



**T.C.
ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**TÜRK MEDENİ HUKUKU VE İSLAM HUKUKUNDA
VELAYET**

Yüksek Lisans Tezi

Seniyye Şahin

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Nisan 2023



**T.C.
ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**TÜRK MEDENİ HUKUKU VE İSLAM HUKUKUNDA
VELAYET**

Yüksek Lisans Tezi

Seniyye Şahin

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

**Tez Danışmanı
Doç. Dr. Yasemin Güllüoğlu Altun**

Nisan 2023

ÖNSÖZ

İnsanoğlunun içinde doğup büyüdüğü ve sosyal bir varlık olarak hayata atıldığı aile, hukukun temel kurumlarından biridir. Tarih boyunca ailenin gerek dış ilişkileri gerekse iç ilişkileri hukukun başlıca konuları arasında olmuştur. Aile içi ilişkilerde ideal olan; ailedeki hiçbir ferdin haksızlığa uğramadığı, çocuk ile ana babası arasında sağlıklı bir bağın kurulduğu, karşılıklı sevgi ve yardımlaşma temeline dayanan bir ortamın sağlanmasıdır.

Çocuklar ile hukuken zayıf ve korunmaya muhtaç aile fertlerinin haklarının gözetilip korunması, velayet müessesesinin konusu olmuştur. Velayetin bir taraftan aile içinde özel bir ilişki olması bakımından aileyi ilgilendiren; diğer taraftan kamu düzenine ilişkin olması bakımından devleti ilgilendiren bir müessese olması, toplumda üstlendiği rolün önemini gözler önüne sermektedir.

İslam anlayışında evladın emanet oluşu, verilen emanete sahip çıkmayı ve ona asla zulmetmemeyi zorunlu kılar. Bu bilinçle kaleme alınan Türk Medeni Hukuku ve İslam Hukukunda Velayet başlıklı bu çalışmada, çocuklarımız için aydınlık ve güvenli bir geleceğin inşasına bir nebze dahi olsa katkı sunmak arzu edilmiştir.

Çalışmanın bu aşamaya gelmesinde yardımlarını esirgemeyen değerli danışman hocam Doç. Dr. Yasemin GÜLLÜOĞLU ALTUN'a ve kıymetli vakitlerini ayırarak çalışmayı geliştiren kıymetli hocalarım Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR ile Prof. Dr. Ülfet GÖRGÜLÜ'ye teşekkürlerimi arz ederim. Ayrıca, yakın ilgisi ile çalışmanın her sayfasında emeği bulunan muhterem hocam Öğr. Gör. Mesut GÜL'e, fedakarlıklarıyla bana çalışma ortamını sağlayan, her anlamda desteklerini esirgemeyen sevgili ailemin tüm fertlerine, çalışmayı yazarken beni destekleyen ve her zaman yanımda olan değerli yol arkadaşım Beytullah ŞAHİN'e, kütüphanedeyken yolumu gözleyen sabırlı minik yavruma tekrar teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	i
ÖZET.....	vi
ABSTRACT	viii
KISALTMALAR.....	x
GİRİŞ.....	1
A. Çalışmanın Önemi ve Amacı	1
B. Çalışmanın Konusu, Sınırları ve Yöntemi	2
C. Konunun Sunulması.....	4

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA VELAYET

I. VELAYETİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, KAYNAKLARI ve ÖZELLİKLERİ	6
A. Velayetin Tanımı	6
B. Velayetin Hukuki Niteliği	7
C. Velayetin Hukuki Kaynakları	10
D. Velayetin Özellikleri.....	12
II. VELAYET İLİŞKİSİNİN TARAFLARI, VELAYETİN KULLANILMASI, SONA ERMESİ ve DEĞİŞTİRİLMESİ	16
A. Velayet İlişkisinin Tarafları.....	16
1. Velayete Sahip Olanlar	16
2. Velayete Tabi Olanlar	17
B. Velayetin Kullanılması.....	18
1. Evlilik Birliği İçinde Velayetin Kullanılması.....	19
2. Evlilik Birliğine Ara Verilmesi veya Ayrılık Halinde Velayetin Kullanılması...	22
3. Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Velayetin Kullanılması....	23
4. Evlilik Birliği Haricindeki İlişkide Velayetin Kullanılması	27

C. Velayetin Sona Ermesi ve Değiştirilmesi.....	28
1. Velayetin Sona Ermesi.....	28
a. Velayetin Kanundan Dolayı Sona Ermesi.....	28
b. Velayetin Mahkeme Kararıyla Sona Ermesi	29
2. Velayetin Değiştirilmesi.....	31
III. VELAYETİN İÇERDİğİ HAK ve YÜKÜMLÜLÜKLER.....	33
A. Çocuğun şahsı Bakımından Velayetin İÇerdiği Hak ve Yükümlölükler	33
1. Çocuğun Adı.....	33
2. Çocuğun Yerleşim Yeri	34
3. Çocukla Birlikte Yaşama.....	35
4. Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi	37
5. Çocuğun Eğitimi.....	37
a. Çocuğun Genel ve Mesleki Eğitimi	38
b. Çocuğun Dinî Eğitimi	38
6. Çocuğun Söz Dinleme Yükümlölüğü	39
7. Çocuğun Fiil Ehliyeti ve Temsil Edilmesi	40
a. Çocuğun Fiil Ehliyeti	40
b. Çocuğun Temsil Edilmesi	42
8. Çocuğun Aileyi Temsil Etmesi	45
B. Çocuğun Malları Bakımından Velayetin İÇerdiği Hak ve Yükümlölükler.....	46
1. Çocuk Mallarının Yönetimi	47
2. Çocuk Mallarının Kullanılması	51
3. Çocuk Mallarının Gelirlerinin Sarfı	53
4. Çocuk Mallarının Kısmen Sarfı.....	54
5. Çocuğun Serbest Malları.....	56

İKİNCİ BÖLÜM

İSLAM HUKUKUNDA VELAYET

I. VELAYETİN TANIMI, KAPSAMI, ÇEşİTLERİ ve UNSURLARI	58
A. Velayetin Tanımı	58
B. Velayetin Kapsamı ve Çeşitleri	60
C. Velayetin Unsurları	63
1. Velayet Hakkı.....	63
2. Velayet Hakkının Hukukiliği	64
3. Velayete Sahip Olanlar	66

a. Velinin Taşınması Gereken Özellikler	69
b. Velayetin Kuvvetliliği İtibariyle Velilerin Sıralanışı	70
aa. “Hem şahıs hem de mal üzerinde kuvvetli velayet”	71
bb. “Şahıs üzerinde kuvvetli, mal üzerinde zayıf velayet”	71
cc. “Şahıs üzerinde zayıf, mal üzerinde kuvvetli velayet”	71
dd. “Hem şahıs hem de mal üzerinde zayıf velayet”	72
4. Velayete Tabi Olanlar	73
II. VELAYETİN BAŞLANGICI, KULLANILMASI ve SONA ERMESİ	77
A. Velayetin Başlangıcı	77
B. Velayetin Kullanılması.....	78
C. Velayetin Sona Ermesi	81
III. VELİ TASARRUFUNUN KONUSU BAKIMINDAN VELAYETİN TÜRLERİ	84
A. Şahıs Üzerinde Velayet (el-Velâyetü ale' n-Nefs)	84
1. Çocuğun Adı	85
2. Çocuğun Süt Emmesi (Radâ').....	86
3. Hidâne (Hadâne)	90
a. Hidânenin Tanımı ve Niteliği.....	91
b. Hidâne Döneminde Velayet	93
c. Hidâne Hakkına Sahip Olanlar.....	94
d. Hidâne Hakkı Sahibine Yönelik Şartlar	97
aa. Erkekler ve Kadınlara Yönelik Ortak Şartlar	97
bb. Sadece Kadınlara Yönelik Şartlar	98
cc. Sadece Erkeklerle Yönelik Şartlar	100
e. Hidânenin Süresi	101
f. Hidâne Ücreti	103
g. Hidâne Mekânı	104
h. Hidâne Döneminde Çocuğun Eğitimi	105
aa. Te'dib	106
bb. Dinî Eğitim.....	107
cc. Meslekî Eğitim	108
4. Nafaka	109
5. Evlendirme Velayeti.....	112
B. Mal Üzerinde Velayet (el-Velâyetü ale'l-Mal)	117
1. Çocuğun Malları Üzerinde Velayete Sahip Olanlar	119
2. Çocuğun Malları Üzerinde Velayete Sahip Olanların Tasarrufları	122
a. Çocuğun Malları Üzerinde Babanın Tasarrufları	122

b. Çocuğun Malları Üzerinde Babanın Vasisinin Tasarrufları.....	125
c. Çocuğun Malları Üzerinde Dedenin, Hâkimin ve Vasilerinin Tasarrufları	126

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK MEDENİ ve İSLAM HUKUKUNDA VELAYETE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN KARŞILAŞTIRILMASI

I. VELAYETİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ ve ÖZELLİKLERİ BAKIMINDAN	128
A. Velayetin Tanımı	128
B. Velayetin Hukuki Niteliği	130
C. Velayetin Özellikleri.....	132
II. VELAYET İLİŞKİSİNİN TARAFLARI BAKIMINDAN.....	138
A. Velayete Sahip Olanlar	138
1. Ana ve Babanın Durumu.....	139
2. Ana ve Baba Dışındaki Kimselerin Durumu	141
B. Velayete Tabi Olanlar	143
III. VELAYETİN KULLANILMASI BAKIMINDAN	145
IV. VELAYETİN SONA ERMESİ BAKIMINDAN	149
A. Velayetin Kanundan Dolayı Sona Ermesi.....	150
B. Velayetin Mahkeme Kararıyla Sona Ermesi	153
V. VELAYETİN İÇERDİĞİ HAK ve YÜKÜMLÜLÜKLER BAKIMINDAN	157
A. Çocuğun Şahsına İlişkin Hükümler.....	157
1. Çocuğun Adı	157
2. Çocuğun Süt Emmesi.....	159
3. Çocuğun Yerleşim Yeri ve Çocukla Birlikte Yaşama.....	160
4. Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi	161
5. Çocuğun Eğitimi.....	165
6. Çocuğun Evlendirilmesi	169
7. Çocuğun Temsil Edilmesi	172
8. Çocuğun Nafakası	174
B. Çocuğun Mallarına İlişkin Hükümler	176
1. Çocuk Malları.....	176
2. Çocuğun Mallarının Yönetilmesi.....	178

3. Çocuğun Mallarının Kullanılması ve Sarfı.....	184
C. Çocuğun Yükümlülükleri	186
1. Çocuğun Söz Dinleme Yükümlülüğü	186
2. Çocuğun Nafaka Yükümlülüğü	189
SONUÇ	192
KAYNAKÇA	195
ÖZGEÇMİŞ.....	205



ÖZET

TÜRK MEDENİ HUKUKU ve İSLAM HUKUKUNDA VELAYET

Yüksek Lisans Tezi

Seniyye Şahin

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Yasemin Güllüoğlu Altun

Nisan 2023

X + 205 sayfa

Bu çalışma, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Ana Bilim Dalı altında yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır. Tezde, Türk medeni hukukunda velayet kurumu ile bu kurumun İslam hukukundaki karşılığının incelenmesi ve birbirleriyle karşılaştırılması konusu akademik araştırmaya tabi tutulmuştur.

Çalışmada temel olarak Türk medeni hukuku ve İslam hukukunda “*velayet*” adı altında ana baba ve çocuklar arasındaki ilişkilerin ne suretle düzenlendiği üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda velayetin manası, hangi ilkelere dayandığı, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri ile bilhassa çocukların doğdukları andan itibaren korunma, şefkat, yardım ve ilgi görme gereksinimlerine karşı ne gibi tedbirler getirildiği incelemeye tabi tutulmuştur. Çalışmanın ilgili bölümlerinde Türk hukuk öğretisi, İslam hukuku kaynakları ve mahkeme içtihatları ele alınmış ve uygulamadan örnekler ile açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın birinci ve ikinci bölümünde, aile hukuku açısından önemli bir yere sahip olan çocukların hukuken korunup gözetilmesini amaçlayan velayet müessesesinin Türk medeni hukuku ve İslam hukuku sistemlerindeki yeri, mahiyeti ve içeriği tartışmalı noktalarıyla müstakil olarak ele alındıktan sonra üçüncü bölümünde, aralarındaki benzerlikler ve farklılıklar, konuya ilişkin kanunlaştırmalar ve yargı kararları ışığında incelemeye tabi tutulmuştur.

Genel olarak zayıfların korunması prensibinin bir sonucu olan velayete ilişkin olarak her iki hukuk sisteminin, çocukluk döneminin kendine has özellikleri ve ehemmiyetine binaen

çocuklar bakımından özel hükümler içerdği ve çocuğun yararını korumayı temel ilke olarak benimsediği gözlenmiştir. Bununla birlikte devlet müdahalesinin yoğunluğu, velayete sahip olanlar, onlara tanınan hak, yetki ve ödevlerin kapsamı ile velayetin sona ermesi gibi hususlarda iki hukuk sistemi arasında farklılıklar tespit edilmiştir. Tüm bu verilerden yola çıkarak bu çalışmanın, özellikle Türk medeni hukukunda velayet konusunda yapılacak akademik çalışmalar için konuyla ilgili meselelerin İslam hukuku düşüncesindeki karşılığının tespitine dair teorik zeminde yol gösterici bir çalışma olacağı ümidini taşıyorum.

Anahtar Kelimeler: Velayet, Türk Medeni Hukuku, İslam Hukuku, Evlendirme Velayeti, Birlikte Velayet.



ABSTRACT

CUSTODY IN TURKISH CIVIL LAW AND ISLAMIC LAW

Master's Thesis

Seniyye Şahin

Graduate Program with Thesis on Civil Law

Advisor: Assoc. Prof. Dr. Yasemin Güllüoğlu Altun

April 2023

X + 205 pages

This work has been prepared as a master's thesis under the Department of Private Law (Civil Law) of the Social Sciences Institute of the Ankara Social Sciences University. In the thesis, the subject of examining and comparing the institution of custody in Turkish Civil Law and its equivalent in Islamic Law has been academically researched.

In this study, it has been mainly focused on how the relations between parents and children are regulated under the name of “custody” in Turkish Civil Law and Islamic Law. In this context, the meaning of custody, the principles it is based on, the mutual rights and obligations of the parties, and what kind of measures are taken against the needs of protection, compassion, help and attention of children, especially from the moment they are born, have been examined.

In the relevant parts of the study, Turkish legal teaching, sources in Islamic Law and court jurisprudence are discussed and tried to be explained with examples from practice.

In the first and second parts of the study, the place, nature and content of the custody subject, which aims to legally protect and watch children, which has an important place in terms of family law, in Turkish Civil Law and Islamic Law systems are discussed independently with its controversial points. In the third part, the similarities and differences between them have been examined in light of the laws and judicial decisions on the subject.

Regarding custody, which is a result of the principle of protection of the weak in general, it has been observed that both legal systems contain special provisions for children based on the unique characteristics and importance of childhood and adopt the protection of the child's benefit as a fundamental principle. However, differences have been identified between the two legal systems in terms of the intensity of state intervention, those who have custody, the scope of rights, powers and duties granted to them, and the termination of custody.

Based on all these data, we hope that this study will be a guide on the theoretical ground, especially for academic studies to be carried out on custody in Turkish Civil Law, to determine the equivalent of the issues in Islamic Law.

Keywords: Custody, Turkish Civil Law, Islamic Law, Marry Guardianship, Joint Guardianship.

KISALTMALAR

AHBVÜ HFD	: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AŞ	: el-Ahkâmü’ş-Şer‘iyye fî’l-Ahvâli’ş-Şahsiyye
AÜEBFD	: Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi
AÜİFD	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Art.	: Artikel (madde)
b.	: Bent
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
ÇHS	: Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Çocuk Hakları Sözleşmesi)
ÇKK	: 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DEÜİFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
DİA	: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
dn.	: Dipnot
H.	: Hicri
HAK	: 1917 Tarihli Hukuk-ı Âile Kararnâmesi
HÜHFD	: Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İHAD	: İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi
İİK	: 2004 Sayılı İcra İflas Kanunu
İnÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar Numarası
M.	: Miladi
m.	: Madde
Mc.	: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye
NEÜİFD	: Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
s.a.v.	: Sallallahü aleyhi ve sellem
T.	: Tarih
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
İSAM	: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ZGB	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

GİRİŞ

A. Çalışmanın Önemi ve Amacı

Aile kurumuna, milletin esas olmasi hasebiyle bütün hukuk düzenleri tarafından büyük önem verilmiştir. Aile kurmanın en önemli sonuçlarından biri çocuktur. Çocuğun toplumun istikbali olduğu gerçeği neticesinde gerek kendisi gerekse toplum için özenle yetiştirilmesi gerekir. Çocuk; başta bir insan sonra toplumun geleceği olarak değer vermeye, özenle yetiştirilmeye ve sağlıklı gelişim olanaklarına sahip olmaya layıktır. Çocuğun bağımlılığı ve güçsüzlüğü sebebiyle gereksinimlerinin karşılanması, aile ve toplum içindeki yerinin hukuk sistemlerince düzenlenmesi ve haklarının korunması gerekir.

Çocuğun yetiştirilmesinde hem devlete hem de çocuğun ailesine ciddi bir görev düşer. Devlet, 1982 Anayasası'nda açıkça işaret edildiği üzere çocukların korunması için gereken her türlü tedbiri almak ve teşkilatı kurmak zorundadır. Aile ise çocuğun yetiştirilmesi konusunda en önemli araca, velayete sahiptir. Bu noktada çocuk ile ana babasının karşılıklı hak ve sorumluluklarının varlığından bahsedilir. Nitekim çocuğun yetiştirilmesi ve menfaatlerinin korunmasında tüm insanlığın faydası vardır.

Çocuğun korunması, toplumda düzenli bir yaşamın sağlanmasına hizmet eder. Zira hukuk, toplumda düzeni sağlama amacı doğrultusunda güçlü ve zayıf durumda olanlar arasında adalete uygun düzenlemeler yapar. Bu düzenlemelerin işlevi, zayıf durumda olanları korumaktır. Çocuklar, “küçüklük” denilen niteliklerinin tabii sonucu olarak kendi kendilerini koruyabilecek durumda değildir. Onların zayıflığı; bedensel ve zihinsel açılardan güçsüz olmaları, kendi ihtiyaçlarını karşılamak için yeterli dile, ehliyet, deneyime sahip olmamaları gibi sebeplerden kaynaklanır.

O halde çocuklar; şahısları ve malları ile ilgili konularda tam ehliyet sahibi birileri tarafından korunmalı, gözetilmeli ve temsil edilmelidir. Bu sorunun; çocuğun menfaatini merkeze alan, fertlere hak ve sorumlulukların adil bir şekilde dağıtıldığı, kamu düzenini koruyarak gerektiğinde devlet denetimine ve müdahalesine imkân veren devamlı bir uygulama ile çözülme ihtimali daha yüksektir. Çalışmamızın konusu, bu şartları karşılayan çözüm yolunun incelenmesi bakımından önemlidir.

İşbu soruna çözüm olmak üzere, Türk medeni hukuku ve İslam hukuku sistemlerinde “*velayet*” adı altında çeşitli tedbirler düzenlenmiş olup, çalışmamız velayet müessesesini konu edinmiştir. Zira velayet kurumu her hukuk düzeninde aynı şekilde tertip edilmiş değildir; kabul edilen sistemler açısından farklılıklar vardır.

Akademik çevrelerce evlilik birliği dışında ve boşanma durumunda velayetin ana baba tarafından ortaklaşa kullanılmasının hukuken mümkün olup olmadığı tartışılmaya, araştırılmaya ve gündem oluşturmaya devam etmektedir. Konunun hem çocuklar hem de toplum için önemine ve güncelliğine binaen bu çalışmanın, velayet hukuku konusunda olması gereken hukuka katkı sunacağını umuyoruz.

B. Çalışmanın Konusu, Sınırları ve Yöntemi

Bu çalışmanın konusu, Türk medeni hukukunda “*velayet*” kurumu ile bu kurumun İslam hukukundaki karşılığının incelenmesi ve karşılaştırılmasıdır.

Çalışmanın konusu, iki hukuk sistemi arasında karşılaştırma yapmaya elverişli olması ve velayetin yaygın kullanımına uygun olması dolayısıyla Türk medeni hukukunda ifade ettiği anlam esas alınarak “*kural olarak küçüklerin, istisnai olarak kısıtlıların şahısları ve malları üzerindeki velayet*” ile sınırlanmıştır.

Bu çalışmada kuramsal yaklaşım benimsenerek konuyla ilgili mevcut veri kaynakları ve belgeler taranmıştır. Çalışma verileri toplanırken monografi ve arşiv araştırması yapılmıştır. Türk hukukuna ait bilgiler pozitif hukuk kaynaklarından, İslam hukukuna ait olanlar klasik ve modern dönem İslam hukuku kaynaklarından toplanmıştır. Hanefi hukukunun sosyal, kültürel, siyasi ve coğrafi bazı sebeplerle toplumumuzda yaygın olarak benimsenmiş olması nedeniyle,¹ yüksek lisans düzeyindeki bu çalışmada Hanefi hukuku esas alınmıştır. Bununla birlikte diğer mezheplerin konuyla ilgili görüşlerine de yer verilmiştir. Konunun somutlaştırılması maksadıyla mümkün olduğunca Yargıtay kararları ile kadı sicillerinde geçen çeşitli örnek olaylara yer verilmiştir.

İslam hukukunda velayetle ilgili meseleler farklı başlıklar altında dağınık olarak ele alınmıştır. Örneğin, çocuğun şahsıyla ilgili meselelerden bakım ve eğitimi “*hidâne*”, evlendirilmesi “*nikah*”, malları ile ilgili meseleler “*vesayet*” ve temsil edilmesiyle ilgili meseleler “*hacir*” gibi bölümlerde sadece konuyla ilgisi kadar ele alınmıştır. Bunların dışında

¹ Muhammed Fatih Turan, "Türklerin Hanefi Mezhebinin Benimsemesini Kolaylaştıran Faktörler", *İHAD* 36 (2020), 317.

klasik dönem İslam hukuku kaynaklarında velayetle ilgili hükümlere “*ehliyet, neseb, radâ, nafaka, lakât*” gibi bölümlerde ve “*ahkâmü’s-sığâr*” türü çocuk hukuku eserlerinde meseleci bir yaklaşımla yer verilmiştir. Modern dönem İslam hukukunda ise konunun öğretisel çerçevesi “*el-Ahvâlü’ş-Şahsiyye*” türü kaynaklarda modern sistematik takip edilerek ele alınmıştır.²

Velayetle ilgili hükümlerin karşılaştırılmasında 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun ilgili maddeleri ile Mısır Adliye Nâzırı Muhammed Kadri Paşa’nın “*el-Ahkâmü’ş-Şer’iyye fi’l-Ahvâlü’ş-Şahsiyye (AŞ)*” adlı eseri ve Osmanlı’nın son zamanında çıkarılan M. 1917 tarihli “*Hukuk-ı Âile Kararnâmesi (HAK)*” birlikte ele alınmıştır.³ Velayete tabi olan kişilerin fiil ehliyeti ve kısıtlanmaları ile ilgili hususların açıklamasında ise 1868-1876 yılları arasında hazırlanan “*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye (Mc.)*” eserinden faydalanılmıştır.

Çalışmada yer verilen Kur’ân âyetlerinin mealinde Diyanet İşleri Başkanlığı’nın “*Kur’ân Yolu*” meali esas alınmıştır. Hadis kaynaklarına yapılan atıflarda kitap adından sonra bab adı ve numarası verilerek “*Concordance*” tasnif sistemi benimsenmiştir.

Bu çalışmada, özellikle Türk medeni hukukunda velayet konusunda yapılacak akademik çalışmalar için konuyla ilgili meselelerin İslam hukuku düşüncesindeki karşılığının tespitine dair teorik zeminde bir katkı sağlamak amaçlanmıştır. Çalışmada, önce Türk medeni hukukunda sonra da İslam hukukunda velayete yer verilmek suretiyle iki hukuk sistemi ard arda ele alınmıştır. Çalışmanın genelinde benimsenen tutum, mümkün olduğu ölçüde her iki hukuk düşüncesini, özgün sistematüğini koruyarak vermektir. Ancak farklılık arz eden hususların varlığı hâlinde bunlar, hukukçularımızın kolayca faydalanabilmeleri için Türk medeni hukuku sistematüğü gözetilerek ya ayrı bir başlık açılarak ya da konu içerisinde belirtilmek suretiyle açıklanmıştır.

Çalışmanın son bölümünün karşılaştırmalı hukuk çözümlemesi niteliğinde olması hedeflenmiştir. Bu anlamda karşılaştırmasını yapmak istediğimiz velayet kurumunun Türk medeni hukuku ve İslam hukuku sistemlerinde üstlendiği görevlerin karşılıkları belirlenmeye çalışılmıştır. Bu amaçla çalışmamızda “*görevsel denklik ilkesi*” yöntemi kullanılmıştır.

² Ali Bardakoğlu, “Vesâyet”, *DİA* (İstanbul: İSAM Yayınları, 2013), 66; Şevket Topal, “Korumaya Muhtaç Çocukların Bakımı ve Gözetimi Açısından İslâm Hukûkunda Velâyet ve Vesâyet Yetkisi”, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi* 6/3 (2006), 270; Aydın Kudat, “İslam Hukukunda Temsil ve Amacı”, *Adam Akademi Sosyal Bilimler Dergisi* 5/1 (2015), 40-41.

³ Ahmet Akgündüz, *Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, (Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1986), 157.

Türk Medeni Kanunu'nda yer yer ergin olmayanları ifade etmek üzere “*küçük*”, ana ve babanın evladını ifade etmek üzere “*çocuk*” tabiri kullanılmıştır.⁴ Her çocuğa küçük denilemeyeceği bilgisiyle birlikte çalışmada “*ergin olmayan çocuk*” manasında küçük ve çocuk ifadelerinin her ikisine de yer verilmiştir. “*İslam hukuku*” ifadesinin “*fıkıh*” tabirini karşılayıp karşılamadığı tartışmaları bir tarafa bırakılıp bu çalışmada İslam hukuku ifadesi tercih edilmiştir.

C. Konunun Sunulması

Belirttiğimiz sorunlar, tartışmalı konular ve hedefler doğrultusunda çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır.

Çalışmanın birinci bölümü Türk medeni hukukunda velayete tahsis edilmiştir. Velayet müessesesinin amacının ve işlevinin anlaşılması için önce tanımı, hukuki niteliği, kaynakları ve özellikleri incelenmiştir. Daha sonra bu temel üzerine kurulmuş olan velayet ilişkisinin tarafları, velayetin hangi ilkelere riayet edilerek ve nasıl kullanılacağı ile hangi durumlarda sona ereceği ve değiştirileceği konuları ele alınmıştır. İlgili yerlerde çocuklar için öngörülen koruma tedbirlerine değinilmiş ve hangi hallerde devletin velayete müdahale edebileceğinden bahsedilmiştir. Velayetin içerdiği hak ve yükümlülükler gelindiğinde; ebeveyn ve çocuğun karşılıklı hak ve yükümlülükleri çocuğun şahsı ve malları bakımından olmak üzere ikili bir ayrıma gidilerek incelenmiştir. Çocuğun temsili ile ilgili hususlar, üçüncü bir alt başlık açılmadan çocuğun şahsı bakımından velayetin içerdiği hak ve yükümlülükler başlığı altında incelenmiş ve böylece mukayese edilecek başlıkların birbirini tamamlaması hedeflenmiştir. Tüm bunların kanun maddeleri ışığında değerlendirilmesinin konunun anlaşılmasına katkı sağlayacağı düşünülerek ilgili maddelerle ilişki kurulmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümü İslam hukukunda velayete özgülenmiştir. Bu bölümde önce velayetin tanımı, kapsamı ve çeşitlerine yer verilerek İslam hukukunda velayete toplu bir bakış yapılmış ve velayetin geniş yelpazesinden bahsedilmiştir. Sonra bu geniş yelpaze içinden dar anlamıyla velayet esas alınarak bu velayetin unsurları içinde velayet hakkına, velayetin hukukiliğine ve taraflarına yer verilmiştir. Bu temel üzerine kurulan velayetin ne zaman başlayıp ne zaman sona ereceği ve nasıl kullanılacağı incelemeye tabi tutulmuştur. Velayet hakkının kötüye kullanılması veya hiç kullanılmaması gibi durumlar başta olmak üzere hangi durumlarda devlet tarafından velayetin kaldırılacağından bahsedilmiştir. Son olarak velayetin

⁴ Cemil Çelik, "Çocuk Kavramı ve Medeni Hukuk Açısından Çocuk Haklarının Tarihi Gelişimi", *e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi* 36 (Şubat 2005), Parg. 13. (Erişim 15 Mayıs 2023).

türlerinden, veli tasarrufunun konusu bakımından şahıs ve mal üzerinde velayet ve bu velayet türlerinin içerdiği hak ve yükümlülöklere yer verilmiştir. Bu anlamda birinci ve ikinci bölümlerin alt başlıklarının mümkün olduğunca birbirlerine karşılık gelmesine ve sistematığının benzer olmasına özen gösterilmiştir.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde, buraya kadar yer verilen tüm hususlar bakımından Türk medeni hukuku ve İslam hukukunun velayete ilişkin hükümleri karşılaştırılarak ele alınmıştır. Çalışma boyunca yer verilen kanun maddeleri, mahkeme içtihatları, medeni hukuk öğretisi, Hanefi hukuku ve diğer mezheplerin görüşleri ışığında konunun özünden ayrılmadan benzerlikler ve farklılıklar açıklanmaya çalışılmıştır.

Sonuç bölümünde birinci, ikinci ve üçüncü bölümde anlatılan konunun ulaşılan sonuçları genel bir bakışla özetlendikten sonra yorumlarımıza kısaca yer verilmiştir.

Çalışmamızın Türk hukuk sistemine katkı sağlaması ve yararlı olması ümidiyle...

Nisan 2023

Seniyye ŞAHİN

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA VELAYET

I. VELAYETİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, KAYNAKLARI ve ÖZELLİKLERİ

A. Velayetin Tanımı

Velayet, aile hukukuna ait bir müessese olduğu için velayeti anlamak, aileyi tanımayı gerektirir. Arapça “*aile*” kelimesi, kökeni itibariyle “*bakılan, geçindirilen, nafakası karşılanan kimselerin oluşturduğu topluluk*” anlamına gelir. Aile kelimesi dar anlamıyla kullanıldığında, evlilik sözleşmesiyle bir araya gelmiş iki kişiyi (TMK m. 124-281); geniş anlamıyla kullanıldığında ana, baba ve çocuklardan oluşan “*velayet ailesini*” (TMK m. 335-363); en geniş anlamıyla kullanıldığında ana, baba ve çocuklar dışında, onlara soybağı veya bir sözleşme ile bağlı olan kimselerden oluşan “*ev topluluğu*”nu (TMK m. 367-369) ifade eder. Çocuğun gözünü açtığı ilk göreceği ve içerisinde şekilleneceği ortam olması bakımından ailenin, özel olarak korunması gerekliliği her daim vurgulanmıştır.⁵ Ana, baba ve çocuklar arasındaki ilişkilere hukukî bir zemin hazırlanması velayet marifetiyle olur.

Velayet kelimesi sözlükte “*yakınlık, himaye etmek, yardımcı olmak, sevmek, dostluk kurmak, korumak, akrabalık tesis etmek ve birinin işlerini üstlenmek*” gibi çeşitli anlamlara gelir.⁶ Hukukî bir terim olarak “*velayet*”, Türkçe tam karşılığının bulunmaması ve uygulamaya bu şekliyle yerleşmiş olması sebebiyle 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’na (TMK)⁷ getirilen şekli değişikliklerden etkilenmemiştir.

Velayetin tanımı kanun koyucu tarafından tam anlamıyla yapılmamıştır.⁸ Öğretide velayet kavramı, velayetin içeriğinden (TMK m. 339 vd.) yola çıkılarak çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Buna göre velayet, “*Kural olarak küçüklerin, istisnai hallerde kısıtlıların bakım*

⁵ Hüseyin Hatemi-Rona Serozan, *Aile Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 3; Selma Çetiner, “Hukukumuzda “Aile” Kavramı”, *Terazi Hukuk Dergisi* 5/41 (2010), 61-62.

⁶ H. Yunus Apaydın, “Velayet”, *DİA* (İstanbul: İSAM Yayınları, 2013), 15.

⁷ Türk Medeni Kanunu (TMK), *Resmî Gazete* 24607 (08.12.2001), 4721.

⁸ “Velayet kavramı, kaynak İsviçre Medeni Kanunu’nda da tanımlanmamıştır (Art. 301 ZGB).” S. Hülya İmamoğlu, “Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, *AÜHFD* 54/1 (2005b), 165., dn. 2.

ve korunmalarının sağlanması için, onların şahısları ve malları üzerinde ana babanın sahip oldukları görev, yetki ve hakların tümü” şeklinde tanımlanmıştır.⁹ Benzeri bir tanım da velayet, “Ana veya babanın korunmayı gereksinen küçük ya da kısıtlı, evlilik içinde ya da evlilik dışında doğmuş çocuklarının bakımına, gereksinimlerinin karşılanmasına, çıkarlarının korunmasına, onların mallarının yönetilip kullanılmasına, değerlendirilmesine ve çocukların temsiline ilişkin hakların ve yükümlerin toplamı” şeklinde de ifade edilmiştir.¹⁰ Bünyesindeki hak ve görevlerin kullanılmasında çocuğun yararına vurgu yapan bir başka görüşe 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 kurum” şeklindedir.¹¹

Ana babaya tanınan hak ve yükümlülükler ile çocuğun bakılması, çıkarlarının korunması, temsil edilmesi, eğitilmesi ve malvarlığının yönetilmesi sağlanmak istenmiştir. Velayet müessesesinin amacı, çocuğun yeterli bir olgunluğa ulaşana kadar menfaatlerinin en iyi şekilde korunmasını sağlamaktır. Çocuğun yeterli olgunluğa erişmesi ifadesinden gerek bedeni, zihni ve içtimai gerekse psikolojik ve ahlaki gelişimini sağlamış bağımsız bir insan olarak yetişmesi anlaşılır.¹²

B. Velayetin Hukuki Niteliği

Velayetin hukukî niteliği konusundaki görüşler tarihi seyir içerisinde ciddi bir değişikliğe uğramıştır.¹³ Orta çağda yaşanan ekonomik gelişmeler toplumsal bazda sosyal ve siyasi dönüşümlere sebep olmuştur. On dokuzuncu yüzyılda aile yapısının tamamen değişmesi ile nihayet velayet kavramına yüklenen anlam da farklılaşmıştır.

⁹ Selahattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1990), 483; Kemal Oğuzman-Mustafa Dural, *Aile Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1998), 272; Bülent Köprülü-Selim Kaneti, *Aile Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989), 245; Ferit H. Saymen-Halid K. Elbir, *Türk Medeni Hukuku C. 3 Aile Hukuku*, (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1960), 368; Turgut Akıntürk-Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku C. 2 Aile Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2020), 406; Mustafa Dural vd., *Türk Özel Hukuku C. 3 Aile Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 361; Hayrunnisa Özdemir-Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku (Ders Kitabı)*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 296; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 1074; Cem Baygın, *Soybağı Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 259; Sevgi Usta, *Velayet Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 23.

¹⁰ Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005), 250.

¹¹ Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku*, (Ankara: Pegem Akademi, 2018), 222.

¹² Öztan, 1074; Akyüz, 222; Akıntürk-Ateş Karaman, 407.

¹³ Selma Çetiner, "Velayet Müessesesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği", *DEÜHFD* 19/Özel Sayı (2017), 27.

Önceleri velayet, çocuk üzerinde babaya veya anaerkil ailelerde ananın velisine tanınan mutlak bir hâkimiyet hakkı olarak görülmüştür.¹⁴ Bu görüşe göre çocuk, ana babanın varlığı sebebiyle sahip olduğu maddi, manevi, iktisadi ve sosyal kişilik değerlerinin bir parçası gibidir.¹⁵ Bu nevi kişilik hakkı, çocuk üzerinde mutlak ve tek yanlı bir hâkimiyetin kurulmasına olanak vermiştir.

Zamanla velayet kurumunun bir kimseye (ana baba) başka bir kimse (çocuk) üzerinde böyle sınırsız ve tek yanlı bir egemenlik kurma hakkı vermeyeceği fikri yerleşmiştir. Çocuğun hayatı üzerinde babanın kayıtsız şartsız hakimiyeti anlayışı, yerini, fertlerin bağımsızlığı ve karşılıklı menfaatlerinin korunması esasını kabul eden aile tiplerine terketmiştir.¹⁶ Bu anlamda kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda "*Velayet*" kavramı yerine, "*ebeveyn bakımı ve özeni*" anlamına gelen "*Elterliche Sorge*" kavramı kullanılmıştır.¹⁷ Ayrıca ZGB m. 296/1'de ebeveynin bakım sorumluluğunun "*çocuğun yararına*" olduğu açıkça belirtilmiştir.¹⁸

Öğretide velayetin hukukî niteliği görev üzerinden de açıklanmıştır. Bu görüşe göre velayet; anlamı ve içeriği itibariyle bir hak değil, vazifedir.¹⁹ Bu görüşü destekleyen sebepler arasında ana babanın velayet görevinden çekilmesinin yahut onu bir başkasına devrederek kurtulmasının mümkün olmaması gösterilmiştir. Keza velayetin kamusal niteliği dolayısıyla topluma mal olan denetlenebilir ve müdahale edilebilir bir kurum olması onun, vazifelerden birleşmiş bir müessese olarak yorumlanmasına sebep olmuştur.²⁰

Velayeti yalnızca bir hak veya yalnızca bir görev olarak kabul eden görüşler zamanla yerini yüküm hak olarak kabul eden görüşe bırakmıştır.²¹ Öğretide hâkim olan bu görüşe göre velayet, ana babaya çocuğun şahsı ve malları üzerinde hem hak hem de yükümlülük tanınması sebebiyle çift yönlüdür.²² Yine velayet, ana babaya kudret ve yetki sağlamakla kalmaz onlara yüküm ve ödevler de yükler. Hatta yüküm ögesi, bu hakkın çerçevesi dışında düşünilemeyecek

¹⁴ Coşkun Üçok vd., *Türk Hukuk Tarihi*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017), 127.

¹⁵ "*Kişilik hakkı, sahibine kişisel değerleri üzerinde her türlü müdahaleden uzak bir hâkimiyet yetkisi sağlar ve ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilir.*" O. Gökhan Antalya-Murat Topuz, *Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri C. 1*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 159.

¹⁶ Çetiner, Velayet Müessesesi, 36-37; Öztan, 1076; İmamoğlu, 166; Ali Naim İnan, *Çocuk Hukuku*, (İstanbul: Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, 1968), 124.

¹⁷ Akyüz, 223.

¹⁸ Ebru Ceylan, "Türk Velayet Hukukunda Yeni Gelişmeler", *Legal Hukuk Dergisi* 16/181 (2018), 42.

¹⁹ Şakir Berki, *Velâyetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumûlü*, (Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1970), 5; Nurettin Gürsel, "Velâyet Hakk ve Vazifeleri", *Adalet Dergisi* 40/4 (1949b), 434.

²⁰ Çetiner, Velayet Müessesesi, 37.

²¹ Çetiner, Velayet Müessesesi, 37; İmamoğlu, 167.

²² Köprülü-Kaneti, 246; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku C. 2 Aile Hukuku*, (İstanbul: Nurgök Matbaası, 1965), 366; Saymen-Elbir, 368; İnan, 125.

derecede yetki ile iç içe geçmiş durumdadır.²³ Bu anlamda velayet, mahiyeti itibarıyla “*ana babanın sorumluluğunun*” ön plana çıktığı bir haktır. Velayetin ana babaya tanıdığı haklar, çocuğun yüksek yararının gerçekleştirilmesi amacına hizmet eder. Günümüz velayet anlayışına çocuğun yüksek yararı hâkimdir. Bu anlamda velayet amaca yönelik bir haktır.²⁴ Bu doğrultuda; 743 Sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi’nden²⁵ farklı olarak 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda velayet kavramı ile hak kavramı (TMK m. 341/1, çocuğun dinî eğitimini belirleme hakkı hariç) yan yana kullanılmamıştır.

Velayetten doğan hakkın, mutlak bir aile hakkı mı yoksa mutlak-nisbî karma bir hak mı olduğu konusunda öğretide farklı görüşler vardır. Velayet mutlak bir haktır diyenlerin delilleri arasında; çocuğun ana babasından yasal sebep olmadıkça alınamaması ve gerektiğinde ana babanın çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi hakkında çocuğun yararına uygun olarak aldıkları kararları zorla uygulama yetkilerinin olması gösterilir.²⁶ Çocuğun ana babasından haksız yere alınması halinde ana baba geri isteme hakkını her zaman ve herkese karşı ileri sürebilir. Keza TMK m. 339/4 hükmü bu hususa işaret etmiştir.

Velayet ve vesayet hakkı gibi mutlak aile haklarını “*başkasının şahsı üzerinde mutlak hak*” şeklinde anladığımız zaman, bir ayni hak türü olan mülkiyet hakkından farksız olur. Ancak bu haklar “*ihlal eden herkese karşı korunan konumlar*” mahiyetinde birer hak olarak anlaşılmalıdır.²⁷

Velayet hakkı hem mutlak hem de nisbî özellik taşıyan bir haktır diyenlere göre; velayet hakkının nisbîlik niteliği, velayet ilişkisinin tarafları arasındaki ilişkinin gerektirdiği bakım, saygı ve dayanışma gibi yükümlülüklerde ortaya çıkarken mutlak hak niteliği, ana baba ve çocuğun üçüncü kişilerle olan ilişkisinde ortaya çıkar.²⁸

O halde velayet ana babaya, ana baba olmalarından dolayı tanınan hem şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak hem de bir yükümlülüktür. Velayet hakkından feragat edilemez ve bu hak bir

²³ Serozan, 250.

²⁴ Öztan, 1075; Akyüz, 223.

²⁵ Türk Kanunu Medenisi (Mülga Medeni Kanun), *Resmî Gazete* 339 (04.04.1926), 743.

²⁶ Oğuzman-Dural, 276; Dural vd., 362; Öztan, 1080; Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021a), 184.

²⁷ Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuk'a Giriş*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004), 127; Serozan, 251.

²⁸ Serozan, 251; İmamoğlu, 168; Yıldız Abik, "Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı", *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011), 17; Sera Reyhani Yüksel, *Velayet Hakkının Anayasal Sınırları*, (İstanbul: Legal Yayınevi, 2016), 28.

hukukî işlemle sınırlandırılmaz.²⁹ Ana baba velayet hak ve yükümlülüklerini birbirine de devredemez.³⁰

C. Velayetin Hukuki Kaynakları

Velayet kavramı ile çocuk hakları konusu birbirine sıkıca bağlıdır. Hakikaten, çocuğun en temel hakkı ana babası tarafından yetiştirilme ve kollanma hakkıdır. Ana babanın bu hakkı kullanmasının yasal dayanağı velayet müessesesidir.³¹ Çocuk doğası gereği güçsüz ve korunmaya muhtaçtır. Çocuk haklarının hukuk sistemlerince güvence altına alınması ise çocuk hukuku bilim dalının gelişmesine bağlı olarak 20. yüzyılda gerçekleşebilmiştir.³²

Günümüz çocuk hakları ve velayet anlayışının şekillenmesinde uluslararası sözleşmelerin etkisi büyüktür. Uluslararası alanda çocuk haklarıyla ilgili faaliyet gösteren örgütler tarafından ulusal kurallara yön veren evrensel normlar oluşturulmuştur. Türkiye, taraf olduğu uluslararası hukukî metinlerle bu normları iç hukukuna dahil etmiştir. Zira 1982 Anayasası m. 90/5'e göre usulüne uygun yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar, kanunlarla eşdeğer bağlayıcılığa sahiptir.³³

“Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Çocuk Hakları Sözleşmesi/ÇHS)”, Kasım 1989’da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’na kabul edilmiştir. Bu sözleşme uluslararası hukukta çocuk hakları konusunda düzenlenen temel metindir.³⁴ Çocuk hakları konusunda en çok katılımın gerçekleştiği sözleşme olması, bu haklara yönelik temel ilkeleri benimsemesi ve çeşitli kanunlarla sözleşmelere dağılmış halde olan çocuk haklarını tek bir çerçevede toplamaya çalışması bu sözleşmenin önemli özellikleri arasındadır.³⁵

Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin temel ilkeleri, “ayrımcılık yapmama prensibi (ÇHS m. 2), çocuğun yüksek yararı prensibi (ÇHS m. 3), yaşama ve gelişme prensibi (ÇHS m. 6) ve

²⁹ Öztan, 1078; Dural vd., 363; Akıntürk-Ateş Karaman, 408; Serozan, 252; Oğuzman-Dural, 276; Sinan Sami Akkurt, "Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velâyetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 95. “Ancak, özel hallerde, belirli bazı görevlerin ifası için, ana baba üçüncü kişilere yetki verebilirler; mesela, özel hoca tutulması, çocukların bakım ve eğitimleri hakkında bir sözleşme ile belirli yetkilerin kullanılması hakkının üçüncü şahıslara bırakılması, çocukların bir yere yerleştirilmesi gibi.” Öztan, 1078.

³⁰ Serdar Çelikel, Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 38.

³¹ Ceylan, 35.

³² Akyüz, 4.

³³ Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 383.

³⁴ Bu uluslararası sözleşme, 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye’de Sözleşme 14 Eylül 1990 tarihinde imzalanmıştır. Sözleşmenin 17., 29. ve 30. maddelerine T.C. Anayasası ve Lozan Anlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun yorumlama hakkının saklı tutulacağına dair ihtirazi kayıt konulmuştur. R.G. T: 27.01.1995, S: 22184.

³⁵ Ömer Uğur Gençcan, Velayet Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 100. Sözleşme ile tanınan haklar “yaşama, gelişme, korunma ve katılma hakları” olmak üzere dört ana grupta toplanabilir. Akyüz, 11.

çocuğun görüşüne değer verme prensibi (ÇHS m. 12)”dir.³⁶ Türkiye sözleşmeye taraf devletler arasında olduğundan bu sözleşmenin maddeleri iç hukuk normu haline gelmiştir.

Birleşmiş Milletler’le birlikte çocuk hukuku üzerinde önemle duran bir başka örgüt de Avrupa Konseyi’dir. Avrupa Konseyi’nin oluşturduğu 1980 tarihli “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine Dair Avrupa Sözleşmesi”³⁷ çocuğun velayeti ile ilgili kararların tanınmasına ve bu kararların tenfizini kolaylaştırmaya yöneliktir. Ayrıca Konsey tarafından hazırlanan 1996 tarihli “Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”,³⁸ yüksek çıkarları için çocukların haklarını geliştirmeyi, onlara usule ilişkin haklar tanımayı ve bu hakların kullanılmasını kolaylaştırmayı amaçlamıştır.³⁹

Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı bünyesinde; büyük çoğunluğu nafaka, velayet ve evlat edinme konularıyla ilgili olan sözleşmeler düzenlenmiştir.⁴⁰ Bu sözleşmelerden biri 1961 tarihli “Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna İlişkin Lahey Sözleşmesi”dir.⁴¹ Ardından onun yerine geçecek olan 1996 tarihli “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma, Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme”⁴² içeriğinde “velayet sorumluluğu” ile çocuğun kişiliğinin ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirlere yer verilmiştir.⁴³

Afrika Birliği Örgütü ve Uluslararası Çalışma Örgütü de çocuk haklarının korunması amacıyla çalışmalarda bulunmuştur. Uluslararası Çalışma Örgütü, çalışan çocukların korunmasına ilişkin Türkiye’nin de taraf olduğu sözleşmeler düzenlemiştir.⁴⁴

Velayet hukukunun uluslararası kaynaklarının yanında ulusal kaynakları da vardır. 1982 Anayasası’nda çocuk haklarının korunmasıyla ilgili çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Anayasa’nın “Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları” başlıklı 41. maddesi çocuk haklarını özel olarak koruyan bir hüküm olarak çocuğun yüksek yararı ilkesini benimsemiştir. Anılan hüküm ile; her çocuğa korunma, bakımdan yararlanma, çocuğun yüksek yararına açıkça aykırı

³⁶ Gençcan, 101.

³⁷ R.G. T: 02.11.1999, S: 23864.

³⁸ R.G. T: 02.05.2002, S: 24708.

³⁹ Gençcan, 143.

⁴⁰ Akyüz, 10.

⁴¹ R.G. T: 12.01.1977, S: 15817.

⁴² R.G. T: 22.05.2016, S: 29719.

⁴³ Gençcan, 122-123.

⁴⁴ “Çalıştırılmada Asgari Yaşa İlişkin 138 Sayılı Sözleşme,” R.G. T: 27.01.1998, S: 23243; “En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 182 Sayılı Sözleşme,” R.G. T: 03.02.2001, S: 24307.

olmadıkça ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı verilmiş ve devlet, çocukların korunması için gerekli tedbirleri almakla yükümlü tutulmuştur.

Velayet hukukunun ulusal kaynaklarından biri 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'dur. Velayet kavramının Türk Medeni Kanunundaki yeri, Aile Hukuku kitabının ikinci kısmının “*Soybağının Kurulması*” başlıklı bölümünün altıncı ayrımıdır. “*Velayet*” başlıklı bu ayırım, TMK m. 335-351 maddelerinden ibarettir. Bu maddelerin bazıları yürürlükteki Kanundan sadeleştirilerek, bazıları 1984 tarihli Öntasarı'dan alınmış; bazıları ise İsviçre Medeni Kanunu'nun 1976 tarihli değişikliğinden esinlenerek düzenlenmiştir.

Velayet, kanun koyucu tarafından üç başlık altında incelenmiştir. Evvela; velayetin koşulları, ana babanın medeni durumlarının velayete etkisi ile üvey çocukların durumu ele alınmıştır. İkinci olarak velayetin kapsamı çizilerek velayetin ana babaya yüklediği ödevler, çocuğun hakları, çocuk ile ana baba arasındaki hukukî işlemler gibi hususları kapsadığına işaret edilmiştir. Son olarak çocuğun korunması ile ilgili hükümlere yer verilmiştir.

D. Velayetin Özellikleri

Velayet, çocuğun yararına olan bir kurumdur. Velayetin kullanılmasında çocuğun; bağımsız, sağlıklı ve normal bir birey olarak topluma kazandırılması amacı güdülür. Dolayısıyla velayet, bunu kullananın yararına tanınmış bir hak değil; çocuğun yararına ana babaya tanınmış bir yüküm haktır.⁴⁵ Bu özellik velayet hukukunda “*çocuğun yararı ilkesi*” kavramıyla ifade edilir.

Çocuğun yararı ilkesi sadece velayetle değil, çocuk hukukunun tamamıyla ilgilidir. Çocuk hukukunda bu husus “*çocuğun yararının önceliği*” şeklinde ilkeleşmiştir. Çocuğun yararının önceliği ilkesine göre çocukların bedensel, zihinsel, duygusal ve sosyal gelişimleri bakımından korunması her şeyden önce gelir. Bu ilke, ulusal ve uluslararası düzeylerde olduğu gibi aile içinde de bir üst ilke niteliğini taşır.

Gerek uluslararası sözleşmelerde gerekse iç hukuk mevzuatımızda çocuğun yararı ilkesi, çocuklarla ilgili her konuda temel ilke olarak benimsenmiştir. Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 3/1 ile çocuğu ilgilendiren bütün faaliyetlerde birincil düşüncenin çocuğun yararı olacağı ilan edilmiştir. Bu nedenle ana babanın ya da diğer kişilerin yararı ile çocuğunki çatıştığında çocuğun yararı tercih edilir.⁴⁶

⁴⁵ Akyüz, 223; Çetiner, Velayet Müessesesi, 37.

⁴⁶ Akyüz, 8; Serozan, 66; Gençcan, 165.

Çocuğun yüksek yararının üç boyutu vardır. Birincisi “*aslî bir hak*” olma boyutudur ki bu yönüyle farklı yararların varlığı karşısında çocuğun yararının tercih edilmesini gerektirir. İkincisi “*temel bir hukuk ilkesi*” olma boyutudur. Buna göre bir hüküm birden çok şekilde yorumlanabiliyorsa çocuğun yüksek yararına en uygun olan yorumu seçilmelidir. Üçüncüsü ise çocuğun yüksek yararının “*bir usul kuralı*” olmasıdır ki karar alma süreçlerini yakından etkileyerek usule ilişkin güvenceler sağlar.⁴⁷ O halde çocuk haklarıyla ilgili konularda gerek yasama organı düzenleme yapma sürecinde gerekse uygulayıcı konumda olanlar karar verme veya uygulamaya geçirme süreçlerinde, çocuk üzerinde doğabilecek iyi ya da kötü sonuçları göz önünde tutmalıdır. Türk Medeni Kanunu hazırlanırken de bu hususa dikkat edilmiş, velayetin kullanılmasının çocuğun yararı amacına yönelik olduğu kabul edilmiştir. Nitekim TMK m. 339/1 hükmü, velayetin kullanılmasında çocuğun menfaatinin korunmasını şart koşturmuştur. İlgili hükümde “*çocuğun menfaati*” deyiimiyle kastedilen, çocuğun yararındır.⁴⁸ Bu nedenle ana baba velayet hak ve görevlerini icra ederken çocuğun büyüüp gelişme sürecinin ne kadar biricik ve hassas olduğunu dikkate alarak onun yararını her zaman ve her koşulda öncelikli olarak korumalıdır.⁴⁹

Bununla birlikte velayet, sırf çocuğun yararına olan bir müessese olarak anlaşılmamalıdır. Aynı şekilde ana babanın ve toplumun da yararındır.⁵⁰ Ana babanın yararı, bir insan yetiştirmenin mutluluğu ve nesillerin devamını sağlamaktır. Keza çocuk yetiştirmek ve onu yanında bulundurmak ana babanın temel yaşamsal ihtiyacını karşılayan unsurlar arasındadır. Toplumun iyi yetişmiş bireylerden oluşması ise beraberinde toplumsal huzuru getirir.

Velayetin çocuğun yararına olma özelliği velayetin düzenlenmesinde karşımıza çıkar. Yargıtay’a göre velayet düzenlenirken dikkat edilmesi gereken temel ilke ÇHS m. 3, Türk Medeni Kanunu m. 339/1, 346/1 ve Çocuk Koruma Kanunu m. 4/b hükümlerine göre çocuğun üstün yararındır. Ana ve babanın sosyal konumları, ahlaki değer yargıları vb. yararları ancak çocuğun üstün yararını etkilemediği müddetçe göz önünde tutulur.⁵¹ Neyin çocuğun yüksek yararına uygun olduğu belirlenirken ÇHS m. 12 hükmü ve yasal düzenlemeler karşısında çocuğun yaşına ve olgunluk düzeyine göre görüşünün alınması gerekir. Beyanının esas

⁴⁷ Usta, 521; Reyhani Yüksel, 126.

⁴⁸ Öztan, 1076; Abik, 20.

⁴⁹ Akyüz, 8.

⁵⁰ Yargıtay’a göre: “*Kişisel ilişkinin kurulmasında çocuğun yetişmesi ile birlikte analık babalık duygusunun tatmini yönü de önemle göz önünde tutulmalıdır.*” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 1986/3712 (8 Nisan 1986); İmamoğlu, 168; Çetiner, Velayet Müessesesi, 40; Abik, 19.

⁵¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2022/6336 (28 Haziran 2022).

alınmamasını gerektirecek bir durumu olmayan idrak çağındaki çocuğun kendini etkileyecek her kararda görüşlerini dile getirme hakkı vardır.⁵² Velayet düzenlemesi yapılırken yeterli anlayış gücüne sahip çocuğun görüşü alınmalıdır.⁵³ Ayrıca çocuğun yüksek yararı değerlendirilirken cinsiyeti, dini, kişiliği gibi kimlik bilgilerinin yanında alıştığı aile ortamını ve ilişkileri sürdürmesi, bakımı, korunması, güvenliği, sağlığı ve eğitimi öğelerine, somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı dikkat edilmelidir.⁵⁴

Velayetin bir diğer özelliği, kamu düzenine ilişkin olmasıdır.⁵⁵ Çünkü çocuğun yetiştirilip eğitilmesinde, özgüven sahibi ve gelişmiş bir birey olarak topluma karışmasında kamu yararı vardır. Ayrıca velayet, kamu düzeni ve zayıfların korunması ilkelerinin bir neticesidir. Bu nedenle devletin velayeti denetleme ve gerektiğinde ona müdahale etme yetkisi vardır. Örneğin, çocuğun korunması ile ilgili (TMK m. 346 vd.) hükümler çerçevesinde hâkim, gerekli gördüğü takdirde velayete her zaman müdahale edebilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da velayetle ilgili hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğuna dair kararları mevcuttur.⁵⁶ Bu doğrultuda velayeti düzenleyen kurallar genellikle niteliği itibarıyla emredici kurallardır. Bu kuralların yorumu ve uygulanmasında sosyal devlet ilkesi geniş bir etkiye sahiptir.⁵⁷

Velayetin kamu düzenine ilişkin olması özellikle velayetin düzenlenmesinde birtakım sonuçlar doğurur. Örneğin, mahkemece velayetle ilgili düzenleme yapılması zorunludur (TMK m. 336). Velayetin düzenlenmesinde ana babanın istek ve tercihleri, çocuğun yararının önüne geçemez.⁵⁸ Tarafların talebinden bağımsız olarak mahkemece re'sen (kendiliğinden) düzenleme ve araştırma yapılır.⁵⁹ Yargılamanın her safhasında velayet dikkate alınır ve velayete ilişkin yeni deliller sunulabilir.⁶⁰ Velayete ilişkin kararların infaz edilmesi için kararın kesinleşmesi gerekir.⁶¹ Öte yandan velayetin kamusal niteliğe sahip olmasının ana baba

⁵² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), K. 2012/197 (16 Mart 2012); Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2021/8993 (1 Aralık 2021).

⁵³ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2005/15273 (8 Kasım 2005); Harun Bulut, *Aile Hukukunda Velayet (Çocukla Kişisel İlişki Kurulması) ve Nafaka Davaları*, (İstanbul: Beta Basım, 2007), 30.

⁵⁴ Gençcan, 165-170; Usta, 536-544. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2021/8629 (22 Kasım 2021); Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2021/8396 (10 Kasım 2021).

⁵⁵ Akyüz, 225; Gençcan, 148 vd; Reyhani Yüksel, 33.

⁵⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), K. 2018/1052 (09.05.2018).

⁵⁷ Özdemir-Ruhi, 6.

⁵⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), K. 2021/346 (T. 25.3.2021).

⁵⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), K. 2019/918 (19.09.2019); Gençcan, 154.

⁶⁰ Gençcan, 156. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), K. 2013/263 (20.02.2013).

⁶¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), K. 2018/1052 (09.05.2018).

üzerinde de etkileri mevcuttur. Bu sebeple ana baba velayet üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamaz ve bu haktan feragat edemez.⁶²

Velayetin özelliklerinden bir diğeri, süreye bağlı olmasıdır. Çocuk, sağ olarak tamamıyla doğduğu andan itibaren kişilik sahibi bir birey olarak bakım ve himaye talep etme hakkına sahiptir (TMK m. 127/1).⁶³ Velayet kural olarak çocuğun erginlik yaşı olan on sekiz yaşını doldurmasıyla sona erer (TMK m. 11/1). Çocuk ergin oluncaya kadar ana babasının velayeti altında hayata hazırlanmaktadır. Bu sürede velayetin kapsamı giderek daralır.⁶⁴ Çocuğun yaşı ilerledikçe ana babasının yönlendirmelerine duyacağı gereksinim de azalır. Ayırt etme gücüne sahip çocuğun velayeti, erginliğe ulaşmasıyla kendiliğinden sona erer. Zira velayetin amacı gerçekleşmiştir.

Velayetin amaca yönelik bir hak olması sebebiyle kapsamı değişkenlik gösterir. Bir başka deyişle velayetin amacı ve işlevi onun kapsamını ve sınırlarını da belirler.⁶⁵ Çocuk, görüşlerini oluşturma yeteneğinin gelişmesiyle kendini ilgilendiren her konuda görüş bildirme serbestisi kazanır. Keza, Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 12/1'e göre çocukların görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı vardır. TMK m. 339/3'e göre; ana baba, çocuğa olgunluğu ölçüsünde yaşamını düzenleme fırsatı tanır ve önemli meselelerde mümkün oldukça onun fikirlerini öncelerler. Bu nedenle ana baba, çocuğun kendiyle ilgili karar alma süreçlerine olabildiğince aktif katılmasına izin vermelidir. Neticede, ana babanın çocuk üzerinde karar alma yetkisi çocuğun yaşı ve olgunluk düzeyi ilerledikçe yerini, gözetim ve denetim yetkisine bırakır.⁶⁶

Velayet, kapsadığı hak ve yükümlülükler ile bir bütündür. Kural olarak, çocuğun şahsının ve malının korunması ile temsil edilmesi görevlerinin, ana baba veya üçüncü bir kişi arasında paylaştırılması mümkün değildir. Velayetin birlik gösteren bir hukukî kurum olması sebebiyle çocuğun belli yaşa gelene kadar anasının sonra da babasının velayeti altında olması gibi bir durum söz konusu değildir.⁶⁷

⁶² Gençcan, 148-161.

⁶³ Öztan, 1081.

⁶⁴ Akyüz, 224.

⁶⁵ Suat Sarı, "Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velâyeti Birlikte Kullanması", *Legal Hukuk Dergisi* 5/49 (2007), 87.

⁶⁶ İmamoğlu, 167; Sarı, 88.

⁶⁷ İmamoğlu, 166; Akyüz, 224.

II. VELAYET İLİŞKİSİNİN TARAFLARI, VELAYETİN KULLANILMASI, SONA ERMESİ ve DEĞİŞTİRİLMESİ

A. Velayet İlişkisinin Tarafları

Velayet ilişkisinin iki tarafı vardır. Biri, çocuğun menfaatine velayet hak ve yükümlülüğünü üstlenen kişi veya kişilerden oluşan velayete sahip olan taraftır. Diğeri ise ergin olmayanlar veya hâkim tarafından korunma amacıyla kısıtlanan bazı ergin şahıslardan oluşan velayete tabi olan taraftır.

1. Velayete Sahip Olanlar

Türk medeni hukukunda velayet hak ve görevi sadece çocuğun ana babasına ve evlat edinilmesi halinde evlat edinene aittir.⁶⁸

Türk Medeni Kanunu'nda velayet hak ve görevi münhasıran ana babaya tanınmıştır. Nitekim bu husus TMK m. 335/1 hükmünde, “*Yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınamaz.*” şeklinde somutlaşmıştır. Bu hüküm ile hem velayete kimlerin sahip olduğu düzenlenmiş hem de velayetin ana babanın yararını gözetten niteliğine vurgu yapılmıştır.⁶⁹

Velayet, ana baba ve çocuk arasında soybağının kurulmasına dayanır. Bir çocuğun genetik olarak anası veya babası olan kişi, her zaman o çocuğun velisi olmayabilir. Ana veya babanın velayete sahip olması için çocuk ile soybağı ilişkisi içinde olması gerekir. Soybağı, doğum yoluyla doğrudan kurulabileceği gibi tanıma veya babalık davası sonrası verilen babalık hükmü gibi hukukî bir işlem neticesinde dolaylı olarak da kurulabilir.⁷⁰

Velayet hak ve görevlerini yürütecek kişilerin birtakım özelliklere sahip olması gerekir. Bunların başında fiil ehliyetine sahip olmak gelir (TMK m. 9, 15). TMK m. 337/2 hükmünden anlaşılacağı üzere ana babanın velayete sahip olabilmesi için ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte kısıtlı olmaması gerekir. Ana babasının her ikisi ölmüş olan yahut ayırt etme gücünü kaybetmiş olmaları gibi bir sebeple çocuğa bakabilecek durumda olmayan çocuğa vasi tayin edilir.⁷¹

Ana babanın, velayeti altındaki çocuğun gereksinimlerini karşılamaktan aciz kalmaları durumunda devletin müdahalesi söz konusu olur. Hâkim, çocuğun korunması hükümleri

⁶⁸ Gençcan, 161.

⁶⁹ İmamoğlu, 168.

⁷⁰ Akıntürk-Ateş Karaman, 322; Akyüz, 153; Öztan, 1074.

⁷¹ Öztan, 1074.

uyarınca (TMK m. 346-351) çocuğun başka bir aile veya kurum yanına yerleştirilmesine ya da hal ve şartların gerekli kılması halinde velayetin kaldırılmasına hükmedebilir.

Üvey ana babanın müşterek olmayan çocuk üzerinde velayet hakkı olmamakla birlikte; TMK m. 338 gereği, ona özen ve ilgi gösterme sorumlulukları vardır. İlgili maddenin ikinci fıkrası gereğince üvey ana veya baba, eşine velayet görevlerini yerine getirirken yardımcı olmakla ve üvey çocuğunun ihtiyaçları için gerektiğinde onu temsil etmekle yükümlüdür. İlgili madde ile bir sosyal ahlak gerekliliği olan yardım yükümlülüğü bir hukuk kuralı haline getirilmiştir. Bu kuralın öğretide bir görüşe göre emredici;⁷² başka bir görüşe göreyse çocuğun eğitimine yardım amacı taşıyan tamamlayıcı nitelikte bir kural olduğu belirtilmiştir.⁷³

Evlat edinenin velayet hakkı doğrudan kanundan doğar. TMK m. 314/1 uyarınca velayetten doğan hak ve yükümlülükler evlat edinme ile evlat edinene geçer.⁷⁴ Evlat edinme hali hariç ana baba dışında kimseye, çocuğun akrabası dahi olsa, velayet hakkı verilemez.⁷⁵

2. Velayete Tabi Olanlar

Türk Medeni Kanunu'nun iki fıkra halinde düzenlenen 335. maddesi, kimlerin velayete tabi olduğunu açıklamıştır. İlgili maddenin ilk fıkrasında velayete tabi olan ilk grubun ergin olmayan çocuklar olduğu ortaya konmuştur. Türk medeni hukukuna göre erginlik yaşının tamamlanması, evlenme erginliği (TMK m. 11/2, 124) ve yargısal erginlik (TMK m. 12) yollarından biriyle erginliğe erişmemiş olan çocuk, ana babasının velayeti altındadır.

Evlenme erginliği TMK m. 124'e göre iki türlü gerçekleşebilir. Birincisi, on yedi yaşını bitirmiş küçüklerin evlenmesidir. Bu evlilik için çocuğun yasal temsilcilerinin izni şarttır. İkincisi, on altı yaşını bitirmiş olan erkek veya kadınların evlenmesidir ve ancak olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple mümkündür. Evlenmeden önce mümkünse çocuğun ana babası veya vasisi dinlenir.⁷⁶

Velayete tabi olan ikinci grubu ise hakkında kısıtlama kararı verilmekle birlikte hâkim tarafından kendisine vasi atanmasına gerek görülmeyen ergin çocuklar (TMK m. 335/2)

⁷² Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 338.

⁷³ Akyüz, 226.

⁷⁴ Akıntürk-Ateş Karaman, 407.

⁷⁵ Bulut, 23.

⁷⁶ Bahsi geçen yasanın mülga Medeni Kanun'da karşılığını oluşturan m. 88 hükmü, erkeğe ve kadına farklı ve yürürlükteki yasaya göre daha düşük yaşlarda evlenme ehliyeti öngörmüştü. 1998 ve 1999 Tasarısında küçük yaştaki kızların evlendirilmesinin gerek biyolojik gerek psikolojik açıdan olumsuz etkiler gösterdiği gerekçesiyle evlenme yaşı erkek ve kadın için onyedili bitirilmesi olarak kabul edilmiştir.

oluşturur.⁷⁷ Bu kişiler akıl hastalığı, akıl zayıflığı, savurganlık, yaşlılık gibi kısıtlanmayı gerektiren sebeplerden (TMK m. 405-408) birini taşır. Bu çocuğa ve mallarına yönelik işlemlerde velayet hükümleri uygulama alanı bulur. Zira kısıtlanan ergin çocuklar, TMK m. 419/3 düzenlemesi gereği kural olarak velayet altında bırakılır. Bununla birlikte, küçüklerle velayete tabi ergin çocuklar arasında ana babanın sahip olduğu velayet hakkı yönünden farklılıklar vardır. Bu farklar arasında şunlar gösterilebilir: Velayete tabi olan kişi ergin değilse ana babası onun mallarını kullanabilir, erginse kullanamaz. Yine bu kişi ergin değilse ana babasının bakım ve eğitim hakkı vardır, erginse yoktur. Ergin olmayan çocuğun velayetinin kaldırılması TMK m. 348'deki sıkı koşullara bağlanmıştır. Ergin çocuk üzerindeki velayeti hâkim gerekli görürse her zaman kaldırabilir. Ergin çocuğun velayeti kısıtlılık kararının kaldırılmasıyla sona erer.⁷⁸

B. Velayetin Kullanılması

Velayet hakkına sahip olan kişilerin bu hakkı kullanırken dikkate alması gereken birtakım ilkeler vardır.

Velayet hakkının kullanılmasını sınırlayan temel ilke çocuğun üstün yararıdır. Ana baba velayet hak ve görevlerini icra ederken çocuğun menfaatlerini gözetmelidir. Çocuğun üstün yararı kavramının teknik olarak bir tanımlaması yapılmamıştır. Çünkü çocuğun yararı, her çocuğun kişisel durumuna, koşullarına, ihtiyaçlarına göre değişebilen ve uyarlanabilen bir niteliğe sahiptir.⁷⁹

Velayetin kullanılmasında çocuğun yararı ile ana babanın yararının çatışmasına sık rastlanır. Gerek bu durumda gerekse diğer kişilerin yararı ile çocuğun yararı çatıştığında çocuğun yararı tercih edilir.⁸⁰

Çocuğun yararını ilke edinen ana babanın idrak etmesi gereken bir diğer husus, çocuğun onlara teslim edilmiş bir obje olmayıp hak sahibi bir özne olduğudur. Dolayısıyla ana baba, çocuğun kişiliğine değer verme, kişiliğini her açıdan geliştirme ve koruma konusunda çok dikkatli davranmalıdır.⁸¹

⁷⁷ Burada “çocuk” kavramı, soy bakımından ana babaya bağlı olan kişi anlamında kullanılmıştır. ÇHS m. 1'in tanımına göre; daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.

⁷⁸ Öztan, 1082.

⁷⁹ Gülçin Elçin Grassinger, "Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar", *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 825; Usta, 530.

⁸⁰ Akyüz, 8; Serozan, 66; Gençcan, 165; Özdemir-Ruhi, 317.

⁸¹ S. Hülya İmamoğlu, "Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması", *AÜHFD* 54/2 (2005a), 191.

Çocuğun yararı ilkesi, çocuğun görüşünün alınması ilkesi ile yakın ilişkilidir. Hatta Ana baba, velayeti kullanırken çocuğun yararını korumaya dikkat ettikleri gibi kendisiyle ilgili karar alma süreçlerine mümkün olduğunca katılmasına dikkat etmelidir. Nitekim ÇHS m. 12 ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin m. 3, 6 hükümleri, idrak çağındaki çocukların kendisini ilgilendiren konularda görüşünün alınmasını ve görüşlerine gereken önemin verilmesini öngörmüştür. Bununla birlikte çocukların üstün yararı gerektirdiği takdirde, görüşlerine göre hareket edilmemesi mümkündür. Zira çocuğun görüşünü alan n alınması, onun menfaatini tehlikeye düşürecek veya düşürmemelidir.

Türk Medeni Kanunu'nda velayetin kim tarafından ve nasıl kullanılacağı, ana babanın evlilik birliğinin mevcut olup olmamasına göre farklı şekillerde düzenlenmiştir.

1. Evlilik Birliği İçinde Velayetin Kullanılması

Türk Medeni Kanunu'nun 336/1. maddesi, ana babanın evlilik devam ettiği sürece velayeti birlikte kullanacakları hükmünü içerir. Evlilik birliği içinde doğan çocukların velayet hakkı kanundan dolayı ana babasına aittir. Bu birliktelik evlilik devam ettiği müddetçe velayet hakkını kullanırken de süregelir. Dolayısıyla ana babanın çocukla ilgili davranışlarından müteselsil sorumlulukları söz konusudur.

Birlikte velayete tabi olan çocuk evlilik birliği içinde doğmuş olabilir. Ancak söz konusu madde hükmü evlilik birliği dışında doğmuş çocuğun ana babasının sonradan evlenmesi halini ve ana babasının boşandıktan sonra tekrar evlenmesi halini de kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır.⁸²

Mülga Medeni Kanun'un 263. maddesinde evlilik mevcut iken velayetin ana baba tarafından birlikte icra edileceği belirtilmişti. Bununla birlikte ana babanın anlaşılamadığı durumlarda söz hakkı babaya tanınmıştı. Bu hüküm kadın erkek eşitliğine aykırı bulunduğu gerekçesiyle 4721 sayılı Kanuna alınmamıştır. Nitekim böyle bir düzenlemenin, Anayasa m. 10 ve m. 41 gereğince aile içinde kadın erkek eşitliğine açıkça aykırılık oluşturacağı öğretilde de ifade edilmiştir.⁸³ 4721 Sayılı Kanun'un aile hukukundaki köklü değişikliklerinden biri, kadın erkek eşitliğini pekiştiren düzenlemeler getirmesidir. Bu düzenlemelerden biri ana babaya eşit söz hakkı verilmesidir.⁸⁴ Bu hususun velayet hakkının kullanılması bakımından aile içi ilişkilere birtakım yansımaları olmuştur. Özellikle velayetin evlenme, ergin kılınma veya

⁸² Reyhani Yüksel, 47.

⁸³ Çelikel, 55.

⁸⁴ Ceylan, 45; Sarı, 83.

evlat edinilme ile sona erme hallerinde ana babanın birlikte rızasının aranması, babanın görüşünün üstünlüğü uygulamasını gerçek manada kaldırmıştır.⁸⁵

Türk medeni hukukunda birbirleriyle evli ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. Demek oluyor ki ana baba, çocuğun şahsı ve malları hakkında gerekli kararları birlikte alırlar ve çocuğu birlikte temsil ederler. Bununla birlikte çocukla ilgili rıza gösterilmesi gereken bir işlem veya eylem söz konusu olduğunda, ana babanın her zaman birlikte hareket etmeleri mümkün olmayabilir. Bu durumda eşler birbirinin bağımsız şekilde gerçekleştirdikleri hukukî işlem veya eylemlerine önceden izin yahut sonradan onay⁸⁶ vererek de açık ya da örtülü rıza gösterebilirler.⁸⁷ Velayet hakkında sınır, çocuğun yararadır. Çocuğun yararı gerektiriyorsa eşler birbirinin rızasını almadan çocuğun yararına olan davranışı gerçekleştirebilir.⁸⁸ Hatta özellikle çocuğun sağlığı açısından acil müdahale gerektiren durumlarda, diğerinin onayı olmasa dahi, ana babadan her biri tek başına velayeti kullanabilir.⁸⁹

Ana baba, çocuğun şahsı ve malları üzerinde geniş yetkilerle donatılmıştır. Ana baba, vesayetten farklı olarak, velayete dair bu yetkilerini serbestçe ve herhangi bir denetime tabi olmaksızın kullanabilir. Bununla birlikte velayet hakkının iyi kullanılmaması ihtimalini öngören kanun koyucu, çocuğun korunmasına yönelik tedbirler alma yoluna gitmiştir. Bu noktada hâkim çocuğun korunması için re'sen tedbir alma yetkisine sahiptir.⁹⁰

Velayetin yüklediği sorumlulukları gereği gibi yerine getirmeyen ana babaya karşı hâkim, ölçülülük ilkesine göre üç aşamalı bir önlem mekanizması uygulayabilir. Bunlar; TMK m. 346, 347 ve 348'de çocuğun menfaati esas alınarak çocuğun korunmasına yönelik düzenlenmiş tedbirlerdir. İlk aşamada hâkim, çocuğun yararına hâle getiren herhangi bir tehlikeyi veya tehlike şüphesini ana babanın önlememesi, önleyememesi veya önleyebilecek durumda olmaması hallerinde genel nitelikli önemlerle bertaraf edebiliyorsa, bununla yetinir (TMK m. 346). Örneğin, ana baba anlaşmazlıkları veya hatalı davranışlarıyla çocuğun ruhi, fikri, bedeni gelişiminin tehlikeye düşmesine sebep olabilir. Hâkimin bu aşamada somut olayın özelliklerine göre ve tehlikeyle ölçülü olmak kaydıyla başvurabileceği önlemlere şu örnekler verilebilir: Hâkimin ana babaya öğüt vermesi, uyarıda bulunması, emir ve direktifler vermesi,

⁸⁵ Sarı, 84.

⁸⁶ YHGK'nin, baba tarafından küçüğe velayeten açılmış bulunan nüfus kaydının düzeltilmesi davasına diğer eşin yargılama sırasında bildirdiği icazeti kabul ederek velayeti birlikte kullanma koşulunun gerçekleştiğine hükmettiği karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), K. 2005/625 (16 Kasım 2005).

⁸⁷ Akyüz, 228; Öztan, 1087.

⁸⁸ Öztan, 1087.

⁸⁹ Sarı, 90.

⁹⁰ Akkurt, 98.

ana baba yerine rıza göstermesi veya aileye danışmanlık hizmeti vermesi için danışman ataması vb. Söz konusu önlemlerin yeterli olmaması halinde ikinci aşamada hâkim, çocuğu bir aile veya kurumun yanına yerleştirebilir (TMK m. 347/1).⁹¹ Çocuğun yararına halel getiren tehlike, onun bedensel ve zihinsel gelişmesini engelleyebilecek durumdaysa yahut çocuk manen terk edilmiş haldeyse velayete müdahalenin gerekliliğinden bahsedilir. Örnek olarak; çocuğun yetersiz beslenmesi, aşırı yorulması, şiddet görmesi, uygunsuz cezalara maruz kalması, zorunlu tedavisinin engellenmesi, maruz olduğu tehlikeye karşı ana babasının kayıtsız kalması, eğitiminin ihlal edilmesi vb. durumlar gösterilebilir. Hâkim takdir yetkisine göre çocuğun nereye yerleştirileceğine karar verir. Üçüncü ve son çare olarak başvurulabilecek aşama ise velayetin ana babadan alınmasıdır.⁹² Bu tedbire velayetin sona ermesi bölümünde ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

Velayetin evli ana baba tarafından birlikte kullanılmasında eşlerin birtakım kurallara ve esaslara dikkat etmesi gerekir. Her ne kadar bu kurallara, Kanun'un "*Evliliğin Genel Hükümleri*" başlıklı bölümünde yer verilmiş olsa da TMK m. 185 ve m. 322 hükümleri velayetin kullanılmasında da uygulama alanı bulur.⁹³ TMK m. 185/2 uyarınca eşler, evliliğin mutluluğunu beraberce sağlamak ve çocukların bakım, eğitim ve gözetimine birlikte dikkat etmekle mesuldürler. Öyleyse eşlere velayetten doğan yükümlülükleri yerine getirirken itinalı davranma sorumluluğu getirilmiştir. Benzeri bir yükümlülük de TMK m. 185/3'te eşlerin birbirine yardımcı olması konusunda getirilmiştir. Bahsi geçen maddeye göre eşler; beraber yaşamalı, birbirine sadakat göstermeli ve yardımcı olmalıdırlar. Nasıl ki eşler tüm sosyal ihtiyaçlarında birbirine yardımcı oluyorsa; çocuğun sağlığının korunması, bakımı, eğitimi gibi velayetin kullanılmasının temel konularında da birbirine yardımcı olmalıdır. Yine aile içindeki müşterek yükümlülükler, TMK m. 322 hükmü ile somutlaşmıştır. Söz konusu hüküm de velayetin birlikte kullanılmasında göz önünde bulundurulur.

Eşler velayeti kullanırken anlaşmazlığa düşerlerse önce kendi aralarında uzlaşmaya çalışmakla yükümlüdürler.⁹⁴ Bu şekilde çözüme ulaşılamaması halinde başvurulacak yol için TMK m. 336'da özel bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda uyuşmazlığın dava yoluyla çözülmesi gerekir. Eşlerden her biri TMK m. 195/1 uyarınca aile mahkemesi hâkimine

⁹¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2004/2973 (10 Mart 2004).

⁹² Gülçin Elçin Grassinger, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (MK md.346, md.347, md.348), (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009), 109 vd; Abik, 58-59; Akyüz, 273; Serozan, 292. "*Evliliğin devamı müddeti içinde eşlerden biri velayetin nezini gerektirmeyecek şekilde ihmalde bulunursa bu halde velayetin diğeri tarafından tek başına kullanılmasına izin verilebilir.*" Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 1994/519 (18 Ocak 1994).

⁹³ Sarı, 88.

⁹⁴ Sarı, 91.

başvurabilir. Anılan hükme göre hâkimin müdahalesine başvurulabilmesi için uyumsuzluğun bir yükümlülük ihlalden kaynaklı ya da önemli bir konuda olması şarttır.⁹⁵ Uyumsuzluğun giderilmesinde evliliğin genel hükümleri dikkate alınır. Hâkim, ana baba arasında arabuluculuk yapabileceği gibi çocuğun korunması için gerekli tedbirleri de alabilir.⁹⁶

2. Evlilik Birliğine Ara Verilmesi veya Ayrılık Halinde Velayetin Kullanılması

TMK m. 336/2 hükmünde, ortak hayata son verilmesi ve ayrılık hali olmak üzere iki farklı durum üzerinden velayetin eşlerden birine verilmesinden bahsedilmektedir.

Ortak hayata ara verilmesi durumu Kanunun 197. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddenin birinci fıkrasında eşlerin hâkim kararı olmaksızın ayrı yaşamaya başlamaları hali ele alınmıştır. Buna göre; ortak yaşamdan ötürü kişinin şahsiyeti, ekonomik güvenliği veya aile huzuru tehlikeye düşerse eşlerden biri ayrı yaşama hakkına sahiptir. Bu şekilde eşlerin evlilik birliğini kendi aralarında fiilen kaldırmaları velayet haklarını etkilemez.⁹⁷ Ancak birlikte yaşamaya ara verilmesi “*haklı bir sebebe dayanyorsa*” eşlerden her biri, çocuğun kiminle kalacağı konusunda hâkimin karar vermesini talep edebilir (TMK m. 197/2).⁹⁸ Keza TMK m. 197/son uyarınca hâkim, ergin olmayan çocuklarla ana babaları arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallara göre gereken tedbirleri alır.

TMK m. 336/2 hükmünde ikincil olarak bahsedilen ayrılık hali ise evlilik birliğini sona erdirmeden hâkim kararı ile ortak hayata belirli bir süre ara verilmesidir.⁹⁹ Ayrılık; eşler arasında boşanma sebeplerinden biri gerçekleştiğinde talep üzerine haklarında ayrılık kararı verilmesi (TMK m. 170) veya eşlerin boşanma talep ettikleri halde mahkemece haklarında boşanma yerine ayrılık kararı verilmesi durumlarında gerçekleşir (TMK m. 170/3). Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim TMK m. 169 gereğince, davanın devamı süresince gerekli olan çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır. Mahkemece ayrılık kararı verilirken TMK m. 182/1 uyarınca ana ve baba dinlenir ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesi alınır. Mahkeme bu görüşlerle bağlı olmaksızın ayrılık kararıyla birlikte çocuğun kiminle kalacağı hususunu ve ana babanın çocukla kişisel ilişkilerini de düzenler.

⁹⁵ Hâkimin müdahalesini talep etmek için hem bahsedilen şartların aranması hem de velayetin kullanılmasında uyumsuzluk ortaya çıkması halinde ne yapılacağı ile ilgili TMK m. 336'da özel bir düzenleme öngörülmemiş olması, velayetin kullanılmasında yaşanan her türlü uyumsuzluk için dava yoluna başvurulmasının önüne geçmektedir. Sarı, 94.

⁹⁶ Öztan, 1088; Sarı, 91.

⁹⁷ Öztan, 1089; Gençcan, 274.

⁹⁸ Mehmet Erdem-Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 250.

⁹⁹ Erdem-Makaracı Başak, 160.

Ayrılık sırasında eşler arasında yaşanabilecek çekişmeler çocuğun kişilik gelişimine zarar verebilir. Ayrıca bu dönemde ana babanın çocuk üzerindeki velayet hak ve görevlerini birlikte kullanmaları tartışmalara sebep olabilir. Bu durumda çocuğu böylesi gergin ortamdan uzak tutmak onun yararına olacaktır. Dahası, velayetin eşlerden birine bırakılması emredici nitelikte bir hüküm değildir. Hatta hâkim, eşlerin tekrar birleşeceklerine dair güçlü olasılıklar varsa ve çocuğun yararına uygunsa koruma önlemleriyle yetinebilir. Hâkim takdir yetkisini, çocuğun yararına aykırılık taşımamak kaydıyla birlikte velayete hükmetme yönünde kullanabilir.¹⁰⁰ Ayrılık süresi içinde (TMK m. 171) mahkeme, velayetin bir eşe bırakılmasını gerekli görmedikçe eşler velayeti birlikte kullanabilir.

3. Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Velayetin Kullanılması

Evlilik birlikteliğinin boşanma ile son bulması durumunda çocuğun velayetinin hangi tarafta kalacağı sorunu doğar. Bu duruma ilişkin olarak Kanun'da iki düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemelerden ilki; ana babanın boşanması veya ayrılık halinde sahip oldukları haklar ve çocuklarıyla kişisel ilişkilerinin düzenlenmesine ilişkin TMK m. 182 hükmüdür. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında "*velayetin kullanılması kendisine bırakılmayan eş*" ifadesine yer verilerek bu eşin çocuğuyla kuracağı kişisel ilişki düzenlenmiştir. Konuyla ilgili ikinci düzenlemeye ise TMK m. 336/3'te yer verilmiştir. Buna göre boşanma durumunda velayet, çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir. Boşanmaya karar veren mahkeme, velayetin durumuna da karar verir. Çocuğun velayetinin hangi tarafta kalacağına karar vermede hâkimin geniş bir takdir yetkisi vardır.¹⁰¹

Boşanma veya ayrılık durumunda velayetin düzenlenmesinde asıl olan, çocuğun yüksek yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır. Hâkim, bedensel ve ruhsal yönden çocuğun gelişimine en uygun şekilde karar verir. Öğretide hâkime, çocuğun yararının nerede olduğunu tespit etmesini kolaylaştıracak birtakım ölçütler belirlenmiştir. Bir görüşe göre velayetin bırakılacağı tarafın seçilmesinde öncelikle çocuğun eğilimleri, mutluluğu ve rahatı göz önünde bulundurulmalıdır. Bu görüşün benimsenmesi halinde velayetin düzenlenmesinde önem arz eden, tarafların sosyal durumu veya çocuğun yaşı gibi hususlardan ziyade çocuğun varsayılan müstakbel mutluluğunun sağlanmasıdır.¹⁰²

¹⁰⁰ Akyüz, 231; Öztan, 1089.

¹⁰¹ Bilge Öztan, "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu", *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006), 255; Gençcan, 309.

¹⁰² Akkurt, 112-113.

Türk hukuk uygulamasında örneğine sıkça rastlanılan başka bir görüşe göre, çocuğun yararının ve velayetin düzenlenmesinin tespitinde öncelikle dikkat edilmesi gereken husus çocuğun yaşıdır. Buna göre ana şefkatine muhtaç yaştaki çocuğun velayeti, sosyal ve ekonomik durumu fark etmeksizin anasına bırakılmalıdır. Çocuğun gelişimine zararı olabilecek ciddi, inandırıcı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı ispat edilemediği müddetçe velayetinin anaya verilmesi çocuğun yararınadır.¹⁰³

Öğretide genel kabul gören görüşe göre velayetin bırakılacağı tarafın tespitinde sadece çocuğun yararına dikkat edilmesi gerekir. Çocuğun yüksek yararı değerlendirilirken cinsiyeti, dini, kişiliği gibi kimlik bilgilerinin yanında alıştığı aile ortamını ve ilişkileri sürdürmesi, bakımı, korunması, güvenliği, sağlığı ve eğitimi öğelerine, somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı dikkat edilmelidir.¹⁰⁴

Boşanmanın ardından ana babanın velayeti birlikte kullanıp kullanamayacağı öğretide ve uygulamada tartışmalı bir konudur. Toplumsal gelişim ve değişimleri takiben babanın da ana kadar çocuğun bakımı, eğitimi ve yetiştirilmesinde etkin olmasına duyulan istek ve ihtiyaç, birlikte (ortak) velayet tartışmalarının doğmasına sebep olmuştur.¹⁰⁵ Zamanla Almanya ve İsviçre gibi bazı ülkelerde ana babanın boşanmasından sonra, hatta evlilik dışı yaşam birlikteliklerinde çocuk üzerinde birlikte velayete sahip olmasına olanak veren yasal değişiklikler yapılmış,¹⁰⁶ birtakım uluslararası hukuk metinlerinde de birlikte velayet esası benimsenmiştir.¹⁰⁷

Uluslararası alanda birlikte velayete imkân tanıyan gelişmeler, bizim hukukumuzda da boşanma sonrası ana babanın çocuk üzerinde eşit ve ortak hak ile yükümlülöklere sahip olup olamayacağı konusunda farklı görüş ve uygulamaların ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

Birlikte velayet, çocuk üzerindeki velayete ana babanın ortaklaşa ve eşit şekilde sahip olmasıdır.¹⁰⁸ Yakın zamana kadar boşanma sonrası velayetin ana babadan yalnız birine verilebileceği şeklinde anlaşılan TMK m. 336/3 hükmüne farklı yorumlar getirilmeye başlanmıştır. Bu maddenin açık, kesin ve isabetli bir hüküm içerip içermediği ile maddede bir kanun boşluğunun var olup olmadığı tartışmalıdır.¹⁰⁹

¹⁰³ Akkurt, 114; Bulut, 33; Gençcan, 169.

¹⁰⁴ Usta, 536-544; Gençcan, 210-227.

¹⁰⁵ Özdemir-Ruhi, 303.

¹⁰⁶ İlknur Serdar, "Birlikte Velâyet", *DEÜHFD* 10/1 (2008), 159.

¹⁰⁷ Leyla Müjde Kurt, "Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet", *İNÜHFD* 2018), 157.

¹⁰⁸ Serdar, 162.

¹⁰⁹ Kurt, 157; Çelikel, 64.

Öğretide, birlikte velayetin mevcut hükümlerle mümkün olmadığı ancak TMK m. 336/3'ün anayasaya aykırılığının iddia edilebileceği savunulmuştur.¹¹⁰ Yine birlikte velayetin mümkün olmaması gerektiğini savunan bir başka görüşe göre ana babanın boşanma sonrası gergin ilişkilerinin çocuk üzerinde menfi yansımalarının olacağı ve birlikte velayetin çocuğun yararına aykırılık oluşturacağı belirtilmiştir. Bunun yanı sıra TMK m. 336/2'de “*verebilir*” ibaresinin yer almasının, ileride birlikte velayetin Türk hukukunda kabulüne yol açabileceği ifade edilmiştir.¹¹¹

Öğretide bir kısım tarafından birlikte velayet tartışmalarının odağındaki TMK m. 336 hükmü yorumlanırken şu hususlara dikkat çekilmiştir: Söz konusu hükmün ilk iki fıkrasında olduğu gibi üçüncü ve son fıkrasında da çocuğun yararı ilkesi esas alınmış olmalıdır. TMK m. 336/3 hükmü getirilirken boşanma halinde velayetin ana babadan birine bırakılmasının çocuğun yararına olacağı varsayımından hareket edilmiş olabilir.¹¹² Ancak bunun mutlak bir doğru olarak algılanması, çocuğun ihtiyaçlarına her zaman çözüm getirmeyecektir. Nitekim anlaşmalı boşanmada ana ve baba aralarında anlaşarak velayete kimin sahip olacağını belirleyebiliyorsa birlikte velayete dair bir anlaşma yapmalarının da mümkün olması gerekir. Bir başka ihtimal ise kanun koyucunun, çocuğu fiziksel olarak yanında bulunduran kişinin velayete sahip olacağı yönünde bir anlayışı benimsemiş olmasıdır. Fakat gerek ayrı yaşayan eşlerin velayete birlikte sahip olmasına imkân tanıyan TMK m. 336/2 düzenlemesi gerek velayet hakkı sabit kalarak çocuğun bir aile veya kurum yanına yerleştirilmesinin kabul edilmesi karşısında velayet ile alıkoyma arasında mutlak manada bir irtibatın olduğu söylenemez.¹¹³ Son olarak TMK m. 336/3 hükmünde bir örtülü boşluğun var olduğunu, bu boşluğun, hâkim tarafından çocuğun yararına uygun olarak doldurulmasını ve gerektiğinde boşanma halinde birlikte velayete karar verilebileceğini kabul etmek gerekir.¹¹⁴ Meselenin en basit çözümü ise Kanun'da bir düzenleme yapılarak velayet hakkının eşlerden her ikisine birden verilip verilemeyeceğinin açıkça belirtilmesi olacaktır.¹¹⁵

¹¹⁰ Serozan, 255.

¹¹¹ Hatemi, *Aile Hukuku*, 188.

¹¹² Özdemir-Ruhi, 339; Öztan, "Birlikte Velayet Sorunu", 266.

¹¹³ Tuba Birinci Uzun, "Türk Medenî Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli", *HÜHFD* 6/1 (2016), 163.

¹¹⁴ Çiğdem Kırca, "Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama", *AÜHFD* 50/1 (2001), 110; Öztan, "Birlikte Velayet Sorunu", 258-260. Ortaya çıkan ve doldurulması gereken kanun boşluğunun örtülü değil, gerçek olduğuna dair bkz. Eylem Apaydın, "Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği", *İNÜHFD* 2018), 471.

¹¹⁵ H. Kübra Ercoşkun Şenol, "Türk Hukukunda Boşanma Halinde Ortak Velâyet Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu", *İNÜHFD* 2021), 763; Serdar, 194; Barış Can Öztürk, *Birlikte Velayet*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 243.

Öğretide ayrıca birlikte velayeti engelleyen ve emredici nitelikteki TMK m. 336/3 kuralının, 6884 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile örtülü olarak ortadan kaldırıldığı ve birlikte velayetin normatif olarak iç hukukumuzda girdiği savunulmaktadır.¹¹⁶

Evlilik birliğinin sona ermesi halinde ana babaya birlikte velayet imkanının tanınması her zaman çocuğun yararına uygun olmaz. Zira velayetin kaldırılmasını gerektiren bir durumun varlığı, ana babanın birlikte velayeti istememesi, birbirleriyle iletişim kurmaya yanaşmaması veya sürekli bir çekişme içinde olması gibi hallerde hâkim, çocuğun velayetini ana babanın ikisine birden bırakmamalıdır.¹¹⁷

Yakın geçmişte, boşanma veya ayrılık durumunda velayet kendisine bırakılan eşin, kişisel ilişki kurulmasını engelleyici hareketlerde bulunması halinde velayetin değiştirilebileceğine dair bir hüküm yürürlüğe girmiştir. 7343 Sayılı Kanun'un¹¹⁸ 37. maddesi ile TMK m. 182'nin birinci fıkrasından sonra eklenen söz konusu hükme göre velayetin değiştirilmesi için bu değişikliğin çocuğun yararı ile çakışmaması gerekir.

Türk Medeni Kanunu'nun 183. maddesi uyarınca hâkim; ana veya babanın başka bir yere gitmesi, başkasıyla evlenmesi veya vefat etmesi gibi durumlarda re'sen veya ana ve babadan birinin talebiyle gerekli tedbirleri alır. O halde velayet hakkına tek başına sahip olan eş herhangi bir sebeple bu hakkı kaybederse velayet doğrudan diğer eşe geçmez. Diğer eşin çocuk üzerinde velayete sahip olabilmesi, hâkim kararına bağlıdır.¹¹⁹

Boşanma veya ayrılık davası sürerken hâkim, çocukların bakım ve korunmasına dair geçici önlemleri alır. Ancak velayete ilişkin esas karar boşanmanın kesinleşmesiyle verilir. Kendisine velayet hakkı bırakılmayan taraf, TMK m. 182/3 hükmü gereği ortak çocuklarının bakım ve eğitimi için gerekli masraflara gücü oranında katılmakla yükümlüdür. Bu katkıya uygulamada "*iştirak nafakası*" denilmiştir. Gerek velayet kararı gerekse nafaka ile ilgili karar, değişmez birer ilke değildir. İlgili kararlarda belirleyici unsur çocuğun yararı olduğu için şartların değişmesiyle hâkimden yeni bir düzenleme yapması talep edilebilir.¹²⁰

Mahkeme tarafından butlanına hükmedilen bir evlilikten dünyaya gelen çocuklar ile ana babası arasındaki ilişkilere boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır (TMK m. 157/2). Buna göre boşanma veya ayrılık halinde çocuklar açısından ana babanın haklarını düzenleyen TMK m.

¹¹⁶ Özdemir-Ruhi, 350; Gençcan, 311; Kurt, 183.

¹¹⁷ Özdemir-Ruhi, 341-345.

¹¹⁸ 7343 Sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, R.G. T: 30.11.2021, S:31675.

¹¹⁹ Öztan, *Aile Hukuku*, 1090.

¹²⁰ Hatemi-Serozan, 243.

182 hükmü uygun düştüğü ölçüde evliliğin butlanı sebebiyle sona ermesi halinde de uygulama alanı bulur. Buna göre hâkim; çocuğun yararını gözeterek velayet hakkını ana babadan birine bırakabilir, çocuğa vasi atayabilir ya da çocuk zaten vesayet altında ise vesayetin devamına karar verebilir.¹²¹

4. Evlilik Birliği Haricindeki İlişkide Velayetin Kullanılması

Türk Medeni Kanunu'nun 337/1. maddesi “*Ana ve baba evli değilse velayet anaya aittir.*” hükmünü amirdir. Bu hüküm uyarınca evlilik birliği olmadan doğan çocuğun velayeti kural olarak anaya aittir. Ananın hak ve vazifelerini yerine getirme mükellefiyeti bakımından çocuğun, evlilik birliğinin içinde veya dışında doğması arasında bir fark yoktur.¹²²

Evlilik dışı doğan çocuğun TMK m. 337/2’de üç istisnasına yer verilmiştir. Bunlar; ananın küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayetin kendisinden alınmış olması halleridir. Hâkim bu hallerde çocuğun menfaati nasıl gerektiriyorsa öyle hareket ederek çocuğa vasi atanmasına ya da velayetinin babaya bırakılmasına karar verecektir. Babanın velayet hakkını elde edebilmesi için evvela çocuk ile arasında soybağı ilişkisi kurulmalıdır. Bununla birlikte baba ile çocuk arasında soybağının varlığı, velayetin babaya bırakılabilmesi için yeterli değildir.¹²³ Bu durumda hâkim çocuğun menfaatine göre velayeti düzenler.

Türk Medeni Kanunu’nun 337/1. maddesinin, evlilik birliği dışında doğan çocukların, evlilik birliği içinde doğan çocuklardan farklı olarak babalarının velayeti altına girmelerini güçleştirdiği sebebiyle anayasaya aykırılığı iddia edildiyse de Anayasa Mahkemesince bu itiraz reddedilmiştir.¹²⁴ Mahkemece evlilik birliği dışında doğan çocuğun velayetinin askıda kalmaması ve hak kaybına uğramaması için getirilen bu hükmün, çocuğun yüksek yararına uygun olduğu kanaatine varılmıştır.

Öğretide eğer ileride çocuğun velayetinin anaya bırakılacağı düşünülüyorsa velayetin babaya bırakılmasından önce mümkünse çocuğun yararına uygun olmak şartıyla çocuğa vasi atanmasının daha yerinde olacağı savunulmaktadır.¹²⁵ Örneğin, çocuk üzerindeki velayet hakkı, ananın yaşının küçüklüğü sebebiyle babaya bırakıldıysa erginliğe ulaşmasıyla velayete tekrar sahip olabilmesi için önce velayet hakkının babadan kaldırılması gerekir. Bu görüşe göre,

¹²¹ Öztan, *Aile Hukuku*, 1091; Gençcan, 321.

¹²² Gençcan, 268. Türk Kanunu Medenisi (m. 311) zamanında meşrû çocuk ile gayri meşrû çocuk arasındaki farklardan biri olarak ana, gayri meşrû çocuğunun velisi değildi. Gürsel, 444.

¹²³ Birinci Uzun, 148.

¹²⁴ Anayasa Mahkemesi (AYM) K. 2008/161 (27.03.2010).

¹²⁵ Öztan, *Aile Hukuku*, 1092.

hâkimin en baştan çocuğun menfaatini gözetmesi ve çocuk için sürekli bir çözüm olmayacak kararda acele etmemesi yerinde olacaktır.¹²⁶

Evlilik birliği dışında doğan çocuğun ana babası birbirleriyle evlendikleri takdirde velayete birlikte sahip olurlar. (TMK m. 292, 336/1).

Bazı Avrupa ülkelerinin hukuk sistemlerinde, ana babanın evlilik birliği dışında doğan çocuk üzerinde velayete birlikte sahip olmalarına imkân tanıyan yasal düzenlemelere yer verilmiştir.¹²⁷ Hukukumuzda ise birlikte velayet, evli ana babanın velayeti kullanması hâli hariç, açık olarak düzenlenmiş değildir.¹²⁸

C. Velayetin Sona Ermesi ve Değiştirilmesi

1. Velayetin Sona Ermesi

Velayetin sona ermesi, kanundan dolayı olabileceği gibi mahkeme kararına bağlı de gerçekleşebilir.

a. Velayetin Kanundan Dolayı Sona Ermesi

Velayetin kanundan dolayı sona ermesinin en tabii yolu çocuğun ergin olmasıdır. Velayet süreye bağlı bir yüküm hak olduğu için kural olarak ayırt etme gücüne sahip çocuğun on sekiz yaşını doldurmasıyla sona erer (TMK m. 11, 335). Çocuğun evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınmasının yasal sonucu velayetin kendiliğinden sona ermesidir.

Velayet, çocuğun veya ana ve babasının ölümü ile de sona erer. Türk Medeni Kanunu'nun 336/3. maddesi uyarınca evlilik içi doğan bir çocuğun velayeti ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana aittir. Aynı şekilde ana ve babadan birinin gaipliğine karar verilmesi ya da velayet hakkını kullanamayacak duruma düşmesi halinde velayet hakkı diğer eşe ait olur. Yeter ki öncesinde sağ kalan veya gaip olmayan eşten velayet kaldırılmamış olsun (TMK m. 348). Burada velayetin geçişi için bir işleme gerek yoktur.

Evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velayeti, ana babadan birinin ölümü veya gaipliğine karar verilmesi halinde kendiliğinden sağ kalan tarafa geçmez. Yine boşanmış eşlerde velayete sahip ana babanın ölmesi halinde veya evlat edinmenin ölümü ile velayet diğer tarafa veya asıl

¹²⁶ Akyüz, 236.

¹²⁷ ZGB m. 298a, 298b, 298c, 298d hükümlerinde evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velayeti, farklı ihtimaller dikkate alınarak detaylı bir biçimde düzenlenmiştir. Birinci Uzun, 160.

¹²⁸ Serdar, 193.

ana babaya kendiliğinden geçmez. Bu hallerde velayetin geçişi için veya vasi tayini için hâkim kararı gerekir.¹²⁹

Çocuğun evlat edinilmesi ile asıl ana babanın velayeti (TMK m. 314/1); evlatlık ilişkisinin kaldırılması ile evlat edinenin velayeti sona erer (TMK m. 291). Soybağının reddi velayeti kendiliğinden sona erdirir (TMK m. 286).

b. Velayetin Mahkeme Kararıyla Sona Ermesi

Evlilik birliğinin boşanma yoluyla veya evliliğin iptali kararı üzerine sona ermesiyle hâkim tarafından kendisine velayet bırakılmayan tarafın çocuk üzerindeki velayeti sona erer.¹³⁰

Velayetin mahkeme kararıyla sona erme hallerinden bir diğeri çocuğun korunması hükümleri kapsamında velayet hakkının kaldırılmasıdır (TMK m. 348).

Velayet hakkının ana baba ve çocuk açısından önemi kuşkusuzdur. Ana babanın velayet hakkı hiçbir sebep yokken onlardan alınamaz. Ancak sorumluluk bilinci taşınamamasından ötürü velayet görevlerini yürütmekten aciz, çocuğa karşı otoritesini kötüye kullanan veya görevini ağır biçimde ihlal eden ana babadan velayet hakkı kaldırılabilir.¹³¹

Kişilik haklarından olan velayet hakkının kaldırılması ancak hâkim kararıyla mümkündür. Hâkimin elinde, çocuğun korunmasını sağlamak için üç aşamalı bir önlem alma mekanizması vardır. Bunların üçüncüsü ve en ağırı velayet hakkının kaldırılmasıdır. Çocuğun yararını tehlikeye düşüren sebebin başka bir şekilde önlenememesi veya alınacak önlemlerin yetersiz kalacağının başlangıçta anlaşılması halinde hâkim, velayet hakkına müdahale ederek velayetin kaldırılması yoluna başvurabilir. Demek oluyor ki velayetin kaldırılması, çocuğun yararının korunmasının başka türlü mümkün olmaması halinde bir son çaredir.¹³²

Velayetin kaldırılması için sözü edilen ön koşulun gerçekleşmesi tek başına yeterli değildir. Bu koşula ilaveten TMK m. 348/1'de öngörülen özel koşullardan birinin gerçekleşmesi gerekir. Bu özel koşullardan birinin gerçekleşmesi halinde hâkim, velayetin kaldırılmasına karar verir. Söz konusu hükmün ele alınış biçiminden anlaşılmaktadır ki

¹²⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), K. 1954/17124 (10 Kasım 1954); Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2005/14634 (24 Ekim 2005); Bulut, 24.

¹³⁰ Akyüz, 223.

¹³¹ Serozan, 292; Gençcan, 776-777.

¹³² Emine Akyüz, "Velayet Hakkının Kaldırılması", *AÜEBFD* 25/1 (1992), 11; Abik, 65; Özden Özer Taşkın, "Velayet Hakkının Kullanılması, Velayetin Değiştirilmesi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/1 (2020), 253.

velayetin kaldırılması sayılan sebeplerle sınırlı değildir. Hâkim somut olayın özelliklerini dikkate alarak takdir yetkisini kullanabilir.

Ana babanın velayet görevini gereğince yerine getirememesi birden çok sebepten kaynaklanabilir. Ana babanın hastalığı,¹³³ özürlü olması, tecrübesizliği, uzakta bulunması, başka bir ülkede yaşaması vb. bedeni, ahlaki, ruhi, fikri ve maddi yetersizlikleri bu sebepler arasında gösterilebilir. Ancak bu durumların varlığı her zaman velayetin kaldırılmasını gerektirmez. Bu sebeplerin velayetin kaldırılmasını gerektirmesi için; yetersizlik halinin sürekli olması, çocuğa yansımalarının derin olması, çocukla ilgili karar alma yeteneğini kaldırması, çocuğun ihtiyaçları ile ilgilenmeyi veya onu temsil etmeyi engellemesi, ana babanın çalışmaktan kaçınması nedeniyle olması veya hâkimin alacağı başka önlemlerle koruma imkânının mevcut olmaması gibi ölçütlerden birinin varlığı gerekir. Ana babanın ahlaka aykırı hayat sürmesi, kısıtlanması gibi sebepler de TMK m. 348/1 kapsamında ele alınabilir.¹³⁴ Ana babanın tutuklanması veya bir yıldan kısa süreli hapsi velayetin kaldırılması nedeni değildir.¹³⁵

Ana babanın çocuğa karşı ciddi bir ilgisizlik içinde olması velayetin kaldırılma sebebidir. Ana babanın kalıcı bir şekilde çocuklarını gerekli ilgiden mahrum bırakması aynı zamanda ana babanın bakım gözetim ve koruma gibi temel birtakım yükümlülüklerinin ağır biçimde savsaklanması kapsamında yer alır. Kanun koyucu bu iki durumu müstakil olarak ele almakla çocuğun canı, eğitimi, toplumsal ilişkileri veya kötü alışkanlıkları gibi konularda ana babanın hiçbir önlem almamasının velayet görevlerinin ağır biçimde savsaklanması olarak kabul etmiştir.¹³⁶ Yargıtay, kısa süreli ihmali, savsaklama kabul etmemiştir.¹³⁷

Ana babanın her ikisinden birden velayet kaldırılırsa çocuk artık vesayete tabi olur (TMK m. 348/2). Hâkim değişik bir yargıya varmadığı müddetçe velayet, mevcut tüm çocuklar ve henüz doğmamış çocuklar için geçerli biçimde kaldırılır (TMK m. 348/3).¹³⁸ Bununla

¹³³ Akıl hastası babanın velayet görevini gereği gibi yerine getiremeyeceği ile ilgili bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2003/8302 (05 Haziran 2003); Bulut, 24.

¹³⁴ Abik, 66-67; Özer Taşkın, 254-256; Öztan, *Aile Hukuku*, 1100; Akyüz, *Velayet Hakkının Kaldırılması*, 13-16; Gençcan, 780-781.

¹³⁵ “Annenin tutuklanmış olması tek başına velayetin nezine sebep olmaz. Eğer çocuğun terkedilmesi suretiyle velayet ağır şekilde ihmal edilmişse ve tutuklama bu durumda gerçekleşmişse velayetin nezine karar verilmesi gerekir.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 1997/12764 (25 Kasım 1997).

¹³⁶ Baygın, 350; Kılıçoğlu, 515.

¹³⁷ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2014/18803 (29 Eylül 2014)

¹³⁸ Bulut, 18. “Çocukların babası ölmüş, velayet hakkına sahip anne ise cezaevinde tutuklu olup kısa sürede salıverilme olasılığı da uzaktır. Annenin velayet görevini gereği gibi yerine getirmesi mümkün olmadığından, velayetin kaldırılmasına karar verilmesi ve çocuklara vasi atanması için yetkili vesayet makamına ihbarda bulunulması yönünde hüküm kurulmalıdır.” İlhan Helvacı, *Gerekçeli Karşılaştırmalı İçtihatlı Notlu Türk Medenî Kanunu Cilt II Aile Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013), 552.

birlikte ana veya baba tarafından çocuğun bakım nafakasının ödenmesi yükümlülüğü velayetin kaldırılmasından etkilenmez.

Boşanma sonrası velayet kendisine verilen tarafın bir başkasıyla nikahsız yaşıyor olması velayetin kaldırılması için tek başına geçerli bir sebep değildir.¹³⁹

Ana babanın kusuru olmasa dahi çocuğun üstün yararı ilkesi gereği velayetleri onlardan alınabilir. Keza bu bir ceza olarak görülmemelidir. Velayetin kaldırılmasını gerektiren koşullar çocuk lehine değişirse hâkim, velayeti ana babaya veya birine geri verebilir (TMK m. 351/2).

2. Velayetin Değiştirilmesi

Velayet hukukunun amaca bağlılık, kamu düzenini ilgilendirme ve çocuk yararını önceleme özelliklerinden ötürü koşullar değiştiğinde velayetle ilgili verilen kararlar da yeniden değerlendirilebilir. Ana babanın boşanması sonucu düzenlenen velayetin değiştirilebilmesi için; yeni şartların, velayet hakkını elinde bulunduranın veya çocuğun durumunda önemli ve sürekli nitelikte farklılıklar meydana getirmesi gerekir.¹⁴⁰ Bu şekilde ortaya çıkan yeni şartlar sonucu hâkim, re'sen veya taraflardan birinin istemiyle önceden verilen kararı değiştirebilir.

Velayetin hangi şartlar oluştuğunda değiştirilebileceğine veya kaldırılabilirliğine dair düzenlemelere TMK'da yer verilmiştir. Velayete ilişkin kararların değiştirilebileceği bazı durumları açıklayan TMK m. 183'te; ana veya babanın bir başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya vefat etmesi gibi yeni durumların zaruri kılması halinde hâkimin gerekli önlemleri alacağı öngörülmüştür. Maddede sayılan durumlar birer örnek niteliğinde olup bunların dışında velayete sahip ana veya babanın; çocuğa bakamayacak derecede hastalanması, mesleği gereği uzun süre evde bulunamaması,¹⁴¹ hapis cezası alması, bağımlılık tedavisi nedeniyle bir merkeze yatırılması gibi durumlarda da velayetin değiştirilmesi gerekebilir.¹⁴² Velayet sahibi tarafın malî olarak zor durumda olması velayetin değiştirilmesine tek başına gerekçe olamaz.

Çocuğa ilişkin ortaya çıkan bazı durumlar da velayetin değiştirilmesini gerektirebilir. Örneğin, çocuğun karakterinde ortaya çıkan olumsuz durumlar (bağımlılık, şiddet meyli vb.), çocuğun hastalanması, gereksinimlerinin artması, velayet hakkı bulunmayan diğer tarafın ikamet ettiği yerdeki bir okula başlaması gibi sebepler velayetin değiştirilmesi sonucunu

¹³⁹ “Velayet kendisine verilen babanın ölümünden sonra çocuklarını alan annenin bir başkasıyla nikahsız yaşıyor olması, annenin velayet görevini ihmal ettiğine dair ispat olmadıkça velayetin anneden alınmasına gerekçe teşkil etmez.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2003/5537 (16 Nisan 2003)

¹⁴⁰ Abik, 70; Baygın, 373; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 299; Gençcan, 804.

¹⁴¹ “Davalının geceleyin çalışarak küçüğün bakımını ihmal etmesi nedeniyle velayet hakkının değiştirilmesi talepli davanın kabulü gerekir.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2003/1441 (3 Şubat 2003)

¹⁴² Köprülü-Kaneti, 201; Saymen-Elbir, 272; Özer Taşkın, 250; Gençcan, 818-821.

doğurabilir. Ancak tüm bu ve benzeri durumların velayetin değiştirilmesine sebep olabilmesi için çocuğun menfaati de bu değişikliği gerektirmelidir.¹⁴³

Kanun'da velayete sahip olan tarafın evlenmesi velayetin değiştirilmesi sebeplerinden biri olarak sayılmakla beraber Yargıtay'ın yerleşik görüşüne göre yeniden evlenme tek başına velayetin değiştirilmesi için yeterli değildir.¹⁴⁴ Bu yeni evlilikten ötürü velayet altındaki çocuğun bedensel, ruhsal veya ahlaki gelişimi tehlikeye düşerse yahut evlenilen kişi; haysiyetsiz hayat sürüyorsa, sabıkalıysa, psikiyatrik hastalıkları varsa, evde sürekli huzursuzluk çıkarıyorsa velayetin değiştirilmesi gerekebilir. Ayrıca bu evlilik sonrası velayet sahibi taraf çocuğu başkasına terk ettiyse veya velayetten doğan sorumluluklarını ağır biçimde ihmal ediyorsa yine velayet değiştirilebilir.¹⁴⁵

Velayete sahip olan tarafın yer değişikliği, velayetin değiştirilmesi sebepleri içinde en sık karşılaşılan durumdur. Bu noktada; yer değişikliğinin sürekli olması, gidilen yerin çocuğun eğitimi veya sağlığı açısından gerekli şartları sağlamaması, yer değişikliğinin çocuğu diğer eşten uzaklaştırma amacı taşıması gibi sebeplerin varlığı velayetin değiştirilmesi sonucunu doğurabilir.¹⁴⁶

Velayete sahip olan tarafın ölümü durumunda velayetin diğer tarafa geçmesi için hâkim kararı gereklidir.¹⁴⁷ Hâkim TMK m. 348'de belirtilen velayetin kaldırılması şartları gerçekleşmediyse velayeti sağ olan tarafa vermelidir. Ancak hâkim, çocuğun menfaati gereği, velayeti kaldırarak çocuğun vesayet altına alınmasına hükmedebilir.¹⁴⁸

Yargıtay; velayete sahip olan tarafın çocuğu almayıp diğerine bırakması, hâkim tarafından belirlenen zamanlarda çocuğun diğer tarafla görüşmesini engellemesi gibi durumlarda da velayetin değiştirilmesine karar vermiştir.¹⁴⁹

¹⁴³ Gençcan, 816-817. Çocuğun menfaati ilkesi kanun koyucu tarafından tam anlamıyla tanımlanmadığı ve hâkime bu konuda geniş bir takdir yetkisi tanındığı için velayetin değiştirilmesini gerektirecek yeni durum hâkimi ikna edebilecek derecede önemli olmalıdır. Baygın, 373.

¹⁴⁴ Kılıçoğlu, 516. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2013/25031 (4 Kasım 2013).

¹⁴⁵ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2012/28349 (27 Kasım 2012)

¹⁴⁶ Baygın, 375; Özer Taşkın, 251.

¹⁴⁷ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2013/3450 (13 Şubat 2013).

¹⁴⁸ Serozan, 295; Baygın, 375; Gençcan, 821.

¹⁴⁹ Yargıtay kararlarına göre velayetin kaldırılması davasında TMK m. 348'in koşulları sağlanmıyor ve velayetin değiştirilmesine dair TMK m. 183'ün koşulları sağlanıyorsa mahkeme velayetin değiştirilmesi kararıyla yetinebilir. Baygın, 376; Bulut, 27.

III. VELAYETİN İÇERDİĞİ HAK ve YÜKÜMLÜLÜKLER

Velayet, kanunun ana babaya çocuğun şahsı, malları ve temsil edilmesi konularında tanıdığı hak ve yükümlülükleri içerir. Velayetin çocuğun şahsı ve temsil edilmesi ile ilgili hükümleri Kanun'un 339. ve devamı maddelerinde bir arada düzenlenmesine karşın, çocuğun malları ile ilgili hükümler “Çocuk Malları” başlığı ile ayrıca düzenlenmiştir.¹⁵⁰ Kanun sistematığına uygun olması dolayısıyla velayetin içerdiği hak ve yükümlülükler önce çocuğun şahsı sonra ise malları bakımından ayrı ayrı incelenmiştir.

A. Çocuğun Şahsı Bakımından Velayetin İçerdiği Hak ve Yükümlülükler

Çocuğun şahsı bakımından velayet, çocuğun kişiliği ve kişiliğinin gelişmesi ile ilgili konularda kanunun ana babaya tanıdığı haklar ve yüklediği yükümlülüklerin tamamını içerir.

1. Çocuğun Adı

Çocuğun adını, “*Velayetin Kapsamı*” kenar başlıklı TMK m. 339'un son fıkrasında belirtildiği üzere ana babası koyar. Zira yeni doğanın kendi adını belirlemesi de isimsiz kalması da mümkün değildir.¹⁵¹ İlgili hükmün ele alınış şekline anlaşılar ki çocuğun adını koymak ana babanın hem hakkı hem de yükümlülüğüdür. ÇHS m. 7/1 uyarınca çocuk, doğumu takiben kaydedirilecek ve böylece doğumdan itibaren bir isim hakkına sahip olacaktır. Evlat edinen kişi de isterse yeni bir isim koyma hakkını kullanabilir (TMK m. 314/3). Çocuğa ad konulması, ana babasının ölmesi veya ayırt etme gücünü kaybetmesi gibi nedenlerle mümkün değilse bu görev vasi tarafından yerine getirilir.¹⁵²

Çocuğa ad koyma hakkının velayete mi yoksa soybağına mı bağlı bir hak olduğu konusunda öğretilerde fikir ayrılıkları mevcuttur. Bir görüşe göre, söz konusu fıkra velayet kapsamında düzenlendiği için çocuğa ad koyma hakkı, velayete sahip ana babaya aittir.¹⁵³ Başka bir görüşe göre, ana baba velayet hakkına sahip olsalar da olmasalar da çocuğa ad koyma hakkına sahiptir.¹⁵⁴ Zira bu hak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır.

¹⁵⁰ Öztan'a göre TMK 339. maddesi velayetin kapsamını değil içeriğini ortaya koymaktadır. Öztan, *Aile Hukuku*, 1107. "Velayetin içeriğinin belirlenmesinde genel nitelikli bir hüküm olarak ana baba ve çocuğun karşılıklı yükümlülüklerini düzenleyen TMK 322 hükmü de dikkate alınmalıdır." İmamoğlu, Tedip, 166., dn. 3.

¹⁵¹ Berki, 39; Gençcan, 324.

¹⁵² Öztan, *Aile Hukuku*, 1111.

¹⁵³ Baygın, 280; Akıntürk-Ateş Karaman, 411; Oğuzman-Dural, 277; Kılıçoğlu, 501; Dural vd., 365; Kılıçoğlu, 501.

¹⁵⁴ Saymen-Elbir, 370; Berki, 39; Hayrunnisa Özdemir, "Türk ve İsviçre Medenî Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması", *AÜHFD* 57/3 (2008), 576; Gençcan, 328; Öztan, *Aile Hukuku*, 1111.

Ana babanın çocuğun ismi konusunda anlaşmazlığa düşmeleri halinde mahkemeye başvurarak yardım istemeleri mümkündür. Hâkim bu konuda ana babadan birini yetkili kılabilir.¹⁵⁵ Her iki eşin istediği isimlerin birlikte konması suretiyle de sorun çözülebilir.¹⁵⁶ Çocuğa konulan adın gayrı ahlaki, incitici yahut dışlanmasına sebep olacak türden olmasına izin verilmez.¹⁵⁷

Çocuğun adının konulması gibi değiştirilmesi hususu da ana babanın evlilik birliği içinde müşterek hareket etmesini gerektirir. Velayete yalnız biri haiz ise uygulamada, velayet kendisine bırakılan taraf diğerini davaya dahil etmek ve isim değişikliğinde haklı nedenin varlığını ispatlamak şartıyla tek başına çocuğun adını değiştirebilir.¹⁵⁸ Hangi hallerin haklı sebep teşkil ettiği, somut olayın özelliğine göre mahkemece takdir edilir. Yargıtay’a göre bu belirleme yapılırken hâkimin takdiri; yeni alınmak istenen adın toplum değerlerine ve yasanın buyurucu kurallarına ters düşmeyen, özellikle başkalarına veya çevreye zarar vermeyen, incitmeyen nitelikte bulunduğu saptanmasıyla sınırlı olması gerekir.¹⁵⁹

2. Çocuğun Yerleşim Yeri

Çocuğun yerleşim yeri TMK m. 21/1 hükmünde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre çocuğun yerleşim yeri esas itibarıyla, eşlerin evlilik birliğinin ortak bir yerleşim yerinde devam ettiği kabul edilerek ana babanın yerleşim yerine göre belirlenmiştir.¹⁶⁰ Bu düzenleme evlilik birliği kadar çocuğun yararıyla da ilgilidir. Aksi halde velayet hak ve görevlerinin icrası imkânsızlaşır. Bununla birlikte çocuğun kalacağı yerin tayinine velayete sahip ana baba muktedirdir.¹⁶¹

Çocuğun yerleşim yerinin velayete bağlı olarak tespit edilmesi kuralı aynı zamanda çocuğun ana babasının rızası dışında evi terk edemeyeceği ve yasal sebep olmaksızın ana ve babasından alınamayacağını hükme bağlayan TMK m. 339/4’ün bir gereğidir. Kural böyle olmakla birlikte TMK m. 21/1’in uygulanması için çocuğun yararı ile çakışmaması gerekir.

¹⁵⁵ Akıntürk-Ateş Karaman, 411; Çelikel, 39; Reyhani Yüksel, 87.

¹⁵⁶ Öztan, *Aile Hukuku*, 1111.

¹⁵⁷ Baygın, 281.

¹⁵⁸ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2018/11607 (25 Nisan 2018).

¹⁵⁹ “Adını benimsemeyen kişiliği ile özdeşleştirmeyen kimsenin, adını değiştirmek istemesi en doğal hakkıdır. Böyle bir durumda, ad değiştirme istemlerini içeren davalarda davacının tercih ve arzusunun ön planda tutulması ve öncelikle dikkate alınması gerekir.” Yargıtay 18. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/15157 (25 Kasım 2015).

¹⁶⁰ Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, “Çocuğun Yerleşim Yeri”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14/1 (Haziran 2015), 41; Gençcan, 345-348.

¹⁶¹ Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 239.

Bazı istisnai durumlarda çocuğu ana babanın yerleşim yeri ile bağı tutmak yüzeysel ve çocuğun ihtiyacına aykırı bir durum teşkil eder.¹⁶²

Çocuğun yerleşim yerinin velayete bağlanarak tespit edilmesinin öğretide ve uygulamada birtakım istisnaları vardır. Örneğin, öğretide, çocuğun ana babasının rızası dahilinde fiili olarak ayrı bir yerde hayat sürmesi ve bağımsız bir sanat veya meslekle uğraşması hallerinde bağımsız bir yerleşim yeri edinebilmesinin mümkün olduğu savunulmaktadır.¹⁶³

Eşlerin evlilik birliği devam etmesine rağmen, örneğin memuriyetleri sebebiyle, ayrı yerleşim yerlerine sahip olmaları mümkündür. Bu noktada çocuğun kimin yanında kalacağına dair eşlerin müştereken verdikleri karar, hukuka uygun kabul edilir. Bunun dışında eşlerin birlikte yaşamaya ara vermesi, devam eden boşanma davalarının olması veya mahkemece ayrılığa karar verilmesi gibi durumlarda da velayet hakkı her iki eş için devam etse bile eşlerin ortak bir yerleşim yeri olmayabilir. Bu gibi hallerde çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeri, çocuğun yerleşim yeridir.¹⁶⁴

Ana veya babanın çocukla ilgilenmemeleri sonucunda hâkim, TMK m. 347 hükmü uyarınca çocuğu bir aile yanına veya kuruma yerleştirebilir. Bu durumda çocuk üzerinde ana babanın velayet hakkı devam eder ancak çocuğun yerleşim yeri fiilen bulunduğu yerdir.¹⁶⁵

Küçük çocuklar ile velayet altında bırakılan kısıtlanmış ergin çocuklar arasında yerleşim yeri bakımından bir fark yoktur.¹⁶⁶ Ergin çocuk, kısıtlanma sebeplerinden biriyle kısıtlandığı halde vesayet altına alınmayıp velayet altında bırakıldıysa onun yerleşim yeri vesayet makamının bulunduğu yer (TMK m. 21/2) değil, velayete sahip ana babanın ortak yerleşim yeridir.

3. Çocukla Birlikte Yaşama

Çocuğun şahsı bakımından velayetin ana babaya tanıdığı hak ve yükümlülüklerden bir diğeri; çocukla birlikte yaşama, onu kendi denetimi ve gözetimi altında bulundurmaktır. TMK m. 339/4'te düzenlenen söz konusu hakka kimi kaynaklarda, egemenlik hakkı başlığı altında, ana babanın çocuğun şahsı ve bedeni üzerinde mutlak bir hâkimiyet hakkı olarak yer verilmiştir.¹⁶⁷ ÇHS m. 9/1'e göre taraf devletler, herhangi bir suretle çocuğun yüksek yararına

¹⁶² Vardar Hamamcıoğlu, 53.

¹⁶³ Sevgi Usta, *Çocuk Hakları ve Velayet*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012), 119; Saymen-Elbir, 371; Akıntürk-Ateş Karaman, 412; Oğuzman-Dural, 277.

¹⁶⁴ Vardar Hamamcıoğlu, 44; Baygın, 283.

¹⁶⁵ Vardar Hamamcıoğlu, 46.

¹⁶⁶ Oğuzman-Dural, 277; Vardar Hamamcıoğlu, 45.

¹⁶⁷ Velidedeoğlu, 370; Akıntürk-Ateş Karaman, 410.

uygun olmayan şekilde ana babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına almakla sorumlu tutulmuştur.

Çocuğun, dünyaya geldiği andan başlayarak kişiliğinin oluşum süreci içerisinde ana babasının yanında kalmaya ihtiyaç duyması ve toplumsallaşma sürecinin ilk basamağını aile içerisinde gerçekleştirmesi gibi sebeplerle ana babasıyla birlikte yaşaması, yüksek yararının korunması bakımından çok önemlidir.¹⁶⁸

Çocuk, kanuni bir sebep olmaksızın ana babanın elinden alındığı takdirde ana ve baba çocuğu haksız yere elinde tutana karşı her zaman çocuğun iade edilmesi davası açabilir.¹⁶⁹ Velayet, ana babaya tanınmış anayasal ağırlıklı bir hak olması sebebiyle ana baba bu hakka dayanarak çocuğa yönelik müdahalelere karşı haksız fiil hükümlerinin korumasından yararlanır.¹⁷⁰ Çocuğu elinde tutan kişi, eyleminin haklı bir sebebe dayandığını ispatlamadığı müddetçe çocuğu geri vermek zorundadır.¹⁷¹ Örneğin, çocuğun alıkonulması mahkeme kararına veya kanuna dayanıyorsa hukuka aykırılık söz konusu olmaz. Ana babanın çocuğu gasp edene karşı kuvvet kullanmasını düzenleyen 2004 Sayılı İcra İflas Kanunu'nun çocuk teslimine ilişkin 25. maddesi, 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile kaldırılmıştır. Anılan yasal değişiklik sonrasında çocuk teslimi kararlarının yerine getirilmesinde 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) hükümleri çocuğun üstün yararı esas alınarak (ÇKK m. 41) uygulama alanı bulacaktır.

Hakkın kötüye kullanılması hali teşkil edecek şekilde çocukla ilgilenmeyen ve onu evden kovan ana babanın, velayet hakkına dayanarak çocuğu sığındığı yerden geri almasına izin verilemez.¹⁷²

Çocuğu haksız yere elinde bulunduran kişi bazen velayet yetkisi elinden alınmış ana, baba yahut üçüncü derece dahil kan hısmı olabilir. On altı yaşını tamamlamamış çocuklar için söz konusu durum Türk Ceza Hukuku anlamında çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu teşkil eder (5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu m. 234). Velayete sahip olmayan eş, çocuğun kendisine sığındığını ve çocuğu alıkoymasında TMK m. 322 anlamında yardım görevini yerine getirmek amacı taşıdığını ispatlarsa eylem hukuka uygun hale gelir.¹⁷³

¹⁶⁸ Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 239.

¹⁶⁹ İnan, 127; Çelikel, 38-39.

¹⁷⁰ Serozan, 251.

¹⁷¹ Akıntürk-Ateş Karaman, 410.

¹⁷² Serozan, 253.

¹⁷³ Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 240.

4. Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi

Ana babanın velayete bağlı hak ve yükümlülüklerinden bir diğeri, çocuğun bakımı ile yetiştirilmesidir. Bu konuda ÇHS m. 18/1'e göre ilk görev ana babaya aittir. Sonra, durum gerektiriyorsa yasal vasiye düşer. Yine söz konusu düzenlemede, çocuğu yetiştiren kişilerin her şeyden önce onun yararını gözetmeleri gerektiğine vurgu yapılmıştır.

Kanun koyucu, TMK m. 340 hükmünde genel hatlarıyla çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini düzenlemiştir. Çocuğa bakmak hak ve görevi, onun madden ve manen her alandaki gereksinimlerini karşılamaya hizmet eder. Pek tabi ki bunların başında sağlıklı bir birey olarak yetişmesi için beslenme, dinlenme, tıbbi bakım gibi fizyolojik ihtiyaçlar vardır. Bununla birlikte korunma, barınma, sevgi, ait olma, yaşına uygun oyun olanaklarının, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması gibi güvenlik, psikolojik ve gelişimsel ihtiyaçları da mevcuttur. Ana baba, çocuğun bakımı ve sorumluluğunu üstlenerek onu her bakımdan sevgi ve güven içinde yetiştirmelidir.¹⁷⁴

Çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi velayete bağlı olduğu için velayeti kaybeden tarafın, çocuğun bakım ve yetiştirilme tarzı üzerinde karar verme yetkisi söz konusu değildir. Ancak çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi için gerekli masrafları ana ve bana müştereken karşılar.

5. Çocuğun Eğitimi

Ana babanın velayetten kaynaklanan hak ve yükümlülükleri içinde çocuğun eğitiminin ayrı bir önemi vardır. Ana babalar çocuklarının eğitimi konusunda öncelikli hakka sahiptir (ÇHS m. 26/3). Nitekim bu hak, Kanunun hem 339/1. maddesinde genel olarak hem de 340. maddesinde özel olarak düzenlenerek koruma altına alınmak istenmiştir.

Velayete sahip ana baba, çocukla ilgili her konuda olduğu gibi çocuğun eğitimi konusunda da kararlar alıp uygularken onun menfaatini öncelemelidirler.

Öğretide çocuğun eğitiminin velayete bağlı olup olmadığı hususunda farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre, çocuğun eğitimi velayet kendisine bırakılmayan taraf üzerinde de bir sorumluluk iken;¹⁷⁵ diğer görüşe göre, bu hak ve sorumluluk sadece velayete sahip olan taraf için söz konusudur.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Baygın, 285.

¹⁷⁵ Öztan, *Aile Hukuku*, 1110.

¹⁷⁶ Akıntürk-Ateş Karaman, 412; Velidedeoğlu, 373; Oğuzman-Dural, 277; Reyhani Yüksel, 92.

a. Çocuğun Genel ve Mesleki Eğitimi

Ana baba, çocuğun genel ve mesleki eğitimini sağlamak zorundadır. Nitekim bu husus TMK m. 340 hükmü ile somutlaşmıştır. Çocuğun eğitiminin onun geleceği için önemli olduğu kuşkusuzdur. Verilecek eğitim kanunun deyişiyle “*çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini*” zedelememelidir. Hükümde sıralanan kavramların geniş yorumlanması çocuğun yararınadır.¹⁷⁷ Ana babadan çocuğu “*olanakları*” ölçüsünde eğitmeleri beklenir. Burada kastedilen özellikle ailenin maddi olanakları olmakla birlikte, yasa gereği değerlendirme yapılırken kişisel durumları ve yaşam ortamları da göz önünde bulundurulur.¹⁷⁸

Çocuğun bağımsızlığının kazandırılması, menfaatinin sağlanması ve korunması için erginliğe ulaşınca kadar çeşitli eğitim, öğüt, telkin ve bilgilerle donatılması gerekir. Türk Medeni Kanunu’nda çocuğun eğitimi kavramı genel, meslekî ve dinî eğitim olmak üzere üç farklı açıdan kaleme alınmıştır. İlk öğretmeni ana babası olan çocuğa ilk olarak aile içinde eğitim verilir. Böylece çocuğun dürüst, iyi ahlaklı, kötü alışkanlıklardan uzak bir insan olarak yetiştirilmesi sağlanır. Belli bir yaşa gelen çocuğun öğrenim hayatının başlaması ile bilgili, kültürlü, meslek sahibi bir insan olma yolunda okul eğitimi alması sağlanır. Buraya kadar verilen terbiye “*genel eğitim*” kapsamında değerlendirilir. Aynı zamanda çocuğun kişilik özelliklerine, kuvvet ve yeteneğine uygun bir meslek veya sanat dalına yönlendirilerek mesleki eğitim alması sağlanır.¹⁷⁹

Kanun koyucu, TMK m. 341/2 hükmü ile çocuklar arasında ayrımcılık yapılmasını önlemek amacıyla bedensel ve zihinsel engelli çocukların genel ve mesleki eğitiminde de gerekli ve yeterli itinanın gösterilmesi gerekliliğini ortaya koymuştur.

b. Çocuğun Dinî Eğitimi

Velayete sahip ana baba, TMK m. 341/1 gereği, çocuğun dinî eğitimini belirleme hakkına sahiptir. Ana babaların bu konudaki hakkı özgürlükten öte, çocuğa yol gösterme konusunda bir hak ve ödevdir (ÇHS m. 14/2).

Ana baba farklı dine mensup olsalar dahi çocuğa verilecek dinî eğitime birlikte karar verirler. Asıl olan, dinî eğitimin çocuk üzerinde velayete sahip tarafça verilmesidir.¹⁸⁰ Dinî eğitimin bir sorun olarak ortaya çıkması farklı dine mensup olan kişilerin evlenmesinde söz

¹⁷⁷ Öztan, *Aile Hukuku*, 1111.

¹⁷⁸ Kılıçoğlu, 501; Öztan, *Aile Hukuku*, 1111; Gençcan, 375.

¹⁷⁹ Oğuzman-Dural, 278; Köprülü-Kaneti, 249; Tekinay, 487.

¹⁸⁰ Akıntürk-Ateş Karaman, 414; Velidedeoğlu, 373; Oğuzman-Dural, 277; Reyhani Yüksel, 92.

konusu olur. Kanun, buna mâni olmak için “*din rüştünü*” kabul etmiştir.¹⁸¹ Nitekim on sekiz yaşını tamamladıktan sonra her ergin, dinini seçmekte özgürdür (TMK 341/3).

Dinî eğitim iki hususu kapsar.¹⁸² Birincisi dinin seçilmesidir. Öğretide bir görüşe göre ana baba seçtikleri dinî eğitimi vermek hususunda özgürdür ancak çocuğa mutlaka bir dinî eğitim vermelidir.¹⁸³ Diğer bir görüşe göre ana baba herhangi bir dinî eğitim vermek zorunda değildir.¹⁸⁴ Dinî eğitim kapsamındaki ikinci husus seçilen dine uygun eğitimin uygun araçlar kullanılarak verilmesidir. Bu konuda da ana baba diledikleri metodu kullanabilir. Ancak ebeveynin bu özgürlükleri velayetin amacı ile sınırlıdır. Nitekim dinî eğitim verirken çocuğun yararına olmayan uygulamalara başvuran ana babanın velayet hakkı, çocuğun kişilik hakkının ihlal edilmesi nedeniyle kaldırılabilir.¹⁸⁵

Ana ve babanın çocuğa dinî eğitim verme haklarını sınırlayan her türlü sözleşme Türk Borçlar Kanunu’nun¹⁸⁶ 27. maddesi bağlamında kesin hükümsüzdür (TMK m. 341/2).¹⁸⁷ Ana babanın bu hakkı, çocuğun ergin olmasıyla sona erer.

6. Çocuğun Söz Dinleme Yükümlülüğü

Çocuğun ana ve babasının sözünü dinleme yükümlülüğü velayetin çocuğa yüklediği ödevlerdendir. TMK m. 339/2’de yer bulan bu düzenleme, dolaylı olarak çocuğun yüksek yararını koruma amacına hizmet eder. Keza ana babaya tanınan bu yetki, çocuğun eğitim, okutma, yetiştirme görevlerinin gereği gibi yerine getirilmesini kolaylaştırır.¹⁸⁸ Ana babanın bu hakkı mutlak değildir. Çocuk, ana babasının hukuka, ahlaka aykırı ve kendisine zarar verecek emirlerini reddetme hakkına sahip olduğu gibi itaat isteme hakkının kötüye kullanılmasının söz konusu olduğu hallerde himayesini talep edebilir.¹⁸⁹

Mülga Medeni Kanun’da, çocuğun söz dinleme yükümlülüğü ile aynı işleve sahip ve bu yükümlülüğe uyulmamasının yaptırımını olarak te’[’]dib hakkı düzenlenmiştir (743 Sayılı Kanun m. 267).¹⁹⁰ Buna göre te’[’]dib hakkı, ona sahip olan kişiye bu hakka dayanarak velayeti altındaki

¹⁸¹ Gürsel, 440.

¹⁸² Serdar, 161; Cemil Çelik, "Velayetin Kaldırılması", *AÜHFD* 54/1 (2004), 264-265.

¹⁸³ Akıntürk-Ateş Karaman, 414.

¹⁸⁴ Dural vd., 365; Öztan, *Aile Hukuku*, 1115; Reyhani Yüksel, 180; Grassinger, *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması*, 38.

¹⁸⁵ Dural vd., 366.

¹⁸⁶ Türk Borçlar Kanunu (TBK), Resmî Gazete 27836 (04.02.2011), 6098.

¹⁸⁷ Kılıçoğlu, 503; Gençan, 377.

¹⁸⁸ Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 245; Öztan, *Aile Hukuku*, 1108.

¹⁸⁹ Akıntürk-Ateş Karaman, 414; İnan, 128.

¹⁹⁰ İmamoğlu, Tedip, 177; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 245; Sevgi Usta, "Anne Babanın Tedip Hakkı", *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 8 (1994), 16.

çocuğun eğitimi için çeşitli araçlara başvurma yetkisi verir. Başvurulan araç, uyarı veya öğüt gibi hafif nitelikli olabileceği gibi çocuğun vücut bütünlüğü, onuru veya özgürlüğüne müdahale gibi sert nitelikli de olabilir. Ana baba te'dib araçlarının seçiminde, ölçülü davranmaları ve seçilen aracın çocuğun terbiyesine uygun olması şartıyla özgür bırakılmıştır.¹⁹¹ Öte yandan çocuğun yararını tehlikeye düşüren, eğitsel amaç gütmeyen, ölçülülük ilkesine uymayan tüm önlem ve yaptırımlar hukuka aykırı kabul edilmiştir.¹⁹² Bu nedenle öğretide eleştirilere maruz kalan te'dib hükmü Yeni Medeni Kanun'a alınmamıştır.¹⁹³ İlgili düzenleme yeni Medeni Kanun'da benimsenmemesine rağmen yapılan değişiklik kimi hukukçulara göre, çocuğun şiddet içerikli uygulamalardan tam olarak korunması sağlanamadığı gerekçesiyle yeterli değildir.¹⁹⁴ Nitekim ana babayı çocuğun eğitiminde şiddet içeren araçlara başvurmaktan açıkça meneden bir hüküm mevcut değildir.¹⁹⁵ Çocuğun eğitimi için dahi olsa dövülmesi, aç bırakılması gibi ona bedensel veya ruhsal açıdan zarar veren uygulamalarda bulunulması velayet hakkının kötüye kullanılması halini oluşturur. Velayet hakkının kötüye kullanıldığı durumlarda çocuk hâkimden, çocuğun korunması hükümleri uyarınca gerekli önlemleri almasını isteyebilir.¹⁹⁶

Ana baba, çocuğun itaat yükümlülüğünden, onun kişiliğine zarar vermek suretiyle faydalanamaz. Zira çocuğun kendisini ilgilendiren konularda menfaatine uygun şekilde görüşünü açıklamasına, kendini ifade etmesine izin verilmelidir. TMK m. 339/3 hükmü, bu gereği açıkça ortaya koymaktadır.

7. Çocuğun Fiil Ehliyeti ve Temsil Edilmesi

a. Çocuğun Fiil Ehliyeti

Fiil ehliyeti, ona sahip olan kişiye kendi fiilleriyle hak elde edebilme ve borç altına girebilme iktidarı verir (TMK m. 9). Velayet altındaki çocuğun fiil ehliyetinin tespiti, hukuki işlemlerinin sonuç doğurup doğurmayacağının tayini bakımından önemlidir. Ayrıca çocuğun başkalarına verdiği zararlardan sorumlu olması ile davacı veya davalı sıfatıyla yargılama işlemlerini yapabilmesi de fiil ehliyetine bağlıdır.

¹⁹¹ İmamoğlu, Tedip, 180; İnan, 131.

¹⁹² İmamoğlu, Tedip, 183.

¹⁹³ Yeni Türk Medeni Kanunu'nda te'dib hakkına yer verilmeyişinin sebebi hakkında bkz. Akıntürk-Ateş Karaman, 415.

¹⁹⁴ Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 245; İmamoğlu, Tedip, 188.

¹⁹⁵ Alman Medeni Kanunu'nda yer alan “*çocuk şiddetten uzak bir eğitim hakkına sahip olup, bedensel cezalandırma, ruhsal ihlaller ve diğer onur kırıcı önlemler caiz değildir.*” şeklindeki hüküm gibi bir hükmün Türk Medeni Kanunu'nda da yer almasının gerekliliği konusunda bkz. Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 246.

¹⁹⁶ Öztan, *Aile Hukuku*, 1109.

Kişinin ehliyetli olarak nitelendirilebilmesi üç şartın varlığına bağlıdır. Bunlar: “*ayırt etme gücü, erginlik ve kısıtlı olmama*” şartlarıdır. Bunlardan olmazsa olmaz zorunlu olan unsur, “*ayırt etme gücü*” (temyiz kudreti) denilen “*akla uygun biçimde davranma yeteneğidir.*” Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi TMK m. 13’te yer verilen sebeplerle kişinin bu yetenekten yoksun kalması mümkündür. Fiil ehliyetine sahip olma bakımından kişiler tam ehliyetsiz, sınırlı ehliyetsiz, sınırlı ehliyetli ve tam ehliyetli olmak üzere dört gruptan ibarettir. Ehliyetsizler, ayırt etme gücünün varlığına göre ikiye ayrılır. Buna göre ayırt etme gücüne sahipse, bir başka deyişle işlem ve fiillerinin neden ve sonuçlarını kavrayabilecek iradeye sahipse sınırlı ehliyetsiz, değilse tam ehliyetsiz sayılır. Fiil ehliyetinin üç şartını taşıyan kimse (tam) ehliyetlidir. Çeşitli sebeplerle “*fiil ehliyetinin sınırlandırılması icap eden ve kendisine yasal danışman atanan*” kimseye ise sınırlı ehliyetli denir.¹⁹⁷

Ayırt etme gücünden yoksun çocuğun kanunda gösterilen istisnai durumlar hariç olmak üzere hukuki işlem, haksız fiil ve dava ehliyetleri yoktur.¹⁹⁸ Bu gibi kimselerin hukuki işlemleri ana babanın sonradan onamasıyla bile geçerli olmaz, batıldır. Dolayısıyla ayırt etme gücü olmayan çocuğun hukuki işlemleri velayete sahip ana babası tarafından yerine getirilir.¹⁹⁹

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlıların fiil ehliyetine ilişkin TMK m. 16 hükmü, TMK 343/1 hükmüyle tekrar edilmiştir. Sınırlı ehliyetsiz çocuk kural olarak malvarlığı muamelelerini kendi başına yapamaz. Kendisini borç altına sokan işlemleri askıda hükümsüzdür ve bunların geçerli hale gelmesi, velayete sahip ana babasının olur vermesine bağlıdır (TMK m. 451/1).²⁰⁰ Ancak TMK m. 359 gereği “*bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısım veya kendi kişisel kazancı*” ile yapacağı borçlandırıcı dahi olsa tüm işlemlerinde tam ehliyetlidir. Diğer taraftan sınırlı ehliyetsiz çocuk kural olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kendisi kullanabilir, karşılıksız kazanma işlemlerini tek başına yapabilir (TMK m. 16/2). Nişanlanma ve evlenme işlemleri bakımından kanun koyucu, ehliyetsizin korunması amacıyla, kanuni temsilcinin rızasını şart koşturmuştur.²⁰¹ Son olarak haksız fiillerinden sorumlu tutulur (TMK m. 16/2), dava açmak için yasal temsilcisinin izni gerekir.

¹⁹⁷ Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021b), 19-21.

¹⁹⁸ Bir hak ehliyeti olan davaya taraf olmak ehliyeti vardır. Ayırt etme gücü olmayan çocuğun haksız fiil ehliyeti olmasa da şartları mevcut ise hakkaniyet sorumluluğu (TBK 65) ve kusursuz sorumluluk halleri (TBK 66, 67, 70, 71, 73 vb.) çerçevesinde sorumlulukları söz konusu olabilir. Öztan, *Aile Hukuku*, 1116.

¹⁹⁹ Hatemi, *Kişiler Hukuku*, 27-28.

²⁰⁰ Hatemi, *Kişiler Hukuku*, 29.

²⁰¹ Hatemi, *Kişiler Hukuku*, 39-42.

b. Çocuğun Temsil Edilmesi

Hukukî dayanağına göre temsil yetkisi; bizatihi kanundan doğuyorsa kanuni temsil, tarafların anlaşmasıyla oluşuyorsa iradî temsil olarak adlandırılır. Velayet ise kaynağını pozitif hukuk kuralından alan bir kanuni temsil türüdür.²⁰²

Gerçekten, fiil ehliyeti olmayan ya da tam olmayan bir çocuğun hukuki işlemleri geçersiz olacağından onun adına işlemleri yapması için kanuni temsilcisinin bulunması bir hukuki zorunluluktur. Velayet altındaki çocuğun kanuni temsilcisi onun ana babasından başkası değildir (TMK m. 342/1).

Temsil yetkisi, velayetin bir cüzüdür.²⁰³ Zira velayet, küçüklerin ve bazen kısıtlı ergin çocukların şahıslarına ve mallarına özen gösterilmesi ile üçüncü kişilere karşı temsil edilmeleri konusunda kanunun ana babaya tanıdığı hak ve yükümlülüklerden ibarettir. Velayet altındaki çocuk kendi başına hukuki işlem ve eylemlerde bulunma ehliyeti kazanana dek ana babasının onun hak ve çıkarlarını korumasına muhtaçtır. Aslında velayet, tasarruf yetkisini bizzat kullanması mümkün olmayan çocuğun hak ve görevlerinin temsil yoluyla ana babası tarafından yerine getirilmesidir.²⁰⁴ Bu anlamda çocuğun temsil edilmesi görevinin velayet içinde önemli bir yeri olduğunu söylenebilir.

Ana ve baba, TMK m. 342/1 uyarınca yasal temsil yetkilerine dayanarak toplumsal yaşam içerisinde çocukları adına ve hesabına hukuksal işlem ve eylemler yapabilirler. Söz konusu madde metninde “*velayetleri çerçevesinde*” ifadesine yer verilmesinin sebebi ana babaya tanınan yasal temsil yetkisinin velayetin kapsamı ile sınırlanmasıdır. Ana babanın Kanun’da belirlenen kapsam ve sınırları iradeleri ile genişletmeleri mümkün değildir.²⁰⁵ Buna göre ana baba temsil yetkisini, çocuğun yetişmesi (TMK m. 339-340) ve mallarının yönetimi (TMK 352 vd.) konularıyla sınırlı olarak kullanabilir. Bu uğurda velayete sahip ana baba, çocuğun yaşının ve isminin düzeltilmesi davalarını onun adına açabilir; çocuğa karşı açılan davalarda da onu temsil edebilirler. Ancak kişiye mutlak sıkı sıkıya bağlı işlemlerde çocuğu temsil edemezler. Nişanlanmak, evlenmek, bilimsel amaç için vücut tamlığına müdahale edilmesine izin vermek bu işlemlerdendir. Örneğin, ana baba, çocuğun velisi olarak onun adına

²⁰² O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*, C. 5/1, 1, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 580; Şener Akyol, *Türk Medeni Hukukunda Temsil*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009), 45.

²⁰³ Gürsel, 442.

²⁰⁴ Osman Eskicioğlu, "Âmme Velâyeti", *DEÜİFD* 6 (1989), 418; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002), 73.

²⁰⁵ Akyol, 104.

evlilik sözleşmesi yapamazlar. Ana babanın, çocuğun serbest malları üzerinde de temsil yetkisi yoktur.²⁰⁶

Türk hukukunda velayetin ana baba tarafından birlikte kullanılması ilkesi benimsenmiştir. Temsil yetkisinin birlikte kullanılması için ana ve babanın her ikisinin de çocuk adına yapılan hukuki işleme rızasının olması yeterlidir. Hukukî işlemin muhatabı olan üçüncü kişiler, bir eşin çocuk adına yaptığı hukuki işlemde diğer eşin rızasının olduğunu varsayabilir. Bu varsayım kanun koyucu tarafından iyi niyet karanesi haline getirilmiştir. Gerçekten, TMK m. 342/2. hükmüne göre işlem çocuğun yararına olmak kaydıyla, diğer eş işlemin yapılmasına rıza göstermemiş olsa da iyi niyetli üçüncü kişinin işlemi geçerli olur.²⁰⁷ İşlemin geçersiz sayılması için üçüncü kişinin kötü niyetli olduğu bunu iddia eden eş tarafından ispatlanmalıdır.²⁰⁸ İyi niyetin varlığı somut olayın özelliklerine göre değerlendirilir. Değerlendirme yapılırken ana veya babanın çocuk adına tek başına yaptığı hukuksal işlemin önem derecesi ve aciliyeti göz önünde tutulmalıdır. Aciliyeti olmadığı halde çocuğa ağır tıbbi müdahalede bulunulması ya da çocuk üzerine ağır külfet getiren bir işlem yapılması söz konusuysa ana baba tek başına çocuğu temsil edemez. Yine ana baba, ergin olduğunda onun malvarlığının değerini aşacak şekilde çocuğu borçlandıramaz.²⁰⁹

Velayet altındakilerin temsilinde TMK m. 342'nin yanında TMK m. 448-453 hükümleri de uygulama alanı bulur. Keza TMK m. 342/3 hükmüyle kanun koyucu tarafından velayet altındaki çocuğun temsilinde, vesayet altındaki kişilerin temsili hükümlerine yollama yapılmıştır. Nitekim vesayet altındaki kişi adına yapılması yasak olan çocuk adına bağış yapmak, kefil olmak, vakıf kurmak gibi işlemler velayet altındaki çocuk için de yapılamaz (TMK m. 342/3, 449). İlgili maddede “*vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar*” hariç tutulmak suretiyle veliler için bu hususlarda vesayet dairelerinden²¹⁰ izin alma zorunluluğu kaldırılmıştır. Şu hâlde veli, çocuğu temsilen TMK m. 462 ve m. 463 hükümlerinde sayılan hukuki işleri yapmak için vesayet dairesinin iznine ihtiyaç duymayacaktır. Bu anlamda temsil yetkisini kullanırken veli, vasiye göre daha bağımsızdır.²¹¹ Keza velinin aynı işleri velayet altında bırakılan ergin kısıtlı çocuklar adına yaparken de bağımsız olması gerektiği öğretide ve Yargıtay kararlarında savunulmaktadır.²¹² Öğretide yasanın velayette temsile ilişkin hükümleri,

²⁰⁶ Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 261-264; Öztan, *Aile Hukuku*, 1119; Gençcan, 415.

²⁰⁷ Öztan, *Aile Hukuku*, 1122; Gençcan, 417.

²⁰⁸ Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 262; Kılıçoğlu, 506; Dural vd., 367.

²⁰⁹ Öztan, *Aile Hukuku*, 1120-1122; Kılıçoğlu, 505; Baygın, 394; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 262.

²¹⁰ Maddede geçen “Vesayet makamları” deyimini yerine “vesayet daireleri” deyiminin kullanılmasının gerekliliği bkz. Akıntürk-Ateş Karaman, 416.

²¹¹ Öztan, *Aile Hukuku*, 1120; Gençcan, 418.

²¹² Akıntürk-Ateş Karaman, 416; Öztan, *Aile Hukuku*, 1121.

ana babanın keyfi davranışlarda bulunarak velayet altındaki çocuğun menfaatlerini ihlal etmelerine sebep olabileceğinden bahisle eleştirilmektedir.²¹³ Ancak ana baba temsil yetkisini kullanırken çocuğun menfaatini gözetmek zorundadır. Aksi halde çocuğun korunması (TMK m. 346-348) ve çocuk mallarının korunması (TMK m. 360-363) hükümleri gereği hâkim, gerekli önlemleri alma yetkisine sahiptir.

Kanun koyucu bazı hallerde ana babanın çocuğun yararına işlem yapamayacağını kabul ederek onların temsil yetkisini sınırlamış, bazı hallerde ise tamamen kaldırmıştır.

Türk Medeni Kanunu'nun 345. maddesi ile ana babanın temsil yetkisi sınırlanmıştır. Her ne kadar ilgili maddenin kenar başlığı "*çocuk ile ana ve baba arasındaki hukuki işlemler*" olsa da hükümde iki durumdan bahsedilmiştir. Birinci durum, çocuk ile ana veya babası arasında yapılan hukuki işlemleri; ikinci durum ise çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılan fakat ana baba lehine sonuç doğuran işlemleri ifade eder. Her iki durumun ortak noktası, yapılan işlemle çocuğun borç altına girmesidir. Şu hâlde kanun koyucu, velayet altındaki çocuğu hukuki işlemlerinden aleyhine doğabilecek durumlara karşı korumak istemiştir.

Çocuk ile ana veya baba arasında çocuğu borçlandıran bir işlem gerçekleşirse, bu işlemin geçerliliği çocuğu temsilen bir kayyımın atanmasına bağlanmıştır.²¹⁴ Nitekim TMK m. 426/b. 2 "*bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatıyorsa*" temsil kayyımının atanacağını hükme bağlamıştır. Kanun, çocuk ile ana veya babası arasında doğabilecek menfaat çatışmasını öngörmüş ve velayetin kötüye kullanılması ihtimaline karşı önlem almıştır.²¹⁵ Bu duruma, ana babanın çocuğa ait bir taşınmazı satın almaları örnek olarak verilebilir.

Öğretide ana babanın kendi adlarına asaleten ve çocuğu temsilen yaptıkları işlemler, her ne kadar kapsamı daha geniş olsa da TMK m. 345 kapsamında ele alınmıştır. Yine çocuğun, ana babanın izniyle onlarla yaptığı işlemler gibi, işlemin bir tarafını ana veya babanın iradî temsilci, diğer tarafını da çocuğun yasal temsilcisi sıfatıyla yaptığı işlemler (çifte temsil) de söz konusu madde kapsamında değerlendirilir.²¹⁶

Öğretide velayete sahip olan eşin, velayete sahip olmayan diğer eş ile çocuğu temsilen yapacağı işlemlerin geçerliliği için bir kayyımın katılmasına gerek olup olmadığı tartışılmıştır.

²¹³ Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 261.

²¹⁴ Öğretide, maddenin kapsamına çocuğu borçlandıran işlemlerin (taahhüt işlemlerinin) yanında tasarruf işlemlerinin de girdiği haklı olarak savunulmaktadır. Örneğin çocuğun mallarını kendi borçları için rehin verme gibi. Öztan, *Aile Hukuku*, 1123; Dural vd., 368; Gençcan, 477-478.

²¹⁵ Kılıçoğlu, 510.

²¹⁶ Baygın, 306; Oğuzman-Dural, 296; Akyol, 328.

Yaygın olarak kabul gören görüşe göre, böyle bir işlemde çocuk ile yasal temsilcisi arasında veya çocuk ile velayete sahip olmayan eş arasında menfaat çatışması olabileceği için işlem, TMK m. 345 kapsamında değerlendirilmelidir. Keza, ilgili maddenin devamında “*ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında*” yapılacak işlemlerden bahsedilmiştir. Velayete sahip olmayan eş, çocuk için üçüncü kişi konumundadır.²¹⁷

Her çifte temsil durumunun varlığının, hukuki işlemin geçerli olması için TMK m. 345 anlamında bir kayyımın atanmasını ve hâkimin onayını gerektirip gerektirmediği konusunda görüş ayrılıkları mevcuttur. Yargıtay’a göre gerektiriyor olsa da öğretide ana baba ile çocuk arasında çıkar çatışması yoksa TMK m. 345’in uygulanmasına gerek olmadığı savunulmaktadır.²¹⁸

Geçerliliği kayyımın varlığı ve hâkimin onayına bağlanan ikinci durum, çocuk ile üçüncü kişi arasında ana babanın menfaatine çocuğu borç altına sokan bir hukuki işlem yapılmasıdır. Örneğin, çocuğa ait bir taşınmazın üzerinde ana babası lehine intifa hakkı kurulması, çocuğu borç altına sokan bir miras taksim sözleşmesinin akdedilmesi²¹⁹ ve ana babaya ait bir borca çocuğun teminat göstermesi söz konusu hüküm kapsamında değerlendirilir.²²⁰ Böyle bir işleme ana baba icazet verse de işlem geçerlilik kazanmaz. Çocuğun yasal temsilcisi olan ana babasının temsil yetkileri, çocuk ile yarar çatışması yaşanan işlem için kendiliğinden sona erer.²²¹

Ana babanın temsil yetkisi şu üç işlem bakımından kaldırılmıştır: çocuk adına kefil olma, önemli bağışlarda bulunma ve vakıf kurma (TMK m. 449).

8. Çocuğun Aileyi Temsil Etmesi

Türk Medeni Kanunu, velayete sahip ana babanın çocuğu temsil etmesini düzenleyen hükümlerin ardından TMK m. 344’te çocuğun aileyi temsil etmesini düzenleyen hükme yer vermiştir. Ayırt etme gücüne sahip çocuk ana babasını borç altına sokan bir işlem yaparsa işlemin geçerli olması için ana babasının izni gerekir. Burada yapılan işlem evlilik birliğini

²¹⁷ Öztan, *Aile Hukuku*, 1124; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 263; Oğuzman-Dural, 296. Aksi yönde görüşe göre; bu işlemlerin TMK m. 345 ve 426/b. 2 hükümleri kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Ancak böyle bir durumda çocuğun menfaati ihlal edilmişse TMK m. 360 ve 363 hükümlerine başvurulabilir. Baygın, 306.

²¹⁸ Öztan, *Aile Hukuku*, 1125; Dural vd., 368; Baygın, 306.

²¹⁹ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2008/3631 (28 Ekim 2008); Yargıtay 8. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2014/2587 (18 Şubat 2014).

²²⁰ Dural vd., 368.

²²¹ Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 263.

temsilen ve evlilik birliği adınadır.²²² İşlem nedeniyle bir sorumluluk doğarsa bu sorumluluk sözleşmenin tarafı olan ana babaya aittir.²²³ Ana babanın rızası işleme önceden izin verme şeklinde olabileceği gibi sonradan açık veya örtülü icazet verme şeklinde de olabilir.

B. Çocuğun Malları Bakımından Velayetin İçerdiği Hak ve Yükümlülükler

Türk Medeni Kanunu, velayet hakkına sahip ana babaya, çocuğun mallarını yönetme ve kullanma hakkını tanımıştır (TMK m. 352, 354). Önce çocuk mallarını sonra ana babanın sahip oldukları hak ve yükümlülükleri incelemek uygun olur.

Çocuğun malvarlığına mülkiyet hakkı, sınırlı ayni hak, alacak hakkı ve fikrî ve sınai hak gibi para ile ölçülebilen, mal varlıksal değeri olan tüm haklar dahildir.²²⁴ Bu haklar kısaca “*çocuk malları*” olarak adlandırılır. Sağ olarak dünyaya gelmiş bir çocuk, ana rahmine düştüğü anda hak ehliyetini elde etmiş olduğu için ana rahminden itibaren mal sahibi olabilir (TMK m. 8, 28, 577/1). Çocuğun mal sahibi olması çeşitli hukuki yollar vesilesiyle olabilir. Bu yollara örnek olarak; çocuk adına bağışlama yapılması, yasal temsilcisi tarafından kazandırıcı işlem yapılması, miras intikal etmesi (TMK m. 495), çocuğun tazminat alacağına veya nafaka alacağına hak kazanması (TMK m. 329, 364) ya da kendi çalışması sonucu kazanç elde etmesi (TMK m. 359) gösterilebilir.²²⁵ Çocuğun malvarlığı, ana babasının malvarlığından ayrıdır. Bu durumun hukuki sonucu, ana babanın malvarlığına haciz gelmesi veya malları üzerinde rehin tesis edilmesi durumlarından çocuğun malvarlığının korunacak olması ve hatta diğer alacaklar karşısında çocuğun alacağının önceliğe sahip olmasıdır.²²⁶ Ayrıca çocuğun malvarlığı özel malvarlığıdır.

Çocuğun malları bakımından velayetin kapsamına; malların yönetilmesi, kullanılması, gelirlerin sarf edilmesi, kısmen sarf edilmesi, korunması ve çocuğun serbest malları ile ilgili konularda çocuğun mallarının korunması amacıyla kanunun ana babaya tanıdığı hak ve yükümlülüklerin tamamını dahildir. Mülga Medeni Kanun’da yer almamış olan “*Çocuk Malları*” başlıklı ayırım, 4721 Sayılı Kanun’da “*Velayet*” bahsinden hemen sonra on iki maddeyle, bu konuya özgülünen yedinci ayırımda düzenlenmiştir. Yeni Medeni Kanun’da ayrıca, çocuk mallarının gereksiz ve haksız tüketilmesini önlemek maksadıyla bazı ölçütler ve

²²² Öztan’a göre “Çocuğa verilecek evlilik birliğini temsil yetkisi TMK m. 188’de belirtilen işlemlerle sınırlıdır.” Öztan, *Aile Hukuku*, 1118.

²²³ Kılıçoğlu, 509; Öztan, *Aile Hukuku*, 1118.

²²⁴ Hayrunnisa Özdemir, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, *AHBVÜ-HFD* 17/3 (2013), 83; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 250; O. Gökhan Antalya, *Eşya Hukuku, Giriş, Temel Kavram ve İlkeler, Zilyetlik, Tapu Sicili, C. 4/1*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021a), 73; Baygın, 382.

²²⁵ Öztan, *Aile Hukuku*, 1163; Özdemir-Ruhi, 372-373; Baygın, 383.

²²⁶ Öztan, *Aile Hukuku*, 1161.

yenilikler getirilmiştir.²²⁷ Kanun koyucunun öngördüğü amaç doğrultusunda çocuğun malvarlığına dahil bazı şeylerin bir araya gelmesiyle oluşan “*çocuğun malvarlığı*” birtakım özel hükümlere tabi tutulmuştur.

1. Çocuğun Mallarının Yönetimi

Çocuk mallarını yönetme hak ve yükümlülüğü velayete sahip ana babaya aittir. Eş deyişle, ana baba çocuğun malları ile ilgili hukuki işlemleri onu temsilen veya kendi adlarına yapabilmek yetki ve görevini haizdir.²²⁸ Gerçekten, TMK m. 352/1’de, çocuk mallarını yönetmenin ana baba için hem hak hem de bir yükümlülük olarak düzenlendiği özellikle vurgulanmıştır.²²⁹

Yönetim hakkı velayete sıkı sıkıya bağlıdır. Bu nedenle ana veya babanın yönetimi bir diğerine devretmesi ve yönetimden feragat etmesi mümkün değildir.²³⁰ Fakat devralanı denetlemek ve devralanın sebep olduğu zararları üstlenmek kaydıyla, ana baba fiili yönetim hakkını üçüncü şahıslara devredebilir.²³¹ Yine, çocuk mallarının yönetiminin yükümlülük vasfı taşıması sebebiyle, üçüncü bir şahısla yönetim konusunda alt vekalet sözleşmesi yapılmadığı müddetçe ana baba bu yükümlülüğü, şahsen ve ücretsiz olarak ifa etmelidir.²³²

Yönetme hakkının kapsamına çocuk mallarının yönetilmesine ilişkin; malların korunması, onarımı, bakımı, iyileştirilmesi ve işletilmesi gibi tüm hukuki işlemler dahildir.²³³ Ana ve baba çocuk mallarının üçüncü kişilerle “*taahhüt işlemlerine*” konu edilmesinde hak sahibidir. Söz gelimi, yönetim hakkına dayanarak çocuğun mallarını kiraya vermek, kira ve faiz bedellerini toplamak gibi olağan hukuki işlemleri yapabilirler. Bunun yanı sıra ana babanın çocuk mallarını yönetim hakkını, çocuğun temsil edilmesiyle ilgili TMK m. 342 ve 448 hükümleriyle birlikte ele almak gerekir. Zira söz konusu hükümlere dayanarak ana ve baba, çocuk adına ve hesabına hem borçlandırıcı işlemleri hem tasarruf işlemlerini yapabiliyorsa çocuğun malvarlığına ilişkin “*tasarruf işlemlerini*” de yapabilmelidir.²³⁴ Bu doğrultuda ana

²²⁷ Özdemir-Ruhi, 372.

²²⁸ Öztan, *Aile Hukuku*, 1158; Serozan, 269; Gençcan, 379.

²²⁹ Velidedeoğlu, 375; Özdemir, *Çocuk Malları*, 85; Kılıçoğlu, 518. 1971 Tasarısındaki gerekçesinde: “278. Maddenin birinci fıkrasında ana babanın çocuklarının malvarlığını yönetme hususunda yalnız hakları değil ödevleri de vardır. Bu sebeple bu yönetmenin, velayetin gerektirdiği bir ödev olduğu hususu da İsviçre aslına uygun olarak maddede belirtilmiştir.” açıklamasına yer verilmiştir.

²³⁰ Akıntürk-Ateş Karaman, 421; Özdemir, *Çocuk Malları*, 85. Ana babanın, çocuğun mallarının yönetimi görevini içlerinden birine bırakılabileceği yönündeki görüş için bkz. Öztan, *Aile Hukuku*, 1159.

²³¹ Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 251; Oğuzman-Dural, 284.

²³² Baygın, 386-387; Özdemir, *Çocuk Malları*, 95.

²³³ Dural vd., 368; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 250; Baygın, 384.

²³⁴ Emine Akyüz, “Türk Medeni Kanununa Göre Çocuğun Malları Bakımından Korunması”, *AÜEBFD* 12/1 (1979), 156.

baba; çocuğun mallarını satmak, rehin vermek, satılan taşınırı alıcıya teslim etmek, çocuğa düşen mirası reddetmek veya çocuk adına yapılan bağışı engellemek gibi tasarruf işlemlerini yapabilir.²³⁵ Yeter ki yapılan işlem, çocuk mallarının başka bir şey ile birleştirilmesi, karıştırılması, işlenmesi, tüketilmesi veya imha edilmesi gibi fiili tasarruf niteliğinde olmasın.²³⁶ Ana babanın çocuğu temsilen yapacağı hukuki işlem, amaca uygun ve çocuk mallarıyla ilgili olmalıdır. Aksi halde çocuk mallarının yönetilmesi ile ilgili TMK m. 352'nin ikinci fıkrasında yönetim yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi halinde hâkimin müdahalesi öngörülmüştür.

Ana baba, kural olarak çocuğun bütün mallarını yönetme hakkına sahiptir.²³⁷ Ana baba bu malların maliki değil, kanun gereği fer'i zilyededir (zilyet aracısıdır).²³⁸ Çocuk ile aralarındaki hukuki ilişki (velayet) öyle gerektirdiği için çocuğun malları üzerinde fiili egemenlik sahibidir. Çocuk mallarının fer'i zilyedi olarak ana baba, üçüncü kişilerin ihlallerine karşı zilyetliğin korunması hükümlerinden yararlanma hakkına sahiptir.²³⁹

Ana baba, yönetim işlerini icra ederken vasilerden farklı olarak hesap ve güvence vermekle yükümlü değildir (TMK m. 352/1). Keza işlemlerinin geçerli olması için herhangi bir mercinin onay vermesine ihtiyaç yoktur (TMK m. 342/3). Ancak velilerin vasiler gibi sıkı denetlenmemesi, velayet sahipleri için bir kolaylık teşkil etmekle birlikte mutlak bir sorumsuzluk olarak anlaşılmamalıdır. Her şeyden önce ana baba, çocuğun malının özüne ilişemez ve onu eksiltip tüketemez (TMK m. 327/2).

Velayete sahip ana baba kural olarak yönetim hak ve yükümlülüklerini müştereken yerine getirirler (TMK m. 336/1, 352/1). Eşler, velayetin kullanılmasında olduğu gibi çocuk mallarının yönetimiyle ilgili konularda da uyuşmazlığa düşebilir. Velayetin evlilik birliği içinde ana baba tarafından birlikte kullanılması bahsinde yer verildiği üzere ana babanın malların yönetiminde anlaşamamaları halinde de uygulanacak hukuki süreç aynıdır. Yine velayeti birlikte kullanan ana babanın çocuğu temsilen yaptığı hukuki işlemlerin konusu, çocuğun mallarının yönetimi kapsamına giren bir işlem olabilir. TMK m. 342/2, eşlerden birinin çocuk adına yaptığı hukuki işlemde diğerinin rızasının olduğunu varsayar. Bu varsayım neticesinde, iyi niyetli üçüncü kişinin, eşlerden birinin çocuk malları üzerinde yaptığı hukuki işleme diğer

²³⁵ Baygın, 384-385; Oğuzman-Dural, 283.

²³⁶ Baygın, 385. Ana babanın yönetim hakkının kapsamına, velayet altındaki çocuk adına “bağış yapmak, kefil olmak, vakıf kurmak” işlemleri dahil değildir (TMK m. 342/3, 449). Hatemi-Serozan, 353.

²³⁷ Akyüz, Çocuğun Malları, 156; Oğuzman-Dural, 282; Özdemir, Çocuk Malları, 86. Bu kuralın istisnası çocuğun serbest mallarıdır.

²³⁸ Gençcan, 379; Velidedeoğlu, 376; Saymen-Elbir, 377.

²³⁹ Antalya, Eşya Hukuku, 226-227.

eşin rızasının olduğuna dair inancı korunur. Bu hükümle amaçlanan hem piyasadaki işlem güvenliğinin korunması hem de çocuk adına işlem yapmanın çabuklaştırılmasıdır.²⁴⁰

Çocuğun malvarlığının dış ilişkide korunması çoğunlukla yasal temsil yoluyla gerçekleşir.²⁴¹ Daha önce ifade edildiği üzere; çocuk ile ana babasının menfaatleri arasında bir çatışma bulunduğu anda çocuğa bir temsil kayyımı atanır (TMK m. 426/b. 2).²⁴² TMK m. 345 uyarınca, çocuk ile ana veya babası arasında ya da çocuk ile üçüncü kişiler arasında ana babanın lehine, çocuğu borç altına sokan hukuki işlemlerin geçerliliği, çocuğu temsilen bir temsil kayyımının atanmasına ve işlemin hâkim tarafından onaylanmasına bağlıdır.²⁴³

Evliliğin sona ermesi halinde velayet kendisinde kalan eş, yönetim hak ve görevini tek başına sürdürür (TMK m. 353). Bu noktada yönetim hakkına sahip olan ana veya baba çocuğun mallarını yasal sınırlar çerçevesinde bağımsız olarak yönetir.²⁴⁴ Ancak yönetim hakkının tek başına kullanılması, çocuk mallarının zarar görme tehlikesini doğurabilir. Ayrıca velayet hakkına sahip tarafın sonradan evlenmesi de çocuk malları için sakıncalı olabilir. Tüm bunlar nedeniyle kanun koyucu TMK m. 353 ile çocuğun malvarlığının ve bunda yapılan değişikliklerin bir defterde kaydedilmesini ve bildirilmesini zorunlu tutmuştur. Söz konusu deftere çocuk mallarının niteliği ve miktarı açık ve doğru bir şekilde çocuğun velisi tarafından işlenir.²⁴⁵

Çocuk mallarını yönetme hakkı, velayete bağlı bir hak olması nedeniyle velayetin sona ermesiyle ortadan kalkar.²⁴⁶ Velayetin sona ermesi, mahkeme kararıyla olabileceği gibi kanundan dolayı da gerçekleşebilir. Çocuk üzerinde velayeti sona eren tarafın çocuk malları üzerinde yönetim işlemlerini yapmaya devam etmesi söz konusu değildir. Yönetim hakkını sona erdiren bir diğer sebep ise yönetimin ana ve babadan alınmasıdır ki, iki şekilde gerçekleşebilir: Çocuğun mallarının tehlikeye düşmesinin önlenememesi (TMK m. 361/1) hali ile çocuk mallarının gelirlerinin veya bu mallardan ayrılmış belli bir miktarın kanuna uygun

²⁴⁰ Baygın, 394.

²⁴¹ Baygın, 390; Özdemir, Çocuk Malları, 87; Serozan, 272.

²⁴² Baygın, 390; Özdemir, Çocuk Malları, 87; Akyol, 338.

²⁴³ Oğuzman-Dural, 298; Özdemir, Çocuk Malları, 87; Akyol, 338. “Veli, kısıtlıya miras yoluyla intikal eden taşınmazların mirasçılar arasında rızai taksimi için izin ve yetki verilmesini istemektedir. Rızai taksime konu edilmek istenen taşınmazların bir kısmında kısıtlı ile birlikte velinin de mirasçı olarak hak sahibi olduğu görülmektedir. Dolayısıyla veli de kendi miras hakkı bakımından sözleşmenin tarafı olacaktır. Böyle bir durumda, Türk Medeni Kanunu’nun 345. maddesi hükmü devreye girer.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/10892 (27 Mayıs 2015).

²⁴⁴ Baygın, 397; Özdemir, Çocuk Malları, 87; Akyüz, Çocuğun Malları, 163.

²⁴⁵ Baygın, 399; Akyüz, Çocuğun Malları, 163; Nurettin Gürsel, “Çocuk Malları ve Ana Babanın İstifade Hakkı”, *Adalet Dergisi* 7 (1949a), 981.

²⁴⁶ Akıntürk-Ateş Karaman, 421; Gençcan, 386; Baygın, 397.

şekilde sarf edileceğinden kuşku duyulması halinde hâkim tarafından yönetimin bir kayyıma devredilmesi (TMK m. 361/3).

Ana baba, herhangi bir sebeple velayetlerini veya yönetim haklarını kaybederse TMK m. 362 hükmüne göre çocuk mallarını hesap vererek devreder. Söz konusu mallar, çocuğun reşit olması sebebiyle velayetin sona ermesinde ergin çocuğa; hâkim kararıyla velayetin kaldırılmasında vasiye, yönetim hakkının ana ve babadan alınmasında atanan kayyıma devredilir.²⁴⁷ Ayrıca ana baba çocuk mallarını devrederken TMK m. 363/1 hükmüne göre vekil gibi sorumlu olurlar. Böylelikle yeni Medeni Kanun, ana babayı intifa hakkı sahibi gibi sorumlu olmaktan çıkarmış ve “*velayet son tahlilde vekâlettir*” anlayışıyla vekil gibi sorumlu tutmuştur.²⁴⁸

Ana babanın çocuğun mallarını geri verirken vekil gibi sorumlu olması, yönetim yetkilerinin çocuğun yararını gözeterek, sadakat ve özenle kullanılmasını gerektirir. Yönetimden beklenen özenin ölçüsü, çocuğun mallarını muhafaza etmek ve makul bir riziko altında çocuğun malvarlığını artırmaktır. Bu nedenle ana baba, yönetim haklarını kullanırken “*iyi bir yönetici*” gibi davranarak “*basiretli ana babanın*” göstereceği özeni göstermek zorundadır.²⁴⁹

Ana ve baba, çocuk mallarında meydana gelen eksilme ve zarardan sorumludur. Bu sorumluluğun kapsamına malların yönetimi sebebiyle ortaya çıkan zararlar da dahildir.²⁵⁰ Malları birlikte yöneten ana baba, çocuk mallarında oluşan zarardan müteselsil sorumludurlar. Malları münferiden yönetip sorumlu olmadığını ispat etmek isteyen taraf, zararın meydana gelmesinde kusurunun olmadığını, çocuk mallarını iyi bir yönetimin gerektirdiği sadakat ve özenle yönettiğini ispat etmelidir.²⁵¹

Yönetim hakkına sahip ana babanın çocuğun mallarındaki tasarruf yetkisi, Kanun’un çizdiği sınırlar içinde kalan bir serbestidir. Zira ana babanın çocuğuna karşı duyduğu yoğun sevgi ve şefkat, onun mallarına özen göstereceklerinin kefilidir.²⁵² Ana baba, çocuğun mallarını yönetirken sınırsız davranamaz; aksi halde çocuğun mallarının korunmasına ilişkin hükümler tatbik edilir.

²⁴⁷ Akıntürk-Ateş Karaman, 425; Özdemir, Çocuk Malları, 91.

²⁴⁸ Serozan 295; Baygın, 411; Özdemir, Çocuk Malları, 92.

²⁴⁹ Öztan, *Aile Hukuku*, 1160; Baygın, 391; Akıntürk-Ateş Karaman, 422; Özdemir, Çocuk Malları, 88.

²⁵⁰ Öztan, *Aile Hukuku*, 1159.

²⁵¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2018/8279 (27 Haziran 2018); İnan, 150-151; Baygın, 412-413; Özdemir, Çocuk Malları, 92.

²⁵² Akyüz, Çocuk Malları, 156.

Çocuk mallarının korunmasına ilişkin TMK m. 360 ve 361, özel hüküm niteliğinde düzenlemelerdir. TMK m. 360 hükmüyle malların yönetiminde gereken özeni göstermeyen ana ve babaya karşı çocuğun mallarının korunması amacıyla hâkime uygun önlemleri alma yetkisi verilmiştir. Ancak hâkimin yönetim hakkına müdahale etmesi için ana ve babanın, çocuğun mallarını yönetmede yeterince özen göstermeme durumunun ispatlanması gerekir. Örneğin, çocuk mallarının gereği gibi korunmaması, değerlendirilmemesi veya değiştirilmemesi gibi kötü yönetim durumlarında hâkim, çocuk mallarının korunması için gerekli kararları alır.²⁵³ Hâkim tarafından alınabilecek “*uygun*” önlemlerden bazıları maddenin ikinci fıkrasında; ana babaya yönetim konusunda talimat verme, ana babanın verdiği bilgi ve hesabın yeterli görülmemesi halinde “*malların tevdi edilmesine veya güvence gösterilmesine*” karar verilmesi olarak sayılmıştır. Burada ana baba hem velayet hakkına hem de yönetim hakkına sahip olmaya devam eder.

Çocuk mallarının tehlikeye düşmesi hiçbir şekilde önlenemiyorsa, bir önceki maddeye göre daha ağır bir koruma önlemi getiren TMK m. 361/1’de, yönetim yetkisinin ana babadan alınarak bir kayyıma devredilmesi öngörülmüştür. Bu halde ana baba, velayet hakkına sahip olmakla birlikte yönetim hakkını kaybetmiştir. Benzer şekilde hâkim, çocuk mallarının gelirlerinin veya bu mallardan ayrılmış belirli miktarların kanuna uygun şekilde sarf edileceğinden kuşku duyduğu takdirde bunların yönetimini bir kayyıma bırakabilir. Yönetim hakkının ana babadan alınıp kayyıma bırakılmasını öngören bu düzenlemeler son çare olarak uygulanmalıdır.²⁵⁴

2. Çocuğun Mallarının Kullanılması

Velayetin çocuğun malvarlığı bakımından ana babaya tanıdığı haklardan bir diğeri, çocuk mallarını kullanma hakkıdır. Gerçekten TMK m. 354 uyarınca ana baba, çocuğun mallarını yönetmekle kalmayıp o malları kullanma yetkisine de haizdir. Bu husus, veli ile vasi arasındaki farklardan birini teşkil eder.

Mülga Medeni Kanun m. 280 hükmüyle, bugünkü kullanma hakkının karşılığı olarak ana babaya kusurları sebebiyle velayet hakkını kaybetmedikleri müddetçe çocuğun mallarından intifa hakkı tanınmıştı. Söz konusu maddenin kenar başlığı “*istifade hakkı*” olmasına karşın,

²⁵³ Gençcan, 380; Özdemir, Çocuk Malları, 85. “*Türk Medeni Kanunu’nun 352/2. ve Tüzüğü’nün 4/2. maddesi koşullan bulunmadıkça; başka bir ifade ile, ana ve babanın çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermemeleri durumu mevcut olmadıkça; hakim, çocuk mallarının korunması konusunda ana ve babanın yönetme hakkına müdahale edemez ve bu sonucu doğuracak bir karar veremez.*”

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2011/5497 (29 Mart 2011)

²⁵⁴ Akıntürk-Ateş Karaman, 433.

metninde bir çeviri hatası olarak “*intifa hakkı*” terimi kullanılmıştı.²⁵⁵ Halbuki kanun koyucunun maksadı, TMK m. 354’ün gerekçesinde belirttiği üzere ana babaya çocuk malları üzerinde intifa hakkı gibi eşya hukukuna ilişkin bir ayni hak tanımak değil; kullanma hakkı tanımaktır.²⁵⁶ Mülga Kanun zamanında tanınan bu hak dolayısıyla çocuk mallarının tabii ve hukuki ürünleri hatta çocuğun işgücü ile elde ettiği gelirler ana babasının yararlanımına açıktı.²⁵⁷

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, ana babaya çocuk mallarını sadece kullanmak yetkisi vermiştir. Söz gelimi ana baba, hiçbir karşılık ödemedi çocuğa ait bir gayrimenkulde oturabilir ya da çocuğa miras kalan arabayı kullanabilir.²⁵⁸ Ne var ki bunların kira gelirlerinden yararlanamaz.²⁵⁹ Ancak kullanım sırasında bu eşyalara verdikleri zararlardan TBK m. 49 ve uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanmak üzere TBK m. 116 uyarınca sorumlulukları söz konusudur.²⁶⁰

Ana babaya tanınan çocuk mallarını kullanma hakkı temelde; çocuğun mallarını yönetmek, onun bakım ve eğitim masraflarını yüklenmeleri dolayısıyla ana babaya bir karşılık vermek ve aile birliği içinde yardımlaşmak düşüncesine dayanır.²⁶¹

Çocuk mallarını yönetme hakkı gibi kullanma hakkı da kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bu sebeple kullanma hakkının başkasına devredilmesi mümkün değildir. Fakat çocuk mallarını kullanmak ana baba üzerinde bir yükümlülük olmadığı için bu haktan feragat edilebilir.²⁶² Ancak feragat hakkı, çocuğun yüksek yararına aykırı olacak şekilde onun aleyhine kullanılamaz.²⁶³

Çocuk mallarını kullanma hakkının kapsamına çocuğun serbest mallarıyla ilgili istisnalar dışında tüm malvarlığı dahildir. Bu istisnalar TMK m. 357 ve m. 359’da belirtilmiştir. Çocuk mallarını kullanma hakkı, yönetim hakkından farklı olarak velayet sona erse bile devam edebilir. Yeter ki ana babadan velayetin kaldırılması, onların kusuruna dayanmasın. Söz gelimi

²⁵⁵ Oğuzman-Dural, 284.

²⁵⁶ “Yürürlükteki metinde kullanılan *intifa* terimi maddenin asıl amacını tam olarak yansıtmamaktadır. Çünkü maddede ana babanın çocuk malları üzerinde *intifa* hakları değil ana babanın çocuk malları üzerinde *kullanma* hakkına sahip oldukları ifade edilmek istenmiştir. Her iki terim birbirinden çok farklı olduğundan maddede “*intifa*” terimi yerine doğru terim olan “*kullanma hakkı*” ifadesine yer verilmiştir.” 1988 ve 1999 Tasarısındaki Gerekçe. “*İntifa hakkı*” ile “*istifade hakkı*” arasındaki farklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Saymen-Elbir, 383-384.

²⁵⁷ Baygın, 415.

²⁵⁸ Akıntürk-Ateş Karaman, 427.

²⁵⁹ Baygın, 416; Kılıçoğlu, 519.

²⁶⁰ Akıntürk-Ateş Karaman, 427; Öztan, *Aile Hukuku*, 1165.

²⁶¹ Oğuzman-Dural, 284; Velidedeoğlu, 328; İnan, 136; Baygın, 416.

²⁶² Saymen-Elbir, 383.

²⁶³ Oğuzman-Dural, 285.

velayet hakkı, ana babanın ağır bir hastalığa yakalanmaları sebebiyle kaldırıldığında çocuğa ait evde oturma hakları devam ettiği halde; çocuğa yeterli ilgiyi göstermemeleri sebebiyle kaldırıldığında artık o evi kullanma hakları söz konusu olmaz.

Çocuk mallarını yönetme hakkı ile kullanma hakkı çoğu zaman bir arada bulunur. İstisnasını, ana babanın kusurlu olmadıkları halde velayetin kendilerinden kaldırıldığı durumlar oluşturur. Burada, çocuk mallarını yönetme hakkı son bulmasına rağmen kullanma hakkı devam eder.²⁶⁴

Velayetin boşanma veya evliliğin butlanına karar verilmesi gibi sebeplerle eşlerden birine tevdi edilmesi halinde velayet kendisine bırakılmayan eşin, çocuğun mallarını kullanma yetkisine sahip olup olmadığı sorunu doğabilir. Öğretide bir görüşe göre kullanma hakkı, velayet kendisine bırakılan eşe aittir. Fakat hâkim diğer eşin ödeyeceği iştirak nafakasını tespit ederken çocuk mallarını kullanamamasının doğurabileceği mağduriyeti göz önünde tutarak karar vermelidir.²⁶⁵

Başka bir görüşe göre burada TMK m. 354 anlamında kusurdan ve velayetin kaldırılmasından bahsedilemez. Hâkim, eşlerin talebi üzerine çocuk mallarından hangi oranda faydalanılacağını TMK m. 182 çerçevesinde belirleyebilir.²⁶⁶

Çocuk mallarını kullanma hakkı çocuk ergin oluncaya kadar devam eder. Demek oluyor ki; ergin çocuk kısıtlandığı halde velayet altına bırakılsa bile onun malvarlığı üzerinde ana babasının kullanma hakkı yoktur.²⁶⁷

3. Çocuğun Mallarının Gelirlerinin Sarfı

Kanun koyucu, çocuk mallarının gelirlerinin nasıl sarf edileceği konusunda ana babaya yol göstermiştir. Bu itibarla TMK m. 355 ile çocuğun gelirlerinin, evvela onun bakım ve terbiyesine sonra aile ihtiyaçlarına sarf edilebileceğini öngörmüş ve fazlalık kısmın çocuğa ait olduğuna hükmetmiştir. Halbuki Mülga Medeni Kanun bu fazlalığı “*Karı kocadan hangisi aile masrafiyle mükellef ise ona ait olur.*” demek suretiyle düzenlemişti (m. 281). Genellikle bu kişi baba olmakla birlikte ana da aile masraflarına katılıyorsa “*katılma oranında*” bir pay almaya hak kazanırdı.²⁶⁸

²⁶⁴ Öztan, *Aile Hukuku*, 1165.

²⁶⁵ Baygın, 417; Oğuzman-Dural, 286; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 254.

²⁶⁶ Tekinay, 491; Baygın, 417.

²⁶⁷ Oğuzman-Dural, 285; Baygın, 418; Özdemir, *Çocuk Malları*, 94; Akıntürk-Ateş Karaman, 427.

²⁶⁸ Velidedeoğlu, 380; Gençcan, 387.

Çocuğun kişi varlığını koruma amacıyla Kanun ana babaya; çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi yüküm haklarını tanımıştır. Hatta bu yükümlülükler, velayetin varlığının değil soybağının varlığının sonucu olduğu için çocuk üzerinde velayet hakkına sahip olmayan ana baba da çocuğun bakımı ve terbiyesinden sorumludur. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi için gerekli harcamalar ana babanın bizzat kendi gelirlerinden karşılanır (TMK m. 327). Kanun koyucu çocuk mallarının gelirlerinin öncelikle çocuğun gelişimine harcanmasını sağlayarak gerek çocuk mallarının korunmasına gerekse bu hususta ana babanın ihtiyaç duyabileceği maddi desteğin sağlanmasına imkân tanımıştır.²⁶⁹ Normal olan da çocuğa ait malların gelirlerinden öncelikle çocuğun faydalanmasıdır.²⁷⁰

Gelirler, çocuğun bakımı ve terbiyesine kullanıldıktan sonra bakiyeden hakkaniyete uygun bir miktar aile ihtiyaçları için sarf edilebilir. Hakkaniyetin gerektirdiği ölçü belirlenirken ailenin sosyal ve ekonomik durumu ile çocuğun aileye getirdiği ekonomik yük gibi hususlar dikkate alınır. Örneğin, ana babanın geliri, çocuğun bakım, eğitim vb. giderlerini karşılayabildiği halde evin normal geçimine yeterli gelmiyorsa çocuğa ait bir evin kira gelirinden hakkaniyete uygun bir miktarı aile ihtiyaçları için kullanabilir. Hakkaniyet ölçüsünün aşılması durumlarında hâkimin müdahalesi söz konusu olabilir.²⁷¹

Nihayet, gelirlerden sarfedilen miktar dışında geriye bir şey kalırsa “gelir fazlası” bu kısım çocuk mallarına katılır.

4. Çocuğun Mallarının Kısmen Sarfı

Türk Medeni Kanunu’na göre ana baba, belli koşullar altında çocuk mallarının gelirini sarf edebileceği gibi çocuk mallarının bir kısmını da sarf edebilir. Çocuk mallarının hangilerinin sarf etmeye uygun olduğu, hangi koşullarda ve ne için sarf edilebileceği hususları TMK m. 356’da düzenlenmiştir. İlgili hükümde çocuk mallarının “olağan ihtiyaçlar için” ve “zorunluluk halinde” sarf edilmesi halleri iki ayrı fıkra olarak ele alınmıştır.

Kanun koyucu Türk Medeni Kanunu’nun 356/1. maddesinde uyarınca olağan ihtiyaçların gerektirmesi durumunda çocuğun her tür malının değil, sermaye olarak yapılan ödeme, tazminat gibi para cinsinden olanların sarf edilebileceğini belirtmiştir. Kanun metninde

²⁶⁹ Akıntürk-Ateş Karaman, 428.

²⁷⁰ Kılıçoğlu, 520. “Mahkemece çocuğa annesinden intikal eden veya intikal etmesi gereken tüm mal varlığının gelirleriyle birlikte tespit edilmesi, bu mal varlığının velayet sahibi olan davalı baba tarafından nasıl değerlendirildiğinin, çocuk yararına kullanılıp kullanılmadığının araştırılması gerekir.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/7637 (14 Nisan 2016).

²⁷¹ Akıntürk-Ateş Karaman, 428; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 255.

geçen “ve benzeri edimler” ifadesinin içine sosyal sigorta gelirleri, ikramiyeler, nafaka ödemeleri ve benzeri periyodik edimler girer.²⁷²

Söz konusu hüküm uyarınca çocuk mallarının ana baba tarafından sarf edilebilmesi için ihtiyacın çocuğun bakımına ilişkin olması gerekir. Maddede “olağan ihtiyaçların gerektirdiği ölçü” denilerek ortaya çıkan ihtiyaç ile bu yolla yapılacak harcamanın miktarı arasında uygunluk olması şart koşulmuştur. Örneğin, hastalanmış çocuğun normal tedavi gideri, eğitim-öğretim ve giyinme masrafları gibi günlük hayatta her çocuk için gereksinim duyulabilecek giderler olağan ihtiyaç kapsamına girer.²⁷³ Ana baba bu hakkı kullanmak için hâkimden izin almak zorunda değildir.

Buna karşılık, TMK m. 356/2 uyarınca çocuğun sırf bakımına ilişkin değil; bakımı, yetiştirilmesi ve eğitime ilişkin olmak üzere olağanüstü ihtiyaçların baş göstermesi halinde hâkim, ana babaya çocuğun diğer mallarını kısmen sarfetme yetkisi verebilir. Burada başvurulacak olan “çocuğun diğer malları”, çocuğun mallarının gelirleri ile toplu paralar dışındaki tüm taşınır taşınmaz mallar ve haklardır.²⁷⁴

Söz konusu hüküm uyarınca çocuğun diğer mallarının ana baba tarafından sarf edilebilmesi için onun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitilmesi konularında zorunlu bir ihtiyacın olması gerekir. Zorunluluğun varlığı değişkenlik arz ettiği için somut olaya göre değerlendirilir.²⁷⁵ Söz gelimi, ana babanın tedavi masraflarını kendi gelirleriyle ödemekten aciz olmaları durumunda çocuğun büyük bir ameliyat gerektiren hastalığının olması, zorunlu ve olağanüstü bir ihtiyaç halidir.

Esasen bu hüküm karşısında ana babanın, çocuğun mallarını satmak için hâkimden izin almalarının gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre, çocuğa ait taşınmazın satımı olağan yönetim işlerinin dışında kalır ve yapılması ile tescili için hâkim izni gerekir. Öğretideki hâkim görüşe göre ise, ana babanın çocuk mallarını satmak için vasiler gibi hâkimden izin almasına gerek yoktur (TMK m. 342).²⁷⁶ Nitekim ana baba yönetim haklarına dayanarak çocuğun mallarında serbestçe tasarruf edebilirler. Burada hâkimden alınacak iznin konusu; ana babanın çocuğun malını satmaktaki amacı (yani çocuğun ihtiyacı için olup olmadığı) ve satış bedelini amacı doğrultusunda sarf edip sarf etmeyeceğidir. Hâkimden izin

²⁷² Akıntürk-Ateş Karaman, 429; Gençcan, 389.

²⁷³ Akıntürk-Ateş Karaman, 429; Baygın, 427.

²⁷⁴ Baygın, 428; Gençcan, 390-391.

²⁷⁵ Kılıçoğlu, 521.

²⁷⁶ Baygın, 431-432; Kılıçoğlu, 522-523.

almadan yaptıkları satışlarda, ana babanın TMK m. 356/2'ye göre satış bedelinden sorumlulukları söz konusudur.

5. Çocuğun Serbest Malları

Ana baba, bazı çocuk mallarının üzerinde kısmen veya tamamen yönetme ve kullanma hakkına sahip değildir. Çocuğun, ana babasının velayeti altında hayata hazırlanmasına henüz ergin olmadan önce elde edeceği deneyimlerin önemli bir katkısı olacağından kanun koyucu, çocuğa bazı malları üzerinde yönetme ve kullanma hakkı tanımıştır.²⁷⁷ Bu mallar, TMK m. 357'nin kenar başlığından anlaşılabileceği üzere çocuğun serbest mallarıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 357-359. maddeleri çocuğun serbest mallarına özgülenmiştir.

Çocuğun serbest mallarından ilki çocuğa yapılan karşılıksız kazandırmalardır.²⁷⁸ Türk Medeni Kanunu'nun 357/1. maddesi ana ve babanın çocuğa yapılan kazandırmaların gelirlerini kendi menfaatlerine sarf edemeyeceklerini öngörmüştür. Madde metninden, faize verilen ya da bankaya yatırılan kazandırmalar için bağışlayan kişinin söz konusu kazandırmaları ana babanın kullanmasını istemediğini ayrıca belirtmesine gerek olmadığı anlaşılmaktadır. Bunun dışında bağışlayan, ana babanın kullanım hakkı dışında kalmasını istediği kazandırmaları için en geç tasarruf anına kadar bu iradesini açıkça ortaya koymalıdır. Bu mallar üzerinde ana babanın yönetim hakkı kural olarak devam eder.²⁷⁹

Esasen 4721 Sayılı Kanun'da yapılan değişiklikle ana babanın, çocuğun bütün mallarının gelirlerinden yararlanma yetkisi kaldırılmıştır. Öğretide bu yüzden, mülga Kanun zamanındaki gibi ana babanın çocuğa ait malvarlığında kendi menfaatlerine sarf edebileceği ögeler varmış gibi düzenleme yapılmasına lüzum olmadığı savunulmaktadır.²⁸⁰

Çocuğa yapılan kazandırmalar üzerindeki yönetim hakkına gelince kural olarak ana baba bu mallar üzerinde yönetim hakkına sahiptir. Bununla birlikte TMK m. 357/2 uyarınca, kazandırmada bulunan kişi aksi yönde bir iradeye sahipse en geç kazandırma sırasında bunu açıkça ifade etmek şartıyla kazandırma konusu malları ana babanın yönetim hakkı dışında bırakabilir.

Çocuğun malvarlığı unsurlarından biri, miras bırakandan ölüme bağlı tasarruf yoluyla elde edeceği saklı paydır. Ölüme bağlı tasarruf, miras bırakanın ölümünden sonra terekesini

²⁷⁷ Akıntürk-Ateş Karaman, 430; Gençcan, 395.

²⁷⁸ Özdemir, Çocuk Malları, 89; Akıntürk-Ateş Karaman, 430; Dural vd., 369.

²⁷⁹ Oğuzman-Dural, 287.

²⁸⁰ Baygın, 418-419.

etkileyecek şekilde hüküm doğuracak emirlerini ihtiva eden hukuki işlemdir.²⁸¹ Söz konusu hukuki işlemle çocuğun elde edeceği saklı payın yönetimi kural olarak ana babasına aittir. Fakat miras bırakan, çocuğun saklı payını TMK m. 358/1’de belirtildiği üzere ana ve babanın yönetimi dışında bırakılabilir. Hatta söz konusu maddenin ikinci fıkrası gereği miras bırakan, yönetimi bıraktığı kimsenin belirli zamanlarda sulh hâkimine hesap vermesini de öngörebilir. Miras bırakanın yönetimi bir üçüncü kişiye bırakmasının sebebi, ana babanın yönetim hakkını gereği gibi yerine getiremeyeceğini düşünerek önlem almak istemesi olabilir.²⁸²

Ana babanın hem kullanma hem yönetme hakkının dışında kalan malvarlığı konusunu TMK m. 359’da belirtilen “*meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısım veya kendi kişisel kazancı*” oluşturur. Bu mallar üzerindeki tasarruf hakkı tamamen çocuğa aittir. Fakat ana babasıyla birlikte yaşayan çocuktan bakım giderlerine hakkaniyete uygun bir katkıda bulunması istenebilir (TMK m. 359/2).

²⁸¹ O. Gökhan Antalya, *Miras Hukuku*, C. 3, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021b), 148.

²⁸² Akıntürk-Ateş Karaman, 431; Gençcan, 396.

İKİNCİ BÖLÜM

İSLAM HUKUKUNDA VELAYET

I. VELAYETİN TANIMI, KAPSAMI, ÇEŞİTLERİ ve UNSURLARI

A. Velayetin Tanımı

Velayet kelimesi “ولي” kökünden türemiş Arapça bir kelime olup sözlükteki karşılığı “yardımcı olmak, sevmek, dostluk kurmak, yakınlık, himaye etmek, korumak, birinin işlerini üstlenmek ve akrabalık tesis etmek” şeklindedir.²⁸³ Bazı Arapça kaynaklarda bu kavram “vilayet” olarak karşımıza çıkar. Her ikisi de ortak anlamları haiz olmakla birlikte “vilayet” kavramı, “velayet” kavramından farklı olarak “imaret, sultan, bir valinin hâkimiyeti altında bulunan beldeler” gibi otoriteyi çağrıştıran anlamları ihtiva eder.²⁸⁴ Türkçe kaynaklarda ve günümüz müelliflerince meşhur kullanımı “velayet” şeklindedir.²⁸⁵

İslam hukukunun temel kaynağı Kur'an-ı Kerim'de velayet kavramı, bu şekliyle iki;²⁸⁶ değişik türevleri ile iki yüzden fazla âyette geçer. Bu anlamda anahtar bir kelime olan velayet, değişik âyetlerde “Rab, koruyucu, yardımcı, malik-efendi, yönetmek ve iş başına geçmek, varis-mirasçı, dost, çocuk ve vekil” manalarında kullanılmıştır.²⁸⁷

Velayet, temelde “şer'î/hukukî bir yetkinin” varlığını ifade etmek üzere kullanılmıştır. Bu geniş anlamıyla velayet, neredeyse diğer hukuki kavramların tümüyle bağlantılı bir kavramdır. Zira İslam hukukunda bir kişinin tasarruf ehliyetine sahip olması, tasarrufu yapmayı ve yapılan tasarrufun varlık kazanmasını sağlar ancak hukuki sonuç meydana getirmesini sağlamaz. Tasarrufun geçerli olması için o tasarrufu câiz kılan bir yetkinin, yani velayetin

²⁸³ İbn-i Âbidin, *Reddû'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, çev. Ahmed Davudoğlu (İstanbul: Şamil Yayınevi, 1983), 5/358; Vehbe Zuhayli, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, çev. Ahmet Efe (İstanbul: Risale Yayınevi, 1994), 5/108; Mehmet Sürmeli, “Kur'an-ı Kerim'de Velayet Kavramı”, *Tasavvuf İlmi ve Akademik Araştırma Dergisi* 3/9 (2002), 305; Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, (İstanbul: İz Yayıncılık, 2016), 1/267.

²⁸⁴ Mustafa Genç, “İslâm Hukukunda Velâyetin Mâhiyeti”, *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi (ASEAD)* 7/6 (2020), 207; Sürmeli, 305; Apaydın, 43/15.

²⁸⁵ Zuhayli, çev. Efe, 10/70; Apaydın, 43/16; Karaman, 1/268; Mustafa Ahmed ez-Zerka, *Çağdaş Yaklaşımla İslam Hukuku*, çev. Servet Armağan (İstanbul: Timaş, 1993), 2/577.

²⁸⁶ Bu âyetler el-Enfâl 8/72 ile el-Kehf 18/44. âyettir; Genç, 207; Sürmeli, 305.

²⁸⁷ Sürmeli, 305-306; Cafer Yusufi, *Velâyette Tevhid ve Dinin Cevheri*, çev. Kenan Çamurcu (İstanbul: Önsöz Yayıncılık, 2017), 193.

varlığı gerekir. Örneğin, yargılamanın bağlayıcılığının söz konusu olması veya mülkiyetin maddî ve şer'î tasarrufa imkân vermesi genel velayetten kaynaklanır.²⁸⁸

Hukuki bir terim olarak velayet, klasik dönem İslam hukuku ve modern dönem İslam hukuku kaynaklarında farklı şekillerde tanımlanmış olmakla birlikte her bir tanımda velayetin farklı bir yönü vurgulanmıştır. Bu tanımlardan bazıları şu şekildedir:

Kaynaklarda velayete dair ulaşılabilen ilk tanım, “*Gerek dilesin gerekse çekinsin sözü başkası üzerine tenfid eylemektir.*”²⁸⁹ şeklindedir. Daha açık bir ifadeyle, bir tasarrufun başkası adına, o kişinin kabul edip etmemesinin bir önemi olmaksızın yürürlük kazanmasına velayet denilmiştir. Burada velayetin hükmü, yani tasarrufun başkası üzerinde hukuki sonuç doğurması üzerinden bir tanım yapılmıştır. Bu tanımın, velayet türlerinden sadece zorlayıcı olan “*icbârî velayeti*” ifade etmesi ve velayetin hükmünün beyan edilip hakikatinin (aslının) açıklanmaması bakımından velayeti tam olarak karşılayamadığı ifade edilmiştir.²⁹⁰

Bir başka tanımda konusu, kaynağı ve hükmü üzerinden velayet, “*İnsan veya mal üzerinde tesis edilen hukuki bir yetkidir ki, insan onlar hakkında muteber hukuki tasarruflarda bulunur.*”²⁹¹ şeklinde ifade edilmiştir. Velayeti, çocuklar ve onların acziyeti üzerinden tarifleyen bir diğeri ise “*Kendi işlerini doğru ve makul olarak bizzat idareden aciz oldukları müddetçe çocuklar üzerindeki tabî bir sultadır.*”²⁹² şeklinde kaynaklarda yer almıştır.

İslam hukukunda velayet ile kastedilen “*şahsî ve malî işlerini idarede, kâsır bir şahıs üzerine, büyük reşit bir şahsı tayin etmektir.*”²⁹³ Bu tanım, dar anlamıyla velayeti ifade eder. Tanımdaki “*büyük reşid kişi*” velayete sahip olan tarafı, “*kâsır*” kişi ise velayete tabi olan tarafı anlatır. Kâsır, medeni haklarını kullanma bakımından ehliyeti kısıtlı olup edâ ehliyeti hiç

²⁸⁸ Abdülkerim Zeydân, *İslâm Hukukuna Giriş*, çev. Ali Şafak (İstanbul: Kayıhan Yayınevi, 1995), 487; Zuhayli, çev. Efe, 5/108; Apaydın, 43/16; Genç, 209.

²⁸⁹ Ali İbn Muhammed es-Seyyid eş-Şerîf Cürcânî, *Arapça-Türkçe Terimler Sözlüğü (Tarifat)*, çev. Arif Erkan (İstanbul: Bahar Yayınları, 1997), 247; Genç, 208. Benzer tanımlar için bkz. İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 5/357; Zuhayli, çev. Efe, 5/108; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, çev. Osman Erdem Raşit Gündoğdu (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017), 1/128; Karaman, 1/317.

²⁹⁰ Zerka, çev. Armağan, 2/577. Ayrıca icbârî velayette tasarrufun başkası üzerinde sonuç doğurması kuralı mutlak değildir. Bulûğ muhayyerliği denilen istisnaya göre (bkz. Evlendirme Velayeti) kişi, icbârî velayet hakkı sahibi velisi tarafından yapılan evlilik sözleşmesini dilerse sonradan feshedebilir.

²⁹¹ Zeydân, çev. Şafak, 487.

²⁹² Ömer Ferruh, *İslâm Aile Hukuku*, çev. Yusuf Ziya Kavakçı (İstanbul: Sebil Yayınevi, 1969), 145.

²⁹³ Zerka, çev. Armağan, 2/577; Zuhayli, çev. Efe, 10/70.

olmayan veya eksik olan kimse demektir.²⁹⁴ Tanımda yer verilen “*şahsi ve mali işler*” kaydı ise velayet kapsamında velinin tasarruf konularını ifade eder.

Netice itibarıyla velayetin, “*ergin, akıllı ve reşîd olan bir kimsenin, edâ ehliyeti hiç olmayan veya eksik bulunan başka birisinin şahsına veya mallarına ilişkin işlerini gözetip yürütmek üzere onun yerini tutması*” olarak tanımlanması mümkündür.²⁹⁵

B. Velayetin Kapsamı ve Çeşitleri

Velayet, İslam’ın itikadî, amelî ve fikhî tüm boyutlarında, yani dinin tamamında vardır.²⁹⁶ Fikhî boyutuyla velayet, yeri geldiğinde tüm toplumun ihtiyaçlarının veya tek bir ferdin ihtiyacının karşılanması için başvurulmuş, tercihlî ya da zorunlu olabilen bir kurumdur. Velayetin işlevi, tasarruf yetkileri birbirinden farklı olan kişi veya kurumlar arasında, yetkisi çok olanın yetkisi az olanı temsil etmesine ve onun adına tasarrufta bulunmasına imkân sağlamasıdır. O halde velayet, en geniş anlamından en dar anlamına kadar hukukî işlem ve tasarrufları geçerli kılan bir hukukî temsil yetkisidir.²⁹⁷

Geniş bir kapsama haiz olması münasebetiyle velayet, çeşitli açılardan sınıflandırmalara tabi tutulmuştur. İslam hukukunda velayete dair yapılan sınıflandırmalardan ilki; velayetin bir hukukî temsil müessesesi olmasından dolayı temsil türleri üzerinden yapılmıştır.

Hukukî temsil (şer’î niyabet) “*tasarrufta bir kimsenin başkasının yerini tutması*” olarak ifade edilir. Hukukî dayanağı bakımından temsil, cembrî (zorunlu) ve ihtiyarî (iradî) olmak üzere iki türlüdür.²⁹⁸ Cembrî temsile “*icbârî velayet*”, ihtiyarî temsile “*ihtiyârî velayet*” de denilmiştir.²⁹⁹

²⁹⁴ Celal Erbay, “Kâsır”, *DİA* (İstanbul: İSAM Yayınları, 2013), 24/559; Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2005), 246. Kâsırlardan başka bulûğ çağındaki kızlar adına da tasarrufta bulunulabilir. Ancak bu husus evlilikte bahis mevzuu olup ihtiyarîdir. Karaman, 1/318.

²⁹⁵ Hamdi Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, (İstanbul: Erkam Yayınları, 2016), 280; Hayreddin Karaman-Ahmet Özdemir, *Fıkhi Bilgi ve İlkeler Işığında Eşya ve Şahsın Hukuku*, (İstanbul: Kitâbi, 2019), 172; Nuri Kahveci (ed.), *İslam Hukuku (Şahıs-Aile-Miras) 2. Cilt* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2022), 47.

²⁹⁶ Velayet kavramına modern bir bakış açısı getiren yoruma göre velayet, dinin tamamında anlam ve tezahür birliği gösterir ve bu anlam, muhabbetten kaynaklanan yakınlıktır. Bu yakınlığa, velayete konu olan maslahat ve çıkarlar yönünden bir işin yükümlülüğünün üstlenilmesi, idare ve kılavuzluk eklenir. Muhabbet, velayete bitişik öncül ve şarttır. Yardım ise velayetin önemli ilişki ve sonuçlarından biridir. Yusufî, çev. Çamurcu, 189, 418-422.

²⁹⁷ Mustafa Kelebek, *İslam Aile Hukukunda Velâyet*, (İstanbul: Ravza Yayınları, 2015), 32; Karaman, 1/267.

²⁹⁸ Zerka, çev. Armağan, 2/577; Zuhayli, çev. Efe, 5/109; Karaman, 1/268; Kahveci, 47. Benzer şekilde yapılan başka bir sınıflandırmaya göre hukukî dayanağı bakımından temsil; iradî ve kanuni temsille birlikte kazâî temsil adı verilen üçüncü bir kısma ayrılmıştır. Buna göre kazâî temsil, vesayet ve kayyımlik müesseseleridir. Kudat, 43

²⁹⁹ Mezhepler, velinin yetki şiddetini (ya da veli tasarrufunun geçerliliğini) esas alarak velayeti tasnif ederken veliye belli şartlarda küçüğü evlendirme yetkisi veren velayete “*icbârî velayet*”; evlendirmeye zorlama yetkisi

İhtiyarî temsil anlaşmaya dayalı temsili ifade eder. Temsilci temsil yetkisini, temsil olunanın iradesinden alır. Bunun sonucu olarak temsilcinin tasarruflarının geçerliliği, temsil olunanın rızasına bağlıdır. Temsil iradesi genellikle vekalet sözleşmesi ile tezahür eder.³⁰⁰ Bir kimsenin (müvekkil), bizzat yapabildiği bir işinin hal-i hayatında yapılmasını başkasına (vekil) havale etmesi ve havale edilenin de kabul etmesiyle kurulan sözleşmeye vekalet denir.³⁰¹ Kısacası ihtiyarî temsil, vekalettir.

Cebrî temsil, kaynağını nasslardan alır.³⁰² Burada temsilcinin temsil yetkisi; dinin (kanunun) veya yargının (mahkemenin), temsil olunanın işlerinin yine temsil olunanın menfaati doğrultusunda görülmesini sağlamak üzere kendisine havale edilmesinden doğar. Benzer bir ifadeyle cebrî temsil, temsil olunan kişinin menfaati için kanunun veya mahkemenin görevlendirmesiyle olan temsildir. Temsil olunan kişi adına onun medeni haklarını kullanan kişiye kanuni temsilci denir. Kanuni temsilci, tasarruf alanına göre “veli” veya “vasi” ismini alır. Örneğin, baba veya dede gibi velilerin hukuki temsili, dinin görevlendirmesiyle (doğrudan kanun kaynaklı) gerçekleşirken vasinin hukuki temsili, velinin veya mahkemenin görevlendirmesiyle gerçekleşir.³⁰³ Kısacası cebrî temsil, dar anlamıyla velayettir.

Cebrî temsilde kural, belli şartların varlığı halinde kanuni temsilcinin temsil olunan adına ve hesabına yaptığı tasarrufların, temsil olunan üzerinde bağlayıcı (cebrî) hüküm ifade etmesidir. Bu tasarruflar, hukuka ve temsil olunanın menfaatine uygun olmalıdır. Nitekim hukuki şartları yerine getirilen tasarrufları, kâsır kişi büyüyüp ehliyetini kazansa bile iptal edemez.³⁰⁴

Velayet, kâsırın bakımı, terbiyesi, eğitim-öğretimi ve evlendirilmesi gibi şahıs varlığı konularıyla ilgili ise buna “*şahıs üzerinde velayet*” (el-Velâyetü ale'n-nefs); malvarlığı konularıyla ilgili ise buna “*mal üzerinde velayet*” (el-Velâyetü ale'l-mal) veya “*vesayet*” denir. Benzer bir ifadeyle kâsır kişi üzerindeki görevlendirme kâsırın şahsı veya hem şahsı hem malı ile ilgili konulara mahsus ise buna velayet, yalnızca malları ile ilgili konulara mahsus ise buna

vermeyen velayete “*ihhtiyarî velayet*” demişlerdir. Orhan Çeker, *İslâm Hukukunda Çocuk*, (Konya: Tekin Kitabevi, 2015), 91-92; Kelebek, 43.

³⁰⁰ Zuhayli, çev. Efe, 5/109; Erdoğan Sarıtepe, “İslâm Hukuku ve Türk Medenî Hukuku Açısından Hukukî Temsil”, *Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 14/2 (2009), 82; Kudat, 43.

³⁰¹ Bkz. Mc. m. 1449. Mehmet Şener, “İslam Hukukunda Velayet (I)”, *DEÜİFD* 2 (1985), 205; Orhan Çeker, *Fıkıh Dersleri 1*, (Konya: Tekin Kitabevi, 2017), 178.

³⁰² Sarıtepe, 82. “Nass” kelimesi; vahiy ile sabit ifade, Kur’ân âyetlerine ve hadislerle verilen ortak ad anlamına gelir. Erdoğan, 447.

³⁰³ Zerka, çev. Armağan, 2/578; Zuhayli, çev. Efe, 5/109; Ahmet Yaman-Halit Çalış, *İslâm Hukukuna Giriş*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2018), 242; Kudat, 38-39.

³⁰⁴ Zerka, çev. Armağan, 2/578.

vesayet denir. Velayetle ilgili kanuni temsilciye “*veli*”, vesayetle ilgili kanuni temsilciye “*vasi*” denir.³⁰⁵

İslam hukukunda vesayet, velayetin kapsamına dahildir.³⁰⁶ Uygulamada velayet kelimesi, vesayeti de kapsayacak şekilde kullanılır. Örneğin, Mecelle m. 974’te küçüğün babasını ifade eden “*veli*” terimi “*vasi*” anlamında kullanılmıştır.³⁰⁷

Velayete dair yapılan sınıflandırmalardan bir diğerine göre velayet, kişinin kendi şahsı ve malı üzerinde ise “*velayet-i kâsıra*”, başkasının şahsı veya malı üzerinde ise “*velayet-i müteaddiye*” (başkası üzerinde velayet) olarak adlandırılır. Tam ehliyet sahibi kimseler için velayet-i kâsıra sabittir. Başkası üzerinde velayetin içerisine babalık sebebiyle sabit olan asli velayet dahil olduğu gibi devlet başkanının velayeti, vesayet ve vekalet gibi niyâbî (başkasının yardım isteğiyle sabit olan) kurumlar girer. Başkası üzerinde velayete sahip olmak için kişinin önce kendi şahsı üzerinde velayete sahip olması gerekir.³⁰⁸

Bir başka tasnife göre velayet, koruma ve temsil alanı esas alınarak “*kamu velayeti (velayet-i âmme)*” ve “*özel velayet (velayet-i hâssa)*” olmak üzere ikiye ayrılır.

Kamu velayeti, toplumdaki bütün kişilerin ve malların temsili ile korunmasına yöneliktir. Devletin en üst düzey otoritesi ile onun tayin ettiği vali ve hâkim gibi kamu temsilcileri bu velayete sahiptir.³⁰⁹ Vatandaşların ortak menfaatini sağlamak ile ilgili olan veya herkesi ilgilendiren görevler kamu velayetinin kapsamına dahildir.³¹⁰

Özel velayet, belli kimse ve mallarla ilgili olup özel kimselerin sahip olduğu velayettir. Örnek olarak baba, dede ve vasi gibi kimselerin, çocuk, deli veya bunak gibi kimseler üzerinde sahip olduğu velayet gösterilebilir. Ayrıca bir vakfın işlerinin yürütülmesi için görevlendirilen kimsenin (mütevellinin) görev ve yetkisi de özel velayet kapsamındadır.³¹¹

Özel velayetin yüklediği hukuki temsil görevlerini yerine getirmeye yetkili kimse olmadığı takdirde bu görevler, kamu velayeti sahibi devlet başkanı veya onun tayin ettiği kimse

³⁰⁵ Şemsü'l-E'imme Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed es- Serahsî, Mebsût, ed. Mustafa Cevat Akşit, (İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 2008), 24/225; Zeydân, çev. Şafak, 489; Yaman-Çalış, 242; Karaman, 1/268.

³⁰⁶ Serahsî, ed. Akşit, 4/400; Zerka, çev. Armağan, 2/579-580; Murat Şan, *Eski Hukukumuzda Gerçek Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyeti*, (Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1998) 329.

³⁰⁷ Şan, 329; Ali Haydar Efendi, çev. Raşit Gündoğdu, 3/1814.

³⁰⁸ Zeydân, çev. Şafak, 487-489; Apaydın, 43/16.

³⁰⁹ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1985), 5/89.

³¹⁰ Eskicioğlu, 419-420; Genç, 211; Kelebek, 44-45.

³¹¹ Genç, 211.

tarafından yürütülür.³¹² Yine, özel velayet sahiplerinin herhangi bir sebeple hak ve görevlerini kullanamaz hale gelmesi halinde kamu velayeti sahibi devreye girer.³¹³

Koruma ve temsil alanına göre velayet türleri arasında velayetin kuvveti bakımından farklılık vardır. Kural olarak özel velayet, kamu velayetinden önce gelir.³¹⁴ Bu hususa ileride tekrar temas edileceğinden, burada kurala yer vermekle yetiniyoruz.

Buraya kadar anlaşıyor ki İslam hukukunda velayet; vekalet, vesayet ve devlet başkanının velayetini içerir şekilde geniş bir yelpazede kullanılmıştır. Çalışmanın devamı boyunca velayet ifadesiyle kavramın dar anlamı kastedilmiştir.

C. Velayetin Unsurları

1. Velayet Hakkı

İslam hukukunda velayet bir “*hukuki temsil hakkı*”dır. Aynı zamanda velayet, devlet tarafından çocuğun yararına tahsis edilen ve yine devletin müdahalesiyle kaldırılabilen bir “*yetki*” niteliği taşır.³¹⁵ Bununla birlikte velâyet, vesâyet, hidâne gibi haklarda hak sahibi için yetkiden ziyade dinî, hukuki veya ahlâkî nitelikte bir görevin ifası bahis konusudur.³¹⁶

Menşesine göre haklar; Allah hakkı, kul hakkı ve karma nitelikli haklar olmak üzere üç sınıftır. Kul hakkında öncelikli olarak kişinin menfaatinin korunması amaçlanır ve kişi bu menfaatte yetkili bulunur. Velayet hakkı bir kul hakkıdır. Kul hakkı genel veya özel olabilir. Çocukların ve malların korunması genel kul hakkı; babanın çocukları üzerindeki velayeti ile ananın çocuğunu büyütüp yetiştirmesi (hidâne) ise özel kul haklarından. Kul hakkı, kural olarak vazgeçilemeyen, ıskat edilemeyen ve mirasla intikal etmeyen bir haktır.³¹⁷ Bu münasebetle kamu velayeti veya özel velayet ile şahıs veya mal üzerindeki velayet gibi şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların mirasla intikal etmeyeceği hususunda fakihler görüş birliği içindedir.³¹⁸ Ancak babanın veya dedenin küçük üzerindeki velayet hakkı kişiye bağlı olup ondan ayrılmayan ve dinen muteber bir hak olduğundan; ananın çocuğa bakma hakkı ise yalnız kendi hakkından ibaret olmayıp başkasının (çocuğun ve babasının) hakkını da barındırdığından

³¹² Şener, 207-208.

³¹³ Kelebek, 51-52.

³¹⁴ Bkz. Mc. m. 59. Bilmen, 2/274; Kudat, 57.

³¹⁵ Zekiyyüddîn Şa‘bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l Fıkıh)*, çev. İbrahim Kâfi Dönmez (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2011), 472; Kelebek, 63.

³¹⁶ Ali Bardakoğlu, "Hak", *DİA* (İstanbul: İSAM Yayınları, 1997), 146.

³¹⁷ Zuhayli, çev. Efe, 5/16-17; Saffet Köse, *İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1997), 38.

³¹⁸ Bardakoğlu, "Hak", 149; Bilmen, 5/223.

ıskatı mümkün değildir.³¹⁹ Bu sebeple baba, çocuğun velayetinden feragat edemez. Ancak veli, bu görevi yerine getirmekten acizse veya bilinçli olarak yapmıyor, yapmamakta ısrar ediyor ya da görevini kötüye kullanıyorsa o takdirde bu yetki elinden alınır.³²⁰

Konusuna göre haklar birkaç kısma ayrılarak incelenmiştir. Malî haklar ve malî olmayan haklar ayrımı, bunlardan biridir. Şahıs üzerinde velayet ve onun alt kavramları olan hidâne hakkı ile evlendirme velayeti, malî olmayan haklardandır. Bunların konusu, başka bir şahıs (çocuk) üzerindeki yetkiden ibarettir.³²¹ Bir diğer ayrım mücerred haklar ve mücerred olmayan haklardır. Velayet hakkının mücerred bir hak olması sebebiyle Hanefilere göre şahıs ve mal üzerinde velayet karşılığında bedel alınmaz veya bu haktan bir bedel karşılığında vazgeçilemez.³²²

Velayet hakkı mutlak olmayıp sınırlıdır. Çünkü bu hak, sahibine, velayete tabi olan kişinin maslahatını³²³ koruma amacına bağlı olarak verilmiştir.³²⁴ Velayet hakkına sahip olan kişi velayetten doğan yetkilerini kullanırken velayete tabi olanın menfaatlerine şefkatle bağlı olmalı ve onun için en uygun olanı seçerken iyi niyetli olmalıdır. Sözü edilen şefkat ve iyi niyet, kimi kaynaklarda velayetin sübutu³²⁵ için iki esas olarak yer almıştır.³²⁶

2. Velayet Hakkının Hukukiliği

Velayet ve vesayet denilen hukuki temsil müesseseleri hem çocuklar ve ehliyet bakımından ona tâbi olanların hem de edâ ehliyeti daralmış olan yetişkinlerin bakımı, şahısları ve mallarıyla ilgili tasarruflarının yürütülmesi ve haklarının korunması için ihtiyaç duyulan müesseselerdir. Nitekim medeni haklarını kullanma yetkisi, kişinin vücûb ve edâ ehliyetine sahip olmasını gerektirir. Vücûb ehliyeti, hak sahibi olabilme (ilzam) ve borç altına girebilme (iltizam) unsurlarından oluşur ve günümüz hukukundaki hak ehliyetine karşılık gelir. Edâ ehliyeti ise hakları bizzat kullanabilme, hak ve borç doğuran hukuki işlem yapabilmeyi ifade eder ve günümüzde fiil ehliyeti olarak anılır. Sağ doğması şartıyla hayatta olan herkes vücûb ehliyetine sahiptir. Ancak kişinin hukuken tasarrufta bulunabilmesi için edâ ehliyetinin

³¹⁹ Zuhayli, çev. Efe, 5/18.

³²⁰ Eskicioğlu, 420.

³²¹ Bardakoğlu, "Hak", 141. Mal üzerinde velayette gerek velayete tabi olanın gerekse velayetin konusunun mal olduğu hakkında bkz. Genç, 210.

³²² Zuhayli, çev. Efe, 5/22.

³²³ Maslahat kelimesi "*Bir işin salâhına, hayriyetine, bâis ve sâik olan, sebebi yarar olan şey*" olarak tarif edilir. Bilmen, 1/18; *Türk Hukuk Lûgatı*, (Ankara: Türk Hukuk Kurumu Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü Yayınları, 1991), 219.

³²⁴ Köse, 206 vd.

³²⁵ Sübut kelimesi gerçekleşme, şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkma anlamını ifade eder. <https://sozluk.gov.tr/>

³²⁶ Bkz. Kelebek, 66, dn. 126.

bulunması gerekir. Edâ ehliyeti, eksik edâ ehliyeti ve tam edâ ehliyeti olarak ikiye ayrılır. Edâ ehliyeti, vücûb ehliyetinden farklı olarak çocuğun dünyaya gelmesiyle tamamlanmış olmaz bilakis bir gelişim süreci içinde tamamlanır. Bu süreçte kişi kâsırdır (tasarrufu sınırlıdır). Bununla birlikte tam edâ ehliyetine sahip bir kişi “*ehliyet ârızaları*” adı verilen delilik, bunaklık, kölelik, harcamalarda tedbirsizlik, baygınlık gibi durumlarla karşılaşınca bu ehliyetini kısmen veya tamamen yitirebilir. İşte, velayet ve vesayete tabi olan kişiler, kendi şahısları veya malları ile ilgili iş ve işlemleri kendi başlarına yürütmeye gücü yetmeyen kimselerdir.³²⁷

Çocuk üzerindeki velayetin illetinin,³²⁸ onun çocuk (kâsır) olduğu, benzer bir deyişle çocuğun küçüklüğü gerekçesiyle velayete tabi olduğu hususu icmâ³²⁹ ile sabittir.³³⁰ Küçüklüğün velayete illet olma sebebi ise zarurettir.³³¹ O halde velayet, zarurete binaen var olan bir müessesedir.

Velayet, İslam’ın açık hükümlerine, temel ilke ve amaçlarına uygundur. Zira velayetin özü, kelime anlamı ile bağlantılı olarak sevgi ve yakınlıktır. Bu münasebetle velayet; bir başkasını sevmek, ihtiyacını karşılamak, hukukunu korumak için vardır. İslam dininde asıl velayet sahibi (الولي), Yüce Allah’tır. Allah, insanı, yöneticilik yetenekleriyle veli olabilecek nitelikte yaratmıştır. Velayet yetki ve görevlerini veren O’dur. Dolayısıyla velayetin, insanın yaratılış gayesi ile sıkı bir ilişkisi vardır.³³² Velayetin nihai amacı, ihtiyaçları karşılanmış mutlu bireylerden bir aile, ailelerden toplum oluşturmak ve oluşan toplumu adaletle yönetmektir.³³³

Özetle velayet; iyilikte yardımlaşmak, başta küçükler olmak üzere velayete tabi olan zayıf ve muhtaç kimselere yardım etmek, onların faydasını kollamak, acizlikleri ve zayıflıkları dolayısıyla zayii olmamaları için hak ve hukuklarını muhafaza etmek gibi hem hukuk düzeninin hem de dinin güzel gördüğü maslahatlar için tanınmış bir haktır.³³⁴

³²⁷ Ali Bardakoğlu, "Ehliyet", DİA (İstanbul: İSAM Yayınları, 1994), 534-538; Karaman-Özdemir, 172; Zerka, çev. Armağan, 2/577; Karaman, 1/254.

³²⁸ “İllet” kavramı, fıkıh usulünde “*Hükümün konmasını uygun gösteren durumu genellikle ihtivâ eden açık seçik (munzabıt) vasıf*” anlamına gelir. Erdoğan, 246.

³²⁹ İcmâ: İslam Hukukunun Kur’ân ve sünnetten sonra üçüncü kaynağı olarak, Hz. Muhammed (s.a.v.) ümmetinden olan müctehidlerin, Hz. Peygamber’in vefatından sonraki herhangi bir devirde, şer’î bir hüküm hakkında ittifak etmeleri manasına gelir. Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 88.

³³⁰ Zerka, çev. Armağan, 1/57; Şa’bân, çev. Dönmez, 105.

³³¹ Bilmen, 1/176-177; Şa’bân, çev. Dönmez, 139.

³³² Genç, 205-206.

³³³ Genç, 210.

³³⁴ Genç, 210; Zuhayli, çev. Efe, 5/109.

3. Velayete Sahip Olanlar

Hukukun kendisine velayet yetkisi verdiği kişiye veli denir.³³⁵ Daha açık bir ifadeyle veli, velayet sebeplerinden biriyle velayet hakkına sahip olarak velayetine tabi olan kimselerin işlerini yürütmeye hukuken yetkili olan kişidir.³³⁶ Veli kavramı, tarif edilen hukuki anlamıyla Kur'ân-ı Kerîm'de de yer alır.³³⁷

Velinin tanımında yer verilen “*velayet sebeplerinden biriyle*” ifadesi, İslam hukukunda birden çok velayet sebebi olmasına işaret eder. Gerçekten velayet, çeşitli kaynaklardan meydana gelebilen bir kurumdur. Hanefî hukukuna göre velayet sebepleri, “*mülk, karabet, velâ ve imamet*” olmak üzere dört tanedir.³³⁸ “*Mülk*”, efendinin köle veya cariyesi üzerinde mülkiyetten kaynaklanan akrabalığı ifade eder. Günümüzde bu çeşit akrabalık kalkmıştır. “*Karabet*”, usûl ile fûrû ya da diğer akrabalar arasındaki nesebî akrabalığı ifade eder.³³⁹ Çocuklar üzerindeki velayetin temel sebeplerinden biridir. Babanın küçük çocukları veya amcanın yeğeni üzerindeki velayeti, karabetten kaynaklanan velayete örnektir. “*Velâ*” ise “*Âzat olmaktan veya muvâlât sözleşmesinden doğan ve mirasa sebep olmaya elverişli hükmi akrabalık bağı.*” olarak tanımlanır.³⁴⁰ Örneğin, buluntu bir çocuk halinde yetişmiş bir kişi ile bir İslâm ülkesi vatandaşı arasında mirasçılık ve diyet ödeme konularında böyle bir akrabalık bağı kurulabilir. Böylece çocuğa bir tür sosyal güvence ve kimlik verilmiştir. “*İmamet*”, velayetin çeşitlerinde bahsedildiği üzere devlet başkanı, vali, hâkim gibi otoritelerin toplumdaki bütün mal ve fertler üzerinde, idareden doğan akrabalığıdır.³⁴¹ Çeşitli sebeplerle velisi olmayan yahut kimsesiz olan çocukların velayeti, korunması ve evlendirilmesi konuları “*Velisi olmayanın velisi sultan (devlet başkanı)dır.*”³⁴² hadisine dayanan anlayışla devlet başkanının

³³⁵ Karaman, 1/268.

³³⁶ Genç, 215.

³³⁷ Veli ile ilgili olarak Kur'ân'da şöyle buyrulur: “*Eğer borçlu akılcı zayıf veya eksik yahut kendisi yazdıramaz durumda olursa velisi adaletle yazdırsın.*” (el-Bakara 2/282); Burhan Baltacı, “Bakara Suresi 282. âyetin Genel Özellikleri ve Fikhî Kavramları”, *Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 8/1 (2008), 173.

³³⁸ İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 5/357. Mâlikî ve Hanbelî hukukunda “*vasi tayin edilme (vesayet)*” de bir velayet sebebi olarak alınmıştır. Esra Rahat, *İslâm Hukukunda Annenin Velâyeti*, (Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2004) 14; Kelebek, 87. Vesayet; seçilmiş bir şahsın, tam edâ ehliyeti olmayan kişilerin malları üzerindeki velayet işlerini veli adına yürütmeye sebebiidir. Çocukların rüşd yaşına gelinceye kadar malları ile ilgili işlerde temsil edilmesi bu kapsamda ele alınır. Zerka, çev. Armağan, 2/579-580.

³³⁹ Bilmen, 2/445.

³⁴⁰ Şükrü Özen, “*Velâ*”, *DİA* (İstanbul: İSAM Yayınları, 2013), 11; Erdoğan, 602; Cürcânî, çev. Erkan, 247.

³⁴¹ Kudat, 56.

³⁴² Tirmizî, *Sünen* (Mısır: Mustafa el-Babî, 1975), Nikâh, 14; Ebû Dâvûd, *Sünen* (Beyrut: el-Mektebetü'l-asriyye), Nikâh, 20.

sorumluluğunda görülmüştür.³⁴³ O halde velisi bulunmayan çocuk üzerindeki velayetin sahibi, kamu velayetine dayanarak devlet başkanıdır.

Velayet sebeplerinden biriyle çocuğu hukuken temsil eden kimseler, tasarrufta bulunmaya yetkili oldukları konu bakımından farklı şekillerde tertip edilmiştir. Bu noktada çocuğun şahsî konularında hukuki temsilcileri ile malî konularında hukuki temsilcileri birbirinden ayrılır. Bunun yanında çocuğun şahsî konuları içinde yer alan hidâneyle ilgili hak ve yetkilere sahip olanlar bakımından başka bir sıralama öngörülmüştür. Burada şahıs üzerinde velayete sahip olanların tertibinden bahsedilip mal üzerinde velayete sahip olanlar ile hidâne hakkına sahip olanlar yeri geldiğinde ayrıca belirtilecektir.

Hanefî hukukunda şahıs üzerindeki velayet yetkisi, mirastaki sıraya göre “*binefsihi asabe*” ismi verilen araya kadın girmeden kişinin erkek hısımlarına aittir.³⁴⁴ Bu hısımlar, “*oğul, oğlun... oğlu, baba, babanın... babası, öz erkek kardeş, baba bir erkek kardeş, öz erkek kardeşin oğlu, baba bir erkek kardeşin oğlu, öz amca, baba bir amca, öz amca oğlu, baba bir amca oğlu*” şeklinde tertip edilmiştir.³⁴⁵ Kısaca bu kişiler; oğullar ve oğulları (furû), babalar ve babaları (usûl), erkek kardeşler ve oğulları (babanın cüz‘ü), amcalar ve oğulları (dedenin cüz‘ü) şeklindedir.³⁴⁶ Örneğin, bir akıl hastası kadın için oğlu, veli olabilir. Ancak çocuklar için doğal olarak velayet tertibi oğul ile değil, baba ile başlar. Mâlîkî hukukunda ise velayete sahip olanlar “*oğul, oğlun oğlu, baba, babanın tayin ettiği vasi, öz veya yalnız baba bir erkek kardeş, bu kimselerin oğulları, babanın babası, amca, amca oğlu.*” şeklinde tertip edilmiştir.³⁴⁷

İslam hukukunda velinin, aile düzeni ve maslahatı ile irtibatlı konumu dolayısıyla güçlü bir hukuki şahsiyet olmasına özen gösterilmiştir. Nitekim o, velayeti altındakilerin haklarını gözetmek ve onları korumak için azimli ve kudretli olmalıdır. Bu nedenle velayette asıl olan, çocuğa nesep itibarıyla en yakın kişilerin velayeti üstlenmeleridir. Eğer çocuğun babası hayatta ve hukuken velayeti üstlenebilecek kudrette ise velayet hakkı babanıdır. Baba, çocuğunun hem şahsı hem de malları üzerinde görevli ve yetkilidir.³⁴⁸ Çocuğun velayetinin babasına ait olmasına delil olarak, Kur’ân-ı Kerîm’de çocuğun nafakasını temin etme borcunun babasının

³⁴³ Ebû Dâvûd, “Nikâh”, 20; Buhârî, *Sahih* (Beyrut: Dâru Tavku'n-necât, 2002), Nikâh, 39.

³⁴⁴ Sözlükte “*asabe*” baba tarafından olan yakın demektir. Asabenin büyük çoğunluğunu erkekler oluşturur. “*asabe bi nefsihi*” terimi ise ölüye nisbetinde kadınlar dahil olmayan erkek kimselerdir. Erdoğan, 32.

³⁴⁵ Bilmen 2/ 45-46; Döndüren 281; Çeker, *Çocuk*, 92; Akgündüz, 156; Gürsel, Velâyet Hakk ve Vazifeleri, 432; Ferruh, çev. Kavakçı, 146.

³⁴⁶ Zuhayli, çev. Efe, 10/70; Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed el-Kudûrî, *Kuduri Metni Tercemesi*, çev. Ali Arslan (İstanbul: Hikmet Neşriyat, 2006), 202; Bilmen, 2/45-46; Kelebek, 77.

³⁴⁷ Zuhayli, çev. Efe, 10/71; Döndüren, 281.

³⁴⁸ Zerka, çev. Armağan, 2/579.

üzerine yüklenmesi ve “*çocuk kendisinden olanın*”³⁴⁹ ifadesiyle çocuğun babasına nispet edilmesi gösterilmiştir.³⁵⁰

Babanın bulunmaması veya ehliyetini kaybetmesi gibi durumlarda babadan sonra velayet hak ve yetkileri, Hanefilere göre, babanın babası olan dedeye geçer. Baba ve dede, velayet hakkını, velayet altında bulunanın doğumu ile aslî olarak elde etmiştir. Bir başka ifadeyle baba ve dedenin çocuk üzerindeki velayetleri, başkasının yardım isteği üzerine veya üst makam tarafından tayin edilme yoluyla değil, aslen kazanılmıştır.³⁵¹

Hanefî hukukunda velilerin tertibi hakkında farklı görüşlere sahip olanlar vardır. Örneğin, Ebû Hanîfe’nin görüşüne göre, asabe derecesindeki velilerden sonra sıra anaya sonra da zevi’l-erhâm³⁵² denilen anasının babası (ne kadar yukarı çıkarsa çıksın), ana bir erkek kardeşi, ana bir amcası gibi ana tarafından akrabalarına geçer.³⁵³ Kadınlara velayet hakkının tanındığı tek örnek, mezhepler içinde Hanefî mezhebine aittir.³⁵⁴

Çocuğa hısımlarından veli bulunmadığı takdirde velayet hakkı devlet başkanına ve onun niyabetiyle hâkime geçer.³⁵⁵ Velayet ehliyeti tam olan yakın bir velinin varlığında, daha uzak derecedeki velinin velayet hakkı yoktur. Zira derecesi yakın veli hazır olunca, derecesi uzak olan veli yabancı hükmündedir.³⁵⁶

Çocukla aralarında nesep bağı kurulamadığından evlat edinenin ve üvey ana babanın velayet hakkı yoktur. Zira ilerde detaylandırılacağı üzere İslam hukukunda evlat edinme müessesesi yoktur.

Ana babası hayatta olmayan veya bunlardan biri hayatta olmasına rağmen kendisine bakabilecek durumda olmayan çocuk, nafakasını temin etmekle yükümlü olan yakınlarının

³⁴⁹ el-Bakara 2/233.

³⁵⁰ Canan Tatar, "İslâm Hukukundaki Hidâne Müessesesinin Günümüz Uygulaması ile Mukayesesi", Kadın ve Demokrasi Derneği 4/1 (2018), 90; Selma Eşkan, İslam Aile Hukukunda Çocuğun Bakım ve Eğitimi, (Erzurum: Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1999) 45; Fatih Açık, *Evliliğin Sona Ermesinden Sonra Çocuk Üzerindeki Velâyet (İslam Hukuku ve Türk Medeni Kanunu Açısından Karşılaştırmalı Bir İnceleme)*, (Çanakkale: Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020) 13.

³⁵¹ Zeydân, çev. Şafak, 488.

³⁵² Terim olarak “zevi’l-erhâm” terekede belli bir sehmi olmayan ve terekeyi asabeden olmak sıfatıyla da elde edemeyen kan hısımlarıdır. Erdoğan, 620.

³⁵³ Mustafa Baktır, "İslam Hukukunda Hidâne ", *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7 (1986), 273; Muhammed Muhyiddin Abdulhamîd, *el-Ahvâlü’s-sahsiyye fi’s-şer’ati’l-İslâmiyye*, (İstanbul: Hanifiyye Kitapevi, 2018), 374; Kudûrî, çev. Arslan, 136; Abdurrahmân b. Muhammed b. İvaz el- Cezîrî, *Dört Mezhebe Göre İslâm Fikhi*, çev. Mehmet Keskin (İstanbul: Çağrı Yayınları, 1993), 6/2838.

³⁵⁴ Çeker, *Çocuk*, 94.

³⁵⁵ Bilmen, 2/46; Karaman, 1/319.

³⁵⁶ Bilmen, 2/48; Akgündüz, 157.

yanında kalır. Bu sayede çocuğun mümkün olduğu kadar ona bakmaya ehil ailelerin yanında kalması ve bir aile ortamı içinde büyümesi sağlanmak istenmiştir.³⁵⁷

Velayet, kural olarak nesep üzerine kaimdir ve evlat edinme ile nesep bağı kurulamaz. “*Tebennî*” olarak adlandırılan ve tarihi çok eskiye dayanmakta olan evlat edinme müessesesi, cahiliye devri Arap toplumunda kabul gören bir kurumdu. Bu uygulama, Medine döneminde kaldırılmıştır.³⁵⁸ Evlat edinme, kişinin kendi nesebinden olmayan bir çocuğu kendi nesebine aitmiş gibi hukuki bir statüye getirebilmesidir. Evlat edinme, İslam hukukunda kabul görmemiş, öz evlat ile ilgili hak ve ödevler evlat edinen kimse ile evlatlık arasında karşılık bulmamıştır.³⁵⁹

Evlat edinme kurumuna nesep karışıklığına yol açması, haksızlıklara sebep olabilmesi, mahremiyet sınırlarının çiğnenmesine yol açması, kötüye kullanılabilmesi, çocuğun psikolojisi üzerinde olumsuz etki doğurabilmesi gibi nedenlerle müsaade verilmemiştir. Bunun yanında İslam hukukunda kimsesiz çocuklar, yoksullar, buluntu çocuklar, yetim ve öksüzler bakımından teşvik edici birçok emir ve tavsiyeler vardır. Bu çocukların aile korumasında veya yuvalarda himaye edilmesi, gözetilmesi, eğitilmesi, bir meslek sahibi yapılmaları ve evlendirilmeleri teşvik edilen işlerdendir.³⁶⁰ Bu hususta Hz. Peygamber (s.a.v.) yetimi gözetenleri “*Kim Allah için bir yetimin başına dokunursa, elinin dokunduğu her saç kılı için sevap vardır.*”³⁶¹ diyerek müjdelemiştir. Bir defasında işaret parmağı ile orta parmağını birleştirerek “*Yetimi gözetip koruyanla ben cennette böyle yan yana olacağız.*”³⁶² buyurmuştur. Ancak himaye edilen bu çocuklar nesep hısmı yapılamaz ve öz evlat için geçerli olan hukuki sonuçlar evlat edinme için geçerli olmaz. Yine evlat edinme yoluyla miras cereyan etmez. Ancak hayatta iken hâmleri tarafından çocuklara bağış yapılabilir, ayrıca vasiyet yoluyla malın üçte biri bu çocuklara bırakılabilir.³⁶³

a. Velinin Taşınması Gereken Özellikler

Velinin, velayete ilişkin hak ve görevlerini yerine getirebilmesi için birtakım özelliklere sahip olması gerekir. Fukahâ, velinin şu dört şartı; “*akıllı olma, erginlik çağına girmiş olma,*

³⁵⁷ Çeker, *Çocuk*, 175; Topal, 271.

³⁵⁸ el-Ahzâb 33/4.

³⁵⁹ Topal, 268; Kelebek, 117; Döndüren, 298.

³⁶⁰ Din İşleri Yüksek Kurulu, *Fetvalar*, (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2018), 461; Döndüren, 300; Mustafa Yıldırım, *İslâm Hukuku Açısından Evlât Edinme*, (İzmir: İzmir İlahiyat Vakfı Yayınları, 2005), 44-46.

³⁶¹ Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, (Beyrut: Müessesetü'r-risâle, 2001), 5/250.

³⁶² Buhârî, “Talâk”, 25; Benzer bir başka rivayet için bkz. Ebû Dâvûd, “Edeb”, 121.

³⁶³ Döndüren, 299-300.

hür olma ve velayete tabi olan kişi ile aynı dine bağlı olma.” taşıması gerektiği üzerinde görüş birliğine varmışlardır.³⁶⁴ Hâkimin, söz konusu şartları taşımayan veliyi, ehliyetindeki eksiklik nedeniyle değiştirmesi caizdir.³⁶⁵

Velayet ilişkisinde din farklılığının velayete engel olması dolayısıyla müslümanlar ile müslüman olmayanlar birbirlerine veli olamazlar.³⁶⁶ Müminlerin birbirinin velisi olması, Kur’ân’da farklı âyetlerde tekrarlanmıştır.³⁶⁷ Böylece bir müslümanın, müslüman olmayan birinin velayeti altında kalıp alçaltılması ve zayıf duruma düşmesi önlenmek istenmiştir. Devlet başkanının velayeti ise genel nitelikli olduğu için ülkesinde yaşayan müslüman olsun veya olmasın velisiz bulunan herkesi kapsar.³⁶⁸

Şafiî ve Hanbelîlere göre bir kimsenin veli olabilmesi için “*adalet*” vasfını taşıması gerekir. Adaletli olmak, İslam dininin kesin emirlerine uymayı, yasaklanmış şeylerden kaçınmayı, küçük günahlarda ısrar etmemeyi gerektirir. Çünkü velayetin amacı velisi olduğu kimsenin mashalatını gerçekleştirmek iken fâsık bir kimse bu konuda töhmet altındadır. Ancak, Hanefî ve Mâlikîlere göre velinin fâsık olması, onun çocuğa karşı sevgi ve şefkat beslemek ile onun yararını kollamak konusunda kusurlu olacağı anlamına gelmez.³⁶⁹ Bununla birlikte kişinin fâsıklığı çocuğun zarar görmesine sebebiyet verecek kadar ileriye böyle bir kişiden velayet hakkı düşer.³⁷⁰

Fukahânın çoğunun görüşüne aykırı olarak, Hanefî hukukunda, valide bulunması gereken niteliklere “*erkek olmak*” eklenmemiştir. Velayeti kullanma sırası kendisinde bulunan kadınlar da temsil ettiği çocuğu evlendirme yetkisine sahiptir.³⁷¹

Küçük çocukların bakım, gözetim ve terbiyesi anlamında bir çeşit velayet olan “*hidâne/hadâne*” müessesesinde velinin taşıması gereken özel şartlar vardır. Bu şartlara hidâne başlığı altında yer verilmiştir.

b. Velayetin Kuvvetliliği İtibariyle Velilerin Sıralanışı

Velayetin kuvvetliliğine göre veliler arasında bir yetki sıralaması vardır. Bilindiği üzere velayet, veli tasarrufunun konusu bakımından şahıs üzerinde velayet ve mal üzerinde velayet

³⁶⁴ enç, 215-218; Şener, 209-210; Karaman, 1/319; Kelebek, 68; Döndüren, 283.

³⁶⁵ Zuhayli, çev. Efe, 5/112.

³⁶⁶ Zuhayli, çev. Efe, 5/111. Şiiler de müslümana velayette din birliği şartını arar. Ferruh, çev. Kavakçı, 146.

³⁶⁷ el-Mâide 5/55. Ayrıca bkz. et-Tevbe 9/71, el-Enfâl 8/73.

³⁶⁸ Döndüren, 283.

³⁶⁹ Zuhayli, çev. Efe, 5/111.

³⁷⁰ İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 7/250. Döndüren, 285-286.

³⁷¹ Döndüren, 285; Kelebek, 71.

olmak üzere ikiye ayrılır. Her iki velayet hakkı bazen aynı kişide toplanır. Bu kişi, kâsırın hem şahsı hem de malları üzerinde tam yetki sahibidir. Bazen de kişinin sadece şahsı üzerinde velayet hakkı mevcuttur. Örneğin, asabe akrabalarından birinin, hidâne devresinden sonra hemcinsleri gibi yetişebilmesi için erkek çocuğun koruma ve terbiyesini üstlenmesi durumunda çocuğun malları üzerindeki velayeti başka bir kimsede olabilir.³⁷² Ancak dikkat edilirse şahıs üzerinde velayet hakkı sahibi kişiye kâsırın malı üzerinde zayıf da olsa bir yetki verilmiştir. Aynı şekilde yalnız mal üzerinde velayet hakkı sahibinin de kâsırın şahsı üzerinde zayıf bir yetkisi vardır. İşte, kuvvetlilik ve zayıflıklarına göre kâsırlar üzerindeki velayet ve bu nevi velayete sahip veliler aşağıdaki gibi dörde ayrılır.

aa. “Hem şahıs hem de mal üzerinde kuvvetli velayet”

Sahibine, terbiye etme, sünnet ettirme, evlendirme, cerrahi ameliyat ile tedavi ettirme³⁷³ gibi kâsırın şahsı üzerinde kuvvetli yetkiler ile mallarında onun hesabına ticaret yapma, taşınır taşınmaz mal satın alma ve kâsırın ticaret yapmasına izin verme gibi malı üzerinde kuvvetli yetkiler bahşeder. Bu tür velayet önce babaya sonra babanın babasına aittir. Dededen sonra varsa daha yukarıdaki velilere doğru intikal eder.³⁷⁴

bb. “Şahıs üzerinde kuvvetli, mal üzerinde zayıf velayet”

Sahibine kâsırın şahsı üzerinde tam yetki verip mallarıyla ilgili işlerde sadece malını koruma, adına yapılan bağışları kabul etme, gereksinimleri için harcama yapma, zaruri şeyleri satın alma ve değerini korumak maksadıyla menkul malını satma yetkisi vermekle yetinip kâsırın mallarıyla ticaret yapma yetkisi vermeyen velayettir. Bu tür velayet (baba ve dede hariç) asabeye, asabeden kimse yoksa anaya, anadan sonra zevi’l-erhâma aittir. Örneğin, babası vefat etmiş bir çocuğun velayetine sahip amcası, yeğenini eğitme, sünnet ettirme, evlendirme veya nafakasını temin etme gibi yetki ve görevlere sahiptir. Ancak, küçüğün malı üzerindeki yetkileri, yetimlere ihsan ve iyilikle muamele etme prensibine dayanır.³⁷⁵

cc. “Şahıs üzerinde zayıf, mal üzerinde kuvvetli velayet”

Sahibine kâsırın şahsı üzerinde önemli yetkiler sağlamayıp bilakis onu korumak, okula göndermek, eğitmek, malını kiraya vermek, geçim masraflarını karşılamak, ücreti karşılığında

³⁷² Kudat, 51.

³⁷³ Çocuğu tedavi ettirme konusundaki bu hüküm, acil müdahale gerektiren ve velinin beklenmesinde çocuğun sağlığı bakımından sakınca olan istisnai haller dışında söz konusu olur. Zerka, çev. Armağan, 2/581.

³⁷⁴ Zerka, çev. Armağan, 2/581; Ansay, 238.

³⁷⁵ el-Bakara 2/83; Zerka, çev. Armağan, 2/582; Şener, 207.

sanat öğrenmesini sağlamak gibi görevler yükler. Kâsırın malları üzerinde ise geniş yetkilere sahip olup kâsırın hesabına ticaret yapma ve ticaret yapmasına izin verme yetkisini haizdir. Bu tür velayet vasilelere aittir.³⁷⁶

dd. “Hem şahıs hem de mal üzerinde zayıf velayet”

Sahibine kâsırı ne evlendirme yetkisi ne de onun malıyla ticaret yapma veya ona ticaret yapma izni verme yetkisi tanır. Bu velayet, kâsırın şahsı ve malları üzerinde, zayıf velayete dair yukarıda yer verilen sınırlar içinde sabit olur. Bu tür velayet, kâsıra yabancı olanların veya onun şahsı üzerinde velayet yetkisi kendisine ulaşmamış olan akrabaların velayetidir.³⁷⁷

O halde her velinin yetkisi bir olmadığı gibi veli ile vasinin yetkileri de bir değildir. Babanın, dedenin ve vasinin çocuğun malı üzerinde kuvvetli yetkileri vardır. Hem şahıs hem mal üzerinde velayet sahibi velilerin velayeti, diğerlerinden daha kuvvetlidir.³⁷⁸

Kamu velayeti sahibi (genel veli)³⁷⁹ ile özel velayet sahibi (özel veli) arasında da velayetin kuvvetliliği bakımından bir fark vardır. Gerçekten, Mecelle’de İslam hukukunun temel ilkelerinden biri olarak “*Velâyet-i hâssa velâyet-i âmmeden akvâdir.*”³⁸⁰ maddesine yer verilmiştir. Bu ilkeye göre, özel velilerden herhangi biri sağ ve tasarruf yetkisini haiz iken hâkim, çocuğun şahsı ve malı üzerinde tasarrufta bulunamaz. Özel velinin hâkimin tasarrufunu kabul etmeme hakkı vardır.³⁸¹ Nitekim çocuğunun şahsî ve malî işlerini yürütmede veli, hâkimden daha yetkilidir. Örneğin, bir çocuğun vasisi varken hâkim onun yerine küçüğün malını kiraya verse sonra vasi bu malı başkasına kiraya verse; hâkimin işlemi geçersiz olup vasinin işlemi geçerli olur.³⁸²

Bu açıklamalardan, özel velayet sahiplerinin keyfi ve denetimsiz hareket edebilecekleri anlaşılmamalıdır. Zira kamu velayeti sahibi, özel velayet sahiplerini her zaman gözetleyip denetleyebilir. Her ne kadar özel velayet, kamu velayetinden güçlü olsa da hâkim, velayet

³⁷⁶ Zerka, çev. Armağan, 2/582; Bardakoğlu, "Vesâyet", 68.

³⁷⁷ Zerka, çev. Armağan, 2/582-583.

³⁷⁸ Velinin görevini yürüttüğü farklı tasarruf alanları vardır. Bunlar hem nikah hem malla ilgili konular, yalnız nikahla ilgili konular ve yalnız malla ilgili konular olmak üzere üç kısımdır. Hem nikah hem maldaki tasarrufu yürütmeye sadece baba ve babanın babası olan dede yetkilidir. Yalnız nikahtaki tasarrufu yürütmeye baba ve dede dışında, zevi'l-erhâm denilen uzaktan kan hısımları da yetkilidir. Yalnız maldaki tasarrufu yürütecek kişi ise vasidir. Ali Haydar Efendi, çev. Raşit Gündoğdu, 1/127; Şener, 207.

³⁷⁹ Bu kişiler yukarıda ifade edildiği üzere devlet başkanı ile onun tayin ettiği vali ve hâkim gibi kamu temsilcileridir.

³⁸⁰ Mc. m. 59. Ali Haydar Efendi, çev. Raşit Gündoğdu, 1/127. Bu genel kuralın istisnası; kısas hakkına sahip olan bir çocuğun vasisinin, hâkimin katili kısas ettirmeye yetkisi olmasına rağmen kendisinin buna yetkisinin olmamasıdır.

³⁸¹ Bilmen, 2/274.

³⁸² Genç, 211.

hakkının suistimal edilmesi halinde re'sen veya şikâyet üzerine gerekli tedbirleri alma hakkına sahiptir. Örneğin, velayet hakkına sahip olan veli, mümeyyiz çocuğun menfaatine olan tasarrufuna izin vermediği halde hâkim, velisi engel olmak istese de bu tasarrufa izin verebilir.³⁸³ Hâkimin özel velayete müdahalesine bir başka örnek, evlendirme velayetinin veli tarafından suistimal edilmesi halinde görülür. Bu halde, kızın dengi ile ve emsal mehriyle evlenmesine izin vermeyen velinin velayet hakkı, bir sonraki veliye veya hâkime geçer.³⁸⁴ Hıyanetleri tespit edilen veli ya da vasi gibi özel veliler, kusur derecelerine göre ya ihtar edilir ya da azledilir. Hâkim, azledilenlerin yerine emin ve dosdoğru kişilerden bir vasi tayin eder.³⁸⁵

4. Velayete Tabi Olanlar

İslam hukukunda hem şahıslar hem de mallar velayete tabi olabilir. Malların korunması, mal sahiplerinin korunmasına hizmet ettiğinden bahisle İslam'da, şahıslar üzerindeki velayete daha çok özen gösterilmiştir. Bilhassa çocukların ruhsal ve bedensel sağlığı, onların geleceğe hazırlanması ve mutlu bir aile kurmaları hedeflenmiştir.³⁸⁶

Velayete tabi olan kişi, *"hukukun kabul ettiği ehliyeti daraltan ya da tamamen ortadan kaldıran herhangi bir illeti taşıyıp buna dayalı olarak şahsı ve/veya malı bakımından koruma altına alınan kimse"*³⁸⁷ şeklinde tanımlanmıştır. Bu kişilere, ehliyetlerinin eksikliği nedeniyle *"kâsır"* denilmiştir.³⁸⁸ Kişinin aklî melekesini tam kullanmasını etkileyip edâ ehliyetinde eksikliğe neden olan birden çok sebep olabilir. Küçüklük, kişide tabii olarak bulunan; hastalık veya yaşlılık ise sonradan, kişinin istek ve iradesi dışında gelişen (semavî ârızalar) sebeplerdir. Bunların yanında sefeh³⁸⁹ (harcamalarda dengesizlik) gibi kişinin istek ve iradesine bağlı olarak gelişen (müktesep ârızalar) sebepler de mevcuttur.³⁹⁰ Fukahânın üzerinde velayete tabi olmayı gerektirdiği hususunda ittifak ettiği kısıtlılık sebepleri; küçüklük (sığır), delilik (cünûn), bunaklık (ateh), kölelik (rık)³⁹¹ olmak üzere dördtür. Mâlikîler bunlara beşinci sebep olarak ünûseti (kadın olma halini), Şâfiîler ve Hanbelîler ise bu beş sebebe altıncı bir sebep olarak bikri (bekârlık halini) eklemişlerdir.³⁹²

³⁸³ Mc. m. 975.

³⁸⁴ Köse, 250.

³⁸⁵ Berki, 6; Genç, 212.

³⁸⁶ Genç, 218-219.

³⁸⁷ Genç, 220. Bir kimsenin velayete tabi olabilmesi için kendisinde kısıtlılık sebeplerinden birinin bulunması yeterlidir. Kelebek, 82. Konuyla ilgili ayrıca bkz. Şener, 211; Ali Haydar Efendi, çev. Raşit Gündoğdu, 3/1782.

³⁸⁸ Erbay, 24/559; Erdoğan, 294.

³⁸⁹ Sefih kimse Mecelle m. 946'da şöyle tanımlanmıştır: *"Sefih malını beyhûde yere sarf ile ve masârifinde tebzîr ve isrâf ile izâ'a ve itlâf eden kimsedir."* Sefih, yalnızca malî konularda velayete tâbidir.

³⁹⁰ Karaman, 1/262.

³⁹¹ Bugün kölelik bulunmadığı için, bundan daha fazla bahsedilmeyecektir.

³⁹² Kelebek, 84-85; Genç, 220.

Velayete tabi olan kimseler arasında küçükler başta gelir. İslam hukukunda çocuğa, henüz bulûğ çağına ermemiş manasında sağır ya da sabî denilmiştir. Sağır, mümeyyiz veya gayr-ı mümeyyiz çocuk olabilir.³⁹³ Çocukluk dönemi, aklî ve fizyolojik açılardan farklı devrelere ayrılır. Fukahâ insan hayatını, vücûb ve edâ ehliyeti ile ilgili bilgiler ışığında; cenin dönemi, temyiz öncesi dönem, temyiz dönemi, bulûğ ve rüşd dönemi olmak üzere devreler halinde incelemiştir.³⁹⁴

Cenin dönemi; kişinin ana rahminden doğumuna kadar olan halidir. İnsan şahsiyetinin başladığı bu dönem çocukluğun temelidir.³⁹⁵ Cenin, ana karnında bulunduğu sürede her yönden anasına tabi ve onun bir parçası gibi kabul edilmiştir. Bu nedenle cenin borçlanmaya ehil görülmemiştir. Ancak ceninin, lehine bazı haklara sahip olabileceği kabul edilmiştir. Mezheplerin üzerinde ittifak ettiği bu haklar; nesep, varis olma, yapılan vasiyeti alma ve adına yapılan vakıftan yararlanma haklarıdır. Cenin, lehine saklı tutulan bu haklara sağ doğması halinde kendiliğinden sahip olur. Hakları bulunup sorumlulukları bulunmadığı için eksik (nâkıs) vücûb ehliyetine sahip olan cenin için edâ ehliyeti söz konusu değildir.³⁹⁶

İslam hukukçularının ekserisi tarafından ceninin kanuni temsilcisinin bulunmadığı, bu sebepten hibe gibi doğması için kabul gerektiren haklardan faydalanmasının mümkün olmadığı kabul edilmiştir.³⁹⁷ Klasik dönem İslam hukukunda, cenin lehine doğan hakların ve malların korunması için Hanefiler “yed-i emin” tayininin gerektiği görüşündedir. Ancak Mısır ve Suriye gibi bazı İslam ülkelerinin son dönem kanunlarında ve Mâlikî mezhebine ait bir görüşte cenin için vasi tayin edilebileceği ve vasinin cenin lehine hibeyi kabule yetkili olduğu kabul edilmiştir.³⁹⁸ Yine, ceninin velisi olacak kişinin, cenin için vasiyet edilmiş olup bekledikçe zarar görmesi veya yok olmasından korkulan malı satabileceği ancak bu vasiyetten sulh yapamayacağı kabul edilmiştir.³⁹⁹

Temyiz öncesi dönem, kişinin doğumundan temyiz kabiliyeti kazanana kadar geçen dönemidir. Bu çağdaki çocuğa, gayr-ı mümeyyiz çocuk denir. Temyiz yaşı, birçok sebebe bağlı olarak değişkenlik gösterdiği için her çocuk için ayrı değerlendirilmelidir. Bununla birlikte

³⁹³ Bilmen, 7/268; Ansay, 71; Üçok vd., 105; Kahveci, 30. Çocukluk dönemi, kimi kaynaklarda, doğumla başlayıp temyiz kudreti kazanma ile son bulan bir süre ile sınırlı olarak anlaşılmıştır. Zerka, çev. Armağan, 2/540; Mehmet Şener, "İslâm Hukukunda Velâyet (II)", *DEÜİFD* 3 (1986), 166; Karaman, 1/256.

³⁹⁴ Yaman-Çalış, 228-232.

³⁹⁵ Karaman, 1/248.

³⁹⁶ Çeker, *Çocuk*, 51; Zerka, çev. Armağan, 2/539; Yaman-Çalış, 228; Bilmen, 1/227; Şener, Velayet (I), 166-172; Bardakoğlu, "Ehliyet", 536; Ülfet Görgülü, *Fıkhta Cenin Hukuku*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2018), 42-43; Karaman, 1/255-256.

³⁹⁷ Görgülü, 66.

³⁹⁸ Zerka, çev. Armağan, 2/539; Bilmen, 5/128; Bardakoğlu, "Ehliyet", 536.

³⁹⁹ Bilmen, 5/128.

fukahâ, objektif bir ölçü olması bakımından yedinci yaşı tamamlanmasıyla temyiz döneminin başladığını kabul etmişlerdir. Temyiz öncesi dönemde, kişinin vücûb ehliyeti tamamlanmıştır. Ancak edâ ehliyeti yoktur. Sahip olduğu hakları kullanma ve onlardan yararlanma bakımından her türlü işlerinde kanuni temsilciye muhtaçtır.⁴⁰⁰ Gayr-ı mümeyyiz çocuk, zenginliğine bağlı olarak belirli şartlarda kendi malvarlığından babasına ve benzeri akrabalarına nafaka verme sorumluluğu altındadır.⁴⁰¹ Deliler ehliyetleri bakımından bu grupta sayılır.⁴⁰² Günümüz hukukunda bu gruptaki kimseler tam ehliyetsiz sayılır.

Temyiz dönemi, kişinin mümeyyiz olmasından bulûğ ve rüşd dönemine kadar geçen dönemdir. Bu çağdaki çocuğa mümeyyiz çocuk denir. Aklî olgunlaşmanın ilk aşaması olan bu dönemde kişinin edâ ehliyeti bir önceki döneme göre ilerlemiştir ancak tamamlanmamıştır. Hanefî hukukuna göre mümeyyiz çocuğun sırf faydasına olan tasarrufları geçerli ve hüküm ifade etmesine rağmen sırf zararına olan tasarrufları hükümsüzdür. Bu iki tür tasarruf için çocuğun kanuni temsilcisinin izni ve icazeti etkili değildir.⁴⁰³ Üçüncü bir tasarruf şekli olarak ise, mümeyyiz çocuğun yaptığı alışveriş gibi faydasına da zararına da olabilecek tasarrufları, yalnız malları üzerinde velayet yetkisi bulunan kanuni temsilcisinin (baba, dede, vasi veya hâkim) izni ve icazeti ile geçerli olur. İzinsiz yaptığı hukuki işlemlerin yürürlüğü askıdadır. Kanunî temsilcisi kabiliyetinden emin olup da ticari faaliyette bulunmasına izin vermiş olan mümeyyiz çocuğa “*me’zun*” denir.⁴⁰⁴ Me’zun, yararına olup olmayacağı belirsiz olan tasarrufları kendi başına yapabileceği için edâ ehliyeti bakımından mümeyyiz çocuktan üstündür.⁴⁰⁵ Mümeyyiz çocuklar haricinde bunaklar ve sefihler, ehliyetleri bakımından aynı gruptadır.⁴⁰⁶ Günümüz hukukunda bu gruptaki kimseler sınırlı ehliyetsiz kabul edilir.

Bulûğ ve rüşd dönemi, kişinin aklen, fikren ve bedenen olgunluk kazanmasından sonraki halidir. Bulûğ, erginlik belirtileri ile gelen biyolojik olgunluğu ifade eder. Fukahâ bulûğ yaşının başı ve sonu hakkında farklı görüşler sunmuştur. Ebû Hanîfe’ye göre, bulûğ alametleri geciken kişiler için bulûğ yaşının sonu erkeklerde on sekiz, kadınlarda on yedi olmakla birlikte

⁴⁰⁰ Temyiz öncesi dönemdeki çocuğun sözlerinin hükmü yoktur, bkz. Mecelle m. 966.

⁴⁰¹ Zerka, çev. Armağan, 2/544; Yaman-Çalış, 228; Kahveci, 31; Karaman, 1/256-257.

⁴⁰² Bkz. Mc. m. 979. Ali Haydar Efendi, çev. Raşit Gündoğdu, 3/1820.

⁴⁰³ Bkz. Mc. m. 967

⁴⁰⁴ Bkz. Mc. m. 942. Karaman, 1/259.

⁴⁰⁵ Me’zun çocuğun ehliyetinin yükseltilmesine dair bkz. Mc. m. 972. Zerka, çev. Armağan, 2/547-550; Yaman-Çalış, 229-231; Kahveci, 32; Abdulkadir Şener, “İslâm Hukukunda Hacr (II)”, *AÜİFD* 22/1-2 (1978), 341-343. Kendisine izin verilen çocuk ticaretten sayılan işleri; alışveriş, mudarabe ortaklığı, rehin alıp verme, sipariş verme, gibi yapabilir. Evlenemez.

⁴⁰⁶ Bkz. Mc. m. 978, 990. Ali Haydar Efendi, çev. Raşit Gündoğdu, 3/1804; Çeker, *Çocuk*, 59-62; Bilmen, 7/281; Ansay, 72-75.

Hanefî hukuku ve Mecelle uygulamasında her ikisi için de bulûğ haddi on beş yaş olarak tespit edilmiştir.⁴⁰⁷ Bulûğ dönemindeki kişiler malî konular haricinde tam edâ ehliyetine sahiptir.

Rüşd, aklî ve fikrî olgunluğu ifade eden bir kavramdır. Genel olarak bulûğ ile rüşd birlikte gerçekleşse de rüşdün bulûğdan sonra gerçekleşmesi de mümkündür. Ebû Hanîfe'ye göre rüşd yaşının sonu yirmi beş yaştır. Bu yaşa kadar akıllanmaları beklenir ve malları kendilerine verilmez. Bundan sonra akıllanmasa bile üzerindeki hacir kalkar. Hanefî hukukunda ve Mecelle'de kabul edilen görüş, rüşd için belirli bir yaş sınırının olmadığı ve rüşd hissedilinceye kadar kişinin malı üzerinde velayetin devam etmesi gerektiği yönündedir.⁴⁰⁸ Rüşd ile kişi malî yönü bulunan hukuki işlemleri yapma ehliyeti kazanır. O halde, malî konularda normal bir insandan beklenen tedbir ve basirete sahip halde erginlik çağına giren kimseler, her bakımdan tam edâ ehliyetine sahiptir. Fukahânın bu değerlendirmeleri, kaynağını nasslardan ve Hz. Peygamber'in (s.a.v.) uygulamalarından alır.⁴⁰⁹ Reşit kimseler, günümüz hukukunda olduğu gibi İslam hukukunda da tam ehliyetli kabul edilir.

Görüldüğü üzere, İslam hukukunda çocukların biyolojik ve aklî gelişimleriyle orantılı olarak ehliyetleri artırılmış ve ikisi arasında bir dengenin sağlanması amaçlanmıştır. Böylece çocukluktan itibaren kişi gücüyle orantılı hukuki yükümlülükler altına girme ve hayata hazırlanma imkânı bulmuştur.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ Mc. m. 986'da asgari ve azami bulûğ yaşları tespit edilmiştir; Ali Haydar Efendi, çev. Raşit Gündoğdu, 3/1826; Karaman, 1/259-260.

⁴⁰⁸ Mc. m. 958; Serahsî, ed. Akşit, 24/225; Ansay, 74; Ali Haydar Efendi, çev. Raşit Gündoğdu, 3/1782-1783; Şener, Hacr (II), 344.

⁴⁰⁹ Bkz. en-Nisâ 4/6; el-En'âm 6/152; Kelebek, 96; Karaman, 1/260-261.

⁴¹⁰ Süleyman Emre Zorlu, "Günümüz ve İslam Hukukunda Çocuk Hakları Karşılaştırmalı Bir İnceleme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21/2 (2013), 134.

II. VELAYETİN BAŞLANGICI, KULLANILMASI ve SONA ERMESİ

A. Velayetin Başlangıcı

Velayetin başlangıcının tespitinde doğal olarak kişiyi velayet altında tutan sebebin başlangıcı esas alınmıştır. Çocuklar için bu sebep, çocuğun doğumudur.⁴¹¹ Çocuğun kendisini ana babasına ve onlar aracılığıyla da diğer akrabalarına bağlayan bir nesebi vardır. Nesebin kurulması ile nesebe bağlı olarak “*miras*” ve “*nafaka*” hakları gibi ve “*velayet*” hakkı da doğar.⁴¹² Bu nedenle fukahânın çoğu, çocuk üzerinde velayetin başlangıcında doğumu esas almıştır.⁴¹³ Bu velayetin sebebi, doğum ile oluşan yakınlıktır.

Çocuğun anası ile nesep bağının kurulması için doğum yeterlidir. Nitekim “*Onların anaları sadece, kendilerini doğuran kadınlardır.*”⁴¹⁴ âyetiyle çocuğun kadına ait olduğu ifade edilmiştir. Ancak çocuğun babası ile nesep bağının kurulması üç farklı şekilde gerçekleşebilir. Bunlar; sahih evlilikte nesebin kurulması, fasit evlilikte ve evlilik şüphesiyle birleşmede nesebin kurulması ile ikrar ve dava yoluyla nesebin kurulmasıdır. Bunlardan herhangi biri vasıtasıyla bir kimsenin babasının tespit edilmesiyle nesep bağı kurulmuş olur. Çocuğun evlilik içinde dünyaya gelmiş olması, nesebinin doğal yoldan babasına bağlanması sonucunu doğurur. Zira, “*Çocuk yatak sahibinindir. Zina edene ise mahrumiyet vardır.*”⁴¹⁵ hadisi buna işaret eder.⁴¹⁶ O halde, sahih bir evlilik akdi sonucu, evlilikten itibaren en az altı ay geçtikten sonra ve evlilik birliği içinde doğan çocuğun doğumu velayetin başlangıcı kabul edilmiştir.⁴¹⁷

Velayetin başlangıcı konusunda bazı İslam ülkelerinin (Mısır ve Suriye gibi) son dönem kanunlarında ceninin malları üzerinde malî velayetin, cenin döneminden itibaren başladığı kabul edilmiştir. Çünkü cenin lehine saklı tutulan mallar, ceninin menfaatine zarar gelmemesi için vasi tarafından korunmaya ve idare edilmeye muhtaçtır.⁴¹⁸

İslam hukukunda ailesi bilinmeyen (lakî), gayrimeşru veya bakıma muhtaç çocukların yetiştirilmesi dinen gerekli ve makbuldür. Ancak evlat edinme veya zina yoluyla soybağının

⁴¹¹ Bilmen, 2/398-399; Karaman, 1/269.

⁴¹² Mustafa Uzunpostalcı, “İslâm Hukukunda Şahsiyet ve Hakiki Şahıs”, *İHAD* 4/7 (2006b), 80; Karaman, 1/269.

⁴¹³ Zerka, çev. Armağan, 2/580.

⁴¹⁴ el-Mücâdele 58/2.

⁴¹⁵ Buhârî, “Husûmat”, 6; Müslim, *Sahih* (Beyrut: Dâru İhyâi't-türasi'l-Arabî, 1991), Radâ, 36/38.

⁴¹⁶ Karaman-Özdemir, 175-176; Mehmet Âkif Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1985), 52; Ahmet İnanır, *İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Osmanlı'da İslâm Hukuku*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008) 155.

⁴¹⁷ Bilmen, 2/397; Karaman, 1/394; İbrahim Halebî, *Mevkûfât Mültekâ Tercümesi*, sad. Ahmed Davudoğlu (İstanbul: Sağlam Yayınevi, 2013), 2/254; Mehmet Birsin, *İslâm Aile Hukuku*, (İstanbul: Çıra Akademi, 2019), 177; Akgündüz, 222.

⁴¹⁸ Zerka, çev. Armağan, 2/580; Bardakoğlu, “Vesâyet”, 68.

kurulmasına izin verilmemiştir.⁴¹⁹ Bir çocuğun kendi oğlu olduğunu iddia eden kişinin, çocuğun nesebini kendine bağlayabilmesi ikrar yoluyla mümkündür. Lakîti bulan kişi de ikrar yoluyla çocuk ile nesebinin kurulmasına sebep olabilir.⁴²⁰ İkrar ile nesebin kurulması için: İkrarda bulunan ile çocuk arasında baba-çocuk olmaya elverişli yaş farkının bulunması, çocuğun nesebinin meçhul olması, çocuğun zina sonucu doğmuş olduğunun söylenmemesi ve mümeyyiz çocuğun ikrarı kabul etmesi gerekir.⁴²¹ Bu şartların varlığı halinde nesebi meçhul çocuk üzerinde velayet ikrar ile başlamış sayılır. Bununla beraber İslam hukukunda başka bir kimseye asılsız yere babalık isnat edilmesi sakındırılmıştır.

B. Velayetin Kullanılması

İslam hukukunda velayetin kullanılmasında riayet edilmesi gereken birtakım dinî ve ahlakî ilkeler vardır. Öncelikle velayeti kullanma anlayışının temelinde, velayetin bir emanet olduğu bilinci yatar. Emaneti üstlenmek ve ona hıyanet etmemek yerine getirmesi zor ve ağır bir sorumluluktur. Gerçekten velayet sahipleri, güçleri yettiğinde, kendilerine emanet edilen çocuğa karşı emanetin anlamına uygun bir anlayışla saygılı davranmak ve özen göstermekle yükümlüdür.⁴²² Bu gerçeğe, Hz. Peygamber'in (s.a.v.), "çoban" benzetmesi yaparak erkeğin de kadının da eli altında bulunanlardan sorumlu olduğunu bildirdiği hadisinde⁴²³ dikkat çekilmiştir.

Velayetin özü, kelime anlamı ile bağlantılı olarak sevgi ve yakınlık olduğuna göre velayet sahipleri velayeti meşru çerçevede ve sözü geçen "öze" uygun olarak kullanılmalıdır. Gerek kendi gerekse başkalarının işlerini görebilme gücüne sahip olan velayet sahipleri, kendilerine verilen bu nimete şükrün bir gereği olarak velayeti en güzel şekilde kullanmaya çalışırlar. Bu münasebetle velinin çocuğun maslahatına, şefkat ve merhamete uygun olmayan tasarrufları velayetin meşruluğuna ve özüne aykırı olarak geçersizdir.⁴²⁴

Velayetin kullanılmasında velinin gözetmesi gereken bir diğer husus çocuğun maslahatıdır ve velinin tasarruflarının çocuğun maslahatına olması şarttır.⁴²⁵ Benzeri bir ifadeyle velinin hukuki işlem ve fiilleri, ancak çocuk için bir menfaati barındırıyorsa geçerli

⁴¹⁹ Uzunpostalcı, 83.

⁴²⁰ Halebî, 3/45; Kudûrî, çev. Arslan, 100.

⁴²¹ Karaman, 1/396; Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, (İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2012), 449; Birsin, 178; Recep Çiğdem, *Mukayeseli Medeni Hukuk İslâm-Türk Mer'î, Kişi, Aile ve Miras Hukuku*, (İstanbul: Rağbet Yayınları, 2012), 128.

⁴²² Genç, 220.

⁴²³ Buhârî, "Cum'a", 11; Genç, 220.

⁴²⁴ Genç, 221.

⁴²⁵ Zeydân, çev. Şafak, 492.

olur. Bu husus, İslam hukukunun temel ilkelerinden biri olarak Mecelle'nin 58. maddesinde *"Ra'iyye yâ'ni tebe'a üzerine tasarruf maslahata menûttur."* şeklinde yer bulmuştur. Anılan hükme göre, halk üzerindeki tasarruf halkın menfaatine bağlıdır. Madde metninde, tasarrufta bulunan kişinin belirtilmemesi suretiyle hükmün kapsamı tüm idarecileri içine alacak şekilde geniş tutulmak istenmiştir. Bu kapsama ilk olarak devlet başkanının, sonra hakimler ve valilerin ve son olarak velilerin, vasilerin ve kayyımların tasarrufları dahildir. Örneğin, hâkim, çocuğun malını hibe edemez veya çocuğu adına açılmış davada baba, çocuk için apaçık bir zarar var ise sulh edemez, ederse sulhu geçersiz olur.⁴²⁶ Velinin, çocuğun şahsı ve malı üzerindeki tasarruflarında şefkatsiz davranması ve kötü niyetinin varlığı halinde kamu velayeti sahibinin özel velayet sahibine müdahalede bulunma hakkı vardır.⁴²⁷

Ebû Hanîfe ve talebeleri Ebû Yusuf ile İmam Muhammed arasında babanın veya velinin kâsır kişi üzerindeki velayetinin mutlak değil sınırlı olduğu konusunda görüş birliği vardır. Zira bu hak, amaca bağlı olarak verilmiştir. Bu amaç kâsır kişinin maslahatını korumaktır. Bu amacın dışına çıkılması halinde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur. Ancak hangi durumlarda velayet hakkının suistimal edildiği konusunda farklı görüşler vardır. Örneğin, evlendirme velayeti yetkisine sahip olan baba veya dede, velayeti altındaki kâsır ehliyetli kişiyi dengi olmayan biriyle evlendirse bu evlilik sözleşmesi Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'e göre geçersizdir. Çünkü kâsır ehliyetlinin dengi olmayan biriyle evlendirilmesi onun için bir zarardır. Velayet hakkı, velayetin amacına aykırı olarak velayete tabi olanın menfaati gözetilmeden kullanılmıştır. Hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eden bu durumda yapılan sözleşmeye izin verilmez. Ebû Hanîfe ise, bu sözleşmeyi geçerli kabul eder. Çünkü baba ve dede, kendinden daha çok düşündüğü ve şefkat beslediği velayeti altındaki kâsırı böyle bir kişiyle evlendirmişse denklikten daha önemli; güzel ahlak, iyi geçim vb. maksatları dikkate almıştır. Sonuç itibariyle Hanefi hukukunda velayet hakkının kötüye kullanılmasına müsaade edilmemiştir.⁴²⁸

Klasik dönem İslam hukukunda evlilik birliği devam etse de bozulsa da kural olarak doğduğu andan itibaren çocukla ilgili yetki ve sorumlulukların tümü babasına aittir.⁴²⁹ Ancak evlilik birliği devam ettiği sürece çocuğun bakım ve gözetimi ana babanın ortaklaşa çaba ve sorumluluğuyla gerçekleştirilir.⁴³⁰ Nitekim evlilik birliği devam ettiği müddetçe çocuk,

⁴²⁶ Ali Haydar Efendi, çev. Raşit Gündoğdu, 1/125-127; Bilmen, 1/254.

⁴²⁷ Kelebek, 67.

⁴²⁸ Köse, 205-209.

⁴²⁹ Bilmen, 2/397; Karaman, 1/394; Eşkan, 47.

⁴³⁰ Ali Bardakoğlu, "Hidâne", DİA (İstanbul: İSAM Yayınları, 1998), 467; Tatar, 78-79.

ailesinin, bilhassa anasının yanında kaldığı için hidâne hakkının kime ait olacağı hususu da tartışılmamıştır. Evlilik birliğinin sona ermesi durumunda çocuğun kimin yanında kaldığı, bakım ve terbiyesinin kimler tarafından üstlenildiği, şahsî ve malî haklarının kimler tarafından temsil edildiği gibi sorunlar söz konusu olur. İslam aile hukukunda, evlilik birliğinin çözülmesi halinde velayetin kullanılması ile ilgili hükümlere hidâne başlığı altında yer verilmiştir.

Gerek evlilik dışı ilişkinin gerekse evlilik içi ilişkinin sonucu olarak dünyaya gelen çocuğun hidânesi, hukuken onu doğurduğu tespit edilen kadına, anasına, aittir. Zina durumunda kadın, zina ettiği kişi ile ya da bir başkası ile evlenir ve evlenme süreleri içinde çocuk doğarsa çocuğun soyu evlendiği kocaya ait olur. Aksi halde çocuğun soyu anasına bağlanır.⁴³¹ Evlilik dışı ilişkiden meydana gelen çocuğun velayetinin babasına ait olması için baba ile soybağı ilişkisinin kurulması gerekir. Bu ise, belli şartların varlığı halinde ikrar yoluyla gerçekleştirilebilir. Yine de babanın veli olabilmesi için çocukla aralarında soybağının oluşması yeterli değildir. Veli olabilme şartlarını taşımayan kişi, çocuğun hakikî babası da olsa velayet hakkına sahip olamaz.

Evlilik dışı ilişkiden meydana gelen çocuğun babası ile soybağı ilişkisi kurulmamışsa şahsî ve malî üzerindeki velayete kimin sahip olacağı ise üzerinde tartışılan bir sorundur. Babası ile soybağı ilişkisi kurulmadığı veya babası olmadığı için asabesi olmayan çocuğun şahsî üzerindeki velayet Ebû Hanîfe'ye göre önce çocuğun anası ile anasının erkek ve kadın akrabalarına, İmam Muhammed ve diğerlerine göre ise, doğrudan devlet başkanına ya da onun tayin ettiği vasiye aittir. Yine böyle bir çocuğun malları üzerindeki velayet, devlet başkanına ya da onun tayin ettiği vasiye aittir.⁴³²

Bir şekilde babası belli olmayan çocuk, anasının yanında himaye edilir. Babası bilinmeyen çocuk aynı zamanda anasız ise (örneğin anası tarafından terkedilmişse) “*lakît (buluntu çocuk)*” hükümlerine tabi olur. İslam hukukunda lakîtin velayeti ve nafaka sorumluluğu devlet başkanına aittir. Lakît, bir yere bırakılmış ise onu bulan kişinin bakım ve

⁴³¹ Çiğdem, 128.

⁴³² Ünal Yerlikaya, "İslam Hukukunda Evlilik Dışı Doğan Çocuğun Velâyeti", *İHAD* 11 (2008), 109.

koruma hakkı vardır ama nafaka verme yükümlülüğü yoktur.⁴³³ Yine lakîti bulan, onu evlendirme veya malında tasarruf etme yetkisine sahip değildir.⁴³⁴

C. Velayetin Sona Ermesi

Velayetin sona ermesi, velayete tabi olandan veya veliden kaynaklı sebeplerle söz konusu olur.

Çocuğun velayet altında olması küçüklük halinden kaynaklı olduğu için bu halin sona ermesiyle veya kendisini velayet altında tutan başka bir sebep varsa onun ortadan kalkmasıyla (örneğin bâliğ olan akıl hastası çocuğun iyileşmesiyle) velayet kendiliğinden sona erer. Dolayısıyla çocuğun vücûb ve edâ ehliyetlerinin tamamlanmasıyla yani reşît olarak bulûğa ermesiyle üzerindeki velayet kalkar.⁴³⁵ Bunun yanında velayetin sona erme zamanı, velayetin alan ve muhtevasına göre değişiklik gösterir.

Şahıs üzerinde velayetin sona ermesi için kişinin kız ya da erkek olması fark etmeksizin bâliğ olması şarttır.⁴³⁶ Erkek çocuk için şahıs üzerinde velayet, akıllı olarak bulûğa ermesiyle veya bulûğ alametleri görülmemişse fukahânın çoğunun görüşüne göre on beş yaşın tamamlanmasıyla kalkar. Kız çocuklarında ise, bulûğdan sonra velayetin devam edip etmeyeceği konusu ihtilaflıdır. Fukahânın çoğunun görüşüne göre kız çocuk, evlenmediği müddetçe babasının velayetinde kalır. Evlenmeme durumunda kendisine güven duyulacak yaşa erişmesiyle anası ile veya tek başına bir evde oturmasına izin vardır.⁴³⁷

Mal üzerinde velayetin kalkması için kişinin reşît olması gerekir.⁴³⁸ İnsan hayatının devrelerinde bahsedildiği üzere rüşd, kişinin malî konularda savurganlıktan uzak, olgun ve basiretli bir tutum sergilemesi halini ifade eder. Kişinin rüşdü, deneme ve tecrübe yolu ile bilinir. Ebû Hanîfe'ye göre bulûğa eren kişi reşît olmasa bile üzerindeki velayet ve vesayet

⁴³³ Kudûrî, çev. Arslan, 100; Çeker, *Çocuk*, 115; Halebî, 3/45. AŞ m. 364: “*Lakîtin malı bulunmadığı ve bir kimse dahi nesebini iddia etmediği takdirde; nafaka, giyim ve mesken masrafları, hasta olduğunda ilaç masrafları; hâkim kendisini evlendirdiğinde mehir ve benzeri masraflar devlet hâzinesinden (beytül-maldarı) karşılanır.*” Akgündüz, 230. Konuyla ilgili bir davada, köy dışında bulduğu hastalıklı bir çocuğun bakımını üstlenen bir kimsenin örnek mahkeme kararı şöyledir: “*sagîri karye-i mezkûr kurbunda bulup ihzâr eyledim, velisi olmamağın tebennî ve terbiye için bana kibel-i şer’den teslîm olunup nafakasıcûn alâ men lehû hakkı’t-taleb bir mikdâr akçe karz takdîr olunmak taleb ederin, kimesne bulunmamağın velâyet-i âmmesi hasebiyle nafaka ve kisve ve sâir levâzım-ı zarûriyesi için yevmî beşer akçe takdîr olunup istidâneye ve sagîr-i mezbûrede min ba’d sagîr-i mezbûr için hak taleb eder kimesneye rücû’a izin verilip mâ vaka’a gıbbe’t-taleb ketb olundu.*” Hasköy Mahkemesi 5 Numaralı Sicil (1020-1053/1612-1643), haz. Zeynep Trabzonlu Baki Çakır, Hilal Kazan, Ayşe Seyyide Adıgüzel (İstanbul: İSAM Yayınları, 2011f), 23/173.

⁴³⁴ Kudûrî, çev. Arslan, 100.

⁴³⁵ Akgündüz, 262; Kelebek, 92.

⁴³⁶ Şa’bân, çev. Dönmez, 231.

⁴³⁷ Kelebek, 98; Döndüren, 281-282; Zuhayli, çev. Efe, 10/72; Şener, Velayet (II), 170.

⁴³⁸ Bkz. Mc. m. 981-982. Akgündüz, 262.

kalkar. Ancak ihtiyaten reşit oluncaya veya yirmi beş yaşını dolduruncaya kadar malı kendisine teslim edilmez. Fakihlerin çoğunluğuna göre, bulûğa eren kişi rüşd çağına ulaşuncaya kadar malı üzerindeki velayet devam eder.⁴³⁹

Çocuğun küçüklük hali sona ermeden önce akıl hastalığına yakalanması gibi başka sebeplerle velayetinin devam etmesi gerekebilir. Bu halde çocuk bulûğa erdikten sonra da velayet altında kalmaya devam eder. Kişinin akıl hastalığına yakalanması bulûğdan sonra gerçekleşmişse, Hanefilerin tercih ettiği görüşe göre bulûğdan önce velayet hakkı kimde ise yine ona döner.⁴⁴⁰

Velinin ölümü ile velayet kendiliğinden ortadan kalkar ve bir sonraki veliye geçer. Çocuğun velisinin, velayet-i âmme hasebiyle devlet başkanı olması halinde bu şahsın ölümü, görevden çekilmesi veya görevden uzaklaştırılması ile velayeti sona erer.⁴⁴¹

Velayetin sona erme sebeplerinden biri “*velayetin nez’i*” olarak nitelendirilen velayetin mahkeme kararıyla kaldırılmasıdır. İslam aile hukukunda velayet hakkının hukuki bir sebep olmadan veliden alınması mümkün değildir. Yalnızca olağan dışı durumlarda, kamu velayeti sahibi devlet başkanı ile onun tayin ettiği vali, hâkim gibi kamu temsilcileri, özel velayet sahibi veliye müdahale edebilir. Velayete sahip olan kişinin velayet şartlarından birini kaybetmesi velayetin sona erme sebebidir. Örneğin, velinin aklî dengesinin bozulması, kısıtlanması gibi sebeplerle ehliyetini kaybetmesi, dinden dönmesi gibi sebepler velayeti sona erdirir.⁴⁴² Velayetin tam ehliyetlilik ve din birliği şartlarından birini kesin olarak kaybeden kişiden velayet hakkı kaldırılır. Örneğin, müslümanlıktan çıkan veliden (mürted/mürtedde) velayet hakkı alınır. müslüman olmayan birinin müslüman biri üzerinde velayet hakkı yoktur.⁴⁴³

Hâkimin müdahalesinin şekli, somut olayın özelliğine ve müdahale sebeplerini taşıyan velinin derecesine göre değişkenlik gösterir. Hâkim, velayet hakkından doğan görevleri ifa etmeyen veliyi ihmalin derecesine göre bazen sadece uyarır, bazen görevinden azleder. Bundan sonra velayet hakkı, veli listesindeki sıralamaya göre ona daha layık olan kişiye intikal eder.⁴⁴⁴ Hâkim, gerektiğinde veli için zorunlu tedbirleri alır veya veliyi hapseder.⁴⁴⁵

⁴³⁹ Serahsî, ed. Akşit, 24/225; Ansay, 74; Ali Haydar Efendi, çev. Raşit Gündoğdu, 3/1782-1783; Şener, Hacir (II), 344; Karaman-Özdemir, 153.

⁴⁴⁰ Zuhayli, çev. Efe, 5/110.

⁴⁴¹ Zuhayli, çev. Efe, 8/427; Kelebek, 93.

⁴⁴² Kelebek, 93.

⁴⁴³ Muhammed b. Mahmûd el-Üsrûşenî, *Ahkâmü's-Sığâr/İslâm Hukukunda Çocuklarla İlgili Hükümler*, çev. İbrahim Cânan (İstanbul: Yayıncılık Matbaası, 1984), 106.

⁴⁴⁴ Kelebek, 99-100.

⁴⁴⁵ Kelebek, 89-90.

Velinin velayet görevlerini yerine getirememesi, acziyetinden kaynaklanıyorsa azli gerekmez. Hâkim, velayetin amacının yerine getirilmesi konusundaki eksikliğin tamamlanması için veliye bir yardımcı tayin eder.⁴⁴⁶

Veli, velayetin amacını yerine getiremiyorsa veya velide aranan şartları taşımiyorsa, çocuğun menfaati zarar gördüğü için velayetin bu kimseden alınması gerekir. Örneğin, çocuğun bakımını, öğrenimini ihmal eden, ahlakına ve malına zarar veren, imkânı olduğu halde çocuğu tedavi ettirmeyen, mallarının yönetiminde gerekli özeni göstermeyen veya sefih kimseler velayet hakkını kaybeder.⁴⁴⁷

Velayetin sona erme sebeplerinden bir diğeri, velayetten kaçınma (imtina) halidir. İslam hukukunda velinin, hukuki bir gerekçesi olmadan velayeti üstlenmekten kaçınması, çocuk için zulüm olarak yorumlanmıştır. Zira bu durumda çocuk şefkat, iyi niyet ve merhametten yoksun bırakılmıştır. Ayrıca medeni haklarını kullanamamasından doğan zararları ile haklarının korunması ihtiyacı söz konusudur. Bu yüzden velayetten çekinme, velayet görevlerini ihmal etmekten daha ağır bir kusur sayılır. Bu durumda bu zulmü önlemek kamu velayeti sahibi devlet başkanına düşer. Devlet başkanının tayin ettiği hâkim gerektiğinde, veliyi hapseder ya da velayetten kaçınan velinin yerine, onun derecesine uygun yetkilerle donatılmış şekilde kendi geçer.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ Zeydân, çev. Şafak, 492.

⁴⁴⁷ Zuhayli, çev. Efe, 10/71; Çiğdem, 141.

⁴⁴⁸ Kelebek, 100-101.

III. VELİ TASARRUFUNUN KONUSU BAKIMINDAN VELAYETİN TÜRLERİ

İslam hukukunda aklî ve bedenî kapasitesinin yetersizliği nedeniyle acziyet içinde olan küçüğün her türlü işinin çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır. Bu amaçla yaşam, himaye, isim, sosyal güvenlik, tedavi ve yardım, mülkiyet, temel eğitim gibi maddi ve manevi alanlarda çocuk haklarının teminine yönelik birçok düzenleme yapılmıştır.⁴⁴⁹ Bu düzenlemeler ile veli, velayet hakkı çerçevesinde birtakım tasarruflarda bulunmaya yetkili ve görevli kılınmıştır. İşte bu tasarrufların konusu ya çocuğun şahsı ya da malları ile ilgilidir.

Velayet, veli tasarrufunun konusuna göre iki türdür. Daha önce de bahsedildiği üzere bunlar, şahıs üzerinde velayet ve mal üzerinde velayettir. Bir kısım fukahâ bu kapsama “*hem şahıs hem de mal üzerinde velayet*” başlığıyla üçüncü bir grup eklemiş olsalar da sonuçta bu iki konu ortaya çıkmaktadır.⁴⁵⁰

Hanefî hukukunda bir görüşe göre, çocuk hayata gözlerini açtıktan sonra üç çeşit velayet ile karşılaşır. Bunlar; hidâne (terbiye) velayeti, çocuğun şahsına bağlı hakların kullanımıyla ilgili velayet ve mallarının korunması ve idaresiyle ilgili velayettir.⁴⁵¹ Bu görüşe göre hidâne ile şahıs üzerindeki velayet öyle iç içe geçmiştir ki aralarındaki fark ancak evlilik birliğinin sona ermesiyle ortaya çıkar. Yine velayeti üçe ayıran görüşe göre, şahıs üzerinde velayet, hidâne velayetinden sonra başlar. Ancak belirtmek gerekir ki hidâne devresindeki velayet, çocuğun şahıs varlığı ile ilgili hükümler içeren bir tür şahıs üzerinde hukuki temsildir. Sonuç itibarıyla velayetin, mal ve şahıs olmak üzere iki ana konuyu içerdiği söylenilebilir.

A. Şahıs Üzerinde Velayet (el-Velâyetü ale'n-Nefs)

Şahıs üzerinde velayet “*velinin, kâsırın şahsı ve zâtıyla ilgili işler üzerindeki yetkisi*”⁴⁵² şeklinde tanımlanmıştır. O halde çocuklar bakımından şahıs üzerinde velayet, küçüğün bizzat şahsı ve nefsiyle ilgili işleri üzerinde velinin sahip olduğu yetkileridir. Hanefî fakihlerce, küçüğün şahsı üzerindeki velayetin illeti (gerekçesi), malı üzerindeki velayetin illetine (gerekçesine) kıyas edilerek “*küçüklük*” olarak belirlenmiştir.⁴⁵³

Şahıs üzerinde velayetin kapsamına; çocuğun doğumundan temyiz devresine, bu devreden şahsiyet sahibi bir ergin olup topluma karışmaya hazır oluncaya kadarki süreçte,

⁴⁴⁹ Zorlu, 134.

⁴⁵⁰ İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 5/358.

⁴⁵¹ Döndüren, 281; Karaman, 1/398; Bardakoğlu, “Hidâne”, 467.

⁴⁵² Zerka, çev. Armağan, 2/578.

⁴⁵³ Şa'bân, çev. Dönmez, 161; Kelebek, 131.

kişiliği ile ilgili tüm faaliyetlerinin hukuken yerine getirilmesi dahildir.⁴⁵⁴ Örneğin, çocuğun emzirilmesi, bakımı, okutulması, sağlığının korunması, tedavi ettirilmesi, meslek ve sanat öğretilmesi, hayata hazırlanması, evlenmesine yardımcı olunması, kötülöklere karşı korunması gibi ruhi ve bedeni iş ve ihtiyaçları bu kapsamdadır.⁴⁵⁵

Kaynaklarda çocuk doğduktan sonra velinin, ailenin bir ferdi olan çocuk için yapacağı birtakım işlere yer verilmiştir: “*Tahnîk*:” Yumuşatılmış hurma veya onun gibi tatlı bir şeyin yeni doğmuş çocuğun damağına sürölmesidir. Tahnîk uygulaması sünnettir.⁴⁵⁶ “*Akîka*:” Yeni doğan çocuk için kurban kesmeye ve kesilen kurbana verilen isimdir. Doğumun üzerine yedinci günde kesilmesi tavsiye edilmiştir. Bununla birlikte çocuk bulûğa erene kadar kesilebilir. Hanefîlere göre akîka kesmek mübahtır.⁴⁵⁷ “*Ezan ve kâmet*:” Yeni doğan çocuğun sağ kulağına ezan, sol kulağına kâmet okunması sünnetidir. Hz. Peygamber (s.a.v.) torunu Hz. Hasan’ın doğumunda bu uygulamayı yapmıştır.⁴⁵⁸ “*Fitre*:” Ramazan ayının sonuna yetişen ve belli şartları taşıyan kişinin, bedenın zekâtı olarak vermesinin vacip kabul edildiğı bir miktar maldır.⁴⁵⁹ Veli, nafakasından sorumlu olduğı ve üzerinde tam bir velayet hakkına sahip olduğı küçük çocuğı için de fitre vermelidir.⁴⁶⁰ Ayrıca “*ad koyma, emzirme, sünnet ettirme, sevgi ve adalet, nafaka, te’dib, ta’lim, terbiye*” gibi hususlar velinin hidâne döneminde veya sonrasında çocuk için yapacağı işler arasındadır.⁴⁶¹ Aşağıda şahıs üzerinde velayet çerçevesinde velinin tasarruf alanına giren başlıca hukuki konulara yer verilmiştir.

1. Çocuğun Adı

Çocuğun adı, onu diğerlerinden ayırma ve toplumsal ilişkilerinde belirleme görevi görür. Bu ad, onun ayrılmaz bir parçası olarak kişiliğı üzerinde derin etkiler oluşturur. Ayrıca

⁴⁵⁴ Kelebek, 135.

⁴⁵⁵ Zerka, çev. Armağan, 2/578; Kelebek, 44; Zeydân, çev. Şafak, 489; Döndüren, 281; Zuhayli, çev. Efe, 5/109.

⁴⁵⁶ Erdoğan, 537; Abdülhalim Oflaz, “Hadisler Işığında Sütten Kesilinceye Kadar Çocuğun Bakım ve Eğitiminde Ebeveyne Düşen Görevler”, *Uluslararası Aile İçi Eğitim Çalıştayı*, Mehmet Emin Yurt-Osman Bayraktutan, (İğdır: Zafer Medya, 2016), 323. Ebû Musa’nın şöyle dediğı rivayet edilmiştir: “Benim bir oğlum oldu, onu alıp Hz. Peygamber’e (s.a.v.) götürdüm. Ona İbrahim adını verdi ve bir hurma ile onu tahnîk etti.” Buhârî, “Akîka”, 1; Müslim, “Âdâb”, 24.

⁴⁵⁷ Zuhayli, çev. Efe, 4/426; Erdoğan, 20; Çeker, *Çocuk*, 130-132; Tevhit Ayengin, *Ehliyeti ve Ailedeki Statüsü İtibariyle İslam Hukukunda Çocuk*, (Erzurum: Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1992) 56.

⁴⁵⁸ “Hz. Hasan dünyaya geldiğı zaman Hz. Peygamber (s.a.v.)’ın onun kulağına ezan okuduğunu gördüm.” Ebû Dâvûd, “Edep”, 107; Tirmizî, “Edahî”, 16; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, 6/9, 291. Zuhayli, çev. Efe, 4/430; Çeker, *Çocuk*, 132; Ayengin, 57; Kelebek, 137; Oflaz, ed. Yurt-Bayraktutan, 324.

⁴⁵⁹ Erdoğan, 144; Çeker, *Çocuk*, 152.

⁴⁶⁰ Rivayet edilmiştir ki Hz. Peygamber (s.a.v.) şöyle demiştir: “(Fitr sadakası olarak) küçük veya büyük, hür veya köle (velayetiniz altındaki) her iki kişi için bir sâ’ buğday ya da her bir kişi için bir sâ’ hurma veya arpa veriniz.” Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, 5/432; Şa’bân, çev. Dönmez, 320.

⁴⁶¹ Çeker, *Çocuk*, 130-136; Ayengin, 56-57; Kelebek, 137-138.

kişinin ölümünden sonra bile adı ile anılacak olması, İslam hukukunda çocuğun adının önemine işaret etmektedir.⁴⁶²

İslam hukuku açısından kişinin adı üzerindeki hakkı, hukuki niteliği itibariyle kişilik hakkıdır. Her çocuğun güzel bir ada sahip olma hakkı vardır. Diğer taraftan veli için çocuğuna güzel bir ad koymak hem yetki hem de bir görevdir.⁴⁶³ Ad seçme ve ad koyma hakkı, çocuğun babasına ait olup baba vefat etmiş ya da velayet hakkını kaybetmişse bu hakkı ana kullanır.⁴⁶⁴ Hz. Peygamber'in (s.a.v.) adını anası seçmiş, dedesi koymuştur. Evlilik dışında doğmuş olup da babası ile nesebi kurulamayan çocuğun nesebi anasına ait olduğundan, çocuğa isim koyma hakkı da anasına ait görülmüştür.⁴⁶⁵

Çocuğa güzel ve anlamlı bir adın verilmesi dinen tavsiye edilmiştir. Hz. Peygamber'in (s.a.v.) güzel bir ad koymanın önemini *"Siz kıyamet gününde hem kendi adınızla hem de babalarınızın adıyla çağrılacaksınız; bu sebeple kendinize güzel adlar koyun"*⁴⁶⁶ sözleriyle vurgulamıştır. Yine hadislerde hangi isimlerin fazilet bakımından üstün olduğuna işaret edilmiştir.⁴⁶⁷ Ayrıca mana itibariyle çirkin, gülünç, tevhide aykırı veya kişinin nefsinin öven adları, güzel ve dine uygun olan adlarla değiştirdiği bilinmektedir. Çocuğun adının, doğumundan itibaren gecikmeksizin bir hafta içinde verilmesi sünnete uygun bir davranıştır.⁴⁶⁸

İslam hukukunda ad sahibi olmak yalnızca sağ doğan çocukların hakkı değildir. Ceninin ölü doğması, düşmesi ya da sağ olarak doğup sonra ölmesi durumunda defnedilmeden önce cinsiyetine uygun bir adın verilmesi gerekir. Cinsiyeti belli değilse hem kadınlar hem de erkekler için kullanılabilen bir ad seçilir.⁴⁶⁹

2. Çocuğun Süt Emmesi (Radâ')

Çocuğun dünyaya geldiği andan itibaren en temel gıdası ana sütüdür. Bu süt ile çocukta et oluşur ve kemikleri gelişir.⁴⁷⁰ Nitekim Hz. Peygamber (s.a.v.) bir hadisinde *"Süt emme, eti oluşturan ve kemiği de geliştirip büyütendir."* buyurmuştur.⁴⁷¹ İslam hukukunda yeni doğan çocuğun süt emmesine, sağlıklı gelişiminin sağlanması bakımından önem verilmiştir.

⁴⁶² Vecdi Akyüz, "Çocuk Üzerindeki Etkisi Açısından İsim Alma Hakkı", *İHAD* 7 (2006), 91.

⁴⁶³ Zuhayli, çev. Efe, 4/431; Şener, Velayet (I), 216; Akyüz, 98.

⁴⁶⁴ M. Özgü Aras, "Ad Koyma", *DİA* (İstanbul: İSAM Yayınları, 1988), 333.

⁴⁶⁵ Bilmen, 2/406-407.

⁴⁶⁶ Ebû Dâvûd, "Edeb", 61; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, 5/194.

⁴⁶⁷ "Allah'ın en çok sevdiği isimler, Abdullah ve Abdurrahman'dır" Müslim, "Âdâb", 2.

⁴⁶⁸ "Her çocuk, akika kurbanıyla rehinelenmiştir. Bu kurban, (doğumunun) yedinci günü, onun adına kesilir. (O gün) saçları da traş edilir ve çocuğa isim de verilir." Ebû Dâvûd, "Edâhî", 21; Tirmizî, "Edâhî", 23; Aras, 332.

⁴⁶⁹ İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 15/526-527; Ayengin, 258; Görgülü, 73-74.

⁴⁷⁰ Serahsî, ed. Akşit, 5/206; Halebî, 2/171.

⁴⁷¹ Ebû Dâvûd, "Nikâh", 9; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, 1/432.

Kur'an-ı Kerim'de çocuğun süt emme hakkı ile ilgili ve süt emzirmeyi teşvik eden âyetler vardır. Konu ile ilgili bir âyette “*Emzirmeyi tamamlamak isteyen için analar çocuklarını tam iki yıl emzirirler.*”⁴⁷² buyrulmuştur.

Fıkıh kaynaklarında, kelime anlamı “*süt emmek*” olan “*radâ*” başlığı altında ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Hukuki bir terim olarak *radâ*, “*bebeğin, belirli bir zaman diliminde, bir kadının memesinden süt emmesi*” demektir.⁴⁷³ “*Belirli bir zamanda*” ifadesinden kastedilen bebeğin süt emme çağı olarak bilinen zamandır.⁴⁷⁴

Çocuğun süt emme hakkı kadar ananın da çocuğunu emzirme hakkı vardır. Ana bu haktan mahrum edilemez.⁴⁷⁵ Diğer taraftan çocuğunu emzirmek ananın bir görevidir; ancak bu görevin hukuki mi yoksa dinî mi olduğu konusunda fukahâ arasında görüş ayrılığı vardır. Söz konusu ihtilaf, “*çocuklarını tam iki yıl emzirirler.*”⁴⁷⁶ âyetinde emir manası mı yoksa sadece çocuğun süte muhtaç olduğu yaşı bildirme manası mı olduğu sorunundan kaynaklanmıştır. Hanefî, Şafiî ve Hanbelî hukukçulara göre emzirme dinî bir görevdir. Ana, bu görevini yerine getirmediği takdirde işin mahkemeye intikal ettirilmesine gerek yoktur. Çünkü emzirmenin söz konusu olduğu âyetlerde ananın buna hukukten mecbur kılındığını ifade eden bir unsur yoktur.⁴⁷⁷ Bir kısım fakihlere göre ise emzirmek vaciptir. Buna göre söz konusu âyette geçen “*emzirirler*” kaydı, “*emzirsinler*” demektir. Zira süt, çocuğun hayatta kalmasını sağlar. Çoğunluğun görüşü ananın kendi çocuğunu emzirmesinin mendup⁴⁷⁸ olduğu yönündedir. O halde kadın, çocuğunu emzirmek istemezse bazı istisnalar dışında hukukten buna icbar edilemez.⁴⁷⁹

Ananın, çocuğunu bizzat kendisinin emzirmek mecburiyetinde olması, bazı istisnai hallerin gerçekleşmesine bağlıdır. Bunlar; çocuğun kendi anasından başkasının sütünü emmemesi, çocuğu emzirecek bulunamaması veya sütanne bulunmasına rağmen sütannenin ücretsiz emzirmeyi kabul etmeyip ne babanın ne de çocuğun sütanne ücretini karşılayacak

⁴⁷² el-Bakara 2/233. Ayrıca bkz. et-Talâk 65/6, el-Kasas 28/7,12.

⁴⁷³ Abdulhamîd, 373. Benzer tanımlar için bkz. Bilmen, 2/78; Halebî, 2/167; Cezîrî, çev. Keskin, 5/2368.

⁴⁷⁴ Abdulhamîd, 374; Cezîrî, çev. Keskin, 5/2363.

⁴⁷⁵ Osman Kaşıkçı, “Eski Hukukumuzda Süt Emzirme Akdi”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/1-2 (2006), 33.

⁴⁷⁶ el-Bakara 2/233.

⁴⁷⁷ Çeker, *Çocuk*, 135-136; Ahmet Yaman, *İslam Aile Hukuku*, (İstanbul: Marifet Yayınları, 1999), 124; Serahsî, ed. Akşit, 15/182.

⁴⁷⁸ Mendup: “*Şâriin yapılmasını kesin ve bağlayıcı olmayan bir tarzda istediği fiil anlamında usûl-i fıkıh terimi.*” Ferhat Koca, “Mendup”, *DİA* (İstanbul: İSAM Yayınları, 2004), 29/128.

⁴⁷⁹ Abdulhamîd, 382; Döndüren, 311; Bilmen, 2/426; Halebî, 2/267; Birsin, 180; Kudûrî, çev. Arslan, 135; Serahsî, ed. Akşit, 15/182.

malının bulunmaması halleridir.⁴⁸⁰ Osmanlı'da 1915 yılında yürürlüğe giren Hanefî hukukuna dayalı Nafaka Kanunu'nun ilgili 439. maddesinde de bu istisnalar aynen sayılmıştır.⁴⁸¹

Evlilik birliği devam ettiği müddetçe yahut evlilik birliğinin sona ermesiyle başlayan iddet süresi içinde kural olarak ananın çocuğunu emzirme mecburiyeti olduğu kabul edilmiştir. Fakat ana, emzirmeye mâni bazı güçlüklerin ortaya çıkması halinde bu görevi yapamayabilir. Örneğin, ananın hastalanması, sütünün olmaması veya çocuğa yaramaması ya da çocuğun anasının memesini almaması bu güçlüklerdendir.⁴⁸² Yine evli kadın, çocuğunu emzirmek istemez ve çocuk başka kadının sütünü alırsa emzirmeye zorlanamaz.⁴⁸³ Bununla birlikte boşanmış ve iddet süresi de sona ermiş kadın, çocuğunu emzirmek zorunda değildir. Ancak zorunlu bir durum olmadıkça anaların çocuklarını emzirmekten kaçınmamaları tavsiye edilmiştir.⁴⁸⁴

İslâm'da çocuğun belli bir süre ana sütü ile beslenmesine gösterilen hassasiyet nedeniyle herhangi bir nedenle anası tarafından emzirilemeyen çocuğun, belirli bir süre emzirilmesi amacıyla bir sütanneye verilmesi öngörülmüştür. Bir kadının, süt emecek yaştaki bir çocuğa belirli bir süre ücret karşılığında süt emzirmesi ve onun diğer ihtiyaçlarını gidermesi, bir tür kira sözleşmesi sayılan süt emzirme sözleşmesiyle gerçekleştirilir.⁴⁸⁵ Sözleşmenin bir tarafında çocuğun anası veya üçüncü bir kadın (sütanne), diğer tarafında ise çocuk adına velayeten babası veya sair asabesi bulunur.⁴⁸⁶

Çocuğun anasının emzirme ücretine hak kazanması, evlilik birliğinin sona ermesi ve iddet süresinin bitmesiyle söz konusu olur.⁴⁸⁷ Çünkü gerek evlilik birliği içinde gerekse iddet süresi boyunca koca, eşinin nafakasını temin etmeye devam eder. Eşin nafakası ile emzirme ücreti birlikte bulunmaz. Zira Kur'ân'da çocuğu dolayısıyla ne ananın ne de babanın zarar görmesine izin verilmiştir.⁴⁸⁸ Ayrıca ana, zevcelik durumu devam ederken emzirme ücreti

⁴⁸⁰ Abdulhamîd, 380; Çeker, *Çocuk*, 137; Döndüren, 311; Halebî, 2/257; Birsin, 180.

⁴⁸¹ Çeker, *Çocuk*, 137.

⁴⁸² Kaşıkçı, 32; Serahsî, ed. Akşit, 15/182-183.

⁴⁸³ Döndüren, 241.

⁴⁸⁴ Din İşleri Yüksek Kurulu, 439.

⁴⁸⁵ Kaşıkçı, 20; Serahsî, ed. Akşit, 15/169.

⁴⁸⁶ Kaşıkçı, 23-26.

⁴⁸⁷ Bilmen, 2/427; Abdulhamîd, 382; Kudûrî, çev. Arslan, 135. Fakihler kadının iddet süresi içinde emzirme ücretini talep edebilmesinde, boşamanın geri dönülebilir ya da kesin oluşu arasında ayırım yapmıştır. Bir kısım Hanefî hukukçusuna göre geri dönülebilir boşama durumunda, iddet süresi içinde olan kadın için emzirme ücretine gerek yoktur. Kesin boşanma durumunda ise kadın, Hanefîlerin sağlam görüşüne göre emzirme ücretine hak kazanır. Serahsî, ed. Akşit, 5/329; Kaşıkçı, 34; Döndüren, 96.

⁴⁸⁸ el-Bakara 2/233.

aldığında, diyaneten yapmak durumunda olduğu bir iş için ücret almış olur.⁴⁸⁹ Çocukların geçim masrafları konusunda İslâm, anaya bir külfet yüklememiştir.⁴⁹⁰

Sütannenin temel borcu çocuğu emzirmektir. Sütanne ile çocuğun öz anası/hâdinesi arasında çocuğun belli bir mekânda emzirilmesine dair bir anlaşmaya varılmamışsa veya durum tercihe bırakılmışsa hidâne hakkının zayi olmaması için çocuğun, öz anasının/hâdinesinin yanında emzirilmesi gerekir.⁴⁹¹ Sütanne çocuğu yanına almışsa veya çocuğun bakım ve terbiyesini üstlenmişse çocuğu emzirmekten başka, yemek yedirmek, tehlikelerden korumak, banyo yaptırmak, yağlamak, koku sürmek, elbiselerini temizlemek, sütünü bozacak şeyler yememek gibi örfen bilinen bakım borçlarıyla yükümlüdür.⁴⁹²

İslam hukukunda sütanne tutma ve üzerinde anlaşmaya varılan emzirme ücretini karşılama sorumluluğu babaya, baba yoksa çocuğun nafaka sorumluluğu kime aitse ona yüklenmiştir. Keza Kur’ân’da, bir kadının çocuğunu emzirmesi halinde emzirme ücretine hak kazanacağı ve bu ücretin ona tam olarak ödenmesi sorumluluğunun babaya ait olduğu ifade edilmiştir.⁴⁹³ Baba, emzirme ücretini varsa çocuğun malvarlığından karşılar. Sütanne tutan, emzirme ücretinin yanında çocuğun yiyecek, giyecek ve sağlık giderleri ile sütannenin giderlerini de karşılamakla yükümlüdür.⁴⁹⁴

Emzirme ücretinin verilmesinde emzirme müddetinin tespiti önem taşır. Emzirme müddeti Ebû Hanîfe’ye göre doğumdan itibaren otuz ay, fukahânın çoğunluğuna göre iki kamerî yıldır.⁴⁹⁵ Ana baba çocuğa bir zarar gelmemesi şartıyla aralarında anlaşarak iki yıl dolmadan önce çocuğu süttten kesebilir. Bu hususta açık âyet bulunmaktadır.⁴⁹⁶ Evlilik birliği sona eren kadın, iki yıl doluncaya kadar çocuğunu emzirmesinden dolayı ücrete hak kazanır. Bundan sonra emzirse bile ücret hak edemez.⁴⁹⁷ Üçüncü bir kadının sütanne olması durumunda tarafların kararlaştırdığı süre belirleyicidir.⁴⁹⁸

İslam hukukunda babanın velayet hakkını, ananın ise emzirme hakkını kötüye kullanarak birbirlerine zarar vermeleri yasaklanmıştır. Bu konuya delil olarak “*Hiçbir anne*

⁴⁸⁹ Serahsî, ed. Akşit, 15/182-183; Kaşıkçı, 33.

⁴⁹⁰ Döndüren, 96.

⁴⁹¹ Döndüren, 311; Halebî, 2/267; Abdulhamîd, 381; Kudûrî, çev. Arslan, 135; Zuhayli, çev. Efe, 10/48.

⁴⁹² Kaşıkçı, 32.

⁴⁹³ et-Talâk 65/6.

⁴⁹⁴ Kaşıkçı, 37.

⁴⁹⁵ Kudûrî, çev. Arslan, 115; Cezîrî, çev. Keskin, 5/2363.

⁴⁹⁶ el-Bakara 2/233.

⁴⁹⁷ Çeker, *Çocuk*, 139; Halebî, 2/168.

⁴⁹⁸ Kaşıkçı, 36.

çocuğu sebebiyle, hiçbir baba da çocuğu yüzünden zarara uğratılmamalıdır."⁴⁹⁹ âyeti getirilir. Örneğin, baba, çocuğun anasıyla emzirme ücreti konusunda anlaşmış olmasına rağmen sırf anasını üzme için çocuğu bir süt anneye verse velayet hakkını kötüye kullanmış olur. Yine ananın çocuğunu ücretsiz emzirmeye rıza göstermesi halinde çocuğun ona verilmesi gerekir. Bu durumda çocuğun anasından alınarak başkasına emzirmek maksadıyla verilmesi caiz olmaz; onu emzirecek kadının gönüllü olarak ya da ücret karşılığı emzirmek istemesi fark etmez. Ananın emzirme hakkını kötüye kullanması ise çocuğun babasına karşı emzirme ücreti konusunda haksız yere diretmesiyle veya emzirmenin şart olduğu durumlarda bile emzirmemekte ısrar etmesiyle gerçekleşebilir.⁵⁰⁰

Modern kaynak yorumlarında Hanefilerin, kadının kural olarak kendi çocuğunu emzirme zorunluluğunun olmadığı yönündeki içtihadının, Arapların o günkü örfüne göre olduğunu; günümüzde ise bu ruhsattan bahsetmenin mümkün olmadığını savunan görüşler vardır.⁵⁰¹ Nitekim gücü yeten herkes, o zamanın ve coğrafyanın şartları gereği çocuğuna sütanne tutmak zorunda kalmıştır. Sütanne tutulan bir toplumda kadının da çocuğunu emzirmeme hakkı söz konusu olmuştur.

İslam hukukunun emzirme ile ilgili hükümleri içinde bir kadının, kendine ait olmayan bir çocuğu emzirmesiyle oluşan süt hısımlığına ve süt hısımlığından kaynaklı evlenme engellerine geniş bir şekilde yer verilmiştir.⁵⁰² Burada konumuz gereği süt hısımlığının, nesebe her bakımdan eşit haklar sağlamadığına ve velayeti doğuran bir etkisinin olmadığına değinmek gerekir. Zira süt hısımlığının sınırı, nasslarda belirtildiği kadardır. Bu doğrultuda bir sütanne, süt vermiş olduğu çocuk üzerinde velayet iddiasında bulunamaz. Keza bir süt çocuğu da sütannesinin nafakasını karşılamakla yükümlü değildir.⁵⁰³

3. Hidâne (Hadâne)

İslam hukukunda çocukların sağlıklı, güvenli ve huzurlu bir büyüme ve gelişme süreci geçirmelerine pek önem verilmiştir. Çocukların iyi bir şekilde bakılması, korunması, insana yakışan tutum ve davranışlara sahip birer birey olarak yetiştirilmesi hem insanlığın hem dinin bir vazifesi olarak görülmüştür. Bu nedenle çocukların bakımı, gözetimi ve terbiyesi anlamında hidâne veya hadâne adı verilen müessesenin uygulanması önemsenmiş ve bunun, toplumun

⁴⁹⁹ el-Bakara 2/233.

⁵⁰⁰ Köse, 133; Abdulhamid, 386; Kudûrî, çev. Arslan, 135.

⁵⁰¹ Çeker, *Çocuk*, 134; Yunus Vehbi Yavuz, *Çağdaş Fıkıh Problemleri*, (Bursa: Feyiz Yayınları, 2008), 33.

⁵⁰² Bkz. en-Nisâ 4/23; Serahsî, ed. Akşit, 5/205.

⁵⁰³ Bilmen, 2/82; Döndüren, 320.

faydası için olduğuna dikkat çekilmiştir. İşte hidâne müessesesi ile ananın, babanın yahut hidâne hakkına sahip olan diğer yakınlarının çocuğu yanında bulundurma, büyütme, ona eğitim verme gibi konularda karşılıklı hak, yetki ve sorumlulukları hukuken belirlenmiştir.⁵⁰⁴

Hidâneye Kur'ân-ı Kerîm'de özel olarak temas edilmemiş olup hadisler ve Hz. Peygamber (s.a.v.) dönemindeki uygulamalarsa konuyu yalnızca belirli yönleriyle aydınlatmıştır. Bu nedenle hidâne hakkının ayrıntıları, örneğin, bu hakka sahip olanlar, hak sahibinin taşıması gereken özellikler, çocuğun hakları, hidânenin kapsamı ve sona ermesi gibi hususlarda, klasik dönem İslam hukuku kaynaklarında yer alan görüşler esasen içtihadî nitelik taşır. Çocuğun beden ve ruhen iyi yetişmesi hidâne temel amaç olup bu amacın sağlanması için fukahâ, onun küçük yaşlardan itibaren ihtiyaç duyduğu ana sevgisi ve şefkatinin temin edilmesinden, içinde bulunduğu muhite kadar düşünmüş ve ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir.⁵⁰⁵

Evlilik birliği devam ettiği ve hakkın kullanımına ilişkin hukuki bir engel olmadığı sürece hidânen kaynaklanan yetki ve sorumlulukları ana ve baba birlikte kullanır. Çocuğun bakımı, terbiyesi ve gözetimi evlilik birliği devam ettiği müddetçe hukuki çekişmeye konu olan bir mesele değildir. Hidâne hükümleri daha ziyade evlilik birliğinin sona ermesiyle ortada kalan çocukların bakımı için uygulama alanı bulur.⁵⁰⁶

a. Hidânenin Tanımı ve Niteliği

Hidâne, sözlükte “*yan, böğür, kucak*” manalarına gelen “*hıdn (حِذْن)*” mastarından türemiş Arapça bir kelimedir.⁵⁰⁷ Aynı şekilde kuşun kanadının altına aldığı yumurtasına, kuşun hıdnı denilmiştir. Hidânenin hukuki manası, kelime manasıyla bağlantılıdır. Öyle ki, hidâne hakkı sahibi kişinin, çocuğu besleyip büyütmesi; onu kanadının altına alması gibi yahut kuşun yumurtasını himaye etmesi gibidir.⁵⁰⁸

Hukuki bir terim olarak hidâne, “*çocuğu ve çocuk hükmünde olan deli, bunak gibi acizleri, salahiyyetli olan kimselerin koruma ve terbiye etmeleri, yiyecek ve içeceklerine bakmaları, temizlik ve istirahatlarını sağlamaları, zararlı şeylerden sakındırmaları*”⁵⁰⁹ demektir. Kısaca ifade etmek gerekirse hidâne; kendi işlerini göremeyecek çağıdaki çocuğun

⁵⁰⁴ Bilmen, 2/425.

⁵⁰⁵ Bardakoğlu, "Hidâne", 467.

⁵⁰⁶ Çeker, *Çocuk*, 144; Yerlikaya, 103; Bardakoğlu, "Hidâne", 467; İnanır, 157; Avcı, 493.

⁵⁰⁷ Bilmen, 2/425; Erdoğan, 166; Çeker, *Çocuk*, 143; Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd el- Mavsîlî, *el-İhtiyar li-Ta'îlî'l-Muhtâr*, çev. Mehmet Keskin (İstanbul: Hikmet Neşriyat, 2013), 2/266; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2837.

⁵⁰⁸ Mavsîlî, çev. Keskin, 2/266; İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 7/248.

⁵⁰⁹ Bilmen, 2/425; Halebî, 2/256; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2837.

belirli bir süre boyunca yetkili kimse tarafından himaye edilmesi, bakım ve terbiyesinin verilmesi hak ve görevidir.⁵¹⁰ Himaye edilip bakılan çocuk, erkek ise “*mahdûn*”, kız ise “*mahdûne*”; himaye edip bakan kadın ise “*hâdîne*” olarak adlandırılmıştır.

Kapsamı itibariyle hidâne; çocuğun ona zarar verecek şeylerden korunması, yedirilmesi, kremlenip sürmelenmesi, yıkanması, giyimine itina gösterilmesi, uyutulması gibi her türlü bakım ve ihtiyacı içerir.⁵¹¹ Ananın söz konusu bakım ve korumayı, kocasından ayrılmadan önce veya ayrıldıktan sonra yerine getirmesi arasında fark yoktur.⁵¹²

Hidânenin niteliği itibariyle bir hak mı yoksa görev mi teşkil ettiği konusunda fukahâ içinde farklı görüşler mevcuttur. Literatürde bir görüşe göre hidâne, mücerred haklardan bir haktır.⁵¹³ Ona sahip olan kişiye verdiği sıkıntıya itibar edilmemiştir. Çocuk hukuku bakımından ise hidâne, haktan ziyade çok yönlü bir görev ve sorumluluktur. Esasen bu konu, konuya hangi taraf açısından bakıldığıyla ilgili olarak değişkenlik gösterir. Sonuç olarak hidâne, çocuğu gözetip yetiştirecek kimse için kullanılması belirli kayıt ve şartlarla sınırlanmış bir hak olmakla birlikte çocuğun ve ilgili diğer tarafların hukukunu ilgilendiren bir görevdir.⁵¹⁴

Sünnî ve Şîî hukukunda hidânenin kime ait bir hak olduğu konusunda anaya, çocuğa ya da her ikisine ait olduğu görüşleri ileri sürülmüştür. Esasen böyle bir belirleme yapma, hâdînenin bu hakkı düşürüp düşüremeyeceği ile ilgilidir.

Hidânenin, hâdîneye ait bir hak olduğunu savunan kimi Hanefî ve Şafiî fakihler ile meşhur görüşüne göre Mâlikîler’in öne sürdüğü deliller şunlardır: Gerek çocuğun anası gerekse diğer hâdîneler kural olarak mahdûna bakmak zorunda değildir. Hâdîne, mahdûnu yanına alıp yetiştirmek istemezse belli şartların varlığı halinde buna zorlanamaz.⁵¹⁵ Nitekim hidâne dinî bir görev olup hukuki bir görev değildir.⁵¹⁶ Hidâne başkasının hakkı olsaydı hâdînenin ıskatı ile düşmezdi. Ayrıca baba, haklı ve kanuni bir gerekçesi olmadığı müddetçe anasından çocuğu alıp başkasına veremez. Çünkü hidânede hâdînenin hakkı vardır.⁵¹⁷ Buna bağlı olarak çocuğu

⁵¹⁰ Erdoğan, 166.

⁵¹¹ Abdülvehhâb Hallâf, Ahkâmü'l-ahvâlî's-şahsiyye fî's-şeriatî'l-İslâmiyye, (Kuveyt: Dârü'l-Kalem, 1410/1990), 194.

⁵¹² Halebî, 2/256; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2837.

⁵¹³ Çeker, *Çocuk*, 144.

⁵¹⁴ Bardakoğlu, "Hidâne", 467; Mustafa Harun Kıyık, "Aile İçi Eğitim Açısından İslâm Hukuku'nda "Hidâne"", *Uluslararası Aile İçi Eğitim Çalıştayı*, Mehmet Emin Yurt-Osman Bayraktutan, (İğdır: Zafer Medya, 2016), 152.

⁵¹⁵ Burada kadın çocuğa bakmaktan aciz olabilir diye düşünülmüştür. Halebî, 2/257; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2848.

⁵¹⁶ Bilmen, 2/426.

⁵¹⁷ Zuhayli, çev. Efe, 10/47-48; Bilmen, 2/426; Kelebek, 140-141; Kıyık, ed. Yurt-Bayraktutan, 151.

hâdinesinden başkası emziriyorsa, hâdinenin hidâne hakkının zayi olmaması için çocuğun, onun yanında emzirilmesi gerekir.⁵¹⁸

Hidânenin mahdûna ait bir hak olduğunu savunan kimi Hanefî, Mâlikî ve Şâfiî fakihler ise şu delilleri öne sürmüştür: Ana veya diğer hâdıneler, mahdûnu gözetip yetiştirmeye mecburdur. Dolayısıyla herhangi bir özrü bulunmadıkça hâdine, hidâne hakkını düşüremez. Ayrıca Hanefilere göre kadının boşanmak için çocuğu babasına bırakmayı şart koşması halinde bu şart batıldır. Çünkü her iki durumda da mahdûnun anaya muhtaç olması dolayısıyla hidâneye hakkı vardır. Benzer şekilde, kocasından ayrıldıktan sonra çocuk üzerindeki bakım hakkını düşüren ana, çocuğu tekrar almak isterse bu kararından dönüş yapabilir. Çünkü hidâne hakkındaki haklar içinde en kuvvetlisi mahdûnun hakkıdır. Kadın kendi hakkını düşürse bile mahdûnun hakkını düşüremez.⁵¹⁹

Söz konusu tartışma, her ne kadar bu görüş ayrılığının teorik olup uygulamada her iki görüşün arasının bulunduğu ifade edilse de, öğretide öne sürülen üçüncü bir görüş ile giderilmiştir.⁵²⁰ Bu görüşe göre, hidâne hem hâdinenin hem mahdûnun hem de babanın (ya da onun yerini tutan kimsenin) hakkı birlikte yer alır. Babanın ve diğer ilgililerin hakkı, hidâne sonrası dönemde mahdûnu yanına almaktır.⁵²¹ Ananın, babanın ve çocuğun hidâne hakları arasında çatışma olduğu takdirde önce bu hakların arasını bulmaya çalışılır, bu mümkün değilse çocuğun hakkı öncelenir.⁵²²

Bu tartışmalara bağlı olarak hâdinenin hangi hallerde mahdûna bakmak zorunda olduğu ile ilgili şu hüküm ortaya çıkmıştır. Hâdinenin kendisinden başka bu görevi yerine getirecek kimsenin bulunmaması veya kendisinden sonra gelen hâdınelerin bu görevi yerine getirmekten çekinmeleri halinde hâdine, mahdûnu yanına almaya ve yetiştirmeye mecbur edilir.⁵²³

b. Hidâne Döneminde Velayet

Hidâne, bir çeşit velayettir.⁵²⁴ Ancak hukuk, çocuğun velayeti ile çocuğun hidânesi arasında ayrım yapar. Yine hukuki şahsiyeti bakımından veli ile hidâne hakkı sahibi farklı kişilerdir. Evlilik sonrasında kural olarak velayet babanın, hidâne ise ananın hakkıdır.⁵²⁵

⁵¹⁸ Döndüren, 311; Halebî, 2/267; Abdulhamîd, 381; Kudûrî, çev. Arslan, 135.

⁵¹⁹ İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 7/257; Ansay, 239; Halebî, 2/257.

⁵²⁰ İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 7/258.

⁵²¹ Abdulhamîd, 394.

⁵²² Zuhayli, çev. Efe, 10/47; Bardakoğlu, "Hidâne", 467; Döndüren, 323.

⁵²³ Cezîrî, çev. Keskin, 6/2848.

⁵²⁴ Serahsî, ed. Akşit, 5/338; Döndüren, 322.

⁵²⁵ Avcı, 493.

İslam aile hukukunda çocuk üzerindeki velayet hak ve yetkisi gerek hidâne döneminde gerekse sonrasında babaya aittir. Bu nedenle çocuğun yiyecek, içecek, giyecek ve meskeninin temini, bakımı, korunması, terbiyesi ve okutulması gibi tüm hidâne işlerinin yerine getirilmesinden de babası sorumludur.⁵²⁶ Öyle ki baba, anası tarafından emzirilmeyen çocuğuna, gerekirse ücreti karşılığında bir süt anne tutmak zorundadır.⁵²⁷ Yine baba, bakıcısı olmayan çocuğuna belli bir dönem için bakıcı bulmak zorundadır. Baba çocuğa bakacak kimse bulamazsa bakma sorumluluğu kendine döner ve baba çocuğu yanına alarak besleyip terbiye etmelidir.⁵²⁸ Bununla birlikte hidâne, çocuğun doğumuyla başlayan sınırlı bir dönemi ifade eder. İlerde işaret edileceği üzere belli âyet ve hadislerde, ananın çocuğu sebebiyle zarara uğratılmaması gerekliliği ile hidâne döneminde onu yanında bulundurmaya ve ona bakmaya daha layık olduğuna işaret edilmiştir. Bu anlamda hidâne döneminde babanın velayet hakkı, ana ve çocuk lehine sınırlandırılmıştır.⁵²⁹

Her ne kadar hidâne hakkı sahibi ile veli farklı kişileri ifade etse de bu iki sıfatın aynı kişide toplanması da mümkündür. Örneğin, hidâne hakkı çocuğun babasına veya asabeye geçerse veli sıfatı ile hidâne hakkı sahibi sıfatı birleşmiş olur.⁵³⁰

c. Hidâne Hakkına Sahip Olanlar

Fukahâ, çocuğun ihtiyaçlarını ve yararını göz önünde tutarak hidâne hakkına sahip olanlar arasında bir sıralama yapmıştır. Buna göre çocuğun bakımı, beslenip büyütülmesi ve terbiyesi gibi ihtiyaçlarını konu alan hidâne hak ve görevi kadınlara verilmiştir. Kadınların; terbiye konusunda daha güçlü, dayanıklı, işleri güzelce idare eden, çocuğa karşı şefkatli ve yumuşak davranışlı kimseler olduğu kabul edilmiştir.⁵³¹ Çünkü hidâne, çocuğa ihtimam göstermeyi gerektirir ki bu insanın içinden gelen bir sevgi ve şefkate dayalı olur. Bu nedenle hidâne hakkının anaya ve çocuğun ana tarafından yakını kadınlara verilmesinde çocuk için büyük yarar görülmüştür.⁵³² Kadınlar arasında da şefkat ve yakınlık derecelerine göre bazıları öne geçirilmiştir.

Kadınlardan kimse kalmazsa sıra erkeklere gelir. Erkekler içinde ise mahrem ve asabe erkeklere öncelik tanınmıştır. O halde hidâne hakkı sahipliğinde üç mertebe vardır. Bunlar,

⁵²⁶ Kelebek, 138-139; Eşkan, 46.

⁵²⁷ Halebî, 2/267.

⁵²⁸ Bilmen, 2/426.

⁵²⁹ Eşkan, 83.

⁵³⁰ Ekinci, 322.

⁵³¹ Mavsîlî, çev. Keskin, 3/266-267; Abdulhamîd, 389.

⁵³² Serahsî, ed. Akşit, 5/327.

çocuğa mahrem olan; kadınlar, baba tarafından erkekler (asabe) ve baba tarafından olmayan erkekler (zevi'l-erhâm) mertebesidir.⁵³³ Bu üç mertebeden birine, kendinden önceki mertebede hidâneye hak kazanmış birisi bulunmazsa ancak o zaman sıra gelir.

Çocuğun akrabaları içinde anası, ona gösterdiği şefkat, sıkıntılarına katlanmadaki sabır, koruma ve uğruna uykusuz kalma gibi yönlerden diğer kadınlardan çok daha üstün olduğu için hâdine listesinde ilk sırada o vardır.⁵³⁴ Ananın hidâneye daha layık görülmesine, Hz. Peygamber (s.a.v.) ve sahabe döneminden gelen rivayetler delil olarak getirilmiştir. Bir kadın kendisine gelerek, *“Ey Allah'ın Elçisi! Şu benim oğlumdur. Karnım ona yuva, göğsüm pınar, kucağım da sıcak bir kundak oldu. Şimdi ise babası beni boşadı ve çocuğu benden çekip almak istiyor.”* biçiminde şikâyetle bulununca Hz. Peygamber (s.a.v.): *“Başkası ile evlenmediğin sürece onun üzerinde önce sen hak sahibisin.”*⁵³⁵ buyurmuştur. Hatta bir rivayette, küçük çocuk için anasının kokusunun, babasının ona sunabileceği yağ ve baldan daha hayırlı olduğu aktarılmıştır.⁵³⁶

Ananın ölümü veya hidâne ehliyetini kaybetmesi gibi durumlarda, anadan sonra hidâne hakkı, küçüğün yararına uygun olacak şekilde belli kişilere belli bir sırayla geçmeye devam eder. Küçük üzerindeki hidâne hakkı, ana olma durumundan kaynaklandığı için anadan sonra bu hak, küçüğe ana tarafından nesep bağı ile bağlı olanlara geçmelidir. Bu nedenle hidâne küçüğün ana tarafından nesep bağının, baba tarafından olana öncelikli olduğu kabul edilmiştir. Anneanne, küçüğe ana aracılığı ile bağlıdır. O halde Hanefîlere göre anadan sonra bakım hakkı ne kadar yukarı çıkarsa çıksın anneanneye aittir.⁵³⁷

Hidâne hakkının anneanneden sonra kime geçeceği konusunda fukahânın farklı görüşleri olmuştur. Bir görüşe göre bu hak küçüğün babaannesine başka bir görüşe göre öz kız kardeşine veya ana bir kız kardeşine geçmelidir. Bu kişilerin yokluğu halinde hidâne hakkı sırasıyla; küçüğün baba bir kız kardeşi, kız kardeşlerinin kızları, öz teyzesi, anasıyla baba bir kız kardeş olan (üvey) teyzesi, erkek kardeşlerinin kızları, öz halası, babanın ana bir kız kardeşi

⁵³³ Abdulhamîd, 389; Baktır, 273.

⁵³⁴ Serahsî, ed. Akşit, 5/327; Zuhayli, çev. Efe, 10/49; Halebî, 2/256; Kudûrî, çev. Arslan, 135; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2837.

⁵³⁵ Ahmed b. Hanbel, *el-Müsne'd*, 2/182; Ebu Dâvûd, “Talâk”, 35.

⁵³⁶ Abdürrezzâk es-San'ânî, *el-Müsânnef*, (Beyrut: el-Meclisü'l-İlmi, 1983), 7/154.

⁵³⁷ Serahsî, ed. Akşit, 5/332; Halebî, 2/256; Abdulhamîd, 389; Kudûrî, çev. Arslan, 135; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2837.

olan (üvey) halasına aittir.⁵³⁸ Bir görüşe göre teyze, ana gibi olduğundan teyzenin sıralamadaki yeri baba bir kız kardeşten önce gelir.⁵³⁹

Yukarıda sayılan kadınlardan hiçbirisi bulunmadığı veya bulunup da gerekli şartları taşımadığı takdirde hidâne hakkı erkeklerle intikal eder. Çocuğun asabe denilen baba tarafından erkek akrabaları arasında çocuğa en yakın olan, hidâne hakkının sahibi olur. Bu kimseler; çocuğun babası, babasının babası (ne kadar yukarı çıkarsa çıksın), ana baba bir erkek kardeşi, amcası gibi şahıs üzerinde velayet tertibindeki kişilerdir. Çocuğun asabesinden de biri bulunmazsa hidâne hakkı çocuğun zevi'l-erhâm denilen anasının babası (ne kadar yukarı çıkarsa çıksın), ana bir erkek kardeşi, ana bir amcası gibi ana tarafından erkek akrabalarına geçer.⁵⁴⁰

Görüldüğü üzere teferruatta ufak tefek farklılıklar olsa da hidâneye hak sahibi olmak bakımından ana tarafından akrabalık baba tarafından akrabalığa; iki taraftan akrabalık, tek taraftan akrabalığa göre öncelikli sayılmıştır. Bununla birlikte nesep bağının hidâne hakkı olan biri aracılığıyla olup olmadığı gibi durumlar da sıralamayı etkilemiştir.⁵⁴¹ Bu şekilde bir sıralamanın gözetilmesi ile küçüğün şefkat ve sevgi ihtiyaçlarının karşılanması ve menfaatlerinin korunması amaçlanmıştır.

Eşit şartlarda birden fazla hâdine varsa dürüst ve takva sahibi olan ya da yaşça büyük olan tercih edilir. Çocuğa bakma hakkına aynı derecede sahip olanlar arasında en dürüst ve dindar olanın tercih edilmesinde onun menfaati düşünülmüştür.⁵⁴² Yetki, yakınlık ve derecede eşitlik olursa hâkim, bunlardan dilediğini seçer.⁵⁴³

İslam dininin temel ilke ve hükümleri dışında kalan birtakım hukuki konularda mezheplerin farklı görüşleri bulunabilir. Eşlerin ayrılması durumunda küçüğün bakım ve terbiye hakkının sahibinin kim olacağı veya nasıl belirleneceği konusunda farklı mezhep uygulamaları vardır. Örneğin, Şâfiî hukukunda, çocuk ana baba arasında hangisinin yanında

⁵³⁸ Serahsî, ed. Akşit, 5/333-335; Kudûrî, çev. Arslan, 135; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2837-2838.

⁵³⁹ Mavsîlî, çev. Keskin, 3/267; Halebî, 2/257; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2838. Hatta anadan sonra hadane hakkına en yetkili kişi olduğuna dair bkz. Fatih Çınar, *Şevkânî'nin Aile Hukuku Alanındaki Görüşleri*, (Adana: Giriş Dijital Baskı, 2016), 116. Konuyla ilgili bir fetva şöyledir: “Üç dört yaşında olan Hind’in hidane hakkı Hind’in anasının ana-baba bir kız kardeşi Zeyneb ile babası Zeyd’den hangisindir? Cevap: Zeyneb’indir.” Avcı, 494.

⁵⁴⁰ Baktır, 274-275; Abdulhamîd, 389; Kudûrî, çev. Arslan, 136; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2838.

⁵⁴¹ Serahsî, ed. Akşit, 5/333-335.

⁵⁴² Mavsîlî, çev. Keskin, 3/269; Halebî, 2/258; Serahsî, ed. Akşit, 5/336; Çeker, *Çocuk*, 150.

⁵⁴³ Abdulhamîd, 390.

kalacağına dair seçim yapma hakkına sahiptir. Çocuk hangisinin yanında kalmak isterse ona verilir.⁵⁴⁴

d. Hidâne Hakkı Sahibine Yönelik Şartlar

Hidâne hakkı sahibi, çocuğun menfaatleri gözetilerek tespit edilen birtakım şartları taşımak zorundadır. Bu şartlardan birisi kaybolursa hidâne ehliyeti ortadan kalkar. Erkek ve kadınlar için ortak olan şartlar; “*akıl, bulûğ, güvenilirlik ve güç*”tür.⁵⁴⁵ Ayrıca yalnız kadınlarda ve yalnız erkeklerde aranan şartlar da vardır. Aşağıda bunlara sırasıyla yer verilmiştir.

aa. Erkekler ve Kadınlara Yönelik Ortak Şartlar

Hidâne hakkı sahibi erkek ve kadının akıllı ve bâliğ olması gerekir. Bu manada çocuklar, deliler ve bunakların hidâne ehliyetleri yoktur. Bu kişiler, sosyal açıdan başkasına bakma gücüne sahip olmadıkları için çocuk lehine beklenen menfaati de sağlayamazlar. Çocuğun temyiz gücüne sahip olması halinde bile bir başka çocuğa karşı hidâne hakkının olmayacağı açıktır. Nitekim çocuğun kendisi, bakıma muhtaçtır.⁵⁴⁶

Hidâne hakkı sahibi erkek ve kadının, çocuğu hayat, sağlık ve ahlakî bakımdan koruma konusunda güvenilir olması gerekir. Çocuğa kötülüğünün dokunmasından endişe edilen, iyi örnek olamayacak kişilere hidâne hakkı verilmez.⁵⁴⁷ Bir emanet olan çocuğun zayi olması, emanetin zayi olması demek olacağından buna sebep olan kişiye de güvenilmemiştir. Günah işlemek için veya iş gereği gün boyu dışarda olma, çocuğun kendi haline terk edilmesine ve çocuğun zayi olmasına sebep olacağından bahisle hidâne hakkını düşüren bir sebep olarak kabul edilmiştir.⁵⁴⁸ Meslek sahibi hâdine bakımından bu mesleğin icrasının, çocuğun koruyup gözetilmesine ve çocuğun işlerinin idare edilmesine engel teşkil etmeyecek düzeyde olması aranmıştır.⁵⁴⁹ Hidâneye ehil güvenilir bir yakını bulunmayan çocuğu hâkim, emniyetli, güvenilir ve insafî bir kadının nezdine tevdi eder.⁵⁵⁰ Şâfiî hukukuna göre iffet sahibi olmayan, namaz kılmayan veya bulaşıcı hastalığı olan kimseler; Mâlikî hukukuna göre ise sefeh, dinin

⁵⁴⁴ Serahsî, ed. Akşit, 5/328.

⁵⁴⁵ Hidâneyi bir tür velayet olarak kabul edenler hidâne ehliyeti için hürriyeti de şart koşarlar. Bilmen, 2/433; Karaman, 1/398; Baktır, 265-267; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2840; Bardakoğlu, "Hidâne", 469.

⁵⁴⁶ Bilmen, 2/432-435; Abdulhamîd, 387; Çeker, *Çocuk*, 148.

⁵⁴⁷ Çeker, *Çocuk*, 148; Bilmen, 2/433-434; Abdulhamîd, 388; Karaman, 1/398; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2840.

⁵⁴⁸ İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 7/251; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2841.

⁵⁴⁹ Zuhayli, çev. Efe, 10/53-54.

⁵⁵⁰ Bilmen, 2/434.

emir ve yasaklarını çiğnemesiyle meşhur olan veya bulaşıcı hastalığı olan kimseler hidâne hakkına sahip olamaz.⁵⁵¹

Hidâne hakkı sahibi erkek ve kadının, çocuğun bakımı, korunması ve terbiyesine muktedir olması gerekir. Bu noktada kişinin, çocuğun ahlakını ve sağlığını korumaya yetkin olması aranır. Bakım ve terbiye gücünü zayıflatan ya da kaldıran yaşlılık, hastalık, meşguliyet gibi sebepler hidâne hakkını ortadan kaldırır. Bu tür sebeplerin hidâne hakkına etki etmesi için kişiyi, hidâne görevlerini yerine getirmekten aciz bırakması gerekir. Örneğin, gözleri görmeyen kişi bakımından bu durum, terbiye edilen çocuğun korunmasına engel değilse hidâneyi etkilemez.⁵⁵²

bb. Sadece Kadınlara Yönelik Şartlar

Hâdine, çocuğun mahremi olmalıdır.⁵⁵³ Buna göre hâdinenin, çocuğun yakını olması yeterli olmayıp çocukla aralarında evlenme yasağının bulunması gerekir. Dolayısıyla hâdine; çocuğun teyzesi, halası veya büyükannesi gibi yakınları olabilir. Ancak çocuğun süt kardeşi, süt annesi gibi süt hısımları veya teyze kızı, hala kızı gibi nâmahrem hısımları hâdine olamaz. Doğal olarak bu şart, bakım ve korunması sağlanan erkek çocuk için geçerlidir. Kız çocuk için mahremiyet şartı erkek yakınlarından birinin hidânesine verileceği zaman söz konusu olur.⁵⁵⁴ Örneğin, kız çocuk üzerinde amca oğlunun hidâne hak ve yetkisi yoktur.

Hâdine, müslüman veya ehl-i kitaptan zimmi olmalıdır ve mürted olmamalıdır.⁵⁵⁵ Bu hususu açıklarken fukahâ, hidânenin aslında çocuğun hakkı olduğunu hatırlatarak her çocuğun belli bir zamana dek bakıma ihtiyaç duyacağını, bu ihtiyacın ise çocuğun hangi dine mensup olduğu ile ilgili olmadığını vurgulamıştır.⁵⁵⁶ Keza ananın dini farklı olsa da çocuğunun bakım ve terbiyesine herkesten daha fazla hakkı vardır.⁵⁵⁷ Nitekim bu hakkın anaya verilmesinin en önemli sebebi, onun çocuğa karşı duyduğu şefkat ve sevgidir. Hidâne ile ilgili düzenlemelerde ve fetvalarda çocuğun menfaati esas olduğu için ananın çocuğa vereceği hizmet ve bakımda da çocuğun faydası gözetilmek istenmiştir.

Hanefilere göre; çocuğun asabe denilen erkek yakınları dışındaki akrabasının müslüman olup olmaması, hidâne hakkını kullanma bakımından değişiklik göstermez. Ancak Şâfiîlere

⁵⁵¹ Baktır, 267-268; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2841-2842.

⁵⁵² İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 7/249.

⁵⁵³ İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 7/269; Zuhayli, çev. Efe, 10/55; Bilmen, 2/432.

⁵⁵⁴ Baktır, 271.

⁵⁵⁵ Bilmen, 2/433; Karaman, 1/398.

⁵⁵⁶ Karaman, 3/357.

⁵⁵⁷ Mavsîlî, çev. Keskin, 3/270; Serahsî, ed. Akşit, 5/333.

göre; müslüman olmayanların müslümanlar üzerinde hidâne hakkı yoktur. müslümanın müslüman olmayan üzerinde veya müslüman olmayanın müslüman olmayan üzerindeki hidâne hakkı ise sabittir.⁵⁵⁸

Hâdinenin müslüman olmaması ihtimalinde çocuk, din kavramını anlamaya başlarsa ve ona İslam'dan başka bir din telkin edilirse çocuğun dinî hayatı tehlikeye düştüğünden bahisle müslüman olmayan kadının hidâne hakkı ortadan kalkar.⁵⁵⁹ Nitekim çocuğun dinî kavramları algılaması, zihni gelişimine ve başta ana babası olmak üzere çevrenin etkisine göre şekillenir; bu ise takriben 7-10 yaşlarıdır.⁵⁶⁰ O halde çocuk, dini anlamadığı yahut İslam'dan başka bir dine alışmadığı müddetçe zimmî olan hâdine, isterse Mecûsî olsun, müslüman kadın gibi kabul edilmiştir.⁵⁶¹ Ancak dinden dönen kadın (mürtedde), müslüman oluncaya dek bu hakka sahip değildir.⁵⁶²

Hâdinenin çocuğa yabancı biriyle evli olmaması gerekir.⁵⁶³ Çocuğun anası ve diğer hâdinesi, çocuğa yabancı biri ile evlenince hidâne hakkını kaybeder.⁵⁶⁴ Söz konusu yabancı erkek, çocukla arasında evlenme engeli olmayan veya onun nesep itibariyle mahremi olmayan kişiyi ifade eder. Örneğin, çocuğa bakmakta olan ananın, çocuğun amcasıyla evlenmesi halinde yabancılık koşulu gerçekleşmemiştir.⁵⁶⁵

Hâdinenin çocuğa yabancı bir kocası olmaması gerektiği hususunda Hz. Peygamber'in (s.a.v.) bir anaya, nikahlanmadığı müddetçe çocuğu alma konusunda daha fazla hak sahibi olduğuna dair hadis-i şerifi delil olarak getirilmiştir.⁵⁶⁶ Zira kaynaklarda, hâdinenin çocuğa yabancı biriyle evlenmesi halinde, çocuğun faydasını korumak için lazım olan şefkatin ortadan kalkmasından endişe edildiğinden bahsedilmiştir. Ananın evlenmesi halinde de üvey babadan

⁵⁵⁸ Cezîrî, çev. Keskin, 6/2841.

⁵⁵⁹ Bilmen, 2/433; Karaman, 3/357; Halebî, 2/258; Abdulhamîd, 388; Kudûrî, çev. Arslan, 136; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2841.

⁵⁶⁰ Oktay Erdoğan, *Çocuk Hakları*, (İstanbul: Acar Basım, 2017),

⁵⁶¹ Baktır, 270. Hâdinenin çocuğun zayı olmasını gerektirecek kadar fâsık olmasının da hidâne hakkını düşürdüğü kabul edilmiştir. Çocuğa, akli ermeye başlayıncaya kadar anasının bakması münasip görülmüşse de sonrasında ondan alınır. Bazı alimler çocuğun dini meseleleri düşünebilecek seviyeye gelmesini yedi yaşla sınırlandırmıştır. Zaten mahdûn için hidâne, yedi yaşında sona erer. İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 7/250,268; Bilmen, 2/433.

⁵⁶² İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 7/248.

⁵⁶³ İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 7/268; Mavsilî, çev. Keskin, 3/268; Halebî, 2/257; Çeker, *Çocuk*, 144; Ansay, 239; Kudûrî, çev. Arslan, 136; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2840.

⁵⁶⁴ Cezîrî, çev. Keskin, 6/2840. Şâfiî hukukunda hâdinenin, kiminle olursa olsun evlenmesinin, mutlak manada hidâne hakkını düşüreceği ifade edilmiştir. Çeker, *Çocuk*, 145. Konuyla ilgili bir fetva şöyledir: "*Ayşenin annesi Fatma, başkasıyla evlenmekle hidane sakıt olmuştur, hidane hakkı ile Ayşe'nin bana teslimini isterim deyinince...*" *Bab Mahkemesi 54 Numaralı Sicil (1102/1691)*, haz. Yılmaz Karaca Hüseyin Kılıç, Rasim Erol, Salih Kahrıman, Fuat Recep, Sabri Atay (İstanbul: İSAM Yayınları, 2011c), 20/219.

⁵⁶⁵ Mavsilî, çev. Keskin, 3/268; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2840.

⁵⁶⁶ Ahmed b. Hanbel, el-Müsned, 2/182; Ebu Dâvûd, "Talâk", 35; Çeker, *Çocuk*, 145; Mavsilî, çev. Keskin, 3/268; Serahsî, ed. Akşit, 5/327.

çocuğa gelebilecek zararın önlenmesi amaçlanmıştır. Hâdine, çocuğa yabancı erkekten ayrılırsa “*Mâni‘ zâil oldukta memnu‘ avdet eder.*”⁵⁶⁷ kuralı gereği hidâne hakkını tekrar kazanır ve çocuğa yabancı biriyle evlenmediği müddetçe bu hakkı devam eder.⁵⁶⁸

Bir hususu belirtmekte fayda vardır ki; çocuğun akrabasına verilmesinin sakıncalı olacağı ve üvey babasının, ona akrabasından daha iyi bakacağı düşünülüyorsa çocuğu anasından almaya izin verilmemiştir. Nitekim hidâne konusunda fukahâ, her zaman çocuğun menfaatini gözetmenin ve ona göre fetva vermenin gerekliliğine vurgu yapmıştır. O halde basiret sahibi bir hâkim, somut olayın özelliğine göre çocuk için en yararlı olana dikkat etmelidir.⁵⁶⁹

Fukahâ içinde bir görüşe göre hâdine, çocuğa yabancı biriyle evlense bile bu kişi, çocuğu himayesine almayı kabul ederse kadının hidâne hakkı düşmez. Zira kadının çocuğa yabancı biriyle evli olmama şartının mutlak olarak kabul edilmesi halinde Nisâ sûresinin, üvey kızların babalıklarının evinde kaldığını haber veren 23. âyeti ile çatışan bir durum ortaya çıkar.⁵⁷⁰

Hanefilere göre baba, hidâne ücretini ödemekten aciz olduğu halde, kadın hidâneyi bedelsiz yapmayı kabul etmezse hidâne hakkını kaybeder. Çocuğun bakımı ve terbiyesini üstlenecek başka bir yakını varsa hidâne hakkı ona geçer.⁵⁷¹

Son olarak hâdine, çocuğa düşmanlık eden ve kin besleyen kimselerle bir arada kalmamalıdır. Çünkü çocuğa düşmanlık eden bir kimsenin bulunduğu evde onu ikamet ettirmekle çocuğa zarar gelmeyeceğinden emin olunamaz.⁵⁷²

cc. Sadece Erkeklerle Yönelik Şartlar

Hidâne hakkı sahibi kadınlardan kimse kalmazsa sıra erkeklere gelir. Fukahâ, hidâneyi üstlenecek erkekler bakımından da çocuğun maslahatını koruma amacı doğrultusunda bazı şartların varlığını aramıştır. Buna göre erkeklerin hidânede söz sahibi olabilmeleri için çocuğun mirasçısı olabilecek kadar yakını olmaları, çocukla aralarında din birliğinin mevcut olması ve

⁵⁶⁷ Bkz. Mc. m. 24.

⁵⁶⁸ Mavsîlî, çev. Keskin, 3/268; Halebî, 2/257.

⁵⁶⁹ İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 7/269.

⁵⁷⁰ Çeker, *Çocuk*, 145.

⁵⁷¹ Zuhayli, çev. Efe, 10/56; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2841.

⁵⁷² Zuhayli, çev. Efe, 10/56; İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 7/268; Bilmen, 2/432.

çocuk kız ise çocuğun mahremi olmaları gerekir.⁵⁷³ Mâlikîler, erkeğin yanında, çocuğun bakımıyla ilgilenebilecek bir kadının olmasının gereğinden söz ederler.⁵⁷⁴

Fukahâ, tüm bu şartlarla çocuğun kendisini yanında güvende hissedeceği birinin yanına bırakılmasını amaçlamıştır. Gerçekten, İslam hukukunda bu hususta mahdûnenin bakım ve himayesine ayrı bir önem verilmiştir. Bazı kaynaklarda mahdûnenin kimlerin yanına verilmeyeceğine dair özel başlık bile açılmıştır. Kısaca değinmek gerekirse mahdûne, erkek kardeşi dahil olmak üzere kendisine zarar vermesinden korkulan kimseye, mahremi olmayan erkeklere,⁵⁷⁵ mahremi olduğu halde sapık ve fâsık olan kimselere verilmez. Hidâne sahibinin salih ve güvenilir olması gerekir. Eğer kız çocuğu üzerinde hidâne hakkı sahibi olacak kimse yoksa hâkim, onun korunup gözetilmesi için gerekli tedbirleri alır ve mahdûneyi güvenilir bir kadının yanına bırakır.⁵⁷⁶ Yine mahdûnenin şahsî ve malî hususlarda acze düşmesi halinde hâkimin onu kollayıp gözetme yetkisi vardır.⁵⁷⁷

e. Hidânenin Süresi

Hidâne dönemindeki çocuk, belli bir süre boyunca hâdine tarafından korunur ve himaye edilir. Bu sürenin dolmasıyla genellikle babasına teslim edilir. Hidânenin süresine dair emredici bir hüküm yoktur.

Hidânenin süresi, çocuğunun cinsiyetine göre değişiklik arz eder. Kıyas kuralı gereği hidâne hakkı, kız ve erkek çocuk için eşit olsa da Hanefî fukahâsı kız çocuk için kıyas delilini belli sebepler doğrultusunda terk etmiştir. Buna göre erkek çocuklar hidâneye ihtiyacı kalmayana kadar, kız çocuklar ise bulûğa erinceye kadar anasının (hâdinenin) yanında kalır.⁵⁷⁸

Erkek çocuk; yeme-içme, elbiselerini giyip çıkarma, temizlenme gibi temel ihtiyaçları öğrenip bunları kendi başına yapmaya başladığı zamana kadar anasının yanında kalmaya devam eder.⁵⁷⁹ Erkek çocuğun kendi kendini idare edeceği yaşı sonu yedi ya da dokuz yaştır denilse de çoğunluğun görüşüne göre yedi yaştır.⁵⁸⁰ Ananın bakımına olan ihtiyacı bitince erkek çocuk

⁵⁷³ Baktır, 271.

⁵⁷⁴ Bilmen, 2/434; Bardakoğlu, "Hidâne", 469.

⁵⁷⁵ Hanefîlere göre yedi yaşına kadar mahdûne, hidâne hakkı sahibi mahremi olmayan kişiye verilebilir. Zuhayli, çev. Efe, 10/56. Yedi yaşını geçmiş mahdûnenin akrabasından sadece amcaoğlu varsa amcaoğlunun güvenilir olması kaydıyla, hâkimin emri üzerine, hidâne hakkının ona bırakılmasına izin verilmiştir. Mavsîlî, çev. Keskin,

⁵⁷⁶ Mavsîlî, çev. Keskin,

⁵⁷⁷ Serahsî, ed. Akşit, 5/337.

⁵⁷⁸ Serahsî, ed. Akşit, 5/328.

⁵⁷⁹ Kudûrî, çev. Arslan, 136.

⁵⁸⁰ Abdulhamîd, 399; Mavsîlî, çev. Keskin, 3/268; Baktır, 278; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2843.

babaya verilir.⁵⁸¹ Çünkü çocuğun bundan sonra babası yahut erkekler tarafından temin edilecek ihtiyaçları söz konusu olur.⁵⁸²

Kız çocuk, bakım ve terbiyeye ihtiyacı kalmasa bile erginlik çağına girene kadar anasının yanında kalmaya devam eder.⁵⁸³ Bu süre içinde ana ve teyze gibi hâdineler, kız çocuğun bakımı konusunda asabeden kimselere göre daha fazla hak sahibidir. İmam Muhammed'e göre tüm kız çocukları için hidâne, dokuz ya da on bir yaşında son bulur.⁵⁸⁴

Kız çocuk, anası veya büyükannelelerinden başka birinin yanında ise erkek çocuk hükmündedir ve hidâne süresi çocuğun erginlik çağına girmesiyle değil; kendi ihtiyaçlarını kendisinin görmeye başlamasıyla sona erer.⁵⁸⁵ Çünkü kız çocuğunu mezkûr kişilerden başkasının terbiye etme hakkı yoktur. Bundan sonra çocuğu kendi yuvasına alma hakkı babaya, baba yoksa asabe olmaya göre diğer yakınlarına geçer.⁵⁸⁶ Kız çocuğun erginlik çağına girmesiyle anasının yanından babasının yanına geçmesinin çeşitli sebepleri vardır. Bu sebepler arasında babanın, çocuğu koruma ve evlendirme konularında yetkin olması gösterilmiştir.⁵⁸⁷

Hidânenin süresi itibariyle yapılan bu ayrım birçok sebebe dayandırılmıştır. Bu sebepler kadın ve erkek fitratının farklılıkları, çocuğun yararı ve fitratının korunması üzerinde yoğunlaşmıştır.⁵⁸⁸

Mâlikîlere göre; erkek çocuğun hidânesi erginlik çağına gelene kadar, kız çocuğun hidânesi ise evlenip de kocasıyla cinsel temasta bulununcaya kadar devam eder. Şafîîlere göre hidânenin belirli bir süresi yoktur, çocuğun tercihiye göre hareket edilir. Hanbelîlere göre ise her iki cins için de hidâne yaşının sonu yedi yaştır.⁵⁸⁹ Mısır aile hukukunda bu husus 1929 tarihli ve 25 Sayılı Kanun'un 20. maddesinde ele alınmıştır. Buna göre erkek çocuk yedi yaşına, kız çocuk dokuz yaşına kadar kadınların hidânesinde kalabilir. Bu yaşlardan sonra hâkim, çocuğun yararına göre bu süreyi iki yıl uzatma konusunda takdir yetkisine sahiptir.⁵⁹⁰

Hak sahibinin çocuğun bakım ve gözetimini sağlamaktan aciz hale gelmesi, bulaşıcı bir hastalığa yakalanması, ahlaki zaaflarının ortaya çıkması, çocuğun yetişmesi açısından olumsuz

⁵⁸¹ Abdulhamîd, 399; Serahsî, ed. Akşit, 5/327.

⁵⁸² Abdulhamîd, 400; Mavsîlî, çev. Keskin, 3/268; Halebî, 2/257.

⁵⁸³ Kudûrî, çev. Arslan, 136; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2843.

⁵⁸⁴ Abdulhamîd, 401; Serahsî, ed. Akşit, 5/328; Halebî, 2/257; İnanır, 158; Kelebek, 144.

⁵⁸⁵ Veya kız çocuk cinsî münasebete elverişli olabilecek fizikî yetişkinliğe gelmesi manasında “müştehat” olmasıyla sona erer. Çeker, *Çocuk*, 150; Baktır, 279.

⁵⁸⁶ Serahsî, ed. Akşit, 5/335; Baktır, 280; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2843.

⁵⁸⁷ Mavsîlî, çev. Keskin,

⁵⁸⁸ Serahsî, ed. Akşit, 5/328.

⁵⁸⁹ Baktır, 280; Döndüren, 333-334; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2843-2844.

⁵⁹⁰ Abdulhamîd, 392.

bir ortamın oluşması, uzun süreli yolculuk veya ikametgâh değişikliği gibi durumlarda hidâne hakkı sona erer.⁵⁹¹

Hanefilere göre, hidâne süresi sona erdikten sonra çocuğu yanında tutmaya en çok hak sahibi olan kişi, velayet ehliyetini haiz olması şartıyla, babasıdır. Çocuğun hâdinenin yanından babasının yanına geçmesi üç şekilde gerçekleşir: Birincisi, erkek çocuğun kendisine bakar duruma gelmesidir. İkincisi, kız çocuğun erginlik çağına ulaşmasıdır. Üçüncüsü ise ana veya büyükanneleleri dışında diğer yakınl/arının yanındaki kız çocuğun kendi ihtiyaçlarını görür duruma gelmesidir. Bu hallerin gerçekleşmesiyle küçüğü kendi yuvasına alma hakkı babaya, baba yoksa asabe olmaya göre diğer yakınlarına geçer. Fakat amca oğlu, asabe olmasına rağmen mahdûneyi yanına alamaz. Zira kız çocuğu mahremi olmayan kimseye verilemez. Erkek ve kız çocuğun ne babasının ve ne de babasının yerine kaim olacak akrabalarının hidâne sonrası çocuğu tutma konusunda bir seçim hakkı yoktur.⁵⁹² Erkek çocuk bulûğa erdiğinde, kız çocuk ise aklî ve fikrî olgunluğa ulaştığında ana veya babasının yanında kalmak konusunda serbest bırakılır.⁵⁹³

Hidâne süresi sona erdikten sonra Şâfiîler ve Hanbelî hukukçular çocuğun sorumluluğunun kime geçeceği konusunda farklı bir görüş benimsemiştir. Buna göre mümeyyiz çocuk, ana babasından hangisini seçerse onun yanında kalır.⁵⁹⁴ Bu görüş, Hz. Peygamber'in (s.a.v.), ana babası boşanmış bir erkek çocuğu onlardan birini seçmekte muhayyer bıraktığı hadisiyle delillendirilmiştir.⁵⁹⁵

f. Hidâne Ücreti

Bakım sorumluluğunu üstlenen kişi çocuğun anası ise gerek evlilik gerekse iddet süresinde hidâne ücreti isteme hakkı söz konusu değildir. Nitekim hidâne ücreti, evlilik birliği içinde kocanın eşi ve çocuğu için vereceği nafaka kapsamındadır.⁵⁹⁶

⁵⁹¹ Bardakoğlu, "Hidâne", 467-471.

⁵⁹² Abdulhamîd, 399; Serahsî, ed. Akşit, 5/335; Halebî, 2/258; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2838.

⁵⁹³ Bardakoğlu, "Hidâne", 471.

⁵⁹⁴ İnanır, 158; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2843-2844. Ahvâlî's-Şahsiyye m. 497-499'a göre çocuk, bulûğa ermeden önce ana babasından kimin yanında kalacağı konusunda muhayyer bırakılamaz. Bulûğa erdikten sonra erkek veya kız oluşuna göre farklı hükümlere tâbidir. Akgündüz, 131.

⁵⁹⁵ Ebu Dâvûd, "Talâk" 35; Tirmizî, "Ahkâm" 21.

⁵⁹⁶ Döndüren, 331; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2848. "Küçüğün nafakası ... babası üzerine ... ninesi ve hâdinesi talebiyle ... günlük dört akçe takdir etti. 1073/1663" *İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil (1073/1663)*, haz. Salih Kahriman Rasim Erol, Fuat Recep, Sabri Atay, Hüseyin Kılıç, Yılmaz Karaca (İstanbul: İSAM Yayınları, 2010), 16/122.

Hidâne masrafları, çocuğun nafakası hükümlerine göre çocuğun babasına aittir. Bu ise emzirme ücretinden ve kadının nafakasından ayrıdır. Ayrıca ananın çocuğu ile oturabileceği bir evi yoksa baba, çocuğun terbiye edileceği yeri temin etmekle yükümlüdür.⁵⁹⁷

Çocukların nafaka alabilmeleri ile ilgili şartlar burada da geçerlidir. Hidâne masrafları varsa çocuğun kendi malından, yoksa nafaka mükellefi babası tarafından o da yoksa diğer nafaka mükelleflerinden karşılanır. Babanın hidâneye sahip olması için çocuk ile arasında din birliği olması gerektiği halde hidâne masraflarını çekmesi için böyle bir şart aranmaz.⁵⁹⁸

g. Hidâne Mekânı

Çocuk, evlilik birliği içinde normal olarak ana ve babasının yanında büyür. Ancak ana baba, herhangi bir sebeple ayrı iseler babanın çocuğun bakım ve ihtiyaçlarının karşılanacağı yeri temin etmesi gerekir. Hidâne dönemi boyunca çocuğun babası veya diğer velisi, çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahiptir. Ayrıca çocuğun aynı ilde, baba veya velinin ise farklı bir ilde ikamet etmesi gerekiyorsa bunun haklı bir gerekçeye dayanmasına ve çocuğun bakım ve gözetimiyle ilgili bir sorun oluşturmamasına dikkat edilir.

Ana dışındaki diğer hâdineler, baba veya diğer velilerin izni olmaksızın çocuğu başka bir yere götüremezler. Ana ise en fazla babanın bir gün içinde gelip, çocuğu görüp, geri dönebileceği bir uzaklığa çocuğu götürebilir. Ananın, çocuğu daha uzak bir yere götürebilmesi için götüreceği yerin ananın vatanı olması ve orada nikahlanmış olması şartları vardır.⁵⁹⁹ Hidânesi sona ermiş çocuğu, baba ve diğer veliler farklı bir yere götürebilirler. Ana ve çocuğa mahrem durumdaki diğer kişiler dilediklerinde gelip çocuğu görebilirler.⁶⁰⁰ Aynı zamanda çocuk kendini idare edebilecek duruma gelmediği müddetçe babasının onu anasının yanından alıp yolculuğa götürme hakkı yoktur.⁶⁰¹

Ana ile babanın evlenip çocuğun hidânesinde kalacağı yer İslâm'ın egemen olmadığı bir yer olmamalıdır. İslâm'ın egemen olmadığı bir toplumda yetişen çocuk o yerin yaşam tarzına alışacağından bu fukahâca doğru görülmemiştir. Ayrıca eğer evlilik sözleşmesi ananın kendi yaşadığı yerden farklı bir yerde yapıldıysa ananın çocuğu memleketine götürme hakkı

⁵⁹⁷ Baktır, 282; Abdulhamîd, 393; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2848.

⁵⁹⁸ Çeker, *Çocuk*, 152; Ansay, 240; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2848.

⁵⁹⁹ Abdulhamîd, 398; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2845.

⁶⁰⁰ Ekinci, 323.

⁶⁰¹ Halebî, 2/258.

yoktur. Ananın halihazırda yaşadığı yerden kendi memleketine çocuğu götürebilmesi için ana ile babanın evlilik sözleşmesini orada yapmış olması gerekmektedir.⁶⁰²

Fukahâ, hidânenin amacına uygun şekilde çocuğun eğitim ve terbiye alabilmesi için şehir ve köy yaşamının ayrıntılarını dahi düşünmüştür. Buna göre; diğer şartlar da sağlandığı takdirde ana çocuğu köyden şehre götürebilir. Ancak köy hayatı şehir hayatından -doğası gereği- daha çok sertlik ve kabalık içerdiğinden ananın çocuğu şehirden köye götürmesi doğru bulunmamıştır.⁶⁰³

h. Hidâne Döneminde Çocuğun Eğitimi

Ana babanın çocuğa karşı en temel görevlerinden biri çocuğu her açıdan ve mümkün olan en iyi şekilde yetiştirmek ve eğitmektir. Aile çocuğun eğitiminde her zaman etkili olmakla birlikte özellikle de okul öncesi dönemde bu etki çok daha barizdir.⁶⁰⁴ Ayrıca aile içinde verilen eğitim çocuk için ilk ve temel eğitim vasfındadır. Çocuğa verilen eğitim, çocuğun gerek bireysel gelişimi gerek içinde yaşadığı toplumdaki rolü açısından son derece önemlidir.

İslam, kendi prensipleri doğrultusunda bir toplum düzeni oluşturmayı amaçlar. Toplumun en temel yapıtaşı aile olduğundan İslam; ailenin kurulması, karı-koca ilişkileri, çocuğun yetiştirilmesi, aile birliğinin sonlanması gibi aileyle ilgili tüm alanlarda ilkeler belirlemiştir. Gerek çocuğun bireysel gelişimi gerek toplum düzeninin sonraki kuşaklar tarafından da sürdürülmesi ve geliştirilmesine katkı sağlayacağı için çocuğun yetiştirilmesi ve eğitimine İslam dininde büyük önem verilmiştir.

İslam hukukunda çocuğun yeteneklerini göz önünde bulundurarak çocuğa mesleki eğitim sağlama, dinî eğitim ve terbiye verme ana babanın çocuğun eğitimiyle ilgili başlıca görevlerindendir.⁶⁰⁵ İslam'da çocuğun bakım ve eğitimine dair ana kaynaklar hiç kuşkusuz Kur'an ve sünnettir. Âyette "*Ey iman edenler! Kendinizi ve aile bireylerinizi yakıtı insan ve taşlar olan ateşten koruyun.*"⁶⁰⁶ uyarısıyla aile bireylerinin eğitim ve terbiyesinin insan üzerinde bir sorumluluk olduğu belirtilmiştir.⁶⁰⁷ Ayrıca Hz. Peygamber (s.a.v.) de bir hadisinde

⁶⁰² Bilmen, 2/438; Mavsîlî, çev. Keskin, 3/271.

⁶⁰³ Bilmen, 2/439-441.

⁶⁰⁴ Mehmet Faruk Bayraktar, "Ailenin Eğitim Görevi", *Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi* 2 (1995), 117; Şuayip Özdemir, "Çocuğun Din Eğitiminde Ailenin Rolü", *Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi* 9 (2002), 114.

⁶⁰⁵ Bayraktar, 135.

⁶⁰⁶ et-Tahrîm 66/6.

⁶⁰⁷ Eşkan, 36.

çocukların eğitim sorumluluğunu ana babaya yüklemiş ve “*Kişinin çocuğunu eğitmesi, sadaka vermesinden daha üstün bir ibadettir.*”⁶⁰⁸ buyurmuştur.

İslam dini, iman edenleri hem terbiyeli, erdemli ve ahlaklı bir birey olmakla hem de İslam dininin gereklerini yerine getirecek düzeyde bir eğitime sahip olmakla mükellef kılmıştır. İslam’da, dinî kuralları derinlemesine bilmesi gereken ulema ile fukahâ dışındaki herkes zaruri bilgileri hem kendi öğrenmeli hem de velayeti altındakilere öğretmelidir.⁶⁰⁹ Çocuğun bu dinî ve ahlaki eğitimi alması İslam dininde ana baba için bir sorumluluk olduğu gibi çocuk için de bir haktır. Çocuğun belirli bir döneme kadar neredeyse tek sosyal çevresi ve örnek modeli ana babasıdır. Bu nedenle çocuğun terbiyesi, yetiştirilmesi ve kişiliğinin gelişiminde ana babanın sevgi ve şefkat temelli bir yaklaşım içerisinde olması çocuğun tüm hayatını etkileyecektir.⁶¹⁰

Fukahâ, hidâne döneminde çocuğun eğitiminin ana ile baba tarafından ortak gerçekleştirilebileceğini ancak hukuki yetkinin babaya ait olduğunu ifade etmiştir. Şâfiî hukukunda da bakım hakkı anasında olan çocuğun gündüzleri babası tarafından alınıp te’ dib edilmesinin veya bir eğitim kurumuna verilmesinin ananın bakım hakkına zarar vermeyeceği ifade edilmiştir. Bir görüşe göre, çocuk üzerindeki velayet hakkı ve çocuğu eğitip terbiye etme yetkisi genel olarak babasına aittir ancak hidâne dönemiyle sınırlı olmak üzere bu hak ve yetkiye çocuğun hâdinesi de sahip olabilir. Buna göre, hidâne döneminde babanın olmaması veya fiili imkânsızlıklardan dolayı çocuğu eğitme ve yetiştirme görevini gereği gibi yerine getirememesi durumunda çocuğu yanında bulundurma hakkına sahip kişiler bu eksikliği tamamlamak zorundadır.⁶¹¹

aa. Te’ dib

Te’ dib kelimesinin sözlükteki karşılığı “*Uslandırma, haddini bildirme; velâyet hakkının ana ve babaya hak ve ödev olarak bahşettiği çocuğu gerektiğinde hafif ceza ile ıslah, terbiye etme, yetiştirme hakkı.*” şeklindedir.⁶¹² Bu tanıma göre ana babaların, velayetleri altındaki küçüğü edepli ve saygılı bireyler olarak yetiştirme hak ve sorumluluğu vardır.⁶¹³ Te’ dib hakkı, ana babanın çocuklarını eğitme hak ve sorumluluğu ile çocukların ana babaya

⁶⁰⁸ Tirmizî, “Birr”, 33.

⁶⁰⁹ Kelebek, 146.

⁶¹⁰ Osman Türer, “Erzurumlu İbrahim Hakkı’nın Çocuk Terbiyesine Dair Düşünceleri”, *İslam’da Aile ve Çocuk Terbiyesi*, ed. İbrahim Canan, (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2005), 56.

⁶¹¹ Samed Atasoy, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Hidâne*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 138.

⁶¹² Erdoğan, 556; Oğuzman-Dural, 280.

⁶¹³ Hanefî hukukunda te’ dib, velinin zaruret halinde başvurması gereken bir sorumluluk olarak nitelendirilmişken Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî hukukunda meşru sınırlar içinde velinin başvurulabileceği bir hak olarak nitelendirilmiştir. Kudat, 52.

itaat sorumluluğunun birleştirici unsurudur. İslam hukukçuları çocuğun te'dibiyle; edebe ve kültürel değerlere aykırı davranışlara karşı çocuğu himaye etmeyi ve çocuğun bu tür davranışlarla başkalarına zarar vermesini önlemeyi amaçlamıştır.⁶¹⁴

Te'dib; nasihat, uyarı, azar, hırpalamak ve hafifçe dövmek gibi cezalandırma şekillerini ihtiva etmekle beraber en önemli te'dib usulü şefkatle yaklaşarak nasihattir.⁶¹⁵ Küçüğe yaptığı eylemin kötü yönlerini onun anlayacağı şekilde açıklamak ve o eylemin tekrarından sakındırmak öncelikli te'dib yöntemi olmalıdır. Bunun en güzel örneklerinden biri oğluna güzel bir dille öğüt veren Hz. Lokman'ın sergilediği duruştur.⁶¹⁶ Hz. Peygamber (s.a.v.), terbiye etme amacıyla dahi olsa çocuklarına ve torunlarına karşı hiç şiddete başvurmamış, hakaret vb. aşağılayıcı tavır takınmamıştır. Bilakis onlara karşı her daim sevgi, ilgi ve yumuşaklıkla yaklaşmıştır. Henüz üç ya da beş yaşında olan küçük bir çocuğun kuşuna olan bağlılığını ve kuşun ölmesi üzerine duyduğu üzüntüyü bilen Hz. Peygamber (s.a.v.), çocuğun yasını paylaşp başsağlığı dilemiştir.⁶¹⁷ O böylece, insanlığa örnek olacak bir davranış sergilemiştir.

Velinin te'dib hakkına dayanarak ölçsüz ve ağır eğitim metotlarına başvurması halinde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur.⁶¹⁸ Ana baba te'dib hakkını suiistimal etmemelidir. Aksi halde bu durum velayetin kaldırılma gerekçesi olabilmektedir. Eğer çocuk, ana babanın tüm gayretine rağmen te'dib edilemiyorsa çocuk gayri mümeyyiz ise ana babanın gayreti desteklenir; mümeyyiz ise hâkim tarafından gerekli tedbirler alınır. Çocuğa, işlediği suçlardan ötürü te'diben caydırıcı yaptırımlar uygulanır. Buradaki önemli nokta; çocuk temyiz kudretine sahip olsun veya olmasın te'diben uygulanan yaptırımların çocuğu cezalandırma şekline dönüştürülemeyeceğidir.⁶¹⁹

bb. Dinî Eğitim

Çocuğun din eğitimi alması, İslam hukukuna göre bir gereklilik ve haktır. Sadece İslam hukukunda değil kaynak olarak dinî hükümleri esas alan tüm hukuk sistemlerinde dini eğitim verilmesi ana baba için bir sorumluluktur. Fukahâ, İslam'a göre her müslümanın öğrenmesi gereken temel ilimleri "*farz-ı ayn ilimler*" olarak isimlendirmiştir.⁶²⁰ Bunlar kısaca; itikad ve inanca, ibadetlere, geçim için meslek öğrenimine, ahlaka dair ve insan ilişkileri için gerekli

⁶¹⁴ Kelebek, 148.

⁶¹⁵ Eşkan, 38; Berki, 41.

⁶¹⁶ Lokmân, 31/13, 16-19.

⁶¹⁷ Buhârî, "Edeb" 112.

⁶¹⁸ Köse, 96.

⁶¹⁹ Kelebek, 150.

⁶²⁰ Kelebek, 147; Eşkan, 39.

genel kültüre dair ilimler olarak sıralanabilir.⁶²¹ Çocuğa, bu ilimlerin öğretilmesinin sorumluluğu ailede özellikle de babadadır. Çocuk konuşmaya başladığında tevhid kelimesi öğretilir ve zamanla tevhide dair bilgiler verilir. Âyette belirtildiği üzere Hz. Lokman evladına, “*Ey yavrucuğum! Allah’a ortak koşma...*”⁶²² diyerek çocuğuna tevhid eğitimi vermiştir. Ayrıca “*Ey yavrucuğum*” ifadesindeki sevgi ve merhamet dili, dini eğitim verecek ana babanın eğitim sırasında çocuğa yaklaşımı için güzel bir örnektir. Hz. Peygamber (s.a.v.) de “*Çocuğa yedi yaşındayken namaz kılmayı öğretiniz.*”⁶²³ buyurarak dini eğitimin ve bu eğitimde her aşamanın zamanlamasının önemini vurgulamıştır. Bu noktada belirtmek gerekir ki doğumdan itibaren aile içinde eğitim çocuğun ana babayı örnek alması şeklinde zaten başlamıştır. Hadiste belirtilen namaz üzerinden örnek verecek olursak çocuk, aile bireylerinin güzelce abdest alıp huşu içinde namaz kıldığı bir atmosferde büyürse onları taklitte abdest alma, namaz kılma, namazla ilgili sorular sorma şeklinde namazın birçok gereğini öğrenecek ve bu süreçte namaz kılmaya beden ve ruhen hazır hale gelecektir.⁶²⁴ Ana baba, çocuğun eğitimi sırasında söylediğinden daha çok yaptıklarının çocuk üzerinde etkili olduğunu bilmelidir. Dini eğitim verirken önemli olan nokta çocuğun yaşına ve kapasitesine uygun şekilde, çocuğu bunaltmadan, sevgi ve hevesle öğrenmesini ve uygulamasını sağlamaktır. Ana babalar, küçük yaştan itibaren çocuklarını ibadete teşvik etmeli ve onlara fırsatlar tanımalıdır. Örneğin, bazı vakitler çocukları camiye götürmek, sadaka verirken çocuğun da vermesini sağlamak gibi davranışlar çocukların camiye ve cemaate alışmaları veya sadaka vermeyi ve cömert olmayı öğrenmeleri gibi güzel hasletler edinmelerini sağlar.⁶²⁵ Ayrıca din eğitimi veren ana baba, yapıları gereği meraklı ve öğrenmeye aç olan çocukların sordukları soruları ciddiye almalı, sorulara doğru ve doyurucu cevabı verebilecek şekilde kendini geliştirmelidir.

cc. Meslekî Eğitim

Fukahâ, çocuğun gerekli donanımlara sahip olarak hayatını idame ettirebilecek bir meslek sahibi olabilmesi ve toplumda saygın bir yer edinebilmesi için gerekli eğitimi almasını çocuğun eğitim muhtevasının olmazsa olmaz bir parçası olarak görmüştür. Fukahâ, çocuğun mesleki anlamda çağa uygun yetiştirilme hak ve görevinin çocuğun velisine öncelikle de babaya ait olduğunu belirtir.⁶²⁶ Eğer baba yok veya bu görevi ifa edebilecek durumda değilse o

⁶²¹ Zorlu, 153; Kelebek, 146.

⁶²² el-Lokmân 31/13.

⁶²³ Ebû Dâvûd, “Salât”, 26.

⁶²⁴ Zorlu, 154; Bayraktar, 134; Türer, ed. Canan, 355.

⁶²⁵ Bayraktar, 134.

⁶²⁶ Serahsî, ed. Akşit, 4/213; Zorlu, 154; Eşkan, 40.

halde çocuk üzerinde bakıma görevli olanlar bu sorumluluğu yerine getirmelidir. Mesleki bilgiyi farz-ı ayn ilimler içerisine koyan fukahâ; çocuğa, kendi kabiliyetlerine ve ailenin sosyal statüsüne göre bir eğitim verilmesi gerektiğini vurgulamışlardır.⁶²⁷ Din açısından her ne kadar bir mesleğin diğerine daha üstün olma gibi bir durumu yoksa da toplumsal yapıda böyle ayrımlar görülebilmektedir.

4. Nafaka

Nafaka kelimesinin sözlükteki karşılığı “*çıkmaq, gitmek, sarf etmek*” şeklindedir. Hukuki bir terim olarak nafaka, kişinin bakmakla yükümlü olduğu ana, baba, çocuk (usûl-fürû), eş ve yakın akrabalarının yiyecek, giyecek, talim terbiye, sağlık ve mesken gibi hususlarda asgari geçimlerini karşılamasını ifade eder.⁶²⁸ Bununla birlikte nafaka başta kişinin kendi nefsi içindir.⁶²⁹ Diğer kimselerin nafaka hakkı ise evlilik, nesep bağı veya mülkiyet bağından kaynaklanır.⁶³⁰

İslam hukukunda kız ve erkek çocukların nafakalarını karşılama görevi, yaşıyorsa ve mali gücü elveriyorsa babaya aittir. Zira Kur’ân’da “*Onların normal ölçülerde yiyecek ve giyeceklerini sağlamak da çocuk kendisinden olanın (babanın) borcudur.*”⁶³¹ buyrulmuştur. Çocuk, babanın bir parçası olarak görülmüş ve çocuğun nafakasına babanın kendi nafakası gözüyle bakılmıştır. Çocuk üzerinde velayete sahip olan baba, gerek evlilik birliği devam ettiği müddetçe gerek sona erdikten sonra çocuğun nafakasını temin eder.⁶³² Nafakanın babaya ait olması, emzirme ücretine ilişkin hükümlerle de uyum içindedir. Zira daha önce ifade edildiği gibi, boşanma vuku bulduktan sonraki emzirme ücreti nafaka kapsamındadır⁶³³ ve varsa çocuğun malından yoksa babası tarafından ödenir. Emzirme ücreti çocuğun babasına aitse çocuğun nafakası evleviyetle babasına aittir.⁶³⁴

Çocuğun nafakasını sağlamada babaya bir üçüncü kişinin ortak olması söz konusu değildir.⁶³⁵ Babanın mevcut olmaması, herhangi bir sebeple kazanç sağlamaktan aciz olması,

⁶²⁷ Eşkan, 40.

⁶²⁸ Bilmen, 2/444; *Türk Hukuk Lûgatı*, 264; Halebî, 2/260.

⁶²⁹ Bkz. Müslim, “Zekât”, 95, 97; Ebû Dâvud, “Zekât, 39, 40; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, 2/94.

⁶³⁰ Zuhayli, çev. Efe, 10/78; Serahsî, ed. Akşit, 5/354; Döndüren, 236.

⁶³¹ el-Bakara 2/233.

⁶³² Birsin, 181; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2822. Üvey baba, çocuğun nafakasını karşılamakla yükümlü değildir. Bu husustaki fetva için bkz. Kudûrî, çev. Arslan, 135; İnandır, 159.

⁶³³ et-Talâk 65/6.

⁶³⁴ Üsrüşenî, çev. Cânan, 86-87.

⁶³⁵ Kudûrî, çev. Arslan, 135. Ancak babanın ölmesi durumunda örneğin, sağ kalan eşin ve babanın babasının durumları iyiye çocuğun nafakasını sağlamada birbirlerine ortak olma imkanları vardır. Bu ortaklık, anne ile dedenin mirastaki payları oranında çocuğun geçimini sağlamaları hakkındadır. Serahsî, ed. Akşit, 5/362. Ebû

vefat etmiş ve geride mirasının kalmamış olması hallerinde çocuğun nafakasını karşılama görevi Hanefilere göre, varlıklı iseler erkek veya kadın usulüne aittir. O halde babadan sonra nafakayı karşılamada babanın babası sorumludur. İmam Şâfiî'ye göre, baba yoksa ana karşılar.⁶³⁶ Çocuğun yakınlarının nafaka yükümlülüğü ve hangi oranda nafaka ödemekle sorumlu olduklarının tespitinde mirasçı olup olmamaları veya çocuğa olan yakınlıkları önem arz eder.⁶³⁷ Nafakayla yükümlü kimsesi olmayan çocuk, devlet başkanının sorumluluğundadır. (Üstsoy) kadının ve üstsoy dışındaki yakınların nafaka yükümlüsü olmaları için zengin olmaları şarttır. Kendisine bakacak bir yakını olmayan çocuğun nafakasını karşılamak, devlet başkanının sorumluluğundadır.⁶³⁸

Nafaka miktarı, yükümlünün ekonomik gücüne göre belirlenir.⁶³⁹ Fukahâ, nafaka yükümlüsünün ve yörenin maddi durumlarına göre çocuğun yiyeceği, içeceği, giyeceği, ikametgahı, emiyor ise emzirme ücretinin ihtiyaç miktarınca karşılanması gerekliliğinde ittifak etmiştir.

Nafaka, hâkim tarafından mallar bakımından un, su, tuz, odun, yağ, mum, sabun vb. üzerinden belirlenebileceği gibi nakit olarak da belirlenebilir. Belirlenmiş nafakanın hal ve şartlar gerektiriyorsa sonradan artırılıp azaltılması mümkündür. Çocuğun nafakasından anası yararlanamaz.⁶⁴⁰ Boşanma durumunda ana, babanın çocuk için tayin ettiği nafaka miktarına itiraz edip hâkimden yeni bir değer takdir etmesini isteyebilir.⁶⁴¹

Nafaka yükümlülüğünde temel düstur kişinin kendi masraflarını kendi karşılaması olduğundan dolayı, imkânı bulunanlar başkasından nafaka talep edemezler.⁶⁴² Diğer bir deyişle, nafakanın belirli bazı kimselere yüklenmesi ihtiyaca göredir. Çocuğun kendine ait malları varsa ve zenginse, nafakaya ihtiyacı olmadığından babasından nafaka yükümlülüğü kalkar.⁶⁴³

Hanîfe'den rivayet edilen bir görüşe göre küçük çocuğun nafakasının üçte biri anasına ait olmalıdır. Halebî, 2/265-266.

⁶³⁶ Çiğdem, 143.

⁶³⁷ Zuhayli, çev. Efe, 118. Maddi durumu iyi olan ananın, çocuğun nafakasını teminde babaya yardımcı olmasının vahyin arzusuna uygun olduğu ve günümüzde özellikle ekonomiye katılan ananın, nafaka yükümlülüğünde babaya yardımcı olması gerekliliği görüşü için bkz. Çiğdem, 134.

⁶³⁸ Üsrüşenî, çev. Cânan, 91-95; Mehmet Özkan, "İslam Hukukunda Velâyet Sahiplerinin Çocuğun Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkileri", *Balıkesir İlahiyat Dergisi* 13 (2021), 157; Celal Erbay, "Nafaka", *DİA* (İstanbul: İSAM Yayınları, 2006), 283.

⁶³⁹ Bkz. et-Talâk 65/7.

⁶⁴⁰ H. Necati Demirtaş, *Fetvâları ile Şeyhülislam Ebüssu'ûd Efendi*, (İstanbul: Akıl Fikir Yayınları, 2016), 376-378.

⁶⁴¹ Bu hususta Osmanlı zamanında verilen bir fetva için bkz. İnandır, 159.

⁶⁴² Yaman, 69; Zuhayli, çev. Efe, 10/85.

⁶⁴³ Serahsî, ed. Akşit, 355; Ebü'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Ferganî el- Merginânî, *el-Hidâye Tercümesi*, çev. Ahmed Meylânî (İstanbul: Kahraman Yayınları, 1991), 165-166; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2822.

Çocuğun nafakası kız çocuklar ve erkek çocuklar için farklılık arz eder. Kız çocuğun nafakası gelir temininden aciz olmasa bile evlenene kadar babasına aittir.⁶⁴⁴ Kız çocuğunun bulûğdan sonra evleninceye kadar nafakasını temin konusunda fakihlerden kimi, nafakanın üçte ikisinin babasına, üçte birinin anasına ait olduğunu ifade etmişlerse de Ebu Hanîfe ve İmam Mâlik nafakanın tamamının babasına ait olduğu görüşündedir. Boşanmış olduğu halde iddet süresi bitiminde nafakasını tekrar baba üstlenir.⁶⁴⁵

Erkek çocuğun nafakası ergenlik dönemine kadar babasının üzerindedir. Bununla birlikte bulûğ çağını geçmiş de olsa çalışıp geçimini kazanmasına engel olan kötürümlük, âmâlık, aklî dengesinde bozukluk, öğrencilik veya askerlik gibi bir engeli olan erkek çocuğun nafakası yine babası tarafından karşılanır.⁶⁴⁶ Yine bazı Hanefî hukukçuları bu vaziyetteki çocuğun nafakasının üçte ikisinin babasına, üçte birinin anasına ait olduğunu; bazıları ise tamamının babasına ait olduğunu söylemişlerdir.⁶⁴⁷

Fakir bir kimse, eş ve küçük çocuğun nafakası haricinde bir başkasına nafaka vermeye zorlanamaz. Hanefî hukukunda çocuğun nafakası bir bedel ve tazminat ödemesi olarak kabul edilmiş ve babanın fakir olmasının bu yükümlülüğü ortadan kaldırmayacağı ifade edilmiştir.⁶⁴⁸ Çalışamayacak bir durumda olmadığı müddetçe baba, kazanç temin etmeye ve iâşelerini üstlenmeye mecburdur. Ancak baba, eşi ve çocuğu için nafaka sağlayamaya muktedir değilse (örneğin babanın kötürüm olmasından dolayı mal kazanamaması) nafaka yükümlülüğü baba sağ olmasaydı kimin üzerinde olacaktı ise o şekilde olur.⁶⁴⁹ Nafakayı üstlenen varlıklı ana, yaptığı ödemeyi durumu düzelince çocuğun babasından (velisinden) dilerse alabilir.⁶⁵⁰ müslüman bir kimse, gayrimüslim akrabalarının nafakasını vermeye zorlanmadığı halde, aralarında din birliği olmasa dahi, çocuğunun nafakasını karşılamak zorundadır.⁶⁵¹

Özetlemek gerekirse baba veya dedenin (aslın) nafaka yükümlülüğünün doğması üç şarta bağlıdır. Birincisi, aslın zengin ya da kazanç sağlamaya muktedir olması; ikincisi, çocuğun fakir olması ve kazanç sağlayacak kudretinin bulunmaması; üçüncüsü ise nafaka süresinin geçmemiş olmasıdır (erkek çocukta bulûğa erme, kız çocukta evlenme).⁶⁵²

⁶⁴⁴ Erbay, "Nafaka", 283; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2822. Kız çocuk, kazanç temin ettiğinde nafakasını kendi temin eder. H. İbrahim Acar, *İslâm Aile Hukuku*, (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2022a), 197.

⁶⁴⁵ Acar, 198.

⁶⁴⁶ Erbay, "Nafaka", 283; Acar, 197; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2822.

⁶⁴⁷ Çiğdem, 143.

⁶⁴⁸ Birsin, 182.

⁶⁴⁹ Bilmen, 2/446; Ansay, 239; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2823.

⁶⁵⁰ Üsrüşenî, çev. Cînan, 87; Kelebek, 154; Serahsî, ed. Akşit, 5/354; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2823.

⁶⁵¹ Kelebek, 153; Zuhayli, çev. Efe, 10/83; Kudûrî, çev. Arslan, 135.

⁶⁵² Zuhayli, çev. Efe, 115; Çeker, *Çocuk*, 140; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2822-2823.

Nafaka süre ile ilintili bir borçtur ve vaktin geçmesi ile düşer. Nitekim ödenmediği süreçte çocuğun nafakaya olan ihtiyacı kalkar ve borç olarak nafaka yükümlüsünün zimmetinde bekleyemez. Bu özelliği sebebiyle babanın çocuğuna karşı diğer borçlarından farklıdır. Dolayısıyla bir baba, yaşları küçük çocuklarının nafakasını vermekten imtina ediyorsa hapsedilir ki bu durumda çocuğun ölümünü kastediyor demektir.⁶⁵³

Nafaka alacaklısı kimseler hâkim kararına ihtiyaç olmadan haklarını alabilirler.⁶⁵⁴ Buna delil olarak kocası şehir dışında olduğu sırada Hz. Peygamber'in (s.a.v.) yanına gelerek kocasının kendine ve çocuklarına gereği gibi nafaka vermediğini söyleyen Ebû Süfyan'ın karısı Hind'e hitaben *"Örfe göre kendine ve çocuğuna yetecek miktarda Ebû Süfyan'ın malından al."*⁶⁵⁵ buyurması gösterilmiştir.

Hısımlar arası nafaka mükellefiyetinin en önemli özelliklerinden biri, karşılıklı olmasıdır. Yani çocuğun ana babasından nafaka istemeye hakkı varsa şartlar değiştiği takdirde ana babanın da çocuklarından nafaka istemeye hakkı olur.⁶⁵⁶

Nafaka yükümlülüğü Kur'an, sünnet ve icmâya dayanmakta olup teferruatları ise içtihatlar ve toplumun örf ve adetlerine göre şekillenmiştir. Altı yüzden fazla maddesiyle 1915 senesinde yürürlüğe giren Osmanlı Nafaka Kanunu, nafaka hususunu detayları ile ele almıştır. Bu kanunda, temelde Hanefî hukuku benimsenmekle birlikte çözümlenemeyen bazı hususlarda diğer mezheplere atıf yapılmıştır.⁶⁵⁷

5. Evlendirme Velayeti

Şahıs üzerinde velayetle daha çok evlendirme velayeti kastedilir. Klasik dönem İslam hukuku eserlerinde velayetin tanımı ne ise, evlendirme velayetinin tanımı da o şekilde verilmiştir.⁶⁵⁸ Tasarrufun başkası üzerinde geçerli olmasına dayanan bu tarif, velinin evlendirmede kesin yetki tasarrufuna sahip olmasını ifade eden icbârî velayete işaret eder.

Evlendirme velayeti, bir şahsın evlenmesi hususunda başka bir şahsın sahip olduğu, evlilik sözleşmesini ve sonuçlarını konu alan velayet ve salahiyyete denir. Bununla ergin olan ve dahi ergin olmayan kızların, velileri tarafından doğrudan veya iradelerine ek bir icazetle

⁶⁵³ Zuhayli, çev. Efe, 10/121; Serahsî, ed. Akşit, 5/358.

⁶⁵⁴ Acar, 198.

⁶⁵⁵ Buhârî, "Buyu'", 95; Serahsî, ed. Akşit, 5/358.

⁶⁵⁶ Erbay, "Nafaka", 283; Acar, 198; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2826.

⁶⁵⁷ Döndüren, 238.

⁶⁵⁸ Cürçânî, çev. Erkan, 247; Bilmen, 2/8.

evlendirilmesi kastedilir. Evlendirilecek kişinin rızasının alınıp alınmama durumuna göre icbârî velayet ve nedbî velayet olmak üzere iki kısma ayrılır.⁶⁵⁹

Evlilik müessesinin önemi ile evliliğin kişisel ve toplumsal sonuçlarının büyüklüğü gibi nedenlerle bütün mezhepler tarafından evlilik sözleşmesi üzerindeki velayet yetkisine çok önem verilmiştir. Bu yetki kullanılırken evlendirilecek kişinin haklarının korunmasına öncelik verilmesi gerektiği noktasında da mezhepler arasında görüş birliği vardır.⁶⁶⁰

Çocuğun hidâne, eğitim, nafaka vb. alanlardaki velayeti gibi evlendirme velayeti de velisini yakından ilgilendiren bir konudur. Velinin çocuğunu evlendirme yetkisinin olup olmadığı, çocuğun evlilik ile kendisine yüklenen sorumlulukları nasıl ifa edeceği hususları eskiden beri tartışıl gelmiştir.

Hanefî fukahâsına göre akıllı ve bâliğ kadın veya erkek, velisinden izin almaksızın kendi başına evlenebilir ve rıza göstermediği bir evliliğe zorlanamaz. Zira tam ehliyetli bir kişi için velisinin izninin bulunması, evlenmenin sıhhat (geçerlilik) şartı olarak kabul edilmemiştir. Bu görüş Hanefîlere aittir.⁶⁶¹ Her ne kadar velinin bulunması şart değilse de kadının evlendiği erkek, dindarlık, hürriyet, meslek alanlarında ailesine denk değilse babanın denklik olmadığı gerekçesiyle evliliği feshettirme hakkı vardır.⁶⁶² Keza belirlenen mehir, emsal mehirden az olursa evlenecek kadının velisi mehrin yükseltilmesini isteme hakkına sahiptir.⁶⁶³

Diğer mezheplere göre ise, evlilik sözleşmesinde velinin bulunması, evlenmenin sıhhat şartıdır ve bulûğa ersin veya ermesin kız çocuğu kendi başına evlenemez.⁶⁶⁴ Nitekim Hz. Peygamber (s.a.v.) “*Velisiz nikah olmaz.*”⁶⁶⁵ buyurmuştur. Şafîîler bu konudaki en açık delilin “*onların yeniden evlenmelerine engel olmayın.*”⁶⁶⁶ âyeti olduğunu söylerler. Zira velinin izni dikkate alınmasaydı evliliği engellemesinin bir anlamı kalmazdı.⁶⁶⁷ Yetişkin ve akıllı başında bir kız kendisine denk bir erkekle evlenmek ister ve velisine bildirirse velisi onu evlendirmelidir. Veli kabul etmezse durum mahkemeye götürülür, koca adayının kıza denk olduğu anlaşılırsa

⁶⁵⁹ Bilmen, 2/8; Döndüren, 289.

⁶⁶⁰ Abdullah Çolak, *İslâm Aile Hukuku*, (Malatya: Protech Matbaa, 2014), 72; Saffet Köse, “İslam Hukukuna Göre Evlenmede Velâyet”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 2 (2003), 113.

⁶⁶¹ Köse, 105; Cezîrî, çev. Keskin, 5/2108; Serahsî, ed. Akşit, 5/14; Acar, 40-41.

⁶⁶² Köse, 105; İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 5/360; Avcı, 364; Serahsî, ed. Akşit, 5/19.

⁶⁶³ Köse, 105; Çolak, 68; Serahsî, ed. Akşit, 5/20-21.

⁶⁶⁴ Köse, 109; Hatîb eş- Şîrbînî, *Delilleriyle Büyük Şafî Fıkhu Muğni'l-Muhtâc Minhâcû't-Tâlibîn Şerhi*, çev. Soner Duman (İstanbul: Mirac Yayınları, 2011), 12/141; Kelebek, 161; Cezîrî, çev. Keskin, 5/2108; Serahsî, ed. Akşit, 5/14; Acar, 46.

⁶⁶⁵ Buhârî, “Nikâh”, 37; Ebû Dâvud, “Nikâh”, 18; Tirmizî, “Nikâh”, 14.

⁶⁶⁶ el-Bakara 2/232.

⁶⁶⁷ Şîrbînî, çev. Duman, 12/140; Kelebek, 161-162.

hâkim veliyi evlendirmeye zorlar, aksi halde kendisi evlendirir.⁶⁶⁸ Fakat bu evliliğe çocuğun da rıza göstermesi gerekir.⁶⁶⁹ Bu görüşe göre, kız çocuğunun şahsı üzerindeki velayetin, sadece evlendirme yetkisine münhasır olsa bile, evlenmesine kadar devam ettiği görülür.⁶⁷⁰

Bâliğ olmayan çocukların evlendirilmesi konusunda fukahâ arasında görüş ayrılıkları mevcuttur. Fukahânın çoğu tarafından, henüz bâliğ olmamış ancak mümeyyiz çocukların velileri tarafından evlendirilmeleri halinde evlilikleri geçerli kabul edilmiştir. Yine bu kişilerin velilerinin izni olmadan evlenmeleri halinde evlilikleri hükümsüzdür. Velilerinin izniyle geçerli hale gelir. Gayr-ı mümeyyiz çocuklara gelince, bunların bizzat evlenmeleri halinde evlilik geçersiz kabul edilmiştir. Bununla birlikte gayr-ı mümeyyiz çocuklar, icbârî velayet hükümlerine göre velileri tarafından evlendirilebilir.⁶⁷¹

Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre evlendirme velayeti, icbârî velayet ve nedbî velayet olmak üzere ikiye ayrılır. İki velayet arasında velinin derecesi bakımından fark vardır. Buna göre nedbî velayet hakkı sahibi (nedbî ya da gayri mücbir veli), velayeti altındaki kâsırın, yani; çocuk, bunak veya delinin bulûğa ermesini ve görüşünü beyan etmesini beklemeye mecbur olup bundan önce onu evlenmeye zorlayamaz.⁶⁷² Hanefilere göre akıllı ve bâliğ kızlarla başından evlilik geçen kadınlar; fukahânın çoğuna göre ise, başından evlilik geçen kadınlar bu çeşit velayet altına girer.⁶⁷³ İcbârî velayet hakkı sahibi veli (mücbir veli) ise velayeti altındakini belli şartlarda dilediği kimseyle evlendirebilir. Çocuğun kız veya erkek olması önemli değildir.⁶⁷⁴ Hanefilere göre ehliyetsizler ile eksik ehliyetliler; Şafîî, Mâlikî ve Hanbelîlere göre bunlara ilaveten bâliğ kızlar bu çeşit velayet altına girer.⁶⁷⁵

Hanefilere göre icbar hükmünün konulmasının illeti, çocuğun ehliyetinin yetersizliği, yani küçüklüğüdür. Çünkü küçük, neyin lehine neyin aleyhine olduğunu kavramaktan aciz olup zarara uğraması kuvvetle muhtemel biridir. Velayet yetkisi ile bu zarar, Şâri'in gayesine uygun olarak giderilmiş olur. Buna göre çocuk bulûğa ermekle icbârî velayete tabi olmaktan çıkar. Zira bulûğ çağındaki küçük için velayetin illeti olan küçüklük ortadan kalkmıştır. Küçük kızın üzerindeki evlendirme velayetinin illeti Şâfiîlere göre bekâret, Malikîlere göre duruma göre ya

⁶⁶⁸ Köse, 109; Şirbînî, çev. Duman, 12/176-177.

⁶⁶⁹ H. İbrahim Acar, "İslâm Hukukunda Evlenme Ehliyeti Bakımından Küçüklerin Evlendirilmesi Problemi", *Dinî Araştırmalar* 6/16 (Haziran 2003), 127.

⁶⁷⁰ Kelebek, 159.

⁶⁷¹ Köse, 103-104; Acar, Küçüklerin Evlendirilmesi Problemi, 128-129; Ayengin, 62; Ansay, 238; Cezîrî, çev. Keskin, 5/2081; Serahsî, ed. Akşit, 4/396-397.

⁶⁷² Bilmen, 2/47; Cezîrî, çev. Keskin, 5/2079.

⁶⁷³ Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 141.

⁶⁷⁴ Cezîrî, çev. Keskin, 5/2079,2080; Serahsî, ed. Akşit, 4/398; Karaman, 1/311.

⁶⁷⁵ Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 141.

bekâret ya küçüklüktür.⁶⁷⁶ Buna göre evliliği tecrübe etmesi ve aldanma ihtimalinin az olması gibi sebeplerle küçük de olsa dul üzerindeki velayet kalkmıştır.

Evlendirmede veli, asabeye göredir.⁶⁷⁷ Mücbir velilerin başında çocuğun babası, sonra babasının babası gelir. Ebû Hanîfe evlendirme velayetinin sadece asabeye tahsis edilmesini uygun görmemiştir. Ona göre evlenecek kimsenin korunması, soyun korunmasından önceliklidir. Bu nedenle o, asabeden kimse bulunmadığı zaman bu velayete, şefkatleri dolayısıyla, çocuğun anasının da içlerinde bulunduğu zev'il-erhâmın da sahip olacağını belirtmiştir.⁶⁷⁸ Veli olacak kimse kalmadığında evlendirme yetkisi hâkime aittir.

Evlendirme velayetinin tespitinde velilerin sırası ile dereceleri dikkate alınır. Örneğin, bir çocuğun hem babası hem dedesi varsa evlendirme velayeti babasına aittir. Yakın olan veli, velayete ehil değilse yokmuş hükmünde kabul edilir ve evlendirme yetkisi daha uzak olan veliye geçer.⁶⁷⁹ Çocuğun yakın velisi mevcut ve evlendirmeye ehil olduğu halde uzak velisi tarafından evlendirilmesi, yakın velinin rızasına bağlanmıştır.⁶⁸⁰

Hanefî hukukunda icbârî velayet yetkisinin geniş bir gruba verilmiş olmasının muhtemel zararlarını önlemek için evlendirilen kişiye bulûğ muhayyerliği hakkı tanınmıştır. Buna göre velayet hakkına sahip baba veya dede, evlilik akdinden önce sorumsuzluk veya fâsıklık ile meşhur kimseler değilse, çocuğu evlendirebilirler ve evlenme akdi bağlayıcı olur. Bu durumda, bulûğa erdikten sonra kişinin seçim hakkı yoktur. Çünkü prensip olarak baba ve dedenin, çocuğun ancak lehine olan bir evliliğe onay verecekleri düşünülmüştür.⁶⁸¹ Ancak kişi, küçüken babası veya dedesine kıyasla şefkatleri daha az olduğu düşünülen biri tarafından evlendirilmişse, bulûğa erdikten sonra bulûğ muhayyerliği hakkını kullanabilir. Bu halde kişi,

⁶⁷⁶ Şa'bân, çev. Dönmez, 139; Kelebek, 168; Çeker, Çocuk, 92; Apaydın, 17; Cezîrî, çev. Keskin, 5/2085,2089.

⁶⁷⁷ HAK m. 10: "Nikahda veli, ale't-tertib binefsihi asabe olan kimselerdir." Bilmen, 2/45-46; Ansay, 220; Kudûrî, çev. Arslan, 109; Orhan Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnâmesi*, Mehîr Vakfı Yayınları, 2016), 24; Cezîrî, çev. Keskin, 5/2077; Serahsî, ed. Akşit, 4/415.

⁶⁷⁸ İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 7/268; Karaman, 1/318; Kudûrî, çev. Arslan, 109; Cezîrî, çev. Keskin, 5/2077; Serahsî, ed. Akşit, 4/415.

⁶⁷⁹ Şîrbînî, çev. Duman, 12/165; Cezîrî, çev. Keskin, 5/2095.

⁶⁸⁰ Bilmen, 2/48; Serahsî, ed. Akşit, 4/411; Şîrbînî, çev. Duman, 12/183; Cezîrî, çev. Keskin, 5/2094.

⁶⁸¹ Kötü tercihleri olan ve yaptığı işlerin sonunu düşünmeyen bir babanın kızını dengi olmayan birisiyle evlendirmesi halinde bu evliliğin batıl olacağına dair fetvalar vardır. Gerçekten, isterse babası veya dedesi olsun su-i ihtiyarla tanınan bir kişinin fîsk veya başka (daha çok malî) bir sebeple kızını dengi olmayan biriyle evlendirmesine izin verilmemiştir. Bu şekilde velayet yetkilerini kötüye kullanan babaların ve dedelerin bu yetkilerinin mutlak olmayıp çocuğun menfaati ile sınırlı olduğu kaynaklarda yer almıştır. Said Nuri Akgündüz, *Hayreddin er-Remlî'nin Fetvaları -el Fetâva'l Hayriyye'nin Biçim ve İçerik İncelemesi-*, (Ankara: Fecr Yayınları, 2017), 123; Kudûrî, çev. Arslan, 109.

hâkime başvurarak çocukken adına yapılan evlilik sözleşmesini feshettirme konusunda muhayyer bırakılmıştır (AŞ m. 48).⁶⁸²

Fukahânın çoğuna göre kız çocuğunun bu haktan faydalanması belli bir süreye tabidir. Bu süre, çocuğun evliliği kabul etme ya da etmeme yönündeki iradesini, bulûğa erer ermez veya bulûğa erip evlilik sözleşmesini duyar duymaz ortaya koymasıdır.⁶⁸³

Veli, velayeti altındaki çocuğu aldanmak suretiyle evlendirmişse kıyılan nikahın geçersiz olduğu kabul edilmiştir. Aldanmanın tespit edilmesinde küçük erkek çocuğun emsallerinden fazla mehir vermesi, küçük kız çocuğun mehrinin aldanma sayılabilecek ölçüde eksik olması (gabn-i fahiş) veya kocanın karısına denk olmaması gibi hususlar belirleyici olmuştur.⁶⁸⁴

Hanefî hukuku içinde söz konusu görüşten başka İmam Muhammed'e ait "*müşterek velayet*" denilen başka bir görüş de mevcuttur. Müşterek velayete göre, kız çocuğu ile velisi evlilik sözleşmesinde ortak hareket eder. Daha açık bir ifadeyle çocuk, bulûğa erdikten sonra evlenmek istediği zaman, bu evlilikte hem kendisinin rızası hem de velisinin izni varsa geçerli bir evlilik sözleşmesi yapabilir.⁶⁸⁵ Osmanlı devletinde emsal mehrinden aşağı olmamak üzere kendine denk biri ile evlenmek isteyen kızın velisinin, bu evliliğe izin vermemesi hususunda İmam Muhammed'in görüşü benimsenerek H. 1269/ M. 1844 tarihinde bir ferman yayınlanmıştır. Buna göre, böyle bir kızın evliliğine velisinin izin vermemesinde geçerli bir sebep olmadığı anlaşılırsa hâkim, müracaat üzerine, velinin yerine geçerek bu sözleşmeyi kendi yapabilir.⁶⁸⁶

Osmanlı devletinde Hanefî mezhebinin yaygın olduğu bölgelerde tam ehliyetli kadının evlenme noktasında erkekten farklı olmadığı görülmüştür. Böyle olmasında Hanefî mezhebinin bilhassa ergenlik çağına gelen kızların evlenme ehliyeti bakımından olmak üzere hukuki ehliyet hususunda kadın erkek ayrımı yapmaması önemli rol oynamıştır.⁶⁸⁷

Çocukların bulûğ çağına ulaşmadan önce evlendirilemeyeceği görüşü Ebû Bekir el-Esam ve İbn Şübrüme'ye aittir. Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nin (HAK) ilgili 7. maddesinde bu görüş esas alınarak asgari bulûğ yaşından (kızlar için dokuz, erkekler için on iki) önce hiç

⁶⁸² Bilmen, 2/50; Akgündüz, 159; Serahsî, ed. Akşit, 4/401; Ansay, 221; Çeker, *Çocuk*, 94-95; Kudûrî, çev. Arslan, 109; Ferruh, çev. Kavakçı, 148; Cezîrî, çev. Keskin, 5/2081.

⁶⁸³ Bilmen, 2/51; Cezîrî, çev. Keskin, 5/2082; Serahsî, ed. Akşit, 4/404.

⁶⁸⁴ Bilmen, 2/50; Çeker, *Çocuk*, 94; Ansay, 221; Cezîrî, çev. Keskin, 5/2081-2083.

⁶⁸⁵ Köse, 106; Bilmen, 2/47.

⁶⁸⁶ Ekinci, 309.

⁶⁸⁷ Mehmet Âkif Aydın, "Osmanlı Toplumunda Aile", *Günümüzde Aile*, Ömer Çaha, (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2007), 167-168; Karaman, 1/317.

kimsenin evlendirilemeyeceği yönünde “12 yaşını itmam etmemiş olan sağır ile 9 yaşını itmam etmemiş olan sağire hiçbir kimse tarafından tezvîc edilemez.” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme sebep olarak; çocuğun bulûğa ermeden önce evlendirilmeye ihtiyaç duymaması ve evlenmesinin bir faydası olmadığı, velayetin ise ancak çocukların menfaatinin sağlanması amacıyla var olduğu gerçeği gösterilmiştir.⁶⁸⁸

Modern dönem İslam hukuku yorumlarında evlenme ehliyeti bulunmayan çocukların evlendirilmesiyle ilgili açık hükümlerin olmadığı, aksine bu hususun içtihadı bir mesele olduğu savunulmaktadır. Buna göre, küçük yaşlardan itibaren çocukların evlendirilmesi uygulaması dönemin ataerkil aile yapısından kaynaklanmış ve küçük çocukların evlendirilmesine cevaz veren fukahâ, âyetleri yorumlarken örfün etkisinde kalmıştır.⁶⁸⁹ Din İşleri Yüksek Kurulu’nun konuyla ilgili mütalaasında⁶⁹⁰ küçüklerin evlendirilmesinin, günümüz şartlarında evliliğin esas hedefleri ve sürdürülmesiyle uyumlu olmayacağı ifade edilmiştir.

B. Mal Üzerinde Velayet (el-Velâyetü ale’l-Mal)

İslam dininin korunmasını emrettiği beş temel değerden biri maldır. Sağ olarak dünyaya gelmiş bir çocuk, ana rahmine düştüğü anda vücûb (hak) ehliyetini elde etmiş olduğu için ana rahminden itibaren mal sahibi olabilir. Çocuğun mal sahibi olması çeşitli hukuki yollar vesilesiyle olabilir. Bu yollara örnek olarak; çocuk adına bağışlama yapılması, kanuni temsilcisi tarafından kazandırıcı işlem yapılması, çocuğun mirasa veya nafaka alacağına hak kazanması ya da kendi çalışması sonucu kazanç elde etmesi gösterilebilir.

İslam hukukunda malın korunması kadar malın onu saçıp savuracak kişilere teslim edilmemesi de önemlidir.⁶⁹¹ Çocukların kendi başlarına tasarrufta bulunma yeteneği bulunmadığı veya bu yetenekleri sınırlı olduğu için onlar kanuni temsilcileri aracılığıyla temsil edilir. Bu nedenle mal üzerine velayet konusu İslam hukuku kaynaklarında “*hacir*” başlığı altında ele alınmıştır. Çocukluk dönemi ile hacir; hacir ile de kanuni temsilcilik iç içe geçmiş konulardır.

Hukuki bir terim olarak hacir, “*bir kimseyi sözlü tasarruftan (hukuki işlem) denetmek, başkasının (kanuni temsilcisinin) denetimine vermek*” olarak tarif edilir.⁶⁹² Hacir

⁶⁸⁸ Köse, 103; Çeker, *HAK*, 77; Acar, Küçüklerin Evlendirilmesi Problemi, 132; Serahsî, ed. Akşit, 4/396; Karaman, 1/311.

⁶⁸⁹ Köse, 113; Acar, “İslâm Hukukunda Evlenme Ehliyeti Bakımından Küçüklerin Evlendirilmesi Problemi”, 139.

⁶⁹⁰ Din İşleri Yüksek Kurulu, “Küçüklerin Evlendirilmesi” konulu mütalaası, Sayı: 2012/44 (12 Nisan 2012)

⁶⁹¹ Şener, Velayet (II), 161.

⁶⁹² *Türk Hukuk Lûgatı*, 108; H. Yunus Apaydın, “Hacir”, *DİA* (İstanbul: İSAM Yayınları, 1996), 513; Abdulhamîd, 405.

altındaki kişiye, ehliyeti kısıtlandığı için “*mahcûr (kısıtlı)*” denilmiştir.⁶⁹³ Mecelle’de hacir “*bir şahs-ı mahsûsu tasarruf-ı kavlisinden men ‘dir ki ba ‘de ‘l-hacr ol şahsa mahcûr denilir*”⁶⁹⁴ şeklinde tarif edilmiştir. Hacir müessesesi ile kendi başlarına tasarrufta bulunma yeteneği bulunmayan kişilerin mallarının korunması ve onlara zarar gelmemesini sağlamak hedeflendiği gibi; tasarrufta bulunma yeteneği yargı tarafından kısıtlanan kişilerin, tasarruflarıyla hem kendilerini hem de toplumu zarara uğratmalarının önüne geçilmeye çalışılmıştır.⁶⁹⁵

Fukahâ, küçüklük, delilik, bunaklık, ölümcül hastalık, umuma zarar verme, kölelik sebeplerinin hacir sebepleri olduğunda görüş birliğine varmıştır. Sefihlik, aptallık, borçluluk gibi bazı sebepleri üzerinde ise görüş ayrılığı yaşamışlardır. Ebû Hanîfe bunların hacir sebebi olmadığı görüşündeyken Ebû Yûsuf, İmam Muhammed, Mâlikî ve Şâfiî’nin de aralarında bulunduğu âlimlerin çoğunluğu bunların hacir sebebi olduğu görüşündedirler.⁶⁹⁶

Ehliyeti olumsuz etkileyen hallerden bir kısmının varlığı, kişiyi mahcûr yapmaya yeter. Örneğin, küçükler, deliler ve bunakların hâkimin kararıyla mahcûr kılınmasına gerek yoktur. Zira onlar zaten mahcûr sayılmıştır. Diğer taraftan çoğunluğun görüşüne göre ve Mecelle m. 958, 959 gereği sefihler ve borçlular için bu halin tespiti, haklarında hacir uygulanması ve hacrin sona ermesi süreçleri mahkeme kararına bağlıdır, sırf sebebin varlığı yeterli değildir.⁶⁹⁷

O halde küçükler ve onların hükmüne tabi deli ve bunak kimseler hem velayete tabidirler hem de mahcûr sayılırlar. Mahcûrun haklarının korunup hukuken temsil edilmesi, kanuni temsilcisi aracılığıyla olur. Kanunî temsilci, tasarruf alanı bakımından “*veli*” ya da “*vasi*” adını alır.⁶⁹⁸ Esasen vasi, sadece malî işlerde temsil yetkisine sahip olan velidir.⁶⁹⁹

Mal üzerinde velayet, sahibine; küçük, deli ve bunak gibi kimselerin mallarıyla ilgili hususlarda onların lehine olacak şekilde sözleşme yapma, tasarrufta bulunma, koruma ve harcama gibi yetki ve ödevler sağlayan hukuki temsil çeşididir.⁷⁰⁰ Veli ya da vasi, kâsırın; alım satım, kira, rehin, yatırım, vakıf, hibe vb. tüm malî iş ve işlemlerini onun malını korumak ve işletmek gibi sebeplerle üstlenir.⁷⁰¹

⁶⁹³ *Türk Hukuk Lûgatı*, 214.

⁶⁹⁴ Bkz. Mc. m. 941; Hacir ile ilgili hükümler için ayrıca bkz. AŞ m. 482-493, “*Hacr (Vesayeti Müstelzim Haller.)*” Akgündüz, 260-262.

⁶⁹⁵ Çeker, *Çocuk*, 84; Şener, *Hacr* (II), 346; Şan, 278; Abdulhamîd, 406.

⁶⁹⁶ Serahsî, ed. Akşit, 24/219; Şener, *Hacr* (II), 332; Abdulhamîd, 407-408; Bilmen, 7/271; Apaydın, “Hacir”, 514.

⁶⁹⁷ Yaman-Çalış, 239.

⁶⁹⁸ Çeker, *Çocuk*, 85-87; Bilmen, 7/271; Şener, *Hacr* (II), 332.

⁶⁹⁹ Serahsî, ed. Akşit, 4/414; Şan, 331.

⁷⁰⁰ Zerka, çev. Armağan, 2/578; Zeydân, çev. Şafak, 489.

⁷⁰¹ Zuhayli, çev. Efe, 5/109; Kelebek, 118.

Mal üzerinde velayetin illetinin küçüklük olduğu konusunda dört mezhebin ittifakı vardır.⁷⁰² Çocuk temyiz kudreti kazanana dek, mali statüsünü koruma ve geliştirme bilgisinden çok uzakta, kâr ve zararı bilmediği bir dönemdedir. Edâ ehliyeti hiç olmadığı için her türlü tasarrufunda aldatılmaması ve korunması için kanuni temsilcisine muhtaçtır. Mümeyyiz çocuğun ise ticarî deneyimleri az ve aklî olgunlaşması tamamlanmamış olduğu için ehliyeti kısmen vardır. Bu ehliyet sadece lehindeki tasarruflar ile lehine olup olmadığı belirsiz olmakla birlikte kanuni temsilcisinin olur verdiği tasarrufları yapmaya elverişlidir. Dolayısıyla kişinin edâ ehliyeti arttıkça hacir oranı azalıp velisi veya vasisinin temsil yetkisi daralır.⁷⁰³

Hacri gerektiren sebepler ortadan kalkınca hacir de sona erer. Akıl hastasının iyileşmesi, sefelin rüşde erişmesi gibi çocuğun da reşid olarak bulûğa ermesiyle üzerindeki malî velayet sona erer. Bundan sonra mallarında dilediği gibi tasarruf edebilir. Ancak çocuk bulûğa ermesine rağmen bir reşid gibi hareket etmeyip malını koruma konusunda temkinli davranmıyorsa iki türlü hareket imkânı vardır. Biri, Ebû Hanîfe'nin görüşüne göre hacirden kurtulması için yirmi beş yaşına gelmesini beklemek diğeri ise çoğunluğun görüşüne göre kaç yaşına gelirse gelsin rüşde erişmesini beklemektir.⁷⁰⁴ İkinci görüşe göre kişi rüşd çağına gelene kadar malları üzerindeki veli tasarrufu sona ermez.⁷⁰⁵ Bu husustaki delil, *“Yetimleri, evlenme çağına gelene kadar deneyin, olgunlaşma görürseniz mallarını kendilerine verin.”*⁷⁰⁶ âyetidir.

Çocuğun reşid olmasının yanı sıra mal üzerinde velayeti sona erdiren başka sebepler de bulunur. Bunlar; vasinin ölümü, vesayet sürelisi sürenin dolması veya belirli bir iş içinse onun ifasıdır.⁷⁰⁷

1. Çocuğun Malları Üzerinde Velayete Sahip Olanlar

Çocuğun malı için gerekli tüm önlemler çocuğun velisi, vasisi veya hâkim tarafından alınır. Bir kimsenin veli olabilmesi için gereken şartlar vasi olabilmesi için de aranır. Bunlar; akıllı, bâliğ ve çocukla aynı dine bağlı olmaktır. Vasinin aynı zamanda reşid olması da gerekir.⁷⁰⁸ Çünkü reşid olmayan, yani, malı koruma hususunda temkinli olmayıp malı boş yere sarf ve telef eden kimse (sefi), kendisi kısıtlı olduğu ve işlerini görme kabiliyeti olmadığı için

⁷⁰² Şa'bân, çev. Dönmez, 161.

⁷⁰³ Çeker, *Çocuk*, 106.

⁷⁰⁴ Serahsî, ed. Akşit, 24/225; Ansay, 74; Ali Haydar Efendi, çev. Raşit Gündoğdu, 3/1782-1783; Şener, Hacir (II), 344; Döndüren, 282.

⁷⁰⁵ Kelebek, 159-160; Bardakoğlu, "Vesâyet", 69.

⁷⁰⁶ en-Nisâ 4/6.

⁷⁰⁷ Bardakoğlu, "Vesâyet", 69.

⁷⁰⁸ Bilmen, 5/180-181; Zuhayli, çev. Efe, 10/226; Bardakoğlu, "Vesâyet", 67; Döndüren, 286; Mehmet Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2020), 223.

bir başkasının (çocuğun) işlerini de göremez. Vasinin taşınması gereken bu şartlara Şafiîler ve Hanbelîler görünürde adaletli olmayı, Hanefîlerden İmâmeyn ise hür olmayı eklerler.⁷⁰⁹ Üstleneceği görevi ifaya ehil (emin) olmayan kimse ise hainliğinin tespit edilmesi halinde görevinden azledilir.⁷¹⁰

Mal üzerinde veliler belli bir tertip üzeredir. İcma deliline göre (mümeyyiz ve gayr-ı mümeyyiz) çocuğun malı üzerinde velayet babasına aittir.⁷¹¹ Babanın ölümünden sonra çocuğun mallarının idaresi ve gözetiminin kime geçeceği konusu ihtilaflıdır. Hanefîlere göre, babadan sonra mal üzerinde velayet, babanın ölmeden önce seçtiği vasiye, sonra vasinin vasisine, sonra babanın babası olan dedeye, sonra dedenin ölmeden önce seçtiği vasiye, sonra bu vasinin vasisine geçer; bunlar da bulunmazsa hâkime ve son olarak onun tayin ettiği kişiye geçer.⁷¹² Şahıs üzerinde velayette olduğu gibi tertibin sonunda hâkim ve hâkimin vekili yer alır.

Hanefîler başta olmak üzere cumhura göre vasi tertibi bu şekilde olmakla birlikte Mâlikîler babadan sonra vasi tayin yetkisini babanın vasisine, sonra hâkime hatta belli durumlarda anaya tanır. Hanbelîler de benzer bir görüşe sahiptir. Şâfiî ve Ca'ferî mezheplerine göre babanın babası hayatta olduğu müddetçe baba dahil kimse vasi tayin edemez. Çünkü dede de baba gibidir. Baba ve dededen sonra bunlardan ölümü sonraya kalanın tayin ettiği vasi, sonra hâkim veya onun vekili mal üzerinde velayete sahip olur.⁷¹³

Baba veya dedenin, ölümünden önce çocuklarının işlerinde tasarruf etmek üzere seçtiği kişiye seçilmiş vasi (vasî-i muhtâr), bunlar tarafından vasi tayin edilmemişse hâkimin tayin ettiği kişiye kazâî vasi (vasî-i mansûb) ismi verilmiştir.⁷¹⁴

Baba, vasiyi kendi ailesinden veya başkaları içinden seçebileceği gibi kadınlardan veya erkeklerden de seçebilir. Dolayısıyla kadınlar vasi olabilir.⁷¹⁵ Yine iki kişi, vasi olarak

⁷⁰⁹ Şirbînî, çev. Duman, 8/328; Bardakoğlu, "Vesâyet", 67; Döndüren, 286.

⁷¹⁰ Zuhayli, çev. Efe, 10/74; Şirbînî, çev. Duman, 8/328; Döndüren, 286.

⁷¹¹ Zuhayli, çev. Efe, 10/72; Zeydân, çev. Şafak, 490.

⁷¹² Bilmen, 5/189; Zerka, çev. Armağan, 580; Zuhayli, çev. Efe, 10/72. Hanefî hukukunu esas alan Mecelle de vasi tertibini aynı şekilde kaydetmiştir. Bkz. Mc. m. 974.

⁷¹³ Zuhayli, çev. Efe, 6/516; Bilmen, 5/189; Şirbînî, çev. Duman, 8/328; Çiğdem, 141; Bardakoğlu, "Vesâyet", 67.

⁷¹⁴ Bilmen, 5/116; *Türk Hukuk Lügatı*, 354. Kendisine bakacak herhangi bir kimsesi olmayan küçük çocuğa malını korumak üzere hâkim bir vasi tayin edebilir. *Osmanlı Arşivi'nde Şeyhülislam Fetvaları*, (İstanbul: Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Yayınları, 2015), 217.

⁷¹⁵ Hz. Ömer (r.a.), kızına vesayet vermiştir. Zuhayli, çev. Efe, 10/227.

seçilebilir.⁷¹⁶ Bu takdirde çocuğun malıyla ilgili tasarruflarda her iki vasinin de görüşünün birleşmesi gerekir.⁷¹⁷

Vesayet, babanın veya dedenin “ölümünden sonra evladımı sana teslim ettim” gibi bir ifadeyi söylemesi, muhatabın da sözlü ya da fiilî kabulü ile kurulmuş olur.⁷¹⁸

Vasî-i muhtârın, vesayet verenin (baba veya dedenin) ölümünden sonra vasiyeti kabul etme veya reddetme hakkı vardır. Vasi, vesayeti kabul eder veya vesayetin gereklerini yerine getirmeye başlarsa rüşd yaşına ulaşınca kadar çocuğun hukuki temsilcisi olarak mallarını idare etme ve koruma hakkına sahip olur. Vasi güvenilir ve kabiliyetli bir kimse ise bu görevden hâkim tarafından azledilemez. Zira vasî-i muhtâr hâkimin iradesi ile değil, ölen kişinin iradesi ile seçilmiştir. Bununla birlikte çocuğun malları üzerinde vesayet hakkı sahibi kimsenin, kendisine emanet edilen işte hainlik yapması veya kusurlu olması hâkim tarafından görevden azledilmesini gerektirir. Ayrıca vasi, kusurlu davranışlarıyla çocuğa verdiği zararları tazmin etmekle yükümlüdür.⁷¹⁹

Çocuğun malı üzerinde veliler içinde ilk sırayı babanın almasının sebebi olarak babanın çocuğuna karşı çok şefkatli olması gösterilmiştir. Yine baba, kendisi yerine çocuğuna karşı kendisi gibi şefkat gösterecek kişilerden bir vasi seçecektir. Hâkimin velayeti ise toplumun menfaatlerinin koruyucusu olması sebebiyledir.⁷²⁰

Osmanlı devletinin Anadolu ve Rumeli'deki uygulamalarında çocuğun babası sağ değilse malî haklarının korunmasında hâkimin daha çok anayı vasi olarak tayin ettiği görülmüştür.⁷²¹ Gerçekten çocukların anası, daha şefkatli olacağından dolayı, vasi olmak için aranan şartlara sahip olması kaydıyla vesayete diğer kadınlardan daha uygun görülmüştür.⁷²² Şafiî hukukunda bu konuda iki görüş vardır. Birinci ve daha uygun görülen görüşe göre evlendirme velayeti gibi malın velayetini de ana üstlenemez. İkinci görüşe göre ana, baba ve dedenin vasilerinden çocuğuna karşı tam bir şefkat ile dolu olmasından dolayı önce gelir.⁷²³

⁷¹⁶ İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 5/449-450; Zerka, çev. Armağan, 2/580; Çeker, *Çocuk*, 96; Bardakoğlu, "Vesâyet", 69.

⁷¹⁷ Birden fazla vasinin tek başına tasarrufunun geçerli olduğu haller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zuhayli, çev. Efe, 10/227-229; Kudûrî, çev. Arslan, 198.

⁷¹⁸ Bilmen, 5/179; Zuhayli, çev. Efe, 10/230; Halebî, 4/292; Bardakoğlu, "Vesâyet", 67.

⁷¹⁹ Zerka, çev. Armağan, 1/410-411; Halebî, 4/292; Bilmen, 5/182.

⁷²⁰ Zuhayli, çev. Efe, 5/110.

⁷²¹ Aydın, "Osmanlı Toplumunda Aile", ed. Çaha, 176; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 223.

⁷²² Zuhayli, çev. Efe, 10/227.

⁷²³ Şirbînî, çev. Duman, 8/330.

Sefihlerin malları üzerinde babanın ve dedenin velayet hakkı yoktur. Sefihin velisi, hâkim ve hâkim tarafından tayin edilen velidir.⁷²⁴

2. Çocuğun Malları Üzerinde Velayete Sahip Olanların Tasarrufları

İslam hukukunda, edâ ehliyeti tam olan birisi hem kendi malları üzerinde hem de velayeti altındaki kişilerin malları üzerinde yönetim hakkına sahiptir.⁷²⁵ Eşler arasında var olan mal ayrılığı ilkesine göre eşlerin kendi mallarını kendilerinin yönetme hakkı vardır.⁷²⁶ Ancak babanın, ailesinin nafakasını temin etme ve çocuklarının mallarını yönetme sorumluluğu da vardır. Veli, çocuğun malı üzerinde maslahata uygun bir şekilde tasarrufta bulunmak zorundadır.⁷²⁷

Baba ile dedenin velayeti hem şahıs hem de mal üzerinde kuvvetli velayet olduğundan tasarruf yetkileri diğerlerinden üstündür. Bu kişilerde velayet ve vesayet hakları birleşmiştir. Dolayısıyla diğer vasilerden farklı olarak baba ve dede kural olarak çocuğun malının idaresi ile ilgili işlerin yanında bakımı, gözetimi ve evlendirilmesi hususunda da yetkilidir.⁷²⁸

Konunun bundan sonraki kısmında mal üzerinde yönetim açısından en yetkili veli olan babanın tasarrufları işlenecek; sonrasında diğer velilerin tasarruflarından ve aralarındaki farklılıklardan bahsedilecektir.

a. Çocuğun Malları Üzerinde Babanın Tasarrufları

Baba, çocuğun yararını en fazla düşünen kişi olarak çocuğun mallarına zarar verme ihtimali en düşük olan kişi olarak görülmüştür. Baba, çocuk malları üzerinde tasarruf ederken çocuğun faydasına işlemler yapmakla mükelleftir ve çocuğun malına zarar verecek işlemler yapamaz.⁷²⁹

Baba, adalet ve husn-i idare sahibi olarak biliniyorsa yahut iyi veya kötü olduğu belli değilse tam velayet hakkına; su-i idare sahibi olarak biliniyorsa eksik velayet hakkına sahiptir. Eksik velayet hakkı babaya sadece çocuğun lehine olan veya lehine olacağı önceden öngörülen tasarruflarda bulunma yetkisi verir. Diğer taraftan sefih ve israfçı bir kimse ise bu hakkı tamamen kaybeder.⁷³⁰

⁷²⁴ Şener, Hacr (II), 345.

⁷²⁵ Zeydân, çev. Şafak, 491; Kelebek, 126; Şener, Velayet (II), 164.

⁷²⁶ Çiğdem, 82.

⁷²⁷ Şirbinî, çev. Duman, 8/333.

⁷²⁸ Bardakoğlu, "Vesâyet", 69.

⁷²⁹ Berki, 8; Döndüren, 283.

⁷³⁰ Şener, Hacr (II), 345.

Baba, kural olarak çocuğun mallarıyla çocuğun menfaati doğrultusunda her türlü alışverişi yapma yetkisine sahiptir. Hanefî ve Mâlikî fukahâsına göre baba, çocuk mallarını misli fiyata veya insanların yanılmayı normal kabul ettikleri bir farkla (gabn-i yesîr) alıp satabilir (AŞ m. 457).⁷³¹ Aynı zamanda baba, bu şekilde bir alışverişle çocuğun mallarını kendisi alabilir veya kendi malını çocuğuna satabilir (AŞ m. 426).⁷³² Burada malî akitlerdeki iki taraf şartına, babanın çocuğuna hissettiği şefkati düşünülerek bir istisna getirilmiştir. Ancak baba, en yetkili veli olmasına rağmen çocuğun mallarında aşırı aldanma (gabn-i fâhiş) ile alışveriş yapamaz çünkü bu açıkça çocuğun zararına bir işlemdir.⁷³³ Ebu Hanîfe, diğer fukahânın aksine böyle bir satışta gabn-i yesîrin dahi bulunmaması gerektiğini belirtmiştir.⁷³⁴

Baba, mudârabe ortaklığı yoluyla çocuk mallarını işletebilir ancak buna dair şahit göstermesi gerekir. Baba, çocuğun mallarını gabn-i fâhiş olmadığı müddetçe kiraya (icâre) verebilir ve çocuk bulûğa erse bile kira sözleşmesiyle bağlıdır. Kira bedelinin rayiç değerinde kalması, kira sözleşmesinin yürürlük kazanmasını etkileyeceği için sözleşmenin uzun yılları kapsayacak şekilde yapılmaması gerekir. Baba, çocuğun mallarını çocuğun borcundan ötürü veya çocuğun mallarının nemalandırılması sırasında rehin olarak verebilir (AŞ m. 427).⁷³⁵ Ancak babanın borcuna karşılık çocuğunun malını rehin olarak verip veremeyeceği hususunda fukahâ arasında ihtilaf vardır. Ebû Hanîfe'ye göre, çocuğun malı emanet olarak verilebildiğine göre rehin olarak da verilebilir. Bununla birlikte eğer rehnedilen mal, alacaklıdayken zayi olur veya borç ödenmezse babanın tazmin yükümlülüğü vardır. Ancak Ebû Yûsuf'a göre rehin işlemi, maldan faydalanmaya mâni ve çocuğun mutlak zararına olduğu için câiz değildir.⁷³⁶ Baba çocuğun malını kendine rehin verebilir ve bunu kabzedebilir.⁷³⁷ Bu durumda da baba rehin işleminin iki tarafını oluşturur. Baba, çocuk için açık bir yarar içermesi şartıyla mallarını emanet ve ödünç olarak verebilir. Örneğin, ödünç verdiği mallar, ticaret malı veya kira getirisi olan mallar olmamalıdır. Zira çocuğun bu malların getirisinden mahrum kalarak zarara uğrayacağı açıktır.⁷³⁸ Baba, çocuğun malından hibe vermek veya bağış yapmak gibi çocuğun zararına olduğu açık olan işlemleri yapamaz ancak çocuğa yapılan bu tarz hibe ve bağışları kabul edebilir. Hibe işlemi ancak hibe edilen tarafın hibeyi kabzıyla (almasıyla) olur. Bunun istisnası; babanın, çocuğuna yaptığı hibedir. Baba burada veli olarak hem hibe eden hem de

⁷³¹ Üsrüşenî, çev. Cânan, 202; Akgündüz, 255; Bilmen, 5/190.

⁷³² Akgündüz, 247; Bilmen, 5/190.

⁷³³ Özkan, 157

⁷³⁴ Üsrüşenî, çev. Cânan, 391.

⁷³⁵ Özkan, 158-159; Akgündüz, 247.

⁷³⁶ Üsrüşenî, çev. Cânan, 210; Zuhayli, çev. Efe, 7/752-753; Döndüren, 284; Özkan, 159.

⁷³⁷ Ferruh, çev. Kavakçı, 147.

⁷³⁸ Üsrüşenî, çev. Cânan, 209; Özkan, 160; Bardakoğlu, "Vesâyet", 68.

hibeyi kabzedendir.⁷³⁹ Babanın, çocuğun malını kendisinin borç alıp alamayacağı konusunda; Ebû Hanîfe'nin görüşü bunun mümkün olmadığı İmam Muhammed'in görüşü ise bunun mümkün olabileceği şeklindedir. Babanın çocuğun malında sulh yapması da mümkündür. Ancak sulh yapılan davada davacının elinde bir delil yoksa bu sulh caiz değildir. Baba, hisseli malları taksim etme (paylaştırma) konusunda da gabn-i fahiş olmamak kaydıyla yetkilidir.⁷⁴⁰

Çocuğun malî ibadetlerle ilgili sorumluluğu konusunda Hanefî hukukunda, zekât için akıl ve bulûğ şartı arandığından çocuğa zekât düşmeyeceği ancak kurban için akıl ve bulûğ şartı aranmadığından kurbanla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Şafiî, Malikî ve Hanbelî hukukuna göre çocuk da zekât ödemelidir. Çocuğun bu tür malî ibadetlerdeki yükümlülüğü, çocuğun malı kullanılarak velisi veya vasisi tarafından ifa edilir.⁷⁴¹

Hidâne dönemindeki çocuğun nafakası, kendi malı varsa öncelikle buradan karşılanır. Çocuğun malı yoksa nafakasını temin etme babanın yükümlülüğündedir.⁷⁴² Eğer baba nafakayı karşılayamayacak derecede fakirse bu yükümlülük anneye geçer. Baba sonradan zenginleşirse anne çocuk için harcadıklarını babadan tahsil edebilir.⁷⁴³ Anne de fakirse hâkim, babanın borcu olarak kaydedilmek suretiyle anneye borç alma hakkı verir. Babanın vefatı halinde çocuğun nafakası, varsa babanın geride bıraktığı mirasından karşılanır. Bu iş, baba sağlığında vasî tayin ettiyse babanın vasisi, etmediyse dede tarafından yerine getirilir. Dede de vefat etmişse hâkimin belirleyeceği vasî bu görevi yerine getirir. Babadan geriye miras kalmaması durumunda nafaka sorumluluğu, nafaka hükümleri çerçevesinde çocuğun usûl hısımlarına intikal eder. Nafakayla yükümlü kimsesi olmayan çocuk, devlet başkanının sorumluluğundadır.⁷⁴⁴ Ana ile baba boşanırsa kadın iddet süresinin bitiminden sonra çocuğu emzirdiği takdirde emzirme ücreti talep edebilir. Bu emzirme ücreti nafaka kapsamındadır ve varsa çocuğun malından yoksa babası tarafından ödenir.⁷⁴⁵

Çocuğun başkasına verdiği zararlar varsa çocuğun malından karşılanır. Aksi halde bu zarar, sonra ödeyeceği şekilde çocuğa borç olarak kaydedilir.⁷⁴⁶

⁷³⁹ Bilmen, 7/286; Zeydân, çev. Şafak, 492; Özkan, 161. Konuyla ilgili bir fetva şöyledir: “*Ahmed nâm sulbî sagîr oğluna hibe ettiğini ikrâr etti. Sonra velâyeti altındaki sagîr-i mezbûr nâmına menzil-i merkûmu velâyeten teslîm aldı.*” *Balat Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (970-971/1563)*, haz. Mehmet Akman (İstanbul: İSAM Yayınları, 2011d), 11/59.

⁷⁴⁰ Hamza Aktan, “Kismet”, *DİA* (Ankara: İSAM Yayınları, 2022), 497; Özkan, 162.

⁷⁴¹ Şirbînî, çev. Duman, 8/341; Bardakoğlu, “Vesâyet”, 68; Karaman, 1/257.

⁷⁴² Merginânî, çev. Meylânî, 165-166; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2822.

⁷⁴³ Üsrüşenî, çev. Cânan, 87; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2823.

⁷⁴⁴ Üsrüşenî, çev. Cânan, 91-95; Özkan, 164-165.

⁷⁴⁵ Üsrüşenî, çev. Cânan, 86-87.

⁷⁴⁶ Özkan, 165-166; Karaman, 1/257; Abdulhamîd, 406.

Fukahâya göre, babanın kendi ihtiyaçlarını karşılayacak kadar malı yoksa çocuğun malından ihtiyacı nispetinde alabilir. Bazı kaynaklar, çocuğun malından yararlanma hususunda babanın mukim veya yolcu olmasına göre bir ayrıma gitmiştir. Buna göre, eğer baba mukim ve ihtiyaç sahibi ise geri ödeme olmaksızın çocuğun malından alabilir. Ancak baba yolda kaldığından ötürü ihtiyaç sahibiyse çocuğun malını, ondan harcadığı kadarını geri ödemek koşuluyla kullanabilir. Hz. Peygamber (s.a.v.), babanın ihtiyaç sahibi olduğunda çocuğun malından maruf olmak kaydıyla faydalanabileceğini belirtmiştir. Buradaki “*maruf*” ifadesini fukahâ, fakirse geri ödemeksizin; zenginse aldığı miktarın kıymetini geri ödemek koşuluyla faydalanması şeklinde anlamıştır.⁷⁴⁷

b. Çocuğun Malları Üzerinde Babanın Vasisinin Tasarrufları

Baba, ölmeden bir vasî belirlemişse çocuğun malı üzerindeki velayeti vasîye, şahsı üzerindeki velayeti dedeye geçer. Babanın belirlediği vasî, temelde çocuğun mallarını idare etmekle görevlidir. Kur’ân’da “*Rüşdüne erişinceye kadar yetimin malına, onun iyiliğine olmadıkça el sürmeyin.*”⁷⁴⁸ buyrulmuştur. Âyette yer alan “*en iyi ve en güzel*” kaydı ile yetimlerin malının “*en iyi şekilde*” idaresi emredilmiş olup objektif bir iyi niyet ve mâruf ölçüsüne işaret edilmiştir.⁷⁴⁹

Fukahâ, babadan farklı olarak vasînin kural olarak, çocuğun mallarıyla satış veya kira sözleşmesi yapma yetkisinin olmadığını belirtmiştir. Bu kuralın istisnaları, çocuğun borca batması gibi bir zorunluluk halinin varlığı veya yapılacak işlemin çocuğun açıkça yararına olmasıdır. Benzer şekilde Ebû Hanîfe, vasînin; çocuğun mallarını -iki kat fiyat biçmesi harici- kendine satın alamayacağı veya kendi malını -yarı fiyatına olması harici- çocuğa satamayacağı görüşündedir. Yine vasî, vesayeti kendinde bulunan iki çocuk arasında sözleşme yapamazken babanın böyle bir işleme yetkisi vardır.⁷⁵⁰

Miras paylaşımı konusunda vasî ile çocuğun ortak malları taksim edilecekse bu taksimi vasî sadece çocuğun kârlı olması koşuluyla gerçekleştirebilir. Babanın ise çocuk kârlı olsun veya olmasın bu şekildeki bir taksimi yapma izni vardır.

Babanın belirlediği vasî, muhtaç dahi olsa görevi karşılığında bir ücret talep edemez ve çocuğun mallarından ihtiyacı için sarf edemez.⁷⁵¹ Ancak; yetimin işlerini görmek için yaptığı

⁷⁴⁷ Ebû Dâvûd, “Vesâyâ”, 8; Özkan, 166-167; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2826.

⁷⁴⁸ el-En’âm 6/152. Ayrıca bkz. el-İsrâ 17/34.

⁷⁴⁹ Bardakoğlu, “Vesâyet”, 68.

⁷⁵⁰ Üsrûşenî, çev. Cânan, 203-206; Celal Erbay, *İslâm Hukukunda Küçüklerin Himayesi*, (İstanbul: Rağbet Yayınları, 1998), 186; Özkan, 168.

⁷⁵¹ Bilmen, 7/205.

yolculuktaki masraflarını, muhtaç olmak kaydıyla, yetimin malından karşılayabilir.⁷⁵² Nitekim âyetle “Zengin olan (veli) yetim malına tenezzül etmesin, yoksul olan da kararınca yesin.”⁷⁵³ buyrulmuştur.

Hanefî ve Mâlikîler, babanın veya dedenin velayetinin, onlardan sonra vasiye geçtiğinden hareketle, vasinin kendinden sonraki vasiyi tayin etme hakkına sahip olduğunu (Mecelle m. 974) kabul etmiş; diğerleri ise bu hususta vesayet verilirken vasiye açıkça yetki tanınmasını şart koşturmuşur.⁷⁵⁴

c. Çocuğun Malları Üzerinde Dedenin, Hâkimin ve Vasilerinin Tasarrufları

Eğer baba çocuğun mallarını idare etmesi için bir vasî belirlemeden ölmüşse çocuğun malı üzerinde velayet yükümlülüğü çocuğun dedesine -babanın babasına- geçer. Dede, çocuğun hem şahsı hem de malı üzerinde velayete sahip olduğundan babayla aynı derecede tasarruf yetkilerine sahiptir. Baba ile dedenin mal üzerinde velayet açısından en belirgin farkları; dedenin, mirasa ait borcu ödemek veya vasiyete uymak için çocuğun mallarını satamamasıdır. Bu hak sadece çocuğun babasına aittir. Dede vefatından sonrası için torunlarına bir vasî belirleyebilir.⁷⁵⁵

Çocuğun baba ve dedesi vefat etmiş ve bunlar çocuğa vasî belirlememişse mal üzerindeki velayet hak ve yetkisi hâkime geçer. Hâkim, kendisi veya belirleyeceği bir vasî aracılığıyla bu yetkisini kullanabilir.⁷⁵⁶ Bu vasî, bazı istisnalar dışında, baba veya dedenin belirlediği vasî gibidir.

Hâkimin belirlediği vasinin, vesayet yetkisi veren kişi veya hâkim tarafından görevi karşılığında kendisine bir ücret takdir edilmesi halinde çocuğun malından bu ücreti alabileceği ifade edilmiştir.⁷⁵⁷ Vasi, fakir bir kimse bile olsa yetimin malından ancak israfa kaçmadan yararlanabilir.⁷⁵⁸

Vasî-i muhtâr, vasî-i mansûba göre daha güçlü ve geniş kapsamlı bir yetkiye sahiptir.⁷⁵⁹ Baba ve dedenin belirlediği vasiden farklı olarak hâkimin belirlediği vasi, özel bir mesele için

⁷⁵² Özkan, 171-172.

⁷⁵³ en-Nisâ 4/6.

⁷⁵⁴ Bardakoğlu, "Vesâyet", 69.

⁷⁵⁵ Hallâf, 228; Özkan, 171-172; Hamdi Döndüren, *Delilleriyle İslâm İlmihali*, (İstanbul: Erkam Yayınları, 2019), 147.

⁷⁵⁶ Üsrüşenî, çev. Cânan, 390; Karaman, 1/196.

⁷⁵⁷ Bilmen, 7/205; Bardakoğlu, "Vesâyet", 69.

⁷⁵⁸ Ebû Dâvûd, “Veşâyâ”, 8.

⁷⁵⁹ Bardakoğlu, "Vesâyet", 68. Vasî-i muhtâr ile vasî-i mansûb arasındaki farkların ayrıntısı için bkz. Bilmen, 5/203-206.

görevlendirilebilir ve bu mesele dışında bir yetkisi olmaz.⁷⁶⁰ Halbuki baba, belirlediği vasînin çocuk üzerindeki yetkilerini sınırlandırırsa da bu geçerli olmaz; vasî tam yetkilidir. Hâkimin belirlediği vasî, kesin biçimde çocuğun faydasına dahi olsa çocuğun malını ne kendisi satın alabilir ne de usûl ve fîruuyla çocuk arasında böyle bir satış işlemi yapabilir.⁷⁶¹ Diğer bir önemli husus da baba veya dedenin belirlediği vasî, kendisinden sonrası için vasî belirleyebilirken, hâkimin belirlediği vasînin böyle bir hakkı yoktur.⁷⁶²

İslam hukuku'ndaki bu düzenlemelerin hem mahcûr hem de toplum açısından çeşitli faydaları mevcuttur. Mahcûr açısından bakıldığında, mallarının korunması ve işletilip gelirlerinin artırılması amaçlanmışken; toplum açısından bakıldığında ise malın âtıl şekilde saklı tutulup toplumun iktisadî açıdan zarar görmesinin engellenmesi amaçlanmıştır.⁷⁶³

⁷⁶⁰ Üsrûşenî, çev. Cânan, 390; Bilmen, 5/203.

⁷⁶¹ Üsrûşenî, çev. Cânan, 206.

⁷⁶² Karaman, 1/196; Özkan, 173-174; Bilmen, 5/204.

⁷⁶³ Şener, Hacr (II), 345.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK MEDENİ ve İSLAM HUKUKUNDA VELAYETE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN KARŞILAŞTIRILMASI

I. VELAYETİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ ve ÖZELLİKLERİ BAKIMINDAN

A. Velayetin Tanımı

Türk medeni hukukunda velayet; küçüklerin ve istisnai hallerde kısıtlı çocukların kişiliğine, mallarına özen göstermek ve onları temsil etmek konularında ana babaya yüklenen görevlerle, bunların yerine getirilmesini mümkün kılmak maksadıyla tanınan yetkileri içeren bir kurum olarak tanımlanır.⁷⁶⁴

İslam hukukunda velayet; ergin, akıllı ve reşîd olan bir kimsenin, edâ ehliyeti hiç olmayan veya eksik bulunan başka birisinin şahsına veya mallarına ilişkin işlerini gözetip yürütmek ve haklarını korumak üzere onun yerini tutması olarak tanımlanır.⁷⁶⁵ Ancak bu hak, aile hukukunun dar çerçevesinde mütalaa edilemez.⁷⁶⁶ Zira velayet, çocuğun doğumundan erginliğine kadar süren dönemiyle ilgili hükümleri kapsamakla birlikte yalnız bundan ibaret değildir. Gerçekten velayet, temelde “şer’î/dinî bir yetkinin varlığını” ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır.⁷⁶⁷ Bu nedenle devlet örgütlenmesi düzeyinden, en alt düzeye; toplumsal boyuttaki ilişkilerden, iki kişi arasındaki ilişkiye kadar her alanı ihtiva eden bir kurumdur. Bu kurumun çocuk ve benzerleri üzerindeki uygulaması, bilhassa akrabalık nedeniyle küçük çocuk üzerinde velayete sahip olanlar bakımından çalışmamıza konu edilmiş olup dar anlamıyla velayetin konusunu teşkil eder.

Velayetin, yukarıda yer verilen ve benzeri diğer tanımlarından, bir tarafı hukuken güçlü diğeri ise zayıf kabul edilen iki taraf arasında var olan bir ilişki olduğu anlaşılır. Bu ilişkinin

⁷⁶⁴ Hayrunnisa Özdemir, "Velayet Hakkı ve Hukuki Sonuçları", *Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı*, Akın Ünal-Arif Kalkan, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 145; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 222; Özdemir, "Çalıştay", ed. Ünal-Kalkan, 145. Serozan, 250.

⁷⁶⁵ Zerka, çev. Armağan, 2/577. Zeydân, çev. Şafak, 487; Döndüren, *Aile İlmihali*, 280; Karaman-Özdemir, 172; Kahveci, 47.Ferruh, çev. Kavakçı, 145.

⁷⁶⁶ B. Cahit Oğuzoğlu, *Velâyetin Medeni Hukukdaki Ehemmiyeti*, (Ankara: Yeni Cezaevi Matbaası, 1940), 22.

⁷⁶⁷ Zeydân, çev. Şafak, 487; Zuhayli, çev. Efe, 5/108; Apaydın, "Velayet", 43/16; Genç, 209.

konusunu, hukuki şahsiyeti zayıf olan kişinin şahsı ve malı üzerindeki yetkiler ile temsil edilmesi hususları oluşturur.

Türk medeni hukukunda velayet altındakinin gerek şahsıyla gerek mallarıyla ilgili işlerinin görüp gözetilmesi ve temsil edilmesi hususlarının hepsine birden “*velayet*” denilmiştir. Bu bahse, aile hukukuna ait bir konu olarak pozitif hukuk kaynaklarının, hısımlık kısmının, soybağının kurulması bölümünde alt başlık olarak yer verilmiştir. Vesayet kapsamına da çocuğun kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve onu hukuki işlemlerde temsil etmek dahildir (TMK m. 403/1). Çocuğun vesayet altına alınması için velayet altında bulunmama şartı aranır (TMK 404/1). Dolayısıyla velayet ve vesayet bir arada bulunmaz.

İslam hukukunda velayet altındakinin şahsı, malları ve temsil edilmesiyle ilgili meseleler farklı başlıklar altında dağınık olarak ele alınmıştır. Örneğin, çocuğun şahsıyla ilgili meselelerden bakım ve eğitimi “*hidâne*”, evlendirilmesi “*nikah*”; malları ile ilgili meseleler “*vesayet*” ve temsil edilmesiyle ilgili meseleler “*hacir*” olarak isimlendirilmiştir. Bunların dışında, klasik dönem İslam hukuku kaynaklarında velayetle ilgili hükümlere “*ehliyet, neseb, radâ, nafaka, lakât*” gibi bölümlerde ve “*ahkâmü’s-sığâr*” türü çocuk hukuku eserlerinde meselecî bir yaklaşımla yer verilmiştir. Modern dönem İslam hukukunda ise konunun öğretisel çerçevesi “*el-Ahvâlü’ş-Şahsiyye*” türü kaynaklarda modern sistematik takip edilerek ele alınmıştır.⁷⁶⁸

Türk Medeni ve İslam hukukunda velayete kaynaklık eden yasal düzenlemelerin başında 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun ilgili maddeleri ile Mısır Adliye Nâzırı Muhammed Kadri Paşa’nın “*el-Ahkâmü’ş-Şer’iyye fî l-Ahvâli’ş-Şahsiyye (AŞ)*” adlı eseri ve Osmanlı’nın son zamanında çıkarılan M. 1917 tarihli “*Hukuk-ı Âile Kararnâmesi (HAK)*” bulunur. İslam hukukunda velayete tabi olarak temsil olunan kişilerin fiil ehliyeti ve kısıtlanmaları ile ilgili hususlarda ise 1868-1876 yılları arasında hazırlanan “*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye (Mc.)*” eserinde hükümler vardır.⁷⁶⁹ Bunlar; kaynağını hukuktan (yasadan/dinden) alan bir hukuki temsil müessesesi niteliğindeki velayette, velinin tasarruf alanının sınırlarını çizmesi bakımından önemlidir.

⁷⁶⁸ Bardakoğlu, “Vesâyet”, 66; Topal, 251.

⁷⁶⁹ Akgündüz, 143.

B. Velayetin Hukuki Niteliği

Türk medeni hukukunda hâkim olan görüşe göre velayet, hukuki niteliği itibariyle bir “*yüküm hak*”tır.⁷⁷⁰ Çünkü Kanun, velayete sahip olana velayeti altındakinin şahsına ve mallarına özen gösterme ve onu temsil etme konularında birbiriyle iç içe geçmiş haklar ve yükümlülükler tanımıştır. Şöyle ki velayet hakkı kaldırılrsa bile ana babanın görevleri devam eder ya da velayete ilişkin görevler sona erse de ana babanın çocuğa ilişkin istekleri olabilir.⁷⁷¹ Ayrıca velayeti sadece görev olarak kabul etmek, ana baba çocuk ilişkisinin duygusal boyutunu göz ardı etmek ve ana babalığı sırf çocuğa, topluma, devlete karşılıksız bir hizmet olarak görmek anlamına gelir.⁷⁷² Öte yandan velayetin kapsadığı yetkiler, analık babalık vazifelerinin neticesi olarak ve onların icrasını kolaylaştırmak için tanınmıştır. Yine bu yetkiler, velayete tabi olan üzerinde mutlak bir hakimiyet kurulmasına izin vermeyecek şekilde tanzim edilmiş ve sınırları belli edilmiştir. Öyle ki “*hak*” ifadesi Kanun’dan çıkarılmış; sadece “*velayet*” ifadesi bırakılmıştır. Bu ise, kimi çağdaş yasalarda ana babanın egemenliğini çağrıştırdığı düşüncesiyle “*velayet*” ve “*hak*” ifadelerinin, yerini, “*koruma ve bakım*” veya “*sorumluluk*” gibi ifadelere terk etmesine paralel bir gelişmedir.⁷⁷³

İslam hukukunda velayet, hukuki temsil hükümleri bağlamında ele alınan bir “*hak ve yetki*”dir. Velayet, kural olarak kişiye kendisi ve başkası (çocuk) adına geçerli tasarruflarda bulunma hakkı verir. Bunun yanında velayette, devlet tarafından çocuğun yararına tahsis edilip yine devlet müdahalesiyle kaldırılabilen yetkiler yer alır.⁷⁷⁴ Bununla birlikte velâyet, vesâyet, hidâne gibi haklarda hak sahibi için yetkiden ziyade dinî, hukuki veya ahlâkî nitelikte bir görevin ifası bahis konusudur.⁷⁷⁵ Nitekim velayet, ona tabi olanın maslahatı ile sınırlanmıştır.⁷⁷⁶ Velinin, velayet altındakinin faydasını koruma amacı güden tasarrufları İslam’ın açık hükümlerine, hukuka ve örfeye aykırı olamaz. Her hak gibi velayet hakkının da kötüye kullanılmasına müsaade edilmeyip şefkat ve iyi niyetten yoksun davranışlar, velayetin kaldırılmasına varan farklı derecelerde yaptırımlara bağlanmıştır.⁷⁷⁷ Keza kamu velayeti sahibi, özel velayet sahiplerini her zaman gözetleyip denetleyebilir.⁷⁷⁸ Netice itibariyle İslam hukukunda başta çocuklar olmak üzere velayete tabi olanın menfaatine zarar gelmemesi

⁷⁷⁰ Hatemi, *Aile Hukuku*, 184.

⁷⁷¹ Çetiner, *Velayet Müessesesi*, 27., 31

⁷⁷² Çetiner, *Velayet Müessesesi*, 30.

⁷⁷³ Serozan, 253; Usta, *Velayet Hukuku*, 25.

⁷⁷⁴ Şa’bân, çev. Dönmez, 472; Kelebek, 62-63.

⁷⁷⁵ Bardakoğlu, “Hak”, 146.

⁷⁷⁶ Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 208.

⁷⁷⁷ Kelebek, 67.

⁷⁷⁸ Berki, 6; Genç, 212; Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 50.

maksadıyla çeşitli koruma mekanizmaları öngörülmüştür. Bu nedenle velayet hakkının veliye kayıtsız şartsız bir hakimiyet gücü verdiğinden bahsedilemez.

Türk medeni hukukunda velayetten doğan hakkın niteliği konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide çoğunluğun görüşüne göre velayet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak bir haktır.⁷⁷⁹ Velayetin niteliği gereği yasal sebep olmadıkça çocuk, ana babasından alınamaz (TMK m. 335). Ayrıca gerektiğinde ana babanın çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi hakkında çocuğun yararına uygun olarak aldıkları kararları zorla uygulama yetkilerinin olması bu hususta delil olarak gösterilir.⁷⁸⁰ Velayet hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı mutlak hak özelliği göstermesi nedeniyle bu hakkın başkalarına devredilmesi ve mirasçılara intikal etmesi mümkün olmayıp hukuki bir işlemle sınırlandırılmasına ve bu haktan feragat edilmesine izin verilmemiştir.⁷⁸¹ Ancak toplumsal ve ekonomik gelişmelere paralel olarak velayetin söz konusu özelliğine bakış açısının değişikliğe uğradığı söylenebilir.⁷⁸² Çocuğun bakım ve eğitimiyle ilgili yetkilerin ana baba dışında birine (örneğin gündüzlü, yatılı bakım, eğitim kuruluşlarına) bırakılması mümkündür ancak velayet hakkının devri niteliği taşımaz.⁷⁸³ Bu durumda ana babanın denetim yükümlülükleri devam eder. İslam hukukunda da benzer bir durum söz konusudur. Velayetin devri gerçekleşmeksizin velayete sahip olan kimseden başkasına (örneğin sütanneye, bakıcıya, hâdineye) çocuğun emzirilmesi, bakımı, eğitimi veya yetiştirilmesi yetkileri bırakılabilir. Ancak çocuk üzerinde velâyet, babalık, annelik hakları gibi dinî-hukuki düzenin bir parçasını teşkil eden ve bir yönüyle mükellefiyet niteliği de taşıyan haklar sahipleri tarafından ıskat edilemez.⁷⁸⁴ Babanın ve dedenin çocuk üzerindeki velayeti kişiye bağlı bir haktır. Dolayısıyla kendilerini bu sorumluluktan azletme hakları yoktur.

Türk medeni hukukunda velayetin niteliği ile ilgili öne sürülen bir diğer görüşe göre bu hakkı, “başkasının şahsı üzerinde mutlak hak” şeklinde anladığımız zaman, bir aynı hak türü olan mülkiyet hakkından farksız olur. Ancak bu haklar “ihlal eden herkese karşı korunan konumlar” mahiyetinde birer hak olarak anlaşılmalıdır.⁷⁸⁵

⁷⁷⁹ Oğuzman-Dural, 276; Dural vd., 362; Öztan, *Aile Hukuku*, 1080; Hatemi, *Aile Hukuku*, 184; Akıntürk-Ateş Karaman, 408; Akkurt, 95.

⁷⁸⁰ Oğuzman-Dural, 276.

⁷⁸¹ Bilmen, 5/223; Zuhayli, çev. Efe, 5/18-22; Serozan, 252; Öztan, *Aile Hukuku*, 1078; Akıntürk-Ateş Karaman, 408; Hatemi, *Aile Hukuku*, 184; Dural vd., 363. İslam hukukunda vasi, sadece kendisi için bir ücret belirlenmişse bunu alabilir. Bardakoğlu, "Vesâyet", 69; Çelikel, 37-38.

⁷⁸² Sarı, 87. dn. 18; Usta, *Velayet Hukuku*, 27.

⁷⁸³ Öztan, *Aile Hukuku*, 1078; Sarı, 87; Baygın, 277.

⁷⁸⁴ Zuhayli, çev. Efe, 5/18; Bardakoğlu, "Hak", 150.

⁷⁸⁵ Hatemi, *Medeni Hukuk'a Giriş*, 127; Serozan, 251.

Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüşe göre velayet hakkı hem mutlak hem de nisbî özellik taşır.⁷⁸⁶ Velayet hakkının nisbîlik niteliği, velayet ilişkisinin tarafları arasındaki ilişkinin gerektirdiği bakım, saygı ve dayanışma gibi yükümlülüklerde ortaya çıkarken mutlak hak niteliği, ana baba ve çocuğun üçüncü kişilerle olan ilişkisinde ortaya çıkar.

Türk medeni hukukunda velayetin devredilmezliğinin istisnası evlat edinmedir.⁷⁸⁷ TMK m. 314'e göre çocuğunu evlatlık veren kişinin velayete ilişkin hak ve yükümlülükleri evlat edinene geçer. İslam hukukunda ise bu şekilde evlat edinme kurumu yoktur.

C. Velayetin Özellikleri

Türk medeni hukukunda velayet hakkının özellikleri; çocuğun yararına olması, kamu düzenine ilişkin olması, süreye bağlı olması ve bölünemez olmasıdır.

Çocuğun yararı, her iki hukuk sisteminde temel düşünce olarak karşımıza çıkar. Türk medeni hukukunda bu ilke gerek uluslararası sözleşmelerle gerek ulusal düzenlemelerle güvence altına alınmıştır. Yasama ve yürütme mevkiinde olanlar ile yargı organları çocukla ilgili her konuda, ana babasının yararı ile çocuğun yararının çatışması halinde bile önce çocuğun yararını gözetmelidir.⁷⁸⁸ Zira velayet, ana baba için değil çocuk içindir.⁷⁸⁹ İslam hukukunda da velinin çocuğun maslahatına, şefkat ve merhamete uygun olmayan tasarrufları velayetin hukukiliğine ve özüne aykırı olarak geçersizdir.⁷⁹⁰ Hanefilere göre velayet hak ve yetkileri velayete tabi olan kişinin maslahatını koruma amacına bağlı olarak verilmiştir.⁷⁹¹ Konuyla ilgili “*Ra ‘iyye yâ ‘ni tebe ‘a üzerine tasarruf maslahata menûttur.*”⁷⁹² ilkesiyle, başta devlet başkanı olmak üzere tüm idarecilerin (ve bir idareci olarak velilerin) tasarrufları, idaresi altındakilerin yararına bağlanmıştır. Her ne kadar özel velayet, kamu velayetinden güçlü olsa da hâkim, velayet hakkını çocuğun yararına aykırı veya şefkat ve iyi niyetten yoksun bir şekilde kullanan veliye karşı re’sen veya şikâyet üzerine gerekli tedbirleri alma hakkına sahiptir.⁷⁹³ Keza gerek hidânedede gerekse çocuğun süt emmesinde hem ananın hem de çocuğun hakkı bir arada bulunduğu zaman kimi zaman bu haklar çatışabilir. Bu şekilde çocuk ile ananın menfaatleri çatıştığı takdirde çocuğunkine öncelik verilir.

⁷⁸⁶ Serozan, 251; İmamoğlu, Tedip, 168; Abik, 17; Reyhani Yüksel, 28.

⁷⁸⁷ Berki, 8.

⁷⁸⁸ Usta, *Velayet Hukuku*, 521; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 8; Serozan, 66; Gençcan, 165.

⁷⁸⁹ Serozan, 250; Usta, *Velayet Hukuku*, 26.

⁷⁹⁰ Genç, 221.

⁷⁹¹ Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, 205.

⁷⁹² Mc. m. 58.

⁷⁹³ Kelebek, 67.

Velayetin kamu düzenine ilişkin olması her iki hukuk sisteminde de benzerlik gösterir. Ancak kamusal müdahalenin yoğunluğu bakımından aynı şeyi söylemek güçtür. Gerçekten zayıfların korunması, onların topluma sağlıklı ve iyi eğitilmiş birer yetişkin olarak kazandırılmaları kamu düzenini ve kamu yararını yakından ilgilendirir.⁷⁹⁴ Velayetin nihai amacı, ihtiyaçları karşılanmış mutlu bireylerden bir aile, sonra bir toplum oluşturmak ve oluşan toplumu adaletle yönetmektir.⁷⁹⁵ Bu münasebetle Türk kanun koyucu, velayet hukukunda devlet müdahalesinin yoğunlaştırılması ilkesini benimsemiştir. Velayet hakkının çerçevesini belirleme ve ana babanın velayetten doğan görevlerini gereği gibi yerine getirip getirmediğini denetleme devlete ait bir yetkidir. Devlet bu yetkiye dayanarak ana babanın velayet görevlerini gereği gibi yerine getirmediği veya kötüye kullandığı durumlarda, çocukları ile ilişkilerine kamu yararı ve kamu düzeni düşüncesiyle müdahale eder (TMK m. 346-348).⁷⁹⁶ Bu durumda genel koruma önlemleri almakla yetinebileceği gibi çocuğu ailesinin yanından alıp başka bir aile veya kurumun yanına yerleştirebilir veya ana babanın velayet hakkını ellerinden alabilir. Diğer taraftan İslam hukukunda devletin ya da hâkimin etkisi, anlaşmazlık noktalarında ele alınmıştır.⁷⁹⁷ Her ne kadar kamu velayeti sahibinin özel velayet sahiplerini denetleme ve gerektiğinde velayete müdahale etme yetkisi bulursa da kural olarak özel velayet, kamu velayetinden güçlüdür.⁷⁹⁸ Devlet başkanının, velinin elinden velayet hakkını alması fevkalade zaruri haller dışında kullanılmaz.⁷⁹⁹ Hatta, hidâne döneminden sonra baba, çocuğa bakmak istemese bile onu yanına almaya zorlanır.

Velayet, her iki hukuk sisteminde de süreye bağlıdır. Nitekim velayet müessesesi hukuken zayıf konumda olan çocukların bakım, eğitim, korunma ve temsil edilme gibi ihtiyaçlarının karşılanmasına binaen doğmuştur. Bu ihtiyaç, çocukluğun süresine bağlı olup sürenin ne kadar olduğu, çocukluk halinin sona erme zamanı olarak kabul edilen ölçüte göre farklılaşır. Bu farklılığa, velayetin sona ermesinde değinilecektir.

Velayetin özelliklerinden bir diğeri, bölünemez olmasıdır. Velayetin bölünemezliğini, hem görevsel bölünemezlik hem de zamansal bölünemezlik olarak anlamak gerekir. Görevsel bölünemezlik, velayetten doğan bazı hak ve yükümlülüklerin ana ve baba arasında

⁷⁹⁴ Özdemir-Ruhi, 6; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 225; Gençcan, 148 vd; Reyhani Yüksel, 33.

⁷⁹⁵ Genç, 210.

⁷⁹⁶ Öztan, *Aile Hukuku*, 1076-1077; Baygın, 276.

⁷⁹⁷ "Halbuki kesin çözümü olmayan konuların hâkime bırakılması yerinde bir davranış olacaktır." Sultan Aksakal, "Boşanmadan Sonra Çocuğun Velayeti", *KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1 (2003), 178.

⁷⁹⁸ Mc. m. 59.

⁷⁹⁹ Kelebek, 99-100.

paylaştırılmaması anlamına gelir.⁸⁰⁰ Velayetten doğan hak ve yükümlülüklerin ana ile baba arasında paylaşılması mümkün değildir.⁸⁰¹ Örneğin, çocuğun kişiliği üzerindeki velayet ana babadan birine, malları üzerindeki velayet ise diğerine bırakılamaz.⁸⁰² Nitekim evlilik kaim olduğu müddetçe ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar (TMK 336/1). Kanun koyucu velayetin kapsamı (TMK m. 339 vd.) ve çocuk malları (TMK m. 352 vd.) ile ilgili tüm hak ve yükümlülüklerde ana ve babayı birlikte muhatap almıştır. Keza boşanma sonrasında velayet, çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir (TMK m. 336/3). Velayetin mahkemece taraflardan birine verildiği tüm ihtimallerde velayet kendisine bırakılan taraf, velayet hak ve yükümlülüklerine bir bütün halinde sahip olur. Velayeti birlikte kullanma, özellikle şahsî ve malî unsurların birbirine bağlı olduğu çocuğun eğitimi veya tedavisi gibi görevlerin yerine getirilmesini zorlaştıracak ve çocuğun zararına sonuçlar verecektir.⁸⁰³

Öğretide bir kısım yazar, bazı durumlarda çocuğun şahsı üzerindeki velayet ile malları üzerindeki velayetin birbirinden ayrılıp ana ve baba arasında paylaşılmasının çocuğun yararına olabileceğini kabul etmiştir.⁸⁰⁴ Çünkü velayet her şeyden önce çocuğun yararınadır ve onun yararının gerektirmesi durumunda hâkim, çocuğun bakım ve eğitimi ile ilgili hak ve görevleri eşlerden birine, mallarının idare görevini diğer eşe verebilmelidir. Aksi halde mesela bakım yaşındaki bir küçüğün velayeti anasına verildiği için malvarlığı ile ilgili işlerin sorumluluğunun, mali konularda daha becerikli olan babasına verilememesi çocuk için faydalı olmayacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu hususu TMK m. 182/2 kapsamında ele almış ve bir kararında, çocukla kişisel ilişki kurmanın sözden ibaret bulunmadığını, çocuk yanında bulunmayan ana ya da babanın çocuğu ile vakit geçirmesine, onu terbiye etmesine ve ona nasihatle bulunmasına imkan tanıyacak ölçüde olması gerektiğini belirtmiştir.⁸⁰⁵ Bu konu İsviçre medeni hukukunda da tartışılmış; bir kısım çocuk hukuku uzmanı tarafından velayetin istisnai ve önemli durumlarda bölünebileceği savunulmuştur.⁸⁰⁶ Buna karşın Alman Medeni Kanunu'nda, çocuğun güvenliği yani yararı gerektiriyorsa çocuğun bakım ve eğitime ilişkin

⁸⁰⁰ İkbâl Bozkurt, *Velinin Velayetten Doğan Hak Görev ve Yetkileri*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010) 25.

⁸⁰¹ Öztan, *Aile Hukuku*, 1079; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 224; Usta, *Velayet Hukuku*, 107; Reyhani Yüksel, 31; Gençcan, 172.

⁸⁰² Selma Çetiner Baktır, *Velayet Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2000), 47; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 224.

⁸⁰³ Ayşegül Karabacak, *Eşlerin Çocuk Üzerindeki Velayet Hakkı*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006) 27.

⁸⁰⁴ Baygın, 279; Çetiner Baktır, 47.

⁸⁰⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK) K. 2/25-29 (22 Haziran 1960); Nihat İnal, *Nişanlanma - Evlenme - Mal Rejimi - Boşanma - Velayet - Nafaka ve Eşya Davaları*, (Ankara: Kartal Yayınevi, 2003), 618-619.

⁸⁰⁶ Bozkurt, 25.Bozkurt 25.

hak ve yükümlülüklerin ana babadan birine, mallarına ilişkin hak ve yükümlülüklerin ise diğerine bırakılmasına imkân tanınmıştır.⁸⁰⁷

Velayetin bölünemezliği ilkesi en çok boşanma ve ayrılık halinde birlikte velayet uygulanmadığı takdirde söz konusu olur.⁸⁰⁸ Türk hukukunda velayetin görevsel bakımdan bölünebilmesi, anlaşmalı boşanma hallerinde tarafların velayetten doğan hak ve görevleri kendi aralarında paylaşarak velayeti birlikte yürütme hususunda anlaşmaları ve bu anlaşmayı hâkimin onaylamasıyla (TMK m. 184/b. 5) ya da boşanmada birlikte velayete karar verilmesi halinde hâkim tarafından yapılacak bir düzenlemeyle söz konusu olabilecektir.⁸⁰⁹

Velayetin zamansal bölünemezliği, yani velayetin belli bir süre ana babadan birine, bu sürenin dolmasından sonra diğerine verilip verilemeyeceği tartışmalıdır. Velayetin süreye bağlı olarak ana ve baba arasında paylaştırılabileceğini söyleyenlere göre çocuk, belli yaşlarda anneye, belli yaşlarda da babaya daha fazla ihtiyaç duyduğundan bu şekilde bir bölünme çocuğun yararına uygundur.⁸¹⁰ Nitekim velayeti düzenlerken Yargıtay'ın çocuğun ihtiyaçlarını gözettiği bir gerçektir. Bu anlamda kimi kararlarında çocukların temyiz öncesi dönemde yaşları gereği bakım, şefkat ve ilgi ihtiyaçlarının olduğu, ergenlik öncesi döneme gelince denetim ve gözetim ihtiyaçlarının daha öncelikli bulunduğu ifade edilmiştir. Buna göre şefkate muhtaç yaştaki çocukların velayetlerinin anaya verilmesinin, daha büyük olan ve disipline ihtiyacı olan erkek çocuklarının ise babaya verilmesinin çocuğun yararına olacağı kabul edilir. Yine çocukların cinsiyetlerine göre ergenlik öncesi dönemde uygun kadın veya erkek rol modeline ihtiyaçları bulunduğu bahsedilmiştir.⁸¹¹ Buna karşın velayetin zamansal bölünmesinin söz konusu olmayacağını ifade eden çoğunluk görüşüne göre hukuk düzeni, çocuğun menfaatlerine göre gerektiğinde velayetin kaldırılmasına veya durumun değişmesinde velayetin de değiştirilmesine ya da velayete sahip olmayan tarafın çocukla kişisel ilişki kurmasına zaten imkân tanımıştır. Bu nedenle velayetin, daha doğrusu çocuğu yanında bulundurmanın zamansal paylaşımına gerek yoktur.⁸¹² Çocuğun belli bir süre, örneğin ilköğretimini tamamlayıncaya kadar, ana babadan birine; bu sürenin sona ermesinden sonra da diğerine bırakılacağına dair düzenleme yapılması mümkün değildir.⁸¹³ Kaldı ki çocuğun belli bir süre sonra ana veya

⁸⁰⁷ Serozan, 251; Çetiner Baktır, 48; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 224; Baygın, 279.

⁸⁰⁸ Baygın, 30; Reyhani Yüksel, 278.

⁸⁰⁹ Baygın, 279-280; Reyhani Yüksel, 32.

⁸¹⁰ Berki, 11.

⁸¹¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2021/8396 (10 Kasım 2021); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), K. 2002/1048 (23 Ocak 2001), Bulut, 34; Akkurt, 115.

⁸¹² Reyhani Yüksel, 31; Öztürk, 47.

⁸¹³ Çetiner Baktır, 47; Baygın, 278; Reyhani Yüksel, 30; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 224; Gençcan, 173.

babasından ayrılacağını bilerek yaşaması ve yaşadığı yeri, alıştığı çevreyi, eğitimini değiştirmesi gibi durumlar çocuğun yararına olmayacaktır.⁸¹⁴

İslam hukukunda, Türk medeni hukukundaki anlamıyla velayetin bir bütün olduğunu söylemek güçtür. Zira gerek görevsel gerekse zamansal bakımdan velayetten doğan hak ve yükümlülüklerin ana ve baba arasında hatta ana ve baba ile üçüncü kişiler arasında paylaştırılması mümkündür.

İslam hukukunda velayette görevsel bölünmenin en açık örneği baba ile dedenin ölümünden sonra görülür. Zira daha önce ifade edildiği üzere çocuğun hem şahsını hem mallarını ilgilendiren kanuni temsilciliğe velayet, yalnız mallarını ilgilendiren kanuni temsilciliğe vesayet denilmiştir. Bu ikisi, çocuğun babası ve dedesinden sonra birbirinden ayrılır. Baba ve dededen sonra çocuğun mallarının idaresi, korunması gibi malî haklarına ilişkin velayet (vesayet), genel velayetten ayrılarak özel olarak vasiye geçerken çocuğun okutulması, evlendirilmesi gibi şahsî haklarına ilişkin velayet, sırasıyla binefsihî asabe denilen yakın hısımlarına geçer.⁸¹⁵ Velayette hem görevsel hem de zamansal bölünme benzeri bir durum ise evlilik birliğinin sona ermesiyle söz konusu olur. Evlilik birliğinin sona ermesinden sonra çocuk, hidâne hükümleri gereği belli bir yaşa veya kabiliyete gelene kadar anasının veya ana tarafından bir kadın akrabanın, sonrasında ise babasının veya baba tarafından bir erkek akrabanın yanında kalır. Aslında hidâne döneminde çocuğu alıkoyma hakkı ile çocuk üzerindeki velayet hakkı arasında bir ayrım yapıldığı ve bu ikisinin mutlak şekilde birbirine bağlı olmadığı söylenebilir. Söz konusu dönemde, babanın çocuk üzerindeki velayet hakkı kaldırılmadan çocuğu alıkoyma hakkı anaya bırakılmıştır. Alıkoyma hakkı sahibi, özellikle çocuğun bakımı, terbiyesi, korunması gibi birtakım şahıs varlığı işlemlerinde yetkilidir. Veli, velayetten doğan diğer hak ve sorumlulukların yanında, çocuğunu görme ve onunla ilgilenme hak ve sorumluluğunu da haizdir.⁸¹⁶ Böylece çocuğun en iyi şekilde yetişmesi için adeta bir iş bölümüne gidilmiştir.⁸¹⁷

Çocuğun ana babası üzerindeki haklarına iki fıkra halinde yer veren AŞ m. 365 hükmünün ilk fıkrasında babanın görevleri, ikinci fıkrasında ananın görevleri sayılmıştır. Buna göre babanın çocuğu üzerindeki görevleri te'dib, terbiye, eğitim veya sanat öğretmek, nafakasını temin etmek, mallarını idare etmek ve korumak şeklinde geniş bir yelpazede ele

⁸¹⁴ Çetiner Baktır, 47; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 224; Birinci Uzun, 148-149.

⁸¹⁵ Zerka, çev. Armağan, 2/579; Bardakoğlu. "Hidâne", 467.

⁸¹⁶ Bardakoğlu, "Hidâne", 469.

⁸¹⁷ Bardakoğlu, "Hidâne", 467; Şemsettin Ulusal, "Din Eğitiminde Ebeveyn ve Çocuğun Hak ve Özgürlüğü: Hukuki Bir Tahlil", *Diyanet İlmî Dergi* 48/1 (2012), 77.

alınmışken ananın görevleri, çocuğun yetişmesinde gerekli ihtimamı göstermek ve gerektiği hallerde onu emzirmekten ibarettir.⁸¹⁸

Türk medeni hukukunda evlilik birliği içinde ana ve babanın çocuk üzerinde velayet hakkına birlikte sahip olmasına karşın İslam hukukunda velayet hakkının babaya aidiyeti, söz konusu hukuk sistemlerinin dava üretme potansiyeli bakımından fark oluşturmaktadır. Gerçekten, velayetin kullanılması ile ilgili, örneğin, çocuğun adının konması, gideceği okulun belirlenmesi, işe verilmesi, tıbbî müdahale, nişanlanma, akrabalarla ve arkadaşlarla ilişkiler gibi şahsî veya çocuğun malvarlığının değerlendirilmesi, değiştirilmesi gibi malî konularda ana ve babanın zıtlaşması pekâlâ mümkündür. Modern düşüncenin konuya yaklaşımı, eşit hak ve yükümlülükler sahip karı kocanın, çocuğun velayeti gibi önemli bir konuda aynı yerde konumlandırılması gerektiği yönündedir.⁸¹⁹ Bu münasebetle velayetin kullanılmasını ilgilendiren konularda babanın oyunu geçerli kılan yasa (Mülga Medeni Kanun m. 263), cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağına ve eşler arasında eşitlik ilkesine (Anayasa m. 10, 41) aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle Yeni Medeni Kanun’la birlikte tarih olmuştur.⁸²⁰ Günümüzde eşlerin, evlilik birliğine ilişkin önem taşıyan bir konuda farklı fikirlere sahip olmaları durumunda anlaşmazlığın dava yoluyla çözülmesi gerekir (TMK m. 195/1).⁸²¹ İslam hukukunda ise çocuklar analarının bakımında olsa dahi velayete en kuvvetli hakkı olan, babadır.⁸²² Ana, velayet vazifesiyle hukuken ilgili değildir. Velayette yönetimin tek bir elde toplanmasının doğal sonucu, ihtilafların azalması ve idarenin hızlı işlemesidir.⁸²³ Karı koca arasında çözümü güç nitelikteki uyuşmazlığa yol açan durumların hukuk problemi haline gelmeden önce engellenmeye çalışılmasının temel nedeni, mahkemelere çok iş çıkarmamak suretiyle mağduriyetlerin önüne geçilmesi olabilir. Nitekim bu durum, Hanefî mezhebinin izlediği “*az dava üreten hukuk*” yapma politikasıyla da uyumludur.⁸²⁴ Mesele, mahkemeye yansıyan boyutu bir tarafa bırakılıp karı koca ilişkileri bakımından ayrıca ele alınmaya muhtaçtır. İslam’da, kadının kocasına meşru taleplerinde itaat etmesi gerekli kılındığı gibi hangi konularda itaat etmemesi gerektiği ve itaat etmesi için kocasının sağlaması gereken

⁸¹⁸ Akgündüz, 230.

⁸¹⁹ Reyhani Yüksel, 48.

⁸²⁰ Çelikel, 55.

⁸²¹ Reyhani Yüksel, 49; Öztan, *Aile Hukuku*, 1088; Sarı, 91.

⁸²² Ferruh, çev. Kavakçı, 145.

⁸²³ Berki, 6-7.

⁸²⁴ Mahmut Samar, "Hanefî Mezhebi Üzerinde Klasik Fıkıhta Hukuk Politikası", *İslam ve Yorum III*, Emine Güzel-Serkan Demir, (Ankara: İnönü Üniversitesi Yayınevi, 2019),

şartların da açıkça belirtildiği görülür.⁸²⁵ Kocanın karısına “*Onlarla (karılarınızla) iyi geçinin*”⁸²⁶ âyeti gereği iyi muamele etmesi ve evine karşı görevlerini yerine getirmesi emredilir. Yine karısının inisiyatifindeki konularda, kocası eşinin tercihlerine saygı göstererek hareket etmelidir.⁸²⁷ Nitekim çocuğu süten kesmek hususunda indirilen âyette, ana babanın bunu “*karşılıklı danışarak ve anlaşarak*”⁸²⁸ yapması istenmiştir. Literatürde kimi yazarlarca ananın çocuk eğitimi ile ilgili bildiklerini babanın bilmeyebileceği ve istişarenin çocuğun yararına olacağı vurgulanarak karı koca arasında istişarenin şart koşulduğu ifade edilmiştir.⁸²⁹

II. VELAYET İLİŞKİSİNİN TARAFLARI BAKIMINDAN

Türk medeni hukuku ve İslam hukukunda velayet ilişkisinin, biri hukuken güçlü diğeri ise zayıf kabul edilen iki tarafı vardır.

A. Velayete Sahip Olanlar

İki hukuk sistemi arasında velayete ilişkin en büyük farklılıklardan biri velayet hakkına sahip olan kişilerde görülür. Bu farklılığın iki boyutuyla ele alınması mümkündür. Birincisi; Türk medeni hukukunda velayetin hem anaya hem de babaya birlikte tanınmış olmasına karşılık İslam hukukunda babaya tanınmış olması hususudur. İkincisi ise Türk medeni hukukunda ana ve baba dışında anneanne, dede, kardeş gibi çocuğun birinci dereceden kan hısmı dahil kimseye velayet hakkı tanınmamasına karşılık; İslam hukukunda babaya, babadan sonra dedeye, dededen sonra velayetin şahsî veya malî olmasına göre çocuğun belli şartları taşıyan farklı yakınlarına intikal etmesi hususudur.

⁸²⁵ Fatmanur Merve Haşıloğlu, *Hanefilere Göre Aile Hukukunda Karı-Kocanın Birbirleri Üzerindeki Hakları ve Çocukların Ebeveynler Üzerindeki Hakları*, (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021) 37.

⁸²⁶ en-Nisâ 4/19.

⁸²⁷ Haşıloğlu, 35.

⁸²⁸ el-Bakara 2/233.

⁸²⁹ “Bazıları erkeğin kavvam olması ile alakalı âyeti yanlış anladıkları için erkeği ailede tüm kararları almada ve her istediğini yapmada tek yetkili kişi zannederek kadın veya evin diğer fertlerini alınan kararlara boyun eğen kimseler olarak görmüşlerdir. Hâlbuki bu yanlış anlaşılma ile böyle bir aile dayanışma ve birlikte yaşama hususunda başarılı olamazlar. Kaldı ki Kur’ân, Hz. Peygamber ve Ehl-i Beyt’in siretinde dayanışma ve istişare meselelerin çözümü ve hedeflere ulaşmanın önemli bir faktörü olarak zikredilmiştir.” Fakhera Marghob, *Çağdaş Sünni ve Şii Müfessirlerin Görüşleri Çerçevesinde Eşlerin Karşılıklı Hak ve Sorumlulukları*, (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019) 58-59.

1. Ana ve Babanın Durumu

Türk medeni hukuku, aile bireylerinin bağımsızlığı ilkesinden esinlenerek babanın yanında anaya da velayet hakkı tanımıştır (TMK m. 335/1).⁸³⁰

Velayetin hem anaya hem de babaya tanınmış olması, karı koca arasında eşitlik ilkesinin benimsenmesinin bir sonucudur. Kanun'un aile hukukundaki düzenlemeleri *"kişiliğin korunması ilkesi"* gereğince eşler arasında eşitliğe dayanır. Onlar, modern hukuk düzenlerinde olduğu gibi velayetten doğan tüm hak ve yükümlülöklere eşit olarak sahiptir. Çocukla ilgili karar alma ve uygulama süreçlerinde ana babanın eşit söz hakkı vardır.⁸³¹

Boşanma halinde hâkim, takdir yetkisine dayanarak velayet hakkını yalnız anaya ya da yalnız babaya bırakır. Diğer taraftan uygulamada mahkemeler tarafından ana ve babanın boşanma sonrasında da velayeti ortak bir şekilde kullanabileceğine dair hükümler verilmekte ve bu hükümlerin sayıları giderek artmaktadır.⁸³²

İslam hukukunda velayet hak ve yetkisi münhasıran babaya, baba yoksa dedeye tanınmıştır. Ana açısından velayetin durumu velayetin türlerine göre ayrı ayrı ele alınabilir.

Hanefî hukukuna göre ananın, çocuğun şahsı ve mallarıyla ilgili üç sahada belli hak, yetki ve görevlere sahip olması mümkündür. Hidâne hak ve görevi bunların başında gelir ki çocuğun bakımı, beslenip büyütölmesi ve terbiyesi gibi ihtiyaçlarını konu alır ve öncelikle anaya aittir. Evlilik birliğinin kocanın vefatı veya boşanma gibi bir yolla bozulması halinde ananın hidâneye daha layık görölmesine, Hz. Peygamber (s.a.v.) ve sahabe döneminden gelen şu rivayetler delil olarak getirilmiştir: Bir kadın kendisine gelerek, *"Ey Allah'ın Elçisi! Şu benim oğlumdur. Karnım ona yuva, göğsüm pınar, kucağım da sıcak bir kundak oldu. Şimdi ise babası beni boşadı ve çocuğu benden çekip almak istiyor."* şeklinde müracaatta bulununca Hz. Peygamber (s.a.v.): *"Başkası ile evlenmediğin sürece onun üzerinde önce sen hak sahibisin."*⁸³³ buyurmuştur. Hz. Ebu Bekir, devlet başkanlığı sırasında karşısına çıkan bir anlaşmazlıkta Hz. Ömer'e *"Annenin kokusu, okşaması ve şefkati çocuk için büyüüyüp kendi tercihini kullanıncaya kadar senin yanındaki petekli baldan daha hayırlıdır."* diyerek çocuğunun boşadığı karısıyla

⁸³⁰ İnan, 124.

⁸³¹ Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 94; Öztan, *Aile Hukuku*, 1077.

⁸³² Yargıtay kararlarından konuyla ilgili bir örnek şöyledir: *"İç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değeriendirildiğinde "ortak velayet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir."* Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2017/1737 (20 Şubat 2017). Benzer kararlar için bkz. İzmir 4. Aile Mahkemesi, K. 2009/470 (27 Mayıs 2009). Serdar, 171. dn. 59; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi, K. 2017/601 (10 Mayıs 2017). Apaydın, 463-465.

⁸³³ Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, 2/182; Ebu Dâvûd, "Talâk", 35.

birlikte kalmasına karar verdiği rivayet edilir.⁸³⁴ Ana, hidâne hakkından başka, evlendirme velayetine de sahip olabilir. Ebû Hanîfe'nin kabul ettiği bu görüşe göre ana, evlenecek kimsenin korunması adına, asabeden kimse bulunmadığı zaman evlendirme velayetine sahip olabilir.⁸³⁵ Ana, çocuğun malları üzerinde vesayet hakkına da sahip olabilir. Ananın bu hakkı elde etmesi baba, dede veya hâkimin, kendisini, çocuğun malları ile ilgili işlemlerde vasi olarak seçmesi veya tayin etmesiyle olur. Burada ananın vesayet hakkı, analık vasfından değil vasi olarak seçilmesi veya tayin edilmesinden kaynaklanır.⁸³⁶

Türk-İslam hukukunda ananın çocuğuna vasi olarak tayin edilebilmesine karşın veli olamaması, velayetin gerektirdiği fitrî hale uygun olmadığı dolayısıyla eleştirilmiştir. Bu düşünceye göre kadın, vasi olma ehliyetine sahipse veli olma ehliyetine de sahip olabilmelidir. Oysa çocuğu yalnız vesayet suretiyle temsil edebilen ana, bu suretle vasilere uygulanan sıkı kontrole tabi tutulmak istenmiştir. Ayrıca bu durum nedeniyle ananın, çocuğun mallarından faydalanma veya kazancına sahip olma gibi yetkilerden mahrum bırakıldığı ifade edilmiştir.⁸³⁷

Dikkat edilirse klasik kaynaklı yorumlarda çocuğun velayeti tespit edilirken onun ihtiyaçlarına ve kadın-erkek fizyolojisine göre bir ayırım yapılmıştır. Kadınların genel olarak terbiye konusunda daha ehil, dayanıklı, işleri güzelce idare eden, çocuğa karşı şefkatli ve yumuşak davranışlı kimseler olduğu kabul edilmiştir.⁸³⁸ Bu nedenle hidâne hakkının anaya ve çocuğun ana tarafından yakını kadınlara verilmesinde çocuk için büyük yarar görülmüştür.⁸³⁹ Çocuğun bizzat yerine getiremediği hukuki tasarruflarının onun yerine icra edilmesi, korunması ve mallarının idare edilmesi gibi ihtiyaçlarını karşılama hak ve görevi ise erkeklere verilmiştir. Çünkü erkeklerin ticarete ve malı muhafazaya kudretli oldukları, tasarrufta bulunma konusunda isabetli görüş sahibi, dirayetli ve koruyup kollamada güç sahibi olduğu düşünülmüştür. Çocuğun ihtiyaçları gözetilerek yapılan bu ayırmada temel düşünce çocuğun yararını korumaktır.⁸⁴⁰

Türk medeni hukukunda evlilik birliği haricindeki ilişkiden dünyaya gelen çocuğun velayeti anaya aittir (TMK m. 337/1). Velayet hakkının hem anasına hem babasına ait olabilmesi için tanıma veya babalık davası gibi yollarla baba ile çocuk arasında soybağı

⁸³⁴ Abdürrezzâk es-San'ânî, *el-Müsânef*, 7/154.

⁸³⁵ İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 7/268; Karaman, 1/318; Kudûrî, çev. Arslan, 109; Cezîrî, çev. Keskin, 5/2077; Serahsî, ed. Akşit, 4/415.

⁸³⁶ Serahsî, ed. Akşit, 6/258; Rahat, 96.

⁸³⁷ Berki, 6-7.

⁸³⁸ Mavsîlî, çev. Keskin, 3/266-267; Abdulhamîd, 389.

⁸³⁹ Serahsî, ed. Akşit, 5/327.

⁸⁴⁰ Mavsîlî, çev. Keskin, 3/266-267; Baktır, 272.

ilişkinin kurulması gerekir. İslam hukukunda ise babası ile soybağı ilişkisi kurulamadığı için asabesi olmayan çocuğun şahsı üzerindeki velayet, Ebû Hanîfe'ye göre çocuğun anasına ve ana tarafından kadın/erkek akrabalarına; İmam Muhammed ve diğer Hanefî fakihlere göre ise doğrudan devlet başkanına ya da onun tayin ettiği vasiye aittir. Yine böyle bir çocuğun malları üzerindeki velayet, devlet başkanına ya da onun tayin ettiği vasiye aittir.⁸⁴¹

Her iki hukuk sisteminde de velayete öncelikli olarak (özel) velisi sahiptir. Ancak velinin yanında devletin müdahalesi de mümkündür.⁸⁴² ÇHS m. 3, açık bir şekilde velayete devletin müdahalesini öngörmüştür. Keza İslam hukukunda “Devlet başkanı bir çobandır ve yönettiği kişilerden sorumludur.”⁸⁴³

2. Ana ve Baba Dışındaki Kimselerin Durumu

Çocuğun ana ve babası dışındaki üçüncü şahısların çocuk üzerinde velayet hakkına sahip olup olamayacağı hususunu karşılıklı incelemek gerekir.

Türk medeni hukukunda çocuk üzerinde velayet hakkına yalnızca çocuğa soybağıyla bağlı ana babası sahiptir. Ana babası dışında anneanne, dede, kardeş gibi çocuğun birinci dereceden kan hısmı dahil kimseye velayet hakkı tanınmamıştır.⁸⁴⁴ Çocuğun ana babası tarafından yetiştirilme hakkı ile çocuğu öncelikle ana babasının yetiştirme sorumluluğu bir arada yer alır (ÇHS m. 5, 18). Ana babadan sonra ancak durum gerektiriyorsa vasinin sorumluluğuna gidilir. Bu anlamda Türk medeni hukukunda velayetin tabii hukuktan doğan bir koruma olduğu, ana babanın kendi soyundan olanın, başkası tarafından temsiline ve ihtimam gösterilmesine fitraten müsait olmadığı düşünülmüştür.⁸⁴⁵ Çocuğun korunması hükümleri kapsamında hâkim tarafından çocuğun başka bir ailenin veya kurumun yanına yerleştirilmesi halinde de velayeti ana babasından kaldırılmış veya başkasına devredilmiş değildir. Velayet altında bulunmayan çocuğa vasi atanır (TMK m. 404/1).⁸⁴⁶

İslam hukukunda ise babanın ölmesi, akıl sağlığını kaybetmesi veya velayetine engel bir halin baş göstermesi gibi sebeplerle velayet hak ve yetkisi hayatta ve sağlıklı ise çocuğun

⁸⁴¹ Yerlikaya, 109-110.

⁸⁴² Çetiner Baktır, 38.

⁸⁴³ Buhârî, “Cum‘a”, 11.

⁸⁴⁴ Bulut, 23.

⁸⁴⁵ Berki, 5.

⁸⁴⁶ Konuyla ilgili örnek bir karar: “Ana veya babası sağ olan çocuğun velayet altında tutulması, velayetin bunlardan birine verilmesi asıldır. Ancak, ana veya babanın velayet görevini yapamayacak olması veya çocuğun velayet altında bulunmasının, çocuğun fikri, bedeni sağlık ve eğitsel gelişimi yönünden üstün yararına aykırı düşeceğinin anlaşılması halinde, çocuk velayet altına alınmayıp, kendisine bir vasi de atanması mümkündür (TMK.md.335).” şeklindedir. İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi, K. 2017/954 (22 Mayıs 2017).

dedesine geçer. Baba ve dede çocuğun hem şahsı hem de malı üzerinde velayet hakkına sahiptir. Baba ve dededen sonra çocuğun mallarının idaresi, korunması gibi malî haklarına ilişkin velayet (vesayet), genel velayetten ayrılarak özel olarak vasiye geçerken çocuğun okutulması, evlendirilmesi gibi şahsî haklarına ilişkin velayet sırasıyla binefsihî asabe denilen yakın hısımlarına geçer.⁸⁴⁷ Araya kadın girmeden çocuğun erkek hısımları olan bu kişiler kısaca; babalar ve babaların babaları (usûl), erkek kardeşler ve oğulları (babanın cüz'ü), amcalar ve oğulları (dedenin cüz'ü) ile dedenin erkek kardeşleridir.⁸⁴⁸

Velayetin intikalinde hak sahipleri arasında çocuğun menfaati gözetilerek yakınlık, şefkat, himaye kudreti gibi vasıflara dayalı belli bir hiyerarşi takip edilmiştir. Velilerin belli bir sırasının olmasına rağmen velayete ehil olmayan (velinin taşıması gereken şartları haiz olmayan) kimseye çocuk teslim edilmez. Bu halde velayet, sıradaki uygun veliye intikal eder.⁸⁴⁹ Böylece çocuğun şahsı üzerinde velayet hak ve yetkisine yalnızca, onu itina ve sorumluluk bilinciyle yerine getirecek kişilerin sahip olması amaçlanmıştır. Buna karşılık mal üzerinde velayette, babanın veya dedenin tercihleri doğrultusunda, çocuğun asabe olmayan akrabası ya da çocuğa yabancı başka kimseler de vasi olarak seçilebilmiştir. Osmanlı uygulamasında sıklıkla çocuğun anası vasi olarak seçilmiştir. Kimsesiz, korumaya muhtaç çocukların velisi ise devlet başkanıdır. İslam hukukunda da muhtaç çocukların başka bir aile yanına yerleştirilmesi mümkündür. Bu durumda da velayet hakkı sınırlı bir şekilde de olsa devam eder.⁸⁵⁰

Her iki hukuk sisteminde de hâkim, öncelikle çocuğun yakın akrabalarından en uygun olanı vasi olarak tayin eder.⁸⁵¹ Örneğin, çocuğun kardeşi vasi tayin edilebilir. Bu durumda çocuğun hem şahsı hem de malları ile ilgili işleri Türk medeni hukukunda yalnızca vasi sıfatıyla, İslam hukukunda ise hem veli hem de vasi sıfatıyla çocuğun kardeşi tarafından takip edilir.

Türk medeni hukukunda evlat edinen, ana baba gibi velayete sahip olur (TMK m. 314/1). İslam hukukunda ise kişinin kendi nesebinden olmayan bir çocuğu kendi nesebine aitmiş gibi hukuki bir statüye getirebilmesi kabul edilmemiştir.⁸⁵² Bununla birlikte kimsesiz çocuklar, yoksullar, buluntu çocuklar, yetim ve öksüzlerin korunması âyet ve hadislerde teşvik edilmiştir.

⁸⁴⁷ Bardakoğlu, "Vesâyet", 67.

⁸⁴⁸ Kudûrî, çev. Arslan, 202; Bilmen, 2/45-46; Kelebek, 77.

⁸⁴⁹ Kelebek, 80-81.

⁸⁵⁰ Hafsa Kesgin, *İslam'da Çocuk Koruma*, (İstanbul: Kitâbi Yayınları, 2019), 143.

⁸⁵¹ Çiğdem, 149.

⁸⁵² Yıldırım, 38; Döndüren, *Aile İlmihali*, 298.

Her iki hukuk sisteminde üvey ana ve babanın velayet hakkı yoktur. Zira kural olarak velayet ilişkisinin tarafları arasında soybağının varlığı aranır.

Son olarak belirtmek gerekir ki İslam hukukunda velayete kaynaklık eden sebep yalnız “karabet” olarak ifade edilen nesebî akrabalıktan ibaret değildir. Bu nedenle “imamet” sebebiyle kamu velayeti sahibi olarak devlet başkanı, velisi olmayan çocukların velisidir. Özel velisi bulunmayan çocukların bütün işlerini devlet yürütür.⁸⁵³

B. Velayete Tabi Olanlar

Her iki hukuk sisteminde de “küçüklüğün” velayete sebep olduğu konusunda şüphe yoktur. “Kısıtlama” ise doğrudan velayeti gerektiren bir sebep değildir.

Türk medeni hukukunda küçükler ve hakkında kısıtlama kararı verildiği halde hâkim tarafından velayet altında bırakılan ergin kişiler velayete tabidir (TMK m. 335). “Kısıtlama,” Türk medeni hukukunda vesayeti gerektiren hallerden biri olup kısıtlama sebepleri, TMK m. 405-408’de düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlere göre kısıtlama sebepleri; akıl hastalığı, akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, malvarlığını kötü yönetim, özgürlüğü bağlayıcı ceza ile yaşlılık, engellilik, deneyimsizlik veya ağır hastalık sebebiyle kısıtlanmayı istemedir. Ancak bu sebeplerden biriyle hakkında kısıtlama kararı verilen kimsenin, hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, ana ve babasının velayeti altında kalması mümkündür (TMK m. 335/2). Bir küçüğün velisi yoksa kısıtlama kararına gerek olmaksızın kendisine vasi atanır.⁸⁵⁴

İslam hukukunda velayete tabi olanlar ise hukukun kabul ettiği ehliyeti daraltan ya da tamamen ortadan kaldıran herhangi bir illeti taşıyıp buna dayalı olarak şahsı ve/veya malı bakımından koruma altına alınan kimsedir.⁸⁵⁵ Bu kimselere, ehliyetlerinin eksikliği nedeniyle “kâsır” denilmiştir.⁸⁵⁶ Fukahânın, edâ ehliyetinde eksikliğe neden olup velayete tabi olmayı gerektirdiği hususunda üzerinde ittifak ettiği sebepler; küçüklük (sığar), delilik (cünûn), bunaklık (ateh), kölelik (rık)⁸⁵⁷ olmak üzere dördttür. Bunlar aynı zamanda bir kimseyi sözlü tasarruftan (hukuki işleminden) menetme manasında “hacir (kısıtlama)”⁸⁵⁸ sebebidir.⁸⁵⁹ Bu

⁸⁵³ Bilmen, 2/45-46.

⁸⁵⁴ Hatemi, *Kişiler Hukuku*, 20.

⁸⁵⁵ Genç, 220; Kelebek, 82; Şener, Velayet (I), 211.

⁸⁵⁶ Erbay, “Kâsır”, 24/559; Erdoğan, 294.

⁸⁵⁷ Bugün kölelik bulunmadığı için, bundan daha fazla bahsedilmeyecektir.

⁸⁵⁸ *Türk Hukuk Lûgatı*, 108; Apaydın, “Hacir”, 513; Abdulhamîd, 405. Ayrıca bkz. Mc. m. 941; AŞ m. 482-493, Akgündüz, 260-262.

⁸⁵⁹ Serahsî, ed. Akşit, 24/219; Şener, Hacir (II), 332; Abdulhamîd, 407-408; Bilmen, 7/271; Apaydın, “Hacir”, 514.

nedenle küçükler, deliler ve bunaklar hâkim kararına gerek olmaksızın kendiliğinden mahcûr sayılmıştır.⁸⁶⁰ Mâlikîler ünûseti (kadın olma halini), Şâfiîler ve Hanbelîler ise ünûsetle birlikte bikri (bekârlık halini) de velayeti gerektiren sebep olarak kabul etmişlerdir.⁸⁶¹ Diğer taraftan Türk velayet hukukunda kadın olma veya bekarlık hallerine bağlanan bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Türk medeni hukukunda küçüklerle velayete tabi ergin çocuklar arasında ana babanın sahip olduğu velayet hakkı yönünden farklılıklar vardır. Velayete tabi olan kişi ergin değilse ana babası onun mallarını kullanabilir, erginse kullanamaz.⁸⁶² Yine bu kişi ergin değilse ana babasının bakım ve eğitim hakkı vardır, erginse yoktur. Ergin olmayan çocuğun velayetinin kaldırılması TMK m. 348'deki sıkı koşullara bağlanmıştır. Ergin çocuk üzerindeki velayeti hâkim gerekli görürse her zaman kaldırabilir. Ergin çocuğun velayeti kısıtlılık kararının kaldırılmasıyla sona erer.⁸⁶³ Buna rağmen İslam hukukunda kural olarak deliler ve bunakların hükmü, küçüğün hükmü gibidir. Örneğin, Türk medeni hukukunda velayet altındaki ergin bir akıl hastasının malları, ana babası tarafından kullanılamazken İslam hukukunda kullanılabilir.

⁸⁶⁰ Yaman-Çalış, 239.

⁸⁶¹ Kelebek, 84-85; Genç, 220.

⁸⁶² Tekinay, 492; Akıntürk, 427; Hayrunnisa Özdemir-Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 1252.

⁸⁶³ Öztan, *Aile Hukuku*, 1082.

III. VELAYETİN KULLANILMASI BAKIMINDAN

Velayet hakkına sahip olan kişilerin bu hakkı kullanırken dikkate alması gereken birtakım ilkeler vardır.

Türk medeni hukukunda ana ve baba çocuğun şahsı ve malları üzerinde sahip oldukları görev yetki ve hakları onun menfaatini her şeyden üstün tutarak kullanır (TMK m. 339/1, ÇHS m. 3). Velayetin kullanılmasında çocuğun yüksek yararı, adeta bir kılavuzdur.⁸⁶⁴ Bu kılavuzun teknik olarak tanımlanabilmesi, her çocuğun kişisel durumuna, koşullarına, ihtiyaçlarına göre yararının değişip uyarlanabilmesi nedeniyle oldukça güçtür.⁸⁶⁵ Öğretide çocuğun yararı; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı kendisini ilgilendiren bir olayla ilgili kendi yararı için nasıl bir karar verebilecekti ise çocuğun yerine karar verici durumunda olan kişi veya kişilerin o doğrultuda karar verebilmesi olarak tanımlanmıştır.⁸⁶⁶ O halde çocuğun yararı, bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal, ahlaki, ekonomik ve hukuki açılardan sağlıklı, dengeli ve özgür biçimde gelişmesinin sağlanmasıyla korunmuş olur.⁸⁶⁷ Ana baba velayeti kullanırken çocuğun sadece kısa dönemli çıkarını değil; kısa, orta ve uzun dönemli çıkarını düşünerek hareket etmelidir.⁸⁶⁸

Çocuğun yararı ilkesi, çocuğun görüşünün alınması ilkesi ile yakın ilişkilidir (ÇHS m. 12, TMK m. 339/3). Ana baba çocuğun mutluluğunu ve isteklerini dikkate alarak onu eğitmek ve topluma kazandırmakla yükümlüdür.⁸⁶⁹ TMK m. 339/3 hükmünde yer alan “önemli konular” çocuğun gitmek istediği okul, yanında oturmak istediği kişi, almak istediği meslek eğitimi, malvarlığını ne surette değerlendireceği gibi konular olabilir. Çocuğun idrak edebilme gücü ve geleceği öngörebilme kabiliyetine göre tüm bu istekleri, veli tarafından çocuğu temsilen yapılacak işlemlerde göz önünde bulundurulur.⁸⁷⁰

İslam hukukunda ana babanın çocukları arasında her konuda olabildiğince eşit muamelede bulunması ve adalet ilkesini gözetmesi zorunludur. Bu zorunluluğa Kur’ân’da doğrudan işaret edilmemiş olmakla birlikte; babalarının Hz. Yûsuf ve kardeşini kendilerinden daha çok sevdiğine inanan kardeşlerin, bu algılarının yol açtığı felaketleri göstermesi bakımından Yûsuf kıssası⁸⁷¹ önemlidir.⁸⁷² Ana babanın çocuklar arasında hissî ya da maddî

⁸⁶⁴ Reyhani Yüksel, 124.

⁸⁶⁵ Grassinger, "Armağan", 825; Usta, *Velayet Hukuku*, 530; Özden Özer Taşkın, *Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi*, (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006) 20.

⁸⁶⁶ Reyhani Yüksel, 125; Grassinger, *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması*, 59.

⁸⁶⁷ Reyhani Yüksel, 125; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 54.

⁸⁶⁸ Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 54; Özer Taşkın, *Çocuğun Yüksek Yararı*, 23.

⁸⁶⁹ Çelikel, 39.

⁸⁷⁰ Grassinger, *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması*, 22.

⁸⁷¹ Yûsuf 12/7 vd.

⁸⁷² Halit Çalış, "Ebeveyn ve Çocuklar Arası Maddî İlişkilerde Adâlet/Eşit Muâmele", *NEÜİFD* 16/16 (2003), 126.

anlamda adâleti gözetme görevine hadislerde daha detaylı yer verilmiştir. Hz. Peygamber (s.a.v.) “Allah’tan korkun ve çocuklarınız arasında adaleti gözetin.”⁸⁷³ buyurmuştur. Konuyla ilgili şu hadis oldukça dikkat çekicidir: Bir gün Hz. Peygamber (s.a.v.), ensârdan bir adamla otururken yanlarına bu adamın bir oğlu geldi; adam oğlunu öpüp bağrına bastı ve yanına oturttu. Derken bir kızı çıkageldi; adam kızını elinden tutup yanına oturttu. Bu durum karşısında Hz. Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurdu: “Âdil davransaydın senin için daha hayırlı olurdu; öpücük konusunda bile olsa çocuklarınızı birbirine eşit tutun.”⁸⁷⁴ Ana babaların özellikle bağış, yardım gibi malî ilişkilerde çocuklar yararına olmak üzere son derece titiz davranması gerekir.⁸⁷⁵

Türk Medeni Kanunu’nda velayetin kim tarafından ve nasıl kullanılacağı, ana babanın evlilik birliğinin mevcut olup olmamasına göre farklı şekillerde düzenlenmiştir. Günümüz hukukunda velayet evlilik birlikteliğinin ölüm ile sona ermesinde sağ kalan tarafa; boşanmada ise velayet kendisine bırakılan tarafa aittir (TMK m. 336/3).⁸⁷⁶ Evlilik birliği sona ermediği ancak ortak hayata son verildiği veya ayrılık hali gerçekleştiğinde hâkim, velayeti eşlerden birine verebilir. Boşanma ve ayrılıkta çocuğun ana babasından hangisine teslim edileceği konusunda hâkimin geniş takdir yetkisi vardır.⁸⁷⁷ Mahkeme olanak bulundukça ana ve babayı dinler ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini alır (TMK m. 182/1). Ancak velayetin kamusal niteliği dolayısıyla velayete ilişkin davalarda hâkim ne tarafların isteği veya bu konudaki anlaşmaları ne de vasinin düşüncesi ile bağlıdır.⁸⁷⁸

Öğretide örneğine sıkça rastlanılan bir görüşe göre, çocuğun yararının ve velayetin düzenlenmesinin tespitinde öncelikle dikkat edilmesi gereken husus çocuğun yaşıdır. Buna göre ana şefkatine muhtaç yaştaki çocuğun velayeti, sosyal ve ekonomik durumu fark etmeksizin anasına bırakılmalıdır. Çocuğun gelişimine zararı olabilecek ciddi, inandırıcı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı ispat edilemediği müddetçe velayetinin anaya verilmesi çocuğun yararınadır.⁸⁷⁹ Yargıtay, hangi yaştaki çocuğun ana şefkatine muhtaç olduğuna dair

⁸⁷³ Buhârî, “Hibe”, 12,13; Müslim, “Hibât”, 13; Ebu Dâvûd, “Buyû”, 83.

⁸⁷⁴ Abdürrezzâk es-San’ânî, *el-Müsânnef*, 9/100.

⁸⁷⁵ Çalış, 142.

⁸⁷⁶ Hâkim, çocuğa vasi de tayin edebilir. Öztan, 1088.

⁸⁷⁷ Öztan, “Birlikte Velayet Sorunu”, 255; Gençcan, 309; Reyhani Yüksel, 53.

⁸⁷⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), K. 2018/1052 (09.05.2018); Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 225; Gençcan, 148.

⁸⁷⁹ Çelikel, 70; Akkurt, 114; Bulut, 33; Gençcan, 169. Yargıtay kararlarından konuyla ilgili bir örnek şöyledir: “Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım, şefkatine muhtaç 1994 doğumlu M... ile 2000 doğumlu A...’un Türk Medeni Kanununun 182, 336/2 maddeleri uyarınca babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırı olduğu gibi kardeşlerin birbirinden ayırması da onların bedeni ve fikri gelişimlerine olumsuz etki yapacağından 1991 doğumlu Z... ile 1992 doğumlu N...’inde velayetinin de anneye verilmesi gerekir.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2003/7292 (15 Mayıs 2003).

bir belirleme yapmamıştır. Bununla birlikte genel olarak 0-6 yaş aralığındaki çocukların velayetinin anasına verilmesi tercih edilmelidir. 6-13 yaş aralığındaki çocuklar ise somut olayın özelliğine göre analarına veya babalarına verilebilir.⁸⁸⁰

Öğretide genel kabul gören görüşe göre velayetin bırakılacağı tarafın tespitinde sadece çocuğun yararına dikkat edilmesi gerekir. Çocuğun yüksek yararı değerlendirilirken cinsiyeti, dini, kişiliği gibi kimlik bilgilerinin yanında alıştığı aile ortamını ve ilişkileri sürdürmesi, bakımı, korunması, güvenliği, sağlığı ve eğitimi öğelerine, somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı dikkat edilmelidir.⁸⁸¹

Her ne kadar modern düşünce, kadının çocuk bakımına ilişkin özel yeteneği ve içgüdüsi olduğu savını reddetse, toplum hayatında cinsiyete göre belirlenen rol dağılımı (kadın evde, erkek işte) eskisi gibi olmasa ve çocuğun hayatında ana babanın önemi eşit görülse de küçük çocuğun velayetinin, çocuğun yararını olumsuz etkileyen bir durum olmadıkça anaya verilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁸⁸²

İslam hukukunda da velayetin kullanılması, evlilik birliğinin mevcut olup olmamasına göre değişir. Boşanmış ailelerin çocuklarının veya babanın ölümü ile geride kalan çocukların bakım ve yetiştirilmesi sorumluluğunun hangi şartlarla ve ne kadar süre ile kime verileceğine yönelik sorunların çözümünde hidâne hükümleri uygulanmıştır.⁸⁸³ Evlilikte eşler tarafından birlikte yerine getirilen çocuğu büyütüp yetiştirme, koruyup gözetme ve eğitme gibi hidâne

⁸⁸⁰ Tatar, 92.

⁸⁸¹ Usta, *Velayet Hukuku*, 536-544; Gençcan, 210-227. YHGK bir kararında çocuğun yararının tespitine dair şu ölçütlere yer vermiştir: “Çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimini engelleyen ve süreklilik arz edeceği anlaşılan her olay, tehlikenin büyüklüğü, doğuracağı onarılması güç sonuçlar değerlendirilerek ele alınmalı ve neticeye varılmalı; velayetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde öncelikle çocuğun yararı göz önünde tutulmalıdır. Bu kapsamda, tarafların çocuğunun cinsiyeti, doğum tarihi, eğitim durumu, kimin yanında okumakta olduğu, talepte bulunanın çocuğun eğitim durumu ile ilgilenip ilgilenmediği, sağlığı, sağlık durumuna göre tedavi olanaklarının kimin tarafından sağlanabileceği gibi özel durumuna ilişkin hususlar göz önünde tutulmalıdır. Velayetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde ana babadan kaynaklanan özelliklerin de dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu nedenle, mahkemece çocuğu başkasına bırakma, ihmal etme, kaçırma, iradi olarak terk etme, yönlendirme hususları ile tarafın velayet talebinin olup olmaması, şiddet uygulaması, sadakatsizliği, ekonomik durumu, mesleği, yaşadığı ortam, kötü davranışı, alkol bağımlılığı, sağlığı, dengesiz davranışları dikkate alınmalıdır. Mahkemece, açıklanan özellikler yanında mümkün oldukça çocuğun alıştığı ortamın değiştirilmemesine, kardeşlerin ayrılmasına özen gösterilmeli, velayetin verileceği taraf yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olup olmayacağı yönünde ciddi ve inandırıcı delil olup olmadığı veya hemen meydana gelecek tehlikenin varlığının ispat edilip edilemediği hususları da mutlaka değerlendirilmelidir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), K. 2010/683 (22 Aralık 2010). “Davalının toplanan delillere göre kendisini dahi koruyup gözetmekten aciz bir yapıda olması, küçük A... için gerekli bakım, gözetim ve eğitimi yapabilecek durumda olmaması, davalının ahlaki anlayışının çocuğun ahlaki gelişimini olumsuz etkileme ihtimalinin kuvvetle muhtemel olması nedenleriyle velayet hususunda eski kararda direnilmesine karar verilmesi gerektiği” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), K. 2009/90 (25 Şubat 2009).

⁸⁸² Özer Taşkın, *Çocuğun Yüksek Yararı*, 98

⁸⁸³ Çeker, *Çocuk*, 144; Yerlikaya, 103.

işleri, evliliğin sona ermesiyle velayetten ayrılır; kural olarak velayet babaya, hidâne anaya ait bir hak ve sorumluluk olur.⁸⁸⁴

Eşlerin ayrılığı sonrasında çocuğun kimin yanında kalacağını tespitinde Türk medeni hukukunda olduğu gibi İslam hukukunda da hâkimin takdir yetkisi olmakla birlikte tarafların şartları ve durumuyla bilhassa çocuğun yaşının ve cinsiyetinin önemli bir rolü bulunur. 0-7 yaş aralığındaki kız ya da erkek çocuklar, hidâne ehliyetini haiz ise analarının bakım ve terbiyesine bırakılmalıdır. Bu ise takriben temyiz öncesi döneme denk gelir. 7-13 yaş aralığındaki çocukların ana veya babasından kimin yanına bırakılacağı hususu ise tartışmalıdır.⁸⁸⁵ Hanefilere göre erkek çocuk yalnız başına yeme içme ve giyinmeye güç yetirebilecek yaşa eriştikten sonra babaya verilir.⁸⁸⁶ Bu ise çoğunluğun görüşüne göre yedi yaştır.⁸⁸⁷ Yaş haddi belirlenirken temizlik yapabilme gücüne ulaşma namaz emrine muhatap olma ile ilişkilendirilmiş ve Hz. Peygamber'in (s.a.v.) "*Çocuklarınıza yedi yaşına girdiklerinde namazı emrediniz.*"⁸⁸⁸ hadisi kaynak alınmıştır. Kız çocuk ise ergenlik çağına girene kadar anasının yanında kalmaya devam eder.⁸⁸⁹ Hanbelîlere göre kız çocuk yedi yaşından sonra babasına verilir, erkek çocuk ana veya babasından birini tercih etme hakkına sahiptir. Şafîilere göre mümeyyiz çocuk, ana babasından hangisini seçerse onun yanında kalır.⁸⁹⁰ Bu görüş, Hz. Peygamber'in (s.a.v.), ana babası boşanmış bir erkek çocuğunu, onlar arasında seçim yapmakta muhayyer bırakmasıyla delillendirilmiştir.⁸⁹¹

⁸⁸⁴ Avcı, 493; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2837.

⁸⁸⁵ Tatar, 94.

⁸⁸⁶ Serahsî, ed. Akşit, 5/327. Bir kimsenin boşadığı kadının yanında bulunan küçük çocuğu yalnız başına yeme içme ve giyinmeye güç yetirebilecek yaşa geldiği takdirde babasına verilir, aksi takdirde annesinde bırakılır. *Osmanlı Arşivi'nde Şeyhülislam Fetvaları*, 132.

⁸⁸⁷ Abdulhamîd, 399; Döndüren, 333. İbn Kemal'in, dört yaşında olan bir oğlanın anasına verileceğine dair ve yedi yaşına kadar bir erkeğe verilmeyeceğine dair fetvaları için bkz. İnanır, 158. AŞ m. 494'e göre, "*Bir erkek çocuk yedi yaşına ulaşınca, yanında büyüdüğü hidâne (terbiye) velayetine sahip kadından alınır. Erkek çocuğun hidâne müddeti yedi yaşında sona erer.*" Akgündüz, 262. "*Oğlum dokuz yaşında olmakla hidâne hakkı sakıt olmuştur talep ederim dedikte husus-ı mezbur Kali'den soruldu, "filvaki zikrolunan oğlu halen yanımdadır, lakin dokuz yaşında değildir."* diye inkâr ile cevap verince (üç zimmi şahit) filvaki dokuz yaşındadır diye şahadet edip şahadetleri kabul ve kayd. 1586" Eyüp Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, s. 133, No:182.

⁸⁸⁸ Ebû Dâvud, Salât, 26.

⁸⁸⁹ Kudûrî, çev. Arslan, 136; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2843.

⁸⁹⁰ İnanır, 158; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2843-2844. Karşılaştırmak için bkz. Akgündüz, 131.

⁸⁹¹ Ebu Dâvûd, "Talâk" 35; Tirmizî, "Ahkâm" 21; Nesâî, "Talâk" 52.

IV. VELAYETİN SONA ERMESİ BAKIMINDAN

Türk medeni hukuku literatüründe velayetin sona ermesi, kanundan dolayı/kendiliğinden sona erme ve mahkeme kararıyla sona erme şeklinde iki ayrı açıdan ele alınmıştır. İslam hukuku literatüründe velayet hakkını sona erdiren belli başlı sebepler aşağıdaki gibidir.

Velinin din ayrılığı, semavî veya müktesep ârızalar nedeniyle velayet hakkını kaybetmesi. Velinin temsil yetkisini düşüren sebep delirme, bunama, ölüm gibi gayri iradî olabileceği gibi sefeh gibi iradî bir sebep de olabilir.⁸⁹²

Devlet başkanının ölümü, görevden çekilmesi veya uzaklaştırılması sebebiyle velayet-i âmme yetkisini kaybetmesi velayet hakkını sona erdirir.⁸⁹³

Velayete tabi olanın kâmil ehliyeteye kavuşması veya velayet altına alınma sebebinin sona ermesi velayeti sona erdirir. Çocukluk döneminin sona ermesi, akıl hastasının iyileşmesi, kadının evlenmesi örnek olarak gösterilebilir.⁸⁹⁴

Velayet hakkının iyi kullanılmaması halinde velayetin intikali ile ya da hâkimin müdahalesi ile tedbir alınması zorunludur. Aşağıdaki durumlarda velayetin derecesine göre tedbir alınır:

- Velinin himaye kudreti, adalet, iyi niyet gibi bazı fakihlerce kabul edilen velayet şartlarını kaybetmesi, adem-i şefkati, velayete tabi olanın üzerinde kötü niyetli tasarrufu.⁸⁹⁵ Örneğin, velinin bedenlen veya ruhen zaaf ve acz içine düşmesi velayete tabi olanı koruma gücünü kaybetmesine sebep olabilir.
- Velinin velayet görevlerini ihmal etmesi.
- Velinin velayet hakkını kullanmaktan imtina etmesi.⁸⁹⁶

Bütün bu durumlarda tedbirlerin alınması zarureti vardır.

⁸⁹² Kelebek, 89.

⁸⁹³ Zuhayli, çev. Efe, 8/427; Kelebek, 93.

⁸⁹⁴ Kelebek, 93.

⁸⁹⁵ Kelebek, 99.

⁸⁹⁶ Kelebek, 100.

A. Velayetin Kanundan Dolayı Sona Ermesi

Türk medeni hukukunda velayetin kanundan dolayı sona erme sebepleri arasında çocuğun ergin olması, ölümü, ana ve babasının ölümü, evlat edinilmesi, evlatlık ilişkisinin sona ermesi ve soybağının reddi sayılır.

Çocukluk döneminin sona ermesi, günümüz hukukunda olduğu gibi İslam hukukunda da velayeti tabii olarak, dava veya yargı kararına muhtaç olmadan sona erdirir.⁸⁹⁷ Ancak söz konusu hukuk sistemleri, çocukluk döneminin sona ermesinde esas alınan ölçütler bakımından birbirinden ayrıdır. Bu ölçütlere geçmeden önce baştan belirtmek gerekir ki İslam hukukunda çocuk, küçüklüğü sebebiyle velayet altında olabileceği gibi akıl hastalığı, akıl eksikliği veya zayıflığı nedeniyle de velayet altında olabilir. Böyle bir çocuğun küçüklük halinin sona ermesi velayeti kendiliğinden sona erdirmez, kendisini velayet altında tutan diğer sebeplerin ortadan kalkması gerekir. Çocuk, bulûğdan sonra akıl hastalığına, akıl eksikliği veya zayıflığına yakalanmışsa Hanefî ve Şafiîlerin tercih ettiği görüşe göre çocuğun velayeti, bulûğdan önce kimde ise yine ona döner. Mâlikî ve Hanbelîler'e göre ise reşit olarak bulûğa ermekle düşen velayet geri dönmez ve yetkili kanuni temsilci sadece hâkimdir.⁸⁹⁸

Türk medeni hukukunda çocuk üzerindeki velayetin izale olması, objektif bir kriterin gerçekleşmesine bağlıdır. Bu ise, Kanun'un öngördüğü "*belli bir yaşa erişme*"dir.⁸⁹⁹ Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan çocuk, on sekiz yaşını doldurunca fikri olgunluğa erişmiş kabul edilir; fikri olgunluğa erişmiş kimse ise ergindir (TMK m. 11, 335/1). Ergin kılınmanın alt sınırı on beş yaştır (TMK m. 12). Evlenme ehliyeti için sınır on yedi yaş olup olağanüstü durumlarda ve pek önemli sebeple kişi, on altı yaşını doldurunca mahkeme kararıyla evlenebilir (TMK m. 124). Çocuğun evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınmasının yasal sonucu, velayetin kendiliğinden sona ermesidir.

İslam hukukunda ise erginlik, her çocukta değişik olan biyolojik gelişmeye bağlanmıştır. Buna göre mümeyyiz çocuk "*bulûğa erme*" ile erginlik kazanır.⁹⁰⁰ Fukahâ, belirsizliğin sebep olabileceği hukuki karmaşıklığı önlemek maksadıyla bulûğ yaşı için bir alt ve üst sınır belirlemiştir. Bulûğ için öngörülen asgari yaş sınırı; kız çocukta dokuz, erkek çocukta on ikidir. Bulûğ alametleri geciken çocuk için azamî bulûğ yaşı (hükmi bulûğ) Ebû Hanîfe'ye göre erkeklerde on sekiz, kızlarda on yedi yaş olarak kabul etmiştir. Ebû Hanîfe

⁸⁹⁷ Zerka, çev. Armağan, 2/564.

⁸⁹⁸ Zuhayli, çev. Efe, 5/110; Bilmen, 7/271-280.

⁸⁹⁹ Usta, *Velayet Hukuku*, 29.

⁹⁰⁰ Serahsî, ed. Akşit, 24/219; Kelebek, 93-94.

dışında Hanefîlerin ekserîsine ve Mecelle uygulamasına göre azamî bulûğ yaşı, her iki cinsten on beş yaş olarak tespit edilmiştir. Bu iki sınır arasında herhangi bir yaşta bulûğa eren kişinin kendi beyanı esas alınır.⁹⁰¹

Çocuk üzerindeki şahıs ile ilgili (mâlî olmayan) velâyetin sona ermesi için bulûğa ermek şart kılınmıştır. Hanefîlere göre bulûğa ermiş kızın ve erkeğin şahsı üzerinde başkasının velayet hakkı yoktur. Buna evlendirme yetkisi de dahildir.⁹⁰² Ancak özellikle evlendirme velayeti bakımından kızlar için şahıs üzerinde velayetin bulûğdan sonra da devam edeceği görüşü hâkimdir. Mezhepler arasında bahsi geçen görüş farklılığı, evlendirme velayetine illet olarak kabul ettikleri gerekçenin farklı olmasından kaynaklanır. Kız çocukları üzerindeki evlendirme velayetinin illeti Hanefîlere göre “küçüklük”tür. Bu nedenle bulûğla birlikte bu gerekçe ortadan kalkar. Malikîler, Şâfiîler ve Hanbelîler kız çocukları üzerindeki evlendirme velayetinin illetini “bekâret” veya duruma göre ya “bekâret” ya da “küçüklük” olarak kabul etmiştir. Bu görüşe göre bâkire kız üzerindeki evlendirme velayeti, bulûğdan sonra evlenene kadar devam eder.⁹⁰³ O halde cumhûrun görüşüne göre evlenmek, kızlarda velayeti sona erdiren bir sebeptir.

İslam hukukunda akli ve fikri olgunluk, rüşd ile ifade edilir. Kural olarak akıllı ve bâliğ kimseden velayet kalksa da malvarlığı işlemleri için rüşd şarttır.⁹⁰⁴ İslam hukukunda baba yaşadıkça bâki olan bir velayet anlayışı yoktur.⁹⁰⁵ Zira akıllı ve bâliğ kimsenin rüşdü sabit ise bulûğdan itibaren bütün ehliyetlerini tam olarak haiz olur, velayet ve vesayetten kurtulur, tasarrufları uygulanır, malları ona teslim edilir.⁹⁰⁶ Ama rüşdü sabit olmamışsa o, mallarını kullanmaktan yasaklıdır ve rüşdü sabit oluncaya kadar malı üzerinde velayet devam eder.⁹⁰⁷ Bu hususta Kur’ân-ı Kerîm’de açık bir âyet bulunur.⁹⁰⁸ Konuyla ilgili bir başka âyette ise “Rüşdüne erişinceye kadar yetimin malına, onun iyiliğine olmadıkça el sürmeyin”⁹⁰⁹ buyrulmuştur.

⁹⁰¹ Mustafa Uzunpostalcı, “İslâm Hukuku Açısından Ehliyet”, *İHAD* 4/8 (2006a), 152.

⁹⁰² “Çocuk ergenlik dönemine girdiği zaman, akli eriyor ve kendisine güveniliyorsa babasının çocuk üzerinde herhangi bir hakkı yoktur. Çünkü bu çocuk başkasının velisi olmaya ehliyet kazanmıştır. Ancak başına bir zarar gelmesinden korkulursa baba çocuğunu tehlikeden korumak için yanına alır.” Serahsî, ed. Akşit, 6/259; Apaydın, “Velayet”, 19; Cezîrî, çev. Keskin, 5/2077,2079.

⁹⁰³ Şa’bân, çev. Dönmez, 139; Kelebek, 166-167; Çeker, *Çocuk*, 92; Apaydın, “Velayet”, 17; Cezîrî, çev. Keskin, 5/2081-2089.

⁹⁰⁴ Zerka, çev. Armağan, 2/559; Usta, *Velayet Hukuku*, 36; Kelebek, 97.

⁹⁰⁵ Şakir Berki, “Romada Aile Hukuku”, *AÜHFD* 14/1 (1957), 120.

⁹⁰⁶ Aynı yönde AŞ m. 496 hükmü, “Küçükler reşit olarak bulûğa erdiklerinde veli veya vasilerinin velayet ve vesayetleri üzerlerinden kalkar. Artık kendi işlerinde kendileri tasarruf hakkına sahip olurlar. Kendilerinde cinnet veya ateh (bunaklık) görülmedikçe, evlenme için velileri tarafından zorlanamaz. Veli veya vasinin velayet ve vesayetleri, küçüğün sadece bulûğa ermesi ile değil, rüşdünün tahakkuku, mallarında makul şekilde tasarruf etmesi ile üzerlerinden kalkar.” şeklindedir. Akgündüz, 262.

⁹⁰⁷ Serahsî, ed. Akşit, 24/225; Ansay, 74; Ali Haydar Efendi, çev. Raşit Gündoğdu, 3/1782-1783; Şener, Hacr (II), 344; Zerka, çev. Armağan, 2/558.

⁹⁰⁸ en-Nisâ 4/6. Ayrıca bkz. Mecelle m. 982.

⁹⁰⁹ el-En’âm 6/152.

Kişinin rüşdü, deneme ve tecrübe yolu ile bilinir. Ebû Hanîfe, rüşd yaşının yirmi beş ile sınırlı olması gerektiğini savunur. O, bundan sonra kısıtlılığın devam etmesinde kişinin şahsiyetine manevi bir zarar olacağını ifade etmiştir. Çoğunluk fukahâya göre ve Mecelle uygulamasında rüşd için belli bir yaş tespit edilmemiştir.⁹¹⁰ Bütün zaman ve mekanlarda uygulanabilir olan İslam hukukunda rüşd yaşının tespiti, zamanın gereklerine ve kamu yararına göre devlet idarecilerine bırakılmıştır.⁹¹¹

Sonuç itibariyle cumhûrun görüşüne göre erkek çocuk, bulûğ alâmetleri gösterdiği zamana kadar yahut en geç on beş yaşını tamamlayana kadar; kız çocuk ise evleninceye, evlenmez ise kendine güven duyuluncaya kadar şahsıyla ilgili tasarruflarında velayete tabidir.⁹¹²

Velayeti sona erdiren bir diğer sebep ölümdür. Ölüm sebebiyle velayetin sona ermesi, çocuğun ölümü veya ana ve babasının ölümüdür. Çocuğun ölümü her iki hukukta doğal olarak velayeti sona erdirir. Türk medeni hukukunda ana ve babadan birinin ölümü halinde velayet sağ kalana geçer (TMK m. 336/3). Ana ve babanın her ikisinin ölümü, vesayet sebebidir (TMK m. 404/1). İslam hukukunda velayet hak ve yetkileri kendinde toplanan kimsenin ölümü velayeti sona erdirmez. Veli tertibine göre, ölen kimseden sonra kim hak sahibiyse velayeti o üstlenir. Dolayısıyla babanın ölümüyle velayet, dedeye geçer. Bu durum çocuğun özel velisi kalmayıp devlet başkanının velayetine tabi olmasına kadar devam eder. Velayet-i âmmenin sona ermesi ise devlet başkanının ölümü, görevden çekilmesi veya uzaklaştırılması yoluyla gerçekleşir.⁹¹³

Çocuğun evlat edinilmesi ile asıl ana babanın velayeti (TMK m. 314/1); evlatlık ilişkisinin kaldırılması ile evlat edinenin velayeti sona erer (TMK m. 291). İslam ise, evlat edinme suretiyle oluşan hukuki akrabalığı kabul etmemiştir.

Soybağının reddi, velayeti kendiliğinden sona erdirir (TMK m. 286). Benzer şekilde İslam hukukunda erkek, sahîh nikah içerisinde doğan çocuğun soybağını, çocuğun başkasından olduğuna kani ise lian uygulamasına başvurarak reddedebilir.⁹¹⁴

⁹¹⁰ Serahsî, ed. Akşit, 24/225; Ansay, 74; Ali Haydar Efendi, çev. Raşit Gündoğdu, 3/1782-1783; Şener, Hacr (II), 344.

⁹¹¹ Zerka, çev. Armağan, 2/560.

⁹¹² Kelebek, 159.

⁹¹³ Zuhayli, çev. Efe, 8/427; Kelebek, 93.

⁹¹⁴ Karaman, 1/269.

B. Velayetin Mahkeme Kararıyla Sona Ermesi

Türk medeni hukukunda velayetin mahkeme kararıyla sona ermesi; boşanma, evliliğin iptali, ayrılık veya ortak hayata son verilmesi, velayetin değiştirilmesi ve kaldırılması kararları ile velayetin verilmemesi şeklinde gerçekleşebilir. Türk medeni hukukunda velayet hakkının kaldırılma sebepleri ile İslam hukukunda hidâne hakkının düşme sebeplerinin benzerlik göstermesi, her iki hukuk sisteminde velayetin çocuğun korunmasına yönelik olduğunu yansıtan bir gerçektir. Aşağıda sırayla hangi hallerin velayet hakkının kaldırılmasına veya hidâne hakkının düşmesine sebep olabileceğine yer verilmiştir.

Türk medeni hukukunda velayetin kaldırılması yoluna gidilebilmesinin ön koşulu; çocuğun korunması için alınabilecek olan TMK m. 346'ya göre “*genel koruma önlemleri*” ile TMK m. 347'ye göre “*çocuğun yerleştirilmesi*” önlemlerinden sonuç alınamaması veya alınacak önlemlerin yetersiz kalacağının önceden anlaşılmasıdır.⁹¹⁵

Velayetin kaldırılması için ayrıca TMK m. 348/1'de öngörülen özel koşullardan birinin gerçekleşmesi gerekir. Buna göre ana babanın velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi, ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması velayetin kaldırılmasına sebep olabilir. Velayet görevinin gereği gibi yerine getirilememesi, ana babanın “*süreklilik arz eden*” deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması, başka yerde bulunması veya benzeri sebeplerden kaynaklanabilir. Benzeri sebepler; ana ve babanın yerinin bilinmemesi, alkol bağımlılığı, ahlaka aykırı hayat sürme, kısıtlılık, ağır özürlü olma, çocuğun özürlü olması gibi haller olabilir. Önceki Kanun'da açıkça velayetin kaldırılması sebebi olarak öngörülen kısıtlanma ile velayet hakkının ana veya babadan alınması yeni Kanun'a göre artık mahkeme kararı olmadan mümkün değildir. Ana babanın fakirliği, velayetin kaldırılması için tek başına yeterli değildir; çalışmaları beklenir.⁹¹⁶ Türk medeni hukukunda kadının evlilik dışı birliktelik yaşaması veya ebeveynin haysiyetsiz hayat sürme halleri ancak çocuğun çıkarlarını ihlal ettiği takdirde velayetin kaldırılmasına sebep olabilir.⁹¹⁷

İslam hukukunda hidâne hakkını düşüren sebepler arasında hidâne ehliyetinin yitirilmesi gösterilir. Örneğin, çocuğun bakımı ve gözetimini üstlenen kişinin akıl sağlığını etkileyen bir durumunun ortaya çıkması veya üstlendiği sorumluluğu yerine getirebilecek fizikî

⁹¹⁵ Çelik, “*Velayetin Kaldırılması*”, 267; Akyüz, Velayet Hakkının Kaldırılması, 11; Abik, 65; Özer Taşkın, Velayet Hakkı, 253.

⁹¹⁶ Baygın, 345-349; Çelik, “*Velayetin Kaldırılması*”, 270-274.

⁹¹⁷ Baygın, 352; Reyhani Yüksel, 117,119. “*Velayet kendisine verilen babanın ölümünden sonra çocuklarını alan annenin bir başkasıyla nikahsız yaşıyor olması, annenin velayet görevini ihmal ettiğine dair ispat olmadıkça velayetin anneden alınmasına gerekçe teşkil etmez.*” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2003/5537 (16 Nisan 2003).

güçten düşmesi, hidâne hakkını düşürür. Ancak hangi tür bedenî ârıza ve kusurların hidâneye engel teşkil edeceği konusunda fakihler farklı görüşler belirtmiştir. Mesela akıl hastalığı, hidâneyi yapamayacak kadar çok ihtiyarlık, körlük, hastalık, zamanın çoğunu dışarda geçirmeyi gerektiren bir sanatla uğraşmak gibi durumların hidâne ehliyetini engelleyeceği ifade edilmiştir.⁹¹⁸ Bu konuda genel bir hüküm vermek yerine her bir ârıza ve kusurun kendi şartları içinde değerlendirilmesi görüşü hâkimdir.⁹¹⁹

Her iki hukuk sisteminde de hidâne ehliyetini engelleyen veya velayetin kaldırılmasına yol açabilecek “*yetersizlik*” kaynaklı sebeplerin salt varlığı değil, bunların, hidânenen veya velayetten doğan yükümlülüklerin gerektiği şekilde yerine getirilmesine engel olması aranmıştır (TMK m. 348/b.1). Örneğin, gözleri görmeyen kimsenin durumunun, terbiye edilen çocuğun korunmasına engel değilse hidâneyi etkilemeyeceği ifade edilmiştir.⁹²⁰ Kadınların çalışması bakımından Yargıtay bir kararında, gündüzleri çocuğu anneanne ve dedeye bırakıp çalışan bir ananın, çocukla bağını koparmaması ve çocuğun ihtiyaçlarının karşılanması nedeniyle velayetinin devam etmesini uygun görmüştür.⁹²¹ Benzer şekilde fukahâ, meslek sahibi hâdine bakımından bu mesleğin icrasının, çocuğun koruyup gözetilmesine ve çocuğun işlerinin idare edilmesine engel teşkil etmeyecek düzeyde olmasını aramıştır.⁹²²

Hidâneyi üstlenen kimsenin çocuğun bakım ve gözetimini sağlamaktan âciz hale gelmesinin yanında, bulaşıcı bir hastalığa yakalanması, ahlâkî zaaflarının ortaya çıkması, çocuğun yetişmesi açısından olumsuz bir ortamın oluşması, uzun süreli yolculuk veya ikametgâh değişikliği gibi durumlarda da hidâne hakkı sona erer.⁹²³ Şâfiî hukukuna göre iffetsizlik veya farz namazların terki; Mâlikî hukukuna göre içki, zina gibi dinin emir ve yasaklarını çiğnemeye meşhur olma veya sefeh gibi sebepler hidâne hakkını düşürür.⁹²⁴ Ahlaka aykırı yaşam süren kadının kötü ahlakı çocuğa zarar vermiyorsa temyize varıncaya kadar çocuğunu yanında tutma hakkına sahip olacağı kabul edilmiştir.⁹²⁵ Sefeh nedeniyle kısıtlanmanın hidâneye etkisi bakımından, fakihlerin bir kısmı, kısıtlanan kimsenin hidâne

⁹¹⁸ İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 7/249; Baktır, 266; Karaman, 1/398.

⁹¹⁹ Bardakoğlu, "Hidâne", 468.

⁹²⁰ İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 7/249; Bardakoğlu, "Hidâne", 468.

⁹²¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay) K. 2013/6117 (7 Mart 2013). Ali İhsan Özüğür, *Kişî Hukuku-Velayet-Vesayet-Soybağı-Evlat Edinme Hukuku-Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 707; Baygın, 347; Reyhani Yüksel, 116. Yargıtay bir başka kararında ise velayetin değiştirilmesini uygun bulmuştur. “*Davalının geceleyin çalışarak küçüğün bakımını ihmal etmesi nedeniyle velayet hakkının değiştirilmesi talepli davanın kabulü gerekir.*” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2003/1441 (3 Şubat 2003).

⁹²² Zuhayli, çev. Efe, 10/53-54.

⁹²³ Bardakoğlu, "Hidâne", 470.

⁹²⁴ Baktır, 267-268; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2841-2842.

⁹²⁵ Baktır, 267; Aksakal, 179.

ehliyetinin de buna bağı olarak düşeceğini, bir kısmı ise bu kısıtlamanın sadece malla ilgili olacağını ve hidâne ehliyetini etkilemeyeceğini öne sürmüştür.⁹²⁶

Her iki hukuk sisteminde de yeniden evlenmenin çocuk bakımından doğurabileceği tehlikeler göz önünde bulundurularak velayet kendisinde kalan ana/babadan ya da hâdînen gerekirse velayetin ya da hidânenin kaldırılabilmesine imkan tanınmıştır.⁹²⁷ Türk Medeni Kanunu'nda velayete sahip olan tarafın evlenmesi velayetin değiştirilmesi sebeplerinden biri olarak sayılmakla beraber Yargıtay'ın yerleşik görüşüne göre yeniden evlenme tek başına velayetin değiştirilmesi için yeterli değildir.⁹²⁸ Çocuğun menfaati gerektiriyorsa TMK m. 349 uyarınca velâyet sahibi değiştirilebileceği gibi, durum ve koşullara göre velâyet kaldırılarak çocuğa vasi de atanabilir.⁹²⁹ Üvey ana veya babanın çocuğu dövmesi, hakaret etmesi, onun mallarını aleyhine olacak şekilde sarf etmesi gibi durumlarda veli kusurlu olmasa bile velayet hakkı kaldırılır.⁹³⁰ Hidâne hakkı sahibi kadının çocuğa yabancı bir erkekle evlenmesinin hidâne ehliyetine nasıl etki edeceği fakihler arasında tartışmalıdır.⁹³¹ Hz. Peygamber'in (s.a.v.) yukarıda geçen *"evlenmedikçe sen daha çok hak sahibisin"* hadisini, kadının evli olması veya kadının çocuğa yabancı bir erkekle evli olması olarak farklı şekillerde anlamışlardır. Kural olarak kadının çocuğun mahremi olmayan bir erkekle evli olması hidâne hakkını düşürür.⁹³² Mezheplerde ayrıntıda farklı görüş ve istisnalara yer verilmiştir. Çocuğun akrabasına verilmesinin sakıncalı olacağı ve üvey babasının, ona akrabasından daha iyi bakacağı düşünülüyorsa çocuğu anasından almaya izin verilmemiştir. Nitekim hidâne konusunda fukahâ, her zaman çocuğun menfaatini gözetmenin ve ona göre fetva vermenin gerekliliğine vurgu yapmıştır.⁹³³

İslam hukukunda tüm bunlardan başka İslam hukukuna göre velayet şartlarının kaybı velayetin kaybına sebeptir. Hanefî hukukunda velayet ehliyeti, velinin akıllı olması, erginlik çağına girmiş olması, hür olması ve velayete tabi olan kişi ile aynı dine bağı olması ile

⁹²⁶ Bardakoğlu, "Hidâne", 468.

⁹²⁷ Akıntürk-Ateş Karaman, 440.

⁹²⁸ Kılıçoğlu, 516. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2013/25031 (4 Kasım 2013).

⁹²⁹ Dural vd., 375.

⁹³⁰ Baygın, 355; Grassinger, 184.

⁹³¹ *"Aslında bu şartın erkeğin hidâne ehliyeti için de aranması gerekirken sadece kadın hakkında gündeme getirilmesi, üzerinde hidâne sorumluluğu bulunan kadının yapacağı yeni evlilikten sonra gireceği ortamın çocuk açısından uygunsuz olması ihtimaline karşı bir tedbir olarak düşünülebileceği gibi ailede velayetin erkeğe ait bulunması ve hidâneyi üstlenen erkeğin bu tür olumsuzlukları önlemede etkili olacağı var sayımıyla da açıklanabilir."* Bardakoğlu, "Hidâne", 469.

⁹³² İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 7/268; Mavsîlî, çev. Keskin, 3/268; Halebî, 2/257; Çeker, *Çocuk*, 144; Ansay, 239; Kudûrî, çev. Arslan, 136; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2840. *"Ayşenin annesi Fatma, başkasıyla evlenmekle hidane sakit olmuştur."* Bab Mahkemesi 54 Numaralı Sicil, 20/219; Bardakoğlu, "Hidâne", 469.

⁹³³ İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 7/269.

kazanıldığına göre, bunlardan biri veya birkaçını kaybeden kimsenin velayet hakkı sona erer.⁹³⁴ Şafîî ve Hanbelî hukukuna göre veli ayrıca erkek, reşîd ve âdil olmak zorundadır.⁹³⁵ Velinin, velayet hakkından doğan görevlerini yerine getirmekten aciz hale düşmesi, görevlerini ifa etmemesi veya ifa etmekten kaçınması hallerinde duruma göre veli sıfatı başka bir veliye geçebilir yahut devletin ya da hâkimin müdahalesi söz konusu olabilir. Hâkim gerektiğinde veli için zorunlu tedbirleri alır veya veliyi hapseder.⁹³⁶

⁹³⁴ Şener, Velayet (I), 209-210; Kelebek, 85; Döndüren, *Aile İlmihali*, 283; Karaman, 1/319; Genç, 215-218.

⁹³⁵ Kelebek, 86-87.

⁹³⁶ Kelebek, 89-90.

V. VELAYETİN İÇERDİĞİ HAK ve YÜKÜMLÜLÜKLER BAKIMINDAN

Velayetin, çocuğun kişi varlığı bakımından içeriğinde iki hukuk sisteminin birbirine karşılık gelen hak ve yükümlülükleri olduğu gibi hiçbir karşılığı bulunmayan hak ve yükümlülükleri de vardır. Örneğin, çocuğun adının konulması, çocukla birlikte yaşama, çocuğun eğitimi, bakımı ve yetiştirilmesi gibi konular her iki hukuk sisteminde de velinin çocuğa karşı hak ve yükümlülükleridir.

A. Çocuğun Şahsına İlişkin Hükümler

1. Çocuğun Adı

Türk medeni hukukunda çocuğun adını ana babası koyar (TMK m. 339/son). Çocuğun adını koymak ana baba için hem hak hem de yükümlülüktür. Ana babanın velayete sahip olmaması, ölmesi veya ayırt etme gücünü kaybetmesi gibi nedenlerle çocuğun adını koyması mümkün değilse bu görev vasi tarafından yerine getirilir.⁹³⁷ Öğretide çocuğun adını koyma hakkının, Kanun'da düzenlendiği yer itibarıyla velayete bağlı olduğunu savunan görüşle beraber,⁹³⁸ velayet hakkına sahip olmayan ana babanın da şahsa sıkı sıkıya bağlı olan ad koyma hakkına sahip olduğunu savunan bir görüş de bulunmaktadır.⁹³⁹

İslam hukukunda çocuğun adını seçme ve ad koyma hakkı, çocuğun babasına aittir. Baba vefat etmiş ya da velayet hakkını kaybetmişse bu hakkı ana kullanır.⁹⁴⁰ Hz. Peygamber'in (s.a.v.) adını anası seçmiş, dedesi koymuştur. Evlilik dışı doğan çocuğun adı, babasının belli olmaması veya babasıyla soybağı ilişkisinin kurulamaması durumunda anası tarafından verilir.⁹⁴¹ İslam hukukunda babanın çocuğuna güzel bir ad koyması, "*adın güzelliği ilkesi*" gereği hem yetki hem de bir görev niteliği taşır.⁹⁴² Yine bu davranışın Hz. Peygamber'in sünnetine uygun olduğu, uygulamalarından ve "*İsimlerinizi güzel koyunuz*"⁹⁴³ ve "*Çocuğun, babası üzerindeki haklarından biri, ismini ve edebini güzel yapmasıdır.*"⁹⁴⁴ gibi hadislerinden

⁹³⁷ Öztan, *Aile Hukuku*, 1111.

⁹³⁸ Hatemi, *Kişiler Hukuku*, 60; Grassinger, *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması*, 25; Dural vd., 365; Akıntürk-Ateş Karaman, 411.

⁹³⁹ Saymen-Elbir, 370; Berki, *Küçüğün Şahıs ve Malları*, 39; Özdemir, *Ad Üzerindeki Hak ve Korunması*, 576; Gençcan, 328; Öztan, *Aile Hukuku*, 1111; Çetiner Baktır, 55; Bedia Güleş, "Çocuğa İsim Verme ve İsim Değişikliği Durumunda Hâkimin Çocuğa İsim Verme Yetkisi", *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/2 (2016), 301.

⁹⁴⁰ Aras, 333.

⁹⁴¹ Akyüz, 94.

⁹⁴² Zuhayli, çev. Efe, 4/431; Şener, *Velayet (I)*, 216; Akyüz, 98.

⁹⁴³ Ebû Dâvûd, "Edeb", 61; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, 5/194.

⁹⁴⁴ Akyüz, 92.

anlaşılmaktadır. Çocuğun adını koymak, sağ doğmamış veya kısa bir süre de olsa yaşayıp vefat etmiş tüm çocuklar için yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür.

Her iki hukuk sisteminde de çocuğa konulan adın gayrı ahlaki, incitici yahut dışlanmasına sebep olacak türden olmasına izin verilmez.⁹⁴⁵ Ayrıca çocuğun adı geciktirilmeden konur (ÇHS m. 7/1).⁹⁴⁶

Türk medeni hukukunda çocuğun adı konusunda cinsiyete göre bir sınırlama yapılmamıştır (TMK m. 27).⁹⁴⁷ İslam hukukunda çocuğun adı, onun cinsiyetini belli etmelidir. Nitekim ceninin ölü doğması, düşmesi ya da sağ olarak doğup sonra ölmesi durumunda defnedilmeden önce cinsiyetine uygun bir adın verilmesi gerekir. Cinsiyeti belli değilse hem kadınlar hem de erkekler için kullanılabilen bir ad seçilir.⁹⁴⁸ Benzeri bir kural İsviçre ve Alman hukuku için de söz konusudur. Söz konusu kurala göre cinsiyeti belli etmeyen bir ad ancak ikinci ve cinsiyeti belli eden bir başka adla beraber verilebilir.⁹⁴⁹

Ana ve babanın çocuğun ismi konusunda anlaşmazlığa düşmeleri mümkündür. TMK’da anlaşmazlık durumunda babanın oyuna üstünlük tanıyan bir hüküm olmadığına göre ana ve babanın çocuğun adı konusunda mutlaka anlaşmaları gerekir.⁹⁵⁰ Aksi halde mahkemeye başvurmaları gerekir. Hâkim, ana babadan birini bu hususta yetkili veli olarak seçebilir.⁹⁵¹ Her iki eşin istediği isimlerin birlikte konması suretiyle de sorun çözülebilir.⁹⁵² Hâkimin, eşlerin yerine geçip çocuğun adını bizzat kendinin koyması, arabuluculuk yapmak ya da ana babayı ihtar etmekten öte, onların kişilik haklarına bir müdahale olacaktır. İslam hukukunda çocuğun adını koyma hakkının babaya ait olmasından dolayı ana babanın anlaşamamasının yargısal bir çekişmeye konu olduğu görülmemiştir. Fakat aile, ahlâk temeli üzerine bina edildiğinden olması gereken, ana babanın bu konuda anlaşarak bir sonuca varmasıdır.

Çocuğun adını koyma gibi değiştirme de ana babanın hukukuna dahildir. Adın değiştirilmesi için haklı nedenlerin varlığı kanıtlanmalıdır (TMK m. 27/2). Örneğin, Türk medeni hukukunda kişinin toplum içinde bilinip tanındığı adının kayıttakinden farklı olması,⁹⁵³

⁹⁴⁵ Baygın, 281; Grassinger, *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması*, 25; Akyüz, 97; Aras, 332.

⁹⁴⁶ İslamî gelenekte doğumun birinci günü veya bir haftalık süre içinde çocuğa ad konur. "Her çocuk, akîka kurbanıyla rehinelenmiştir. Bu kurban, (doğumunun) yedinci günü, onun adına kesilir. (O gün) saç da tıraş edilir ve çocuğa isim de verilir." Ebû Dâvûd, "Edâhî", 21; Tirmizî, "Edâhî", 23; Nesâî, "Akîka", 1; Akyüz, 95; Ofraz, ed. Yurt-Bayraktutan, 323.

⁹⁴⁷ Güleş, 303; Özer Taşkın, *Çocuğun Yüksek Yararı*, 40.

⁹⁴⁸ İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 15/526-527; Ayengin, 258; Görgülü, 73-74.

⁹⁴⁹ Baygın, 281; Özer Taşkın, *Çocuğun Yüksek Yararı*, 40.

⁹⁵⁰ Hatemi, *Kişiler Hukuku*, 60; Reyhani Yüksel, 87.

⁹⁵¹ Akıntürk-Ateş Karaman, 411; Reyhani Yüksel, 87; Çelikel, 39.

⁹⁵² Öztan, *Aile Hukuku*, 1111.

⁹⁵³ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2012/6993 (5 Haziran 2012).

din değiştirmesi nedeniyle yabancı kökenli bir isim alması,⁹⁵⁴ telaffuzunun zor olması,⁹⁵⁵ kötü şöhret sahibi bir kimsenin adı ile aynı olması⁹⁵⁶ gibi sebepler haklı neden sayılırken; İşlam hukukunda adın putperestlikle ilgili olması, gönül bulandırıcı anlamlar taşıması,⁹⁵⁷ daha uygun bir adın bulunması⁹⁵⁸ gibi sebepler, adın değiştirilmesini gerektirir.⁹⁵⁹

2. Çocuğun Süt Emmesi

İşlam hukukunda çocuğun süt emme yoluyla beslenmesine  zen gösterilmiş ve Kur'an ve Sünnet'te emzirmeyle ilgili temel hükümlere yer verilmiştir. Çocuğun bakımında emzirmenin önemli bir yeri olmakla birlikte emzirme konusu, ananın çocuğa bakma hak ve görevinden ayrı ele alınıp düzenlenmiştir.  ocuk haklarından biri olarak sayılan çocuğun süt emmesi aynı zamanda ana için de bir haktır ve ana bu haktan mahrum edilemez.⁹⁶⁰

Diğer taraftan “*emzirmeme*” de kadına hak olarak verilmiş olduğu için ana, çocuğu kendisi emzirebileceği gibi sütanneye de emzirtebilir. Sütanne, çocuğu emzirme karşılığında bir ücret talep ederse, bu ücret baba tarafından ödenmelidir.⁹⁶¹ Bir kadının, süt emecek yaştaki bir çocuğu belirli bir süre ücret karşılığında emzirmesi ve örf gereği onun bakım ihtiyaçlarını gidermesi, süt emzirme sözleşmesiyle gerçekleştirilmiştir.⁹⁶² Süt emzirme sözleşmesi, kira sözleşmesi içinde “*emek kirası*” yani hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilmiştir. Bu bağlamda sütanne, bir kişiye bağlı olarak çalışan ec r-i h s kabul edilmiştir.⁹⁶³

Arap toplumunda yaygın olan sütanne uygulaması bugün neredeyse kaybolmuştur. Günümüzde kadınlar, sütanne tutmak yerine çocuğun süt ihtiyacını hazır süt, bağış sütü ya da mamalar yoluyla; bakım ihtiyacını ise bakıcılar, sağlık kuruluşları ya da diğer seçeneklerle karşılama avantajına sahip olmuştur.

Süt emme yoluyla süt hısımlığı oluşsa da bu hısımlık nafaka, şahıs veya mal üzerinde velayet gibi nesep hakları sağlamaz. Bu doğrultuda bir sütanne, süt vermiş olduğu  ocuk

⁹⁵⁴ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2003/5332 (23 Haziran 2003).

⁹⁵⁵ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2005/7427 (12 Temmuz 2005).

⁹⁵⁶ Güleş, 303.

⁹⁵⁷ Bir rivayete göre Hz. Peygamber (s.a.v.), Asiye (isyank r, itaatsiz kadın) ismini değiştirip Cemile (güzel kadın) yapmıştır. Müslim, “Edeb”, 14, (2139); Tirmizî, “Edeb”, 66, (2840); Eb  Dâvûd, “Edeb”, 70.

⁹⁵⁸ Hz. Peygamber (s.a.v.), Berre (iyi kadın) adını iddialı bulup Zeyneb, Cüveyriye veya Meymune olarak değiştirmiştir. Buhârî, “Edeb” 108; Müslim, “Edeb”, 17.

⁹⁵⁹ Akyüz, 97.

⁹⁶⁰ Abdulhamîd, 384; Kaşıkçı, 33.

⁹⁶¹ el-Bakara, 2/233; et-Talâk, 65/6.

⁹⁶² Abdulhamîd, 374; Kaşıkçı, 20; Serahsî, ed. Akşit, 15/169.

⁹⁶³ Kaşıkçı, 30.

üzerinde velayet iddiasında bulunamaz. Keza bir süt çocuğu da sütannesinin nafakasını karşılamakla yükümlü değildir.⁹⁶⁴

3. Çocuğun Yerleşim Yeri ve Çocukla Birlikte Yaşama

Türk medeni hukuku ve İslam hukukunda çocuğun yerleşim yerine dair düzenlemeleri, ana babanın evlilik birliğinin devam edip etmemesine ve evlilik birliği içinde münferit yerleşim yerine sahip olma durumlarına göre ayrı ayrı ele almak gerekir.

Her iki hukuk sisteminde esas itibarıyla ve tabii olarak eşlerin evlilik birliğinin ortak bir yerleşim yerinde devam ettiği kabul edilmiştir. Bu kabul neticesinde çocuğun yerleşim yeri ana babanın yerleşim yerine göre belirlenmiştir (TMK m. 21/1).⁹⁶⁵ Keza İslam hukukunda çocuğun hidânesi öncelikle anasına ait olduğundan evlilik birliği içinde hatta iddet süresince kadının ve çocuğun yerleşim yeri, kocanın evidir. Dolayısıyla çocuk ana babasının evinde ikamet eder.⁹⁶⁶

Türk medeni hukukunda eşlerin evlilik birliği devam etmesine rağmen birlikte yaşamaya ara vermesi (TMK m. 197), devam eden boşanma davalarının olması (TMK m. 169) veya ayrılığına karar verilmesi gibi hallerde ortak bir konutları bulunmaz. Bu gibi hallerde çocuk, velayet kendisine bırakılan tarafın yanında kalır.⁹⁶⁷ Nitekim ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa çocuğun yerleşim yeri hukuken kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir (TMK m. 21/1). Evlilik birliği içinde herhangi sebeple ananın başka bir yerde bulunması söz konusuysa çocuk, Türk medeni hukukuna göre eşlerin müştereken karar verdikleri yerde kalırken İslam hukukçularının bir kısmına göre ananın yanında, bir kısmına göre ebeveyninden mukim olanın yanında kalır.⁹⁶⁸ Diğer hallerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır (TMK m. 21/1).

Evlilik birliğinin boşanmayla sona ermesinden sonra çocuğun yerleşim yeri, Türk medeni hukukuna göre mahkemece velayetin kendisine bırakıldığı tarafın yerleşim yeridir.⁹⁶⁹

İslam hukukunda boşanmış veya kocası ölmüş kadının yeniden evlenebilmesi için belli bir iddet süresi öngörülmüştür. Bu süreyi kadın, terbiyesi kendisine bırakılan çocuğuyla

⁹⁶⁴ Bilmen, 2/82; Döndüren, *Aile İlmihali*, 320.

⁹⁶⁵ Vardar Hamamcıoğlu, 41; Gençcan, 345-348.

⁹⁶⁶ Bardakoğlu, "Hidâne", 469; Kelebek, 144; Uzunpostalcı, Şahsiyet ve Hakiki Şahıs, 85.

⁹⁶⁷ Vardar Hamamcıoğlu, 44; Baygın, 283; Özdemir, "Çalıştay", ed. Ünal-Kalkan, 147.

⁹⁶⁸ Vardar Hamamcıoğlu, 44; Baygın, 283; Kelebek, 144-145; Bardakoğlu, "Hidâne", 469.

⁹⁶⁹ Vardar Hamamcıoğlu, 42.

beraber, boşayan ve çocuğun babası olan kocasının evinde veya onun seçmiş olduğu evde geçirir. Babanın izni olmadan çocuk, mezkûr yerden başka bir şehre götürülemez.⁹⁷⁰

İddet süresi sona erdikten sonra çocuk, hidâne dönemi boyunca ananın veya hâdinenin, bu dönemden sonra ise babanın veya velinin yerleşim yerinde kalır.⁹⁷¹ Bu süreçte ananın veya hâdinenin yerleşim yeri, çocukla kişisel ilişki kurma hakkına ve görevine sahip olan babayı veya veliyi ilgilendirdiği için bu hususa, özellikle klasik dönem İslam hukukçuları tarafından ayrı bir önem verilmiştir.⁹⁷²

Tüm bunların ötesinde İslam hukukunda çocuğun yerleşim yeri ile ilgili olarak kesin hükümler getirilmemiş olup bu hususta çocuğun menfaatine uygun olan düzenlemelerin yapılması, zamanın ve uygulamanın gerekliliklerine bırakılmıştır.⁹⁷³

Sözü edilen düzenlemelerden çocuğun mümkün olduğu müddetçe ana babasıyla birlikte bir aile ortamı içinde yaşamasının amaçlandığı anlaşılmıştır. Nitekim doğduğu andan itibaren kişiliğinin gelişip bağımsız bir birey olmasına kadarki süreçte ana babasıyla birlikte yaşamasında çocuk için sayısız menfaat vardır. Bu sayede yakın ilgi, denetim ve gözetim altında kalıp topluma atılmaya önce ailesinin yanında hazırlanır. Velayet müessesesi ile çocuğun her türlü menfaatinin korunması amaçlandığı için ana babasıyla birlikte yaşaması da bir hak olarak güvence altına alınmalıdır. Bu maksatla Türk medeni hukukunda çocuğun ana babasının rızası dışında evi terk etmesini yasaklayan ve hukuken meşru bir sebep olmadıkça onlardan alınamayacağını düzenleyen hükümlere yer verilmiştir (TMK m. 339/4, ÇHS m. 9/1). Yine velayet hakkı çocuğu haksız yere alıkoyan herkese karşı ileri sürülebilen anayasal ağırlıklı bir haktır.⁹⁷⁴

4. Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi

Çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi her iki hukuk sisteminde evlilik birliği devam ettiği ve hakkın kullanımına ilişkin hukuki bir engel olmadığı sürece ana ve baba tarafından birlikte yerine getirilir (TMK m. 336/1).⁹⁷⁵ Çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi ile ilgili hususlar, İslam hukukunda hidâne müessesesinin karşılığıdır. Hidâne müessesesi ile evlilik birliği devam ederken ve karı koca ayrıldıktan sonra çocuğu yanında bulundurma, büyütme, terbiye etme gibi

⁹⁷⁰ Abdulhamîd, 374; Uzunpostalcı, Şahsiyet ve Hakiki Şahıs, 85; Karaman, 1/271; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2845.

⁹⁷¹ Kelebek, 144-145; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2843.

⁹⁷² Abdulhamîd, 398-399; Bardakoğlu, "Hidâne", 469-470.

⁹⁷³ Uzunpostalcı, Şahsiyet ve Hakiki Şahıs, 88; Karaman, 1/270.

⁹⁷⁴ Velidedeoğlu, 370; Akıntürk-Ateş Karaman, 410; Serozan, 251.

⁹⁷⁵ Avcı 493; Akgündüz, 230; Bardakoğlu, "Hidâne", 467; İrem Karakoç, "Bir İslâm Hukuku Müessesesi Olan Hidâne Hakkının ve Osmanlı Aile Hukuku'nda Uygulanışının İzmir Şer'iyye Sicillerinde Yer Alan Bir Karar Örneği Üzerinden İncelenmesi", *AHBVÜ-HFD* 19/3 (2015), 156.

konularda ananın, babanın, hidâne ehliyetine sahip diğer yakınların hatta son aşamada devletin hak, yetki ve sorumlulukları belirlenmiştir.⁹⁷⁶ Ancak hidâne hükümleri daha ziyade evlilik birliğinin sona ermesiyle ortada kalan çocukların bakımı için uygulama alanı bulur.⁹⁷⁷

Türk medeni hukukunda çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi, ana ve babaya tanınmış hem hak hem de sorumluluktur.⁹⁷⁸ Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ana babasına aittir. Bu sorumluluğu birlikte taşıyan ana baba, her şeyden önce çocuğun yüksek yararına uygun hareket etmelidir (ÇHS m. 18/1). Velayeti kaybeden tarafın, çocuğun bakım ve yetiştirilme tarzı üzerinde karar verme yetkisi söz konusu değildir.

İslam hukukunda hidânenin kime ait bir hak olduğu veya çocuğu gözetip yetiştirecek kimse için bir hak mı yoksa görev mi olduğu konusunda literatürde farklı görüşler ileri sürülmüştür.⁹⁷⁹ Hukuki niteliği itibariyle hidâne, çocuğu gözetip yetiştirecek kimse için kullanılması belirli kayıt ve şartlarla sınırlanmış bir hak; aynı zamanda çocuğun ve ilgili diğer tarafların hukukunu ilgilendiren bir görevdir.⁹⁸⁰ Ana için bakım mecburiyeti ancak kendisinden başka bu görevi yerine getirecek kimsenin bulunmaması veya kendisinden sonra hak sahibi olacak hâdîmelerin bu görevi yerine getirmekten çekinmeleri durumunda söz konusu olur. Hidâne, terk edilmesi halinde çocuğun helakine sebebiyet vereceği için vacip hükmündedir.⁹⁸¹ Ancak çocuğun süt emmesi dahil yiyecek, içecek, giyecek ve meskeninin temini, bakımı, korunması, terbiyesi ve okutulması gibi ihtiyaçlarının yerine getirilmesini sağlamak babaya ait bir vecibedir.⁹⁸² Bu minvalde baba, gerektiğinde çocuğu emzirmesi için sütanne tutmak veya çocuğa bakması için bakıcı bulmak zorundadır.⁹⁸³

Bakım yükümlülüğünün kapsamı her iki hukuk sisteminde de çocuğun faydası düşünülerek geniş tutulmuştur. Dolayısıyla bakım ile çocuğun fizyolojik, güvenlik, psikolojik ve gelişimsel gibi madden ve manen her alandaki ihtiyaçlarının karşılanması kastedilir. Bu

⁹⁷⁶ Bilmen, 2/425; Akgündüz, 234; Karakoç, 153.

⁹⁷⁷ Çeker, *Çocuk*, 144; Yerlikaya, 103; Bardakoğlu, "Hidâne", 467; İnanır, 157; Avcı, 493.

⁹⁷⁸ Baygın, 284.

⁹⁷⁹ Modern dönem İslam hukuku düşünürleri hidâne hakkını, aynı anda hem hâdînenin hem mahdûnun hem de babanın (ya da onun yerini tutan kimsenin) hakkının birlikte yer aldığı müşterek bir hak olarak kabul etmişlerdir. Ananın, babanın ve çocuğun hidâne hakları arasında çatışma olduğu ve uzlaşa sağlanamadığı takdirde çocuğun hakkı öncelenir. Abdulhamîd, 394; Zuhayli, çev. Efe, 10/47; Bardakoğlu, "Hidâne", 467; Döndüren, *Aile İlmihali*, 323. İleri sürülen görüşler için bkz. İkinci Bölüm, III/A-3a.

⁹⁸⁰ Bardakoğlu, "Hidâne", 467; Kıyık, ed. Yurt-Bayraktutan, 152.

⁹⁸¹ Zuhayli, çev. Efe, 10/46; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2848.

⁹⁸² Kelebek, 138-139; Eşkan, 46; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2847; Akgündüz, 230.

⁹⁸³ et-Talâk 65/6; el-Bakara 2/233; Bilmen, 2/426.

kapsamda beslenme, dinlenme, tıbbi bakım, korunma, barınma, sevgi, ait olma, yaşına uygun oyun olanaklarının sağlanması gerekir.⁹⁸⁴

Çocukların zihinsel, bedensel ve ruhsal gelişimi için oyunun ayrı bir ehemmiyeti vardır. Çocuğun dinlenme, boş zaman değerlendirme, oynama ve yaşına uygun eğlence etkinliklerinde bulunma ve kültürel ve sanatsal yaşama serbestçe katılmasına fırsat tanınmalıdır (ÇHS m. 31). Diğer taraftan, Hz. Peygamber (s.a.v.), terbiyesi altındaki torunlarını ve diğer çeşitli şekillerde eğlendirmiş ve çocuklarla şakalaşp oynama konusunda bütün ebeveynlere, bilhassa babalara örnek olmuştur.

Çocuğun bakım ve yetiştirilmesine ilişkin giderler Türk medeni hukukunda velayet hakkına birlikte sahip olmayan ana ve baba arasında paylaştırılır. Ana ve baba olanakları ve mali güçleri nispetinde çocuğun gelişmesi için gerekli hayat şartlarını sağlamalıdır (ÇHS m. 27/2, TMK m. 340/1). Velayete sahip olmasa da ana veya babadan her biri, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır (TMK m. 182/3). İslam hukukunda hidâne masrafları evlilik birliği içinde kocanın eşi ve çocuğu için vereceği nafaka kapsamındadır.⁹⁸⁵ Çocuk bakılmak ve büyütölmek için anaya bırakıldığında, çocuğun malı yoksa her türlü masrafı babaya ait olur.⁹⁸⁶ Ayrıca ananın çocuğu ile oturabileceği bir evi yoksa baba, çocuğun terbiye edileceği yeri temin etmekle yükümlüdür.⁹⁸⁷ Nafaka yükümlüsü baba, temin edilecek evin ücretini çocuğun malı varsa onun malından, yoksa kendi malından karşılar.⁹⁸⁸

Klasik dönem İslam hukukunda hidânenin ayrıntıları, Hz. Peygamber ve sahabe dönemindeki uygulamalardan hareket eden fukahânın şahsî bilgi ve birikimleri ile doldurulmuştur. Buna göre bir kimseye çocuğun bakımı ve gözetiminin verilebilmesinin iki şartı vardır. Öncelikle bu kimsenin hidâne hakkı taşıyanlar arasında bulunması ikinci olarak ise hidâne ehliyetine sahip olması gerekir.⁹⁸⁹

Günümüz hukukunda çocuğa fiilen bakıyor olsalar dahi anneanne, babaanne gibi herhangi bir yakına velayet hakkı bırakılmadığı halde; İslam hukukunda hidâne hakkının, anadan sonra anneanneye verildiği konusunda fakihlerin çoğu görüş birliği içindedir.⁹⁹⁰

⁹⁸⁴ Hallâf, 194; Bilmen, 2/425; Baygın, 285.

⁹⁸⁵ Avcı, 494; Döndüren, *Aile İlmihali*, 331.

⁹⁸⁶ Acar, *Aile ve Miras*, 241.

⁹⁸⁷ Baktır, 282; Abdulhamîd, 394.

⁹⁸⁸ Baktır, 283.

⁹⁸⁹ Bardakoğlu, "Hidâne", 467.

⁹⁹⁰ Serahsî, ed. Akşit, 5/332; Halebî, 2/256; Abdulhamîd, 389; Kudûrî, çev. Arslan, 135; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2837.

Anneanneden sonra da çocuk ile olan yakınlıklarına göre önce ana tarafından kadınlar, sonra baba ve baba tarafından erkekler (asabe) ve nihayet baba tarafından olmayan erkekler (zevî'l-erhâm) çocuğu yanına alıp yetiştirme hakkına sahip olur.⁹⁹¹

Hidâne ehliyeti için kadın olsun erkek olsun bir kimsenin “*akıl, bulûğ, güvenilirlik ve güç*” özelliklerini taşıması gerekir.⁹⁹² Gerçekten bir kimseye çocuğun bakımı ve gözetiminin verilmesi için akıllı ve yetişkin olmasının yanında bu sorumluluğu yerine getirebilecek fizikî güce sahip olması önemlidir. Günümüz hukukunda ise akıl, güvenilirlik, güç vb. şartlardaki eksiklik, TMK m. 348 veya m. 351 hükümleri uyarınca velayetin kaldırılması veya değiştirilmesi kapsamında değerlendirilebilir.

Bu bölümü kapatmadan önce İslam hukukunda çocuğun bakımında ebeveyne düşen görevlerden biri olan “*sünnet*” uygulamasına ve bu uygulama hakkında medeni hukuk öğretisinde yapılan tartışmalara değinebiliriz. Zira Türk medeni hukukunda velayet hakkı kapsamında ana babanın çocuğa müdahalesi, çocuğun anayasal temel haklarıyla sınırlanmıştır. Müdahale yasağı kapsamında öğretilen hukukiliği tartışılan konulardan biri de tıbbi gereklilik olmadığı halde yapılan sünnet uygulamasıdır.⁹⁹³

Çocuğun sünnet edilmesi, İslam hukukunda Hz. Peygamber’in (s.a.v.) sünnetinden kaynaklanan başlıca uygulamalardandır.⁹⁹⁴ Çocuk en geç bulûğ yaşına kadar sünnet edilir. Sünnet olmanın hükmü Hanefî ve Mâlikîler’e göre sünnet, Şâfiî ve Hanbelîler’e göre vâciptir.⁹⁹⁵

Türk hukukunda sünnet, tıbbi bir zorunluluk veya doğrudan tedavi amacı olmadığı halde çocuğa dinsel-geleneksel nedenlerle uygulanan tıbbi bir müdahale olup⁹⁹⁶ toplumsal kurallar (sosyal endikasyon) dolayısıyla hukuka uygun kabul edilir.⁹⁹⁷ Sünnetin, çocuğun dinî aidiyetlik duygusu açısından onun refahına yönelik bir eylem olduğu savunulan bir görüştür.⁹⁹⁸ Ancak kimi yazarlarca sünnet uygulaması, çocuğun vücut bütünlüğü hakkı, kendi vücudu üzerinde

⁹⁹¹ Abdulhamîd, 389; Baktır, 273.

⁹⁹² Bilmen, 2/433; Karaman, 1/398; Baktır, 265-267; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2840.

⁹⁹³ Emine Dede, *Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 107; Erdal Yerdelen, "Hukukî Açıdan Sünnet (Beschneidung)", *Tıp Hukuku Dergisi* 3 (2013), 48.

⁹⁹⁴ Buhârî, “Libâs”, 63, 64; Ebû Dâvûd, “Tahâret”, 129.

⁹⁹⁵ Nebi Bozkurt, "Sünnet", *DİA* (İstanbul: İSAM Yayınları, 2010), 158.

⁹⁹⁶ Tıbbi müdahale, temelde, yetkili kişi tarafından tedavi amacına yönelik gerçekleştirilen her türlü faaliyet olarak tanımlanır. Dede, 107.

⁹⁹⁷ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 242.

⁹⁹⁸ Dede, 145; Yerdelen, 65.

tasarruf hakkı, din ve vicdan hürriyetine müdahale olarak yorumlanmıştır.⁹⁹⁹ Bu görüşe göre çocuğun sünnet edilmesinde, ana babanın menfaati ile çocuğun menfaati çatışmakta olup çocuğun esenliğine öncelik tanınması gerekir. Tıbbi müdahaleye rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır ve ayırt etme gücü olmayan çocuk yerine yasal temsilcisi sıfatıyla velayete sahip ana babası tarafından verilir. Buna karşılık çocuk ayırt etme gücüne sahip olduğunda, sünnet olup olmamaya kendi iradesiyle karar verebilmeli denilmiştir. Velayet hakkının kapsamı, çocuğun olgunlaşmasına bağlı olarak daralacak ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların onu temsilen ana babası tarafından kullanılması hususunda yetkisizlik oluşacaktır. Bu nedenle ana babanın çocuğun rızası olmaksızın ona tıbbi müdahalede bulunması hukuka aykırı bir eylem olarak görülmüş olup TMK m. 346 vd. hükümlerin gündeme gelmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹⁰⁰⁰

5. Çocuğun Eğitimi

Çocuğun eğitimi, Türk Medeni Kanunu'nun farklı bölümlerinde tekrarlanmak suretiyle özel olarak korunmak istenmiştir. Eşlerin, el birliğiyle çocuğun eğitimine özen göstermesi, evliliğin genel bir hükmüdür (TMK m. 185/2). Çocuk ile arasında soybağı kurulan ana ve baba, çocuğun eğitimi için gerekli giderleri bizzat kendi gelirlerinden karşılamakla yükümlüdür (TMK m. 327/1).¹⁰⁰¹ Öyle ki boşanma sonrası velayet kendisine verilmeyen eş gücü oranında eğitim giderlerine katılmaya devam eder. (TMK m. 182/2) Diğer taraftan velayetin hâkim tarafından kaldırılması veya çocuğun ergin olması nedeniyle sona ermesi halinde bile eğitimi devam ettiği müddetçe çocuğun eğitim giderlerini karşılamak ana ve babanın üzerine borç olmaya devam eder (TMK m. 350). Bu hususta devlet, ödeme imkânı bulamayan ana babanın sorumluluğuna ortaktır (TMK m. 350/2). Ayrıca Kanun, istisnai olarak belli şartların varlığı halinde çocuğun eğitimi için bazı mallarının sarf edilmesine cevaz vermiştir (TMK m. 327/2, 355-356).

Tüm bunlardan öte çocuğun eğitimi, velayet kapsamında ele alınan en önemli görevdir. Eğitim masraflarını karşılama yükümlülüğünün velayetle bir ilgisi bulunmamasına rağmen eğitim hak ve yükümlülüğü velayet hakkına bağlıdır.¹⁰⁰² Ana baba, velayetin amacına uygun

⁹⁹⁹ Reyhani Yüksel, 165. Almanya'da sünnetin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar neticesinde Alman Medeni Kanunu'na getirilen özel bir düzenleme ile erkek çocuklarına ve bebeklere sünnet yasal hale gelmiştir. Dede, 147.

¹⁰⁰⁰ Zarife Şenocak, "Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası", *AÜHFD* 50/4 (2001), 76; Reyhani Yüksel, 167; Dede, 143; Ayşe Zıyan, *Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 160-161.

¹⁰⁰¹ Akıntürk-Ateş Karaman, 428.

¹⁰⁰² Saymen-Elbir, 371; Velidedeoğlu, 373; Oğuzman-Dural, 277; Akıntürk-Ateş Karaman, 414; Reyhani Yüksel, 92. İstisnai olarak bazı hukukçular, çocuğun menfaatlerine zarar vermediği müddetçe velayete sahip olmayan tarafın da çocuğa eğitim verebileceğini ifade eder.

olarak çocuğun eğitimi ile ilgili karar alma ve uygulama aşamasında her daim onun menfaatini gözetmelidir (TMK m. 339/1). Veliden beklenen, “*olanaklarına göre*” çocuğu eğitmek, çocuğun yeteneklerinin gelişimine uyumlu olarak genel ve mesleki eğitim almasını sağlamaktır (TMK m. 340). Eğitimin kapsamına genel, meslekî ve dinî eğitim (TMK m. 341) dahildir.

Genel eğitim; çocuğun dürüst, ahlaklı, çalışkan, kötü alışkanlıklardan uzak ve kendisi ile çevresine faydalı bir insan olmasına yöneliktir.¹⁰⁰³ Genel eğitim ayrıca çocuğun okutulmasını, kültür ve meslek sahibi bir birey olarak topluma kazandırılmasını ifade eder.¹⁰⁰⁴ Genel ve mesleki eğitimin sınırı, ana babanın olanakları, yani, kişisel ve mali imkanları, yaşam düzeyleri, sosyal mevkileridir.¹⁰⁰⁵ Eğitim ve yetiştirme görevleri çerçevesinde ebeveyn, çocuğun söz dinleme yükümlülüğü ile yaşamını düzenleme hakkı arasında ince bir denge kurmalıdır. Ana baba, ergin oluncaya kadar çocuğun dinî eğitimini belirleme hakkına sahiptir (TMK m. 341/3).

İslam’da çocuğun eğitim ve terbiyesi, nikah öncesi dönemde başlar ve ölümüne kadar devam eder. Gerçekten, çocuğun karakter ve terbiyesine etki edeceği için seçilecek eşte dindar, ahlaklı ve soylu olmak gibi bazı vasıfların aranmasına işaret edilmiş ve bu döneme, nikah öncesinden tedbir almayı ifade ettiği için tedbirî dönem denilmiştir.¹⁰⁰⁶

İslam hukukunda çocuğun yeteneklerini göz önünde bulundurarak çocuğa mesleki eğitim sağlama, dinî eğitim ve güzel terbiye verme ana babanın çocuğun eğitimiyle ilgili başlıca görevlerindendir.¹⁰⁰⁷ Güzel terbiye ile kastedilen, çocuğa sadece yeterli dini terbiye veya mesleki formasyon verilmesi olmayıp onun hayata en iyi şekilde hazırlanmasıyla kendisine, ailesine içinde yaşadığı topluma karşı bütün yükümlülüklerini ifa edebilecek şekilde yetiştirilmesidir.¹⁰⁰⁸ Meslekî eğitim konusunda literatürde, çocuklara bulûğ yaşına varmadan halkın telakkisi açısından babalarının mesleğinden aşağı olmayacak bir meslek öğretilmesinin ebeveynleri üzerine bir vecibe olduğuna yer verilmiştir.¹⁰⁰⁹

İslam hukukunda çocuğa verilecek dinî eğitimin belirlenmesi, çocuğun dininin neye göre belirlendiği ve çocuğun kimin himayesinde olduğu ile alakalıdır. Klasik dönem İslam

¹⁰⁰³ Köprülü-Kaneti, 249; Oğuzman-Dural, 278.

¹⁰⁰⁴ Velidedeoğlu, 373; Akıntürk-Ateş Karaman, 412.

¹⁰⁰⁵ Grassinger, *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması*, 94.

¹⁰⁰⁶ Oflaz, ed. Yurt-Bayraktutan, 320. “*Bir kadınla malı, güzelliği, asaleti veya dindarlığı için evlenilir; sen dindar olanı seç.*” Buhârî, “Nikâh”, 15; “*Nesliniz için hayırlı olanı arayın; denk olanla evlenin ve onlarla evlendirin.*” İbn Mâce, “Nikâh”, 46; Türer, ed. Canan, 352.

¹⁰⁰⁷ Bayraktar, 135.

¹⁰⁰⁸ Kudat, 51.

¹⁰⁰⁹ Kudat, 52.

hukukunda çocuğun faydası ön planda tutularak aklî ve bedenî olgunluğuna göre bir belirleme yapılmıştır. Buna göre temyiz yaşına gelmemiş çocuğun dini, ana babasının dinine göre tespit edilir. Ana babası müslüman olan çocuk müslümandır. Ana babadan sadece birisinin müslüman olmasıyla çocuğun hangisinin dinine tabi olduğu konusu ihtilaflı olsa da müslüman sayılabileceği ifade edilmiştir.¹⁰¹⁰ Gayr-ı müslim ebeveyn, çocuğunu İslâm terbiyesine göre yetiştirmeye zorlanamaz. Çocuğun dininin tespitinde çocuk ile ana babasının bulunduğu ülkenin İslam ülkesi olup olmadığı da dikkate alınmıştır. Temyiz çağına geldikten sonra çocuğun dinî tercihinin geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Çoğunluk fakihlerin görüşüne göre mümeyyiz çocuk, din olarak İslam'ı seçerse bu tercihi geçerli olur. Buluş çağına geldiği anda çocuk, dinin hükümlerinden sorumlu olmaya başlar. Akıllı ve bâliğ olan kimsenin, İslam'ı ya da başka bir dini tercih etmesi fark etmeksizin dinini seçme hak ve özgürlüğüne sahip olduğu konusunda ise fakihlerin görüş birliği mevcuttur.¹⁰¹¹

Türk medeni hukukunda ayırt etme gücüne sahip çocuğun kendi dinini seçme özgürlüğünü kazanması için ergin olması gerekirken İslam hukukunda bâliğ olması yeterlidir. Bu durumda bulûğa ermiş ve ana babasının dininden farklı bir dinî inanca sahip olan veya olmak isteyen mümeyyiz çocuğun taleplerinin velisi tarafından ne şekilde değerlendirileceği hususu önem arz eder. Bu hususta Türk medeni hukukunda tartışılan ilk konu, çocuğun ergin olmadan önce kendi dinini seçme özgürlüğüne sahip olup olmaması gerektiğidir. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre ergin olana dek çocuğa din vicdan özgürlüğü tanımayan TMK m. 341 hükmü, çocuğun din ve vicdan özgürlüğünü hükme bağlayan ÇHS m. 14'e aykırıdır.¹⁰¹² Din seçme, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için yeterli olgunluğa gelmiş/ayırt etme gücüne sahip çocuğa dinini seçme özgürlüğünün verilmesi gerektiği öne sürülmüştür.¹⁰¹³ Belirlenmesi gereken bir diğer husus ise ana babanın dinî terbiye kapsamında velayetten doğan yetkilerinin sınırıdır. Öğretide ana babanın çocuğunu ateist olarak ya da herhangi bir dinî eğitim vermeden yetiştirmesinin mümkün olması gerektiği savunulmaktadır.¹⁰¹⁴ Bu görüş ne Anayasa'da ne de eski ve yeni Medeni Kanun'da kanuni temsilcinin dinî eğitim verme zorunluluğunu içeren bir hükmün yer almadığı savı ile desteklenmiştir. Ayrıca veliyi çocuğa mutlaka bir dinî eğitim vermek zorunda bırakmanın Anayasa m. 58 ve ÇHS m. 14 hükümleri gereği mümkün olmadığı

¹⁰¹⁰ Çeker, 159; Kelebek, 108-109; Ulusal, 84.

¹⁰¹¹ Ulusal, 84-86.

¹⁰¹² Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 244; Reyhani Yüksel, 181.

¹⁰¹³ Almanya'da 14 yaşına ulaşan bir çocuk kendi dini inancına karar verme hakkına sahiptir. Reyhani Yüksel, 181. dn. 766.

¹⁰¹⁴ Öztan, *Aile Hukuku*, 1115; Reyhani Yüksel, 180; Dural vd., 365; Grassinger, *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması*, 38; Çelik, *Velayetin Kaldırılması*, 265.

ifade edilmiştir. Öğretide ileri sürülen karşı görüşe göre ana baba, seçtikleri dinî eğitimi vermek hususunda özgürdür ancak çocuğa mutlaka bir dinî eğitim vermelidir.¹⁰¹⁵ Buna karşı söz konusu yorumlardan hangisi kabul edilirse edilsin ana ve babanın, din ve vicdan özgürlüğü hakkını kullanan çocuğa yol gösterme hakkına sahip olduğu ancak bu hakka dayanarak çocuğa herhangi bir dini, zorla benimsetmeye çalışamayacakları ifade edilmiştir (ÇHS m. 14/2). Ana babanın dini terbiye hakkı kapsamında çocuğa karşı fiziksel, zihinsel, duygusal şiddete başvurma yetkisinin olduğunu kabul etmek ise TMK m. 341 hükmünü, olması gerekenden geniş yorumlamak anlamına gelir.¹⁰¹⁶

Türk medeni hukukunda ana ve babanın dinleri farklı olunca başta bu konuda anlaşmış değilseler veya anlaşmış olmalarına rağmen eşlerden birisi fikir değiştirmiş ise bu ihtilaf önemli bir geçimsizlik sebebi olabilmektedir.¹⁰¹⁷ Velayete sahip ana baba, çocuğun dinî eğitimi ile ilgili bir anlaşmaya varamazsa bu hususun mahkemeye intikal etmesi gerekir. Zira bu hususta babanın reyini geçerli kılan düzenleme (mülga Medeni Kanun m. 263), yeni Kanun'da benimsenmemiştir.

İslam hukukunda farklı din mensubu eşlerin, çocuğun dinî eğitimi konusunda aralarında çıkması muhtemel anlaşmazlıkların büyük oranda önceden önüne geçildiği söylenebilir. Nitekim asıl olan, aynı dine mensup insanların birbiriyle evlenmesidir; farklı dinlere mensup olan kişilerin evliliği ise ârizî ve istisnâî bir durum olarak kabul edilebilir.¹⁰¹⁸ Buna rağmen eşlerin farklı dine mensup olmaları durumunda, fakihlerin genel yaklaşımı, müslüman'ın hem müslüman hem de gayr-ı müslim üzerinde, gayr-ı müslimin ise kendi din mensupları üzerinde velayet ehliyetine sahip olduğu yönündedir. Hanefîler, kadınlara mahsus bir imtiyaz olarak gayr-ı müslim bir kadının, müslüman bir çocuğu hidânesine alabileceğini kabul etmiş ancak bu imtiyazı, çocuğun davranışlarının bilincine varmasından ve din eğitimi döneminden öncesıyla sınırlı tutmuştur.¹⁰¹⁹

Örneğin, Türk medeni hukukunda baba hristiyanlığı öğretmek istediği halde ana İslâm dinini öğretmek istese, meselenin mahkemeye taşınması gerekir. İslam hukukunda ise gerek

¹⁰¹⁵ Akıntürk-Ateş Karaman, 414; Berki, *Küçüğün Şahıs ve Malları*, 45; Çetiner Baktır, 67.

¹⁰¹⁶ Reyhani Yüksel, 182. Yüksel 182.

¹⁰¹⁷ Hatemi, *Aile Hukuku*, 184.

¹⁰¹⁸ Müslüman kadın veya erkeğin, Allah'a inanmayan veya O'na ortak koşan biriyle evlenmesi yasaktır (el-Bakara 2/221). Müslüman erkekler Ehl-i kitap kadınlarla evlenebilir (el-Mâide 5/5). Bu husustaki âyetin, zorunlu bir hüküm (vücûp) değil, cevâz ifade ettiğini kabul eden bazı fakihler, zorunlu olmadıkça müslüman erkeklerin Ehl-i kitap kadınlarla evlenmesini mekruh diye nitelemiştir. Şamil Dağcı, "İslâm Aile Hukukunda Evlenme Engelleri-II (Geçici Evlenme Engelleri)", *AÜİFD* 41/2000), 138.

¹⁰¹⁹ Ulusal, 79.

böyle bir evliliğe¹⁰²⁰ gerekse din farklılığının velayete engel bir sebep olması itibariyle (Nisa, 141) böyle bir velayete baştan cevaz verilmemiştir. Kaldı ki çocuk, anası müslüman olsa da babasının velayeti altında bulunur. Bu nedenle çocuğun İslâmî prensiplere aykırı bir şekilde yetişme riski altında kalması uygun görülmemiştir.¹⁰²¹ Örneği tersine çevirdiğimizde, babanın İslâm dinini telkin etmesine karşılık ana hristiyanlığı telkin etmek istediğinde anasının şefkati ve bakımından elde edeceği fayda gözetilerek çocuğun, dinî hayatı tehlikeye düşmediği müddetçe anasının hidânesinde kalmasına izin verilmiştir. Bundan sonra ananın hidâne ehliyeti sona erer.

6. Çocuğun Evlendirilmesi

Türk medeni hukukunda belli bir yaşa gelmemiş küçüklerin yasal temsilcileri tarafından evlendirilmeleri geçerli değilken klasik dönem İslam hukukunda küçüklerin velileri tarafından evlendirilip evlendirilemeyecekleri hususunda iki farklı görüş öne sürülmüştür. Her şeyden önce söz konusu hukuk sistemlerinde “*küçüklerin evlendirilmesi*” kavramı ile kastedilen birbirinden farklıdır.

Türk medeni hukukunda ana babanın yasal temsilcisi sıfatıyla çocuklarının şahsı ile ilgili yetkilerinden biri de çocuğun evlenmesine izin vermedir (TMK m. 126). Ergin olmayan çocuk evlat edinilmiş olsa da ana babanın rızası, velayet hakkını haiz olup olmamalarından bağımsız olarak şarttır (TMK m. 309).¹⁰²²

Bir kimsenin geçerli bir evlenme sözleşmesi yapabilmesi için o kimsenin ayırt etme gücüne sahip olması, Kanun’un evlenme için öngördüğü yaşa ulaşmış bulunması ve eğer bu kimse ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı ise yasal temsilcisinin iznini de alması gerekir. Buna göre on sekiz yaşını dolduran kimse evlenmeye tam ehliyetli olup bizzat kendisi evlenebilir. On sekiz yaşına ulaşmamış ancak olağan evlenme yaşı olan on yedi yaşını tamamlamış çocuğun veya kısıtlının evlenebilmesi ise yasal temsilcisinin iznine bağlıdır (TMK m. 126, 127). Bu izin olmadan yapılan evlilik, nisbi butlan ile sakattır (TMK m. 153). Henüz evlenme yaşına gelmemiş bir kimse, on altı yaşını tamamlamış ve ayırt etme gücüne sahip olmak kaydıyla olağanüstü bir durum ve pek önemli bir sebebin varlığı halinde hâkimin izniyle

¹⁰²⁰ Müslüman kadınların Ehl-i kitap erkeklerle evlenmesini yasaklayan hükmün kendisine bina edileceği açık bir nassın bulunmadığı ve aklı delillerinin ise günümüzde geçerli olmadığına dair görüşler için bkz. H. İbrahim Acar, "Evlenme Engeli Olarak Din Farkı", *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 17 (Haziran 2002), 40; Ali Aslan Topçuoğlu, "Yahudilik-Hristiyanlık ve İslâm Hukuku'na Göre Nikâh Akdine Etkisi Bakımından Din Farklılığı", *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi* 10/2 (2010), 106-107.

¹⁰²¹ Topçuoğlu, 108.

¹⁰²² Grassinger, *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması*, 18.

evlenebilir (TMK m. 124/2). Hâkim, evlenme izni vermeden önce çocuğun yasal temsilcilerini “*olanak bulundukça*” dinleyebilir ancak hükmünde serbesttir. Söz konusu durumda hâkimin izni olmaksızın yapılan evlilikler ile on altı yaş tamamlanmaksızın yapılan evliliklerin hukuki akıbeti ise Kanun’da açıkça belirtilmemiş olup öğretide tartışmalıdır.¹⁰²³

Küçük yaşta evlenmenin hükmü nisbi butlan kabul edilirse TMK m. 153/2 hükmü saklı kalmak şartıyla izni alınmayan yasal temsilci, evlenmenin iptalini dava edebilir.¹⁰²⁴ Evlenme yaşı tamamlanmaksızın yapılan evliliğin mutlak butlan ile batıl olduğunu savunanlar, bu görüşlerine gerekçe olarak kanuna aykırılığı veya ayırt etme gücünün yokluğunu (TMK m. 145/2) öne sürerler.¹⁰²⁵ Bir diğer görüşe göre olağanüstü evlenme yaşını tamamlamamış kimsenin evliliği bakımından bir ayrıma gidilmeli ve bu evlilik yok hükmünde olmalıdır.¹⁰²⁶

İslam hukukunda evlenme ehliyeti, evlenecek kimsenin başkasının iznini almadan evlenebilme yetkisidir. Bunun için evlenecek kimsenin tam ehliyetli, yani akıllı ve bâliğ olması gerekir. Buna göre akıllı olarak bulûğ alametleri ortaya çıkan veya bulûğ alametlerinin gecikmesi halinde fukahânın ekseriyetine göre on beş yaşını tamamlayan her şahıs (Ebû Hanîfe’ye göre on yedi yaşını tamamlayan kadınlar ile on sekiz yaşını tamamlayan erkekler) evlenme ehliyetine sahiptir.¹⁰²⁷ Sözü geçen ekseriyete göre tam ehliyet sahibi erkekler kendi irade beyanlarıyla evlenebilirken kadınlar, ancak velilerinin bulunmasıyla evlenebilir.¹⁰²⁸ Hanefîlere göre tam ehliyet sahibi her şahıs kendi irade beyanıyla evlenme sözleşmesi yapabilir ve rıza göstermediği bir evliliğe zorlanamaz.¹⁰²⁹ Ancak veli, evlilikte denklik şartı sağlanmamışsa evliliği feshettirme hakkına sahiptir.¹⁰³⁰ Veli bulûğa ermiş çocuğunu iznini almaksızın evlendirirse evlenenin icazetine kadar evlilik askıdadır.¹⁰³¹ Çocuğu evlendirme yetkisi, özel (hususî) velisi bulunmadığında veya yetkisini kötüye kullandığında genel veliyi

¹⁰²³ Dilşad Keskin, "Küçük Yaşta Evlenmenin Müeyyidesi", *AHBVÜ-HFD* 15/4 (2011), 66-71; Çiğdem, 50-51.

¹⁰²⁴ Akıntürk, 269; Özdemir-Ruhi, *Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları*, 85.

¹⁰²⁵ Oğuzman-Dural, 95.

¹⁰²⁶ Hatemi-Serozan, 111.

¹⁰²⁷ Cezîrî, çev. Keskin, 5/2108; Serahsî, ed. Akşit, 5/14; Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 40.

¹⁰²⁸ Bu görüş sahipleri, velayeti, evlenme sözleşmesinin sıhhat şartı olarak kabul ederler. Cezîrî, çev. Keskin, 5/2108; Serahsî, ed. Akşit; Kelebek, 161; 5/14, Köse 109; Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 139.

¹⁰²⁹ Velayeti evlenme sözleşmesinin nefâz şartı olarak kabul ederler. Cezîrî, çev. Keskin, 5/2108; Serahsî, ed. Akşit, 5/14; Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 40-41. İmam Muhammed’in “*müşterek velayet*” denilen görüşüne göre bâliğ kızın evliliğinde velisinin izni gerekir. Osmanlı Şeyhulislamı Ebussuud Efendi, bu görüşe göre fetva vermiş ve bu fetva kanunlaştırılmıştır. Ekinci, 309; Köse, 106.

¹⁰³⁰ İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 5/360; Avcı, 364; Serahsî, ed. Akşit, 5/19.

¹⁰³¹ Ekinci, 309.

temsilen devlet başkanına veya hâkime geçer.¹⁰³² Ebû Hanîfe'ye göre asabe derecesinde veli bulunmadığında evlendirme velayeti çocuğun anasına geçer.¹⁰³³

Klasik fıkıh geleneği, genel itibariyle ergenlik çağına ulaşmamış/bâliğ olmayan çocukların velileri tarafından evlendirilmesini hukuka uygun kabul eder.¹⁰³⁴ Bu hukukiliğin delili olarak Kur'an'ın dolaylı bazı ifadeleri¹⁰³⁵ yanında sünnetteki açık belirlemeler,¹⁰³⁶ sahabe dönemindeki pek çok uygulama ve küçüğün maslahatını hesaba katma¹⁰³⁷ delil gösterilmiştir.¹⁰³⁸ Buna karşın çocukların bulûğ çağına ulaşmadan önce evlendirilemeyeceği görüşü de savunulmuştur.¹⁰³⁹ Osmanlı devletinin son dönemlerinde yürürlüğe giren Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nde (HAK) bu görüş esas alınarak asgari bulûğ yaşından (kızlar için dokuz, erkekler için on iki) önce hiç kimsenin evlendirilemeyeceği hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme sebep olarak; çocuğun bulûğa ermeden önce evlendirilmeye ihtiyaç duymaması ve

¹⁰³² Hâkimin küçüğü evlendirme yetkisine örnek olarak: “*Hâkim, hâzire bi'l-meclis olan Sâime bt. Mehmed nâm sagîreyi velâyet-i âmmе hasebiyle Mehmed b. Abdullah nâm kimesne ile râyicü'l-vakt üç bin akçe mehr-i mu'accel ve iki bin akçe mehr-i müeccel ile nikâhladı.*” kararı gösterilebilir. *Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 37 Numaralı Sicil (1047/1637-1638)*, haz. Sabri Atay Salih Kahriman, Fuat Recep (İstanbul: İSAM Yayınları, 2011e), 25/57.

¹⁰³³ İbn-i Âbidin, çev. Ahmed Davudoğlu, 7/268; Karaman, 1/318; Kudûrî, çev. Arslan, 109; Cezîrî, çev. Keskin, 5/2077; Serahsî, ed. Akşit, 4/415.

¹⁰³⁴ Cezîrî, çev. Keskin, 5/2081; Serahsî, ed. Akşit, 4/396-397; Karaman, 1/131; Köse, 103-104; Acar, “İslâm Hukukunda Evlenme Ehliyeti Bakımından Küçüklerin Evlendirilmesi Problemi”, 128; Ahmet Yaman, “Doktrin ve Olgu Bağlamında Küçüklerin Evlendirilmesi”, *Eskiye* 38 (2019), 11.. Velisinin evlendirdiği küçük, bulûğdan sonra belli şartlarla evliliği bozabilir, buna bulûğ muhayyerliği denir. Bkz. İkinci Bölüm, III/A-5.

¹⁰³⁵ Küçüklerin evlendirilebileceği görüşünde olanların temel delili, “*Kadınlarınızdan âdetten kesilmiş olanlar ile âdet görmeyenler hakkında tereddüt ederseniz onların bekleme süresi üç aydır.*” mealindeki âyette (et-Talâk 65/4) geçen “âdet görmeyenler” kaydı ile küçük çocuklardan, “*bekleme süresi*” kaydı ile sahih evlilikten sonra mümkün olabilen iddetten bahsedildiğidir. Delil olarak gösterilen diğer âyetler ise en-Nisâ 4/3, 6, 127; en-Nûr 24/32 âyetleridir. Acar, Küçüklerin Evlendirilmesi Problemi, 129-130; Yaman, Küçüklerin Evlendirilmesi, 19-20.

¹⁰³⁶ Buhârî, “Nikâh”, 36, 39, 40, 60.

¹⁰³⁷ Akli delil olarak öne sürülen bu maslahatlar arasında küçüğün kaçırılma tehlikesine karşı korunması veya ona denk bir namzet bulunması halinde fırsatın kaçırılmaması gibi gerekçeler yer alır. Acar, “İslâm Hukukunda Evlenme Ehliyeti Bakımından Küçüklerin Evlendirilmesi Problemi”, 131; Yaman, “Doktrin ve Olgu Bağlamında Küçüklerin Evlendirilmesi”, 21.

¹⁰³⁸ “*Küçüklerin evlendirilmesi ile evlilik akdi sonrasında onlarla fiilen cinsel ilişkiye girmek birbirinden ayrı değerlendirilir. Cinsel ilişkinin cevazı, onların bedensel gelişimleri itibariyle buna tahammül edebilmelerine bağlıdır.*” Yaman, “Doktrin ve Olgu Bağlamında Küçüklerin Evlendirilmesi”, 11. “*Hukukçular, cinsel ilişkiyi kaldıracak fiziksel olgunluğa sahip olmayan kız çocuklarının baba evinde kalmasını, ya da en azından kocalarından uzak tutulmalarını sağlayan bir anlayışa sahiptirler.*” Usta, Velayet Hukuku, 33.

¹⁰³⁹ Bu görüşe delil olarak: “*Evlilik çağına gelinceye kadar yetimleri deneyin*” mealindeki âyette (en-Nisâ 4/6) “*evlilik çağı*” ile bulûğ çağının kastedildiği ve küçüklerin evlendirilmesi ile evlenmenin gayesi gerçekleşmeyeceği hatta ağır sonuçların ortaya çıkacağı gerekçeleri öne sürülmüştür. Karaman, 1/311; Acar, “İslâm Hukukunda Evlenme Ehliyeti Bakımından Küçüklerin Evlendirilmesi Problemi”, 132-133; Yaman, “Doktrin ve Olgu Bağlamında Küçüklerin Evlendirilmesi”, 21-22.

evlenmesinin bir faydası olmadığı, velayetin ise ancak çocukların menfaatinin sağlanması amacıyla var olduğu gerçeği gösterilmiştir.¹⁰⁴⁰

Modern kaynaklarda, klasik fıkıh öğretisinin belli bir “*olgunlaşma ve telakkiye bağlı olarak*” tespit ettiği söz konusu gerçekliğin, içinde yaşadığımız tarihsel-toplumsal düzlemde mevcut olmadığı ve bu nedenle küçüklerin evlendirilmesi konusundaki müspet düşüncenin sürdürülmemesi gerektiği kabul edilmiştir.¹⁰⁴¹ Kaldı ki evlenme ehliyeti bulunmayan çocukların evlendirilmesiyle ilgili açık hükümlerin olmadığı, aksine bu hususun içtihadı bir mesele olduğu savunulmaktadır. Buna göre, küçük yaşlardan itibaren çocukların evlendirilmesi uygulaması dönemin ataerkil aile yapısından kaynaklanmış ve küçük çocukların evlendirilmesine cevaz veren fukahâ, âyetleri yorumlarken örfün etkisinde kalmıştır.¹⁰⁴² Bir örfle bağlı olarak gelmiş hükümler ise örfün değişmesiyle değişir.¹⁰⁴³ Nitekim Din İşleri Yüksek Kurulu’nun konuyla ilgili mütalaasında¹⁰⁴⁴ küçüklerin evlendirilmesini câiz görenlerin delil olarak öne sürdüğü âyette¹⁰⁴⁵ evlilik için belli bir olgunluğun gerekli olduğuna işaret edildiğine; bunun da erginlik dönemi olduğuna değinilmiştir. Netice itibarıyla küçüklerin evlendirilmesinin, günümüz şartlarında evliliğin esas hedefleri ve sürdürülmesiyle uyumlu olmayacağı ifade edilerek, uygun olmayacağına karar verilmiştir.¹⁰⁴⁶

7. Çocuğun Temsil Edilmesi

Türk medeni hukukunda velayet, kaynağını pozitif hukuk kuralından alan kanuni bir temsildir.¹⁰⁴⁷ Ana baba, çocuklarının yasal temsilcisi olarak velayetleri çerçevesinde onları temsil yetkisi ve görevine sahiptir (TMK m. 342/1). Benzer şekilde İslam hukukunda velayet, kaynağını nasslardan alan cebrî bir temsildir.¹⁰⁴⁸ Veli, velayeti altındakinin kanuni temsilcisi olarak temsili kabul eden, akitler, fiiller ve haklarda davacı/davalı olmak gibi bütün işlerde onun

¹⁰⁴⁰ Çeker, HAK, 77; Acar, Küçüklerin Evlendirilmesi Problemi, 132; Serahsî, ed. Akşit, 4/396; Karaman, 1/311. Bununla birlikte “*Mesela mezkûr Kararnâmeğe göre velileri, on yaşındaki bulûğa ermiş bir kız çocuğu ile on iki yaşında bulûğa ermiş bir erkek çocuğunu evlendirebilirler.*” Yaman, “Doktrin ve Olgu Bağlamında Küçüklerin Evlendirilmesi”, 25.

¹⁰⁴¹ Yaman, “Doktrin ve Olgu Bağlamında Küçüklerin Evlendirilmesi”, 27.

¹⁰⁴² Acar, “İslâm Hukukunda Evlenme Ehliyeti Bakımından Küçüklerin Evlendirilmesi Problemi”, 139; Köse, 113.

¹⁰⁴³ Avcı, 100.

¹⁰⁴⁴ Din İşleri Yüksek Kurulu, “*Küçüklerin Evlendirilmesi*” konulu mütalaası, Sayı: 2012/44 (12 Nisan 2012)

¹⁰⁴⁵ en-Nisâ 4/6.

¹⁰⁴⁶ Benzer bakış ve yorumlar için bkz. Muhsin Koçak vd., *İslâm Hukuku-İslâm Hukukuna Giriş/Aile Hukuku/Miras ve Ceza Hukuku*, (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2013), 226-227; Çolak, 72.

¹⁰⁴⁷ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel*, 580; Akyol, 45.

¹⁰⁴⁸ Sarıtepe, 82; Zerka, çev. Armağan, 2/578; Zuhayli, çev. Efe, 5/109; Yaman-Çalış, 243.

yerine geçer.¹⁰⁴⁹ Aslında velayet, tasarruf yetkisini bizzat kullanması mümkün olmayan çocuğun hak ve görevlerinin temsil yoluyla ana babası tarafından yerine getirilmesidir.¹⁰⁵⁰

Türk medeni hukukunda olduğu gibi İslam hukukunda da temyiz gücü olmayan çocuğun fiil/edâ ehliyeti yoktur (TMK m. 15). Bu gibi kimselerin hukuki işlemleri, tamamen kendi menfaatine olsa dahi geçersiz olacağından onlar adına tüm hukuksal işlemleri bizzat velayete sahip ana babası yerine getirir.¹⁰⁵¹ Yine ayırt etme gücü olmayan çocuğun haksız fiil ehliyeti olmasa da şartları mevcut ise hakkaniyet sorumluluğu (TBK 65) ve kusursuz sorumluluk halleri (TBK 66, 67, 70, 71, 73 vb.) çerçevesinde sorumluluğu söz konusu olabilir.¹⁰⁵² Buna karşın İslam hukukunda dört büyük mezhep, gayr-ı mümeyyiz ve mümeyyiz çocuğun bizzat kendisinin yaptığı bir davranışla mal olsun, can olsun zarar verdiği şeylerin tazminatını ödeyeceği konusunda ittifak etmiştir.¹⁰⁵³ Ayrıca Hanefiler hariç, fakihlerin çoğuna göre gayr-ı mümeyyiz çocuğun malından velisi tarafından zekât verilmesi gerekir.¹⁰⁵⁴

Türk medeni hukukunda ayırt etme gücüne sahip çocuğu borç altına sokan işlemler ya yasal temsilcisinin rızasını alarak çocuğun kendisi tarafından ya da çocuğun yararını göz önünde tutarak yasal temsilcisi tarafından yapılabilir. Çocuğa hem yarar hem de yükümlülük getirecek işlemler, yasal temsilcinin rızası olmaksızın yapıldığı takdirde icazet verilinceye kadar askıda hükümsüzdür. Buna karşın bazı işlemlerin çocuğun yararına sayılamayacağı düşünülmüştür. Çocuklar ve kısıtlıları temsilen onlar adına kefil olma, vakıf kurma ve önemli bağışlamalarda bulunma işlemleri hem veli hem de vasi için yasaklanmıştır (TMK m. 342/3, 449).¹⁰⁵⁵ Gerçekten, her iki hukuk sisteminde genel olarak velinin, çocuğun malvarlığını karşılıksız olarak azaltan veya onun ekonomik geleceğini tehlikeye sokan işlemleri yapmasına

¹⁰⁴⁹ Zerka, çev. Armağan, 2/578. Velayet temsilciliğinin hukuki bir kurum olduğunun temel dayanağı, el-Bakara 2/282 âyetidir. Serahsî, ed. Akşit, 24/220. Ayrıca bkz. el-Mâide 5/2. Konuya örnek bir davada: “*Miço târih-i kitâb gecesi oğlum sagîr-i mezbûru bi-gayrı hakkın amden depme ile kasığına darb ve mecrûh etmekle mûcibi mezbûr Miço’dan velâyeten taleb ve da’vâ ettiğimde mezbûr Miço oğlum merkûm Ali’ye mu’âlece eylemek için ücret-i tabîb nâmında yedime dört yüz akçe def’ ve teslîm ben dahi ahz u kabz edip da’vâ-yı mezkûreden berî oldum*” şeklinde karar verilmiştir. *Rumeli Sadâreti Mahkemesi 106 Numaralı Sicil (1067-1069/1656-1658)*, haz. Mehmet Akman M. Âkif Aydın, Feridun M. Emecen, İdris Bostan, Mehmet İpşirli (İstanbul: İSAM Yayınları, 2019b), 50/214.

¹⁰⁵⁰ Eskicioğlu, 418; Ansay, 73.

¹⁰⁵¹ Zerka, çev. Armağan, 2/541; Öztan, *Aile Hukuku*, 1116; Gençcan, 413.

¹⁰⁵² Öztan, *Aile Hukuku*, 1116.

¹⁰⁵³ Mc. m. 916; Zuhayli, çev. Efe, 6/508-509; Zerka, çev. Armağan 2/542, Karaman-Özdemir, 147; Çiğdem, 25; Abdulhamid, 406.

¹⁰⁵⁴ Şirbîni, çev. Duman, 8/341; Bardakoğlu, “Vesâyet”, 68; Karaman, 1/257.

¹⁰⁵⁵ Hatemi, *Kişiler Hukuku*, 38-39.

imkân tanınmamıştır.¹⁰⁵⁶ İslam hukukunda de veli, çocuğun malvarlığı aleyhine işlem yapamaz, hibe veremez.¹⁰⁵⁷

Türk medeni hukukunda ayırt etme gücüne sahip çocuk, kendisini borç altına sokmayan işlemleri yapmaya ehildir. Karşılıksız kazanmada bulunabilir ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanırken tek başına hareket edebilir (TMK m. 16/1). Ancak velayete sahip ana ve baba, evlenmek, nişanlanmak gibi kişiye mutlak sıkı sıkıya bağlı işlemlerde çocuğu temsil edemez.¹⁰⁵⁸ Nitekim evlenme sözleşmesinde irade beyanı mutlaka eşler tarafından bizzat açıklanmalıdır. Ana ve baba ancak, velayet hakkına sahip olmak dolayısıyla on yedi yaşını tamamlamış ayırt etme gücüne sahip çocuğun evliliğine rıza gösterebilir (TMK m. 124/1).¹⁰⁵⁹ Ayırt etme gücüne sahip çocuk, başkalarına zarar verici eylemlerinden kendi malvarlığından sorumludur (TMK m. 16/2, 343/2). Kanuni temsilcisinin izni ile ana ve babasını temsil edebilir; yapacağı işlemlerden doğacak sorumluluk temsilcinin üzerinedir (TMK m. 344).¹⁰⁶⁰

Ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler, velinin temsili alanında da uygulanır. Vesayet altındakinin, vasiinin iznine bağlı işlemleri izinsiz yapması halinde bu işlemin askıda hükümsüz olması ve ancak onayla düzelmesine ilişkin TMK m. 451 ve 452 düzenlemesi, velayet altındaki için de uygulanır (TMK m. 342/3). Yasak işlemler veli için de yasaktır.¹⁰⁶¹

8. Çocuğun Nafakası

Çocuk, bedensel ve parasal yönden zayıf olduğundan kendisini dünyaya getiren velisinden yardım bekleme hakkına sahiptir. Bu bağlamda mevcut tabii hukuk kuralına her iki hukuk sisteminde de hukuki nitelik kazandırılmıştır.

Türk medeni hukukunda ana babanın çocuklarının bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderleri karşılama yükümlülüğü, soybağının hükümlerinden olup doğrudan doğruya kanundan doğan bir borçtur (TMK m. 327). Bu borç, herhangi bir koşula bağlı olmayıp hukuki niteliği itibariyle bakım nafakasıdır. TMK m. 364'teki yardım nafakasından farklı olan bakım

¹⁰⁵⁶ Baygın, 311.

¹⁰⁵⁷ Bardakoğlu, “Vesâyet” 68. Ebû Hanîfe ve Ebû Yusûf'a göre bedel karşılığında olması halinde bile velinin çocuğun malından hibe vermesine ruhsat verilmemiştir. Zuhayli, çev. Efe, 6/517; Abdulhamîd, 417.

¹⁰⁵⁸ Baygın, 297-299; Hatemi, *Kişiler Hukuku*, 39-42; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 261-264; Öztan, *Aile Hukuku*, 1119; Gençcan, 415.

¹⁰⁵⁹ Öztan, *Aile Hukuku*, 1119; İslam hukukunda ise evlenme kişilik işlemi hakkının kullanılmasında iradi temsile cevaz verilir. Hatemi, *Aile Hukuku*, 33.

¹⁰⁶⁰ İslam hukukunda mümeyyiz çocuk, ana babası veya bir başkasının vekili olarak tasarrufta bulunabilir ve bu fiillerinden dolayı temsil edilen kişi borç altına girer. Açık, 72.

¹⁰⁶¹ Hatemi, *Aile Hukuku*, 185.

nafakası, hukuken ondan önce gelip daha kapsamlıdır. Nitekim ana babanın yaş sınırı olmaksızın çocuklarına yardım nafakası verme yükümlülüğünün doğması için çocuğun paraya muhtaç olması gerekir.¹⁰⁶² İslam hukukunda çocuğun nafakasını karşılamak vaciptir.¹⁰⁶³ Çocuğun nafakası, nesebî yakınlık gereği karşılanan hısımlık (yardım) nafakasının bir türüdür.¹⁰⁶⁴ Bu çeşit nafakanın doğması için nafaka alacaklısının yeterli malvarlığı veya gelirinin olmaması gerekir; ayrıca erkek çocuk, gelir temininden âciz olmalıdır.¹⁰⁶⁵

Türk hukukunda ana babanın ergin olmayan çocuklarına bakma yükümlülüğünün velayet hakkından bağımsız olduğu açıktır. Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen tarafın hatta, velayetin her ikisinden kaldırılması halinde bile ana ve babanın söz konusu bakım yükümlülüğü devam eder (TMK m. 182/2, m. 350/1). Nafaka, anayla baba arasında evlilik birliğinin genel hükümlerine göre (TMK m. 185/2, 186/3, 327) paylaşılır. Velayetin babaya verilme durumunda hiçbir geliri ve malvarlığı olmayan ana, nafakadan sorumlu tutulmaz. Çocuğun gelirinin olması, nafaka miktarının takdirinde göz önünde bulundurulur ancak ana babanın nafaka yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.¹⁰⁶⁶ İslam hukukunda kız ve erkek çocukların nafakalarını karşılama görevi yaşıyorsa ve mali gücü elveriyorsa babaya aittir.¹⁰⁶⁷ Ananın harcamaya ortak olması ise ancak bazı durumlarda ve zenginliği ölçüsündedir. Yukarıdaki âyette geçen “*çocuk kendisinden olanın (babanın)*” kaydı hem çocuğun velayetinin hem de nafakasının babasına hasredilmesini ifade eder. Çocuğun nafakasını sağlamada babaya bir üçüncü kişinin ortak olması söz konusu değildir. Baba mevcut değilse veya kazanç sağlamaktan âciz ise nafaka yükümlülüğü belli şartlarda anaya veya dedeye ya da miras derecesine göre her ikisine birden ait olur.¹⁰⁶⁸ Babanın bakım yükümlülüğü evlilik birliğinde ve boşanmadan sonra devam eder.¹⁰⁶⁹ Baba çocuğun nafakasını temin edemeyecek kadar fakir olur da ana bunu temin edebilecek maddi güce sahipse, baba, gücü yettiğinde ödemek üzere,

¹⁰⁶² Serozan, 245; Çelikel, 144.

¹⁰⁶³ el-Bakara 2/233; Zuhayli, çev. Efe, 10/78.

¹⁰⁶⁴ Zuhayli, çev. Efe, 10/78; Serahsî, ed. Akşit, 5/354; Döndüren, *Aile İlmihali*, 236.

¹⁰⁶⁵ Kelebek, 155. Erbay, “Nafaka”, 283; Acar “*İslâm Aile Hukuku*”, 197.

¹⁰⁶⁶ Özdemir-Ruhi, *Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları*, 232.

¹⁰⁶⁷ Zuhayli, çev. Efe, 10/117.

¹⁰⁶⁸ Zuhayli, çev. Efe, 10/118; Kudûrî, çev. Arslan, 135; Serahsî, ed. Akşit, 5/362. Ebû Hanîfe’den rivayet edilen bir görüşe göre küçük çocuğun nafakasının üçte biri anasına ait olmalıdır. Halebî, 2/265-266. Maddi durumu iyi olan ananın, çocuğun nafakasını teminde babaya yardımcı olmasının vahyin arzusuna uygun olduğu ve günümüzde özellikle ekonomiye katılan ananın, nafaka yükümlülüğünde babaya yardımcı olması gerekliliği görüşü için bkz. Çiğdem, 134. Ebeveynin nafaka temininde zarara uğratılmaması hususu, İslam hukukundaki nimet-külfet dengesini ve ananın da gerektiğinde nafaka teminine ortak olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Aksakal, 185.

¹⁰⁶⁹ Birsin, 181; Cezirî, çev. Keskin, 6/2822. Üvey baba, çocuğun nafakasını karşılamakla yükümlü değildir. Bu husustaki fetva için bkz. Kudûrî, çev. Arslan, 135; İnanır, 159.

onlara borçlanarak nafakayı karşılar. Kendisine bakacak bir yakını olmayan çocuğun nafakasını karşılamak, devlet başkanının sorumluluğundadır.¹⁰⁷⁰

Her iki hukuk sisteminde de bakım ve nafaka borcu kural olarak çocuğun ergin olmasına kadar sürer. Buna karşın ana babanın TMK m. 328/2 gereği, ergin olmasına rağmen meslek eğitimi tamamlamamış çocuklarına bakma yükümlülüğü söz konusu olur.¹⁰⁷¹ İslam hukukunda ergin olmasına rağmen evli değilse kız çocukların ve çalışıp geçimini kazanmasına engel herhangi bir durumu varsa erkek çocukların nafakasını karşılama yükümlülüğü devam eder.¹⁰⁷²

Bakım ve nafaka yükümlülüğünün miktarı belirlenirken benzer ölçütler esas alınmıştır. Buna göre nafaka miktarında çocuğun ihtiyaçları, ana ve babanın hayat koşulları, ödeme güçleri ve çocuğun gelirleri göz önünde bulundurulur (TMK m. 330/1).¹⁰⁷³

Çocuğa ait mal olduğu zaman, Türk medeni hukukunda ana babanın bu malı sarfedebilmesi hâkimin iznine ve belli şartların varlığına bağlanmış olduğu halde (TMK m. 327/2) İslam hukukunda çocuğun nafakası kendi malından karşılanır. Nitekim çocuğun muhtaç olmaması nafaka hakkına mânidir.¹⁰⁷⁴

B. Çocuğun Mallarına İlişkin Hükümler

1. Çocuk Malları

Her iki hukuk sisteminde çocuk, sağ doğmak şartıyla ana karnına düştüğü andan itibaren hak (vücûb) ehliyetine sahiptir (TMK m. 8, 28/2).¹⁰⁷⁵ Bundan dolayı çocuk ana rahmine düştüğü andan itibaren mal sahibi olabilir. Reşit olmayan hatta tam ehliyetsiz çocuk, malvarlığına

¹⁰⁷⁰ Üsrüşenî, çev. Cânan, 91-95; Özkan, 164-165; Erbay, "Nafaka", 283.

¹⁰⁷¹ Ana baba, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan çocuklarına nafaka vermekle yükümlüdür. Ana ve babanın bakım borçlarına ilişkin hükümler saklıdır (TMK m. 364).

¹⁰⁷² Erbay, "Nafaka", 283; Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 197; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2822.

¹⁰⁷³ "Mahkemece, tarafların gerçekleşen ekonomik ve sosyal durumları, nafakanın niteliği, müşterek çocuğun yaş ve ihtiyaçları, günün ekonomik koşulları nazara alınarak TMK'nın 4. maddesinde vurgulanan hakkaniyet ilkesine uygun olacak şekilde müşterek çocuk M. yönünden daha yüksek oranda nafaka takdiri gerekir..." Kararın tamamı için bkz. Özdemir-Ruhi, *Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları*, 263. Konuyla ilgili et-Talâk 65/7 âyeti, yükümlünün ödeme gücüne işaret eder.

¹⁰⁷⁴ Serahsî, ed. Akşit, 355; Merginânî, çev. Meylânî, 165-166; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2822. Konuyla ilgili örnek bir karar şöyledir: "Fevî (olan) Rahime bt. Abdurrahman nâm hâtûnun verâseti sagîre kızları Hadice ve Rahime 'ye münhasıra olduğu mütehakkık oldukdan sonra velîsi mezbûr Yusuf velâyeten ve sagîre-i mezbûre Hadice'nin halası ve kibel-i şer'den mansûbe vasîsi İsmihan bt. Abdurrahman nâm hatun vesâyeten ikrâr edip sagîretân-ı mezbûretânın nafakaya eşedd-i ihtiyâcları olup menzil-i mezkûr bey' ve semeni irbâh olunup sagîretân-ı mezbûretânın nafakalarına sarf olunmak lâzım olmağla Mustafa Beşe 'ye otuz dört guruşa velâyeten ve vesâyeten bey' ve mahallinde teslim, ol dahi kabz ve tesellüm emişdi." *İstanbul Mahkemesi 20 Numaralı Sicil (1099-1100/1688-1689)*, haz. Mehmet Akman M. Âkif Aydın, Feridun M. Emecen, İdris Bostan, Mehmet İpşirli (İstanbul: İSAM Yayınları, 2019a), 56/237.

¹⁰⁷⁵ Karaman, 1/255.

sahiptir ve bu malvarlığı değerleri babanın malvarlığına ait sayılmaz.¹⁰⁷⁶ Çocuk mal iktibasında serbesttir ve bu malları çeşitli vesilelerle kazanır.¹⁰⁷⁷

Türk medeni hukukunda çocuğun malvarlığına; mülkiyet hakları, sınırlı ayni haklar, alacak hakları, fikrî ve sınai haklar gibi mal varlıksal değeri olan tüm haklar dahildir.¹⁰⁷⁸ Çocuğun malvarlığı elde etme yöntemlerinden biri, ölüme bağlı tasarruflardır. Keza sağ doğmak şartıyla mirasçı olabildiği için kendisine intikal eden mirastan (TMK m. 582) ve lehine yapılan ölüme bağlı tasarruftan (TMK m. 581) yararlanabilir. Ayrıca çocuk, sağlar arası işlemlerle mal sahibi olabilir. Örneğin; çocuğa yapılan bağışlamalar, kazandırmalar, meslek veya sanat ile uğraşması için verilen mal çocuğun malvarlığına dahil unsurlar arasındadır. Bunun yanında çocuğun yaptığı hukuki işlemler ve meslekî uğraşları sonucu elde ettiği kişisel kazançları da kendi mülkiyetindedir. Son olarak haksız fiil alacakları, sigorta ve destekten yoksun kalma tazminatları ile evlilik birliği devam ettiği müddetçe ana babanın temin etmesi gereken bakım ve eğitim giderleri (TMK m. 327/1), çocuk adına istenecek nafaka (TMK m. 329), çocuğun talep edebileceği yardım nafakası (TMK m. 364) da çocuğun malvarlığına dahildir.¹⁰⁷⁹

İslam hukukunda çocuğun malvarlığına; kendisine mirastan hisse düşmesi, lehine vasiyet ve vakıf yapılması ile edindikleri dahildir. Bu yollarla çocuğun, ana rahminde bulunduğu bilinmesi şartıyla daha ceninken kabul gerekmezsizin mal sahibi olabileceği konusunda fukahâ görüş birliği içindedir.¹⁰⁸⁰ Ayrıca çocuk, şüf'a hakkı, kendisine yapılan hibe ve lehine yapılan ikrar vasıtasıyla da mal sahibi olabilir.¹⁰⁸¹ Velayete sahip olanların çocuğun mallarıyla yaptıkları ticari iş ve işlemler neticesinde elde edilen gelirler ve çocuğun kişisel kazancı gibi unsurlar da çocuğun mülkiyetindedir.¹⁰⁸²

Türk kanun koyucusu, çocuğun çıkarlarının korunması amacı doğrultusunda mallarının yönetimi, kullanılması, gelirlerin sarfı, çocuk mallarının kısmen sarfı ve çocuğun serbest malları konularını birtakım özel hükümlere tabi tutmuştur (TMK m. 352-359). Ayrıca kanun koyucu çocuğun malvarlığının korunmasına ilişkin bazı tedbirler alma yoluna gitmiş ve TMK m. 360 vd. düzenlemeleriyle anılan tedbirleri hükme bağlamıştır.

¹⁰⁷⁶ Berki, Romada Aile Hukuku, 114.

¹⁰⁷⁷ Bilmen, 1/228; Bardakoğlu, "Ehliyet", 536; Özdemir, Çocuk Malları, 83-84.

¹⁰⁷⁸ Baygın, 381.

¹⁰⁷⁹ Saymen-Elbir, 376; Özdemir, Çocuk Malları, 83.

¹⁰⁸⁰ Bilmen, 1/227; Şener, Velayet (I), 166-172; Zerk, çev. Armağan, 2/539; Bardakoğlu, "Ehliyet", 536; Çeker, *Çocuk*, 51; Karaman, 1/256; Yaman-Çalış, 228.

¹⁰⁸¹ Mehmet Dirik, "İslam Hukuku'nda Ceninin Mal Varlığı Hakları", *İHAD* 20 (2012), 217; Özkan, 151.

¹⁰⁸² Özkan, 155.

İslam hukukunda rüşdüne erişmeyip de malı bulunan çocukların mallarını ziyandan korumak amacı doğrultusunda ayrıntılı hükümler düzenlenmiştir. Söz konusu mallar üzerinde çocuğun yerine belli şartlar dahilinde velisi tasarruf eder. Çocuğun malî yönden korunması konusunda oldukça hassas olan İslam dininde bu mesele, genel hatlarıyla bizzat Kur’ân-ı Kerim’de ele alınmıştır.

*“Evlilik çağına gelinceye kadar yetimleri deneyin; eğer onların yeterli fikrî olgunluk düzeyine eriştiklerini tespit ederseniz hemen mallarını kendilerine verin, büyüyecekler de mallarını alacaklar diye o malları israf ile ve tez elden yiyip tüketmeyin. Zengin olan (veli) yetim malına tenezzül etmesin, yoksul olan da kararınca yesin. Mallarını kendilerine verdiğiniz zaman yanlarında şahit bulundurun; hesap sorucu olarak da Allah yeter.”*¹⁰⁸³

*“Rüşdüne erişinceye kadar yetimin malına, onun iyiliğine olmadıkça el sürmeyin.”*¹⁰⁸⁴

Bu âyetler uyarınca yetimin veya malı olan herhangi bir çocuğun malı, velisi tarafından gelişigüzel kullanılmayacağı gibi *“en iyi şekilde”* idare edileceği emredilmiştir.¹⁰⁸⁵ Bu münasebetle fakihler velinin küçüğün malında maslahat ve zarar vermemek ilkesine göre tasarruf etmesini vacip farz olduğunda ittifak etmiştir.¹⁰⁸⁶

2. Çocuğun Mallarının Yönetilmesi

Türk medeni hukukunda ana ve baba, velayet hakkını haiz oldukları sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler (TMK m. 352/1). Velayet hakkı ana babadan hangisine aitse malları yönetme hak ve yükümlülüğü de tek başına ona ait olur. Yönetim hakkının velayete bağlı bir hak ve yükümlülük olması, birtakım sonuçlar doğurur. Bu sonuçlardan biri; yönetim hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı, devri ve feragati mümkün olmayan bir hak olmasıdır. Bu nedenle velayete sahip ana ve baba yönetim hakkını kullanmaktan vazgeçmek, içlerinden birine veya çocuğun dedesi gibi bir başka kimseye devretmek istese, bu mümkün değildir.¹⁰⁸⁷ Yalnız devralanı denetlemek ve devralanın sebep olduğu zararları

¹⁰⁸³ en-Nisâ 4/6.

¹⁰⁸⁴ el-En ‘âm 6/152.

¹⁰⁸⁵ Bardakoğlu, "Vesâyet", 68.

¹⁰⁸⁶ Konuyla ilgili örnek bir karar şöyledir: *“Vefât eden Ayşe bt. Hızır’ın verâseti mezbûr Bayram kendi tarafından asâleten ve sagîrin babası olmağla velâyeten meclis-i şer’-i şerîfde ikrâr ve takrîr-i kelâm irs-i şer’le bize intikâl eden menzîl harâbe müşrif olup imâret ve meremmete iktidârımız olmayıp... ve sagîr-i mezbûrun hissesi ma’an bey’ olunmak sagîr-i mezbûr hakkında her vechile enfa’ ve evlâ olmağın... semen-i mezbûr elli gurusu mezbûre Râbia Hâtun yedinden tamâmen ahz u kabz eyledik.” Bab Mahkemesi 46 Numaralı Sicil (1096-1097/1685-1686), haz. Hüseyin Kılıç Sabri Atay, Yılmaz Karaca, Rasim Erol, Salih Kahrıman, Fuat Recep (İstanbul: İSAM Yayınları, 2011a), 19/609.*

¹⁰⁸⁷ Akıntürk-Ateş Karaman, 421; Özdemir, Çocuk Malları, 85. Ana babanın, çocuğun mallarının yönetimi görevini içlerinden birine bırakılabileceği yönündeki görüş için bkz. Öztan, Aile Hukuku, 1159.

üstlenmek kaydıyla, ana baba fiili yönetim hakkını üçüncü şahıslara devredebilir.¹⁰⁸⁸ Bir diğer sonuç; velayet altına konulan kısıtlı ergin çocukların mallarını da velayete sahip olan ana babası yönetmeye devam eder. Son olarak belirtmek gerekir ki yönetim yükümlülüğünü şahsen yerine getiren ana baba, bunun karşılığında ücret talep edemez.¹⁰⁸⁹

İslam hukukunda mal üzerinde veli, başkasının malında, asıl mal sahibinin geçerli kabul etmesine gerek olmaksızın tasarrufta bulunma yetki ve otoritesinin sahibi olan kimsedir. Fukahâ ister çocuk ister başkası olsun, hacir altında olanın velisinin mali konularda, var ise babanın olduğu konusunda görüş birliği içindedir.¹⁰⁹⁰ Çocuğun malı üzerindeki veli, onun mallarını yönetme hak ve görevine de sahiptir.¹⁰⁹¹ Baba, (çocuğu müslümansa) din değiştirmedigi veya malları uygun bir şekilde koruyup yönettiği sürece bu yetkisini kullanmaya devam eder. Hanefilere göre baba öldüyse yönetim hakkı, babanın ölümünden önce çocuklarının işlerinde tasarruf etmesi için seçtiği vasiye geçer. Baba vasi belirlemeden ölürse bu hak babanın babasına geçer. Onun tayin ettiği bir vasi de yoksa tayin hakkı hâkime geçer. Çocuğun malı üzerinde ana, kardeş, amca ve diğer akrabaların vasi tayin edilmedikleri müddetçe tasarruf yetkileri yoktur.¹⁰⁹² Şafiîlere göre dede, baba gibidir ve babadan sonra malın yönetiminden bizzat sorumlu olur. Hanbelîler de benzer görüşe sahiptir.¹⁰⁹³ Baba ve dedenin seçtiği kişiye vasî-i muhtâr, hâkimin tayin ettiği kişiye vasî-i mansûb denir.¹⁰⁹⁴ Baba ve dedenin velayetleri onların şahsına bağlıdır. Dolayısıyla kendilerini bu sorumluluktan azletme hakları yoktur. Nitekim çocuk üzerinde velâyetin gerekmesi, ihtiyarî değil cibrîdir.¹⁰⁹⁵

Türk medeni hukukunda yönetim hakkı, serbest mallar hariç (TMK m. 357-359) çocuğun bütün mallarını kapsar.¹⁰⁹⁶ Çocuğun bu mallara, doğumu anında veya sonradan sahip olması arasında fark yoktur.¹⁰⁹⁷ Ana baba, kanun gereği çocuğun mallarının fer'i zilyedidir (zilyet aracıdır).¹⁰⁹⁸

¹⁰⁸⁸ Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 251; Oğuzman-Dural, 284; Saymen-Elbir, 378.

¹⁰⁸⁹ Baygın, 386-387; Özdemir, *Çocuk Malları*, 95.

¹⁰⁹⁰ Zuhayli, çev. Efe, 6/515.

¹⁰⁹¹ Zeydân, çev. Şafak, 491; Kelebek, 126; Şener, *Velayet (II)*, 164; Zuhayli, çev. Efe, 10/72; Zeydân, çev. Şafak, 490; Çiğdem, 141.

¹⁰⁹² Abdulhamîd, 421; Şirbînî, çev. Duman, 8/328; Apaydın, "Velayet", 17; Döndüren, *Aile İlmihali*, 282.

¹⁰⁹³ Bilmen, 5/189; Şirbînî, çev. Duman, 8/328; Çiğdem, 141; Bardakoğlu, "Vesâyet", 67; Döndüren, *Aile İlmihali*, 282.

¹⁰⁹⁴ *Türk Hukuk Lûgatı*, 354.

¹⁰⁹⁵ Apaydın, "Velayet", 17.

¹⁰⁹⁶ Saymen-Elbir, 377; İnan, 134; Akyüz, *Çocuğun Malları*, 156; Oğuzman-Dural, 282; Özdemir, *Çocuk Malları*, 86.

¹⁰⁹⁷ Özdemir, *Çocuk Malları*, 86; Dural vd., 368.

¹⁰⁹⁸ Saymen-Elbir, 377; Velidedeoğlu, 376; Gençcan, 379; Antalya, *Eşya Hukuku*, 226-227; Çelikel, 51.

Türk hukukunda yönetim kavramının açıklamasının yapılması öğretiyeye bırakılmıştır. Yönetim kavramını, dar ve teknik anlamda yönetimden ibaret anlamamak gerekir.¹⁰⁹⁹ Yönetim hakkı kapsamında ana baba; çocuk mallarının korunması, onarımı, bakımı, iyileştirilmesi ve işletilmesi gibi gerekli tüm olağan yönetim işlerini yapma yetkisine sahiptir.¹¹⁰⁰ Ancak velayete sahip ana baba, TMK m. 342 ve 448 hükümleri gereği çocuk mallarının kanuni temsilcisi olup bu sıfatla çocuğun malvarlığının pasifini çoğaltan tasarruf işlemlerini de yapabilirler. Teknik anlamda tasarruf; bir eşya üzerinde esaslı değişiklikler yapma, sınırlı ayni hak kurma (örneğin rehin verme) veya o eşyayı devretme gibi işlemleri ifade eder. O halde ana baba; çocuğa ait olan evi kiraya verip kira bedelini faize yatırabilir, ticari işletmeyi işletebilir, arabanın hasarına ikame olan sigorta bedelini yönetebilir. Aynı zamanda ana baba çocuğun taşınır taşınmaz mallarını satabilir, rehin verebilir, çocuğa düşen mirası reddedebilir veya çocuk adına yapılan bağışı engelleyebilir. Yeter ki yapılan işlem, çocuk mallarının başka bir şey ile birleştirilmesi, karıştırılması, işlenmesi, tüketilmesi veya imha edilmesi gibi fiili tasarruf niteliğinde olmasın.¹¹⁰¹

İslam hukukunda yönetim hakkına sahip olan veli ya da vasi, çocuğun mallarıyla ilgili hususlarda ve onların lehine olacak şekilde sözleşme yapma, tasarrufta bulunma, koruma ve harcama gibi yetki ve ödevlere sahiptir.¹¹⁰² Bu durumda çocuğun malını korumak ve işletmek gibi sebeplerle kural olarak alım satım, kira, rehin, yatırım, vakıf, hibe vb. tüm malî iş ve işlemlerini yapabilir.¹¹⁰³

İslam hukukunda yönetim hakkı kapsamına hangi işlerin dahil olduğunun tek bir açıklaması yoktur. Fukahâ, velinin ya da vasinin hangi tür tasarrufları ne şartlarda yapabileceği hususunu neredeyse her bir işlem türü için ayrı ayrı ele almış ve oldukça ayrıntılı biçimde belirlemiştir.¹¹⁰⁴ Nitekim velayetin kuvvetliliği zayıfladıkça velinin ya da vasinin çocuk mallarındaki tasarruf yetkisi de zayıflar. Örneğin, Hanefilere göre baba, çocuğun menkul

¹⁰⁹⁹ Velidedeoğlu, 376; Akyüz, Çocuğun Malları, 156; Akıntürk-Ateş Karaman, 421.

¹¹⁰⁰ Dural vd., 368; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 250; Baygın, 384.

¹¹⁰¹ Baygın, 384-385; Oğuzman-Dural, 283.

¹¹⁰² Abdulhamîd, 417; Zerka, çev. Armağan, 2/578; Zeydân, çev. Şafak, 489. Mahkemenin örnek bir kararı “*Sagîre-i mezbûre Ayşe’nin ber vech-i mezkûr verâsetine ba ‘de ‘l-hükmi ‘ş-şer ‘î li üm kız karındaşı müteveffât-ı mezbûre Havva’dan isâbet eden südüs hisse-i irsiyesini velâyet hasebiyle babası müdde ‘î-i mezbûr Hasan Beşe’ye def’ ve teslîme vasiyy-i mezbûr el-Hâc Mahmud’a tenbîh olunup, mâ vaka ‘a bi ‘t-taleb ketb olundu.*” şeklindedir. *Bab Mahkemesi 54 Numaralı Sicil (1102/1691)*, 20/336.

¹¹⁰³ Abdulhamîd, 417; Zuhayli, çev. Efe, 5/109; Kelebek, 118. Konuyla ilgili örnek bir karar şöyledir: “*Merhûm-ı mezbûr hâl-i hayâtı ve kemâl-i akl ve sıhhatinde mavi gözlü, sarışın, açık kaşlı, kısa boylu, Rûsiyyetü ‘l-asl Ceyhun bt. Abdullah nâm câriye-i memlûkesini târih-i kitâbdan iki sene mukaddem sulbiye sagîre kızı Kâtibe’ye hibe etmiştir. Meclis-i hibede de velâyet hakkına istinâden onun adına hibeyi kabûl edip teslim almıştır.*” *Galata Mahkemesi 32 Numaralı Sicil (1015-1016/1606-1607)*, haz. Mehmet Akman (İstanbul: İSAM Yayınları, 2012), 36/148.

¹¹⁰⁴ Bardakoğlu, “Vesâyet”, 68.

mallarını misli fiyata veya insanların yanılmayı normal kabul ettikleri bir farkla (gabn-i yesîr) kendisine alabilir veya kendi malını çocuğa satabilirken; babanın belirlediği vasi, çocuk adına açık ve belli bir menfaat yoksa böyle bir tasarrufta bulunamaz. Aynı tasarruf, vasiyi hâkim tayin etmişse mutlak olarak geçersizdir.¹¹⁰⁵

Hem şahıs hem mal üzerinde velayet, diğerlerinden daha kuvvetlidir.¹¹⁰⁶ Çocuğun hem şahsı hem de malı üzerinde tam yetki sağlayan bu tür genel velayet babaya, babadan sonra ise (ne kadar ileri giderse gitsin) babanın babasına aittir.¹¹⁰⁷ Çocuğun babası veya dedesinin ölümü halinde üzerindeki malî velayet, genel velayetten ayrılarak vasiye intikal eder. Çocuğun şahsî haklarına ilişkin velayeti ise binefsihî asabe denilen yakınlarına intikal eder.

Şahıs üzerinde zayıf, mal üzerinde kuvvetli velayet, vasilerin velayetidir.¹¹⁰⁸ Genel hatlarıyla vasinin yetkileri çocuğun malını kiraya verme, geçim masraflarını karşılama, ücreti karşılığında sanat öğrenmesini sağlamak, vâsinin kural olarak, çocuğun mallarıyla satış veya kira sözleşmesi yapma yetkisinin olmadığını belirtmiştir. Hâkimin belirlediği vâsî, kesin biçimde çocuğun faydasına dahi olsa çocuğun malını ne kendisi satın alabilir ne de usûl ve fûruuyla çocuk arasında böyle bir satış işlemi yapabilir.¹¹⁰⁹

Her hâlükârda veli ya da vasi yönetim hakkına dayanarak çocuğun lehine olduğu açık olan tasarrufları yapabilir ancak aleyhine olduğu kesin olan hiçbir tasarrufta bulunamaz.¹¹¹⁰ Veli “*emin (güvenilir) ve tedbirli*” ise çocuğun lehine olup olmayacağı şüpheli olan tasarrufları yapabilir.¹¹¹¹ Yine, çocuğun malı ile kendi hesabına ticaret yapamaz.¹¹¹²

Kişinin kendisiyle sözleşme yapması, yani iki tarafın da temsilcisi veya kendisi akdin bir tarafı ve diğer tarafın temsilcisi olarak tek başına sözleşme yapmasına kural olarak izin verilmemekle birlikte bu kuralın bazı istisnaları vardır. Çoğunluğun görüşüne göre çocuğun

¹¹⁰⁵ Abdulhamîd, 417,422; Üsrûşenî, çev. Cânan, 203-206; Bilmen, 5/190; Akgündüz, 247; Zuhayli, çev. Efe, 10/232-233; Özkan, 168.

¹¹⁰⁶ Velinin görevini yürüttüğü farklı tasarruf alanları vardır. Bunlar hem nikah hem malla ilgili konular, yalnız nikahla ilgili konular ve yalnız malla ilgili konular olmak üzere üç kısımdır. Hem nikah hem maldaki tasarrufu yürütmeye sadece baba ve babanın babası olan dede yetkilidir. Yalnız nikahtaki tasarrufu yürütmeye baba ve dede dışında, zevi'l-erhâm denilen uzaktan kan hısımları da yetkilidir. Yalnız maldaki tasarrufu yürütecek kişi ise vasidir. Ali Haydar Efendi, çev. Raşit Gündoğdu, 1/127; Şener, Velayet (I), 207.

¹¹⁰⁷ Zerka, çev. Armağan, 2/581; Ansay, 238. Bu kişilerin çocuğa karşı çok şefkatli olmalarının yanında onun mallarına zarar verme ihtimallerinin de düşük olduğu düşünülmüştür. Zuhayli, çev. Efe, 5/110.

¹¹⁰⁸ Bardakoğlu, "Vesâyet", 68.

¹¹⁰⁹ Abdulhamîd, 422; Üsrûşenî, çev. Cânan, 206.

¹¹¹⁰ Bardakoğlu, "Vesâyet", 68.

¹¹¹¹ Ferruh, çev. Kavakçı, 147.

¹¹¹² Fakihler “*emin ve tedbirli*” olma bakımından babaları emin ve tedbirli olan, emin ve tedbirli olmayan ve emin olmakla beraber tedbirli olmayan baba farklı gruplara ayırmıştır. Emin ve tedbirli olmayıp malını gelişigüzel harcayan babanın velayet hak ve yetkisi yoktur. Çocuğun mallarına hâkimin tayin ettiği kişi velayet eder. Abdulhamîd, 417.

mallarında onun hesabına aşırı aldanma (gabn-i fâhiş) olmadığı müddetçe taşınır taşınmaz malları alıp satabilir¹¹¹³, kiraya verebilir, ticaret malı veya kira getirisi olan mallar olmadıkça emanet ve ödünç olarak verebilir, rehin verebilir, mudârabe ortaklığı yoluyla işletebilir ve çocuğun ticaret yapmasına izin verebilir. Baba, çocuğun malından hibe vermek veya bağış yapmak gibi çocuğun zararına olduğu açık olan işlemleri yapamaz ancak çocuğa yapılan bu tarz hibe ve bağışları kabul edebilir.

Her iki hukuk sisteminde de ana babanın çocuk malları üzerinde onları temsilen yapacağı hukuki işlemler, çocuğun menfaatini gözetme amacına uygun ve çocuk mallarına ilişkin olmalıdır.¹¹¹⁴ Aksi halde Kanun, yükümlülüklerini yerine getirmeyen ana baba için hâkimin müdahalesini vazetmiştir (TMK m. 352/2).¹¹¹⁵

Velayet hakkına sahip ana baba, vasilerden farklı olarak yönetim işlerini icra ederken hâkimden izin almak zorunda değildir (TMK m. 342/3). Aynı zamanda ana baba, çocuğun mallarını kullanırken kural olarak hesap ve güvence vermez (TMK m. 352/1). Çocuğuna karşı sevgi ve şefkat duygusu taşıması nedeniyle veliye, çocuğun mallarında serbestçe tasarruf etme yetkisi verilmiştir. Bu noktada veli ile vasi arasındaki fark belirginleşir. Veli, bazı istisnalar dışında TMK m. 462-463 hükümlerinde sıralanan işlemleri, herhangi bir merciden izin veya onay almadan yapabilir. Örneğin, çocuğun taşınmaz mallarını satmak için hâkimden izin almak zorunda değildir. Fakat satış yoluyla elde edeceği bedeli, çocuğun ihtiyaçları için harcıyıp tüketebilme hususunda hâkimden izin almak durumundadır. Vasi ise vesayet altındaki küçüğün

¹¹¹³ Bardakoğlu, "Vesâyet", 68. Velinin velayet hakkına istinaden gerçekleştirebileceği tasarruflara örnek olarak: "Ömer Efendi sulbî sagîr oğulları Mustafa Çelebi için velâyetin iştirâ eyledikleri çiftlik-i mezbûra intimâ ile iki küt'a bağı, yine sagîr-i mezbûr için velâyetin tefvîz eyledikleri dokuz küt'a tarlaların dahi hakk-ı tasarruflarını, bedel-i tefvîz olan iki yüz küt'a gurus ile emlâk-i mezbûrenin semeni olan bin küt'a gurus ki cem'an bin iki yüz küt'a gurus eder müvekkil-i mûmâ-ileyh Ömer Efendi mezbûrân Kostantin ve vâlidesi Pilaşe yedlerinden velâyetin bi't-tamâm ve'l-kemâl ahz ve kabz eyledi." şeklindeki karar gösterilebilir. Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refîa) 37 Numaralı Sicil (1047/1637-1638), 25/57.

¹¹¹⁴ İnan, 135; Serozan, 191; Özdemir, Çocuk Malları, 87.

¹¹¹⁵ Yargıtay'ın, koşulları bulunduğu takdirde ana babanın yönetim hakkına müdahale edilebileceğine dair bir kararı: "Türk Medeni Kanunu'nun 352/2. ve Tüzüğü'nün 4/2. maddesi koşulları bulunmadıkça; başka bir ifade ile ana ve babanın çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermemeleri durumu mevcut olmadıkça; hâkim, çocuk mallarının korunması konusunda ana ve babanın yönetme hakkına müdahale edemez ve bu sonucu doğuracak bir karar veremez." şeklindedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2022/1780 (28 Şubat 2022). Yargıtay'ın, ana babanın yönetim hakkına müdahale edilmesine dair başka bir kararı: "Dosya kapsamına göre velayete sahip olan babanın çocuğun mallarını satarak kendi adına yapacağı işte sermaye olarak kullanmak amacıyla olduğu anlaşılmaktadır. Belirlenen bu hal Medeni Kanun'un 274. maddesi uyarınca velayetin nez'i için yeterli değil ise de; yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde tedbir ittihazını icap ettirmektedir." şeklindedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 1996/4226 (18 Nisan 1996).

taşınmaz mallarını satmak için vesayet makamından izin almak zorundadır (TMK m. 462/b.1).¹¹¹⁶

Kanun, çocuk mallarını idare tarzında ana babanın birlikte yönetmesi ihtimalini, ikisinden birinin tek başına yönetmesi ihtimalinden ayırmıştır.

Velayete sahip ana baba kural olarak yönetim hak ve yükümlülüklerini müştereken yerine getirirler (TMK m. 336/1, 352/1). Çocuk mallarının yönetimi ve korunmasıyla ilgili karar alma süreçlerinde eşlerden birinin önceliği veya üstünlüğü söz konusu değildir. Bu nedenle eşlerin yönetim hususunda anlaşamamaları ve hâkim karşısında dahi uzlaşamamaları halinde anlaşmazlığın çözülmesi; hâkimin takdirine bağlıdır. Hâkim, ana ve babadan hangisinin daha akılcı karar vermeye ehil görüldüğüne bakar ve o tarafa son sözü söyleme yetkisi tanır (TMK m. 195).¹¹¹⁷

Yönetim yetkisini birlikte kullanan ana babanın birlikte hareket etmesi, her işlemi fiilen birlikte yapmalarını değil, irade birliğine sahip olmalarını ifade eder.¹¹¹⁸ Keza TMK m. 342/2, eşlerden birinin çocuk adına yaptığı hukuki işlemde diğerinin rızasının olduğunu varsaymıştır. Bu varsayım neticesinde, iyi niyetli üçüncü kişinin, eşlerden birinin çocuk malları üzerinde yaptığı hukuki işleme diğer eşin rızasının olduğuna dair inancı korunmuştur. Aslolan iyiniyetin varlığı olup (TMK m. 3/1), üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığı somut olayın özelliğine göre değerlendirilir.

Ana veya babadan birinin yönetmesi; evliliğin ölüm, boşanma, butlan veya gaipliğe istinaden verilen fesih kararıyla sona ermesinden sonra söz konusudur. Bu takdirde velayet hakkına tek başına sahip olan ana veya baba, yönetim hakkını bağımsız olarak sürdürür.¹¹¹⁹ Ancak Kanun, yönetimi münferiden üstlenen tarafa, iki yükümlülük öngörmüştür. Bunlar; hâkime, çocuğun malî durumunu gösteren bir defter verme ve çocuğun servetinde veya yapılan yatırımlarda meydana gelen önemli değişiklikleri ihbar etme mecburiyetidir (TMK m. 353). Bu şekilde çocuğun mallarının tehlikede olup olmadığının mahkemece takip edilmesine ve denetlenmesine imkân tanınmıştır.

¹¹¹⁶ Baygın, 389; Özdemir, Çocuk Malları, 97. “*Velayet ana babadan birinin ölümü halinde sağ kalan tarafa aittir. 1.1.1998 doğumlu ...'in velisi ve yasal tek temsilcisi annesi ...'tur. Türk Medeni Kanunu'nun 342, 462/1-2 maddeleri gereğince 327 ve 356. madde hükümleri koşullarının oluşması dışında hâkimden izin almaksızın taşınır olsun taşınmaz olsun çocuk mallarını satabilecek, Türk Medeni Kanunu'nun 360 ve 361. maddelerdeki olumsuz koşullar gerçekleşmedikçe onun mallarını yönetecek ve bununla yükümlü olacaktır.*” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2010/8678 (3 Mayıs 2010).

¹¹¹⁷ Baygın, 393.

¹¹¹⁸ Baygın, 394.

¹¹¹⁹ Akyüz, Çocuğun Malları, 163; Baygın, 397; Özdemir, Çocuk Malları, 87.

Velayetin sona ermesi, velayete bağı bir hak olan yönetim hakkının sona ermesi neticesini doğurur.¹¹²⁰ Dolayısıyla yönetim hakkı, evliliğin ölümle veya gaiplik kararıyla sona ermesi ve çocuğun reşit olması ile kendiliğinden; boşanma nedeniyle velayetin bir tarafa bırakılması, velayetin kaldırılması ve evlat edinme sebepleriyle kanundan dolayı sona erer. Ayrıca yönetimin ana ve babadan alınması ile de yönetim hakkı sona erer (TMK m. 361/1,3).

Yönetim hakkı sona erip de malların ergin çocuğa, çocuk vesayet altındaysa vasiye veya yönetim kayyımına verilmişse atanan kayyımına devredilmesiyle ana babanın sorumluluğu söz konusu olur.¹¹²¹

3. Çocuğun Mallarının Kullanılması ve Sarfı

Türk medeni hukukunda çocuk mallarını kullanma hakkı, velayetin ana babaya sağladığı haklardan biridir. Ana babadan kusurları dolayısıyla velayet hakkı kaldırılmadıkça ana baba çocuğun mallarını kullanabilir (TMK m. 354). Ancak Kanun, ana babaya çocuk malları üzerinde sadece kullanma yetkisi vermiş, mallardan yararlanma hakkı ise vermemiştir. Bu kullanma hakkı temelde; ana babanın çocuğun mallarını yönettikleri, onun bakım ve eğitimi üstlendikleri için bir karşılık vermek ve aile birliği içinde yardımlaşmak fikrî altyapısına dayanır.¹¹²²

Türk medeni hukukunda ana baba, çocuk mallarının gelirlerini öncelikle çocuğun gelişimi, bakımı ve terbiyesi için, sonra ailevi ihtiyaçlar için hakkaniyete uygun ölçüde harcayabilir (TMK m. 355/1).¹¹²³ Hakkaniyet ölçüsü aşıldığı takdirde hâkim müdahalesi gündeme gelebilir.¹¹²⁴ Malın sarfindan sonra gelirin fazlası ise çocuk mallarına katılır (TMK m. 355/2).

Kanun koyucu, çocuk mallarının gelirinin sarfının yanı sıra malvarlığının sermaye kısmının sarf edilmesiyle ilgili TMK m. 356'da "*olağan ihtiyaçlar için*" ve "*zorunluluk halinde*" olmak üzere iki fıkra düzenlemiştir. Olağan ihtiyaçlar; çocuğun eğitim, öğretim, normal tedavi gideri gibi günlük hayata dair her çocuğun ihtiyaç duyabileceği ihtiyaçlardır. Bu ihtiyaçlar için ana baba, çocuğun sermaye cinsinden ödeme, tazminat gibi para cinsinden olan mallarını sarf edebilir.¹¹²⁵ Zorunlu ihtiyaçlar; çocuğun bakımı, yetiştirilmesi, eğitimi, sağlığı gibi konularda ortaya çıkabilecek olağanüstü ihtiyaçlardır. Bu ihtiyaçlar için hâkimin izniyle

¹¹²⁰ Akıntürk-Ateş Karaman, 421; Gençcan, 386; Baygın, 397.

¹¹²¹ Serozan, 295; Baygın, 411; Özdemir, Çocuk Malları, 92.

¹¹²² Oğuzman-Dural, 284; Velidedeoğlu, 328; İnan, 136; Baygın, 416.

¹¹²³ Akıntürk-Ateş Karaman, 428. Özdemir-Ruhi, *Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları*, 1254.

¹¹²⁴ Akıntürk-Ateş Karaman, 428; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 255.

¹¹²⁵ Baygın, 427; Akıntürk-Ateş Karaman, 429; Gençcan, 389.

ana ve baba, çocuğun diğer mallarını (çocuğun mallarının gelirleri ile toplu paralar dışındaki tüm taşınır taşınmaz mallar ve haklar) da sarfetme yetkisine sahip olur.¹¹²⁶ Ana babanın, çocuğun taşınır taşınmaz mallarını satmak konusunda hâkimden izin almasına gerek olmasa da bu satışın bedelini çocuğun ihtiyaçları için harcayabilme konusunda hâkimden izin alması gerekir.¹¹²⁷

İslam hukukunda ise fukahâyâ göre baba, çocuğun mallarından sadece kendi ihtiyaçlarını karşılayacak kadar malının olmadığı durumda ihtiyacı ölçüsünde kullanabilir. Bazı kaynaklar, çocuğun malından yararlanma hususunda babanın mukim veya yolcu olmasına göre bir ayrıma da gitmiştir. Buna göre, eğer baba mukim ve ihtiyaç sahibi ise geri ödeme olmaksızın çocuğun malından alabilir. Ancak baba yolda kaldığından ötürü ihtiyaç sahibiyse çocuğun malını, ondan harcadığı kadarını geri ödemek koşuluyla kullanabilir. Hz. Peygamber (s.a.v.), babanın ihtiyaç sahibi olduğunda çocuğun malından maruf olmak kaydıyla faydalanabileceğini belirtmiştir. Buradaki “*maruf*” ifadesini fukahâ, fakirse geri ödemeksizin; zenginse aldığı miktarın kıymetini geri ödemek koşuluyla faydalanması şeklinde anlamıştır.¹¹²⁸ Babanın belirlediği vasi ise muhtaç dahi olsa görevi karşılığında bir ücret talep edemez ve çocuğun mallarından kendi ihtiyacı için sarf edemez.¹¹²⁹ Ancak; yetimin işlerini görmek için yaptığı yolculuktaki masraflarını, muhtaç olmak kaydıyla, yetimin malından karşılayabilir.¹¹³⁰ Baba bir vasi belirlemediği taktirde velayetin geçtiği dede, tıpkı baba gibi, eğer ihtiyaç sahibi bir kimse ise çocuğun mallarından ihtiyacı ölçüsünde kullanabilir.¹¹³¹

Hâkimin belirlediği vasinin, vesayet yetkisi veren kişi veya hâkim tarafından görevi karşılığında kendisine bir ücret takdir edilmesi halinde çocuğun malından bu ücreti alabileceği ifade edilmiştir.¹¹³² Vasi, fakir bir kimse bile olsa yetimin malından ancak israfa kaçmadan yararlanabilir.¹¹³³

Türk medeni hukukunda ana baba, çocuğun serbest malları da denilen bazı çocuk mallarının üzerinde kısmen veya tamamen yönetme ve kullanma hakkına sahip değildir. Bu malların yönetimi veya kullanımı çocuğa aittir. Bu mallar; karşılıksız kazandırmalar, miras bırakandan ölüme bağlı tasarruf yoluyla elde edeceği saklı pay ve çocuğun bir sanat veya

¹¹²⁶ Baygın, 428; Gençcan, 390-391.

¹¹²⁷ Özdemir-Ruhi, *Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları*, 1255; Baygın, 431-432; Kılıçoğlu, 522-523.

¹¹²⁸ Ebû Dâvûd, “Vesâyâ”, 8; Berki, 67; Özkan, 166-167; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2826.

¹¹²⁹ Bilmen, 7/205.

¹¹³⁰ Özkan, 171-172.

¹¹³¹ Özkan, 173.

¹¹³² Bilmen, 7/205; Bardakoğlu, “Vesâyet”, 69.

¹¹³³ Ebû Dâvûd, “Veşâyâ”, 8.

meslek ile uğraşması amacıyla çocuğun malından ayrılan kısımdır.¹¹³⁴ Karşılıksız kazandırma ve miras yoluyla elde edilen saklı payın yönetme hakkı ana babaya aitken kullanma hakkı çocuğa aittir. Ancak kazandırmada bulunan veya miras bırakan kişi çocuğun bu mallarını ana babanın yönetimi dışında da bırakabilir. Çocuğun sanat veya meslek ile uğraşması için ayrılan malların tasarruf hakkı ise tamamen çocuğundur.

İslam hukukunda ise fukahâ, özellikle çocuğun kazanma yaşına geldikten sonra çalışarak kazandığı malların sadece çocuğun ihtiyaçları için kullanılabileceğini ve çocuğa yapılan yiyecek türü hibelerde, hibe çocuksu bir hediyeysen ana babanın bundan yemesinin doğru olmadığını belirtmişlerdir.¹¹³⁵

C. Çocuğun Yükümlülükleri

1. Çocuğun Söz Dinleme Yükümlülüğü

Türk medeni hukukunda çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür (TMK m. 339/2). Burada velayetten doğan çocuğa ait bir yükümlülük söz konusudur. Ana babanın düşüncesi ile çocuğun düşüncesi farklı olduğunda Kanun, son söz hakkını ana babaya tanımıştır.¹¹³⁶ Velayet hakkı ana ve babadan sadece birindeyse çocuk, onun sözünü dinlemekle yükümlüdür.¹¹³⁷

Ulusal ve uluslararası mevzuatta genel olarak çocuğun medeni yükümlülükleri üzerinde fazla durulmamıştır. Uluslararası mevzuat devlete, çocuğun yeteneklerinin geliştirilmesine uyumlu olmak kaydıyla ailenin çocuk üzerindeki haklarına saygı gösterme görevi yüklemiştir (ÇHS m. 5). Dolayısıyla çocuk, ana babasının veya ondan hukuken sorumlu olan kişilerin yol gösterme ve yönlendirme haklarına katlanmakla yükümlüdür denilebilir.¹¹³⁸

Türk Medeni Kanunu'nda ana babaya itaat görevi açık bir şekilde yer almakla birlikte onlara saygı gösterme ödevine dair açık bir hüküm yoktur. Ancak öğretilde velayetin genel anlamı ve itaat ödevinden hareketle saygı ödevinin de söz konusu olduğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte bu ikisinin birbirinden kapsam ve nitelik itibarıyla farklı olduğunu belirtmek gerekir.¹¹³⁹ Nitekim saygı, hukuki olmaktan çok ahlaki bir kavramdır ve velayete bağlı değildir.

¹¹³⁴ Gençcan 395-396; Antalya, *Miras Hukuku*, 148; Özdemir, *Çocuk Malları*, 89; Akıntürk-Ateş Karaman, 430; Dural vd., 369.

¹¹³⁵ Özkan, 155, 167.

¹¹³⁶ Kılıçoğlu, 499.

¹¹³⁷ Oğuzman-Dural, 280. Başka bir görüşe göre çocuğun ana babasına riayet etme yükümlülüğü velayete has olmayıp analık ve babalık sıfatından doğar. Saymen-Elbir, 370.

¹¹³⁸ Erdoğan, 515.

¹¹³⁹ Oğuzman-Dural, 281. dn. 734.

Dolayısıyla çocuk gerek reşit olmadan önce gerekse sonrasında velayet hakkına sahip olmasalar bile öz ve üvey ana babasına, diğer yakın hısımlarına karşı saygı göstermelidir. Çocuğun ana babasına saygı ödevi TMK m. 322'ye dayandırılabilir. Söz konusu hükme göre çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde ana babasına yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdür. Yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde tarafların bunu dava ve icra yoluyla sağlamaları mümkün olmasa da bu husus mirasçılıktan çıkarılma sebebi olabilir (TMK m. 510/b. 2).¹¹⁴⁰

İslam ahlakına dair literatürde çocuğun ana babasına karşı görevlerine yer verilir. Kur'ân ve hadislerde çocuğun ebeveynine karşı oldukça dikkatli ve hassas davranması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Çeşitli âyetlerde ve hadislerde insan, ana babasına karşı saygılı olmakla görevlendirilmiştir.¹¹⁴¹ Öyle ki ana babaya saygı ilkesi, Allah'a kulluktan hemen sonra ifade edilmiştir.¹¹⁴² Öte yandan İslam'da ana babaya karşı hürmetsizlik ve kötü davranışlar yasaklanmıştır.¹¹⁴³ Hz. Peygamber (s.a.v.) bir hadisinde büyük günahların en büyüğünü Allah'a ortak koşmak ve ana babaya asi olmak olarak bildirmiştir.¹¹⁴⁴ Söz konusu hükümler yaş sınırı belirtilmeksizin herkese hitap eder. Bununla birlikte İslam'a göre akıllı ve baliğ olmayan bir çocuğa yükümlülük yüklenmesi söz konusu değildir. Çocuğun ailesiyle ilişkileri çocuğun terbiyesi bağlamında ele alınıp hukuki bir yaptırımdan yoksundur.¹¹⁴⁵

Kur'ân-ı Kerîm'de konuyla ilgili çarpıcı ve kapsamlı âyetler yer almaktadır.¹¹⁴⁶ Söz konusu âyetlerdeki emir, umumi olarak herkese hitap eder. Bu doğrultuda çocuğun ana babasına saygı görevi; onlara karşı iyi davranma, tatlı sözler söyleme, ihtimam gösterme, merhamet etmeyi kapsadığı gibi onları incitecek davranış ve sözlerden uzak durmayı gerektirir.¹¹⁴⁷ Ayrıca evladın, kendisini güçten kuvvetten düşercesine karnında taşıyıp emziren anasına ve varlığına zahiri olarak sebep olan babasına her daim minnet duyması istenmiştir. Zira Kur'ân'da Allah'a şükretmek ve ana babaya teşekkür etmek birbirine bağlanmıştır;

¹¹⁴⁰ Akıntürk-Ateş Karaman, 329; Erdoğan, 516.

¹¹⁴¹ “İnsana, anne ve babasına iyi davranmasını emrettik. Annesi onu zahmete katlanarak taşıdı ve zorluk çekerek doğurdu.” el-Ahkâf 46/15; en-Nisâ 4/36; el-En‘âm 6/151; el-Ankebût 29/8.

¹¹⁴² el-Bakara 2/83; el-İsrâ 17/23.

¹¹⁴³ Saffet Köse, “İslam Açısından Ebeveynin Çocukları Üzerindeki Hakları veya Çocukların Ebeveynine Karşı Vazifeleri”, *İHAD* 6/12 (2008), 345.

¹¹⁴⁴ Buhârî, “Edeb”, 6.

¹¹⁴⁵ Erdoğan, 513.

¹¹⁴⁶ el-İsrâ, 17/23-24.

¹¹⁴⁷ Âyette geçen “*kol kanat ger*” ifadesinde, çocukluk döneminde anasının korumasına ve yardımına muhtaç olan çocuğun “*hidâne*” edilmesine, yani kuşun yavrusunu kanatları altına alması gibi anasının çocuklarını hidâne etmesine bir hatırlatma vardır. Çocuk da bakım ve yardıma muhtaç hale gelen ebeveynine aynı şekilde bağlanmalıdır. Köse, Ebeveynin Çocukları Üzerindeki Hakları, 352.

ikincisinin yerine getirilmemesi, birincinin kabul edilmeyeceğine yorulmuştur.¹¹⁴⁸ Peygamberlerin örnek davranışları içinde ana babalarına çok iyi davranmaları¹¹⁴⁹ ve onlar için dua etmeleri¹¹⁵⁰ zikredilmiştir. Ana babaya iyilik görevi, onların müslüman olmaları veya faziletli kimselerden olmaları gibi herhangi bir şarta bağlanmadığı gibi gayr-i müslim veya kaba davranışlı kimseler olmaları halinde bile geçerlidir.¹¹⁵¹

Türk medeni hukukunda çocuğun söz dinleme yükümlülüğü sınırsız olmayıp öncelikle velayetin amacı ile kayıtlanmıştır. Gerçekten, ana babaya tanınan itaat isteme yetkisi, onlara yüklenen çocuğun eğitimi ve yetiştirilmesi görevlerinin yine çocuğun yararına uygun biçimde yerine getirilmesini kolaylaştırmak içindir.¹¹⁵² Bu nedenle ana baba, ancak çocuğun yararına olan söz ve kararlarına itaat bekleyebilir. Yine ana babanın hukuka, ahlaka aykırı veya çocuğun kişilik haklarına aykırı istekleri bağlayıcı olmayıp çocuğun bunları reddetme hakkı vardır.¹¹⁵³ Bu gibi istekler devam ederse menfaati ve gelişmesi tehlikeye düşen çocuk, hâkime başvurarak tedbir almasını (TMK m. 346) isteyebilir. Diğer taraftan haklı bir sebep olmadığı halde ana babasına riayet etmeyen çocuk bakımından ana babanın, çocuğun korunması için uygun önlemlerin alınmasını (TMK m. 346) veya söz dinlememenin sürekli ve adeta şirretlik derecesinde olması halinde çocuğun bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesini (TMK m. 347/2) talep edebileceği öngörülmüştür.¹¹⁵⁴

İslam ahlakına dair literatürde çocuğun söz dinleme yükümlülüğü, ana babanın dine, temel ahlak ve hukuk ilkelerine uygun istekleriyle sınırlanmıştır.¹¹⁵⁵ Zira “*Allah’a isyan sayılan bir konuda kula itaat edilemez.*”¹¹⁵⁶ anlamındaki hadis-i şerif bu hususa işaret eder.

Mülga Medeni Kanun’da, çocuğun söz dinleme yükümlülüğü ile aynı işleve sahip ve bu yükümlülüğe uyulmamasının yaptırımı olarak te’dib hakkına (743 Sayılı Kanun m. 267) yer verilmişti.¹¹⁵⁷ Uslandırma hakkı olarak da bilinen bu hak, ana babaya çocuğa nasihatte veya uyarıda bulunmak gibi hafif ya da gerekirse sert davranmak veya dövmek gibi ağır nitelikli

¹¹⁴⁸ “*Bunun için (ey insan), hem bana hem anne babana minnet duymalısın.*” Lokmân 31/14; Köse, Ebeveynin Çocukları Üzerindeki Hakları, 355.

¹¹⁴⁹ “*O (Yahyâ), anne babasına çok iyi davranırdı; zorba ve âsi değildi.*” Meryem 19/14.

¹¹⁵⁰ “*Rabbimiz! Hesap kurulacağı gün beni, anamı, babamı ve müminleri bağışla.*” İbrâhim 14/41; en-Neml 27/19; Nûh 71/28.

¹¹⁵¹ “*Eğer anne baban, hakkında bilgin olmayan bir şeyi bana ortak koşman için seni zorlarlarsa bu durumda onlara uyma ama yine de onlara dünyada iyi davran; yüzünü ve özünü bana çevirenlerin yolunu izle.*” Lokmân 31/15; Meryem 19/42-48; Köse, Ebeveynin Çocukları Üzerindeki Hakları, 347.

¹¹⁵² Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 245; Öztan, *Aile Hukuku*, 1108; Dural vd., 364; Reyhani Yüksel, 96.

¹¹⁵³ Akıntürk-Ateş Karaman, 414; İnan, 128; Köprülü-Kaneti, 248; Çelikel, 46.

¹¹⁵⁴ Akıntürk-Ateş Karaman, 415; Oğuzman-Dural, 280.

¹¹⁵⁵ el-Ankebût 29/8; Lokmân 31/15.

¹¹⁵⁶ Buhârî, “*Ahkâm*”, 4.

¹¹⁵⁷ İmamoğlu, Tedip, 177; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 245; Velidedeoğlu, 372; Usta, *Velayet Hukuku*, 290.

eğitim araçlarına başvurma yetkisi sağlıyordu. Te'dib hakkı, yaşadığımız çağın gereklerine ve ÇHS'nin ruhuna uygun olmadığı gerekçesiyle yeni Medeni Kanun'da benimsenmemiştir.¹¹⁵⁸ Nitekim çocuğun yararını tehlikeye düşüren, eğitsel amaç gütmeyen, ölçülülük ilkesine uymayan tüm önlem ve yaptırımlar hukuka aykırıdır.¹¹⁵⁹ Örneğin, ana baba, çocuğu eğitmek için ona tokat atamaz veya bir odaya kilitleyemez.¹¹⁶⁰ Bu gibi fiziksel ceza ve onur kırıcı davranışlar, çocuğun yerleştirilmesi (TMK m. 347/1) veya velayetin kaldırılmasına (TMK m. 348) sebep olacağı açıktır. Yine de kanun koyucu, ana babayı çocuğa karşı şiddet içeren eğitim araçlarına başvurmadan açıkça meneden bir hüküm getirmedığı nedeniyle eleştirilmektedir.¹¹⁶¹

Türk medeni hukukunda çocuğun söz dinleme yükümlülüğünün kapsamı yaşıyla, yetenekleriyle ve olgunluk derecesiyle orantılı olarak değişir. Zira çocuk bağımsızlığını kazandıkça velayetin kapsamı daralır ve ana babanın emirleri çocuk için tavsiye haline gelir.¹¹⁶² Temyiz kudretine sahip çocuğun kendisini ilgilendiren konularda bizzat karar verme hakkı vardır (TMK m. 339/3). Nihayet çocuk ergin olduktan sonra ana babasına itaat etmekle yükümlü olmaktan çıkar.

İslam hukukunda ana babanın tam ehliyetli çocuğu üzerinde velayet ve vesayet gibi yetkileri olmadığı için çocuk ergin olduktan sonra meşru ve mübah günlük işlerinde ve sorumluluklarında kendi tercihlerine göre hareket edebilir.¹¹⁶³ Ancak ergin olduktan sonra da çocuğun ana babasına itaat etme, saygılı ve iyi davranma gibi görevleri devam eder.

2. Çocuğun Nafaka Yükümlülüğü

Türk medeni hukukunda ve İslam hukukunda çocuğun ailesine karşı yükümlülüklerinden bir diğeri, yardım veya hısımlık nafakası adı altında şartları tahakkuk ettiğinde ana babasının ve diğer bazı hısımlarının geçimini temin etmesidir.

Türk medeni hukukunda çocuk gerek reşit olmadan önce gerekse reşit olduktan sonra gücü ölçüsünde yoksul olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermek mecburiyetindedir (TMK m. 364/1). Evlat edinme ile ana babaya ait haklar evlat edinene geçtiği için çocuğun nafaka yükümlülüğü onu evlat edinene karşı da geçerlidir.

¹¹⁵⁸ Akıntürk-Ateş Karaman, 415; Baygın, 293; Çelikel, 46.

¹¹⁵⁹ İmamoğlu, Tedip, 183; Grassinger, *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması*, 28.

¹¹⁶⁰ Öztan, *Aile Hukuku*, 1108; Abik, 42; Reyhani Yüksel, 97.

¹¹⁶¹ İmamoğlu, Tedip, 187. Alman Medeni Kanunu'nda yer alan "*çocuk şiddetten uzak bir eğitim hakkına sahip olup, bedensel cezalandırma, ruhsal ihlaller ve diğer onur kırıcı önlemler caiz değildir.*" şeklindeki hüküm gibi bir hükmün Türk Medeni Kanunu'nda da yer almasının gerekliliği konusunda bkz. Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 246.

¹¹⁶² Öztan, *Aile Hukuku*, 1108; Baygın, 293; Abik, 44.

¹¹⁶³ Köse, Ebeveynin Çocukları Üzerindeki Hakları, 366-377.

İslam hukukunda bütün mezhepler, ihtiyaç duyulduğunda çocukların ana ve babasının nafakasını temin etmek mecburiyetinde olduğunda hemfikirdir.¹¹⁶⁴ Keza varlıklı çocuğun, geçim sıkıntısı çeken ana babasına bakması, ana babaya iyilik etme görevinin ve şükran borcunun bir gereğidir. Varlıklı bir çocuk, ihtiyacı olduğu takdirde ana babasına nasıl maddi yardımda bulunuyorsa sağ iseler dede ve nenesine de aynı şekilde yardımda bulunmalıdır.¹¹⁶⁵ Zira Hanefî, Şafî ve Hanbelî fakihleri, dede ve nene ile torunlar arasında nafaka yükümlülüğü olduğunu kabul etmiştir. Bu nedenle bu nafaka türüne usulün (üstsoy hısımlarının) nafakası denilmiştir.

Nafaka yükümlülüğünün doğması için gereken şartlar her iki hukuk sisteminde de benzer olup çocuğun kız veya erkek olması önemli değildir. Türk medeni hukukunda bu şartlar üç tanedir. Öncelikle nafaka alacaklısı ana baba veya diğer üstsoyun yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşecek olması gerekir. Mülga Medeni Kanun'da yer alan “zaruret” ifadesi kaldırılıp yerine “yoksulluk” ifadesi getirilmiştir. İkinci olarak yardım nafakası istenebilmesi için çocuğun ödeme gücünün olması gerekir. Son olarak kardeşlerine karşı nafaka sorumluluğunun doğması için çocuğun refah içinde bulunması gerekir. Yardım nafakası ödeme yükümlülüğü çocuğun ailesiyle aynı çatı altında oturmasına bağlı değildir. Keza yardım nafakası, TMK m. 359/2’de öngörülen katkıdan farklı olup ana baba tarafından ayrıca talep edilebilir. Söz konusu hükme göre, evde ana ve babasıyla birlikte yaşayan çocuk, kendi bakımı için ana babasına uygun bir katkıda bulunmalıdır.

İslam hukukunda nafaka yükümlülüğünün şartlarından ilki, nafaka alacaklısı ana baba veya diğer usulün fakir olmasıdır. Hanefî ve Şafî hukukçulara göre babanın çalışabilir olmasının bir önemi olmamakla birlikte Hanbelî ve Mâlikî hukukçulara göre çalışabilen baba kendi geçimini temin etmeye zorlanır. Ancak fakirliği yeterli bulan görüş, İslam hukuku düşüncesine daha uygun görülmüştür.¹¹⁶⁶ Zira bu nafaka ana baba ile çocukları arasındaki ebeveyn-evlat ilişkisinden kaynaklanır. Ana baba fakir değil ancak güçsüz kimseler ise çocuklar yine onların malından ihtiyaçlarını karşılar. İkinci şart ise çocuğun ödeme imkanının olmasıdır. Kendisi nafakaya muhtaç ve fakir bir kimse ise nafaka sorumluluğu bulunmaz.¹¹⁶⁷

Birden fazla nafaka yükümlüsü olması durumunda sorumluluk, Türk medeni hukukunda mirasçılıktaki sıraya göredir (TMK m. 365/1). Örneğin, yoksul bir kimse önce kızı veya

¹¹⁶⁴ Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 194; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2826.

¹¹⁶⁵ Köse, Ebeveynin Çocukları Üzerindeki Hakları, 363; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2826.

¹¹⁶⁶ Erbay, "Nafaka", 283; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2826, 2831.

¹¹⁶⁷ Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 196; Erbay, "Nafaka", 283; Köse, Ebeveynin Çocukları Üzerindeki Hakları, 363; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2829.

oğlundan, sonra ana babasından sonra refah halinde bulunan kardeşlerinden nafaka talep etmelidir.¹¹⁶⁸ Diğer taraftan nafakanın istenmesi hakkaniyete aykırılık teşkil ediyorsa hâkim, nafaka yükümlülüğünü azaltabilir veya kaldırabilir (TMK m. 365/3). İslam hukukunda birden fazla nafaka yükümlüsü arasında sorumluluğun paylaşımı hususunda farklı görüşler vardır. Hanefî, Zeydî, Zâhirî ve Ca'ferî hukukuna göre sorumluluk, yakınlık derecesine göredir; aynı yakınlık derecesindeki kimseler eşit şekilde sorumludur. Örneğin, yoksul dedenin ihtiyaçlarını gidermek, kızı ile oğlu arasında eşit bir borç iken kızı ile torunu arasında kızına ait bir borçtur. Şafiîlere göre yakınlık dereceleri aynı ise usulün mirasçısı olanların hepsi mirastaki hisseleri dikkate alınmaksızın nafaka yükümlüsü sayılır. Hanbelîlere göre nafaka yükümlülüğü miras hisselerine göredir. Yalnız, Mâlikîlere göre maddi imkanları birbirinden belirgin derecede farklı birden fazla nafaka yükümlüsü varsa güçleri oranında aralarında sorumluluk paylaşımı yapmaları mümkündür.¹¹⁶⁹

Türk medeni hukukunda nafaka miktarında üst sınır, nafaka alacaklısının geçinmesi için gerekli olan miktar olup alt sınır ise çocuğun malî gücüdür (TMK m. 365/2). İslam hukukunda nafakanın kapsamına ana babanın geçimleri, tedavi giderleri ve diğer hayatî ihtiyaçlarının tamamı dahildir.¹¹⁷⁰ Örneğin, gıda maddeleri, giyim eşyası, mesken, ev eşyaları, hizmetçi masrafları, hekim harcamaları, çeyiz ve defin masrafları gibi kalemler bu nevidendir. Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus, ihtiyaçların lüks ve gösterişe kaçmamasıdır.¹¹⁷¹

Nafaka ödeme yükümlülüğünün ihmal edilmesinin veya yerine getirilmemesinin yaptırımı ayındır. Söz konusu çocuk mahkeme aracılığıyla görevini ifa etmeye zorlanır.¹¹⁷²

Her iki hukuk sisteminde de yardım veya hısımlık nafakası yükümlülüğü karşılıklı bir yükümlülüktür. Nitekim nafaka yükümlüsü olanlar aynı zamanda nafaka isteme hakkına da sahiptir.¹¹⁷³

¹¹⁶⁸ Serap Helvacı-Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018), 221.

¹¹⁶⁹ Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 196; Erbay, "Nafaka", 284; Köse, Ebeveynin Çocukları Üzerindeki Hakları, 363; Cezîrî, çev. Keskin, 6/2827-2833.

¹¹⁷⁰ Köse, Ebeveynin Çocukları Üzerindeki Hakları, 363.

¹¹⁷¹ Erbay, "Nafaka", 284.

¹¹⁷² Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 195; Köse, Ebeveynin Çocukları Üzerindeki Hakları, 363.

¹¹⁷³ Helvacı-Erlüle, 221; Erbay, "Nafaka", 283.

SONUÇ

Gelişmiş hukuk sistemlerinde çocuklar, hukuken zayıf ve korunmaya muhtaç diğer kimselerle birlikte birtakım özel ve ayrıcalıklı hükümlere tabi olmuşlardır. Nitekim toplumun temeli olan çocuğun sağlıklı gelişmesine, layık olduğu azami değeri ve ilgiyi görmesine olanak sunan müesseselerinin varlığı şarttır. Bu uğurda gerek Türk medeni hukukunda gerekse İslam hukukunda çocuğun yararı/maslahatı öncelenmiş ve haklarının korunup gözetilmesi için velayet müessesesine başvurulmuştur.

Türk Medeni ve İslam Hukukunda Velayet isimli bu çalışmada; velayet kurumunun günümüz uygulaması ile İslam hukukunda yüzyıllarca uygulanmış olan karşılığı tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu amaç doğrultusunda velayet kurumunun önemi, özellikleri, velayet hakkının kullanılması, sona ermesi, velinin ve velayet altındaki karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin incelenmesi hedeflenmiştir.

Velayet, Türk medeni hukuku nazarında, velayete tabi olanın yararına kullanılması gereken yetki ve görevleri içeren bir yüküm-hak olarak; İslam hukuku nazarında ise mükellefiyet niteliği taşıyan bir hak ve yetki olarak değerlendirilmiştir. Bu hususta konuya kimin tarafından bakıldığı belirleyici olmuştur. Zira velayetin tarihi seyri neticesinde geline nokta hak sahibi özne, çocuktur. Yine bu kabulün bir yansıması olarak çocuk, katılım hakkına sahiptir ve çocuğun katılım hakkı velayeti sınırlayan önemli bir ilke olarak karşımıza çıkar. Klasik dönem İslam hukuku velayet anlayışında ise hak sahibi özne çocuktan ziyade velidir ve hukuki düzenlemeler veli açısından ele alınmıştır. Bununla birlikte her iki hukuk sisteminde de velayet, çocuğun yararı/maslahatı ekseninde şekillenmiştir.

Türk medeni hukuku literatüründe velayet başlığı altında ele alınan konular, İslam hukuku literatüründe farklı başlıklar altında dağınık olarak ele alınmıştır. Günümüz velayet kavramı, İslam hukukunun hidâne, velayet ve vesayet kavramlarını ifade eden bir üst başlık olarak kullanılmaktadır. Bununla birlikte İslam hukukunda velayet kavramının hidâne ve vesayeti kapsayan bir anlamı da mevcuttur.

Türk medeni hukukunda çocuğun şahsına ve mallarına ilişkin kanuni temsilcilik, velayet ya da vesayet adı altında bir bütün halindedir. İslam hukukunda bu bütünlük yalnız babanın ve dedenin çocuk üzerindeki velayeti için geçerli olmuştur. Bu kişilerin yokluğunda çocuğun şahsına ilişkin kanuni temsilcilik “*velayet*”; mallarına ilişkin kanuni temsilcilik ise

“vesayet” olarak tezahür etmiştir. Günümüzde mümkün olmadığı halde eski hukukumuzda bir çocuğun şahsına ilişkin haklarını korumada velisi, mallarına ilişkin haklarını korumada ise vasisi aynı anda kuvvetli yetki ve görevlere sahip olabilmıştır.

Türk medeni hukukunda velayet hakkı ana, baba ve evlat edinenden ibaret bir gruba verilmiştir. Vesayet ise yalnız mahkemenin verebileceği bir yetki olup akrabalık bağına dayanmamaktadır. Buna karşın İslam hukukunda velayet hakkı ve onun temel görünümü olan evlendirme velayeti, çocuğa soybağı itibarıyla en yakın kişilerden başlayıp belli bir sıra takip edilerek devlet başkanına kadar uzanan geniş bir gruba verilmiştir. Bu noktada velilerin, velayetin kuvvetliliği itibarıyla hukuken bir hiyerarşi içinde olduğu; hepsinin eşit tutulmadığı görülmüştür. Velayetin bir diğer görünümü olan hidâne, çocuğa en yakın kadın akrabasının hakkı olarak kabul edilmiştir. Vesayet hakkının verilmesinde ise öncelik baba ve dedeye ait olup sıralamanın devamında ikisinin tercihleri belirleyici olmuştur. Herhangi bir tercihte bulunmadan ölmüşlerse hâkim yetkilidir. Sonuç olarak velayetin icrası veli veya vasi sıfatını taşıyan kimseler marifetiyle ya da bu sıfatlar kendinde birleşen tek bir kimsenin marifetiyle gerçekleşmiştir.

Türk Medeni Kanunu, ebeveynlerin çocuklar üzerindeki hakları ve giderlere katılmaları gibi konularda kadın ve erkek eşitliğini gözetmiştir. Kanun koyucu, evlilik birliği devam ettiği sürece çocuğun velayetini ana ve babaya beraber tanıyarak velayetten kaynaklanan hakları kullanmada ve yükümlülüklerle katlanmada ana ve babanın her ikisini eşit tutmuştur. İslam hukukunda velayette ise baba hem hak sahibi hem de sorumluluk sahibi olan kimsedir. Çocuk kendisine nispet edilmiş ve velayet yetkileri ile donatılmış olan baba aynı zamanda velayetten doğan görevleri, özellikle mali mükellefiyetleri yerine getirmek ve çocuğun haklarını korumakla sorumlu tutulmuştur. Bu durum, nimet-külfet dengesinde kabul edilip fukahâ tarafından adalete uygun görülmüştür.

Türk Medeni Kanunu’nda mevcut yasal düzenlemelere göre boşanmadan sonra hâkim, her bir somut olay için çocuğun yararını tespit edip takdir yetkisini kullanarak velayeti bir tarafa bırakır ya da çocuğa vasi atar. İslam hukukunda kural olarak boşanmadan sonra hidâne, çocuğa en yakın kadın akrabaya; velayet ise en yakın erkek akrabaya aittir. Baba velayet işlerinde hukuki yetkili ve sorumlu olmaya devam ederken ana, çocuğun bakım, gözetim ve terbiye işleriyle meşgul olur. Türk Medeni Kanunu’nda açıkça kabul edilmemiş olan ancak öğretide çokça tartışılan birlikte velayetin kabulü ile Avrupa ülkelerinde olduğu gibi ülkemizde de boşanma veya ayrılık halinde belli şartlarda ana ile baba arasında iş bölümüne benzer bir uygulamaya geçilmesi mümkün olabilecektir. Hali hazırda birlikte velayetin normatif olarak iç

hukukumuzda girdiği savunulmakta ve Yargıtay'ın ortak velayete zemin oluşturan kararları bulunmaktadır.

Türk medeni hukuku ve İşlam hukuku birçok konuda olduğu gibi velayet konusunda da büyük benzerliklere sahiptir. Nitekim her iki hukuk sisteminde çocuk, ebeveyn ve toplum arasındaki ilişkilerde iyi tutumu esas alan ortak ahlaki ve dinî kurallar mevcuttur. Ayrıca İşlam hukuku teokratik bir hukuk sistemi olmakla birlikte temel ilâhi yasalar dışında kalan düzenlemelerde zamana ve mekâna göre değişen beşerî ihtiyaçlar karşısında içtihadı imkan veren esnek bir yapıya sahiptir. Bu minvalde sosyal, kültürel, iktisadi olguların değişmesine paralel olarak toplumsal imkanların ve ihtiyaçların farklılaşması nedeniyle velayet hukukunun çeşitli alanlarında çocuğun maslahatını koruma amacına uygun birtakım düzenlemelerin yapılması, velayetin ruhuna uygun dūőecektir. Bunlara örnek olarak sūtanne tutma yükümlölüğu, hidâne hakkı sahibi ve ona yönelik şartlar, hidâne mekânı, evlendirme velayeti gösterilebilir.

KAYNAKÇA

- Abdulhamîd, Muhammed Muhyiddin. *el-Ahvâlü's-şahsiyye fi's-şerî'ati'l-İslâmiyye*. İstanbul: Hanifiyye Kitapevi, 2018.
- Abik, Yıldız. "Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı". *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan*. 1-75. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011.
- Acar, H. İbrahim. *İslâm Aile Hukuku*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 5. Basım, 2022a.
- Acar, H. İbrahim. *Türk Medeni Kanununda Aile ve Miras (İslâm Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak)*. Bursa: Emin Yayınları, 1. Basım, 2022b.
- Acar, H. İbrahim. "Evlenme Engeli Olarak Din Farkı". *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 17 (Haziran 2002), 21-46.
- Acar, H. İbrahim. "İslâm Hukukunda Evlenme Ehliyeti Bakımından Küçüklerin Evlendirilmesi Problemi". *Dinî Araştırmalar* 6/16 (Haziran 2003), 125-140.
- Açık, Fatih. *Evliliğin Sona Ermesinden Sonra Çocuk Üzerindeki Velâyet (İslam Hukuku Ve Türk Medeni Kanunu Açısından Karşılaştırmalı Bir İnceleme)*. Çanakkale: On Sekiz Mart Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Akgündüz, Ahmet. *Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1986.
- Akgündüz, Said Nuri. *Hayreddin er-Remlî'nin Fetvaları -el Fetâva'l Hayriyye'nin Biçim ve İçerik İncelemesi-*. Ankara: Fecr Yayınları, 2017.
- Akıntürk, Turgut-Derya Ateş Karaman. *Türk Medeni Hukuku C. 2 Aile Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 22. Basım, 2020.
- Akkurt, Sinan Sami. "Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velâyetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu". *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan*. 91-120. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Aksakal, Sultan. "Boşanmadan Sonra Çocuğun Velayeti". *KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1 (2003), 167-190.
- Aktan, Hamza. "Kısmet". *DİA*. 25/496-498. Ankara: İSAM Yayınları, 2022.
- Akyol, Şener. *Türk Medeni Hukukunda Temsil*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.
- Akyüz, Emine. "Türk Medeni Kanununa Göre Çocuğun Malları Bakımından Korunması". *AÜEBFD* 12/1 (1979), 153-175.
- Akyüz, Emine. "Velayet Hakkının Kaldırılması". *AÜEBFD* 25/1 (1992), 11-26.
- Akyüz, Emine. *Çocuk Hukuku*. Ankara: Pegem Akademi, 2018.
- Akyüz, Vecdi. "Çocuk Üzerindeki Etkisi Açısından İsim Alma Hakkı". *İHAD* 7 (2006), 89-98.
- Ali Haydar Efendi. *Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*. Osman Erdem Raşit Gündoğdu, 4 Cilt İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2. Basım, 2017.
- Ansary, Sabri Şakir. *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 4. Basım, 2002.

- Antalya, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, C. 5/1, 1.* Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Basım, 2019.
- Antalya, O. Gökhan. *Eşya Hukuku, Giriş, Temel Kavram ve İlkeler, Zilyetlik, Tapu Sicili, C. 4/1.* Ankara: Seçkin Yayıncılık, 3. Basım, 2021a.
- Antalya, O. Gökhan. *Miras Hukuku, C. 3.* Ankara: Seçkin Yayıncılık, 5. Basım, 2021b.
- Antalya, O. Gökhan-Murat Topuz. *Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri C. 1.* Ankara: Seçkin Yayıncılık, 4. Basım, 2021.
- Apaydın, Eylem. "Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği". *İNÜHFD* (2018), 445-474. 10.21492/inuhfd.425434
- Apaydın, H. Yunus. "Hacir". *DİA*. 14/513-517. İstanbul: İSAM Yayınları, 1996.
- Apaydın, H. Yunus. "Velayet". *DİA*. 43/15-19. İstanbul: İSAM Yayınları, 2013.
- Aras, M. Özgü. "Ad Koyma". *DİA*. 1/332-333. İstanbul: İSAM Yayınları, 1988.
- Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 14. Basım, 2021.
- Atasoy, Samed. *İslam ve Osmanlı Hukukunda Hidâne*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 11. Basım, 2022.
- Aydın, Mehmet Âkif. *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1985.
- Aydın, Mehmet Âkif. "Osmanlı Toplumunda Aile". *Günümüzde Aile*. ed. Ömer Çaha. İstanbul: Ensar Neşriyat, 1. Basım, 2007.
- Aydın, Mehmet Âkif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Beta Basım Yayım, 17. Basım, 2020.
- Ayengin, Tevhit. *Ehliyeti ve Ailedeki Statüsü İtibariyle İslam Hukukunda Çocuk*. Erzurum: Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1992.
- Baktır, Mustafa. "İslam Hukukunda Hidâne ". *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7 (1986), 259-289.
- Baltacı, Burhan. "Bakara Suresi 282. Ayetin Genel Özellikleri ve Fıkhî Kavramları". *Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 8/1 (2008), 147-177.
- Bardakoğlu, Ali. "Ehliyet". *DİA*. 10/533-539. İstanbul: İSAM Yayınları, 1994.
- Bardakoğlu, Ali. "Hak". *DİA*. 15/139-151. İstanbul: İSAM Yayınları, 1997.
- Bardakoğlu, Ali. "Hidâne". *DİA*. 17/467-471. İstanbul: İSAM Yayınları, 1998.
- Bardakoğlu, Ali. "Vesâyet". *DİA*. 43/66-70. İstanbul: İSAM Yayınları, 2013.
- Baygın, Cem. *Soybağı Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Basım, 2010.
- Bayraktar, Mehmet Faruk. "Ailenin Eğitim Görevi". *Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi* 2 (1995), 117-142.
- Berki, Şakir. "Romada Aile Hukuku". *AÜHFD* 14/1 (1957), 111-121.
- Berki, Şakir. *Velâyetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumûlü*. Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1970.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*. 8 Cilt İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1. Basım, 1985.
- Birinci Uzun, Tuba. "Türk Medenî Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli". *HÜHFD* 6/1 (2016), 135-166.

- Birsin, Mehmet. *İslâm Aile Hukuku*. İstanbul: Çıra Akademi, 2019.
- Bozkurt, İkbâl. *Velinin Velayetten Doğan Hak Görev ve Yetkileri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- Bozkurt, Nebi. "Sünnet". *DİA*. 38/157-159. İstanbul: İSAM Yayınları, 2010.
- Buhârî. *Sahih*. 9 Cilt. Beyrut: Dâru Tavku'n-necât, 2002.
- Bulut, Harun. *Aile Hukukunda Velayet (Çocukla Kişisel İlişki Kurulması) ve Nafaka Davaları*. İstanbul: Beta Basım, 2007.
- Ceylan, Ebru. "Türk Velayet Hukukunda Yeni Gelişmeler". *Legal Hukuk Dergisi* 16/181 (2018), 35-68.
- Cezîrî, Abdurrahmân b. Muhammed b. İvaz. *Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhi*. Mehmet Keskin, 8 İstanbul: Çağrı Yayınları, 7. Basım, 1993.
- Cürcânî, Ali İbn Muhammed es-Seyyid eş-Şerîf. *Arapça-Türkçe Terimler Sözlüğü (Tarifat)*. çev. Arif Erkan, İstanbul: Bahar Yayınları, 1. Basım, 1997.
- Çalış, Halit. "Ebeveyn Ve Çocuklar Arası Maddî İlişkilerde Adâlet/Eşit Muâmele". *NEÜİFD* 16/16 (2003), 123-153.
- Çeker, Orhan. *İslâm Hukukunda Çocuk*. Konya: Tekin Kitabevi, 2. Basım, 2015.
- Çeker, Orhan. *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnâmesi*. Mehîr Vakfı Yayınları, 3. Basım, 2016.
- Çeker, Orhan. *Fıkıh Dersleri 1*. Konya: Tekin Kitabevi, 9. Basım, 2017.
- Çelik, Cemil. "Velayetin Kaldırılması". *AÜHFD* 54/1 (2004), 255-309.
- Çelik, Cemil. "Çocuk Kavramı ve Medeni Hukuk Açısından Çocuk Haklarının Tarihi Gelişimi". *e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi* 36 (Şubat 2005), Erişim 15 Mayıs 2023. <https://bit.ly/3MqOmf1>
- Çelikel, Serdar. *Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Basım, 2012.
- Çetiner Baktır, Selma. *Velayet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.
- Çetiner, Selma. "Hukukumuzda "Aile" Kavramı". *Terazi Hukuk Dergisi* 5/41 (2010), 61-69.
- Çetiner, Selma. "Velayet Müessesesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği". *DEÜHFD* 19/Özel Sayı (2017), 25-46.
- Çiğdem, Recep. *Mukayeseli Medeni Hukuk İslâm-Türk Mer'i, Kişi, Aile ve Miras Hukuku*. İstanbul: Rağbet Yayınları, 2012.
- Çinar, Fatih. *Şevkânî'nin Aile Hukuku Alanındaki Görüşleri*. Adana: Giriş Dijital Baskı, 2016.
- Çolak, Abdullah. *İslâm Aile Hukuku*. Malatya: Protech Matbaa, 2. Basım, 2014.
- Dağcı, Şamil. "İslâm Aile Hukukunda Evlenme Engelleri-II (Geçici Evlenme Engelleri)". *AÜİFD* 41/(2000), 137-194.
- Dede, Emine. *Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Demirtaş, H. Necati. *Fetvâları ile Şeyhülislam Ebüssu'ûd Efendi*. İstanbul: Akıl Fikir Yayınları, 2016.
- Din İşleri Yüksek Kurulu. *Fetvalar*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 4. Basım, 2018.
- Dirik, Mehmet. "İslam Hukuku'nda Ceninin Mal Varlığı Hakları". *İHAD* 20 (2012), 211-235.
- Döndüren, Hamdi. *Delilleriyle Aile İlmihali*. İstanbul: Erkam Yayınları, 2016.

- Döndüren, Hamdi. *Delilleriyle İslâm İlmihali*. İstanbul: Erkam Yayınları, 2019.
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz-Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku C. 3 Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Ebû Dâvud. *Sünen*. 4 Cilt. Beyrut: el-Mektebetü'l-Asriyye.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *Osmanlı Hukuku*. İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2. Basım, 2012.
- Erbay, Celal. *İslâm Hukukunda Küçüklerin Himayesi*. İstanbul: Rağbet Yayınları, 1998.
- Erbay, Celal. "Nafaka". *DİA*. 32/282-285. İstanbul: İSAM Yayınları, 2006.
- Erbay, Celal. "Kâsır". *DİA*. 24/559. İstanbul: İSAM Yayınları, 2013.
- Ercoşkun Şenol, H. Kübra. "Türk Hukukunda Boşanma Halinde Ortak Velâyete Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu". *İNÜHFD* (2021), 754-765.
- Erdem, Mehmet-Aslı Makaracı Başak. *Aile Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. Basım, 2022.
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2. Basım, 2005.
- Erdoğan, Oktay. *Çocuk Hakları*. İstanbul: Acar Basım, 2. Basım, 2017.
- Eskicioğlu, Osman. "Âmme Velâyeti". *DEÜİFD* 6 (1989), 415-447.
- Eşkan, Selma. *İslam Aile Hukukunda Çocuğun Bakım ve Eğitimi*. Erzurum: Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1999.
- Ferruh, Ömer. *İslâm Aile Hukuku*. Yusuf Ziya Kavakçı, İstanbul: Sebil Yayınevi, 1969.
- Genç, Mustafa. "İslâm Hukukunda Velâyetin Mâhiyeti". *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi (ASEAD)* 7/6 (2020), 204-227.
- Gençcan, Ömer Uğur. *Velayet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı. Basım, 2020.
- Görgülü, Ülfet. *Fıkıhta Cenin Hukuku*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2. Basım, 2018.
- Grassinger, Gülçin Elçin. *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md.346, md.347, md.348)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Grassinger, Gülçin Elçin. "Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar". *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan*. 823-846. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Güleş, Bedia. "Çocuğa İsim Verme ve İsim Değişikliği Durumunda Hâkimin Çocuğa İsim Verme Yetkisi". *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/2 (2016), 297-308.
- Gürsel, Nurettin. "Çocuk Malları ve Ana Babanın İstifade Hakkı". *Adalet Dergisi* 7 (1949a), 972-994.
- Gürsel, Nurettin. "Velâyet Hakk ve Vazifeleri". *Adalet Dergisi* 40/4 (1949b), 431-456.
- Hakeri, Hakan. *Tıp Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 22. Basım, 2021.
- Halebî, İbrahim. *Mevkûfât Mültekâ Tercümesi*. sad. Ahmed Davudoğlu. 4 Cilt. İstanbul: Sağlam Yayınevi, 2013.
- Hallâf, Abdülvehhâb. *Ahkâmü'l-ahvâli's-şahsiyye fi's-şeriatî'l-İslâmiyye*. Kuveyt: Dârü'l-Kalem, 1410/1990.

- Haşıloğlu, Fatmanur Merve. *Hanefilere Göre Aile Hukukunda Karı-Kocanın Birbirleri Üzerindeki Hakları ve Çocukların Ebeveynler Üzerindeki Hakları*. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- Hatemi, Hüseyin. *Medeni Hukuk'a Giriş*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilmiş 3. Basım, 2004.
- Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021a.
- Hatemi, Hüseyin. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Genişletilmiş 9. Basım, 2021b.
- Hatemi, Hüseyin-Rona Serozan. *Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Helvacı, İlhan. *Gerekçeli Karşılaştırmalı İçtihatlı Notlu Türk Medenî Kanunu Cilt II Aile Hukuku*. 4 Cilt İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Helvacı, Serap-Fulya Erlüle. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 5. Basım, 2018.
- İbn-i Âbidin. *Reddû'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*. çev. Ahmed Davudoğlu, 18 Cilt İstanbul: Şamil Yayınevi, 1983.
- İbn Hanbel, Ahmed. *el-Müsned*. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2001.
- İmamoğlu, S. Hülya. "Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması". *AÜHFD* 54/2 (2005a), 183-218.
- İmamoğlu, S. Hülya. "Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi". *AÜHFD* 54/1 (2005b), 165-190.
- İnal, Nihat. *Nişanlanma - Evlenme - Mal Rejimi - Boşanma - Velayet - Nafaka ve Eşya Davaları*. Ankara: Kartal Yayınevi, 1. Basım, 2003.
- İnan, Ali Naim. *Çocuk Hukuku*. İstanbul: Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, 1968.
- İnanır, Ahmet. *İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Osmanlı'da İslâm Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008.
- Kahveci, Nuri (ed.). *İslam Hukuku (Şahıs-Aile-Miras) 2. Cilt*. 3 Cilt Cilt. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2. Basım, 2022.
- Karabacak, Ayşegül. *Eşlerin Çocuk Üzerindeki Velayet Hakkı*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- Karakoç, İrem. "Bir İslâm Hukuku Müessesesi Olan Hidâne Hakkının ve Osmanlı Aile Hukuku'nda Uygulanışının İzmir Şer'iyye Sicillerinde Yer Alan Bir Karar Örneği Üzerinden İncelenmesi". *AHBVÜ-HFD* 19/3 (2015), 151-206.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. 3 Cilt İstanbul: İz Yayıncılık, 2016.
- Karaman, Hayreddin-Ahmet Özdemir. *Fıkhi Bilgi ve İlkeler Işığında Eşya ve Şahsın Hukuku*. İstanbul: Kitâbi, 2019.
- Kaşıkcı, Osman. "Eski Hukukumuzda Süt Emzirme Akdi". *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/1-2 (2006), 17-54.
- Kelebek, Mustafa. *İslam Aile Hukukunda Velâyet*. İstanbul: Ravza Yayınları, 2015.
- Kesgin, Hafsa. *İslam'da Çocuk Koruma*. İstanbul: Kitâbî Yayınları, 2019.
- Keskin, Dilşad. "Küçük Yaşta Evlenmenin Müeyyidesi". *AHBVÜ-HFD* 15/4 (2011), 65-83.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 6. Basım, 2022.

- Kırca, Çiğdem. "Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama". *AÜHFD* 50/1 (2001), 91-110.
- Kıyık, Mustafa Harun. "Aile İçi Eğitim Açısından İslâm Hukuku'nda "Hidâne"". *Uluslararası Aile İçi Eğitim Çalıştayı*. Mehmet Emin Yurt-Osman Bayraktutan. 143-178. Iğdır: Zafer Medya, 2016.
- Koca, Ferhat. "Mendup". *DİA*. 29/128. İstanbul: İSAM Yayınları, 2004.
- Koçak, Muhsin, Nihat Dalgın-Osman Şahin. *İslâm Hukuku-İslâm Hukukuna Giriş/Aile Hukuku/Miras ve Ceza Hukuku*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 1. Basım, 2013.
- Köprülü, Bülent-Selim Kaneti. *Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989.
- Köse, Saffet. *İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1997.
- Köse, Saffet. "İslam Hukukuna Göre Evlenmede Velâyet". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 2 (2003), 101-116.
- Köse, Saffet. "İslam Açısından Ebeveynin Çocukları Üzerindeki Hakları veya Çocukların Ebeveynine Karşı Vazifeleri". *İHAD* 6/12 (2008), 344-367.
- Kudat, Aydın. "İslam Hukukunda Temsil ve Amacı". *Adam Akademi Sosyal Bilimler Dergisi* 5/1 (2015), 33-62.
- Kudûrî, Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed. *Kuduri Metni Tercemesi*. çev. Ali Arslan, İstanbul: Hikmet Neşriyat, 2006.
- Kur'ân Yolu*. Erişim 15 Mayıs 2023. <https://kuran.diyanet.gov.tr>
- Kurt, Leyla Müjde. "Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet". *İNÜHFD* (2018), 157-186.
- Marghob, Fakhera. *Çağdaş Sünni ve Şii Müfessirlerin Görüşleri Çerçevesinde Eşlerin Karşılıklı Hak ve Sorumlulukları*. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Mavsîlî, Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd. *el-İhtiyar li-Ta'lîl'l-Muhtâr*. çev. Mehmet Keskin, 4 Cilt İstanbul: Hikmet Neşriyat, 6. Basım, 2013.
- Merginânî, Ebü'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Ferganî. *el-Hidâye Tercümesi*. çev. Ahmed Meylânî, İstanbul: Kahraman Yayınları, 2. Basım, 1991.
- Mülga Medeni Kanun, Türk Kanunu Medenisi. (743). *Resmî Gazete* 339 (04 Nisan 1926). Erişim 15 Mayıs 2023. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-kanunu-medenisi-743>
- Müslim. *Sahih*. 5 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâi't-Türasi'l-Arabî, 1991.
- Oflaz, Abdülhalim. "Hadisler Işığında Sütten Kesilinceye Kadar Çocuğun Bakım ve Eğitiminde Ebeveyne Düşen Görevler". *Uluslararası Aile İçi Eğitim Çalıştayı*. ed. Mehmet Emin Yurt-Osman Bayraktutan. 319-330. Iğdır: Zafer Medya, 2016.
- Oğuzman, Kemal-Mustafa Dural. *Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1998.
- Oğuzoğlu, B. Cahit. *Velâyetin Medeni Hukukdaki Ehemmiyeti*. Ankara: Yeni Cezaevi Matbaası, 1940.
- Özdemir, Hayrunnisa. "Türk ve İsviçre Medenî Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması". *AÜHFD* 57/3 (2008),

- Özdemir, Hayrunnisa. "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması Ve Korunması". *AHBVÜ-HFD* 17/3 (2013), 81-106.
- Özdemir, Hayrunnisa. "Velayet Hakkı ve Hukuki Sonuçları". *Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı*. ed. Akın Ünal-Arif Kalkan. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Özdemir, Hayrunnisa-Ahmet Cemal Ruhi. *Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Basım, 2016.
- Özdemir, Hayrunnisa-Ahmet Cemal Ruhi. *Çocuk Hukuku (Ders Kitabı)*. Ankara: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Özdemir, Şuayip. "Çocuğun Din Eğitiminde Ailenin Rolü". *Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi* 9 (2002), 113-131.
- Özen, Şükrü. "Velâ". *DİA*. 43/11-15. İstanbul: İSAM Yayınları, 2013.
- Özer Taşkın, Özden. *Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- Özer Taşkın, Özden. "Velayet Hakkının Kullanılması, Velayetin Değiştirilmesi". *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/1 (2020), 239-262.
- Özkan, Mehmet. "İslam Hukukunda Velâyet Sahiplerinin Çocuğun Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkileri". *Balıkesir İlahiyat Dergisi* 13 (2021), 137-179.
- Öztan, Bilge. "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu". *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*. 251-260. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 6. Basım, 2015.
- Öztürk, Barış Can. *Birlikte Velayet*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Basım, 2022.
- Özüğür, Ali İhsan. *Kişî Hukuku-Velayet-Vesayet-Soybağı-Evlat Edinme Hukuku-Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 5. Basım, 2016.
- Rahat, Esra. *İslâm Hukukunda Annenin Velâyeti*. Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2004.
- Reyhani Yüksel, Sera. *Velayet Hakkının Anayasal Sınırları*. İstanbul: Legal Yayınevi, 2016.
- Samar, Mahmut. "Hanefî Mezhebi Üzerinde Klasik Fıkıhta Hukuk Politikası". *İslam ve Yorum III*. ed. Emine Güzel-Serkan Demir. 509-524. Ankara: İnönü Üniversitesi Yayınevi, 2019.
- San'ânî, Abdürrezzâk. *el-Müsânnef*. 11 Cilt. Beyrut: el-Meclisü'l-İlmi, 1983.
- Sarı, Suat. "Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velâyeti Birlikte Kullanması". *Legal Hukuk Dergisi* 5/49 (2007), 83-94.
- Sarıtepe, Erdoğan. "İslâm Hukuku ve Türk Medenî Hukuku Açısından Hukukî Temsil". *Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 14/2 (2009), 77-92.
- Saymen, Ferit H.-Halid K. Elbir. *Türk Medeni Hukuku C. 3 Aile Hukuku*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 2. Basım, 1960.
- Serahsî, Şemsü'l-E'imme Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed. *Mebûsât*. ed. Mustafa Cevat Akşit. 31 Cilt, İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 2008.
- Serdar, İlknur. "Birlikte Velâyet". *DEÜHFD* 10/1 (2008), 155-197.
- Serozan, Rona. *Çocuk Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2. Basım, 2005.

- Sürmeli, Mehmet. "Kur'an-ı Kerim'de Velayet Kavramı". *Tasavvuf İlmi ve Akademik Araştırma Dergisi* 3/9 (2002), 303-336.
- Şa'bân, Zekiyyüddîn. *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l Fıkıh)*. çev. İbrahim Kâfi Dönmez, Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 14. Basım, 2011.
- Şan, Murat. *Eski Hukukumuzda Gerçek Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyeti*. Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1998.
- Şener, Abdulkadir. "İslâm Hukukunda Hacr (II)". *AÜİFD* 22/1-2 (1978), 331-347.
- Şener, Mehmet. "İslam Hukukunda Velayet (I)". *DEÜİFD* 2 (1985), 203-221.
- Şener, Mehmet. "İslâm Hukukunda Velâyet (II)". *DEÜİFD* 3 (1986), 161-180.
- Şenocak, Zarife. "Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası". *AÜHFD* 50/4 (2001), 65-80.
- Şîrbînî, Hatîb. *Delilleriyle Büyük Şafî Fıkıhı Muğni'l-Muhtâc Minhâcü't-Tâlibîn Şerhi*. çev. Soner Duman, 21 Cilt İstanbul: Mirac Yayınları, 1. Basım, 2011.
- Tatar, Canan. "İslâm Hukukundaki Hidâne Müessesesinin Günümüz Uygulaması ile Mukayesesi". *Kadin ve Demokrasi Dernegi* 4/1 (2018), 77-102.
- TDK, Türk Dil Kurumu. *Güncel Türkçe Sözlük*. Erişim 15 Mayıs 2023. <http://sozluk.gov.tr>
- Tekinay, Selahattin Sulhi. *Türk Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1990.
- Tirmizî. *Sünen*. 5 Cilt. Mısır: Mustafa el-Babî, 1975.
- TMK, Türk Medeni Kanunu. (4721). *Resmî Gazete* 24607 (08 Aralık 2001). Erişim 15 Mayıs 2023. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf>
- Topal, Şevket. "Korumaya Muhtaç Çocukların Bakımı ve Gözetimi Açısından İslâm Hukûkunda Velâyet ve Vesâyet Yetkisi". *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi* 6/3 (2006), 249-273.
- Topçuoğlu, Ali Aslan. "Yahudilik-Hıristiyanlık ve İslâm Hukuku'na Göre Nikâh Akdine Etkisi Bakımından Din Farklılığı". *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi* 10/2 (2010), 79-120.
- Turan, Muhammed Fatih. "Türklerin Hanefî Mezhebini Benimsemesini Kolaylaştıran Faktörler". *İHAD* 36 (2020), 311-334.
- Türer, Osman. "Erzurumlu İbrahim Hakkı'nın Çocuk Terbiyesine Dair Düşünceleri". *İslam'da Aile ve Çocuk Terbiyesi*. ed. İbrahim Canan. 351-359. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2. Basım, 2005.
- Türk Hukuk Lûgatı*. Ankara: Türk Hukuk Kurumu Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü Yayınları, 3. Basım, 1991.
- Ulusal, Şemsettin. "Din Eğitiminde Ebeveyn ve Çocuğun Hak ve Özgürlüğü: Hukuki Bir Tahlil". *Diyanet İlmi Dergi* 48/1 (2012), 67-92.
- Usta, Sevgi. "Anne Babanın Tedip Hakkı". *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 8 (1994), 15-18.
- Usta, Sevgi. *Çocuk Hakları ve Velayet*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Basım, 2012.
- Usta, Sevgi. *Velayet Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Uzunpostalıcı, Mustafa. "İslâm Hukuku Açısından Ehliyet". *İHAD* 4/8 (2006a), 149-182.
- Uzunpostalıcı, Mustafa. "İslâm Hukukunda Şahsiyet ve Hakiki Şahıs". *İHAD* 4/7 (2006b), 55-88.

- Üçok, Coşkun, Ahmet Mumcu-Gülnihal Bozkurt. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 19. Basım, 2017.
- el-Üsrûşenî, Muhammed b. Mahmûd. *Ahkâmü's-Sığâr/İslâm Hukukunda Çocuklarla İlgili Hükümler*. çev. İbrahim Cânan, İstanbul: Yaylacık Matbaası, 1984.
- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah. "Çocuğun Yerleşim Yeri". *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14/1 (Haziran 2015), 39-54.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. *Türk Medeni Hukuku C. 2 Aile Hukuku*. İstanbul: Nurgök Matbaası, 5. Basım, 1965.
- Yaman, Ahmet. *İslam Aile Hukuku*. İstanbul: Marifet Yayınları, 1999.
- Yaman, Ahmet. "Doktrin ve Olgu Bağlamında Küçüklerin Evlendirilmesi". *Eskiye* 38 (2019), 9-29.
- Yaman, Ahmet-Halit Çalış. *İslâm Hukukuna Giriş*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 16. Basım, 2018.
- Yavuz, Yunus Vehbi. *Çağdaş Fıkıh Problemleri*. Bursa: Feyiz Yayınları, 2008.
- Yerdelen, Erdal. "Hukuki Açıdan Sünnet (Beschneidung)". *Tıp Hukuku Dergisi* 3 (2013), 43-74.
- Yerlikaya, Ünal. "İslam Hukukunda Evlilik Dışı Doğan Çocuğun Velâyeti". *İHAD* 11 (2008), 93-112.
- Yıldırım, Mustafa. *İslâm Hukuku Açısından Evlât Edinme*. İzmir: İzmir İlahiyat Vakfı Yayınları, 2005.
- Yusufî, Cafer. *Velâyetle Tevhid ve Dinin Cevheri*. çev. Kenan Çamurcu, İstanbul: Önsöz Yayıncılık, 2017.
- Zerka, Mustafa Ahmed ez-. *Çağdaş Yaklaşımla İslam Hukuku*. çev. Servet Armağan, 3 Cilt İstanbul: Timaş, 1993.
- Zeydân, Abdülkerim. *İslâm Hukukuna Giriş*. çev. Ali Şafak, İstanbul: Kayhan Yayınevi, 3. Basım, 1995.
- Ziyan, Ayşe. *Velâyet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Basım, 2020.
- Zorlu, Süleyman Emre. "Günümüz ve İslam Hukukunda Çocuk Hakları Karşılaştırmalı Bir İnceleme". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21/2 (2013), 125-160.
- Zuhayli, Vehbe. *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*. çev. Ahmet Efe, 10 Cilt İstanbul: Risale Yayınevi, 1994.

Kadı Sicilleri

- İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil (1073/1663). haz. Salih Kahrıman Rasim Erol, Fuat Recep, Sabri Atay, Hüseyin Kılıç, Yılmaz Karaca. İstanbul: İSAM Yayınları, 2010.
- Bab Mahkemesi 46 Numaralı Sicil (1096-1097/1685-1686). haz. Hüseyin Kılıç Sabri Atay, Yılmaz Karaca, Rasim Erol, Salih Kahrıman, Fuat Recep. İstanbul: İSAM Yayınları, 2011a.
- Bab Mahkemesi 54 Numaralı Sicil (1102/1691). haz. Yılmaz Karaca Hüseyin Kılıç, Rasim Erol, Salih Kahrıman, Fuat Recep, Sabri Atay. İstanbul: İSAM Yayınları, 2011b.
- Bab Mahkemesi 54 Numaralı Sicil (1102/1691). haz. Yılmaz Karaca Hüseyin Kılıç, Rasim Erol, Salih Kahrıman, Fuat Recep, Sabri Atay. İstanbul: İSAM Yayınları, 2011c.

- Balat Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (970-971/1563). haz. Mehmet Akman. İstanbul: İSAM Yayınları, 2011d.
- Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 37 Numaralı Sicil (1047/1637-1638). haz. Sabri Atay Salih Kahriman, Fuat Recep. İstanbul: İSAM Yayınları, 2011e.
- Hasköy Mahkemesi 5 Numaralı Sicil (1020-1053/1612-1643). haz. Zeynep Trabzonlu Baki Çakır, Hilal Kazan, Ayşe Seyyide Adıgüzel. İstanbul: İSAM Yayınları, 2011f.
- Galata Mahkemesi 32 Numaralı Sicil (1015-1016/1606-1607). haz. Mehmet Akman. İstanbul: İSAM Yayınları, 2012.
- Osmanlı Arşivi'nde Şeyhülislam Fetvaları. İstanbul: Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Yayınları, 2015.
- İstanbul Mahkemesi 20 Numaralı Sicil (1099-1100/1688-1689). haz. Mehmet Akman M. Âkif Aydın, Feridun M. Emecen, İdris Bostan, Mehmet İpşirli. İstanbul: İSAM Yayınları, 2019a.
- Rumeli Sadâreti Mahkemesi 106 Numaralı Sicil (1067-1069/1656-1658). haz. Mehmet Akman M. Âkif Aydın, Feridun M. Emecen, İdris Bostan, Mehmet İpşirli. İstanbul: İSAM Yayınları, 2019b.