

Velayet 'Müessesesi'nin Niteliğini Hak-Yüküm(lülük) İkileminin Dışında Yeniden Düşünmek^(*)

Rethinking the Nature of the Custody 'Institution' Outside of the Dichotomy of Rights and Obligations

Doç. Dr. Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU^(**)

Öz:

Velayet, aile hukukunun temel kavram ve müesseselerinden biridir ve öyle olmakla, ailenin tarih içerisinde geçirdiği değişime/dönüşüme paralel bir değişimle günümüzdeki modern görünümüne kavuşmuştur. Eski hukuk sistemlerinde mutlak baba egemenliğiyle karakterize aile yapısı ve çocuk üzerindeki egemenlik, günümüz hukuk sistemlerinde, anne ve baba arasında eşitçe paylaşılan ve bakım, himaye, yetiştirilme gibi çocuğun menfaatlerini sağlamaya yönelik modern velayet müessesesine dönüşmüştür. Bu dönüşümle birlikte velayetin niteliği de tartışılmalı bir hal almıştır. Bugün Türk hukukundaki hâkim görüş, velayetin ana-baba açısından hem hak hem yükümlülük olduğu görüşüdür. Fakat daha etraflı bir değerlendirmede, velayetin kapsamındaki hükümlerden hangilerinin hak veya yükümlülük niteliğinde olduğu, bunların kime karşı hak veya yükümlülük teşkil ettiği ya da bu kavramların özel hukuktaki teknik anlamlarıyla kullanılıp kullanılmadığı gibi hususların, literatürde belirsizliğini koruduğu görülür.

Bu çalışmada, velayetin, 'hak veya yükümlülük' yahut 'hem hak hem yükümlülük', fakat her hâlükârda 'hak - yükümlülük' ikilemine sıkıştırılarak nitelendirilmesinin eleştirisi yapılmaktadır. Velayet, ana-baba ve çocuk arasında hukuki bir ilişki olduğu kadar, ana-babanın çevresi belirsiz üçüncü kişilere yöneltebileceği bazı taleplerin de dayanağı ve aynı zamanda devletin, hem düzenleyici hem müdahale edici bir işlevle dahil olduğu ilişkiler ağını kapsayan bir müessesedir. Bu geniş kapsam içerisinde velayetin niteliğine ilişkin tartışmaların, velayetteki ilişkiler bütününe odaklanılarak gerçekleştirilmesi önerilmektedir. Çalışmada bu önerinin teorik zemini bakımından, Amerikalı hukukçu Hohfeld'in hak analizi hatırlatılmıştır. Böylece velayet gibi Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen bir müessesenin çözümlenmesine, medeni hukuk literatürünün dışından da bir katkı sağlanması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Velayet, Hak ve Yükümlülük, Yetki, Tâbiyet/Egemenlik, Hohfeld.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 16.12.2024 - Makale Kabul Tarihi: 25.12.2024.

^(**) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: reyhan.demircioglu@hbv.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-5934-5623>.

Abstract:

Parallel to the change/transformation of the family in history, custody has acquired its modern appearance. In today's legal systems, sovereignty over the child has evolved into the modern institution of custody, which is shared equally between the mother and the father and is intended to ensure the interests of the child, such as care, protection and upbringing. Thus, the nature of custody has also become controversial. Today, the dominant view in Turkish law is that custody is both a right and an obligation for the parents. However, a more in-depth evaluation reveals that issues such as which of the provisions within the scope of custody are rights or obligations, to whom they constitute rights or obligations, or whether these concepts are used in their technical meaning in private law remain unclear in the literature.

This study criticizes the characterization of custody as 'right or obligation' or 'both right and obligation', but in any case as 'right - obligation'. It is suggested that discussions on the nature of custody should focus on the totality of custodial relationships. In terms of the theoretical basis for this proposal, the study recalls the rights analysis of the American jurist Hohfeld. Thus, it is aimed to provide a contribution from outside the civil law literature to the analysis of an institution regulated under the Turkish Civil Code such as custody.

Keywords:

Custody, Rights and Obligations, Authority, Sovereignty, Hohfeld.

GİRİŞ

Çocuklar üzerinde soybağı olgusunun ötesinde hukuki bir egemenliğin varlık ve kullanımı, tarih boyunca, aile fertlerinin birbirleriyle ilişkisinin hatta devlet-vatandaş ilişkisinin değişimine paralel olarak, değişime, dönüşüme uğramıştır. Günümüz hukuk sistemlerinde ve Türk hukukunda bu egemenliğin modern görünümü, ana-baba velayetidir ve yine modern niteliğiyle velayet, çocuğun bakımı, eğitimi, yetiştirilip korunması gibi ihtiyaçları dolayısıyla, ana-baba lehine değil, çocuk lehine, çocuk menfaatine bir müessesedir. Çocuğun menfaatlerinin gerçekleştirilmesi ve korunması için öngörülen bir müessesede bu menfaatlerin sağlayıcısı, uygulayıcısı, koruyucusu olarak ana-babanın öngörülmüş olması, bu kadar büyük bir sorumluluğun yetişkinler üzerinde bir eza, yük hatta yükümlülük olarak değil, kan bağı gerçeğine dayalı tabii bir ilgi ve sevgiyle gerçekleşebileceği ön kabulüne dayanır; bu itibarla, genel yaşam tecrübelerine de uygundur. Bununla birlikte velayetin amacına uygun şekilde kullanılmadığı, çocuğun menfaatinin zedelendiği, güvenliğinin tehlikeye düştüğü her durumda devlet bu ilişkiye müdahale eder; çünkü tarafları arasında yapısal güç dengesizliğinin bulunduğu hiçbir ilişki, modern hukuk sistemlerinde devlet müdahalesiz değildir. Kişilik kazandığı ilk andan itibaren hukuk nezdinde bağımsız ve eşit kabul edilen her hak süjesi gibi, çocukların da varlık ve kişiliklerinin geliştirilmesi, devletin alacağı tedbirler, gözetim ve gerektiğinde müdahalesi ile sağlanmak zorundadır.

Günümüz hukuk düzenlerinde velayetin çocuk yararına ve gerektiğinde devlet müdahalesine açık yapısı, hukuki niteliğinin de literatürde yeniden ele alınmasına yol açmış; modern velayet anlayışı, velayetin hukuki niteliğine ilişkin

modern yaklaşımlarla tamamlanmıştır. Bu noktada velayetin medeni hukuka ait -medeni kanunlarda düzenlenen- bir kavram olması, niteliğine ilişkin yaklaşımları da medeni hukukun kavramlarına bağlı kılmaktadır. Bu yaklaşımların temelinde 'hak - yükümlülük' odaklı bir bakış açısı vardır. Bununla birlikte, velayet sözkonusu olduğunda hem hakkın hem yükümlülüğün süjesini aynı tarafın, yani ana-babanın oluşturduğuna dikkat çekmek; böylece hak kavramının modern literatürde velayet hukukunun tamamen dışına çıkmamış olduğuna, yükümlülük kavramının ise, borçlar hukukundaki anlamıyla kullanılmadığına işaret etmek gerekir. Nihayetinde bu tespitler medeni hukuk literatüründe 'yüküm-hak' olarak kavramsallaştırılmış bulunmaktadır.

Velayetin hukuki niteliği ele alınırken, medeni hukuk kavramlarının gerekli olduğu ölçüde farklı anlamlarda kullanılması, şüphesiz mümkündür. Bununla birlikte, velayetin, geniş kapsamı, modern hukuklarda devletin de dahil olduğu bir otoriteyle birlikte ele alınması ve her halükârda tâbi tutulduğu kuralların doğrudan doğruya hukuk tarafından belirleniyor olması, velayetin bir hukuki ilişkiler bütünü halinde değerlendirilmesini de fikrimizce, mümkün, hatta gerekli kılar. Buna göre, velayet, hak-yükümlülük ikileminde ele alındığında dahi, velayetin kapsamındaki hükümlerden hangilerinin hak veya yükümlülük niteliğinde olduğunun, bunların kime karşı hak veya yükümlülük teşkil ettiğinin belirlenmesine yine ihtiyaç vardır ve bunun için velayetin içerdiği ilişkilere bütün olarak bakılması gerekmektedir.

Bu çalışmada, velayetin, niteliğine ilişkin işaret ettiğimiz hususlar dahilinde, öncelikle tarihsel geçmişine yer verilmiştir. Velayetin tarihçesi olarak ifade edilen bu durum, esasında, günümüzdeki anlam ve niteliğiyle velayetin değil, çocuk ile ana-baba arasındaki egemenlik ilişkisinin zaman içerisinde gerçekleşen değişiminin/dönüşümünün değerlendirilmesidir. Böyle bir değerlendirme, çocuk ile ana-baba arasında mevcut egemenlik ilişkisinin modern hukuk sistemlerinde sadece özel hukuka ilişkin bir bakış açısıyla yorumlanmasının zorluğunu ortaya koymak açısından gereklidir. Modern velayet müessesesi dahilinde ana-babanın çocuk üzerinde sahip olduğu hukuki ve hukuki olmakla ancak hukukun öngördüğü sınırlar dahilinde kullanılmak zorunda olan egemenlik, geçmişte, aile fertleri üzerinde adeta devlet yetkilerini kullanan mutlak bir otoritenin tarifiyle ayırt edilebilir hale gelmekte ve modern hukukların bu hususta katetmiş bulunduğu mesafenin önemi anlaşılabilir. Bununla birlikte, özel hukuk - kamu hukuku ayrımının yapıldığı günümüz hukuk sistemlerinde eşit hak sülheleri arasında bir yetki-egemenlik/tâbiyet bağının varlığından bahsetmek, özel hukuk teorisine tamamen yabancıdır ve velayet literatürünü böyle bir yaklaşımın reddiyle birlikte, hak-yükümlülük merkezli bir düşünce biçimine yöneltmeye elverişlidir. Bu

noktada çalışmamızda, özel hukuk ilişkilerinin çözümlenmesini, hukuki ilişkilerin içeriği ve ilgililerinin davranış biçimleri üzerinden yaparak, hak kavramının kullanımını daraltan Amerikalı hukukçu Hohfeld'in analizine kısaca işaret edilmiştir. Gerçi Hohfeld'in hak kavramı üzerine yaptığı analizin günümüz özel hukuk teorisinde çok önemli bir ihtiyaca karşılık geldiğini iddia etmek, fikrimizce, zordur. Çünkü Türk hukukunun da dahil olduğu kıta Avrupası özel hukuk sisteminin Roma hukukuna kadar uzanan altyapısıyla ürettiği birçok kavram, özel hukukun meselelerini çözümlenmekte esasen yeterlidir. Bununla birlikte, yine fikrimizce, özel hukuk bakış açısının tüm yönleriyle çözümlenmesinde yeterli gelmediği, özellikle tarihsel köklerinin kamusal bir otoriteyi çağrıştırdığı velayet gibi kapsamlı bir müessesenin niteliğinin tekrar düşünülmesini amaçlayan bu çalışmada, Hohfeld'in analizinden de yararlanılmış; böylece hak kavramına ilişkin farklı bir bakış açısının, özel hukuk literatürünün dikkatine sunulması da amaçlanmıştır.

I. GENEL OLARAK VELAYET

Velayet, Türk hukukunda, kural olarak küçük istisnai hallerde reşit çocukların bakım ve korunmalarının sağlanması amacıyla, onların şahısları, malları ve temsilleri konusunda ana babaya yüklenen ödevler ile bu ödevlerin daha iyi ifasını sağlamak amacıyla tanınan hak ve yetkilerin bütünü olarak tanımlanmaktadır¹.

Velayetin tanımı, geniş bir içerik ve kapsam ortaya koymaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun düzenlemesinde de velayete ilişkin hükümler, 335'inci maddeden, çocuğun mallarına ilişkin olanlar da dahil 363'üncü maddeye kadar uzanan geniş bir aralıkta vazedilmiştir. Böylece ana-baba ve çocuk arasındaki ilişkinin düzenlenmesi bakımından velayetin aile hukukunun en temel ve etraflı mesele-

¹ Huriye Reyhan Öztürk, *Türk Medeni Hukukunda Velayet ve Bunun Çocuğun Şahsı Bakımından Sonuçları*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (basılmamış yüksek lisans tezi: Danışman, Mehmet Ünal), Ankara 2000, s. 37. Velayete ilişkin doktrinde yapılmış benzer tanımlar için bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku Cilt II (Aile Hukuku)*, İstanbul, 1949, s. 326; Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1993, s. 341; Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C. II*, İstanbul, 2023, s. 415; Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması*, Ankara, 2020, s. 222; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, İstanbul, 2017, s. 250; Ali Naim İnan, *Çocuk Hukuku*, Ankara, 1968, s. 125; Aydın Zevkliler /Emre Cumalıoğlu/ Beşir Acabey, *Medeni Hukuk III, Aile Hukuku*, Ankara, 2024, s. 407; Ömer Uğur Gençcan, *Velayet Hukuku Yargıtay Uygulaması Bilimsel Açıklama ve En Son İçtihatlar*, Ankara, 2015, s. 61; Mustafa Dural/ Tufan Ögüz/ M. Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku*, Ankara, 2024, s. 383; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, Ankara, 2015, s. 1074; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk C. III, Aile Hukuku*, Ankara, 2023, s. 535; Canan Yılmaz, *Velayet Hukuku, Seçkin Yayıncılık*, Ankara, 2023, s. 21; Fulya Erlüle, *İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Yetkin Yayınları*, Ankara, 2019, s. 93; Hülya, İmamoğlu, "Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2004, C. 54, S. 1, 165-90, s. 166 vd. Reşit çocuklar üzerinde devam eden velayet hakkında bkz. A. Dilşad Keskin, "Ergin Kısıtlı Üzerindeki Velayet Hakkı (Uzatılmış Velayet)", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2014, C. IX, S. 2, 27-60.

lerinden biri olduğu anlaşılmaktadır. Toplumun geleceği ve bedensel ve zihinsel olgunluğa henüz ulaşmamış olmakla korunmaya en muhtaç kesimini oluşturan çocukların, doğdukları andan kural olarak ergin oldukları zamana kadar bakım ve gözetim ihtiyaçlarının karşılanması, eğitimleri ile her açıdan yetiştirilmeleri sorumluluğunun ana babalarına yüklenmesi², ana-baba ve çocuk arasındaki bağın 'hukuki bir sonucudur'. Çocuk üzerindeki geniş bir sorumluluğun onun en yakınları olmakla doğal birer hamisi de oldukları kabul edilen ana babaya yüklenmesi, çocukların en çok ana babalarının yanında güvende olacaklarının öngörülmesi, hayatın olağan akışına şüphesiz uygundur. Fakat çocuklar üzerindeki bu sorumluluğun, hayatın olağan akışından sapma gösteren³ ve/veya çocuğun her bakımdan güvenliğinin, özellikle temel insan haklarının tehdit altında bulunduğu her durumda Devlet müdahalesine açık tutulmasını gerektirir. Bu zaruret, velayetin kamusal yüzünü ifade eder; başka bir deyişle velayetin kamu düzeninden olma niteliğidir. Böylece velayetin soybağına bağlanmış⁴, fakat soybağının nispeten tabii karakteri karşısında tamamen hukuki bir müessese olduğu söylenebilir⁵. Buna göre, velayetin kapsam ve içeriği, ana babaya tanıdığı yetki ve sorumlulukların çevresi, hukuk düzeninin koyduğu kurallara göre şekil almaktadır.

Velayetin, salt ana babalık *olgusunun* aksine, hukuk düzeninin bir *tasarımı* 'bir hukuki müessese' olması, toplumsal değişimlerle birlikte değişen hukuka paralel biçimde niteliğinin de farklılaşmasına sebep olmuş; hatta bu farklılaşma, bazı hukuklarda velayete ilişkin terminolojiyi dahi etkilemiştir.

² Bkz. Huriye Reyhan Demircioğlu, "Boşanmada Ortak (Birlikte) Velayetin Kabulü Sonrası Türk Hukukundaki Durum Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2024, S. 59, 301-344, s. 304.

³ "... kanunun velâyetin kazanılmasına ilişkin sistem bir bütün olarak değerlendirildiğinde 'hayatın olağan akışından sapma arz eden' durumlarda velâyetin ancak yargı kararı ile kazanılmakta veya devam ettirilmeğe olduğu görülmektedir. Örneğin, veli sıfatını taşıyan ana ve/veya babadan nez edilen velâyet, nez sebebinin ortadan kalkmasıyla otomatik olarak geri kazanılmamakta, ancak hâkim tarafından iade edilmektedir (TMK m.351); boşanma durumunda velâyet kendisine bırakılan ana veya babanın ölümü, ayırt etme gücünü kaybetmesi veya kısıtlanması halinde diğer ebeveynin velâyeti kazanması ancak bir yargı kararı ile gerçekleşmektedir; kısıtlanmış ergin çocuğun vesâyet altına alınmak yerine velâyet altında bırakılması yargı kararını gerektirmektedir; evlilik dışı doğan çocukta baba ile soybağının kurulmuş olması babayı veli kılmamakta, ancak hal ve şartların bunu gerektirmesi halinde hâkim tarafından babaya velâyet hakkı tanınmaktadır. Tüm bu hallerde, devlet, çocuğun menfaatlerine en uygun olan durumu tesis edebilmek uğruna, özel hukukun en mahrem sahası olarak kabul edilebilecek ailevi ilişkiye doğrudan müdahale etmektedir", Huriye Reyhan Demircioğlu, "Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği", Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2015, S. 23, 45-84, s. 62.

⁴ Soybağının genel hükümleri ile velayete bağlı hükümleri ayrımı için bkz. Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 329 vd. Demircioğlu, ortak velayet, s. 306 vd.

⁵ Soybağı, ana-baba ve çocuk arasında esasen tabii, fakat hukukun de tespiti gereken bir ilişkidir. Buna göre, soybağının *varlığı* tabiidir/doğaldır; fakat *belirlenmesi*, hukukidir. Velayet ise, soybağına hukukun bağladığı bir müessese olmakla, varlığı itibarıyla dahi, hukukidir. Soybağı kavramı için bkz. Cem Baygın, Soybağı Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

II. VELAYETİN TARİHÇESİ, 'TERMİNOLOJİSİ, ETİMOLOJİSİ'

A. Karşılaştırmalı Hukukta Velayete Tarihsel Bakış ve Velayet 'Terminolojisi'

Velayetin tarihçesi, ana-baba ve çocuk arasındaki tabii bağa dayalı, fakat içinde bulunulan toplumun belli bir dönemine ait ekonomik, kültürel, dini, sosyolojik yapının etkisi altında gelişen hukuk kurallarıyla şekillenmiş bu müessesenin geçmişten günümüze uzanan panoramik bir değerlendirmesidir. Böyle bir değerlendirme şüphesiz günümüzdeki velayet kavramına tarihsel bir bakış sunar. Bununla birlikte aslında yapılan, bir müessese olarak günümüzdeki anlam ve niteliğiyle velayetin değil⁶, çocuk ile ana-baba arasındaki egemenlik ilişkisinin zaman içerisindeki değişiminin/dönüşümünün değerlendirilmesidir. Bu sebeple, eski hukuklar sözkonusu olduğunda velayet müessesesi yerine, kan bağına veya başka bazı unsurlara dayanan bir aile düzeninin çocuklar açısından nasıl bir görünüm arz ettiğinden bahsetmek daha doğru olur.

Eski hukuklarda aile düzeninin en karakteristik ögesi, baba egemenliğidir. Günümüz modern devletlerinin henüz kurulmamış olduğu hemen her dönem ve toplumda 'baba', günümüzdeki biyolojik anlamının çok ötesinde, adeta kamusal güç kullanan bir otoritedir. Modern çağlara yaklaştıkça nispeten yumuşayan, ne kadar geriye gidilirse o kadar sert bir yüzle kendini gösteren bu otoritenin diğer aile fertleriyle ilişkisi, günümüzün aile ilişkilerinden uzak, eşit olmayanlar arası bir dikey ilişki görünümündedir⁷. Bu otoritenin tarihteki en karakteristik görünümü, Roma hukukundaki 'Pater Familias'tır. Pater Familias, sadece kan bağına değil, hukuki bir hakimiyet esasına dayanan agnatik manadaki ailenin⁸ reisidir ve aileye mensup olan herkes Pater Familias'ın egemenliği altındadır. Bu egemenlik köleler üzerinde *Dominium*, kadınlar üzerinde *Manus* ismiyle özelleşse de⁹, bunların tamamı aile evlatları (Filius/Filia Familias) üzerindeki egemenliği ifade eden *Patria Potestas*'ın geniş anlamı içinde yer alır. Buna göre *Patria Potestas*, biyolojik babalıktan bağımsız, aile reisinin sahip olduğu bir yetkidir ve bu riyasete çocukla birlikte onun anası ve hakimiyet altından çıkmamış ise¹⁰ babası da dahildir.

⁶ Benzer yönde, Saliha Okur Gümrükçüoğlu, "Osmanlı Hukuk Uygulamasında Kadının Çocuğu Üzerindeki Velayet ve Vesayet Hakkı" Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2022, C. 12, S. 1, 105-144, s. 111.

⁷ Eski hukuk sistemlerinde aile hukukunun genel yapısı, devletin aileye karışmamakla bu sahayı erkeğin otoritesine terk ettiği, bu sebeple "babanın" bir anlamda devlet yetkilerini kullandığı bir görünümündedir: "Roma aile hukuku, Roma'nın günümüz modern hukuklarını en az etkilediği alanıdır. ... Bu gelişimin gerçekleşmemesinin temelinde, aile ilişkilerini düzenleme yetkisinin aile babasına ait olduğu düşüncesi yatmaktadır", Özlem Söğütü, Roma Özel Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 229.

⁸ Agnatio hısımlığı, kan esasına değil, aynı baba hakimiyeti altında bulunma esasına ilişkin yani hukuki bir bağa dayanan aileyi ifade eder, bkz. Söğütü, s. 230.

⁹ Bkz. Seldağ Güneş Ceylan, Roma Hukukundan Günümüze Velayet - Vesayet Hukuku, Yetkin Yayınları, 2004, s. 33.

¹⁰ Roma'da baba egemenliğinin sona ermesi hakkında bkz. Söğütü, s. 242 vd.

Pater Familias'ın sahip olduğu egemenliğin günümüzdeki kamusal egemenlikle olan benzerliğini, tüm aile üzerindeki '*domesticus iudex* (aile yargıcı)' ve '*magistratus* (mutlak yönetici)' yetkilerine işaretleyerek ortaya koymak mümkündür¹¹. Yine bu egemenlik, aile evlatlarının üçüncü kişilerden eşyalara özgü istihkak iddiası ile geri istenmesini mümkün kılmakla mülkiyeti hatırlatan bir mutlaklık içermektedir. Roma hukukunda, günümüzdeki mutlak hak teorisinin kişilik hakkı kavramı üzerinden kişi dokunulmazlığının da teminatını oluşturan değeri değil, aile evlatları üzerinde kurduğu mülkiyete eşdeğer etkisi dikkat çekmektedir. Buna göre Pater Familias, aile evlatlarını kazancı tamamen kendisine ait olmak üzere çalıştırabilmekte, kiraya verebilmekte, rehin bırakabilmekte, satabilmekte, hatta bir uzvunu kesebilmekte, nihayet öldürebilmektedir¹². Eski Roma'da Pater Familias'ın sahip olduğu bu geniş yetkiler, devletin güçlenmesiyle giderek ailenin içişlerine müdahale edebilir hale gelmesi¹³ ve Hristiyanlığın etkisiyle zaman içerisinde daralmıştır. Iustinianus döneminde ise (MS 527-565) Patria Potestas, yalnızca eğitim amacına yönelik cezaları içeren bir nitelik kazanmıştır¹⁴.

Eski hukuklarda baba egemenliğinin bir diğer görünümü Germen hukukundaki Munt'tur¹⁵. O dönem için yine velayetten çok total bir ev hakimiyetini ifade eden Munt, çocuğun hayatı ve şahsı üzerinde tasarruf ile mallarının idaresi ve istifadesini de yine aile reisine vermektedir. Bu kapsamda aile reisi, çocuğu istediği gibi tedip edebilir, işgücünden yararlanabilir, satabilir hatta belli durumlarda öldürebilirdi¹⁶. "*Aile babası 'Munt'a dayanarak ailesi üyelerini hukukî muamele-*

¹¹ İnan, s. 5. "*İmparatorluğun ilk yıllarında aile babası aynı zamanda kendi ailesinin, bir konseyle birlikte yargıçlığını da yapıyordu*", Güneş Ceylan, s. 36.

¹² Andreas B. Schwarz, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, 1947, s. 244; Öztürk, s. 8. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Güneş Ceylan, s. 37 vd, s. 40. "*Roma'da, pater familias'ın, mutlak hakimiyetinin en temel örneği olarak 'hayat ve memet' ya da 'ölüm ve dirim' hakkına sahip olması, bugün Roma ailesine ilişkin yargılarımızın merkezine oturmuştur*", Fulya İlçin Gönenç, Roma Hukukunda Kadın, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 48. Fakat bu yargıların eleştirilebilir olduğu yönünde yine bkz. Gönenç, s. 48, dpn. 118.

¹³ "*Bireylerin aile reisinin hakimiyetinden kurtularak, kamu otoritesinin kontrolü altına girmeleri belirli bir süreci gerektirmiştir. Aile dayanışması ve bireysel adaletten, devletin zorunlu kıldığı adalet düzenine geçiş ve aile reislerinin, aile üyeleri ve malvarlığı üzerindeki güçlerinin kamu otoritesi lehine azaldığı merkezî yönetime geçiş yavaş yavaş ortaya çıkmıştır. Iustinianus Döneminden itibaren (527-565) aile reisinin patria potestas'ı kural olarak tamamen devletin hakimiyetine girmiştir*", Gönenç, s. 52.

¹⁴ Özcan Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, Ankara, 1997, s. 170. "*Roma'nın son dönemlerinde aile babası egemenliğinin eğitim hakkına dönüştüğü söylenebilir*", Söğütü, s. 236.

¹⁵ Üçok, Alman ailesinin genel görünümünü şekilde ortaya koymaktadır: "*Evin başında ev sahibi (= baba) bulunur. Kadın ve çocuklar ona uyrukturlar. Kadınlar daima erkek velayet veya vesayeti altındadırlar: kızlar ve dullar babalarının veya vasilerinin, evli kadınlar ise kocalarının. Bir birlik üyesinin diğerleri üstündeki bu kudretine 'Munt' denirdi. Eşyalar üzerindeki kudrete de 'Gewere' denirdi, onun için kullar sahiplerinin 'Munt'u değil 'Gewere'si altındaydılar, bunlar ev birliğinin üyesi değildiler*". Coşkun Üçok, "Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1950, C. 7, S. 1 (Mart), 292-321, s. 295.

¹⁶ Emine Akyüz, Hâkimin Velayet Hakkına Müdahalesi (yayımlanmamış doktora tezi), Ankara, 1974, s. 24-25.

lerde ve hukukî anlaşmazlıklarda mahkemede temsil ederlerdi”¹⁷. Fakat Germen hukukundaki Munt’un, Roma’daki Patria Potestas’a nispetle daha çocuk lehine bir egemenliği amaçladığı, buna göre çocuğu tanıyan babanın, üçüncü kişilere karşı onu korumakla, temsil etmek ve mallarını yönetmekle yükümlü olduğu, hatta aradaki mal ortaklığı sebebiyle babanın mallara verdiği zararlardan sorumlu tutulduğu da ifade edilmektedir¹⁸. Ayrıca Munt, çocuğun tüm yaşamı boyunca değil, kendi yaşamını sürdürebilecek duruma geldiğini ortaya koyarak evden ayrılmasıyla sona ererdi. Yine Germen hukukunda Roma’dan farklı olarak, anne, çocuk üzerinde babanın ölümüyle kullanabildiği tali/ikincil bir egemenliğe sahiptir¹⁹. Fransız hukukunda da Roma hukukunun uygulandığı güney kısımlarda aile evlatları üzerinde Patria Potestas kapsam ve niteliğiyle etkili olmuş²⁰, Germen bölgesine yakın kuzey kısımlarda ise çocukların korunması anlayışına daha uygun bir örf-adet hukuku gelişmiştir. Örf-adetin etkili olduğu bu bölgelerde annenin de çocuk egemenliğini paylaştığı ve çocuğun reşit olmasıyla bu egemenliğin sona erdiği belirtilmektedir²¹.

Görüldüğü gibi eski hukuklarda çocuğun statüsü, o dönem toplumlarının genel görüntüsünün yansıdığı bir aile düzeninden bağımsız olmadığı gibi, aileye/topluma dahil diğer fertlerin de içinde bulunduğu durumdan tamamen farklı değildir. Başka bir deyişle çocuk, bağımsız bir hak süjesi olmak yerine, bir düzenin kendisine ferdiyet tanınmayan diğer parçalarından biridir. Bu manzaranın kısa tarifi, şahsiyet yerine aidiyettir.

Toplumun en küçük birimi, yapı taşı olarak nitelendirilen²² ailenin yaygın değişimi/dönüşümü, tüm Avrupa’nın sosyal, siyasi ve hukuki yapısını etkilemiş iki büyük gelişme sonrasında gerçekleşmiştir. Bunlar, sanayi devrimi ile Fransız devrimidir. Fransız devrimi ile daha önce İngiltere’de başlayan sanayi devrimi, Avrupa’nın sosyal, ekonomik, siyasi ve hukuki yapısı üzerinde, bir zincirin halkaları gibi sebep-sonuç ilişkisi içerisinde takip edilmesi gereken birçok önemli sonuç doğurmuştur²³. Aile hukuku açısından ortaya çıkan en önemli sonuç ise

¹⁷ Üçok, s. 295.

¹⁸ Üçok, s. 295; Akyüz, çocuk hukuku, s. 25.

¹⁹ Velidedeoğlu, s. 324; Cahit Oğuzoğlu, “Velayetin Medeni Hukuktaki Ehemmiyeti”, *Adalet Dergisi*, Y. S. 11, 984-1004, s. 987.

²⁰ Velidedeoğlu, s. 324.

²¹ Akyüz, tez, 26.

²² Bkz. Tefvik Erdem, *Sosyoloji Notları*, 4. Baskı, İmaj Kitabevi, Ankara, 2019, s. 178; Faruk Turğut, “Genel Olarak Aile”, *Sistematik Aile Sosyolojisi*, Ed: Mustafa Aydın, Çizgi Kitabevi, Konya/ İstanbul/ Ankara, 2019, 15-34, s. 17.

²³ Sanayi devrimi ve Fransız devriminin Avrupa’da yarattığı düşünsel, ekonomik ve hukuki etkiler hakkında bkz. Mazlum Doğan, *Sözleşme Özgürlüğünün Emredici Hukuk Kuralları Çerçevesinde Sınırlandırılması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 71 vd. Sanayi devriminin (1750-1860) genel sosyolojik etkileri hakkında bkz. Erdem, s. 235 vd. Çocuklar ve özellikle çocuk işçiliği üzerindeki etkileri için bkz. Erdem, s. 242 vd.

üretimde tarıma, yapısal olarak feodal olguya dayanan ailenin yerini, yavaş yavaş modern çekirdek ailenin almasıdır²⁴. Fakat tüm bu gelişmelerin çocukların hukuki statüsüne yansınması bu çağın erken dönemlerinde henüz mümkün olmamıştır²⁵. Örneğin Fransa'da 28 Ağustos 1792 tarihli Kararnamede reşitlerin velayet altında olmadıklarının kabulüyle²⁶ yetişkin bireylerin özgürlük ve bağımsızlığı üzerine bir teminattan bahsedilmiş olmaktadır. Küçükler ise yetişkinlerin egemenliğine tâbidir; fakat toplumsal değişimle birlikte çocuk üzerindeki bu egemenliğin eski hukuklardaki görünümünde olmayıp, günümüzdeki ana-baba velayetine dönüş-tüğü de tespit edilmelidir²⁷.

1800'lü yıllardan 1900'lü yılların yaklaşık sonuncu çeyreğine kadar ana-baba velayeti, ebeveyn merkezli bir güç ve otorite olarak görülmektedir. Bu yaklaşım dönemin medeni kanunlarına terminolojik olarak da yansımıştır. Büyük kodifikasyon çağının sembolü Fransız Medeni Kanunu'nda önceleri velayet kavramını karşılamak üzere yer alan ifade '*Puissance Paternelle* (baba iktidarı/kudreti)'dir²⁸. Bu kavram, hem içerdiği '*güç/kudret/iktidar*' anlamıyla hem de bunu sadece babaya tanınmasıyla, halen Roma'nın *Patria Potestas*'ını çağrıştırmaktadır ve 1942 yılındaki Kanun değişikliğine kadar²⁹ da bu şekilde kullanılmıştır³⁰. Sözkonusu Kanun değişikliğiyle kavram yerini '*Autorite Parentale* (ana-baba otoritesi)' kavramına bırakmıştır; fakat bu değişikliğin esasının, çocuklar lehine bir paradigma değişimi değil '*otortiteye sahip olmak bakımından*' ana ve baba arasında eşitliğin sağlanması³¹ olduğu

²⁴ Sözkonusu yaklaşım ve bunun kısmi eleştirisi için bkz. İslam Can, "Ailenin Tarihsel Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını", Sistematik Aile Sosyolojisi, Ed: Mustafa Aydın, Çizgi Kitabevi, Konya/İstanbul/Ankara, 2019, 57-79, s. 67 vd.

²⁵ Çocuk hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olarak gelişimine ilişkin bkz. Memduh Cemil Şirin, "Çocuk Hukuku Ne Değildir?", Çocuk ve Medeniyet, Y. 2016, C. I, S. 1, s. 49-59. "*İnsan Hakları anlayışının 20. Yüzyıl içerisinde gelişmesi ile çocuk hakları ve özne çocuk anlayışı gelişmeye başlamış, bunun bir sonucu olarak hak sahibi birey olarak çocuğun kabulü gündeme gelmiştir*", Şirin, s. 51.

²⁶ Öztürk, s. 11.

²⁷ Ne var ki, "*Daha geçen yüzyılda bile velayet, ana-baba yararına tanınmış bir hak olarak görülüyordu. Hukukun görevi ana-babanın çocuk üzerindeki haklarını ve yetkilerini korumaktır. Ancak velayet hakkının asıl amacının çocuğun korunması olduğu görüşü de benimseniyordu*", Akyüz, çocuğun güvenliği, s. 56.

²⁸ Selma Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, Ankara, 2000, s. 26. Baktır Çetiner, çalışmasında '*Puissance Paternelle*' ile '*Autorite Parentale*' ifadelerini, eş anlamlı gibi kullanmıştır.

²⁹ Bkz. Velidedeoğlu, s. 325; İnan, s. 124.

³⁰ Fransız Medeni Kanunu'na ilişkin olarak devam eden sonraki tadil hareketleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Julliot de la Morandière, "Fransız Medeni Kanunu'nun Tadili, Konferans" Çev. Kemal Tahir Gürsoy, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1950, C. 7, S. 3, s. 414-425. Velayet bahsine ilişkin değerlendirme için, de la Morandière, s. 418 vd.

³¹ Bu değişiklik ile 'velayete sahip olmak bakımından' ana ve baba arasında eşitlik sağlanmış ise de, velayetin kullanımı sözkonusu olduğunda yine baba önceliklidir (Velidedeoğlu, s. 325); çünkü "*Baba, ev reisi sıfatıyla bu hakkını kullanır. Baba öldüğü zaman, velayet hakkının kullanılması anaya geçer. Ana-baba, bu hakka istinaden çocuğun şahsını korur ve mallarını idare eder ve onlardan faydalanır*", İnan, s. 124. Benzer durum, o dönemde İtalyan hukuku için de geçerlidir:

anlaşılmaktadır. Benzer terim tercih ve değişiklikleri, İsviçre Medeni Kanunu'nun Fransızca (*Autorite Parentale*) ve İtalyanca (*Autorita Parantale*) metinlerine de yansımıştır³². Alman hukukunda ana-baba ve çocuk arasındaki egemenlik ilişkisi bakımından 1979 yılına kadar kullanılan kavram, yine çocuk üzerinde güç/kudreti ifade eden '*elterliche Gewalt* (ana-babalık gücü)' olmuştur. Fakat 1979 yılında yürürlüğe giren Kanun³³, bu kavramı '*elterliche Sorge* (ana-baba ihtimamı)' olarak değiştirmekle, ana-baba ve çocuk arasındaki ilişki bakımından yeni bir paradigma da işaret etmektedir. Buna göre, sözkonusu ilişki, ana-baba ve çocuk arasında güç veya otorite değil, ihtimam, himaye, gözetim odaklı bir anlayışa dönüşmüştür. Aynı terim tercihi, İsviçre Medeni Kanunu'nun Almanca metnine de yansımıştır. Buna göre İsviçre'de velayete karşılık olmak üzere halen kullanılan kavram, Alman hukukunda olduğu gibi '*elterliche Sorge*'³⁴; Alman dilinin kullanıldığı bir başka ülke olan Avusturya'da yine ebeveyn bakımı/gözetimi anlamına gelmek üzere '*Obsorge*'dir³⁵. Karşılaştırmalı hukuk bakımından ana-baba ve çocuk ilişkisindeki dönüşümü, İngiliz hukukunda önceden kullanılan '*Parental Authority*' kavramının '*Parental Responsibility* (ana-baba sorumluluğu)' olarak değiştirilmesi³⁶ üzerinden, yine terminolojik bir bakışla değerlendirmek mümkündür.

B. Türk Hukukunda Velayete Tarihsel Bakış ve Velayetin '*Etimolojisi*'

Türk hukukunda ana-baba ve çocuk arasındaki ilişkinin tarihsel değerlendirilmesi, İslamiyet'in kabulü öncesine ve sonrasına göre yapılmaktadır³⁷.

İslamiyet'in kabulünden önce eski Türk toplumu da, birçok eski toplum gibi, soyun baba üzerinden aktarıldığı '*ataerki* (patrierki)' bir aile yapısına sahiptir. Fakat bu *ata-erki*, o dönem konar-göçer bir yaşama sahip olan³⁸ Türklerde, Pater Familiasinkine benzer yetkilere kaynaklık etmez; Türklerin yerleşik hayat sonrası, fakat modernite öncesi, tarımsal üretime dayalı aile yapısında³⁹ dahi kar-

"Evlilik devam ettiği müddetçe velayet hakkını baba kullanır. Babanın ölümünde ve kanunda belirtilen diğer bazı hallerde velayet ana tarafından kullanılır", İnan, s. 125.

³² Erlüle, s. 96.

³³ Bkz. Erlüle, s. 95.

³⁴ Bkz. İsv.MK m.270 ve devamı hükümleri.

³⁵ Bkz. Erlüle, s. 95.

³⁶ Baktır Çetiner, s. 29.

³⁷ Öztürk, s. 11.

³⁸ Eski Türkler için genellikle yapılan "göçebe" nitelendirmesinin isabetli olmadığı, onun yerine eski Türklerin yaşam biçimi için yapılması gereken nitelendirmenin "konar-göçerlik" olduğu yönünde bkz. Mualla Uydu Yücel, Türk Tarihine Giriş, İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi, İstanbul, 2022, s. 70 vd. "*Türkler hayvan yetiştiriciliğine bağlı olarak yaşanan hayatın kendilerine sunduğu şartlar dahilinde hareket ederek bir hayat tarzı oluşturmuşlardı ki bu tarz göçebe (birtakım nedenlere bağlı olarak her zaman hareket halinde, s. 70) değil, konargöçerliliktir*", Uydu Yücel, s. 71.

³⁹ Tarımsal üretimin hâkim olduğu geleneksel aile modeli hakkında bkz. İsmail Doğan, Türk Aile Sosyolojisi, Pegem Akademi, Ankara, 2016, s. 6.

şılaştırmalı hukuktakine benzer mutlaklıkta bir baba otoritesinden bahsedilmemektedir. Türk ailesinde evlenen oğulların, hisselerini alıp yeni bir aile kurmak üzere evden ayrılmaları ve kendi kurdukları ailenin reisi olmaları⁴⁰, babanın aile bireyleri üzerindeki egemenliğini de Patria Potestas'tan farklı kılar. Hatta bazı kaynaklar eski Türk ailesi için ataerkil nitelemesi yerine '*Pederi Aile*' nitelemesini yaparak, bu aile tipinde akrabalığın/soyun çift taraflı olduğunu, bu sebeple ev içi otoritenin karı koca arasında paylaşıldığını ve çocuk üzerindeki velayetin de anne ve babaya birlikte ait olduğunu kabul etmektedir⁴¹. Bununla birlikte baba, aile reisi sıfatıyla çocuğun üçüncü kişilere karşı temsili, korunması ve kararların alınması bakımından velayete tek başına sahiptir; velayette annenin rolü ise daha çok *ev içi* otoritenin paylaşılmasıyla birlikte çocuğun yetiştirilmesi ve terbiyesi bakımından söz sahibi olmasını ifade eder⁴².

Çocuk üzerindeki otoritenin niteliği bakımından eski Türklere eğitim amaç ve odaklı bir tedip bulunduğu, buna göre babanın çocuğu eğitirken sertçe muamele edebileceği, fakat fena muamele edemeyeceği, kanun ile örf ve adetlere aykırı düşen cebir ve zulüm niteliğindeki hareketlerin çocuğa karşı işlenmiş suç kabul edildiği görülmektedir⁴³. Fakat çocuk, babasına itaatle ve kendisine verilen işleri yapmakla yükümlüdür; çocuğu tedip yetkisi de bu doğrultuda kullanılır. Eski Türklere ait kaynaklarda çocukların toplumsal statüsü açısından en çok konar-geçer kültürünün gerektirdiği mesleki ve askeri eğitimlere yönelik detaylar mevcuttur. Buna göre Türklere 'sıralı saygıya dayalı askerlik eğitimi' ailede başlar; *"erkek çocuğun eğitimi babaya, kız çocuğununki anaya aittir. Böylece aile içi eğitimde, velayet hakkı ve baba otoritesi ile bu konuda oluşan gelenekler çocuğun eğitimini düzenlemektedir. Ailede hayvan beslemeden, silah yapımına, halı-kilim dokuyuculuğundan kuyumculuğa kadar bütün pratik teknikler küçük yaşlarda kazandırılarak çocuğa mesleki eğitim verilir"*⁴⁴. Yine aynı kaynaklarda çocuk sahibi olmanın zenginlik addedildiği, çocuksuz ailenin itibarının düşük olduğu, bu

⁴⁰ "Türkçe'de bir erkek ile kadının aile kurma işlemine verilen ad yani 'evlenme' kelimesi de, evlenen erkek veya kızın baba ocağından ayrılarak ayrı bir ev (aile) meydana getirdiğini göstermektedir", Öztürk, s. 11'den naklen. Yine eski Türklere ortaklığın yalnız otlak ve hayvan sürülerine ilişkin olduğu yönünde, bkz. Öztürk, s. 11.

⁴¹ Bkz. Doğan İ., s. 30. Yazarin, Ziya Gökalp'e dayandırdığı bu görüşler için ayrıca bkz. Ziya Gökalp, Türk Medeniyeti Tarihi, 1976, s. 293.

⁴² Naile Binark, "Kutadgu Bilig'de Evlenme, Aile ve Çocuk Terbiyesi" Türk Kültürü Dergisi, S. 98, 1970 (Kutadgu Bilig Özel Sayısı), 174-179, s. 174. Bunun yanında "Özellikle savaş sebebiyle babanın evden uzak olduğu zamanlarda, evin iç işlerinin idaresi ve düzenlenmesi kadınlar tarafından yapıldığından, bu zamanlarda çocuklar üzerindeki velayetin ana tarafından kullanıldığı, dolayısıyla eski Türk hukukunda kadının da çocuğu üzerinde hak sahibi olduğu kabul edilebilir", Öztürk, s. 12.

⁴³ Maksudi Arsal, Türk Tarihi ve Hukuk I (İslamiyet'ten Önceki Devir), İstanbul, 1947, s. 337.

⁴⁴ Akyüz, çocuğun güvenliği, s. 49.

sebeple, örneğin Uygurlarda evlat edinme (oğulluk) akdinin bilinip uygulandığı, bu akit ile oğulun babaya sadakat ve itaat ile yükümlü kılınır iken, babanın da oğulun nafakasını sağladığı ve kendisine mirasçı kaldığı, babalık görevlerinin yerine getirilmemesi halinde ise aradaki akdin sona erdirildiği ifade edilmektedir⁴⁵.

Türklerin İslamiyet'i kabul ettikleri sekizinci yüzyıl sonrasını takiben, toplumsal hayatta ve hukuk düzeninde yavaş yavaş İslam dininin ilke ve esasları etkili olmaya başlamıştır⁴⁶. Türklerin yerleşik hayata da geçmiş buldukları bu dönemden sonra ailedeki esas değişim çocuklardan çok kadınların statüsü bakımından olmuştur. Konar-göçer bir düzende sözkonusu olmayan özel alan - kamusal alan ayrımı, yerleşik düzene geçişle birlikte kadınların kamusal alandan uzaklaşmasını ve yer yer tecridini de beraber getirmiştir⁴⁷. Bu durumun genel aile düzenine etkisinin yanında çocuklar ile ana-babaları arasındaki ilişki ve özel ifadesiyle velayet bakımından da etkisi vardır. Buna göre, günümüz Türk hukukunda sadece ana-baba ve çocuk arasında çok yönlü bir hukuki ilişkiyi ifade etmek üzere kullanılan velayet kavramı, İslam hukuku açısından aynı müesseseyi ifade etmez. İslam hukukunda velayet, günümüzdeki vesayet ve vekaleti de kapsayan⁴⁸, başka bir deyişle, özel hukuk - kamu hukuku ayrımının bulunmadığı bu

⁴⁵ Akyüz, çocuğun güvenliği, s. 50. Evlat edinme bakımından Uygurlara ait belgeler bulunduğundan, doktrinde, çocukların statüsüne ilişkin o döneme dair bazı yorumların bu tür belgeler üzerinden gerçekleştirildiği söylenebilir. Buna göre çocuğun evlatlık verilmesinde öz babaya 'süt sevinci' olarak ifade edilen bir miktar para veya altın ödediği (bkz. Akyüz, çocuğun güvenliği, s. 50); bunun baba açısından evladını satma yetkisi olarak değerlendirildiği de (bkz. Coşkun Üçok/ Ahmet Mumcu, Türk Hukuk Tarihi, Ankara, 1999, s. 33) görülmektedir. Fakat aynı belgelerde "evlatlık ile onu evlat edinen arasındaki hak ve ödevler belirtilirken, çocukların o dönemin koşullarına göre önemli sayılabilecek bazı haklara sahip oldukları göze çarpmaktadır. ... baba, çocuğu barındırır, korur, yedirip içirir, onunla ilgilenip terbiyesini verir ve nihayet onu evlendirir", Öztürk, s. 12. Kırğızlarda evlatlık kurumu için terbiyeye verme teriminin kullanıldığı ve bunun hükümleri hakkında ayrıca bkz. Akyüz, çocuk hukuku, s. 25.

⁴⁶ Doğan İ, s. 42.

⁴⁷ "... İslamiyet'ten önce görece eşitlik İslamiyet'ten sonra kadının hane içi etkinliğe yönelmesiyle ortadan kalkmıştır. Ancak bu noktada şöyle bir sosyolojik gerçeği hatırlatmakta yarar vardır: Kadının toplumsal hayattan tecridi (soyutlanması) anlamına gelen hane dışı etkinlik yoksunluğu, yani toplumsal hayattan uzaklaşması (kadının tecridi) yerleşik kültüre geçişe denk düşer ... hiyerarşik bir düzen içinde kişilerin sorumlulukları, onların hak ve ödevleri çerçevesinde ayrı ayrı tespit edilmektedir. ... Bu tespitte bir bakıma 'güç ve iktidar' ölçütünün dikkate alındığı gözlenmektedir. Siyasal bir güç olarak devlet başkanı kendi halkından sorumlu olduğu gibi, erkek de ev halkından, hane halkından -belki de- aynı nedenlerle sorumlu tutulmaktadır. ... İtaat kültürü İslam öncesi tarihin mitolojik kültüründen, toplumsal kültüre ve Türk aile kültürüne yansıyan kalıcı ve sürekli bir toplumsal değerdir. Kadın ve çocukları aile otoritesini elinde bulunduranlara (baba, büyükbaba, en büyük ağabey vs) karşı itaate yönlendiren gelenek İslam dini ile güçlenmiştir. ... İslam dini ailenin merkezine erkeği koymakta, bunun dışındaki tüm statüleri ona göre belirlemektedir. ... Çocukların büyükler karşısında söz söyleme ve davranış hakkını kısıtlayan tarihsel gelenek ilerleyen dönemde İslami yorumlardan da onay ve güç almıştır" Bkz. Doğan İ, s. 22-23.

⁴⁸ Bkz. Mehmet Şener, "İslam Hukukunda Velayet I", Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Y. 1986, S. 2, 203-221, s. 203, s. 205; Mustafa Genç, "İslam Hukukunda Velayetin Mahiyeti", Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, Y. 2020, C. 7, S. 6, s. 204 - 227.

dönemde vesayet gibi kamusal niteliği de bulunan bir müessesedir ve veli sıfatı, sadece erkeğe aittir. Velayetin amacı ise çocukların yanı sıra kimsesizler, yoksullar, bedeni veya akli hastalığı bulunanlar, hatta köleler gibi, acz içinde bulunan kimselerin korunmasıdır. Bu geniş uygulanma kapsamı içerisinde çocukların şahısları üzerindeki velayet “*velayet ale'n Nefs*” adını alır⁴⁹ ve çocuğun yedirilip içirilmesine, bakımına, eğitim, öğretim ve terbiyesine ilişkin hukuki yükümlülüğü ve bundan doğan temsili ifade eder⁵⁰. Hukuki bir yükümlülük ve temsil yetkisini ifade etmekle velayet, babaya ait olup, babanın yokluğu veya acze düşmesi durumunda sırasıyla, babanın babası, vasi ve kadı tarafından kullanılır⁵¹. Anne, çocuk üzerindeki yükümlülüklerin hukuki yönüyle ilgili olmadığından, velayete de sahip değildir⁵²; fakat günümüz hukuku bakımından velayetten çok çocuğun fiili bakım ve himayesiyle⁵³ ilişkilendirilmesi gereken “*hidaneyeye*” sahiptir⁵⁴. Hidane “*çocukları ve çocuk hükmünde olan akıl hastası, bunak gibi acizleri, yetkili olan kimselerin koruyup terbiye etmeleri, onları yedirip içirmeleri, temizlik ve rahatlarını sağlamaya çalışmaları*”⁵⁵ anlamına gelir ve erkek çocuklarda yedi yaşına, kız çocuklarda erginlik çağına gelene kadar, boşanma durumu dahil, anneye ait bir hak ve ödev olarak kabul edilir⁵⁶. Çocukların barınma ve iye giderleri ise, her halükârda babaya aittir⁵⁷ ve babanın bu yükümlülüğü hidane süresiyle birlikte, erkek çocuklarda erginliğe, kız çocuklarda evleninceye kadar devam eder⁵⁸. Fakat

⁴⁹ Şener, s. 205.

⁵⁰ Öztürk, s. 15'den naklen.

⁵¹ “... *velayet görevini yürütecek olan veliler şu kişilerdir: Baba, dede (babanın dedesi), vasi ve kadı (hakim)dır*”, Şener, s. 207.

⁵² “*Ancak vasi tayini sözkonusu olduğunda, velayetten doğan temsili ifa edebilecek yetenekteyse, anadan başka kimse vasi olarak tayin edilemez*”, Öztürk, s. 14. Annenin çocuğuna vasi olabilmesi fakat veli olamamasının, İslam hukukunun iki temel kaynağı Kur'an ve Hadiste yer almayıp içtihadı bir hüküm olduğu yönünde, bkz. Şakir Berki, Velayetin Küçüğün Şahsı ve Malları Bakımından Şümülü, Ankara, 1970, s. 6. Sözkonusu meselenin fıkıh mezheplerinde farklı hükümlere bağlandığı yönünde, bkz. Okur Gümrükçüoğlu, s. 119. Özellikle Osmanlı hukukunda Hanefi mezhebinin etkisiyle velayette ‘erkek olma’ şartı aranmadığından, erkek akrabalardan sonra velayetin anaya geçeceği yönünde bkz. Okur Gümrükçüoğlu, s. 124. Osmanlı Devleti'nde sadece İslam fıkhı değil, örfün de etkisiyle şekil alan hukuk sisteminin velayet/vesayet hukuku ve özellikle annenin statüsü bakımından değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. Okur Gümrükçüoğlu, s. 126 vd.

⁵³ Türk hukukunda çocuğun bakım ve himayesi ile velayet kavramı arasındaki ayırım için bkz. Demircioğlu, ortak velayet, s. 311 vd.

⁵⁴ Hidane hakkında bkz. İrem Karakoç, “Bir İslam Hukuku Müessesesi Olan Hidane Hakkının ve Osmanlı Aile Hukukunda Uygulanışının İzmir Şer'iyye Sicillerinde Yer Alan Bir Karar Örneği Üzerinden İncelenmesi” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 19, S. 3, 151-206. Ancak Şener, hidaneyi, çocuğun şahsı üzerinde velayet olarak nitelendirmiştir, bkz. Şener, s. 212.

⁵⁵ Öztürk, s. 15.

⁵⁶ Ülfet Görgülü, “Hukukun Öznesi Olarak Kadın: İslam Hukuku Ekseninden Bir Bakış”, Kadın ve Kültür, Ed: Fulya Bayraktar/ Zeliha Kayahan, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2022, 81-93, s. 86.

⁵⁷ Okur Gümrükçüoğlu, s. 107.

⁵⁸ Öztürk, s. 16.

baba, yaşı uygun olan erkek çocuğunu bir san'ata, ticarete veya kazanç getirici bir işe vermekte, hiç evlenmemiş kızını ise evlendirmekte yetkilidir⁵⁹.

İslam hukukunda velayetin, farklı hukuk sistemlerinin tarihsel karşılaştırılmasında da olduğu gibi, günümüz velayet müessesesinden gerek kapsamı gerek dayandığı ilke ve esaslar bakımından birçok farklılık içerdiği görülmektedir. Fakat sözkonusu müessesenin temel amacının, içinde çocukların da bulunduğu ilgi, bakım ve himayeye muhtaç kimselerin bu ihtiyaçlarının karşılanması olduğu hususu tartışmasızdır⁶⁰. Bu sebeple karşılaştırmalı hukukun geçmişte sadece güç, iktidar, otorite içeren ve zamanla değişerek bu defa sadece bakım ve himayeye dönüşen⁶¹ tartışmalı⁶² velayet terminolojisinin yerini, günümüz Türk hukukunda halen kullanılan velayet kavramının 'etimolojisiyle' doldurmak yanlış olmaz. Buna göre velayet kelimesinin fiil kökü "*birinin işini üzerine almak, sevmek, yardım etmek, yakınlık kurmak, otorite, başkasına söz geçirme*" anlamlarına gelmektedir. Aynı kökten gelen veli kelimesi ise "*bir işin idaresi ve bakımını üzerine alan, otorite, dost, yardım eden, seven, himaye eden, temsil yetkisine sahip olan, başkası üzerinde onun adına tasarruf yetkisi olan kişi*" demektir⁶³. Böylece modern Türk hukukunda velayetin, *bir müessese olarak* eski hukuktakinden farklı olduğu şüphesiz tespit edilmeli ise de, *bir terim olarak*, ana-baba ve çocuk arasında bakım, iase, idare, himaye, eğitim, temsil, sorumluluk, egemenlik gibi çok yönlü bir içeriği, batı dillerinden farklı olarak, tek kelimeyle ve isabetle ifade ettiği söylenebilir⁶⁴. Buna karşılık velayetin, çok yönlü içeriği sebebiyle, modern Türk hukukundaki niteliğinin etraflıca değerlendirilmesine ihtiyaç vardır.

IV. MODERN TÜRK HUKUKUNDA VELAYET

A. Türk Hukukunda Velayetin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

Merkezinde insanın bulunduğu her ilişki gibi, ana-baba ve çocuk ilişkisi de tarihsel süreç içerisinde birçok farklı sebebin etkisiyle değişmiş ve bu durum velayete dair yaklaşımların da değişmesine yol açmıştır. Öyle ki geçmişte "*babanın*" tüm aile fertleri üzerinde mülkiyet hakkına eşdeğer mutlak egemenliği,

⁵⁹ Şener, s. 219.

⁶⁰ Şevket Topal, "Korunmaya Muhtaç Çocukların Bakımı ve Gözetimi Açısından İslam Hukukunda Velayet ve Vesayet Yetkisi", Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi, Y. 2006, C. 6, S. 2, s. 249-273.

⁶¹ Velayete ilişkin yaklaşımlardaki değişimin terminolojiye yansımaları hususunda, Baktır Çetiner, s. 29.

⁶² Velayetin ana baba açısından sadece bakım odaklı bir ifadeyle kavramsallaştırılmış olmasının velayetin içeriği bakımından yetersiz kaldığı gerekçesiyle eleştirildiği yönünde bkz. Erlüle, s. 96.

⁶³ <https://islamansiklopedisi.org.tr/velayet--fikih>; <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/velayet> (erişim tarihi: 11.11.2024).

⁶⁴ Demircioğlu, ortak velayet, s. 305, dnp. 6. Türk hukukunda aksi yönde değerlendirme için bkz. Serozan, s. 250.

günümüzde yerini, hak olup olmadığı dahi tartışmalı bir velayet müessesesine bırakmıştır. Nitekim Türk hukuk doktrininde velayetin niteliğine ilişkin tartışmaların merkezinde, velayetin hak mı yoksa ödev/yükümlülük mü olduğu hususu bulunmaktadır⁶⁵ ve bu tartışma genellikle hem hak hem yükümlülük olduğu görüşüyle neticelenmektedir. Velayetin ana-baba açısından hem hak hem yükümlülük olduğu yönündeki görüşler, esas itibarıyla birbirine yakın olmakla birlikte, velayetin hak ve yükümlülük niteliğinin karşılıklı ağırlığı veya hak-yüküm(lülük) ilişkisinin amaca yönelik değerlendirilmesi ya da velayet *hakkının* niteliğinin ne olduğu gibi hususlarda birbirinden ayırmakta yahut benzer yaklaşımları farklı şekillerde ifade etmektedir. Buna göre kesin olan, velayetin ana baba *lehine* tanınmış hak olduğuna dair eski yaklaşımların artık kabul görmediğidir.

Gerçekten de doktrinde, Grotious, Montesquie gibi eski düşünürlerin ana-babanın çocuk üzerinde dünyaya gelişindeki rolleri sebebiyle sahip oldukları mülkiyete benzer menfaat yaklaşımının⁶⁶ reddiyle birlikte, velayetin '*ana-baba lehine*' bir hak olduğu düşüncesi de açık bir şekilde reddedilmektedir. Fakat bu reddiye, hak kavramını velayet literatürünün dışına tamamen çıkartmamıştır⁶⁷. Medeni hukuk literatürü, hakkı, özünde menfaat bulunan⁶⁸ bir kavram olarak benimsemesine rağmen⁶⁹, velayet *hakkından* bahsederken bu menfaatin hak sahibi olan ana-baba lehine değil, çocuk lehine olduğunu da ifade etmektedir⁷⁰. Diğer

⁶⁵ Türk hukukunda velayetin hak niteliğini, özellikle mutlak karakteri ile birlikte en net değerlendiren görüş için bkz. Velidedeoğlu, s. 329. Daha yakın bir literatür için bkz. Baktır Çetiner, s. 24. Öztan ise, velayetin tanımını yaparken hak kavramını kullanmaktan kaçınmakta ve sadece yükümlülük ile yetki kavramlarına yer vermektedir; ayrıca velayetin ana baba için bir sübjektif hak olmadığını açıkça belirtmektedir, bkz. Öztan, s. 1075. İnan da velayeti tanımlarken hak vurgusundan kaçınmıştır: "*Velayet, çocuğun şahsı ve malları üzerinde ana-babanın kanunen haiz olduğu yetkiler ve kendisine yükletilen görev ve sorumluluklardır*", İnan, s. 125. Bununla birlikte, ana-babanın *çocuk üzerinde* sahip olduğu velayet *hakkının* muhtevassından da bahsetmekte olup, böylece velayetin hak niteliğini de benimsemektedir, bkz. İnan, s. 127.

⁶⁶ Akyüz, çocuğun güvenliği, s. 57; Öztürk, s. 42, dpn. 168.

⁶⁷ "*Velayet hakkı*" bir isim tamlaması olarak hukuk literatürüne o kadar yerleşmiştir ki, velayetin niteliğine ilişkin tartışmaların dahi çoğu kez "hak" ifadesi kullanılarak gerçekleştirildiği görülmektedir, bkz. Erlüle, 91 vd. Keza velayet tanımlanırken de kimi zaman "*velayet hakkı'... görev, yetki ve hakların' bütününü ifade eder*", şeklinde bir duplikasyon ortaya koyulmaktadır, bkz. Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 342. Benzer yönde bkz. Yılmaz C., s. 21.

⁶⁸ Özellikle Rudolph von Jhering'in klasik menfaat teorisi olarak adlandırılan hak yaklaşımı için bkz. Nazime Beysan, Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Bakımından Analizi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 144 vd.

⁶⁹ Türk özel hukukunda hak kavramına ilişkin işaret edilen yaklaşımlar hakkında bkz. Mustafa Dural/ Suat Sarı, Türk Özel Hukuku C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 148 vd; İhsan Erdoğan, Hukuka Giriş, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 141; İhsan Erdoğan/ A. Dilşad Keskin, Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku), 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 164; Gökhan Antalya/ Murat Topuz, Medeni Hukuk C. I, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 115.

⁷⁰ Baktır Çetiner, s. 32; Erlüle, s. 94; Hatemi/Serozan, s. 341.

yandan velayetin temelinde ana-babanın kişilik hakkının bulunduğu da savunulmaktadır⁷¹; fakat “buradaki kişilik hakkı, asıl anlamındaki kişilik haklarından farklıdır. Çünkü asıl anlamda kişilik hakkı, hak sahibine kendi yararları için tanınmıştır, oysa velayet ... çocuğun yararları için tanınmıştır. Ana-baba hakları amaca ulaşmayı sağlayan birtakım yetkilerden ibarettir. Bu yetkiler ilk planda onlara yüklenmiş görevin en iyi biçimde yapılmasını sağlarlar”⁷². Böylece velayet sözkonusu olduğunda doktrinin hak ve yetki kavramlarını da birbirinden ayırmadan, hatta birbiri yerine kullandığı görülmektedir; ana-babaya ait olduğu kabul edilen hak ve yetkilerin başlıca amacı da çocuğa karşı olan yükümlülüklerin/ödevlerin daha iyi ifasını gerçekleştirmektir⁷³. Hak ve ödev arasındaki bu araç-amaç ilişkisi, velayetin ödev niteliğini hak niteliğinin önüne geçirmektedir; fakat velayetin çocuğa karşı sadece ödev olarak nitelendirilmesi fikri de genel bir kabul görmemektedir. Buna göre, velayetin sadece ödev olduğuna dair bir yaklaşım, çocuğun ana-baba için adeta bir yük olarak görülmesine yol açarak taraflar arasındaki duygusal bağa zarar verebileceği gibi⁷⁴, fikrimizce de ana-baba ve çocuk arasındaki çok yönlü ilişkinin temelde sevgi, şefkat, dayanışma içeren psikolojik yönünün görmezden gelinmesi demektir⁷⁵. Bununla birlikte velayetin ana-babaya yükletilmiş ödev olduğu fikri ele alınırken bunun Kant’a kadar uzanan felsefi temelleri de hatırlatılmalıdır. Kant’a göre “İlkahı (döllenme) çocuğun rızasının dışında ve tamamen keyfi biçimde meydana gelen olay olarak düşünmek gerekir. Bu keyfilik ana-babayı meydana getirdikleri yaşamı ellerinden geldiği ölçüde bakım ve ihtimama zorlar. ... Çocuk, kendi beden ve zekasını kendisi kullanamadığı sürece, ana-baba onu besleme, yetiştirme, yöneltme ve daha sonraki gereksinimlerini kendi kendine karşılayabilecek duruma getirmekle yükümlüdürler. Fakat velayetten kurtulma yaşı gelince, çocuk ana-babasına, gösterdikleri ihtimam karşılığında hiçbir hukuksal yükümlülük altına girmez. Eğitimi bitince, çocuğun karşılık olarak onlara borçlu olduğu şey sadece bir minnettarlıktır”⁷⁶. Kant’ın özellikle ileri sürüldüğü dönemde oldukça radikal ve bugün için dahi tek yönlü görülebilecek bu yaklaşımı, o zamana kadar velayeti sadece ana-baba lehine bir

⁷¹ Akyüz, velayeti tanımlarken, bizim de benimsediğimiz gibi, hak kavramı yerine “kurum” kavramını tercih etmektedir. Buna göre “velayet, küçüklerin, bazı durumlarda da ergin kısıtlı çocukların kişiliğine, mallarına özen göstermek ve onu temsil etmek konusunda ana babaya yüklenen görevlerle, bunların çocuğun yararına uygun biçimde yerine getirilmesini sağlayan yetkileri içeren ve yalnızca çocuğun korunması amacını güden bir kurumdur”, Akyüz, çocuk hukuku, s. 222.

⁷² Akyüz, çocuğun güvenliği, s. 238. Fakat Akyüz, daha sonraki çalışmasında, velayetin ana-babanın kişilik hakkı olduğu yaklaşımına yer vermemiştir, bkz. Akyüz, çocuk hukuku, s. 223 vd.

⁷³ Demircioğlu, ortak velayet, s. 305.

⁷⁴ Baktır Çetiner, s. 30.

⁷⁵ Velayetin sadece ödev olduğu görüşünün başka bir açıdan eleştirisi için bkz. Erlüle, s. 91.

⁷⁶ Akyüz, çocuğun güvenliği, s. 57’den naklen.

hak olarak nitelendiren görüşlerin ilkahta bir nevi mülkiyet hakkı gören düşünsel zeminiyle karşılaştırıldığında, tam bir diyalektik tezat içermektedir. Bu sebeple velayetin ana-babaya yükletilmiş sadece ödev olduğu anlayışı, bugün için genel bir kabul görmese de, bu anlayışın temelinde yatan hümanist düşünce, çocukların mülkiyete benzer bir hakkın objesi olmaktan hak süjeliğine uzanan serüveninde velayetin niteliğini dönüştüren en önemli adımlardan biridir⁷⁷. Bugün için velayetin niteliğine ilişkin Türk hukukundaki hâkim görüş de velayetin hem hak hem ödev olduğu görüşüdür⁷⁸. Daha modern yaklaşımlarda bu görüşün kavram-sallaşmış görünümü, velayetin '*yüküm-hak*' olarak nitelendirilmesi olmuştur⁷⁹.

Velayetin hukuki niteliğine ilişkin olarak Türk hukuk doktrininde ileri sürülen bu görüşlerin tamamında birçok isabetli yön bulunmaktadır. Fakat yine isabetle ifade edilmesi gereken husus şudur ki, velayetin hukuki niteliğini izaha yönelik kavramların neredeyse hiçbiri, hukuktaki terim anlamını tam karşılar şekilde kullanılıyor değildir⁸⁰. Hak, yetki, ödev, yükümlülük, kişilik hakkı gibi kavramlar, bazıları zaman zaman birbirinin yerine kullanılsa veya felsefi bazı tartışmalara konu olsa da, anlam ve içeriği genel itibarıyla belirli, temel hukuki kavramlardır. Fakat bunların velayet hukukunda bir kavram karışıklığına yol açacak şekilde kullanıldığı, belki de velayetin izahında yetersiz kaldıkları söylenebilir. Oysa velayetin niteliği değerlendirilirken, hangi hükümlerinin kime karşı hak niteliğinde olduğunun, çocuğa karşı kullanılan yetkilerin kaynağının nerede ya da hangi kavramlarda aranması gerektiğinin, devletin bu yapıdaki varlık ve müdahalesinin ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. Bu sebeple velayet, fikrimizce, medeni hukukta kolay anlaşılır görünen, ancak içerdiği ilişkilerin her birinin ayrıca değerlendirilmesini zorunlu kılan ve sadece özel hukukun değil, hukuk felsefesi ile kamu hukukunun bazı terim ve yaklaşımlarının da dikkate alınarak açıklanması gereken *bir müessesedir*.

B. Velayete Farklı Bir Bakış: Velayette İlişkiler Bütünü'nün Ayırt Edilmesi

1. Genel Olarak: Hohfeld'in Hukuk Bilimine Katkısının Hatırlanması

Türk hukukunda velayetin ana-baba için hem hak hem yükümlülük olduğu yönünde genel bir kabul sözkonusudur; fakat bu kabulde birlikte, velayet bahsi

⁷⁷ Çocuğa ve çocukluğa dair bakış açısının değişmesinde John Locke'un (1632-1704) görüşleri hakkında ayrıca bkz. Şirin, s. 51. "Locke, çocuğun yetişkinler gibi hak sahibi olduğunu ancak yeterince olgun ve ayırt etme gücüne sahip olmadığı için bu hakları bir süreliğine kullanmadığını ileri sürer ve anne babanın temel işlevinin çocuğun bu eksik yönlerini tamamlama sürecini sağlama olduğunu söyler. ... Locke çocukları korumacı anlayışın felsefi temellerini atan düşünür olarak görülebilir", Şirin, s. 51.

⁷⁸ Akıntürk/ Ateş, s. 407; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 357.

⁷⁹ Bkz. Serozan, s. 250; Erlüle, s. 94; Yılmaz C., s. 21; İmamoğlu, s. 166.

⁸⁰ "Gelgelelim, ana babanın bu velayet hakkı klasik haklar şemasına uymaz", Serozan, s. 251.

içinde yetki, görev, yükümlülük, egemenlik/tâbiyet gibi kavramlara da başvurulduğu görülmektedir. Yer yer kavram karışıklığı yaratan bu durum karşısında, fikrimizce, hukuki ilişkilerin kavramsal analizini yaptığı çalışmasıyla hukuk literatürüne sıradışı bir katkı sağlayan Hohfeld'in⁸¹ bu tür karışıklıklara çözüm üretmeyi amaçlayan yaklaşımının hatırlanması faydalı olur. Hohfeld, hak kavramına değil, doğrudan doğruya hukuki ilişkilerin içeriğine ve ilgililerinin davranış biçimlerine odaklanmıştır. Gerçekten de hak kavramı, pozitif hukukta sadece *kullanılır* ve bu yapılırken mutlak hak, nisbi hak, şahsi hak, aynı hak, kişilik hakkı gibi nitelendirmelerle *kavramsallaştırılır*. Fakat herhangi bir nitelendirmeden uzak olarak "*hak nedir?*" sorusunun cevabı, kesinlik içermeyen birçok felsefi mülahazaya dayanır; bu sebeple pozitif hukuk zemininde, hakkın, birçok farklı anlamda kullanıldığı görülür⁸². İşte Hohfeld, çeşitli hukuki ilişkiler bakımından hak kavramının; 'dar anlamda hak (*right*) = talep'⁸³, 'serbestlik (*privilege*)', 'yetki (*power*)', 'ilişilmezlik (*immunity*)'⁸⁴ olmak üzere dört farklı *avantajı*⁸⁵ ifade etmek üzere kullanıldığını tespit etmiştir. Böylece, hakkı, tabii hukukun metafizik bir kavramı olduğu iddiasıyla pozitif hukuk zemininden dışlayan *-hakkı reddeden*⁸⁶- bazı hukukçuların aksine, Hohfeld, hakkı açıkça reddetmez⁸⁷, fakat pozitif hukuktaki kullanımını epey daraltır⁸⁸. Hakkın, yerine kullanıldığı başka kavramlardan ayırt edilmesini sağlayarak, ona teknik bir anlam kazandırır veya genişletici bir bakış açısıyla ifade

⁸¹ Amerikalı hukukçu Wesley Newcomb Hohfeld'in (1879 - 1918) ünlü eseri, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 3. Printing, Yale University Press, New Haven and London, 1964 (first printing, 1919) üzerine Türk hukukunda yapılan bazı çalışmalar için bkz. Burçin Aydoğdu, *Kazanılmış Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Temellendirilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2020; Nazime Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Bakımından Analizi*, On İki Levha Yayıncılık, 2015; Şule Ceylan Şahin, "Wesley Newcomb Hohfeld'in Temel Hukuk Kavramlarına Kısa Bir Bakış", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2009, C. 8, S. 1, s. 9-27; Osman Serkan Gülfidan, "Hak ve Yükümlülük Bağlantısı Çerçevesinde Millî Egemenlik-İnsan Hakları İlişkisi: Hohfeld'in Hak Analizi Üzerinden 1921 Anayasası'nın Yapısal Devrimi", Ondokuz Mayıs Üniversitesi İnsan Bilimleri Dergisi, Y. 2022, C. 3, S. 1, 1-18.

⁸² Benzer yönde bkz. Şule Şahin Ceylan, "İnsan Hakları: Hukuk ile Ahlak Arasında", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, C. 18, S. 2, 193-222, dergipark doc. erişimi s. 5.

⁸³ Şahin Ceylan, Hohfeld, s. 14-15.

⁸⁴ Hohfeld'in analizinde immunitiy olarak ifade ettiği durum, Türk hukukunda "bağışıklık" olarak terçüme edilse de, kavram, *müdahaleden ari olmak, başkasının yetki/güç kullanımını dışında kalmak* anlamında kullanıldığından, fikrimizce ilişilmezlik kavramıyla da karşılanabilir.

⁸⁵ Hohfeld'in analizinde hakkın kapsadığı durumların "avantaj" olarak ifadesi hususunda bkz. Gülfidan, s. 6.

⁸⁶ Hukuk felsefesi literatürüne "hak kavramının reddi" olarak yer eden yaklaşım ve bunun farklı görüşlerinin savunucuları hakkında bkz. Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 14. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2019, s. 127.

⁸⁷ "Hohfeld'in kapsayıcı bir üst başlık altında kullandığı 'hukuki ilişki' kavramı, geniş anlamıyla 'hak'ka işaret eder. Ancak hak kavramı sadece bu anlama gelmemekte, aynı zamanda (dar anlamıyla) temel sekiz kavramdan birini göstermektedir", Şahin Ceylan, Hohfeld, s. 14.

⁸⁸ Benzer yönde bkz. Aydoğdu, s. 93.

edilirse, hakkın farklı görünümünü birbirinden ayırır⁸⁹. Hohfeld, bunu “*her şeyin zıddıyla kaim olmasını*” hatırlatan bir yöntemle yapmıştır; hukuki ilişkilerde hak olarak ifade edilen bazı durum ve ilgisine sağlanan avantajları, mantıksal bir zıtlık içinde bulunduğu ya da ‘tersinden eşdeğeri’ olarak tarif edilebilecek bir mütakabil kavramla eşleştirmiş, böylece sekiz farklı kavram⁹⁰ ortaya çıkartmıştır. Örneğin talebin tekabül ettiği zıt kavram yükümlülüktür (*duty*) ve dar anlamda hak kavramı sadece bir yükümlülüğün yerine getirilmesine ilişkin talebi ifade eder⁹¹; çünkü gerçek anlamda hakkın sahibine sağladığı avantaj muhataba yönelebilmektir; “... *bir hakka sahip olmak başkalarından bir şeyler isteyebilecek bir konumda olmak demektir*”⁹². Hukuki ilişkinin karşı tarafı ise, bu talebin içerdiği yükümlülüğü yerine getirmek zorundadır. Hohfeld’in dar anlamda hakkı ayırt etmekte kullandığı “talep⁹³ (right) - yükümlülük (duty)” eşleştirmesinde, muhatap, özel hukuktaki kavramsal ifadesiyle nisbi bir ilişkinin karşı tarafı olabileceği gibi, mutlak haklarda olduğu gibi belirsiz bir çevrenin içindeki her bir kişiyi de ifade edebilir. İkinci durumda, örneğin bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkı bakımından herkes o eşyaya zarar vermemekle *yükümlüdür* ve bu yükümlülüğü her kim ihlal ederse malikin o kişiye karşı talep *hakkı* vardır⁹⁴. Böylece özel hukuktaki tüm alacak hakları ile mutlak haklar, Hohfeld’in analizinde de dar anlamıyla “haktır”; çünkü muhataba yönelme (talep) sağlamaktadır⁹⁵. Buna karşılık, malik,

⁸⁹ “Hohfeld, farklı durumları tasnif eder ve hukuki ilişkilerin ilk bakışta görüldüğü kadar karışık olmadığını öne sürer. Bulanıklığın asıl nedeni, tüm hukuki ilişkileri ‘haklar’ ve ‘ödevler’ üzerinden açıklama eğilimidir”, Şahin Ceylan, insan hakları, dergipark doc. erişimi s. 9.

⁹⁰ Bkz. Hohfeld, s. 36. Türk hukukunda sözkonusu sekiz kavramın şematik gösterimi için bkz. Aydoğdu, s. 85 (borç-alacak / serbestlik-alacaksızlık); Aydoğdu, s. 90 (tâbiyet-yetki / muafiyet-yetkisizlik). Ayrıca bkz. Şahin Ceylan, Hohfeld, s. 12.

⁹¹ Şahin Ceylan, insan hakları, dergipark doc. erişimi s. 10.

⁹² Gülfidan, s. 4’ten naklen.

⁹³ Aydoğdu çalışmasında “right” karşılığı olarak “alacak” kavramını kullanmıştır, bkz. s. 86. Fakat özel hukuk terminolojisinde alacak kavramının talebe göre daha daraltılmış, özelleşmiş bir anlamı vardır, örn. tazminat alacağı, nafaka alacağı, kira alacağı... gibi. Talep ise, muhataba karşı her tür yönelmeyi ifade etmekle, Hohfeld’in analizindeki belli bir dava/iddia (claim) içerir hak kavramına daha yakındır. Buna göre, örneğin arazisine izinsiz giren bir kimseye karşı malikin, bu araziden çıkılmasını talep *hakkı* vardır ve bu kimse, araziden çıkmakla yükümlüdür. Araziye zarar veren kimseden ise bu zararın giderilmesi talebi, bir tazminat alacağıdır ve zarar veren bu alacağı ödemekle yükümlüdür. Böylece bir yükümlülüğün tam karşılığını oluşturmakla talep yahut alacak, en dar anlamda birer hak (right) oluşturur. Benzer şekilde, talep kavramının tercihi için bkz. Beysan, s. 54.

⁹⁴ Hohfeld’in analizinin, hakka değil, hukuki ilişkilere yönelik olması, mutlak hakların dahi iki taraflı ilişkiye işaret eden bir düşünceyle ele alınmasını gerektirmektedir: “Hukuki ilişki kavramı her zaman iki kişiye (ne azı ne de çoğu) atıfla kullanılmaktadır. Kişinin kendisiyle veya aynı konuda birden çok kişiyle hukuki ilişkisi olamaz. Karşısında iki ya da daha fazla kişi varsa, her biriyle kurduğu hukuki ilişkiler birbirinden farklıdır”, Şahin Ceylan, Hohfeld, s. 13.

⁹⁵ Böylece Hohfeld, aslında mülkiyetin kendisini değil, mülkiyetten doğan talepleri hak olarak tanımlamakla, fikrimizce ‘hukuktan önce var olan bir hak anlayışını’ dolaylı şekilde reddetmiş; daha doğru bir ifadeyle, hak kavramını, hukuki olanlarla -hukuki hak kavramıyla- sınırlamış olmaktadır, aynı yönde bkz. Şahin Ceylan, insan hakları, dergipark doc. erişimi s. 23. Bu yaklaşım, isabetliliği tar-

kendi eşyasını istediği gibi kullanmak ve ondan yararlanmak sözkonusu olduğunda⁹⁶ bir muhataba yönelmemektedir; bu sebeple sözkonusu avantajlar, hak olarak nitelendirilmez. Hohfeld'in analizinde bu gibi durumlarda, malikin -hakka değil- serbestiye (*privilege*)⁹⁷ sahip olduğu kabul edilir ve malikin serbest olduğu bir konumda herkes, ona karşı -yükümlülük değil- aksini talep bakımından hak yoksunluğu (*no-right*) içindedir. Böylece ikinci grubu oluşturan zıt eşleştirme "serbestlik (*privilege*) - hak yoksunluğu (*no-right*)" şeklinde yapılır.

Hohfeld'in kurduğu "talep - yükümlülük" ve "serbestlik- hak yoksunluğu" şeklindeki ilk iki ilişki biçimi, özel hukuktaki kavramsal karşılıklarıyla da doğrulanabilir olduğundan, özel hukuk öğretisi bakımından ayırt edilebilir ilişkilidir. Fakat "yetki (*power*)- tâbiyet (*liability*)" ve "ilişilmezlik (*immunity*) - yetkisizlik (*disability*)" şeklindeki ikinci grup eşleşmeler, özel hukuk teorisini zorlayıcıdır. Çünkü bu ikinci grup eşleşmelerin merkez kavramı hak değil, yetkidir ve dar/teknik anlamıyla yetki, aslında özel hukuk teorisine yabancısıdır. Özel hukuk yetki kavramını, daha çok, soyut hakkın somut içeriğine işaret etmek, hatta hakkı tanımlayabilmek için kullanmaktadır. Örneğin mülkiyet, sahibine kullanma, yararlanma ve tasarruf olmak üzere en geniş *yetkileri* bahşeden haktır⁹⁸; alacak hakkı, sahibine, borçludan bir şey vermesini, yapmasını veya yapmamasını talep *yetkisi* verir⁹⁹. Özel hukukta yetki, bazen de temsil yetkisinde olduğu gibi, hak sahibinin ad ve/veya hesabına işlem yapabilmekle ilişkili olup; bu defa yetki, yine bir hakla ilişkili olmak üzere sahibinden alınır veya aktarılır. Oysa Hohfeld'in yaklaşımında yetki, "bir kişinin hukuki (*ya da ahlaki ilişkilerde*) değişiklik yaratabilme

tışmalı olacak şekilde, tabii hukuktan tam bir kopuş anlamına da gelebilmektedir. Türk hukukunda Salihpaşaoğlu'nun, çocukla kişisel ilişki hakkını değil, velayet kendisine verilmeyen tarafın çocukla kişisel ilişki kurulmasını talep/davasını 'hak' olarak nitelendirmiş olması da, benzer bir tartışmaya zemin hazırlayıcıdır, bkz. Yaşar Salihpaşaoğlu, Hukuka Giriş, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 203.

⁹⁶ Her biri mülkiyet hakkından doğan ve özel hukukta -Roma hukukundan beri- mülkiyetin içerdiği üç *yetki* olarak kabul edilen kullanma, yararlanma ve tasarruftan ilk ikisi, Hohfeldçi analizde malik açısından bir yetki değil sadece serbestlik iken; malikin tasarrufu, örneğin eşyayı bir başkasına satması, yeni bir hukuki ilişki yaratma gücü anlamına geldiğinden teknik anlamıyla bir yetki (*power*)'dir; bkz. Beysan, s. 67 vd. Mülkiyet hakkının Hohfeld'in analizinde bir çoklu haklar demeti olduğuna ilişkin olarak bkz. Aydoğdu, s. 94.

⁹⁷ Hohfeld'in kullandığı "*privilege*" kavramı (bkz. Hohfeld, s. 36), Türkçede ayrıcalık/imtiyaz anlamına gelmekle birlikte, Hohfeld çalışan hukukçular tarafından daha çok "serbestlik" kavramıyla Türk hukukuna kazandırılmıştır, bkz. Aydoğdu, 85; Beysan, s. 58; Gülfidan, s. 8. Nitekim, Hohfeld'in analizinde "*privilege*", keyfilik, gönle görelilik halini ifade etmektedir. Kelimenin özgürlük olarak ifadesinin ayrıca değerlendirilmesi hususunda bkz. Aydoğdu, s. 89. Fakat bu analizde serbestlik, mevcut bir *hakkın* kullanılıp kullanılmamasındaki ihtiyarilik olarak anlaşılmalıdır. Serbestlik hususunda bkz. Beysan, s. 58 vd.

⁹⁸ TMK m.683/l'e göre "*Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma 'yetkisine' sahiptir*". Görüldüğü gibi, mülkiyet hakkını tarif bakımından yetki kavramı, doğrudan doğruya Kanun'da yer almaktadır.

⁹⁹ Alacak kavramı ve talep ile ilişkisi hakkında bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 79.

yeterliliğidir”¹⁰⁰ ve (zıt) müteakabil kavramı olan tâbiyetle birleştiğinde “birinin hukuken yetkili olması demek, hukuki ilişkinin karşı tarafının yetkinin kullanılması yoluyla konumunda meydana gelecek değişikliklere tâbi olması demektir”¹⁰¹. Bu itibarla yetki sahibi olmak, aslında sübjektif hukukla yani hakla değil, objektif hukukla ilgilidir; başka bir deyişle bir kimsenin böyle bir değiştirici veya muhatabını tâbi kılıcı bir güce (power) sahip olması, ancak hukuk düzeninin bunu ona yetki olarak tanımlamasına bağlıdır. Yetkinin bulunmadığı durumlarda ise ‘yetkisizlik (disability)’ ve muhatap için ‘ilişilmezlik (immunity)’ sözkonusudur.

Hohfeld’in analizindeki ikinci grup ilişki biçimlerinin merkezinde yetki kavramının yer alması, bu ilişkilerin kamu hukuku karakterli olduğu fikrini oluşturmamalıdır; çünkü Hohfeld’in analizi, esas olarak özel hukuk sahasını yorumlamak içindir¹⁰². Buna göre, örneğin, bir kimsenin sözleşme kurma hakkı, dar anlamıyla bir hak değil, ona hukuk düzeni tarafından bahşedilmiş bir yetkidir. “Yetkinin kullanılmasına tâbi olan taraf ise kendisi üzerinde böyle bir yetkinin kullanılmasına maruzdur”¹⁰³ ve bunun iki taraf arasında karşılıklı gerçekleşmesiyle meydana gelen sözleşme, bu defa karşılıklı hak ve borçların (talep ve yükümlülüklerin) kaynağıdır. Bu durum, yetki odaklı (ikinci grup) eşleşmelerin hukuki konumlar/statüler üzerinde doğrudan, insan davranışları ve sosyal ilişkiler bakımından ise dolaylı bir etkide bulunduğu şeklinde ifade edilmektedir¹⁰⁴. Böyle bir sözleşme bağı kurmuş olan taraflar arasında, talep ve yükümlülükler bulunur (birinci grup ilişkiler); fakat, örneğin, sözleşmenin koşullarının tek taraflı olarak değiştirilmesi hususunda taraflar birbirlerine karşı yetkisizdir. Bu sebeple her iki taraf da birbirlerinin bu tür davranışlarından etkilenmezler; bu tür yetkisiz davranışlardan bağısıktırlar, ilişilmezlik hali içindedirler¹⁰⁵. Böylece “yetkisizlik - ilişilmezlik”, birbirine tersinden tekabül eden sonuncu eşleşmeyi oluşturur. Karşıtlık içeren yetki - yetkisizlik durumları ise, her durumda hukuk düzeninin bir tasarımıdır; yani yetkinin içerdiği güç/iktidar/ehliyetin¹⁰⁶ kaynağı, bir kişinin sahip olduğu (süb-

¹⁰⁰ Beysan, s. 73.

¹⁰¹ Gülfidan, s. 7.

¹⁰² Aydoğdu, s. 88. “1990'lara kadar Hohfeld'in atomizmi sadece özel hukuk bağlamında, özellikle hak kavramının ve mülkiyet hakkının farklı görünüşlerini mantık parametreleri haline getirmek amacıyla tartışılmıştır. 1990'lerden sonra, hukuk devleti kavramının fiilen evrensellik kazanmayışıyla da birlikte Hohfeld atomizminin kamusal haklara da uygulanabileceğine dair görüşler ortaya çıkmıştır”, Aydoğdu, 101. Hohfeld'in analizinin kamu hukukundaki görünümü için bkz. Gülfidan, s. 9 vd.

¹⁰³ Beysan, s. 72.

¹⁰⁴ Gülfidan, s. 8. Hak odaklı ilk grup ilişkiler ise insan davranışları üzerinde doğrudan etkili olup, bir davranışı emreden, yasaklayan ya da bir davranışa izin veren ilişkilerdir, bkz. Gülfidan, s. 8.

¹⁰⁵ Aydoğdu, s. 100.

¹⁰⁶ Aydoğdu'ya göre, bu tür ilişkiler bakımından “power” kelimesi, kamu hukuku açısından ‘iktidar’, özel hukuk açısından ‘ehliyet’ olarak anlaşılabilir, bkz. Aydoğdu, s. 91. Fakat yazar, Hohfeld çalışan diğer yazarlar gibi, her iki durumu da kapsayacak şekilde “yetki” kelimesini kullanmayı tercih etmiştir.

jektif) hak değil, doğrudan doğruya hukuk düzenidir¹⁰⁷. Bu itibarla, Hohfeld'in analizinde özel hukuk sahasında kullanılan yetkilerin dahi varlık ve kapsamlarını, kamu hukukunda olduğu gibi, ancak hukuk belirler.

Fikrimizce, Hohfeld'in analizi hukukun teorisi ve temel kavramlarıyla uğraşan herkes için ilgi çekicidir; fakat Türk hukukunun da dahil olduğu kıta Avrupası özel hukuk sisteminin Roma hukukuna kadar uzanan altyapısıyla ürettiği birçok kavram, günümüz hukuk doktrin ve uygulamasında neredeyse hiç ihtilafsız kullanılırken ve özel hukukun meselelerini kendi sistematiği içinde çözmeye birçok durumda yeterli iken, adeta matematiksel bir çözümlenmeye dayalı bu kadar analitik bir yöntemin özel hukukta çok önemli bir ihtiyaca karşılık geldiği iddia edilemez. Bununla birlikte böyle bir analitik yöntemin, hukuk teorisinde dahi neredeyse günlük anlamı kadar çok çeşitlilikte kullanılan "hak" kavramı üzerinde tekrar düşünmeye teşvik edici, hatta bunun için yol gösterici olduğunu kabul etmek gerekir. Özellikle velayet gibi geniş kapsamlı bir müessesenin nitelendirilmesinde, öncelikle hak odaklı, onun reddi üzerine yükümlülük esaslı, bunun da yetersiz görülmesi üzerine, aynı kavramın, aynı taraf (ana-baba) için hem hak hem yükümlülük olduğunun ifadesi, fikrimizce şekilsel bir sentezdir ve bu sentez, hangi hakkın veya hangi yükümlülüğün kime/kimlere karşı olduğuna dair tespitler yapılmasına engel değil, bilakis yol açıcı olmalıdır.

2. Velayette Çocuk, Ana-Baba, Üçüncü Kişiler, Devletin Dahil Olduğu İlişkiler Bütünü

Hak süljesini, başka bir deyişle kimlerin "kişi" addedileceğini belirlemek, hukukun en temel meselesidir. Günümüzde teknik hukuki kavramlardan sadece biri gibi görünen kişilik, aslında hukukun *teknikinin* çok ötesinde ve öncesinde, insanın varlık değeriyle ilişkili birçok felsefi mülahazanın konusudur ve bu kavrama modern hukuklarda verilen anlamdan önce, neticeleri insanlığın ortak tecrübeleri olarak günümüze kadar uzanan tarihsel bir süreci hatırlatmalıdır. Özellikle eski toplumlarda köleler, kadınlar, çocuklar gibi toplumun zayıf kesimleri söz konusu olduğunda insanlık tarihinin karanlık birçok tecrübesinin hatırlanması, modern hukuklarda her insanın kişiliğe sahip olmakta eşit addedilmesinin ne kadar önemli bir kazanım olduğunu farketirir.

¹⁰⁷ Buna göre, yenilik doğurucu haklar, örneğin bir sözleşmenin irade sakatlığı sebebiyle feshi hakkı, Hohfeld'in analizinde teknik/gerçek anlamda hak olmayıp, aslında bir yetkinin kullanımındır. Çünkü kişilerin sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye *hakları* bulunmaz; fakat, ancak kanunun öngördüğü hallerde bu *yetkiye* sahiptirler. Buna göre, ikincil ilişkilerin ayırıt edilmesindeki ölçüt -özel hukuk veya kamu hukuku niteliği farketmeksizin- bir hakka değil, doğrudan doğruya hukuka dayanarak, bir durum veya bir kişi üzerinde etki yaratabilmektir. Geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmede alacaklının borçluya yönelmesi ise, talebi ifade eden dar anlamda bir haktır (birincil ilişki) ve bunun temelinde tarafların sözleşme yapma yetkilerini kullanarak kendi yarattıkları hukuk bulunur (ikincil ilişki).

Türk Medeni Kanunu'nun kişiler hukuku kitabı da henüz ilk maddesinde "(1) Her insanın hak ehliyeti vardır. (2) Buna göre bütün insanlar hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmakta eşittirler" (TMK m.8) hükmünü içerir. Her insanın eşitçe sahip olduğu bu kişilik "... çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar" (TMK m.28/I). Buna göre çocuğun; kendisini dünyaya getiren ana-babasından bağımsız bir hak süjesi olduğuna hiç şüphe yoktur; fakat ergin oluncaya -hukuken yetişkin kabul edilinceye- kadar, yetişkinler karşısında, başka hiçbir hak süjesinin olmadığı ölçüde zayıf bulunduğu da şüphesizdir. Fiziksel, mental, psikolojik, ekonomik birçok açıdan sözkonusu olan bu zayıflık sebebiyle çocukların yetişkinler tarafından bakılıp büyütülmeleri, eğitilmeleri, yetiştirilerek hayata hazır hale getirilmeleri, korunmaları, temsil edilmeleri ve tüm bunlar yapılırken onların tâbi olacakları bazı kuralların belirlenmesi ve onları ilgilendiren birçok konuda kararların alınması gerekmektedir. Hukuk düzenleri, çocukların bakılıp büyütülmelerinden, korunmalarından, yetiştirilmelerinden öncelikle ana babayı sorumlu tutmuştur¹⁰⁸. Çünkü bu kadar büyük bir sorumluluğun, ilişkinin güçlü tarafını oluşturan yetişkin fertler tarafından, eza, yük, hatta yükümlülük olarak değil, karşılıksız bir emekle fedakârca ifasının, her şeyden önce kan bağı gerçeğine dayalı, tabii bir ilgi ve sevgiyle mümkün olabileceğini kabul etmiştir. O halde çocuklar üzerindeki sorumluluğun ana babaya verilmesinde 'onları dünyaya getirmiş olmanın bedeli sayılmak' gibi bir mütekalibiyet dahi sözkonusu değildir. Burada sözkonusu olan, çocuklar için en güvenli ve karşılıklı sevgiye dayalı ortamın ana babalarının yanı olduğu, en samimi ilgi ve bakımın ana babaları tarafından sağlanacağı ve haklarında alınacak kararlar ile temsilleri sözkonusu olduğunda menfaatlerinin en iyi ana babaları tarafından korunacağı yönündeki ön kabulüdür. Bu ön kabulün modern hukuk sistemlerine yansımaları, tarihsel bir süreç ve tecrübelerin tüketilmesinin ardından, ana-baba velayeti olmuştur.

¹⁰⁸ Velidedeoğlu, s. 323. 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 5'inci maddesi, ana-baba ve ana-babayla birlikte yerel geleneklere göre uzak ailenin veya topluluk üyelerinin dahi çocuk ile olan ilişkilerindeki sorumluluk, hak ve ödevlerine saygı gösterileceğini şu şekilde ifade etmektedir:

"Madde 5:

Taraf Devletler, bu Sözleşme'nin çocuğa tanıdığı haklar doğrultusunda çocuğun yeteneklerinin geliştirilmesi ile uyumlu olarak, çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme konusunda ana-babanın, yerel gelenekler öngörüyorsa uzak aile veya topluluk üyelerinin, yasal vasilerinin veya çocuktan hukuken sorumlu öteki kişilerin sorumluluklarına, haklarına ve ödevlerine saygı gösterirler". Sözleşmenin 18, (1)'inci maddesi ise ana-babanın birlikte sorumluluğuna işaret etmektedir:

"Madde 18:

1. Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını gözönünde tutarak hareket ederler".

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin hakkında bkz. <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1n-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>; erişim tarihi: 12.10.2024.

Buna göre ana-baba, aralarında soybağı gibi tabii -ve hukuken de kurulu¹⁰⁹- bir ilişki bulunan çocukları üzerinde, hukuk eliyle, ayrıca sorumlu kılınmışlardır. Başka bir ifadeyle, 'ana-baba olmak' ile 'velayete sahip bulunmak', hukuken farklı kavramlardır; fakat hukuk sistemi, evlilik içinde doğan çocukların¹¹⁰ velayetini doğrudan doğruya ana-babaya tanımış, böylece ana-babalık olgusunun üzerine velayet hükümlerini de eklemiştir¹¹¹. Türk Medeni Kanunu bu durumu "*Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınamaz*" (TMK m.335/I) şeklinde ifade etmektedir.

İşaret ettiğimiz bu hususlar, çocukların ana-babalarının velayeti altında bulunmasının sebebidir; fakat velayetin niteliğine ilişkin bir açıklama değildir. Velayetin niteliğinin ele alınmasına, Kanun'daki hükümlerin ele alınmasından başlamak gerekir ve Kanun, bu husustaki ilk hükmü, yasal bir sebep bulunmadıkça velayetin ana-babadan alınamayacağını açık ifadesiyle vazedmiştir (TMK m.335/I,c.2). Buna göre ana-babanın, yasal sebep bulunmaksızın velayetin kendilerinden alınmasına karşı hukuken korunmuş olmaları, dar ve teknik anlamda bir '*haktır*'¹¹². Aynı durum, velayetin kendisine yüklediği sorumlulukları gereği gibi -Kanun'un koyduğu ölçülerce ve çocuğun üstün yararı ilkesine¹¹³ uygun şekilde- ifa etmekte olan ana-babanın kendilerine müdahale edilmemesi yönündeki taleplerinin dayanağı olması bakımından da geçerlidir¹¹⁴. "*Buna göre velayet, ta-*

¹⁰⁹ Çocuk ile ana-baba arasındaki tabii/biyolojik soybağının hukuken de mevcut bulunduğu tespiti meselesi, soybağı hukukunun temel meselesidir. Türk hukukunda soybağı, çocuğu doğuran kadının anne olduğu yönündeki kesin karineyle (TMK m.282/II); baba yönünden ise, anayla evlilik, tanıma veya hâkim hükmüne bağlı olarak (TMK m.282/II), ayrıca evlat edinme yoluyla (TMK m.282/III) kurulur.

¹¹⁰ "... evlilik içinde veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuklar için babalık karinesinin işliyor olması, nikah akdiyle kurulan evlilik birliğinin sadece karı koca arasındaki hukuku belirlemede değil, aynı zamanda koca ile çocuk arasındaki soybağını belirlemede de kurucu bir öneme sahip olduğunu göstermektedir", Demircioğlu, ortak velayet, s. 307. Babalık karinesi hakkında ayrıca bkz. Baygın, s. 20 vd.

¹¹¹ Türk hukukunda ana-babanın velayete doğum anından itibaren birlikte sahip olmaları, ancak evlilik içinde gerçekleşen doğumlar bakımındandır; evlilik dışı doğmuş çocukların velayeti ise, baba ile soybağı hukuken kurulmuş olsa dahi, sadece anneye aittir (TMK m.337/II). Fakat, "*Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir*" (TMK m.337/II). bkz. Abdulkarim, Yıldırım, Türk Aile Hukuku, Monopol Yayınları, Ankara, 2021, s. 155. Türk hukukunda birbiriyle hiç evlenmemiş ana babanın velayete ortak sahip olamaması hususunun eleştirisi için bkz. Hayrannisâ Özdemir/A. Cemal Ruhi, Çocuk Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 312.

¹¹² Velidedeoğlu, s. 329.

¹¹³ Çocuğun üstün yararı ilkesi hakkında bkz. Yıldız Abik, "Türk Medeni Kanunu'ndaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velâyette Çocuğun Yararı", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 1-73; Fendoğlu, Hasan Tahsin, Çocuk Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 82; İmamoğlu, s. 169.

¹¹⁴ Bu tespitin Anayasa hukuku bakımından karşılığı TC. Anayasası m.20'de düzenlenen aile yaşamına saygı hakkıdır. "*Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmi makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin ferdi ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip*

rafları dışında kalan herkese (örneğin çocuğun ana-babası dışında kalan diğer hısımlarına), yükümlülüklerini çocuğun üstün yararı ilkesine uygun şekilde ifa eden (örneğin çocuğun eğitimiyle, gideceği okulla ilgili bir karara varmış olan) ana-babaya müdahale etmeme yönünde bir negatif yükümlülük yükler"¹¹⁵. Türk hukukunda velayetin ana-babaya bir hak olarak tanınmış olması, yasal bir sebep bulunmadıkça kendilerinden alınmaması ve hukuka uygun kullanımı halinde¹¹⁶ üçüncü kişilerin ana-babaya müdahale etmeme yükümlülüğünün bulunması dışında bir kapsama sahip değildir. Fakat dar kapsamlı bu hakkın ileri sürülebileceği çevre geniştir; çünkü ana-baba, çocuk dışında kalan herkese bu hakkını ileri sürebilir. O halde, velayet, ana-baba ve üçüncü kişiler arasındaki ilişki bakımından özel hukuktaki tam anlamıyla¹¹⁷ -ve bu anlamıyla sınırlı kalınmak kaydıyla- bir mutlak haktır¹¹⁸ ve hakkın konusunu, ayrı bir hak süjesi olan çocuğun kendisi, şahsı veya bedeni oluşturmaz; zira hiçbir hak süjesinin bir başka hak süjesi üzerinde hak sahipliğinin bulunması, düşünülemez¹¹⁹. Ayrıca, velayetin üçüncü kişilere kar-

yaşayabilmesi gereğine işaret ettiği görülmektedir. ... Bu hak ana baba açısından devletin müdahalesi olmaksızın, çocuklarını kendi inanç ve kanaatlerine uygun olarak büyütmeyi de içermektedir", Müjgan Algan, Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 599.

¹¹⁵ Demircioğlu, ortak velayet, s. 306.

¹¹⁶ Buna karşılık "Velayetin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesindeki mutlak karakterinin dahi çocuğun üstün yararıyla sınırlı olması, özellikle çocuğun eğitiminin veya tedavisinin engellenmesi, zorunlu aşı uygulamasına karşı çıkılması gibi haller bakımından tartışılır" Demircioğlu, ortak velayet, s. 305, dpn. 11. Bu hususta bkz. Aslı Başak Makaracı/ Seda Öktem Çevik, 'Bebeklik Dönemi Zorunlu Aşı Uygulamaları', Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Ed: Aslı Makaracı Başak; Seda Öktem Çevik; Gülen Sinem Tek, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 363-380; Seda İrem Çakırca, "Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarının Velayet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi", İstanbul Hukuk Mecmuası, Y. 2022, C. 80, S. 4, s. 1105 - 1138; Osman Levent, Özay, "Çocuğa Aşı Yapılması Konusunda Ana ve Baba Anlaşmazlığının İsviçre Federal Mahkemesi'nin 16 Haziran 2020 Tarihli Kararı (BGE 146 III 313) Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2022, C. 12, S. 1, s. 325-355.

¹¹⁷ Özel hukukta mutlak hak kavramı için bkz. İhsan Erdoğan/ A. Dilşad Keskin, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2024, s. 172; Antalya/ Topuz, s. 168.

¹¹⁸ İmamoğlu da velayetin mutlak hak teşkil eden yönünün üçüncü kişilerle ilişkiler bakımından olduğunu açık bir biçimde ifade etmektedir, bkz. İmamoğlu, s. 168. Serozan bu durumu, "istihkak benzeri dış etki" olarak ifade etmektedir: "... ana babanın bu velayet hakkı, klasik haklar şemasına uymaz. Gerçi üçüncü kişilere karşı etkilidir; istihkak benzeri dış etkiler sağlar. İade istemlerine ve haksız fiil sorumluluğuna yol açabilir", Serozan, s. 251.

¹¹⁹ Velidedeoğlu velayetin hak niteliğini "Herhangi bir kimse çocuğu gasbederse ana, baba çocuklarını ondan geri almak, bu hususta dava açmak, gasba teşebbüs halinde kuvvete müracaat suretiyle onu müdafaa etmek ve vermemek hakkını haizdir; bu, onların mutlak hakları icabındadır" şeklinde açıklamaktadır, Velidedeoğlu, s. 329. Ancak yazar bu durumu, 'çocuğun şahsı ve bedeni üzerinde' sahip olunan bir hak olarak nitelendirmektedir. Velayetin, kendini koruyamayacak durumda olan şahıslar üzerinde istisnai olarak kurulu bulunan bir mutlak hak olduğu yönünde benzer yaklaşım için bkz. Baktır Çetiner, s. 23. Oysa, hukukta, üçüncü kişilere müdahaleden kaçınma yönünde negatif yükümlülüklerin yüklenmesi, sahibine de bu yönde bir talep/yönelme hakkının tanınması, bir mutlak hakkın kabulü bakımından yeterli olup, bu durumun bir başkasının şahsı ve bedeni üzerinde adeta fiziki bir halde kurulu bulunduğu kabulüne, fikrimizce imkân yoktur. Burada hakkın konusu, çocuğun şahsı/bedeni değil, üçüncü kişilerin müdahalesinin engellenmesi talebidir.

şı ileri sürülebilirliği açısından aynı niteleme çocuk lehine de yapılmalıdır. Buna göre TMK m.335/1,c.2'deki "*Yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınmaz*" hükmü, çocuğun ana-babasının velayeti altında bulunması talebinin dayanağını da oluşturacak şekilde çift yönlü okunmalıdır. Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin genel ilkelerinden biri kabul edilen çocukları ana-babalarından ayırma yasağı da¹²⁰ doğrudan velayete ilişkin bir düzenleme içermese de, ana-babalarının velayeti altında bulunmalarının çocuklar lehine bir hak olduğu çıkarımını desteklemektedir¹²¹.

Ana-baba ile çocuğun birbirleriyle olan ilişkisi bakımından yapılacak değerlendirme ise, üçüncü kişilerle olan ilişkiler bakımından yaptığımız bu değerlendirmelerden tamamen farklıdır. Bu hususta yine velayetin hükümlerini düzenleyen Kanun maddelerinden hareket etmek gerekir. Velayetin kapsamına ilişkin genel hüküm niteliğindeki TMK m.339, bu husustaki en karakteristik hükümdür. Hükme göre:

"Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatlerini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar.

Çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür.

Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde, çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.

Çocuk ana ve babasının rızası dışında evi terkedemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınmaz.

Çocuğun adını, ana ve babası koyar" (TMK m.339).

Söz konusu hükümlerin, irade özerkliğine dayalı ve eşit iradeye sahip olmakla eşit oldukları kabul edilen hak sülheleri arasındaki "*hak-yükümlülük*" merkezli bir ilişkiye işaret etmediği açıktır¹²². Buna göre çocuk, hak sülhesi olmak, bağımsız

¹²⁰ Çocuk açısından aynı zamanda bir hak teşkil eden bu durum, Sözleşme'nin 9, (1)'inci maddesinde şu şekilde yer almaktadır:

"Madde 9:

1. Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasının, onların rızası dışında ayrılmasını güvence altına alırlar. Ancak, ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmâl edilmesi durumlarında ya da ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgâhının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir".

¹²¹ Benzer yönde bkz. Akyüz, çocuk hukuku, s. 72.

¹²² Bazı anayasalarda ebeveynin çocuklarına bakma ve yetiştirme yükümlülükleri, çocuğun bir hakkı olarak düzenlenmiş ise de (bkz. Algan, s. 599), çocuğun ana-babası karşısındaki bu hak sahipliğinin, özel hukuktaki değil, insan hakları hukukundaki anlamıyla kullanıldığı tespit edilmelidir. Çalışmamız, hak, yükümlülük, yetki, tâbiyet gibi kavramların özel hukuktaki kullanımlarının yarattığı kavram karışıklığını çözümlenmeyi amaçladığından, insan hakları hukuku düzeyinde devletin çocuklara karşı olan negatif ve pozitif yükümlülükleri ile ana-babanın veya çocuğun bakımından sorumlu diğer kişilerin bu yükümlülük karşısındaki durumlarının tartışılması, çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır. Fakat velayetin bütüncül değerlendirilmesi söz konusu olduğunda, Algan'ın

bir kişiliğe sahip bulunmak bakımından, ana-babasıyla eşittir; fakat iradesi henüz tam olmamakla¹²³, bu bağımsızlığını sadece hukuki işlemler sahasında değil, kendi hayatına ilişkin tasarruflarda bulunmak bakımından da tam kullanamayacak durumdadır. Başka bir deyişle çocukların irade eksikliği sadece fiil ehliyetlerinin sınırlılığına işaretlerle hukuki işlem sahası içerisinde ortaya çıkmaz; bağımsız bir hak süjesinin kendi hayatı üzerindeki tasarrufları bakımından da ortaya çıkar¹²⁴. Velayetin genel hükümleri olarak Kanun'da; çocukların bakım ve eğitimleri konusunda gerekli kararların ana-baba tarafından alınıp uygulanacağını (TMK m.339/I), çocukların ise ana-babaların sözünü dinlemekle yükümlü olduklarının (TMK m.339/II) ve evi terk edemeyeceklerinin açıkça ifadesi (TMK m.339/IV), ana-baba ve çocuk arasında bir tâbiyet bağına¹²⁵ işaret eder. Çocuk, bağımsız

şu değerlendirmelerine işaret etmek kaçınılmazdır: "*Çocuk haklarının yükümlüleri, çocuğun haklarının yaşama geçirilmesini sağlamakla görevli, kendilerine çocuğu koruma ve gözetme yükümü düşen kurumlar ve kişilerdir. Devlet bu kurumlardan ilkidir. Yetişkinlerden farklı olarak çocuklar, ... haklarını ebeveynleri veya bakmakla yükümlü kişiler aracılığıyla kullanabilmektedir. ... Diğer yandan çocukların, özellikle erken çocukluk döneminde yaşamını sürdürebilmek için bakım ve gözetiminden sorumlu bir yetiştirmeye bağımlı olması ve hak ihlallerinin öncelikle yakın ilişki içinde oldukları kişilerin eylemlerinden kaynaklanması, temel hak ve özgürlüklerin öznesinin bireyler, yükümlüsünün ise devlet olması kuralının çocuklar bakımından yeniden ele alınmasını gerektirmektedir*", Algan, s. 568. Burada çocuğun haklarının ana-baba karşısındaki durumu, temel hakların yatay etkisi teorisine ilişkin olmakla birlikte, Algan'a göre, "*Çocuk hakları, özellikle ebeveyn ve çocuğun bakımından sorumlu olan diğer kişiler bakımından, temel hakların üçüncü kişiler üzerinde sahip olduğu (yatay) etkiye kıyasla daha güçlü bir etkiye sahiptir*", Algan, s. 568.

¹²³ Çocuğun iradesinin henüz *tam olmamasının* kişiler hukukundaki teknik ifadesi, fiil ehliyeti bakımından çocuğun sınırlı ehliyetsizler kategorisinde bulunmasıdır, bkz. Jale Akipek/ Turgut Akın-türk/ Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 17. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2021, s. 322.

¹²⁴ Benzer yönde bkz. Akyüz, çocuk hukuku, s. 58. Bu hususu, çocukların katılım hakkıyla birlikte ele alan bir çalışma için bkz. Kamile Türkoğlu Üstün, "Çocuğun İdari Karar Alma Süreçlerine Katılım Hakkı", Türk Hukukunda Çocuk, Ed: Ersin Erdoğan/ Belkis Vural Çelenk/ Özgün Özyüksel, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 37-76.

¹²⁵ Burada Hohfeld'in analizinden hareketle (yetki-tâbiyet) tercih ettiğimiz "tâbiyet bağı" kavramı, medeni hukuk literatüründe yine bir hak olarak değerlendirilen 'egemenlik hakkı' kavramı ile karıştırılmamalıdır. "*Velayeti sınırlı bir bakış açısıyla, bu hakka sahip anne ve/veya babanın çocuk üzerindeki egemenlik hakkı olarak niteleyen yaklaşım, modern hukuk sistemlerinde olduğu kadar bugün Türk hukuk öğretilerinde de büyük ölçüde terkedilmiştir. Çocuk bir nesne değildir; velayet hakkın öznesi değil, süjesidir. Dolayısıyla çocuk üzerindeki velayet hakkı, klasik egemenlik haklarına, bu bağlamda örneğin eşya üzerindeki mülkiyet hakkına benzetilemez*", Ahu Ayanoğlu, "Velayetin Ana Babaya Yüklediği Görev ve Yetkilerin Kullanılmasının Üçüncü Kişilere Bırakılması ve Sınırları", Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Ed: Aslı Makaracı Başak; Seda Öktem Çevik; Gülen Sinem Tek, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, 269-281, s. 270. Bize göre, velayet kapsamında çocuğun ana-babasına karşı statüsünün günümüz medeni hukukunda halen mülkiyete konu nesnelere karşılaştırılarak ele alınmasına ve bu ilişkinin çözümlenmesinde hak kavramından hareket edilmesine zaten mahal yoktur. Bu sebeple, Türk Medeni Kanunu'nun velayete dair hükümlerinin değerlendirilmesi ve çocuk ile ana baba arasındaki -hakkın değil- ilişkinin nitelendirilmesi açısından tercih ettiğimiz 'tâbiyet bağı' kavramının ne mülkiyetle ne de başka bir egemenlik hakkıyla yahut medeni hukukta karşılığı bulunmayan başka herhangi bir hakla benzerliği bulunmamaktadır. Buradaki nitelendirme, "çocuk ile velayete sahip ana-baba arasındaki ilişki, süje-nesne ilişkisi elbette ki değildir; fakat nedir?" sorusuna verilmiş bir cevaptır.

bir kişiliğe sahip olmakta ana-babasına karşı eşit¹²⁶, fakat bazı kişilik unsurlarının bağımsız kullanımında, özellikle günümüz hukuk literatürünün ayrı bir kişilik değeri olarak kabul ettiği 'bizzat karar verme hakkı'¹²⁷ sözkonusu olduğunda, ana-babasına karşı tamamen eşit değildir. Bu durum çocuğun ilk doğduğu andan erginlik yaşına kadar geçen zaman içerisinde giderek azalsa¹²⁸ ve TMK m.339/III uyarınca, özellikle ayırt etme gücüne sahip çocuğun katılım hakkıyla dengelense de¹²⁹, hukuken ergin kabul edildiği ana kadar yapısal ve hukuki bir eşitsizlik olarak devam eder ve bakılıp büyü-tülmesi, eğitilmesi, korunması gibi¹³⁰ sadece çocuğun ihtiyaçlarına yönelik amaçlarla¹³¹ onu, ana-babasına tâbi, ana-babayı ise çocukla ilgili kararlar bakımından yetkili kılar¹³². Bu sebeple çocuk ile ana-baba arasındaki ilişkiyi, hakkın '*kullanılıp kullanılmaması sahibinin iradesine terkedilmiş hukukça korunan menfaat*' şeklinde kabul gören bir tanım¹³³ üzerinden hak odaklı yorumlamak, fikrimizce mümkün değildir. Yükümlülük merkezli bir velayet yaklaşımının ise, bu kavramın borçlar hukukundaki değil, ancak in-

¹²⁶ "Velayet yoluyla çocukla ana baba arasında meydana gelen ilişkide her iki taraf da eşit hak süjesi olarak yer alırken, ana babanın durumu büyük ölçüde yükümlülük ve sorumlulukla şekillenmiş bulunmaktadır", İmamoğlu, s. 166-167.

¹²⁷ Bizzat karar verme hakkı için bkz. A. Dilşad Keskin, *Medeni Hukuk Açısından Bizzat Karar Verme Hakkı (Selbstbestimmungsrecht)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

¹²⁸ Akyüz, *çocuk hukuku*, s. 58; İmamoğlu, s. 167.

¹²⁹ Keskin, *bizzat karar verme*, s. 107.

¹³⁰ Ayırt etme gücüne sahip küçüğün bizzat karar verme hakkının ancak korunmalarının zorunlu olduğu hallerde sınırlandırılabilmesi yönünde bkz. Keskin, s. 106.

¹³¹ Velayetten doğan yetkilerin, ancak çocuğun yararının gerçekleştirilmesi için tanınmış olup, yine ancak bu amaç doğrultusunda kullanılması zarureti, günümüzde ana-babanın yaptığı sosyal medya paylaşımları ile çocuğun kişilik hakkı arasındaki ilişki yönünden ele alınmaktadır. Bu hususta bkz. Murat Topuz, "Çocuğun Kişilik Haklarının Ebeveynine Karşı Korunması", *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması*, Ed: Aslı Makaracı Başak; Seda Öktem Çevik; Gülen Sinem Tek, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 363-380; Murat Akdi, "Ana-Babanın Çocuğun Fotoğraf ve Görüntülerinin Sosyal Medyada Yayınlanmasından Doğan Sorumluluğu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 2016, C. 22, S. 3, s. 123-144. Sözkonusu meseleye ilişkin üretilen '*Sharenting*' kavramı ve meselenin hukuki değerlendirilmesi için ayrıca bkz. Ayça Zorluoğlu Yılmaz, "Sharenting ve Velayet Hakkının Sınırları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2021, C. 29, S. 4, s. 3383 - 3417; Erdem, Meryem İşil, "Sosyal Medyada Sharenting Kavramı ve Ulusal Mevzuatta İncelenmesi", *Küllüye*, Y. 2022, C. 3, S. 2, s. 165 - 183.

¹³² Sözkonusu tâbiyet ilişkisinin velayette ağırlıklı olarak "parentel" bakış açısını yansıttığı söylenebilir. "1980'li yılların sonuna kadar dünyada baskın görüş olan paternalizm, geleneksel bakış açısını yansıtır ve bireyin bağımsızlığının kendi iyiliğine olacak şekilde sınırlandırılması gerektiğini savunur. ... çocuğun iyiliği için çocuğun seçim ve eylem özgürlüğüne müdahale edilebileceğini savunur. Çocuğun karar alma süreçlerinden genellikle dışlanmış olması, paternalist çocukluk anlayışından ve çocuğun kendi kararlarını alacak kadar olgunlaşmamış olduğu fikrinden kaynaklanmaktadır. ... 1980'li yılların sonunda hazırlanan CHS'de de belli noktalarda paternalist bakış açısını görmek mümkündür", Türkoğlu Üstün, s. 39-40. Fakat, günümüzde sadece insan hakları doktrininde değil, modern medeni hukuk doktrininde de parantel bakış açısının çocuğun katılım hakkı ile dengelenmekte olduğu görülmektedir, bkz. Gaye Tuğ Levent, *Türk Medeni Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı, Yetkin Yayınları*, Ankara, 2023; Bahar Öcal Apaydın/ Selim Hışım, "Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı", *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması*, Ed: Aslı Makaracı Başak; Seda Öktem Çevik; Gülen Sinem Tek, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 285-323.

¹³³ Bkz. Dural/ Sarı, s. 148 vd; Erdoğan, s. 141; Erdoğan/ Keskin, s. 161 vd; Antalya/ Topuz, s. 115.

san hakları hukukundaki anlamıyla değerlendirilmesi ve insan haklarını koruyucu mekanizmalarla tamamlanarak ele alınması gereklidir. Çünkü buradaki yükümlülük, ihlali halinde borçlusuna özel hukuk yaptırımlarının uygulanmasını mümkün kılmak yerine, bu yükümlülüğün en üst ilgilisi olan devletin müdahalesini gerekli kılar niteliktedir¹³⁴.

Şu hususa açıkça işaret etmek gerekir ki, kamusal bir otoriteyi kullanmak bakımından eşit olmayanlar arasındaki ilişkileri konu edinen kamu hukukuna hak-yükümlülük kavramları ne kadar yabancıysa¹³⁵, eşit hak sülheleri arasında bir yetki-tâbiyet bağından bahsetmek de özel hukukun temel yapısına o kadar yabancıdır. Özel hukukta bir başka hak sülhesini onunla ilgili konularda yetki sahibinin kararlarına tâbi kılmak anlamında bir yetkiden bahsedilmez. Özel hukukta yetki, bir hakkın somut içeriğini veya mevcut bir hakkın yöneltmesi kudretini ifade etmek yahut mevcut bir hakkı bir başkası ad/hesabına kullanmak, bir tüzelkişi organizasyonu içerisinde belli bir yönde hareket etmeye muktedir kılınmak gibi, farklı durumlarda farklı anlamlara gelebilen bir kavramdır ve birçok durumda bir hakla bağlantılıdır. Buna karşılık velayette ana-babanın sahip olduğu yetkilerin, çocuk üzerinde sahip olunan bir *haktan* değil, doğrudan doğruya *hukuktan*, daha dar ve somut bir ifadeyle, Kanun'dan doğduğu kabul edilmelidir. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerinde (m.335 vd) velayet kavramının "velayet hakkı" şeklinde kullanılmadığı görülmektedir. İlginçtir, kanun koyucu, velayetin kapsamı bakımından sadece dini eğitim bahsinde "*Çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı ana ve babaya aittir*" ifadesine yer vermiştir (TMK m.341/I). Çünkü dini/itikadi meseleler gibi şahsa sıkı sıkıya bağlılığın bu en kati görünümü söz konusu olduğunda, ana-baba ve çocuk arasında, hak-yükümlülük ilişkisi bulunmadığı gibi, bir yetki-tâbiyet ilişkisi dahi bulunmaz. Burada söz konusu olan, üçüncü kişilere "müdahale etmeme" yönünde yüklenmiş negatif bir yükümlülüktür; başka bir deyişle çocuğun dini eğitimini belirleme hususunda ana-babaya tanınmış olan bu '*hak*', çocuk ile ana-baba arasındaki ilişki bakımından değil, sadece üçüncü kişilere karşıdır. Nitekim hükmün ikinci fıkrası, "*Ana ve babanın bu konudaki haklarını sınırlayacak her türlü sözleşme geçersizdir*" (TMK m.341/II) şeklinde olup; bahse konu sözleşmenin karşı tarafını çocuğun değil, üçüncü kişilerin oluşturacağı şüphesizdir¹³⁶. Yine ilginçtir, Medeni Kanun'un ve-

¹³⁴ İmamoğlu, velayetin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinde mutlak hak karakteri görünürken, ana-baba ve çocuk arasındaki ilişki bakımından velayetin nispi niteliğine işaret etmekte ve bu nispiликтen hareketle taraflar arasında karşılıklı yükümlülük ilişkisi kurmaktadır: "*Velayetin nisbi yönü, ana baba ve çocuk arasındaki karşılıklı yükümlülük ilişkisinde görülür; velayetin mutlak yönü ise ana baba ve çocuğun, diğer bir ifadeyle ailenin hayat alanının üçüncü kişiler karşısında korunmasında ortaya çıkar*", İmamoğlu, s. 168.

¹³⁵ Bkz. Gülfidan, s. 14.

¹³⁶ Hükmün "*Ergin, dinini seçmekte özgürdür*" şeklindeki son fıkrası da (TMK m.341/III), ancak bu çerçevede anlam kazanmaktadır; zira erginin dinini seçmekte özgür olduğuna zaten şüphe yok-

layet bahsinde hak kavramı, ayrıca, çocuğun *mallarına* ilişkin olarak geçmektedir (TMK m.343/II; TMK m.352)¹³⁷.

Ana babanın velayete ilişkin yetkilerinin kaynağının doğrudan doğruya hukuk düzeni olması, bu yetkilerin kapsam ve sınırlarının da keyfi bir hak kullanımına veya özerk iradeye göre değil, hukuk düzenine göre belirlenmesi anlamına gelir. Bu noktada devlet, velayet ilişkisine öncelikle kural koyucu ‘düzeni tesis edici’ olarak, dolaylı biçimde taraf, daha doğru bir ifadeyle, ‘ilgili’ olmuştur¹³⁸; fakat ana babanın sorumluluklarını gereği gibi yerine getirmediği, yetkilerini amacına uygun şekilde çocuğun menfaatine kullanmadığı, çocuğun menfaatinin zedelendiği, kısaca çocuğun güvenliğinin tehlikeye düştüğü her durumda devlet, ana-baba ve çocuk ilişkisine doğrudan müdahale eder¹³⁹. Ana baba ve çocuk arasındaki ilişkinin güç dengesizliğine dayalı tabiatı, bu eşitsiz ilişkide ana babaya tanınmış tüm yetkiler, gerektiği her halde devletin müdahalesiyle dengelenmek zorundadır. Velayete kamu düzeninden olma niteliği kazandıran bu müdahale, toplumun geleceği olan çocukların güven içinde bulunmalarının tüm toplumun menfaatine kabul edilmesiyle ilişkilendirilebilirse de¹⁴⁰ -bu toplumcu bakış açısının dışında ve ötesinde-¹⁴¹ esasen, karakteristik zayıflık içinde bulunan tarafın bu sebeple risk altındaki temel haklarını korumak içindir¹⁴². Çocuk; bakım, eğitim,

tur. Burada kastedilen, çocuğun ergin olmasından sonra, ana-babanın üçüncü kişilere karşı da herhangi bir talebinin sözkonusu olamayacağı şeklinde okunmalıdır. Ana-baba ve çocuk arasındaki ilişki bakımından ise, birçok dini ve itikadi meselenin esas ve sınırlarını çocuğun kişisel tercihleri oluşturacağından, burada çocuğun ayırt etme gücüne sahip bulunup bulunmadığı hususu tek belirleyicidir.

¹³⁷ Çocuk malları hakkında bkz. Özgür Güvenç, “Çocuk Mallarının Yönetimi”, Türk Hukukunda Çocuk, Ed: Ersin Erdoğan/ Belkis Vural Çelenk/ Özgün Özyüksel, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 457-505. Cem Baygın/ Murat Doğan, “Çocuk Mallarının Kullanılması, Yönetilmesi ve Sarfı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2005, C. 9, S. 1-2, s. 379 - 427; Mehmet, Altunkaya, “Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 111-129.

¹³⁸ Fikrimizce bir ilişkinin “*tarafı*” olmak, özel hukuku çağrıştıran bir ifade olduğundan, devletin velayet hukukundaki yerinin değerlendirilmesinde “*ilgili*” kavramının tercih edilmesi daha isabetli olur.

¹³⁹ Aile hukukuna devletin müdahalesinin genel görünümü hakkında bkz. Demircioğlu, arabuluculuk, s. 61 vd. Medeni Kanun hükümleri uyarınca çocuğun ana-babasına karşı korunmasının genel değerlendirilmesi hakkında bkz. Başak Başoğlu, “Çocuğun Medeni Hukuk Kuralları Çerçevesinde Şiddete Karşı Korunması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, C. 22, S. 1, s. 347 - 364.

¹⁴⁰ Fransız Medeni Kanunu'nun kodifiye edildiği dönem ile sonraki tadilleri esnasında velayete yapılan devlet müdahalesine dair yorum farkı şu şekilde ortaya koyulmuştur: “... *velayet kudretinin çocuk hukuku karşısında çok mutlak olduğu görüldü. Devlet, yalnız beşerî mülâhazalarla değil, bütûn bir milletin istikbali için çocukların himayesi lehinde müdahalelerde bulunmayı belli başlı bir vazife telâkki etti. Artık şimdi, devlet, müstakbel vatandaşın manevî teşekkülünü kontrol etmek için, memurlarıyla, hâkimiyle çocuk ve ebeveyni münasebetlerine gittikçe artan bir tempo ile müdahale etmektedir*”, de la Morandière, s. 419.

¹⁴¹ Çocuklara ilişkin toplumcu bakış açısı ile çocuğun ferdi değerine ilişkin bireyci/insan hakları odaklı bakış açısını karşılaştırmak için, bkz. Şirin, s. 50.

¹⁴² “Çocuklar önemlidir önermesinde özne çocuklar gibi gözükmetedir. Oysa toplumsal kabullere

korunma, temsil gibi ihtiyaçları sebebiyle ana babasına tâbi olmak açısından, onlara karşı eşitsiz bir konumda bulunur; fakat devlet nezdinde ana-babasıyla eşit bir vatandaşdır ve tüm vatandaşların devlete karşı sahip olduğu temel haklar, bu defa *çocuğun insan hakları*¹⁴³ olarak devleti çocuğa karşı yükümlü kılar¹⁴⁴. Çocuğun ana-babası karşısındaki yapısal eşitsizliği, Medeni Kanun hükümleriyle bir tâbiyet bağına dönmüş olsa da (TMK m.339), bu durum modern insan hakları doktrin ve uygulamasının temel kazanımlarının çocuk lehine de gerçekleştirilmesini sağlamak suretiyle dengelenir, tamamlanır¹⁴⁵. Ana-babanın velayetten doğan yetkileri kadar, bunun sınırlarının da hukuk düzeni tarafından belirlenmesinin anlamı, modern hukuk düzenlerinin insana yönelik daha özgürlükçü ve bireyci yaklaşımlarından çocukların da yararlanması demektir. Bunun görünümlerinden biri çocuğun kendisine ilişkin kararlara yaş ve olgunluk seviyesine uygun olarak katılımının sağlanmasının Medeni Kanun'da da ifade edilmiş olmasıdır¹⁴⁶. Ancak bunun yanında çocuğun isim, vatandaş, kimlik, yaşama, gelişme, düşünce ve ifade, din ve vicdan özgürlüğü, dernek kurma ve toplanma, konut, haberleşme gibi birçok kişisel haklarından, ekonomik, sosyal ve kültürel haklarına ve bedensel bütünlük, istismardan uzak tutulma gibi korunma haklarına kadar günümüz insan hakları doktrinine paralel birçok temel hakka, özel yeterlilik durumları gözetilmek kaydıyla, çocuklar da sahip bulunur¹⁴⁷. Nihayetinde çocuğa ilişkin alınacak

bakıldığında çocukları önemli kılan bizatihi çocukların kendisi değil onların bizim çocuklarımız olmasıdır. ... Çocuk konusu çocuk aile ilişkisi bağlamında değerlendirildiğinde karşılıklı etkileşim, duygusal bağlılık ve fitrat bakımından aile kurumunun çocukla birlikte özneleşmesi anlaşılabilir. Ancak, benzer bir yaklaşımın Devlet bakımından gösterilmesi kabul edilemez. Eğer Devlet de çocuklar bizimidir, geleceğimizdir anlayışıyla konuya yaklaşırsa bu çocuklara ve ailelerine yönelik müdahale anlayışının bir yansımaya dönüşür. Çocuk, devlet çarkları arasında öğütülüp giden nesneye dönüşürken özne çocuk anlayışının gerçekleşmesi mümkün değildir", Şirin, s. 50.

¹⁴³ Bkz. "çocuğun insan hakları" tabiri için bkz. Fendoğlu, s. 66 vd.

¹⁴⁴ "Çocuğun bakım ve gözetimi konusunda öncelikle ana baba hak sahibi ve görevli ise de çocuğun bakım ve gözetim hakkına ilişkin olarak devlet de sorumlu olmaya devam etmektedir. ... çocuk haklarının asli yükümlüsü olarak devlet, pek çok anayasada da yer bulan çocuğun korunması hakkı gereğince, çocuğun aile içinde ihmal ve istismara maruz kalmasını önleyici mekanizmalara yer vermekle yükümlüdür", Algan, s. 606.

¹⁴⁵ Temel insan hakları bağlamında çocuk haklarının genel koruma rejimi hakkında bkz. Algan, s. 608 vd.

¹⁴⁶ Örneğin kanun koyucu, TMK m.339/III hükmünde yetkinin kullanım tarzını çocuğun olgunluğu ölçüsüne bağlamıştır. Buna göre "Ana baba, olgunluğu ölçüsünce çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanılır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar" (TMK m.339/III). Buradan anlaşılan, yaşça küçük çocuklar ile daha büyük çocuklar üzerindeki velayetin kullanım tarzının aynı olamayacağı, çocuğun yaşıyla orantılı olarak ve ayırt etme gücüne kavuşmasıyla birlikte, yetkilerin kapsamının da giderek daralacağıdır.

¹⁴⁷ Bkz. Akyüz, çocuk hukuku, s. 63 vd. Fendoğlu, *çocuğun kişisel hakları* içinde, ayrımcılık yasağı, çocuğun yüksek yararı (güvenliği), ana babası tarafından yetiştirilme hakkı, yaşama ve gelişme hakkı, isim vatandaşlık ve kimlik hakkı, bilgi alma hakkı, özel yaşam aile konut haberleşme özgürlüğü, kötü muamele ve istismardan korunma hakkını; *sosyal-ekonomik ve kültürel hakları* içinde, sağlık, sosyal güvenlik, eğitim ve engelli haklarını; *korunma hakları* içinde, ana babası tarafından yetiştirilme ve onlara karşı korunma, ana babadan ayırma yasağı, ailesi dışında korunması, özel durumdaki çocukların korunması, istismara karşı korunma, suçlu sürüklenmiş çocukların ko-

tüm kararlar ile çocuğun merkezinde bulunduğu tüm meselelerde onun üstün yararına uygunluk, ana-babanın yanı sıra devletin tarafı olduğu idari ve yargısal faaliyetler bakımından da belirleyici ölçüttür. Bu itibarla modern hukuklarda devlet, çocuğun hem temel haklarının korunmasının hem de ona ilişkin kararlarda üstün yararına uygunluk ölçütünün hayata geçirilmesinin, öncelikle denetleyicisi, gerektiğinde doğrudan uygulayıcısı olmakla -velayet *hakkının* değil- bir bütün olarak velayet *ilişkinin*, en üst kapsamda tarafı, ilgisidir.

SONUÇ

Toplumun en yaygın ve ağırlıklı biçimde zayıf kesimini oluşturan çocukların doğdukları andan ergin oldukları zamana kadar bakılıp korunmaları, yetiştirilmeleri, eğitilmeleri, eski hukuk sistemlerinden beri onları dünyaya getiren ana-babalarının yetki ve sorumluluğunda kabul edilmiştir. Böylece, tabii ve hukuki bir kavram olan soybağıyla bütünleşik ana-babalık olgusu, çocuk üzerinde, anlam ve niteliği zamanla değişerek günümüzdeki velayet müessesesine dönüşen, hukuki bir egemenlikle birleşmiştir.

Çocuk üzerindeki egemenliğin geçmişteki en sert görünümü, tüm diğer aile fertleriyle birlikte çocuklar üzerinde de mutlak bir yönetici ve yargıç olan Roma hukukundaki Pater Familias'dır ve bu dönemde çocuk üzerindeki egemenlik, neredeyse mülkiyete yakındır. Pater Familias'ın aile içinde adeta devlet yetkilerini kullanması, devletin, aileyi henüz tanzim etmeyerek baba otoritesine bıraktığı bu dönemin siyasi ve sosyal yapılanmasıyla yakın bir ilişki içindedir; nitekim, babanın sahip olduğu geniş yetkiler, devletin güçlenmesine paralel şekilde ailenin içişlerine müdahale eder hale gelmesiyle giderek azalmıştır. Birçok eski hukuk sisteminde aile düzeninin karakteristik ögesi olan mutlak baba egemenliği, benzer süreçlerden geçerek zaman içinde değişime uğramış ise de, Avrupa'nın sosyal ve siyasi yapısını etkileyen Fransız devrimi sonrasında dahi bu çağın bireyci/liberal atmosferi içinde yapılan hukuki düzenlemelerde henüz *çocukların insan haklarını koruyucu* bir anlayışa rastlanmaktadır. Bu durumun en çarpıcı görünümü Fransız Medeni Kanunu'nda çocuk üzerindeki egemenliğin halen "*baba iktidarı/kudreti*" olarak kavramsallaşmış olmasıdır. Baba iktidarı, hem çocuk üzerindeki egemenliğin güç/tahakküm odaklı olması hem de bu gücün sadece babaya ait kılınması bakımından, modern hukuk düzenlerindeki velayet anlayışının uzağındadır. Çocuk üzerindeki egemenliğe annenin eşit katkı-

runması, savaş ortamındaki çocukların korunması haklarını saymaktadır. Yazar, bunlardan, ana baba tarafından yetiştirilme ve onlardan ayırma yasağı ile istismara karşı korunmasını, çocuğun hem kişisel hakları hem korunma hakları içinde kabul ettiği görülmektedir. Bunlara ilaveten, yazar, çocuğun katılım haklarını da dördüncü bir kategori olarak kabul etmekte ve görüş ve düşüncelerini açıklama, bilgi edinme, vicdan ve din özgürlüğü, dernek kurma ve barışçı toplanma özgürlüklerini bu dördüncü kategori altında ele almaktadır, bkz. Fendoğlu, s. 73-74.

lınının sağlanması ve egemenliğin, güç/tahakküm merkezli olmaktan çıkarak, sorumluluğun esas kılındığı bir paradigma değişimine uğraması, Dünya Savaşlarının da geride bırakılmasını ve bu dönemlerin acı tecrübeleri neticesinde, aile hukukundan bağımsız, insan hakları doktrinine paralel bir çocuk hakları (=çocuğun insan hakları) doktrininin gelişimini gerektirmiştir. Bu gelişmeler, karşılaştırmalı hukukta medeni kanunlardaki velayet terminolojisini de etkileyerek, ana-babanın çocuk üzerindeki egemenliğini, sorumluluk esaslı bir ebeveyn ihtimamı, bakım ve özen ödevini ifade eden bir terminolojiye kavuşturmuştur.

Türk hukukunda ise çocuk ile ana-baba arasındaki ilişkinin soybağının ötesinde hukuki bir egemenliği de ifade eden görünümü *-velayet-*, karşılaştırmalı hukuktaki bu gelişmelerle tam örtüşen bir tarihsel geçmişe dayanmaz. Türk hukukunda velayetin tarihçesi, genellikle İslamiyet öncesi ve sonrasını esas alan bir perspektifte değerlendirilmektedir. Fakat geçmişteki baba egemenliği, farklı kapsam ve ağırlıkta bulunmakla birlikte, yine karakteristik bir öge olarak, Türk hukukunun tarihsel okumalarında da mevcuttur. Bu sebeple, -sevme, yardım, himaye, otorite, idare, temsil, üstlenme gibi birçok anlamı birlikte içeren etimolojisi sebebiyle- terminolojisine ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki tartışmalardan, fikrimizce, kaçınarak; fakat anlam ve içeriğinin zaman içerisinde geçirdiği dönüşüme şüphesiz işaret edilerek, velayetin hukuki niteliğinin Türk hukukunda da tartışılmasına ihtiyaç vardır.

Türk hukukunda velayetin *ana-baba lehine* ve *sadece* hak teşkil ettiği yönünde yaklaşımlara rastlanmamakla birlikte, geçmiş literatür, velayetin hak yönüne daha fazla vurgu yapmakta; bu *hakkın* mutlaklığından, hatta ana-babanın kişilik hakkı niteliğinde olduğundan bahsetmektedir. Ayrıca velayetin hak niteliğinin yanında, ana-babaya yüklediği yükümlülükler de işaret edilmektedir. Yine literatürde, velayetin, yükümlülük esaslı tanımlanması da sözkonusu olmakla birlikte, hâkim görüşün, velayeti hem hak hem yükümlülük olarak nitelendirdiği görülmektedir; hatta bu görüşün bazı yazarlarca "*yüküm-hak*" şeklinde kavramsallaştırılması da sözkonusudur. Velayetin niteliğine ilişkin olarak Türk hukukunda ileri sürülen görüşlerde, pek çok isabetli yön bulunmaktadır; bununla birlikte velayetin niteliğini izah sözkonusu olduğunda, hak, yetki, ödev, yükümlülük, kişilik hakkı gibi kavramların, özel hukuktaki teknik anlamlarından uzaklaştığı da fark edilmektedir. Ayrıca fikrimizce, velayetin bir yüküm-hak olduğunun kabulü halinde dahi, böyle bir sentez bakımından hangi hakkın veya yükümlülüğün kime/kimlere karşı olduğunun tespitine yine ihtiyaç vardır. Bu tespit için, fikrimizce, velayetin nitelendirilmesinden önce, içerdiği ilişkilere odaklanılması gerekir.

Hukuk felsefesinde, hak kavramına değil, hukuki ilişkilerin içeriğine ve ilgililerinin davranış biçimlerine odaklanılarak, birçok farklı anlamda kullanılan hak

kavramının sınırlandırılması, Amerikalı hukukçu Hohfeld'in hak analizini hatırlatmaktadır. Hohfeld'in hakkı, dar anlamda, bir muhataba yöneltilebilen taleple eşdeğer gören ve zıt karşılığına (karşıtına) yükümlülük kavramını yerleştiren yaklaşımı, başka bazı açılardan eleştirilebilir olsa da, velayet gibi birden fazla ilişki içermesi sebebiyle bazı kavram karışıklıklarına zemin hazırlayan bir müessesenin çözümlenmesinde, hatırlanması gereken bir yaklaşımdır. Aksi halde velayetin, çocuğu yönetme, temsil, onun hayatına ilişkin kararlar alma yönünde ana-babaya sağladığı bazı yetkilerin, özel hukuktaki başka yetkilere benzer şekilde, (sübjektif) hakka dayanan bir yaklaşımla açıklanması kaçınılmaz olmaktadır. Oysa velayette, ana-baba ve çocuk arasındaki ilişki, *karşılıklı* hak ve yükümlülüklerle dayanmamaktadır; velayet "yüküm-hak" olarak nitelendirildiğinde dahi hem haklar, hem yükümlülükler, aynı tarafa '*ana-babaya*' aittir ki, bu halde sözkonusu kavramların, özel hukuktaki teknik anlamlarıyla kullanılmakta oldukları zaten iddia edilemez.

Çocuk ile ana-babası arasındaki ilişki, dünyaya geldiği ilk andan kural olarak ergin olmasına kadar geçecek süre içerisinde, kapsam ve etkisi giderek azalan bir şekilde yetişkinlerin bakım ve ilgisine muhtaç çocuklar üzerinde, yine onların muhtaçlık hallerine paralel olarak giderek azalan bir kapsamda kurulu tâbiyet bağıdır. Bu ilişkinin şekilsel analizi, Hohfeld'deki yetki anlayışının, (sübjektif) haktan değil, doğrudan hukuktan doğan ve ancak hukuka (hukukun tasarımına) bağlı kaldığında geçerlilik/meşruiyet kazanan yapısıyla izah edilebilir. Velayetin hak olarak nitelendirilmesi, ana-babanın sadece üçüncü kişilere karşı talepleri yönündendir. Bunun anlamı, velayetin ana-babadan (TMK m.335/I,c.2) ve çocuğun ana-babasından (TMK m.339/IV), yasal bir sebep bulunmadıkça alınamaması/alıkonamaması, velayetten doğan yetkilerin hukuka uygun kullanımını halinde, üçüncü kişilerin ana-babaya müdahale etmeme yükümlülüklerinin bulunmasıdır. Sözkonusu yükümlülüğün devletle birlikte belirsiz bir çevreyi kapsıyor olması dolayısıyla, ana-babanın bu hakkı, mutlak karakterlidir; fakat burada mutlak *hak-kın* konusu, çocuğun kendisi, şahsı veya bedeni değil, üçüncü kişilerin ana-babanın yetkilerine müdahalesinin engellenmesi talebidir. Çocuk da velayetten doğan sözkonusu hakka, ana-babayla birlikte sahiptir.

Ana-babanın velayetten doğan ve devletle birlikte tüm üçüncü kişilere karşı müdahale edilemezlik talebiyle korunan yetkilerinin sınırını, hukuk düzeni oluşturur. Çünkü ana-babanın velayetten doğan yetkilerinin kaynağı irade özerkliğinin hüküm sürdüğü özel hukuk sahasında kullanılıp kullanılmaması sahibinin iradesine terkedilmiş ve sınırları bakımından da kural olarak keyfiliğe içeren bir *hakka* dayanmamaktadır. Sözkonusu yetkilerin kaynağı, Türk Medeni Kanun'un hükümleriyle birlikte, çocuğun anayasal hakları ve modern insan hakları hukuku-

nun tüm kazanımlarını da kapsar bir biçimde, doğrudan doğruya *hukuk düzenidir*. Çünkü çocuk; bakım, eğitim, korunma, temsil gibi ihtiyaçları sebebiyle ana babasına tâbi olmakla, onlara karşı eşitsiz bir konumda bulunsa da, devlet nezdinde ana-babasıyla eşit bir vatandaşdır ve tüm vatandaşların devlete karşı sahip olduğu temel haklar, bu defa *çocuğun insan hakları* olarak devleti çocuğa karşı yükümlü kılmaktadır. Böylece velayet hukuku bakımından öncelikle düzenleyici, gerektiğinde müdahale edici işleviyle devletin, velayetteki ilişkiler bütününe en üst düzeyde taraf/ilgili olduğunun, tespit ve kabulü gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız, “Türk Medeni Kanunu’ndaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velâyette Çocuğun Yararı”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 1-73.
- Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C. II, İstanbul, 2023.
- Akipek, Jale/ Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 17. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2021.
- Akdi, Murat, “Ana-Babanın Çocuğun Fotoğraf ve Görüntülerinin Sosyal Medyada Yayınlanmasından Doğan Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, C. 22, S. 3, s. 123-144.
- Akyüz, Emine, Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, Ankara, 2020 (çocuk hukuku).
- Emine Akyüz, Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Milli Eğitim Basımevi 2000 (çocuğun güvenliği).
- Akyüz, Emine, Hâkimin Velayet Hakkına Müdahalesi (yayımlanmamış doktora tezi), Ankara, 1974 (tez).
- Algan, Müjgan, Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Altunkaya, Mehmet, “Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 111-129.
- Antalya, Gökhan/ Topuz, Murat, Medeni Hukuk C. I, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Arsal, Maksudi, Türk Tarihi ve Hukuk I (İslamiyet’ten Önceki Devir), İstanbul, 1947.
- Ayanoğlu, Ahu, “Velayetin Ana Babaya Yüklelediği Görev ve Yetkilerin Kullanılmasının Üçüncü Kişilere Bırakılması ve Sınırları”, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Ed: Aslı Makaracı Başak; Seda Öktem Çevik; Gülen Sinem Tek, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 269-281.
- Aydoğdu, Burçin, Kazanılmış Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Temellendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Baktır Çetiner, Selma, Velayet Hukuku, Ankara, 2000.
- Başoğlu, Başak, “Çocuğun Medeni Hukuk Kuralları Çerçevesinde Şiddete Karşı Korunması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, C. 22, S. 1, s. 347 - 364.
- Baygın, Cem, Soybağı Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Baygın Cem/ Doğan Murat, “Çocuk Mallarının Kullanılması, Yönetilmesi ve Sarfı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2005, C. 9, S. 1-2, s. 379 - 427.
- Berki, Şakir, Velayetin Küçüğün Şahsı ve Malları Bakımından Şümüülü, Ankara, 1970.
- Beysan, Nazime, Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Bakımından Analizi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

- Binark, Naile, "Kutadgu Bilig'de Evlenme, Aile ve Çocuk Terbiyesi" Türk Kültürü Dergisi, S. 98, 1970 (Kutadgu Bilig Özel Sayısı), s. 174-179.
- Can, İslam, "Ailenin Tarihsel Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını", Sistematik Aile Sosyolojisi, Ed: Mustafa Aydın, Çizgi Kitabevi, Konya/ İstanbul/ Ankara, 2019, s. 57-79.
- Çakırca, Seda İrem, "Bebeklik Dönemi Aşu Uygulamalarının Velayet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi, İstanbul Hukuk Mecmuası, Y. 2022, C. 80, S. 4, s. 1105 - 1138.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan, "Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği", Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2015, S. 23, s. 45-84, (arabuluculuk).
- Demircioğlu, Huriye Reyhan, "Boşanmada Ortak (Birlikte) Velayetin Kabulü Sonrası Türk Hukukundaki Durum Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2024, S. 59, s. 301-344, (ortak velayet).
- Doğan, İsmail, Türk Aile Sosyolojisi, Pegem Akademi, Ankara, 2016.
- Doğan, Mazlum, Sözleşme Özgürlüğünün Emredici Hukuk Kuralları Çerçevesinde Sınırlandırılması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, M. Alper, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, Ankara, 2024.
- Gençcan, Ömer Uğur, Velayet Hukuku Yargıtay Uygulaması Bilimsel Açıklama ve En Son İçtihatlar, Ankara, 2015.
- Dural, Mustafa/ Sarı, Suat, Türk Özel Hukuku C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- Erdem, Meryem Işıl, "Sosyal Medyada Sharenting Kavramı ve Ulusal Mevzuatta İncelenmesi", Külliye, Y. 2022, C. 3, S. 2, s. 165 - 183.
- Erdem, Tefvik, Sosyoloji Notları, 4. Baskı, İmaj Kitabevi, Ankara, 2019.
- Erdoğan, İhsan, Hukuka Giriş, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024.
- Erdoğan, İhsan/ Keskin, A. Dilşad, Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku), 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Erlüle, Fulya, İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin, Çocuk Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Genç, Mustafa, "İslam Hukukunda Velayetin Mahiyeti", Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, Y. 2020, C. 7, S. 6, s. 204 - 227.
- Gökalp, Ziya, Türk Medeniyeti Tarihi, 1976.
- Gönenç, Fulya İlçin, Roma Hukukunda Kadın, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Görgülü, Ülfet, "Hukukun Öznesi Olarak Kadın: İslam Hukuku Ekseninden Bir Bakış", Kadın ve Kültür, Ed: Fulya Bayraktar/ Zeliha Kayahan, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 81-93.

- Gülfidan, Osman Serkan, "Hak ve Yükümlülük Bağlantısı Çerçevesinde Milli Egemenlik-İnsan Hakları İlişkisi: Hohfeld'in Hak Analizi Üzerinden 1921 Anayasası'nın Yapısal Devrimi", *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İnsan Bilimleri Dergisi*, Y. 2022, C. 3, S. 1, 1-18.
- Güneş Ceylan, Seldağ Roma Hukukundan Günümüze Velayet - Vesayet Hukuku, Yetkin Yayınları, 2004.
- Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 14. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2019.
- Güvenç, Özgür, "Çocuk Mallarının Yönetimi", *Türk Hukukunda Çocuk*, Ed: Ersin Erdoğan/ Belkıs Vural Çelenk/ Özgün Özyüksel, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 457-505.
- Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1993.
- Hohfeld, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 3. Printing, Yale University Press, New Haven and London, 1964 (first printing, 1919).
- İmamoğlu, Hülya, "Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2004, C. 54, S. 1, 165-90.
- İnan, Ali Naim, *Çocuk Hukuku*, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968.
- Karadeniz Çelebican, Özcan, *Roma Hukuku*, Ankara, 1997.
- Karakoç, İrem, "Bir İslam Hukuku Müessesesi Olan Hidane Hakkının ve Osmanlı Aile Hukukunda Uygulanışının İzmir Şer'iyeye Sicillerinde Yer Alan Bir Karar Örneği Üzerinden İncelenmesi" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2015, C. 19, S. 3, s. 151-206.
- Keskin, A. Dilşad "Ergin Kısıtlı Üzerindeki Velayet Hakkı (Uzatılmış Velayet)", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2014, C. IX, S. 2, s. 27-60.
- Keskin, A. Dilşad, *Medeni Hukuk Açısından Bizzat Karar Verme Hakkı (Selbstbestimmungsrecht)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Makaracı, Aslı Başak/ Çevik, Seda Öktem, "Bebeklik Dönemi Zorunlu Aşı Uygulamaları", *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması*, Ed: Aslı Makaracı Başak; Seda Öktem Çevik; Gülen Sinem Tek, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 363-380.
- de la Morandière, Julliot, "Fransız Medeni Kanunu'nun Tadili, Konferans", *Çev. Kemal Tahir Gürsoy*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1950, C. 7, S. 3, s. 414-425.
- Oğuzoğlu, Cahit, "Velayetin Medeni Hukuktaki Ehemmiyeti", *Adalet Dergisi*, Y. 1940, S. 11, s. 984-1004.
- Okur Gümrükçüoğlu, Saliha, "Osmanlı Hukuk Uygulamasında Kadının Çocuğu Üzerindeki Velayet ve Vesayet Hakkı" *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2022, C. 12, S. 1, s. 105-144.

- Öcal Apaydın, Bahar/ Selim, Hışım, "Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı", Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Ed: Aslı Makaracı Başak; Seda Öktem Çevik; Gülen Sinem Tek, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 285-323.
- Özay, Osman Levent, "Çocuğa Aşı Yapılması Konusunda Ana ve Baba Anlaşmazlığının İsviçre Federal Mahkemesi'nin 16 Haziran 2020 Tarihli Kararı (BGE 146 III 313) Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2022, C. 12, S. 1, s. 325-355.
- Özdemir, Hayrunnisa/ Ruhi, A. Cemal, Çocuk Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Öztan, Bilge, Aile Hukuku, Ankara, 2015.
- Öztürk, Huriye Reyhan, Türk Medeni Hukukunda Velayet ve Bunun Çocuğun Şahsı Bakımından Sonuçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (basılmamış yüksekisans tezi: Danışman, Mehmet Ünal), Ankara, 2000.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar, Hukuka Giriş, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Schwarz, Andreas B, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, 1947.
- Serozan, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul, 2017.
- Söğütlü, Özlem, Roma Özel Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- Şahin Ceylan, Şule, "Wesley Newcomb Hohfeld'in Temel Hukuk Kavramlarına Kısa Bir Bakış", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2009, C. 8, S. 1, s. 9-27 (Hohfeld).
- Şahin Ceylan, Şule, "İnsan Hakları: Hukuk ile Ahlak Arasında", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, C. 18, S. 2, s. 193-222 (insan hakları).
- Şener, Mehmet, "İslam Hukukunda Velayet I", Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Y. 1986, S. 2, s. 203-221.
- Şirin, Memduh Cemil, "Çocuk Hukuku Ne Değildir?", Çocuk ve Medeniyet, Y. 2016, C. I, S. 1, s. 49-59.
- Topal, Şevket, "Korunmaya Muhtaç Çocukların Bakımı ve Gözetimi Açısından İslam Hukukunda Velayet ve Vesayet Yetkisi", Y. 2006, C. 6, S. 2, s. 249 - 273.
- Topuz, Murat, "Çocuğun Kişilik Haklarının Ebeveynine Karşı Korunması", Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Ed: Aslı Makaracı Başak; Seda Öktem Çevik; Gülen Sinem Tek, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 363-380.
- Tuğ Levent, Gaye, Türk Medeni Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Turğut, Faruk, "Genel Olarak Aile", Sistemik Aile Sosyolojisi, Ed: Mustafa Aydın, Çizgi Kitabevi, Konya/ İstanbul/ Ankara, 2019, s. 15-34.
- Üçok, Coşkun/ Mumcu, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Ankara, 1999.
- Üstün, Kamile Türkoğlu, "Çocuğun İdari Karar Alma Süreçlerine Katılım Hakkı", Türk Hukukunda Çocuk, Ed: Ersin Erdoğan/ Belkıs Vural Çelenk/ Özgün Özyüksel, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 37-76.

Uydu Yücel, Mualla, Türk Tarihine Giriş, İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi, İstanbul, 2022.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku Cilt II (Aile Hukuku), İstanbul, 1949.

Yıldırım Abdulkerim, Türk Aile Hukuku, Monopol Yayınları, Ankara, 2021.

Yılmaz, Canan, Velayet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Yılmaz, Süleyman, Medeni Hukuk C. III, Aile Hukuku, Ankara, 2023.

Zevkliler, Aydın/ Cumalıoğlu, Emre/ Acabey, Beşir, Medeni Hukuk III, Aile Hukuku, Ankara, 2024.

Zorluoğlu Yılmaz, Ayça, "Sharenting ve Velayet Hakkının Sınırları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2021, C. 29, S. 4, s. 3383 - 3417.

Elektronik Kaynaklar

<https://islamansiklopedisi.org.tr/velayet--fikih>.

<https://www.nisanyansozluk.com/kelime/velayet>.