

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2013/102

Karar Sayısı : 2014/57

Karar Günü : 27.3.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Bursa 3. İcra Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas

Kanunu'nun;

1- 18.2.1965 günlü, 538 sayılı 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun'un 15. maddesiyle eklenen 25/a maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...*şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını...*" ibaresinin,

2- 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen 341. maddesinin,

Anayasa'nın 41. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Çocuğu ile şahsi münasebet tesisine karar verilen alacaklının, vekili vasıtasıyla şahsi münasebet tesisini amacıyla yaptığı takip talebinin borçlu annenin adresini değiştirmesi nedeniyle reddedilmesine karar verilmesi üzerine, alacaklı vekili bu kararın şikâyet yoluyla iptalini talep etmiş, davaya bakmakta olan Mahkeme ise itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı oldukları kanısına vararak iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"AÇIKLAMA: Davacı vekili tarafından Mahkememize verilen 30/07/2013 tarihli dilekçede özetle; müvekkilinin oğlu küçük ... ile şahsi münasebet tesisine ilişkin takip yapıldığını ve bu takip doğrultusunda müvekkilinin çocuğu ile şahsi münasebette bulunmak istemesi üzerine karşı taraf annenin icra dosyasına adresini naklettiğine ilişkin sunduğu dilekçesi üzerine icra müdürlüğünün annenin küçük ile birlikte ikamet ettiğini belirttiği adresi değiştirdiğini belirten dilekçe sunması sebebiyle daha evvel gidilen adres itibarıyla şahsi münasebetin tesis edilmesi talebinin reddi kararının şikayet yolu ile iptalini talep etmiştir.

İcra dosyası incelendiğinde; şikayetçi tarafından şikayet edilen hakkında küçük ... ile şahsi münasebet tesisine engel olunmamasını içeren örnek 3 no.lu icra emri tanzim edildiği, bunun borçlunun çeşitli adreslerine tebligat çıkartılarak tebliğ edildiği, yargılama ile ilişkili olarak 08/07/2013 günü Bursa 3. İcra Müdürlüğüne ikamet adresini değiştirdiğini belirten davalı şikayet edilen tarafından Antalya Alanya'daki bir adresin belirtildiği, 11/07/2013 tarihinde şahsi münasebet kurulmasına ilişkin icra müdürlüğüne

davacı şikayetçi tarafından talepte bulunulduğu ve icra müdürlüğünün belirtilen kararla bu talebin reddine karar verdiği görülmüştür.

İptali istenen hüküm olaya uygulanacak olan hükümdür. Zira bu hüküm gönderilen icra emrinin de dayanağını teşkil eden İİK 25/a md.sidir. Bu maddede "lehine hüküm verilen taraf ile şahsi münasebette bulunulmasına mani olunmaması"nı belirten bir icra emrinin muhataba tebliğini içermektedir.

Bu hükümden dolayı özellikle velayet anneye bırakılan ve ülkemizde genel olarak boşanma davalarının sonunda % 80 gibi bir ihtimalle velayetin anneye bırakılıyor olması karşısında olayımızda olduğu gibi annenin bunu kötüye kullanabilmesini temin eder niteliktedir. Belki de bu yüzden olsa gerek, bu güne kadar bu hükümle ilgili tarafımızdan tespit edilmiş bir Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülmemiştir. Zira kadını koruma adına yapılan düzenlemeler biz hukukçular da dahil olmak üzere bir adalet körlüğüne sebep olur niteliktedir. Aslında yasanın şahsi münasebet tesisine engel olunmaması şeklinde düzenlenmesi, bu yönüyle özellikle ve yukarıda belirttiğimiz mahkeme kararlarının sonucu itibariyle annelerin eline bir demoklesin kılıcını teslim etmektedir. Bu sebeple anneler velayeti aldıklarında çocuğun babası ile şahsi münasebetini engellemek için çeşitli yöntemler uygulamaktadırlar. Olayımızda iddia edildiği gibi velayeti alan genelde anneler şahsi münasebetin tesisini zorlaştıran ve hatta imkansızlaştıran kendilerine yeni yeni ve bazen da gerçeğe aykırı olarak adresler bulunmaya çalışılmakta, tüm uğraşlara rağmen adres tespit edilse dahi adreste genel olarak babaların icra memuru ile beraber gittiğinde küçüğün bulunamaması sebebiyle sonuçsuz kalmaktadır ve mevcut yasada bunu temin eder niteliktedir. Bu yasayla ilgili İİK.nun 341. md.si de uygulamada şikayet üzerine genelde kadın tarafından çocuğun teslim edilmesi suretiyle şikayetin hükümde geçen "hapsin tabikine başlandıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirilirse kişi tahliye edilir" şeklindeki ifade sebebi ile babaları koruyamaz ve babanın etkin bir hak aramasına engel olur niteliktedir. Ne tesadüftür ki kanun koyucu İİK 341. md.sindeki çocuk teslimine muhalefet fiilinin yaptırımını sanki taahhüdüne uymayanın veya nafaka borcunu ödemeyenin eylemi gibi görmüştür. Sanki onlar gibi yani nafaka borcu ödendiğinde veya taahhüde uyulduğunda nasıl olsa sonuç hasıl olmuştur, zaten amaç borçluyu zorlamaktır, öyleyse tazyik hapsinin de düşürülmesi uygundur mantığıyla çocuğun uzun süre tazyik hapsine ilişkin hükmün infaz aşamasına gelene kadar kaçırılmasını, babaya gösterilmesini engelleyen anlayışı mükafatlandırmakta ve babanın etkin bir şekilde hak kullanımına engel olur niteliktedir. Bu sebeple bu yasanın da aşağıda bahsedeceğimiz Anayasanın hükmüne aykırıdır.

Anneye bu şekilde yetkilerini kötüye kullanma imkanı sağlayan hem İİK 25/a md.si hem de İİK 341. md.si karşısında baba, özellikle çocuğun karşısında itibar kaybına da uğramaktadır.

Aslında yapılması gereken burada genelde velayet kendisine verilen anneye bu konuda yetki verilmemesidir. Zira annenin babayla arasındaki muhtemel husumet karşısında çocuğun baba ile şahsi münasebeti yönündeki hakkı sebebiyle çocukla arasında menfaat çatışması vardır. Bu yönüyle belki de bu konuda çocuğa bir kayyum tayini dahi gereklidir. Ancak yakın dönemde böyle bir yolun açılma ihtimali tarafımızdan düşünülmemektedir. Buna karşılık olarak özellikle şahsi münasebet tesisine ilişkin hükmün ayrıca bir taraf talebi olmaksızın devlet dairelerince re'sen uygulanması ve taraflara hükme uygun davranmaları konusunda emir verilmesi gerekmektedir. Yani engel olunmaması değil, hükmün gereğine uygun davranılması emredilmelidir.

Bunun ilk sonucu şudur; özellikle velayet kendisine verilen annede bu hükmün icra edilmesini istemek hakkına sahip olacaktır ayrıca da olmalıdır. Hatta bu onun bir ödevi

olmalıdır. Zira çocuğu ile babanın görüşmesi öncelikle çocuğun şahsi ve sosyal gelişiminin bir şarttır. Ayrıca çocuğun şahsi anlamda sağlıklı olarak yetişmesi anne içinde önemlidir.

Bunun diğer bir sonucu; özellikle anne böyle bir görevle görevlendirildiği takdirde çocuğun baba ile görüşmesi için psikolojik olarak çocuğu baştan hazırlama durumunda kalacaktır. Yani babası ile görüşmemesi noktasında değil görüşme yapması noktasında babasına saygı göstermesi, itibar göstermesi noktasında psikolojik alt yapıyı sağlama yoluna gidecektir Zira çocuğun görüşmeden kaçması halinde bunun meşru sebeplerini ispatla yükümlü hale gelecektir. Bu sebeple, her iki hükmün iptali gerekir. Ancak olayımızda İİK 341. maddesinin uygulama yeri olmadığından iptali istenememiştir.

Bu her iki hüküm de Anayasanın yukarıda belirttiğimiz 41/2.maddesine aykırıdır. Zira maddede "Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir." yani annenin yukarıda belirttiğimiz türden bir ödevi çocuğa karşı sorumluluğunun bir gereği olmalıdır ve ilgili hükümler de buna göre düzenlenmelidir.

Bu sebeple mahkememizde uygulanan şikayet yönteminin ayrıca bir duruşma açılmasını gerektirmemesi sebebiyle yapılan tensip üzerine bu tensip kararı diğer evraklarla birlikte dosyaya eklenerek ilgili hükümlerin iptalini talep etmek gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen gerekçelerle İİK 25/a md.sindeki "şahsi münasebette bulunmasına mani olmamasını" ibaresinin ve İİK 341. md. sinin iptalini saygıyla talep ederim."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu ibareyi de içeren 25/a maddesi ile 341. maddesi şöyledir:

"Çocukla şahsi münasebet tesisine dair ilâmın icrası:

Madde 25/a- (Ek: 18/2/1965 - 538/15 md.)

Çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilâm hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra memuru, küçüğün ilâm hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını; aksi halde ilâm hükmünün zorla yerine getirileceğini borçluya 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ eder. Bu emirde ilâm hükmüne aykırı hareketin 341 inci maddedeki cezayı müstelzim olduğu da yazılır.

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

Çocuk teslimi emrine muhalefetin cezası:

Madde 341- (Değişik: 31/5/2005 - 5358/12 md.)

Çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişi tahliye edilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 41. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 12.9.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

Başvuru kararında, Kanun'un 341. maddesinin de iptali istenilmektedir. Bakılmakta olan dava, icra müdürlüğü tarafından verilen takip talebinin reddi kararının iptaline ilişkindir. Kanun'un 341. maddesi ise çocuk teslimi hakkındaki ilamın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine hapis ile zayıyını düzenlemekte olup davada uygulanacak kural niteliğinde değildir.

Bu nedenlerle, 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun;

A- 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen 341. maddesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu maddeye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B- 18.2.1965 günlü, 538 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle eklenen 25/a maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını..." ibaresinin esasının incelenmesine,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Hakan ATASOY tarafından hazırlanan işin

esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralı ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşüldü:

Başvuru kararında, Kanun'un 25/a maddesinin, boşanma davası sonucunda çocuğun velayeti kendisine verilen eşe, çocuk teslimine dair icra takibini sonuçsuz bırakarak, çocuğun diğer eşle kişisel ilişki kurmasına engel olma imkânı sağladığı, bu nedenle yapılması gerekenin, maddede yer alan şahsi münasebette bulunmasına mani olunmaması şeklindeki emir yerine, maddenin çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilâm hükmünün gereğine uygun davranılmasını emrecek şekilde düzenlenmesi olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 41. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un itiraz konusu ibarenin de yer aldığı 25/a maddesinin birinci fıkrasında, çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilâm hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra müdürünün, küçüğün ilâm hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını, aksi hâlde ilâm hükmünün zorla yerine getirileceğini borçluya Kanun'un 24. maddesinde yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ edeceği, bu emirde ilâm hükmüne aykırı hareketin Kanun'un 341. maddesindeki cezayı müstelzim olduğunun da yazılacağı; ikinci fıkrasında ise borçlunun bu emri tutmazsa ilâm hükmünün zorla yerine getirileceği ve alacaklının şikâyeti üzerine ayrıca Kanun'un 341. maddesine göre cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

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 kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Kanun'un 25/a maddesi, sahip oldukları ilâm hükmü gereğince çocukla şahsi münasebet 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 kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı korunmakta ve somut olarak hayata geçirilmektedir. Ayrıca, alacaklının hakkını icra yoluyla alabileceğine ilişkin düzenlemeyle yetinilmemiş, maddenin son fıkrasında, çocukla kişisel ilişki kurulmasını engelleyen borçlunun, alacaklının şikâyeti üzerine tazyik hapsiyle cezalandırılacağı kuralı getirilerek, hakkın etkin bir şekilde korunması amaçlanmıştır. Kanun'un 25/b maddesinde ise çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrası sırasında yaşanabilecek olumsuz durumların çocuğu etkilemesini önlemek amacıyla, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagoğ, psikoloğ veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde ise bir eğitiminin icra müdürü ile birlikte hazır bulunması gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle, çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilâm hükmünün yerine getirilmesi amacıyla kabul edildiği anlaşılan itiraz konusu ibarenin Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu ibare Anayasa'nın 41. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun, 18.2.1965 günlü, 538 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle eklenen 25/a maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...*şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını...*" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 27.3.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkanvekili
Serruh KALELİ

Başkanvekili
Alparslan ALTAN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ