

^HVELAYET MÜESSESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Prof. Dr. Selma ÇETİNER*

Öz

Bu çalışmada velayetin tarihi süreçte hem süjesinin hem de içeriğinin değişimi ele alınmıştır. Bu bağlamda hem kaynak kanunda hem ülkemizde hem de uluslararası düzenlemelerdeki değişikliklere değinilmiştir. Velayetin özü aileye ve kişisel ilişkilere dayandığından aile ve psikolojiye ilişkin bilgi ve deneyimlerimiz farklılaştığında velayetin tanımının da değişeceği belirtilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Velayet, velayetin tarihçesi, velayetin içeriği

THE INSTITUTION OF CUSTODY; THE HISTORICAL DEVELOPMENT AND THE LEGAL CHARACTER

Abstract

In this article the change of the content and the subject of parental rights has been analyzed during the history. In this context, this process is mentioned in Turkish Law both in the reference Code -the Swiss Civil Code-

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: cetinerselma@hotmail.com) (Makale Gönderim Tarihleri: 06.03.2017-26.10.2016-12.04.2017/Makale Kabul Tarihleri: 07.04.2017-19.04.2017-20.04.2017)

and in the international texts. The essence of the parental right is based on the terms family and personal relationship. Since our knowledge and experience about the family and psychology is changed it is for sure the definition of parental right must be changed as well.

Keywords

The parental right, the history of parental rights, the content of parental rights

I. VELAYETİN TARİHÇESİ

Tarihi süreç içerisinde velayetin hem sùjeleri hem de içeriği değişmiştir. Bu nedenle velayetin bu günkü tanımını yapmadan önce tarihçesine değinmekte fayda vardır.

Velayet aile ile ilgili, aile içinde bir kavramdır. Aile yoksa velayet de yoktur. Dolayısıyla velayeti tanımlamadan önce aileyi tanımlamalıyız. Aile gerek uluslararası gerekse yerel hukuk metinlerinde tanımlanmamıştır. Ancak en küçük topluluk olarak aile daima hukukun konusu olmuştur.

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde; “Ailenin toplumun doğal ve temel birimi olduğu” belirtilmiş ancak bir aile tanımı yapılamamıştır. Bildirgedeki bu ifade milletlerarası diğer düzenlemelerde de sürekli tekrar edilmiştir¹. Bildirge, ailenin, toplum ve devlet tarafından korunması gerektiğini belirtilmiştir. Anayasamızın 41. maddesinde bu bağlamda, ailenin Türk Toplumunun temelini teşkil ettiği hüküm altına alınmış ve Devlete, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocuklarının korunması ve aile planlamasının öğretimi ve uygulamasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak, teşkilat kurmak ödevi verilmiştir. Ailenin nasıl bir birim olduğu yere ve zamana göre değişmektedir. Örneğin, İngiltere’de ‘Royal Family’ (Kraliyet Ailesi) denildiğinde özel bir nitelendirme söz konusudur². Yine 1950’lerdeki, ekmeğ parası kazanan baba ile çocuklarına ve eve sahip çıkan anne modelindeki aile yapısı, cinsiyet ayrımcılığının kalkmasıyla, değişmiştir. Anne ve babaya eşit hak ve ödevler getirilmiştir. Günümüzde aile konusunda řu sorular tartışılmaktadır; aile kavramı resmi evlenmeyi ve/veya çocuğa/çocuklara sahip olmayı gerektirir mi? Aile ağacındaki kaçınıcı dereceye kadar alt ve üst soy ailemizdir? Boşandığımızda eski eşim ve onun ailesi, benim ailem midir? Aynı cinsiyetteki çiftlerin ebeveynleri ve kardeşleri benim ailem midir ve ben onların ailesinin bir parçası mıyım?³.

Ülkemiz Anayasasında olduğu gibi Kanunlarımızda da “aile” kavramı tanımlanmamıştır. Öztan’a göre; bu tanımlanmamanın nedeni kanun koyu-

¹ **Douglas**, Gillian: Family Law, New York, 2004, s. 1.

² **Douglas**, s. 1.

³ **Douglas**, s. 2.

cunun aileyi, sosyal bir gerçeklik olarak bulması ve onu kabullenmesidir⁴. Karınca'ya göre ise; Medeni Kanunun bir aile tanımı vermemesinin nedeni, ele alınan konuya göre, aile ilişkisini dar ya da geniş olarak belirleyebilmek ve aileyi resmi evlilikle sınırlamamaktır. Ailenin süreç içindeki değişimini sezen kanun koyucunun tanım getirmemesi uzak görüşlülüğündendir⁵. Koçhisarlıoğlu da aile kavramının zaman ve zemine hatta aileden aileye değiştiğini, ailenin yaşayan bir canlı gibi olduğunu ve bu canlının evriminin de bitecek gibi görünmediğini söyler⁶. Medeni Kanunumuz aileyi tanımlamamakla beraber, Aile Hukukunu düzenleyen İkinci Kitabında bu terimin üç değişik anlamda kullanıldığı doktrinde kabul edilmektedir⁷. Buna göre; dar anlamda aile, karı ve kocadan meydana gelen birliği anlatır. Medeni Kanunun İkinci Kitabını oluşturan Aile Hukukunun Birinci Bölümü de evlenmedir. Kadın ve erkek nişanlanma ile aile kurmaya ilk adımı atmış, evlenme ile de ailesini kurmuş olmaktadır. Günümüzde buna çekirdek aile denilmektedir⁸. Geniş anlamda aile; ana, baba ve çocuklardan oluşur. Bu anlamdaki aileye “velayet ailesi” denilmektedir⁹. En geniş anlamda aile ise, ev reisinin otoritesi altında birlikte yaşayan kişi topluluğudur. Önceki Medeni Kanunumuzda ‘Ev Reisi’¹⁰ altında düzenlenen bu kurum yeni Medeni Kanunumuzda ‘Ev Düzeni’ (md. 367) adını almıştır. Bu düzene kan, kayın ve aynı

⁴ Öztan, Bilge: Aile Hukuku, Ankara, 2004, s. 3.

⁵ Karınca, Eray: Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri, Ankara, 2004, s. 43.

⁶ Koçhisarlıoğlu, Cengiz: Aile ve Aile Yararı, Ankara 2001, s. 560 vd.

⁷ Öztan, s. 3; Çetiner, Selma: Hukukumuzda Aile Kavramı, Terazî Dergisi, Ocak 2010, s. 62; Hatemi, H./Serozan, R.: Aile Hukuku, İstanbul, 1993, s. 343; Dural, M./Öğüz, T./Gümüş, A.: Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul, 2005, s. 1; Akıntürk, T./Ateş Karaman, D.: Aile Hukuku, İstanbul 2010, s. 4 vd; Zevkliler, A./Acabey, B./Gökyayla, E.: Medeni Hukuk, Ankara, 2000, s. 667, Akyüz, Emine: Çocuk Hukuku, Ankara, 2012 s. 8.

⁸ Armağan-Armağan, Toplum Bilim, İzmir, 1988, s. 140. Akyüz, Buna dar anlamda aile demektedir, bkz. Akyüz, s. 88.

⁹ Akıntürk, Turgut: Türk Aile Hukuku, Ankara 1978, s. 6; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 6.

¹⁰ ‘Ev Başkanlığı’, aile halinde birlikte yaşayanların idare edilmesine, öncelikle aile üyeleri arasında bir düzenin kurulmasına, bunların yararına olarak birliğin korunmasına hizmet eder. Y.4. HD. 09.12.2003 T., 4661/14392 SK.

çatı altında bir arada yaşamakta olan hısımlarla birlikte işçi, çırak, bahçıvan, şoför, aşçı, sütnine, hizmetçi, dadı, bekçi gibi hısım olmayan kimseler de girer¹¹.

Hukuk tarihine baktığımızda Roma’da aile baba hâkimiyetine (patria potestas) dayanır. Hâkimiyet aile reisine aittir ve aile reisi babanın dışında büyükbaba veya büyükbabanın babası olabilir¹². Nitekim Roma’nın patriyorkal ailesi, ailenin başındaki nüfuzlu ve kudretli bir reisin hâkimiyeti altında yaşanan bir devlettir. Roma Hukukunda “Patria Potestas” ismini alan velayet müessesesi tam anlamıyla bir kudret olarak ev dahilinde yaşayan reisin hakimiyetini ifade eder. Reisin velayetine yalnızca çocuklar değil, kadın da tabidir. Roma hukuku ana babanın birlikte ve eşit olarak kullandıkları bir velayeti tanımamıştır. Roma hukukunda yalnızca babanın velayetinden bahsedilir¹³. Babanın çocukları üzerindeki yetkisi sınırsızdır. Baba çocuklarının yaşayıp yaşamayacağına bile karar verebilir¹⁴. Roma Hukukunda “Patria Potestas” deyimini babayla çocuk arasındaki, babaya çocuğun kolunu bacağına dahi kesip alma imkânı tanıyan, bir velayet ilişkisidir¹⁵. Bu hukuk sisteminde velayetin herhangi bir şekilde sınırlandırılması söz konusu değildir. Velayet, babanın hayatı boyunca devam eder. Babanın velayete ilişkin yetkilerinden dolayı devlete karşı bir sorumluluğu da söz konusu değildir¹⁶. Zamanla imparator emirnameleri ile velayete bir takım sınırlamalar getirilmiş olsa da babanın hâkimiyetinin kaldırılması Roma Hukukunda söz konusu olmamıştır¹⁷.

¹¹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 6; Çetiner’e göre; ‘Domestic’ kelimesi bu anlamdaki aileye karşılık gelmekte olup, ‘Domestic Violence’ ev düzeninde yaşayan kişilerin birbirlerine karşı işledikleri şiddettir. Çetiner, s. 66-67.

¹² Koschaker. P./Ayiter, K.: Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1975, s. 325.

¹³ Oğuzoğlu, H. Cahit: Velayetin Medeni Hukuktaki Ehemmiyeti, Ankara 1940, s. 4.

¹⁴ Pleasantville, N. Y.: Family Legal Guide, Montreal, 1983, s. 702; Hatemi-Serozan, Aile Hukuku, s. 343.

¹⁵ İnan, Ali N.: Medeni Hukukta Velayet, Vesayet ve Kayyumluk, İBD, S. 1, 2, 3, C. 69, 1995, s. 73.

¹⁶ Karlowa, Otto: Römische Rechte Geshichte, Leipzig 1910, s. 79 vd.

¹⁷ Akyüz, Emine: Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada da Çocuğun Korunması (Doçentlik Tezi), Ankara 1980, s. 23.

Germen Hukukunda da ailenin kuvvetliliği ve sağlamlığı göze çarpmaktadır¹⁸. Bu hukuk düzeninde aile reisi, değil çocuklarının, torunlarının üzerinde dahi tam bir egemenliğe sahiptir. Baba ve ananın çocuklarının eğitimi konusunda hiçbir rolleri yoktur. Bu hukuk sisteminde baba, çocuk üzerinde “Munt” adı verilen bir velayete sahiptir. Bu velayet, çocuğu koruma hak ve görevinin yanı sıra onun mallarının idaresini de kapsar. Ancak baba, çocuğun mallarına verdiği zarardan sorumludur¹⁹. Velayetin sona erışı ise ancak çocuğun ekonomik özgürlüğüne sahip olması ile gerçekleşir. Bunun anlamı, çocuğun baba evinden çıkıp kendi kazancı ile geçinebilecek duruma gelmesidir²⁰. Ananın velayet hakkı ise ancak babanın ölümünden sonra söz konusudur²¹.

Ortaçağda, ekonomik gelişmeler sonucu sıkı aile bağları yavaş yavaş çözülmeye başlamıştır. Aile reisinin çıkar ve keyfiliği, yerini kendisinin egemen olduğu şahısların çıkar ve korunmalarına bırakmıştır.

Amerika Birleşik Devletleri’nde de ilk zamanlar çocuk yalnızca ucuz iş kaynağı diye görülüyor ve ailelerinden uzağa, çalışmaları için gönderiliyorlardı. Çocuğun velayeti yalnızca babadaydı. Amerika Birleşik Devletleri’ne yurt dışından da birçok çocuk göçmen olarak geliyordu. Bu çocukların çoğu on yaşının altındaydı ve bu çocuklar doğdukları andan itibaren annelerinden alınarak bir “master” in yanına yerleştiriliyorlardı. Gayri meşru çocukların velayeti ne annede ne de babadaydı. Köle çocuklar ise zaten yaşları ne olursa olsun satış konusuydular. Kadın hakları oldukça azdı. Çok az sayıda olan boşanma gerçekleştiğinde, babanın ehliyesizliği kanıtlanmadıkça velayet ona aitti. Baba öldüğünde bir erkek vasi atanıyordu. Nadiren anne velayeti aldığında, babanın çocuğu mali olarak destekleme zorunluluğu kalkıyordu²².

On dokuzuncu yüzyılda aile tamamıyla yapı değiştirmiştir. Artık ana-baba da çocukları üzerinde söz sahibi olmaya başlamıştır. Önceleri bu hak

¹⁸ Oğuzoğlu, s. 4.

¹⁹ Brunner, Heinrich: Grundzüge der Deutschen Rechtsgeschts, 8. Auflage, München und Leipzig 1930, s. 229.

²⁰ Huber, Eugen: System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, IV Band. Basel 1893, s. 483 vd.

²¹ Oğuzoğlu, s. 5.

²² Jasper, Margaret C.: The law of Child Custody, New York 1997, s. 1.

daha çok ev reisinin yerini alan babaya tanınmıştır. Nitekim Code Civil'in Fransızca metni velayete karşılık Puissance Paternelle terimini kullanmıştır. Bu tabir Roma Hukukunun "Patria Potestas"ına tekabül eder ve lafzî itibarıyla yalnızca babanın velayete sahip olduğunu belirterek anaya hiç rol vermez²³. İsviçre Cod Civil'inin Almanca metni velayetin hem ana hem de babaya özgü olduğunu gösteren "Elterliche Gewalt" terimini yeğleyerek velayetin yalnızca babaya ait olduğunu belirten "Paterliche Gewalt" deyimini almamıştır. Yine Alman Medeni Kanunu'nun kabul ettiği velayet, çocuğun rüştüne kadar devam eden bir velayettir²⁴.

İslamiyet'i kabul etmeden önce, eski Türklerde de babaerkil bir aile düzeni vardır. Ana, ancak babanın yokluğunda velayet hakkına sahip olabilir. Bu dönemde ayrıca bir nevi velayet diyebileceğimiz yetiştirme hakkına ana ve babanın dışındaki kimselerin de sahip olduğu görülür. Eski Türklerde çocuk sahibi olmanın toplumsal önemi dolayısıyla, çocuğu olmayanlara evlat edinebilme hakkı tanınmıştır. Evlat edinen kimse, evlat edinilen çocuğu da korumak, yetiştirmek ve topluma kazandırmak zorundadır²⁵.

Türklerin İslamiyet'i kabulüyle, Medeni Kanunun kabulünden önceki İslam Türk Hukukunda velayet babaya aittir²⁶. Ana velayetle ilgili değildir. Baba velayeti kullanamaz hale gelirse, küçüğe bir vasi atanır. Ananın vasi olarak atanabilmesi için bu görevi yerine getirecek nitelikte bulunması, yani ananın hür, mümeyyiz, reşit, itimada layık ve haysiyetli olması gerekir. Ana bu nitelikteyse başkası vasi atanamaz. Bu kural yani ananın çocuğun velisi değil de ancak vasisi olabilmesi Kur'an ve Hadiste yer almayıp, içtihadidir²⁷.

II. VELAYETİN İÇERİĞİ VE NİTELİĞİ

Modern hukuk sistemlerinde velayet, yalnızca ana ve babaya tanınmıştır. Önceleri velayet ana baba yararına tanınan tabii bir hak olarak görül-

²³ **Oğuzoğlu**, s. 5.

²⁴ **Oğuzoğlu**, s. 7.

²⁵ **Arsal**, S. Maksudi: Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul 1947, s. 143-145.

²⁶ **Bilmen**, Ö. Nasuhi: Hukuk-ı İslamiyye ve İstılahat-ı Fıkıyye Kamusu, C. 2, İstanbul 1950, s. 452 vd.

²⁷ **Berki**, Şakir: Türk Medeni Kanununda Velayetin Çocuğun Şahıs ve Malları Bakımından Şümülü Ankara 1970, s. 6; **Cin**, Halil: Eski Hukukumuzda Boşanma, Ankara 1976, s. 117.

müştür²⁸. Çocuk tabir caizse ana ve babanın hukukuna tabidir. Bu bağlamda ana ve baba çocuğu kendi istek ve doğrultularında yetiştirebileceklerdir²⁹. Benzer şekilde Locke da hayatın Tanrı'dan geldiğini ve ebeveynlerin Tanrı'nın işçileri olarak çocuklarıyla ilgili yetki ve ödevlerinin olduğunu belirtmiştir. Locke böylece ebeveynlerin yetkisini tabii hukuka dayandırmıştır³⁰. Bu düşünceye göre, ana ve baba çocuk için en iyisini düşünür ve ister bu nedenle de velayet onlara tanınmış bir haktır. Nitekim Von Tuhr da velayet hakkı ile eşya üzerindeki mülkiyet hakkını eşdeğer görmüştür³¹.

Velayetin güç, otorite kurmak anlamlarının yanı sıra, sevmek ve yardım etmek gibi birçok sözlük anlamları da vardır³². Ancak hukuk alanında velayete yüklenen anlam bir başkasına sözünü geçirmek, onun üzerinde egemenlik ve otorite kurmak yetkisidir³³. Velayeti sadece bir hak ya da görevle beraber hak olarak kabul edenler, velayeti bir kişilik hakkı olarak görmektedirler³⁴. Kişilik hakkı, kişinin kişisel değerlerinin tümü (maddi bedensel değerler, dinsel değerler, mesleki, ticari değerler vs.) üzerinde geçerli olan

²⁸ Lüderitz, A.: Elterliche Sorge als Privates Recht. AcP. 178, Band Heft 2-3, 1978, s. 264.

²⁹ Akyüz, Medeni Kanuna Göre Çocuğun Ana ve Babasına Karşı Korunması, Aile ve Toplum Dergisi, S. 2, C. 1, Yıl. 1, Haziran 1991, s. 24.

³⁰ Kleing, John: (naklen) Paternalizm, Manchester 1983, s. 145.

³¹ Von, Tuhr: Der allegemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, in Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Abteilung, 1. Teil I. Band, Leipzig 1910, s. 145.

³² Velayet kelimesi fonetik yapısı itibarıyla Arapça bir kelime olup, bu kelimenin kökenini oluşturan fiilin "birinin işini üzerine almak, sevmek, yardım etmek, yakınlık, otoriter, güç anlamlarına geldiğini görürüz. Kelebek, Mustafa: İslam Aile Hukukunda Velayet, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Y. Lisans Tezi) 1996, s. 6. Serozan; "velayet" yerine "koruma ve bakma" deyimini kullanılması gerektiğini belirterek, pederşahi "velayet" deyimini yakışsız olarak nitelendirmekte ve Medeni Kanunun bu deyimini kullanmasını eleştirmektedir. Serozan, Rona: İstanbul 2000, s.250.

³³ Tepeci, Kamil: Nesep Hukuku-Ana, Baba, Evlat Hakları, 2. Cilt, Ankara 1944, s. 4-5; İnan, s. 73.

³⁴ Öztan, s. 375; Egger, August: İsviçre Medeni Kanun Şerhi Aile Hukuku, Ankara 1949, s. 74.

bir haktır³⁵. Bir başka deyişle kişilik³⁶ hakkının konusunu kişinin maddi, fiziki ve manevi bütünlüğü oluşturur. Kişilik hakkı mutlak bir haktır. Başkaları (çocuklar) üzerinde, bu şekilde mutlak ve tekeli bir hakka sahip olabilir miyiz? Kişiler hakkın süjesidirler, objesi olabilirler mi?³⁷ Dwyer ana-baba haklarının hukuka aykırı olduğunu, zira hakların yalnızca hak sahibinin kendi şahıs ve mallar, üzerindeki isteklerini koruduğunu, hiç kimsenin başkasının hayatını kontrol edecek bir hakka, sebep ne olursa olsun, sahip olmayacağını belirtmiştir³⁸. Velayet hakkına, ebeveynlerin, çocukların ve toplumun çıkarı mazeret gösterilemez. Bu zorlama bulgular kanuna aykırıdır. Ana babanın çocuk üzerindeki (mutlak) hakkı çocuğun ruh sağlığını olumsuz yönde etkiler. Çocuğa yalnızca bakım hakkı tanıyan düşüncede ancak çocuklar sadece ana-babanın yaşam amaçlarının bir tamamlayıcı parçası olmaktan kurtulacaklar ve yetişkinlerle eşit saygınlıktaki değerli bağımsız bireyler olacaklardır. Böylece Dwyer ana babanın çocuklar üzerinde hakkı olduğuna ancak bunun çocuğa bakmaktan öte onun üzerinde mutlak bir hak olmadığını ileri sürerek, çocukların yalnızca bu şekilde mutlu, sağlıklı bağımsız bireyler olabileceğini belirtmiştir³⁹. Benzer şekilde Kleinig, velayetin ana-babaya tanınmasının sebebinin çocuğa en iyi ana-baba bakar karinesine dayandığını, ancak bütün ana ve babaların velayet konusunda yeterli oldukları tezinin doğru olmadığını, kaldı ki çocukların kendilerini gerçekleştirme haklarının da bulunduğunu belirtmiştir. Klasik Liberal Mill de çocukların özgürce karar vermelerini sağlayacak şekilde büyümelerini söyler. Mill'e göre; bireye maddi ya da manevi olsun, kendi hayrına müdahale yeterli bir gerekçe

³⁵ **Zevkliler**, Aydın: Medeni Hukuk, Ankara 1995, s. 373; **Keyman**, Selahattin: Hukuka Giriş, Ankara 2005 s. 149; **Akipek, J./Akıntürk, T./Karaman, D.**: Kişiler Hukuku, İstanbul 2010, s. 234.

³⁶ Kişilik, hukuk süjesinin bir kişi olması dolayısıyla sahip bulunduğu hak ve fiil ehliyetlerinin, bir hak süjesi olması itibarıyla sıfatına bağlı maddi ve manevi varlıklarının ve kişisel durumlarının tümünü içeren bir kavramdır. **Akipek/Akıntürk/Karaman**, s. 283.

³⁷ Velayetin bu şekilde nitelenmesi -amaç bu olmasa da- çocuğu hakkın konusu haline getirmektedir. **Usta**, Sevgi: Çocuk Hakları ve Velayet, İstanbul 2012, s. 24.

³⁸ **Dwyer**, James G.: Parents Religion And Children's Welfare (Debunking The Doctrine of Parental Rights) California Law Review December 1994, s. 1446.

³⁹ **Dwyer**, s. 1447.

değildir. Bu hiçbir şekilde haklı değildir⁴⁰. Kleinig'e göre, bu söylem, ebeveynlerin ellerini çocukların üzerinden çekmeleri anlamına gelir ki, bunun uygulamada gerçekleştirilmesi oldukça zordur⁴¹. Ancak eğer velayeti bu şekilde ana-babaya tanınan bir hak olarak görürsek, bu bizi paternalizme götürür. Bilindiği üzere paternalizm, bir bireyin çıkarlarını iyileştirme ya da güvence altına alma çabası altında, bu birey müdahalede hiçbir zarar görmese de, hatta bunun zararlı olduğunu düşünse bile, bu bireyin seçim ve/veya eylem özgürlüğüne müdahale etmektir. Paternalizm, "çocukları, yetersizliklerinin zararlı sonuçlarından korumaya çalışır ve çocuklar kendi seçimlerini yapamayacakları için, onlar adına yetişkinler seçim yapmalıdır." der⁴². Franklin bunu şiddetle eleştirerek, "bunun çocuk adına verilen kararın doğruluğu (?) ve gelecekteki rızaya ilişkin bir varsayımdır, bir ladestir" demektedir. Ayrıca, çocuklardan hata yapma ve hatalarından ders alma hakkı da esirgenmektedir. Kaldı ki, yetişkinler de birçok konuda yeterli değildir. Böyle bir "yeterlilik ölçütü" çocuklar kadar yetişkinlere de yönelik bir dizi haksız müdahale için kullanılabilir⁴³.

Amerikan Hukukunda velayet, ebeveynler için temel haklardandır. Çocuğun sağlığı ciddi bir şekilde tehlikeye düşmedikçe, devlet velayet hakkını çiğneyemez. Devletin çıkarı, anayasaya dayalı velayet hakkını ihlâl etmemekten geçer. Zira ana-baba konusunda mükemmellik yerine iyi olan tercih edilir. Amerikan Hukukunda bir çocuğa en iyi ana-babanın bakıp gözeceği kabul edilerek bu hak bir temel hak olarak Anayasada yerini almıştır. Devlet velayet hakkının kullanılmasına ancak çocuğun ruh ve beden sağlığı tehlikeye düştüğünde müdahale eder⁴⁴. Velayetin, Anayasaya dayalı bir temel hak olarak kabul edildiği Amerika Birleşik Devletleri'nde bile artık velayetin bir hak olarak nitelenmemesi gerektiği savunulmaya başlanmıştır. Çoğu eyalette velayet kelimesi kullanılmakla beraber bazılarında ana baba-

⁴⁰ **Ekiz**, Serkan: AİHM'nin Din Dersleri ve Dinsel Semboller ile İlgili Kararına Yönelik Liberal Bir Okuma Denemesi, İzmir Baro Dergisi, S. 2, Mayıs, 2015, s. 70.

⁴¹ **Kleinig**, s. 146.

⁴² **Franklin**, Bop: Çocuk Hakları, İstanbul, 1993, s. 40.

⁴³ **Franklin**, s. 40-50.

⁴⁴ **Perry**, M. L.: Parental Rights, Journal of Family Law, April, Arizona 1990, s. 345; **Hershkowitz**, S. B.: "Due Process and The Termination of Parental Rights", Family Law Quartely, Fall 1985, s. 452.

ların hak ve sorumluluklarına geçiş yapılmıştır⁴⁵. Öğreti, ana babaların bir takım yetkilere sahip olmaları gerektiği konusunda hemfikirdirler. Ancak özellikle Dwyer velayetin yasal dayanağının ana babaların hakları değil, çocukların hakları olması gerektiğini ileri sürmektedir. Ana-babaya, içinde velayet hakkı bulunmayan bir velayet imtiyazının yasayla verilmesi gerektiğini önermektedir. Bu velayet imtiyazının kapsamında barındırma, beslenme, öğretme ve disiplin etme bulunmalıdır. Bu anılan imtiyaza sahip olma hakkı da yalnızca ana-babaya ait olmalıdır⁴⁶. Böylece Dwyer, ana-babanın velayet hakkına değil, çocuk bakımına (Child-rearing) imtiyazlı olarak sahip olması gerektiğini savunmuştur. Bu savunmanın, mevcut yasalar ile örf ve âdete aykırı olduğunu ileri sürenlerin çıkabileceğini, ancak bir kimsenin başka bir kimse üzerinde mutlak bir kişilik hakkına sahip olmasının da yasalara aykırı olduğunu belirtmiştir. Çocuk yetiştirmek, ana-babanın mutluluğunun tamamlayıcısıdır. Birçok insan için çocuk yetiştirmek en iyi, en büyük görev, en derin duygusal deneyim, en önemli inanç, değer ve umutların birleşimidir⁴⁷. Bu görüşe katılanlar bir kimsenin diğer bir kimsenin yaşamını kontrol edemeyeceği kuralına velayetin bir istisna olduğunu belirtirler. Bu istisnanın nedeni, bu insanların (anne-baba) kendilerini başka bir insan olarak yeniden yaratmak, kendilerinin bir yansıması olarak, bütün bir hayatı şekillendirme arzusudur. Ana babalara böylece isteklerini gerçekleştirme fırsatı verilir. Bu istek, bencillik ve kendinden hoşlanma gibi olumsuz kişiliklerini yansıtmakla birlikte iyilikçi motifleri de içerebilir. Bu nedenle çocuğa bakma konusunda verilecek bir imtiyaz, onlara bu olumlu duyguları veremez. Ana babalar çocuklarına çok şey verdiklerinden, çocuklarına ciddi bir zarar vermedikleri sürece, onların çıkarlarına ters düşebilecek durumlarda bile, çocukların yaşamını yönlendirmede, ana babalara hak vermek adildir. Zira velayetin verdiği sorumluluk büyük bir yükür. Bu nedenle bu yükü taşımada uygun bir telafi (tazminat) (quit prou=karşılık) mantığı ileri sürülebilir. Ancak bu görüşe karşın Dwyer bu takdirde fiziksel yetersizlikleri, yaşlılıkları nedeniyle kısıtlılık altında olanlara ya da hastalara bakan hemşirelere

⁴⁵ Örneğin, Florda'da, yasa artık velayetten bahsetmez. Anne babanın karar verme sorumluluklarını nasıl paylaşacağı önemlidir. **Stahl**, M. Philip: Velayet Değerlendirmeleri, (Editörler: **Erden/Dikmeer/Kudiaki**), Ankara, 2014 s. XIX, 41.

⁴⁶ **Dwyer**, s. 1373, 1374.

⁴⁷ **Dwyer**, s. 1439.

de böyle mutlak haklar verilmesi gibi anlamsız bir sonucun çıkacağını belirtmektedir⁴⁸.

Dwyer, hukuk kültüründe haklar, hak sahibinin çıkarlarını korurlar, başkalarının çıkarlarını değil diye belirterek; artık velayet hakkından bahsedilemeyeceğini, onun yerine ana babaya kesin ve sürekli bir bakım hakkı verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Dwyer'e göre buna tek itiraz belki de çocukların haklarını nasıl arayacakları konusunda olabilir. Ancak vesayet altındaki akıl hastalarının durumu da bundan pek farklı değildir. Bu nedenle velayet hakkı değil çocuk hakları vardır ve ana baba bu hakkın temsilcileridir⁴⁹. Toplumun büyük çoğunluğu ana babaya getirilen bu kısıtlamalar nedeniyle hayal kırıklığına uğrayıp belki de çocuk sahibi olmayı istemeyeceklerdir. Ancak çocuk da bir bireydir. Bir çocuk elbette ki tamamen şekillenmiş bağımsız bir kişilikten yoksundur. Bununla birlikte yetişkinler için geçerli saygıyı aynen hak eden bir bireydir. Günümüzde insan hakları yönünden ulaşılan yargılara göre, bir insanın bir insan üzerinde, bunlar ana baba çocuk olsa dahi, egemenlik kurması onaylanmamaktadır. Gerçekten de velayetin yalnızca anne-baba yararına onların gelecekları olarak gördükleri çocukları yoluyla kendilerini yeniden oluşturmalarına olanak tanıyan bir hak olarak görülmesi halinde, hukukun en temel kurallarından biri olan "kişi hakkın objesi olamaz" kuralı çiğnenmektedir. Velayeti yalnızca hak olarak kabul eden bu görüşler dahi artık velayetin, kötüye kullanımı halinde kaldırılması gerektiğini kabul etmektedirler⁵⁰. Velayetin bir hak olsa bile bunun çocuk yararına bir hak olduğu belirtilmiştir. Velayete ilişkin bu sınırlamalar yavaş yavaş velayetin anne, baba için görev yönünün de bulunduğu sonucunu getirmiştir.

Buna bağlı olarak, ana baba ve çocuk arasındaki velayet ilişkisinin ana babaya tek yanlı ve baskıcı bir egemenlik yetkisi tanımadığı; bu ilişkinin iki yönlü olduğu; çocuğun ana babaya olduğu kadar, ana babanın da çocuğa bağımlı olduğu; onun mutluluğunu ve isteklerini göz önünde tutarak eğitmek ve topluma hazırlamakla yükümlü buldukları kabul edilmektedir. Nitekim 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanununda ve Mehaz

⁴⁸ Dwyer, s. 1441.

⁴⁹ Dwyer, s. 1437.

⁵⁰ Lüderitz, s. 268; Klining, s. 145.

Kanun da velayet mutlak haktan ana-babanın çocuk yararına kullanması gereken görevleri içeren yüküm-hak niteliğine dönüşmüştür⁵¹. Aynı şekilde Alman Hukukunda 18.07.1979 tarihinde yapılan değişiklikle velayet deyimi kaldırılarak yerine “bakma hakkı” deyimi getirilmiştir⁵². İngiltere’de ise velayet hakkından, ana-babanın sorumluluğuna gelinmiştir. Şöyle ki; velayet, önceleri çocuk üzerinde egemenlik (possessions) şeklinde anlaşılıyordu. Daha sonra 1975 tarihli Çocuk Kanununda (The Children Act) velayet, “ebeveynin hak ve yükümlülükleri” şeklinde ifade edildi⁵³. Ancak sonraları velayetin ebeveyn yararına değil, çocuğun yararına bir hak olduğu ve ebeveynin çocuğa karşı sorumluluğunu yerine getirmek zorunda olduğu anlayışına gelindi. Bu anlayışın Hukuk Komisyonu’nda da 1988 yılında kabul görmesiyle 1975 tarihli Çocuk Kanunu’ndaki “Ebeveynin Hak ve Yükümlülükleri” (Parental Rights and Duties) şeklinde olan ifade, yerini “Ebeveyn İçin Sorumluluk” (Parental Responsibility) olarak düzenlendi⁵⁴.

Öte yandan velayet, artık aile içindeki bir ilişki olmaktan çıkarılıp toplumsal nitelikli bir ilişki haline gelmiştir. Diğer bir deyişle velayetin yerine getirilip getirilmediği ya da nasıl yerine getirildiği toplum tarafından denetlenebilir ve gerekirse hâkimin müdahalesi istenebilir. Oğuzoğlu, bunu, “Velayet; evin hudutları dahilinde bir kudret değil, icabında çocuğun himayesini temin zımında hakimin müdahalesini mümkün kılan, daha ziyade vazifelerden mürekkep bir müessesedir” diye ifade etmektedir⁵⁵. Serozan’da velayetin, çocuğun üstün yararıyla ve onun katılım hakkıyla sınırlanmış özgecil ve işlevsel bir hak olduğunu, yüküm ögesinin bu çerçevenin dışında bırakılmayacağını belirterek velayette yetkiyle ödevin sanki iç içe geçtiğini

⁵¹ Usta, Sevgi: Velayet Hakkı, İstanbul, 2016, s. 25.

⁵² İnan, İBD, s. 73; Alman Anayasası (ant, para 2, sentence 2 GG) çocuğun bakımının yapılmasını ebeveyn için hem bir hak hem de ödev görmüştür. Dethcoff-Kathrin, Strengthening Children’s Rights in German Family Law, The International Survey of Family Law, Bristol, 2008, s. 134, Usta, Velayet, s. 25; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 220.

⁵³ Douglas, s. 80.

⁵⁴ Douglas, s. 81; Black, J./Bridge, J.: A Practical Approach to Family Law, London 1991, s. 303.

⁵⁵ Oğuzoğlu, s. 7; “Velayetin düzenlenmesi kamu düzenine ilişkin olup, bu nitelikteki davalarda kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanır.” YHGK 06.03.2013 T. 2012/2-794 E.2013/310 SK.

vurgular⁵⁶. Velayeti, hak ve yükümlülükler toplamı olarak tanımlayanlardan⁵⁷ farklı olarak Berki, velayeti yalnızca görev olarak kabul etmiştir. Bu nedenle ana babanın velayeti icraya muktedir oldukları halde çocuğa bir vasi tayin edilmesini isteyerek velayetin yüklediği külfetten kurtulamayacakları veya velayeti başka bir şahsa devredemeyeceklerini belirtmiştir⁵⁸. Özmen de, bir şey bir kimseye görev olarak verilmiş ise, artık görevlinin hakkından söz edilemeyeceğini zira işlem görevli olan kişi adına yapılırsa, artık görevden söz edilemeyeceğini, çünkü görevin hızla nitelik değiştirerek hakka dönüşeceğini belirtmiştir⁵⁹.

Türk Hukukunda velayetin düzenlenmesine gelince; bilindiği üzere velayet Medeni Kanununun Aile Hukukunu düzenleyen Önceki Kanunun beşinci Yeni Kanunun altıncı ayırımında düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin başlığı da velayet hakkı değil yalnızca velayettir. Önceki Medeni Kanunun 263. maddesinin başlığı da “velayeti icra hakkı” yani “velayeti yerine getirme hakkı” şeklindeydi. Maddenin hemen ardından velayetin kapsamıyla ilgili düzenlemeler gelmekteydi. Bu maddelerden velayetin birçok hak ve yükümlülüğü içeren bir kavram olduğu anlaşılmaktadır. Örneğin, ana ve baba kudretlerine göre çocuğu yetiştirmekle ve çocuk alil veya akli zayıf ise haline münasip bir terbiye vermekle mükelleftir (md. 264/II). Ana baba, çocuklarını tedip hakkına maliktir (md. 267). Velayet hakkı kelimelerinin ilk kullanıldığı madde 274. maddenin başlığıydı. Bu başlık “Velayet Hakkının Nez’i” dir. Burada velayet hakkının nez’i denmesi doğrudur. Zira belirli sebeplerin varlığı halinde velayetin hakka ilişkin bölümü kısıtlanmaktadır. Buna karşılık ana, babanın ödevleri devam etmektedir⁶⁰. Yeni Türk Medeni Kanunu’nda ise, “Velayetin Kapsamı” başlığında düzenlenen 341. madde

⁵⁶ Serozan, Çocuk Hukuku, s. 250.

⁵⁷ Zevkliler, s. 991; Tekinay, S. Selahattin: Türk Aile Hukuku İstanbul 1990, s. 482; Saymen/Elbir, Aile Hukuku (Türk Medeni Hukuku C.III), İstanbul 1960, s. 368; Tandoğan, Aile Hukuku Ders Notları, Ankara 1965, s. 177, Akıntürk, s. 294; İnan, Ali N.: Çocuk Hukuku, İstanbul 1968, s. 125; Feyzioğlu, Feyzi, N.: Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971, s. 386; Akyüz, Medeni Kanuna Göre, s. 26, Hatemi/Serozan, s. 341; Egger, s. 73-74.

⁵⁸ Berki, Türk Medeni Kanunda, s. 5.

⁵⁹ Özmen, İsmail: Velayet Hukuku Davaları, Ankara, 2013, (Önsöz).

⁶⁰ Tekinay, s. 486.

(çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı ana ve babaya aittir) hariç, velayet kapsamında hak kelimesi yer almamaktadır.

Ülkemiz tarafından 14.09.1990 tarihinde imzalanan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, 09.12.1994 tarihinde 4058 Sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunarak, Bakanlar Kurulunun 23.12.1994 tarihli kararıyla 27.01.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁶¹. Anayasanın 90. maddesinin beşinci fıkrasına göre “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir”. Buna göre, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme iç hukukumuzda kanun olarak girmiştir. Sözleşmenin tartışmasız zorunlu hükümleri kanun hükümleri olarak mahkemelerde istem konusu yapılabilir⁶². Ayrıca aynı fıkrada usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınacaktır. Bu sözleşme hükümlerinde de velayetin bir nitelendirilmesi yapılmamıştır. Ancak birçok maddesinde ana babanın hak ve ödevleri deyimini kullanılmaktadır (md. 2, 5 vd.).

Velayeti yalnızca hak veya yalnızca ödev olarak kabul eden görüşler velayeti açıklamakta yetersiz kalırlar. Velayet hakkı tamamen kaldırıldığında bile ana-babanın görevleri devam etmektedir. Örneğin boşanmada velayet kendisinde olmayan eşin çocuğa ilişkin nafaka yükümlülüğü söz konusudur (MK. md. 182). Aynı şekilde velayet nez edilerek Sosyal Hizmetler Kurumuna alınan çocuk için de kurum nafaka talep edebilmektedir (SHK. md. 30).

Velayet yalnızca görev olarak nitelendirildiğinde ise yine bir şekilde velayet görevi sona erdiğinde ana-babanın çocuk hakkında bir talepleri olmayacağı sonucu doğar. Böylece, örneğin, velayet kendisine bırakılmayan ana ya da babanın çocuğu görme onunla kişisel ilişki tesisini isteme gibi bir hakkından söz edilemeyecektir. Oysa Medeni Kanununun 148/I. maddesine göre böyle bir talep mümkündür. Kaldı ki, velayeti yalnızca görev olarak görmek ana-baba ve çocuk ilişkilerinin duygusal boyutunun bir tarafa atılması sonucunu doğuracaktır. Ana-baba için çocuk yalnızca külfettir gibi bir

⁶¹ 22184 S. RG.

⁶² **Akılhoğlu**, Tekin: Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Ankara, 1995, s. 14.

sonuç ortaya çıkacaktır. Bu nedenledir ki, Alman Federal Mahkemesi de eşlerin ayrı yaşamaları veya boşanmaları durumunda velayet kendisine verilmeyen eşe çocukla kişisel ilişki kurma hakkı verilmesinin nedenini çocuk kadar ana ve babanın da buna gereksinim duymaları olduğuna karar vermiştir⁶³. Yargıtay'ın da bu doğrultu da kararlar vardır⁶⁴.

Türk Hukukunda velayet “anayasaya dayalı” temel haklardan değildir. Ancak Yargıtay velayetin kamu düzenine ilişkin olup bu hususta ana ile babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğun menfaatinin dikkate alınmasının zorunlu olduğuna karar vermiştir⁶⁵. Anne ve babanın velayet hakkını kullanmalarının sınırı, çocuğun yararı⁶⁶ ve katılım hakkını düzenleyen Medeni Kanunun 339. maddesinin yanı sıra anayasal temel hakların sınırlandırılmasında uygulanan “ölçülülük ilkesi” (keyfilik yasağı) bulunmaktadır⁶⁷. Medeni Kanunumuza göre velayet iki yetkiyi birden kapsamaktadır (MK. 339, 352). Velayete sahip olan ana ve baba çocuğun hem şahsı hem de malları üzerinde egemenliğe sahiptir⁶⁸. İngiliz Hukukunda ise velayet kural olarak sadece çocuğun şahsı ile ilgili olan yetkileri kapsayan bir müessesedir

⁶³ BGHZ, 42, 364 (371); 51, 219 (222).

⁶⁴ Kişisel ilişkinin kurulmasında çocuğun yetişmesi ile birlikte analık babalık duygusunun tatmini yönü de önemle göz önünde tutulmalıdır. Y 2.HD. 8.4.1986 3329/3712 SK. Velayet düzenlenirken, ana - babalık duygularının tatmin edilmesine dikkat edilmelidir. Y 2. HD. 03.02.1992 T.. 806/1044 S.K. Evlilik ilişkisi devam ederken bile, ana ve babalık duygularının tatmini için çocukla diğer eş arasında kişisel ilişki kurulabilir. Y. 2. HD. 27.12.1990 10838/14095 S.K.

⁶⁵ YHGK 2011/2-547 SK, Y 2. HD 2014/2973 E.2014/5025 SK.

⁶⁶ İdare hukukunda “kamu yararı” neyse, çocuk hukukunda da “çocuk yararı” odur. Çocuk haklarının yaşama geçirilme kılavuzudur. **Serozan**, Çocuk Hukuku, s.65, 66; Çocuğun yararı, velinin velayet hakkının sınırlarını belirler ve velinin çocuğun yararına aykırı olarak velayeti kullanmaları halinde kanunen müdahale edilmesini ve koruma tedbirleri alınmasını haklı kılar. **Belgin**, Derya: Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011, s. 13, 14.

Michigan Yasaları yüksek yararın tanımını için, bazı faktörler belirlemiştir. Bkz. **Stahl**, s.40,41.

⁶⁷ **Serozan**, Çocuk Hukuku, s. 260; **Zeybek**, Elvan: Velayet Hakkının Kullanımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tez, Gazi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 17.

⁶⁸ **Akıntürk**, Turgut: Medeni Hukuk, Ankara 1989, s. 241.

ve bu yetkileri ifade etmek için “custody” terimi kullanılır. Çocuğun mallarının idaresi bakımından yetki, vesayet müessesesine benzer bir biçimde düzenlenmekte, dolayısıyla ana-baba bu konuda “guardian” olarak yani vasi gibi adlandırılmaktadır⁶⁹. Türk Hukukunda ise ana ve babanın çocuğu için vasi olması yani çocuğun malları konusunda vesayet makamlarının denetimine tâbi olması söz konusu değildir. Hatta çocuk ergin olduktan sonra herhangi bir nedenle kısıtlılık kararı alınsa, hakim vasi tayinine lüzum görmedikçe ana ve babasının velayeti altına alınacak (MK. 419/III) ve velayet hükümleri uygulanacaktır (MK. 335/II). Birçok hukukçu çocuğun şahıs ve mallarını en yakın samimiyet ve ciddiyetle idare edecek olan ana-babadır gerekçesiyle bu hükümlerin doğruluğunu savunmuşlardır⁷⁰. Yargıtay da bu konuda “Reşit olan evladın kısıtlanması halinde asıl olan onun velayet altına konulmasıdır. Bu takdirde vesayete ilişkin hükümler değil velayete ayrılmış hükümler uygulanır. Velinin bu durumda yapacağı tasarruflarda vesayet makamının iznine gerek yoktur” şeklinde karar vermiştir⁷¹. Yargıtay’ın bu kararı (Önceki) Medeni Kanununun 262. maddesinin “Çocuk, küçük iken ana ve babasının velayeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça, ana ve babadan alınamaz. Hakim vasi⁷² tayinine gerek görmedikçe hacir edilen çocuklar dahi, ana ve babanın velayetine tâbidirler” lafzı karşısında doğrudur. Kişi reşit (ergin) de olsa ana ve baba yönünden tanımı daima çocuktur. On sekiz yaşını doldurduğunda kısıtlı olmayan çocuk için velayet sona ererken, kısıtlı olan

⁶⁹ **Von Steiger**, W. E.: La Protection Des Mineurs En Proit International Prive, Rec-des. cours, 1964/11, T. 112, s. 477; **Bromley**, P. M./**Lowe**, N. V.: Bromley’s Family Law, London, 1992, s. 399.

⁷⁰ **Akıntürk**, Aile, s. 296; **Berki**, Şakir: Medeni Hukuk, Umumi Esaslar, Şahıs ve Aile Hukuku, Ankara, 1961, s. 220.

⁷¹ Y.3. HD., 29.9.1962, 440/7122, SK.

⁷² Ertaş’ın bizimde katıldığımız görüşüne göre; velayet hakkına sahip ana-baba çocuğun taşınır malları hakkında kendilerine tanınan temsil ve yönetim yetkisi çerçevesinde hakimden izin almadan tasarrufi işlemler yapabilirler. Taşınmaz mallar hakkındaki tasarrufi işlemler ise önemi dolayısıyla TMK’nun 356/2. fıkrası gereğince hakimden izin almak suretiyle yapılmalıdır. **Ertaş**, Şeref: Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi, DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı 2007 s. 391 vd.; Benzer şekilde Yargıtay’da “...velayet hakkına sahip annenin küçüğe ait kat mülkiyetine tabi taşınmazın satışı için velinin mahkemeden izin alması gerektiğine karar vermiştir” Y.14. HD. 2013/16771 E. 2014/2013 SK.

çocuk yönünden velayet devam etmektedir. Uygulamada yapılan hatalarla çoğu zaman hakkında kısıtlılık kararı verilen kişiye ana veya babası, vasi olarak atanmaktadır. Yargıtay ana-babanın yanlılıkla vasi olarak atanmasında dahi velayet hükümlerinin uygulanacağını hükme bağlamıştır⁷³. Buna göre; ana ve baba vasi olarak atansa dahi vasi konumunda olmayacaklarından, örneğin küçüğün taşınır veya taşınmazlarını satarken, vesayet makamından izin almaları gerekmeyecektir (MK. 461, 462). Elbette ki çocuk velayet altındayken bu izne gereksinimleri olmayan ana-babanın çocuk reşit olup da kısıtlı olduğunda izne tâbi olmaları anlamsızdır. Ancak ana ve babanın çocuk malları üzerindeki yetkisini vesayetle eş değer tutan İngiliz Hukukuna katıldığımızı belirlemek isteriz.

Velayet, bu konuyu düzenleyen hukuk kurallarımız göz önünde tutularak şöyle tanımlanabilir; “Velayet, gerek reşit (ergin) olmayan küçüklerin, gerekse ergin çocukların şahısları ve mallarının korunması konusunda ana-babanın sahip oldukları tüm hak ve yükümlülüklerdir.”⁷⁴. Yargıtay Genel Kurulun konuya ilişkin verdiği kararlarda velayetle ilgili tanımı netleşmiştir. Bu kararlara göre velayet; ana babanın velayeti altındaki çocukların kişiliklerine ve mallarına ilişkin hakları, ödevleri, yetkileri ve yükümlülükleri içerir⁷⁵. Anayasa Mahkemesi de Soyadı Kanunu’nun 4. maddesinin 2. fıkrasının Anayasa’ya aykırılığı iddiası ile baktığı bir davada velayeti; “Reşit olmayan çocukların bakım ve gözetimi konusunda ana-babaya verilen hak ve yükümlülüklerden oluşan bir müessesedir. Önceleri ana babanın çocukları üzerindeki hâkimiyet hakkı olarak görülen velayet, günümüzde hem yükümlülük hem de bir hak olarak anlaşılmaktadır.” şeklinde tanımlamıştır⁷⁶.

⁷³ “Reşit olan evladın kısıtlanması halinde velayet altına alınacak yerde velisinin vasi olarak atanması yaptığı işlerin mahkemece onayını gerektirmez”, Y. 1. HD., 4.10.1988, 6695/10273 SK.

⁷⁴ Zevkliler, s. 921, Tekinay, Aile, s. 483; Saymen/Elbir, s. 368; Tandoğan, s. 177; Akıntürk, Aile, s. 294; Akyüz, s. 26; Feyzioğlu, s. 386.

Küçüklerin bakım ve korunmalarını sağlamak için onların malları ve şahısları üzerinde ana babanın sahip oldukları görevlerin, hakların, yetkilerin hepsine birden velayet denir. Ana babanın çocuğun doğrudan şahsına ve mallarına karşı görevleri vardır. Y. 2. HD. 7.6.1992 T. 8223/8977 SK.; Şener, Nafaka-Velayet, s. 201-202.

⁷⁵ YHGK 2011/2-547 SK; YHGK 2008/2-247.

⁷⁶ Anayasa Mahkemesi, 08.12.2011 T. 2010/119 E. 2011/165 SK.

SONUÇ

Velayete günümüzden geriye doğru baktığımızda hiçbir hukuki kavramın bu derece değişikliğe uğramadığını söyleyebiliriz. Velayet önceleri ona sahip olanlar için mutlak bir hak olarak kabul edilir iken, daha sonra çocuk yararına bir hak olarak görülmeye başlanmıştır. Zamanla çocuk haklarını düzenleyen uluslararası düzenlemeler ve bu düzenlemelerin yerel mevzuata geçmesi ile birlikte, çocukların da ana ve babalarına karşı bazı taleplerinin olabileceği kabul edilmiştir. Bunun sonucunda velayetin ana baba için bir yükümlülük yönünün de olduğu yasalarda, yüksek mahkemelerde ve doktrinde yerini almıştır⁷⁷. ABD'nin Florida Eyaletinde ise, bir adım daha ileri gidilerek yasa da artık velayetten bahsedilmemektedir. Bunun yerine çocuğun kimde kalacağı, çocukla ilgili karar verme sorumluluğunun nasıl paylaşılacağı gibi konular düzenlenmiştir⁷⁸.

Velayetin içeriğinin bu şekilde değişmesi süjesinde de değişikliğe yol açmıştır. Önceleri aile reisine tanınan velayet sonra babaya daha sonra ana-babaya ve nihayet topluma ait görülmeye başlanmıştır⁷⁹. Teknolojideki gelişmenin dünya üzerindeki sosyolojik değişimlere sebep olmasıyla beraber aile kavramı ve ona bağlı bir kurum olarak velayetin süjesi ve yapısı da değişmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki, çocuklarla ilgili her konu geleceğimizi etkileyeceğinden toplum olarak her birimizi bir yönüyle ilgilendirmekte ve sorumluluk yüklemektedir.

⁷⁷ Bkz. s. 34-35-38-39.

⁷⁸ **Stahl**, s. 41.

⁷⁹ Bkz. s. 37.

Amerika Birleşik Devletlerinde Aile ve Çocuk Mahkemeleri “parents patriae” olarak bilinen bir hukuki doktrin altında kanunlaşmıştır. Bunun anlamı “The State is parents” (Devlet ebeveynidir). Ancak burada ki devlet (state) kelimesi hükümet tarafından temsil edilen toplumun bütünüdür. Eğer bir çocuğun mutluluğu evde veya bir yerde tehlike-deyse, devlet çocuğun çıkarı için bütün hak ve yükümlülüklerle müdahale etmeye yetkilidir. **Bianchi**, Anne: Family Court Everything You Need to Know About, New York 2000, s. 26.

KAYNAKÇA

- Akılhoğlu, T.:** “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, Ankara 1995.
- Akıntürk, T.:** “Türk Aile Hukuku”, Ankara 1978.
- Akıntürk, T.:** “Medeni Hukuk”, Ankara 1989.
- Akıntürk/Ateş Karaman:** “Aile Hukuku”, İstanbul 2010.
- Akipek/Akıntürk/Karaman:** “Kişiler Hukuku”, İstanbul 2009.
- Akyüz, E.:** “Çocuk Hukuku”, Ankara 2012.
- Akyüz, E.:** “Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması”, Ankara 1980.
- Akyüz, E.:** “Medeni Kanuna Göre Çocuğun Ana Babasına Karşı Korunması” Aile ve Toplum Dergisi S. 2, C. 1, Yıl. 1, Haziran 1991.
- Armağan-Armağan:** “Toplum Bilim”, İzmir 1999.
- Arsal, S.:** “Türk Tarihi ve Hukuk”, İstanbul 1947.
- Belgin, D.:** “Çocuk Teslimi ve Çocukla İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası” Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011.
- Berki, Ş.:** “Medeni Hukuk, Umumi Esaslar, Şahıs ve Aile Hukuku”, Ankara 1961.
- Berki, Ş.:** “Türk Medeni Kanununda Velayetin Çocuğun Şahıs ve Malları Bakımından Şumulu”, Ankara 1970.
- Bianchi, A.:** “Family Court Everything You Need to Know About” New York 2000.
- Bilmen, Ö. N.:** “Hukuk-i İslamiyye ve Islıhat-ı Fıkkiye Kamusu C. 2”, İstanbul 1950.
- Black/Bridge:** “A Practical Approach to Family Law”, London 1991.
- Bromley/Lowe:** “Bromley’s Family Law”, London 1992.
- Brunner, O.:** “Grundzüge der Deutschen Rechtsgescht 8. Auflage” München und Leipzig 1930.
- Cin, H.:** “Eski Hukukumuzda Boşanma”, Ankara 1976.

- Çetiner, S.:** “Hukumumuzda Aile Kavramı” Terazi Dergisi, Ocak 2010.
- Dethcoff-Kathrin;** “Strengthening Children’s Rights in German Family Law”, Bristol 2008.
- Douglas, G.:** “Family Law”, New York 2004.
- Dural/Öğüz/Gümüş:** “Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku”, İstanbul 2005.
- Dwyer, J. G.:** “Parents Religion And Children’s Welfare (Debunking the Doctrine of Parental Rights) California Law Rewiev, December 1994.
- Egger, A.:** “İsviçre Medeni Kanun Şerhi Aile Hukuku”, Ankara 1949.
- Ekiz, S.:** “AİHM’nin Din Dersleri ve Dinsel Sembollerle İlgili Kararlarına Yönelik Liberal Bir Okuma Denemesi” İzmir Baro Dergisi, S. 2, Mayıs 2015.
- Ertaş, Ş.:** “Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi”, DEÜHFD. C. 9, Özel Sayı 2007.
- Feyzioğlu, F.:** “Aile Hukuku Dersleri”, İstanbul 1971.
- Franklin, B.:** “Çocuk Hakları”, İstanbul 1993.
- Hatemi/Serozan:** “Aile Hukuku”, İstanbul 1993.
- Hershkowitz, S. B.:** “Due Process and The Termination of Parental Rights” Family Law, Quartely Fall 1985.
- Huber, E.:** “System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, IV. Band” Basel 1893.
- İnan, A. N.:** “Çocuk Hukuku”, İstanbul 1968.
- İnan, A. N.:** “Medeni Hukukta Velayet, Vesayet ve Kayyumluk” İstanbul Baro Dergisi, S. 1, 2, 3, C. 69, 1945.
- Jasper, M.:** “The Law of Child Custody”, New York 1997.
- Karınca, E.:** “Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri”, Ankara 2004.
- Karlowa, O.:** “Römische Rechte Geshichte”, Leipzig 1910.
- Kelebek, M.:** “İslam Aile Hukukunda Velayet” (Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Ens. Yayınlanmamış Y. lisans Tezi).
- Keyman, S.:** “Hukuka Giriş”, Ankara 2005.

- Kleing, J.:** “Paternalizm”, Manchester 1983.
- Koçhisarhoğlu, C.:** “Aile ve Aile Yararı” Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara 2007.
- Koschaker/Ayiter:** “Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları”, Ankara 1975.
- Lüderitz, A.:** “Elterliche Sorge als Privates Recht” (Ac.P.178, Band, Heft 2-3) 1978.
- Oğuzoğlu, C. H.:** “Velayetin Medeni Hukuktaki Ehemmiyeti”, Ankara 1940.
- Özmen, İ.:** “Velayet Hukuku Davaları”, Ankara 2013.
- Öztan, B.:** “Aile Hukuku”, Ankara 1983.
- Öztan, B.:** “Aile Hukuku”, Ankara 2004.
- Perry, M. L.:** “Parental Rights” Journal of Family Law, April Arizona 1990.
- Pleasantville, N. Y.:** “Family Legal Guide”, Montreal 1983.
- Saymen/Elbir:** “Aile Hukuku (Türk Medeni Hukuku C. III)”, İstanbul 1960.
- Serozan, R.:** “Çocuk Hukuku” İstanbul, 2000.
- Stahl, M. Philip:** Velayet Değerlendirmeleri, (Editörler: Erden-Dikmeer-Kudiaki), Ankara, 2014.
- Tandoğan, H.:** “Aile Hukuku Ders Notları”, Ankara 1965.
- Tekinay, S. S.:** “Türk Aile Hukuku”, İstanbul 1990.
- Tepeci, K.:** Nesep Hukuku-Ana Baba Evlat Hakları”, Ankara 1944.
- Usta, S.:** “Çocuk Hakları ve Velayet”, İstanbul 2012.
- Usta, S.:** “Velayet Hakkı”, İstanbul 2016.
- Von Steiger, W. E.:** “La Protection Mineurs En Proit International Prive” Rec-des. Cours 1964/II T.112.
- Von Tuhr:** “Der Allegemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts in Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft Abteilung” 1.Teil I. Band, Leipzig 1910.
- Zevkliler, A.:** “Medeni Hukuk”, Ankara 1995.
- Zevkliler/Acabey/Gökyayla:** “Medeni Hukuk”, Ankara 2000.
- Zeybek, E.:** “Velayet Hakkının Kullanımı” Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009.