ANKARA
HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

TÜRK HUKUKUNDA VELAYETİN KAZANILMASI VE KULLANILMASINDA KADININ KONUMU

Gülistan AVŞAR

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Fulya BAYRAKTAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

KADIN VE AİLE ÇALIŞMALARI ANA BİLİM DALI

KASIM 2023


ankara
HBM

TÜRK HUKUKUNDA VELAYETİN KAZANILMASI VE KULLANILMASINDA KADININ KONUMU

Gülistan AVŞAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ
KADIN VE AİLE ÇALIŞMALARI ANABİLİM DALI

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

KASIM 2023

ETİK BEYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasında; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmasında yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Gülistan AVŞAR

07/11/2023

TEZ ONAY SAYFASI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kadın ve Aile Çalışmaları
Programı öğrencisi Gülistan AVŞAR tarafından hazırlanan "Türk Hukukunda Velayetin Kazanılması ve Kullanılmasında Kadının Konumu" başlıklı tez çalışması 07/11/2023 tarih ve saatinde yapılan tez savunma sınavında aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ ile YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak **KABUL** edilmiştir.

	Kabul	**Ret**
Başkan: Prof. Dr. Ayten KOÇ AYDIN **Felsefe Grubu Eğitim, Gazi Üniversitesi**	■	☐
Danışman: Prof. Dr. Fulya BAYRAKTAR **Temel Sanat Bilimleri, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi**	■	☐
Üye: Dr. Öğr. Ü. Tuba YUMUŞAK **Kadın ve Aile Çalışmaları, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi**	■	☐

TÜRK HUKUKUNDA VELAYETİN KAZANILMASI VE KULLANILMASINDA KADININ KONUMU

(Yüksek Lisans Tezi)

Gülistan AVŞAR

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
Kasım 2023

ÖZET

Velayet, evlilik birliği içerisinde, boşanma, ayrılık veya ebeveynler arasındaki anlaşmazlıklar sonucunda çocuğun bakım, eğitim ve yetiştirilmesiyle ilgili sorumlulukların belirlenmesini sağlayan hukuki bir kavramdır. Velayetin kime, hangi şartlarda ait olacağı tarih boyunca tartışma konusu olmuştur. Zaman içerisinde, velayet, babanın hakimiyet alanından çıkmış, çocuğun üstün yararı doğrultusunda, annenin de velayet sahibi olabilmesi sağlanmıştır. Yapılan hukuki düzenlemeler sonucu anne baba açısından cinsiyet eşitliğini sağlama amaçlı düzenlemelere gidilmiştir. Çalışmada, velayet kavramının tanımı, hukuki niteliği, tarihsel gelişimi ile velayetin kazanılması ve kullanılmasında genel uygulamalara yer verilecek, Türk hukukunda velayetin kazanılması ve kullanılmasında anne baba eşitliği açısından kadının hukuki durumu incelenecektir.

Bilim Kodu	:	113842
Anahtar Kelimeler	:	Velayet, kadın, ortak velayet, çocuğun üstün yararı
Sayfa Adedi	:	125
Tez Danışmanı	:	Prof. Dr. Fulya BAYRAKTAR

WOMEN'S POSITION IN ACQUIRING AND USING CUSTODY IN TURKISH LAW

(M.Sc. Thesis)

Gülistan AVŞAR

ANKARA HACI BAYRAM VELI UNIVERSITY
THE INSTITUTE OF GRADUATE STUDIES
November 2023

ABSTRACT

Custody" is a legal concept that determines the responsibilities regarding the care, education, and upbringing of a child within the context of marriage, divorce, separation, or disagreements between parents. The allocation of custody has been a subject of debate throughout history, addressing questions of to whom and under what conditions custody should belong. Over time, custody has evolved beyond paternal dominance, allowing for the custodianship of the child to be based on the superior interests of the child, thus enabling mothers to also have custody. As a result of legal regulations, efforts have been made to ensure gender equality for both parents in terms of custody. This study will provide an overview of the definition, legal nature, and historical development of the concept of custody. It will also explore general practices in acquiring and exercising custody. Furthermore, the legal status of women in terms of gaining and using custody will be examined in the context of gender equality in Turkish law.

Science Code	:	113842
Key Words	:	Custody, women, joint custody, best interests of the child
Page Number	:	125
Supervisor	:	Prof. Dr. Fulya BAYRAKTAR

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ÖZET iv

ABSTRACT v

İÇİNDEKİLER vi

KISALTMALAR ix

1. GİRİŞ 1

2. VELAYET KAVRAMI 3

2.1. Velayet Kavramı 4

2.2. Velayet Kavramının Hukuki Niteliği 5

2.3. Velayetin Kapsamı 10

2.3.1. Çocuğun Kişiliğine İlişkin Yetki ve Görevler 11

2.3.1.1. Çocuk Üzerinde Egemenlik Kurma Hakkı 11

2.3.1.2. Çocuğun eğitimi 13

2.3.1.2.1. Genel ve mesleki eğitim 13

2.3.1.2.2. Dini eğitim 14

2.3.1.3. Çocuğun isminin konması ve soyadı 16

2.3.1.4. Çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesi 26

2.3.1.5. Çocuğu temsil hakkı 27

2.3.2. Çocuğun malvarlığına ilişkin yetki ve görevler 29

2.3.2.1. Çocuğun mallarının yönetimi ve kullanılması 29

2.3.2.2. Çocuğun mallarının korunması 31

2.3.2.3. Çocuğun malları üzerindeki hakların sona ermesi 33

2.4. Velayetin Kullanımına Hâkim Olan İlkeler 34

2.4.1. Velayetin Kullanımında Çocuğun Üstün Yararının Ön Planda Tutulması 34

Sayfa

2.4.2. Çocuğun Fikirlerinin Göz Önünde Bulundurulması ve Kimliğine Saygı Gösterilmesi 38

2.4.3. Ölçülülük İlkesi 40

2.4.4. Süreli Olması 40

2.4.5. Bölünmez Olması 41

2.4.6. Anne ve Baba Tarafından Kullanılması 44

2.4.7. Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Bir Hak Olması 48

2.5. Velayetin Tarafları 49

2.5.1. Velayete Sahip Olanlar 49

2.5.2. Velayete Tabi Olanlar 50

3. VELAYETİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE KADININ HUKUKİ DURUMU 53

3.1. Roma Hukukunda Velayetin Kullanılması ve Kadının Hukuki Durumu 56

3.2. Germen Hukukunda Velayetin Kullanılması ve Kadının Hukuki Durumu 58

3.3. İslam Hukukunda Velayetin Kazanılması ve Kullanılmasında Kadının Konumu 64

3.4. Türk Hukuk Tarihinde Velayetin Kazanılması ve Kullanılmasında Kadının Konumu 81

4. VELAYETİN KAZANILMASI VE KULLANILMASINDA KADININ KONUMUNUN TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ 85

4.1. Türk Medeni Kanunu'nda Velayetin Kazanılması 89

4.2. Türk Medeni Kanunu'nda Velayetin Kullanılması 91

4.2.1. Tek Başına Velayet 95

4.2.2. Ortak Velayet 98

4.2.3. Evlilik Birliğinin Devam Ettiği Sürede Velayetin Kullanılması 104

4.2.4. Evlilik Dışı İlişkiden Doğan Çocuğun Velayetinin Kullanılması 106

4.2.5. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi veya Boşanma Davası Sırasında Velayetin Kullanımı 108

4.2.6. Boşanma Kararı Verildiğinde Velayetin Kullanılması 110

Sayfa

5. SONUÇ 115

KAYNAKLAR 119

ÖZGEÇMİŞ 125

TABLOLARIN LİSTESİ

Sayfa

Tablo 3.1. Velayetin tarihsel gelişimi ve kadının hukuki konumu 54

KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar	**Açıklamalar**
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BM	Birleşmiş Milletler
BMÇHS	Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
C.	Cilt
CEDAW	Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme
E.	Esas
Ed.	Editör
EMK	Eski Medeni Kanun
HD.	Hukuk Dairesi
İMK	İsviçre Medeni Kanunu
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K.	Karar
m.	Madde
N.	Numara
s.	Sayfa
S.	Sayı
T.	Tarih
TMK	Türk Medeni Kanunu
vb.	ve benzeri
VVMT.	Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerine Dair Tüzük

1. GİRİŞ

Velayetin kazanılması ve kullanılmasında kadının hukuki durumu, aile hukuku ve çocuk hakları açısından önemli bir konudur. Velayet, boşanma, ayrılık veya ebeveynler arasındaki anlaşmazlıklar sonucunda çocuğun bakım, eğitim ve yetiştirilmesiyle ilgili sorumlulukların belirlenmesini sağlayan hukuki bir kavramdır. Bu süreçte, kadınların velayet konusunda karşılaştıkları hukuki durum ve haklarının değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Velayetin kazanılması ve kullanılması çoğunlukla kanunla veya mahkeme kararlarıyla belirlenen bir süreçtir. Modern hukuk dönemi öncesinde, velayet genellikle babanın egemenliğinde kullanılan ve annenin ikincil bir rolde olduğu bir kavram olmuştur. Kadınların, çocukların velayetini kazanmak için yüksek bir çaba göstermesi ve velayetini yerine getirebilecek yetiye sahip olduklarını kanıtlama yükümlülüğü içerisine girmeleri gerekmiştir.

Velayet kavramı tarihsel süreçte sürekli olarak dönüşüme uğramıştır. Roma'da *patria potestas* kavramı ile vesayet ve velayet bütünleşmiş ve tamamen baba kontrolünde bir dönem yaşanmıştır. Germen hukukunda *munt* kavramı ile devam eden dönüşümde kadınlar nadiren de olsa velayete sahip olabilmiştir. İslam hukukunda ise velayet ve hadane olarak iki kısımda düzenlenen velayet kavramında, anneler hadane kapsamında birçok hak ve sorumluluğa sahip olmuştur. Toplumların zamanla değişmesi, kadınların velayet konusundaki hukuki durumunda ve haklarında da değişikliklere yol açmıştır. Hukuki reformlar ve çocuk haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler, kadınların velayet konusunda daha fazla eşitlik ve adil davranış hakkına sahip olmasını sağlamak amacıyla yapılmıştır. Kadınların velayeti kazanma sürecinde daha adil bir davanın yürütülmesi için kanıt sunma yükümlülüğü azaltılmış ve çocuğun üstün yararının gözetilmesi esas alınmıştır.

Günümüzde, birçok ülke velayet konusunda kadın erkek eşitliğine dayalı yaklaşımlar benimsemektedir. Anne ve babalar arasında ortak velayet veya paylaşımlı velayet gibi düzenlemelerin yaygınlaşmasıyla, çocuğun hem annesiyle hem de babasıyla düzenli ve sürekli ilişkisi sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu yaklaşım, kadınların velayet konusundaki hukuki durumunu güçlendirmekte ve ebeveynlik sorumluluğunun daha eşit bir şekilde paylaşılmasını teşvik etmektedir. Türk hukukunda ise 4721 sayılı

Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte aile hukuku- mal rejimleri, velayet gibi alanlarda kadın erkek eşitliğini güçlendiren çok sayıda düzenleme yapılmıştır.

Toplumsal normlar, kültürel faktörler ve hukuki sistemin işleyişi, kadınların velayet hakkının kullanmalarında önemli bir etken olarak görülmektedir. Velayet kapsamında hukuki olarak anne babanın eşit olduğu kanunlar tarafından güvence altına alınmış olsa bile, toplumsal rollerin ve biyolojik etkenlerin, anne ile çocuk arasında özel bir bağın olduğu varsayımıyla, kadına velayet hukuku alanında pratikte kolaylıklar sağladığı muhakkaktır.

Bu tez, velayetin kazanılması ve kullanılmasında kadının hukuki durumunu derinlemesine inceleyerek, velayetin tarihsel süreçteki değişimini, mevcut durumu değerlendirmeyi ve gelişmeleri analiz etmeyi amaçlamaktadır. Kadınların velayet konusunda karşılaştığı zorlukları, hukuki reformların etkisini ve cinsiyet eşitliğine yönelik perspektifleri ele alarak, daha adil bir velayet sistemi için öneriler sunmayı hedeflemektedir. Bu amaçla, öncelikle, velayet kavramının hukuki niteliği ve kapsamı, velayetin kullanılmasında temel görüş olarak kabul edilen ilkeler, velayetin tarihsel süreçte dönüşümü ile Türk hukukunda velayetin kadın- anne bakımından değişimi incelenecektir.

2. VELAYET KAVRAMI

Çocuklar, toplumun en kırılgan ve korunmaya muhtaç üyeleridir. Doğdukları andan itibaren, anne ve babalarının sevgi, bakım ve korumasına muhtaç olan çocuklar, aile ve devletin temel odak noktalarıdır. Bu iki temel kurum, çocukların sağlıklı bir şekilde büyümesini, gelişmesini ve topluma faydalı bireyler olarak yetişmelerini sağlamak için birlikte hareket etmek durumundadır. Aile, çocuğun ilk ve en önemli eğitim ve koruma sağlayıcısıdır. Anne ve babalar, çocuklarının temel ihtiyaçlarını karşılamakla yükümlüdürler. Sevgi, şefkat, güvenlik ve eğitim gibi unsurları içeren bir aile ortamı, çocukların sağlıklı bir şekilde gelişmesini destekler. Aile, çocuklara değerlerin aktarılması, sosyal ve duygusal becerilerin geliştirilmesi ve topluma uyum sağlanması konularında önemli bir rol oynar.

Devlet ise çocukların haklarını koruma ve onları destekleme sorumluluğunu üstlenir. Çocukların fiziksel, duygusal ve zihinsel sağlığını güvence altına almak, eğitim imkanları sunmak, istismar ve ihmal gibi durumları engellemek, çocukların çıkarlarını gözetmek devletin temel amaçları arasındadır. Devlet, çocukların eşit fırsatlara sahip olmalarını sağlamak için sosyal hizmetler, eğitim ve sağlık hizmetleri gibi alanlarda politikalar geliştirir ve uygular. Devletin bu sorumluluğu, çocukların haklarının korunması ve çıkarlarının gözetilmesi için gerekli tedbirleri almayı içerir. Çocukların kötü muamele, istismar, ihmalkarlık veya ihmal gibi durumlardan korunması, devletin öncelikli hedefidir. Bu amaçla, çocuk koruma kurumları, çocuk hizmetleri ve çocuk mahkemeleri gibi kurumlar oluşturulmuştur.

Devletin çocuklarla ilgili olarak üstlendiği sorumluluklar, aynı zamanda ebeveynlere de yüklenmiştir. Anne ve babalar, çocuklarının ihtiyaçlarını karşılamak, onlara sevgi, destek ve eğitim sağlamak gibi sorumlulukları üstlenmelidir. Aile içindeki sorunların çözümünde ise devlet, danışmanlık hizmetleri ve aile mahkemeleri gibi destekleyici mekanizmaları sunar. Bu sebepledir ki çocukların korunması, eğitimi ve topluma faydalı bireyler olarak yetiştirilmeleri, devletin ve ebeveynlerin ortak sorumluluğudur. Devlet, çocukların haklarını ve çıkarlarını korumak için gerekli yasal düzenlemeleri yaparken, ebeveynlere de haklar ve yükümlülükler yükler. Bu şekilde, çocuklar sağlıklı bir ortamda büyüyebilir ve toplumun geleceğine olumlu katkıda bulunabilirler. Anayasa'nın 41.maddesindeki, *"Aile, Türk toplumunun temelidir."* hükmüyle çocuk ve ailenin büyük bir değere sahip olduğunu vurgulamakta aile ve çocuk odaklı

politikaların oluşturulması, yasaların hazırlanması ve uygulanması açısından yol gösterici nitelik taşımaktadır. Aile içi şiddet, çocuk istismarı, ayrılık ve velayet gibi konular da bu hükmün gerekliliklerine uygun şekilde ele alınmakta ve çözüm odaklı politikalar geliştirilmektedir.

2.1. Velayet Kavramı

"Velayet" kelimesi köken olarak Arapçadaki “Velet" sözcüğünden üretilmiştir. Bu kelime, "otorite, yetki ve velilik" anlamlarına gelir. Velayet anlam olarak tam şeklini sağlamamakla birlikte, Roma’daki "Patria Potestas" terimi ve Germen hukukundaki "munt" terimlerinin geliştirilmesiyle ortaya çıkmıştır. "Patria Potestas" Roma hukukunda bir baba veya büyük bir erkek akrabanın aile içindeki otorite ve yetkisini ifade ederken, Germen hukukunda "munt" terimi aile içindeki vesayeti temsil etmektedir (Yetik, 2007: 117).

Velayet hükümleri, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK),’da Aile Hukuku Bölümünün İkinci Kısmı, soy bağı altında düzenlenmiştir. TMK'daki velayet hükümlerinin bazı maddeleri, İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan 1976 tarihli değişikliklerden de faydalanılarak hazırlanmıştır. Buna ek olarak bir kısım düzenlemeler ise 1984 yılına ait tasarıdan 743 sayılı Eski Medeni Kanun (EMK)’dan sadeleştirilerek alınmıştır (Kaçak, 2004: 619).

Türk Medenî Kanunu, velayetin kesin bir tanımını yapmamıştır. Kanunda tanımlayıcı bir hüküm bulunmasa da kanun koyucu, velayetin kapsamını belirlemeye yönelik olarak kanunun düzenlenmesini sağlamıştır. Kapsamdan hareketle velayet kavramının tanımını yapmak mümkündür. Velayet, anne ve/veya babanın sorumluluk, yetki ve haklarını ifade ederek, ergin olmayan çocukların ve bazı istisnai durumlarda ergin ve kısıtlanmış çocukların bakım ve korunmasını sağlama amacını taşır (Baktır Çetiner, 2000: 31).

Velayetin kapsamından hareketle öğretide farklı tanımlamalara yer verilmiştir. Ergün, velayeti, biyolojik ebeveynler arasındaki doğal bir bağlantı sonucunda ortaya çıkan ve çocuğun doğumundan yetişkinliğe kadar olan süre boyunca ebeveynlerin çocuğun beslenmesi, barınması, eğitimi, sağlık sorunlarıyla ilgilenmesi, sosyal ve etik açıdan topluma uyum sağlaması, mesleki olgunluğa erişmesi, çocuğun mülklerinin ve kişisel haklarının idaresi ve temsili gibi sorumluluklar bütünü olarak tanımlamaktadır (Ergün, 2004: 592).

Akıntürk, velayeti, anne veya babanın, ergin olmayan çocuklarının veya kısıtlanmış ergin çocuklarının kişisel varlığına, malvarlığına ve bu iki konuda temsil yetkisine sahip oldukları hakların ve sorumlulukların tümü olarak tanımlar (Akıntürk, 2002: 400).

Serozan'a göre velayet, anne veya babanın, kısıtlı veya evlilik içinde veya dışında doğmuş çocuklarının ihtiyaçlarını karşılamak, çıkarlarını korumak, mallarını yönetmek, değerlendirmek ve çocukları temsil etmek amacıyla sahip oldukları haklar ve yükümlülüklerin bir araya geldiği bir kavramdır (Serozan, 2000: 250). Öğretideki genel incelemeler doğrultusunda, velayet, çocukların ve nadiren kısıtlanmış bireylerin kişisel varlıklarının korunması, geliştirilmesi, iyileştirilmesi ve mallarına dikkat edilmesi ile onları temsil etme yetkisi, hakları ve sorumluluklarının bir bütünüdür. Bu bağlamda, yaygın olarak kabul edilen görüşe göre, velayet çift yönlü olarak haklar ve görevler içeren bir kavramdır (Akyüz, 1978: 219; İmamoğlu, 2005: 166.; Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, 2013: 155). Yargıtay kararları da velayetin haklar ve görevlerden oluştuğunu tanımlamış ve velayetin iki yönlü olduğu fikrine varılmıştır. Yargıtay 2. HD. E.2019/906 K.2019/1745 sayılı kararında velayetin "*anne babanın velayeti altındaki çocukların kişiliklerine ve mallarına ilişkin hakları, ödevleri, yetkileri ve yükümlülükleri içerdiği"* belirtilmektedir (Yargıtay, 17.06.2023).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Ebeveynlerin Velayet Sorumlulukları Hakkında Tavsiye Kararı Eki'nde velayet kavramına *"Ebeveynlerin velayet hakları (sorumlulukları) ifadesi, özellikle çocuğun bakımını üstlenme, kişisel ilişki kurma ve sürdürme, çocuğun eğitimini ve barınmasını sağlama, yasal temsilcilik yapma ve mal varlığını yönetme yoluyla, çocuğun manevi ve maddi esenlik ve refahını güvence altına almayı amaçlayan bir dizi görev ve yetkileri içerir."* şeklinde bir tanımlama getirilmiştir (Köseoğlu, 2006: 132). Bu tanıma göre, velayet hakkı ebeveynlerin çocuğunun tam anlamıyla ihtiyaçlarını karşılamak ve onun refahını sağlamak için sahip olduğu sorumluluklar ve yetkilerin bütününü ifade etmektedir.

2.2. Velayet Kavramının Hukuki Niteliği

Velayet hakkı anne babanın kişilik haklarına dayanmasına rağmen, çocuğun yararına tanınan ve kullanılan bir haktır (Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, 2013: 155). Türkiye'nin 14 Eylül 1990 tarihinde imzaladığı Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, 9 Aralık 1994 tarihinde 4058 Sayılı Kanun ile onaylanarak, Bakanlar Kurulu kararıyla 27 Ocak 1995

tarihi itibariyle yürürlüğe konmuştur. Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasına göre, *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalar kanun hükmündedir."* Bu nedenle, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, iç hukukumuzda kanun hükmünde kabul edilmektedir. Benzer şekilde, aynı fıkrada belirtilen temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalarla kanunlar arasında farklı hükümler bulunması durumunda, uluslararası anlaşma hükümleri temel alınmaktadır. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme' de velayetin nasıl nitelendirildiği net olarak belirtilmemiş olsa da anne babanın hak ve görevlerine dair ifadeler birçok madde içerisinde yer almaktadır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (BMÇHS) hükümleri, velayeti anne babanın kendi yararına kullanacağı bir hak olarak değil, çocuğun menfaatine uygun olarak kullanılacak bir hak olduğunu ifade etmektedir (Baktır Çetiner,2000: 46). Sözleşme, çocukların en iyi çıkarlarının gözetilmesini ve çocuğun fiziksel, zihinsel, ahlaki, ruhsal ve toplumsal gelişimini en üst düzeyde sağlamayı amaçlamaktadır. Velayet, bu bağlamda çocuğun korunması ve gelişimi için bir araç olarak değerlendirilmekte ve anne babanın velayeti çocuğun yararı temelinde kullanması gerektiği vurgulanmaktadır. BMÇHS hükümlerine göre de velayetin çocuğun çıkarlarına odaklanan bir hak olduğu ortaya koyulmuştur. Birçok BMÇHS maddesinde, velayet anne babanın hak ve sorumluluklarını kapsayacak biçimde tanımlanmıştır. Bu nedenle, velayet sadece bir hak veya sadece bir görev değil hakları ve görevleri içeren bir kavram olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda, velayet iki yönden açıklanabilir. İlk olarak, anne ve babanın çocuğun kişiliği ve mal varlığı üzerindeki yetkilerini kapsarken, diğer anlamda da anne ve babanın çocuğa karşı görev ve sorumluluklarını içermektedir (Baktır Çetiner, 2000: 85).

Velayetin hukuki niteliği ve ifade ettiği anlam düşünüldüğünde, sadece bir hak veya yükümlülük olarak sınırlı kalması yeterli değildir. Velayet, anne babanın hak ve görevlerinin sıkı bir şekilde birbirine bağlı olduğu bir kavramdır. Bu nedenle, velayetin sadece "hak" kapsamında ya da sadece "yükümlülük" çerçevesinde tanımlanması eksik olur. Velayet, haklar ve yükümlülükler arasında sıkı bir ilişki ağına sahiptir. Buna rağmen, velayetin yalnızca bir hak olarak algılanması durumunda, kanunda belirtilen nedenlere dayanarak velayetin sona ermesi halinde, anne veya baba velayetin sadece bir hak olarak görüldüğü iddiasına dayanarak nafaka ödeme yükümlülüğünün

de sona ereceğini iddia edebilmektedir. Ancak, boşanma durumunda velayet kendisine bırakılmayan tarafın çocuğa karşı nafaka ödeme yükümlülüğünün devam ettiği unutulmamalıdır (TMK M.182). Dolayısıyla, velayet sadece haklarla sınırlı kalmayan, aynı zamanda yükümlülükleri de içeren bir kavramdır. Ebeveynlerle çocuklar arasındaki duygusal bağlar, sevgi ve sadakat gibi önemli unsurları göz ardı edildiğinde, velayet, yalnızca yerine getirilmesi gereken bir görev gibi kabul edilmiş olur. Ayrıca, velayetin hukuki nedenlere dayalı olarak sona erdirilmesi ve velayetin sadece bir yükümlülük olarak algılanması durumunda, anne veya babanın çocuklarıyla kişisel ilişki kurma hakkı yükümlülüğün sınırlarının dışında kalabilmektedir. Velayetin bir hak olarak görülmesi durumunda ise, ebeveynlerin daha fazla sorumluluk ve özenle hareket edeceklerine inanılmaktadır (Bozkurt, 2010: 11).

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise; velayet hakkı bir zamanlar mutlak bir hak olarak tartışılmış ise de modern hukukta bu kavram yerini daha çağdaş ve çocuk yanlısı tanımlarla ifade edilmektedir. Velayetin, anne ve/veya babaya egemenlik hakkı, temsil hakkı gibi çocuğun kişiliği ile malvarlığına ilişkin birtakım sorumluluklar veren ve bu sorumlulukların özenle yerine getirilmesini sağlayan bir görev aynı zamanda bir yetki hakkı olduğu kabul edilmektedir (Hatemi, Kalkan-Oğuztürk, 2013:46). Bu hükümler, anne baba tarafından velayetin kullanılmasıyla ilgili sorumlulukların çocuğun kişilik gelişimi, sağlığı, eğitimi, refahı ve malvarlığının korunması gibi çeşitli alanları kapsadığını belirtmektedir.

Türk Hukukunda velayet, "anayasaya dayalı" temel haklar kapsamında yer almamaktadır. Bununla birlikte, Yargıtay tarafından velayetin kamu düzenine ilişkin olduğu ve çocuğun çıkarlarının anne ve babanın istek ve beyanlarından önce göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde kararlar verilmektedir. Ana ve babanın velayet hakkını kullanmanın sınırları, çocuğun yararını ve katılma hakkını düzenleyen TMK 339. maddesi ve anayasal temel hakların sınırlandırılmasında uygulanan "orantılılık ilkesi" ile belirlenmektedir. (Zeybek, 2009: 17).

Türk Hukuku'nda velayet düzenlemeleri hem 743 sayılı eski Medeni Kanun'da hem de 1 Ocak 2002'den itibaren yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yer almıştır. 743 sayılı Kanunun beşinci ve 4721 sayılı Kanunun altıncı bölümlerinde velayet düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde velayet hakkı değil sadece velayet ifadesi kullanılmaktadır. Yürürlükten kaldırılan Medeni Kanun'un 263. maddesinin başlığı

"velayeti icra hakkı" olarak belirtilmiş, devamında velayetin kapsamı düzenlenmişti. Maddelerden hareketle velayet kavramının kapsamına çeşitli hak ve yükümlülüklerin girdiği ve bir görev-yetki alanı doğurduğu görülmektedir. Anne ve babanın, çocuğu yetiştirmek ve eğer çocuk alil veya aklı zayıf ise ona uygun bir terbiye vermekle sorumlu olması (m. 264/II), çocuklarını eğitme hakkına sahip olması (m. 267) gibi hükümler velayet kavramının getirdiği hak veya görev ve yetkileri açıklayan düzenlemelere örnek teşkil etmektedir. TMK'da, velayet düzenlemelerinde, velayetin kişiye bağlı mutlak bir hak olmadığı göz önünde tutulara *"hak"* kelimesi bilinçli olarak tercih edilmemiştir. Sadece "Velayetin Kapsamı" başlığı altında düzenlenen 341. maddede yer verilen *"çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı anne ve babaya aittir."* ifadesi durumun istisnasını oluşturmaktadır (Çetiner, 2017: 38).

Velayet, kişiye bağlı bir hak olarak kabul edilir ve içerisinde görev ve sorumlulukları barındıran bir niteliğe sahiptir. Bu nedenle çocuk kabul etse dahi velayet hakkından kısmen veya tamamen vazgeçilemez. Aynı şekilde, velayetin gerektirdiği herhangi bir sorumluluğun yerine getirilmesinden feragat etmek de mümkün değildir. Bununla birlikte, velayet sahibi ebeveyn çocuğun malvarlığını yönetme hakkından feragat edemez ancak anne ve/veya baba çocuğun malvarlığını kullanma, malvarlığının kendisinde gelirlerinden feragat etme hakkına sahiptir (Yavuz, 2002: 31). Ayrıca, ebeveynler velayetin icrası konusunda yetersiz olduklarına kanaat getirirlerse, velayetin kaldırılmasını veya değiştirilmesini talep edebilirler. Hâkim tarafından çocuğun üstün yararı ve objektif kriterler dikkate alınarak velayetin kaldırılması veya gerekli koruma önlemlerinin alınmasına karar verilebilmektedir (Yavuz,2002: 30).

Çocuğun velayeti, anne baba evliyken birlikte kullanılır ve bölünmez bir niteliğe sahiptir (TMK md 336/I). Anne ve/veya babanın sahip olduğu velayeti devretmesi mümkün değildir, taraflardan birine devredilmesi ancak velayetin kaldırılması durumunda söz konusu olabilir (TMK md 335/I). Sulh sözleşmesi gibi anlaşmalar bu emredici hükmün aksine yapılamaz. Ancak, velayet hakkının devredilemez olduğu düşüncesi TMK md 338'de esnetilmiş ve üvey anne veya babaya, çocuğun ihtiyaçlarına bağlı olarak durum ve koşullara göre temsil edebilme yetkisi tanınmıştır. İsviçre Medeni Kanunu'ndan esinlenilerek düzenlenen maddeye göre, üvey anne/babaların, velayet sahibi eşlerine çocuğun temsilinde yardım etmeleri hükme

bağlanmış ve bu durumun sosyal ahlak gerekliliği olduğu vurgulanmıştır (Helvacı ve Erlüle, 2007: 283).

Genellikle hukuk sistemlerinde, anne-baba ve çocuk arasındaki ilişkiler ve anne-babanın görevleri, emredici kurallar üzerinden düzenlenmiştir. Bu nedenle, özellikle velayet davaları ve kararları, kamu düzeniyle ilişkilendirilmektedir. İlgili hükümler çerçevesinde hızlıca değerlendirme yapılmakta ve infaz en kısa sürede tamamlanmaya çalışılmaktadır. Velayetin kamu düzenine bağlı olması, bu tür davaların re' sen araştırma ilkesiyle ele alınması sonucunu doğurur. Bu yüzden, Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu E.2012/2-794 K.2013/310 sayılı kararında, ilk derece mahkemesinde verilen karardan sonra ortaya çıkan ve gelişen olayların, temyiz veya karar düzeltme gibi yasal yollara başvurulduğunda dile getirilebileceği konusunda içtihat geliştirmiştir (Kararara, 17.06.2023).

Velayet, anne baba tarafından kullanılabilen, mutlak, bölünemez bir kişilik hakkı olmakla birlikte, gereken durumlarda velayet hakkı sınırlandırılabilmektedir. Velayet, çocuğun üstün yararını gözetme amacıyla taşıdığından dolayı, çocuğun menfaatini gerektiren durumlarda velayetin sınırlandırılması mümkün olabilir. Türk Medeni Kanunu'nun 346. maddesi ve ilgili maddelerinde, çocuğun korunması amacıyla hâkimin çeşitli tedbirlere hükmedebileceği belirtilmektedir. Velayet sahibi anne ve/veya baba velayete bağlı hak ve yetkilerini yerine getirmekte yeterli gelemezlerse veya çocuğun çıkarlarını tehlikeye atarlarsa, çocuğun menfaatlerinin muhafazasının sağlanması büyük önem taşır. Bu tarz durumlarda, kanunen çocuğun üstün yararını sağlayacak önlemler hâkim tarafından alınır. Bu önlemler sonuçsuz kalırsa veya beklenen sonucu sağlamayacağı açıkça ortaya çıkarsa, velayetin tamamen kaldırılması bile gündeme gelebilir. (Akyüz, 1999: 649).

Velayetin, çocuğun bağımsız bir kişilik geliştirmesini hedefleyen bir amaca sahip olduğu düşünüldüğünde, velayet sahibi, bu amaca yönelik olarak yetkisini kullanmalıdır. Bu nedenle, çocuğun büyümesiyle birlikte, çocuğun kendisini ilgilendiren konulara katılımı artmalıdır. Anne baba bu süreçte müdahale eden olmaktan ziyade rehberlik eden deneten olmalıdır. Velayet, genellikle çocuğun erginliğe erişmesiyle son bulur. Bu durumda, çocuğun erginlik çağına erişmesiyle velayet otomatik olarak sona erer.

BMÇHS'nin 1. maddesi de ayrı ayrı durumlar dışında, 18 yaşına kadar her bireyin çocuk sayılacağını açıkça belirtmektedir. Eğer çocuk erginlik çağına ulaştıktan sonra kısıtlanması gereken bir neden varsa ve hâkim tarafından bir vasi atanması gerekmiyorsa, bu durumda kısıtlı olan velayet altında olmaya devam eder *(TMK m. 335/II).* Çocuğun akıl hastalığı, ruhsal veya fiziksel zayıflığı, velayetin devam etmesine sebebiyet verebilir. Bu durumda çocuğun özel ihtiyaçlarının karşılanması ve korunması önemlidir. Ebeveynler, çocuklarının bu zorlu durumlarında destek olmak ve velayet altında kalmalarını sağlamakla sorumludur.

Öğretide, kanun koyucu, kısıtlı bireylerin çocuklar kadar korunmaya muhtaç olduğunu ve çocuğun üstün çıkarını ve korunmasını sağlamak için anne ve babanın en iyi şekilde velayeti üstleneceği düşüncesinden yola çıkarak, velayetin vesayet yerine tercih edilmesi gerektiği kanaatine varmıştır (Çetiner, 2017: 30). Bazı özel durumlarda, çocuğun erginlik dönemine ulaşmasından sonra bile velayetin devam ettiği görülürken, bazı özel durumlarda ise çocuğun erginliğe erişmesinden önce velayet vesayete dönüşebilmektedir. TMK'nin 348 ve 349. maddelerinde belirtilen hükümler kapsamında, ebeveynlerin, velayete ilişkin görevlerini idame ettirememeleri veya çocuğa karşı görevlerini ihmal etmeleri halinde, her iki ebeveynin de velayeti kaldırılmakta ve çocuğa bir vasi atanmaktadır. Bu durum, mevcut çocuğun yanı sıra henüz doğmamış çocukları da içerir. Velayet hakkına sahip anne veya babanın evlenmesi, üvey anne baba yüzünden çocuk üzerinde olumsuz bir durum oluşturuyorsa, çocuğa vasi atanabilmektedir (Serozan, 2000: 251).

2.3. Velayetin Kapsamı

Velayet, çocukların bakımı, eğitimi, sağlığı ve genel refahının sağlanması amacıyla anne baba arasındaki hak ve sorumluluk ilişkisini düzenleyen bir kavramdır. Velayetin kapsamı, çocuğun ihtiyaçlarının karşılanması, duygusal destek, eğitim, sağlık ve diğer yaşamsal konuları içerir. Bu nedenle, velayetin etkin bir şekilde uygulanması, çocukların sağlıklı bir gelişim göstermeleri ve bağımsız bir kişilik kazanmaları için son derece önemlidir.

Velayetin kapsamı, çocukların her yönüyle ilgilenilmesini gerektirir. Bunlar arasında çocuğun güvenliği, duygusal ihtiyaçlarının karşılanması, sağlıklı bir eğitim alması ve sağlık hizmetlerine erişimi gibi unsurlar bulunur. Velayet sahibi ebeveynler, çocuğun yaşına, gelişim düzeyine ve özel ihtiyaçlarına uygun şekilde kararlar almalı ve

sorumluluklarını yerine getirmelidirler. Bu bağlamda, velayetin kapsamı, çocuğun en iyi çıkarlarının gözetilmesini ve onun bireysel gereksinimlerinin karşılanmasını amaçlar. Velayet, çocuğun kişilik ve mal varlığına ilişkin görev ve yetkileri içermektedir.

2.3.1. Çocuğun Kişiliğine İlişkin Yetki ve Görevler

Çocuğun kişiliğine ilişkin yetkiler, velayet sahibi ebeveynin çocuğun bakımını, eğitimini, sağlığını ve güvenliğini sağlama yetkisini içerir. Bu yetkiler çerçevesinde, velayet sahibi çocuğun günlük yaşamında kararlar alır, sağlık hizmetlerine erişimini sağlar, eğitimine yönlendirir ve koruma önlemlerini alır. Ayrıca çocuğun dini ve kültürel ihtiyaçlarıyla ilgili kararları da velayet sahibi ebeveyn verir.

Velayetin bir diğer yönü ise görevlerdir. Velayet sahibi ebeveyn, çocuğun fiziksel, duygusal ve zihinsel ihtiyaçlarını karşılamakla yükümlüdür. Çocuğun sağlıklı bir ortamda büyümesini sağlamak, sevgi, destek ve güven ortamı sunmak, duygusal ihtiyaçlarını karşılamak, eğitimine katkıda bulunmak, sosyal ilişkilerini desteklemek ve çocuğun özel yeteneklerini keşfetmesine yardımcı olmak gibi görevler velayet sahibine aittir. Ancak, çocuğun kişiliğine ilişkin yetki ve görevler, çocuğun çıkarları ve hakları temelinde sınırlanır. Çocuğun görüşleri ve tercihleri, yaşına ve gelişim düzeyine uygun olarak dikkate alınmalıdır. Çocuğun katılım hakkı önemlidir ve velayet sahibi ebeveyn, çocuğun bu hakkını desteklemeli ve çocuğun kendi yaşamını etkileyen kararlara katılmasını teşvik etmelidir.

2.3.1.1. Çocuk üzerinde egemenlik kurma hakkı

Velayet kavramının Roma hukukunda, sadece Roma yurttaşlarına özgü olduğu ve çocuklar üzerinde egemenlik hakkının sadece bir kişiye- aile reisine *(patria potestas-baba egemenliği)* ait olduğu kabul edilirdi. Roma hukukunda, velayete benzer şekilde bir alam taşıyan *"pater familias"* a sınırsız yetkiler veren ve çocuğun kişiliği ve mal varlığı üzerinde mutlak tasarruf hakkına sahip olduğu kabul edilen bir düzenlemeye yer verilirdi. Bu düzenleme, *pater familias'ı* aynı zamanda çocuğun dini lideri ve evin başı olarak görmekte ve ona yüksek otoriteyi bahşetmektedir (Okur Gümrükçüoğlu, 2022: 111). Ancak modern hukukta, velayete ve tanıdığı egemenlik kavramına yüklenen anlam büyük ölçüde değişmiştir.

Günümüz hukuk sistemlerinde, velayet çocuğun yararının sağlanması amacıyla düzenlenmiş ve ebeveynler tarafından hem hak olarak kullanılan hem de onlara sorumluluk alanı oluşturan bir kavram halinde değerlendirilmektedir. Bu nedenle, velayet hakkı, çocuğun temel haklarının korunması amacıyla ebeveyne verilen bir sorumluluktur ve mutlak güç sahibi olma anlayışı tamamen ortadan kalkmıştır. Anne-babanın çocuk üzerindeki haklarından önce, onların yükümlülükleri gelmektedir (İmamoğlu, 2005: 166).

Velayet, mülkiyet hukukundaki zilyetlik veya mal mülk egemenliği gibi bir hak değildir. Aynı şekilde, kamu hukuku alanındaki devletin veya benzer kuruluşların egemenliğiyle de aynı anlamı taşımaz. Velayet, çocuk hukukunda çocuğun çıkarlarını ve katılım hakkını gözeten, özgeci ve işlevsel bir yetki alanı olarak tanımlanmaktadır. Çocuk, yetişkinlerle aynı düzeyde saygıyı hak eden bir birey olduğundan, çocuğun yalnızca anne ve baba arasında devredilecek bir nesne olarak görülmemesi gerektiğinin anlaşılması, ebeveynlerin, çocuğun bireyselliğine ve kişiliğine saygı göstererek onu koruma sorumluluğunu taşıdığını kabul etmesi önem arz etmektedir (Serozan, 2000: 250; Yavuz, 2002: 28).

Türk hukuk sisteminde, velayetten doğan egemenlik hakkı Türk Medeni Kanunu 335. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunlar çerçevesinde, ergin olmayan çocuklar anne-baba otoritesi altındadır ve yasal bir gerekçe olmadıkça çocuk, anne-baba velayeti altındadır. Anne-babanın çocuk üzerinde mutlak egemenlik hakkı vardır ve herhangi bir süre veya koşula bağlı olmaksızın, çocuğu anne-babadan alınması halinde herkese karşı ileri sürülebilir. Bu egemenlik hakkı, anne-babanın kişilik haklarının ayrılmaz bir parçasıdır ve zamanaşımına tabi değildir (Akıntürk, 2002:403). Velayetten doğan egemenlik hakkından feragat edilemez veya bu yetki başkalarına devredilemez. Herhangi bir sözleşmeye konu yapılamadığı gibi egemenlik yetkisinin sınırsız olması da söz konusu değildir. Velayet hakkına sahip anne baba, velayet hakkının tanıdığı ölçü kapsamında çocuğun korunması ve kalacağı yerin belirlenmesi konusunda yetkiye sahiptir. Bunun yanı sıra, çocuğun diğer kişilerle kişisel ve yazılı iletişimlerini denetleme yetkisine sahiptirler (Akyüz, 2012: 69).

Anne-baba, çocuğun üzerindeki egemenlik hakkını çocuğa karşı da kullanabilirler (Akyüz, 2000: 249). Çocuğun, anne-babasının egemenliğinde kalmak istememesi veya onlara karşı tavır sergilemesi durumunda, anne-baba uygun önlemler almak için

mahkemeye başvurabilir. Eski kanunda, düzenlemelerde yer alan tedip hakkı, modern hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle yeni kanuna dahil edilmemiştir. Ancak, anne ve babanın disipline etme hakkı tamamen kaldırılmamıştır. Kanuna göre, çocuk anne-babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür ve yasal bir gerekçe olmadıkça evi terk edemez (TMK.m.339/II).

Görüldüğü üzere, Türk Medeni Kanunu'nda çocukların anne-baba egemenliği altında olduğu ve anne-babanın velayet hakkına sahip olduğu açıkça ifade edilmektedir. Bu egemenlik hakkı, çocuğun korunması ve ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla verilmiş bir görev ve sorumluluktur. Ancak, bu yetki sınırsız değildir ve çocuğun haklarını ihlal etme veya istismar etme amacıyla kullanılamaz. Çocuğun güvenliği, refahı ve kişisel gelişimi her zaman öncelikli olmalıdır. Dolayısıyla, velayet, çocuğun çıkarlarına uygun şekilde kullanılmalı ve çocuğun kişilik haklarına saygı gösterilmelidir.

Sonuç olarak çağdaş hukuk sistemlerinde bir kişinin diğeri üzerinde mutlak hakimiyet kurması kabul edilemez görülmektedir. Bu nedenle Türk Medeni Kanunu'nda "velayet" terimi kullanılsa da daha ilerici içerikli yeni yasalar "velayet" yerine "koruma ve bakım" veya "yetki-görev hakları" gibi terimlerin kullanılmasını tercih etmektedir (Baktır Çetiner, 2000: 46). Bu değişiklikler, velayetin bağımlılık ve baskı çağrışımlarını ortadan kaldırmayı ve çocuğun çıkarlarının daha iyi korunmasını amaçlamaktadır.

2.3.1.2. Çocuğun eğitimi

2.3.1.2.1. Genel ve mesleki eğitim

TMK 340. maddesi gereğince, anne ve baba çocuğun eğitiminden sorumlu olup, onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini desteklemeli ve korumalıdır. Bu hüküm, çocuğun genel ve mesleki eğitimini içermektedir. Anne ve baba, çocuğun eğitimini kendi sosyal konumları, ekonomik durumları, kültürel yapıları ve imkanları ölçüsünde yerine getirmekle yükümlüdür. Bu bir hak ve bir görevdir ve çocuğun korunmasıyla doğrudan ilişkilidir. Çocuğun bireysel özellikleri göz önünde bulundurularak bu görev yerine getirilmelidir. Örneğin, özel eğitime ihtiyaç duyan bir zihinsel veya bedensel engelli çocuğu, diğer öğrencilerin gittiği bir normal okula göndermek bu görevle uyuşmamaktadır.

Çocuğa uygun eğitim vermek, ebeveynin mevcut imkanları en etkin şekilde kullanmasını gerektirir. Velayet hakkının doğru şekilde yerine getirilmediği ve dolayısıyla kaldırılması gerektiği iddiası, ebeveynin mevcut imkanlarını kullanmadığını ileri sürerek temellendirilemez (Baktır Çetiner, 2000: 57).

TMK'ye göre, velayet sahibi olan anne-baba, çocuğun genel eğitimi konusunda sorumluluk taşımaktadır. Genel eğitim, çocuğun erdemli, onurlu, vatansever ve dürüst bir birey olarak yetişmesi için gerekli olan öğretileri içermektedir. Mesleki eğitim ise çocuğa, ekonomik bağımsızlık sağlamanın yanında duygusal ve ahlaki açıdan olgunlaşmayı kazandırmaktadır. Kanun, çocuğun mesleğini belirleme yetkisini anne-babaya vermemiş, ancak çocuğa bu imkânı sağlama ve yönlendirme konusunda yetki ve sorumluluk vermiştir. Ebeveynler, çocuğu istediği mesleğin dışında bir mesleğe zorlarsa, çocuğun hâkime başvurarak gerekli tedbirlerin alınmasını talep etme hakkı vardır. Aynı şekilde, çocuğu yetenekleri açısından uygun olmayan bir mesleğe yönlendirmek veya kendi meslekleri için çocuğu kendi yanlarında çalıştırmak, velayetin kötüye kullanılması anlamına gelir (Oğuzman ve Dural, 1998: 277).

Çocuğun anne-baba yanında kalması, eğitimini zorlaştıracak ya da aksatacaksa, anne-baba, çocuğun üstün yararı göz önünde bulundurulması gereğiyle aile, kurum değiştirme gibi kararlar almakta özgürdürler. Ancak çocuğun kalacağı yerin, çocuk açısından fiziksel, zihinsel, duygusal ve sosyal güvenliğini sağlayacak bir ortam olması gereklidir (Akyüz, 2012: 65). Anne-babadan, çocuğun genel ve mesleki eğitimi için maddi imkanlarının sınırları dahilinde çocuğun eğitim masraflarını karşılamaları beklenir. Çocuğun yetenekleri ile anne-babanın imkanları arasında bir uyumsuzluk olduğunda, çocuğun yetenekleri öncelik kabul edilse de anne-babanın da aşırı ekonomik zorluklarla karşı karşıya getirilmemesi gerekir (Öztan, 2004: 651). Anne-baba çocuğun eğitimine karar verirken, kendi mali durumlarını, yaşam tarzlarını ve değerlerini göz önünde bulundurmalı ve buna uygun bir eğitim sağlamalıdır. Örneğin, eğitim masrafları, okul seçimi veya çocuğun yeteneklerine yönelik destek gibi konularda anne-baba kendi imkanları ve değerleri doğrultusunda kararlar almalıdır.

2.3.1.2.2. Dini eğitim

TMK'nın 341. maddesi uyarınca, çocuğun dini eğitimini belirlemek anne babanın yetkisi kapsamındadır. Anne ve babanın haklarını sınırlayacak olan her türlü sözleşme geçersizdir. Ergin olan birey ise dinini özgürce seçme hakkına sahiptir. Anne ve baba

çocuğu istedikleri dini öğretiye göre yetiştirebilirler ve hatta kendi dünya görüşlerine uygun olarak herhangi bir dini eğitim vermemeyi tercih edebilirler. Ancak, bu özgürlük alanı velayetin amacından sapılmadan kullanılmalıdır. Bu durumda, çocuğun çıkarlarına uygun olmayan kararlar ve uygulamalar, çocuğun kişisel haklarını ihlal edebilir. Eğer ana babanın verdiği dini eğitim, çocuğun dar görüşlü bir şekilde yetişmesine ve dış dünyadan soyutlanmasına yol açıyorsa, gerekli önlemler alınır gerekirse velayetin kaldırılması yoluna gidilir (Öztan, 2004:652). Bu düzenlemeler, din ve vicdan özgürlüğünün korunmasını amaçlamaktadır. Ergin olan çocuk, kendi dinini özgürce seçebilme yetisine sahiptir. Buna ek olarak, BMÇHS m. 14 de anne ve babanın uygun yönlendirmesi altında çocuğun vicdan ve din özgürlüğüne saygı gösterilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Taraf devletler, Çocuğun yaşına ve hazır bulunuşluk seviyesine uygun olarak anne-babayı çocuğa rehberlik etmeye teşvik eder ve bunu saygıyla karşılar. Eğer çocuk, sadece bir ebeveynin velayeti altında ise, dini eğitimi belirleme hakkı velayet hakkını elinde bulunduran tarafa aittir ve diğer tarafın bu konuda müdahale hakkı bulunmamaktadır.

Velayet hakkının ortadan kalkması, diğer ebeveyne geçmesiyle birlikte, velayete sahip olmayan eşin dini eğitim verme hakkı sınırlanmış olur. Öğretide, farklı din veya mezhebe sahip olsalar bile, çocuğun menfaati zedelenmediği sürece, anne babaların çocuklara dini fikirlerini aktarmada bir sakınca olmadığı yönünde bir kabul vardır (Akıntürk, 2002: 407). Anayasa m. 24 din ve vicdan hürriyeti düzenlemeleri uyarınca "*din ve ahlak eğitimi ve öğretiminin devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağını"* belirttikten sonra, geriye kalan eğitim ve öğretimin ise kişilerin isteğine ve velayet/vesayet altındaki çocukların kanuni temsilcilerinin talebine bağlı olduğunu ifade etmektedir. Anne ve baba çocuğa dini eğitim verme konusunda serbest olup eğitim verilmesi yönünde herhangi bir zorunluk bulunmamaktadır. Ancak anne ve babanın, çocuğun dini eğitimi konusunda anlaşamamaları, çocuğa verilmeyen dini eğitim çocuk üzerinde olumsuz etkiler yaratacak olursa, hâkim öncelikle eşleri uyaracak ve uzlaştırmaya çalışacaktır. Eğer uzlaşma sağlanamazsa, hâkim uzman kişilerin yardımını isteyebilir. Burada artık din ve vicdan hürriyetinden öte, çocuğun gelişimi ve menfaati ön planda tutulacaktır (Çelik, 2004: 265).

2.3.1.3. Çocuğun isminin konması ve soyadı

Her çocuk, doğduğu an itibarıyla ad ve vatandaşlık hakkına sahip olma hakkını elde eder. Türk Medeni Kanunu'nun 339. maddesinin son fıkrasında ad koyma düzenlenmiştir. Çocuğun adını belirleme yetkisi ve hakkı anne ve babaya verilmiştir. Eğer ebeveynler çocuğun adını belirleme konusunda anlaşamazlarsa, hâkimden yardım talep etmek için mahkemeye başvurma hakları vardır *(TMK madde 195/I).* Hâkim, bu durumda ilk olarak anne babayı anlaşmaya teşvik eder. Eşlerin ortak rızası sağlanabilir ve uzmanlardan yardım alınabilir. Ancak ebeveynler hala anlaşamazlarsa, hâkim çocuğun adını belirleyecektir. Bu çözüm şekli, öğretide, anne babaların çocuğun adını belirleme hakkının kişilik hakkıyla doğrudan ilişkili olduğu, çözüm yönteminin anne ve babayı aynı anda yeterince tatmin edemeyeceği nedeniyle eleştirilmektedir (Çelikel, 2012: 39). Velayet hakkına sahip olan bir ebeveyn varsa, çocuğun adını velayet hakkına sahip olan ebeveyn belirleyecektir (Helvacı ve Erlüle, 2007: 282). Çocuğun adının belirlenmesi, velayeti elinde bulunduran ebeveynler için bir hak olduğu kadar, aynı zamanda bir sorumluluktur çünkü hiçbir birey adsız bırakılamaz.

İnsanların isimleri, onları diğer insanlardan ayıran ve soyadı ile aileleri arasındaki farkları belirleyen önemli tanıtıcı unsurlardır. Bir kişinin kendi adı ve soyadı, kimliğini belirleyen en önemli unsurlar olup, kişinin kimliğinin ayrılmaz bir parçası olarak, kişiyi diğer bireylerden ayırmak ve toplumsal ilişkilerde onu tanımlamak için kullanılmaktadır (Akyüz, 2012: 120).

Soyadı, belirli bir aile grubunu diğer aile gruplarından ayırt etmeye yarayan ve kuşaktan kuşağa aktarılan bir ad şeklidir (Abik, 2005: 31). Ad ve soyadı hakları, kişinin şahsiyet hakkı kapsamında değerlendirilir. Ancak, soyadının kazanılması ve değiştirilmesi konuları Türk Medeni Kanunu'nda kişisel haklar bölümü yerine aile hukuku bölümünde düzenlenmiştir. Kanun hükmüne göre her Türk vatandaşı, bir soyadı taşımak zorundadır (Gençcan, 2020: 212). Bu zorunluluk, Soyadı Kanunu'nun 1. maddesinde *"Her Türk, kendi adından farklı bir soyadı kullanmak zorundadır."* ifadesine dayanmaktadır. Hükmün devamında ise soyadının bir defaya mahsus nüfus siciline kaydedilmesi ve bazı istisnalar dışında değiştirilmeksizin kullanılması gerektiği yer almaktadır. Ancak, TMK m. 27 "*Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir. Adın değiştirildiği nüfus siciline kayıt ve*

ilân olunur. Ad değişmekle kişisel durum değişmez." hükmüne dayanarak haklı gerekçelerle ve hâkim kararıyla soyadı değiştirilebilmektedir. Bu nedenle, resmî belgelerde düzen ve hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla soyadının değiştirilemeyeceği genel kural kabul edilmektedir (İnceoğlu, 2013: 308).

Soy bağına bağlı olarak, "çocuğun soyadı" konusunu aynı zamanda "evli kadının soyadı" meselesiyle de ilişkilendirilmektedir. Kanun hükmü düzenlenirken, kadın erkek eşitliğinin sağlanması, ayrımcılığın önlenmesi amacıyla velayet hukukunda yapılan düzenlemelerde soyadı konusunda annenin soyadını verip veremeyeceği meselesi yer almamıştır. Ancak, Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik vurgusuna dayanılarak kadınlar hem kendi soyadlarını kullanmak hem de velayetleri altında bulunan çocuklara kendi soyadlarını vermek amacıyla yargı yollarına başvurmaktadırlar. Burada soyadının velayetten doğan haklar kapsamında yer alıp almadığı ve kadın erkek eşitliği ile ilişkilendirilip ilişkilendirilemeyeceği hususunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

Evli kadının soyadı konusundaki, önemli değişikliklerden birisi eski Medeni Kanun'un 153. maddesinde 14 Mayıs 1997 tarihli ve 4248 sayılı Kanun ile yapılmış ve kadının kocasının soyadının önünde *"önceki"* soyadını da kullanabilmesinin önü açılmıştır. Bu değişiklik, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinde de aynen korunmuştur. Türk Medeni Kanunu madde 187, *"Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir."* hükmü uyarınca kadın, eşinin soyadına kendi soyadını ekleyerek kullanabilecektir.

Türk Medeni Kanunu, evlenmeyi düşünen çiftlerin kadının soyadı konusunda anlaşma yapma özgürlüğünü kısıtlamıştır. Buna göre, kadının soyadı erkeğin soyadına göre belirlenmekte ve kadına sadece evlilik öncesinde kullandığı soyadını aile adıyla birleştirme seçeneği sunulmaktadır. Önceki Medeni Kanun'un 153. maddesinin, Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi olarak aynen korunması, kadın erkek eşitliği ilkesine uygun ve adil bir yaklaşım olarak kabul edilmemektedir. Bu kuralın temeli, kadının soyadının yine kocasının soyadına bağlı olması prensibine dayanmaktadır (Abik, 2005: 93).

Evli kadının soyadı meselesi, Türk Hukuku açısından Anayasa Mahkemesi tarafından da ele alınmıştır. Evli kadın Ayten Tekeli'nin sadece kızlık soyadı olan Ünal'ı kullanabilmesi için açtığı dava sonrasında yerel mahkeme, Önceki Medeni Kanun'un 1997 değişikliğinden önceki *"Karı, kocasının aile ismini taşır."* hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürerek iptal talebiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, söz konusu maddenin Anayasa'nın 12 ve 17. maddelerine aykırı olmadığına, ayrıca kanun önünde eşitliği düzenleyen 10. maddeye de aykırı olmadığına karar vermiştir. Ardından Ayten Tekeli, Önceki Medeni Kanun'un 153. maddesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuş ve mahkeme, farklı muamele yapıldığını düşünerek hakkın ihlal edildiğine hükmetmiştir (Abik, 2005: 120).

Anayasa Mahkemesi'nin 1998 tarihli kararında, *"Aile Hukuku öğretisine göre, toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyumun sağlanması, aile içinde çift başlılığın engellenmesi gerektiği"* gibi sebepler, erkeğin soyadının aile adı olarak kullanılmasının gerekçeleri olarak sıralanmıştır. Bu yaklaşım, Anayasa Mahkemesi'nin 2011 tarihli bir kararında da değişmemiştir. Bu kararda, yasa koyucunun aile soyadı konusundaki tercih hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi amacıyla eşlerden birine öncelik tanıyacak şekilde kullanmasının anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır. Bununla birlikte evlilik adı olarak erkeğin soyadının kullanılması gerekliliğine atfedilen ifadeler, 1934 tarihli Soyadı Kanunu öncesinde toplumun aile birliği ve bütünlüğünün olmadığı, aile bağlarının zayıf olduğu, evlilikte düzen ve uyumun sağlanmadığı gibi yanıltıcı anlamlara da zemin hazırlamaktadır. Bu durumda, eğer aile birliği ve bütünlüğü ile aile bağları, aile üyelerinin farklı soyadları taşıması durumuna dayalı değilse, kadının soyadıyla da aynı birlik ve bütünlük başarılı bir şekilde sağlanabilir (Ergene, 2011: 139-140).

Evli kadının soyadı meselesi daha sonra Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'da gündeme gelmiş ama aynı gerekçelerle reddedilmiştir. Ancak 2023 tarihli yeni bir Anayasa Mahkemesi kararıyla evli kadının soyadı meselesi çözüme kavuşmuştur. Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla yapılan itirazda, soyadının kadının kimliği ve kişiliğinin bir parçasını oluşturduğu, evlenmeden önceki

soyadını kullanma hakkının kısıtlanmasının meşru bir nedeninin bulunmadığı, erkeğin doğuştan sahip olduğu soyadını ömür boyu kullanabilme yeteneğine karşın, kadının aynı hakkının sınırlı olmasının eşitlik ilkesiyle çeliştiği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) bu nedenle ihlal kararı verdiği ve Anayasa Mahkemesi'nin de benzer kararlar aldığı, ancak kuralın hala uygulandığı ifade edilmiştir. Bu durumun Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını ihlal ettiği belirtilerek, kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu savunulmuştur.

Soyadını taşıma hakkının, Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında bir hak olarak kabul edildiği ve AİHM'nin de benzer bir görüşü taşıdığı ifade edilmiştir. Anayasa'da yapılan değişikliklerle eşitlik ilkesinin vurgulandığı ve cinsiyet eşitliğinin sağlanması gerektiği buna rağmen evlenmeden önceki soyadını kullanma hakkının kadın ve erkek arasında eşitlik ilkesini ihlal ettiği vurgulanmıştır. AİHM ve Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurular sonucunda, kadının evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra kullanma hakkının sınırlanmasının hakkın ihlali anlamına geldiği belirtilmiştir.

Cinsiyet temelli ayrımcılığın kamu otoritelerinin takdir yetkisini daralttığı ve kanun koyucunun sınırlı bir takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. Nüfus kayıtlarının düzenlenmesi ve soy bağlarının belirlenmesi kamu yararı taşımakla birlikte, kadının evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra tek başına kullanamama zorunluluğunun bu amacı haklı çıkaramayacağı ifade edilmiştir.

Sonuç olarak, evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra da kullanma hakkının kadın ve erkek arasında eşitliği ihlal ettiği sonucuna varılmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu nedenle 22/2/2023 tarihinde E.2022/155 numaralı dosyada, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptal edilmesine karar vermiştir (Anayasa, 20.08.2023).

Öğretide ise evli kadının soyadı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Moroğlu'na göre, evlilik öncesi anlaşma yapılmasına Medeni Kanun'da izin verilmemesi yerine eşler evlenmeden önce anlaşarak, içlerinden birinin soyadını aile adı olarak seçebilmelidir (Moroğlu, 2004: 305). Göztepe'ye göre ise, birden çok alternatifin kanunla sunulması, özgürlükçülük temelinde en doğru çözüm olarak görünmektedir. Ortak soyadının zorunlu olmaması şartıyla eşlerin istedikleri takdirde ortak bir soyadı seçebilmesi, eşlerin doğumla kazandıkları soyadlarının erkekle sınırlı olmamak

kaydıyla ortak soyadı olarak seçilebilmesi, eşlerin soyadlarının ikisinden oluşan ikili soyadının ortak soyadı olarak seçilebilmesi soyadı meselesine sunulan çözüm önerileri arasındadır (Göztepe, 1999: 128-129).

Öğretide, Gören 'in de desteklediği görüşe göre, evli çiftler, ortak bir evlilik adı kullanmalı, evlilik akdi sırasında soyadı olarak erkeğin veya kadının soyadını tercih etme hakkına sahip olmalıdırlar. Evlilik akdi sırasında bir tercih beyanında bulunulmadığında ise her iki eşin doğum adlarının birleşimi evlilik adı olarak kabul edilmelidir. Bu düzenlemeyle, evlilik ismi işlevini sürdürecek ve anlaşmazlık durumunda, kocanın soyadına öncelik veren düzenlemenin sakıncaları aşılarak eşit haklara sahip olma ilkesi korunmuş olacaktır (Gören, 1998: 103-104).

Soy bağı bilinen çocuklar doğumla birlikte soyadını almış olurlar. Eğer çocuğun anne ve babası bilinmiyorsa, çocuğun soyadı idari yollarla belirlenecektir. Çocuğun doğumla kazandığı bu soyadı genellikle sonraki nesillere de geçer. Ülkemizde, doğumla kazanılan soyadını belirleme konusunda, soy bağının temel alındığı görülmektedir (TMK m.321). Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesine göre, kişinin toplum içinde ayırt edilmesini sağlayan soyadı, kişinin hangi soydan geldiğine göre belirlenir. Soyadı belirleyen faktör, kişinin anne ve baba arasındaki hukuki ve biyolojik bağıdır. Anne ile çocuk arasındaki bu biyolojik bağ doğum anında oluşur. Baba ile çocuk arasındaki soy bağı ise, annenin evliliği, tanıma veya mahkeme kararı ile oluşabilir. Aynı şekilde evlat edinme yoluyla da bir soy bağı kurulabilir. Bu bağlamda, Türkiye'ye özgü bir durum olan ve "Af Kanunları" olarak adlandırılan "Bir Evlenme Akdine Dayanmayan Birleşmelerden Doğan Çocukların Neseplerinin Düzeltilmesine İlişkin Kanunlar" bir düzenleme de baba ile soy bağı kurulmasını sağlar. Dolayısıyla, çocuğun soyadı, anne ve baba arasındaki bu soy bağına göre belirlenir (Mortaş, 2016: 314-315).

Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesi, soyadı konusunu düzenlemiştir. Bu hükme göre, çocuğun hangi soyadını taşıyacağı ebeveynlerin evli olup olmamasına bağlı olarak belirlenir. Eğer ebeveynler evli ise, çocuk ailenin soyadını taşır. Bu durumda, ailenin soyadı genellikle babanın soyadıdır ve evlilik içinde doğan çocuklar babanın soyadını alır (Akyüz, 2012: 120). Bu hüküm, çocuğun soyadının başka bir şekilde belirlenmesine izin vermez, yani evli ebeveynlerden doğan çocuğun soyadı, ailenin soyadıdır ve bu durum boşanma veya baba ölümü gibi durumlarında da geçerlidir.

Ancak, anne ile baba arasında evlilik ilişkisi yoksa, yani çocuk evlilik dışında doğmuşsa, çocuğun soyadı annenin soyadı olacaktır. Ebeveynlerin sonradan evlenmesi durumunda ise çocuk evlilik birliği içerinde doğmuş gibi babanın soyadını almaktadır (Abik, 2005: 139-140).

25.04.2006 tarihli 5490 sayılı "Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 28. maddesinin dördüncü fıkrasında, tanıma durumunda evlilik dışı çocuğun babasının soyadını doğrudan alabileceği şeklinde bir düzenleme de yer almaktadır. *"Tanınan çocuklar babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile analarının kimlik ve kayıtlı olduğu yer bilgileri belirtilmek suretiyle tescil edilir."* Bu düzenleme ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesine göre tanınan çocukların annenin soyadıyla tescil edilmesi yerine çocuğun babasının soyadıyla tescil edilmesi amaçlanmıştır. Yani, Yasama Organı 2006 yılında yapılan bu kanun değişikliği ile, Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesindeki esası değiştirme niyetiyle, bahsedilen düzenlemeyi kabul etmiştir. Başka bir ifadeyle, Medeni Kanun'un 321. maddesine göre evlilik dışı doğan çocukların her durumda annelerinin soyadını alacağına dair hüküm, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 28/IV maddesiyle örtük bir şekilde yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, tanıma durumunda çocuk direkt olarak babasının soyadını alacaktır. Bu madde sadece babanın nüfus kaydına ilişkin olup, soyadını düzenlememektedir. Ancak mahkemenin verdiği babalık hükmü, tanıma gibi, evlilik dışı çocuk ile babası arasındaki soy bağı ilişkisini kuracaktır. Bu nedenle tanımada kabul edilen soyadının sonucunun, babalık hükmü için en azından kıyas yoluyla geçerli olması uygun olacaktır. Bu durumda, Nüfus Hizmetleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra, tanıma veya babalık hükmüyle çocuk ile babası arasında soy bağı ilişkisi kurulan çocukların, direkt olarak babalarının soyadını alacağı sonucu ortaya çıkmaktadır (Yılmaz Kaçmaz, 2016: 104).

Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun evlilik dışı doğan çocuğun babanın soyadını alabilmesini sağlayan düzenlemesine ek olarak, Anayasa Mahkemesi 02.07.2009 tarihli kararıyla, evlilik dışında doğan çocuğun annesinin soyadını alacağına dair Medeni Kanun'un 321. maddesindeki ilgili hükmü iptal etmiştir. Hukuki anlamda babasıyla soy bağı kurulmamış, çocuğun soyadını alabileceği yasal olarak tanınmış başka bir kişi bulunmadığında ise çocuğun annesinin soyadını taşıması mantıksal bir gereklilik ve zorunluluk teşkil etmektedir (Ayan, 2012: 27-30).

Babanın soyadını almak, çocuk için hem bir hakkı hem de bir sorumluluğu içerir. Bu nedenle, çocuk, annenin evlenmeden önceki soyadını alamamakta veya babasının soyadını ekleyerek kullanamamaktadır. Eğer baba veya anne daha sonra Medeni Kanun'un 27. maddesi uyarınca soyadını değiştirirse, bu durumda yetişkin olmayan çocuğun soyadı da otomatik olarak değişir. Çocuk yetişkin olduğunda ise haklı nedenlere dayanarak soyadını değiştirmek için mahkemeye başvurabilmektedir. Eğer evlilik içinde doğmuş bir çocuğun soy bağı, doğumdan önce reddedilmişse, çocuk doğum anında annesinin soyadını alır. Evlilik, sonradan iptal edilse veya boşanmayla sona erse bile, eğer çocuk evlilik sırasında doğmuş veya anne rahmine düşmüşse, çocuk babanın soyadını taşımaya devam eder. Evliliğin iptal edilmesi, boşanma veya babanın ölümü çocuğun soyadını etkilemez. Ancak, çocuk soy bağını reddettiğinde veya evlat edinildiğinde babanın soyadını yasal olarak kaybetmektedir (Akyüz, 2012: 120-121).

Velayetin sınırları ve anlamı açısından, boşanma sonrası velayet hakkı kendisine verilen anne veya baba, diğer tarafa danışmadan çocuğa ilişkin kararlar alabilir. Ancak, bu durumda, velayeti elinde bulunduran kadın, diğer mevzuatın ve açık bir düzenlemenin eksikliği nedeniyle velayeti altındaki çocuğa kendi soyadını verememektedir. Yani, çocuğun soyadı baba soyadı olarak kalır. Velayet sadece anneye verildiğinde değil, taraflar evliyken velayet birlikte kullanılıyor olsa bile, çocuğun soyadının baba soyadını belirlediğini ifade etmek gerekir. Kadın istediğinde, kocasının soyadının önüne kendi soyadını da ekleyebilirken, çocuğa bu şekilde bir müşterek soyadını aktaramaz. Boşanma sonrası velayeti kadına verildiğinde, baba sadece kişisel ilişki hakkına sahip olmasına rağmen çocuğun soyadı baba soyadı olarak kalmaktadır. Boşanma sonrası velayet baba tarafından üstlenildiğinde bile, çocuğun ihmali veya istismarı durumunda velayet babadan alınabilir. Çocuğun velayetinin sona ermesi, boşanma veya evliliğin iptali gibi sebeplerle çocuğun soyadı değişmez. Bu noktada vurgulamak gereken önemli bir husus, çocuğun soyadını seçme zorunluluğuna dair Soyadı Kanunu'nun 4. maddesindeki düzenlemenin, velayeti anneye bırakılan durumda bile, baba tarafından seçilen soyadını kullanma zorunluluğunu içerdiği yönündeki hükmünün Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiş olmasıdır. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı, velayet hakkına bağlı olarak çocuğun soyadının değişeceği bir sonucu beraberinde getirmez. Mevzuata göre, çocuğun velayeti kadına veya kocaya verilse de çocuğun soyadı ailenin soyadı,

yani kocanın soyadı olmaya devam eder. Bu nedenle, boşanma sonrası çocuğun velayetinin anneye verilmesi durumu, çocuğun soyadı üzerinde herhangi bir değişikliğe neden olmaz (Mortaş, 2016: 322-323).

Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen ve Türkiye'nin de taraf olduğu "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi" (CEDAW), evlilik içerisinde eşlerin eşit haklara sahip olmalarıyla ilgili hükümler içermektedir. Sözleşme'nin 16. maddesinin birinci fıkrasının g bendinde, taraf devletlerin aile adı konusunda eşler arasında eşitliği sağlamak için gerekli önlemleri alacağı ifade edilmektedir (Özdamar, 2009: 41). CEDAW'ın, *"Kadınlara karşı ayrımcılığın tanımı"* başlıklı 1. maddesine göre;

> *Bu Sözleşmenin amacı bakımından kadınlara karşı ayrımcılık terimi; siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı herhangi bir ayrım, dışlama veya kısıtlama anlamına gelir.*

Öğretide farklı görüşler olmakla birlikte bu görüşlerden, tanımdan hareketle kadının soyadı konusunda ayrımcılığa maruz kaldığını belirtenler mevcuttur. Velayetin anneye verildiği halde, çocuğun annesinin soyadını alamaması, kadına karşı ayrımcılığın devam ettiği bir durum oluşturmaktadır. Dolayısıyla, çocuğun soyadı konusu, evlilik içerisinde kadın erkek eşitliği açısından değerlendirilmelidir. Türk Medeni Kanunu madde 321'e göre, eğer anne ve baba evli ise çocuğun ailenin soyadını alacağı öngörülmüştür. Ancak ailenin soyadı genellikle kocanın soyadı olacağından, çocuğun soyadı baba tarafından belirlenmiş olurken, anne ile aynı soyadı paylaşması mümkün olmamaktadır. Bu durum, kadına karşı bir ayrımcılık olarak kabul edilebilir (Abik, 2005: 28-29).

Çocuğun soyadının babanın soyadı olması zorunluluğu Anayasa Mahkemesi'nin E.2010/119 K.2011/165 sayılı kararına da konu olmuştur. Söz konusu dava, Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla açılmıştır. Bu maddede yer alan düzenlemelerin, Anayasa'nın eşitlik ilkesi (Madde 10), ailenin korunması ve çocuk haklarına ilişkin maddeler (Madde 41) ile temel hakların sınırlanmasına ilişkin madde (Madde 13) ile uyumsuz olduğu ileri sürülmüştür. Siirt Asliye Hukuk Mahkemesi, dava kapsamındaki olayda, boşanma sonucu velayeti anneye verilen bir

çocuğun, annesi ile soyadı farklılığından kaynaklanan alaylara maruz kaldığı iddiasını ele almıştır. Bu nedenle çocuğun soyadının değiştirilmesi talep edilmiştir. Mahkeme, Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesinde yer alan hükümler doğrultusunda, söz konusu maddenin tüm ihtilaflara çözüm sunmadığı sonucuna varmıştır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin prensip olarak ilk defa soyadı alınması ile ilgili düzenlemeler içerdiğini, ancak boşanma sonrasında çocukların soyadının tespitinde istisnai uygulama alanı bulabileceğine karar vermiştir.

Kararın devamında, Anayasa Mahkemesi, Soyadı Kanunu'nun 4/2 maddesinin, velayet anneye verildiği durumlarda bile çocuğun babasının soyadını taşımasını zorunlu kılan düzenlemesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğuna hükmetmiştir. Bu karar, Anayasa'nın hükümleri, uluslararası anlaşmalar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ve Avrupa Birliği Anayasa Taslağı gibi kaynaklara dayanarak verilmiştir.

> *... Mersin 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 09/10/2001 tarih ve 2000/618 esas, 2001/1013 karar sayılı ilamı ile boşanma sonunda müşterek çocuk (...)'in velayet hakkı tevdii edilmiş olan davacı anne (...)'in açmış olduğu küçükle ilgili iş bu Soyadı Değişikliği davasında uygulanacak olan 2525 sayılı Soyadı Kanunun 4/2 maddesinde yazılı "Evliliğin feshi ve boşanma hallerinde çocuk anasına tevdii edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." hükmünün; ailenin eşler arasında eşitliğe dayandığına ilişkin Anayasanın 41. maddesi ile kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğuna dair Anayasanın 10. maddesine ve dolayısıyla Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağına ilişkin 13. maddesine aykırı olduğu ve bu itibarla iptal edilmesi gerektiği ve bu sayede uygulamada hakkaniyetin sağlanabileceği kanaatine varılmıştır. 21.6.1934 günlü, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının "Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." biçimindeki birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 8.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi* (Resmî Gazete, 20.08.2023).

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi, boşanma sonrasında çocuğun, soyadını seçme hakkının velayet hakkı sınırlarında olduğu, annesinin soyadını taşıyabilmesi için açabileceği bir soyadı değiştirme davası hakkı olduğuna karar vermiştir (Ergene,2011: 143-144).

Çocuğun soyadı değişikliği hususunda, velayet hakkının temel alınıp daha çok anne ve babanın haklarını öne çıkaran yaklaşım çocuğun menfaatlerinin göz ardı edilmesine sebebiyet vermektedir. Velayet hakkı sahibi anne babanın çocuğa soyadını vermek için açtığı davalarda cinsiyet eşitliğinin asıl faktör ya da ikincil faktör olması bile

çocuğun menfaatlerinin ikinci plana atıldığının göstergesidir. Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi karar gerekçelerine bakıldığında, çocuğun soyadının velayet hakkı kapsamındaki yetkilerden birisi olarak değerlendirildiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, 2013/3434, 25.6.2015 tarihli bireysel başvuruda, Yargıtay 2.HD. E.2018/1306 K.2018/4719 sayılı karara atıfta bulunarak *"... Tüm bu açıklamalar ışığında; velayet hakkı tevdi edilen annenin çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebinin velayet hakkı kapsamındaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olduğu, velayet hakkı kapsamında çocuğun soyadını belirleme hakkının da yer aldığı…*", annenin velayeti altındaki çocuğa soyadını verebileceği yönünde karar bildirmiştir. Ancak bu kararın, çocuğun üstün yararı ilkesine uygun olmadığı ve soyadının değişmezliği ilkesi ile uyumsuz olduğu gibi, Medeni Kanun'un yapısı ile de çatıştığı açıktır. Çocuğun soyadının, çocuğun çıkarlarına değil de velayet hakkına dayandırılarak değiştirilmesine yol açan çözüm, Kanun'un temel prensipleriyle uyumsuzdur (Yıldız, Demir, 2018: 429-435).

Benzer gerekçelerle açılan davalarda, Yargıtay, bazı kararlarında çocuğun soyadını belirleme hakkının velayet hakkının içeriğine dahil edildiği yaklaşımında değişikliğe gitmiş, çocuğun üstün yararı göz önünde bulundurulmadan sadece velayet hakkına bağlı olarak soyadı değişikliğine karar verilemeyeceği şeklinde bir hüküm oluşturmaya başlamıştır. Yargıtay 2. HD. 2018/4362 E. 2018/12515 sayılı kararında,

> *Çocuğun üstün yararı gereği, velayetin anneye verilmesi halinde, anne hiçbir gerekçe göstermeden, sırf velayetin kendisinde olduğunu ileri sürerek çocuğa kendi kızlık soyadının verilmesini isteyemez. Anne tarafından çocuğun soyadının değiştirilmesi davası açıldığında, çocuğun üstün yararına bakılır. Eğer çocuğun üstün yararı varsa annenin kızlık soyadı çocuğa verilebilir. Üstün yarar yoksa davanın reddine karar verilmelidir.*

Annenin, çocuğun üstün yararının olmadığı, sadece velayet hakkına dayandırılarak soyadını çocuğa verme isteğini reddetmiştir (Kontacı, Aktosun, 2021: 222-227).

Evlilik içinde doğan çocuğun soyadının nasıl belirlenmesi gerektiği konusunda öğretide çeşitli yaklaşımlar bulunmaktadır. Serozan'a göre, erkeğin adı aile soyadı olarak kabul edilerek hem eşin hem de çocuğun soyadının belirlenmesi, kadın-erkek eşitliğinin ihlal edildiği anlamına gelmektedir. Ebeveynler ortak bir aile adı belirlemişlerse -bu aile adı kadının soyadından da oluşabilir- çocuk bu aile adını taşımalıdır. Eşlerin ortak bir ad üzerinde anlaşamadıkları durumda, her biri kendi soyadını koruyabilmeli ve çocuğun soyadı hakkında anlaşma yolu aranmalıdır.

Anlaşmaya varılamadığı hallerde, çocuğun soyadını belirleme yetkisi hâkime verilmelidir. Serozan'ın önerdiği bir diğer çözüm yolu ise her iki eşin de kendi soyadını koruması ve çocuğun ise annesinin soyadını almasıdır. Bu çözüm, boşanma sonrasında çocuğun velayetinin genellikle anneye verilmesine dayanmaktadır. Böylelikle boşanma sonrasında çocuk ile anne arasındaki soyadı farkının ortaya koyabileceği olumsuz durumlar engellenebilecektir (Serozan, 1997: 401)

Çocuğun soyadı konusunda diğer bir görüşe göre ise evlilik soyadının seçimi, çocuğun soyadı meselesinin önemli bir parçasıdır. Bu bağlamda, çözüm önerileri arasında, çocuğun, varsa anne ve babanın ortak soyadını alması, ortak bir soyadı belirlenmemişse, çocuğun soyadı olarak eşlerden birinin soyadının alması yer almaktadır. Eşlerin soyadı konusunda anlaşamadığı durumlarda bu karar mahkemeye bırakılabilir veya kura yöntemi tercih edilebilir. Eşlerin kendi soyadlarını kullandıkları durumlarda, çocuğun soyadı, her iki eşin soyadlarından oluşan ikili bir soyadı şeklinde kullanılabilir. Ancak bu çözüm önerilerinin çok sayıda soyadına kapı açabileceği göz önünde tutulduğunda bu durumu engellemek amacıyla, çocuğun ergin olduğunda iki soyadından birini seçmesi gerektiği ya da evlilikle, soyadı tercihinde seçim yapması gerektiği ifade edilmektedir (Göztepe, 2004: 44-45).

Öğretideki diğer görüş; evlenen eşlerin soyadı seçiminde, eşlerden birinin soyadını aile adı veya ortak soyadı olarak seçmeleri durumunda, çocuğun soyadının da bu soyadı olması gerektiğini önermektedir. Eğer anne ve baba adayları evlenirken hangi soyadını seçeceklerini resmi makamlara bildirmediyse; her iki eş de kendi doğum soyadını ve diğer eşin soyadını birleşik bir şekilde kullanacaklarından, çocuğun soyadı da bu ortak soyadı (aile adı) olacaktır. Bu şekilde, kadın erkek eşitliği ve eşit haklara sahip olma ilkesi bağlamındaki tartışmalar sona ermiş olacaktır. Ancak çocuğun evlenmesi ve nişanlısının da çift soyadına sahip olması durumunda çiftlerin soyadı seçiminde anlaşamamaları ortaya dört soyadından oluşan bir aile adı çıkaracaktır (Abik, 2005: 143-144). **2.3.1.4. Çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesi**

TMK m. 21 uyarınca, velayete tabi olan çocuğun ikamet yeri, anne babanın yerleşim yeridir. Velayetin sadece bir ebeveynde olduğu durumlarda, velayeti elinde bulunduran ebeveynin yerleşim yeri çocuğun yerleşim yeri olarak kabul edilir. Ebeveynlerin izni ve bilgisi dahilinde aile yerleşim yeri dışında yaşayan çocuklar, bağımsız bir yerleşim yeri seçme hakkına sahiptir. Anne babanın velayet hakkının

olmadığı ve çocuğun vesayet altında olduğu durumda, ikamet yeri, vesayet makamının yerleşim yeri olarak kabul edilir (TMK madde 21/II).

Eşler, evlilik birliğini sürdürürken, farklı sebeplerle farklı yerleşim yerlerine sahip oldukları durumlar oluşabilir. Bu bağlamda, çocuğun hangi ebeveynin yanında kalacağına dair eşlerin birlikte aldıkları karar almaları gerekir. Diğer taraftan, eşlerin birlikte yaşamaya ara vermesi, devam eden boşanma davalarının varlığı veya mahkeme tarafından ayrılığa karar verilmesi gibi durumlarda, velayet hakkı her iki eş için devam ediyor olsa bile, eşler genellikle farklı yerleşim yeri tercihinde bulunmaktadırlar. Bu tür koşullarda, çocuğun kendisine bırakıldığı ebeveynin veya velisin yerleşim yeri, çocuğun yerleşim yeri olarak kabul edilmektedir (Şahin, 2023: 35).

2.3.1.5. Çocuğu temsil hakkı

Çocukların fiili ehliyetleri, belirli bir yaşa gelip, erginliğe eriştikleri ve kadar ayırt etme gücüne sahip olacakları döneme kadar sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, ebeveynler, velayet kapsamında kabul edilen ve kanunlar tarafından sınırları çizilmiş olan, çocuğun yetiştirilmesi ve çocuk mallarının yönetimi, çocuğu temsil etme gibi yetkilere sahip olacaklardır. Bu yetki, velayet açısından en kapsamlı ve önemli kısmı oluşturmaktadır (Serozan, 2000: 183). Kanun koyucu TMK'nın 342. maddesinde *"Ana ve baba, velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler."* diyerek üçüncü kişilerin de iyi niyetleri korunmuştur (Akıntürk, 2002: 409). Bu maddeye göre, çocuğun temsili söz konusu olduğunda anne babanın her birinin diğerinin rızasıyla hareket ettiği varsayılır. Kanun, velayetin kullanımında anne ve babanın birlikte hareket etmesini ve herhangi birine üstünlük tanımamayı esas almaktadır. Bu da velayette cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik bir düzenlemedir.

Önceki Medeni Kanun'da benzer bir konuyu düzenleyen hüküm bulunsa da baba tarafından çocuğun temsil edilmesindeki üstünlük nedeniyle annenin çocuğu tek başına temsil ettiği durumlar, bir dizi problemin oluşmasına sebebiyet vermiştir. Eski düzenlemeye göre çocuğun temsilinde babanın rızası gerekliliği, birçok sorunun ortaya çıkmasına yol açmaktaydı. Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) ise eşitlik ilkesinin korunması amacıyla, babanın üstünlüğüne dair hüküm yer almamış ve velayet

hakkının kapsamına dahil olan tüm yetki ve haklarda, velayet hakkına sahip olan tarafların eşit ağırlıkta söz sahibi olacağı belirtilmiştir.

Ebeveynler, çocuklarının adına ve hesabına hukuki işlemlerde bulunmak istediklerinde, bu işlemi birlikte yapmalı veya işlemi gerçekleştirmeyen eşin bu işleme onay vermesi gerekmektedir. Fakat iyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden birinin diğerinin izniyle işlem yaptığını varsayabilirler. Bu hükmün kabul edilmesi, iyiniyetli üçüncü kişilerin korunmasını sağlamayı amaçlar. Eski Medeni Kanun'da babanın zaten üstün olduğu düşünüldüğü için böyle bir düzenlemeye gerek duyulmamıştı. Ancak Türk Medeni Kanunu, ana babanın birlikte hareket etmesi ilkesini benimsediği için, iyiniyetli üçüncü kişiler açısından bu hükmün yasalaştırılması doğru bir adım olarak değerlendirilmiştir (Ertaş, 2007: 393).

Medeni Kanun'un 462 ve 463. maddelerinde belirtilen işlemler ve tasarruflar genellikle velilerin vesayet ve denetim makamlarının iznine tabi iken, ana ve babaların velayeti süresince çocuklar adına yaptıkları işlemler ve tasarruflar hâkim onayına ihtiyaç duyulmadan yapılabilir (Çelik, 2004: 266). Veliler, bu işlemleri vesayet dairelerinden izin almadan yapabilirler. Ancak, çocuğun velayet altında olduğu durumlarda, yasanın 449. maddesi gereği ana baba da çocuğun mallarını bağışlayamaz, vakfedemez veya kefil olamaz (Akıntürk, 2002: 409).

Anne ve baba, velayet hakkını kullanırken çocuğun menfaatiyle sınırlı olarak temsil yetkisine sahiptir. Çocuğu temsilde, kimi durumlarda sınırlama ya da kısıtlama yoluna gidilebilir. TMK m. 345'e göre, çocuğun borç altına girebilmesi veya hukuki işlemler yapabilmesi, çocuk ile ana veya baba arasında veya ana baba menfaati olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir işleme veya anlaşmaya bir kayyımın katılması ve hâkimin onayı gereklidir. Bu nedenle, anne baba kendi menfaatleri doğrultusunda çocukları adına yaptıkları taahhüt ve tasarruflarda kayyımın katılımı ve yargıcın onayı gerektirir. Aynı şekilde, çocuğun üçüncü kişilerle yaptığı işlemlerde çocuk yararı ile ana baba yararı çatıştığında, çocuğun kayyım tarafından temsil edilmesi gerekmektedir (Dural, Gümüş ve Öğüz, 2005: 521). Bu düzenleme, çocuk ile veli arasında çıkar çatışması olduğunda velinin kendi menfaatini çocuğun menfaatinden daha fazla dikkate almasını önlemek amacıyla yapılmıştır. Üvey ana veya baba, koşullar gerektirdiğinde ve ölçüde çocuğu temsil etme yetkisine sahip olabilirler (TMK m. 338). Ancak, bu temsil yetkisi boşanma ile sona ermektedir.

2.3.2. Çocuğun Malvarlığına İlişkin Yetki ve Görevler

Medeni Kanun'a göre çocuklar ergin olup ayırt etme gücüne sahip olana kadar fiil ehliyetine sahip değillerdir. Ancak hak ehliyetine sahip oldukları için mal varlığı edinebilirler. Çocuklar, miras intikali, bağış veya işgal gibi çeşitli yollarla mal varlığına sahip olabilirler (Oğuzman ve Dural, 1998: 282). Medeni Kanun'un m. 352 ve devam maddelerinde çocuğun mallarının yönetimi ve korunmasına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre *"Ana ve baba, velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler; kural olarak hesap ve güvence vermezler. Ana ve babanın yükümlülüklerini yerine getirmedikleri durumlarda hâkim müdahale eder."* Bu hükümlere göre, çocuk mallarını yönetme yetkisi velayet hakkına sahip olan anne ve babaya aittir. Velayet hakkına dayanarak çocuğun mallarını yöneten anne ve baba, mahkemeye ya da velayete tabi olan çocuğa hesap vermek zorunda değildir.

Anne ve babaya, çocuğun mal varlığını yönetme konusundaki yetki kapsamı oldukça geniş düzenlenmiştir. Önemli olan bu yetkilerin, çocuğun üstün çıkarları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığıdır. Ancak, anne baba, çocuğun mal varlığını zarara uğratacak şekilde hareket ederse, mahkemenin müdahalesi ve çeşitli önlemler alınması söz konusu olabilir. Öte yandan, anne babaya, yönettikleri malları kullanabilme hakkı tanınmıştır. Bu hak, anne ve babanın çocuk mallarını yönetme yetkisinden kaynaklanan bir hak olarak görülmektedir (Bozkurt, 2010: 138).

2.3.2.1. Çocuğun mallarının yönetimi ve kullanılması

Roma Hukuku'nda, vasi çocuğun veya kadının mülk yönetimine bırakılan kişi olarak kabul edilmektedir. Bu anlayış, modern hukukta velayet sahibinin çocuğun mülkleri üzerindeki hak ve sorumlulukları üstlenen kişi olarak devam etmektedir. TMK 352. maddesi uyarınca, anne ve baba çocuğun eğitim, korunma, bakım vb. giderlerinden sorumludur. Genel olarak, anne ve babanın bu masrafları kendi malvarlıkları ve gelirleriyle karşılamaları gerektiği ifade edilmektedir. Ancak TMK m. 355'e göre anne ve babanın muhtaç durumda olması veya çocuğun doğuştan engelli olması gibi özel giderlerinin olduğu durumlarda, anne ve babaya bu masrafları karşılamak için çocuğun malvarlığından faydalanma hakkı verilmektedir (Kılıçoğlu, 2004: 150). Bu durumda, veli çocuğun mallarının gelirini öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için kullanacaktır. Ayrıca, madde hükmüne istinaden, anne babanın geliri olağan

koşullarda evin geçimini karşılamaya yetmiyorsa veya "hakkaniyet gerektiren durumlarda" hâkim izni olmadan aile ihtiyaçları için harcama yapılabilir. Ancak, anne babanın bu hakkı kullanabilmesi için velayet hakkının kendisinden alınmamış olması gerekmektedir. Örnek karar olarak, Yargıtay, 2.HD. E.2009/3578 K.2010/8083 sayılı kararına istinaden, babanın çocuğa ait bir taşınmazı kiraya verdiği gerekçesiyle annenin açtığı davayı, konunun 2006 yılına ait dönemleri kapsadığı ve velayetin annede olduğuna ilişkin kararın 2007'de kesinleştiği gerekçesiyle reddetmiştir (Legalbank, 17.06.2023).

Çocuğun gelirlerinin tüm ihtiyaçların karşılanmasından sonra artan kısmının ne olacağı ise TMK'da değişiklik göstermektedir. Eski Medeni Kanun (EMK)'da çocuğun mallarının gelirlerinin öncelikle çocuk için harcanacağı, ancak giderlerin karşılanmasından sonra artan kısmının anne ve babaya kalabileceği kabul edilirken, TMK'da, BMÇHS yönergeleri temel alınarak EMK'den farklı bir düzenlemeye gidilmiş ve artan kısmın anne babaya değil yine çocuğa kalması gerektiği belirtilmiştir (TMK md 355/II).

Anne ve babanın çocuğa ait mallar üzerindeki yönetim yetkisi, çocuğun serbest mallarını da içermekle birlikte, veli bu mallar üzerinde bir fayda hakkı sahibi gibi değil, vekil gibi sorumludur. Malların idaresi, çocuğun malvarlığına ait tüm unsurların korunması, onarılması, bakımı, iyileştirilmesi ve ekonomik amaçlara uygun bir şekilde işletilmesi için gerçekleştirilen tüm iş ve işlemleri kapsar. Bu çerçevede, veli, yönetim hakkı çerçevesinde çocuğun mallarını kiralayabilir, nema ve kira bedellerini toplayabilir, çocuğa ait değerli evrakları ve gayrimenkulleri satışa çıkarabilir ve tapuya devredebilir (Serozan, 2000: 266). Bununla birlikte, eskimiş eşyaların yenilenmesi, bozulmuş olanların tamir edilmesi ve elde edilen ürünlerin satılması gibi işlemler hâkim onayı olmadan gerçekleştirilebilir (Ertaş, 2007: 394). Ancak, velinin fiili tasarruflarda bulunma yetkisi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, yönetim hakkı sıradan işleri ve tasarruf işlemlerini kapsar, ancak çocuğun mallarının kullanılması, harcanması, yok edilmesi veya başka bir şeyle birleştirilmesi gibi işlemler yönetim yetkisi kapsamına dahil değildir (Akyüz, 2012: 248).

EMK' da ana babaya çocuğun mallarından yararlanma hakkı verilirken, TMK'nın 354. maddesi ile bu hak yararlanma olarak değil kullanma olarak düzenlenmiştir. Düzenlemeyle çocuğa ait bir evin anne veya baba tarafından kiraya verilerek

yararlanılmasına engel olunmuş ve sadece kullanma yetkisi verilmiştir. Öğretide, kiraya verildiği takdirde kira bedeli çocuk mallarına dahil edilmiştir. Ancak kira üzerinden gelebilecek faiz, temettü gibi gelirlerin anne baba tarafından harcanabileceği kabul edilmektedir (Serozan, 2000: 268). Bununla birlikte, anne babanın çocuğa ait bir evde oturması durumunda çocuğa herhangi bir ödeme yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak, anne baba kullanım sırasında eşyalara kusurlarıyla zarar verirse, bu zararlardan sorumludurlar.

Medeni Kanun'a göre, çocuğun bakımı için gerekli olan olağan ihtiyaçlar çerçevesinde, çocuğun mallarından sermaye biçiminde yapılan ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimler kısmen kullanılabilir (TMK m. 356/I). Bu tür mallar, çocuğun gelirleri dışındaki malları ifade eder ve TMK m. 355'ten farklılık gösterir. Bu ödemelerin kim tarafından ve hangi amaçla yapıldığı ile kullanımı arasında bir ilişki bulunmaz. Özellikle VVMT. m. 6/I hükmünde, çocuğa sermaye olarak yapılan ödemeler, tazminatlar ve ikramiyeler ile sosyal yardım ve sosyal güvenlik kurumları tarafından yapılan ödemeler ve benzeri edimlerin bu kapsama girdiği belirtilmiştir.

Kanun gereği, çocuğun sermaye şeklindeki ödemeleri, tazminatları ve benzeri edimlerden kısmi kullanım için öncelikle ihtiyacın olağan bir durumdan kaynaklanması gerekmektedir. Olağan ihtiyaçlar, sıradan ihtiyaçlardan ziyade zorunlu olarak karşılanması gereken ihtiyaçları ifade eder. Kanun koyucu, bu tür malların hızlı bir şekilde kullanılabilmesine hâkim iznine gerek olmaksızın imkân tanımıştır. İkinci olarak, bu olağan ihtiyacın çocuğun bakımıyla ilgili olması gerekmektedir. Bu iki şart birlikte sağlandığında, anne ve baba, herhangi bir izne tabi olmadan söz konusu mallardan harcama yapabilirler. Ancak tamamını tüketme hakkına sahip değillerdir, sadece "kısmen" kullanabilirler (Turanboy, 2010: 2134-2136; akt. Bozkurt, 2010: 156).

Çocuğun mallarını kullanma hakkı, kişiye bağlı bir hak olduğundan dolayı, anne babanın bu haklarını üçüncü bir kişiye devretmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, kullanma hakkı anne babaya herhangi bir yükümlülük getirmediği için bu haktan vazgeçmek de mümkündür (Akyüz, 2012: 252).

2.3.2.2. Çocuğun mallarının korunması

Velayet sahibi anne baba, çocuğun mallarına ilişkin yönetim yetkilerini kullanırken gerçekleştirdikleri işlemler için teminat yatırmak ve kural olarak hesap vermek

zorunda değildirler. Ancak bu yetkinin kötüye kullanımın önlenmesi açısından TMK anne babaya çocuk mallarının yönetimi konusunda sınırsız bir yetki alanı da bırakmamaktadır. Çocuğun mallarının korunması, anne babanın malların yönetilmesinde gereken özeni göstermelerinden sorumlu tutmakta, hâkime, malların tehlikeye düşmesi ihtimaline karşın gereken koruyucu önlemleri alma yetkisi tanımaktadır (Helvacı ve Erlüle, 2007: 283). Dolayısıyla hâkim, TMK'nın 360. maddesi gereğince, anne babanın malların yönetimine kayıtsız kalması, çocuğun bakımına harcanması gereken gelirin kullanılmaması veya malların çok kısa bir sürede tüketilmesi gibi durumlarda müdahalede bulunabilir. Hâkim, anne babaya yönetim konusunda talimat verebilir, belirli sürelerde bilgi ve hesap verme yükümlülüğü getirebilir, çocuğun mallarının kaydedileceği bir müfredat defteri tutulmasını isteyebilir. Ayrıca, çocuğun mallarının tehlikeye düşmesi ve korunması gerektiği durumlarda, anne babayı belirli bir miktar rehin, kefalet, mal veya nakit parayla sorumlu tutabilir (Akyüz, 2012: 257).

Yargıtay, 2. HD. E.2010/17939 K.2011/5497 sayılı kararında;

> *...Ana ve babanın çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermemeleri durumu mevcut olmadıkça; hâkim, çocuk mallarının korunması konusunda ana ve babanın yönetme hakkına müdahale edemez ve bu sonucu doğuracak bir karar veremez. Velayet hakkına sahip olan annenin çocuğun mallarını yönetmekte yeterli özeni göstermediği iddia ve ispat edilmemişken; annenin kanundan doğan yönetim hakkını sınırlayacak müdahale niteliğinde karar verilemez…*

diyerek anne babanın çocuk malları üzerinde özenli davrandıkları sürece hâkimin müdahalede bulunma hakkı olmadığını ifade etmiştir (e-Uyar, 30.05.2023).

TMK'nın 353.maddesindeki *"Evlilik sona erince velâyet kendisinde kalan eş, hâkime çocuğun malvarlığının dökümünü gösteren bir defter vermek ve bu malvarlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri bildirmek zorundadır."* düzenleme ile evlilik birliğinin sona ermesi durumunda velayetin, anne ya da babaya verileceği, çocuğun mallarını yönetme yetkisinin de velayetin verildiği tarafa ait olacağı kabul edilmiştir. Ancak madde hükmünde her ne kadar evlilik birliğinin sona ermesi denilse de velayetin tek başına anne ya da babaya verildiği diğer haller de bu madde kapsamında değerlendirilmektedir (Çelikel,2012: 50).

Ana babalar, velayetin beraberinde getirdiği yetkileri kullanırken çocuğun kişilik değerlerine müdahale ettiklerinde, çocuğun kişilik haklarının korunmasıyla ilgili genel

hükümler (TMK m. 24 vd.) çerçevesinde çocuğun kendisi de ana babaya karşı kişilik haklarının korunmasını talep etme hakkına sahiptir. Ayrıca, ana babaların çocuğun malvarlığını yönetme konusunda zarar verici veya israf edici davranışlar sergilemeleri durumunda tazminat ödemekle sorumlu tutulabilecekleri görüşü de kabul edilmektedir (Yetik, 2007: 131).

TMK'nın 361. maddesi uyarınca, yönetimi ana babaya ait olmayan çocuk mallarının, tehlikeye düşmesinin önlenememesi ve başka bir çözüm bulunmaması durumunda hâkim çocuk mallarının yönetiminin kayyıma devredilmesi yönünde karar verebilmektedir. Benzer şekilde, çocuğun mallarının geliri veya bu mallardan ayrılmış belirli miktarların kanuna uygun şekilde harcandığından şüphe duyulması durumunda da yönetim için kayyım atanabilir. Çocuğun mallarının yönetimi için kayyım atanması durumunda, kayyıma Medeni Kanun'da vasilere uygulanan hükümler (438-444, 454 vd., ile 462-465) uygulanır. Kayyım, malları yönetirken ana babanın ve çocuğun görüşlerini dinlemek zorundadır (Akyüz, 2012: 258).

Çocuğun mallarının korunması amacıyla TMK'nın 345. maddesi gereğince, ana babayla çocuk arasındaki hukuki işlemlerde de çocuğa kayyım atanması mümkündür. Bu maddeye göre, çocukla ana baba arasındaki veya çocukla ana baba yararına üçüncü bir kişiyle yapılacak hukuki işlemlerde, çocuğun borç altına girmesi kayyımın katılımına ve hâkimin onayına tabidir.

2.3.2.3. Çocuğun malları üzerindeki hakların sona ermesi

Anne babanın, çocuğun mal varlığının yönetimi hakkı, velayetin sona erdiği veya kaldırıldığı durumlarda son bulur. TMK'nın 362. maddesi, mal varlığının iadesi sırasında ana babanın vekil gibi sorumlu olduğunu belirtir. Dolayısıyla, ana babalar dürüstlük kuralına uygun bir şekilde aldıkları karşılığı geri vermekle yükümlüdür. Ancak çocuğun veya ailenin ihtiyaçlarını karşılamak için yapılan harcamalar nedeniyle veli tazminatla sorumlu tutulmaz (Çelikel, 2012: 54).

Anne babanın çocuğun mal varlığı üzerindeki yönetim hakkı, velayetin herhangi bir nedenle sona erdiği durumlarda sona erer. Ancak kullanım hakkının kaldırılması için velayetin neden kaldırıldığı önem arz eder. Örneğin, velayetin ana babanın kusuru olmadığı bir nedenden dolayı kaldırılması durumunda kullanım hakkı devam eder (Ertaş, 2007: 392). Ancak, anne babanın kusurlu olması durumunda kullanım hakkı

sona ermektedir. Bu nedenle, velayeti kaldıran hâkim, ana babanın kusurlu olduğu durumlarda kararında kullanım hakkının da sona ereceğini belirtmelidir.

Evlilik birliğinin sona ermesi nedeniyle velayet hakkının bir eşe verildiği durumda, diğer eşin çocuğun mal varlığını kullanma hakkı tartışmalıdır. Bazı görüşlere göre, velayet hakkının olmaması nedeniyle kullanım hakkı da bulunmaz. Ancak bu durum, nafakanın indirilmesi sırasında dikkate alınabilir (Öztan, 2004: 474).

2.4. Velayetin Kullanımına Hâkim Olan İlkeler

Velayet hakkının kullanımında hâkim olan ilkeler, çocuğun üstün yararı, eşitlik, süreklilik, iş birliği, çocuğun görüşlerinin dikkate alınması ve koruma gibi temel prensipleri içermektedir. Bu ilkeler, çocuğun sağlığı, güvenliği, eğitimi ve gelişimi gibi faktörleri gözeterek çocuğun en iyi çıkarlarını korumayı amaçlamaktadır. Ebeveynlerin cinsiyetleri veya medeni durumlarına bakılmaksızın eşit sorumluluk taşıdıkları kabul edilir ve çocuğun sürekli ve istikrarlı ilişkilere sahip olması teşvik edilir. Ayrıca, çocuğun görüşleri yaşına ve olgunluğuna uygun şekilde dikkate alınmalı ve çocuğun katılımı sağlanmalıdır. Öncelikli olarak çocuğun korunması ve güvenliği gözetilmeli, şiddet veya istismar durumunda çocuğun korunması en önemli ilke olarak kabul edilmektedir. Bu ilkeler, velayet hakkının kullanımında adil, dengeli ve çocuğun en iyi çıkarlarını gözeten bir yaklaşımın temelini oluşturur.

2.4.1. Velayetin Kullanımında Çocuğun Üstün Yararının Ön Planda Tutulması

TMK m. 339/I' de, "*Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar. Çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür."* şeklinde düzenlenmiş ve çocuğun menfaati ilkesine vurgu yapılmıştır. Bu ilke, İsviçre Medeni Kanunu (İMK) 301. maddesinde ve BMÇHS md. 3hükmünde de yer almaktadır. Ancak çocuğun üstün ya da yüksek yararı kavramı idealize edilmiş olsa bile kavramın çerçevesinin somutlaştırılması mümkün olmamakta, soyut bir anlam taşımaya devam etmektedir. Kanun ve uluslararası sözleşmelerde bu kavramın tanımı yapılmamıştır. Hâkimin önüne gelecek bir davada, çocuğun üstün yararını hangi ölçütlere göre belirleyeceği netleştirilmemiştir. Bu aşamada, gelenek ve görenekler, sosyal genellemeler ve ilkenin özü hâkime kolaylıklar sağlamaktadır (Özer Taşkın, 2006: 20).

BMÇHS'nin temel ilkelerine dayanarak, çocuğun menfaatinin belirlenmesinde bazı ölçütler belirlenmiştir. Bunlar arasında, çocukların fiziksel, duygusal ve zihinsel güvenliklerinin koruma altına alınması, her türlü zarar, istismar ve ihmalin önlenmesi, yaş, cinsiyet inanç, etnik köken gibi ayrımcılıklara uğramalarının önlenmesi ve fırsatlara eşit şekilde ulaşmalarının sağlanması, karar alım mekanizmasında çocuğun görüşlerinin alınması, çocuğa yönelik kararların çocuğun yararına uygun olduğunun gözetilmesi ve bu gözetimin de ülke gerçekliğine uygun olmasının sağlanması yer almaktadır.

Çocuğun menfaatinin belirlenmesi, çocuğun güvenliği, tamamlayıcılık ilkesi, uygunluk ilkesi ve yardımcı olma ilkesi gibi dört ana kıstasa dayanmaktadır (İnan, 1995: 73, akt. Bozkurt, 2010: 88). Bu kriterler çerçevesinde çocuğun maddi, manevi, ekonomik, sosyal güvenliğinin sağlanması, ebeveynlere destek olunması, çocuğun yaşına, ruhsal ve bedensel durumuna uygun bir şekilde hareket edilmesi ve çocuğun korunmasına yardımcı olunması önem arz etmektedir.

Türk Medeni Kanunu, velayetin hangi eşe verileceği konusunda hâkimlerin takdir yetkisinin geniş tutmuş, hükümler ile sınırlandırmamıştır. Kanunda velayetle ilgili kararların nasıl alınacağını belirten genel bir hüküm bulunmamaktadır ancak hukukumuzda velayetin kime verileceğindeki en temel ölçüt "çocuğun yararı" ilkesidir. Çocuğun üstün yararının göz önünde tutulması önceliği anayasal güvence altına alınmıştır (Çelebi, 2020: 35).

Anayasa'nın 41. maddesinin ikinci fıkrası*, "Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar"* uyarınca devletin, aile içindeki huzur ve refahı, özellikle annenin ve çocukların korunmasını sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alacağını belirtmektedir. 2010 yılında yapılan düzenleme ile çocukların kişisel ve doğrudan ilişki kurma hakkına vurgu yapılmış, menfaatine aykırı olmadıkça bu haklarının korunması gerektiği ifade edilmiştir. Bu düzenleme ile çocuklar, ebeveynleri ile ilişkilerinde pasif varlıklar olarak değil, hak sahibi ve bu haklardan kaynaklanan yükümlülüklerin alıcıları olarak kabul edilmiş, çocuğun üstün yararı ilkesi de ebeveynlerle ilişkilerde göz önünde bulundurulması gereken anayasal bir ilke olarak tanınmıştır (Erlüle, 2019: 48).

Çocuğun menfaati ilkesi, genellikle TMK m. 340'ye dayanarak belirlenmektedir. Bu ilke, çocuğun fiziksel, duygusal ve zihinsel sağlığının, güvenliğinin ve refahının korunmasını amaçlamaktadır. Aynı zamanda, çocuğun ekonomik, sosyal ve hukuki çıkarları da bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Velayet hakkına sahip olan anne ve/veya baba, hakkını çocuğun üstün yararına uygun bir şekilde kullanmakla yükümlüdür. Bu noktada, çocuğun yararı en geniş anlamıyla gözetilmelidir. Çocuğun hakları ve üstün yararı, çocuğun bir birey olarak var olmasını, çocuğun haklarına saygı gösterilmesini ve çocuğun kişilik gelişimi açısından gereken adımların atılmasını gerektirir.

Öğretide de çocukların durumunu etkileyen diğer konular gibi, velayet konusunda verilen kararlarda da çocuğun üstün yararına göre şekillenmesi gerektiği yönünde genel bir görüş birliği bulunmaktadır. Ancak asıl zorluk, bu üstün yararın hangi ölçütlere göre belirleneceğidir. Çocuğun üstün yararı kavramı, belirsiz bir standart ifade etmekle birlikte velayetin kullanılmasında temel ilke kabul edilirken, somut durumlarla ilişkilendirildiğinde uygulanması zorluklar doğurabilmektedir. Hukuk sistemleri açık uçlu standartları tercih etmelerinden dolayı, kavram zamanla esneklik kazanmıştır. Bu esnekliğin sebebi, somut olaylarda en adil çözümü üretebilmesi için hâkime geniş bir yetki alanı bırakabilmek ve velayeti söz konusu olan her bir çocuk için ayrı ayrı, çocuğun durumuna, özel ihtiyaçlarına uygun çözümler yaratılabilmesini sağlamaktır (Sutherland, 2019: 134; akt. Çelebi, 2020: 37).

Ancak kavramın esnekliği ve hâkime tanıdığı geniş takdir yetkisi, velayet davalarının sonucunu kestirilemez hale de getirmektedir. Bu öngörülemezlik, ebeveynler arasında, husumetin artması ve cinsiyet ayrımcılığına varan sonuçlara yol açma riskini açığa çıkarmaktadır (Jacobs, 1997: 345-346). Çocuğun üstün yararı standardı çerçevesinde hem annenin hem babanın velayet hakkını elde etme olasılığı bulunmaktadır. Özellikle ayrılık ve boşanma durumlarında taraflar karşı karşıya gelmekte, en iyi ortamı kendilerinin sağlayacağı iddiasıyla birbirlerini suçlamaktadırlar. Sürecin yıpratıcı olması boşanma sonrası uzlaşma ortamı oluşturma ihtimalini de zayıflatmaktadır. Bu artan çatışma ortamı aynı zamanda velayet konusunu diğer talepleri bastırmak veya zayıflatmak amacıyla bir araç olarak kullanma olasılığını da içinde barındırır. Velayeti elde etme olasılığı yüksek olan ebeveyn, aslında velayeti alma niyetinde olmasa bile, bu durumu kullanarak diğer ebeveyne diğer konularda taviz verme baskısı yapabilir.

Bu tür durumlarda, çocuğun velayetini kazanmaya en istekli olan taraf, ekonomik taleplerinden feragat etmek zorunda kalabilmektedir. Bu durumdan özellikle, nafaka bağlamında, kadınlar olumsuz etkilenmekte ve çocuğa yakın olabilmek için ekonomik taleplerden vazgeçmektedirler (Bartlett, 1999: 470).

Benzer şekilde, çocuğun üstün yararı ilkesinin net standardının olmaması, velayet kararını verecek olan hâkimin bilinçli ya da bilinçsizce önyargılarının, inançlarının süreçte etkili olmasına ihtimal vermektedir (Graham, 2001: 323-325). Bu bağlamda, anne ve baba pozisyonundaki bireylerin farklı ebeveynlik standartlarıyla değerlendirilmeleri, kadın ve erkek arasındaki çocuk bakımı için gereken kaynaklara erişimdeki dengesizlik, çocuğun üstün yararını öne çıkaran görüntü altında cinsiyet ayrımına dayalı veya bu ayrımı pekiştiren kararların alınmasına yol açabilmektedir. Kurumlar ya da uzmanlar tarafından yapılan değerlendirmelerde standardın belirsizliği benzer şekilde bazı sorunlara yol açmaktadır. Örneğin, hangi tarafın daha iyi ekonomik durum sağlayacağına dayalı bir değerlendirmede, kadın evlilik sırasındaki iş bölümü tercihi sebebiyle daha düşük gelire sahip olabilmekte ve dezavantajlı duruma düşmektedir. Anne babadan hangisinin çocukla daha fazla zaman geçirebileceğinin kıstas kabul edildiği bir değerlendirmede, çalışan anneler çalışan babalar karşısında dezavantajlı bir konuma düşebilir; zira, çalışan babaların ve çalışan annelerin çocuk yetiştirme yetkinlikleri, geleneksel anne baba rolleri üzerinden değerlendirilmektedir (Jacobs,1997: 849-857).

Bu yüzden velayetin kime verilmesi gerektiği hususunda çocuğun üstün yararı kavramının standardının nasıl belirleneceği tartışmalı bir konudur. Ancak çocuğun üstün yararı belirlenirken pek çok hukuk sisteminde görülen bazı ön kabuller bulunmaktadır. Bazı hukuk sistemlerinde annenin, çocukla biyolojik bağı, çocuğun şefkat ihtiyacı ön planda tutulmakta ve üstün yararın çocuğun annesine verilerek sağlanabileceği bu kabullerden birisidir. Ayrıca, velayet hukukunda giderek daha çok görülen yaklaşımlardan biri, çocuğun her iki ebeveynle de ilişkisini sürdürebilmesi için ortak velayet uygulamasının artırılması gerektiği yönündedir. Yaklaşımla, anneye tanınan üstünlüğünün azaltılması ve ortak velayetle çocuğun menfaatine en iyi çözümün oluşturulması amaçlanmaktadır (Sutherland, 2019: 134-135; akt. Çelebi, 2020: 39). Ancak bu yaklaşım aile içi şiddete maruz kalan anneler tarafından dezavantajlı bulunmaktadır. Babalar ise tek başına velayetin anneye verilmesi ile,

anneler tarafından "*ebeveyne yabancılaştırma sendromuna"* maruz bırakıldıklarını ifade etmektedirler (Boyd, 2000: 157-158).

Sonuç olarak, çocuğun menfaati, her durum için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Böylece, somut durumun koşullarına göre, çocuk için en iyi seçeneğin belirlenmesi sağlanabilir. Bu nedenle, çocuğun menfaati kavramının kanunda sınırlayıcı bir şekilde belirtilmemiş olması çocuğun lehinedir. Çünkü bir durumda uygulanan bir çözüm, başka bir çocuk için uygun olmayabilir. Ailelerin durumu ve imkanları farklı olduğundan, her olayın kendi içinde değerlendirilmesi uygun bir yaklaşımdır (Akyüz, 1999: 651).

2.4.2. Çocuğun Fikirlerinin Göz Önünde Bulundurulması ve Kimliğine Saygı Gösterilmesi

Çocuğun görüşlerinin önemsenmesi ve çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi, çocuğun menfaati ilkesinin önemli bir unsuru olarak kabul edilir. Aynı şekilde, çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi de önemlidir. Bu, çocuğun benlik saygısının korunması, özerkliğinin desteklenmesi ve kendini gerçekleştirme imkanının tanınması anlamına gelir. Çocuğun duygusal, zihinsel ve fiziksel gelişimine uygun ortamlar sağlanarak, özgüveninin ve kendi değerlerini keşfetme yeteneğinin gelişimi desteklenmelidir.

Çocuğun görüşlerinin dikkate alınması ve kişiliğine saygı gösterilmesi, aile içinde, eğitim kurumlarında, sosyal hizmet kuruluşlarında ve yargı sisteminde önemli bir ilkedir. Çocuğun haklarının ve çıkarlarının korunması için bu ilkelere uygun hareket edilmesi gerekmektedir. Çocuğun ebeveynler arasındaki ilişkisine ve düzenli temasına ilişkin görüşleri dikkate alınmalı ve çocuğun kendisini rahat ifade edebileceği ortamlar sağlanmalıdır. Bu, çocuğun kendini ifade etme hakkının yanı sıra, onun duygusal ve psikolojik ihtiyaçlarının karşılanması açısından da önemlidir.

Soy bağıyla ilgili hükümlerin yer aldığı TMK m. 322 aynı zamanda, anne ve babanın çocuğun kişiliğine saygı göstermesine ilişkin düzenlemeyi de içerir. TMK m. 322'ye göre, anne, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğü için birbirlerine yardım etmeli, saygı ve anlayış göstermeli ve aile onurunu korumalıdır. Bu hüküm, karşılıklı saygı ve sevginin gerekliliğini ifade eden ve velayetle ilgili yorumlamalarda, velayetin içeriğinin belirlenmesi sürecinde göz önünde bulundurulan genel prensiptir. Saygı gösterme yükümlülüğü, anne ve babanın çocuğa saygı göstermesiyle birlikte çocuğun da anne ve babasına saygı göstermesini gerektirir. Çocuğun kişiliğine saygı gösterme

ilkesi, özel olarak Medeni Kanun'un velayetle ilgili hükümleri arasında yer almaktadır. Bu ilke, İMK. m. 301'in TMK m. 339/III'de yorumlanma şeklinin göstergesidir. Madde hükmünün temeli ise çocuğun kendi hayatını düzenlemesine imkân verilmesini sağlamaktır (İmamoğlu,2005: 168)

Eğitim-öğretim, kişisel ilişkiler, soyadı değişikliği, vasi seçimi gibi konularda çocuğun katılım imkânı sağlanması, demokratik toplum kurallarına uygun olduğu gibi, velayetin amacı olan çocuğa bağımsız kişilik kazandırma ve kendi kararlarını verebilme yeteneğini geliştirme açısından da uygun bir yöntemdir (Serozan, 2000: 263).

Çocuğun kişiliği bağlamında, fiziksel, duygusal ve sosyal kişilik değerlerinin korunması ve geliştirilmesi, anne ve babanın velayet görevi içerisindedir. Eğer çocuğun kişiliğine yönelik bir saldırı söz konusu ise, anne ve babanın hukuki yollarla bu saldırıyı engellemesi ve zararı gidermesi gerekmektedir. Anne ve babanın gerekli hukuki adımları atmamaları, çocuğun menfaatini ve kişisel gelişimini olumsuz etkileyebilir, bu nedenle velayet sorumluluklarının ihmal edilmesi durumunda TMK m. 346 ve devamındaki koruma hükümleri uygulanabilir.

Türk Hukuku'nda, çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesini somutlaştıran TMK m. 322, m. 339 ve m. 340 hükümleri, çocuğun anne ve babasının kişiliğini geliştirme ve koruma yükümlülüğünü getirirken aynı zamanda çocuğa da bu konularda talep hakkı vermektedir. Bu nedenle, çocuk yasal bir hak olarak düşüncelerine saygı gösterilmesini, dikkate alınmasını ve eğilim ve yeteneklerine uygun eğitim koşullarının sağlanmasını talep edebilir (İmamoğlu, 2005: 175).

Medeni Kanun'da da çocuğun görüşlerinin dikkate alınması gerekliliğini somutlaştıran hükümler bulunmaktadır. Örneğin, TMK m. 12'ye göre 15 yaşını dolduran çocuğun ergin kılınması için rızası gereklidir. TMK m. 308/II'ye göre, ayırt etme gücüne sahip olan küçük rızası olmaksızın evlat edinilemez. Benzer şekilde, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi de taraf devletlere çocuğun olgunluk derecesine ve yaşına uygun olarak ifade ettiği isteklerine gereken özenle saygı gösterme ve görüşlerini açıklayabilme hakkını güvence altına alma görevini vermektedir.

2.4.3. Ölçülülük İlkesi

Velayet hukukunda ölçülülük ilkesi, kamu hukukunda daha sık kullanılan bir prensiptir. Bu ilkenin temelinde, belirli bir amaca ulaşmak için kullanılan araç ile o amaca ulaşma arasında bir denge bulunması gerekliliği yatar. Bu denge gereği, çocuğun velayetinde amaca ulaşmak için uygulanacak tedbirin en hafif ve çocuğa en az zarar verecek şekilde seçilmesi önemlidir.

Velayet kapsamında anne ve babanın çocuğun mal varlığı ve kişisel varlığı üzerinde geniş hak ve görevleri bulunmaktadır. Ancak, çocuğun da kendi kişiliği ve kişisel hakları olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle, çocuğun kişisel haklarına, anne ve babanın velayet hakları nedeniyle yapacakları müdahalelerin sınırları, çocuğun anayasal hakları tarafından belirlenir.

Ölçülülük ilkesi, çocuğun yaşına bağlı olmaksızın anayasal temel hakların sınırlanması durumunda geçerlidir. Bu ilkenin varlığı; velayetin kullanılması sırasında, somut olayın özelliklerine göre makul bir sınırlama nedeninin varlığını ve sınırlayıcı önlemin amaca uygun son çare olup olmadığını belirlemeyi gerektirir. Çocuğun anayasal özgürlükleri ile anne babanın çocuğun kişisel varlığını koruma hakkı ve görevi çatıştığında, her bir durumu ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Bu tür durumlarda, çocuğun yaşına ve özel durumuna göre kararlar alınmalıdır. Örneğin, dövme yaptırma, kulak deldirme, eğlence merkezine gitme gibi konularda ölçülülük ilkesi göz önünde bulundurularak hareket edilmelidir.

Ölçülülük ilkesi sadece çocuğun kişisel varlığına yönelik müdahalelerle sınırlı değildir, aynı zamanda velayetin diğer alanlarında da geçerlidir. Örneğin, çocuğun mal varlığına ilişkin gelirlerin kullanımı da bu ilkeye uygun şekilde düzenlenmelidir (TMK m. 355 ve 356).

Sonuç olarak, velayet hukukunda ölçülülük ilkesi, çocuğun haklarının korunması ve geliştirilmesi için önemli bir kılavuzdur. Her durumda, çocuğun en iyi çıkarlarını gözetmek ve müdahalelerin en az zararlı olmasını sağlamak temel amaç olmalıdır (Serozan, 2000: 260-262).

2.4.4. Süreli Olması

Velayet hakkı, ebeveynlere geniş yetkiler sunsa da ömür boyu devam eden haklar kapsamına dahil edilmemektedir. Velayetin amacı, çocuğun belirli bir olgunluğa

ulaşmasını sağlamak ve onun bağımsız bir birey olarak hayata adım atmasında rehberlik görevi yapmaktır. Çocuğun yaşının artmasıyla birlikte, anne ve babanın velayete ilişkin hak ve yetkilerinin de sınırlandırılmış olduğu görülmektedir. Velayet, çocuğun erginliğe eriştiği noktada son bulur ve nihai hedefi, çocuğa bağımsızlık kazandırmak ve kendi yolunu çizebilmesini sağlamaktır (Serozan, 2000: 256).

Velayet hakkı genellikle çocuğun erginlik dönemine ulaşmasıyla sona erer. Ancak istisnai olarak, ergin olmuş bir çocuğun mahkeme kararıyla kısıtlanarak velayet altına alındığı durumlarda devam eder. Bu özel durum dışında velayet hakkı belirli bir süreyle sınırlıdır ve anne-babanın isteğiyle sona ermez, ayrıca sonlandırılması için anne ve babanın izni gerekli değildir. Kanun, tüm ergin olma hallerinde velayet hakkının sona ereceğini düzenlemiştir. Başka bir ifadeyle, çocuk on sekiz yaşını doldurduğunda velayet hakkı sona erer. Aynı şekilde, çocuğun mahkeme kararıyla ergin kılınması veya evlenmesi gibi durumlar da velayet hakkının sonlanmasına yol açar (Baktır Çetiner, 2000: 43).

2.4.5. Bölünmez Olması

Velayet hakkının bölünemez olması, anne ve babanın velayet hakkından kaynaklanan yetki ve sorumlulukları aralarında paylaşamayacakları anlamına gelmektedir. Anne ve baba, velayet hakkının içerdiği tüm yetki ve sorumlulukları birlikte yerine getirme hakkına sahiptir ve bununla yükümlüdür. Yargıtay, 2. HD. T.17.12.2007, E.2007/16702, K.2007/17570 sayılı kararında,

> *...Velayetin kaldırılması ve değiştirilmesi şartları gerçekleşmedikçe, ana ve babanın velayet görevlerine müdahale olunamaz. Mahkemece, velayetin babadan kaldırılması isteğine ilişkin dava reddedilmiş, velayet babada bırakılmıştır. Velayet babada bırakıldığı halde, Türk Medeni Kanunu'nun 346. maddesi koşulları da gerçekleşmemişken babanın velayeti fiilen kullanamaması sonucuna müncer olacak şekilde çocukların öğrenimlerini davacı yanında sürdürmelerine karar verilmesi doğru bulunmamıştır...*

hükmetmiş ve velayetin gerektirdiği sorumlulukların paylaşılamayacağı yönünde karar vermiştir (Yargıtay, 2023). Dolayısıyla, annenin, çocuğun bakımını, babanın eğitimini üstlenmesi velayet hakkının paylaşılması bakımından mümkün değildir. Bu yüzden anne ve baba çocuk üzerindeki görevleri açısından bölünemez şekilde ve eşit derecede sorumludur.

Çocuğun menfaati ile doğru orantılı olarak velayet hakkının birlikte kullanılması gerekliliği ve özellikle bebeklik ve çocukluk yaşlarında düzenli bir yaşamın

sağlanması açısından, boşanma veya ayrılık durumlarında velayet hakkının anne veya babaya tek başına velayet olarak verilmesinin çocuk açısından riskler taşıyacağı açıktır (Baktır Çetiner, 2000: 47). Boşanma veya ayrılık durumlarında, anne ve baba arasındaki anlaşma ve hâkimin çocuğun çıkarlarına uygun bulması halinde, velayet hakkının anne ve baba tarafından birlikte kullanılması da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu yaklaşım, anne ve babanın sadece evliliği devam ettirmek istemedikleri için velayet hakkından mahrum bırakılmamasını ve çocuğun yaşamına etki edememeleri ihtimalini azaltmaktadır. Ayrıca, velayeti alan tarafa tüm sorumlulukların yüklenmesinin engellenmesi açısından da velayetin bölünemez bir hak olmasının boşanma ya da ayrılık durumlarında da geçerli olması gerekmektedir. Bu nedenle, mümkün olduğunca anne ve baba, velayet hakkını ortak bir şekilde kullanmalıdır (Görgeç, 2011: 23).

Medeni Kanun'un 336. maddesi, evlilik devam ederken velayetin birlikte kullanılacağını düzenlerken, boşanma durumunda çocuğun velayetinin sadece mahkeme kararıyla velayetin kendisine verildiği eşe, anne ve babadan birinin ölümü halinde ise sağ kalana ait olacağını belirtmektedir (TMK. m.336/3). Boşanma ya da anne veya babadan birinin ölümü durumunda çocuğun velayetinin eşlerden birine bırakılması, Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemenin lafzi yorumuna bakılacak olduğunda emredici bir hüküm olarak gözükmektedir. Nitekim, Yargıtay 2.HD. 08.04.1971 T., E.2238 K.2310 sayılı kararında; *"Velayet babada bırakılarak, ananın çocuğa fiilen bakması konusundaki hüküm, sonucu bakımından boşanma hükmü yokmuş gibi velayeti müşterek kullanmaya müncer olmaktadır ki bu kanunumuz sistemine de uymaz"* diyerek velayetin bölünmezliğine vurgu yapmıştır (Yargıtay, 2023).

Evlilik birliği içerisinde anne ve baba eşit söz hakkına sahip olduğu için velayet birlikte yerine getirilirken diğer durumlarda, velayet hakkını alan taraf, bu hakkın getirdiği tüm yetki ve sorumlulukları artık tek başına yerine getirmekle yükümlü olacaktır (Akyüz, 1983: 141).

Velayetin temel ilkelerinden birisi çocuğun menfaatinin her şeyden üstün tutulması gerektiğidir. Bu kabul gereğince kanun hükmünün lafzi yorumu yerine amaçsal yorum yöntemi kullanılması suretiyle, çocuğu menfaatinin üstün tutulduğu ve boşanma ayrılık durumlarında tek başına velayet yerine birlikte velayete karar verildiği yargı

kararları mevcuttur. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin, 20.02.2017 Tarihli E.2016/15771 K.2017/1737 sayılı kararıyla; evlilik dışı ilişkiden doğan bir çocuğun velayeti tek başına anneye verilmemiş, AİHS Ek 7 No.lu Protokol'ün 5. maddesinin yerel hukuka dâhil edildiği belirtilerek, birlikte velayet kararının Türk hukuk sistemine açıkça uymadığına yönelik bir durum olmadığına ve Türk toplumunun temel yapısını ve menfaatlerini ihlal etmediğine yönelik kanaat oluşmuş ve sonuç olarak birlikte velayet ilkesini kabul eden bir karar verilmiştir (Yargıtay, 2023).

Öğretide ise velayetin bölünmezliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Baktır Çetiner'in görüşüne göre, çocuğun kişisel velayetinin paylaşılması, mallar üzerindeki velayetin paylaşılmasına göre daha zor ve sıkıntılı durumlar yaratabilmekte ve çocuğun menfaati açısından tehlike doğurabilmektedir. Ancak çocuğun kişisel velayetini bir tarafa, malvarlığı üzerindeki velayeti ise diğer tarafa vermek, yararlı olabileceği gibi, sakıncalı da olabilir. Örneğin, büyük bir malvarlığına sahip olan bir altı aylık çocuğun velayetinin anne tarafına verilmesi, annenin evde olma durumu gibi nedenlerle çocuğun yararına olabilir. Aynı zamanda, mali konularda daha bilgi sahibi olan ve çocuğun gelirini artırabilecek, vergilerini düzenli olarak ödeyebilecek bir babaya verilmemesi, velayetin bölünemeyeceği fikri nedeniyle çocuğun annesine verilmesi gerektiğini savunmak çocuğun yararına bir durum oluşturmayacaktır (Baktır Çetiner, 2000: 47-48).

Öğretideki bir diğer görüş ise çocuğun velayetinin bölünmesinin hukuk sistemimizde genel olarak kabul edilmez olduğunu savunsa da çocuğun çıkarlarına bağlı olarak, durumun değişebileceğini ve velayetin bölünebilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir (Özdamar, 2009: 431).

Velayetin, boşanma veya ayrılık durumlarında, anne ve baba arasında belli bir zaman dilimine göre bölünüp bölünemeyeceği konusunda da öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bu konuda olumlu görüş bildiren yazarlara göre, velayetin zaman dilimine göre bölünebilmesi anne babanın sorumlulukları paylaşmasını kolaylaştıracaktır. Fikrin çıkış noktası ise, çocuğun farklı dönemlerde farklı ebeveyne ihtiyaç duyabileceği velayetin belli bir süre annede belli bir süre babada kalmasının çocuk için de yararlı olabileceği varsayımına dayanmaktadır (Berki, 1970: 11; akt. Şimşek, 2012: 68).

Velayetin zaman dilimi yönünden bölünemeyeceğini savunan yazarlara göre ise, çocuğun velayetinin belirli bir süre annede belirli bir süre de babada kalması, çocuğun eğitimi açısından sorun teşkil edebilecektir (Baktır Çetiner, 2000: 47).

Velayetin zaman dilimi açısından bölünmemesi, çocuğun menfaatini ve sağlıklı gelişimini gözetmeyi amaçlamaktadır. Çocuklar, istikrarlı ve sürekli bir çevre içinde büyümeye ihtiyaç duyarlar. Velayetin zaman dilimine göre bölünmesi, çocuğun yaşamında sürekli değişimlere yol açabilir ve bu da duygusal ve psikolojik olarak olumsuz etkiler doğurabilmektedir. Çocuğun anne ve baba gibi yakın aile üyeleriyle kurdukları duygusal bağlar zaman dilimi yönünden bölünmeye uğradığında çocukta güvensizlik, kaygı gibi sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Velayetin sık sık değişmesi, farklı evler arasında geçiş yaparken uyum sorunları yaşamalarına, çocukta kafa karışıklığına yol açabilmektedir. Bu süreç çocuğun eğitimini ve düzenli bir hayat rutini oluşturmasını olumsuz yönde etkileyecektir. Velayetin zaman dilimi açısından bölünmesi, ebeveynler arasında koordinasyon ve iletişim gerektirmektedir. Ancak boşanma davalarının önemli bir kısmında ebeveynler arasında uyumsuzluk oluşmaktadır, bu durum ise çocuğun çıkarlarına zarar verebilmektedir.

Bu nedenler göz önünde bulundurularak, velayetin zaman dilimi açısından bölünmemesi çoğu zaman çocuğun çıkarları açısından daha sağlıklı bir yaklaşım olarak kabul edilir. Ancak her durum benzersizdir ve çocuğun ihtiyaçlarına göre farklı düzenlemeler yapılabilmektedir.

2.4.6. Anne ve Baba Tarafından Kullanılması

TMK md.336, "*Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar"* hükmüyle evlilik birliği içerisinde, velayetin kaldırılmasını gerektirmeyen durumlarda, velayet hakkının anne ve baba tarafından kullanılacağını düzenlemiştir (Baktır Çetiner, 2000: 42). Kanun hükmüne göre, velayet hakkının kapsamına giren çocuğun ihtiyaçlarının karşılanması, eğitimi, korunması, kişiliğine özen gösterilmesi, temsili ve çocuk mallarının yönetimi gibi konularda anne ve baba birlikte hareket etmelidirler (Serozan, 2003: 506). Velayet hakkı sadece anne ve babanın sahip olabileceği bir hak olup bir bütündür ve anne baba velayetin getirdiği sorumluluk ve yetkiler açısından eşit haklara sahiptir. Eski Medeni Kanun'un 263. maddesi uyarınca, "*Evlilik mevcut iken, ana ve baba, velayeti beraberce icra ederler. Anlaşamazlarsa, babanın reyi muteberdir."* anne ile babanın çocuğun velayeti üzerinden

anlaşmazlıklara düşmeleri halinde babanın sözünün geçerli olacağı kabul edilmekteydi. Ancak kadın erkek eşitliğine aykırı olması nedeniyle bu madde 4721 sayılı Medeni Kanun ile kaldırılmış ve anne ile babanın eşit söz hakkına sahip oldukları belirtilmiştir. Öğretide de eski düzenlemenin Anayasaya uygun olmadığı, aile içinde kadın erkek eşitliğine açıkça aykırılık oluşturacağı ifade edilmiştir (Çelikel, 2012: 55).

Anayasanın 10.maddesinde *"herkes kanun önünde eşittir"* kuralıyla, kadın erkek eşitliği temel alınmış ve her türlü ayrımcılığın yapılmaması gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca, Anayasa'nın 41. maddesine yapılan değişiklikle*, "aile, Türk toplumunun temelidir"* ifadesine eklenen *"ve eşler arasında eşitlik ilkesine dayanır"* hükmüyle, aile içinde kadın ve erkek arasında eşitliğe vurgu yapılmıştır. Uluslararası hukuk bağlamında, özellikle Türkiye'nin taraf olduğu ve 19 Ocak 1986 tarihinde yürürlüğe giren *"Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ve ek ihtiyari protokol"* gibi diğer uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerimiz, ülkemizde var olan kadın-erkek eşitsizliğini içeren hükümlerin kaldırılmasını zorunlu hale getirmektedir. Bu yüzden Yeni Medeni Kanun ile md. 263 ve benzeri hükümler kaldırılmış, velayet hakkı yönünden anne baba, diğer medeni haklar açısından da kadın erkek eşitliği sağlanmaya çalışılmıştır.

4721 Sayılı Kanun ile kadın erkek eşitliğini sağlayan düzenlemelerden, anne ve babaya eşit söz hakkı tanınmasının, velayet hakkının kullanımına ilişkin önemli etkileri olmuştur. Özellikle velayetin sona erdiği evlenme, ergin olma, evlat edinilme gibi durumlarda, anne ve babanın her ikisinin de onayının alınması gerekliliği, babanın oyunun üstünlüğünün sona erdiğinin açıkça göstergesidir (Sarı, 2007: 84-85).

Kanun hükmüne göre, evlilik birliği içerisinde, velayet hakkının anne ve baba tarafından birlikte kullanılacağı düzenlenmiş olsa da ebeveynlerden birisinin yurtdışında bulunması, sağlık sorunları gibi sebeplerle velayetin birlikte kullanılamayacak olduğu durumlarda geçici süreliğine anne veya baba bu hakkı tek başına kullanabilir. Ancak bu noktada önemli olan velayet hakkını kullanamayacak olan kişiye bilgi verilmesi ve bu sürenin geçici olması gerektiğidir (Baktır Çetiner, 2000:42). Eğer velayet hakkını kullanamayan kişinin fikri herhangi bir şekilde alınamıyorsa, bu koşullarda velayet hakkı diğer eş tarafından tek başına kullanılır.

Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesi ile, anne veya babanın ölümü halinde, hayatta kalan ebeveynin velayet hakkına sahip olacağı düzenlenmiştir (Dural, Öğüz, Gümüş, 2011: 327). Aynı maddenin devamında ise, ayrı yaşama veya ayrılık durumlarında hâkimin velayet hakkını ebeveynlerden birine verme yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir. Bu ifadeyle birlikte, velayet hakkının sadece anne ya da babaya verilebileceği gibi velayet hakkının anne baba tarafından daha sonrasında da ortaklaşa kullanılabileceği sonucu çıkartılmaktadır (Görgeç, 2011: 25).

Hâkim, çocuğun velayetinin kim tarafından kullanılacağını belirlerken, çocuğun çıkarlarını göz önünde bulundurmak ve çocuğun yaşına uygun olarak görüşünü almakla yükümlüdür. Ancak, boşanma ya da ayrılık durumlarında tek başına velayet uygulamasının yerini, günümüzde yaygın olarak kabul gören ortak velayet uygulaması almaktadır. Böylelikle, anne ve baba, boşandıktan sonra çocuğun velayetini birlikte üstlenebilmeli, bu durum çocuğun menfaatine uygun olmalı ve anne ile babanın velayet konusunda çatışması önlenebilmelidir. Ancak Medeni Kanun'da ortak velayet uygulamasının düzenlenmemiş olması, anne veya babanın sadece boşanma nedeniyle çocuğunun velayetinden mahrum bırakılmasına sebebiyet vermekte, benzer şekilde, evli olmayan çiftlerin de çocuğun velayet hakkını birlikte kullanabilmesine engel teşkil etmektedir (Koçhisarlıoğlu, 2004: 31).

Alman Hukuku'nda, 1982 yılında Federal Mahkeme tarafından Anayasa'ya aykırı bulunan, boşanma durumunda çocuğun velayetinin bir eşe verileceği hükmü (BGB Art. §1671/4, 1. cümle) 1996 yılında hazırlanan Çocuk Hukuku Reformu Tasarısı ile değiştirilmiştir. Bu reform sonucunda, boşanma velayetten bağımsız bir olgu haline getirilmiş ve eşlerin birlikte velayet hakkına sahip olmaları sağlanmıştır. Ortak velayet uygulaması, evlilik dışı doğan çocuğun velayeti için de aynı şekilde düzenlenmiştir. İsviçre'de, boşandıktan sonra anne ve baba, çocuğun velayetini birlikte yürütebilmek için çocuğun bakım ve masrafları konusunda anlaşmalı, birlikte velayet talep etmeli ve bu talep çocuğun çıkarlarına uygun olmalıdır. Belçika'da, 1995 yılından bu yana, evlilik dışında doğan veya boşanmış ebeveynlere sahip olan çocuğun velayetinin temel olarak anne ve babasına ait olduğu kabul edilmektedir. Fransa'da ise, boşanmış eşlerin velayet hakkını birlikte kullanımını sağlayan düzenleme 1993 yılında yürürlüğe girmiş, evlilik dışında doğan çocuğun velayeti için ise anne ve baba, birlikte velayet hakkını kullanmak istediklerini mahkemeye beyan ederek çocuğun velayetini

paylaşma hakkına sahip olmuşlardır. İngiltere'de ise, 1989 yılında velayet hakkına ilişkin düzenlemeler değiştirilmiştir. *"guardianship"* ve *"custody"* terimlerini içeren bir velayet sistemi yerine yapılan değişiklikle, *"parental responsibility"* terimi bu iki terimin yerini almış, boşanma durumunda, anne babanın ortak velayet kullanmaları sağlanmıştır. Evlilik dışında doğan çocuklar bakımından velayet anneye kabul edilmekle birlikte, anne babanın anlaşmaları durumunda ortak velayet uygulamasına gidilebilmektedir (Acabey, 2002: 72-95; akt. Görgeç, 2011: 27-28).

Her ne kadar Medeni Kanun'da boşanma, ayrılık ve evlilik dışı ilişkide doğan çocuğun velayeti için ortak velayet uygulaması hükmü bulunmasa da Yargıtay'ın tam tersi yönünde vermiş olduğu kararlar mevcuttur. Yargıtay içtihatları ile ortak velayetin Türk hukukunda mümkün olmadığına ve hatta ortak velayetin kamu düzene aykırı olduğuna dair görüşler Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20.02.2017 tarihli E.2016/15771 K.2017/1737 sayılı kararı ile ortak velayet uygulamasının mümkün olduğu yönünde değişime uğramıştır. Davada baba, evlilik dışı doğan ortak çocuğun velayetinin hem anneye hem de babaya verilmesini ve velayetin ortak şekilde düzenlenmesini talep etmiştir. Yargıtay, bu durumu, ortak velayetin Türk hukuk düzenine uygun olup olmadığına odaklanarak değerlendirmiş ve ortak velayet düzenlemesinin Türk hukuk sistemine açıkça aykırı olmadığı ve Türk toplumunun temel yapısı ile çıkarlarını ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Bu kararın ardından, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından Türkiye'nin 14 Mart 1985 tarihinde imzaladığı 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme 'ye Ek 7 No'lu Protokolün, 25 Mart 2016 tarihli 6684 sayılı kanunla onaylandığını ve Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesi uyarınca, evliliğin boşanma ile sona ermesi durumunda ortak velayetin temel ilke olduğu ve velayetin sadece istisna olarak bir eşe verilmesinin öngörüldüğü açıklaması yapılmıştır (Apaydın, 2018: 448). Yargıtay'ın bu kararı, velayetin sadece anne ve baba tarafından birlikte uygulanmasının esas, tek başına velayet uygulamasının özel olduğunu göstermesi açısından emsal karar niteliği taşımaktadır.

Boşanmış ve çocuğun velayet hakkına sahip olan eşin yeni bir evlilik yapması yalnız başına çocuğun velayetinin elinden alınması için yeterli bir sebep değildir. Türk Medeni Kanunu'nun 349. maddesi, "*Velayete sahip ana veya babanın yeniden evlenmesi, velayetin kaldırılmasını gerektirmez. Ancak, çocuğun menfaati*

gerektirdiğinde velayet sahibi değiştirilebileceği gibi, durum ve koşullara göre velayet kaldırılarak çocuğa vasi de atanabilir." şeklindeki düzenlemeyle çocuğun velayetini elinde bulunduran eşin başka biriyle evlenmesinin, çocuğun menfaatinde tehlike oluşturmayacağı hükmüne varmıştır. Ancak velayet sahibi ebeveynin yeni eşinin çocuğa kötü davranması veya yaşam tarzının çocuğun yaşamını tehlikeli hale getirmesi gibi çocuğun çıkarlarını olumsuz etkileyebilecek bir durum varsa, mahkeme çocuğun korunması amacıyla önlemler alabilir ve hatta çocuğun velayetini diğer ebeveyne verebilir (Akyüz, 2012: 152).

2.4.7. Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Bir Hak Olması

Velayet hakkı, hukuki olarak bireyin anne ve baba olmasıyla doğan bir kişilik hakkıdır. Velayet hakkı içeriği yönüyle diğer kişisel haklardan farklı niteliktedir. Yaşama hakkı, eğitim hakkı, mülkiyet hakkı gibi kişisel haklar, sahibinin çıkarını korumaya yönelik iken, velayet hakkı, anne ve babanın çıkarlarına değil, çocuğun menfaatine inşa edilen bir haktır (Akyüz, 1999: 649; akt. Bozkurt, 2010: 16).

Velayet, anne ve baba olmanın doğal bir sonucudur bu nedenle velayet hakkına sahip olabilmenin en temel şartı, anne baba ve çocuk arasında soy bağının kurulmasıdır. Velayet, soy bağının sonucu olarak talep edilebilen bir haktır (Öztan, 2004: 626).

Anne ile çocuk arasındaki soy bağı, doğum veya evlat edinme yoluyla kurulur. Baba ile çocuk arasındaki soy bağı ise, çocuğun doğduğu sırada babanın anneyle evli olması veya evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde (iddet süresi) doğması durumunda kurulur (TMK m. 285). Ayrıca, evlilik dışında doğan çocuğun baba ile soy bağı, anne ile evlilik, tanıma veya babalık hükmü gibi yollarla kurulabilmektedir (Akıntürk, 2002: 328). Evlat edinme durumunda da evlat edinen baba ile evlatlık arasında soy bağı oluşur. Velayet, anne ve baba için yasadan doğan bir haktır. Öyle ki, evlilik dışında doğmuş bir çocuğun velayeti babaya verilmiş olsa dahi, çocuğun yanında yaşaması veya velayetin değiştirilmesi ile ilgili mahkeme kararlarına rağmen, velayet hakkı yasal olarak hala anne veya babaya aittir (Öztan, 2002: 26).

Anne ve baba, velayet hakkına bağımsız olarak sahip olup her birinin velayet hakkı diğerinden ayrı olarak değerlendirilir (Oğuzman ve Dural, 1998: 276). Velayet kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır bu yüzden sınırlı sayıda kişi- anne, baba ve evlat edinen kişilerden birinin kullanabileceği bir hak olma niteliğine sahiptir. Anne ve baba

dışında, çocuğun yaşça büyük kardeşi, amcası, dayısı, büyük anne veya büyük babası gibi akrabalarının velayet hakları olmaz (Bozkurt, 2010: 17).

Velayet hakkı, anne ve babanın kişiliğine bağlı bir hak olduğundan, anne ve baba miras yoluyla bu hakkı devredemez, bu haklarından feragat edemezler. Yasal bir sebep olmadıkça velayet hakkı, anne ve babadan alınamaz (Koçhisarlıoğlu, 2004: 37). Çocuğun evlat edinilmesi durumunda ise velayet hakkının devredilmesi ya da feragat edilmesi değil velayet hakkının kanunen sona ermesi durumu meydana gelmektedir (Oğuzman ve Dural, 1998: 276).

2.5. Velayetin Tarafları

Velayetin tarafları, çocuğun bakım, eğitim, sağlık gibi konularda sorumluluk taşıyan ve çocuğun çıkarlarını korumakla yükümlü olan kişilerdir. Bu taraflar genellikle çocuğun ebeveynleri veya yasal bakım sağlayıcılarıdır. Velayetin tarafları, anne baba ve evlat edinen kişilerdir.

2.5.1. Velayete Sahip Olanlar

Türk Medeni Kanunu'na göre, velayet hakkı ve sorumluluğu yalnızca çocuğun biyolojik ebeveynlerine ve evlat edinme durumunda evlat edinenlere aittir (Gençcan, 2020: 161). Bu durum TMK madde 335/1'de *"Yasal bir neden olmadıkça, velayet ana ve babadan alınamaz."* denilerek açıkça ifade edilmiştir. Bu madde ile hem velayetin kime ait olduğu belirlenmiş hem de anne babanın velayet hakkının koruma altına alındığına vurgu yapılmıştır (İmamoğlu, 2005: 168).

Velayetin hem anneye hem de babaya verilmesi, eşitlik ilkesinin evlilik birliği içinde benimsendiğinin bir sonucu ve göstergesidir. Medeni Kanun'un aile hukuku ile ilgili düzenlemeleri, *"kişilik haklarının korunması ilkesi"* doğrultusunda eşler arasında eşitliği temel alarak hazırlanmıştır. Bu çerçevede, modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi, velayetten kaynaklanan haklar ve sorumlulukların eşler arasında eşit olarak paylaşılması sağlanmıştır. Çocuğa dair kararlar alma ve uygulama süreçlerinde, anne ve babanın eşit söz hakkı bulunmaktadır (Öztan, 2004: 1077). Boşanma durumunda, hâkim takdir yetkisine dayalı olarak velayet hakkını yalnızca anneye veya yalnızca babaya bırakabilir. Aynı zamanda, kanunda tam olarak yer almasa da mahkemeler boşanma sonrasında velayetin anne ve baba tarafından ortak bir şekilde

kullanılabileceğine dair hükümler verme eğilimindedir ve bu tür hükümlerin sayısı artmaktadır (Apaydın, 2018: 463-465).

Velayet, çocuk ile anne baba arasındaki soy bağı ilişkisine dayanmaktadır. Bir çocuğun biyolojik anne veya babası olması, her zaman o çocuğun velayet hakkına sahip olduklarının göstergesi değildir. Anne veya babanın velayet yetkisine sahip olabilmesi için çocukla soy bağı ilişkisinin kurulmuş olması gerekmektedir. Soy bağı ilişkisi, doğumla otomatik olarak kurulabileceği gibi, tanıma veya babalık davası gibi hukuki süreçler sonucunda da dolaylı yoldan kurulabilir.

Velayet hakkını kullanacak kişiler belirli niteliklere sahip olmalıdır. Bu niteliklerin başında hukuki ehliyet gelmektedir (TMK madde 9, 15). TMK madde 337/2'den anlaşılacağı üzere, anne veya baba velayet hakkına sahip olabilmek için reşit olmalı ve akıl sağlığı yerinde olmalıdır, yani kısıtlı olmamalıdır. Anne ve babanın hayatta olmadığı veya akıl sağlıklarını yitirmeleri ve çocuğa bakabilecek biri olmadığı durumlarda çocuğa vasi atanır (Öztan, 2004: 1074).

Anne babalar, velayeti altındaki çocukların gereksinimlerini karşılamakla sorumludur ancak ebeveynlerin bu ihtiyaçları karşılayamaması halinde devlet mahkeme yoluyla, çocuğun korunmasına ilişkin hükümler doğrultusunda (TMK madde 346-351) çocuğu başka bir aileye veya kuruma yerleştirebilir veya gerektiğinde velayeti kaldırabilir.

Üvey anne veya baba, biyolojik olmayan bir çocuğun velayet hakkına sahip olmasa bile, TMK madde 338 uyarınca ona ilgi ve özen gösterme yükümlülüğü taşır. Bu maddeye göre, üvey anne veya baba, eşinin velayet görevlerini yerine getirirken yardımcı olmalı ve üvey çocuğunun ihtiyaçlarını temsil etmek dahil, gerektiğinde ona yardımcı olmalıdır. Bu kural, toplumsal ahlaki bir gereklilik olarak kabul edilmektedir. Bir görüşe göre, bu kuralın hukuki bir yükümlülük olduğu savunulurken (Kılıçoğlu, 2022: 338); başka bir görüşe göre ise çocuğun eğitimine katkı sağlayan tamamlayıcı bir kural olduğu ifade edilir (Akyüz, 1978: 226).

2.5.2. Velayete Tabi Olanlar

Türk Medeni Kanunu'nun 335. maddesi, velayete tabi kişileri iki fıkra şeklinde düzenlemiş ve kimlerin velayet altında olduğunu açıklamıştır. Madde hükmünce, "*Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınamaz. Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe,*

kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velayeti altında kalırlar." iki grubun velayete tabi olacağı düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre ergin olmayan çocuklar velayete tabi olan ilk gruptur. Türk Medeni Kanunu'na göre, erginlik, yaşın tamamlanması, evlilikle ergin olma ve mahkemece ergin kılınma gibi yollarla gerçekleşmektedir (TMK m. 11-12). Bu yollardan herhangi biriyle erginliğe erişmemiş olan çocuk, anne babanın velayetine tabiidir.

Evlenme ile erginlik ise Türk Medeni Kanunu'nun 124. maddesinde düzenlenmiştir. İlk olarak, on yedi yaşını bitirmiş küçüklerin evlenmesi durumudur. On yedi yaşını tamamlamış olan bir çocuğun evlenmesi için, çocuğun yasal temsilcileri yani velayet hakkına sahip anne, baba veya vasinin izni gereklidir. Bu izin olmadan, çocuğun evlenmesi yasal değildir.

İkinci olarak ise on altı yaşını bitirmiş erkek veya kadının olağanüstü durumlarla evlenmesi halidir. On altı yaşını doldurmuş bir erkek veya kadının evlenmesi, olağanüstü ve önemli bir durumun varlığı halinde gerçekleşebilir. Bu, özellikle istisnai bir durum olarak düşünülmüştür ve sıkça rastlanmayan bir durumdur. Evlenmeden önce, mümkünse çocuğun anne-babası veya vasinin görüşe alınması gerekir.

İkinci grupta velayete tabi olan kişiler TMK madde 335/2'de açıklanan., hâkim tarafından kendilerine bir vasi atanmasına gerek görülmeyen ancak kısıtlama kararı alınmış ergin çocuklardır. Bu kişiler, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, savurganlık, yaşlılık gibi nedenlerle kısıtlanma gerekliliği bulunan durumları yaşayanlardır. Kısıtlanmış ergin çocuklar genellikle TMK madde 419/3 uyarınca velayete tabi tutulurlar. Ancak, küçüklerle, velayete tabi ergin çocuklar arasında anne babanın velayet hakkı konusunda bazı farklılıklar bulunmaktadır.

Velayete tabi kişi ergin değilse, anne baba velayet hakkı gereği çocuğun mal varlığını kullanabilirken, çocuğun ergin olması durumunda bu hakka sahip değillerdir. Ayrıca, velayete tabi kişi ergin değilse, anne baba çocuğun bakım ve eğitiminden sorumludur, ancak çocuk erginse bu sorumluluk ortadan kalkmaktadır. Ergin olmayan çocuğun velayetinin kaldırılması, TMK madde 348'deki sıkı şartlara bağlanmıştır. Ergin çocuğun velayeti ise kısıtlama kararının kaldırılmasıyla sona ermektedir (Öztan, 2004: 1078).

3. VELAYETİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE KADININ HUKUKİ DURUMU

İnsanlık tarihi boyunca, toplumların hukuki yapıları ve kadının hukuki durumu sürekli bir değişim ve evrim sürecinde olmuştur. Bu değişimler, çeşitli medeniyetlerin ve kültürlerin etkisiyle ortaya çıkmış ve kadınların toplum içindeki rolü, hakları ve sorumlulukları üzerinde önemli etkiler yaratmıştır. Bu süreçte, velayet kavramı da kadının hukuki durumuyla yakından ilişkilendirilmiştir.

Velayetin tarihsel evrimi, toplumsal normlardaki değişimlere uyum sağlamış ve bu evrim, velayet uygulamalarının ve yasal düzenlemelerin değişmesine neden olmuştur. Toplumsal değerlerdeki gelişmeler, cinsiyet rolleri ile ebeveynlik arasındaki ilişkileri dönüştürerek velayetin tarihindeki değişiklikleri etkilemiştir. Günümüzde velayet hakkı genellikle cinsiyetten bağımsız bir şekilde değerlendirilir ve ebeveynlik görevi daha çok ortak bir sorumluluk olarak kabul edilir. Artan boşanma oranları ve çeşitlenen aile yapıları, velayetin daha da önem kazanmasına yol açmıştır. Velayetin adil, esnek ve çocuk odaklı bir biçimde düzenlenmesi, değişen aile dinamiklerine daha iyi uyum sağlamayı amaçlar. Ayrıca, velayet hukuku uluslararası boşanma durumlarında önemli bir rol oynamaktadır; çünkü hangi ülkede hangi velayet hukukunun uygulanacağı gibi konular uluslararası ilişkilerde büyük bir etkiye sahiptir. Genel olarak, velayetin tarihsel gelişimi, çocuk haklarına, aile yapısına ve toplumsal normlara duyarlı bir şekilde evrilmiş ve günümüzde aile hukukunun temel taşlarından biri haline gelmiştir.

Velayet, çocuğun bakım, eğitim ve refahından sorumlu olan kişinin hukuki yetkisini ifade eder. Velayetin tarihsel gelişimi, kadının hukuki durumuyla birlikte ele alındığında, farklı medeniyetlerde ve kültürlerde çeşitli uygulamalar görülmektedir. Bu uygulamalar toplumda kadının rolünün şekillenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Roma, Germen, İslam ve Türk hukukunda velayetin tarihsel gelişim seyri kadının velayet üzerindeki haklarını değerlendirmek açısından incelenmesi gereken bir konudur.

Özetlenmiş olarak verilen tabloya bakıldığında özellikle Roma ve Germen Hukukunun erken dönemlerinde kadının hiç söz hakkına sahip olmadığı görülmekte, İslam hukukunda ise kadın açısından daha eşitlikçi bir tutum sergilendiği göze çarpmaktadır.

VELAYETİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE KADININ HUKUKİ KONUMU			
ROMA HUKUKUNDA VELAYET VE KADIN	**GERMEN HUKUKUNDA VELAYET VE KADIN**	**İSLAM HUKUNDA VELAYET VE KADIN**	**TÜRK HUKUKUNDA VELAYET VE KADIN**
Roma hukukunda, aile babası (pater familias) karar alma ve uygulama yetkisine sahiptir ve ailenin lideridir. Bu dönemde aile, aile babasının sınırsız hakimiyeti (patria potestas) altında olan ve ona hukuki olarak bağımlı olan bireylerden oluşan topluluk olarak ifade edilmektedir (Akyüz, 2012: 20).	Germen hukukunda Roma hukukundan farklı olarak, anneye kısmi de olsa velayet hakkı tanınmıştır. Anne ve baba birlikte velayet hakkını kullanamazlar, ancak babanın ölmesiyle anne velayet hakkını kullanabilmektedir (Baktır Çetiner, 2000: 25).	Tam ve sağ doğumla birlikte çocuğun annesi ile soy bağı kurulmuş olur. Bu durum Kur'an'da Mücadele suresindeki "*Onların anaları sadece, kendilerini doğuran kadınlardır.*" (Mücadele, 48/2) ayetine dayandırılarak değerlendirilir ve çocuğun doğumla kadına ait olduğu ifade edilir	TMK 336. maddesi, evlilik süresince anne ve babanın çocuğun velayetini birlikte kullanacaklarını belirtir. Ancak, ortak yaşam sona ermiş veya ayrılık gerçekleşmişse, hâkim velayeti eşlerden birine verebilir. Anne biyolojik açıdan genellikle avantajlı konumdadır. Son yargıtay kararlarında babanın ortak velayet taleplerine

Tablo 3.1. Velayetin tarihsel gelişimi ve kadının hukuki konumu

Antik Roma döneminde, velayet hukukunun erkek egemen bir yapı şeklinde inşa edildiği görülmüştür. Roma hukuku, erkeklerin çocuklar üzerinde büyük bir kontrol ve vesayet hakkına sahip olduğunu gösterirken, kadınların velayet haklarının sınırlı olduğu görülmektedir.

Orta çağ Avrupa'sında, Germen hukuk sistemi kadının hukuki durumunu ve velayet haklarını belirleyen önemli bir etkendir. Bu dönemde, velayet genellikle babaya verilirken, kadınların çocukların yetiştirilmesinde daha sınırlı bir rol üstlendiği gözlenmektedir.

Fransız İhtilali ve Sanayi İnkılabı sonrasında Avrupa'da değişen ekonomik ve sosyal düzen kadın ve çocuk hakları alanında yapılan çalışmaların da artmasına sebebiyet vermiştir. Medeni kanunlarda, ailenin yapısında geniş kapsamlı reformlar başlamış ve babanın mutlak egemenliği sona ererken, çocuğun menfaatleri ile kadın erkek eşitliği sağlanmaya çalışılmıştır. Babanın çocuklar üzerindeki egemenliği ve mutlak velayet hakkına sahip olması, kadınların velayete sahip olması yönünde bir eğilime dönüşmüştür. Son dönem yapılan düzenlemeler ve babaların velayet konusunda kadınlar lehine uygulanan cinsiyet temelli önyargı iddialarıyla "*ortak velayet*" uygulamalarının arttığı görülmektedir.

Velayet hakkının tarihsel gelişimi açısından İslam hukuku, Roma ve Germen hukuku ile karşılaştırıldığında kadın erkek eşitliği açısından büyük farklılıklar arz etmektedir. Roma ve Germen hukukunda, annenin velayet üzerinde hiç söz hakkı bulunmadığı gibi babalar çocukların hayatları üzerinde bile söz sahibidir. İslam hukukunda ise anne ve baba arasındaki velayet hakkı düzenlenmiş, velayet baba ve erkek akrabalara, velayet kapsamında değerlendirilen "*hadane hakkı"* ise anne ve kadın akrabalara verilmiştir. İslam hukukunda babanın velayet hakkı doğumla başlar, çocuğun hadane evresinde ise anneye geçer. Bu koruma ve bakım hakkı çocuklar belli bir yaşa gelene kadar devam eder.

İslam hukukunun uygulanma alanı bulduğu Osmanlı Devleti'nde ise velayet hakkına sahip olanlar açısından düzenlemeler gerçekleşmiş, anne baba açısından daha eşitlikçi bir yaklaşım sergilenerek babadan sonra velayetin anneye geçeceği düzenlenmiştir. Osmanlı hukuk sisteminde, kadınlar, sözleşmelere katılma, dava açma ve haklarını mahkemede savunma konusunda erkeklerle eşit haklara sahiptir. Kadınlar kendi mallarını yönetebilir, ürettikleri ürünleri ticaretini yaparak iktisadi hayata katkıda bulunabilir, borç alıp verebilir ve kendilerine ait gayrimenkullerin alım satımını gerçekleştirebilirler. Ayrıca, kadınlar vakıf kurma yetkisine sahiptirler ve bazı kadınların vakıf yönettikleri bilinmektedir (Okur Gümrükçüoğlu, 2022: 124). Osmanlı Devleti'nde, kadınlar ticari işlemlerini kendi iradeleriyle yapma hakkına sahiptir ve herhangi bir vesayet altında bulunmazlar. Aynı şekilde, Osmanlı hukukunda çocuklarının velayeti ve vasi atanması konusunda, Hanefi ekolünün etkisiyle erkek olma şartı bulunmamaktadır. Velayet, erkek akrabalardan sonra anneye geçmektedir (Okur Gümrükçüoğlu, 2016: 293).

Vasi olarak görev yapacak kişinin, akıllı ve ergin olmasının yanı sıra güvenilir biri olması da beklenir. Vasi olan kişilerin en önemli nitelikleri, kendilerine verilen vesayet altındaki kişilerin mal varlığı üzerinde adil ve mevcut değeri artırıcı işlemler yapmaları gerekliliğidir. Örneğin, babanın hayatta olmadığı ve kendi vasisini atamadığı durumlarda, kayıtlarda genellikle mahkemelerin anneleri vasi ve veli olarak atadığı görülmektedir (Tucker, 2008: 156). Osmanlı Devleti'nde kadınların çocuklarına vasi atanmasının, velayeti almalarının yanı sıra, evlendirme velayeti konusunda da izin verildiği sicil kayıtlarında yer almaktadır. Örneğin, velayet konusunda yapılan çalışmalardan birinde, Halep eyaletinde, söz konusu 492 davadan 268'inde kadınların

çocuklarının velayetini aldığı tespit edilmiştir (Meriwether, 1996: 228; akt. Okur Gümrükçüoğlu, 2022: 125).

İslamiyet öncesinde Türk hukuku açısından velayet aile kurumunun ataerkil bir yapıya sahip olmasına bağlı olarak öncelikle babaya aittir. Babanın yokluğu durumunda bu hakkın anneye geçtiği görülmektedir. Bu dönemde kadınların konumu açısından bir karşılaştırma yapıldığında Türk kadınının, diğer toplumlardaki kadınlara göre daha etkin ve eşitlikçi denebilecek bir role sahip oldukları göze çarpmaktadır. Günümüzden farklı olarak eski Türk toplumlarında, anne ve babanın yanı sıra başka kişiler de çocuk üzerinde yetiştirme hakkına sahip olabilmektedir (Baktır Çetiner, 2000: 26).

Günümüzde ise velayet hukuku birçok ülkede evrimleşmiş ve kadınların velayet edinebilmeleri üzerine daha fazla odaklanılmıştır. Modern hukuk sistemleri ile, çocuğun üstün yararını gözeterek, ebeveynler arasında eşitlikçi bir velayet düzenlemesi yapılmaya çalışılmaktadır. Bu, kadınların velayet konusundaki haklarını güçlendirmiş ve annelerin çocukların bakımında daha etkin bir rol oynamasını sağlamıştır.

3.1. Roma Hukukunda Velayetin Kullanılması ve Kadının Hukuki Durumu

Roma hukukunda, aile babası (pater familias) karar alma ve uygulama yetkisine sahiptir ve ailenin lideridir. Bu dönemde aile, aile babasının sınırsız hakimiyeti (patria potestas) altında olan ve ona hukuki olarak bağımlı olan bireylerden oluşan topluluk olarak ifade edilmektedir (Akyüz, 2012: 20). Ancak genel olarak “aile” kavramının bugünkü tanımından farklılıklar gösterdiği görülmektedir. Genel olarak ifade edilecek olursa, Roma’da, dar anlamda kullanılan "familia propio iure", pater familias olarak bilinen babanın egemenliği altında yaşayan bireylerden oluşan aile ve geniş anlamda kullanılan, "familia communi iure" ile ifade edilip ortak soydan gelen kişilerin oluşturduğu aile olmak üzere iki aile tanımından söz edilebilmektedir (Baktır Çetiner, 2000: 25).

Bir çocuğun aile evladı statüsü kazanması için, doğum veya evlat edinilme şartı kabul edilmiştir. Doğan çocuk, anne ve babasının geçerli bir evlilikleri olduğunda babanın egemenliği altına girerken, eğer evlilik geçerli değilse, anne de kendi babasının velayetine tabi olduğu için, çocuk annenin bağlı olduğu aile babasının egemenliği altına geçmektedir (Güneş Ceylan, 2004: 39; akt. Karimova, 2019: 24). Evlat edinme durumunda ise, evlat edinilen bireyin, diğer aile üyeleri gibi babanın egemenliği

altında, velayetine tabidir. Aile babası, çocuğu da dahil olmak üzere aile bireyleri üzerindeki haklardan sadece vicdanına karşı sorumludur. Aile babasının sahip olduğu yetkiler arasında çocuklar üzerinde yaşam ve ölüm hakkı, çocuğu üç kez satma yetkisi ve çocuğun kazanımlarının aile babasına ait olması gibi haklar bulunur. Aile babası, aile çocuklarının suç işlemesi, kusurlu davranması durumunda aile yargıcı (domestious judex) ve resmi memur (magistratus) yetkilerine sahiptir. Bu yetkiler çocuğun belirli bir yaşa gelmesi ya da ergin olmasıyla sona ermemekte, ancak aile babasının ölümü veya çocuğun özgürleştirilmesi, babanın hakimiyet hakkından vazgeçmesi (emancipatio) ile son bulmaktadır (Usta, 2016: 41).

Ailenin dini lideri aile babası kabul edilir ve aile babasının mutlak hakimiyetine müdahale etmek veya onu sınırlamak söz konusu değildir. Bu nedenle, eski dönemlerde çocuk haklarından veya velayetin çocuğun hakkı olduğundan, annenin velayet konusunda sorumluluğu yetkisi bulunduğundan söz etmek mümkün değildir. Her ne kadar zaman içinde devletin gücü artmış, aile babasının çocuklar üzerindeki sınırsız yetkileri azalmaya başlamışsa bile, çocuğun korunması, büyük ölçüde babanın takdirine bağlı kalmaya devam etmiştir (Akyüz, 2012: 21).

Roma hukuku, aile reisinin velayetini sadece çocuklarla sınırlı tutmakla kalmamış, bunun yanı sıra kadını da velayete tabi olanlar başlığı altında sıralamıştır. Roma hukukunda velayet sadece babanın yetkisi altında sayılmış ve anne ve baba arasında eşit ve ortak bir velayet anlayışı Roma hukukunda yer almamıştır (Oğuzoğlu, 1940: 4; akt. Çanga, 2019: 22). Roma toplumunda kadınların, yeteneksiz, çoğunlukla kusurlu ve insan türünün zayıf bir cinsi olarak görüldüğü kabul edildiğinde, velayet gibi önemli bir hakka sahip olmasından da bahsedilemeyecektir (Gönenç, 2010: 7).

Patria potestas kavramının aile evlatları için bir velayet hakkı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışmalıdır. Modern kanunlardaki velayet hakkıyla patria potestas kavramının farklı olduğu öğretide kesin olarak kabul edilmektedir (Tahiroğlu ve Erdoğmuş, 2014: 157; akt. Kayak, 2018: 278). Gerçekten de velayet ve patria potestas kavramları hukuki yapıları bakımından birbirinden oldukça farklıdır. En büyük fark, velayetin çocuğun yararına, patria potestas'ın ise aile reisinin yararına odaklanmasıdır. Velayet, ebeveynlere birlikte sahip oldukları bir görev yetki alanı sağlayıp, bir ebeveynin ölümü durumunda diğer ebeveyne geçerken, patria potestas her zaman aile reisi konumundaki erkeğe aittir. Roma'da kadınlar patria potestas sahibi

olamadığı için, baba ölse bile bu yetki anneye geçmemiştir. Modern hukukta, velayet, ergin olmayan çocuklar için geçerli bir kurum ve erginlik yaşıyla sınırlandırılmış geçici bir düzenlemeyken, patria potestas çocuğun erginlik yaşını aşsa bile pater familias ölene kadar devam eden sürekli bir kurumdur. Velayet, çocuğun kişiliğiyle sıkı bir şekilde bağlantılı hakları etkilemezken, patria potestas aile reisine, aile evlatlarına doğrudan müdahale etme hakkı vermiştir (Accarıas, 1886: 183; akt. Kayak, 2018: 278).

3.2. Germen Hukukunda Velayetin Kullanılması ve Kadının Hukuki Durumu

Germen hukukundaki "ev hakimiyeti", "koruma", "kayırma" anlamına gelen ve babanın hakimiyetini içeren "munt" kavramı, Roma hukukundaki patria potestas kavramı ile benzerlikler içermektedir. Aile reisinin çocuk üzerindeki hakimiyeti çocuğun hak sahibi olması, çocuğun soy bağına bağlanmasıyla başlamaktadır. Çocuğun yaşama hakkı, babanın onu tanıması ve koruma altına almasıyla bağlantılıdır (Akyüz, 2012: 22).

Roma hukukunun aksine, bu hukuk sistemi içinde nadiren de olsa, baba hakimiyeti altında çocuğun korunmasıyla ilgili bazı ilkeler bulunmaktadır. Modern hukukta yer alan çocuğun dış etkenlere karşı korunması, temsil edilmesi, mal varlığının yönetimi ve kullanılması gibi yetkilerin bir kısmı Germen hukuk sisteminde de yer alır. Bununla birlikte, bu hukuk düzeninde bile aile reisi, çocuğun yaşamasına karar verme yetkisine sahiptir (Baktır Çetiner, 2000: 25). Germen hukukunda aile reisinin egemenliği, sadece çocuklarla sınırlı kalmaz, torunları üzerinde bile bir hakimiyet alanı yaratmıştır. Aile reisinin varlığında, çocuğun anne ve babası onun eğitimi konusunda söz sahibi olamazlardı (Keçer, 2010: 51).

Germen hukukunda Roma hukukundan farklı olarak, anneye kısmi de olsa velayet hakkı tanınmıştır. Anne ve baba birlikte velayet hakkını kullanamazlar, ancak babanın ölmesiyle anne velayet hakkını kullanabilmektedir (Baktır Çetiner, 2000: 25). Germen hukukunda babanın velayeti çocuğun yaşamı boyunca sürmemekte, belirli bir süre ile sınırlı kalmaktadır. Çocuğun velayetten çıkabilmesi için reşit olması yeterli değildir, ekonomik bağımsızlığını kanıtlayarak ve baba evinden ayrılması yeter şarttır (Akyüz, 2012: 23).

Klasik Sonrası Hukuk Dönemi olarak adlandırılan dönemde, Hristiyanlığın yayılmasıyla, aile ve çocuk üzerindeki otoriter baba figürü yumuşamalar göstermiş,

çocukların yetiştirilmesi artık anne babanın görevi ve çocuğun yetiştirilmesi çocuğun hakkı olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Bu durum, çocuğun kişiliğinin yavaş yavaş tanınması ve kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Ancak, çocuklara gösterilen özen ve koruma dini nitelik taşımakla birlikte, toplum düzeyinde tam olarak kurumsallaşma görülmemiştir.

Fransız Devrimi velayet hukuku konusunda önemli dönüm noktalarından birisidir. Bu devrim, çocukların korunması düşüncesinin geniş kitleler tarafından kabul edilmesine ve benimsenmesine ortam hazırlamıştır. Baba iktidarı yerini, çocuğun yararına kullanılması gereken bir iktidar olduğu düşüncesine bırakmaya başlamıştır. Sanayi devriminin ardından aile yapısı değişmiş, büyük ailelerin yerini çekirdek aile modeli almaya başlamıştır. İş gücüne duyulan ihtiyacın ve kadınların iş gücüne katılımının artması, çalışan ebeveynlerin evde çocuk bakımını zora sokmuş, bu durum dolaylı olarak çocuk işçi sayısının artmasına ve ucuz iş gücü olarak görülmelerine de sebep olmuştur (Usta, 2016:37).

Uzun bir dönem çocuk ile anne baba arasındaki ilişki, egemenlik ilişkisi olarak kabul edilmiş ve çocuklar hak sahibi bireyler olarak görülmemiştir. XIX. yüzyılın başlarından itibaren görülen boşanmalarda çocukların velayeti ekonomik güçleri olduğu gerekçesiyle babalara verilmiştir. Bu durum annelerin daha geri planda kalmasına ve genellikle velayet haklarını kaybetmelerine neden olmuştur. Ancak velayetin babalara verilmesindeki etkenlerden birisi ekonomi ise diğer etken din boyutudur. Hristiyan öğretideki Tanrı Baba imajı, babaların "en iyi ebeveyn" olduğu düşüncesini desteklemiş ve velayet sürecinde annelerin arka plana itilmesine dayanak oluşturmuştur. Sanayi devriminden ardından, "duyarlı yıllar (Tender Years Doctrine)" adı verilen süreçte velayetin babaya verilme eğilimi yerini velayetin annelere verilmesi eğilimine bırakmıştır. Bunun nedeni, o dönem, babaların iş için aileden uzaklaşması, çocuğun biyolojik açıdan anneye bağlı olması, velayetin disipline edici tavrının sevgi, şefkat ve bakımla ilişkilendirilmesidir. Özellikle, çocuklarda belirli bir yaş grubunun anneye olan ihtiyacı ve menfaatleri göz önünde tutularak, velayetin anneye bırakılması gerektiği anlaşılmıştır. Bu dönemde, çocuğun, sevgi, bakım ve şefkat ihtiyacının karşılanması gerekçesiyle velayetin anneye bırakılması görüşüne karşı argüman olarak "kusur" faktörü önem kazanmıştır. Boşanmaya yol açan olaylarda daha az kusurlu olduğu iddia edilen ya da boşanmaya neden olmayan taraf, çocuğa en iyi bakabilecek,

velayet sahibi olacak kişi olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Kusur karinesi ise, kusuru kanıtlamanın boşanma sürecinde tarafları yalan beyanlarda bulunmaya teşvik edeceği ihtimali ve kusura dayalı boşanmanın, zaten gergin bir süreç olan boşanma ve velayet davalarındaki çatışma ve düşmanlığı artırabileceği ihtimali yüzünden eleştirilmiştir. Potansiyel iş gücü olarak görülen çocukların zorunlu eğitime teşvik edilmesi, çalışmalarının yasaklanması ve daha çok babaların ekonomik sorumluluğu üzerlerine almasıyla, çocuk bakımı anneler üzerine bırakılan bir görev halini almıştır. Çocukların bakımını üstlenen anneler açısından, kadının sosyal ve siyasi konumu değişerek güç kazanmıştır. Tanrı Baba imajı yerini, fazilet ve masumiyet sembolü, iffetli ve dindar anne imajına bırakmıştır (Mnookin, 1975: 233-236).

1960'lı yıllardan itibaren gelişen ve feminist grupların annelere yapılan ayrımcılık tartışmaları "duyarlı yıllar" eğiliminin etkisini yitirmesine sebep olmuştur. Kariyer odaklı bakış açısına sahip olan kadınlar açısından hem velayete hem de erkeklerle iş yaşamında eşit koşullara sahip olmak, "duyarlı yıllar" eğiliminin zorlaştırıcı bir etki yarattığı şeklinde yorumlanmıştır (Mnookin, 1975: 235).

Avrupa'da velayetin tarihsel gelişimine bakıldığında Germen hukukunun yanı sıra Roma hukukunun da etkileri görülmektedir. Orta Çağ ve Feodal Dönemde İsviçre'de Roma hukukundaki patria potestas kavramına benzer şekilde, velayetin merkezinde, çocuğun bakımı ve yetiştirilmesiyle sorumlu olan aile reisi bulunmaktadır. Babanın otoritesi altında olan çocukların velayetleri, genellikle babanın vefatıyla veya aile içindeki diğer değişikliklerle farklı aile üyelerine geçmektedir. Bu dönem için annenin/kadının velayet hakkının olması söz konusu değildir. 19. Yüzyılda ise, İsviçre'de aile hukuku ve velayetle ilgili konular daha belirgin hale gelmeye başlamıştır. Napolyon'un Fransız İmparatorluğu'nun etkisi altında, birçok Avrupa ülkesinde olduğu gibi İsviçre'de de aile hukuku düzenlemeleri yapılmış ve bu dönemde, velayetin anaerkil bir yapıya sahip olması yaygınlaşmıştır. Bu dönemde genel eğilimin, çocukların velayetinin annelere verilmesi yönünde olduğu görülmektedir.

20. yüzyılda İsviçre'de kadın hakları ve çocuk hakları konusundaki çalışmaların artmasıyla, kadınların eşit haklara sahip olması ve çocukların refahının daha iyi korunması için yasal düzenlemeler yapılmıştır. Halen yürürlükte olan İsviçre Medeni Kanunu'nda Roma Hukukundaki patria potestas kavramı, Kanun'un Fransızca

metninde benzer bir yapıda yer almaktadır. Ancak Fransızca metinde, annenin çocuklar üzerinde herhangi bir velayet hakkı bulunmamakta, velayet babanın hakkı olarak görülmektedir. Bunun aksine, Kanunun Almanca versiyonunda *"Elterliche Gewalt/Elterliche Sorge"* terimiyle velayetin hem anneye hem babaya ait olduğu düzenlenmiştir (Baktır Çetiner, 2000: 26).

İsviçre, federal bir yapıya sahip olduğu için velayet hakkı düzenlemeleri kantona göre farklılık gösterebilse de genel olarak velayet düzenlemeleri, çocuğun çıkarları ve refahı gözetilerek yapılmaktadır. Çocuğun üstün yararını sağlaması koşuluyla, kadın erkek arasındaki cinsiyet eşitliği baz alınarak ebeveynler arasında ortak velayet düzenlemesi tercih edilmektedir.

1 Ocak 2000'de İsviçre'de yürürlüğe giren boşanma hukuku revizyonuyla, önceden kesin olarak reddedilen ortak velayet artık mümkün hale getirilmiştir. Ancak ebeveynlerin ortak talepte bulunmaları ve çocuğun bakımı ve masraflarına katılımla ilgili anlaşma yapmış olmaları gerekmektedir. Mahkeme de bu anlaşmanın çocuğun yararına uygun olduğunu denetleme görevine sahiptir. Bu şartlar çerçevesinde yapılan ortak velayet anlaşmaları, çocuğun dönüşümlü olarak himaye edilmesini içeren anlaşmalar da mahkemeler tarafından onaylanmıştır. 1 Temmuz 2014'te yürürlüğe giren değişikliklerle birlikte, boşanmanın velayet üzerindeki etkisi ortadan kalkmış ve boşanma durumunda velayetin birlikte kullanılması kural haline getirilmiştir. Yani ebeveynlerin ortak velayet talep etmeleri durumunda, mahkeme çocuğun çıkarlarını göz önünde bulundurarak ortak velayet düzenlemesini desteklemektedir (Erlüle ,2019:216-218).

Almanya'da velayet kullanımı ve kadının/annenin konumu İsviçre'ye benzer bir eğilimle tarihsel gelişim göstermiştir. Orta Çağ ve Feodal Döneme bakıldığında, Almanya'da velayet kavramının, patriarkal bir yapıda şekillendiği görülmektedir. Bu dönemde, evlilik birliği içinde doğan çocukların velayetinin babalarına ait olduğu kabul edilmektedir. Kadınların velayet konusundaki hakları oldukça sınırlıdır. Genellikle evlilik dışı doğan çocukların bakım ve sorumluluklarının kadınlara ait olduğu kabul edilmektedir. 19. yüzyılda Avrupa'da gerçekleşen hukuki reformların etkisiyle Almanya'da aile hukuku ve velayet konusunda bazı değişikliklere gidilmiştir. Bu dönemde, çocukların velayetinin anne baba arasında paylaşılabileceği ve annelerin de velayet hakkı kazanabileceği yönünde yasal düzenlemeler gerçekleştirilmiştir.

Ancak kadınların velayet konusundaki haklarının, erkeklerin hakları ile karşılaştırıldığında eşitliğin sağlanamadığı görülmektedir.

20. yüzyılda Almanya'da kadın haklarına ve çocuk haklarına yönelik farkındalığın artmasıyla, çocukların refahının sağlanması ve korunması daha fazla önem kazanmıştır. Almanya'da velayet konusunda da kadınların rolü ve haklarına daha fazla vurgu yapılmaya başlanmış ve velayetin genel olarak annelere verildiği yönünde bir eğilim ortaya çıkmıştır.

Günümüzde ise Almanya'da velayet konusunda kadınların konumu daha eşitlikçi bir temelde ele alınmaktadır. Alman Medeni Kanunu'nda yapılan reformlarla, annelerin de velayet hakkına sahip olması ve çocukların refahının gözetilmesi ön plana çıkarılmıştır. Boşanma veya ayrılık durumlarında, velayetin genellikle anne ve babaya birlikte verilmesiyle çocukların hem annesi hem de babasıyla düzenli olarak ilişki kurmaları ve her iki ebeveynin de çocuğun ihtiyaçlarına katkıda bulunmaları hedeflenmektedir. Alman Medeni Kanunu'nda boşanmanın, ebeveynlerin boşanmadan önce birlikte icra ettikleri velayet üzerinde etkisinin olmayacağı ve böylece ortak velayetin boşanmadan sonra da devam edeceği öngörülmüştür. Tek başına velayet kararı alınabilmesi için ebeveynlerden birinin mahkemeden bu şekilde talepte bulunması gerekmektedir. Diğer ebeveyn de buna razı ise ve on dört yaşını tamamlamış olan çocuk bu anlaşmaya itiraz etmezse, velayet tek başına icra edilecektir. Bu şartların yerine gelmesi durumunda, mahkeme ebeveynlerin tek başına velayet üzerinde anlaşmalarının çocuğun çıkarlarına uygun olup olmadığını denetleyemeyecektir (Çelebi, 2020: 53).

Fransa'da velayet hakkının kadın yönünden tarihsel gelişimi oldukça çeşitli ve karmaşık bir süreçtir. Toplumsal ve siyasi değişimler, hukuki reformlar kadınların velayet üzerindeki hakları açısından evrimsel bir geçişin sağlanmasında rol oynamıştır. Fransa'da velayet kavramının gelişiminde, boşanmanın tarihsel açıdan inişli çıkışlı bir değişim izlemesi etkili olmuştur. Dini otoritelerin etkisiyle uzun süre boşanmanın yasaklandığı Fransa'da, 1804 tarihli Fransız Medeni Kanun ile, boşanma sınırlı bir alanda olmak üzere kabul edilmiştir. Boşanma izni 1816'ya kadar sürmüş ancak 1816'daki Restorasyon ile boşanma tekrar yasaklanmıştır. 1884'te, yapılan kanun değişikliği ile boşanma sebepleri düzenlenerek boşanmaya izin verilmiştir (Altınok Ormancı, 2022:1432-1433). Boşanma kusura dayandırılmış ve kusurlu olan

tarafa velayet hakkı verilmemesi öngörülmüştür. Bu durum boşanma süreçlerinin sıkıntılı ve uzun olmasına sebebiyet vermiştir. Bu dönemde velayetin genellikle babaya verildiği annenin ise daha çok bakımdan sorumlu olduğu görülmektedir.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, 1945 yılında Fransa Anayasa'sının 3. maddesi, kadınlar ve erkekler arasında eşitliği güvence altına almıştır. Bu, velayet hakkı konusunda da etkili olmuş ve annelerin çocukları üzerindeki velayet hakları güçlendirilmiştir. 1804 tarihli Medeni Kanun uyarınca velayetin anne ve baba tarafından ortak şekilde kullanılacağı ve çocuğun ergin olmasıyla sonlanacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak, velayetin kullanımı her ne kadar anne ve babaya birlikte verilmiş ise de evlilik birliği devam ettiği sürece, velayetin kullanımında babanın yetki sorumluluk alanı geniş tutulmuştur. 1947 yılında yapılan değişiklikle, evlilik süresince babanın kontrolünde olan velayet hakkı, artık "*ev başkanı"* olarak adlandırılan bir statü altında kullanılmıştır. (Özlü, 2002: 9).

Fransız hukukunda 11 Temmuz 1975 tarihli kanun öncesinde boşanmada kusurlu olan tarafın velayeti alamayacağı yönündeki ön kabul yeni kanun ile kaldırılmıştır. Velayet tayininde kusurun etkisi tamamen ortadan kaldırılmış ve velayetin verilmesinde tek kıstas çocuğun üstün yararı olarak kabul edilmiştir. Bu gelişme üzerine velayetin genellikle annelere verildiği görülmüştür. Ancak 80'li yıllardan itibaren babaların çocuklarından uzak kaldıkları gerekçesiyle velayet taleplerinin ve kadın erkek eşitliği söylemlerinin artmasıyla birlikte, ortak velayet uygulamasına geçilmeye başlanmıştır. Uygulama başlarda anne baba arasındaki anlaşmaya bağlı olarak kabul edilmiş ancak daha sonrasında boşanma sebepleri içerisinde düzenlenen kusur unsurunun velayet düzenlemesi ile ilgili bağı kaldırılması ve velayet boşanmadan bağımsız olarak değerlendirilmiştir.

Günümüzde, Fransa'da velayet hakkı konusunda cinsiyet ayrımcılığı giderek azalmış, kadın erkek arasındaki eşitlik vurgusu çocuğun üstün yararı ilkesini takip eder duruma gelmiştir. Mahkemeler, çocukların çıkarlarını göz önünde bulundurarak velayet hakkını belirler ve anne ya da babanın velayet sahibi olma niteliği, cinsiyet temelli bir ayrımcılıktan öte, çocuğun ihtiyaçları ve yaşam koşulları temel alınarak değerlendirilir. Çocuğun hem annesi hem de babasıyla eşit derecede zaman geçirmesi, anne baba arasındaki velayet savaşını engellemek bu süreçte çocuğun yıpranmasını

engellemek amacıyla, anne baba arasında ortak velayet düzenlemesi yaygınlaştırılmıştır.

3.3. İslam Hukukunda Velayetin Kazanılması ve Kullanılmasında Kadının Konumu

İslam, kadın ve erkeği hukuk önünde eşit saymıştır ve onların üstünlüğünü takvaya (Allah'a saygı ve iyi ahlak) bağlamıştır. Kadın ve erkek, birbirini tamamlayıcı unsurlar olarak kabul edilmiştir. Medeni hukuk açısından kadın ve erkeğin hakları kapsamlı şekilde düzenlenmiştir. İslam hukuku çerçevesinde, kadın ergenlik çağına geldiğinde, kendi hakkında kararları özgürce verebilir, evlenip evlenmemekte serbesttir, zorla evlendirilemez, evlilik baskısı altına alınamaz. Reşit olmadan önce babasıyla beraber danışarak karar alma hakkına sahiptir. Kadınların, babası ve annesinin malında miras payları bulunmaktadır. Türk hukukunda tartışmalara neden olan evlendikten sonra kocanın soyadını alma durumu ise İslam'da zorunlu değildir. Bölgesel ve kültürel durumlardan bağımsız olarak, kadın evlendikten sonra soyadını kullanabilme hakkına sahiptir. Erkek, karısının kazancına müdahale edememekte ve kadının sermaye, mal edinme hakkı bulunmaktadır. Kadın, baskı, şiddet gördüğünde ya da boşanmayı gerektirebilecek diğer durumlarda kocasından boşanmayı isteme hakkına ve boşandığında iddet süresi boyunca nafaka isteme hakkına sahiptir. Kadın, çocuklarının evliliğinde kocası kadar söz sahibidir. Velayet babaya ait olsa bile hadane hakkı ile annenin de çocuk üzerinde hakları korunmuştur.

"Velayet" kelimesi Arapça kökenli bir terimdir ve sözlük anlamı olarak "yardımcı olmak, sevmek, dostluk kurmak, yakınlık, himaye etmek, korumak, birinin işlerini üstlenmek ve akrabalık ilişkisi kurmak" gibi anlamlara gelir (Sürmeli, 2002; 305). Bu terim, bazı Arapça kaynaklarda "vilayet" olarak da kullanılmaktadır. Her iki terim de benzer anlamları içerse de "vilayet" terimi, otoriteyi ve yönetimi çağrıştıran anlamları da içermektedir (Cevherî, 1987: 2530; akt. Ötegeçeli, 2020: 9). *"Vilayet"* anlamına uygun olarak Peygamber Efendimiz (s.a.v), devlet başkanına, valiye ve aile reisine hitaben: *"Dikkat edin! Siz hepiniz çobansınız; Sürülerinizden mesulsünüz. Devlet başkanı da çobandır, idaresi altındakilerden (vatandaş) sorumludur. Evin beyi bir sorumludur ve yönettiklerinden mesuldür. Evin hanımı da bir sorumludur ve yönettiklerinden mesuldür. Hizmetçi de efendisinin malı üzerinde bir sorumludur ve*

yönettiklerinden mesuldür." buyurmuştur (B2409 Buhârî, İstikrâz, 20, Diyanet, 10.08.2023).

Bu emir ve tavsiyeler sonucunda, vatandaşların, özellikle kimsesizlerin ve yoksulların korunması sağlanmaktadır. Aynı şekilde, fiil ehliyeti tam olmayan bireylerin ve himayeye muhtaç kimselerin korunması amacıyla da "*özel velayet"* anlamına gelen "*velayet-i hassa"* yöntemi uygulanır. Bu nedenle, çocuklar ve akıl hastaları gibi ehliyet noksanlıkları olan bireyleri koruma ve işlerini yürütme amaçlarıyla velayet ve vesayet gibi kurumlar oluşturulmuştur (Karaman, 1991: 195).

Türkçe kaynaklarda ve günümüz yazarları tarafından ise "*vilayet"* kavramı yerine daha yaygın olarak kullanılan terim "velayet" şeklindedir. Velayet kavramı, İslam hukukunun ana kaynağı olan Kur'an-ı Kerim'de bu anlamıyla 200'den fazla ayette geçer ve farklı şekillerde ifade edilir. Bu önemli terim, çeşitli ayetlerde "Rab, koruyucu, yardımcı, sahip-efendi, yönetmek ve sorumluluk almak, mirasçı, dost, çocuk ve vekil" gibi anlamlarla kullanılmıştır (Sürmeli, 2002: 305-306). Bu anlamlardan "dost, din kardeşi" anlamındaki kullanımına Ahzab suresi 5. ayet örnek olarak verilebilmektedir.

"Onları babalarına nispet ederek çağırın. Bu, Allah katında daha (doğru ve) adaletlidir. Eğer babalarını bilmiyorsanız, onlar sizin din kardeşleriniz ve dostlarınızdır. Hata ile yaptığınız bir işte size hiçbir günah yoktur. Fakat kasten yaptığınız şeylerde size günah vardır. Allah, çok bağışlayandır, çok merhamet edendir." (Ahzab Suresi)

Al-i İmran suresi 68. ayet ve Bakara suresi 257. ayetleri ise velayet kavramının "veli" ve "dost" anlamına gelen şekillerinde ifade edilmiştir.

"Allah da müminlerin dostudur." (Al-i İmran).

"Allah, iman edenlerin dostudur. Onları karanlıklardan aydınlığa çıkarır. Kâfirlerin velileri ise tâğûttur. (O da) onları aydınlıktan karanlıklara (sürükleyip) çıkarır. Onlar cehennemliklerdir. Orada ebedî kalırlar." (Bakara).

Velayet terimi temel olarak "hukuki yetki" kavramını ifade etmek için kullanılır. Bu geniş anlamıyla velayet, neredeyse diğer tüm hukuki kavramlarla sıkı bir bağ içerir. İslam hukukunda bir kişinin tasarruf yeteneği olması, tasarrufu yapmayı ve yapılan tasarrufun hukuki sonuçlarını yaratmayı sağlar; ancak bu sonuçların gerçekleşmesi

için velayet gibi bir yetkinin varlığı gereklidir (Şahin, 2023: 53). İslam hukukunda velayet kavramını ilk dönem İslam hukuku ve modern dönem İslam hukuku kaynaklarına göre farklı ifadelerle açıklamak mümkündür. Velayete dair kaynaklarda ulaşılan ilk tanım, *"Gerek dilesin gerekse çekinsin sözü başkası üzerine tenfîd eylemektir."* şeklinde ifade edilmiştir (Karaman, 2014: 317). Tanıma göre velayet, birini veya bir şeyi bir başkasının adına iradesiyle hareket ettirme yetkisidir, kişi bu iradeyle tasarruflarda bulunabilir, karşı tarafın rızası veya onayı gerekli olmasa da velayetin hüküm ifade etmesine yol açmaktadır. Bu tanım, özellikle zorlayıcı velayet türünü kapsar ve velayetin hükmünün beyan edilmesiyle gerçek durumun belirtilmemesi nedeniyle velayeti tam anlamıyla açıklamaktan yoksundur (Zerka, 1993: 577).

Bir başka yorum ise velayeti, çocuklar ve onların fiil ehliyetleri üzerinden tanımlamaktadır. *"Kendi işlerini doğru ve makul olarak bizzat idareden aciz oldukları müddetçe çocuklar üzerindeki tabiî bir sultadır."* şeklindeki ifadeyle, çocukların, kendi işlerini doğru ve makul bir şekilde yönetme kapasitelerine sahip olmadıkları sürece, üzerlerinde doğal bir otorite bulunması durumu kastedilmektedir (Ferruh, 1969: 145; akt. Şahin, 2023: 72).

Fıkıh açısından velayet; hukuk sisteminin tam fiil ehliyetine sahip bir kişiyi, fiil ehliyeti olmayan veya fiil ehliyeti eksik olan kişilerin şahsı ve malı üzerinde, bu kişilerin menfaatine uygun şekilde tasarrufta bulunma yetkisi vermesidir (Birsin, 2019: 38). Tanıma göre en temel kıstas, temsil edilen kişinin tam ehliyet sahibi olmadığı, temsil eden kişinin ise reşit ve tam ehliyet sahibi olması gerektiğidir. Ayrıca velayet, sadece velayete tabi olan bireylerin kişisel işlerini değil, aynı zamanda mal alım satım gibi mali işlerini gözetme ve yönetmeyi de içerir. Velayet sahibi kişinin belirlenmesinde, öncelikli olarak kanun ve dini metinler (kuran ve sünnet) kullanılır gerekli durumlarda ise bir hâkim tarafından veli atanır (Karaman, 1991: 43).

Doğru ve yasal soy bağı (sahih nesep) içerisinde doğan çocukların bakımları, eğitimleri ana babaları tarafından yerine getirildiğinden burada dar anlamda bir velayet söz konusudur. Çocuğun bakımı için anne babanın maddi gücü yetersizse, masraflar çocuğun şahsi mallarından karşılanabilir. Fakat çocuk mallarından yararlanma durumu söz konu olmadığı durumlarda devlet, hazine yardımı (beytü'l-mal) devreye girer

(Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes ‘ûd b. Ahmed el-Kâsânî, 1986: 41; akt. Ötegeçeli, 2020: 19).

Velayet, hukuki yetkiyi elinde bulunduran kişiye "veli" denir. Veli, velayet hakkına sahip olan kimselerin işlerini yürütmek için hukuken yetkili kişidir. İslam hukukunda birden çok velayet sebebi bulunur. Hanefi hukukuna göre velayet sebepleri, *"mülk, karabet, velâ ve imamet"* şeklinde sıralanır. *"Mülk,"* anlamı taşıyan velayet kavramı köle veya cariye üzerinde mülkiyetten kaynaklanan akrabalığı ifade etmekte olup günümüzde geçerliliği kalmamıştır. *"Karabet,"* nesebi akrabalığı ifade etmektedir ve velayet sebepleri içerisinde öncelik kabul edilir. Kişi, köle veya cariye olarak sahip olduğu bir kişiyi özgür bırakır ve bu kişi artık serbest bir statüye geçerse veya kişi mirasını bir kişiye bıraktığını iki kişilik bir sözleşmeyle beyan ederse, akrabalık bağının kurulmasına ve velayet sebebinin oluşmasına imkân sağlar. Bu kavram ise *"Velâ,"* olarak tanımlanır. *"İmamet,"* Devlet başkanı, vali, hâkim gibi otorite figürleri toplumun bütün varlıkları ve bireyleri üzerinde idareyle ilgili bir ilişki içinde bulunarak, idareden kaynaklanan bir akrabalık kavramını ifade eder (Özen, 2013: 11). Velisi olmayan veya kimsesiz olan çocukların velayeti ve korunması, devlet başkanının sorumluluğu altında yer alır. Bu nedenle, çocuğun velisi bulunmadığında velayeti kamu velayetine dayanarak devlet başkanının sorumluluğundadır. Velayet sebeplerine sahip olan kişiler, çocuğu hukuki açıdan temsil ederler ve onun adına tasarrufta bulunma yetkisine sahiptirler. Bu bağlamda, çocuğun kişisel konularını temsil eden hukuki temsilcileri ile malî konularını temsil eden hukuki temsilciler ayrıdır. Annenin de hak sahibi olarak görüldüğü hadane ve velayet ayrı olarak düzenlenmiştir (Şahin, 2023: 67).

Tam ve sağ doğumla birlikte çocuğun annesi ile soy bağı kurulmuş olur. Bu durum Kur’an’da Mücadele suresindeki “*Onların anaları sadece, kendilerini doğuran kadınlardır.”* (Mücadele, 48/2) ayetine dayandırılarak değerlendirilir ve çocuğun doğumla kadına ait olduğu ifade edilir. Evlilik içi veya evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun bakımı- hadane hakkı hukuken doğumunu gerçekleştiren kadına, yani anneye aittir. Ancak zina durumunda, kadın zina ettiği kişiyle ya da başka biriyle evlenirse ve çocuk, evlilik süresi içinde doğarsa, çocuğun soyu bu evlendiği kişiye ait olur. Aksi takdirde, yani evlenme durumu söz konusu değilse, çocuğun soyu anasına bağlanır (Çiğdem, 2012:128; akt. Şahin, 2023:80). Çocuğun babası ile soy bağının kurulması

ise üç farklı şekilde gerçekleşebilir. Bunlar; sahih evlilikte soy bağının kurulması, fasit yani dinen geçerli olmayan evlilikte ve evlilik şüphesiyle birleşmede soy bağının kurulması ile ikrar ve dava yoluyla soy bağının kurulması şeklindedir. Çocuk evlilik birliği içerisinde doğmuşsa kendiliğinden baba ile soy bağı kurulur ve babanın velayetine tabi olup bu durum velayetin başlangıcı kabul edilir (Şahin, 2023: 77).

İslam hukukunda, velayet, kullanılması sırasında bireylerin dini ve ahlaki değerlere uygun davranması beklenir. Bunun temelinde yatan sebep, velayet kavramının bir tür emanet olarak kabul edilmesidir. Velayet sahipleri, güçleri yettiğince, kendilerine emanet edilen çocuk üzerinden emanetin özüne uygun bir saygı ve özen gösterme yükümlülüğü taşırlar. Bu gerçek, Hz. Peygamber'in (s.a.v.) "*çoban"* benzetmesiyle erkeğin de kadının da elinde bulunanları, çocuklarını, korumak ve sorumlu tutulduklarını bildiren hadisiyle vurgulanmıştır. Hanefi hukukuna göre, çocuğun kişisel velayet yetkisi, mirastaki sıraya göre belirlenir ve erkek hısımlara aittir. Bu kişiler arasında oğullar, babalar, erkek kardeşler ve amcalar bulunur. Ancak, kadınlara velayet hakkı tanınan tek mezhep Hanefi mezhebidir. Velayetin sahibi, çocukla arasında nesep ilişkisi olan ve ehliyeti tam olan en yakın kişidir. Velayet hakkı, babanın varlığında ona aittir ve çocuğun şahıs ve malî konulardaki hakları, babanın velayet hakkının kapsamında yer almaktadır. Baba yoksa veya ehliyetini kaybetmişse, velayet hak ve yetkileri, Hanefi hukukuna göre, babanın babası olan dedeye geçer. Velayet hakkı, aslen kazanılmış bir hak olup yardım talebi veya üst makamın tayini yoluyla değil, doğrudan doğruya çocuğun babası veya babasının babası olan dede tarafından sahiplenilir. Mâlikî hukukunda ise velayet sahipleri şu şekildedir: oğul, oğlun oğlu, baba, babanın tayin ettiği vasi, öz veya yalnız baba bir erkek kardeş, bu kimselerin oğulları, babanın babası, amca, amca oğlu. İslam hukukunda, velayet sahipleri çocukların haklarını gözetmek ve korumak için sorumluluk sahibi olmalıdır. Eğer çocuğun babası hayatta ve velayeti üstlenmeye hukuken ehil ise, velayet hakkı babasındadır. Çocuğun nafakasını temin etme borcu, Kur'an'a göre babanın yükümlülüğü altındadır. Babanın yokluğunda veya ehliyetini kaybetmiş olmasında, velayet hakkı babanın babası olan dedeye geçer. Ana tarafında da velayet hakkına sahip olanlar, anası, anasının babası, ana bir erkek kardeşi, ana bir amcası gibi ana tarafından gelen akrabalardır. Çocuğun kimsesi olmadığında veya kimsesiz olduğunda velayet hakkı devlet başkanına ve onun niyabetiyle hâkime geçer. Velayet ehliyeti tam olan yakın bir veli varsa, daha uzak derecedeki veli velayet hakkına sahip değildir.

Kadınlara velayet hakkının tanındığı tek mezhep Hanefi mezhebidir. (Çeker, 2015 :92-94).

İslam hukukuna göre, çocuğun doğumuyla birlikte üç farklı türde velayet oluşur. Bunlar: doğrudan çocuğun kişisel haklarını kullanılmasıyla ilgili velayet, çocuğun mallarını koruma ve yönetme velayeti, son olarak da çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığına uygun bir şekilde yetiştirilmesini, gözetilmesini ve eğitilmesini konu alan velayettir. Bu son velayet türü, İslam hukukunda "hadane" terimiyle ifade edilmektedir. Bu nedenle, İslam hukukunda velayet, küçüğün bakım, gözetim ve eğitimini içeren daha geniş bir kavramdır ve kişi üzerindeki velayet ile hadane arasında yakın bir ilişki bulunur. Hadane, aslında velayetin bir alt türüdür (Döndüren, 2016: 322). Ancak İslam hukuku açısından, çocuğun velayeti ile çocuğun hadanesi arasında hukuki bir ayrım yapılmaktadır. Bu yetki, velayet yetkisi gibi tamamen hukuki temsil kapsamına girmemiştir ve çocuğun kendi ihtiyaçlarını karşılayıp annesine ihtiyaç duymayacak duruma geldiğinde, velayet yetkisinin tekrar babaya geçmesi söz konusu olmuştur. Genellikle, velayet sahibi ve hadane hakkı sahibi farklı kişilerdir (Avcı, 2022: 493).

Klasik dönem İslam hukukunda, evlilik birliğinin devam edip etmemesine bakılmaksızın çocuk üzerindeki genel yetki ve sorumluluklar soy bağının babaya bağlanmasıyla birlikte babada toplanır. Ancak evlilik birliği devam ederken, çocuğun bakım ve gözetimi anne ve baba tarafından bir nevi günümüzdeki ortak velayet gibi, ortaklaşa çaba ve sorumlulukla gerçekleştirilmektedir. Evlilik birliği devam ettiği müddetçe, çocuk genellikle ailesinin özellikle annesinin yanında bulunduğundan, hadane (bakım) hakkının kime ait olduğu konusu sorun oluşturmamaktadır. Ancak evlilik birliği sona erdiğinde, çocuğun nerede kalacağı, bakım ve eğitiminin kimler tarafından üstlenileceği, kişisel ve mali haklarının kim tarafından temsil edileceği gibi sorunlar ortaya çıkar. İslam aile hukukunda, evlilik birliğinin sona ermesi durumunda velayetin kullanılması ile ilgili hükümler "hadane" başlığı altında yer almaktadır (Karaman,2014:394). Hadane başlığı ise genellikle evliliğin sona ermesi ve bu sürecin taraflar arasında çekişmeye sebep olması sebebiyle "boşanma" (talak) başlığı altında düzenlenmiştir (Çolak, 2014: 278-280).

İslam aile hukukuna göre, çocuk üzerindeki velayet hakkı hem hadane döneminde hem de sonrasında babaya aittir. Bu nedenle çocuğun temel ihtiyaçları, yani yiyecek,

içecek, giyecek ve barınma gibi hadane işleri babanın sorumluluğundadır (Kelebek, 2015: 138-139). Baba, çocuğu emzirecek bir annenin yokluğunda, gerektiğinde ücret karşılığında bir süt anne tutma yükümlülüğüne sahiptir. Ayrıca, çocuğun bakıcısı yoksa belirli bir süre için bakıcı bulma görevi de babaya aittir. Eğer baba uygun bir bakıcı bulamazsa, çocuğa bakma sorumluluğu kendisine düşer ve çocuğu yanına alarak beslemek ve terbiye etmek zorundadır (Bilmen, 1985: 426; akt. Şahin, 2023: 94). Bu bağlamda, hadane dönemi, çocuğun doğumuyla başlayan sınırlı bir dönemi ifade eder. Belirli ayetler ve hadislerde, ananın çocuğunun zarar görmemesi gerekliliği vurgulanır ve hadane döneminde çocuğun annesiyle birlikte olması daha uygun olarak değerlendirilir. Bu nedenle hadane döneminde babanın velayet hakkı, annenin ve çocuğun çıkarlarına uygun bir şekilde sınırlanmıştır (Eşkan, 1999: 83).

İslam hukukunda, çocuğun ihtiyaçlarını ve yararını gözeterek hadane hakkına sahip olabilecek kişiler arasında bir sıralama düzenlenmiştir. Bu bağlamda, çocuğun bakımı, beslenmesi, büyütülmesi, eğitimi ve terbiyesi gibi temel ihtiyaçlarını içeren hadane hakkı, kadınlara verilmiştir. Bu tercihin yapılmasında, kadınların terbiye konusunda işleri etkili bir şekilde idare edebilen, çocuğa karşı anne şefkati ile yaklaşabilen ve nazik davranışlar sergileyen bireyler olduğu varsayımı yatmaktadır. Hadane hakkı, çocuğa özen göstermeyi ve onun ihtiyaçlarını karşılarken bunu sevgi ve şefkatle yapılmasını içerir. Bu nedenle, çocuk için büyük yarar sağlayacağı düşünülerek hadane hakkı, çocuğun annesine ve çocuğun annesini tarafından yakın olan kadınlara verilmiştir (Serahsi, 2008: 327; akt. Şahin,2023: 94). Hadane hakkı için sıralama yapılırken bazı kadınlar çocuğa yakınlık derecesine göre önceliklendirilmiştir. Hadane hakkının verilebileceği kadınların bulunamadığı takdirde sıra erkeklere geçmektedir. Erkeklere hadane hakkı verilmesinde akrabanın mahrem olup olmaması sorgulanır buna ek olarak asabe (kan bağı) ilişkilerine sahip olanlara öncelik tanınmaktadır. Hadane hakkının geçeceği kadın akraba yokluğunda baba, dede, dayı ve amca şeklinde bir sıralama yapılmaktadır. Anne, çocuğun yakınları arasında, çocuğa göstermiş olduğu şefkat, çocuğunu koruma, uğruna uykusuz kalma ve onu yetiştirmek için katlandığı sıkıntılar göz önünde tutulduğunda diğer kadınlara göre üstün tutulur ve hadane hakkı sahibi olarak ilk sırada kabul edilir (Çeker, 2015: 150).

Fıkıh mezhepleri de velayet yetkisi konusunda genellikle baba otoritesi ve asabe geleneğini temel olarak baz alsa da velayetin bir türü olarak gösterilen "hadane"nin

annenin hakkı olduğunu kabul etmektedirler. Bu konuda Hz. Peygamber'in hadisi delil olarak gösterilmektedir. Abdullah b. Amr'dan rivayet edildiğine göre bir kadın Resul-ü Ekrem'e gelerek, *"Ey Allah'ın Elçisi, şu oğlum benim karnımda yuva, göğsümde pınar, kucakta kundak olmuştur. Şimdi ise babası beni boşamış ve çocuğu benden almak istiyor."* demiştir Bunun üzerine Resulullah (sav) ona, *"Sen evlenmedikçe daha fazla hak sahibisin."* cevabını vermiştir. Buradan hareketle kadının velayet sahibi olabilmesi için, çocuğa yabancı olan veya mahrem olmayan bir kimseyle evli olmaması gerekir. Bu şart Abdullah b. Amr'ın rivayet ettiği hadise dayandırılmaktadır. Lafzi yorum yapılmasından kaynaklanan sebeplerle yabancıyla evlenmeme şartı sadece kadınlar için geçerli bir şart haline gelmiştir. Fakat babanın yabancıyla evlenmesi durumu ayrıca düzenlenmemiştir. Kadının, çocuk açısından mahrem biri ile evlenmesinde, kocanın çocuğa daha az sevgi şefkat gösterebileceği ihtimaline dayandırılmıştır (Karaman, 2014: 340).

Benzer bir olay, Hz. Ebu Bekir'in halifelik döneminde yaşanmıştır. Hz. Ömer'in karısı Ümmü Asım ile aralarında çocuğun velayetinin kimde kalacağına dair bir anlaşmazlık çıkmıştır. Bu durumda Hz. Ebu Bekir, Hz. Peygamber'in uygulamasına uygun olarak çocuğun annesiyle birlikte kalmasına karar vermiştir. Halife, Hz. Ömer'e, *"Çocuk için annenin kokusu, okşaması ve şefkati, kendi tercihini kullanana kadar senin yanındaki petekli baldan daha hayırlıdır"* diyerek velayette annenin önemini ve konumunu vurgulamıştır (Merginani; akt. Ötegeçeli, 2020: 24). Yukarıdaki örneklerden anlaşıldığı üzere, küçük çocuğun bakım ve himayeye ihtiyaç duyduğu dönemlerde velayet "hadane" şeklinde kullanılmış ve yetkisi öncelikli olarak anneye verilmiştir.

Ölüm veya hadane ehliyetinin kaybedilmesi halinde, çocuğun yararı gözetilerek hadane hakkının, diğer kişilere geçmesi sağlanır. Hadane hakkının kaynağı annedir bu yüzden hak sıralamasında öncelik annenin soy bağı ile bağlı olduğu kişilerdir. Bu sebeple hadanede çocuğun anne tarafından gelen kadın akrabaların, baba tarafından gelen kadın akrabalara ya da diğer nesep üyelerine göre öncelikli olduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda Hanefî mezhebine göre, anneden sonra bakım hakkı ilk olarak anneanneye aittir. Hadane hakkının anneanneden sonra kim tarafından kullanılacağı konusunda fıkıh alimlerinin farklı görüşleri bulunmaktadır. Bir görüşe göre bu hak çocuğun babaannesine, başka bir görüşe göre annenin, ana baba bir kız kardeşine veya anne bir kız kardeşine geçmelidir. Hadane hakkı sıralamasında aynı

dereceye sahip olanlar arasında çocuğun menfaati açısından, en dürüst ve dindar olan hak sahibi tercih edilmektedir. İslam dininin temel ilkeleri dışında, bazı hukuki konularda mezhepler arasında farklı görüşler ortaya çıkabilmektedir. Eşlerin ayrılması durumunda, çocuğun bakım ve terbiye hakkının (hadane) kime ait olacağı veya nasıl belirleneceği konusunda farklı mezhep uygulamaları bulunmaktadır. Örnek uygulamalardan Şafii mezhebine göre, çocuk anne ve baba arasında kimin yanında kalmak istediğine dair bir seçim hakkına sahiptir ve çocuk hangi tarafı tercih ederse, o tarafa verilmektedir (Serahsi, 2008: 327; akt. Şahin, 2023: 94-97)

Normal şartlarda İslam hukukunda, velayet babaya veya erkek akrabalara ait olduğu için nafaka yükümlüsü de velayet sahibi kişilerdir. Ancak hadane dönemi masrafları da ayrıca düzenlenmiştir. Eğer bakım sorumluluğunu üstlenen hadane hakkı sahibi kişi çocuğun annesi ise hem evlilik süresince hem de iddet süresi boyunca hadane ücreti talep etme hakkı bulunmamaktadır. Hadane ücreti, evlilik birliği içinde kocanın eşi ve çocuğu için vermesi gereken nafaka ile ilgilidir. Hadane masrafları, çocuğun nafakası hükümlerine göre çocuğun babasına aittir. Bu masraflar, emzirme ücreti ve kadının nafakasından bağımsız konulardır. Annenin çocuğu ile yaşayabileceği bir yerleşim yerinin bulunmadığı durumlarda, baba, çocuğun bakımının yapılacağı yeri temin etmekle yükümlüdür. Eğer hadane masrafları gerekiyorsa, çocuğun kendi malından karşılanır, aksi durumda nafaka ödeyenlerden biri, genellikle baba, bu masrafları karşılar. Babanın hadane hakkına sahip olabilmesi için çocuk ile arasında din birliği olması gerektiği halde hadane masraf yükümlülüğünü yerine getirmesi için din birliği olma zorunluluğu bulunmamaktadır (Çeker, 2015 :152).

Küçük çocukların bakım ve yetiştirilme hakkını ifade eden *hadane hakkı* konusunda İslam hukukunda kesin bir yaş sınırı tespit edilmemiş olup yaş sınırını belirlemede genellikle içtihatlar kullanılmaktadır. Buna göre, erkek çocuklar için yetişkin olma, kız çocuklar için evlenme yaşı hadane süresi içerisinde kabul edilir. Velayet sahibi baba, çocukların doğumundan itibaren hadane süresi de dahil çocukların eğitimi, nafakası ve gelişimi için gerekli tüm masrafları karşılamakla sorumludur. Hadane yaşlarının belirlenmesindeki bu tutum Maliki mezhebi hukukçularınca geçerlidir. Mâlikî mezhebine göre, erkek çocuğun hadanesi erginlik çağına kadar devam eder, ancak kız çocuğun hadanesi evlenip kocasıyla cinsel ilişkiye girene kadar sürer. Şafiî mezhebine göre ise hadanenin belirli bir süresi yoktur, çocuğun tercihine göre hareket

edilir. Hanbelî mezhebine göre ise her iki cins için hadane süresinin sonu yedi yaşa kadardır. Mısır aile hukukunda, bu konu 1929 tarihli ve 25 Sayılı Kanun'un 20. maddesinde ele alınmıştır. Bu kanuna göre, erkek çocuk yedi yaşına, kız çocuk ise dokuz yaşına kadar kadınların hadanesinde kalabilir. Bu yaşlardan sonra hâkim, çocuğun yararına göre bu süreyi iki yıl uzatma konusunda takdir yetkisine sahiptir (Döndüren, 2016: 333-334).

Hanefi, Şafiî ve Hanbeli mezheplerinde genel uygulama çocuğun annesinin yanında kalma yaşının erkek için yedi, kız için ise dokuz olarak kabulü yönündedir (İbn Hümam,2003: 373; akt. Ötegeçeli, 2020: 19). Dört mezhep için de yaş belirlemede önemli olan kıstas, modern hukukta çocuğun üstün yararı ilkesi olarak kabul edilen çocuğun menfaatinin sağlanması ve korunmasıdır (Topal, 2006: 266). Hanefi mezhebine göre, hadane süresi sona erdikten sonra çocuk annenin himayesinden çıkar bu durumda çocuk eğer baba velayet konusunda tam ehliyet sahibi ise babanın velayetine tabi olmaya devam eder. Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri, hadane süresinin sona ermesinden itibaren çocuğun sorumluluğunun kime geçeceği konusunda farklı bir görüş benimsemiştir. Bu görüşe göre, akıl ve irade sahibi bir çocuk, ana ve babasından hangisini seçerse, o tarafın yanında kalmakta serbesttir. Bu görüş, Hz. Peygamber'in, ana babası boşanmış bir erkek çocuğunu onlardan birini seçmekte özgür bıraktığı hadisiyle desteklenmektedir (Ahmed b. Hanbel, el-Müsned, II, 182; Ebu Dâvûd, Talâk, 35; Diyanet, 2023).

Türk Medeni Kanunu'nda velayetin getirdiği yetki ve sorumluluklardan birisi de çocuğun adının konması yükümlülüğüdür. Çocuğun adının konması İslam hukukunda da velayetin içerdiği yükümlülükler kapsamında düzenlenmiştir. İslam hukuku açısından kişinin ismi büyük bir öneme sahiptir. İslam'da kişinin adı, onun kimliğini, aidiyetini ve toplumsal ilişkilerini yansıtır. İsim, bireyin ailesi, etnik kökeni, inancı ve aidiyeti hakkında bilgi sunar. Bu nedenle, İslam toplumunda kişinin adının güzel ve anlamlı olması teşvik edilir. Bireyin adı, ailesinin değerlerini, inancını ve kültürünü yansıtırken, o kişinin karakterini de ifade eder.

Hz. Peygamber (s.a.v.) birçok hadisinde çocuklara güzel isimler koymayı teşvik etmiş ve anlamlı, anlaşılır, iyi ahlakı yansıtan isimlerin tercih edilmesini buyurmuştur. Bununla birlikte, İslam hukuku, isim seçiminin keyfi olmamasını ve toplumsal değerlere saygı gösterilmesini önerir. Ayrıca, bir kişinin adı, ona atfedilen hak ve

sorumlulukları da yansıtabilir. Bu nedenle, İslam hukuku ad seçiminde özen gösterilmesini ve buna dikkat edilmesini teşvik etmektedir.

Bu bağlamda, İslam hukuku perspektifinden bakıldığında, kişinin adı, hukuki niteliği itibarıyla kişilik hakkını yansıtır. Her çocuğun güzel bir isim taşıma hakkı vardır. Ayrıca, veli için çocuğuna güzel bir ad koymak hem bir yetki hem de bir görevdir. Ad seçme ve koyma hakkı, genellikle çocuğun babasına aittir, ancak baba vefat etmiş veya velayet hakkını kaybetmişse, bu hakkı çocuğun annesi kullanır (Aras, 1988: 333). Evlilik dışı ilişkiden doğmuş ve babasıyla soy bağı kurulamayan çocuklarda, çocuk soy bağı ile annesine bağlı olduğundan, çocuğa isim verme yetkisinin annesine ait olduğu kabul edilmektedir (Bilmen, 1985: 466-467).

İslam hukukunda çocuk hakları açısından ve hadane -velayet kapsamında değerlendirilen konulardan birisi de çocuğun beslenmesi yani süt emmesi (*Radâ*ʿ) dir. Süt emmenin önemini vurgulamak için, Hz. Peygamber (s.a.v.) bir hadisinde *"Süt emme, eti oluşturan ve kemiği de geliştirip büyütendir."* buyurmuştur (Ebû Dâvûd, "Nikâh", 9; Ahmed b. Hanbel, el-Müsned, 1/432). İslam hukukunda, çocuğun hakkının korunmasına, yeni doğan bebeğin süt emmesine, sağlıklı gelişiminin sağlanmasına verilen önem sonucu süt emme kısmı da fıkıh açısından Radâʿ başlığı altında ayrıca düzenlenmiştir. Hukuki bir terim olarak "*radâʿ*", bir bebeğin belirli bir süre boyunca bir kadının memesinden süt emmesini ifade eder. Bu "belirli süre" ifadesi, genellikle çocuğun süt emme dönemi olarak bilinir ve genel kabul 24 ay olup çocuğun gelişimine bağlı olarak esneklik gösterebilir. Emzirme süresi, Ebû Hanife'ye göre doğumdan itibaren otuz ay, diğer fıkıh alimlerine göre ise iki kamerî yıl olarak kabul edilmektedir. Bu dönemde, çocuğun süt emme hakkı, annenin çocuğunu emzirme hakkına eşlik eder öyle ki anne bu haktan mahrum bırakılamaz (Kaşıkçı, 2006: 33).

Çocuğunu emzirmek, annenin bir görevi olarak kabul edilse de bu görevin kaynağının dini mi yoksa hukuki mi olduğu konusunda İslam hukukçuları arasında farklı görüşler bulunmaktadır. Bu ihtilaf, Bakara suresindeki *"çocuklarını tam iki yıl emzirirler"* ayetinde yer alan ifadenin emredici hüküm niteliğinde olup olmadığı veya çocuğun emzirilme ihtiyacının belirli yaşlarda olduğunu ifade edip etmediği sorusu üzerinde yoğunlaşmıştır. Hanefi, Şafi ve Hanbeli mezheplerine göre emzirme, dini bir görevdir. Annenin bu görevi yerine getirmemesi durumunda mahkemeye başvurmak gerekli

değildir, çünkü emzirme zorunluluğu hukuki olarak anneye yüklenmemiştir (Çeker, 2015: 135-136). Diğer bir görüşe göre ise emzirme, Allah'ın rızasına uygun bir görev olarak kabul edilmektedir. Bu görüşe göre ayette geçen "emzirirler" ifadesi, aslında "emzirsinler" anlamına gelmektedir. Çoğu İslam hukukçusunun görüşüne göre ise annenin kendi çocuğunu emzirmesi dinen tavsiye edilen, bireye sevap kazandıracak bir eylemdir. Bu nedenle, kadın, bazı istisnalar dışında, çocuğunu emzirmek istemezse hukuki olarak buna zorlanamaz (Döndüren, 2016: 311).

Ancak çocuk, kendi annesinden başkasının sütünü kabul etmediğinde, çocuğu emzirecek bir sütanne bulunmadığında veyahut süt anne bulunsa bile bunu ücretsiz kabul etmediyse ve ücretini anne babanın karşılayacak maddi gücü bulunmuyorsa, anne çocuğu emzirmek zorunda kalabilir (Çeker, 2015: 137). İslam hukukunun uygulandığı Osmanlı Devleti'nde, 1915 yılında Hanefi hukuk ekolüne göre düzenlenen Nafaka Kanunu'nun ilgili 439. maddesinde de süt emzirme ile ilgili istisnalara yer verilmiştir. Kanun'a göre, evlilik birliği içerisinde veya evlilik birliğinin sona ermesiyle başlayan iddet süresi içinde, annenin çocuğunu emzirmek zorunda olduğu kabul edilmiştir. Ancak, annenin hastalanması, sütünün olmaması veya çocuğun annesinin memesini almaması durumlarında anne emzirmek zorunda değildir (Kaşıkçı, 2006: 32). Aynı şekilde, eğer anne çocuğunu emzirmek istemez ve çocuğun süt emebileceği bir süt anne bulunursa, anne emzirmeye mecbur edilemez. Diğer bir düzenlemeye göre, boşanmış ve iddet süresi de sona ermiş bir kadın, çocuğunu emzirmek zorunda bırakılamaz. Ancak zorunlu bir durum olmadıkça, annelerin çocukları emzirmeleri tavsiye edilmektedir.

İslam'da çocuğun belirli bir süre boyunca sütanneye verilmesi bir tür kira sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Bu anlaşma ile kadının süt emecek yaşta bir çocuğa belirli bir süre ücreti mukabilinde, süt emzirmesi ve onun diğer ihtiyaçlarını gidermesi amaçlanmaktadır. Bu sözleşmenin taraflarını velayet hakkının sahibi baba veya diğer yakınları, hadane hakkı sahibi anne ve üçüncü olarak da sütanne yer almaktadır (Kaşıkçı, 2006: 20). Emzirme ücreti, eşin nafakasından bağımsız bir durum olup, çocuğun annesinin emzirme ücretine hak kazanabilmesi için, evlilik birliğinin sona ermesi ve iddet süresinin bitmesi gereklidir. Zira evlilik birliği içinde veya iddet süresi boyunca koca, eşinin nafakasını temin etmekle yükümlüdür. Çocuğun emzirileceği mekân konusunda velayet sahibi baba ile hadane hakkı sahibi annenin anlaşma

sağlamış olması, anlaşamamaları durumunda ise, hadane hakkı sahibinin, anne hak sahibi değilse de annenin yanında emzirilmesi gerekmektedir (Bilmen, 1985: 427). Böylelikle hem hadane hakkı güvence altına alınmış olmakta hem de çocuk anne bağları devam ettirilmeye çalışılmaktadır. Sütannenin çocuğu yanına aldığı veya çocuğun eğitimini üstlendiği durumlarda, sütanne çocuğu tehlikelerden korumak, temel bakımını yapmak gibi bakım borçlarını da yerine getirmekle yükümlüdür (Kaşıkçı, 2006: 37).

İslam hukukunda, *"Sizin için çocuğu emzirirlerse onlara ücretlerini verin"* (Talak 65/6) ayetine binaen sütanne tutma ve onun ücretini ödeme sorumluluğu velayet sahibi babanın ya da nafaka sorumlusu kişinin yükümlülükleri arasındadır, kadın herhangi bir ücret ödemek ya da sütanne bulmak zorunda değildir. Ayrıca, çocuğun çocukluk masrafları konusunda, anneye herhangi bir külfet yüklenemez.

Evlilik birliğinin sona ermesinin ardından çocuğunu emziren kadın iki yıl boyunca emzirme ücretine hak kazanır; ancak bu iki yılın tamamlanmasından sonra emzirme devam etse bile kadın emzirdiği için bir ücret talebinde bulunamayacaktır (Çeker, 2015: 139). Çocuğun sütanne tarafından emzirilme süresi ise taraflar arasında sağlanan anlaşmaya göre belirlenecektir (Kaşıkçı, 2006: 38).

İslam hukukunda velayet sahibi babanın ve hadane hakkı sahibi annenin emzirme hakkı üzerinden birbirlerine zarar vermeleri yasaklanmıştır. Bu yasak, Bakara Suresinin

> *Emzirmeyi tamamlatmak isteyen (baba) için, anneler çocuklarını iki tam yıl emzirirler. Onların örfe uygun olarak beslenmesi ve giyimi baba tarafına aittir. Bir insan ancak gücü yettiğinden sorumlu tutulur. Hiçbir anne, çocuğu sebebiyle, hiçbir baba da çocuğu yüzünden zarara uğratılmamalıdır. Onun benzeri (nafaka temini) vâris üzerine de gerekir. Eğer ana ve baba birbiriyle görüşerek ve karşılıklı anlaşarak çocuğu memeden kesmek isterlerse, kendilerine günah yoktur. Çocuklarınızı (süt anne tutup) emzirtmek istediğiniz takdirde, süt anneye vermekte olduğunuzu iyilikle teslim etmeniz şartıyla, üzerinize günah yoktur. Allah'tan korkun. Bilin ki Allah, yapmakta olduklarınızı görür*

şeklindeki 233. ayetine dayandırılmaktadır. Babanın, çocuğun annesiyle emzirme ücreti konusunda anlaşmış olmasına rağmen sadece anneyi üzmek kastıyla, çocuğu bir süt anneye vermesi, velayet hakkının kötüye kullanımı olup anneye zarar verme niyeti taşımaktadır. Annenin ücretsiz olarak çocuğunu emzirmek istemesi durumunda çocuğun sütanneye verilmesi, sütannenin bu işi gönüllü yapıp yapmamasına

bakılmaksızın uygun değildir. Annenin çocuğun emzirilme ücreti konusunda babaya karşı haksız yere direnmesi veya emzirmenin gerektiği durumlarda bile emzirmemekte ısrar etmesi de annenin emzirme hakkını kötüye kullandığının göstergesidir (Köse, 1997: 133).

Bir kişi, ayrıldığı eşinin çocuğunu emzirmek için talep ettiği ücretten daha düşük bir ücretle başka bir sütanne bulduğunda, ayrıldığı eşi bu düşük ücrete razı olmazsa çocuk için sütanne tutabilir. *"Eğer (emzirme konusunda ayrıldığınız eşinizle) anlaşamazsanız, çocuğunuzu başka kadın emzirecektir*" şeklinde ifade edilmektedir (Talak 65/6). Bu durumda çocuğun annesi, ayrıldığı kocasına baskı yaparak ve yüksek ücret talep ederek ona zarar vermeyi amaçlamış olmaktadır. Bu tarz hakların kötüye kullanımı ile karşı tarafa zarar verme eyleminde bulunmak İslam hukukunca yasaklanmıştır.

Hanefi hukukçuların kadının kendi çocuğunu emzirme zorunluluğunun olmadığı yönündeki içtihadına karşılık, bu uygulamanın o dönemin Arap toplumunun örf ve adetlerine göre şekillendiğini günümüzde bu görüşün geçersiz olduğunu savunan fikirler mevuttur (Çeker, 2015: 134). Bu noktada, toplumsal adetlerin, sütanne uygulamasının yaygınlığı düşünüldüğünde, annenin çocuğu emzirmek istememesi kabul edilebilir görülse de günümüzde sütanne uygulamasının neredeyse kalkmasıyla, annenin de çocuğunu emzirmesi gerektiği savunulmaktadır.

İslam hukukuna göre, velayet hakkı sahibi babanın yaşaması ve mali durumunun uygun olması durumunda, kız ve erkek çocukların nafakalarını sağlama görevi babaya aittir. *"Onların normal ölçülerde yiyecek ve giyeceklerini sağlamak da çocuk kendisinden olanın (babanın) borcudur."* ayeti uyarınca her türlü bakım masrafını karşılamak babanın sorumluluğudur. Çocuğun velayetini üstlenen baba, evlilik birliği devam ettiği süre boyunca ve sonrasında da çocuğun nafakasını temin etmekle yükümlüdür. Bu durum, emzirme ücreti hükümleriyle de uyumlu bir şekilde çalışır. Önceki açıklamalarda da ifade edildiği üzere, boşanma sonrası emzirme ücreti nafaka kapsamında değerlendirilir ve eğer çocuğun malı varsa çocuk mallarından yoksa babası tarafından karşılanır (Üsrûşenî, 1984: 86-87: akt. Şahin, 2023: 109).

Bir üçüncü kişinin babanın sorumluluğunda olan nafaka yükümlülüğüne katılması mümkün değildir (Kuduri, 2006: 135; akt. Şahin, 2023:109). Ancak babanın olmadığı, kazanç sağlayamadığı, vefat etmiş ancak miras bırakmamış olduğu durumlarda nafaka

yükümlülükleri değişebilmektedir. Hanefi mezhebine göre bu tarz durumlarda nafaka, varlık sahibi erkek ya da kadın tarafından sağlanabilir. Babanın yokluğunda nafakayı karşılamak için baba tarafından dede nafakadan sorumlu olur. Şafiî mezhebine göre ise babanın yokluğunda anne nafakayı karşılamakla yükümlüdür (Çiğdem, 2012: 143). Nafaka yükümlülüğü ve miktarının belirlenmesinde çocuğun akrabalarının mirasçı olup olmadığı veya ne kadar yakın oldukları önem arz etmektedir. Kendisine bakan bir akrabası olmayan çocuğun nafakası devlet başkanı tarafından karşılanır. Talak suresinin 7. ayetinde "*İmkânı geniş olan, nafakayı imkânlarına göre versin; rızkı daralmış bulunan da Allah'ın kendisine verdiği kadarından nafaka ödesin. Allah hiç kimseyi verdiği imkândan fazlasıyla yükümlü kılmaz. Allah, bir güçlükten sonra bir kolaylık yaratacaktır."* denilerek nafaka miktarının, yükümlünün ekonomik durumuna göre belirleneceği buyurulmuştur. Fıkıh alimleri, nafaka sorumlusunun, çocuğun yiyecek, içecek, giyecek, barınma ve gereksinimlerini, eğer emziriliyorsa emzirme masraflarını karşılaması konusunda hemfikirdir.

İslam hukukunda çocuğun malı için gerekli tüm önlemler, çocuğun velisi, vasisi veya hâkim tarafından alınmaktadır. Veli ve vasi olmak için akıllı olmaları, çocukla aynı dine mensup olmaları, belirli bir yaşa ve zihinsel olgunluğa erişmeleri gibi bazı şartların sağlanması gereklidir (Bilmen, 1985: 180-181). Aynı zamanda vasi malı koruma konusunda yetkin ve temkinli hareket etmelidir. Şafiî ve Hanbelî mezheplerine göre, adaletli olma, Hanefîlerden İmâmeyn'e göre ise hür olmak vasi olma şartlarındandır (Döndüren, 2016: 286).

Çocuğun malı üzerinde velayet hakkı öncelikle babaya aittir, bu konuda mümeyyiz (belirli bir yaşa gelmiş ve akıl sahibi) ve gayr-ı mümeyyiz çocuklar (akıl sahibi olmayan ya da hüküm sahibi olmayan) için fıkıh alimlerince ortak görüş (icma delili) bulunmaktadır. Babanın vefatından sonra çocuğun mallarının yönetiminin, korunmasının kim tarafından yapılacağı ise ihtilaf konusudur. Hanefî mezhebine göre, babadan sonra mal üzerinde velayet, babanın ölmeden önce seçtiği vasiye, sonra vasinin vasisine, sonra babanın babası olan dedeye geçmektedir. Bu kişilerin yokluğu durumunda hâkim ve son olarak hâkimin tayin ettiği kişi malları yönetme hakkına sahip olmaktadır. Mâlikî mezhebinde ise, babadan sonra vasi tayin yetkisi babanın vasisine, sonra hâkime hatta belli durumlarda anneye tanınmaktadır (Bilmen, 1985: 189). Bu vesayet düzenlemelerinde, kadınların da vasi olabileceği ve hatta iki kişinin

bir arada vasi olabileceği ifade edilebilmektedir. Velayet hakkı sahibi baba çocuğuna karşı nasıl şefkatli ise aynı şekilde vasi seçerken de çocuğuna aynı şefkati gösterebilecek birisini vasi olarak seçmelidir (Zuhayli, 1994: 118; akt. Şahin, 2023: 110). Osmanlı Devleti'nde de Hanefi mezhebinin etkisinde düzenlenen hukuk düzenlemeleriyle babadan sonra malî haklarının korunmasında hâkimin daha çok anneyi vasi olarak tayin ettiği görülmüştür (Aydın, 2007: 176). Şafiî mezhebine göre ise bu konuda iki farklı görüş bulunmaktadır. İlk görüş, evlendirme velayeti gibi malın velayeti de annenin sorumluluğunda olamayacağını ifade etmektedir. İkinci görüşe göre ise çocuğa karşı bir şefkatle yaklaşabilecek olmasından dolayı vasi olmada annenin önceliğinin olduğu kabul edilmektedir (Şirbînî, 2011: 330; akt. Şahin, 2023; 121)

Annenin ya da dedenin vasi olduğu durumlarda fıkıh alimleri, babanın aksine vasinin genel kural olarak çocuğun mal varlığıyla ilgili olarak satış veya kira gibi sözleşmeler yapma yetkisinin olmadığı yönünde görüş bildirmişlerdir. Yapılacak olan işlemin açıkça çocuğun menfaatine sağlayacak olması ya da işlem yapılmadığı takdirde çocuğun zarar görecek olması gibi durumlar bu kuralın istisnası olarak, kabul edilmektedir. Miras paylaşımı durumunda ise, vasi ile çocuğun ortak mal varlığının paylaştırılmasında vasi bu taksimi sadece çocuğun menfaatine bir durum varsa gerçekleştirebilir. Ancak baba, çocuğun kârlı olup olmamasına bakılmaksızın böyle bir taksimi yapma yetkisine sahiptir (Özkan, 2021: 168).

Kişi üzerindeki velayet kavramı özellikle evlendirme velayetini ifade eder. Klasik İslam hukuku eserlerinde velayetin tanımı neyse, evlendirme velayetinin tanımı da benzer şekilde verilmiştir. Bu tanımlar, velayet sahibinin evlendirme konusunda kesin yetkiye sahip olduğu, bir başkasının iradesi üzerinde tasarrufta bulunabilme yeteneği üzerine dayanır. Evlendirme velayeti, bireyin evlenme durumuyla ilgili olarak başka bir kişinin sahip olduğu, evlilik sözleşmesini ve sonuçlarını içeren yetki ve yetenek anlamına gelir. Bu hem ergin hem de ergin olmayan kızların, velileri tarafından doğrudan veya ilave bir izinle evlendirilmesini kapsar (Döndüren, 2016: 289).

Velayet çeşitlerinden biri kabul edilen evlendirme velayetinde ayrıntılı görüş Hanefi mezhebine aittir. Velayet değerlendirmesinde zevi'l-erhâm'ın velayeti ölçüt kabul edilmiş, Hanefi mezhebinin dışındaki mezheplerde zevi'l-erhâm'ın velayeti olmadığı gerekçesiyle annenin de velayeti yoktur şeklinde görüş bildirilmiştir. Bu yüzden

evlendirme velayeti konusunda annenin velayet hakkının olup olmadığı noktasında iki farklı görüş bulunmaktadır (Rahat, 2004: 87). İlk olarak, İslam hukukçularının pek çoğu annenin evlendirme velayeti olmadığı konusunda hemfikirdir. Bu görüşü paylaşan Şafii, Hanbeli mezhebi hukukçularına göre anne bir kadındır, kadınlar nasıl nikahta veli olamıyor, sözleri geçerli kabul edilmiyorsa aynı şekilde evlendirme ehliyetleri de olmamalıdır (Şafii, 19; akt. Rahat, 2004: 88). Aynı zamanda, İslâm hukukunda asabe gruplarına dahil edilmeyen kan hısımlarını ifade eden zevi'l-erhâm' ın da evlendirme velayetinin olmadığı kabul edilmektedir (Nevevi, 149; akt. Rahat, 2004; 88). Ancak bu görüş evlendirme velayetini kabul etmese de kız çocuğunun evlendirilmesi meselesinde annenin hak ve yetkilerini de düzenlemiştir. *"Kızları konusunda kadınlara danışınız."* (Ebu Davud, "Nikah" 23) hadisinden yola çıkılarak kadınların, kızlarının evlilik konusundaki fikrinin öğrenmeleri istenmiştir. Ayrıca, anne kızının evliliği konusunda kendi rızasını bildirme hakkına sahiptir. Annenin evlilik konusunda rızasının alınması gereklidir.

Ebu Hanife ve bazı öğrencileri ise evlendirme konusunda annenin ve zevi'l erhamın velayet hakkının olduğu yönünde görüş bildirmişlerdir. Ebu Hanife, evlendirme velayetinin sadece asabeye tanınmasını çocuğu koruma konusunda yeterli olmayacağı düşüncesiyle çocuğun annesine de bu hakkın tanınması gerektiğini savunmuştur (Şirbînî, 2011: 165; akt. Şahin, 2023; 115).

Sonuç olarak, İslam hukukunda velayet hakkı babaya tanımlanmış, anneye ise çocuğun bakımını içeren hadane hakkında öncelik verilmiştir. Hanefî mezhebinde anne çocuğun şahsi haklarında ve çocuk malları üzerinde bazı hak ve sorumluluklara sahiptir. Hadane hakkı – çocuğun beslenmesi, bakımı, korunması ve eğitimi gibi sorumlulukları içeren bu hak öncelikle anneye verilmiş olup yetkilerin başında gelmektedir.

Boşanma veya kocanın ölümü sonucu evlilik birliğinin sonlandırıldığı durumlarda, sahabeler tarafından rivayet edilen Hz. Peygamber'in (s.a.v.) ile bir anne arasında geçen konuşma annenin bu hakta öncelikli olduğuna delil olarak gösterilmektedir. Annenin *"Ey Allah'ın Elçisi! Şu benim oğlumdur. Karnım ona yuva, göğsüm pınar, kucağım da sıcak bir kundak oldu. Şimdi ise babası beni boşadı ve çocuğu benden çekip almak istiyor."* demesi üzerine Hz. Peygamber (s.a.v.): *"Başkası ile evlenmediğin sürece onun üzerinde önce sen hak sahibisin."* buyurmuştur. Annenin,

hadane hakkına ek olarak, evlendirme velayeti de bulunmaktadır (Karaman, 2016: 318). Ancak evlendirme velayeti Hanefi mezhebinde ayrıntılı olarak ele alınmış diğer mezheplerde üzerinde durulmamıştır. Üçüncü olarak ise anne çocuğun mallarına vasi olarak atanabilmektedir. Annenin vasi olabilmesi için, velayet hakkı sahibi baba, dede veya hâkimin çocuk malları üzerinde anneyi vasi tayin etmesi yeterlidir (Rahat, 2004: 96).

İslam hukukunda geleneksel yorumlar temel alındığında, çocuğun velayeti konusunda cinsiyetin ve çocuğun ihtiyaçlarının önemli bir rol oynadığı görülmektedir. Bu yorumlara göre, kadının şefkatli yapısı ön planda tutulmuş ve kadınların erkeklere nazaran çocuk yetiştirme konusunda daha yetenekli, sabırlı ve sevgi dolu oldukları varsayımıyla hareket edilmiştir. Bu nedenle, çocuğun bakımı ve yakın ilgi gereksinimleri nedeniyle hadane hakkı genellikle anneye ve annenin akrabalarına verilmiştir (Mavsıli, 2013: 266-267; akt. Şahin, 2023: 140). Öte yandan, çocuğun hukuki işlemleri ve mal varlığının kullanılması ve yönetilmesi gibi yükümlülükler, erkeklere atanmıştır. Bu ayrımda erkeklerin yönetim, ticaret ekonomi gibi konularda kadınlardan daha iyi olduğu varsayımına dayanılmıştır. Kadın erkek arasında bu ayrımı yapmanın temelinde ise çocuğun menfaatini en iyi şekilde koruyabilme amacı yer almaktadır. İslam hukukunda babasına soy bağı ile bağlı olmayan çocuğun velayeti konusunda fıkıh alimleri arasında görüş birliği bulunmamaktadır. Ebû Hanife'ye göre, çocuğun velayeti annesine ve annenin akrabalarına aitken, İmam Muhammed ve diğer Hanefî mezhebi alimlerine göre ise velayet hakkı devlet başkanına veya onun tayin ettiği bir vasiye ait olmalıdır. Aynı görüş, mal varlığı üzerindeki velayet için de velayet hakkının devlet başkanına veya tayin edilen bir vasiye ait olduğunu kabul etmektedir (Yerlikaya, 2008: 109-110).

3.4. Türk Hukuk Tarihinde Velayetin Kazanılması ve Kullanılmasında Kadının Konumu

İslamiyet öncesi dönemdeki ataerkil toplum düzeninin velayet konusundaki etkisi Türk hukuk tarihinde de etkisini göstermiştir. Medeni Kanun'un kabulünden önceki Türk hukukunda, İslam hukukuna uygun olarak annenin velayet hakkı yalnızca babanın yokluğunda elde edebileceği bir hak olarak kabul edilmiştir (Baktır Çetiner, 2000: 26). İslamiyet'in benimsenmesi sonrasında, Türk hukukunda velayet, üç farklı kapsam altında ele alınmıştır. Çocuğun bireysel, şahıs haklarının kullanımı (velayet),

çocuğun mal varlığının korunması ve yönetimi (mal velayeti veya vesayet), çocuğun bakım, gözetim ve eğitimini içeren hadane hakkı şeklinde bir düzenlemeye gidilmiştir (Usta, 2016: 30).

Osmanlı Devleti'nde İslam hukukuna uygun olarak, evliliğin sona ermesi durumunda velayetin öncelikle babaya daha sonra ise asabe dahilindeki diğer erkek akrabalara verildiği, çocuğun bakımı, gözetimi ve eğitiminin ise anne veya diğer kadın akrabalar tarafından gerçekleştirildiği bir velayet sistemi kurulmuştur. Osmanlı Hukuku'nda, kısıtlı ehliyete sahip veya tam ehliyeti olmayan bireyler genellikle babanın velayetine tabi kabul edilmektedir. Baba bulunmadığı hallerde ise velayet hakkında öncelikle dede olmak üzere diğer erkek akrabalar şeklinde bir sıralama yapılmıştır. Bu nedenle, Osmanlı Hukuku'nda velayetin erkekler tarafından yürütülmesi esas alınmış ve annenin velayete sahip olması asabe tarafında hiç erkek kalmadığında görülen bir uygulama olmuştur. Bununla birlikte çocuk mallarının yönetimi konusunda asıl yetkili velayet hakkı sahibi baba olsa bile, annelerin de vasi atanması şekliyle malların yönetiminde söz sahibi oldukları görülmektedir (Kahraman, 2019: 18).

Osmanlı Devleti'nde hukuki düzene bakıldığında, hukuk normlarının din kaynaklı olduğu ve farklı din ve mezheplerden oluşan toplumun etkisiyle dağınık bir hukuk düzeninin varlığı görülmektedir. 1869'da Mecelle-i Ahkamı Adliye'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte, hukuk birliği sağlanmıştır. Ancak Mecelle 'de temel olarak velayet ve aile hukuku hükümlerine yer verilmemiştir. Bununla birlikte, küçüğün velayetini kimlerin üstlenebileceği konusu düzenlenmiştir (Özlü, 2002: 11).

Osmanlı Devleti'nde aile hukukuyla ilgili diğer düzenlemeler arasında, 1881 tarihli Nüfus Nizamnamesi ve 1917 tarihli Hukuk-u Aile Kararnamesi yer almaktadır. Hukuk-u Aile Kararnamesi, Osmanlı Devleti'nde yaşayan herkesi kapsamakta olup, Kararname azınlıklara da uygun şekilde düzenlenmiştir. Bu kararnamede ise, Mecelle 'de olmayan aile hukuku konuları düzenlemiş, ancak velayet hakkına dair bir düzenleme yapılmasa da annenin hadane hakkıyla ilgili hükümler yer almıştır. Genel olarak bakıldığında, Osmanlı Devleti'nde yazılı bir velayet düzenlemesine rastlanmamıştır (Yılmaz Önal, 2008: 7).

1926 yılında yürürlüğe giren 743 sayılı Medeni Kanun'a göre çocuğun korunması temel olarak, bireyin kişiliğine saygı gösterilmesi ve çocuğun korunması ihtiyacından kaynaklanan yardım etme yükümlülüğü olarak iki ilkeye dayandırılmıştır. Eski

Medeni Kanun’da yapılan yeniliklerle, velayet hakkının kapsamı ile ilgili önlemler ve sınırlamalar belirlenmiş ve velayetin kaldırılma şartları düzenlenmiştir (Özlü, 2002: 12-13).

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile, aile hukuku, velayet hakkı, kadın erkek eşitliği ve çocuk hakları alanında önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu yeni kanunla, Eski Medeni Kanun'dan farklı olarak evlilik birliğinin yönetimi ve temsilinde eşlere eşit söz hakkı tanımıştır. Velayet noktasında ise babanın oyunun üstün olduğu düzenlemeler kaldırılmış ve velayetin kullanılmasında eşlere eşit söz hakkının tanınması öngörülmüştür.

Çocukları ilgilendiren hükümlerde ise soy bağının kurulmasında kamusallık ve re ‘sen araştırma ilkeleri benimsenmiştir. Yapılan değişiklikler neticesinde çocuğun üstün yararı ilkesi önceliklendirilmiş, çocukla yakın ilişki kurma hakkı detaylı bir şekilde düzenlenmiştir (Serozan, 2003: 504). Velayet hakkı açısından yapılan değişikliklerde ise, anne ve babanın eşit söz hakkına sahip olması en önemli yeniliklerden biridir. Anne ve babanın çocuk hakkındaki kararları ortak alacakları kararlaştırılmış olsa bile anlaşmazlık durumunda ne yapılacağı konusunda net bir düzenleme mevcut olmayıp kararı hâkimin verebileceği yönünde bir uygulama mevcuttur.

4. VELAYETİN KAZANILMASI VE KULLANILMASINDA KADININ KONUMUNUN TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren Medeni Kanun, cinsiyet eşitliğini teşvik etmek amacıyla bir dizi hüküm içerse de zamanla bu hükümler yetersiz kalmış ve bu nedenle 1 Ocak 2002 tarihinde yeni Türk Medenî Kanunu yürürlüğe girmiştir. 4721 sayılı Kanun kapsamında eşitlik ilkesine daha uygun düzenlemeler yapılmış ve Eski Medeni Kanun döneminde cinsiyet eşitliğine aykırı olduğu düşünülen hükümler, yeni Türk Medeni Kanunu'na dahil edilmemiştir. Yenilikler kadın ve erkek eşitliği temelinde özellikle aile hukuku ve mal rejimleri alanlarında yapılmıştır (Yüksel, 2014: 175).

Türk Anayasa hukukundaki ilerlemelere baktığımızda, eşitlik ilkesinin 1876 Kanun-i Esasi, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında yer aldığı söylenebilmektedir. Ancak eşitlik ilkesi ilk kez 1961 Anayasası ile güvence altına alınmış ve 1982 Anayasası ile Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenmiştir (İnceoğlu, 2006: 47). Bu maddeye göre:

> *Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin gerçekleştirilmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları, bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır.*

Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme (CEDAW), kadın erkek eşitliği konusunda önemli bir uluslararası anlaşmadır. Söz konusu sözleşme 1979 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş, 1981 yılında yürürlüğe girmiş ve Türkiye tarafından 1985 yılında onaylanmıştır. Bu tür bir uluslararası sözleşmenin varlığı, kadınlara karşı ayrımcılığın sadece ulusal değil, aynı zamanda evrensel düzeyde bir sorun olduğunu göstermiştir. CEDAW, kadın hakları bildirgesi olarak kabul edilir ve kadınlara karşı ayrımcılığın insan hakları ve insanlık onuruna saygı ilkesine aykırı olduğunu belirttikten sonra, kadınlara karşı ayrımcılığın tanımını yapar. CEDAW, özellikle "aile hukuku" ve "evlilik hukuku" gibi alanlarda kadın erkek eşitliğini sağlamak amacıyla Türk Medeni Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmasına önemli katkılar sağlamıştır (Özdamar, 2009: 95). Değişiklik yapılan alanlardan bir diğeri ise velayet hukukudur.

Eski Medenî Kanun'un 263. maddesinde yer alan evlilik devam ederken eşlerin çocukların velayetini birlikte kullanacağı ve anlaşmazlık durumunda babanın kararının geçerli olacağı hükmü, Türk Medenî Kanunu'nun 336. maddesinde değiştirilerek,

evlilik devam ettiği sürece anne ve babanın velayetini birlikte kullanacakları şeklinde düzenlenmiştir. Bu değişiklik ile, velayet hakkı kapsamında anne ve babanın çocuklar üzerinde eşit söz hakkı sahibi olması sağlanmıştır.

Türk Medenî Kanunu'nun 336. maddesi, evlilik süresince anne ve babanın çocuğun velayetini birlikte kullanacaklarını belirtir. Ancak, ortak yaşam sona ermiş veya ayrılık gerçekleşmişse, hâkim velayeti eşlerden birine verebilir. Eğer bir ebeveyn hayatta değilse, velayet diğer hayatta olan ebeveyne geçer. Boşanma durumunda ise, çocuk velayeti kendisine bırakılan tarafa geçer. Çocuğun çıkarları gözetildiğinde, genellikle çocuk annenin yanına verildiği için velayet hakkı da tek başına annenin olur. Bununla birlikte, velayet hakkına sahip olmayan baba, iştirak nafakası ödese de çocuğun bakımı ve eğitimiyle ilgili kararlar, velayet sahibi olan anne tarafından alınmaktadır. Anne babanın birlikte karar alma yetkisi düzenlenmemiştir. Bu durum, kadın erkek eşitsizliğinin erkek aleyhine yaşandığı bir örnek olarak görülmektedir (Yüksel, 2014: 196). Bu sebeple çocuğun menfaati ayrı tutularak, kadın erkek eşitliğini, annenin ve babanın çocuk sorumluluğunu birlikte yerine getirmelerini sağlamak amacıyla ortak velayet uygulaması konusunda talepler artmakta ve mahkemeler ebeveynlerin anlaşmaları durumunda ortak velayet kararı verebilmektedir. Ancak Türk hukukunda ortak velayetin uygulanabilirliği ve avantajları dezavantajları konusunda farklı görüşler mevcuttur.

Türkiye'de velayet davaları genellikle annelerin velayeti kazanmalarıyla sonuçlanmaktadır. Bu durumun temel sebebi çocuğun belirli bir yaşa kadar annenin yanında daha iyi korunacağına dair var olan yaygın inançtır. Ancak, velayet hakkının kimin alacağına dair kesin bir kural yoktur ve mahkeme, somut durumu detaylı bir şekilde inceleyerek çocuk için en iyi kararı vermeye çalışmaktadır. Türk Medeni Kanunu, çocuğun menfaatinin korunmasını temel hedef olarak belirlemiştir ve mahkemenin bu doğrultuda karar vereceğini belirtmiştir. Dolayısıyla, velayet davası sonucunun her zaman annenin lehine olması gibi kesin bir durum söz konusu değildir. Çocuğun üstün yararı temel hedef kabul edilmekle birlikte, dava süreci ve sonunda da kadın erkek eşitliğine uygun kararlar verilmeye çalışılmaktadır.

Velayet davaları, çocuğun menfaatini etkileyen bir dizi faktörü içeren özel durumların değerlendirilmesini gerektiren karmaşık davalar arasındadır. Velayetin babaya verildiği durumları incelediğimizde, en önemli koşul genellikle annenin çocuğun

bakımını yeterince yerine getirememesi durumudur. Bu durumda, çocuğun menfaatini korumak amacıyla baba velayetin değiştirilmesi için hukuki adımlar atabilmektedir.

Pratikte, çocuğun yaşı da velayetin babaya verilmesini etkileyen bir faktördür. Tipik olarak, belirli bir yaşın altındaki çocuklar annelerine bağımlıdır ve sağlıklı bir gelişim için annesiyle yaşamaları gerekmektedir. Çocuğun yaşının artması ve annesine olan bağımlılığının azalması, baba için velayet alma olasılığını artırmaktadır.

Türk hukuku açısından özellikle boşanma sonrasında velayetin anne ya da babaya verilme oranları incelendiğinde, velayet hakkının çoğunlukla anneye verildiği görülmektedir. Türkiye İstatistik Kurumu tarafından her yıl yayınlanan boşanma ve velayet istatistiklerine göre, 2020 yılında boşanan çocuklu çiftlerin çocuklarının velayetinin %75,8 oranında annelere verildiği (TÜİK, 2020), 2021 yılında kesinleşen boşanma davaları sonucunda 174,085 çiftin boşandığı ve 165,937 çocuğun %76,1'inin velayetinin annelere, %23,9'unun babalara verildiği (Veri Kaynağı, 2021), ve son olarak 2022 yılında ise 180,954 çiftin boşandığı ve 180,592 çocuğun %75,7'sinin velayetinin annelere, %24,3'ünün babalara verildiği kaydedilmiştir (TÜİK, 2022). Ayrıca 2010 yılı ile 2020 yılları arasında yayınlanan raporlara göre de velayetin benzer oranlarda anneye verildiği gözlemlenmiştir (Veri Kaynağı, 2021).

Velayet davalarında velayetin annelere verilmesindeki temel dayanak, çocukların anne şefkatine muhtaç olmaları ölçütüdür. Ancak annenin velayetin getirdiği hak ve sorumlulukları yerine getiremediği veya çocuğun görüşünün alındığı davalarda baba velayet sahibi olabilmektedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2021/9109 K. 2021/8993 sayılı kararında;

> *Sosyal inceleme raporunda, ortak çocuğun, uzmana babası ile kalmak istediğini beyan ettiği, her iki ebeveynine yönelik olumlu duygularının olduğu, anne ile ilgili anlatımları sınırlı olup ortak çocuğa danışmanlık tedbiri uygulanmasının faydalı olacağı, davalı annenin velâyet talebi olduğu, ancak velâyetten doğan sorumlulukları davacı babanın taşımasını istediği yönünde beyanı olduğundan davalı annenin velâyetten doğan görev ve sorumlulukları alma isteğinin sınırlı düzeyde olduğu, bu nedenle velâyetin babaya verilmesinin küçüğün menfaatine olacağı belirtilmiş idrak çağındaki çocuğun gerek uzman karşısında gerekse duruşmada alınan beyanında babası ile kalmak istediğini belirttiği, dosyada, idrak çağındaki çocuğun beyanının esas alınmamasını gerektirir bir delilin bulunmadığı da gözetilerek idrak çağındaki küçüğün üstün yararı da gözetilerek velâyetinin davalı babaya verilmesine karar verilmesi gerekirken, bu husus gözetilmeden hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.*

Velâyet ve kişisel ilişki düzenlenirken; göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun "Üstün yararıdır" (Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme md.3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesi m. 1; TMK m. 339/1. 34.3/1, 346/1; Çocuk Koruma Kanunu m. 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. Velâyet düzenlemesi kamu düzenine ilişkin olup, re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Bu nedenle yargılama sırasında meydana gelen gelişmelerin bile göz önünde tutulması gerekir. Tarafların davayı kabulü de tek başına hukuki sonuç doğurmaz. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6. maddeleri idrak çağındaki çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ve görüşlerine gereken önemin verilmesini öngörmektedir. Çocukların üstün yararı gerektirdiği takdirde, görüşlerinin aksine karar verilmesi mümkündür.

Somut olayda; ilk derece mahkemesince bozma sonrası aldırılan 16.03.2020 tarihli sosyal inceleme raporunda, ortak çocuğun, uzmana babası ile kalmak istediğini beyan ettiği, her iki ebeveynine yönelik olumlu duygularının olduğu, anne ile ilgili anlatımlarının ise sınırlı olup bu yönde ortak çocuğa danışmanlık tedbiri uygulanmasının faydalı olacağı, davalı annenin velâyet talebi olduğu, ancak velâyetten doğan sorumlulukları davacı babanın taşımasını istediği yönünde beyanı olduğundan davalı annenin velâyetten doğan görev ve sorumlulukları alma isteğinin sınırlı düzeyde olduğu, bu nedenle velâyetin babaya verilmesinin küçüğün menfaatine olacağı belirtilmiş idrak çağındaki çocuğun gerek uzman karşısında gerekse duruşmada alınan beyanında babası ile kalmak istediğini belirttiği, bu durumda dosyada, idrak çağındaki çocuğun beyanının esas alınmamasını gerektirir somut bir delilin bulunmadığı da gözetilerek idrak çağındaki küçüğün üstün yararı da gözetilerek velâyetinin davalı babaya verilmesine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

şeklindeki kararıyla çocuğunun yaşının, çocuğun görüşünün alınması açısından uygun olduğunu, annenin çocuğun bakım sorumluluklarını yerine getiremeyeceği gerekçesiyle çocuğun velayetinin babaya verilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir (Yargıtay, 2023).

Velayet hakkı sahibi annenin, velayetin getirdiği sorumluluklara istinaden bakım sorumluluğunu yerine getirmeyip, çocuğun bakımını babaya ya da üçüncü bir şahsa bıraktığı durumlar da babanın velayeti aldığı haller arasındadır. Y. 2.HD. T. 03.07.2014, E. 2014/8747, K. 2014/15349 sayılı kararında *"Tarafların 09.05.2012 tarihinde kesinleşen karar ile boşanmış oldukları, müşterek çocukların velayetlerinin anneye verilmiş olduğu, davalı annenin kararın kesinleşmesinden sonra çocukları fiilen babaya bıraktığı, çocukların dava tarihine kadar hatta dava sırasında babayla*

birlikte kaldıkları, çocukların isteklerinin de bu yönde olduğu, uzman raporundan da belirlendiği anlaşılmıştır… Velayet hakkının davalı anneden alınıp davacı babaya verilmesi gerekirken davanın reddi doğru olmamıştır" (Yargıtay, 2023). Yargıtay, bu kararında annenin kendisine velayet hakkı verilmesine rağmen çocukları yanına almamasını ve velayetle ilgili görevlerini yerine getirmemesini gerekçe olarak göstererek, çocuğun menfaati bakımından velayetin babaya verilmesi gerektiği yönünde karar bildirmiştir.

İstatiksel veriler incelendiğinde velayetin çoğunlukla annelere verilmesi, kadının toplumsal rolü üzerinde önemli etkiler yaratmaktadır. Anne baba arasındaki velayet oran farkı genellikle geleneksel cinsiyet rolleri ve ebeveynlik algılarına dayandırılmaktadır. Geçmişte ve değiştirilmeye çalışılsa da günümüzde, anneler genellikle çocuk bakımından daha sorumlu olarak kabul edilmiştir. Toplumsal açıdan bu annelik rolü, çocukların ana ebeveynleri olarak annenin görülmesine zemin hazırlamaktadır.

Boşanma sürecinde annelerin çocukların velayetini alma eğiliminde olmalarının bir nedeni de toplumda genellikle erkeklere atfedilen ekonomik rolün değişmekte olmasından kaynaklanmaktadır. Kadınların iş gücüne katılımının artması, annelerin ekonomik açıdan daha bağımsız olmalarına ve çocuklarına daha iyi bakım sağlama kapasitelerinin artmasına neden olmaktadır.

Ancak, velayetin annelere verilmesindeki bu hatırı sayılır farkın aynı zamanda cinsiyet eşitliği çabalarına da meydan okuduğu söylenebilir. Toplumda kadın erkek eşitliğinin sağlanması ve güçlenmesi amaçlanırken, ebeveynlik sorumluluklarının genellikle kadına bırakılması eşitlik hedefine ulaşma yolunda bir problem olarak belirmektedir.

Sonuç olarak, velayetin annelere verilmesi, toplumsal cinsiyet rolleriyle, ebeveynlik algılarıyla ve ekonomik faktörlerle bağlantılıdır. Bu durum hem olumlu hem de eleştirilen yönleriyle değerlendirilmeli ve cinsiyet eşitliği açısından daha adil bir dengeye ulaşmak için çaba gösterilmelidir.

4.1. Türk Medeni Kanunu'nda Velayetin Kazanılması

Velayet, evlilik içindeki ebeveynlerin çocuklarının doğumuyla birlikte ana ve baba statüsünü kazanarak elde ettiği ve çocuğun bakım ve sorumluluğunu üstlendiği yasal bir kavramdır. TMK m. 335'e göre, ergin olmayan bir çocuğun velayeti ana ve babaya

aittir ve yasal bir sebep olmadıkça velayetin anne ve babadan alınması söz konusu değildir. Evliliğin sona ermesini izleyen üç yüz gün içerisinde doğan çocuklar için evlilik içinde doğmuş çocuklar gibi değerlendirilir ve velayet doğum anında kazanılmış olur (Akıntürk ve Ateş Karaman, 2013: 407).

Evlilik dışında doğan çocuklarda velayet genellikle anneye aittir, ancak bazı durumlarda babaya da verilebilir. TMK m.337'ye göre eğer anne küçük, kısıtlı veya ölmüş ise ya da velayete sahip değilse, kendinden alınmış ise, velayet çocuğun üstün yararı göz önünde bulundurularak, vasi atanması veya velayetin babaya verilmesi şeklide düzenlenebilir. Ancak bu durumda bile velayetin kesin olarak babaya verileceği anlamına gelmez; çocuğa bir vasi atanabilir. Evlilik dışında doğan çocuk bakımından, anne ve babanın sonradan evlenmesi durumunda, evlilik içinde doğan çocukların velayeti genellikle anne ve babaya aittir. Çocuğun babalık davası sonucu babaya bağlanması, babanın çocuğu tanıması, nesep düzeltme yoluyla oluşan soy bağının kurulması durumlarında velayet genellikle annede kalır (Öztan, 2004: 631).

Uluslararası sözleşmelerde çocuğun üstün yararı ilkesi benimsendiğinden, ergin olmayan çocuklar için velayet, ebeveynlerin medeni durumundan bağımsız olarak ortak velayet şeklinde kabul edilmiştir. Temelde, velayete sahip olmanın evli olmakla değil, anne baba olmakla kazanıldığı düşüncesi yatmaktadır. Çünkü çocukla anne-baba arasındaki ilişki çocuğun doğum anından itibaren başlamaktadır ve bu ilişkinin başlaması evlilik şartına bağlı değildir. Ancak Türk Medeni Kanunu'nda birlikte velayet, evlilik bağının sonucu gibi görüldüğü için boşanma durumunda birlikte velayetin sona ermesi gerektiği kabul edilmektedir. Anne babanın evlilik birliği içinde olmadığı durumlarda, velayetin yalnızca anneye ait olduğunun kabul edilmesi de bu düşünceyi destekler niteliktedir (Koçhisarlıoğlu, 2004: 29).

Velayetin diğer yollarından biri de evlat edinmedir; bu durumda, evlat edinenin sözleşme yapmasıyla velayet, evlat edinen kişiye geçer. Boşanmış ve sonradan evlenmiş ebeveynler için de velayetin geçerli olması için herhangi bir işlem yapmaya gerek yoktur (Özmen, 2005: 32). Velayetin ikinci yolunu mahkeme kararı oluşturur. Ayrılık ve boşanma durumlarında, çocuğun velayetinin kime verileceği mahkeme tarafından belirlenir. Medeni Kanun'un çocuğun güvenliği ve yararının esas alınması gerektiği prensibine dayanarak, çocuğun yararı için en uygun olan ebeveynin velayetini belirlemek için tek ebeveynli velayet kararı alınabilir. Velayet hakkı

kaldırılan bir ebeveyne, velayet hakkının geri verilmesi mahkeme kararıyla mümkündür. Sonuç olarak, velayet, kanundan kaynaklanan velayet ve mahkeme kararıyla kazanılan velayet olmak üzere iki farklı durumda kazanılabilmektedir.

4.2. Türk Medeni Kanunu'nda Velayetin Kullanılması

Velayet, çocuğun bakımı, eğitimi, korunması ve gelişimi ile ilgili kararları verme yetkisini içeren önemli bir konudur. Anne ve babanın boşanması, ayrılması veya evlilik dışı bir ilişkilerinin sona ermesi durumunda velayet, çocuğun hangi ebeveynin yanında kalacağı ve çocuğun refahı için alınacak diğer kararları belirlemeyi amaçlar. Velayetin kullanılması, çocuğun en iyi çıkarlarını gözeterek gerçekleştirilmelidir. Bu süreçte, çocuğun ihtiyaçları, duygusal ve fiziksel gelişimi, eğitimi ve sağlığı gibi faktörler dikkate alınmalıdır. Velayetin amacı, çocuğun sağlıklı ve dengeli bir şekilde büyümesini ve kişisel potansiyelini geliştirmesini sağlamaktır.

Türk hukukunda, velayetin hangi ebeveyn tarafından yürütüleceği konusunda temel ayrım, ebeveynlerin evli olup olmamasına dayanmaktadır. TMK madde 337/1 uyarınca, ebeveynlerin evli olmadığı durumlarda velayet hakkı anneye aittir. TMK madde 336/1 uyarınca ebeveynler evliyse, evlilik birliği devam ettiği sürece anne ve baba velayeti birlikte kullanma hakkına sahiptirler. Ayrılık ve boşanma durumlarında ise velayetin kime bırakılacağı, hâkime geniş bir takdir yetkisi alanı bırakılmıştır. Ayrıca, çocuğun günlük bakımının kimin tarafından yapıldığı ile velayetin kime bırakılacağı genellikle birbirine bağlıdır. Türk hukuku ve diğer çağdaş hukuk sistemlerinde ayrılık ve boşanma sonrası velayetin hangi ebeveyne verileceği sorunu, 20 Kasım 1989'da New York'ta kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin etkisiyle evrensel bir ilke olan *"çocuğun üstün yararı"* ilkesine göre ele alınmaktadır.

Velayetin düzenlenmesinde çocuğun üstün yararı ilkesine ek olarak, velayet hukukundaki reformlar, anne ve babanın çocuk üzerindeki hak ve sorumluluklarının, velayet ilişkisinin, cinsiyet eşitliği açısından bir mesele olarak ortaya çıktığını göstermektedir. Bu durum, cinsiyet eşitliğini de sağlayan anayasaların ve kanunların, ebeveyn-çocuk ilişkilerini bu perspektiften de ele aldığını açıkça ortaya koymaktadır. Türk hukuku da diğer hukuk sistemlerindeki değişimlerin etkisiyle velayet hukuku alanında düzenlemelere gitmektedir. Anayasa'nın 41. maddesinde aile *"eşler arasında eşitlik"* temelinde değerlendirildiği görülmektedir. Ayrıca Türkiye'nin de taraf devlet

olduğu Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 16. maddesi, aile içi eşitlik başlığı altında sözleşmeye taraf devletlerin "*kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacaklar ve özellikle kadın-erkek eşitliği ilkesine dayanarak kadınlara belirtilen hakları sağlayacaklardır"* (CEDAW 16/1) kadınlara yönelik ayrımcılığın önlenmesi konusunda taahhüt altında olduğu alanlar sıralanmaktadır. 16. maddenin 1.fıkrasında sıralanan düzenlenmelere göre devlet

> *…c) Evlilik süresince ve evliliğin son bulmasında ayrı hak ve sorumluluklar; d) Medeni durumlarına bakılmaksızın, çocuklarla ilgili konularda ana ve babanın eşit hak ve sorumlulukları tanınacak, ancak her durumda çocukların çıkarları en ön planda gözetilecektir; e) Çocuk sayısına ve çocukların ne zaman dünyaya geleceklerine serbestçe ve sorumlulukla karar vermede ve bu hakları kullanabilmeleri için bilgi, eğitim ve diğer vasıtalardan yararlanmada eşit haklar…*

sayılan hakları güvence altına almıştır (Çelebi, 2020: 30-31). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ek 7 numaralı protokolünün 5. maddesi, eşlerin evlilik sürecinde, evlilik boyunca ve evliliğin sona erdiği durumlarda hukuki haklar ve sorumluluklar açısından birbirleriyle ve çocuklarıyla eşit olmaları gerektiğini vurgulamaktadır. Bu kurallar, ülkemizin hukuk sistemi içerisinde de yer almakta ve kadın-erkek eşitliği ilkesini temel bir amaç olarak benimseyerek, ebeveyn sorumluluğunda eşitliği bu perspektiften düzenlemektedir. Aynı şekilde, çocuk hakları ve koruma politikaları da giderek artan bir şekilde kadın-erkek eşitliği meselesiyle iç içe geçmiştir. Hatta, çocukların çıkarlarını koruma odaklı uluslararası belgelerde dahi cinsiyet eşitliğinin ikincil bir hedef değil, bağımsız bir amaç olarak öne çıktığı görülmektedir (Çelebi, 2020: 31).

Avrupa Konseyi'nin çocuk koruma kararlarında da anne baba arasında sorumluluğun paylaşılması gerektiği yönünde bir yaklaşım görülmektedir. Avrupa Konseyi, Bakanlar Komitesi'nin *(84) 4 numaralı Anne ve Babanın Sorumlulukları Hakkında Tavsiye Kararı* ile ebeveyn sorumluluklarının her iki ebeveyne ortak olarak ait olduğu ilkesini benimsemiştir. Bu doğrultuda, ayrılık veya boşanma durumunda karar organının, anne ve babanın sorumluluklarını paylaşmalarını sağlaması veya eğer anne ve baba buna razıysa birlikte yerine getirmeleri gerektiği yönünde karar vermelidir. Kararda, velayetin düzenlenmesinde çocuğun üstün yararı öncelikli ilke olarak kabul edilmiş, ancak aynı zamanda eşler arasında eşitliğin korunması ve kadın erkek

ayrımcılığı yapılmaması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin *2079 sayılı Eşitlik ve Paylaşılmış Ebeveyn Sorumluluğu: Babaların Rolü* adlı ilke kararında ise, çocuğun doğumundan itibaren anne ve babanın sorumluluk paylaşımının, hak eşitliğinin önemine dikkat çekilmiştir. Bu kararda, cinsiyet eşitliği ve paylaşılan sorumluluk meselesi, annelerden ziyade, özellikle babaların çocuklarıyla kalıcı bir ilişki sürdürme imkânından mahrum bırakan önyargılar çerçevesinde ele alınmıştır. Parlamenter Meclisi, babaların haklarına dikkat çekerken, babaların çocukların doğumundan itibaren sorumluluk üstlenmeleri ve devletlerin annelik iznine benzer şekilde babalara da babalık izni sistemleri oluşturması yönünde karar vermiştir. Bu yaklaşımla, anne baba arasındaki sorumluluk paylaşımının sadece boşanma sonrası velayet düzenlenmesinde değil, aile ilişkisinin her aşamasında eşit olmasını sağlayacak bir yaklaşım amaçlanmaktadır. Medeni Kanun hükümlerine göre anne ve baba çocuğun velayeti hususunda eşit haklara sahiptir. Bu yüzden hem evlilik birliği içerisinde velayetin iki ebeveyn tarafından nasıl kullanılacağının, hem de anne babanın ayrı yaşamaları durumunda velayeti kimin üstleneceğinin belirlenmesi, kadın erkek arası eşitliğin sağlanması, kadının velayet hukukundaki haklarını korumak açısından önemlidir. Ancak, velayetin düzenlenmesi, çocuğu etkileyen kararların alınması gereken durumlarda, kadın-erkek eşitliğini sağlamak, çocuğun üstün yararından önce gelmemelidir (Çelebi, 2020: 31-34).

Çocuğun menfaatlerinin devreye girdiği durumlarda, çocuğun üstün yararı ilkesi, kadın erkek eşitliği de dahil diğer temel prensipleri arka plana atabilecek bir etkiye ve bağlayıcılığa sahiptir. Çocuğun yaşam standardını belirlemek, duygusal ve fiziksel olarak sağlıklı bir ortamda yetişmesini, güvenliğini sağlamak, eğitimini desteklemek, iyi bir birey olarak yetiştirmek gibi amaçların gözetilmesi, belirli bir velayet durumunda farklı çözümler sunabilmektedir (Bartlett, 1999: 467-468).

Velayet kazanılması ve kullanılması aşamasında yaşanan çatışmalarda farklı cinsiyetlerden gelen kişiler arasındaki uzlaşmaz tavır, özellikle eşitlik değerlerini olumsuz etkileyebilmektedir. Bu tür durumlarda, kendisine geniş takdir yetkisi tanınan hâkimin, anne baba, kadın erkek rollerine dair kişisel fikirleri, çocuğun çıkarlarını değerlendirme sürecini etkileyebilmektedir. Bu nedenle velayet hukuku, çocuğun üstün çıkarını belirler aynı zamanda, toplumdaki kadın ve erkek rollerini yansıtma ve şekillendirme etkisine sahiptir. Bu bağlamda, velayet kararları, anne ve baba

gruplarının kendi menfaatlerini çocuğun çıkarları adı altında savunduğu bir çatışma alanı haline gelebilmektedir (Scott ve Emery, 2014: 72-76).

Hem velayetin temel ilkelerinin kullanılmasını hem de anne babayı eşit kabul ederek velayetin düzenlenmesini sağlamak velayet hukuku tarafından güvence altına alınmaktadır. Bu yüzden her bir velayet davası için, menfaatler ve anne babanın durumu ayrıca belirlenmekte, ayrılık ya da boşanma durumlarında velayetin kime verileceği düzenlenmektedir. Her ne kadar şu anda Türkiye'de kanunlaşmamış olsa da ortak velayetin de anne baba arasında eşit velayet hakkını sağlayabileceği öngörüsüyle velayetin düzenlenmesinde kullanıldığı görülmektedir. Türkiye'de velayetin hangi ebeveyne verileceği yönündeki önemli kıstaslardan birisi çocuğun anne şefkatine muhtaç olması diğeri ise çocuğa bakım noktasında daha fazla görev aldığı, bu konuda daha yetenekli olduğu ön kabulüyle, birincil bakıcı ölçütüdür. Günümüzde, kadının çocuk bakımında özel bir yetenek veya içgüdüye sahip olduğu düşüncesi, kadın ve erkeğin çocuk sorumluluğunu eşit paylaşması gerektiğini savunan bazı kadın grupları tarafından reddedilse bile bu ölçütlerin, Türkiye dahil birçok hukuk sisteminde kullanımı devam etmektedir. Bu yüzden, özellikle küçük çocuklarda, velayet, çocuğun çıkarını olumsuz etkileyecek bir durum yoksa genellikle anneye verilmektedir. Ancak, toplum içinde kadın ve erkeğe atfedilen roller de eskisi kadar kalıplaşmış ya da keskin değildir ve çocuğun yaşamında anne ve babanın rolünün eşit öneme sahip olduğu kabul edilmektedir (Taşkın, 2006: 98).

Velayet hakkının doğasına uygun olarak, velayet doğal ya da diğer yollarla sonlanana kadar, anne ve baba bu hakka ve sorumluluğa birlikte sahiptir. Türkiye'de evlilik birliği dahilinde birlikte kullanılan velayet 4721 sayılı Kanun kapsamında, çocuğun temsilinde, adının belirlenmesinde ve diğer yetkilerde anne babanın eşit haklara sahip olması sağlanmıştır. Türkiye'de, evlilik birliği devam ederken velayet birlikte kullanılırken, yasaya uygun olarak, ayrılık ya da boşanma durumunda ve evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velayeti meselesinde tek başına velayet tercih edilmektedir. Çocuğun, anne ve baba ile ilişkisinin devam etmesi ve sorumluluk paylaşımının sağlanması açısından ise ortak velayet uygulamasının Yargıtay kararlarında arttığı gözlenmektedir. Bu aşamada, tek başına velayet ve ölçütlerinin ne olduğu, ortak velayetin Türkiye'de uygulanabilirliği ve Medeni Kanun'da velayetin

düzenlenmesinde ve kullanılmasında kadınının konumlandırılışı meselesi önem arz etmektedir.

4.2.1. Tek Başına Velayet

Tek başına velayet, boşanmış veya ayrı yaşayan ebeveynlerden birinin, çocuğunun bakım, eğitim, sağlık gibi ihtiyaçlarını ve günlük yaşamını tek başına üstlendiği bir velayet düzenlemesidir. Diğer bir deyişle, çocuğun velayeti yalnızca bir ebeveynde olurken, diğer ebeveynin çocuğun yaşamına direkt etkisi ve sorumluluğu daha sınırlı olup velayet hakkının tanıdığı bazı yetkilerden soyutlanmaktadır. Tek başına velayet düzenlemesi, ebeveynler arasındaki ilişkinin veya yaşam koşullarının çocuğun üstün yararını gözetmek amacıyla yapılan bir karar sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, velayet mahkeme kararıyla veya ebeveynler arasında anlaşma yoluyla belirlenmektedir. Tek başına velayetin belirlenmesinde, anne şefkatine muhtaç olma ve birincil bakıcı ölçütleri kullanılmaktadır.

"Anne şefkatine muhtaç olma" görüşü, velayetin düzenlenmesinde öncelikli hakkın anneye ait olduğunu savunmaktadır. Bu bakış açısına göre, özellikle küçük yaşta olan çocuklar anne sevgisine, şefkatine ve bakımına ihtiyaç duymaktadır. Bu görüş öğretide, *"Tender years doctrine"* olarak da bilinmektedir. "*Şefkatli Yıllar"* ya da "*Duyarlı Yılar Doktrini"* olarak da bilinen görüşe göre, anneler ile çocuklar arasında biyolojik ve içgüdüsel olarak özel bir bağ bulunmaktadır ve anneler, çocukların bakımından doğal olarak sorumlu ve yetkilidir. Bu anlayış, 20. yüzyılın başlarında popülerleşmiş, daha önce çocuk ve velayet haklarında babaların baskın olduğu yaklaşımın dönüşümünü temsil etmiştir (Mnookin,1975: 233-236).

Bu görüş, Türk hukuk sisteminde ve Anglosakson hukuk sistemlerinde velayetin düzenlenmesinde temel hukuk kuralı olarak uygulanmaya devam etmektedir. Yargıtay'ın velayete ilişkin uyuşmazlıklarda verdiği kararlarda, çocuğun üstün yararının belirlenmesinde anne şefkatine muhtaç olma ölçütünü kullandığı görülmektedir (Çelebi, 2020: 41). Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 01.10.2014 Tarih, 2014/6840 E. 2014/19033 K. sayılı kararında;

> *Velayetleri davalı babaya bırakılan çocuklar, 2008 ve 2009 doğumlu olup anne bakım ve şefkatine muhtaç yaştadırlar. Velayet düzenlemesinde asıl olan çocukların yararıdır. Ana yanında kalmalarının çocukların bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelebilecek tehlikelerin varlığının da ispat edilmediği*

> *gözetilmeden, ana bakım ve şefkatine muhtaç çocukların babanın velayetine bırakılması usul ve yasaya aykırıdır*

çocukların yaşça küçük olmasından kaynaklı, anne bakım ve şefkatine muhtaç olmalarına dikkat çekmiş, babaya verilen velayet kararını bozmuştur (Kazancı, 25.08.2023).

Benzer şekilde, Yargıtay 2.HD. E.2003/1375 K.2003/2372 sayılı kararında;

> *Müşterek çocuk 12.5.2001 doğumlu Alper, annenin yaşamını idrak edebilecek yaş ve olgunlukta değildir. Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım, şefkatine muhtaç Alper'in Türk Medeni Kanunu'nun 182, 336/2 maddeleri uyarınca babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır. Hükmün 2. Bentte (anne bakım ve şefkatine muhtaç olma) gösterilen nedenle BOZULMASINA…, oybirliğiyle karar verildi.*

2 yaşındaki çocuğun annenin şefkatine ihtiyaç duyacağını velayetin babaya verilmesinin yerinde olmadığına karar vermiştir (Hukuki Net, 25.08.2023).

Velayetin kime verileceği meselesinde "anne şefkatine muhtaç olma" ölçütünün kullanılmasındaki sorun, velayetin anne verilmesiyle birlikte babanın çocuğun yaşamındaki rolünün sınırlanmasına ve çocuğun babasıyla ilişkisinin zayıflanmasına ortam hazırlayabilecek olmasıdır. Tek başına velayet kavramı, velayetin, ebeveynlerden herhangi birisine verildiği her durumda bu riski taşımakla birlikte, anne şefkatine muhtaç olma ölçütü ile babanın çocukla kişisel ilişkisinin genişletilmesinin harmanlandığı durumlarda ihtiyaca cevap verebilecek nitelik sağlayacaktır (Çelebi, 2020: 41).

Anne şefkatine muhtaç olma ölçütü, anne ve babaların çıkarlarını korumada yetersiz olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ölçüt kapsamında, velayetin genellikle anneye verilmesi sebebiyle baba grupları çocuklardan hem yasal hem de duygusal olarak çocuğun hayatından uzaklaştıklarını ileri sürmektedir. Anneler ise, bu ölçütün geleneksel anne rolüne uyan anneler için geçerli olduğunu ancak çalışan anneler açısından çalışma saatlerinin çocuğun bakımını engelleyebileceği iddiasıyla eleştirilmektedir (Graham, 2001: 324).

Ayrıca, anne şefkatine muhtaç olma ölçütünün, annelerin çocuk bakımından ilk sırada sorumlu olduğu ve babaların ise bu sorumluluğun dışında olduğu önyargısını

güçlendirmekte, anne ve babaya biçilmiş "*anne evde baba işte"* gibi bazı toplumsal rollerin pekiştirilmesine neden olduğu varsayılmaktadır (Çelebi, 2020: 42).

Tek başına velayet düzenlemesindeki diğer ölçüt ise birincil bakıcı kıstasıdır. Çocuğun menfaatini zedeleyecek bir durum olmadığı sürece, velayet çocuğun bakımını daha önce üstlenmiş olan ebeveyne, genellikle de çocuğun bakımında biyolojik ve toplumsal olarak öncelik kabul edilen anneye verilmektedir. Her ne kadar Türk hukuk sisteminde ve diğer modern hukuk sistemlerinde çocuğun üstün yararı ilkesi öncelik kabul edilse de birincil bakıcı ölçütü yargı kararlarında varlığını devam ettirmektedir. Birincil bakıcı ölçütünde, daha önce çocuğun bakımıyla ilgilenen ebeveynin çocukla daha güçlü bir bağ oluşturduğu ve hâkimin bu ebeveyn yönünde karar vereceği varsayılmaktadır (Bartlett, 1999: 473).

Çocuğun velayetinin ona daha fazla bakan ebeveyne verilmesindeki amaç, çocuğun hayat standardının korunması ve çocuğun üstün yararının sağlanmaya çalışılmasıdır. Bu ölçütün anne şefkatine muhtaç olma kıstasından farkı bu ölçütte cinsiyet ayrımcılığının olmamasıdır. Birincil bakıcı ölçütü, velayetin düzenlenmesi aşamasında ebeveynlere eşit fırsat sunmakta, evlilik içinde her iki ebeveynin de çocuğun bakımına katkıda bulunmalarını teşvik etmektedir. Böylelikle hem çocuğun üstün yararı hem de kadın erkek eşitliği sağlanmış olmaktadır (Jacobs, 1997: 826).

Ancak aile içindeki toplumsal roller göz önünde bulundurulduğunda, genellikle çocuk bakımını üstlenenlerin anneler olduğu görülmekte haliyle birincil bakıcı ölçütünün de teoride olmasa bile pratikte annelere üstünlük sağladığı görülmektedir (Scott ve Emery, 2014: 81). Ancak annelere tanınan bu üstünlüğün cinsiyet ayrımcılığı ile ilgisi bulunmamakta, toplumsal dinamiklerin, kadınların çocuk bakımının birincil rolünü üstlenmesine teşvik etmesiyle ilişkilendirilmektedir (Bartlett, 1999: 473).

Türk hukukunda genellikle, birincil bakıcı ölçütü, anne şefkatine muhtaç olma ölçütü ile değerlendirilmekte, velayet kararlarının gerekçelerinde art arda sayılmaktadır. Bunun temel sebebi, Türk aile yapısında annenin, birincil bakıcı görevine daha yakın olması genel kabulünden kaynaklanmaktadır. Yargıtay, 2.HD.2004/5448 K.2004/8252 sayılı kararında "*Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişiminin anne yanında tehlikede olduğu ve annenin velayet görevini ihmal ettiğine ilişkin başkaca bir delilde bulunmadığına göre 1999 doğumlu olup, anne bakım ve şefkatine muhtaç çocuğun velayetinin anadan alınması doğru görülmemiştir."* birincil bakıcı ve şefkat ölçütüne

göre yaptığı değerlendirme velayetin anneden alınmasının doğru olmayacağına hükmetmiştir (Hukuki Net, 25.08.2023).

Her ne kadar bu ölçüt annenin lehine gibi gözükse de önemli olan çocuğun üstün yararıdır. Çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının, güvenliğinin tehlikeye düştüğü, bakımının ihmal edildiği durumlarda ölçütün anne lehine olması söz konusu olmamaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 07.02.1968 672-69 sayılı kararı *"Ana bakım ve sevgisine muhtaç küçüğe anasının daha iyi bakabileceği esastır. Ancak bu esas karineden ibarettir. Babası tarafından altı senedir bakılan ve baba muhiti ile bağdaşan, anasını tanımayan çocuğun ani olarak muhit değiştirmesinin kendisinde büyük sarsıntı yaratacağı düşüncesi ile velayet hakkının babaya verilmesi doğrudur."* da birincil bakıcı ölçütünde yargı makamlarının cinsiyet ayrımcılığına gitmediğinin göstergelerinden kabul edilmektedir (Türk Hukuk Sitesi, 25.08.2023).

Birincil bakıcıya velayet verme ilkesinin zorluğu ise her ailede anne ya da babanın birincil bakıcı olması gerektiği varsayımından kaynaklanmaktadır. Bakıcı, dadı ya da aile büyüklerinin yardımına başvurulan, eşlerin görev paylaşımı yaptığı, çocuğun bakımında eşit sorumluluk alanı oluşturulan ailelerde, velayetin düzenlenmesinde bu ilkenin uygulanması anlaşmazlıkların artmasına sebep olmaktadır (Çelebi, 2020: 42-43).

4.2.2. Ortak Velayet

Türk Hukuku açısından, evlilik devam ederken, eşler çocukların velayetini birlikte kullanırlar. Ancak ayrılık, boşanma durumlarında veya evlilik dışı ilişkiden çocuğun velayetinin kime verileceği büyük önem arz etmektedir. Yargı kararlarında, Medeni Kanun'daki düzenlemeden dolayı bahsedilen durumlarda tek başına velayet verildiği görülmektedir. Ancak, velayetin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması, bölünmezliği ve sadece anne ve babalar tarafından kullanılabilir bir hak olması hem annelerin hem babaların velayet hakkı taleplerinde artışa ve tartışmalara sebep olmaktadır. Tartışmalara çözüm üretebilmek amacıyla temel prensipler geliştirilmekte, farklı çözüm önerileri üretilmektedir. Bu tartışmaların sonucu olarak ortaya çıkan çözümlerden birisi de ortak velayet kavramıdır.

Uluslararası öğretide ve yargı kararlarında *"joint custody", "joint parental", "shared custody"* veya *"shared parenting"*, Türk hukuk öğretisinde *ise "ortak velayet", "birlikte velayet"* ve *"müşterek velayet"* gibi terimler kullanılmaktadır

(Kahraman, 2018: 13). Ortak velayet, genel olarak anne ve babanın aralarındaki hukuki ilişkiye, medeni durumlarına bakılmaksızın çocuğun hakları ve sorumlulukları açısından eşit olmalarını sağlayan ve çocuğun çıkarları doğrultusunda birlikte hareket etmelerini gerektiren bir düzenlemeyi ifade etmektedir.

Ortak velayet kavramı, 1970'li yılların sonlarında özellikle feminizm akımının etkisiyle ABD'de tek başına velayetin yanı sıra bir alternatif olarak ortaya çıkmış ve zamanla dünya genelinde yayılarak yargı kararlarını ve yasal düzenlemeleri büyük ölçüde etkilemiştir (Elkin, 1991: 11; akt Kahraman, 2018: 13).

Duyarlı Yıllar Doktrininin etkili olduğu, sanayi devrimi ve Fransız İnkılabı sonrası dönemde, velayet hakkı üzerindeki baba egemenliği zamanla yerini annelerin üstünlüğüne bırakmıştır. Velayet hakkının böyle bir dönüşüm geçirmesinde iki temel etken rol oynamıştır. Çocuk haklarına verilen önemin artması ve sanayide daha çok erkeklerin çalışması kadınların evlere, çocuk bakımına çekilmeye başlaması, velayette kadın üstünlüğüne doğru bir yaklaşım sergilenmesini sağlamıştır.

1970'lerdeki feminist akım, kadının velayet hakkı üzerinde, bireysel ve toplumsal rollerinde önemli değişimlere yol açmıştır (Usta, 2016: 48). Bazı kadın grupları, kadınların iş hayatında daha aktif olması gerektiğini, velayet hukukundaki *"duyarlı yıllar doktrini"* yaklaşımının kadınları iş yaşamından soyutladığını, sınırlandırdığını iddia etmişlerdir (Mnookin, 1975: 35).

Bu değişime bağlı olarak, Birleşmiş Milletler tarafından 1979 yılında kabul edilen, 1985 yılında Türkiye'nin de taraf olduğu Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme ile çocuklarla ilgili konularda anne babanın, eşit hak ve sorumluluklara sahip olduğu ve çocukların menfaatinin öncelikli olduğu kabul edilmiştir (md.16/1-d).

Aynı zaman diliminde, babaların haklarını savunan gruplar da velayetin öncelikli olarak annelere verilmesinin kadın erkek eşitliğine uygun olmadığını bu yaklaşımın değişmesi ve daha tarafsız karalar alınması gerektiği konusuna vurgu yapmışlardır (Scott, 1992: 616).

1970'lerden itibaren, önce Amerika'da daha sonra Avrupa ülkelerinde velayetin düzenlenmesinde ortak velayet uygulaması yönünde düzenlemeler yapılmıştır. Yapılan araştırmalarda, ayrılık ya da boşanma durumlarında velayet hakkının anne ve

babaya birlikte verildiği durumlarda bazı avantaj ve dezavantajlar ortaya konmuştur. Ortak velayet kararı verilen boşanma davalarında çocukların, ebeveyn kaybetme hissini daha az yaşadıkları, boşanma sonrası oluşabilecek etkileri, tek başına velayet kararı verilen çocuklara göre daha kolay atlattıkları görülmüştür. Boşanma sonrasında ebeveynlerin ortak velayete sahip olmaları hem annenin hem de babanın çocukla kişisel ilişki kurmasını kolaylaştırmakta hem de her iki tarafın da çocuk sorumluluğunu paylaşmasını sağladığı ortaya konmuştur. Ortak velayetin en önemli dönütlerinden birisi ise, velayetin anneye verilmesi ile nafaka yükümlüsü haline gelen babanın maddi ihtiyaçları karşılayan bir figür olmaktan çıkmasını sağlamasıdır. Böylece babanın çocuğun hayatında aktif rol oynadığı görülmüştür. Her ne kadar araştırmalara göre, ebeveynler arasındaki uzlaşma durumu ve velayet düzenlemesi arasında bir korelasyon tespit edilmemiş olsa da pek çok boşanma davasının taraflar arasında inatlaşma ve güç mücadelesine döndüğü aşikardır. Özellikle aile içi şiddetin olduğu boşanmalarda, çocuğun korunması açısından ortak velayet verilmesi sakıncalıdır (Kiremitçi, 2010: 22- 23).

Türk hukukunda velayet hakkında Türk Medeni Kanunu'nun 335-351 inci maddeleri hükümleri uygulanmaktadır. *"Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır." (TMK 335)maddesi uyarınca ergin olmayan çocuklar anne babanın velayetine tabidir.* Anne babanın evli olduğu ya da ayrılık ve boşanma gibi durumlarda ise "*Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hâkim, velayeti eşlerden birine verebilir. Velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir." (TMK 336)* hükmüne göre velayet düzenlenmektedir. Kanun evlilik birliği içerisinde anne babanın velayeti birlikte kullanacağını belirmiş ancak diğer hallerde sadece tek başına velayeti düzenlemiştir. Lafzi açıdan ortak velayetin uygulanmasına imkân tanıyan kanuni boşluk bırakılmamıştır. Kanuna uygun olarak Yargıtay da kararlarında ortak velayetin kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle hükümlerde bulunmuştur. Yargıtay 2. HD. E. 004/13947 K.2004/15854 sayılı kararında *"Yabancı boşanma ilamında 9 Aralık 1988 doğumlu Esra ve 24 Mart 1995 doğumlu Mert isimli müşterek çocukların velayetleri anne ve babaya birlikte bırakılmıştır. Boşanma veya ayrılığa karar verilmesi halinde hâkim velayeti eşlerden birine vermesi gerekmektedir. Velayet düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Yabancı mahkemenin müşterek çocukların*

velayetini anne ve babaya bırakması Türk Medeni Kanunu'na aykırıdır." ortak velayeti kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmiştir (Tiryaki Hukuk, 25.08.2023).

Ortak velayet konusunda Yargıtay'ın, emsal kararı öncesinde bu minvalde birçok kararı bulunmaktadır. Nitekim, öğretide de ortak velayet tartışmalarının yoğunlaştığı ve Yargıtay'ın olumsuz kararlar verdiği dönemde, velayetin mutlaka tek bir ebeveyne verilmesi gerektiğini savunan görüşler bulunmaktadır. Bu düşünce, boşanmadan sonra anne ve baba arasındaki uzlaşmaz tavrın, velayet sorumluluğunun yerine getirilmesi sırasında çocuk açısından sağlıksız sonuçlar ortaya koyabileceği öngörüsüyle kanun koyucunun ortak velayeti bilinçli olarak Türk Medeni Kanunu'nda düzenlemediğine dayanmaktadır. Bu bakış açısına göre, TMK 336. maddesinin 3. fıkrasında *"bilinçsiz bir boşluk"* değil*, "bilinçli bir sessizlik"* vardır bu durum da kanun koyucunun ortak velayete izin vermediğinin göstergesidir (Çelebi, 2020: 63).

Türk Hukuku'nda giderek daha fazla destek bulan diğer görüş ise Medeni Kanun' u yorumlama şeklinin değiştirildiğinde yani lafzi yorum yerine teolojik yorum yapıldığında ortak velayet uygulamasının kanuna uygun olduğunu ileri sürmektedir. Görüşe göre, TMK md. 336 kapsamında, eşlerin velayet konusunda anlaşamamaları halinde, velayetin anne veya babadan birine verileceği hükmü vurgulanırken, eşler aralarında anlaşması durumunda, hâkimin birlikte velayete karar verebileceği ifade edilmektedir. Bu nedenle, TMK m. 336 hükmünün emredici olmadığı savunulmaktadır. Ortak velayetin uygulanabilmesi için eşlerin uzlaşma ortamını sağlayabilmeleri, velayeti bir güç savaşı haline getirmemeleri ve sosyal olarak velayeti birlikte yerine getirebilme yeteneğine sahip olmaları gerekmektedir (Öztan, 2004: 1090-1091).

2016 yılında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 7 numaralı protokolünün imzalanmasıyla ortak velayet konusunda önemli bir adım atılmıştır. Protokolün "Eşler Arasında Eşitlik" başlıklı 5. maddesine göre, *"Eşler evlilik bağlamında, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve yükümlülükler açısından eşittirler. Bu madde, devletin çocukların çıkarlarına yönelik gerekli önlemleri almasına engel değildir."* eşler boşanma sonrasında da özel hak ve yükümlülükler bakımından eşit kabul edilmiştir (Çelebi, 2020: 63).

Yargıtay ve bölge adliye mahkemeleri, Ek 7 numaralı protokolün yürürlüğe girmesinin ardından verilen kararlarında, içtihadı değiştirerek, ortak velayet kavramının Türk

hukuk düzenine uygun olduğuna karar vermiş ve yabancı ülkelerde verilen ortak velayetin kararlarının Türkiye'de tanınmasına veya uygulanmasına engel olmadığına hükmetmiştir. Yargıtay 2. HD, E. 2016/18674, K. 2017/13800 sayılı kararında

> *(...) ortak velayet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine 'açıkça' aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. O halde yabancı mahkeme ilamının tanınmasına ilişkin diğer koşulların da (5718 s. MÖHUK m.58) oluştuğu ve tarafların ortak velayet konusunda çekişmelerinin bulunmadığı anlaşılmakla, mahkemece yabancı mahkeme kararının velayete ilişkin kısmının da tanınmasına karar verilecek yerde, isteğin Türk Kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir*

ortak velayetin kamu düzenine aykırı olmadığına hükmetmiştir (Kazancı, 25.08.2023).

Evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların velayeti, Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 337'nin birinci fıkrasına göre düzenlenmekte ve çocuğun doğumuyla birlikte velayetin anneye ait olduğu kabul edilmektedir. Ancak TMK m. 337'nin ikinci fıkrasında, anne küçük, kısıtlı, ölmüş veya velayeti kendisinden alınmışsa, çocuğa vasi atanabileceği veya velayetin babaya verilebileceği düzenlenmiştir. Doğum anında anne ve baba evli değilse, daha sonra evlenmeleri durumunda çocuk evlilik dahilinde doğmuş gibi anne babanın ortak velayetine tabi olmaktadır. Anne ve babanın evli olmadığı durumlarda ortak velayetin mümkün olmadığını savunan görüşlerin yanında ebeveynlerin evli olup olmamasının önem arz etmediğini ve anlaşmaları durumunda ortak velayetin evlilik dışı doğan çocuk için de geçerli olması gerektiğini savunan görüşler bulunmaktadır (Kılıçoğlu, 2004: 501, 502; Serozan, 2000: 256).

Bölge Adliye Mahkemesi içtihatlarına bakıldığında gerek boşanma akabinde gerekse boşanmadan sonra, birlikte velayete ancak anne ve babanın bu konuda uzlaşmaları halinde hükmedilebildiği görülmektedir. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 2. HD. E.2018/3530 K.2019/158 sayılı kararında *"...Dosya kapsamında davacı annenin ortak velayete ilişkin rızası bulunmayıp tam aksine müşterek çocuğun velayetinin kendisine verilmesini istemektedir. O halde ortak velayet koşullarının gerçekleştiğinden söz edilemez. Buna göre ortak çocukların velayetlerinin davacı anneye verilmesi doğrudur..."* anne babanın ortak velayet konusunda uzlaşması gerektiği vurgulanmıştır (Lexpera, 28.05.2023). Ancak çocuğun menfaatini zedeleyecek durumlarda ebeveynlerin anlaşması yargı makamları tarafından kabul görmemektedir. Antalya Bölge Adliye Mahkemesi, 2. HD, E. 2019/1316, K. 2020/784 sayılı kararında

"Velayet, kamu düzenine ilişkin olup bu hususta ana ile babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması zorunlu olup, yargılama sırasında meydana gelen gelişmelerin bile göz önünde tutulması gerekir" diyerek ortak velayete karar verilmesi aşamasında, çocuğun menfaatinin söz konusu olduğu durumlarda, anne babanın istek ve iradelerinin önemli olmadığını vurgulamıştır (Lexpera, 28.05.2023).

Ortak velayet kapsamında karşılaşılan en temel zorluk, ebeveynlerin çocuğun velayetine ilişkin meselelerde uzlaşamamaları durumunda kararların nasıl alınacağıdır. Ortak velayet durumunda, çocuk hakkındaki önemli kararların birlikte alınması gereklidir. Ancak, boşanma sonrasında ebeveynler arasındaki sorunlar sebebiyle her zaman ortak karar alabilme durumu mümkün olmamaktadır. Bu nedenle, ortak velayeti kabul eden hukuk sistemlerinde, günlük kararlar ile önemli kararların ayrımı yapılmış, günlük kararları çocuğun yanında kaldığı ebeveynin alabileceği, önemli kararların ise birlikte alınması gerektiği varsayılmıştır. Ancak ortak velayet talepleri her zaman çocuğun sorumluluklarını paylaşmak amacıyla talep edilmemektedir. Ortak velayet bahanesiyle, ebeveynlerin özgürlüğünün kısıtlanması, istenmediği halde sürekli yüz yüz gelme durumlarının önüne geçilmesi gerekmektedir. Ortak velayetin amacına uygun şekilde uygulanabilmesi için, ebeveynler arasında iş birliğinin olması gerektiği muhakkaktır (Çelebi, 2020: 51).

Kadınlar açısından ortak velayet sistemi beraberinde birçok avantajı getirmektedir. Türk hukuk sisteminde teorik olarak kadın ve erkek, velayet hukuku açısından eşit kabul edilse de velayetin genellikle annelere verildiği görülmektedir. Bu yüzden özellikle boşanma sürecinde çocukların sorumluluğuna ek olarak, baba ile velayet mücadelesine girilmekte, mahkeme süreleri uzamakta ve nafaka pazarlıkları yapılmaktadır. Bu süreç anne ve baba açısından olduğu kadar çocuk açısından da stresli ve yorucudur. Velayetin, boşanmadan ayrılıp ortak velayet olarak düzenlenmesiyle bu sürecin daha az yıpratıcı geçeceği varsayılmaktadır.

Ortak velayet ile, anne ve baba arasında eşit sorumluluk paylaşımı teşvik edilmekte, annelerin çocukların bakımı ve yetiştirilmesi konusunda yükünün hafifletilmesi amaçlanmaktadır. Annelerin çocukların bakımını tek başlarına üstlenme baskısını azaltmakta, annelerin iş ve kişisel hayatlarını dengelemelerine yardımcı olmaktadır. Anne ve baba arasında dengenin sağlanmasıyla, çocuğun babayla da yakın ilişkiler

kurması desteklenmektedir. Ortak velayet altında anneler, çocuğunun babası tarafından da desteklendiğini görmekte, böylelikle, annelerin duygusal olarak desteklenme ihtiyacı da karşılanmaktadır.

Ortak velayet, bazı durumlarda ise kadınlar için dezavantajlar içerebilecek bir düzenleme haline gelmektedir. Eşler arasında ekonomik güç dengesizliğinin oluştuğu durumlarda, ortak velayet kadının daha zayıf konumda olmasına neden olabilmekte, çocuğun bakım ve masraflarına katılma sürecinde kadının geri planda kalmasına yol açabilmektedir. Eğer boşanmış eşler arasında anlaşmazlık devam ediyorsa, ortak velayet zorlu bir süreci beraberinde getirmektedir. Aile içi şiddet, anne baba arası yoğun çatışmaların olduğu durumlar, anne ve çocuk için ciddi bir stres ve tehlike kaynağı oluşturabilmektedir. Boşanma sürecinin zorlu geçmesine ilaveten, ortak velayet altında annenin çocuğun babasıyla sürekli etkileşim içinde olması duygusal yük oluşturabilmektedir. Bu durum, geçmişteki olumsuz deneyimlerin tekrar yaşanmasına neden olmaktadır.

Sonuç olarak ortak velayet hem çocuğun üstün yararını sağlayabilecek hem de cinsiyet ayrımcılığını ortadan kaldırabilecek bir uygulamadır. Ancak her çocuğun özel olması gibi her boşanma her ebeveyn de özeldir ve velayetin düzenlenmesinde ayrı değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır. Bu yüzden ortak velayet sisteminin Medeni Kanun'da emredici hüküm olarak düzenlenmesindense, ebeveynlerin anlaşmaları halinde uygulamaya konması öncelikle çocukların menfaati ikincil olarak ebeveyn taleplerini sağlamak açısından yerinde olacaktır.

4.2.3. Evlilik Birliğinin Devam Ettiği Sürede Velayetin Kullanılması

Türk Medeni Kanunu'nun 336/I. maddesi uyarınca, eğer anne ve babası evli ise, bu evlilikten doğan çocuk doğduğu anda ana ve babanın ortak velayeti altına girecek ve velayet hakkı her konuyu kapsayacak şekilde birlikte kullanılacaktır (Oğuzman ve Dural, 1998: 274). Velayetin birlikte kullanılması, ana babanın çocuğun velayetiyle ilgili hak ve yükümlülükleri birlikte yerine getirmelerini ve önemli konularda fikir alışverişinde bulunarak ortak kararlar almalarını ifade eder. Bu durumda, eşlerden biri diğerinin üzerinde egemen olmayacak veya biri çocuk üzerinde daha geniş yetkilere sahip olmayacak ve önemli kararları danışmadan almayacaktır (Baktır Çetiner, 2000: 42). Bu hüküm, Anayasa'nın 41/I. maddesine dayanan eşitlik ilkesine dayanmaktadır.

Velayetin evli anne baba tarafından birlikte kullanılması kuralı, bu kişilerin her zaman aynı anda veya birlikte adım atmalarını zorunlu kılmaz. Evlilik birliği içinde, bir ebeveyn diğerinin açık veya örtülü olarak ifade ettiği düşünceyi dikkate alarak çocukla ilgili işlemleri tek başına yapabilir (Akyüz, 2012: 230).

Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesi çocuğun velayetinin anne baba tarafından birlikte kullanılmasını öngörse de velayetin kapsamına dahil olan hak ve yükümlülükler, her bir ebeveynin kişiliğine ayrı olarak tanınmıştır. Velayet hakkına sahip olan kişilerin sayısının sınırlı tutulmasının nedeni, çocuğun kişiliği ve geleceği hakkında en doğru kararı verebilecek olan kişilerin onun anne ve babası olduğu yönündeki görüştür. Anne baba, çocuk üzerindeki hak ve yükümlülüklerini birlikte yerine getirmek zorunda olsalar da bu, her zaman aynı fikirde olacakları veya çocukla ilgili aynı kararı verecekleri anlamına gelmez. Anne baba ayrı bireyler olduğundan, çocuğu ilgilendiren konularda belirledikleri çocuğun menfaati kriterleri farklı olabilir ve bu, velayeti birlikte kullanmalarına engel olabilir. Eski Medeni Kanun, bu tür durumlarda, yani anne baba arasında velayetin kullanımında anlaşmazlık olduğunda, babanın oyunu üstün tutarak nihai karar verme yetkisini babaya bırakmıştı (EMK m.263). Bu durum, pratikte velayetin babanın iradesine uygun bir şekilde kullanılmasına yol açmıştır (Koçhisarlıoğlu, 1988: 253). Ancak, bu hüküm, cinsiyet eşitliğinde dengeyi bozarak babanın lehine bir sonuç doğurduğu için eleştirilmiştir.

Bu düzenlemenin, kadın-erkek eşitliği ilkesini açık bir şekilde ihlal ettiği gerekçesiyle, 4721 sayılı Medeni Kanun'da babanın oyunu üstün tutan hüküm kaldırılmış, anne ve babanın söz haklarının eşit olduğu kabul edilmiştir (Uzun, 2016: 139). Eleştirilen noktalardan birisi, çocuğun yetiştirilmesi ve bakımının sağlanması konusunda annenin üzerine babadan daha fazla yük düşmesine rağmen, velayet hakkının kullanılacağı zaman babaya irade üstünlüğünün tanınması, oyunun üstün kabul edilmesidir. Diğer bir görüşe göre, önce çocuğun velayetinin birlikte kullanılması hükmünü getirerek bu konuda anne ve baba arasında eşitlik olduğunu belirten düzenlemenin, daha sonra bu dengeyi bozarak babanın oyununun üstün tutulmasının, hukukumuzdaki velayetin anne ve babaya tanınan eşit hak olduğu düşüncesine aykırı olduğu savunulmaktadır (Bozkurt, 2010: 43). Her durumda, velayetin kullanılması sırasında anne ve baba arasında anlaşmazlık çıkmaması arzu edilir, ancak eğer bir anlaşmazlık ortaya çıkmışsa, bu durumun kısa sürede ve çocuğa olumsuz etki yapmayacak şekilde çözüme

kavuşturulması, çocuğun yararı açısından son derece önemlidir. 4721 sayılı Medeni Kanun'da bu anlaşmazlıkların nasıl çözüme kavuşturulacağı açıkça ifade edilmese de anne babanın anlaşmazlık durumunda, TMK m. 195 uyarınca hâkim müdahalesine başvurma hakları bulunmaktadır.

4.2.4. Evlilik Dışı İlişkiden Doğan Çocuğun Velayetinin Kullanılması

Çocuğun evlilik birliği içinde doğmadığı, anne babanın evli olmadığı durumlarda velayetin kime ait olacağı, Türk Medeni Kanunu'nun 337/I. maddesiyle düzenlenmiştir. TMK. Md. 337 *"Ana ve baba evli değilse velayet anaya aittir. Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre vasi atar veya velayeti babaya verir."* şeklindeki düzenlemeye göre, velayetin doğumla birlikte kendiliğinden anneye ait olacağı kabul edilmiştir.

Evlilik dışında doğmuş bir çocuk ile biyolojik babası arasında soy bağı kurulmuş olsa bile, bu durum babanın velayet hakkı üzerinde söz sahibi olduğu anlamına gelmez; hatta baba, soy bağının kurulmasına dayanarak velayet talebinde dahi bulunamaz (Baygın, 2002: 280). Maddeye göre, çocuğun babası ile soy bağı, tanıma veya mahkeme kararıyla kurulmuş olsa bile, velayet hakkının anneye ait olduğu kabul edilmektedir. Evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların velayetlerinde ortak velayet düzenlemesi de istisnai olarak kabul edildiği için, babanın velayet hakkını kazanabilmesi sadece belirli durumlarda gerçekleşmektedir.

TMK 337. maddesine göre, anne küçük, kısıtlı veya ölmüş ise ya da velayeti kendisinden alınmış ise, hâkim çocuğun üstün yararı doğrultusunda babaya velayeti tanıyabilir, soy bağı ilişkisi kurulmuş olan babaya mahkeme kararıyla velayet verilebilmektedir. Madde kapsamında velayetin annede kalamaması halinde, velayetin babaya verilmesi ya da vasi atanması ihtimalleri doğmaktadır. İki durumda da izlenecek yöntem bazı temel farklılıklar arz etmektedir. Örneğin, velayet annenin küçük ya da kısıtlı olduğu gerekçesiyle anneye verilmemişse ve daha sonrasında kısıtlılığın kalkması ile tekrar çocuğun velayetinin anneye verilmesi planlanıyorsa, velayetin babaya verilmesi ileride anneyi zor durumda bırakacaktır. Bu tarz durumlarda vasi atanması daha kabul edilebilir gözükmektedir (Turan Başara, 2017: 214).

Ayrıca, çocuğun velayetinin babaya verilebilmesi için çocuğun üstün yararının da gözetilmesi gerekmektedir. Bu yüzden, velayetin babaya verilmesi daha çok annenin

ölümü veya TMK md. 348 "*Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim aşağıdaki hallerde velayetin kaldırılmasına karar verir:*

> *1- Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi.*
> *2- Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması.*
> *3- Velayet ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır.*

"Kararda aksi belirtilmedikçe, velayetin kaldırılması mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar." maddeye dayalı olarak velayetin kaldırılması durumunda söz konusu olmaktadır (Akyüz, 2012: 237-238).

Babanın kim olduğunun bilinmediği veya soy bağı ilişkisi kurulmasına rağmen çocuğun çıkarlarının başka düzenlemeler gerektirdiği durumlarda ise çocuğa bir vasi atanması kararı verilebilmektedir (Hatemi ve Kalkan-Oğuztürk, 2013: 160).

Türk Hukuku içerisinde de tartışma konusu olan ortak velayetin yasal olarak tanınmaması, özellikle evlilik dışı ilişkilerden doğan çocuklar ve bu çocukların babaları üzerinde olumsuz etkiler yaratmakta, çocuk sorumluluğunun tamamen anneye yüklenmesine sebep olmaktadır. Mevcut düzenlemeye göre, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklar bakımından ortak velayet düzenlenmesi tarafların anlaşmasına rağmen kanuni olarak mümkün değildir.

Evlilik dışı çocuklar üzerinde ortak velayet hakkının tanınmamasının, insanları evlilik dışı ilişkilerden kaçınmaya yönlendirebileceği ve evlenmemiş çiftleri evlenmeye zorlayabileceği varsayılmaktadır (Karimova, 2019: 93). Evlilik dışı ilişkilerin artmasındaki sebeplerden birisi olarak, boşanma sonrasındaki mal paylaşımı ve nafaka ödemesi gibi maddi kaygılardan uzaklaşmak olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, evlilik dışı ilişkilerden doğan çocukların ve babalarının ortak velayet hakkına sahip olabilmesinin, resmi nikah olmaksızın gerçekleşen ilişkilerin artmasına yol açabileceği düşünülmektedir (Çelik, 2004:260-261). Ancak, resmi nikahın olmadığı durumlarda çocuğun menfaatlerinin zarar görmesinin yanında, kadın da nafakadan ve mal paylaşımından yoksun kalmaktadır. Ancak, kadın, evlilik dışı doğan çocuğun baba ile soy bağı kurulmasının ardından iştirak nafakası isteme hakkına sahip olacaktır.

Hem çocuğun üstün yararını göz önünde bulundurmadan hem de ebeveynlerin niyetini belirlemeden direkt olarak evlilik dışı ilişkilerin azalması isteniyorsa bu yaklaşımın

sonuç vermeyeceği mutlaktır. Çünkü çocuğun üstün yararı ilkesi, çocuğun menfaatleriyle ebeveynlerin menfaatleri çatıştığında çocuğun çıkarlarının öncelik kabul edileceği muhakkaktır. Evlilik dışı ilişkilere doğan çocuğun velayetinin düzenlenmesinde, çocuğun üstün yararı ilkesinin değerlendirilmesi gerektiğinde, anne babanın ortak velayet isteyip istemediğini bakılmaksızın, velayeti sadece anneye tek başına vermek, babayı ise istisnai durumlar dışında bu haktan mahrum etmek önyargılı bir yaklaşıma sebep olacaktır. Buna rağmen mevcut yasal düzenleme, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklar bakımından, çocuğun bakımını üstlenmek, onun hayatına katılmak isteyen bir babayı, istisnai durumlar dışında, tamamen velayet kapsamı dışında tutmuştur (Karimova, 2019: 94).

Bu durum, çocukla ilgili tüm sorumlulukların, yükümlülüklerin anneye bırakılmasına sebep olmakta, babanın çocukla kişisel ilişki kurmasını, babanın maddi manevi destek vermesini, zorlaştırmaktadır.

4.2.5. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi veya Boşanma Davası Sırasında Velayetin Kullanımı

Türk Medeni Kanunu'nun 197. maddesi, belirli nedenlerin varlığı halinde eşlerden birinin ayrı yaşama hakkını saklı tutmaktadır. Bu maddeye göre, ortak yaşam nedeniyle bir tarafın kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi şekilde tehlikeye düşerse, eşler ayrı yaşama hakkına sahip olmaktadır (Kılıçoğlu 2004: 267). Birlikte yaşama ara verilmesi için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmamaktadır (Çelik, 2004: 288). Ancak eşlerin bu kararı vermesiyle birlikte, çocuğun hangi ebeveynle yaşamaya devam edeceği yani velayeti kimin kullanacağı meselesi sorun haline gelmektedir. Birlikte yaşamaya ara vermek eşlerin hakkı olsa ve mahkeme kararına ihtiyaç duyulmasa bile velayet kısmında uzlaşı ortamı sağlanamadığı durumlarda hâkimin kararı zorunlu hale gelmektedir (Akıntürk ve Ateş Karaman, 2013: 137). Bu yüzden hâkim ergin olmayan çocukların kimle yaşayacağı ve velayetlerinin düzenlenmesi hususunda gerekli önlemleri almakla yetkilidir (Uzun Birinci, 2016: 143).

Ayrı yaşama ya da boşanma davası sırasında velayetin kime nasıl verileceği ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Bu konudaki görüşlerden birine göre, ortak yaşamın sona erse de evlilik birliği sonlandırılmadığı için velayetin eşler tarafından birlikte yürütülmesi gerekmektedir (Koçhisarlıoğlu, 2004:152).

Diğer bir görüşe göre ise, ortak yaşamın sona erdiği durumda, eşler aynı yerleşim yerinde yaşamayacağına göre hâkimin karar vermesi gereken mesele, çocuğun nerede ve kimle yaşayacağıdır. Evlilik sona ermediği ve velayetin kaldırılma koşulları oluşmadığı sürece, velayetin de ortak yürütülmesi gerekmekte, sadece bir tarafa velayet verilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Ayrılığın gerçekleşmesi, evliliğin birliğinin tam olarak sona ermediği anlamına geldiği için çocuğun velayeti anne baba tarafından birlikte de kullanılabilmekte, hâkim tarafından tek tarafa da verilebilmektedir (Uzun Birinci, 2016: 143).

Çocuğun bakımını üstlenen tarafı ve yaşayacağı yeri hâkim belirlemektedir. Velayet genellikle tek tarafa verildiği için velayet verilmeyen tarafın velayet hakkı sınırlanmış olmaktadır (Öcal Apaydın, 2016: 648). Hâkimin çocuğun kimin yanında kalacağını belirlemesi bir nevi alıkoyma hakkı kapsamındadır ve alıkoyma hakkına sahip olan genellikle velayet hakkına da sahip olmaktadır. Ancak boşanma davası sürecinde ebeveynler geçici (tedbiren) velayeti isteme hakkına sahiptir. Geçici velayeti isteyen taraf, dava dilekçesinde veya cevap dilekçesinde müşterek çocuğun yanında kalmasını talep edebilmektedir. Dilekçede böyle bir talepte bulunulmasa bile davanın her aşamasında yazılı veya sözlü olarak geçici velayet talebinde bulunulabilmektedir.

Evlilik sürecinde çözülemeyen çatışmalar ve işlenemeyen sorunlar nedeniyle çiftler boşanma aşamasında daha da uzlaşmaz ve inatçı bir tavır sergilemekte bu durum ise daha çok çocuklara yansımaktadır. Bu çatışma ortamı, boşanma öncesinden başlamakta ve çoğunlukla boşanmanın ardından da devam etmektedir.

Boşanma sürecini zorlaştıran, yorucu hale getiren birçok faktör bulunmaktadır. Özellikle, dava sürelerinin uzunluğu, süreç ve boşanma sonrasındaki belirsizlik, toplumun boşanmaya karşı olumsuz tutumu, evlilikte başarısızlık hissi faktörler, tarafları ve çocukları boşanma aşamasında yıpratmaktadır.

Boşanma sürecinde, çocukların üzerinden devam eden bir başka şiddet alanı da velayettir. Çocukların velayeti, manipülasyon ve tehdit alanı olarak görülebilmekte, anneler, boşanmak istemeyen babanın *"Çocukları alırım, sen boşanırsan"* gibi tehditleriyle karşı karşıya kalabilmektedir (Nuhoğlu ve Demiröz, 2020: 175).

Boşanma sürecinde özellikle ekonomik açıdan zayıf olan eşin, genellikle kadının ve çocukların geçim durumu oldukça zorlaşmaktadır. Bu nedenle olası tehlikeli durumları engellemek için tedbirler alınması önem arz etmektedir (Akıntürk ve Ateş Karaman,

2013: 283). Bu nedenle boşanma sürecinde, tedbir kararlarının etkili bir şekilde uygulanması son derece kritiktir. 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, bu bağlamda boşanma sürecinde yaşanan kadına yönelik şiddetle mücadelede temel yasal dayanak olarak önem taşımaktadır (Nuhoğlu ve Demiröz, 2020: 155)

6284 Sayılı Kanun'un 4. maddesinde koruyucu tedbirler, 5. maddesinde ise önleyici tedbirler hakkında düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca aynı madde içinde, hâkime, 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nda belirtilen koruyucu ve destekleyici tedbirler ile velayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması gibi hususlarda karar verme yetkisi tanınmıştır. Hâkim aynı zamanda, şiddete maruz kalan kişinin yaşam standardını göz önünde bulundurarak talep edilmemiş olsa bile tedbir nafakası kararı verebilmektedir. Şiddet gören veya görme tehlikesi altında bulunan kadın henüz boşanma davası açmamışsa, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kapsamında çocuk hakkında geçici velayet talebinde bulunma hakkına sahiptir. Velayet evlilik süresi zarfında anne ve baba tarafından birlikte kullanılsa bile, eşi tarafından şiddet gören kadın, aile mahkemesine başvurmak suretiyle geçici velayet talebinde bulunabilmektedir. Daha öncesinde bağlanmış bir nafaka mevcut değilse, şiddet mağduru kendisi ve çocukları için nafaka bağlanması, mahkemelerden koruma kararlarının alınması, barınma hakkının sağlanması isteminde bulunabilmekte ve diğer koruyucu tedbirlerden yararlanabilmektedir (Mevzuat, 25.08.2023).

4.2.6. Boşanma Kararı Verildiğinde Velayetin Kullanılması

Boşanma sonucunda evlilik birliği bozulmuş olsa da çocuk açısından anne baba ilişkisi boşanma durumundan etkilenmez. Ancak boşanma aşamasına gelen ya da boşanmış eşler arasında yaşanan anlaşmazlıklar, gerilimler genellikle velayet konusunda anlaşmalı bir zemin sağlamaktan çok uzaktır. Boşanma kararından sonra, tarafların çocuklarını birbirlerine karşı bir koz olarak kullanmaları, kişisel ilişkilerde sorun çıkarmaları, çocuğun gözünde karşılıklı kötüleme gibi gerçekler göz önünde bulundurulduğunda, boşanmadan sonra ortak velayetin uygun olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu nedenle çocuğun üstün yararı gereği, hâkim tarafından sadece bir eşe velayet verme uygulaması devam ettirilmektedir (Çetiner, 2000: 107). Boşanma durumunda velayet tek bir tarafa ait olsa da velayetin diğer eşe verilmesi kararıyla

birlikte velayet tam anlamıyla ortadan kaldırılmamaktadır. Çünkü velayet bölünemez ve boşanma sonrasında anne babaya bir bütün olarak verilir. Boşanma davası devam ederken veya ayrılık kararı verilene kadar, çocukların bakımı ve korunması için geçici önlemler hâkim tarafından alınır. Karar verildikten sonra, eşlerin ortak yaşamları sona ermiş veya ayrılık gerçekleşmişse hâkim velayeti bir eşe verebilir.

Velayet kendisine verilen tarafın ölümü halinde velayetin kaldırılması değil sona ermesi söz konusu olduğu için velayet otomatik olarak diğer eşe geçmez. Yargıtay, 2. HD. E.2010/2916 K.2010/14189 sayılı kararında "*Boşanma hükmüyle velayet kendisine verilen babanın ölümü ile velayet kendiliğinden anneye geçmez*." şeklinde karar vermiş ancak asıl olanın velayet olduğunu da karara eklemiştir (Legalbank, 26.06.2023). Velayetin kaldırılması veya bir tarafa verilmesi kamu düzenine ilişkin bir konudur. Bu nedenle hâkim kaldırma veya tevdi kararını resen dikkate alır, tarafların anlaşması hâkimi bağlamaz. Velayetin tevdi edilmesi kamu düzeniyle ilgili olduğu için, talep edilen duruma uygun şartlar oluştuğunda velayetin kaldırılması veya tam tersi durumda velayetin tevdi edilmesi kararı verilebilir (Özlü, 2002: 111-113; akt. Karakayalı, 2009: 39).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 21.10.1987 E.1987/299 K.1987/746 sayılı kararında, *"Velayetin kaldırılması istemli açılan davada Medeni Kanun'un velayetin kaldırılması maddesi uygulanamaz, ancak velayetin tevdi edilmesi mümkün görülüyorsa buna karar verilebilir."* diyerek velayetin tevdi edilebileceğini belirtmiştir (Legalbank, 26.06.2023).

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda, çocuğun velayetini kimin alacağı meselesi boşanma sürecindeki sorunların başında gelmektedir. Bu konuda Medeni Kanun'da iki düzenleme bulunmaktadır. TMK 336. maddesinin 3.fıkrasında *"Velayet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir."* şeklindeki düzenleme ile, boşanma durumunda velayetin, çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olduğu kabul edilmektedir. Boşanma kararını veren aile mahkemesi, velayetin kime bırakılacağını da belirlemekle görevlidir ve kanun velayetin belirlenmesinde hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Diğer düzenleme ise, TMK md.182 *"Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını*

ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler." hükmüdür. Hâkim, anne-babanın boşanması durumunda sahip oldukları hakların ve çocuklarıyla kişisel ilişkilerinin nasıl düzenleneceğine TMK 182. madde hükmüne göre belirlemektedir (Öztan, 2004: 1089).

Boşanma veya ayrılık durumlarında çocuğun velayetinin düzenlenmesinde temel amaç, çocuğun üstün yararını ve fiziksel ruhsal sağlığını korumak güvenli bir gelecek sunmaktır. Hâkim, çocuğun fiziksel ve psikolojik gelişimine ve menfaatlerine uygun şekilde karar verir. Türk hukukunda, hâkimin çocuğun yararını tespit etmesini kolaylaştıracak, anne şefkatine muhtaç olma, birincil bakıcı gibi bazı ölçütler belirlenmiştir. Her ne kadar velayette temel ilke çocuğun üstün yararı olsa da ilkenin esnekliği bazı ölçütlerin kullanımını zorunlu kılmaktadır.

Öğretideki bir görüşe göre, velayetin düzenlenmesindeki temel kriterler, çocuğun tercihleri ve hangi tarafta daha fazla mutluluğu olacağıdır. Bu yaklaşımla ebeveynin sosyal statüsü, çocuğun hangi yaşta olduğu gibi etkenler yerini çocuğun mutluluğuna bırakmaktadır (Akkurt, 2010: 112-113; akt. Şahin, 2023: 23).

Türk hukuk pratiğinde sıkça karşılaşılan başka bir görüşe göre ise çocuğun yaşının velayetin belirlenmesinde temel faktör olması gerektiği yönündedir. Bu bağlamda, anne şefkatine muhtaç olma ölçütü doğrultusunda, annesinin şefkatine daha fazla ihtiyaç duyan küçük yaşlardaki çocukların velayeti, ekonomik ve sosyal durumdan bağımsız olarak anneye verilmelidir. Ancak çocuğun gelişimini ciddi şekilde etkileyebilecek ya da yakın zamanda ortaya çıkacak inandırıcı tehlikeler var olması durumunda anneye velayetin verilmesi mümkün olmamaktadır (Gençcan, 2020: 169).

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise velayetin hangi tarafa verileceğinde sadece çocuğun üstün yararı gözetilmelidir. Çocuğun üstün yararı, alışkın olduğu aile ortamını ve ilişkileri sürdürebilmesi, bakımı, korunması, güvenliği, sağlığı ve eğitimi gibi unsurlara, olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmeli ve bu doğrultuda velayet kararı verilmektedir (Gençcan, 2020: 226-227).

Yargıtay kararlarına bakıldığında ise kullanılan ölçütlerin karma bir hal aldığı görülmektedir. Anne bakım şefkatine muhtaç olma ölçütü, aynı zamanda çocuğun üşütün yararı olarak kabul edilmektedir. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi, E.2014/2367, K.2014/13271 Sayılı kararında

…Velayet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun "üstün yararıdır (Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme md. 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi md. 11; TMK md. 339/1. 343/1, 346/1; Çocuk Koruma Kanunu md. 4/b). Çocuğun üstün yararını belirlerken onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve sosyal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Özellikte kardeşlerin birbirlerinden ayrılmalarının onların bedeni ve fikri gelişimleri ile kardeşlik duygularının olumsuz yönde etkileyeceği de göz önüne alınarak ana bakım, şefkatine muhtaç 2006 doğumlu Mehmet'in velayetinin de Türk Medeni Kanunu'nun 182. ve 336/2. maddeleri uyarınca anneye bırakılması gerekirken babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır.

ölçüt olarak hem anne şefkatine muhtaç olmayı hem çocuğun üşütün yararı ilkesini almış ve gerekçeli karara göre velayetin küçük çocuklar bakımından anneye verilmesi gerektiğini vurgulayan bir hükme varmıştır (Yargıtay, 26.08.2023)

Haklarında boşanma kararı verilen eşlerin birbirleriyle yeniden evlenmeleri durumunda, velayet hakkı kendiliğinden anne babaya geçer. Boşanmaya sebep olan olaylar velayet düzenlemesini doğrudan etkilemez. Ancak, anne ya da babanın şiddet uygulaması, istismar gibi suç unsuru barındıran boşanma durumlarında, hâkim velayeti kime vereceğini bu unsurları göz önünde bulundurarak karar vermektedir (Oğuzman ve Dural, 1998: 273).

Velayeti almayan eşin, çocukla kişisel ilişki kurma hakkı vardır. Kişisel ilişkinin tesis edilmesi sırasında hâkim, velayet hakkını kısıtlamamaya, amaç dışı uzun olmamaya ve tarafların durumuna uygun ve uygulanabilir bir karar vermeye dikkat etmelidir. Hâkim, çocuğun yaşını, ihtiyaçlarını, eğitim durumunu ve eşlerin yaşadıkları yerlerin mesafesini göz önünde bulundurmalıdır (Öztan, 2004: 632).

Velayeti elinde bulundurmayan anne veya baba, çocuğu kaçırma veya alıkoyma yoluna başvururs a, velayeti elinde bulunduran eş, çocuğu haksız şekilde alıkoymuş olan kişiye karşı hukuki önlemler alabilir. Türk Ceza Kanunu'nun 234. maddesi, velayeti elinden alınmış olan ana veya babanın veya kan hısımlarının, çocuğu alıkoyma durumunda hapis cezasına çarptırılabileceğini belirtmektedir. Ancak, "çocuğu yardım görevini yerine getirmek amacıyla alıkoyma" durumu, bu madde kapsamında değerlendirilemez (Serozan, 2000: 250).

5. SONUÇ

Çocuklar, yaşları ve yapıları gereği, kırılgan ve korunmaya muhtaç bireylerdir. Doğdukları andan itibaren anne ve babalarının ilgi ve korumasına ihtiyaç duyarlar ve bu nedenle aile ve devlet için öncelikli öneme sahiptirler. Bu iki temel kurumun, çocukların sağlıklı bir şekilde büyümelerini, gelişmelerini ve topluma katkı sağlayacak bireyler olarak yetişmelerini sağlamak amacıyla iş birliği içerisinde olması gerekmektedir.

Aile, çocukların dünyaya gözlerini açtıkları ilk ve en önemli eğitim alanı olarak işlev görmektedir. Devlet ise çocukların haklarını korumayı ve onlara destek olmayı, fiziksel, duygusal ve zihinsel sağlığını güvence altına almayı, eğitim imkanları sunmayı, istismar ve ihmal gibi durumları önlemeyi ve çocukların çıkarlarını gözetmeyi güvence altına almakla görevlidir. Çocukların korunması ve geleceklerin teminat altına alınması için çocuk koruma kurumları, çocuk hizmetleri ve çocuk mahkemeleri gibi yapılar oluşturulmuştur. Devletin çocuklarla ilgili sorumlulukları, aynı zamanda ebeveynlere de yansımaktadır. Anne ve babalar, çocuklarının gereksinimlerini karşılamak, onlara sevgi, destek ve eğitim sunmakla yükümlüdür. Aile içi sorunların çözümünde devlet, danışmanlık hizmetleri ve aile mahkemeleri gibi destek mekanizmaları sunmaktadır. Çocukların korunması, eğitilmesi ve topluma faydalı bireyler olarak yetiştirilmesi hem devletin hem de ebeveynlerin paylaştığı bir sorumluluktur. Devlet, çocukların haklarını ve çıkarlarını korumak için gerekli yasal düzenlemeleri yaparken, ebeveynlere de haklar ve sorumluluklar yükler. Bu şekilde, çocuklar sağlıklı bir çevrede büyüyebilir ve topluma olumlu katkıda bulunabilirler. *"Aile, Türk toplumunun temelidir..."* şeklinde ifade edilen Anayasa m.41, aile ve çocuğun ne kadar değerli olduğunu vurgulamakta ve aile ve çocuk odaklı politikaların yol haritasını çizmektedir.

Köken olarak Arapçadaki “Velet" sözcüğünden türetilen velayet kavramı "otorite, yetki ve velilik" gibi anlamlara gelmektedir. Roma’da terimi ile velayet ve vesayet kavramlarını bütünleyen "Patria Potestas" kavramı ile çocuklarla ilgili tüm haklar babaya verilmiştir. Annenin velayet üzerinde hiçbir söz hakkı bulunmamaktadır. Hatta babanın hak kapsamı o kadar geniş tutulmuştur ki çocukların yaşayıp yaşamayacağına bile baba otoritesi karar vermektedir. Bu dönemde velayette kadın haklarından bahsetmemiz söz konusu değildir zira kadın zaten velayete tabiidir.

Germen hukukundaki "munt" terimi Roma'daki "Patria Potestas" terimiyle benzerlikler içermekte ve aile içindeki vesayeti temsil etmektedir. Avrupa'da kadının velayet hakkı yaygın dini inanç olan Hristiyanlığın etkisiyle ilk dönemler geride kalmıştır. "Baba" inancının etkisi kendini velayet hukuku alanında da göstermiştir. Ancak sanayi devrimi ve Fransız Devrimi sonrasında "duyarlı yıllar doktrini" adı verilen dönemle rüzgâr tersine dönmüş, kadınların anneliği ön plana çıkarılmıştır. Burada babaların sanayi devriminin etkisiyle uzak yerlerde çalışmalarının etkisi ise göz ardı edilemez derecede önemlidir. Duyarlı yıllar doktrininin etkisiyle uzun yıllar boyunca, çocukların velayeti anneye bırakılmıştır. 1970'li yıllarda ise kadın hareketlerinin ve baba gruplarının etkisiyle velayette kadın erkek eşitliği tartışmaları yaşanmıştır.

İslam hukukunda velayet kavramına bakıldığında ise kadın ve erkeğe farklı haklar verildiği görülmektedir. Çocuğun doğumu ile velayet babaya geçmekte, bananın ölümü, yokluğu durumlarında ise erkek akrabalar velayet hakkına sahip olabilmektedir. İslam hukukuna göre kadın velayet sahibi olmaz ancak bu Hanefi mezhebinde geçerli değildir. Belli durumlarda kadın velayet hakkına sahip olabilmektedir. İslam hukukunda diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak hadane hakkı adı verilen çocuğun bakım eğitim terbiye gibi sorumlulukların dahil edildiği bir yetki alanı oluşturulmuştur. Bu hakta öncelik annenindir. Anne çocuğuna bakmak, emzirmek, terbiye etmekle yükümlüdür. Ancak bu yükümlülükler çok ayrıntılı düzenlenmiş, kadının hakkının korunmasına özen gösterilmiştir. Zira, süt emzirme durumu bile gerekli hallerde kadının isteğine bırakılmıştır. Gerek hadane döneminde gerek sonrasında olsun baba, çocuklarının masraflarını karşılamakla sorumludur.

Türk hukuku, İslamiyet öncesi Türk hukukundan ve İslam hukukundan oldukça etkilenmiştir. Osmanlı Devleti döneminde hazırlanan kanunlar kapsamında kadının vasi olabildiği, çocuk mallarını yönetebildiği görülmüştür. 1926 yılında yürürlüğe giren Eski Medeni Kanun, kadınlara geniş haklar tanısa da çağın gereklerine uygun olarak 4721 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir. Eski Kanun'da babanın oyunu üstün kabul eden düzenlemeler, Anayasa'daki kadın erkek eşitliğine aykırı olduğu gerekçesiyle Yeni Kanun'a dahil edilmemiştir. Uluslararası sözleşmeler ışığında kadın hakları ve çocuk hakları yeniden düzenlenmiş ve ailede kadın ve erkeğin eşit söz hakkı sahibi olması sağlanmıştır.

Çocuk hakları alanında yapılan çalışmalar, çocuğun üstün yararı ilkesinin velayette temel ilke olarak kabul edilmesini sağlamıştır. Ancak ilke esnek bir içeriğe sahip olup hâkime geniş takdir yetkisi vermektedir. Bu aşamada ise mahkemeler, anne şefkatine muhtaç olma, birincil bakıcı ölçütünü, çocuğun üşütün yararı ilkesi çerçevesinde harmanlayarak kullanmaktadırlar. Bu ölçütler doğrultusunda, çocuğun güvenliğini tehdit edecek bir unsur olmadığı sürece genellikle velayet anneye verilmektedir. İstatiksel veriler göz önünde bulundurulduğunda annelerin yaklaşık %75 oranla velayeti kazandıkları görülürken, babaların yaklaşık %25 oranında velayeti alabildikleri saptanmıştır. Türkiye'de verilen kararların genellikle anne şefkatine muhtaç olma ölçütü üzerinde verildiği hesaba katıldığında babaların çocuklarının velayetini alabilme ihtimallerinin ne kadar zor olduğu görülmektedir. Öncesinde erkek iş gücünün ekonomik değeri sebebiyle boşanan kadınların velayet istemeleri ve çocuk bakmaları, erkeğin vereceği tedbir, yoksulluk ya da iştirak nafakasına bağlıyken, gün geçtikçe kadınların iş gücüne katılımı artmakta ve annelerin velayet talepleri de aynı doğrultuda bir eğilim göstermektedir. Velayetin annelere verilmesi bir avantaj gibi gözükse de aynı zamanda toplumdaki kadının anne rolünü pekiştirmekte, tüm ebeveyn sorumluluğunun kadına yüklenmesine yol açmaktadır. Her ne kadar velayet anneler lehine bir eğilim gösterse de babaların da velayeti kazandıkları davalar bulunmaktadır. Anayasal açıdan velayette kadın ve erkek eşit olsa da ya da velayet üzerinde eşit haklara sahip olsalar da babalar velayeti, annenin sorumluluklarını yerine getirmediği, çocuğun hayatının tehlikeye düşebileceği, annenin özellikle bir velayet talebinin olmadığı ya da çocuğun babanın yanında kalmak istediğini belirttiği durumlarda kazanabilmektedir. Özellikle evlilik dışı doğan çocuklarda babanın velayeti alabilmesi istisnai durumlar dışında mümkün değildir. Velayet, evlilik birliği dahilinde anne baba tarafından birlikte kullanılırken, ayrılık veya boşanma durumlarında velayet genellikle tek ebeveyne verilmektedir. Boşanma davaları, kadın ve erkeğin güç savaşına dönebilmekte, velayet her iki taraf için de silah olarak kullanılabilmektedir. Özellikle ekonomik gücü olmayan anneler kendilerini, mal paylaşımı ve nafaka kapsamında "*ya velayet ya mal"* krizinin ortasında bulmaktadırlar. Bu durumları engellemek, kadını ve aileyi korumak için 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kapsamında velayet nafaka hükümleri de düzenlenmiştir. Kanun uyarınca anneler çocuklarının geçici velayeti ve tedbir nafakası talep edebilmektedir. Ayrıca aile konutunun, kadına

tahsis edilmesi de mümkün kılınmaktadır. Babanın eşe/ çocuğa şiddet uyguladığı durumlarda kanun babanın evden uzaklaştırabileceğini de düzenlemiştir. Ancak bu hüküm şiddet gerekçesinin olmadığı zamanlarda da uygulandığı iddiasıyla ve baba-çocuk ilişkisini zedelediği gerekçesiyle erkekler tarafından eleştirilmektedir. Kanunun ruhuna uygun olarak kadını ve aile bütünlüğünü korumak açısından, kadın ve erkeğin durumlarının daha detaylı incelenmesi gerektiği muhakkaktır. Velayeti kadına bırakmak tüm sorumluluğu da kadına bırakmak anlamına geleceğinden erkeklerin de bu sürece dahil edilmesi ve sorumlulukların paylaştırılması gerekmektedir. Boşanma ve velayetin iç içe geçmesine bağlı olarak kriz alanı oluşturulmasına çözüm olarak ortak velayet yaygınlaşmaya başlamıştır. Ortak velayet, özellikle Fransa, Almanya gibi birçok Avrupa ülkesinde genel uygulama haline gelmiş ve velayet boşanma sürecinden bağımsız olarak değerlendirilip, anne babanın velayet haklarında herhangi bir değişiklik olmaması sağlanmıştır. Ancak Türkiye'de kararlar tek velayet üzerinden verilmektedir. Bu aşamada, ortak velayetin olup olmaması öğretide tartışmalı bir konu haline gelmiştir. Yargıtay ise, verdiği kararlarda ortak velayetin kamu düzenine aykırı olmadığı yönünde kararlar vermekte ve ortak velayet için içtihat oluşturmaktadır. Ortak velayet, annelerin yükünü hafifletip, babaları da sorumluluk alanına dahi etmeyi vadetse de aynı zamanda çocukla ilgili her karar anında erkekle bir araya gelme mevzusu kadın açısından bir güvenlik tehdidi de oluşturabilmektedir. Ortak velayet alma durumunda oluşabilecek sorunları en aza indirgemek amacıyla anne baba arasında anlaşma yapılması bir çözüm olarak gözükmektedir. Velayet kavramı, hak ve sorumluluklar bütünüdür ve bir çocuğun tüm bakımını içermektedir. Ebeveynlik sadece annenin görevi değildir, velayetle birlikte de tüm sorumluluk anneye verilmemeli, velayet anneye verilse bile baba sadece nafaka sorumlusu olarak kalmamalı aynı zamanda çocuğun sorumluluklarını da paylaşmaya devam etmelidir.

KAYNAKLAR

Abik, Y. (2005). *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı.* Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Akıntürk, T. (2002). *Türk Medeni Hukuku, Medeni Kanun'a Uyarlanmış Aile Hukuku,* C. 2, 7. Bası, İstanbul: Beta Basım.

Akıntürk, T., Ateş Karaman, D. (2013). *Türk Medeni Hukuku- Aile Hukuku, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu'na Uyarlanmış,* II. Cilt, İstanbul: Beta Basım.

Akyüz, E. (1978). "Boşanmanın Çocuk Üzerindeki Etkileri" *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi,* C. XI. S. 1. s. 1-6.

Akyüz, E. (1983). *Medeni Kanun'a Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması,* Ankara: AÜEBF Yayını.

Akyüz, E. (1999). *Çocuğun Güvenliği Sorunu*, Ankara: Atilla Kitabevi.

Akyüz, E. (2000). *Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, İnsan Hakları Eğitimi Dizisi: 2*, Ankara: Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları.

Akyüz, E. (2012). *Çocuk Hukuku Çocuk Hakları ve Korunması,* Ankara: Pegem Akademi Yayıncılık.

Altınok Ormancı, P. (2022). "Fransız Boşanma Hukuku Revizyonunun Getirdikleri: Türk Boşanma Hukukunda Olası Bir Revizyon İçin Değerlendirmeler". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* S. 71 s.1431-1458.

Apaydın, E. (2018). "Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1), s. 445-476.

Aras, M. Ö. (1988). *Ad Koyma, DİA,* İstanbul: İSAM Yayınları.

Avcı, M. (2022). *Türk Hukuk Tarihi,* Ankara: Adalet Yayınevi.

Ayan, S. (2012). "Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Değişmesi ve Değiştirilmesi". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. XVI, S. 4

Baktır Çetiner, S. (2000). *Velayet Hukuku,* Ankara: Yetkin Yayınları.

Baktır Çetiner, S. (2017). "Velayet Müessesesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği ", Prof. Dr. Şeref Aktaş'a Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, Cilt: 19, s. 25-46.

Bartlett K. T. (1999). "Child Custody in the 21st Century: How the American Law Institute Proposes to Achieve Predictability and Still Protect the Individual Child's Best Interests". *Willamette Law Review* S. 35(3), 467-483. https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1554&context=faculty_scholarship (Erişim Tarihi: 25.08.2023)

Baygın, C. (2002) "Kan Bağına Dayanan Soybağı", *AÜEHFD.,* Cilt: VI, Sayı:1-4, s.255-284.

Birsin, M. (2019). *İslam Aile Hukuku*, İstanbul: Çıra Akademi Yayınları.

Boyd S. B. (2000). "Can Child Custody Law Move Beyond the Politics of Gender". *University of New Brunswick Law Journal* S. 49, s. 157-168.

Bozkurt, İ. (2010). *Velinin Velayetten Doğan Hak Görev ve Yetkileri,* Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.

Çeker, O. (2015). *İslâm Hukukunda Çocuk,* Konya: Tekin Kitabevi.

Çelebi, Ö. (2020). "Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velayetin Düzenlenmesi", *İstanbul Hukuk Mecmuası,* S. 79/1. s. 27-77.

Çelik, C. (2004). "Velayetin Kaldırılması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. LIV.

Çelikel, S. (2012). *Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları*, Ankara: Adalet Yayınları.

Çolak, A. (2014). *İslam Aile Hukuku,* Malatya: Medipres Matbaacılık Yayıncılık.

Döndüren, H. (2016). *Delilleriyle Aile İlmihali*, İstanbul: Erkam Yayınları.

Dural, M., Öğüz, T., & Gümüş, M. A. (2005). *Aile hukuku. Türk Özel Hukuku, Cilt III,* İstanbul: Filiz Kitabevi.

Ergene, D. (2011). "İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medenî Kanun'da Değişiklik Önerisi". *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,* 31 (2), s. 123-176.

Ergün Z. (2004). *Boşanma Davaları-Nişanlanma-Evlenme-Butlan-Velayete Kişisel İlişki- Nafaka Maddi ve Manevi Tazminat-Mal Rejimi-Babalık Davası- Soy bağı-Nesep (Yargıtay Kararları),* Ankara: Adil Yayınevi.

Erlüle F. (2019). *İsviçre Medeni Kanunu 'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet*, Ankara: Yetkin Yayınları.

Ertaş, Ş. (2007). "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf etkisi". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. IX, Özel Sayı, 391-398.

Eşkan, S. (1999*). İslam Aile Hukukunda Çocuğun Bakım ve Eğitimi,* Erzurum: Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi.

Gençcan, Ö. U. (2020). *Velayet Hukuku,* Ankara: Yetkin Yayınları.

Gönenç, F. İ. (2010). *Roma Hukukunda Kadın*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

Gören, Z. (1998). *Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulanma Biçimi),* İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları.

Görgeç, B. (2011). *Türk Medeni Kanunu'nda Velayet Hükümleri ve Özellikle Çocuğun Korunması.* Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı, İstanbul.

Göztepe, E. (1999). "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı", *AÜSBFD*, C:54, S:2, s. 101-131.

Göztepe, E. (2004) "Anayasal Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", *Güncel Hukuk Dergisi*, S.4 s. 44-45.

Graham, K. T. (2001). "How the ALI Child Custody Principles Help Eliminate Gender and Sexual Orientation Bias from Child Custody Determinations", *D*uke *J*ournal of *G*ender *L*aw & *P*olicy, S.8, s. 323-331. https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=djglp (Erişim Tarihi: 25.08.2023)

Hatemi, H., & Kalkan Oğuztürk B. (2013). *Aile Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Helvacı, S., Erlüle, F. (2007). *Medeni Hukuk*, Ankara: Legal Yayıncılık.

https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Bo%C5%9Fanma-%C4%B0statistikleri-2022-49437&dil=1 (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

https://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2010-2916-k-2010-14189-t-14-07-2010/1985611/2010_2916+E++2010_14189+K (Erişim Tarihi: 26.06.2023)

https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-1987-299-k-1987-746-t-21-10-1987-velayetin-kaldirilmasi/111740/ (Erişim Tarihi: 26.06.2023)

https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3457&context=lcp (Erişim Tarihi: 01.07.2023)
https://www.hukuki.net/showthread.php?58954-Yeni-Hukuki-Kaynak-Velayet-Yargitay-2-HD-2004-5448-E-2004-8252-K (Erişim Tarihi: 25.08.2023)
İmamoğlu, S. H. (2005). "Yeni Medeni Kanun'daki Düzenlemeler ve Velayete Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi". *AÜHFD*, C. 54, S. 1, s. 165-189.
İnceoğlu, S. (2006). "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı". *Çalışma ve Toplum,* S.4, s. 45-62.
İnceoğlu, S. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa,* Ankara: Şen Matbaa
İnternet: Diyanet https://hadislerleislam.diyanet.gov.tr/sayfa.php?CILT=3&SAYFA=97&SRC=devlet%20ba%C5%9Fkan%C4%B1 (Erişim Tarihi: 10.08.2023)
İnternet: e-UYAR https://app.e-uyar.com/karar/index/a065c362-da63-4e40-ae31-f0e507c9e5a0 (Erişim Tarihi: 17.06.2023)
İnternet: Hukuki Net https://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3040
İnternet: Karararа https://www.karararа.com/forum/viewtopic.php?t=37458 (Erişim Tarihi:17.06.2023)
İnternet: Kazancı http://kazanci.com.tr/gunluk/2hd-2014-6840.htm (Erişim Tarihi: 25.08.2023)
İnternet: Legalbank https://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2009-3578-k-2010-8083-t-22-04-2010-ana-ve-baba-evli-ise-velayetin-kullanimi/809185/ (Erişim Tarihi: 17.06.2023)
İnternet: Lexpera https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/ankara-bam2-hd-e-2019-1531-k-2020-1152-t-13-10-2020 (Erişim Tarihi: 28.05.2023)
İnternet: Mevzuat https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=17030&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeligi&mevzuatTertip=5 (Erişim Tarihi: 25.08.2023)
İnternet: Resmî Gazete https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/02/20120214-18.htm (Erişim Tarihi: 20.08.2023)
İnternet: T.C. Anayasa Mahkemesi https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/norm-denetimi-basin-duyurulari/kadinin-kocasinin-soyadini-almasini-ongoren-kuralin-iptali/ (Erişim Tarihi: 20.08.2023)
İnternet: Tiryaki Hukuk http://www.tiryakihukuk.com/?Syf=26&Syz=131215&/VELAYET-DAVALARINDA-YARGITAY-KARARLARI (Erişim Tarihi:25.08.2023)
İnternet: TÜİK https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Bosanma-Istatistikleri-2021-45568#:~:text=Kesinle%C5%9Fen%20bo%C5%9Fanma%20davalar%C4%B1%20sonucunda%202021,%2C9'u%20babaya%20verildi. (Erişim Tarihi: 15.11.2023)
İnternet: Türk Hukuk Sitesi https://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=3289 (Erişim Tarihi: 25.08.2023)
İnternet: Veri Kaynağı https://www.verikaynagi.com/grafik/cocuklarin-velayetinin-anne-veya-babaya-verilme-orani/ (Erişim Tarihi: 15.11.2023)

İnternet: Yargıtay https://karararama.yargitay.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 17.06.2023)
Jacobs S. B. (1997). "The Hidden Gender Bias Behind the Best Interest of the Child Standard in Custody Decisions". *Georgia State University Law Review*, S. 13 s. 845-901. https://readingroom.law.gsu.edu/gsulr/vol13/iss3/5/ (Erişim Tarihi: 25.08.2023)
Kaçak, N. (2004). *Yeni Türk Medeni Kanunu*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
Kahraman, S. (2019). *Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velayet,* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
Karaman, H. (1991). *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul: İz Yayıncılık.
Karaman, H. (2014). *Ana Hatlarıyla İslam Hukuku,* İstanbul: Ensar Neşriyat.
Karayakalı, G. (2009). *Velayet Hakkının Kullanılmasına İlişkin Hukuki Sorunlar ve Özellikle Koruyucu Aile Uygulaması.* Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı, İstanbul.
Karimova, R. (2019). *Türk Medeni Kanunu'nun 335-351 İnci Maddeleri Çerçevesinde Çocuğun Velayeti,* Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Konya.
Kaşıkçı, O. (2006). "Eski Hukukumuzda Süt Emzirme Akdi". *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/1-2, s.17-54.
Kayak, S. (2018). "Roma Hukukunda Aile Kurumu". *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8 (2), 249-302.
Keçer, S. (2010). *Boşanmalarda Çocuğun Kişi Varlığının Hukuksal Açıdan Korunması,* Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
Kelebek, M. (2015). *İslam Aile Hukukunda Velayet,* İstanbul: Ravza Yayınları.
Kılıçoğlu, M. A. (2004). *Medeni Kanunumuzun Aile Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yeniklikler*, Ankara: Turhan Kitabevi.
Kiremitçi, M. (2015). *Boşanma Sürecinde Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı*, İstanbul: Legal Yayıncılık.
Koçhisarlıoğlu C. (1988). "Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği", *AÜHFD*, Cilt: 40, Sayı: 1-4.
Koçhisarlıoğlu, C. (2004). *Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması*, Ankara: Turhan Kitabevi
Kontacı, E., Aktosun, N. (2021). *Çocuk Haklarına Yönelik Güncel Yargı Kararları: Cilt-2 Yargıtay-Danıştay.* Ankara: Türkiye Barolar Birliği-Unicef.
Köse, S. (1997). *İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması,* İstanbul: Marmara Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Vakfı Yayınları.
Köseoğlu, B. (2006). "Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi Açısından Velayetin Suistimali ve Çocuğun Soyundan Soyutlanması". *Terazi Hukuk Dergisi,* Sayı:4, s.131-138.
Mnookin R. H. (1975), "Child-custody adjudication: judicial functions in the face of indeterminacy". *Children and the Law,* Vol. 39, No. 3, 226-293
Moroğlu, N. (2004). *Kadının Soyadı", Necla Arat'a Armağan,* İstanbul, s. 281-307.
Mortaş, S. (2016). "Evlenen Kadın ile Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde "Kocanın Soyadı" Parametresi". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C.XX, S.2.
Nuhoğlu, H., Demiröz, F. (2020). "6284 Sayılı Kanun'un Boşanmanın Tarafları, Hâkimler, Avukatlar ve Aile Mahkemesi Uzmanları Açısından Değerlendirilmesi". *Ankara Barosu Dergisi,* S.78, s.151-192.

Oğuzman, K., Dural, M. (1998). *Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş* İstanbul: Filiz Kitapevi.
Okur Gümrükçüoğlu, S. (2016). "Osmanlı Toplumunda Kadınlar (16. ve 17. Yüzyıllar)". Editör: H. Şule Albayrak, *Kadın Olmak İslam, Gelenek, Modernlik ve Ötesi.* İstanbul. s. 275-302.
Okur Gümrükçüoğlu, S. (2022). "Osmanlı Hukuk Uygulamasında Kadının Çocuğu Üzerindeki Velayet ve Vesayet Hakkı", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* XII (I), 105-144.
Öcal Apaydın, B. (2016)ç "İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, Cilt: 11, Sayı: 145-146, s.631-658.
Özdamar, D. (2009). *CEDAW Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme ve Ek İhtiyari Protokol'ün, İç Hukukumuza, Özellikle Yeni Aile Hukukumuza Etkisi,* Ankara: Seçkin Yayınları.
Özen, Ş. (2013). *Velâ, DİA*, İstanbul: İSAM Yayınları.
Özer Taşkın, Ö. (2006). *Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi,* Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir.
Özkan, M. (2021). "İslam Hukukunda Velayet Sahiplerinin Çocuğun Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkileri". *Balıkesir İlahiyat Dergisi* S. 13, s. 137-179.
Özlü H. (2002). *Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması,* Ankara: Yetkin Yayınları.
Özmen, İ. (2005). *Açıklamalı-İçtihatlı Velayet Hukuku Davaları ve Çocuk Mahkemeleri*, Ankara: Kartal Yayınevi.
Öztan, B. (2002). *Medenî Hukuk'un Temel Kavramları*, Ankara: Turhan Kitabevi.
Öztan, B. (2004). *Aile Hukuku,* Ankara: Turhan Kitabevi.
Rahat, E. (2004). *İslâm Hukukunda Annenin Velayeti,* Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya.
Sarı, S. (2007). "Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velayeti Birlikte Kullanması". *Legal Hukuk Dergisi* 5/49, s.83-94.
Scott E. S. (1992). "Pluralism, Parental Preference, and Child Custody", California Law Review, C: 80, S:3, s. 615-672. https://www.jstor.org/stable/3480710 (Erişim Tarihi: 25.08.2023)
Scott E. S., Emery, R. E. (2014). "Gender Politics and Child Custody: The Puzzling Persistence of the Best-Interests Standard". *Law and Contemporary Problems,* s.77, s.69-108. https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol77/iss1/4/ (Erişim Tarihi: 25.08.2023)
Serozan R. (2003). *Yeni Medeni Kanun'un Çocuklara (Soy bağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan,* C. II, İstanbul s. 499-516.
Serozan, R. (1997). *"Çocuğun Kişi Varlığının Aile Hukuku Alanında Korunmasında Yetersizlikler", Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan,* İstanbul, s. 381-406.
Serozan, R. (2000). *Çocuk Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
Sürmeli, M. (2002), "Kur'an-ı Kerim'de Velayet Kavramı". *Tasavvuf İlmi ve Akademik Araştırma Dergisi,* S. 3/9, s.305.
Şahin, S. (2023). *Türk Hukuku ve İslam Hukukunda Velayet*, Yüksek Lisans Tezi. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
Şimşek, C. (2012). *Türk Hukuku ve Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Boşanmanın Çocuklar Yönünden Hukuki Sonuçları,* Yayınlanmamış Yüksek

Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İzmir.
Topal, Ş. (2006). "Korumaya Muhtaç Çocukların Bakımı ve Gözetimi Açısından İslâm Hukukunda Velayet ve Vesayet Yetkisi". *Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi* S.6/3, s. 266.
Tucker, J. (2008). "*Women, Family, and Gender in Islamic Law* (Themes in Islamic Law). Cambridge: Cambridge University Press. https://www.cambridge.org/core/books/women-family-and-gender-in-islamic-law/F41E6F5911263CAC6BB42AD65455B9D4 Erişim Tarihi: (01.07.2023)
Turan Başara, G. (2017). "Ana ile Evlilik Dışında Doğan Çocuk Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi*, S.131, s.212-238.
Usta, S. (2016). *Velayet Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
Uzun Birinci, T. (2016). "Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli". *Hacettepe HFD,* Cilt:6, Sayı:1, s.135-166.
Yavuz, C. (2002). *Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması,* Ankara: Adil Yayınevi. 2002.
Yerlikaya, Ü. (2008). "İslam Hukukunda Evlilik Dışı Doğan Çocuğun Velayeti". *İHAD*, S. 11, s. 93-112.
Yetik, N. (2007). *Açıklamalı- İçtihatlı Nüfus Velayet Vesayet Nafaka*, İstanbul: Bilge Yayınevi.
Yıldız C. ve Demir N. H. (2018). 'Ayten Yıldırmaz Başvurusu Işığında Babanın veya Annenin Soyadı Karşısında 'Çocuğun Üstün Yararı' Hakkında Kısa Bir Değerlendirme' *Fasikül Hukuk Dergisi,* C. 10, S. 10, s. 429-435.
Yılmaz Kaçmaz, Ö. (2016). Türk hukukunda velayet hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi kararlarına yansıyan problemler. (Yüksek Lisans Tezi). Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Niğde.
Yılmaz Önal B. (2008). *Velayetin Kapsamı ve Hâkimin Müdahalesi,* Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
Yüksel, S. R. (2014). "Türk Medenî Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Y. 2014, S. 2, s. 175-200.
Zerka, M. A. E., (1993). *Çağdaş Yaklaşımla İslam Hukuku.* çev. Servet Armağan, 3 Cilt, İstanbul: Timaş.
Zeybek, E. (2009). *Velayet Hakkının Kullanımı.* Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : AVŞAR, Gülistan
Uyruğu : T.C

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet tarihi
Yüksek lisans	HBVÜ Kadın ve Aile Çalışmaları	Devam Ediyor
Lisans	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk	2019
Lisans	ODTÜ İlköğretim Fen Bilimleri Eğitimi	2013
Lise	Özel Ceceli Lisesi	2008

İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2013-	MEB	Öğretmen

Yabancı Dil

İngilizce

Yayınlar

……

Hobiler

Polisiye film-roman, ahşap boyama

ankara HBM



ankara HBV

le.ahbv.edu.tr