

İCRA VE İFLAS HUKUKUNDA CANLI HACZİ

*Yrd. Doç. Dr. M. Serhat SARISÖZEN**

ÖZET

İcra ve İflas Kanunu'muzda tüm canlılar, taşınır mallar gibi ele alınarak düzenlenmiştir. Bu çalışmada, kanun koyucunun bu bakış açısına eleştirel bir gözle bakılarak, hayvanların haczi ve muhafazasındaki eksiklere; çocuk teslimine, çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hükümlere değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Canlı Haczi, Hayvan Haczi, Çocuk Teslimi.

ABSTRACT

In Enforcement and Bankruptcy Law, all living things are taken into account just like movable goods. In this article, from a criticizing point of view to the legislator's perspective, the gaps in the distraint and preservation of animals, items on delivery of a child and making a personal relationship with a child are considered.

Keywords: Distraint of Living Things, Distraint of Animal, Delivery of Child.

* Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Maddi hukuk, menkul ve gayrimenkul mal ayrımı yaptıktan sonra, taşınmazlar dışında kalan her şeyi menkul kavramına dahil etmiştir. Bu bağlamda hayvanlar da menkul mal başlığı altında değerlendirilmiştir. İcra ve İflas Hukuku sistemimiz hayvanların haczine imkan tanımış, bu haczin sınırlarını İcra İflas Kanunu ve Hayvanları Koruma Kanunu'yla çizmiştir. İcra İflas Hukuku sistemimiz hayvanları bir eşya olarak değerlendirerek masa, sandalye gibi aynı şekilde hacze konu etmiştir. İlginç olan ise “çocuk” açısından da İcra İflas Kanunumuzun neredeyse aynı kuralları benimsemesidir. Çalışmamızın ilk kısmında hayvan haczini, ve hayvanların muhafazasında nelere dikkat edilmesi gerektiğini İcra ve İflas Kanunu ve Hayvanları Koruma Kanunu'nu göz önüne alarak anlatacağız. Çalışmamızın ikinci kısmında ise İcra ve İflas Kanunumuzun içeriğine uygun şekilde “çocuk haczi”ni inceleyeceğiz. Bu çalışmamızda iki farklı unsur aynı çalışmada ele alarak, eleştirel bir bakış açısıyla İcra ve İflas Kanunu'nun bu sistematığının değişmesine olan arzumuzu da en güçlü seviyede dile getirmeyi amaçladık.

I. İCRA VE İFLAS KANUNU AÇISINDAN HAYVAN HACZİ

A) Genel Olarak

Alacaklının gerek menkul gerekse gayrimenkul tüm malvarlığı hacze konudur. Bu bağlamda hayvanlar da haczin konusunu oluşturur. Bu kuralın istisnasını “haczedilmezlik” oluşturur. Kanun koyucu sosyal düşünceleri dikkate alarak ve özellikle borçlunun ve ailesinin varlığını devam ettirmesi, topluma muhtaç hale gelip toplumsal dengenin bozulmaması için, borçlunun bazı mal ve haklarının haczedilemeyeceğini veya kısmen haczedilemeyeceğini kabul etmiştir¹. Bu bağlamda hacze kabil olmayan hayvanlara ilişkin kurallar hem cüzi hem de külli icrada söz konusudur².

¹ **Kuru Baki**, İcra ve İflas Hukuku, C.1, B.3, İstanbul 1988, s.779; **Kuru Baki**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s.438; **Kuru Baki**, Haczi Caiz Olmayan Şeyler, Makaleler, İstanbul 2006, s.717-718; **Üstündağ Saim**, İcra Hukukunun Esasları, B.8, İstanbul 2004, s.170; **Pekcanitez Hakan/ Atalay Oğuz/ Sungurtekin Özkan Meral/ Özekes Muhammet**, İcra ve İflas Hukuku, B.10, Ankara 2012, s.272.; **Kuru Baki/ Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder**, İcra ve İflas Hukuku, B.27, Ankara 2013, s.267; **Oskay Mustafa/ Koçak Coşkun/ Deynekli Adnan/ Doğan Ayhan**, İİK Şerhi, C.2, Ankara 2007, s.2325; **Berkin Necmeddin**, Haczi Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar, İBD, 1957/5; s.113-124; **Muşul Timuçin**, İcra ve İflas Hukuku B.4, Ankara 2010, s.570 vd; **Ulukapı Ömer**, Haczedilmezlik ve Haczedilmezliğin 4096 sayılı Özelleştirme Kanunu Kapsamındaki Uygulaması, BATİDER, 1995, C.XVIII, S.1, s.137-149; **Uyar Talih**, Haczi Caiz Olmayan Mallar ve Haklar, Recai Seçkin'e Armağan, 1974, s.551-586.

² Karş. **Kuru**, El Kitabı, s.438; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.267; **Kuru**, Caiz Olmayan, s.718; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes**, s.272.

Ana kural doğrultusunda hayvanların haczin konusunu oluşturduğunu ifade ettikten sonra bu kuralın sınırlarını belirleyebilme ve hangi hayvanların haczedilemeyeceğini saptama adına İcra ve İflas Kanunu ve Hayvanları Koruma Kanunu'na bakmak gerekmektedir. İcra ve İflas Kanunu hayvanların haczini düzenlemiş, muhafaza altına alınmasına yönelik hiçbir düzenlemeye yer vermemiştir. Oysa hayvanların muhafazası özellikle hayvanların sağlık koşulları açısından önem arz etmekte olup, muhafaza işleminin diğer menkul malvarlığından ayrı bir şekilde değerlendirilmesi, menkuller gibi hareket edilmemesi gerekmektedir. Hayvanların muhafaza koşullarının nasıl olması gerektiği hakkındaki sınırlı bilgiye –muhafazaya ilişkin doğrudan bir hüküm olmadığından- genel açıklamalardan yola çıkarak, 1.7.2004'ten sonra yürürlüğe giren Hayvanları Koruma Kanunu'nu inceleyerek ulaşabiliyoruz.

B) İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesi Uyarınca Hacze Kabil Olmayan Hayvanlar

İcra ve İflas Kanunu'nun 82.maddesi, tamamı haczedilemeyen mal ve hakları düzenlemiştir. Bu düzenleme sayesinde hangi hayvanların haczedilemeyeceğine, dolayısıyla hangilerinin haczedilebileceğine ilişkin hükümler bulabiliyoruz.

İlk olarak ifade etmeliyiz ki hayvan haczine imkan tanıyan İcra ve İflas Kanunu, hayvanların haczi ve muhafazasında hayvanları korumaya yönelik herhangi bir düzenleme içermemektedir. Haczedilemeyen mallara ilişkin olarak aşağıda anlatacağımız 82.maddenin ilgili fıkraları tamamen ailenin korunması amacıyla konulmuş olup hayvanları korumaya yönelik herhangi bir amaç güdülmemiştir³.

Maddenin 2.fikrası uyarınca “Ekonomik faaliyeti, sermayesinden ziyade bedenî çalışmasına dayanan borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya”; maddenin 3.fikrası uyarınca “Para, kıymetli evrak, altın, gümüş, değerli taş, antika veya süs eşyası gibi kıymetli şeyler hariç olmak üzere borçlu ve aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için lüzumlu eşya; aynı amaçla kullanılan eşyanın birden fazla olması durumunda bunlardan biri” haczedilemez. İcra İflas Kanunu her ne kadar hayvanları eşya gibi hacze konu etse de 4., 5. ve 7. fıkrada ayrıca bir hüküm bulunduğundan 2. ve 3. fıkra doğrultusunda mesleğin sürdürülmesinde gerekli olan hayvanların ya da aynı hayvandan iki tane olması durumunda bunlardan birinin haczedilemeyeceğinden bahsedemeyeceğiz.

Hangi hayvanların haczedilemeyeceğine yönelik olarak 82.maddenin 4.fikrasına bakmamız gerekmektedir. Bu fıkra göre: “*Borçlu çiftçi ise*⁴ kendi-

³ Özçelik Volkan, İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Ankara 2014, s.212.

⁴ Bir tarım arazisini kendisi işleyen veya ortaklıkta –yarırcılıkta- veya kiraya vermek suretiyle işleten kişiler çiftçi sayılır (Kuru, İcra I, s.790; Kuru, El Kitabı, s.442; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.271; Kuru, Caiz Olmayan, s.730); Bir kimsenin çiftçi sayılabilmesi

sinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan arazi ve çift hayvanları ve nakil vasıtaları ve diğer eklenti ve ziraat aletleri; değilse, sanat ve mesleki için lüzumlu olan alet ve edevat ve kitapları ve arabacı, kayıkçı, hamal gibi küçük nakliye erbabının geçimlerini temin eden nakil vasıtaları” haczedilemez.

Öncelikle çift hayvanlarından anlaşılması gereken at, eşek, kısrak, öküz, manda gibi çiftçilikte kullanılan hayvanlar olup, bu hayvanlar borçlunun ziraatı için gerekli olan hayvanlardır⁵. Bunun dışındaki hayvanlar bu fıkra kapsamında haczedilmez değildir, haczedilebilir.

Fıkranın ilk kısmında borçlunun çiftçi olması durumunda ailenin geçimi için gerekli olan çift hayvanlarının haczedilemeyeceği düzenlenmiş olup, icra müdürü ailede yaşayan kişi sayısını da dikkate alarak kaç hayvanın haczedilebileceğini kendisi takdir edecektir. İcra müdürü kaç hayvanın haczedilebileceğini saptarken gerektiğinde bilirkişiden yardım alabilir. Zira icra müdürü herhangi bir şeyin haczedilebilir olup olmadığını takdir ederken alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini gözetmeli ve buna göre takdir yetkisini kullanmalıdır⁶.

Çiftçi olan borçlu, geçimi için zaruri olan arazi üzerinde ipotek tesis etmiş ise, (arazi için) haczedilmezlik iddiası ileri sürülemeyecektir⁷. Burada artık haczedilebilir olanın tarım arazisi olduğunu, ailenin geçimi için gerekli olan arazi ve çift hayvanlarının yine haczedilemeyeceğini ifade etmek isteriz. Buna karşın üzerinde bina inşa edilen ve tarım arazisi olmaktan çıkan yerler için ise hacze-

için kendisinin ve ailesinin ziraatla uğraması zorunlu olmayıp, toprağını ortaklık suretiyle kiraya vermek suretiyle işletenler de asıl uğraşı çiftçilik olmak koşuluyla çiftçi sayılırlar; fakat borçlunun asıl uğraşı çiftçilikten başka bir iş ise ve bu işten elde ettiği gelir, borçlunun ve ailesinin geçimi için yeterli ise borçlu çiftçi sayılmaz ve bu maddeden yararlanamaz (Uyar Talih, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, B.2, C.VI, Ankara, 2006, s.7190-7191; Uyar Talih, İcra Hukukunda Haciz, B.2, Manisa 1990, s.606; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özkes, s.280); “...İİK’nın 82/4. maddesi gereğince borçlu çiftçi ise kendisinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan arazi ve çift hayvanları ve nakil vasıtaları ve diğer eklenti ve ziraat aletleri haczedilemez. Borçlunun bu maddeden yararlanabilmesi için asıl uğraşısının çiftçilik olması gerekir. Yani geçimini çiftçilikle temin etmelidir. Bunun için borçlunun bizzat kendisinin ziraat yapması zorunlu olmayıp tarım arazisini ortakçıya (yarııcıya) vermek suretiyle işletmesi halinde de bu madde uyarınca haczedilmezlik şikayetinde bulunabilir. Asıl işi çiftçilik olan borçlunun yan gelir elde etmek amacıyla yan işler yapması çiftçilik sıfatını ortadan kaldırmadığı gibi örneğin çiftçi olan borçlunun, emekli maaşı alması da çiftçilik vasfını ortadan kaldırmaz. Böyle bir durumda borçlunun kendisi ve ailesinin geçimi için zaruri olan arazinin miktarı haczedilen haczedilmeyen tüm taşınmazları keşif ve bilirkişi incelemesiyle belirlenmeli ve borçlunun elde ettiği ek gelirler de dikkate alınarak hesaplama yapılmalıdır” (12.HD, 2013/15517 E., 2013/23995 K., 25.6.2013 T., Kazancı Hukuk Otomasyonu).

⁵ Kuru, İcra I, s.796; Kuru, El Kitabı, s.442; Kuru, Caiz Olmayan, s.731; Uyar, Şerh V, s.7206; Uyar, Haciz, s.607; Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, İİK 2, s.2341.

⁶ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özkes, s.279.

⁷ Karş. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özkes, s.280.

dilmezlik itirazı kabul edilemeyeceğinden⁸, tarım arazisi olmaktan çıkan yerlerde borçlunun artık çiftçi olduğundan da bahsedilemeyecektir. Bu sebeple hayvan besleyen bu durumdaki borçlunun hayvanları hacze konu edilebilecektir. Burada sadece aşağıda anlatılacak 5. ve 7. fıkra uyarınca hayvanların haczedilip haczedilemeyeceğini değerlendirebiliriz. Bu fıkralardan faydalanma imkanı da yoksa hayvanlar haczedilebilecektir.

Fıkranın ikinci bölümü uyarınca haczedilemeyecek malları tayin edebilmek için sanat ve meslek kavramının teşebbüs kavramından ayırarak kıstasların belirlenmesi gerekir. Bunun için borçlunun yaptığı işte emeğin ya da sermayenin ağırlıklı olup olmadığı araştırılması ve buna göre sonuca varılması gerekir⁹. Bu konuda uyumsuzluk konusu meslekte sermaye ile emeğin karşılıklı oranları tespiti çalışılır ve emeğin değerinin sermayenin değerinden daha fazla olduğu görülürse o işin teşebbüs olmadığı sonucuna ulaşılır¹⁰. Borçlunun faaliyeti meslek olarak nitelendirilirse, bu meslek için gerekli hayvanlar haczedilemez; buna karşılık borçlunun faaliyeti teşebbüs olarak nitelendirilirse teşebbüs için gerekli olan hayvanlar haczedilebilir. Bu kapsamda söz gelimi Büyükkada'da faytonculuk yapan birinin atı haczedilemeyecektir. Zira faytoncunun faaliyeti ticari veya sınai bir teşebbüs olarak değerlendirilemez. Bu sebeple atın haczinin 82.maddenin 4.fıkrası uyarınca mümkün olmadığını ifade edebiliriz¹¹.

⁸ Karş. **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes**, s.280.

⁹ Karş. **Kuru**, İcra I, s.798; **Kuru**, El Kitabı, s.443; **Kuru**, Caiz Olmayan, s.733; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes**, s.280; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.271.

¹⁰ **Uyar**, Şerh V, s.7210-7211; **Uyar**, Haciz, s.608; **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan**, İİK 2, s.2342; "Bir malın haczedilebilirliği yönünden "meslek" ve "teşebbüs" kavramaları birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Borçlunun icra ettiği işte kişisel emek ve faaliyeti ön planda ise bu bir meslektir. Borçlunun yaptığı işte yardımcı iş gücü ve sermaye unsurları ağırlıkta ise teşebbüs söz konusudur. Bu durumda mahkemece, sermaye unsurunun ağır bastığı fabrikada trafonun haczedilmesine dair icra memurunun işleminde yasaya aykırı bir husus bulunmadığından şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken, trafonun fabrikadan sökülmesi halinde faaliyetin durmasına sebebiyet vereceğinden bahisle yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir. SONUÇ: Alacaklının temyiz itirazlarının kabulüyle mahkeme kararının yukarıda yazılı sebeplerle İİK'nın 366 ve ... maddeleri uyarınca (BOZULMASINA) ..." (12.HD, 2013/15517 E., 2013/23995 K., 25.6.2013 T., Kazancı Hukuk Otomasyonu); Ayrıca bkz. 12.HD, 1987/8499 E., 1988/5810 K., 2.5.1988 T. (**Uyar**, Şerh V, s.7217; **Uyar**, Haciz, s.633); Bazı uğraşlar hem meslek hem de teşebbüs olarak değerlendirilebilir. Örneğin kasap hayvanları kendisi kesiyor ve Et Balık Kurumunun kamyonları ile dükkanına teslim ediliyor ve kasaba sadece bunu satmak düşüyorsa burada sermaye unsurunun kasabın şahsi çalışma ve faaliyetine üstün tutulması sebebiyle kasabın bir meslek olarak vasıflandırılmaması gerekir; buna karşın kasap etlik hayvanı kendisi tedarik edip kendisi kesiyor ve dükkanda satıyorsa onun faaliyeti sermaye unsuruna nazaran ön planda tutulduğundan bir meslektir (**Kuru**, Caiz Olmayan, s.734).

¹¹ Yine faytoncu küçük nakliye erbabı olarak değerlendirilecek ve faytoncunun at arabası da hacze konu edilemeyecektir.

82.maddenin 5.fıkrası uyarınca: “*Borçlu ve ailesinin idareleri için lüzumlu ise borçlunun tercih edeceği bir süt veren mandası veya ineği veyahut üç keçi veya koyunu ve bunların üç aylık yem ve yataklıkları*” haczedilemez. “Yataklık” kavramından anlaşılması gereken hayvanların altlarına serilen ot, saman gibi şeyler olup; ahır, ağıl, mandıra bu kavramın içine girmez¹².

5.fıkra kapsamında sayılanların haczedilemez sayılabilmesi için borçlunun çiftçi olması gerekmez¹³. Hayvan sahibi olan borçluların çiftçilik yapmamaları durumunda bu fıkra uyarınca bir büyükbaş veya üç küçükbaş hayvan ve bunların üç aylık yemleri borçluda bırakılacaktır. Borçluya süt vermekten başka tür yarar sağlayan örneğin eti ve yünü için beslediği koyun veya keçisi ise haczedilebilir¹⁴. Kanun koyucu hangi hayvanların haczedileceği konusunda icra müdürüne yetki tanımamış, bu konudaki seçim hakkını borçluya bırakmıştır. Savunulan bir görüşe göre borçlunun buradaki seçim hakkı hayvan türü bakımından olup, borçlunun birden çok ineği varsa, hangi ineğin kendisine bırakılacağını tespit etmek, borçluya değil icra memuruna ait bir iştir¹⁵. Kanaatimizce kanun koyucunun “borçlunun tercih edeceği” ifadesini geniş yorumlamak gerekir. Burada bir kısıtlamaya gidilmeksizin borçlu hem hayvan türünü hem de hangi üç keçisini veya bir ineğini kendinde tutma konusunda seçim hakkına sahiptir.

Kümes hayvanları yukarıdaki (5.) fıkra uyarınca haczedilebilirse de 7. fıkra uyarınca kümes hayvanlarının haczedilememesi gündeme gelecektir¹⁶. 82.maddenin 7.fıkrası uyarınca: “*Geçimi hayvan yetiştirmeye münhasır olan borçlunun kendisi ve ailesinin maişetleri için zaruri olan miktarı (zorunlu olan miktarda hayvan) ve bu hayvanların üç aylık yem ve yataklıkları*” haczedilemeyecektir. Burada hayvan yetiştiriciliğinin borçlunun diğer faaliyetlerine göre daha üstün bir nitelik taşıması gerekir¹⁷.

¹² Uyar, Şerh V, s.7226; “...İİK`nin 82. maddesinin 7. bendinde açıkça belirtildiği gibi; *geçimi hayvan yetiştiriciliğine münhasır olan borçlunun kendisi ve ailesinin maişetleri için zaruri olan miktarda hayvanları ve bunların üç aylık yem ve yataklıkları haczedilemez*. Hayvan miktarı borçlunun ve ailesinin maişetleriyle, yem ve yataklık miktarı ise, bu suretle tefrik edilecek hayvanların üç aylık ihtiyaçları ile kayıtlanmıştır. Yataklık, hayvanların altlarına serilen ot ve saman ve bazı yerlerde gübre gibi şeylerdir. Yataklık miktarının hayvanların üç aylık ihtiyaçlarıyla tahdit edilmesi de bunu gösterir. Ahır, ağıl, mandıra ilh, gibi gayrimenkulün mütemmim cüz`ü veya teferruatı niteliğini haiz mahaller bu tabirin şumulü dışında kalır. Bu esaslar gözönünde bulundurulmaksızın karar verilmesi usul ve kanuna, bozma icaplarına aykırı bulunduğundan son merci kararının İİK`nin 366 ve HUMK`un 428. maddeleri uyarınca bozulmasına 11.10.1965 gününde oybirliğiyle karar verildi...” (12.HD, 1965/10545 E., 1965/11059 K., 11.10.1965 T., Kazancı Hukuk Otomasyonu).

¹³ Kuru, İcra I, s.802; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.272; Uyar, Şerh V, s.7255.

¹⁴ Uyar, Şerh V, s.7225; Uyar, Haciz, s.642.

¹⁵ Kuru, İcra I, s.802; Kuru, Caiz Olmayan, s.738.

¹⁶ Kuru, İcra I, s.802; Kuru, Caiz Olmayan, s.738; Uyar, Şerh V, s.7225.

¹⁷ Uyar, Şerh V, s.7225; Uyar, Haciz, s.647.

82.maddenin 4.fikrasının ilk kısmı hayvan sahibi olan çiftçiler, ikinci kısmı ise yaptığı iş nedeniyle hayvan sahibi olan küçük meslek erbabını düzenlemiştir. 4.fıkra kapsamındaki borçluların yaptıkları iş sebebiyle o hayvanın gücüne ihtiyaçları vardır. Bu hayvanların haczedilememesinin sebebi hayvanların gücünden mahrum kalınacak olunmasıdır. Kanun koyucu bu kişilerin geçimlerinin sağlanması için hayvanın gücünden borçluyu mahrum bırakmamak istemiştir. 7. fıkarda ise borçlu çiftçilik değil hayvancılık yapmaktadır. Bu fıkra uyarınca hayvanın gücünden değil bizzat hayvanın alım satımından, yumurtasından, sütünden, etinden faydalanarak borçlu geçimini sürdürmektedir. Bu bağlamda geçimi hayvan yetiştirmeye münhasır olan borçlunun kendisi ve ailesinin geçimi için gerekli olanı ve bu hayvanların üç aylık yem ve yataklıkları haczedilemeyecektir.

Kanun koyucunun gerek 5. gerekse 7.fıkarda hayvanların yem ve yataklıklarını düşünerek bir kanuni düzenleme yapmış olması hayvanları koruma düşüncesinden çok ailenin ihtiyaçlarının karşılanması bakımından konulmuştur. Ayrıca bu hayvanların muhafaza koşullarının belirlenmemiş olması önemli bir eksikliktir.

Yargıtay, borçlunun hayvan yetiştiricisi olup olmadığının ve kendisi ile ailesini geçindirmeye yetecek hayvan miktarının keşif yapılarak saptanmasını istemektedir¹⁸.

82.maddenin 12.fikrası uyarınca: “*Borçlunun haline münasip evi*” haczedilemez. Borçlunun haline münasip olan evi, kendisi ile birlikte yaşayan aile bireyleri nazara alınarak belirlenir. Aile bireyleri kavramına aileyle birlikte yaşayan evcil hayvan (teknik olarak) girmese de esasında aile bireylerinin evcil hayvanla kurdukları bağ sebebiyle, bireyler evcil hayvanı da aile bireylerinden biri gibi görmektedir. Nitekim kurulan manevi bağlar sebebiyle evcil hayvanlar neredeyse insanların çocuğu gibi olmaktadır. Kanaatimizce bu sebeple meskeniyet iddiası durumunda aile bireylerinin durumu icra müdürü tarafından ayrıca değerlendirilmelidir. Zira hayvanlarla kurulan bağdan sonra gerek evcil hayvanın gerekse onunla aynı evi paylaşan insanların birbirinden ayrılması kolay olmayacaktır. Bu kapsamda borçluyla birlikte yaşayan hayvanın evin bahçesine ihtiyacı olup olmadığı icra müdürlüğünce o evin borçlunun “haline münasip ev” olup olmadığı değerlendirirken göz önüne alınmalıdır. İcra müdürü söz gelimi bahçesiz bir evde de yaşanabileceğinden bahisle, bahçeli evin hacze

¹⁸ “...Borçlu İİK'nın 82. maddesinin 7.bendine dayanarak haczedilmezlik şikayetinde bulunduğu göre, borçlunun bu bentte yazılı şekilde yetiştirici olup olmadığı ve bakmakla mükellef olduğu kişiler ve sosyal durumu vesair gelir durumunun tespit edilerek kendisi ve ailesinin geçimi için zaruri nitelikte olup olmadığı deliller toplanıp mahallinde keşif yapıp saptandıktan, yazılı nedenlerle şikayetin reddine karar verilmesi isabetsizdir” 12.HD, 1976/9675 E., 1976/11559 K., 16.11.1976 T (Uyar, Şerh V, s.7231).

kabil bir yer olduğu yönünde karar vermemelidir. Kanaatimizce bu kapsamda icra müdürü hayvanın veteriner hekim tarafından düzenlenen resmi pasaportunu incelemeli, ne kadar süredir aile bireyleriyle evcil hayvanın yaşadığını göz önüne almalı, bu kapsamda sadece meskeniyet iddiasında bulunmak için kötüniyetli olarak evde bulundurulmuş hayvanlara yönelik olarak icra müdürü borçlunun haczedilmezlik talebini kabul etmemelidir.

İİK'nın 82.maddesinin birinci fıkrasının 4, ve 7 no.lu fıkralarında yer alan hayvanlar daha baştan borçluya ait ise ancak o zaman haczedilemez; buna karşılık borçlu bu hayvanları üzerine haciz koydurmak isteyen alacaklıdan satın almış yani borç bu hayvanların satış bedelinden doğmuş ise borçlu, satıcı alacaklıya karşı hayvanların haczedilemeyeceğini ileri süremez. Çünkü 2, 4, 7 ve 12 numaralı bentlerdeki istisna borcun bu eşya bedelinden doğmaması haline münhasırdır fakat borçlunun bu bentlerde sayılan bir malın haczedilemeyeceğini ileri sürememesi için, borcun bu eşya bedelinden doğmuş olması gerekir¹⁹. Borç hayvanın satış bedelinden doğmuş değilse, borçlu alacaklıdan ödünç aldığı para ile o hayvanı satın almış olsa bile, alacaklı o hayvanı haczettiremez, yani borçlu o hayvanın haczedilemeyeceğini ileri sürebilir.

Yukarıda 4 ve 7 numaralı başlıklar altında haczedilemez oldukları açıklanan hayvanların kıymetinin fazla olması (örneğin atın çok pahalı bir Arap atı olması) durumunda bu hayvanların bedelinden borçlunun haline münasip kısmı, ihtiyacını karşılayabilmesi amacıyla borçluya bırakılmak üzere bu hayvanlar haczedilir²⁰.

82.maddenin son cümlesine göre: “*İcra memuru, haczi talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığını değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir*”. Haczedilmezlik konusunda karar verecek olan kişi icra müdürü olup, icra müdürünün bu konudaki kararına karşı şikayet yoluna başvurulabilir²¹. Şikayet süresi, haczin öğrenildiği tarihten itibaren başlar ve 7 gündür. Şikayet 7 günlük süreye tabi olmakla birlikte, borçlunun izni olmaksızın, borçluya çok gerekli bir hayvanın haczedilmesi durumunda kamu düzeni gerekçesi ile şikayet süresizdir²².

¹⁹ Bkz. **Kuru**, İcra I, s.824; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.274; **Uyar**, Şerh V, s.7285; **Uyar**, Haciz, s.692.

²⁰ Karş. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.274.

²¹ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes**, s.272; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.278; **Uyar**, Şerh V, s.7292; **Uyar**, Haciz, s.717; **Kuru**, Caiz Olmayan, s.761; **Akkaya Tolga**, İcra Memurunun Haczedilmezlik Kurallarını Kendiliğinden Dikkate Alıp Alamayacağı Sorunu, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C.2, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Y.2009, İzmir 2010, s.846.

²² Karş. **Pekcanitez Hakan**, İcra ve İflas Hukukunda Şikayet, Ankara 1986, s.85; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes**, s.133; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.72.

C) İcra ve İflas Kanunu'nun 83. maddesinin (B) Bendi Uyarınca Yavrulu Hayvanların Haczi

Taşınmaz rehni kapsamındaki eklentilerin haczini düzenleyen 83/c'den bir önceki madde yavrulu hayvanların haczini düzenlemiştir. Kanun koyucunun sistematiğine bakıldığında hayvanın yavrusu ile taşınmazın rehni aynı şekilde kaleme alınmıştır. Nitekim 83/c uyarınca “taşınmaz rehni ipotek akit tablosunda sayılı bulunan eklenti taşınmazdan ayrı olarak haczedilemez” iken; 83/b uyarınca “hayvan hacizlerinde, anaları tarafından beslenme ve bakılmaya muhtaç olan yavrular analarından ayrı haczedilemeyecekleri gibi bunların anaları da yavrularından ayrı haczedilemezler”.

Kanun koyucunun sistematik olarak hayvanları eşya olarak ele alıp düzenlemiş olmasına eleştirek de yine de 1965 yılında 538 sayılı Kanun'la yapılan eklemenin yerinde bir düzenleme olduğunu söylemeliyiz. Zira burada anneleri tarafından beslenme ve bakılmaya muhtaç olan yavrular annelerinden ayrı, anneleri de yavrularından ayrı haczedilemeyecektir. Kanun koyucu yavru hayvanın haczini tümüyle yasaklamamış, aksine anneleriyle birlikte haczedilmelerine imkan tanımıştır.

İnsani düşüncelerle kabul edildiği ifade edilen bu maddede, hayvan hacizlerinde, annelerinin bakımına gereksinime duyan yani henüz süt emen yavrular “ekleni” sayılmıştır²³. Bu hükmün uygulanması ile annelerinin yanında 1-2 ay içinde değeri birkaç kat artacak yavrular ahırda beslenerek annelerinden ayrı olarak haczedilip satılamayacaktır²⁴. Bu sayede borçlunun menfaatinin ihlal edilmemesi hedeflenmiştir²⁵.

II. HAYVANLARI KORUMA KANUNU AÇISINDAN HAYVAN HACZİ

İcra ve İflas Kanunu'nun haczedilemeyen mal ve hakları düzenleyen 82.maddesine ilaveten maddi hukuka göre başkasına devredilemeyen mal ve haklar da haczedilemeyecektir. Buna karşılık tarafların kendi aralarında sözleşme ile bir malın devrini yasaklamaları, hacze engel değildir²⁶.

İİK'da sayılan 13 bent dışında özel kanunlarda da haczedilemeyeceği belirtilen mal ve hakların da haczi mümkün değildir. Örneğin Hayvanları Koruma

²³ Uyar, Haciz, s.293; Uyar, Şerh V, s.7448.

²⁴ Yargıtay, borçluya ait iki adet ineğin haczedilmesi durumunda bu ineklere ait olduğu kanıtlanan iki adet yavrunun da anneleriyle birlikte haczedilmiş sayılacağına hükmetmiştir (21.HD, 2001/831 E., 2001/992 K., 12.2.2001 T. (Uyar, Şerh V, s.7448-7449).

²⁵ Bir takip prosedüründe, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin kurulması gereği, temelini doğal insan haklarından ve evrensel ilkelerden alır (Çiftçi Pınar, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010, s.383); Kanun koyucu, alacaklı ve borçlu arasında menfaat dengesini kurarken özel bir denge gözetmeye çalışmıştır (Özekes, İlkeler, s.37; Çiftçi, s.3 vd).

²⁶ Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes, s.272.

Kanunu özel hükümler içermektedir. HKK'nın 5. Maddenin 5. fıkrasına göre "Ticari amaç güdülmeyen ev bahçesi içerisinde bakılan ev ve süs hayvanları sahiplerinin borcundan dolayı haczedilemezler." Hayvanları Koruma Kanunu m.3/1'da "Ev ve Süs Hayvanı" tanımlanmıştır. Buna göre "Ev ve süs hayvanı: İnsan tarafından özellikle evde, işyerlerinde ya da arazisinde özel zevk ve refakat amacıyla muhafaza edilen veya edilmesi tasarlanan bakımı ve sorumluluğu sahiplerince üstlenilen her türlü hayvanı" ifade eder.

Hayvanları Koruma Kanunu'nun 5.maddesinin 5.fıkrasında ev ve süs hayvanlarının haczi yasaklanmıştır. "Cezalar" başlıklı HKK m.28/b uyarınca "5'inci maddenin birinci, ikinci, üçüncü ve altıncı fıkralarında öngörülen hayvanların sahiplenilmesi ve bakımı ile ilgili yasaklara ve yükümlülüklere uymayan ve alınması gereken önlemleri almayanlara hayvan başına elli TL, yedinci fıkrasında öngörülen yükümlülük ve yasaklara uymayanlara hayvan başına 150 TL idarî para cezası" öngörülmüştür. Görüleceği gibi kanun koyucu maddenin 1, 2, 3 ve 6. fıkralarına cezai müeyyide bağlamış, buna karşın ev ve süs hayvanlarının haczine ilişkin 5.fıkraya ise herhangi bir cezai müeyyide bağlamamıştır. Fıkranın ihlali yani ev ve süs hayvanının haczi durumunda yapılması gereken haczedilmezlik itirazında bulunmaktır. Burada 7 günlük şikayet süresinin geçerli olmayacağını, şikayetin süresiz olduğunu ifade etmeliyiz. Çünkü bu şekilde yapılacak bir haciz kanunun emredici hükmüne aykırı olacak, kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir. Kanun emredici bir düzenleme içermeseydi bile hayvan ve sahipleri arasında kurulan bağ dikkate alınarak ve çoğu hayvan sahibinin hayvanları çocukları gibi benimsedikleri göz önüne alındığında yine kamu düzenine aykırılık teşkil edecek ve bu şekilde yapılan bir haciz süresiz şikayete konu olabilecekti.

Ticari amaç güdülen ev ve süs hayvanları ise haczedilebilecektir. Bu bağlamda evcil hayvan satışı yapan bir dükkanın borcundan dolayı alacaklıları, ev ve süs hayvanlarını haczedebilir, muhafaza altına alabilir.

III. HAYVANLARIN MUHAFAZA ALTINA ALINMASI

Haczi caiz olan hayvanlar eşyalar gibi muhafaza altına alınacaktır. Bununla birlikte hayvanlar muhafaza altına alınırken Hayvanları Koruma Kanunu dikkate alınmalıdır. Hayvanları Koruma Kanunu'nun amacını düzenleyen 1.maddesine göre: "Bu Kanunun amacı; hayvanların rahat yaşamlarını ve hayvanlara iyi ve uygun muamele edilmesini temin etmek, hayvanların acı, ıstırap ve eziyet çekmelerine karşı en iyi şekilde korunmalarını, her türlü mağduriyetlerinin önlenmesini sağlamaktır". Hayvanların haczedilmesi onların rahatlarının kaçırılacağı ve uygun olmayan koşullarda muhafaza edilmeleri, eziyet çekmeleri anlamına gelmez. Her ne kadar kanun koyucu hayvanları eşyalar gibi ele almış olsa da hayvanların haczi ve muhafazası esnasında onların, eşyalar gibi

taşınması ve muhafazası altına alınması engellenmelidir. Hayvanları Koruma Kanunu m.4'te bakarak birtakım kriterlere ulaşabiliriz. Buna göre:

- Hayvanların korunması, gözetilmesi, bakımı ve kötü muamelelerden uzak tutulması için gerekli önlemler alınmalıdır (HKK m.4/c).
- Hayvanların korunması ve rahat yaşamalarının sağlanmasında; insanlarla diğer hayvanların hijyen, sağlık ve güvenlikleri de dikkate alınmalıdır (HKK m.4/g).
- Hayvanların türüne özgü şartlarda bakılması, beslenmesi, barındırılma ve taşınması esastır (HKK m.4/h).
- Hayvanları taşıyan ve taşıtanlar onları türüne ve özelliğine uygun ortam ve şartlarda taşımalı, taşıma sırasında beslemeli ve bakımını yapmalıdırlar (HKK m.4/ı).
- Hayvanları Koruma Kanunu m.10: *“Satılırken; hayvanların sağlıklarının iyi, barındırıldıkları yerin temiz ve sağlık şartlarına uygun olması zorunludur”* hükmünü içermektedir. Benzer şekilde hayvanların muhafaza altına alınması durumunda hayvanların muhafaza altına alındığı yerin temiz ve sağlık şartlarına uygun olması gerekecektir. HKK m.28 uyarınca *“10’uncu maddede belirtilen ...bu konudaki yasaklara ve yönetmelik hükümlerine aykırı davranışlara ikibinbeşyüz TL idarî para cezası”* öngörülmüştür. HKK m.30 uyarınca: *“Bu Kanunda, ceza hükmü altına alınmış fiillerin tekrarı halinde para cezaları bir kat, daha fazla tekrarı halinde üç kat artırılarak verilir”*. Yukarıdaki maddeleri göz önüne aldığımızda hayvanlar muhafaza altına alındığında yediemin deposunun temiz ve sağlık şartlarına uygun olmaması halinde 2.500 TL idari para cezası ödenmesi gündeme gelebilecektir.

Bunun dışında yukarıda belirtilen HKK m.4/c, h, ı no.lu fıkralara ilişkin olarak ise aykırılık herhangi bir cezai müeyyideye bağlanmamıştır.

IV. MÜLKİYETİN SAKLI TUTULMASI SÖZLEŞMESİ İLE HAYVAN HACZİ

Mülkiyetin saklı tutulması sözleşmesi ile Türk Medeni Kanunu'nun 764. maddesi uyarınca satılıp devredilen bir taşınır malın mülkiyeti satıcı üzerinde kalacaktır²⁷. Medeni Kanun'un 764. maddesi uyarınca hayvan satışlarında mülkiyetin saklı tutma sözleşmesi yapılamayacağından, icra hukukundaki buna yönelik düzenlemeler hayvanlar hakkında uygulanmayacaktır.

²⁷ Maddeye göre: “Başkasına devredilen bir malın mülkiyetinin saklı tutulması kaydı, ancak resmî şekilde yapılacak sözleşmenin devralanın yerleşim yeri noterliğinde özel siciline kaydedilmesiyle geçerli olur”.

V. ÖDEME YERİNE ALACAĞIN DEVRİNDE ALACAĞIN HAYVAN OLMASI

Haczedilen alacağın ödeme yerine veya tahsil için alacaklıya devri mümkündür. Ödeme Yerine Alacakların Devri başlıklı İcra ve İflas Kanunu'nun 120.maddesi uyarınca, Hacze iştirak eden²⁸ bütün alacaklılar muvafakat ederlerse borçlunun borsada ve piyasada fiyatı olmayan alacakları ödeme yerine geçmek üzere itibari kıymetleriyle kendilerine veya hesaplarına olarak içlerinden birine devredilir. Bu halde alacaklılar, alacakları nispetinde borçlunun haklarına halef olurlar. Savunulan bir görüşe göre maddenin 1.fıkrasına göre sadece para alacakları ödeme yerine devrin konusu olabiliyor iken; ikinci fıkraya göre tahsil için devrin konusunu, para alacaklarından başka haklar da oluşturabilir²⁹.

Alacağın ödeme yerine devrinin koşullarından biri: Alacağın borsada ve piyasada fiyatının olmamasıdır. Bu bağlamda pamuk, kırmızı buğday, altın, dolar, borsaya kote edilmiş pay senetleri, elektrik enerjisi ve canlı hayvanların borsası olduğundan³⁰ bu kapsamdaki hayvan alacağı için ödeme yerine alacağın devri mümkün olamayacaktır.

VI. HAYVAN REHNİNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ YOLUYLA TAKİP

İcra ve İflas Kanunu m.23/2 uyarınca "Taşınır rehni" tabiri, teslimine bağlı rehinleri, Türk Medeni Kanunu'nun 940.maddesinde öngörülen rehinleri ticari işletme rehni, hapis hakkını, alacak ve sair haklar üzerindeki rehinleri ihtiva eder. TMK m.940 uyarınca: "Yetkili makamlar tarafından izin verilen kuruluşlar ile kooperatiflerin alacaklarının güvence altına alınması için, zilyetlik devredilmeden de icra dairesinde tutulacak özel sicile yazılmak suretiyle hayvanlar üzerinde rehin kurulabilir". Hayvan rehni tesis edilmesi durumunda İcra ve İflas Kanunu'ndaki menkul rehninin paraya çevrilmesi yoluyla takibe ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu bağlamda taşıt kredisi kullandırılarak rehnedilen araca ilişkin uygulanacak kurallar niteliğine uygun düştükçe benzer şekilde hayvan rehninin paraya çevrilmesinde de geçerli olacaktır.

²⁸ 100.maddedeki hacze iştirak değil buradaki kasıt: her haciz sahibi alacaklı (**Bulut Uğur**, İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri, Ankara 2013, s.291); Ayrıca bkz. **Uyar Talih**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, B.2, C.VI, Ankara 2006, s.9461; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özkes**, s.367; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.320; **Kuru Baki**, İcra ve İflas Hukuku, C.II, B.3, İstanbul 1990, s.1222; **Kuru**, El Kitabı, s.537; **Oskay Mustafa/ Koçak Coşkun/ Deynekli Adnan/ Doğan Ayhan**, İİK Şerhi, C.3, Ankara 2007, s.3103.

²⁹ **Bulut**, s.217-293.

³⁰ **Bulut**, s.184; Bu sebeple hayvan alacağında ödeme yerine alacağın devri şartlarından biri alacağın borsasının olmaması olduğundan ve canlı hayvan borsası olduğundan borsası olan hayvanlara ilişkin alacak ödeme yerine devre konu olamayacaktır.

VII. ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA ŞAHSİ İLİŞİ KURULMASI HAKKINDA İCRAİ HÜKÜMLER

A) Çocuk Teslimi

Kanun koyucu taşınırların haczine yönelik bakış açısını “çocuk³¹” için de sürdürmüştür. Çocuk teslimi İcra ve İflas Kanunu’nda “Para ve Teminattan Başka Borçlar Hakkında İlamların İcrası” başlığı altında; “Taşınır Teslimi”ni düzenleyen 24.madde ile, “Taşınmaz Tahliye ve Teslimi”ni düzenleyen 26.maddenin arasında 25.maddede düzenlenmiştir. Kanun koyucu sistematik olarak çocuğu, sanki taşınır olarak değerlendirmiş, öncelikle taşınıra ilişkin hükümleri (ve çocuğun teslimini) belirlemiş, sonra taşınmazlara yönelik hükümlere geçmiştir. Nitelim doktrinde de çocuk tesliminin adete bir taşınır teslimi gibi düzenlendiği ifade edilmiştir³². Kanun koyucunun bu sistematığı şüphesiz sorunlu olup, çocukların mümkünse İcra ve İflas Kanunu dışında, mümkün değilse İcra İflas Kanunu içinde fakat ayrı bir bölümde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

İcra ve İflas Kanunu’nun 25.maddesi uyarınca: “Çocuk teslimine dair olan ilam icra dairesine verilince icra memuru 24’üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri³³ tebliği suretiyle borçluya yedi gün içinde çocuğun teslimini emreder. Borçlu bu emri tutmazsa çocuk nerede bulunursa bulunsun ilam hükmü zorla icra olunur. Çocuk teslim edildikten sonra diğer taraf haklı bir sebep olmaksızın çocuğu tekrar alırsa ayrıca hükme hacet kalmadan zorla elinden alınıp öbür tarafa teslim olunur”. Bu hükümle kanun koyucunun sadece sistematik açısından değil, içerik olarak da taşınırların teslimine yönelik hükümleri aynen çocuk için de öngördüğünü görmekteyiz.

³¹ Çocuk kavramı, birinci anlamda küçüğü yetişkinden ayırmak; ikinci anlamda ise, ana-baba ile olan soybağını belirtmek amacıyla hukukta iki anlamda kullanılmaktadır (**Belgin Derya**, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011, s.7). İcra ve İflas Kanunu m.25’te söz edilen çocuktan kasıt “küçük”tür; çünkü velayet hakkının bir sonucu olarak çocuğun velayete sahip kişiye teslimine ilişkin bir mahkeme kararı söz konusudur (**Belgin**, s.7).

³² **Özeker Muhammet**, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s.178; Ayrıca bkz. **Belgin**, s.75.

³³ Bu icra emrine şunlar yazılır:

1. Alacaklının (ve varsa vekilinin) adı, soyadı ve adresi
2. Borçlunun ve varsa vekilinin adı, soyadı ve adresi
3. İlamı veren mahkeme ve ilamın tarih ve numarası
4. Çocuğun icra emrinin tebliğinden itibaren 7 gün içinde teslim edilmesi ihtar
5. Çocuğun icra emrinin tebliğinden itibaren 7 gün içinde teslim edilmemesi halinde, çocuk nerede bulunursa bulunsun ilam hükmünün zorla icra olunacağı ve ilamın icrası sırasında çocuğun gizlenmesi halinde İİK’nın 341.maddesi uyarınca cezalandırılacağı ihtar

Kanun koyucu sadece çocuğun ilamlı icrayla haczedilebileceğini ve yediemin deposu olarak Sosyal Hizmetler Merkezi'ne teslim edileceğini düzenlememiş, bunun dışında taşınırlara yönelik hükümleri çoğunlukla aynen uygulamak istemiştir.

İcra müdürünün haciz sırasında kilitli yerlere karşı zor kullanma yetkisi, çocuğun borçlu anne baba tarafından kaçırılması halinde de devam eder; yani çocuğun kaçırıldığı yere veya çocuğun sığındığı kişiye karşı icra müdürü zor kullanma yetkisini kullanabilir³⁴. İcra müdürünün çocuk teslimi sırasında herhangi bir şikayete yol açmayacak ölçüde tatlı-sert davranıp ilamın gereğini yerine getirmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁵. İcra memurlarının çocuk tesliminin zorla icrası hallerinde Kanun'da belirtilen esaslara uygun hareket etmesi çocuğun hak ve menfaatlerinin korunması açısından büyük öneme sahiptir³⁶. Burada ölçülülük ilkesine³⁷ uygun hareket edilmesi önemlidir; zira icra memurunun kanuni düzenlemelerin kendisine tanıdığı zor kullanma yetkisini gerekli olduğu durumlarda amaca uygun olarak ölçülü bir şekilde yerine getirmesi gerekir³⁸. İcra müdürü bu yetkisini kullanırken (İİK m.81 uyarınca) kolluk kuvvetlerinden yardım da alabilir.

Çocuk teslimi hakkında ilamın icraya konabilmesi için kararın kesinleşmesi gerekmektedir birlikte³⁹, ilamın kesinleşmesinin beklendiği takdirde çocuğun kaçı-

³⁴ **Uyar Talih**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, B.2, C.II, Ankara 2004, s.2676; Ayrıca bkz. **Özçelik Volkan**, Genel Haciz Yoluyla Takipte İcra Müdürünün Zor Kullanma Yetkisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan C.3, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Y.2014, İzmir 2015, s.2935; **Özbay İbrahim**, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması, Prof. Dr. Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.2, Ankara 2009, s.322; **Özbay**, Çocuk, s.7; **Uyar**, Çocuk Takip, s.9; **Belgin**, s.65.

³⁵ **Uyar**, Şerh II, s.2676; **Uyar Talih**, İcra Hukukunda İlamlı Takip, B.2, Manisa 1991, s.258; **Uyar**, Çocuk Takip, s.9.

³⁶ **Çiftçi Pınar**, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010, s.343.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özekes**, İlkeler, s 117; **Özçelik**, Takdir Yetkisi, s.213.

³⁸ **Çiftçi**, s.344.

³⁹ "...İzmir 9. Aile Mahkemesinin 14.04.2009 tarih ve 2008/653 Esas, 2009/303 sayılı kararı ile (tarafklar arasındaki velayet davası neticesinde) "... müşterek çocuğun tarafların ayrı yaşadıkları süre zarfında tedbiren geçici velayetinin annesi (alacaklıya) verilmesine, karşı yan (borçlunun) açtığı birleşen davanın reddine" dair hüküm kurulduğu görülmektedir. Anılan ilam gereği borçlu yana örnek (3) numaralı icra emrinin tebliğ edildiği, 25.05.2009 tarihinde de çocuk teslim tutanağının düzenlendiği anlaşılmıştır. Velayetin anneye bırakıldığına dair olan ilam, çocuk teslimini de içerir. İİK'nın 25. maddesinde aynen "çocuk teslimine ilişkin ilam icra dairesine verilince icra müdürü 24. maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği suretiyle borçluya (17) gün içinde çocuğun teslimini emreder. Borçlu bu emri tutamazsa çocuk nerede bulunursa bulunsun ilam hükmü zorla icra olunur." düzenlemesi yer alır. Ancak HUMK'un 443/4 maddesi hükmüne göre de, bu tür ilamlar kesinleşmeden icraya konulamazlar. Takibe konu edilen mahkeme hükmü bir tedbir kararı olmayıp, ilama bağlandığından mahkemece şikayetin kabulü ile takibin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir. SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 15.03.2010 gününde oybirliği ile karar verildi" (12.HD, 2009/24353 E., 2010/5953 K., 15.3.2010 T, Kazancı Hukuk Otomasyonu);

rılması ihtimal dahilinde ise ya da çocuğun hak ve çıkarlarının veya sıhhat ve hayatının bir tehlike ile karşı karşıya bulunduğu durumlarda, ilamın kesinleşmeden uygulanmasını sağlamak için mahkemeden tedbir kararı alınabilir⁴⁰.

Çocuk teslimine ilişkin mevcut düzenleme eleştirilmiş, çocuğun teslimine ilişkin ilâmların icrasında mümkün olduğunca icra dairesinin ikinci plana itilmesi gerektiği vurgulanmış ve ilgilinin, ilâmın icrası için icra dairesine başvurarak süreci başlatması ve takibin hukukî koşullarının icra dairesi tarafından denetlenmesi gerektiği fakat fiili olarak çocuğun tesliminin, uzmanlardan oluşan idarî bir makam veya birim eliyle gerçekleştirilmesi gerektiği savunulmuştur⁴¹.

Çocuk teslimi konusunda taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıklar örneğin çocuğun nerede ve ne şekilde alacaklıya teslim edileceği icra mahkemesi tarafından çözümlenir⁴². Çocuk teslimi hakkındaki ilam hükmünün açık olmaması ya da birbiri ile çelişir fıkraları içermesi durumunda icra mahkemesi tarafların tavzih kararı getirmeleri için kendilerine süre verebilir ve bu süre içinde ilamın yerine getirilmesini durdurabilir⁴³.

B) Çocukla Şahsi İlişki Tesisine Dair İlamın İcrası

Şahsi ilişki, çocuğun velayetinin kendisine verilmediği taraf veya üçüncü kişi ile çocuk veya çocuklar arasında kurulan, onlarla görüşme, belirli yer ve zamanda onunla birlikte olma, sevgi bağı kurma ve bu bağı devam ettirmeye yönelik ilişki olarak tanımlanmıştır⁴⁴. Çocuğun velayet hakkının anne veya babadan birine bırakılması halinde, velayet hakkı verilmeyen tarafın, çocukla ne şekilde şahsi ilişki kuracağı mahkemece belirlenir; zira Medeni Kanun m.182 hükmü, mahkemenin ana ve babanın boşanma ve ayrılığa karar verirken çocukla şahsi ilişkilerini de düzenleyeceğini öngörmektedir⁴⁵. Çiftler boşanma talebiyle aile mahkemesine müracaat ettikten sonra hakim sadece çiftlerin boşanması-

“...aile ve şahsın hukukuna mütedair hükümler katıyet kesbetmedikçe infaz olunamaz, hükmünü içermektedir. Dayanak ilamda tarafların boşanmalarına ve müşterek çocuğun velayetinin davacı anneye bırakılmasına, babanın da küçükle şahsi münasebet tesisine hükmedildiği anlaşılmaktadır. Şahsi münasebet tesisinin boşanmanın eklentisi niteliğinde olup, boşanma kararı kesinleşmeden infaz olunamaz (12.HD, 2005/21349 E., 2005/24736 K., 12.12.2005 T., **Muşul Timuçin**, Gerekeçeli - Notlu – İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu ve İlgili Mevzuat, B.8, Ankara 2011, s.177).

⁴⁰ **Uyar**, Şerh II, s.2676; **Uyar**, İlamlı, s.259; **Uyar**, Çocuk Takip, s.10.

⁴¹ **Belgin**, s.76.

⁴² **Özekes**, İlkeler, s.178; **Uyar**, Çocuk Takip, s.10; **Kaçak Nazif**, İlamlı İcra, Ankara 2004, s.103

⁴³ **Kaçak**, İlamlı, s.103; **Uyar**, Çocuk Takip, s.10.

⁴⁴ **Özbay**, Muhalefet, s.320; **Özbay**, Çocuk, s.2; Geniş bilgi için ayrıca bkz. **Belgin**, s.31 vd.

⁴⁵ **Özbay**, Çocuk, s.1; **Günay Mehmet**, İcra Suçları, Ankara 2014, s.141.

na karar vermeyecek, aynı zamanda Türk Medeni Kanun m.336 uyarınca varsa çocuğun velayetinin kimde kalacağını ve çocukla şahsi ilişkisinin nasıl tesis edileceğini de hükme bağlayacaktır. Bu durumda velayet hakkına sahip ebeveyn çocuğun bakımı, eğitimi, gelişimi ve gözetiminde birinci derecede sorumlu olacak, çocukla sürekli şahsi ilişki içerisinde bulunacak; diğer ebeveyn ise çocukla mahkemenin belirlediği şekilde şahsi ilişki kurabilecektir⁴⁶. TMK m.182 uyarınca velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile şahsi ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. TMK m.324 uyarınca her iki ebeveyn de diğerinin çocuk ile şahsi ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür. Ancak çocuğun velayet hakkına sahip olmayan ebeveyniyle şahsi ilişki kurmasında sorunlar yaşanırsa çocukla şahsi ilişki kurmak isteyen ebeveyn İİK 25/a uyarınca icra yoluna başvurabilmektedir⁴⁷.

Şahsi ilişki tesisinin amacı, annelik, babalık ve evlatlık sevgisini tatmin-dir⁴⁸. Çiftlerin boşanması durumunda çocuğun her iki ebeveyniyle de sağlıklı ilişki içerisinde olması, birlikte zaman geçirmesi aralarındaki iletişimin niteliğine bağlı olarak kurulan duygusal bağın gelişmesini sağlayacak bu da çocuğun gelişimini olumlu yönde etkileyecek ve sağlıklı bir birey olarak topluma katılmasını sağlayacaktır; aksi durumda boşanma ile yıkıma uğrayan ve boşanma sonrasında ebeveynleri arasındaki çatışmaya maruz kalan çocuğun fiziksel, duygusal, zihinsel, kişisel, sosyal, ahlaki gelişim alanlarında problemlerin olması kaçınılmazdır⁴⁹.

Çocukla şahsi ilişki kurulması hakkındaki ilamların icrası, belirli sürelerle tekrarlanan devamlı bir durumu içerdiği için, Hukukumuzda çocuk tesliminden farklı olarak düzenlenmiştir⁵⁰. İcra ve İflas Kanunu m.25/a'da kendisinden velayet hakkı alınan tarafın çocukla ilişkisi düzenlenmiş olup, buna göre: "*Çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra memuru, küçüğün ilam hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını; aksi halde ilam hükmünün zorla yerine getirileceğini borçluya 24'üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ eder. Bu emirde ilam hükmüne aykırı hareketin*

⁴⁶ **Mavi Ömer**, İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcrada Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu, TBB Dergisi, S.74, Y.2008, s.269.

⁴⁷ **Mavi**, s.269.

⁴⁸ **Kuru Baki**, İcra ve İflas Hukuku, B.3, C.III, İstanbul 1993, s.2365; Ayrıca bkz. **Uyar Talih**, Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası, Manisa Barosu Dergisi, 1982, S.2, s.7-9; **Uyar Talih**, Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamlı Takipler, Yargı Dünyası Dergisi, Nisan 2004, s.9-13; **Özbay**, Çocuk, s.2.

⁴⁹ **Mavi**, s.269-270.

⁵⁰ **Özbay**, Muhalefet, s.320; **Özbay**, Çocuk, s.1.

341'inci maddedeki cezayı müstelzim olduğu da yazılır. Borçlu bu emri tutmazsa ilam hükmü zorla yerine getirilir. Borçlu alacaklının şikayeti üzerine ayrıca 341'inci maddeye göre cezalandırılır”.

Bu kapsamda çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ilam hükmüne diğer eş uymazsa, alacaklı durumundaki taraf, ilamı icraya koyarak, takip talebinde bulunabilir. Takip talebinin yapılması ve içeriği, genel haciz yolundaki takibe benzer; takip talebinde İİK m.58'deki hususlar yer alır (İİK Yön. m.18, I); takip talebine alacaklının (ve varsa vekilinin) adı, soyadı ve adresi, borçlunun adı, soyadı ve adresi, ilamın tarihi, numarası ve özeti yazılır. İlamların icrası her icra dairesinden istenebileceğinden alacaklı takip talebini herhangi bir yer icra dairesine verebilir. İlamlı takip talebinde bulunan alacaklıdan binde beş peşin harç alınmaz fakat bütün ilamlı icra takiplerinde alacaklıdan başvurma harcı alınır⁵¹. Takip talebi üzerine icra müdürü tarafından örnek 3 no.lu icra emri düzenlenir ve borçluya tebliğ edilir

Kanun maddesinde borçlu ya da alacaklı olmayan çocuk adeta bir mal gibi ifade edilmekte ve alacağın tahsili usulü uygulanarak, gerekirse ilam hükmünün zorla yerine getirileceği belirtilmektedir⁵².

Velayet kendisine verilmeyen taraf ile müşterek çocuk arasında kurulacak şahsi ilişkinin, infazda güçlük ve tereddüt oluşturmayacak açıklık ve kesinlikle hükümde belirtilmesi zorunludur; tarih ve gün belirtilmeden genel ve müphem ifadelerle şahsi ilişkinin düzenlenmemesi gerekir⁵³. 18.2.1965 Tarihinde 538 Sayılı Kanun'la İcra ve İflas Kanunumuza 25/a maddesi eklenmeden önce çocuk teslimine ilişkin hükümler İİK m.26 aracılığıyla yerine getiriliyor, bu da aksamalara neden oluyordu⁵⁴. Yine değişiklikten önce çocuğun icra dairesinde diğer tarafa gösterilmesi söz konusu oluyordu⁵⁵. Nitekim Yargıtay'ın eski tarihli bir kararına göre ilamda, çocukla ne şekilde görüşüleceğinin yazılı olmaması halinde, çocuğun icra dairesinin uygun bir yerinde alacaklı anne ya da babaya gösterilmesi gerekir⁵⁶. Öncelikle ifade etmeliyiz ki icra müdürlüklerinin mevcut yoğunluğu dikkate alındığında icra müdürlüklerinde şahsi ilişki tesisine fiziken imkan bulunmamaktadır. Zira böyle bir ilişki tesisi çocukla ebeveyn arasındaki ilişkiye katkı sağlamaktan ziyade, bu ilişkide olumsuz rol oynar. Kaldı ki icra müdürlükleri şimdiki kadar yoğun olmasaydı bile icra müdürlüklerinde bu şekilde bir görüşme tesisi yine de uygun olmayacaktı. Kanaatimizce ilamda hü-

⁵¹ Geniş bilgi için bkz. **Özbay**, Çocuk, s.2; **Belgin**, s.59 vd.

⁵² **Mavi**, s.275.

⁵³ **Kuru**, İcra III, s.2365-2366; **Özbay**, Çocuk, s.5.

⁵⁴ **Özbay**, Muhalefet, s.321.

⁵⁵ Bkz. **Özbay**, Muhalefet, s.321.

⁵⁶ İİD, 1956/5039 E., 1956/5309 K., 5.11.1956 T. (**Uyar**, Şerh II, s.2682).

küm yok ise bile mahkemenin şahsi ilişki tesisine karar verdiği “alacaklı”ya bu konuda seçim hakkı tanınması gerekir. Çünkü aile mahkemeleri çocuğun kimde kalacağı ve nasıl görüşme tesis edileceği yönünde kararlarını vermeden önce her iki ebeveynin yaşam alanlarında bilirkşi incelemesi yaptırmakta, bilirkşilerin verdiği raporlardan sonra kararlarını oluşturmaktadır. Bu sebeple kararda açıkça nerede görüşmenin tesis edileceği yazılmasa dahi bu konuda seçim hakkı “alacaklı” olan ebeveyne aittir.

Çocukla ana-baba arasındaki ilişkiler düzenlenirken tarafların şefkat, sevgi ve benzeri duyguların tatmininden önce küçüğün bedeni ve fikri gelişimi ve menfaatlerinin zedelenmemesi ön planda tutulmalıdır⁵⁷.

Çocukla şahsi ilişki kurulmasına dair ilamlar, çeşitli nedenlerle mahkemelerden elde edilmiş olabilir; örneğin boşanma ilamında evlilik dışı doğan çocukla şahsi ilişki kurulması ilamında, büyükbaba ya da büyükanne ile torunlar arasındaki şahsi ilişki kurulmasına ait ilamda bu konuda hükümler yer alabilir⁵⁸. Nitekim 18.10.1959 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı’yla büyük anne ve büyük babanın torunları ile veliyi hasım göstermek suretiyle şahsi ilişki tesisini talep ve dava hakları bulunduğu ifade edilmiştir⁵⁹.

Çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ilamlar aile hukukunu ilgilendirdiğinden kesinleşmeden takip konusu yapılamazlar; fakat burada İİK m.25’te olduğu gibi ilam kesinleşmeden mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alınarak ilamda belirtilen çocukla şahsi ilişki kurulabilir⁶⁰.

Çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ilamın infazı için alacaklının zamanında ve usulüne uygun olarak icraya başvurmaya rağmen borçlunun çocuğu kaçırmaya halinde ilamda öngörülen süre geçse dahi, çocuğun alacaklıya teslimi gerekir⁶¹.

⁵⁷ **Kuru**, İcra III, s.2366; “Çocuğun her ay anasından 4 gün müddetle ayrılması ve Kadıköy’den Bursa’ya çeşitli vasıtalar değiştirilerek seyahate zorlanması sakıncalar doğuracağı gibi, anasından ayda bir ayrılmasının ruhi yapısına da kötü tesir edeceği kuvvetle muhtemeldir. Babanın şefkat hislerinin tatmini için çocuğun bu şekilde bir işleme tabi tutulması doğru değildir. Bu itibarla daha uygun bir münasebet şekli tespit edilmek üzere hükmün bozulması gerekir” 2.HD, 1971/5218 E., 1971/5027 K., 14.9.1971 T., (**Kuru**, İcra III, s.2366).

⁵⁸ **Uyar**, Şerh II, s.2680; **Uyar**, İlamlı, s.260; **Uyar**, Çocuk Takip, s.11; **Özbay**, Çocuk, s.3; **Kaçak**, İlamlı, s.108.

⁵⁹ Bkz. 18.10.1959 Tarih 12/29 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, Resmi Gazete 16.4.1960 sayı 10482 (**Kuru**, İcra III, s.2360; **Kuru**, El Kitabı, s.837); Ayrıca asıl babanın açtığı “evlat edinilen çocuğu ile kişisel ilişki kurulması”na ilişkin davanın kabulü gerektiği Yargıtay’ın bir kararında ifade edilmiştir (2.HD, 1991/4151 E., 1991/7800 K., 13.5.1991 T.; **Uyar**, Şerh II, s.2687-2688).

⁶⁰ **Uyar**, Şerh II, s.2682; **Uyar**, İlamlı, s.261; **Uyar**, Çocuk Takip, s.10; **Özbay**, Çocuk, s.5.

⁶¹ 12.HD, 1982/8917 E., 1982/9125 K., 6.12.1982 T. (**Uyar**, Şerh II, s.2682); **Uyar**, Çocuk Takip, s.13; **Özbay**, Çocuk, s.7.

Çocukla şahsi ilişki kurulması hakkındaki ilamlar zamanaşımına uğramaz⁶². Çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ilam, çocuğun ergin olmasına kadar infaz edilebilir⁶³.

C) Çocuk Teslimi Emrine Muhalefetin Cezası ve Anayasa Mahkemesi Kararı

Çocuk teslimi ve çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrasını yerine getirmeyen veya getirilmesine engel olan kişiler İcra ve İflâs Kanunu m.341 gereği hapisle tazyik edilirler. İİK m.341 uyarınca: “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 hapsine⁶⁴ karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişi tahliye edilir⁶⁵”.

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 yararadır, ayrıca çocuğun yararı da söz konusudur; çocukla şahsi ilişki kurulmasına dair ilâmın yerine getirilmesinde ise, şahsi ilişki hakkı sahibinin hukukî yararı söz konusudur yine bu ilâmın yerine getirilmemesi ile hak sahibinin çocuk ile ilişki kurmak ile elde edeceği manevi yarar ve çocuğun yararı da ihlal edilir⁶⁶.

İİK m.25/a maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi olan “Bu emirde ilâm hükmüne aykırı hareketin 341’inci maddedeki cezayı müstelzim olduğu da yazılır” hükmünün, İİK m.25/a ikinci fıkrasının son cümlesi olan “Borçlu alacaklının şikâyeti üzerine ayrıca 341’inci maddeye göre cezalandırılır” hükmünün ve 341.maddenin Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 10. madde deki eşitlik ilkesine, 36. maddesindeki etkili bir hak arama hürriyetine, 41. maddesindeki ailenin korunmasına ilişkin hükmünün özellikle devletin çocukla-

⁶² Bkz. **Kuru**, El Kitabı, s.837; **Oskay Mustafa/ Koçak Coşkun/ Deynekli Adnan/ Doğan Ayhan**, İİK Şerhi, C.1, Ankara 2007, s.416; Zira çocukla kişisel ilişki kurulması hakkındaki ilamlar, aile hukukuna ilişkin oldukları için, zamanaşımına uğramaz. Bunun ilamlı icra bakımından en önemli sonucu ise, borçlunun zamanaşımı nedeniyle icranın geri bırakılması (İİK m.33) talebinde bulunamayacak olmasıdır (**Özbay**, Çocuk, s.4).

⁶³ İİD, 1967/11172 E., 1967/11142 K., 5.12.1967 T. (**Uyar**, Şerh II, s.2682; **Uyar**, İlamlı, s.261); Ayrıca bkz. 12.HD 1960/7038 E., 1960/6993 K., 20.10.1960 T. (**Kuru**, İcra III, s.2370); **Özbay**, Çocuk, s.5; **Kaçak**, İlamlı, s.105; **Belgin**, s.8.

⁶⁴ Tazyik hapsi, disiplin hapsi gibi seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekrerrü esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen haptir; tazyik hapsi bir kimseyi bir işi yapmaya zorlamak için öngörülen bir yaptırımdır. (**Kaçak Nazif**, İcra ve İflas Suçları, Ankara 2006, s.267).

⁶⁵ Geniş bilgi için bkz. **Özbay**, Muhalefet, s.320 vd.

⁶⁶ **Belgin**, s.106.

rı her türlü istismara karşı korunması gerektiğine ilişkin maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptalleri için 2014 yılında Anayasa Mahkemesi'ne gidilmiştir⁶⁷. Buna göre takip borçlusu anne hakkında çocuk teslimi emrine muhalefetten dolayı açılan davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan mahkeme, konu maddelerin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur⁶⁸. Başvuru kararında, çocukla şahsi ilişki tesisine ilişkin hükmün ihlali-

⁶⁷ Bkz. 2014/58 E., 2014/163 K., 30.10.2014 T. (10.1.2015 Tarih ve 29232 sayılı Resmî Gazete).

⁶⁸ Yerel mahkemenin itiraz gerekçeleri:

A) E.2014/58 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gereke Bölümü Şöyledir: "UYUŞMAZLIĞIN SEYRİ: İtiraz eden Müşteki... ile sanık. .. evli iken Bursa 4. Aile Mahkemesinin 05/07/2011, tarih 2010/579 esas. 2011/838 karar sayılı ilamı ile boşanmalarına hükmedilmiş ve aynı hükümde davamıza konu hususla ilgili olarak velayeti anneye verilen. .. ile "davacı baba arasında her ayın 1. ve 2. hafta sonu Cumartesi günü. .. kişisel ilişki kurulmasına" da hükmedilmiştir. Davacı alacaklı bu hüküm sebebiyle davaya konu Bursa 8. İcra Müd.nün 2013/5416 esas sayılı dosyası üzerinden çocukla şahsi münasebet tesisine ilişkin icra takibinde bulunmuş, icra emri 29/07/2013 tarihinde sanık borçluya tebliğ edilmiş, bundan sonra suçla konu 16/10/2013 tarihinde şahsi münasebet tesisine ilişkin hükmün icra edilebilmesi için alacaklı baba tarafından borçlu annenin adresine gidildiğinde küçük. .. nın baba tarafından anneden teslim edilmediği görülmektedir. Bunun üzerine müşteki takip alacaklısı baba, Bursa 2. İcra Ceza Mahkemesine 22/10/2013 tarihinde şikayette bulunmuş, Mahkemece 12/12/2013 tarihinde verilen kararlar, suç tarihinden sonra 02/11/2013, 16/11/2013 ve 07/12/2013 tarihlerinde küçük çocuğun baba ile şahsi münasebet tesisi sağlandığından borçlu sanık için beraat kararı verilmiştir. Dosya müşteki takip alacaklısı baba tarafından bu beraat kararına İİK 353. mad. gereğince yapılan itiraz üzerine mahkememize gelmiştir. İcra dosyası incelendiğinde gerçekten davalı borçlu sanık tarafından 2. icra Ceza Mahkemesinin belirttiği tarihlerde küçük... 'mn babaya teslim edildiği görülmektedir. Mahkemenin beraat gerekçesi İİK'nın 341. maddesinin 2. cümlesine dayanmaktadır. Bu hükme göre; "hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilamın veya ara kararının gereği yerine getirilirse kişi tahliye edilir." Hükmün ilk cümlesinde ise 6 aya kadar tazyik hapsine hükmedildiği görülmektedir. Buna göre iptali istenen hüküm Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 10. mad. deki eşitlik ilkesine, 36. maddesindeki etkili bir hak arama hürriyetine, 41. maddesindeki ailenin korunmasına ilişkin hükmünün özellikle devletin çocukları her türlü istismara karşı korunması gerektiğine ilişkin fıkrasına aykırıdır. Zira hükümle adeta, yapana yaptığım yanına kar bırakır şekilde somut olayımızda olduğu gibi takip borçlusu anne, bir kez çocuğu babaya göstermedikten sonra şikayet üzerine yapılan yargılama sürecinde çocuğu babaya göstermekle kendisine ceza verilememektedir. Bir başka ifade ile, müşteki-ler bu tür durumlarda mahkemeye müracaatla sanıkların cezalandırılmasını istemekte fakat bu bir yargılama sürecini getirmektedir. İşte bu süreçte çocuğu göstermek suretiyle yani şahsi münasebeti sağlamak suretiyle başlangıçtaki ihlal bu hükümle cezalandırılmaz hale gelmektedir. Aslında yasa koyucu sanki şahsi münasebet tesisinin ihlaline ilişkin hükmü ödeme şartının ihlaline ilişkin İİK 340 ve nafakaya ilişkin kararın ihlali ile ilgili 344. md.si gibi parasal bir sonuçla ilgili görmüştür. Oysa çocukla şahsi münasebet tesisine ilişkin hükmün ihlali bilhale telafi edilmesi mümkün olmayan bir ihlal durumudur. Baba ile çocuk arasındaki ilişki boşanma sonrasında kanunumuz gereği şahsi münasebet tesisine ilişkin hükümlerle sağlanmaktadır. Bu ilişkinin varlığı ve korunmasında çocuğun şahsi ve sosyal gelişimi açısından üstün yararının olduğu kuşkusuzdur. Ancak iptalim istediğimiz bu hüküm genelde velayet kendisine verildiği için annelerin yetkilerini kötüye kullanabilmelerinin önünü açmakta hatta meşrulaştırmaktadır. Aslında temelde bu hüküm, yasa koyucu-

nin sonradan telafi edilmesi mümkün olmayan bir ihlal durumu olduğu, Kanun'un 341. maddesinde düzenlenen suçun maddi unsurunun, çocuk teslimi hakkındaki ilâmın ya da ara kararının gereğini yerine getirmemek veya getirilmesini engellemek, bu suçun koruduğu hukuki değerin ise lehine hüküm verilenlerin çocuğu teslim almaktaki hukuki yararı olduğu, oysa çocukla şahsi ilişki tesisine ilişkin ilâmın gereğinin yerine getirilmemesi hâlinde, suçun maddi unsurunun, çocukla şahsi ilişkiye mani olunması, korunan hukuki değerin ise çocuğun şahsi ve sosyal gelişimi ile lehine hüküm verilenin çocuk ile ilişkisinin geliştirilmesi ve korunması olduğu, bu nedenle bu suçun farklı şekilde cezalandırılması gerektiği; çocuk teslimi konusunda borçlu eşin bu borcunu yerine getirmemesi durumunda, alacaklı tarafın şikâyeti üzerine hapsen tazyikine karar verilse dahi daha sonra çocukla şahsi ilişki kurulması hakkındaki ilâmın gereğini yerine getirmesi hâlinde, Kanun'un 341. maddesi gereğince kendisine ceza verilemediği ve başlangıçtaki ihlâlin cezalandırılmaz duruma geldiği, bu durumun da alacaklının hakkını etkili bir şekilde aramasına engel olduğu; boşanma davaları sonucunda çocuğun velayetinin genelde anneye bırakıldığı hususu dikkate alındığında, Kanun'un 341. maddesinin daha çok annelerin, çocuklarının babaları ile şahsi ilişki kurmalarına engel olmak için yetkilerini kötüye kullanmalarının

nun aileden, kadın temelli bir ilişkiyi anladığını göstermektedir. Bir tarafta anne yok ise orada aile mevhumuna yasa koyucu yabancıdır. Gerçekte ise, baba ile çocuk arasındaki ilişki de aile müessesesi içinde değerlendirilmesi gereken bir ilişkidir. Maalesef yaşadığımız dönem, kadın lehine adalet körlüklerin geçerli ve meşru sayıldığı bir dönemdir. Aslında eşitlik ilkesi böylece zedelendiğinde çok nadiren de olsa çocuk baba velayetine verildiği durumlarda da annesi ile ilişkisi kurunun yanında yanan yaş gibi ihmal edilebilir görülmektedir. Öte yandan, özellikle ülkemizde kadına karşı şiddetin önlenmesi için hukuk ihlalleri meydana getirecek şekilde (6834 sk gibi) mevzuat oluşturulduğu halde, bunun çözümlerinden birinin çocuğunun velayetini alamayan genelde de babaların boşandıktan sonra da çocukları ile bağlarının korunabilmesi için etkili bir hak arama hürriyetlerinin teminat altına alınması olduğunun gözden kaçırılmaması gerekir. Sanırım bir insanın hayatta sevdiği şeylerin en başında belki de evladı gelir. Genelde bir çok baba evladını kendisine yabancılaştıracak her tutum, davranış ve eylem karşısında birçok şiddet olayında olduğu gibi çoğu kez makul, mantıklı davranmamaktadır. Bir babanın çocuğu ile şahsi münasebetinin engellenmesine zemin hazırlayan hatta meşrulaştıran bir hükmün varlığı makul ve mantıklı bir seviyede boşanmanın tesis edilmesini de engeller niteliktedir. Çünkü bizim gibi ülkelerde boşanma yalnız karı koca arasındaki evlilik ilişkisini sona erdirmemekte; boşanma sonunda genelde velayetin anneye veriliyor olması sebebiyle bu tür hükümler, bir babayı istikbalinden de koparmaktadır. Özellikle yaşlandığında çocuklarının ilgi ve desteklerine muhtaç olma durumuna ilişkin kaygısını arttırmaktadır. Bu türden hükümler boşanma sonrasında velayetin genelde anneye verildiği ülkelerde erkeklerin kendisini değersiz görmesine sebep olmaktadır. Tüm bu sebeplerle bu hükmün iptali gerektiği kanaatindeyim. Her ne kadar iptalini talep ettiğimiz yasa hükmü Anayasanın 38. maddesi kapsamında sanık lehine ise de; hak arama hürriyetinin bu hükümlerle ihlal edilmiş olması karşısında iptal edilmesi gerektiği, en azından bundan sonra daha makul, mantıklı, çocuğu para gibi görmeyen bir hükümle konunun düzenlenmesi halinde daha sonraki uyumsuzlıklara da adaletli bir çözüm tesis edilebilecektir. SONUÇ: Yukarıda belirtilen gerekçelerle İİK 341. maddesinin iptalini saygıyla talep ederim." (Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

önünü açtığı, hatta bunu meşrulaştırdığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 41. maddelerine aykırı olduğu belirtilmiştir⁶⁹.

⁶⁹ Yerel mahkemenin itiraz gerekçelerinden:

"...B- E.2014/79 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir: "Mahkememizce 03/01/2014 tarihinde İİK 341 mad. sinin iptali isteme ile mahkememize müracaat edilmiş, bu müracaatımız üzerine ilk incelemesi sonucunda Mahkemenizin 13/03/2014 tarih ve 2014/58 sayılı karar ile esasın incelenmesine karar verilmiştir. (internet üzerinden yapılan incelemede) Yine Bursa 3. İcra Hukuk Mahkemesinin (yani hakimliğimizin) İİK 25/a maddesindeki " manî olunmaması" ibaresinin iptali talebine ilişkin itirazımızın 27/03/2014 tarihli mahkemeniz kararı ile Anayasaya aykırı bulunmayarak reddine karar verildiği görülmüştür. Bu durumda 03/01/2014 tarihli talebimizdeki iptal istememizin eksik olacağı anlaşıldığından mahkemenizin 2014/58 esasındaki itirazımızla birleştirilebilmesi için iş bu itirazın yapılması gerekmiştir. Çocukla şahsi münasebet tesisine ilişkin icra emrine aykırı davranılması halinde 03/01/2014 icra emrine aykırı davrananın İİK 25/a maddesinin son cümlesi delaleti ile çocuk teslimine muhalefet suçunun cezasına ilişkin İİK 341 mad. Gereğince borçlunun cezalandırılması yoluna gidilebilmektedir. Daha önce iptali istenen Madde 341 de suçun maddi unsuru; Çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirmemek veya yerine getirilmesini engellemektir. Bu suçun koruduğu hukuki değer; çocuğun kendisine teslimine ilişkin lehine hüküm verilenin çocuğunu teslim almaktaki hukuki yararadır. Oysa çocukla şahsi münasebet tesisine ilişkin ilâmın gereğinin yapılmamasında suçun maddi unsuru, çocukla şahsi münasebete mani olunmasıdır. Korunan hukuki değer ise; çocuğun şahsi ve sosyal gelişimi ile lehine hüküm verilenin, çocuğu ile ilişkisinin geliştirilmesi ve korunmasındaki hukuki yararadır. Bu sebeple farklı şekilde cezalandırılması yoluna gidilmelidir. Buna göre İİK 25/a mad. delaleti ile sanığa verilecek disiplin hapsini düzenleyen İİK 341'inci maddesi 03/01/2014 tarihli talebimizde belirttiğimiz üzere; "Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 10. mad. deki eşitlik ilkesine, 36. maddesindeki etkili bir hak arama hürriyetine, 41. maddesindeki ailenin korunmasına ilişkin hükmünün özellikle devletin çocukları her türlü istismara karşı korunması gerektiğine ilişkin fıkrasına aykırıdır. Zira hükümlerle adeta, yapana yaptığını yanına kar bırakır şekilde somut olayımızda olduğu gibi takip borçlusunu anne, bir kez çocuğu babaya göstermedikten sonra şikâyet üzerine yapılan yargılama süresinde çocuğu babaya göstermekle kendisine ceza verilememektedir. Bir başka ifade ile, müştekiler bu tür durumlarda mahkemeye müracaatla sanıkların cezalandırılmasını istemekte fakat bu bir yargılama sürecini getirmektedir. İşte bu süreçte çocuğu göstermek suretiyle yani şahsi münasebeti sağlamak suretiyle başlangıçtaki ihlal bu hükümlerle cezalandırılmaz hale gelmektedir. Aslında yasa koyucu sanki şahsi münasebet tesisinin ihlaline ilişkin hükmü ödeme şartının ihlaline ilişkin İİK 340 ve nafakaya ilişkin kararın ihlali ile ilgili 344 md.si gibi parasal bir sonuçla ilgili görmüştür. Oysa çocukla şahsi münasebet tesisine ilişkin hükmün ihlali bilahare telafi edilmesi mümkün olmayan bir ihlal durumudur. Baba ile çocuk arasındaki ilişki boşanma sonrasında kanunumuz gereği şahsi münasebet tesisine ilişkin hükümlerle sağlanmaktadır. Bu ilişkinin varlığı ve korunmasında çocuğun şahsi ve sosyal gelişimi açısından üstün yararının olduğu kuşkusuzdur. Ancak iptalini istediğimiz bu hüküm genelde velayet kendisine verildiği için annelerin yetkilerini kötüye kullanabilmelerinin önünü açmakta hatta meşrulaştırmaktadır. Aslında temelde bu hüküm, yasa koyucunun aileden, kadın temelli bir ilişkiyi anladığını göstermektedir. Bir tarafta anne yok ise orada aile mevhumuna yasa koyucu yabancıdır. Gerçekte ise, baba ile çocuk arasındaki ilişki de aile müessesesi içinde değerlendirilmesi gereken bir ilişkidir. Maaşef yaşadığımız dönem, kadın lehine adalet körlüklerin geçerli ve meşru sayıldığı bir dönemdir. Aslında eşitlik ilkesi böylece zedelendiğinde çok nadiren de olsa çocuk baba velayetine verildiği durumlarda da annesi ile ilişkisi kurunun yanında yarı yaş gibi ihmal edilebilir görülmektedir. Öte yandan, özellikle ülkemizde kadına karşı şiddetin önlenmesi için hukuk ihlalleri meydana getirecek şekilde (6834 sk gibi) mevzuat oluşturulduğu halde, bunun çözümlerinden birinin çocuğunun velayetini alamayan genelde de babaların boşandıktan sonra

Anayasa Mahkemesi, esasa yönelik yaptığı incelemede öncelikle kanun koyucunun, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında düzenleme yaparken Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda anayasal sınırlar içinde takdir yetkisine sahip olduğunu vurgulamıştır. Karara göre “*Anayasa'nın 'Ailenin korunması ve çocuk hakları' başlıklı 41. maddesinin birinci fıkrasında, ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve eşler arasında eşitliğe dayandığı; ikinci fıkrasında, Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı, teşkilâtı kuracağı; üçüncü fıkrasında ise her çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla şahsi ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir*⁷⁰. Kanun'un 25/a maddesi, sahip oldukları ilâm hükmü gereğince çocukla şahsi ilişki kurmaya hakkı olan anne, baba veya üçüncü kişilerin, ilâm hükmünün yerine getirilmemesi hâlinde haklarını icra yolu ile elde etmelerine imkân tanıyan bir düzenlemedir. Bu düzenleme sayesinde çocuğun da Anayasa ile güvence altına alınan ana ve babasıyla şahsi ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı korunmakta ve somut olarak hayata geçirilmektedir.

da çocukları ile bağlarının korunabilmesi için etkili bir hak arama hürriyetlerinin teminat altına alınması olduğunun gözden kaçırılmaması gerekir. Sanırım bir insanın hayatta sevdiği şeylerin en başında belki de evlatları gelir. Genelde bir çok baba evladım kendisine yabancılaşacak her tutum, davranış ve eylem karşısında birçok şiddet olayında olduğu gibi çoğu kez makul, mantıklı davranmamaktadır. Bir babanın çocuğu ile şahsi münasebetinin engellenmesine zemin hazırlayan hatta meşrulaştıran bir hükmün varlığı makul ve mantıklı bir seviyede boşanmanın tesis edilmesini de engeller niteliktedir. Çünkü bizim gibi ülkelerde boşanma yalnız kari koca arasındaki evlilik ilişkisini sona erdirmemekte; boşanma sonunda genelde velayetin anneye veriliyor olması sebebiyle bu tür hükümler, bir babayı istikbalinden de koparmaktadır. Özellikle yaşlandığında çocuklarının ilgi ve desteklerine muhtaç olma durumuna ilişkin kaygısını arttırmaktadır. Bu türden hükümler boşanma sonrasında velayetin genelde anneye verildiği ülkelerde erkeklerin kendisini değersiz görmesine sebep olmaktadır. Her ne kadar iptalini talep ettiğimiz yasa hükmü Anayasanın 38. maddesi kapsamında sanık lehine ise de; hak arama hürriyetinin bu hükümle ihlal edilmiş olması karşısında iptal edilmesi gerektiği, en azından bundan sonra daha makul, mantıklı, çocuğu para gibi görmeyen bir hükümle konunun düzenlenmesi halinde daha sonraki uyumsuzluklara da adaletili bir çözüm tesis edilebilecektir. " gerekçesi ile iptali istenmiştir. İİK 341'inci madde İİK 25. maddesinin ihlalinin bir müeyyidesi olarak ta aslında koruduğu hukuki yarar itibarıyla yukarıdaki eleştirileri de hak etmektedir. Mahkememiz bu eksik talebini tamamlamak adına ve iş bu talep ile mahkemenizin 2014/58 esasında kayıtlı itirazımız ile birleştirilmesinin takdirini mahkemenize bırakarak iş bu itirazı yapmıştır. Ek talebimizle iptalini istediğimiz hükümlerin iptali halinde suçun maddi unsuru ve korunan hukuki yarar gözetilerek yasa koyucu aslında yeni bir hüküm oluşturmak zorunda kalabilecektir. SONUÇ: Yukarıda belirtilen gerekçelerle İİK 25/a maddesindeki yukarıda belirtilen ifadelerin de iptalini talep ederiz." (Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

⁷⁰ Ayrıca bkz. **Yılmaz Ejder**, Düinden Bugüne İcra ve İflas Kanunumuz, Makaleler, C.2, Ankara 2014, s.1259.

Ayrıca, alacaklının hakkını icra yoluyla alabileceğine ilişkin düzenlemeyle yetinilmemiş, maddenin son fıkrasında, çocukla şahsi ilişki kurulmasını engelleyen borçlunun, alacaklının şikâyeti üzerine Kanun'un 341. maddesine göre cezalandırılacağı belirtilerek, hakkın etkin bir şekilde korunması amaçlanmıştır. Kanun'un itiraz konusu 341. maddesinde düzenlenen tazyik hapsi, suç karşılığı uygulanan bir ceza değildir. Tazyik hapsinde kişi yasal yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlanmak amacıyla belli bir süreye kadar hürriyetinden yoksun bırakılmakta, ancak, yükümlülüğünü yerine getirmesi ya da sürenin dolması hâlinde bu yaptırımın uygulanmasına derhal son verilmektedir. Bu bakımdan, tazyik hapsinin amacı, kişinin işlediği bir eylem nedeniyle cezalandırılması değil, belli bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlanmasıdır. İtiraz konusu kuralların amacının, çocukla şahsi ilişkilerin düzenlenmesine dair ilam hükmüne uymayan borçlunun eylemini suç sayarak cezalandırmak değil, borçluyu ilam hükmünün gereğini yerine getirmeye zorlamak ve lehine hüküm verilen tarafın yargı yerlerine başvurarak bu konudaki hakkını etkin bir şekilde koruyabilmesini sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönüyle, kanun koyucunun takdir yetkisi içinde olan kuralların, hukuk devleti ilkesine, hak arama hürriyetine, ailenin korunması ve çocuk haklarına aykırı bir yönü yoktur. Öte yandan itiraz konusu kurallar, çocukla şahsi ilişkilerin düzenlenmesine dair ilam hükmüne uymayan ve bu konuda lehine hüküm verilmiş herkes için geçerli olup kuralların eşlerden birine ya da diğer kimselere ayrıcalık tanıyarak eşitsizlik yaratan bir yönü de bulunmamaktadır”⁷¹. Bu değerlendirmeler ve ayrıntılı gerekçeli karar doğrultu-

⁷¹ Esasa yönelik incelemeden: "...Kanun'un itiraz konusu kuralları da içeren 25/a maddesinde, çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra müdürünün, küçüğün ilam hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını; aksi hâlde ilam hükmünün zorla yerine getirileceğini borçluya 24. maddede yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ edeceği, bu emirde ilam hükmüne aykırı hareketin 341. maddedeki cezayı müstelzim olduğunun da yazılacağı, borçlunun bu emri tutmazsa ilam hükmünün zorla yerine getirileceği, borçlunun alacaklının şikâyeti üzerine ayrıca 341. maddeye göre cezalandırılacağı; Kanun'un itiraz konusu 341. maddesinde ise 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 verileceği, hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişinin tahliye edileceği hükmüne bağlanmıştır. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir....Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen "kanun önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlâli yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özel-

sunda Anayasa Mahkemesi, konu maddelerin iptaline yönelik başvurunun reddine karar vermiştir⁷². Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin suç sayılan eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda anayasal sınırlar içinde devletlerin takdir yetkisine sahip olduğu; 341. Maddede düzenlenen tazyik hapsinin suç karşılığı uygulanan bir ceza olmadığı, tazyik hapsinin amacının kişinin işlediği bir eylem nedeniyle cezalandırılması değil, belli bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlanması olduğu yönündeki tespitleri ve ulaştığı sonuç isabetlidir. Bu kapsamda çocuk tesliminde direnen kişiye 6 aya kadar tazyik hapsi uygulanacak, direnen veli ya da üçüncü kişi bu eylemini sona erdiren mahkeme kararındaki gibi çocuğu kararda yazılı ebeveyne teslim ettiğinde tahliye edilecektir.

D) İlamın İcrasında Uzman Bulundurulması

a) Genel Olarak

İcra takibiyle çocukla şahsi ilişki kurulması durumunda İcra ve İflas Kanunu 25/b maddesi gereğince pedagog, psikolog, sosyal çalışmacı, çocuk gelişimcisi veya eğitimci uzman görevlendirilir. İİK 25/b hükmü 17.7.2003 tarihinde 4949 sayılı Kanun'la getirilmiş bir düzenlemedir. İcranın huzurlu bir ortamda gerçekleştirilebilmesi ve çocuğun olumsuz koşullardan etkilenmemesi için uzmanın mesleki bilgi, tecrübe ve yaklaşımı ve tespit ve görüşleri çok önemli olacaktır; bu nedenle uzman, mümkün olduğunca icra sırasındaki gözlemlerini ve koşulların elverdiği ölçüde edinebildiği bilgileri mesleki bilgi ve tecrübeleri çerçevesinde değerlendirmelidir⁷³.

likler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez. Anayasa'nın 36. maddesinde, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz" denilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur..."

⁷² Savunulan bir görüşe göre, uzmanlar, yargı sürecinin işleyişine uzman kimlikleri ile katkı sağlayan, sürekli bir biçimde görev yapan, daha çok Anglo-Sakson sistemindeki 'teknik müşavirler' konumunda olan kişidir; işlevsel olarak bilirkişilerle benzerlik gösterebilir de, hâkimle olan ilişkileri ve tâbi olacakları usulî rejim itibarıyla onlardan farklılıklar gösterirler (**Tanrıver Süha**, Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s.950).

⁷³ **Mavi**, s.272; Ayrıca bkz. **Özbay**, Çocuk, s.10-11.

İİK m.25/b uyarınca: “Çocukların teslimine ve çocukla şahsi ilişki kurulmasına dair ilamların 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”. Maddenin gerekçesine göre, çocuğun Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme⁷⁴ öngörülen yüksek yararı ve Sözleşmenin 9.maddesinde yer alan ilkelere uyum sağlanması amacıyla çocuk teslimine ve çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrasında icra müdürünün yanında hazır bulunacakları belirtilerek, çocuğun psikolojik yönden rahatsız edici unsurlardan etkilenmesinin önlenmesi amaçlanmıştır⁷⁵. Özellikle çocuğun tesliminde güçlük çıkarılması halinde uzmanın telkinleri ve yapıcı tavırları ile borçlu veya üçüncü kişiye zor kullanmaya gerek kalmaksızın ve çocuğun en az zarar göreceği biçimde teslimini sağlamak için kanun koyucu uzmanın hazır bulunmasını istemiştir⁷⁶.

Sözleşme’de çocuğun “üstün yararı” özellikle vurgulanmaktadır. Çocuğun yararının gereklerini yerine getirmek için, sırf icra sürecinde uzmanların bulundurulması yetmez; çocuğun velayetinin ana veya babadan birine bırakılması yahut çocukla şahsi ilişki kurulmasına karar verilirken, bunların içeriği düzenlenirken çocuğun yararının göz önünde tutulması gereklidir⁷⁷. Çocuğun yararı, velinin velayet hakkının sınırlarını belirler ve velinin çocuğun yararına aykırı olarak velayeti kullanmaları halinde kanunen müdahale edilmesini ve koruma tedbirleri alınmasını haklı kılar⁷⁸. Çocuğun yararı gereği, veli, çocuğu ayrı bir kişilik olarak görüp onun kişiliğine saygı göstermek ve kişiliğinin gelişimine yardımcı olmakla yükümlüdür⁷⁹. Zira 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m.4/b uyarınca da çocuğun yararının gözetilmesi temel ilkelere biridir.

Çocukla şahsi ilişki kurmak için icra dairelerine yapılan başvuru sayısının azaltılması ve ebeveynler ve çocuk arasında yaşanan problemlerin önlenmesi için aile mahkemeleri tarafından velayet hakkı ve şahsi ilişki şekli belirlenirken, çocuğun düşüncesi ve uzman görüşü öğrenilmeli; şahsi ilişki şekli ana baba ve

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **İnan Ali Naim**, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, AÜHFD 1995/1-4, s.765 vd.

⁷⁵ 4949 sayılı Kanuna ait Hükümet Tasarısı Gerekçesi; Böyle durumlarda, çocuk nereye gideceğini, hangi tarafın sözlerine ve telkinlerine inanacağını bilemez; bir şaşkınlık, bir moral çöküntüsü onun küçük dünyasında büyük fırtınaların kopmasına neden olur; işte bu sakıncayı belki de en aza indirmek için uzmanlardan yararlanılmasına imkan tanınmıştır (**Özbay**, Çocuk, s.11).

⁷⁶ **Belgin**, s.67; Bkz. **Aydınlyım Suat**, İcrada Çocuk Teslimi ve Şahsi Münasebet Tesisi, AD, S.5, Yıl 60, Mayıs 1969, s.275.

⁷⁷ **Belgin**, s.9.

⁷⁸ **Belgin**, s.14.

⁷⁹ **Belgin**, s.14.

çocuğa uygun olmalı; ana baba ve çocuk arasındaki şahsi ilişkiyi zedeleyecek olumsuzlukları giderici uygun önlemler alınmalı ve Türkiye tarafından aile hukuku davalarında uygulanacağı kabul edilen Avrupa Çocuk Hakları Sözleşmesi uygulanmalıdır⁸⁰.

Şahsi ilişki kurulmasına ilişkin olarak, uzmanların ilâmın yerine getirilmesindeki işlevlerinin tam olarak öngörülmemiş olması ve İcra ve İflâs Kanunu m.25/b'deki "hazır bulundurulması" ifadesi karşısında uzmanların çocuğa sağlayacakları faydanın sınırlı kalacak olması eleştirilmiş, uzmanın statüsü, çalışma koşulları, yetki ve sorumluluklarının ayrıntılı olarak çizilmesi gerektiği vurgulanmıştır⁸¹. Bu eleştirilere biz de katılmakla birlikte uzmana mahkemenin üstünde bir yetki verilmesi ve sınırlarının da bu şekilde belirlenmesi yönündeki görüşlere katılmıyoruz. Konu hakkındaki görüşlerimize ve önerilerimize aşağıda ayrıntılı olarak değineceğiz.

b) Uzmanın Sorumluluğu

aa) Uzmanın Ahlaki Sorumluluğu

1-Uzman, icra sırasındaki gözlemlerini ve görüşlerini rapor haline getirerek icra dosyasına sunmalıdır. Çünkü bu rapor, ebeveynlerin şahsi ilişki şeklinde ya da velayet konusunda değişiklikler için ileride aile mahkemelerine açacakları davalarda aydınlatıcı olacaktır⁸².

2-Çocuğun şahsi ilişki kurmak istememesi durumunda uzman bunun sebeplerini belirlemeye çalışmalı ve çocuğun yararını tehlikeye atacak bir durum olmadığı izlenimine varması durumunda ebeveyn ve çocuk arasındaki uyumu sağlayıp çocuğu ikna ederek teslim edilmesine yardımcı olmalıdır⁸³.

3-Uzman öncelikle çocuğa karşı sorumlu olduğunu ve onun yararını gözettiğini unutmamalı; çocuğun yararını ön planda tutmalı; tarafsız, hoşgörülü ve saygılı davranmalıdır⁸⁴.

bb) Uzmanın BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nden Doğan Sorumlulukları

1. BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi gereğince "*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.*

⁸⁰ Mavi, s.280.

⁸¹ Belgin, s.90-91.

⁸² Mavi, s.272.

⁸³ Mavi, s.272.

⁸⁴ Mavi, s.273.

Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır". Bu bağlamda uzman, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun düşüncelerini özgürce açıklaması için gerekli ortamı oluşturmali, çocuğa yeterli zaman ayırarak onu dinlemeli ve düşüncelerine gereken özeni göstermelidir⁸⁵.

2. Sözleşme'nin 16.maddesi uyarınca: *"Hiçbir çocuğun özel yaşantısına aile, konut ve iletişimine keyfi ya da haksız bir biçimde müdahale yapılamayacağı gibi, onur ve itibarına da haksız olarak saldırılamaz. Çocuğun bu tür müdahale ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır". Bu bağlamda uzman, icrada çocuğun onuru ve itibarına haksız bir saldırı olup olmadığını değerlendirmelidir⁸⁶.*

c) Mahkeme Kararına Rağmen Uzmanın Çocuk Hakkında Farklı Bir Karar Verip Veremeyeceği

İcrada görev alan uzmanın, şahsi ilişki tesisinin çocuğun yararına olmadığı kanaatine varması ya da çocuğun şahsi ilişkiyi reddetmesi durumunda acaba ne olacaktır? Bu başlıkta bu sorulara cevap bulmaya çalışacağız.

aa) Çocuğun Yararının Şahsi İlişki Kurulmamasını Gerektirmesi

İcra ve İflas Kanunu m.25/b ile icra müdürünün yanında bir uzmanın hazır bulundurulması zorunluluğu ile çocuğun psikolojisinin rahatsız edici unsurlardan etkilenmemesi amaçlanmıştır⁸⁷. Nitekim Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün 25.3.2003 tarihli İcra ve İflâs Kanunu'nda değişiklik yapılmasına dair kanun tasarısı ve adalet komisyonu raporunun genel gerekçe bölümüne 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 unsurlardan etkilenmesinin önlenmesi amaçlanmıştır."* Ayrıca Adalet Bakanlığı'nın 30/11/2006 tarih ve 115 no.lu genelgesine göre *"...kanun koyucu...çocuk teslimine ilişkin ilâmların icrasında, çocuğun yüksek*

⁸⁵ Mavi, s.273.

⁸⁶ Mavi, s.273.

⁸⁷ Uyar, Şerh II, s.2693.

yararının korunması amacıyla... bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde ise bir eğitimcinin mesleki bilgi ve tecrübesinden yararlanılması amacıyla hazır bulunmasını öngörmüş, böylece çocuğun, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de öngörülen yüksek yararının gözetilmesi ve Sözleşmenin 9’uncu maddesinde yer alan ilkelere uyum sağlanması suretiyle, psikolojik yönden rahatsız edici unsurlardan etkilenmesinin önlenmesi amaçlanmıştır”.

Sözleşme’nin 3. maddesine 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. Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar”.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı gibi şahsi ilişkinin ön koşulu çocuğun yüksek yararı olup, burada devletin görevi BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m.9 uyarınca çocuğun şahsi ilişki kurma hakkına saygı duymak ve korumaktır⁸⁸. Bu hakkı Aile Mahkemesi, çocukla ilgili kararına varmadan önce gözetecek ve kararını bu yönde verecektir.

Savunulan görüşe göre, uzman bulundurulmasının amacı “çocuğun psikolojik ve rahatsız edici unsurlardan etkilenmesinin önlenmesi” ve “uzmanın mesleki bilgi ve tecrübesinden yararlanılması” olduğundan icrada görev alan uzman, çocuğun yüksek yararına aykırı olduğu için çocukla şahsi ilişki kurulmamasını talep ederse şahsi ilişki kurulmamalıdır⁸⁹. Yine bu görüşe göre, Türk Medeni Kanunu m.324’e göre çocuğun huzurunun bozulması bile şahsi ilişki şeklinde değişiklik koşuludur. Ayrıca Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair 5717 sayılı Kanun’un 22. maddesine göre: “İlamın 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”. Bu görüş uyarınca icra sırasında şahsi ilişkinin çocuğun yararına olup olmadığına karar verecek kişi uzmandır.

Savunulan görüşe katılmadığımızı baştan ifade edelim. Savunulan görüşe dayanak oluşturan maddelerden ilki BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 9.maddesidir. Konu maddeden, savunulan görüşe ulaşamadığımız için maddenin tümünü ele alıyoruz: “Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun, ana-babasından, onların rızası

⁸⁸ Mavi, s.276.

⁸⁹ Mavi, s.277.

dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar. Ancak, ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmal edilmesi durumlarında da ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgahının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde bu tür bir ayrılık kararı verilebilir. Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca girilen her işlemde ilgili bütün taraflara işleme katılma ve görüşlerini bildirme olanağı tanınır. Taraf Devletler, ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, anababanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler. Böyle bir ayrılık, bir Taraf Devlet tarafından girilen ve çocuğun kendisinin ana veya babasının veya her ikisinin birden tutuklanmasını, hapsini, sürgün, sınır dışı edilmesini veya ölümünü, (ki buna devletin gözetimi altında iken nedeni ne olursa olsun meydana gelen ölüm dahildir) tevlit eden herhangi benzer bir işlem sonucu olmuşsa, bu Taraf Devlet, istek üzerine ve çocuğun esenliğine zarar vermemek koşulu ile; anababaya, çocuğa veya uygun olursa ailenin bir başka üyesine, söz konusu aile bireyinin ya da bireylerinin bulunduğu yer hakkında gereken bilgiyi verecektir. Taraf Devletler, böyle bir istemin başlı başına sunulmasının ilgili kişi veya kişiler bakımından aleyhe hiç bir sonuç yaratmamasını ayrıca taahhüt ederler". Uzmanın, icrai işlem sırasında çocukla şahsi ilişki kurulup kurulmayacağı yönünde karar verici olduğuna dayanak olarak gösterilen yukarıdaki maddede, taraf devletlerin, çocuğun, ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmamasının güvence altına alınması, hangi durumlarda ayrılık kararı verilebileceği, çocuğun kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, anababanın ikisiyle de düzenli bir biçimde şahsi ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkı olduğu gibi hususlar düzenlenmiştir. Bunun ötesinde çocuğa, mahkeme kararının üstünde bir karar verme hakkı ya da uzmana olağanüstü bir yetki verilmemiştir.

Savunulan görüşe dayanak olan ikinci mevzuat, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun'dur. Bu Kanunun amacı 1.maddeye göre; "Velâyet hakkı ihlâl edilerek Sözleşmeye taraf bir ülkeden diğer bir taraf ülkeye götürülen veya alıkonulan çocuğun mutlak meskeninin bulunduğu ülkeye iadesine veya şahsî ilişki kurma hakkının kullanılmasına dair 25/10/1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşmenin uygulanmasını sağlamaya yönelik usûl ve esasları düzenlemektir". Kanun'un kapsamını düzenleyen 2.maddeye göre ise: "Bu Kanun, bir kişiye veya bir kuruma tek başına veya birlikte kullanılmak üzere tevdi edilmiş bulunan ve yer değiştirmenin veya alıkonulmanın gerçekleştiği sırada fiilen kullanılmakta olan velâyet veya şahsî ilişki kurulması haklarının ihlâlinden hemen önce mutlak meskeninin bulunduğu taraf ülkelerden birinde bulunan çocuklara uygulanır". Kanun'un gerek amacına gerekse kapsamına baktığımızda savunulan görüş kapsamında maddenin kıyas yoluyla uygulanamayacağı açıktır. Nite-

kim icra hukukunda kanunilik ilkesi geçerlidir⁹⁰. Kanunilik ilkesi gereği, cebri icra mutlak bir belirlilik ve kesinlik taşımalı, sınırları belirli olmalıdır⁹¹. Bu bağlamda İcra ve İflas Kanunu'nun hükümleri açıkken ve uzmanın yetkileri sınırlı olarak düzenlenmişken uzmana başka düzenlemelerden yararlanarak kıyas yoluyla İcra ve İflas Kanunu'nda olmayan yetkiler verilemez. Uzman, çocuğun yüksek yararına aykırılık tespit edip, talepte bulunanın çocukla şahsi ilişki kurulmasını engelleyemez.

Savunulan görüşe göre, icra sırasında ebeveynler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde bulundurmuyorsa veya çocuğa bedensel ya da psikolojik zarar verecek tutum ve davranışlar içerisindeyseler ve bu nedenlerle icrada yaşanan olaylar çocuğun yararına aykırıysa uzmanın gerekli araştırmaları yaparak gerekiyorsa Sözleşmenin 3, 18 ve 4. maddeleri gereğince uygun yasal, idari ve diğer önlemlerin alınabilmesi için şahsi ilişki kurulmasının ertelenmesini önermesi gerekir⁹². Bu görüşü destekleyen diğer görüşe göre, "...olması gereken hukuk bakımından, icra müdürünün öncelikle uzmanın görüşü doğrultusunda çocuk teslimini gerçekleştirmesi gerekir. Uzman kişi çocuk tesliminin veya çocukla şahsi ilişki kurulmasının o anda yapılamayacağı kanaatindeyse, icra müdürünün uzmanın görüşünü yazılı hale getirerek icrayı yapmaması gerekir; aksi halde uzman görüşlerine uyulmadığında hiçbir sonucu olmayan bir danışman haline dönüşür⁹³".

Konu görüşe dayanak olan 18.maddeye baktığımızda: "*Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler, çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilelere düşer. Bu kişiler her şeyden önce Çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler. Bu Sözleşmede belirtilen hakların güvence altına alınması ve geliştirilmesi için Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesi konusundaki sorumluluklarını kullanmada ana-baba ve yasal vasilerin durumlarına uygun yardım yapar ve çocukların bakımı ile görevli kuruluşların, faaliyetlerin ve hizmetlerin gelişmesini sağlarlar. Taraf Devletler, çalışan ana-babanın, çocuk bakım hizmet ve tesislerinden, çocuklarının da bu hizmet ve tesislerden yararlanma hakkını sağlamak için uygun olan her türlü, önlemi alırlar*". Konu maddeden, uzmanın, Sözleşme'nin mahkemenin şekli anlamda kesinleşmiş olan kararının önüne geçerek bir karar verme kudretine sahip olduğu sonucuna ulaşamamaktadır. Yapılan düzenleme ile taraf devletlere çocuğun

⁹⁰ Özekes, İlkeler, s.89 vd; Çiftçi, s.125.

⁹¹ Akkaya, s.856.

⁹² Mavi, s.274.

⁹³ Belgin, s.100.

gelişimi konusunda ödev yüklenmiştir. Devlet bu ödevini mahkeme teşkilatına psikolog, pedagog, sosyal gelişim uzmanı gibi uzmanları dahil ederek ve mahkemelerin karar vermeden önce bu uzmanlardan görüş almasını sağlayarak yerine getirmektedir. Bütün incelemesini kapsamlı bir şekilde yerine getiren hakimim verdiği karar, hükmün icrası sırasında aynen uygulanacaktır. Nitekim 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*". Bu sınırlamalara uygun karar veren, karar verme öncesinde çocuğu dinleyen hakimim kararı, artık kararın icrası sırasında tartışma konusu yapılmamalıdır. Taraflar gerekiyorsa, mahkemenin kararının değiştirilmesi için gerekli müracaatları yine yasal yollardan yapabilirler.

Yargıtay'a göre. boşanma ilamı ile velayeti babaya verilen küçüğün, anneye şahsi ilişki kurması uygun görüldüğüne göre, şahsi ilişki kurulmamasına da mahkemece karar verilir. İcra Müdürlüğünce, ilamın icrası sırasında, infazın çocuk psikolojisi açısından olumsuzluğuna değinen uzman beyanı dikkate alınarak, çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ilamın yerine getirilmemesi kanuna aykırıdır⁹⁴. Uzmanlar, çocuğun teslim edilmemesine ilişkin görüş bildiremezler, ilamın icrasına nezaret edip yardımcı olurlar⁹⁵.

⁹⁴ "...KARAR: Takip dayanağı {Küçükçekmece İkinci Aile Mahkemesi} 'nin 2007/854 esas, 2008/755 karar sayılı 30.07.2008 karar tarihli ilamı ile boşanmaya, küçüğün velayetinin babaya bırakılmasına ve şikayetçi anne ile küçük arasında kişisel ilişki kurulmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. İİK'ya 4949 sayılı Kanun'la eklenen 25/b maddesine göre "Çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrası, icra müdürüyle 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". Bu maddeye ilişkin hükümet gerekçesinde; "Çocuğun Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede öngörülen yüksek yararı ve Sözleşmenin 9. maddesinde yer alan ilkelere uyum sağlanması amacıyla çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrasında icra müdürünün yanında hazır bulunabilecekler belirtilerek, çocuğun psikolojik yönden rahatsız edici unsurlardan etkilenmesinin önlenmesi amaçlandı" açıklanmıştır. 11.12.1994 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 09.12.1994 tarih ve 4058 sayılı Kanun'la kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde, yetkili makamlarca uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar verilmedikçe, çocuğun; ana-babasından,

Yargıtay'ın kararlarına göre: "...*Velayet düzenlenirken, göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun "üstün yararı"dır. Çocuğun üstün yararının belirlenirken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir*"⁹⁶". Yargıtay kararlarında, karar

onların rızası dışında ayrılmamasının güvence altına alınacağı, ancak, ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgahının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebileceği 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 saygı gösterileceği düzenlenmiştir. İİK'nın 25/b maddesine ilişkin hükümet gerekçesi ve gerekçede atfı yapılan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi birlikte değerlendirildiğinde; çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrasında icra müdürünün yanında sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın bulundurulmasıyla, velayetin kendisine bırakıldan çocuğun alınıp, şahsi münasebet için diğer tarafa verilmesi sırasında çocuğun psikolojik yönden etkilenmemesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Boşanma ilamı ile mahkemece velayeti babaya verilen küçüğün anneyle kişisel ilişki kurması uygun görüldüğüne göre, görevi infaz işlemi sırasında yalnızca küçüğe psikolojik yardımda bulunmak olan uzmanın beyanına itibar edilerek infaz işleminin yapılmaması ilam hükmünü ortadan kaldırır nitelikte olduğu gibi, hükümet gerekçesinde atfı yapılan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde yer alan; "yetkili makamlarca uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar verilmedikçe" ve "çocuğun ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterileceği" hükümlerine de aykırıdır. Bir diğer ifade ile küçüğün anne veya babası ile kişisel ilişki kurmamasına ancak mahkemece karar verilebilir. Bu nedenle İcra Müdürlüğüne, infazın çocuğu psikolojik açıdan olumsuz etkileyeceğine yönelik uzman beyanına itibar edilerek, çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamın yerine getirilmemesi yasaya aykırıdır. O halde, mahkemece şikayetin kabul edilerek icra müdürünün işleminin iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin reddi yolunda hüküm tesisi isabetsizdir. **SONUÇ:** Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA) , 09.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi" (12.HD., 2009/4318 E., 2009/12326 K., 9.6.2009 T., Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

⁹⁵ Bkz. **Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes, s.467.**

⁹⁶ "... (BM Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi madde 6: TMK madde 339/1, 343/1, 346/1; Çocuk Koruma Kanunu madde 4/b) . Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Mahkemece, velayetin ebeveynlerden hangisine verilmesinin çocuğun yararına olacağı konusunda uzman veya uzmanlardan (4787 Sayılı Kanun madde 5) rapor alınarak, tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; bu hususta eksik incelemeyle hüküm kurulması doğru bulunmamıştır. **SONUÇ:** Temyiz edilen hükmün yukarıda (2.) bentte gösterilen sebeple BOZULMASINA..." (2.HD., 2014/19845 E., 2015/4183 K., 11.2.2015 T., Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

...Velayet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun "üstün yararı" (BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme md. 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi md. 1; TMK. md.339/1, 343/1, 346/1; Çocuk Koruma Kanunu md. 4/b) 'dır. Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları, boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkileme-

verme aşamasında çocuğun mahkeme tarafından üstün yararının gözetilmesi gerektiği ifade edilmekte olup, bunun dışında uzmana mahkeme kararlarının uygulanmamasını sağlayıcı bir güç verilmemiştir. Konu hakkında savunulan karşı görüşe ilişkin görüşlerimizi ve gerekçelerimizi ayrıca alt başlığı değerlendirirken açıklayacağız⁹⁷.

bb) Çocuğun Şahsi İlişki Kurmayı Reddetmesi

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinde "Taraf devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgun derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanır-lar." denilmektedir. Bu madde dayanak alınarak savunulan görüşe göre "uzman, çocuğun görüşlerini öğrenmeli şahsi ilişkiyi yüksek yararına aykırı olmadığı halde reddeden çocuğu ikna etmeye çalışmalıdır; eğer çocuk ikna edilemiyorsa ve şahsi ilişki kurmayı yüksek yararına aykırı olacak sebeplerle reddediyorsa sözleşmenin 3. maddesindeki '...çocukları ilgilendiren bütün

diği ölçüde göz önünde tutulur. Mahkemece, tarafların müşterek çocukları 1998 doğumlu G., 1999 doğumlu M. ve 2001 doğumlu V.nin velayetleri çocukların yaşı, anne bakım ve şefkatine muhtaç olduğu gerekçesi ile davacı anneye verilmiştir. Davacı (kadın) temyiz dilekçesinde "velayeti kendisine tevdi edilen müşterek çocukların biyolojik anneleri olmadığını" belirterek çocukların velayetinin davalıya verilmesini talep etmiştir. Velayetin kamu düzenine ilişkin olması da dikkate alınarak davalının temyiz aşamasında sunduğu dilekçe de değerlendirilip davacı babanın barınma, gelir, sosyal ve psikolojik durumuna göre çocukların sağlıklı gelişimi için velayeti üstlenmeye engel bir durumun bulunup bulunmadığının araştırılması ve tüm delillerin hep birlikte değerlendirilmesi suretiyle gerçekleştirilecek sonucuna göre velayet konusunda bir karar verilme üzere hükmün bozulması gerekmiştir" (2.HD, 2014/15336 E., 2014/25732 K., 27.11.2014 T., Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

"Velayet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun "üstün yararı" (bm Çocuk Haklarına Dair Sözleşme madde 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi madde 1; TMK m.339/1, 343/1, 346/1; Çocuk Koruma Kanunu madde 4/b) 'dir. Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Mahkemece tarafların müşterek çocukları 2011 doğumlu Mustafa'nın velayeti davalı anneye verilmiştir. Dosya kapsamındaki delillerden ve tanık beyanlarından davalı kadının başka bir kişiyle çocuğunu bırakarak kaçtığı anlaşılmaktadır. 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 5. maddesi gereğince Aile Mahkemesi bünyesinde bulunan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan inceleme ve rapor istenip, davalı annenin barınma, gelir, sosyal ve psikolojik durumuna göre ortak çocuğun sağlıklı gelişimi için velayeti üstlenmeye engel bir durumun bulunup bulunmadığının araştırılması ve tüm delillerin hep birlikte değerlendirilmesi suretiyle gerçekleştirilecek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; eksik inceleme ve araştırmayla velayet konusunda yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır (2.HD, 2013/8062 E., 2013/20921 K., 16.9.2013 T.,...Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

⁹⁷ Bkz. Aşa. bb)Çocuğun Şahsi İlişki Kurmayı Reddetmesi, dipnot 100-107 arası.

faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir...' prensibiyle zor kullanma yoluna gitmeden icra takibine şahsi ilişki kurulmadan son verilmelidir; çünkü 'zorla icra olunur' hükmü borçlunun, çocuğun diğer ebeveyniyle şahsi ilişki kurma hakkını ihlal ettiği durumlarda borçluya karşı yapılacak bir işlemdir; çocuğa zor kullanmak hem Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne hem şahsi ilişkinin amacına hem de çocuğun kişilik haklarına aykırı bir davranış olacak ve çocuğun hakları ve yüksek yararı savunulmaya çalışılırken çocuk psikolojik olarak örselenecek, nesneleştirilecek ve suçluymuş gibi cezalandırılmış olacaktır⁹⁸". Savunulan bu görüş doğrultusunda, burada icra takibiyle çocukla şahsi ilişki kurulmaması durumunda çocukla şahsi ilişki kurmak isteyen ebeveynin çocuğuyla şahsi ilişki kurmanın başka yollarını araması gerekmektedir; örneğin çocuğuyla arasındaki problemlerin çözüm yollarını bulmaya çalışmalı ya da aile mahkemelerine şahsi ilişki davası açmalıdır; çünkü şahsi ilişkide her zaman çocuğun yararı ön plandadır; bu sebeple anne-baba çocuğun yüksek yararını göz önünde bulundurmaları; bu konuda olabildiğince çocuğun düşüncesini göz önünde tutmaları; çocuğun huzurunu bozmamaları ve icrada bir alacak tahsil eder gibi davranmalarının ve birbirlerini hasım gibi görmelerinin her iki tarafa da bağlı olan çocuğa zarar vereceğini unutmamalıdır⁹⁹. Yine savunulan bu görüşe göre, çocuk, şahsi ilişkiyi bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya kötü muamele gibi durumlardan herhangi birine maruz kalabileceğini ifade ederek reddediyorsa, uzman, çocuğun ifade ettiği bu muhtemel durumların araştırılması ve gerekiyorsa sözleşmenin 4. ve 19. maddeleri gereğince yasal, idari, toplumsal ve eğitsel bütün önlemlerin alınabilmesi için şahsi ilişki kurulmasının ertelenmesini önermelidir¹⁰⁰. Belirtilen görüş, Anayasa'nın 90.maddesinde düzenlenen "...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletler arası antlaşmalar kanun hükmündedir... milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır" hükmüne atıfta bulunmaktadır.

Yukarıda¹⁰¹ katılmadığımız görüşe ilişkin karşı görüşlerimizi ifade ederken ilk olarak ifade etmeliyiz ki eğer milletlerarası sözleşme yukarıdaki görüşte belirtildiği şekilde bir düzenleme içermiş olsa idi şüphesiz Sözleşme hükümleri dikkate alınacak idi. Fakat Sözleşme maddeleri ayrıntılı olarak verildiği gibi görüşü destekler hükümler içermemektedir.

⁹⁸ **Mavi**, s.277-278; Bu görüş uyarınca oluşturma yeteneğine sahip çocuk velayet hakkına sahip ebeveynine kendi yüksek yararına aykırı olacak sebeplerle dönmek istemiyorsa teslim yapılmamalıdır.

⁹⁹ **Mavi**, s.278.

¹⁰⁰ **Mavi**, s.273-274.

¹⁰¹ Dipnot 98-100 arası.

İkinci olarak çocukla şahsi ilişki kurmak isteyen ebeveynin çocuğun görüşmeyi reddetmesi durumunda aile mahkemelerine şahsi ilişki davası açmasına imkan yoktur. Böyle bir dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmelidir. Zira çocukla şahsi ilişki kurmak isteyen “alacaklı”nın elinde zaten mahkeme ilamı bulunmaktadır. Karşı görüş, açılan dava sonunda mahkemenin vereceği yeni karara da çocuğun uymamak istemesi durumunda icranın nasıl gerçekleştireceğini açıklamaktan uzaktır.

Üçüncü olarak BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 12. maddesinde düzenlenen görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkının mahkemede çocuğa tanınmış olup olmadığı önemlidir. Nitekim Yargıtay, yerel mahkemelerin çocuğun beyanını dikkate almadan hüküm vermesi durumunda mahkeme kararlarını bozmaktadır¹⁰². Yargıtay kararlarında çocuğun üstün yararına vurgu yapmakta, bu vurguyu yaparken Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne atıfta bulunmaktadır. Çocuğun üstün yararı zaten karar verme aşamasında göz önüne alındığından, kararın icrası aşamasında çocuğun üstün yararına aykırı bir durumun zaten oluşmayacağı tabiidir. Yargıtay, özellikle belli bir yaşa gelmiş ve idrak kabiliyeti gelişmiş çocuğun dinlenmesi ve buna uygun karar verilmesi gerektiğini kararlarında vurgulamaktadır¹⁰³. Muhakeme sırasında hakim

¹⁰² “...Velayet düzenlemesinde asıl olan çocuğun menfaatidir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddesi gereğince çocuğun kendisiyle ilgili kararlarda çocuğun beyanı dikkate alınmalıdır. O halde mahkemece idrak çağında olan müşterek çocuk Selin’in velayet hususundaki beyanına başvurulup uzman incelemesi de yaptırılarak deliller hep birlikte değerlendirilmek suretiyle velayet hakkında düzenleme yapılması gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir. SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda 2., 3. ve 4. bentlerde gösterilen sebeplerle BOZULMASINA...” (2.HD, 2014/2973 E., 2014/5025 K., 10.3.2014 T., Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016)

“...Müşterek çocuklardan Tuğçe 1994 ve Busenur 2001 doğumludur. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. Çocuk Haklarının Kullanılmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddelerine göre idrak çağında bulunan çocukların dinlenilmesi ve onların ifade edeceği görüşlere de önem verilip gerekirse 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 5. maddesi uyarınca uzman veya uzmanlardan rapor alınıp, deliller birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken velayet konusunda eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır. SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeplerle velayet düzenlemesi yönünden BOZULMASINA...” (2.HD, 2009/3600 E., 2010/5346 K., 22.3.2010 T., Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

¹⁰³ “...Velayeti anneye bırakılan küçükler 05.10.1999 doğumlu B. ile 13.3.2006 doğumlu E. uzman ile görüşmelerinde babalarıyla kalmak istediklerini belirtmişlerdir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri gereğince ve uzman raporu da gözetilerek çocukların velayetlerinin babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde anneye verilmesi doğru görülmemiştir. SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple BOZULMASINA...”

tarafından çocuk dinlenip uzmandan rapor alındıktan sonra ulaşılan kararın icra aşamasında çocuğun şahsi ilişki kurulup kurulmayacağı noktasında karar verici olarak dinlenmesine artık imkan kalmayacaktır. Çünkü hakim zaten çocuğu dinleyerek kararına ulaşmıştır. Hakimin kararında hata yaptığı düşünülüyorsa olağan kanun yollarına; şartlar oluşmuş ise olağan üstü kanun yollarına müracaat edilebilir.

Dördüncü olarak Sözleşme'nin 3. maddesindeki '*...çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir...*' kuralından yola çıkarak zor kullanma yoluna gitmeden icra takibine şahsi ilişki kurulmadan son verilmesi görüşüne de yukarıdaki açıklamalar kapsamında imkan yoktur. Bu şekildeki mahkeme kararının yerine getirilmesinin Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne, şahsi ilişkinin amacına, ve çocuğun kişilik haklarına aykırılık oluşturduğunu savunamayız. Kendisi hakkında karar verecek olgunluğa erişmemiş, ergin olmayan çocuğun diğer ebeveyniyle ilişki kurup kurmama konusunda sadece mahkemede görüşünü belirtme hakkı vardır, bunun dışında mutlak bir tercih hakkı bulunmamaktadır. Mahkemede, çocuğa görüşünü açıklama imkanı verilmemesi ise şüphesiz Sözleşme'ye aykırılık oluşturmaktadır.

Konuya ilişkin Yargıtay'ın bir kararına göre: "...asıl olan, çocuğun üstün yararlarıdır. Çocuğun yararı ile ana ve babanın yararı çatıştığı takdirde, çocuğun yararının tercih edilmesi; iç hukuk bakımından idrak çağında olduğu kabul edilen çocukların velayet konusundaki tercihlerine, mahkemenin gereken önemi vermesi gerekir (BM Çocuk Hakları Sözleşmesi md.12; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi md.3-6). Ancak, çocuğun velayeti hak-

(2.HD, 2012/24677E., 2013/10958K., 18.4.2013 T.,...Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

"Velayet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun "üstün yararı" (BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme md. 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi md. 1; TMK. md.339/1, 343/1, 346/1; Çocuk Koruma Kanunu md. 4/b)'dir. Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Müşterek çocuklar Bilge ve Burak ikiz olup 10.1.2002 doğumludurlar. Davacı-davalı kadının evli ve iki çocuklu bir kişi ile birlikte yaşadığı ve çocukların bu durumu fark edebilecek yaşta oldukları ve ikiz çocukların birbirlerinden ayrılmasını gerektirir bir durumun bulunmadığı, kardeşlerin birbirlerinden ayrılmalarının onların ruhsal ve bedensel gelişimlerini olumsuz etkileyeceği anlaşılmaktadır. Bütün bu açıklamalar karşısında; müşterek çocuk Burak'ın velayet düzenlemesi konusundaki üstün yararının, velayetinin babaya bırakılması olduğu anlaşılmaktadır. Durum böyleyken mahkemece müşterek çocuk Burak'ın geçerli üstün yararı olmadığı halde, yazılı şekilde velayetinin davacı-davalı anneye bırakılması isabetsiz olmuş ve bozmayı gerektirmiştir. Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple BOZULMASINA..." (2.HD, 2012/17403E., 2013/3469K., 13.2.2013 T.,...Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

kindaki görüşü, çocuğun üstün yararına aykırı düştüğü takdirde çocuğun tercihinin aksine velayet düzenlemesi yapılmalıdır.¹⁰⁴”

Beşinci itirazımız 4.ve 19.maddenin yorumuna ilişkindir. Yukarıdaki görüşe dayanak olan Sözleşme'nin 4.maddesine göre: “*Taraf Devletler, bu Sözleşme’de tanınan hakların uygulanması amacıyla gereken her türlü, yasal, idari ve diğer önlemleri alırlar. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin olarak, Taraf Devletler eldeki kaynaklarını olabildiğince geniş tutarak, gerekirse uluslararası işbirliği çerçevesinde bu tür önlemler alırlar*”. Yine Sözleşme'nin 19.maddesine göre: “*Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenirken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suiistimale, ihmâl ya da ihmalkar muameleye, irza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar. Bu tür koruyucu önlemler; çocuklara kötü muamele olaylarının önlenmesi, belirlenmesi, bildirilmesi, yetkili makama havale edilmesi, TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu 144 soruşturulması, tedavisi ve izlenmesi için gerekli olduğu takdirde adliyenin işe el koyması olduğu kadar durumun gereklerine göre çocuğa ve onun gereken desteği sağlamak amacı ile sosyal programların düzenlenmesi için etkin usulleri de içermelidir*”. Kanaatimizce burada uzmanın mahkeme tarafından verilmiş kararın uygulanmamasını önerme gibi bir yetkisi yoktur. Uzmanın yapması gereken bu yöndeki olumsuz tespitlerini rapor haline getirmektir. Bu rapor doğrultusunda Aile Mahkemesi’ne müracaat edilerek velayet ilişkisi ya da şahsi ilişki tesisi yönündeki kararların değiştirilmesi talep edilebilir. Uzmanın yapması gereken şahsi ilişki tesisinin çocuk açısından en verimli şekilde yapılmasını yani mahkemenin kararının uygulanmasını sağlamak, bu esnada çocuğu rahatlatmaktır. Uzmanın bunun ötesinde mahkeme kararının yerine geçecek bir görüşü olamaz. Nitekim mahkeme icraya konu kararı verirken zaten uzmanlardan görüş alarak ilama konu kararına ulaşmış ve bu karar

¹⁰⁴ “Velayetin düzenlenmesinde asıl olan, çocuğun üstün yararıdır. Çocuğun yararı ile ana ve babanın yararı çatıştığı takdirde, çocuğun yararının tercih edilmesi; iç hukuk bakımından idrak çağında olduğu kabul edilen çocukların velayet konusundaki tercihlerine, mahkemenin gereken önemi vermesi gerekir (BM Çocuk Hakları Sözleşmesi md.12; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi md.3-6). Ancak, çocuğun velayeti hakkındaki görüşü, çocuğun üstün yararına aykırı düştüğü takdirde çocuğun tercihinin aksine velayet düzenlemesi yapılmalıdır. Yaşı nedeniyle idrak çağında olduğu anlaşılan 2002 doğumlu ortak çocuk S.'in velayet tercihi konusundaki beyanlarının çelişkili olduğu, önce babasının daha sonra ise annesinin velayetini tercih ettiği görülmektedir. Davalı annenin boşanmaya sebep olan olaylardaki tutumu tarafların ekonomik ve sosyal durumu göz önüne alındığında, çocuğun sağlıklı gelişimi ve eğitimi bakımından üstün yararının babasının velayeti altına alınmasını gerektirdiği anlaşılmaktadır. O halde, ortak çocuk S.'in velayetinin davacı babasına verilmesi yerine, yazılı gerekçeyle anneye verilmesi isabetsiz olmuş, bozmayı gerektirmiştir. SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple BOZULMASINA...” (2.HD, 2012/14342E., 2013/15406K., 4.6.2013 T.,...Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

tarafarca kanun yoluna götürülerek ya da götürülmeyerek kesinleşmiştir. Artık kararın icrası sırasında yapılması gereken bu karara uymak ya da mahkemeden başka bir karar alarak hükmün icrasını değiştirmektir.

Yine katılmadığımız yukarıdaki görüşe¹⁰⁵ göre icra dairesince şahsi ilişkinin kurulmaması durumunda, çocukla şahsi ilişki kurmak isteyen ebeveyn durumu İcra Mahkemesine de şikayet edebilir; hakim şikayetin kabulüne göre işlemin bozulmasını, işlemin düzeltilmesini veya işlemlerin yapılmasını isteyebilir¹⁰⁶. Bu durumda çocuğun yararının gözetilmesi için çocukla şahsi ilişki kurulmaması hadiseye uygun bir davranış olarak kabul edilmeli ve icra mahkemesince çocuğun yüksek yararına yönelik uygun yasal, idari ve diğer önlemlerin alınabilmesi için gereğine göre durum velayet hükmünü kuran aile mahkemesine bildirilebilmelidir¹⁰⁷.

Savunulan görüşte¹⁰⁸ belirtildiği gibi icrada bir alacak tahsil eder gibi davranılmaması gerektiğine biz de katılıyoruz. Fakat bu husus ebeveynlerden değil, Kanun'un sisteminden kaynaklanmaktadır. Kanun koyucu icrada bir alacak tahsil eder gibi ebeveynin çocuğa ulaşmasını hükme bağladığından ebeveynler de mecburen çocukla ancak bu şekilde görüşebilmektedir.

Uzmanların çocuk teslimi veya çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasındaki işlevi, ilamı yerine getirmekte direnen anne veya babanın çocuğun psikolojini olumsuz etkileyecek davranışlarda bulunmasını önleyerek veya ortaya çıkmışsa da gidermeye çalışarak çocuğun tesliminin çocuk için bir travma oluşturmamasına mani olmaya çalışmaktır; böylece çocuk kavgalı, güdültülü ve gerilimli bir ortama maruz kalmadan ilam yerine getirilmeye çalışılır¹⁰⁹. Bu bağlamda uzman, 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 şahsi 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 hazırlamalıdır¹¹⁰.

cc) Velayet Hakkına Sahip Ebeveynin Çocuğu Geri Alamaması

Velayet hakkına sahip ebeveynin, çocuğu şahsi ilişki kurmak için gittiği ebeveyninden geri alamaması durumunda veli, İİK'nın 25. maddesine göre icra dairelerine başvurabilir.

¹⁰⁵ Dipnot 98-100 arası.

¹⁰⁶ **Mavi**, s.278.

¹⁰⁷ **Mavi**, s.278.

¹⁰⁸ Dipnot 98-100 arası.

¹⁰⁹ **Belgin**, s.98.

¹¹⁰ **Belgin**, s.99.

Şahsi ilişki kurmak amacıyla çocuğu alan ebeveyn çocuğu kaçırmış ve rızası dışında alıkoymuşsa, çocuğun yararı ve hakları tehlikeye gireceği için İİK'nın 25. maddesine göre "zorla icra olunur" hükmü çocuğa karşı değil gerekiyorsa borçluya karşı uygulanmalı; çocuk fiziksel ve zihinsel olarak örselemeden; uzman yardımıyla ve rıza ile teslim öncelik verilerek ilam yerine getirilmelidir¹¹¹. Mevcut düzenlemelerden yola çıkılarak uygulanabilecek en sağlıklı yol, İcra ve İflâs Kanunu m.25/b'de yer alan uzmanların şahsi ilişkiye engel olan kişiye çocuğa zarar verdiğini izah etmesi ve telkin ve ikna yoluyla çocuğu şahsi ilişki kuracak kişiye teslim etmesini sağlamasıdır¹¹². Medeni Kanun'a göre velayete ilişkin kayıtlar çocuk reşit olana kadar açıktır, bu nedenle icra mahkemesi ya da ebeveynlerden biri, çocukla şahsi ilişki kurulmasında ve çocuğun tesliminde yaşanan sorunları velayet ve şahsi ilişki hükmünün kurulduğu aile mahkemesine bildirebilir; bu durumda aile mahkemesi değişen koşulları ve çocuğun ebeveynleriyle arasındaki sağlıklı ilişkinin çocuk açısından önemini göz önüne alarak, çocuğun gelişmesi ve menfaatlerinin korunması için uygun tedbirleri alabilir¹¹³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.382/2'de "Aile Hukukundaki Çekişmesiz Yargı İşleri" arasında "*Velayetin kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi*" belirtildiğinden bu durumda değişiklik davası¹¹⁴ da açılmaz. Zira velayetin kaldırılmasına yönelik talep çekişmesiz yargı işi¹¹⁵

¹¹¹ **Mavi**, s.279.

¹¹² **Belgin**, s.90.

¹¹³ **Mavi**, s.279.

¹¹⁴ "*Sonradan ortaya çıkan hukuki veya fiili değişiklikler sebebiyle, temelde yer alan hükümdeki yanlış tahminlerin düzeltilmesi amacıyla yönelmiş olan ve belirli zamanlarda ve belirli şekillerde yerine getirilmesi öngörülen edimlere ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararları üzerinde gerçekleşmiş önemli değişikliklerin, ileri sürülmesi ve hukuk düzeni içinde sonuç doğurabilmesi için kullanılabilen olağandışı hukuki çare*" olarak ifade edilen değişiklik davasına ilişkin geniş bilgi için bkz. **Kurtuloğlu S. Serhat**, Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası, Ankara 2014, s.7.

¹¹⁵ Çekişmesiz yargıda, maddi ilgili kavramı esas olduğundan bir çekişmesiz yargı işinde şeklen yer almasa dahi, o çekişmesiz yargı işi ile hukuki bağlantısı olan veya doğrudan etkilenen kimse maddi ilgili sayılacaktır (**Kuru Baki/ Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder**, Medeni Usul Hukuku, B.24, Ankara 2013, s.739; **Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/ Özekes Muhammet**, Medeni Usul Hukuku, B.14, Ankara 2013, s.100; **Özekes Muhammet**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s.268; **Erişir Evrim**, Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007, s.105; **Budak Ali Cem**, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000, s.111); Bu kapsamda velayetin kaldırılması hususunda üçüncü kişilerin mahkemeye başvurusu durumunda başvuranlar şekli ilgili ancak anne, baba, çocuk maddi ilgilidir (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.100); Çekişmesiz yargı için bir başka bir ölçüt "sübjektif hakkın yokluğu" ölçütüdür. İlgililerin özel hukuk kişilerin karşı ileri sürebilecekleri sübjektif haklarının bulunmadığı işler uyumsuzluk konusu olsalar bile sübjektif hakkın yokluğu ölçütüne göre çekişmesiz yargıya tabidir; velayetin kaldırılması işi buna örnektir (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, Usul, s.67; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.106; **Ulukapı Ömer**, Medeni Usul Hukuku, B.2., Konya 2014, s.28).

olarak görülecektir¹¹⁶. Bu sebeple kesin hüküm gücüne sahip olmayan ve çekişmesiz yargı içinde ortaya konulacak bir talep söz konusu olduğundan bu tür durumlarda, değişiklik davası için aranan şartlara bağlı kalmadan aile mahkemesinden talepte bulunulması mümkündür¹¹⁷.

Ayrıca Yargıtay'a göre: şahsi ilişki için babaya bırakılan çocuğun tekrar anneye geri verilmesinde ise uzman bulundurulmasına gerek yoktur¹¹⁸.

¹¹⁶ Benzer şekilde Medeni Kanun'un 183.maddesine göre ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi, ölmesi gibi durumlar önemli hukuki veya fiili değişiklikler olarak değerlendirilmiş ve bu durumların gerçekleşmesi halinde hakim gerekli gördüğü hallerde resen veya ana ve babadan birinin talebi üzerine gerekli önlemleri alabileceği vurgulanmıştır (**Kırtıloğlu, s.177**).

¹¹⁷ **Kırtıloğlu, s.178**.

¹¹⁸ "...Davacı baba, velayeti annede bulunan 2003 doğumlu T.'nin velayetinin değiştirilmesini istemiş, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Dosya içindeki Sosyal Hizmet Uzmanı raporunda "müşterek çocuk T.'nin baba ile yaşamak istediği, baba ile rahat ve huzurlu iletişim kurduğu, duygu ve düşüncelerini rahat bir şekilde ifade ettiği, davalı annenin doğal olarak alzheimer hastası annesine bakarken stresli olması nedeniyle T.'nin psikolojik yönden bulunduğu ev ortamından olumsuz etkilendiği, davalı anneye duygu ve düşüncelerini ifade etmekten çekindiği, davalı annenin ve ailesinin dışlamasından tedirgin olduğu, davalı anneyi üzmemek istemediği ve anne ile sağlıklı bir iletişim kuramadığı, T.'nin görüşme sırasında sık sık babası yanında kalmak istediğini dile getirdiği ve bu nedenlerle velayetinin davacı babaya verilmesinin daha yararlı olacağı" bildirilmiştir. Velayet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun "üstün yararı" (BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme md. 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi md. 1; TMK md.339/1, 343/1, 346/1; Çocuk Koruma Kanunu md. 4/b) 'dir. Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Yukarıda açıklanan uzman raporunda belirlendiği ve dosyada diğer delillerle de desteklendiği üzere müşterek çocuğun üstün yararı ve kendi isteği velayetinin değiştirilerek babasına verilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle velayetin değiştirilmesi davasının kabulü gerekirken, yazılı şekilde isteğin reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir. SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple BOZULMASINA..." (2.HD, 2014/17708 E., 2005/24993 K., 8.12.2014 T., Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

"...Küçüğün velayetinin Mahkemece şikayetçi anneye bırakıldığı anlaşılmaktadır. İİK'ya 4949 sayılı Kanunla eklenen 25/b maddesi aynen "çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrası, icra müdürüyle 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." Bu maddede amaç uzun vadede velayetin kendisine bırakıldandan çocuğu alıp, şahsi münasebet için diğer tarafa verilmesi sırasında çocuğun psikolojik yönden etkilenmemesini sağlamaya yöneliktir. Kaldı ki, çocuk babaya teslim edilirken ilgili maddede belirtilen kişilerden yararlanılmamıştır. Yukarıda açıklandığı üzere küçüğün velayeti anneye verildiğine göre, babaya şahsi münasebet için bırakılan çocuğun tekrar anneye geri verilmesinde maddede öngörülen kişilerin bulunmasına gerek yoktur. Mahkemece şikayetin kabul edilerek icra müdürünün işleminin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde sonuca gidilerek istemin reddi yolunda hüküm kurulması isabetsizdir. SONUÇ: Şikayetçi vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 20.12.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi" (2.HD, 2004/21711 E., 2004/26246 K., 20.12.2004 T.,...Kazancı Hukuk Otomasyonu).

SONUÇ

İcra ve İflas Hukuku sistemimizde canlılar da tıpkı taşınırlar gibi haczedilebilmektedir. Hayvanlar açısından haczin yapılacağı açıkça düzenlenmekle birlikte “çocuk” açısından da İcra İflas Kanunumuz neredeyse taşınırlarla aynı kuralları benimsemiştir. Olması gereken hukuk açısından özellikle hayvanların muhafazasının özellik gerektirmesi, çocuğun durumunun çok farklı olması gibi nedenler göz önüne alındığında bu kuralların İcra ve İflas Kanunu dışında ayrı bir düzenlemeye tabi tutulması fakat bu düzenlemenin Türk Ticaret Kanunu’nda, deniz icra hukukuna ait hükümlerde olduğu gibi (TTK m.1350-1400), maddi hukuk içinde değil, takip hukukunda ayrı bir kanun sistematğinde yer alması gerekmektedir¹¹⁹.

Öncelikle hayvanların haczi açısından İcra ve İflas Kanunumuzun sadece hacze yönelik hükümler içermesi fakat muhafaza altına alınmasına yönelik hiçbir düzenlemeye yer vermemesi büyük bir eksikliklerdir. Hayvanların muhafazası özellikle hayvanların sağlık koşulları açısından önem arz etmekte olup, muhafaza işleminin diğer taşınır malvarlığından ayrı bir şekilde ele alınması gerekir. Hayvanların muhafaza koşullarının nasıl olması gerektiği hakkındaki sınırlı bilgiye dolaylı yoldan ulaşabildiğimiz Hayvanları Koruma Kanunu dışında İcra ve İflas Kanunu’nda bu durumun ayrıntılı olarak ele alınması gerekmektedir.

Çocuk teslimi, İcra ve İflas Kanunu’nda “Para ve Teminattan Başka Borçlar Hakkında İlamların İcrası” başlığı altında; “Taşınır Teslimi”ni düzenleyen 24.madde ile, “Taşınmaz Tahliye ve Teslimi”ni düzenleyen 26.maddenin arasında 25.maddede düzenlenmiştir. Kanun koyucu sistematik olarak çocuğu, sanki taşınır olarak değerlendirmiş, öncelikle taşınıra ilişkin hükümleri (ve çocuğun teslimini) belirlemiş, sonra taşınmazlara yönelik hükümlere geçmiştir. Bu sistemin değiştirilmesi ve çocuğun taşınır gibi değerlendirilmesi anlayışının terk edilmesi gerekir. Düşünen, duyguları olan, anne-babasının sevgisine ihtiyaç duyan çocuğun ve karşılıklı olarak çocuğa ihtiyaç duyan anne-babasının durumu dikkate alınarak çocuk teslimi ve şahsi ilişki tesisi icra teşkilatı dışında ayrı bir organ tarafından yerine getirilecek şekilde yeniden düzenlenmelidir. Bunu gerçekleştirecek organın Adalet Bakanlığı’na bağlı bir organ olması yerine Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’na bağlı bir organ olması daha uygundur. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’na bağlı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü bünyesinde ya da kurulacak başka bir birim nezdinde çocuk tesliminin ve çocukla şahsi ilişki tesisinin sağlanması daha faydalı sonuçlar getirecektir. Ayrıca

¹¹⁹ Buna karşın, icra sisteminin geneli için icra teşkilatının yeniden düzenlenmesi ve yapılandırılması gerektiği belirtilmekte fakat farklı kanunlarda ve farklı gruplar için ayrı takip yolları düzenlenmemesi gerektiği de vurgulanmaktadır (Özkes Muhamet, Yeni Bir İcra Sistemi Önerisi, Prof.Dr.Bilge Umar’a Armağan, C.2, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Y.2009, İzmir 2010, s.925).

çocuk teslimi ve çocukla şahsi ilişki tesisi sırasında hazır bulunacak uzmanların yetki, görev ve sorumluluk alanlarının net bir biçimde çizilmesi önem arz etmektedir. Zira mevcut durumda uzmanların mahkemenin yerine geçerek, hakim detaylı araştırma sürecinden sonra edindiği bilgiyi değiştirecek düzeyde görüş belirtebileceği, kararın uygulanmasını erteleyebileceği hatta uygulanmamasını sağlayıcı yönde karar verebileceğini ileri süren görüşler azımsanamayacak kadar çoktur. Uluslararası Sözleşmeler de dikkate alındığında uzmanlardan mahkeme kararına ulaşılan kadar yeteri miktarda faydalanılmalı, uzmanların yargılamadaki durumu şekli olmaktan kurtarılmalıdır. Ancak bu şekilde yapılacak verimli bir yargılama sonrasında hükmün icrası sırasında uzmanın hakim yerine geçerek farklı bir karar verebileceği yönünde ileri sürülen görüşlerin önüne geçilebilir.

KAYNAKÇA

- Akkaya Tolga**, İcra Memurunun Haczedilmezlik Kurallarını Kendiliğinden Dikkate Alıp Alamayacağı Sorunu, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C.2, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Y.2009, İzmir 2010.
- Aydınlıyım Suat**, İcrada Çocuk Teslimi ve Şahsi Münasebet Tesisi, AD, S.5, Yıl 60, Mayıs 1969.
- Belgin Derya**, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011.
- Berkin Necmeddin**, Hacı Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar, İBD, 1957/5.
- Budak Ali Cem**, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000.
- Bulut Uğur**, İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri, Ankara 2013.
- Çiftçi Pınar**, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010.
- Erişir Evrim**, Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007.
- Günay Mehmet**, İcra Suçları, Ankara 2014.
- İnan Ali Naim**, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, AÜHFD 1995/1-4, s.765 vd.
- Kaçak Nazif**, İcra ve İflas Suçları, Ankara 2006 (**Kaçak**, Suçlar).
- Kaçak Nazif**, İlamlı İcra, Ankara 2004 (**Kaçak**, İlamlı).
- Kırtıoğlu S. Serhat**, Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası, Ankara 2014.
- Kuru Baki**, Hacı Caiz Olmayan Şeyler, Makaleler, İstanbul 2006 (**Kuru**, Caiz Olmayan).
- Kuru Baki**, İcra ve İflas Hukuku, C.I, B.3, İstanbul 1988 (**Kuru**, İcra I).
- Kuru Baki**, İcra ve İflas Hukuku, C.II, B.3, İstanbul 1990 (**Kuru**, İcra II).
- Kuru Baki**, İcra ve İflas Hukuku, C.III, B.3, İstanbul 1993 (**Kuru**, İcra III).
- Kuru Baki**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004 (**Kuru**, El Kitabı).
- Kuru Baki/ Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder**, İcra ve İflas Hukuku, B.27, Ankara 2013.
- Kuru Baki/ Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder**, Medeni Usul Hukuku, B.24, Ankara 2013 (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, Usul).
- Mavi Ömer**, İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcrada Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu, TBB Dergisi, S.74, Y.2008.
- Muşul Timuçin**, Gerekçeli - Notlu – İctihatlı İcra ve İflas Kanunu ve İlgili Mevzuat, B.8, Ankara 2011 (**Muşul**, Kanun).
- Muşul Timuçin**, İcra ve İflas Hukuku B.4, Ankara 2010 (**Muşul**, İcra).
- Oskay Mustafa/ Koçak Coşkun/ Deynekli Adnan/ Doğan Ayhan**, İİK Şerhi, C.1, Ankara 2007 (**Oskay/Coşkun/Deynekli/Doğan**, İİK 1).
- Oskay Mustafa/ Koçak Coşkun/ Deynekli Adnan/ Doğan Ayhan**, İİK Şerhi, C.2, Ankara 2007 (**Oskay/Coşkun/Deynekli/Doğan**, İİK 2).
- Oskay Mustafa/ Koçak Coşkun/ Deynekli Adnan/ Doğan Ayhan**, İİK Şerhi, C.3, Ankara 2007 (**Oskay/Coşkun/Deynekli/Doğan**, İİK 3).

- Özbay İbrahim**, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması, Prof. Dr. Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.2, Ankara 2009 (**Özbay**, Muhalefet).
- Özbay İbrahim**, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası, e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, e-akademi.org, E.T.: 29.1.2016 (**Özbay**, Çocuk).
- Özçelik Volkan**, İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Ankara 2014 (**Özçelik**, Takdir Yetkisi).
- Özçelik Volkan**, Genel Haciz Yoluyla Takipte İcra Müdürünün Zor Kullanma Yetkisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan C.3, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Y.2014, İzmir 2015 (**Özçelik** Zor Kullanma).
- Özekes Muhammet**, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009 (**Özekes**, İlkeler).
- Özekes Muhammet**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003 (**Özekes**, Dinlenilme).
- Özekes Muhammet**, Yeni Bir İcra Sistemi Önerisi, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C.2, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Y.2009, İzmir 2010 (**Özekes**, Öneri).
- Pekcanitez Hakan**, İcra ve İflas Hukukunda Şikayet, Ankara 1986.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/ Özekes Muhammet**, Medeni Usul Hukuku, B.14, Ankara 2013 (**Pekcanitez**, (Usul).
- Pekcanitez Hakan/ Atalay Oğuz/ Sungurtekin Özkan Meral/ Özekes Muhammet**, İcra ve İflas Hukuku, B.10, Ankara 2012.
- Tanrıver Süha**, Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003.
- Ulukapı Ömer**, Hacedilmezlik ve Hacedilmezliğin 4096 sayılı Özelleştirme Kanunu Kapsamındaki Uygulaması, BATİDER, 1995, C.XVIII, S.1.
- Ulukapı Ömer**, Medeni Usul Hukuku, B.2., Konya 2014 (**Ulukapı**, Usul).
- Uyar Talih**, Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası, Manisa Barosu Dergisi, 1982, S.2, s.7-9. (**Uyar**, Çocuk İcra).
- Uyar Talih**, Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamlı Takipler, Yargı Dünyası Dergisi, Nisan 2004, s.9-13 (**Uyar**, Çocuk Takip).
- Uyar Talih**, Haczi Caiz Olmayan Mallar ve Haklar, Recai Seçkin'e Armağan, 1974.
- Uyar Talih**, İcra Hukukunda Haciz, B.2, Manisa 1990 (**Uyar**, Haciz).
- Uyar Talih**, İcra Hukukunda İlamlı Takipler, B.2, Manisa 1991 (**Uyar**, İlamlı).
- Uyar Talih**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, B.2, C.II. Ankara 2004 (**Uyar**, Şerh, II).
- Uyar Talih**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, B.2, C.V. Ankara 2006 (**Uyar**, Şerh, V).
- Uyar Talih**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, B.2, C.VI, Ankara 2006 (**Uyar**, Şerh, VI).
- Üstündağ Saim**, İcra Hukukunun Esasları, B.8, İstanbul 2004.
- Yılmaz Ejder**, Dünden Bugüne İcra ve İflas Kanunumuz, Makaleler, C.2, Ankara 2014.