ve E. 2009/4318, K. 2009/12326 sayılı kararında “icra müdürlüğünce, ilâmın icrası sırasında, infazın çocuk psikolojisi açısından olumsuzluğuna değinen uzman beyanı dikkate alınarak çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmın yerine getirilmemesinin yasaya aykırı olduğu” sonucuna varmıştır¹¹⁵. Anılan kararda uzmanın görevi, mahkeme kararının yerine getirilmesi sırasında yalnızca çocuğa psikolojik yardımda bulunmak olarak ifade edilmiştir. Bu noktada işaret etmek gerekir ki benzer bir düzenlemeyi içeren Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanunda¹¹⁶, mahkeme kararının yerine getirilmesinin, çocuğun fiziksel ve duygusal yönden gelişimini ağır bir tehlike altında bırakacağına uzman tarafından tespit edilmesi durumunda, icra müdürü tarafından, talep üzerine veya resen söz konusu tehlike ortadan kalkıncaya kadar icranın erteleneceği öngörülmüştür (m. 22)¹¹⁷.

Aslında çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gerçekleştirilmesi meselesinin, İcra ve İflas Kanunu dışında düzenlenmesi

unsurlardan etkilenmesinin önlenmesi amaçlanmıştır. İİK m. 25/b hükmüne ilişkin gerekçe de bu yöndedir. Gerekçe için bkz. TBMM, 22. Dönem, 1. Yasama Yılı, 108. Birleşim, S. Sayısı: 225 (www.tbmm.gov.tr).

¹¹³ Bu konuda ayrıca bkz. Güven, s. 137 vd.; Serdar, s. 769 vd.

¹¹⁴ Bu konuda ayrıca bkz. Güven, s. 157- 158, 215 vd. Böyle bir ertelemeye gidilmesi halinde mahkemeye başvurulmak suretiyle çocukla kişisel ilişkinin kurulmasına ilişkin kararın yeniden gözden geçirilerek kişisel ilişki kurma hakkının içeriğinin değiştirilmesi sağlanabilir. Bu yönde mesela çocuğun güvendiği kişi eşliğinde bir kişisel ilişki belirlenebilir. Refakatçi eşliğinde kişisel ilişki kurma hakkının belirlenmesinde TMK m. 346 hükmünden yararlanılabilir. Bu hususta bkz. ve krş. Schwenzer/Cottier, Art. 273 N. 25; Serdar, s. 777, dn. 141. Konu bağlamında bkz. Y. 2. HD. E. 2019/5808, K. 2019/11366, K.T. 13.11.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 13.05. 2021). Belirtmek gerekir ki 08.03.2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlemesine Dair Kanun kapsamında şiddet uygulayanlar hakkında çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması yönünde yargıç tarafından önleyici tedbir kararı verilebileceği öngörülmüştür (m. 5, f. 1/ ç).

¹¹⁵ Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim tarihi: 13.05.2021.

¹¹⁶ 22.11.2007 tarihli ve 5717 sayılı Kanun (RG. 04.12.2007, S. 26720).

¹¹⁷ Bu konuda bkz. Güven, s. 140 vd., 150; Mavi, s. 275 vd., 276, dn. 15.

gerektiği görüşüdeyiz^{118 119}. Bu düzenlemede çocuğun yararı ile birlikte çocuğun iradesini de dikkate alan bir bakış açısıyla hareket edilmelidir. Burada kişisel ilişki kurma hakkının gerçekleştirilmesine yönelik olarak ana ve babanın çocukla birlikte uzlaştırılması temelinde disiplinler arası (hukuk, psikoloji, pedagoji, sosyal hizmetler) özel bir teşkilatlanmaya gidilmelidir. Mesela 9 Ocak 2003 tarihli ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunda bu yönde bir düzenleme yapılması suretiyle çocukla kişisel ilişki kurulmasının gerçekleştirilmesine ilişkin olarak sözü edilen teşkilatlanma, aile mahkemeleri bünyesinde oluşturulabilir.

VI. Sonuç

Çocuk hukukunda çocukla ilgili alınması gereken bütün kararlarda olduğu gibi çocukla kişisel ilişki kurma hakkının belirlenmesinde ve gerçekleştirilmesinde de yönlendirici temel ilke, çocuğun yararadır. Ancak özerk ve kararlı bir irade oluşturabilen çocuğun iradesi de dikkate alınmalıdır. Zira çocuğun kişisel ilişki kurma hakkına sahip ana veya babayla kişisel ilişkiyi reddettiği hallerde kişisel ilişki kurma hakkının çocuğun yararına gerçekleştirilmesi esasen mümkün değildir.

¹¹⁸ Burada Cumhuriyet Halk Partisi Grubu adına Ankara milletvekili Dr. Murat Emir tarafından TBMM'ne sunulan kanun teklifine işaret etmek gerekir. 20 Eylül 2019 tarihinde sunulan bu kanun teklifinde yürürlükteki İcra ve İflâs Kanununun çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hükümleri eleştirilmektedir. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması sürecinin çocuğun duygusal istismara maruz kalmasına kadar uzanan yorucu ve travmatik bir olay olduğu belirtilen genel gerekçede bu sürecin bir icra işlemi olmaktan çıkarılıp, yeniden düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu yönde konunun 03.07.2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda düzenlenmesi teklif edilmektedir. Konu bağlamında ayrıca bkz. Aile Bütünlüğünü Olumsuz Etkileyen Unsurlar ile Boşanma Olaylarının Araştırılması ve Aile Kurumunun Güçlendirilmesi İçin Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, 14 Mayıs 2016 (TBMM, 26. Dönem, 1. Yasama Yılı, S. Sayısı: 399, s. 374- 375).

¹¹⁹ Çocukla kişisel ilişki kurulmasında cebri icra uygulamasını sona erdirmek üzere Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanmış "Mağdur Hakları Kanun Tasarısı" hakkında bkz. Erlüle, 2018, s. 265. Ayrıca bu konuda bkz. Güven, s. 214 vd., 216 vd.; Derya Belgin, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İhlâmların İcrası (İİK m. 25, m. 25/a, m. 25/b), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011, s. 135- 136; Sanem Aksoy Dursun, Çocuk İle Kişisel İlişki Kurma Hakkı ve Uygulamadaki Sorunlar, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması (Editörler: Ashı Makaracı Başak/Seda Öktem Çevik/Gülen Sinem Tek), Ankara 2021, s. 193 vd.; Fatih Alkan, Boşanma Sonrası Ortaya Çıkan Önemli Bir Sorun: Çocukla Kişisel İlişki Kurma (Kurabilme) Hakkı ve Devletin Pozitif Yükümlülükleri, tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/07/1563525442.pdf, s. 18 vd. (Erişim tarihi: 05.06.2021).

Çocuğun iradesinin ortaya çıkarılması için çocuğun dinlenilmesi, diğer bir ifadeyle görüşünün alınması gerekir. Çocuğun dinlenilmesi, çocuğun kişiliğinin bir sonucudur. Bu yönde çocuğun dinlenilmesi de öncelikle çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesini ifade eder; bu sebeptir ki çocuğun dinlenilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması şartı aranmamalıdır¹²⁰.

Türk hukukunda çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını öngören düzenlemede (TMK m. 323- 326), kişisel ilişki kurma hakkının belirlenmesinde çocuğun dinlenilmesi gerektiğine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Gerçi Türk hukukunda bu konuda hüküm içeren BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, onaylanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Keza yargı uygulamasında BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye (m. 12) ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesine (m. 3 ve m. 6) atıfla çocuğun kendisini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ve görüşlerine gereken önemin verilmesi yönündeki yaklaşım tespit edilmektedir. Bu bağlamda anılan hükümlerin (özellikle BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 12. maddesinin) doğrudan uygulanabilir nitelikte hüküm teşkil ettiği yönünde öğreti ve uygulamadaki yaklaşımı da yinelemek gerekir. Bununla birlikte BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin, taraf devletlerin Sözleşmede çocuğa tanınan hakların uygulanması amacıyla gereken her türlü yasal, idari ve diğer önlemleri almalarını öngören 4. maddesinden hareketle, çocuğun dinlenilmesi hususunun ayrıca Türk Medeni Kanunu veya Hukuk Muhakemeleri Kanunu temelinde düzenlenmesi isabetli olacaktır¹²¹.

Aynı şekilde BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede (m. 9/III) ve Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesinde (m. 4/I) ifade edilmiş olmakla birlikte, kişisel ilişki kurma hakkının ana baba ve çocuk yönünden karşılıklı bir hak olduğu hususunun da -kaynak İsviçre Medeni Kanununda olduğu gibi- TMK m. 323 hükmü kapsamında açık düzenlemeye kavuşturulması isabetli olur¹²².

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesi hususu ise İcra ve İflâs Kanunu dışında düzenlenmelidir. Burada kişisel ilişki kurma hakkının gerçekleştirilmesine yönelik olarak ana ve babanın çocukla uzlaştırılması temelinde disiplinler arası özel bir teşkilatlanmaya gidilmelidir. Kanımızca böyle bir teşkilatlanma, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun kapsamında aile mahkemeleri bünyesinde oluşturulabilir.

¹²⁰ Krş. Schweighauser, Art. 298 ZPO N. 8.

¹²¹ Krş. BBl 1994 V 21, dn. 62; ayrıca bkz. Oktay Özdemir, s. 1223- 1224.

¹²² Ayrıca bu konuda bkz. Güven, s. 23, 214; Aksoy Dursun, s. 184, 196.

KISALTMALAR

Abs.	: Absatz
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
Art.	: Artikel
AY	: 07.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
BBl	: Bundesblatt
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	: Bundesgericht
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
Dn.	: Dipnot
E.	: Erwägung
E.	: Esas
FamKomm	: Familien- Kommentar
FamPra.ch	: Die Praxis des Familienrechts
f.	: fıkra
İİK	: 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
Krş.	: Karşılaştırınız
K.T.	: Karar Tarihi
m.	: madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÜHF- HAD:	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Nummer
Pra	: Die Praxis
RG.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SJZ	: Schweizerische Juristen- Zeitung
S. Sayısı	: Sıra Sayısı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TMK	: 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
UN	: United Nations
UNO	: United Nations Organization
vd.	: ve devamı
ZBJV	: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZKE	: Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz
ZPO	: Schweizerisches Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008

KAYNAKÇA

- Aksoy Dursun, S. (2021). Çocuk İle Kişisel İlişki Kurma Hakkı ve Uygulamadaki Sorunlar. Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması (Editörler: Aslı Makaracı Başak/Seda Öktem Çevik/Gülen Sinem Tek). Ankara: Seçkin Yayınevi, 183- 198.
- Akyüz, E. (2013). Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması (3. Baskı). Ankara: Pegem Yayınevi.
- Alkan, F. Boşanma Sonrası Ortaya Çıkan Önemli Bir Sorun: Çocukla Kişisel İlişki Kurma (Kurabilme) Hakkı ve Devletin Pozitif Yükümlülükleri. tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/07/1563525442.pdf, 1- 28 (Erişim tarihi: 05.06.2021).
- Baygın, C. (2010). Soybağı Hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Belgin, D. (2011). Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İllâmların İcrası (İİK m. 25, m. 25/a, m. 25/b) (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Bodenmann, G. ve Rumo- Jungo, A. (2003). Die Anhörung von Kindern aus rechtlicher und psychologischer Sicht. Fampra.ch, 22- 40.
- Bräm, V. (1999). Die Anhörung des Kindes im neuen Scheidungsrecht. AJP, 1568-1573.
- Bräm, V. (1999). Die Anhörung des Kindes aus rechtlicher Sicht. SJZ, 309- 312.
- Brauchli, A. (1982). Das Kindeswohl als Maxime des Rechts. Zürich: Schulthess Verlag.
- Brunner, S. ve Simoni H. (2011). Alltags- und Beziehungsgestaltung mit getrennten Eltern- Mitbestimmen und Mitwirken von Kindern aus psychologischer Sicht- Trennung und Scheidung: Übergänge im familialen Lebenslauf. FamPra.ch, 349- 361.
- Bucher, A. (2009). Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz (4. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Büchler, A. (2017). FamKomm, Scheidung (3. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag.
- Büchler, A. ve Enz, B. V. (2018). Der Persönliche Verkehr- Unter besonderer Berücksichtigung des Kindeswillens. FamPra.ch, 911- 939.
- Demir, R. (2020). Türk Medeni Kanunu'na Göre Çocukla Kişisel İlişki Kurulması. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 25 (Sayı 42), 169- 195.
- Doğan, G. (2007). Çocuk ile Kişisel İlişki Kurabilme Hakkı. Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Yıl Birlikte Çalışma Armağanı, 529- 535.
- Dural, M., Ögüz, T. ve Gümüş, M. A. (2018). Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku (13. Bası). İstanbul: Filiz Kitabevi.

- Erlüle, F. (2018). Yargıtay Kararları Çerçevesinde Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9 (Sayı 2), 259- 284.
- Erlüle, F. (2010). Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması. MÜHF- HAD, Cilt 16 (Sayı 3-4), 217- 248.
- Güven, A. (2016). Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Häberli, T. (2013). Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (März bis Juni 2013). ZKE, 251- 280.
- Hegnauer, C. (1999). Grundriss des Kindesrechts (5. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag.
- Hegnauer, C. (1997). Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band II, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 2. Teilband, Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, 1. Unterteilband, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Kommentar zu Art. 270- 275 ZGB, Bern: Stämpfli Verlag.
- İmamoğlu, S. Hülya (2005). Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 54 (Sayı 1), 165- 190.
- İnan, A. N. (1999). Çocuğun Korunmasında Medenî Kanunumuzun İlkeleri ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede Hak Grupları. Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 703- 720.
- Mavi, Ö. (2008). İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcra Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu. TBB Dergisi (Sayı 74), 269- 281.
- Meier, P. ve Häberli, T. (2016). Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Februar bis April 2016). ZKE 2016, 213- 243.
- Meier, P. ve Häberli, T. (2015). Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Juli bis Oktober 2015). ZKE, 447- 480.
- Meier, P. ve Häberli, T. (2014). Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Juli bis Oktober 2014). ZKE, 514- 550.
- Oktay Özdemir, S. (2009). Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı. Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt II. İstanbul: 1219- 1242.
- Öcal Apaydın, B. ve Hışım, S. (2021). Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı. Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması (Editörler: Aslı Makaracı Başak/Seda Öktem Çevik/Gülen Sinem Tek). Ankara: Seçkin Yayınevi, 285- 323.
- Özbay, İ. (2009). Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası (İİK m. 25/a ve İİK m. 25/b). e- akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Şubat (Sayı 4).

- Öztaş, B. (2015). Aile Hukuku (6. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Salzgeber, J. ve Schreiner, J. (2014). Kontakt- und Betreuungsmodelle nach Trennung und Scheidung. FamPra.ch, 66- 91.
- Schwander, I. (2018). Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456 (6. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Schweighauser, J. (2017). FamKomm, Scheidung (3. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag.
- Schwenzer, I. (1994). Die UN- Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht. AJP, 817- 834.
- Schwenzer, I. ve Cottier, M. (2018). Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456 (6. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Serdar, İ. (2007). Kişisel İlişki Kurma Hakkı. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9 (Özel Sayı),739- 781.
- Serozan, R. (2005). Çocuk Hukuku (2. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Staub, L. (2012). Bedeutung des Kindeswillens und des Persönlichkeitsrechts bei Umgangswiderständen. Der neue Familienprozess, 6. Symposium zum Familienrecht 2011. Zürich: Schulthess Verlag, 141- 161.
- Staub, L. (2010). Kontaktwiderstände des Kindes nach der Trennung der Eltern: Ursache, Wirkung und Umgang. ZKE, 349- 362. (Kontaktwiderstände)
- Staub, L. ve Kilde, G. (2013). Erinnerungskontakte bei urteilsfähigen Kindern aus psychologischer und juristischer Sicht. ZBJV, 934- 954.
- Tschümperlin, U. (1989). Die elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes (Art. 301 bis 303 ZGB). Freiburg: Universitätsverlag.
- Vetterli, R. (2017). FamKomm, Scheidung (3. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag.
- Wolf, S. (1998). Die UNO- Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Kindesrecht. ZBJV, 113- 153.
- Yılmaz, C. (2015). Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması. MHB, Yıl 35 (Sayı 1), 103- 141.
- Yücel, Ö. (2013). Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi. Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık (Sayı 2), 117- 137.

