

TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA VELAYET

Yüksek Lisans Tezi

Yousif Ghazi HASAN

Eskişehir 2024

TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA VELAYET

Yousif Ghazi HASAN

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Danışman

Doç.Dr. Sabiha Gökçe CANARSLAN KARAKUL

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi

Lisansüstü Eğitim Enstitüsü

Mart-2024

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Yousıf HASAN'ın "Türk ve Irak Hukukunda Velayet" başlıklı tezi 20 Mart 2024 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca toplanan Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk programında, yüksek lisans tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

İmza

Üye
Danışmanı)

(Tez : Doç. Dr. Sabiha Gökçe CANARSLAN
KARAKUL

Üye

:Dr.Öğr.Üy. Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN

Üye

:Dr.Öğr.Üy. Seda Şehriban GÜNGÖR

Prof. Dr. Saime ÖNCE
Anadolu Üniversitesi
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Müdürü

ÖZET

TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA VELAYET

Yousif Ghazi HASAN

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Anadolu Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2024

Danışman: Doç. Dr. Sabiha Gökçe CANARSLAN KARAKUL

Türk ve Irak hukuk sistemlerinde velayetin karşılaştırılması konulu bu çalışmada, velayet kurumunun günümüzdeki uygulaması ile Irak Kişisel Durum Kanunu'ndaki yüzyıllardır uygulanan hükümlerin farkları tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu amaç doğrultusunda velayetin önemi, özellikleri, velayet hakkının kullanılması, sona ermesi, velinin ve velayet altındakinin karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin incelenmesi hedeflenmiştir. Anne ve babaya verilmiş yetki ve sorumluluklar çerçevesinde çocuğun korunması, beslenmesi, barınması, bakılması, eğitim alması, temsil edilmesi vb. temel ihtiyaçlarının karşılanması, velayet kapsamına girmektedir. Anne ve babanın velayet kavramının getirdiği sorumlulukları yeterince yerine getiremediği ya da hiç yerine getiremediği hallerde, çocuğun üstün yararı ilkesi gereğince devletin çocuk için birtakım önlemleri alması ve gerekirse velayetin kaldırılması kararı ile çocuğa vasi atanması veya çocuğun kuruma yerleştirilmesi söz konusu olabilmektedir Çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm, Türk medeni hukukunda velayete tahsis edilmiştir. İkinci bölümü Irak Kişisel Durum Kanununda velayete özgülenmiştir. Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde, buraya kadar yer verilen tüm hususlar bakımından Türk ve Irak hukukunun velayete ilişkin hükümleri karşılaştırılarak ele alınmıştır. Çalışma kapsamında Türk ile Irak hukuku arasında benzerlikler olduğu gibi farklılıklar da ortaya çıkarılmıştır.

Anahtar sözcükler: Velayet hakkı, Çocuğun yüksek (üstün) yararı, Çocuk hakları, Anne ve baba durumu, Velayet hakkının sahibi.

ABSTRACTS

CUSTODY IN TURKISH AND IRAQI LAW

Yousif Ghazi HASAN

Department of Private Law

Anadolu University Graduate School of Social Sciences, 2024

Advisor: Assoc. Dr. SABİHA GÖKÇE CANARSLAN KARAKUL

The aim of this study is to compare the custody in Turkish and Iraqi legal systems; An attempt has been made to determine the current practice of the custody institution and its counterpart in the Iraqi personal status law, which has been applied for centuries. For this purpose, it is aimed to examine the importance and characteristics of custody, the use and termination of the right of custody, and the mutual rights and obligations of the parent and the person under custody. Within the framework of the authority and responsibilities given to the mother and father, meeting the child's basic needs such as protection, nutrition, shelter, care, education, representation, etc. is within the scope of custody.

The responsibilities of parents arising from the concept of custody are sufficient, in cases where it cannot be fulfilled or cannot be fulfilled at all, in accordance with the principle of the best interest of the child, the state may take some measures for the child and, if necessary, decide to abolish custody, appoint a guardian for the child, or place the child in an institution. Our study consists of three main parts. The first section is allocated to custody in Turkish civil law. The second part is specific to custody in the Iraqi personal status law. In the third and last part of the study, the provisions of Turkish and Iraqi law regarding custody are compared and discussed in terms of all the issues mentioned so far. Within the scope of the study, similarities as well as differences between Turkish and Iraqi law were revealed.

Keywords: Custody rights, The best interests of the child, Children's rights, Parental situation, The custodial right holder.

ÖNSÖZ

“İrak ve Türk Hukuku’nda Velayet” isimli bu çalışma, Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü'nde Özel Hukuk Anabilim Dalında, Doç. Dr. Sabiha Gökçe CANARSLAN KARAKUL danışmanlığında yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır.

Bu tezin, uzun hazırlanma sürecinde bana verdiği bilimsel rehberlik ve manevi destek için danışman hocam Doç. Dr. Sabiha Gökçe CANARSLAN KARAKUL’a teşekkürlerimi sunmayı borç bilirim.

Ayrıca, bana her durumda yardımcı olan annem Kolsan Mehdi ile bilimsel ve akademik becerilerimi geliştirmek için maddi ve manevi destek vermek için çok çalışan babam Ghazi HASAN'a teşekkür ederim.

Tarih :

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu olmak üzere tüm aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan “bilimsel intihal tespit programı”yla tarandığını ve hiçbir şekilde “intihal içermediğini” beyan ederim.

Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara razı olduğumu bildiririm.

İmza

Öğrencinin Adı Soyadı

İÇİNDEKİLER

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI.....	ii
ÖZET	iii
ABSTRACTS	iv
ÖNSÖZ	v
ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	x
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	3
1.TÜRK HUKUKUNDA VELAYET KAVRAMI	3
1.1.Velayet Hakkı.....	3
1.1.1. Tanımı	3
1.1.2. Hukuki niteliği.....	5
1.1.3. Kapsamı	7
1.1.3.1. Çocuğun soyadı	7
1.1.3.2 Çocuğun yerleşim yeri	9
1.1.3.3. Çocuğun yetiştirilmesi	10
1.2. Velayet Hakkına Hâkim Olan İlkeler	11
1.2.1. Çocuğun üstün yararı (menfaati) ilkesi	11
1.2.2. Çocuğun görüşünün dikkate alınması ilkesi	13
1.2.3. Ölçülülük ilkesi	15
1.2.4. Orantılılık ilkesi	15
1.2.5. Tamamlayıcılık ilkesi.....	16
1.2.6. Re’sen araştırma ilkesi	16
1.3. Velayet Hakkının Kullanılması.....	17
1.3.1. Evlilik dışında doğan çocuklara ilişkin velayetin kullanılması	17
1.3.2. Evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin velayetin kullanılması.....	18
1.3.3. Birlikte yaşama ara verilmesi halinde çocuğun velayetinin kullanılması	19

1.3.4. Ayrılık halinde çocuğun velayetinin kullanılması.....	20
1.3.5. Anne veya babadan birinin ölümü halinde çocuğun velayetinin kullanılması	21
1.3.6. Evliliğin butlanı halinde çocuğun velayetinin kullanılması	22
1.3.7. Boşanma halinde çocuğun velayet hakkının kullanılması	23
1.4. Velayet Hakkının Kaldırılması	25
1.5. Velayetin Değiştirilmesi	29
İKİNCİ BÖLÜM.....	31
1. IRAK HUKUK SİSTEMİNDE (IRAK KİŞİSEL DURUM KANUNU) VELAYET KAVRAMI	31
2.1. Irak Hukuk Sisteminde Velayet	31
2.1.1. Velayetin tanımı	35
2.1.2. Velayet kavramı	40
2.1.3 Hukuki niteliği.....	43
2.1.4. Velayet süresi.....	46
2.1.5. Çocuğun ihtiyaçlarını karşılamak.....	50
2.2. Velayetin Genel Şartları	56
2.2.1. Buluş (erginlik)	56
2.2.2. Bilinç (akli dengesinin yerinde olması)	57
2.2.3. Güven	58
2.2.4. Velayet için yeterlilik	59
2.2.5. Din birliği (islam)	60
2.2.6. Çocuğu yurt dışına çıkaramama	60
2.3. Velayet Hakkı Sahipliğinin İhlali.....	61
2.3.1. Velayet hakkı sahibinin çocuğu koruyamamasından doğan sonuçlar	61
2.3.2.Mahkeme makamları tarafından çıkan kararı ihlal etmesi nedeniyle velayet hakkına sahip kişiye ilişkin sonuçlar	65
2.3.3. Mahkeme makamları tarafından çıkan görüşe götürme kararını ihlal etmesi nedeniyle velayet hakkına sahip kişiye ilişkin doğan sonuçlar	66
2.4. Velayetin Geçmesi	67

2.5. Velayetin Geri Kazanılması.....	69
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	70
3. TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA VE IRAK KİŞİSEL DURUM	
KANUNUNDA VELAYET HAKKINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER....	70
3.1. Velayetin Tanımı	70
3.2. Velayetin Hukuki Niteliği	72
3.3 Velayetin Özellikleri.....	74
3.2. Türk Medeni Kanunu ve Irak Kişisel Durum Kanunu’nda Velayet	
İlişkinin Taraflarının Karşılaştırılması	80
3.2.1 Velayete sahip olanlar	80
3.2.1.1 Anne ve babanın durumu.....	81
3.2.1.2. Anne ve baba dışındaki kişilerin durumu	83
3.3. Velayete Tabi Olanlar	84
3.3.1. Çocuk mallarının kullanılması	85
3.3.2. Çocuk mallarının korunması.....	87
3.4. Türk Medeni Hukuku ve Irak Kişisel Durum Kanununda Velayet	
İlişkinin Sona Erdiren Sebeplerin Karşılaştırılması.....	91
3.4.1 Velayetin kanundan dolayı sona ermesi	92
3.4.2 Velayetin mahkeme kararıyla sona ermesi	94
SONUÇ.....	96
KAYNAKÇA.....	100
ÖZGEÇMİŞ	117

KISALTMALAR LISTESİ

AIHS:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY:	Anayasa
BMÇHS:	Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
ÇBK:	Çocukların Bakımı Kanunu
ÇHKIAS:	Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi
ÇHS:	Çocuk Hakları Sözleşmesi
ÇKK:	Çocuk Koruma Kanunu
I.C. :	Irak Cumhuriyeti
ICK:	Irak Ceza Kanunu
IÇYK:	Irak Çocuk Yetiştirme Kanunu
IKBY:	Irak Kuzey Bölgesel Yönetimi
IKDK:	Irak Kişisel Durum Kanunu
IMK:	Irak Medeni Kanunları
IYK:	Irak Yürütme Kanunu
T.C. :	Türkiye Cumhuriyeti
TMK:	Türk Medeni Kanunu
ÜKDK:	Ürdün Kişisel Durum Kanunu
VMHKT:	Vesayet ve Miras Hükümlerinin Kullanılmasına İlişkin Tüzük

GİRİŞ

Aile kurumuna, milletin esas olmasý sebebiyle bütün hukuk düzenleri tarafından büyük önem verilmiştir. Aile kurmanın en önemli sonuçlarından biri çocuktur. Çocuğun, toplumun istikbali olması yüzünden gerek kendisi gerekse toplum için özenle yetiştirilmesi gerekir. Çocuk, başta bir insan sonra toplumun geleceğı 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, çocukların korunması için gereken her türlü tedbiri almak ve teşkilatı kurmak zorundadır. Aile ise çocuğun yetiştirilmesi konusunda en önemli araca, velayete hakkına sahiptir. Bu noktada çocuk ile anne ve 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, ehliyete, 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 çözölme ihtimali daha yüksektir. Çalışmamızın konusu, bu şartları karşılayan çözüm yolunun incelenmesi bakımından önemlidir.

İşbu soruna çözüm olmak üzere, Türk ve Irak hukuk 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 anne ve 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.

Çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır: Birinci bölüm, 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,

Çalışmanın ikinci bölümü Irak Kişisel Durum Kanunu'nda 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. Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde, buraya kadar yer verilen tüm hususlar bakımından Türk ve Irak hukukunun velayete ilişkin hükümleri karşılaştırılarak ele alınmıştır. Çalışma boyunca yer verilen kanun maddeleri, mahkeme içtihatları, medeni hukuk öğretisi, Hanefî hukuku ve diğer mezheplerin görüşleri ışığında konunun özünden ayrılmadan benzerlikler ve farklılıklar açıklanmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

1.TÜRK HUKUKUNDA VELAYET KAVRAMI

1.1.Velayet Hakkı

1.1.1. Tanımı

4722 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) velayet kavramı net olarak tanımlanmamıştır. Çocuğun yetiştirilmesi ve eğitimi sırasında aileyi ve üçüncü kişileri olası tehditlerden korumak ve vasiinin sorumluluklarını kontrol altına almak amacıyla kanun koyucu velayet haklarının kapsamı ve sona ermesine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir¹. Elbette çocukları olası tehlikelerden korumak sadece çocuğun ailesinin sorunu değildir. Çocukların güvenliğinin sağlanması toplum ve devlet için acil bir konu haline gelmiştir². Anne ve baba sevgisine ve bakımına ihtiyaç duyan, etrafındaki tehlikeyi hissedemeyen çocuğu korumak ve ona güvenli bir yaşam hakkı vermek, velayet hakkı sahibi anne ve baba sorumluluğundadır³. Velayet hakkı, çocuğun doğumu, kişiliği ve anne ve baba arasındaki doğal ilişki sonucunda ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla velayet hakkının, çocuğun annesi ve babasına ait olduğu söylenebilir⁴. Ayrıca Almanya ve İngiltere'de olduğu gibi İsviçre hukuku ve Fransız hukukunda da velayet hakkına ilişkin önemli düzenlemeler yer almaktadır.

Velayet hakkı, reşit olmayanların kişilik ve mülkiyet haklarının korunması amacıyla kanunla anne ve babaya tanınan hak ve görevlerin toplamıdır⁵. Velayet hakkı genel olarak anne ve babanın küçüklerin ve bazı özel durumlarda sınırlı ehliyetsiz yetişkinlerin temsili ve korunmasına ilişkin hakları ve sorumlulukları olarak tanımlanabilir⁶.

¹Erlüle, Fulya (2019). İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Yetkin Yayınları, Ankara. s. 81.

²Serozan, Rona (2017). Çocuk Hukuku, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul. s. 26-27

³Baktır, Selma (2003). Aile Mahkemeleri, Yetkin Yayınları, Ankara. s. 158.

⁴Zevkliler, Aydın/Ertaş, Şeref/Havutçu, Ayşe/Acabey,M.Beşir/Gürpınar, Damla (2018).Yeni Medeni Kanun'a Göre Medeni Hukuk, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara. s. 350

⁵Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya (2019). Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, 21.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul. s. 406 vd; İnan, Ali Naim (2014). Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara. s. 277

⁶Özdemir, Hayrunnisa/Ruhi Cemal Ahmet (2016). Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul. s. 983

TMK m. 335. maddeye göre reşit olmayan çocuk ebeveyn bakımı altındadır. Ancak bazı özel durumlarda örneğin TMK m. 335/2'ye göre hâkim, erginlik çağına ulaşmış olsa dahi, sınırlamalar nedeniyle çocuğun ana ve babasının velayetinde kalmasına karar verebilir⁷. Velayet hakkına sahip olmayan yetişkin bir kişi, ailesinin tanımadığı üçüncü bir kişi veya sınırlı bir vatandaş, vasi atamasına gerek kalmaksızın hâkimin kararı ile vasi tayin edilebilir⁸. Yetişkinler kendilerini sınırlı bir kişiye emanet edilmiş ve anne ve babanın bakımına bırakılmış gibi hissederler⁹. Burada önemli olan husus, kısıtlı olan çocukların anne-babaları velayet görevini devam ettirebilir (TMK m. 419/III). Zira kısıtlı olan çocukların üstün yararını korumak için, velayet hakkının yaş sebebiyle sona ermesiyle vasi olarak üçüncü kişileri tayin etmek yerine, onları en iyi tanıyan ve ihtiyaçlarını en iyi bilen anne-babalarının velayet hakkını devam ettirmesi daha uygun olmaktadır¹⁰.

Günümüz modern hukuk sisteminde vesayet kavramı Roma dönemindeki vesayet anlayışından uzaklaşmış, aile reisine aile üyeleri üzerinde sınırsız yetki tanınmıştır. Velayet artık anne ve babaya doğumdan itibaren tanınan sınırsız bir hak değildir¹¹.

⁷Baygın, Cem (2010). Soybağı Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.s.260

⁸Hatemi, Hüseyin (2019). Aile Hukuku,7.Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.s.183

⁹Akyüz, Emine (2018). Çocuk Hukuku, 6. Baskı, Pegem Akademi, Ankara. s. 22

¹⁰Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper (2019). Türk Özel Hukuku, Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul. s. 357

¹¹Usta, Sevgi (2016). Velayet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul. s. 29

1.1.2. Hukuki niteliği

Velayet, anne ve baba tarafından herkese karşı ileri sürülebilecek mutlak bir haktır. Velayet hakkı mutlak bir hak olarak kabul edildiğinden velayet hakkına dayanarak velayet hakkının tamamının herhangi bir sebep olmadığı takdirde anne veya babadan alınması mümkün değildir. Velayet hakkının temsil ettiği mutlak hak kavramı, suç işleyen kişiye karşı ileri sürülebilecek bir hak olan mutlak mülkiyet hakkı kavramından farklı anlaşılmalıdır¹². Ancak velayet kapsamına bakıldığında velayet hakkını egemenlik hakkı olarak tanımlayanlar da bulunmaktadır. Çünkü yeni velayet anlayışına göre velayet hakkı, kişinin tüm haklarından yararlanması anlamına gelmemekte, en iyi olma ve çocuğun sağlıklı bir insan olarak gelişmesi ilkesine göre gerekli desteğin sağlanması anlamına gelmektedir. Serozan'a göre velayet hakkı mülkiyet hakkı statüsünün dışında değerlendirilmelidir. Çocuk bir nesne olmadığı için çocuğun hakları tam olarak belirlenemez. Öte yandan velayet çocuğun yararına oluşturulmakta ve ebeveynlik sorumlulukları yaratılmaktadır. Yani velayet hakkı anne ve babaya devredilmemektedir¹³.

Velayet hakkı en önemli insan haklarından biridir. Bu hak bireysel bir hak olduğundan kanuni sözleşmeyle başkalarına devredilemez. Ayrıca velayet hakkına sahip kişi veya kişilerin ölümü halinde bu hak, ölen kişinin mirasçılara da geçemez¹⁴. Genel bir kural olarak anne ve baba velayetten kısmen veya tamamen vazgeçemez. Ancak anne ve baba çocuklarına karşı yükümlülüklerini yerine getiremeyecekleri kanıtlanırsa, TMK m. 348/I maddesine göre diğer ebeveynin velayetinin kaldırılması ve çocuk hakkında gerekli koruyucu tedbirlerin alınması için mahkemeye başvurulabilir¹⁵.

Velayet altındaki çocuğun bir süre yaşamak için başka yere gönderilmesi durumunda vesayet haklarına ilişkin bazı görevlerin yalnızca o kişi veya kuruluşa bırakılacağı ve belirli bir süre ile sınırlı olacağı belirtilmektedir¹⁶. Kanaatimizce velayet meselesi bağlamında çocuğun güvenliğinden ve tehlikelerden korunmasından anne ve babanın sorumlu olması, çocuğun velayet ve eğitim hakkından mahrum bırakılması

¹²Serdar, İlknur (2008). “Birlikte Velayet”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, İzmir. s. 156

¹³Serozan (2017). **a.g.k.s.** 146.

¹⁴Görgeç, Başak (2011). Türk Medeni Kanunu’nda Velayet Hükümleri ve Özellikle Çocuğun Korunması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul. s. 12.

¹⁵Kahraman, Süheyla (2019) Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velayet, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul. s. 9.

¹⁶Hatemi / Kalkan Oğuztürk (2016). **a.g.k.s.** 5.

olarak değerlendirilmemelidir¹⁷.

Velayet hakları geçici haklar olarak tanımlanmaktadır. Çünkü bilişsel yeteneği olan bir çocuk 18 yaşını doldurduğunda velayet hakkı kendiliğinden sona ermektedir. Ayrıca anne ve baba rızasıyla anne ve baba ve mahkeme kararıyla reşit olma yaşına ulaşan 18 yaşını doldurmamış çocukların velayet hakları, reşit olma yaşına ulaşmış olsalar bile mahkeme kararına tabidir. Velayetle ilgili bir diğer husus ise boşanma halinde hâkimin velayeti verdiği tarafın velayet yardımından yararlanması gerektiğidir. Bu nedenle veli, velayeti üçüncü bir kişiye bırakamaz. Kanaatimizce, çocuğun belirli bir süre babaannenin bakımına bırakılması, ihtiyaçlarının vasi gibi üçüncü bir kişinin bakımında karşılanması gibi durumlar, velayet hakkı olarak değerlendirilemez¹⁸.

Bir anne ve baba mahkemeye velayet hakkını kullanmak istemediğini söylediğinde çocuğun velayet hakkı ne olur? Kanuna göre hâkim belirli bir davayı değerlendirerek, kararının iptaline veya değiştirilmesine karar vermektedir. Bunun için çocuğun yüksek yararı ilkesi dikkate alınır. Ancak kanunda anne ve baba velayet haklarını kullanmak istemediklerini hâkime bildirmelerine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda velayeti almak istemediğini beyan eden anne veya babanın velayet haklarının devamı, çocuğun menfaatlerine aykırı sonuçlar doğuracaktır. Bir ebeveynin gönüllü olarak çocuğun velayetini alamayacağı doktrininin bu özel durumu, bir ebeveynin velayeti reddedemeyeceği kuralından ayrılmalıdır. Kanaatimizce, hâkim kararı olmadan yukarıdaki imkândan yararlanılamaz ve dolayısıyla önleyici tedbir alınamaz¹⁹.

İki tür velayet hakkı olduğu söylenebilir. Birincisi yasal velayet, ikincisi ise adli velayettir. Yasal velayet, doğumda anne veya babaya verilir ve evli olmayan çiftler de evlendiklerinde velayeti devredebilirler²⁰. Hâkim tarafından belirlenen adli velayet ise, boşanma, ayrılık veya evlilik dışı çocuk doğurma durumlarında, velayetin anne ve baba birine veya her ikisine verilmesi şeklinde düzenlenir.²¹

Velayet hakkı mutlak ve bölünmezdir. Diğer bir deyişle velayet hakkı ve bu hakka

¹⁷Hatemi, Hüseyin / Kalkan Oğuztürk, Burcu (2016). Aile Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul. s. 5

¹⁸Dural / Ögüz / Gümüş (2019). a.g.k. s. 359.

¹⁹Öztan, Bilge (1983) Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 474, Çağ Matbaası, Ankara. s. 368-369.

²⁰Karaca, Hilal (2015) Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara. s. 21.

²¹Gülgösteren, Zeynep Ayza (2017). “Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet” Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2. s. 161.

bağlı velayet görevleri de bölünmezdir²². Evliliğin sona ermesinden sonra taraflardan birinin velayet hakkına sahip olacağını, diğer taraf ile çocuk arasında kişisel bir ilişkinin varlığının velayetin paylaşıldığı anlamına gelmediğini belirtmek gerekir. Evlilikte anne ve babanın ortak velayet hakkı, anne ve babaya ait bağımsız bir haktır ve anne ve babaya ayrı ayrı verilmiştir. Bu nedenle velayet hakkının kullanılmasında anne ve babanın sorumluluklarının bölünmesi mümkün değildir²³.

1.1.3. Kapsamı

Velayet hakkının kapsamının, anne ve babanın çocuğun bedeni ve mallarına ilişkin hak ve yükümlülüklerinden oluştuğu anlaşılmaktadır²⁴. TMK m. 339 vd. velayet haklarının kapsamını tanımlar. Bu maddelerden anlaşılacağı üzere velayetin kapsamı, bakım altındaki çocuğun beden ve mallarına ilişkin hak ve yükümlülüklerden oluşmaktadır²⁵. TMK m. 339/T'e göre velisi, çocuğun bakımı, ihtiyaçları ve eğitimi ile ilgili kararları çocuğun yararlarını dikkate almak ve bu kararları uygulamakla yükümlüdür. Anne ve baba çocukların yetişkinlerin hayatta kalması için gerekli olan çevreye yönelik eğitim, farkındalık, davranış ve tutum geliştirmelerine yardımcı olmalıdır²⁶. Öte yandan anne ve baba çocuklarının fikirlerini dikkate alarak onların ilgilerine ve olgunluklarına göre hayatlarını tasarlamalarına izin verirler²⁷.

1.1.3.1. Çocuğun soyadı

TMK m. 187'e göre evli kadın kocasının soyadını alır. Anne ve babanın evlilik sırasında çocuğu varsa, çocuğa Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre doğum anında bir soyadı verilir. Anne ve babası evliyse TMK m. 321'e göre çocuk, aile soyadını alır. Soyadı Kanunu hükümlerine göre çocuğun doğumdan sonra bir ad ve soyadına sahip olması onun kişisel hakkıdır. TMK m. 321'e göre evlilik içinde doğan çocuğun, babanın

²²Ruhi, Ahmet Cemal (2014). "Türk Hukuku'nda Velayet ve Velayet ile ilgili Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizi", Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 90, İstanbul. s. 19.

²³Kılıçoğlu, Ahmet M (2018). Aile Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ocak 2019, s. 503-506.

²⁴Erbek Odabaşı, Özge, "Çocuğun Soyadı", Aile Hukuku Sempozyumu Bildiri Özetleri, İzmir Medeni Hukuk Günleri-II, 27-28 Nisan, İzmir. s. 53.

²⁵TMK m. 339/III

²⁶TMK m. 21

²⁷Yıldırım, Abdulkerim (2018). Türk Aile Hukuku, 2.Baskı, Monopol Yayınları, Ankara. s.158.

soyadını alacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmaktadır.

Evlilik dışı doğan çocuklara, toplumda kadın-erkek eşitsizliği yaratmak amacıyla değil, üçüncü kişilere çocuğun hangi aileye ait olduğunu bildirmek amacıyla soyadı verilmektedir. Velayet altındaki çocuğun soyadı, babanın soyadı değil, çocuğun kişilik haklarıyla bağlantılı soyadının temsilidir. Bir eşin evlilik sona erdiğinde kocasının soyadını yanına almak istememesi doğaldır. Ancak bu evlilikten doğacak müşterek çocuğun soyadı farklı olacağı için soyadının değiştirilmesi uygun değildir. Soyadı değişikliğinin bir nedeni olması gerekir. Çocuğun soyadını değiştirmenin çocuğun yüksek yararına olduğu kanıtlanmadıkça, çocuğa tam anne ve baba yetkisine dayanarak çocuğun soyadını değiştirme hakkı verilmemelidir. Bu durumda anne ve babanın velayet çerçevesinde çocuğun mevcut adını ve soyadını sonradan değiştirebileceği sonucuna varılamaz.

İsviçre’de aile hukuku revizyonu gerçekleşmeden önce evlilik dışı doğan çocuğun, annesinin soyadını kullanacağı kabul edilmişti. Daha sonra iç hukuk sistemlerinde ortak velayetin kabul edilmesi ve bu hakkın evlilik dışı çocuk sahibi olan anne ve babalara tanınması soyadı konusundaki görüşleri de etkilemiştir. Evlilik dışı doğan çocuğun doğumundan sonra anne ve babanın ortak velayet taleplerinin kabul edilmesi itibarıyla bir yıl içerisinde, aralarında anlaşan anne ve babanın nüfus müdürlüğüne giderek çocuğun hangi soyadını taşıyacağı konusunda bildirimde bulunması gerekmektedir. Karar verilen soyadı aynı anne ve baba ileride doğacak olan çocukları da kapsamaktadır²⁸.

Velayet sahibi anne ya da babanın soyadının değişmesinin sonuçlarını anlayamayacak yaşta olan bir çocuğun soyadını değiştirmeyi mahkemeden talep etmesi halinde, soyadı değişikliği çocuğun üstün yararını sağlamayacaksa bu yöndeki talepler kabul edilmemelidir. Velayet davaları mevcut koşulların değişmesi halinde birden fazla kez açılabilen davalar olduğundan, zamanla velayet sahibinin değişebileceği dikkate alınarak, soyadının değiştirilmesine ilişkin talepler, velayet sorumluluğunun kötüye kullanılması gerekçesiyle reddedilmelidir. Aksi takdirde velayet sahibinin tekrardan değişmesi halinde, çocuğun soyadının değiştirilmesi talebi de tekrarlanacak ve mahkeme

²⁸Öcal Apaydın, Bahar (2016). “İsviçre Medeni Kanunu’nun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 145-146, Eylül-Ekim. s. 654.

bir ebeveynin talebini kabul edip diğer ebeveynin talebini kabul etmediğinde eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu olacaktır. Başka bir deyişle soyadı hakkı kanunen herkese tanınan bir hak olup ergen kişilerin soyadını değiştirmek için mahkemeye başvurma hakkı bulunmaktadır. Kişi ergin olduktan sonra kendi talebi ile aile soyadını, evlilik dışı doğmuş ise annesinin aile soyadını veyahut evli ise evlilik nedeniyle kullandığı kocasının aile soyadını değiştirmeyi talep edebileceği gibi her iki soyadını da taşımayı talep edebilir. Ancak ergen olmayan bir çocuğun soyadı, çocuğun üstün yararı söz konusu değilse değiştirilmemelidir. Zira velayet hakkının egemenlik hakkı olmaktan çıkıp sorumluluk ve yetki olduğunun kabul edildiği şu dönemde, sırf velayet sahibi anne ya da babanın soyadının değişmesi doğrultusunda istekleri bulunduğu için velayet altındaki çocukların soyadı hakları konusunda değişikliğin gerçekleşmemesi gerektiği kanaatindeyiz²⁹.

Çocuğun ismi konusunda bir anlaşmazlık varsa, anne ve baba mahkemeye gittiğinde, anlaşmazlık hâkimin müdahalesiyle çözüme kavuşturulmaktadır. Geleneksel ailelerde evin büyükleri yeni doğan çocuklara aile büyüklerinin isimlerinin verilmesini isterler. Hâkimin çocuk adına kararlara müdahale etmesi ve taraflar arasında arabuluculuk yapması da aile büyüklerinin çocuğun ismi konusunda oy çokluğuyla karar vermesinden farklı değildir. Bu nedenle hâkimin uyuşmazlığa katılması oldukça önemlidir. Sonuç olarak, mahkeme kararıyla verilen her velayet anlaşmazlığı bir üçüncü taraf müdahalesi olarak değerlendirilmelidir³⁰.

1.1.3.2 Çocuğun yerleşim yeri

Genel kural olarak çocuğun yerleşim yerinin anne ve babanın yerleşim yeri olduğunu söyleyebiliriz. Çocuğun velayet hakkı, anne ve baba birinde bulunuyorsa, anne veya baba yerleşim yerinin çocuğun yasal yerleşim yeridir. Ancak velayet hakkının kaldırılması ve çocuğun vasisinin bulunması halinde, çocuğun yerleşim yeri, vesayet kurumunun bulunduğu yer olarak belirlenir³¹.

²⁹Özdemir / Ruhi (2016). **a.g.k.s.** 985.

³⁰Akıntürk/Ateş (2019). **a.g.k.s.**413.

³¹Akıntürk/Ateş (2019). **a.g.k.s.**412.

1.1.3.3. Çocuğun yetiştirilmesi

Çocuk yetiştirmek anne ve babanın sorumluluğundadır. "Çocuk yetiştirme" terimi, çocukların eğitimini de kapsayacak şekilde daha geniş bir bağlamda ele alınmalıdır. Burada bahsedilen görev, çocuğa sadece mesleki eğitim verme görevi olmayıp, anne ve babanın çocuğa dini eğitim ve öğretimi sağlama ve bu süre zarfında çocuğa gerekli özen ve çabayı gösterme görevini de yerine getirmesi gerekmektedir.

Çocuğun dini eğitimi konusunda anne ve baba arasında anlaşmazlık olması durumunda taraflar mahkemeye başvurulabilir. TMK m. 341/I'e göre çocuğun velayet süresi boyunca din eğitimi verme hakkı anne ve babaya aittir. Çocuğun velayetinin tek kişiye verilmesi halinde, velayeti alan kişi, anne ve babanın aile durumunu da dikkate alarak çocuğu kendi inancına göre yetiştirebilir³².

Bu açıdan bakıldığında evlilik dışı doğan çocuğun velayet hakkı taraflara tanınmamakta olup, bu durumda velayete hak kazanan kişinin eğitiminin belirlenmesi ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu, çocuğun isteği üzerine çocukla kişisel ilişkisi olan anne ve babaya danışılmadan yapılır. Velayet hakkı bulunmayan boşanmış eşler, çocuğun din eğitimine müdahale edemez. Çocuğun anne ve babası boşanması durumunda, ortak çocukların tüm hakları anne ve baba birine devredilir.

TMK m. 328/I'e göre, çocukların reşit olana kadar bakım ve masraflarından anne ve baba sorumludur. Anne ve baba biri çocuğun bakım ve masraflarını ödemeyi reddederse, çocuk nafaka talep etme hakkına sahiptir. TMK m. 329'e göre mahkemeye nafaka talebinde bulunulabileceği gibi nafaka ve masraflar her iki ebeveyninden de tahsil edilebilir³³.

³²Baktır (2003). **a.g.k.** s.166.

³³Özüğür, Ali İhsan (2002). Velâyet – Vesayet – Soybağı ve Evlât Edinme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara. s. 364.

1.2. Velayet Hakkına Hâkim Olan İlkeler

1.2.1. Çocuğun üstün yararı (menfaati) ilkesi

Çocuğun yüksek yararına yani çocuğun yüksek yararına saygı gösterilmesi ilkesi kanunda veya uluslararası sözleşmelerde açıkça tanımlanmamıştır. Bu ilkeyi en iyi şekilde açıklamak amacıyla özellikle velayet davalarında ve çocuğun menfaatlerinin korunmasında dikkate alınması gereken bazı kriterler belirlenmiştir. Sadece Kıta Avrupası Hukuk Sistemleri'nde değil, diğer hukuk sistemlerinde de çocuğun yüksek yararına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, 1970 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Evlilik ve Boşanma Yasası çocuğun yüksek yararı kriterlerini tanımlamaktadır. Buna göre tarafların duygusal ve fiziksel sağlığı, tarafların tercihleri, çocuğun okul ve sosyal hayatındaki değişiklikler, bunlara uyum gibi kriterler bulunmaktadır.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, çocuklar hakkında karar verirken devletin, mahkemelerin ve ailelerin, kanunların öngördüğü kriterler ne olursa olsun çocuğun çıkarlarını dikkate alması gerektiğidir. Çünkü velayet hakkı kapsamında velayet sınırları çocuk haklarına saygı ilkesine göre belirlenmektedir. Velayet uyuşmazlığında çocuğun haklarına saygı gösterilmesi ilkesine bağlı kalmak yeterli olmayıp, çocuğun sağlıklı bir birey olarak yetiştirilmesi sürecinde de kararların bu ilkeye göre verilmesi gerekmektedir. Ancak boşanmak istenildiğinde çocuk varsa velayet hakkının kime verileceğini belirlerken çocukların çıkarlarını göz önünde bulundurmak önemlidir. Bu prensibi dikkate almadan çocuk hakkında karar vermek mümkün değildir³⁴.

Çocuk haklarına saygı ilkesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde (BMÇHS) yer almaktadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 3 hükümleri doktrinde çocuk haklarının temel kanunu olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle BMÇHS m. 3'ün içeriğine bakıldığında, taraf devletler, iç hukuklarında ilkenin uygulanmasına ilişkin bir hüküm bulunmasa dahi, antlaşmayı tanımakla yükümlüdürler. Bu nedenle çocuk haklarına saygı ilkesinin otomatik olarak uygulanacağını altı çizilmelidir. Türk hukuk sisteminde T.C Anayasası m. 90'a göre, usulüne uygun olarak tanınan milletlerarası

³⁴Öztürkmen İcan, Yeşim (2015). Hâkimin Takdir Yetkisinin Velayete İlişkin Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Samsun. s. 85.

anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunun sonucunda çocuğun yüksek yararı ilkesi iç mevzuatta kendine yer bulmaktadır³⁵.

Çocuğun velayetinin anne veya babaya verilip verilmemesi konusu, uzman görüşleri, tarafların sosyo-ekonomik durumu, eğitim durumu, eğitim durumu gibi pek çok faktöre göre psikolog ve eğitimcilerin iş birliğiyle değerlendirilmelidir. Geçmişte, yukarıda belirtilen şartlara bakılmaksızın çocuğa kimin bakacağına karar veren hakimler, çocuğun yalnızca cinsiyetini ve yaşını dikkate alarak annenin mi yoksa babanın mı gözüaltında tutulacağına karar vermekteydi³⁶. Velayete karar verirken hakimler, velayet görevini hangi anne ve baba en iyi şekilde yerine getireceğini dikkatle değerlendirmelidir. Bu değerlendirmede çocuğun büyümesi, eğitimi, barınması, beslenmesi, tedavisi ve korunma ihtiyaçları dikkate alınır. Çocuğun yüksek yararı ilkesi, hâkim açısından bu değerlendirmelerin sınırlarını olayın olgularına göre belirlemektedir. Hâkim, velayet altındaki çocuğun cinsiyeti, yaşı, ailesi, sosyal çevresi, fiziki ve zihinsel yapısı gibi pek çok kriteri dikkate alarak takdirine göre karar verecektir.³⁷.

Yargıtay'a göre velayet hakkının belirlenmesinde çocuğun yaşı, önemli bir kriterdir. Küçük bir çocuğu yetiştirecek ve ona bakacak en iyi kişinin anne olduğunu hatırlayarak, annenin ilgisine ve bakımına ihtiyacı olan çocuğu bakıma alıp anneye vermek çocuğun yararınadır. Yargıtay, bir kararında çocuğun menfaatleri dikkate alınarak doğrudan bakıma ve sevgiye ihtiyacı olan çocukların annelerine verilmesi gerektiğini ifade etmiştir³⁸.

TMK m. 339'a göre, anne ve babalar çocuğun bakım ve eğitimi konularında çocuğun üstün yararı doğrultusunda karar verecektir. Ayrıca velayet hakkı sahibi anne ya da babanın hakkının sınırlılığı yine çocuğun üstün yararı ilkesi belirlemektedir. Öte yandan çocuğun üstün yararı ilkesini yalnızca velayet hakkının kullanımını sınırlayan bir ilke olarak dar anlamda yorumlamak doğru olmayacaktır. Hem velayet davalarında hem de çocuklarla ilgili çıkacak tüm uyuşmazlıklarda çocuğun üstün yararı ilkesi, mahkemeler

³⁵Koçhisarlıoğlu, Cem (2004). Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara. s. 203.

³⁶Y. 2HD., 23.02.2012, 2268/3707. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2012-2268-k-2012-3707-t-23-2-2012> E. T: 22.02.2023

³⁷Öztürkmen İcan (2005). **a.g.k.s.** 72.

³⁸Y. 2HD., 18.04.2016, 2518/7769. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2016-2518-k-2016-7769-t-18-4-2016> E. T: 22.02.2023.

tarafından dikkate alınması gereken bir ilkedir. TMK m. 339'un ilkeye doğrudan yer vermemiş olmasına rağmen, kanunda çocuğun üstün yararına hiç yer verilmediği şeklinde yapılan olumsuz yorumlar da yerinde değildir. Zira BMÇHS m. 3'ü incelediğimizde sözleşmede dar anlamda ilkeye yer verildiği ancak detaya girilmediği açıkça görülmektedir. Bu nedenle TMK m. 339 hükmünde her ne kadar ayrıntılara yer verilmemişse de çocuğun üstün yararına değinildiği kanaatindeyiz³⁹.

1.2.2. Çocuğun görüşünün dikkate alınması ilkesi

Çocuğun görüşünün dikkate alınması ilkesi uluslararası sözleşmelere dayanmaktadır⁴⁰. Ayrıca bu ilke Çocuk Koruma Kanunu'na (ÇKK) da uygundur⁴¹. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi m. 12'ye göre çocukları ilgilendiren uyuşmazlıklarda yetişkin çocuğun görüşü aranmalıdır⁴². Çocuğun görüşünün dikkate alınmasının, çocuk haklarına saygı ilkesiyle ilgili olduğu da söylenebilir⁴³.

Velayet hakkının önemli ilkelerinden biri olan çocuğun görüşünün alınması ilkesi aynı zamanda katılım hakkı olarak da anlaşılmalıdır. Bu ilkeye göre hakim, ayırt etme gücüne sahip çocuğun mahkemede fikrini ifade etmesine izin verir⁴⁴. Velayet kararı verirken hâkimin, velayet görüşü alan yetişkin çocuğun görüşünü dikkate alması gerekmektedir. Yargıtay'ın bu konuyu karara bağlarken çocuk haklarına ilişkin uluslararası sözleşme hükümlerini de dikkate aldığı açıktır⁴⁵.

Bu ilkenin uygulama alanı mahkemelerle sınırlı değildir. Çocuğun eğitim ve yetiştirilmesiyle ilgiliyse ve çocuğun çıkarlarıyla çelişmiyorsa, anne ve baba de çocuğun istek ve görüşlerini dikkate alacaktır. Ancak çocuğun fikrini sormadan önce konu

³⁹Y.2HD.,20.02.2007,2045/2362.<http://bproxy.bahcesehir.edu.tr:2073/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2007-2045.htm&kw=2362#fm> E. T: 20.02.2023.

⁴⁰Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi için bknz.http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf E. T: 15.02.2023.

⁴¹Elçin Grassinger, Gülçin (2010). “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar”, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, 1. Cilt, İstanbul. s. 834.

⁴²Serdar (2008). **a.g.k.** s. 164.

⁴³Akyüz (2018). **a.g.k.** s. 227.

⁴⁴Yılmaz, Canan, “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, C. 35, S. 1, s. 114-115.

⁴⁵Y.2HD.,08.11.2005,12496/15273.<http://bproxy.bahcesehir.edu.tr:2073/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2005-12496.htm&kw=12496+15273#fm> E. T: 10.07.2023;

hakkında bilgi vermek, çocuğun fikrini ifade edebilmesi açısından iyi olur. Bunun önkoşulu çocuğun yaşananlar hakkında bilgilendirilmesidir. Çocukların fikirlerini özgürce ifade edebilmeleri için yaşlarına ve olgunluk düzeylerine uygun olarak konu hakkında gerekli destek ve bilgilendirme sağlanmalıdır. Bu prensibin tam anlamıyla uygulanabilmesi için çocuğu uyuşmazlık konusunda bilgilendirmek yeterli değildir, çocuğun kararı ve sonuçlarını desteklemesi gerekir⁴⁶.

Çocuğun görüşünün alınması ilkesi, çocuğun kendisini ilgilendiren konularda görüş belirtmesini gerektirmez. Dolayısıyla çocuk dilerse mahkemede görüşünü açıklamayı reddedebilir ve susma hakkını kullanabilir. Genel bir kural olarak çocuğun bakış açısının dikkate alınması gerektiğini kabul etsek de doktrinde istisnalar bulunmaktadır. Söylenenlerin çocuğu şok etmesi veya sarsması durumunda, çocuğun menfaati dikkate alınarak, çocuğun sözlerinin dinlenmemesi ilkesine uyulacaktır. Burada şu noktanın altı çizilmelidir. Çocuğun dinlenmesi yani görüşünün alınması ilkesinin hayata geçirilmesi çok önemlidir ancak bu ilke çocuğun yüksek yararı ilkesiyle çelişiyorsa uygulanması gereken bir usul kuralı olmaktan çıkmaktadır. Bu durumda çocukların haklarının korunması ve görüşlerinin alınması ilkesine bağlı kalarak, onlara baskı yapılmamasına ve çıkarlarına uygun olmayan sonuçlar doğurmamasına özen gösterilmelidir. Yargıtay, çocuğun görüşünü almayan yerel mahkeme kararının iptal edilerek kararın esasına alınması gerektiğine hükmetmektedir.⁴⁷ Öte yandan yerel mahkeme çocuğun görüşü ilkesini göz ardı ederek kararın iptalini kabul etmeyecektir ancak yerel mahkemenin bu istisnayı gerekçeli kararında açıkça yansıtması gerekmektedir.

Kural olarak çocuğun anlayabilecek yaşta olması halinde velayete ilişkin konularda çocuğun da görüşü alınır. Bir çocuğun fikirleri iki şekilde birleştirilebilir. O andaki çatışmanın niteliğine bağlı olarak çocuğun fikri doğrudan ya da mevcut kararı kabul edip etmediği sorulabilir. Bu gibi durumlarda da çocuğun dile getirdiği konu, çocuğun olgunluğuna göre değerlendirilmelidir⁴⁸.

⁴⁶Kahraman (2019). **a.g.k.** s. 43.

⁴⁷Akyüz (2018). **a.g.k.** s. 227.

⁴⁸Elçin Grassinger (2010). **a.g.k.** s. 100.

1.2.3. Ölçülülük ilkesi

Hâkim velayete karar verirken velayete ilişkin ilkelerden biri olan ölçülülük ilkesinin göz ardı edilmemesi gerekir. Ölçülülük ilkesine göre tehlikeye karşı alınacak tedbirlerin katlanılabilir olması gerekmektedir. Çünkü somut durum değerlendirilmeden çocuğa yönelik aşırı koruma önlemleri, anne ve baba ile çocuk arasında kutuplaşmaya neden olacak ve bu da çocuğun çıkarlarına zarar verecektir. Yine bu ilkeye göre, koruyucu tedbir almak üzere hâkime başvurmadan önce anne ve babanın, çocuğun çıkarlarına zarar veren tehlikeyi ortadan kaldırmaya çalışmış ancak tehlikeyi hiçbir şekilde ortadan kaldıramamış olmaları gerekir. Kısacası ailenin velayet altındaki çocuğa ilişkin son çare olarak hâkimin müdahalesini istemesi ve hâkimin koruyucu tedbir almaktan başka seçenek görmemiş olması gerekmektedir⁴⁹.

Ölçülülük ilkesine bağlılık, hâkimin çocuklara yönelik tedbirlerinin sınırlarını belirler. Mevcut durumda hâkim, gerekli tedbirlerin kapsamını belirler ve bu kapsamda tedbir alınmasına karar verir. Güvenli olmayan durumlarda tehlike ihtimali göz önüne alarak ek önlem alınamaz⁵⁰.

1.2.4. Orantılılık ilkesi

Orantılılık ilkesi, ölçülülük ilkesine benzemekle birlikte bir bakıma tamamen farklıdır. Orantılılık ilkesi TMK m. 346'da yer almaktadır. Orantılılık ilkesinin iki yönü vardır. TMK m. 346'ya göre hâkim, davanın koşullarını dikkate alarak çocuk açısından en iyi hareket tarzını belirlemelidir. Bu kararı takip eden ihtiyati tedbirler, tehlikeyi ortadan kaldıracabilecek nitelikte olmalıdır. Çocuğu tehlikeye sokan durumu ortadan kaldırmayan tedbirlerin alınması orantılılık ilkesine aykırı olacaktır. Çünkü küçük önlemler, ciddi tehditleri önlemeye yetmeyebilir. Bununla ilgili ikinci önemli husus ise hâkimin velayet görevini ihmal etmesi ve çocuğun menfaatlerinin tehlikede olduğuna inanması halinde, tehlike ortaya çıkmadan önce uygun tedbirleri alması gerektiğidir. Zira önleyici tedbirlerin zamanında alınmaması, gelecekte çocuğun sağlığını tehlikeye atabilecek ciddi sonuçlara yol açabilecektir⁵¹.

⁴⁹Kahraman (2019). **a.g.k.s.** 43.

⁵⁰Serdar (2008). **a.g.k.s.** 164.

⁵¹Elçin Grassinger (2010). **a.g.k.s.** 101.

1.2.5. Tamamlayıcılık ilkesi

Anne ve babanın velayet hakkından doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya yerine getirememesi halinde, bu eksikliklerin giderilmesinde Türk Medeni Kanunu'ndaki vesayet hükümleri uygulanacaktır. Anne ve babadan birinin, diğerinin velayet hakkını gereği gibi kullanmaması veya hâkimin gerekli önleyici tedbirleri almamasından kaynaklanan tehlikeyi ortadan kaldırarak çocuğu koruyabiliyorsa, hâkimin müdahalesine gerek yoktur. Dolayısıyla taraflardan birinin velayet görevlerini yerine getirmemesi durumunda bu durum diğer tarafın veya üçüncü bir kişinin alacağı tedbirlerle telafi edilebilecektir⁵².

1.2.6. Re'sen araştırma ilkesi

Boşanma davası devam ederken tarafların ortak çocukları varsa, davaya bakan hâkim, yargılama süresince çocuğun velayeti hakkında gerekli önlemleri alacaktır. Bu sayede yargılama sırasında çocuğun velayeti ve korunması ihmal edilmeyecektir. Hâkimin bu şekilde gerekli önlemleri alma görevi kamu düzeniyle ilgilidir. Bu nedenle boşanma davasında karar verilebilmesi için hâkimin öncelikle çocukların velayetini hangi tarafa vereceğini belirlemesi ve bu konuda düzenleme yapması gerekmektedir. Velayet sorunu çözülmeden boşanma kararı verilemez. Boşanma davasına karar verirken velayetin kimde olacağına ve fiziksel temasın ne zaman sağlanacağına hâkim re'sen karar verir. Re'sen araştırma ilkesi, boşanma hakiminin tarafların talebi olmaksızın velayet konusunu bağımsız olarak araştırmasıdır⁵³.

Re'sen araştırma ilkesinin ilk sonucu, velayet hakkına ilişkin tüm düzenlemelerin kamu düzeniyle ilgili olmasıdır. Bu durumda hâkim, tarafların sunduğu bilgi ve belgelerle sınırlı olmayıp, gerçekleri açıklığa kavuşturmak amacıyla re'sen yeni bilgi ve belgeler toplar. Re'sen araştırma ilkesinin bir diğer sonucu da ilgili tarafların özgürlüğünü kısıtlamasıdır. Böylece velayet davasında taraflar davayı mahkeme dışında kabul edemez, vazgeçemez veya uzlaşma sözleşmesi yapamazlar⁵⁴.

⁵²Genç can, Ömer Uğur (2015). Velayet Hukuku Yargıtay Uygulaması Bilimsel Açıklama-En Son İçtihatlar, Yetkin Yayınları, Ankara. s. 81-83.

⁵³Elçin Grassinger (2010). **a.g.k.s.**164.

⁵⁴Elçin Grassinger (2010). **a.g.k.s.**164.

1.3. Velayet Hakkının Kullanılması

Velayetin kullanılması hususu, kamu düzenine ilişkindir. Bu sebeple anne veya babanın bu konuda ayrıca bir talebi olup olmadığına bakılmaksızın, başkaca bir dava açılması beklenmeksizin, açılmış olan boşanma davasında bu konuda da bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu şekilde, velayet hakkında kısa sürede karar verilmesi mümkün olur ve bu durum da çocuğun yararına hizmet eder.

Eğer çocuk boşanma kararı verildikten sonra ancak kesinleşmeden önce doğmuş ise; çocuğun velayetinin velayet hususunun kamu düzeninden olması ve usul ekonomisi gereği bu dava kapsamı içinde değerlendirilerek belirlenmesi gerekir⁵⁵. Boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren üç yüz gün içinde yahut üç yüz gün geçse dahi evlilik sırasında hamile kalındığı ispatlanınca çocuk, kararın kesinleşmesinden sonra doğmuş ise; velayet hususunun kamu düzeninden olması sebebiyle hâkim kendiliğinden düzenleme yapabileceği gibi ayrı bir dava açılarak da bu hususta karar verilebilir⁵⁶.

1.3.1. Evlilik dışında doğan çocuklara ilişkin velayetin kullanılması

Çocuğun anne ve babasının resmi bir evlilik bağı olmaksızın dünyaya gelmiş olması, anne rahmine düşmesi ile doğması arasındaki süre zarfında anne ve babanın resmi evlilik yapmamış olması ya da çocuğun soy bağının düzeltilmemiş olması durumlarında çocuk, evlilik dışında dünyaya gelmiş kabul edilir⁵⁷. Doğum sırasında anne ve baba evli değilse, anne velayet hakkının doğumla kendiliğinden kazanır⁵⁸. Bu durumda velayet hakkına ilişkin bir talep yoksa düzenleme yapılmasına da gerek bulunmamaktadır⁵⁹. TMK m. 337 uyarınca; “anne ve baba evli değilse velayet anaya aittir. Anne küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa hâkim çocuğun menfaatine göre vasi atar veya velayeti babaya verir.” Annenin küçük, kısıtlı, ölmüş ya da velayeti kendisinden alınmış olması halinde velayetin babaya verilebilmesi için baba ile çocuk arasında tanıma

⁵⁵Hatemi (2019). (Aile Hukuku), **a.g.k.** s.183.

⁵⁶HMK’nın 30. maddesinde usul ekonomisi ilkesi düzenlenmiştir. Bu ilke uyarınca hâkim yargılamayı makul süre içinde yapmalı, düzenli bir biçimde yürütmeli, gereksiz gider yapılmamasını sağlamalıdır. Usul ekonomisine göre yargılama basit, hızlı ve ucuz olmalıdır. Yücel, s.100

⁵⁷Usta (2016). (Velayet Hukuku), **a.g.k.** s. 106.

⁵⁸Özdemir / Ruhi (2016). **a.g.k.** s. 984; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Acabey / Gürpınar, **a.g.k.** s. 350.

⁵⁹Serdar (2008). **a.g.k.** s. 164.

veya babalık davası yoluyla soy bağı ilişkisi kurulmuş olması gerekmektedir⁶⁰. Hâkim çocuğun yararı gereği bu durumda velayeti babaya verebileceği gibi çocuğa vasi tayini yoluna da gidebilir⁶¹. Annenin bu durumu ortadan kalktıktan sonra çocuğa vasi atanmışsa, velayet direkt anneye geçmekle birlikte, velayeti babaya verilmişse tekrar anneye verilmesi için hâkimin bu yönde karar vermesi gerekmektedir⁶².

Anne ve baba evli değilse velayet anneye aittir; boşanma kararı verildikten sonra dünyaya gelen çocuğun velayetinin belirlenmesi için de dava açılması gerekebilir⁶³. Doğumdan sonra anne ve baba evlenirse, velayet açısından evlilik birliği içinde doğmuş çocuklara ilişkin kurallar uygulanır, anne ve baba müştereken velayet hakkına sahip olur⁶⁴.

1.3.2. Evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin velayetin kullanılması

TMK m. 336'ya göre “*Evlilik devam ettiği sürece anne ve baba velayeti birlikte kullanırlar.*” Evli olan anne ve baba velayeti birlikte, müştereken kullanırlar⁶⁵. Velayet hakkının anne ve babanın her ikisine de tanınması, çocukları mümkün olan en üst düzeyde koruma amacına hizmet eder; her iki ebeveynin de birlikte velayet hakkına sahip olması durumunda çocukla ilgili konularda doğru kararlar alabilme ihtimali daha yüksek olmaktadır. Anne ve baba bu hakka kendiliğinden kavuşur, bir makamın bu konuda karar vermiş olmasına gerek bulunmamaktadır⁶⁶.

Anne ve babanın velayeti birlikte kullanmaları, anne ve babanın aynı anda, birlikte hareket etmeleri anlamına gelmemektedir, birbirlerinin açık yahut örtülü rızası ile tek başlarına hareket edebilirler⁶⁷. Evlilik birliği içinde anne ve baba, velayetin kullanılmasında birbirlerinden bağımsızdırlar⁶⁸. Anne ve baba bu konuda eşit haklara

⁶⁰Hatemi (2019). (Aile Hukuku), **a.g.k.s.** 183.

⁶¹Kılıçoğlu (2017). **a.g.k.s.** 497.

⁶²Y. 2HD., 04.12.2017, 26017/14036. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2016-26017-k-2017-14036-t-4-12-2017> E. T: 22.02.2023

⁶³Serdar (2008). **a.g.k.s.** 164.

⁶⁴Kılıçoğlu (2017). **a.g.k.s.** 497.

⁶⁵Altunkaya, Mehmet (2001). “Türk Özel Hukuku’nda Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuki Durumu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1-2. s. 393.

⁶⁶Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Acabey / Gürpınar (2018). **a.g.k.** s. 351.

⁶⁷Özüğür (2002). **a.g.k.s.** 356.

⁶⁸Serdar (2008). **a.g.k.** s. 164.

sahiptir, birbirlerinden öncelikleri ve birbirlerine üstünlükleri bulunmamaktadır⁶⁹. Anne veya babadan biri velayet hakkını ortaya çıkan bir fiili imkânsızlık sebebiyle kullanamayacak olması halinde, kullanabilecek durumda olan anne veya baba bu hakkı tek başına kullanabilir⁷⁰. Eğer durum acil değilse, velayet hakkını kullanan eş diğer eş i bilgilendirmeli ve onun görüşünü de almalıdır⁷¹.

1.3.3. Birlikte yaşama ara verilmesi halinde çocuğun velayetinin kullanılması

Birlikte yaşama ara verilmesi, evlilik birliğini korumaya yönelik düzenlenmiş bir tedbirdir⁷². TMK m. 197/1 uyarınca; *“Eşlerden her biri ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir.”* Ortak hayata ara verilmesi bir izne tabi değildir, mahkeme kararına gerek bulunmamaktadır⁷³. Bu aşamada eşler henüz boşanma davası açmamışlarsa, ayrı yaşamanın sonuçları konusunda da henüz bir ortak karar almamış olabilirler.

Eşler, hâkim tarafından bir boşanma ya da ayrılık kararı verilmemiş olsa da ayrı yaşama hakkına sahiptirler⁷⁴. Bunun sınırı olarak da eşlerden birinin ortak yaşama devam edilmesi sebebiyle kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin aile huzurunun ya da bunlardan birinin ciddi düzeyde tehlikeye düşmüş olma şartını düzenlemiştir⁷⁵. Eşlerin birlikte yaşama ara vermek için mahkeme kararına ihtiyaç duymamaları, hiçbir konuda mahkemeye başvurmayacakları anlamına gelmemektedir⁷⁶. Eşlerin ayrı yaşaması durumunda da müşterek çocuğun velayeti sorunu gündeme gelebilir⁷⁷. TMK m. 197/4 uyarınca *“Eşlerin ergin olmayan çocukları varsa hâkim ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre gereken önlemleri alır.”* Ortak yaşama son verilmesi, velayet hakkını kendiliğinden ortadan kaldırmaz⁷⁸. TMK m. 336/2’ye göre

⁶⁹Sezoran (2017). 255; Erlüle (2019). **a.g.k.** s. 153.

⁷⁰Erlüle (2019). **a.g.k.s.** 145-146.

⁷¹Kılıçoğlu (2017). **a.g.k.** s. 497.

⁷²Y.2HD.,11.11.1997,2353/12132.<http://bproxy.bahcesehir.edu.tr:2073/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-1997-12353.htm&kw=11.11.1997#fm> E. T:20.02.2023.

⁷³Y.2HD.,06.04.2016,4390/6934, <http://bproxy.bahcesehir.edu.tr:2073/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2016-4390.htm&kw=06.04.2016#fm> E. T: 20.02.2023

⁷⁴Kılıçoğlu (2017). **a.g.k.s.** 498.

⁷⁵Köle (2017). **a.g.k.s.** 142.

⁷⁶Özdemir / Ruhi (2016). **a.g.k.s.** 984.

⁷⁷Görgeç (2011). **a.g.k.s.** 23.

⁷⁸Gençcan (2015). **a.g.k.** s. 81-86.

eşler ortak hayata son verdiğinde velayet, anne veya babadan birine bırakabilir⁷⁹. Maddenin düzenlenme biçiminden, eşler ortak hayata son verdiğinde, velayetin anne veya babadan birine bırakılması ile birlikte anne ve babanın her ikisine birlikte de velayetin verilmesinin mümkün olabileceği anlamı çıkmaktadır⁸⁰.

1.3.4. Ayrılık halinde çocuğun velayetinin kullanılması

Ayrılık hali, birlikte yaşama ara verilmesinden farklı olarak hâkim kararı ile ortaya çıkan bir durumdur⁸¹. Mahkeme tarafından ayrılığa karar verilebilmesi için, bir boşanma sebebinin varlığı ve bu sebebin ispatlanması gerekmektedir⁸². Ayrılık halinde boşanmadan farklı olarak evlilik birliği sona ermemekte; ortak hayat belli bir süreliğine son bulmaktadır⁸³. Eşlerden biri boşanma sebebine dayanarak ayrılığa ya da boşanmaya karar verilmesi talebi ile dava açıldığında hâkim tarafından ayrılığa karar verilebilir⁸⁴. Dava açan eş, boşanma talep etmeksizin ayrılığa karar verilmesini talep etmişse hâkim, boşanmaya karar veremez ancak boşanmaya karar verilmesi talebi ile dava açmışsa hâkim boşanmaya karar verebileceği gibi ortak hayatın yeniden kurulma olasılığının bulunması halinde, ayrılığa da karar verilebilir⁸⁵.

Ayrılık kararı ile hâkim aile hayatını bir süreliğine askıya almış olmaktadır. Aslında evlilik birliği devam ettiği için, anne ve babanın velayet hakkı da devam etmektedir⁸⁶. TMK m. 336/2'ye göre ayrılık halinde hâkim velayeti anne veya babadan birine bırakabilir⁸⁷. Madde düzenlemesinden ayrılık halinde de hâkimin velayeti anne veya babadan birine bırakabileceği gibi her ikisi üzerinde de bırakabileceği anlamı çıkmaktadır⁸⁸.

⁷⁹Köle (2017). **a.g.k.s.** 142.

⁸⁰Kılıçoğlu (2017). **a.g.k.s.** 498; bkz: Bölüm 1: Soyadı Kapsamı

⁸¹Gençcan (2015). **a.g.k.s.** 81-86.

⁸²Özdemir / Ruhi (2016). **a.g.k.** s. 984.

⁸³Y. 2HD., 22.09.2011, 12022/13809. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2010-12022-k-2011-13809-t-22-9-2011> E. T: 22.02.2023

⁸⁴Kılıçoğlu (2017). **a.g.k.** s. 498.

⁸⁵Gençcan (2015). **a.g.k.s.** 81-86.; Kılıçoğlu (2017). **a.g.k.s.** 498.

⁸⁶Birinci Uzun, Tuba (2016). “Türk Medeni Kanunu’na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1. s. 143

⁸⁷Görgeç (2011) **a.g.k.s.** 23.

⁸⁸Köle (2017). **a.g.k.** s. 142.

1.3.5. Anne veya babadan birinin ölümü halinde çocuğun velayetinin kullanılması

TMK m. 336/3 uyarınca; anne veya babadan birinin ölümü halinde, mahkeme kararına gerek olmaksızın, velayet hakkı sağ kalan eşe ait olur⁸⁹. Ölüm karinesi halinde de bir kimsenin ölümüne kesin gözle bakılacak durum içinde kaybolması halinde de kişi ölmüş sayılacağından bu düzenleme çerçevesinde değerlendirme yapılır⁹⁰. Bu durumda kişi evli ise evliliği son bulur ve çocukları varsa çocukların velayeti, sağ kalan eşe ait olur⁹¹.

Çocuk evlilik dışında doğmuşsa velayet hakkına sahip olan tarafın ölümü ile velayet hakkı kendiliğinden diğer ebeveyne geçmez; hâkim velayeti sağ kalan ebeveyne verebileceği gibi çocuğa vasi tayin edilmesine de karar verebilir. Boşanmış eşlerde velayeti kendisine bırakılan ebeveyn öldüğünde, velayet kendiliğinden diğer ebeveyne geçmez, hâkimin bu hususa ilişkin karar vermesi gerekmektedir⁹².

Evlat edinen ölürse, çocuğun velayeti kendiliğinden öz anne ve babaya geçmez, bu durumda mahkeme kararı ile anne ve babaya velayet hakkı verilebileceği gibi çocuğa vasi atanmasına da karar verilebilir⁹³. Anne veya babadan birinin mahkeme tarafından gaipliğine karar verilmesi durumunda velayet hakkı diğer eşe ait olur. Gaipliğine karar verilen kişi evli ise evlilik kendiliğinden sona ermez, sağ kalan eşin dava ile evliliğin feshini talep etmesi gerekmektedir⁹⁴.

⁸⁹Özdemir / Ruhi (2016). **a.g.k.s.** 984.

⁹⁰Özdemir / Ruhi (2016). **a.g.k.s.** 984.

⁹¹Kılıçoğlu (2017). **a.g.k.s.** 498.

⁹²Y. 2HD., 03.12.2008, 16491/16567. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2007-16491-k-2008-16567-t-3-12-2008> E. T: 22.02.2023.

⁹³Görgeç (2011). **a.g.k.** s. 23.

⁹⁴Y. 2HD., 21.03.2018, 14653/3661. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2016-14653-k-2018-3661-t-21-3-2018> E. T: 22.02.2023.

1.3.6. Evliliğin butlanı halinde çocuğun velayetinin kullanılması

TMK m. 145'e göre evlilik sırasında eşlerden birinin evli olması, sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun bulunması, evlenmeye engel derecede akıl hastası olması ve eşler arasında evlenmeye engel derecede hısımlık bulunması halinde evlenme, mutlak butlanla batıldır⁹⁵. Evlenme sırasında ayırt etme gücünden geçici olarak yoksun olunması, evlenmeyi hiç istemediği yahut evlenmeyi düşünmediği kişi ile yanlış olarak evlenme hali, eşinin bir niteliğinin bulunmaması halinin ortak yaşamı kendisi için çekilmez hale getirecek derecede önemli niteliğinde yanlış hali, eşinin namusu ve onuru hakkında aldatılma, kendisinin veya altsoyunun sağlığı için ağır tehlike oluşturan hastalık konusunda aldatılma hali, kendisinin veya yakınlarından birinin hayatı, sağlığı, şeref ve onuruna yönelik pek yakın ve ağır bir tehlike ile korkutulma halinde evliliğin iptali talep edilebilir⁹⁶.

TMK m. 156'de batıl olan evlilik ancak hâkim kararı ile sona erer ve hâkim kararına kadar geçerli bir evliliğin tüm hüküm ve sonuçlarını doğurduğu belirtilmektedir. Hâkimin kararı ileriye etkili sonuç doğurur⁹⁷.

Evlilikte en değerli varlıklar olan çocuklar için de evliliğin butlanına karar verilmesi haline ilişkin birtakım düzenlemeler yapılmıştır⁹⁸. Buna göre, evliliğin butlanına karar verilmesi halinde, çocuk, evlilik birliği içinde doğmuş kabul edilir⁹⁹. Butlanına karar verilen evliliklerde doğan çocuklara ilişkin boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır, hâkim çocuğun velayetinin eşlerden birine bırakılmasına karar verir¹⁰⁰.

⁹⁵Özdemir / Ruhi (2016). **a.g.k.** s. 984.

⁹⁶Kılıçoğlu (2017). **a.g.k.** s. 498.; Tokat, Hüseyin, “Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 72. s. 562-563.

⁹⁷Baygın (2010). **a.g.k.** s. 262; Erlüle (2019). **a.g.k.**s.143.

⁹⁸Görgeç (2011). **a.g.k.**s.23.

⁹⁹Aydoğdu, Murat (2010). Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara. s.726.

¹⁰⁰Özmen, İsmail (2004). Evlat Edinme Davaları, Kartal Yayınevi, Ankara. s. 104-105.

1.3.7. Boşanma halinde çocuğun velayet hakkının kullanılması

Boşanma, geçerli olarak kurulmuş evliliklerde evliliğin, hâkim kararı ile sona erdiği hallerden biridir¹⁰¹. Boşanma ile evliliğe, eşler hayatta iken son verilir¹⁰². Eşlerin sağlığında boşanma sebeplerinden birine dayanarak dava açması halinde, hâkim yenilik doğuran bir karar ile evliliğe son vermekte ve bu şekilde boşanma gerçekleşmiş olmaktadır¹⁰³. Boşanma gerçekleştiğinde çocuğun velayeti sorunu gündeme gelmektedir ve hâkimin boşanma ile birlikte, çocuğun velayetinin anne veya babadan hangisine bırakılacağına karar vermesi gerekmektedir¹⁰⁴. Boşanma halinde anne ve babanın, anne ve baba olma sıfatları devam etse de veli sıfatlarının devam etmesi, hâkimin kararına bağlıdır¹⁰⁵. TMK m. 336/2 uyarınca, boşanma halinde velayet çocuk kendisine bırakılan eşe ait olur¹⁰⁶.

Boşanma davasında çoğunlukla eşler birbirlerine karşı olan olumsuz düşünce, tutum ve davranışlar içerisinde olabilirler. Boşanma ile çocukların en güvenli sığınağı yıkılmaktadır, güven ve bağlanma duyguları zarar görmektedir, kaygı düzeyleri artmaktadır. Boşanma sürecinden nispeten daha az etkilenen çocuklar olmakla birlikte, boşanma süreci çocukları, kişilik özelliklerine, yaşına, cinsiyetine, çevresine göre az ya da çok düzeyde olumsuz yönde etkilemektedir¹⁰⁷.

Çocuklar, ne yazık ki bazen bir eşin diğer eşe istediklerini yaptırması için yahut diğer eşe daha fazla zarar vermek için ya da diğer eşten daha fazla maddi kazanç elde edebilmek için kullanılmaktadır. Çoğu zaman boşanan eşlerin velayet mücadelesinin temelinde, diğer eşten intikam alma isteği bulunduğu görülmektedir¹⁰⁸. Bu sebeplerle; çocukların bu aşamada korunmaya çok ihtiyaçları olduğu ve çok fazla zarar görme ihtimallerinin bulunduğu açıktır. Böyle durumlarda çocuğun zarar görmesini engellemek için hâkim, anne ve babayı boşanma süreci danışmanına yönlendirebilir veya Aile hukuku alanında bir uzmandan yardım alınmasına karar verilebilir¹⁰⁹. Boşanma sürecinin

¹⁰¹Kılıçoğlu (2017). **a.g.k.s.** 501; Kahraman (2019). **a.g.k.s.** 61

¹⁰²Karaca (2015). **a.g.k. s.** 62-63.

¹⁰³Özdemir / Ruhi (2016). **a.g.k. s.** 984.

¹⁰⁴Erlüle (2019). **a.g.k. s.**143.

¹⁰⁵Kılıçoğlu (2017). **a.g.k. s.** 501; Kahraman (2019). **a.g.k. s.**61.

¹⁰⁶Erlüle (2019). **a.g.k. s.**143.

¹⁰⁷Y. 2HD., 13.03.2017, 172/2701. [https://bproxy.bahcesehir.edu.tr:4695/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2017-172-k-2017-2701-t-13-3-2017 E. T: 2023](https://bproxy.bahcesehir.edu.tr:4695/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2017-172-k-2017-2701-t-13-3-2017-E-T-2023).

¹⁰⁸Erlüle (2019). **a.g.k. s.**143.

¹⁰⁹Özdemir / Ruhi (2016). **a.g.k. s.** 984.

zorlaştırılmasının temelinde çocukların menfaatinin korunması amacı bulunmaktadır¹¹⁰. Ancak bazen devam eden düzensiz evliliklerin, çocukların menfaatine boşanmadan daha fazla zarar verebileceği göz ardı edilmemelidir¹¹¹.

Velayetin belirlenmesinde de en temel ölçüt, çocuğun yararı olmalıdır. Hâkim çocuğun velayetinin anne veya babadan hangisine verilmesinin çocuğun daha yararına olacağını tespitinde, uzmanlardan görüş alabilir¹¹².

Eşler anlaşmalı boşanma yoluna gittiklerinde hazırlanan protokolde, çocuğun velayeti konusunda da anlaşılır ve hâkimin değerlendirmesine sunarlar. Hâkim bu durumda çocuğun velayeti hususunda çocuğun yararını gözeterek değerlendirme yapmalıdır. Anlaşmalı boşanma protokolü çocuğun yararına ise hâkim protokolü onaylar, protokol genel hatları itibariyle çocuğun yararına ise hâkim çocuğun yararına olmayan kısımlara müdahale eder, protokol tamamen çocuğun yararlarına aykırı ise hâkim protokol maddelerine göre değil, çocuğun yararına göre karar vermesi gerekmektedir¹¹³. Çocuğun velayetinin belirlenmesinde anne ve babanın boşanma davasındaki kusurları dikkate alınmaz, anne veya babanın boşanmada kusurlu taraf olması, onların kötü anne veya baba olacağı anlamına gelmez¹¹⁴.

¹¹⁰Görgeç (2011). **a.g.k.s.** 23.

¹¹¹Serdar (2008). **a.g.k.s.** 183-184.

¹¹²Gülgösteren (2017). **a.g.k. s.** 168.

¹¹³Gülgösteren (2017). **a.g.k.s.** 168.

¹¹⁴Akıntürk / Ateş (2019). **a.g.k. s.** 410.

1.4. Velayet Hakkının Kaldırılması

Çocuğun korunması kapsamında hâkim temelde üç tip önlem alır, bunlar; koruma önlemleri, çocuğun yerleştirilmesi ve velayetin kaldırılmasıdır. Çocuğu korumak maksadıyla hâkimin alacağı en hafif önlem, koruma önlemidir; sonrasında hafiften ağır önlemlere doğru sıralandığında, hâkim çocuğun kuruma veya koruyucu aile yanına yerleştirilmesine; en ağır tedbir olan velayetin kaldırılmasına karar verebilir¹¹⁵. Bu önlemlere karar verilirken amacın çocuğun yararı olduğu gözetilmeli, ölçülülük ilkesine göre değerlendirme yapılmalıdır¹¹⁶. Daha hafif önlem ile amaçlanan sonuca ulaşılabilecekken, ağır koruma önlemlerine öncelik verilmemelidir¹¹⁷.

Hâkim çocuğun korunması için gerekli ve uygun önlemleri alır; çocuk manen terk edilmiş bir durumda kalırsa yahut çocuğun gelişimi tehlikeye düşerse, hâkim çocuğu başka bir ailenin yanına yerleştirebileceği gibi kuruma da yerleştirebilir¹¹⁸. Aile Mahkemesi'nin çocuğun korunmasına yönelik önlemleri alması için; çocuğun menfaatinin, bedensel veya zihinsel gelişiminin tehlikeye düşmesi, anne ve babasının probleme çare bulamıyor olması, güçlerinin yetmiyor olması, başka çarelerinin kalmamış olması şartları aranır. Çocuğun yararının tehlikeye düşmüş olması yeterlidir, bu tehlikenin gerçekleşmiş olması yahut tehlikenin ağır olması şart değildir. Çocuğun ailenin yanına yerleştirilmesi yahut kuruma yerleştirilmesi halinde anne ve babanın velayet hakkı devam eder, ancak çocuğu yetiştirme hakları sona erer¹¹⁹.

Çocuğun korunmasına yönelik hâkim tarafından alınan diğer önlemler amacı gerçekleştirmeye yetmezse hâkim, velayet hakkının kaldırılmasına karar verir; eğer diğer önlemlerin işlevsel olmayacağı önceden anlaşılırsa hâkim diğer önlemlere başvurmadan velayetin kaldırılmasına karar verir. Velayetin hakkının kaldırılması kararı verilebilmesi için anne veya babanın kusurlu davranışlarda bulunması şartı aranmaz¹²⁰.

Velayet hakkının kaldırılması anne ve babayı cezalandırma yöntemi değildir, bu

¹¹⁵Elçin Grassinger (2010). **a.g.k.s.** 169.

¹¹⁶Akıntürk / Ateş (2019). **a.g.k.** s. 410.

¹¹⁷Huysal, Burak (2005). Devletler Özel Hukukunda Velayet, Legal Yayıncılık, Şubat. s. 29.

¹¹⁸Gülgösteren (2017). **a.g.k.s.** 168.

¹¹⁹Akıntürk / Ateş (2019). **a.g.k.** s. 439.

¹²⁰Karaca (1015). **a.g.k.** s. 141.

önlem, çocuğun yararının korunmasına hizmet eder. Velayet hakkının kaldırılması önlemi ağır bir önlemdir ve bu nedenle en son çare olarak uygulanmalıdır¹²¹. Velayet hakkının kaldırılması halinde çocuk ailenin parçalandığı hissine kapılır, bu sebeple velayet hakkının kaldırılmasına karar verilebilmesi için, bu önlemin zorunlu olarak uygulanması gerekmektedir¹²².

Velayetin kaldırılması kararı, kesin ve sürekli bir karar değildir. Velayetle ilgili diğer kararlar gibi, velayetin kaldırılmasına ilişkin karar da kesin hüküm teşkil etmez. Dolayısı ile bu kararlar durumun değişmesi halinde sonradan değiştirilebilir; hâkim alınan tedbirleri ağırlaştırabilir, hafifletebilir, tamamen ortadan kaldırabilir¹²³.

Hâkimin velayet hakkının kaldırılmasına karar verebilmesi için; anne ve babanın hastalığı, deneyimsizliği yahut başka bir yerde bulunuyor olması gibi nedenlerle velayet görevini gereği gibi yerine getiremiyor olması veya anne ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi yahut çocuğa karşı olan yükümlülüklerini ağır şekilde savsaklaması nedenleri ile alınacak önlemlerin amaca ulaşamaması ya da alınacak önlemlerin amaca ulaşmayı sağlamayacağına açık olması gerekir. Düzenlemede, velayet hakkının kaldırılmasına neden olan haller arasında anne ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka yerde bulunuyor olması hallerine yer verilmiş olsa da bunlar sınırlı ayda sayılmamıştır¹²⁴.

Bu sebeple anne veya babanın akıl zayıflığı ya da başka bir nedenle kısıtlanması ve bu sebeple velayet hakkı görevini gereği gibi yerine getirememesi söz konusu ise yine velayetin kaldırılmasına karar verilebilir. Anne ve babanın tutuklu olması, uyuşturucu kullanması da velayetin kaldırılması sebebi olarak değerlendirilebilir. Anne ve babanın savaş esiri olması sebebiyle de velayet kaldırılabilir. Çocuğa yönelik fiziksel şiddet, cinsel istismarda bulunulması da velayetin kaldırılması sebeplerindendir¹²⁵.

Anne ve babanın deneyimsizliği, bilgi anlamında yetersiz olmak, çocuğun aşırı şımartılması, çok baskı altına alınması şeklinde olabilir. Anne veya babanın

¹²¹Akıntürk / Ateş (2019). **a.g.k.s.** 439.

¹²²Gülgösteren (2017). **a.g.k.** s. 168.

¹²³Elçin Grassinger (2010). **a.g.k.** s. 171.

¹²⁴Y. 2HD., 22.12.2016, 22941/16381. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2016-22941-k-2016-16381-t-22-12-2016> E. T: 22.02.2023

¹²⁵Akıntürk / Ateş (2019). **a.g.k.** s. 439.

deneyimsizliği durumunda doğrudan velayetin kaldırılması yoluna gitmeden önce, bu durumu ortadan kaldırabilecek diğer tedbirlere başvurulmalıdır¹²⁶. Ancak velinin deneyimsizliğini ortadan kaldırma çabası bulunmadığı halde, velayetin kaldırılması söz konusu olabilir¹²⁷.

Anne veya babanın hastalığı, onun sürekli surette ayırt etme gücünden yoksun olmasına neden oluyorsa, velayet hakkının kaldırılmasına karar verilir. Anne veya babanın hastalığı, felç gibi sürekli hareket kabiliyetini ortadan kaldıran bir hastalıksa yahut çocuğu da tehlikeye düşürebilecek nitelikte bulaşıcı bir hastalıksa, velayetin kaldırılması söz konusu olabilir¹²⁸. Çocuğun, zorunluluk olmadığı halde, yetiştirme yurduna bırakılması durumunda, velayetin kaldırılmasına karar verilebilir¹²⁹. Yine çocuğun hasta olmasına rağmen hastaneye götürülmemesi, kötü alışkanlık edinmesine neden olacak düzeyde başıboş bırakılması, çocuğa yeterli ilginin gösterilmemesi anlamına gelir ve bu durumlarda da velayetin kaldırılmasına karar verilmesi mümkündür¹³⁰.

Velayet hakkının kaldırılması anne veya babadan herhangi biri için söz konusu olabileceği gibi hem anne hem baba açısından da gündeme gelebilir, bu durumda çocuğa bir vasi tayin edilir¹³¹. Bu durumda hâkim velayetin diğer ebeveyne bırakılmasına karar verebileceği gibi çocuğa vasi atanmasına da karar verebilir¹³². Velayetin kaldırılmasına karar verildikten sonra, velayetin kaldırılmasına karar verilmesine neden olan sebep ortadan kalkarsa, hâkim velayeti anne ve babaya yeniden verir¹³³.

Kural olarak velayetin kaldırılması kararı tek bir çocuk hakkında değil, doğmuş ve doğacak tüm çocuklar hakkında verilir¹³⁴. Aksine bir karar verilecek olursa, velayetin kaldırılması kararı bir veya birden fazla çocuk hakkında olup da tüm çocukları

¹²⁶Y.2HD.,02.06.2010,9135/10882.http://bproxy.bahcesehir.edu.tr:2073/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2009-9135.htm&kw=babanın+yurt+dışında+yaşıa#fm E. T: 22.02.2023.

¹²⁷Akıntürk / Ateş (2019). **a.g.k.s.** 439.

¹²⁸Özlü, Hakkı (2002). Türk Medeni Kanunu'nda Velayetin Kaldırılması, Adil Yayınevi, Ankara.s. 75.

¹²⁹Özdemir / Ruhi (2016). **a.g.k.s.** s. 988.

¹³⁰Akıntürk / Ateş (2019). **a.g.k.s.** 439.

¹³¹Çelik, Cemil (2004). “Velayetin Kaldırılması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 1.s. 260-261.

¹³²Özdemir / Ruhi (2016). **a.g.k.s.** 988.

¹³³Gülgösteren (2017). **a.g.k.s.** s. 168.

¹³⁴Dural / Öğüz / Gümüş (2019). **a.g.k.s.** 371.

kapsamayacak şekilde verilecek olursa, bu durum kararda açıkça belirtilir¹³⁵.

Buna karar verirken somut duruma bakılmalıdır; eğer anne kısıtlandığı için velayet kaldırılıyorsa bu durumda tüm çocuklar açısından velayet kaldırılmalı, velayet yetkisinin sadece bir çocuğa karşı kötü kullanılması sebebi ile velayet kaldırılıyorsa sadece bu çocuk açısından velayetin kaldırılmasına da karar verilebilmelidir¹³⁶.

Velayetin kaldırılması ebeveynin çocuğa karşı bütün yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz; velayet hakkı kaldırılrsa dahi anne ve babanın soy bağından doğan hak ve yükümlülükleri devam eder¹³⁷. Velayet hakkı kaldırılrsa dahi anne ve babanın çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğünün devam etmesi¹³⁸, velayet kendisine bırakılmayan tarafın, çocuk için iştirak nafakası ödemesi¹³⁹ buna örnektir.

¹³⁵Elçin Grassinger (2010). **a.g.k.** s. 171.

¹³⁶Akıntürk / Ateş (2019). **a.g.k.** s. 439.

¹³⁷Özdemir / Ruhi (2016). **a.g.k.s.** 988.

¹³⁸Dural / Ögüz / Gümüş (2019). **a.g.k.s.** 371.

¹³⁹Karaca (2015). **a.g.k.** s. 146.

1.5. Velayetin Değiştirilmesi

Çocuğun velayetinin anne veya babadan birine bırakılmasına karar verilmiş olması, velayeti kendisine bırakılan ebeveynin bu hakkı nihai ve mutlak şekilde kazandığı anlamına gelmemektedir. Sonradan gelişen durumlar sebebiyle de velayetin yeniden belirlenmesi gerekebilir. Süreklilik arz eden ve yeniden düzenleme yapılmasını gerektirecek düzeyde önemli olguların meydana gelmesi sebebiyle, mahkemeden velayet hakkının değiştirilmesi talep edilebilir¹⁴⁰.

Bu olgular velayetin belirlenmesine ilişkin karar verildikten sonra ortaya çıkmış, yeni olgular olmalıdır. Boşanma davasından önceki olgular, velayetin değiştirilmesine sebep olmaz. Çocuğun velayetinin değiştirilmesi, velayeti kendisine bırakılan anne veya baba açısından en ağır yaptırımlardandır¹⁴¹.

Velayetin değiştirilmesi talebi değerlendirilirken, temel kıstas, çocuğun yararı ilkesi olmalıdır. Velayetin değiştirilmesine karar verilebilmesi için meydana gelen yeni olguların, velayetin değiştirilmesi için haklı sebeplere yol açmış olması gerekmektedir¹⁴².

Anne ve babanın sonradan evlenmesi, başka bir yere taşınması, hapse girmesi, ağır bir hastalığa yakalanması gibi değişiklikler meydana geldiğinde velayetin yeniden belirlenmesi gerekebilir. Velayetin değiştirilmesine neden olacak olgular, sınırlı sayıda sayılmamıştır¹⁴³.

Velayeti kendisine bırakılan ebeveynin yeniden evlenmesi tek başına velayetin değiştirilmesi sebebi olmasa da çocuğun yararına göre değerlendirmelidir. Nitekim TMK m. 349'da evlenmenin velayetin kaldırılması sebebi olmadığı ancak çocuğun yararına göre değerlendirme yapılarak, çocuğun yararının gereklerine göre velayetin değiştirilmesine de velayetin kaldırılmasına da karar verilebileceği düzenlenmiştir. Velayet hakkına sahip ebeveynin yer değiştirmesi, tek başına velayetin değiştirilmesi için sebep olmasa da eğer yeni taşınılan yer çocuğun eğitimi, sağlığı için uygun bir yer değilse, ebeveyn sürekli olarak yer değiştiriyorsa ve bu durum çocuğu olumsuz yönde etkiliyorsa,

¹⁴⁰Akıntürk / Ateş (2019). **a.g.k.** s. 439.

¹⁴¹Özdemir / Ruhi (2016). **a.g.k.s.** 988.

¹⁴²Kılıçoğlu (2017). **a.g.k.** s. 517.

¹⁴³Çelik (2004). **a.g.k.s.** 274.

bu durumlar da velayetin değiştirilmesi sebebi olarak ele alınabilir¹⁴⁴.

Velayet hakkına sahip ebeveynin ölmesi halinde ise, hâkim çocuğun velayetinin sağ kalan anne veya babaya bırakılmasına karar verebileceği gibi çocuğa vasi atanmasına da karar verebilir¹⁴⁵. Velayeti kendisine bırakılan anne veya baba çocuğun diğer ebeveyni ile kişisel ilişki kurmasını engellerse, bu durum da velayetin değiştirilmesi sebebi olarak kabul edilebilir¹⁴⁶.

Yargıtay kararları da bu yöndedir¹⁴⁷. Yine anne veya babanın başka yere gitmesi durumu da velayet görevini yerine getirmeyi önemli ölçüde aksatıyorsa, bu durum çocuğun yararı ile çelişiyorsa, velayetin değiştirilmesi sebebi kabul edilebilir¹⁴⁸. Velayet kendisinde olan ebeveyn, çocuğu süreklilik arz edecek şekilde diğer ebeveyne bırakırsa, bu durumda da velayetin değiştirilmesine karar verilebilir¹⁴⁹.

Çocuğun korunmasına ilişkin önlemler yeterli gelmezse hâkim velayetin kaldırılmasına da karar verebileceği gibi; çocuğa vasi atanmasına da karar verilebilir. Velayetin kaldırılmasına karar verildikten sonra velayetin kaldırılmasına karar verilmesine neden olan sebep ortadan kalkarsa, hâkim velayeti anne ve babaya yeniden verir¹⁵⁰.

¹⁴⁴Akıntürk / Ateş (2019). **a.g.k.** s. 439.

¹⁴⁵Karaca (2015). **a.g.k.** s. 146.

¹⁴⁶Dural / Ögüz / Gümüş (2019). **a.g.k.** s. 371; Kılıçoğlu, s. 517.

¹⁴⁷Y.H. G. K., 2013/1926 E. 2015/1139 K 01.04.2015 Y. 2. H. D., 2016/11109 E. 2017/1492 K ‘...annenin de dava sürecinde babayı icra takibi yapmaya zorlayarak çocuk ile babanın kişisel ilişki kurma hakkını engellediği, anne ve çocuğun evde bulunmaması ya da anne tarafından yönlendirilen çocuğun istememesi sebepleriyle 24/01/2016, 30/01/2016, 23/01/2017 tarihlerinde icra yoluyla dahi kişisel ilişkinin kurulamadığı anlaşılmaktadır’

¹⁴⁸Baygın, s. 271; Usta (Velayet Hukuku), s. 127.

¹⁴⁹Y. 2. H. D. 2013/20574 E. 2014/14315 K 24.06.2014 T. ‘...Müşterek çocuk 2008 doğumlu Bülent’in boşanma ile velayeti kendisine bırakılan davalının boşanma kararının kesinleşmesinden sonra yanına almadığı çocuğun sürekli baba yanında kaldığı, kreşe gittiği. Bakım ve gözetiminin baba ve babaanne tarafından yapıldığı anlaşılmaktadır. Mahkemece görevlendirilen bilirkişilerce de, çocuğun baba yanında kaldığı, bulunduğu ortama alıştığı ve velayetin davacı babaya verilerek...’

¹⁵⁰Çelik (2004). **a.g.k.s.** 274.

İKİNCİ BÖLÜM

1. IRAK HUKUK SİSTEMİNDE (IRAK KİŞİSEL DURUM KANUNU) VELAYET KAVRAMI

2.1. Irak Hukuk Sisteminde Velayet

Kişisel durum konularındaki kurallar, Şeriat Hukuku ilkelerinin bir parçasıdır. İslam ülkelerinde cezai, mali, ticari vs. gibi konularda yargı sistemi şeriat hükümlerine göre işlevini yerine getirir. Eskiden medeni yargı ve şeriat yargı sistemi mevcut değildi ve tek bir yargı sistemi vardı o da şeriat hukuku ilkeleriydi¹⁵¹. 1882 tarihinde medeni hukuk kurallarından oluşan, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye yürürlüğe girmiştir ve bunlar Osmanlı İmparatorluğu tarafından da uygulanmıştır. Bu hükümlerde Hanefi mezhebi esas alınmıştır. Daha sonra geçici olarak şeriat duruşmaları için 1917 yılında Aile Hakları Kanunu çıkarılmıştır. Bu kanun yalnızca evlilik ve boşanma gibi konuları ele almış geri kalan konularda ise Hanefi mezhebi kuralları esas alınmıştır. Bunun ardından Irak'ta Kanuni Esasi çıkarılmış ve m.77'ye göre şeriat mahkemelerinde hükümler, şeriat hukukuna dayanmaktadır. Ancak mezhep açısından taraftarların mezhebi esasa alınmaktadır. Davaya bakacak hâkim, bölge nüfusunun çoğunluk mezhebine göre atanmaktadır. Basra ve Bağdat'ta ise hakimler çoğunlukla Suni veya Caferi mezhebine mensuptur¹⁵².

Irak'ta kişisel duruma ilişkin ikili yargı sistemi, 1917 yılında başlamıştır. Medeni hukuk hakimlerine kişisel durum davalarına da bakma hakkı verilmiştir. Caferi mezhebine mensup olanlara ise bu mezhebin ilkeleri doğrultusunda hüküm uygulanmaktaydı. Ancak hâkim hükmü uygulamadan önce din adamlarının görüşünü almaktaydı. 1923 yılında Caferi ve Suni mezheplerini ayırarak hükümleri düzleyen iki mahkeme kurulmuştur. 1933 yılında Yasa Düzenleme Divanı tarafından Müslümanlar için Kişisel Durum Kanunu düzenlenmesi girişiminde bulunulmuştur ama birçok zorlukla karşı karşıya gelmişlerdir. 29.01.1945 tarihinde Adalet Bakanlığı "Kişisel Durum Kanunu Dilekçesi" adında bir kanun teklifinde bulunmuştur. Bu kanun teklifi Medeni Kanun'un devamı ve Kişisel Durum hükümlerinde Hanefi ve Caferi mezhebini oluşturmak için

¹⁵¹Mustafa alsbay (1965). Şerih kanun al ahual al şahsiya al zavac wa enhilalho, Şam Üniversitesi Yayınları, Birinci Bölüm, Yedinci Baskı,şam. S. 9.

¹⁵²Abd alhamid kuba (1973). Altandimat alkadayı we alharaka altaşriya fi alıraq, Dar altadauin yayınları,Bağdat .S. 213.

yapılmıştır. Bütün bu uğraşlara rağmen bu kanun teklifi kabul edilmeyerek yürürlüğe girmemiş ve Müslümanlar arasında yürürlüğe girecek bir kanunun bekleyişi devam etmiştir.

Irak yargı sisteminde hükümlerin çeşitliliği, aile yapısının ve kişisel hakların garanti altına alınmamasına neden olmaktadır. Bağımsız bir Irak Kişisel Durum Kanunu'nun var olması hem aile yapısı adına hem kadın hakları adına bağımsızlık getirmiş olacaktı¹⁵³. 30.12.1959 tarihli 188 sayılı Irak Kişisel Durum Kanunu'nun (IKDK) yürürlüğe girmesiyle aile ile ilgili (nişan, düğün, mihr, kadının nafakası, kocasına karşı görevleri, boşanma, yargısal ayrılma, nesep, emzirme, velayet, miras ve vasiyet gibi) genel hükümler ele alınmıştır. Ancak yargı makamına, yazılı olarak belirlenmeyen bir hüküm için şeriat ilkelerini esas alınma hakkı verilmiştir. Maddenin 1. fıkrasında yürürlüğe giren bu kanunun bütün meselelerde esas alındığı yer almaktadır. 2. fıkrasında konuya ilişkin herhangi bir hüküm bulunmuyorsa İslam şeraitinden uygun olan hükmün uygulanacağı belirtilmiştir. Aynı zamanda Irak mahkeme makamları, kanunda beyan edilmeyen her konu için İslam şeraiti ve İslam ülkelerindeki hükümleri esas almaktadır. Irak Kişisel Durum Kanunu, tüm konulara ilişkin yasal düzenlemeleri ele almadığı için, özellikle toplumun temelini oluşturan aile yapısı ile ilgili konularda eksik kaldığından dolayı sürekli değişiklik ve ilavelere maruz kalmıştır.

Irak Kişisel Durum Kanunu (IKDK) 94 maddeden oluşmaktadır. Velayet, IKDK m.57'de ele alınmış ve günümüze kadar pek çok değişiklik ve düzenlemeye uğramıştır. 1978 yılındaki düzenlemede annenin evlenmesi durumunda velayet hakkı kaybedilmemektedir oysa 1987 yılındaki düzenlemede annenin evlenmesi durumunda evlendiği kişinin bazı şartları yerine getirmesi ile velayet hakkının kaybedilmeyeceği yer almıştır.

1978 ve 1987 yılında düzenlemelere uğramasına rağmen 1959 tarihli 188 sayılı IKDK, velayete ilişkin temel hükümleri içermektedir. 1959 tarihli ve 188 sayılı IKDK m.57 şunları öngörmektedir:

1- Anne, evlilik müessesinin devamı halinde veya ayrılıktan sonra da çocuğun bundan kötü etkilenmemesi şartıyla, çocuğun velayet ve yetiştirme hakkını alabilir.

¹⁵³Ali alalawi (2018). alasbab almuciba llkanun, aşur banibal yayınları, Irak .S.101.

2- Velayet hakkı sahibi kiři (bu anne de olabilir veyahut annearne ve babaanne de olabilir) yetişkin, akılcı ve dűrűst bir ocuk yetiştirme ve yaşatma imkanına sahip ise ve boşanan annenin, velayeti bir diğer evliliği nedeniyle kaybedilmemesi şartıyla mahkeme, çocuğun menfaati işığında annenin veya babanın velayet hakkına karar verebilir.

3- Velayet hakkı sahibi anne, çocuęun bakımı için gerekli olan nafakanın odenmesinde yűkűmlű olan kiřiyle anlařamıyorsa, söz konusu olan nafaka miktarı mahkeme makamları tarafınca belirlenir. Evlilięin devam ettięi veya geri dnűřűmlű bořanma (Erkeęin kadını bořadıęı durumlarda bořama sonrasındaki 3 aylık sűre olarak kabul edilmektedir) durumlarında mahkeme, nafaka alma hakkı ynűnde karar vermez.

4- Baba, ocuęun bakımı, yetiştirilme tarzı ve eğitimi gibi konularda, ocuk on yaşına gelinceye kadar söz hakkına sahiptir ve mahkeme, uzman pedagoga başvurduktan sonra bu durumun çocuğun űstűn yararı ile uyuştuğu kanaatine varması durumunda, velayeti annede olan çocuğun gece babasında kalmaması şartıyla, ocuk on beşinci yaşını tamamlayana kadar bu durumun devam etmesine izin verebilir.

5- Çocuğun on beş yaşını doldurması durumunda, anne ya da babasında veya herhangi birinci dereceden akrabalarından birinde kalmayı seçebilme hakkı doğmaktadır. Söz konusu bu hakkı çocuğa mahkeme tanımaktadır ve ocuk tarafından seçilen kişi, ocuk 18 yaşını doldurana kadar çocuğun resmi vasisi olur.

6- Annesindeki velayet sűresi dolan çocuęun velayet hakkının babasına (babası hayatta deęilse birinci dereceden herhangi bir akrabasına) verilmesi durumunda çocuęun, babasındaki velayet sűrecinde herhangi bir zarar grdűęű ispat edilirse anneye, mahkemeye bařvurma ve velayet talebinde bulunma hakkı doęmaktadır.

7- Velayet hakkına sahip olan annenin velayet şartlarını ihlal etmesi nedeniyle velayet hakkını kaybetmesi veya vefat etmesi durumunda, bu hak babaya geçmiş olur. Babaya geçen velayet, çocuğun çıkarlarına hizmet etmemesi halinde, velayet hakkı mahkeme tarafından seçilen birine verilir.

8- Çocuęun velayetini űstlenebilen anne veya baba bulunmaması durumunda velayet, mahkeme makamları tarafınca her tűrlű yeterlilięe sahip olduęu kabul edilen űűncű kiřiye veya sosyal esirgeme kurumuna verilir.

9- A-Velayet hakkına sahip olan babanın velayet şartlarından birini kaybetmesi durumunda velayet hakkı, şartlarının hepsini yerine getirebilecek durumda olan anneye verilir ve herhangi bir birinci dereceden akrabaya, çocuk 18 yaşını doldurana kadar velayet talep etme hakkı doğmaz.

B-Babanın vefat etmesi durumunda, velayet hakkı anneye verilir. Aşağıdaki şartlar dahilinde anne bir yabancıyla evlense bile;

1. Anne velayet şartlarının tamamını yerine getirebildiği sürece

2. Mahkeme makamları velayetin annede olduğu süre zarfında çocuğun zarar görmediğine kanaat getirdiği sürece

3. Annenin evli olduğu kişinin evlilik süresi boyunca çocuğun bakımını üstleneceğine ve ona herhangi bir zarar vermeyeceğine dair taahhüt etmesi durumunda

C-Annenin evli olduğu kişi B fıkrası m.3 göre yerine getireceğine taahhüt ettiği şartları yerine getirmediğinin anlaşılması durumunda anneye, boşanma talep etme hakkı doğar¹⁵⁴ .

¹⁵⁴Kanun Alahval alshahsya almuadil de al rakam 188 li senet 1959.

2.1.1. Velayetin tanımı

Şeriat hukukçuları¹⁵⁵ velayetin çeşitli tanımlarının bulunduğunu savunmaktadır. Bu tanımlar kapsamında en çok velayet konusu olan çocuğun üzerinde durulmuştur. Tanımlamaların büyük çoğunluğunda çocuğun yetiştirilmesi, korunması, çıkarları yönünde hareket edilmiş ve velayet konusu olan çocuğun erkek veya kız olduğu fark etmeksizin velayet hakkında öncelik, anneye tanımıştır.

Şeriat hukukunda önde gelen Şii mezhebi¹⁵⁶ görüşüne göre anne ve babanın ayrılması durumunda velayet hakkının annede olması gerektiğini savunur. Bunun yanı sıra Şafii, Hanabile, Hanefi ve İmam malik¹⁵⁷ mezheplerinde de velayet konusundaki görüş; doğanın gerekliliklerinden biri olan çocuk bakımı, kişisel ihtiyaçları ve duygusal yönden şefkat, sevgi vs. gibi ihtiyaçlarını karşılayabilmek adına annesine ihtiyaç duyduğunu ve bu durumun yalnızca insanlar için değil de bütün canlılar için bir gereklilik olduğunu savunmaktadır. Çocuğun sosyal ve kişisel hayatını belirleme ve düzenini oluşturma hakkına annenin sahip olması gerektiği dile getirilmektedirler.

Hanefi mezhebinin¹⁵⁸ görüşü ise, velayet konusunda söz hakkına çocuğun sahip olması gerektiğini, annenin seçme hakkının olmadığını, çocuğa bakmakla yükümlü olduğunu ve velayetten feragat edebilecek bir durumunun olmasının söz konusu olmadığını savunmaktadır. İmami ve Şafii mezhebi¹⁵⁹ görüşlerine göre velayet konusunda hem çocuğun hem de annenin söz hakkına sahip olması gerektiği savunulmaktadır. Velayeti üstlenebilecek üçüncü bir kişi bulunduğu anda anne velayeti üstlenmeye zorunlu kılınmaz. Velayet hakkı anneye verildiği takdirde, bu haktan feragat edemez ve çocuğun bu konudaki söz hakkı annesinden daha üstündür. Çünkü çocuğun çıkarı, annenin çıkarından daha önemlidir. Karar da her zaman çocuğun çıkarı doğrultusunda verilir.

¹⁵⁵Mohamad Âmin Abn Abdin (2002). Redalmhtar ala al dūr almuhtar şerih tanuir alabsar, read dünya kitabları yayınları, Suudi Arabistan, s. 252.

¹⁵⁶Alalama Abu Jafar Mohammad İbin Alhasan Altusi (1987). Masail Alhilaf, Almarif Alislame yayınları, Beyrut. s. 131.

¹⁵⁷Mohammed Araf Aldosuki (1974). Haşiyet Aldosuki, Aljuzi althaani, dar ahya alkutub alerabiih bollak yayınları, Mısır. s. 620.

¹⁵⁸Kemal aldin Mohammed İbin Alhumam Alhanefi (1983). Fetih Alkadir fi Şarih Alhidaye, Aljuzi Althaalih, almaktebe altijarih alkubra, Mısır, s. 316.

¹⁵⁹Mohammed Jauad Megniye (1978). Fıkıh Al imam Alsadık, Aljuzi Alkhamis, Altabeuh althaanih, Dar Aleilm Llmelayin, Beyrut, s. 382.

Kısacası anne çocuk üzerindeki bütün haklarından feragat etse de çocuğuna karşı sorumluluğu devam eder. Böylece üçüncü bir kişinin bulunmaması durumunda anne, velayeti üstlenmekle yükümlüdür. Aynı zamanda annenin anlaşma yoluyla velayeti babaya bırakması da mümkün değildir. Babanın, anneye karşı borcunun veya nafaka sorumluluğunun bulunduğu durumlarda anne, babanın velayeti alması şartıyla borç ve nafakadan babayı muaf tutmayı teklif etme yoluyla velayetten feragat etmesi de mümkün değildir¹⁶⁰. Ancak çocuk için ödenmesi gereken nafakanın miktarındaki uzlaşma konusunda öncelik anneninindir. Irak kanun koyucusu velayet konusunda şeriat hukukçularının görüşünü benimsemektedir. Velayet hakkının ister evlilik müessesesi devam ediyor olsun, ister boşanma gerçekleşmiş olsun annede olması gerektiği kanaatindedir¹⁶¹.

Velayet hakkına ilişkin farklı ülkelerde birbirinden farklı eğilimler göze çarpmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde bazı hukukçulara göre¹⁶² 20. yüzyılın sonları ve 21. yüzyılın başlarında annenin hakkı olan velayet, şimdi çocuğa özgü bir haktır. Boşanma vakalarında görünen artışla birlikte velayet konusuna yönelik karara itirazların da artmasıyla, mahkeme makamlarının boşanma durumunda velayet hakkının anneye verilmesini savunan hükümleri düzenleyen kuralları belirlemekte güçlük çektiği görülmektedir. 1973 yılında New York Aile Mahkemeleri'ndeki kararların geneline bakıldığında annenin çocuğu tek başına yetiştirme konusunda yetersiz olduğu babanın ise tek başına bu yeterliliğe sahip olduğu kanaatine varılarak o dönemden itibaren yürürlükte değişikliğe gidilerek çocuğun üstün yararı esasa alınmıştır. Böylece karar merci olarak hâkim çocuğun yararına yönelik, istekleri ve duygusal yönelimleri doğrultusunda velayetin anneye veya babaya verilmesi yönünde karar vermektedir. Velayeti alan kişi çocukla ilgili önemli konularda karar alma sorumluluğunu almış olur. Çocuk da mahkeme makamları tarafınca üstün yararı göz önünde bulundurularak seçilen kişinin yanında kalır. Bunun sonucunda kadın ve erkek arasındaki eşitlik ve hâkim taraflar arasındaki sorunun tarafsız bir şekilde çözümü sağlanmış olur. Böylece görülen boşanma davalarında mahkeme makamları iki tarafa da eşitlik ilkesi doğrultusunda bir tutum sergiler. Bazı yeni

¹⁶⁰Ahmed alkubisi (1972). alaval alşashseye fi alfakih ve alkada ve alkanun, ikinci baskı,matbaat alirşad yayınları, bağdat. S. 364.

¹⁶¹Semer ukbi (1986). alhadana fi alfikh alislami, almnar yayınları, mısır. S.11.

¹⁶²Mary Ann (2004). Divorce and guard Encyclopedia of Children and Childhood in History and Society, Second Edition, library of congress, Printed in the United States of America. P 276-279

Amerikalı hukukçuların görüşlerine göre¹⁶³; ortak velayet sistemi yeni bir modeldir ve çocuğun üstün yararını korumaktadır. Bu sisteme göre çocuğun hem annesi hem de babasıyla eşit bir şekilde vakit geçirme hakkı bulunmaktadır. 1973 yılında Birleşik Amerika Devletleri mahkeme makamları tarafınca çocuğun üstün yararını kapsadığı gerekçesiyle evlilik müessesesinin sona ermesi durumunda anne veya babanın velayet hakkını alması gerektiği konusuna değinmeksizin ortak velayet sistemi yürürlüğe girmiştir¹⁶⁴. Ancak ülkedeki Yüksek Yargı Makamları, anayasaca eşitlik ilkeleri gereği anne ve babanın da velayet alabilme hakkının olduğunu savunmaktadır.

Amerika mahkemelerinde birçok sebepten dolayı çocuğun üstün yararı doğrultusunda velayetin anne veya babaya verilmesi gerektiği görülmektedir. Amerika Endiyana İstinaf Mahkemesi'nin (2017 A02-2017-DR-235 | October25,49) kararına göre çocuğun üstün yararı babası yanında kalması yönünde olduğundan dolayı velayet babaya verilmiştir¹⁶⁵.

Bazı Amerika hukukçularına göre ise,¹⁶⁶ Amerika Birleşik Devleti kanun koyucusu tarafından getirilmiş olan ortak velayet sistemi annenin yararına çalışan sistemi iptal etmektedir. Velayet annede olduğu zaman anneye nafaka hakkı da doğar. Ancak ortak velayet sistemi annenin bu hakkını ihlal etmektedir. Her ne kadar eşitlik ilkesine uyum sağlayan bir sistem olsa da annenin zararına işlediği görülmektedir.

Buna karşılık Irak yasa koyucusu, şeriat hukukunun izini sürmüştür. Başka deyişle Irak'ta velayetin doğrudan annenin hakkı olduğu savunulmaktadır. 1959 tarihli Kişisel Durum Kanunu 188 numaralı m.57/1'de yer aldığı üzere anne, velayet ve yetiştirme hakkına sahiptir.

Velayet hakkında anneye öncelik tanındığı durumda, anne ve babanın

¹⁶³Ary Ann Mason (2012). Child Custody Law (Law over the Last Half Century), Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, Vol. 24. p435, Lynne Marie Kohm (2008). Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence, Journal of law & Family Studies, Regent University- Faculty of Law, Vol. 10.p33

¹⁶⁴Supreme Court decision of the United States of America No. 530 US 57 (2000) in the case of Troxel v. Granville, <https://supreme.justia.com/> , Date of visit 11/3/2023. 5pm

¹⁶⁵ Indiana Court of Appeals decision numbered 49A02-1702-DR-235 | October 25 2017, Case Law of the Court of Appeal of the Eleventh Circuit United States of America2017, Available on the official website of the US Court of Appeals for the Eleventh Circuit, <https://law.justia.com/> , Date of visit 13 / 3/2023 at 8 pm

¹⁶⁶ Michael Allison Chandler, More than 20 states in 2017 considered laws to promote joint custody of children after divorce, (Astrid Ricken / The Washington Post), p23, An article is available on the website, <https://www.washingtonpost.com/> ,published on 11/12/2017, Date of visit 11/3/2023, 6,55pm

bulunmaması durumunda öncelik babanın akrabasına değil de annenin akrabasına geçer. Bu durumu göz önünde bulundurduğumuzda İslam şeraitinin kadına verdiği önemi, velayet önceliğinden anlayabiliriz. Kadınlara hukuk tarafından tanınan öncelik ilk sıradan başlar ve şu şekilde devam eder; (anne, anneanne, baba anne, kız kardeş, teyzeler, halalar ve yeğenler). Erkeklerde ise bu durum birinci dereceden akrabalarda şu sıralamadan oluşur; (baba, dede, kardeş ve yeğen ‘kardeş oğlu’). Bu sıralamada yer alan kişilere, ancak anne tarafında velayeti üstlenebilecek biri olmadığı takdirde velayeti alabilme hakkı doğar¹⁶⁷.

İmamiye ve Hanabile mezhebine göre¹⁶⁸, velayet hakkının anneden babaya geçmesinin ardından baba vefat eder veya akli dengesini kaybederse, anneye tekrardan velayet alma hakkı doğar. Bu hak çocuğun diğer akrabalarından çok, dedesi (babasının babası) hayata olsa ve annesi yabancı biriyle evli olsa bile annenin hakkıdır. Anne ve babanın vefatı durumunda velayet hakkı ananeye geçer. Anneannenin de vefatı durumunda miras sıralaması doğrultusunda diğer akrabalara geçer ve öncelik, birinci dereceden yakın akrabalarıdır. İslam şeriatı hukuku kadına öncelik tanımaktadır. Bu ister anne, anneanne, babaanne, teyze, hala olsun. Bunun nedeni ise onların daha anlayışlı, sakin ve yetiştirme konusunda sabırlı olduğu ve bunun doğuştan geldiği kabul edilmektedir. Ancak kadının bu yaratılış özellikleri, velayeti alma konusundaki tek neden olamaz. İslam şeriatı hukuku kadın ve erkek arasında eşitliği sağlamak adına belirli konularda kadına, belirli konularda ise erkeğe öncelik tanımaktadır. Bu eşitliği sağlamaya, günlük yaşamlarındaki konularda her birinin eşit bir şekilde sorumluluk üstlenmesini sağlamaya çalışmıştır. Kadına, erkeğe kıyasla bir derece daha üstünlük tanınmasının sebebi ise çocuğu yetiştirme konusunda daha sabırlı ve her ihtiyacını karşılayabiliyor olmasıdır. Bu nedenle evlilik müessesesi devamınca velayet anne ve babada olur, boşanma durumunda ise öncelik anneye tanınmış olur. Irak yargı makamları, velayet konusunda anneye öncelik tanınmasında karar kılmıştır. Temyiz mahkemesinden çıkan karara göre velayet şartlarını sağladığı sürece anne velayet hakkına sahiptir¹⁶⁹.

¹⁶⁷Mohammed Hussein Mensur (1983). Alnizam Alkanuni Lilusreh fi Alsharayie ghayr alasamih, Altabeuh alawlaa, Munshat Almaerif, Aliskandrih.S. 273.

¹⁶⁸Mohammed Jawad (2014). Magniyet alfikih ala Almezahib Alkhemse, Mueset Alsadik Liltibaeih Velneşir, Tahrn, S.195.

¹⁶⁹Kara Mahkeme Altemiyiz Almurakam (1126/ahvalşahsiya/2000), ve almnşur ala mauki <https://www.sjc.iq/qanoun/civilian/> E. T. 15/4/2023

Yüksek Anayasa Mahkemesi, boşanma gerçekleştikten sonra çocuğun zarar görmemesi şartıyla velayet ve yetiştirme hakkının annede olduğunu belirtmektedir. 1959 tarihli 188 sayılı IKDK m. 57/1 uyarınca, kanun koyucu tarafından bu kararın “anne çocuğun velayetine ve yetiştirme hakkına evlilik müessesesinin devamında ve boşanma durumunda da sahiptir” kuralının uygulanması gerekliliği belirtilmektedir. Kişisel Durum Kanunları göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun velayet hakkını anneye vermesine rağmen, çocuğun üstün yararını koruduğu görülmektedir. IKDK m. 57/1 uyarınca anne, çocuk zarar görmediği müddetçe velayet hakkına sahiptir¹⁷⁰.

Kanun koyucunun getirdiği kurallar, çocuğu koruma ve üstün yararını sağlamayı amaçlamaktadır. Bahsi geçen IKDK m. 57/2’de velinin, yetişkin, akli dengesi yerinde, güvenilir, çocuğa bakabilir ve eğitebilir olması gerektiği yer almaktadır. Boşanmış olması durumun tekrar evlenmesi onu velayet hakkından mahrum bırakmaz. Bu durumda mahkeme makamları çocuğun üstün yararı gereğince anne ve baba veya ikisinin de velayet hakkına sahip olduğunu beyan etmektedirler. IKDK m. 57/7’de annenin velayet hakkı şartlarından birini kaybetmesi veya vefat etmesi durumunda çocuğun üstün yararıyla çakışmadığı müddetçe velayet hakkı, babasına veya mahkeme makamlarının seçtiği üçüncü kişiye geçer. Böylece kanun koyucu çocuğun üstün yararını, her şeyin üstünde tutmaktadır. Yargı makamları karar almada bu maddenin metinleri doğrultusunda ilerlemektedir. Yargıtay’ın 2008 tarihli 2486 sayılı kararında da “Çocuğun üstün yararının diğer etkenlerin tamamının üstündedir”¹⁷¹ ifadesi yer almaktadır.

Irak Kuzey Bölgesi Yönetimi Kişisel Durum Hakları Mahkemesi’nde görüşülen 2021 tarihli 203 sayılı davasının kararı şu şekildedir; Babanın mahkemeye uzlaşmaması ve çocukların pedagoğa görüşmesinin sağlanmaması ve annenin bütün bunları sağlaması göz önünde bulundurularak çocuğun üstün yararı gereğince velayet hakkı anneye verilmiştir¹⁷².

Yargıtay 2021 tarihli 11 sayılı kararıyla, üstün yarar ilkesine değinmiştir, IKDK m. 57 uyarınca çocuğun velayetinin annesine verilmesi Anayasa’ya aykırı bir metin

¹⁷⁰Karar Mahkeme Altemiyiz Almurakam, (12259/hiat alahval alşahsiye ve almuad alşahsiye/2023) ve almanşur ala mauki, <https://www.sjc.iq/qview.2792/> E. T. 15/4/2023.

¹⁷¹Karar taslsul (2502) ve almurakım (2486/ahval şahsiye/2008), undur Raabia Mohammd Alzahau (2014). alam dava alahval alşahsiye, altaba altaniya, alsenhuri yayınları,bağdat, S. 845.

¹⁷²Alkadi Keylan Seyid Ahmet (2010). Almebadi Alkanuniye fi Kada Mahkemet İklim Kurdistan Al Irak, altaba alula, Arbil, S. 212.

olmamakla birlikte İslam şeriatına ve hukukçularının görüşüne, bunun yanı sıra İslam ülkelerindeki şeriat kavramına da uygundur. Bu da insan menfaatine uyumludur ve zarardan kaçınır. Bu kaçınma çocuğu da ilgilendirir çünkü çocuğun üstün yararı davalı ve davacının arasındaki çekişmeden daha önemlidir. Velayet ilkeleri çocuğun üstün yararına öncelik tanıyarak ona IKDK kapsamına özel bir alan yaratmıştır)¹⁷³.

1959 tarihli IKDK m.57 de kanun koyucu velayet konusunun şeriat ilkeleri ve şeriat hukukuyla uyum içerisinde olup bu kavramın varlığı çocuğun üstün yararına işlerken, var olmaması durumunda çocuğun üstün yararı da tartışma konusu olamamaktadır.

2.1.2. Velayet kavramı

Velayet kavramı hak sahibiyle birlikte ortaya çıkar. Eğer kişi yetişkin değilse veya akli dengesi yerinde olmayan biriyse mutlaka sorumluluğunu üstlenebilecek bir başka kişiye ihtiyaç duyulur. Çocuk, yaşı dolayısıyla tam anlamıyla erişkin bilincine sahip değildir. Bu nedenle yasa koyucu çocuğu evlilik müessesinin devamı boyunca ve boşanma gerçekleştikten sonra çocuğu korumak adına velayet kavramını ortaya koymuştur. Kanun koyucu, velayet hakkını belirlemenin anneye mi yoksa çocuğa mı tanındığı konusunda net bir tanım yapmamakla birlikte mahkemenin, çocuğun üstün yararını göz önünde bulunduracak şekilde karar verilmesi gerektiği ifade edilmelidir. Anne ve babanın çıkarıyla çatıştığında kanun koyucu velayet hakkında anneye öncelik tanımaktadır. Anne çocuğun üstün yararını sağlayamadığı durumda bu hakkı kaybetmiş olur. Çocuğun üstün yararını sağlama her koşulda geçerli olmaktadır ve kendisiyle çakışan her duruma üstün gelmektedir. Yargı makamları velayet konusunda şeriat hukukunun izinden giderek velayetin anne ve çocuğun ikisine de özgü bir hak olduğu kanaatindedir. Anne velayet hakkından feragat etse de çocuğun velayet kapsamındaki hakkı geçerli olur ve genel ilkeler gereği bu hak herhangi bir gerekçeyle işlevsiz duruma gelmez.

2000 tarihli 5181 sayılı Temyiz Mahkemesinden çıkan karara göre¹⁷⁴; Sonuçlanan

¹⁷³Karar Mahkeme Altemiyiz Almurakam, (11/hiat alahval alşahsiye ve almuad alşahsiye/2021) ve almanşur ala mauki, <https://iraqcas.e-sjc-services.iq/> E. T. 18/4/2023

¹⁷⁴Karar mahkamt alahval alşahsiye al murakım (5181/ahval şahsiye/2000), andur Ali Mohammd Kirbasi, Musuat aldliya (2002). alsnhuri yayınları, Bağdat, S. 16.

bir velayet davasında davalı annenin velayet hakkından feragat ederek bu hakkı davacı babaya verdiği görülmektedir. Ancak bu kararın kanuna ve şeriate uygun olmadığı belirtilerek velayet hakkı önceliğinin çocukların üstün yararı ile çakışmadığı müddetçe annede olduğunu¹⁷⁵, çakışması durumunda gereken incelemelerin yapılması, çocukların kimlikleri üzerinden 10 yaşını doldurduklarının tespit edilmesi ve kendisinin yararlarını koruma koşuluyla, velayetin babaya verilebilir olduğu doğrultusunda karar verilmesi gerektiğini bildirmiş ve davanın tekrar gözden geçirilmesi için yeniden ilgili makamlara iletilmesini beyan etmiştir. Bunun yanı sıra annenin velayeti üstlenmek konusunda mecbur olmadığı şeriat hukukunda beyan edilmiş, buna da birinci dereceden kadın bir akrabanın velayeti üstlenmek istemesi şartıyla izin verilmiştir. Velayeti üstlenecek birinci dereceden bir kadın akrabanın bulunmaması durumunda annenin, velayetten feragat etme hakkı ortan kalkmış olur. Annenin velayetten feragat etmesi sonucunda, çocuk daha sonra babasının yanında zarar gördüğünü iddia ederse bu durum, annenin velayeti talep etme hakkını engellemez¹⁷⁶.

Zarar, mahkeme makamları tarafından tespit edilirse zararı engellemek adına velayet tekrar anneye verilir. Aynı zamanda kız çocuklarının velayeti karşılığında eşiyle boşanma konusunda anlaşılan annenin, söz konusu boşanma gerçekleştiği takdirde babaya (eski eşe) velayet davası açtığını ve hâkimin kararının olumlu yönde olduğu da görülmektedir¹⁷⁷.

Hukuk camiasının bilinen isimlerinden Bakır El-Halil'i kararı şu şekilde yorumlamıştır: Kararın bu şekilde çıkma nedenini babanın, belirli bir şey karşılığında (boşanma) annenin velayetten feragat ettiğini ispatlayamaması ve annenin velayetten feragat etme hakkına zaten sahip olması, dolayısıyla bunu ispat edemiyor olması değil iptal edilebilir olması şeklinde yorumlamıştır. Bu karar aynı zamanda velayetten feragat ettikten sonra annenin tekrar velayeti almasını da kapsamaktadır ki bu durumda zaten babasının yanında zarar gören çocuğun velayetini tekrar istemesi konusunda, bir zamanlar feragat etmiş olması hiçbir etki yaratmaz ve geri alma hakkına sahip olur. Bu

¹⁷⁵Karar taslsul (885) ve almurakım (508/ahval şahsiye/2007), undur Raabia Mohammd Alzahau (2014). alam dava alahval alşahsiye, altaba altaniya, alsenhuri yayınları,bağdat, S. 845.

¹⁷⁶Kara Mahkeme Altemiyiz Almurakam (7178/ahvalşahsiya/2022) ve almnşur ala mauki, <https://www.sjc.iq/qview.2692/> E.T. 17/4/2023.

¹⁷⁷Karar mahkamt alhaval alşahsiye almurakam (29/ahval şahsiye/2011), andur Bakar alhalili (2014). Tatbikat kanun alahval alşahsiye almuadal, alırşad yayınları, Bağdat, S. 282.

kararın uygulanması, feragatin iptal edilmesi şeklinde açıklanır. Böylece annenin feragati geçersiz olur, çünkü çocuğun anneye verilmesi annenin değil çocuğun üstün yararına uygun olduğundan ve annenin aslında sahip olmadığı bir şeyden feragat etmesinin ona herhangi bir yarar sağlamadığı sonucuna ulaşılır¹⁷⁸.

Bu süreç dahilinde velayet konusunda çocuğun üstün yararı ile babanın çıkarlarının çatıştığı durumda, çocuğun üstün yararı göz önünde bulundurularak velayet, mahkeme makamları tarafınca anneye verilir. Başka deyişle babada olan velayet hakkı, çocuğun üstün yararını sağlayamazsa, çocuğun velayeti anneye verilir. Anne ve çocuğun üstün yararını gözetken ilkeler şu şekildedir:

1. Çocuğun velisi olarak seçilen anne veya başka biri velayeti üslenecek diğer bir kişinin olmaması durumunda, çocuğun üstün yararının sağlanması ve kaybolmasını engellemek adına anne, velayeti almak konusunda yükümlü kılınır.

2. Anne veli olarak seçilmediği durumda velayeti almakla yükümlü tutulamaz çünkü velayet onun doğal hakkıdır bu haktan kaçınmasının başka birinin bu yükümlülüğü yerine getirdiği takdirde çocuğa hiçbir zararı olmaz.

3. Babanın annedeki velayet hakkını, annenin velayeti üstlenmek adına herhangi bir yasal engel bulunmadığı takdirde anneden alıp da üçüncü bir kişiye verme hakkı yoktur, ki bu durum velayet ilkesinin ihlaldir.

4. Çocuğun sütannesi çocuğu ancak velayetine sahip kişinin yanında emzirebilir. Aksi halde velinin velayet hakkını kaybetmesine yol açar.

5. Babanın çocuğu ikamet ettiği ülkeden alıp da yurt dışına çıkarma hakkı bulunmamaktadır, çünkü bu annenin velayet hakkına aykırıdır.

6. Anne eğer ki velayet hakkından feragat edip, belirli bir ücret karşısında velayeti babaya devretmek isterse bu anlaşma, çocuğun üstün yararını ihlal etmesi gerekçesiyle geçersiz olur. Annenin velayet hakkından feragat etmesi, üçüncü kişinin iradesi yönünde tasarruf olarak nitelendirilir ve anne bu hakka sahip değildir. Anne ancak nafakadan feragat etme hakkına sahiptir, çünkü o hak yalnızca anneye özgüdür.

¹⁷⁸Abdulaziz Ammir (2007). altaziz fi al şariah alislamiyh, dar alfikir alarabi yayınları, Mısır,S.200.

Irak Medeni Kanun’u IMK m. 130 uyarınca aşağıdaki şartlar da dikkate alınmalıdır;

1. Anlaşmanın içeriği hukuka ve genel ahlaki ilkelere uygun olmalıdır, aksi takdirde anlaşma geçersiz olur.

2. IKDK kapsamında miras ve hukuki ehliyet ilkelerine dayanan genel ilkeler

1951 tarihli 40 sayılı IMK m. 704/2’de ‘Genel ilkeleri ve ahlaki kuralları ilgilendiren konularda anlaşma yoluna varılmaz, ancak kişisel mali durumları ilgilendiren konularda anlaşma sağlanabilir.’ hükmü yer almaktadır. Buradan yaptığımız çıkarım doğrultusunda velayet hakkının ortak bir hak olduğunu ve yalnızca çocuğun üstün yararının göz önünde bulundurulabileceğini ve genel olarak da toplumsal düşüncenin de çocuğun her nerede olursa olsun diğer durumları değerlendirmeksizin üstün yararına öncelik vermeyi savunmaktadır. Ancak velayet konusunda IKDK m. 57 uyarınca velayet hakkının annede olduğu, hiçbir ispata gerek duyulmadan bildirilmektedir.

2.1.3 Hukuki niteliği

Birçok ülkede velayete yönelik hukuki dayanağın bulunmamasına rağmen yerel hukukumuzda baktığımızda¹⁷⁹, velayet hukukunda mevzuatın dayanağının babanın uyuğu olduğunu ve Babanın Vatandaşlık Kanunu (babanın vatandaşı olduğu ülkedeki hukuk esasa alınır) ilkeleri doğrultusunda mahkeme makamlarının nihai hükmü belirledi hükmü ile karşılaşılmaktadır. Velayet konusuna yönelik birçok görüş bulunmaktadır. Bazı görüşlere göre; velayet evlilik sonucu meydana gelir, bazılarına göre ise; velayet boşanma sonucu meydana gelir. Bir diğer görüşe göre; velayet anne- baba ve çocuk ilişkisi sonucu meydana gelebilecek bir kavram olarak değerlendirilmektedir.

Bu görüşler kapsamında ülkeler, velayet hukukunda tek bir görüşü benimseyerek, yürürlükteki hükümlerini belirlemektedir. Bunun sonucun da ülkeler arasındaki velayet hukukunda farklılıklar meydana gelmiştir. Birçok Arap ve Batı ülkelerinde bulunmayan hükümlere yönelik tek bir ortak hükmün getirilmesinin daha büyük bir önem arz ettiğini dile getirebiliriz ve bu farklılıkları çeşitli görüşler aracılığıyla giderebiliriz.

¹⁷⁹Alkubisi (1972).S, 355.

Bu görüşlerden ilki; Amerikan modeli olan Angelo Sakson ilkeleri doğrultusunda çocuğun üstün yararının esasa alındığı görüşüyle karşılaşmaktayız. 1971 tarihli Amerikan hukukunun ikinci düzenlemesi kapsamında çocuğun üstün yararı, velinin çıkarına galip geldiği durumlarda çocuğun üstün yararı esasa alınarak velayete ilişkin hüküm belirlenir. Irak hukukuna bakıldığında meşru çocuklarda (evlilik sonucu meydana gelen çocuklar) velayet, anne- baba ve çocuk arasındaki karşılıklı yükümlülükleri ele alır. IMK m.19/4 kapsamında Babanın Vatandaşlık Kanunu düzenlenmiştir. Böylece velayet hukukunu düzenlemek adına bir dayanak oluşturulmuştur. Bu hükümler anne veya babadan birinin Irak vatandaşı olduğu ve IMK m. 19/5 uyarınca evlilik akitlerinin gerçekleştiği her koşulda Irak mahkeme makamları, velayet konusunda babanın Vatandaşlık Kanunu'na dayanan hükümleri düzenlemektedir. Yargıtay kararında, “Baba, yabancı uyruklu olan ve Irak sınırları içerisinde ikamet etmeyen anne karşısında velayet hakkı önceliğine sahiptir.”¹⁸⁰ ifadesi yer almaktadır. İç hukuk ve genel toplum ilkeleriyle çatışan yabancı hukuk uygulanmaması IMK m. 32 uyarınca belirlenmiştir. Bunun uygulandığı bir Yargıtay kararı şu yöndedir; “hâkim babasının Bahailik dinine mensup olan bir çocuğun nesebini İslam dinine mensup annesi üzerine geçmesi yönünde karar veriyor. Çünkü Bahailik, Irak Cumhuriyeti anayasasınca tanınan bir din olmamakla birlikte annenin mensup olduğu din olan İslam dini, ülkenin resmi dini olması sebebiyle çocuğun nesebini anneye dayamaktadır.”¹⁸¹.

Aşağıda bahsedeceğimiz olayda Irak yargı makamlarına Babanın Vatandaşlık Kanunu'na istinaden bu ilkeyi oluşturma imkânı sunmuştur. Irak'ta çalışan iki Mısır uyruklu Hristiyan eşin davasını ele aldığımızda; kadın, eşine karşı Musul Şeriat Mahkemesi'nde boşanma davası açıyor ve hâkime, İslam dinine geçtiğini bildiriyor ve bunu tasdikleyen karar, ilgili makamlar tarafından onaylanıyor. Mahkeme makamları kadının eşine İslam dinine geçmek isteyip istemediğini soruyor. Bu doğrultuda eşi İslam dinine geçmek istemediğini bildiriyor ve mahkeme makamları velayet hakkını anneye veriyor. Bu durumda baba karara itiraz etmek gerekçesiyle temyiz mahkemesine başvuruyor. İlgili mahkeme Musul Şeriat Mahkemesi'nden çıkan kararın içeriğinin doğru ve yürürlükte olan hukuka uygun olduğunu doğruluyor ve şu şekilde bir açıklama

¹⁸⁰Kara Mahkeme Altemiyiz Almurakam (6551/ahvalşahsiya/2023), ve almnşur ala mauki, <https://www.sjc.iq/qanoun/family/E. T. 17/4/2023>.

¹⁸¹Karar mahkemte alahval alşahsiye almurakım (3933/ahval şahsiye/2011), andur Ebrahim Almşahdi (2009). almuhtar mn kadai alahval alşahsiye, Jafar yayınları. S 50.

yapıyor; “İslam şeriatı gereğince çocuğun velayetinin İslam dinine geçen anne veya babasına verilmesi gerektiğine dayanarak temyiz edilen İslam şeriatı ve hukuk doğrultusunda çocuğun velayetinin annesine verilmesi kararının doğruluğu ilgili makam tarafından tasdiklemiştir.”¹⁸² Yargıtay karar aşamasında aşağıda yer alan kanun maddelerini göz önünde bulundurmıştır;

1.IMK m. 17/1 uyarınca dava kapsamında hukuku esas alınacak ülke mahkeme makamları tarafından belirlenmiştir.

2.IMK m.19/3 ‘Boşanma vakalarında davanın açılması ve bu süreç kapsamında eşin (erkek/ koca) vatandaşı olduğu ülkenin hukuku uygulanır.’ metni gereğince mahkeme makamları Mısır hukukunu uygulamıştır.

3. Dava açılmış olduğunda kadın İslam dinine geçmiş ve bunu ilgili makamlar tarafından edindiği belgelerle tasdiklenmiş olduğu durumlarda Mısır hukuku uygulanır. Bu davada da mahkeme makamları tarafınca, ortak vatandaşlık kanunu ve eşin (kadının) Müslüman olması durumunda uygulanacak olan Mısır hukuku uygulanmıştır¹⁸³.

4. Mahkeme kanunları, kadının semavi dinler kanunun uygulanmasından kaçınmak adına İslam dinine geçip geçmediğini araştırıyor olsaydı, semavi dinler kanunu gereğince boşanma sebebi olmayan babaya velayet hakkını tanıyor olurdu. Ancak inanç kişisel bir durumdur ve mahkeme makamlarına bunu yargılamak düşmez. Ancak dini gereğince dış görüş olarak değerlendirebilir¹⁸⁴.

5. Mahkeme makamları IMK m.19/1’e göre “meşru çocuklar (evlilik sonucu meydana gelen çocuklar), velayet anne- baba ve çocuk ilişkisini düzenleyen konularda babanın vatandaşlık kanunu esasa alınır” kuralı gereğince Musul Şeriat Mahkemesi, Babanın Vatandaşlık Kanunu’nu esas alarak hükmünü uygulamıştır.

6. Babanın vatandaşı olduğu ülke, çocuğun doğum tarihi veya evliliğin akit tarihi esasa alınarak belirlenseydi o zaman semavi dinler kanunu uygulanmalıydı.

¹⁸²Karar taslsul (886) ve almurakım (557/ahval şahsiye/2008), undur Raabia Mohammd Alzahai (2014). alam dava alahval alşahsiye, altaba altaniya, alsenhuri yayınları,bağdat , S 845.

¹⁸³Kara Mahkeme Altemiyiz Almurakam (7335/ahvalşahsiya/2022) ve almnşur ala mauki, <https://www.sjc.iq/qview.2694/> E.T. 19/4/2023.

¹⁸⁴Karar taslsul (1005) ve almurakım (792/ahval şahsiye/2007), undur Raabia Mohammd Alzahai (2014). Alam dava alahval alşahsiye, altaba altaniya, alsenhuri yayınları,bağdat, S. 845.

2.1.4. Velayet süresi

Velayet süresi, başladığı tarihten sonlandığı tarihe kadar bir zaman birimini ifade eder. Bu süre çocuğun dünyaya gelmesiyle başlar, kişisel ihtiyaçlarını, yemek/içmek ihtiyaçlarını ve kendini ilgilendiren konularda karar alabilecek yaşa gelene kadar yani reşit olana kadar devam eder¹⁸⁵. Bu konuda kız veya erkek ayrımı yapılmaz, ikisi için de aynı şeyler geçerli olur. IKDK kapsamınca kız veya erkek olduğu fark etmeksizin çocuk 10 yaşına gelene kadar bir vasiye ihtiyaç duyar. IKDK m. 57/4 şu şekildedir; “Babanın çocuğun ihtiyaçlarını karşılama, eğitim ve yetiştirilmesi konularında çocuk 10 yaşına gelinceye kadar sorumluluk alma hakkı vardır, geceleri annesinde kalması şartıyla ve mahkeme makamları tarafından pedagogların raporları doğrultusunda bu süre 15 yaşına kadar uzatılabilir”. Bu metin, velayetin annede olması durumunda da babanın çocuğun sorumluluğunu üstlenebildiğini belirtmektedir. Bu doğrultuda çocuğun; yetiştirilmesi, kişisel davranışları, ahlakı, sağlık durumu ve eğitimi gibi konularda babanın söz hakkına sahip olduğunu görmekteyiz. Çocuk 10 yaşını doldurmadan anne velayet şartlarına uyum sağladığı müddetçe babanın velayeti alma hakkı yoktur. Ancak 1959 tarihli 188 sayılı IKDK m. 57/2 uyarınca annenin, velayet şartlarından birini kaybetmesi durumunda çocuk 10 yaşını doldurmamış olsa da üstün yararı gereği baba velayeti alma hakkına sahiptir. Velayet süresi boyunca anne istenen şartlara uyum sağlamışsa ve çocuk 10 yaşına geldiğinde babanın velayet hakkını talep etmesi durumunda, anne çocuğun sağlık durumu veya herhangi bir engelli nedeniyle kendisinde kalmasını, bunun çocuğun üstün yararına olacağını beyan ederse, mahkeme makamları tarafınca bu beyan adli tıp raporları ve pedagoglar tarafından doğrulanmaya iletilir. Doğrulanması durumunda çocuğun üstün yararı gereğince annede olan velayet hakkı uzatılır. Yargıtay kararlarına göre, velayet yaşlarını doldurmayan çocukların babalarına verilmesi kararı davacı anne tarafınca temyiz edilmesi durumunda mahkeme makamlarınca, annenin velayet şartlarından birini bile kaybetmemesi ve çocukların üstün yararının sağlanması adına velayetin anneye verilmesi yönünde karar alındığını görmekteyiz¹⁸⁶.

Bir diğer kararda ise, velayet davalarında ilk esas alınan çocuğun üstün yararı olmaktadır. Babasından ayrılmasının veya velayetinin annesine verilmesi durumunda

¹⁸⁵Mohamd Semara (2008). Ahkam ve athar alzevac, altekafa yayınları, bağdat. S 395.

¹⁸⁶Karar mahkamt al ahval alşahsiye (3406/ ahval alşahsiye/2022), giyri manşaur.

çocuğun üstün yararı gözetilir. Bunun yanı sıra pedagog ve tıbbi raporlar doğrultusunda kararlar verilmektedir. Çocuğun yaşını belirleme konusuna bakacak olursak, nüfus kaydı bulunmayan çocukların yaşını belirlemeye yönelik şu Yargıtay kararıyla karşılaşmaktayız; “Çocuğun kimliğinin ve nüfus kaydının bulunmaması durumunda tıbbi raporlar esas alınarak yaşı belirlenmektedir”¹⁸⁷. IKDK m. 57/5’e göre “Çocuk 15 yaşını doldurması durumunda, annesini/ babasını veya birinci dereceden bir yakın akrabasını, mahkeme makamlarınca akli dengesinin bunu seçmeye yeterli olduğuna kanaat edildiği takdirde, 18 yaşını doldurana kadar vasisi olarak seçme hakkına sahip olmaktadır.”.

Bu metin doğrultusunda seçme hakkının var olması adına aranan şartlar: çocuğun 15 yaşını doldurmuş olması, 18 yaşını doldurana kadar anne- baba veya birinci dereceden herhangi bir akrabasında kalmasının çıkarına olması ve bu kararı akli dengesinin yeterli olması koşuluyla veriyor olması gerekmektedir. Bütün bunlar pedagog ve tıbbi raporların yanı sıra sosyal hizmetlerin vasi olarak seçilecek kişilerin evlerine gidip denetlemeleri doğrultusunda karar verilir. Çocuğun 15 yaşını doldurması durumunda mahkeme makamları, velayeti uzatmaya yönelik karar alma hakkına sahip olmamaktadır. Çünkü çocuk kimin yanında ikamet edeceğini seçme hakkına sahip olur. Yargıtay kararı şu yöndedir: “15 yaşını doldurmuş bir çocuğa mahkeme makamı tarafından vasi seçilemez. Mahkeme makamlarınca çocuğun akli dengesinin yerinde olduğu tasdik edilmesi şartıyla, çocuk birinci dereceden akrabalarından birinde kalma hakkına sahip olur.”¹⁸⁸.

Velayeti isteyen kişinin üst soy akrabası olması gerekir. Çocuğun evlenebileceği bir akrabası olmamalıdır. Irak Kuzey Bölgesel Yönetim (IKBY) mahkemelerinden çıkan Yargıtay kararı şu şekildedir: “kız çocuklarının velayeti ancak ‘üst soy hasımları’ evlenmesi yasak olan birinci dereceden akrabalarına verilir.”¹⁸⁹. Mahkeme makamları 15 yaşını doldurmuş çocuğun, hangi akrabasının yanında kalmak istediğini duruşma salonunda beyan etmesi adına duruşmaya gelmesini talep eder. Aynı IKBY mahkeme makamlarının Yargıtay kararı şu şekildedir: “Reşit olmayan B kişisi 15 yaşını doldurması durumunda, 18 yaşını doldurana kadar annesi veya amcası yanında kalmasını belirlemek

¹⁸⁷Karar mahkamt alahval alşahsiye, (1720/ahval şahsiye/2012), Undur Bilal Gazi Amin (2013). alhedana fi kanun alahval alşahsiye al Iraki almuadal, alsenhuri yayınları, Arbil. S 19.

¹⁸⁸Keilani SedAhmed (2009). almbadi alkanuniye fi kada alahval alşahsiye, mukrarat alkada yayınları, Arbil,S 109.

¹⁸⁹Husiyn kadım alzehri (2010). alhadana fi alkanun al Iraki, alsenhuri yayınları, bağdat. S 171.

adına mahkeme makamları tarafınca duruşmaya katılması ve beyanını sözlü bir şekilde dile getirmesinin zorunlu olduğu bildirilmektedir.”

Velayet konusunda anneye öncelik verilmesinin çeşitli sebepleri bulunmaktadır. Bunları, önceki konularda ele almış ve kanun koyucuyla aynı düşüncede olduğumuzu beyan etmiştik. Çünkü yasa koyucu bu hakkı tanıdığı anda çocuğun üstün yararını gözeterek şartlar koşturmuştur. Yasa koyucunun yaş konusundaki bu netliği, kız çocuğunun 15 yaşını doldurana kadar fizyolojik açıdan annesine daha çok ihtiyaç duymasına dayanmaktadır. Bu hakkı da yerine getirme yükümlülüğü olan şartlar dahilinde vermiştir. IKDK m.57/4 uyarınca bir değerlendirme yaptığımızda o fıkrada bir düzenleme yoluna gidilmesinin doğru olduğunu dile getirmek mümkündür. Çünkü söz konusu maddede çocuğun annesi dışında hiç kimsede geceyi geçiremeyeceği beyan edilmiştir. Velayet süresini uzatmaya ilişkin ‘Annenin velayeti uzatma talebinde bulunabilmesi için çocuğun öncesinde kendi velayetinde olması gerekir.’ kuralına da dikkat çekilmelidir. Buna ilişkin karşımıza çıkan bir yargıtay kararı şu şekildedir: “Çocuğun velayetinin davacı olan annesinde bulunmaması sebebiyle IKDK m. 57/4 gereğince velayetin uzatılma kararı uygulanmayacağı belirtilerek dava ilgili mahkeme makamları tarafından reddedilmiştir”¹⁹⁰.

Çocukların velayet süreleri dolması durumunda, baba mahkeme kararıyla çocukları yanına alabilir veya annenin velayet şartlarından birini kaybetmesi durumunda velayet yaşını doldurmamış çocukların velayetini baba alabilir. Kadının bu durumda velayeti alabilme durumunu şu şekilde açıklayabiliriz; ilkinde velayeti alma imkânı bulunmamaktadır. Çünkü velayet hakkını uzatabilmesi için çocukların önceki velayetinin kendisinde olması gerekir. İkinci durum ise tamamen farklılık göstermektedir. Çocukların velayetini alabilmesi için babalarının yanında çocukların üstün yararlarının sağlanmadığını ispat etmesi gerekmektedir. Uygulamada durumu şu şekilde açabiliriz; ilk durumda annenin açması gereken davanın konusu ‘Velayet Süresini Uzatmak’ olup, bu davayı açabilmesi için gerekli olan ‘önceki velayetin annede olması’ şartına sahip olması gerekir. Annenin bu şarta sahip olmaması durumunda davayı açması mümkün değildir. İkinci duruma baktığımızda; annenin açacağı davanın konusu ‘Velayet Talebi’ olması gerekmektedir. Bu durumda çocukların önceki velayetinin annede olması gerekmez.

¹⁹⁰Adnan Mayh (2016). Dava alahval alşahsiya ve ahkamuha fi alkanun allraki,maktabt dar alsabah yayınları,Bağda,S 154.

Anne, babada olmalarının çocukların üstün yararını sağlamadığını ispat etmesi durumunda, velayeti alabilmektedir¹⁹¹.

Babanın, çocuğun velayet yaşını doldurduğu gerekçesiyle çocuğu yanına alma hakkı yoktur. Bunu ancak çocuğun rızası veya mahkeme makamlarının kararı doğrultusunda gerçekleştirebilir. Babanın çocuğu zorla alması durumunda, çocuğun velayet yaşını doldurmuş olduğu durumlarda bile mahkeme velayetini tekrar annesine verir. Bu hüküm doğrultusunda davalı babanın, davacı anneye çocuğu teslim etmesi zorunludur ve hiçbir şekilde buna karşı çıkma hakkı bulunmamaktadır. Çocuğun velayet yaşını doldurmuş olması, babanın çocuğu zorla alabileceği anlamına gelmez. Ancak mahkeme kararı doğrultusunda çocuğun üstün yararı göz önünde bulundurularak alma hakkına sahiptir. Şunu not düşmekte fayda vardır; babanın çocuğu zorla alması durumunda anne ‘Velayeti Doğrulama’ davası açamaz. Çünkü bu durumda mahkeme tarafından çocuğun yaşı değerlendirilecektir. Çocuğun 10 yaşını doldurması durumunda annenin açması gereken dava, ‘Velayeti Uzatma’ davası olmalıdır. Ancak 15 yaşını doldurması durumunda, IKDK m. 57/5 uyarınca çocuğa seçme hakkı verilmektedir. Bu hak doğrultusunda mahkeme makamları çocuğun akli dengesinin yerinde olduğuna kanaat getirmesi halinde çocuk 18 yaşını doldurana kadar anne- babası veya herhangi bir akrabasında kalmayı seçebilir¹⁹².

Velayet süresini uzatma talebi şu doğrultuda gerçekleşir; Mahkeme makamları 15 yaşını yetişkinlik yaşı olarak belirlemektedir. Çünkü kız çocuğu 10 yaşını doldurana kadar annesine ihtiyaç duymaktadır. 15 yaşını doldurduğunda kadınların fizyolojik olarak yetişkinlik dönemi başlar. Bunu destekleyen IKDK m. 8/1’e göre 15 yaşını dolduran çocukların evlenmek istemesi durumunda mahkeme makamları, tarafınca çocukların akli dengelerinin yerinde olduğunu ve bedenlen sağlıklı olduğu doğrulanması durumunda, babasının da velisi olarak onaylamasını ister. Babasının onaylamaması durumunda, onaylaması için süre verir. Bu süre zarfında baba onaylamazsa veya onaylamamasını meşru bir sebebe dayandırmazsa, mahkeme makamları tarafından çocukların evlenmesine izin verilir.

¹⁹¹Fauzi Kadım Almeyahi (2013). Dava alhedane ve tatbikatuha alkadaıye, derasa fi dui alfıkıh ve alkanun,maktabt alsabah yayınları,bağdat,S 110.

¹⁹²Nebil Abdulrahim heyauı (2008). Kanun alhval alşahsiye rakam 188 li sent 1959 almuadel,almektebe alkanune yayınları, Bağdat,S 38.

2.1.5. Çocuğun ihtiyaçlarını karşılamak

Velayet hukuken belirlenen bir taraf için hak olmaktan öte, ahlaki ve dini sorumluluktur. Bu hakka sahip kişi hiçbir şekilde bu hakkı kötüye kullanamaz. Annenin, çocuğun eğitimi ve yetiştirilmesi gibi konularda babayla uzlaşması gerekmektedir. Çocuğun üzerindeki söz hakkı konusunda anne ve babanın çatışmadan karar verebiliyor olmaları gerekmektedir. Anne, çocuğu nefret duygusuyla büyütürse çocuk o duyguyu hayatı boyunca içinde yaşar. Çocuğu babasına karşı nefretle büyütmesi de dışarıya yansır. Bu sebeple anne böyle bir hakka sahip değildir. Babanın çocuğa karşı beslediği sevgi, annesinin beslediği sevgiden daha az değildir. Bu yüzden anne çocuğu babasından alıkoyamaz. Tam tersine baba ve çocuğun görüşmesine imkân sağlamalı ve bunu kolaylaştırmalıdır ki baba çocuğun yetiştirilmesi ve eğitimine katkıda bulunabilsin. Çocuğun velayetinin annesinde olması durumunda, babaya ona bakmak, eğitimiyle ilgilenmek, güvenli bir ortam sağlamak ve bütün bunlarda yeterli olabilmek düşer. Eğer ki çocuğun velayeti babasında ise (birinci dereceden evlenemeyeceği yakın akrabası) anne, çocuğu görme hakkına sahip olur. Velayetin annede olduğu hallerde, babanın çocuğun eğitimi ve yetiştirilmesinde söz hakkına sahip olması durumu, velayetin babada olması halinde anne için geçerli değildir. Annenin sahip olduğu tek hak, çocuğu görebilme hakkıdır. Annenin veya babanın çocuğu görmek istemesi durumunda yanlarında üçüncü bir kişinin olması ve görüşmenin kısa tutulması şartı koşulmaktadır¹⁹³. Üçüncü kişinin olmasının nedeni ise şeriatı dayalı hukuku gereğince boşanmış iki kişinin bir araya gelmesinin doğru olmamasına dayanmaktadır. Boşanmış iki kişinin baş başa kalmaması adına görüşmenin tarafsız bir bölgede yapılması veya görüşme sırasında yakın bir akrabanın bulunması gerekmektedir¹⁹⁴.

Çocuk, anne veya babasını ziyaret etmek isterse, bu hakka sahiptir. Velinin çocuğu bu haktan alıkoyma yetkisi bulunmaz. Çünkü alıkoyması akrabalık bağına koparması anlamına gelir. Velayeti annede olan bir çocuğu, babası görmek için kendi evine almak isterse, annenin buna itiraz etme hakkı yoktur. Çünkü çocuğu görmek isteyen, çocuğun ikamet ettiği yeri ziyaret eder. Velayet hakkı kapsamında çocuğun velisi

¹⁹³Şems Aldin bin Mohammed Ahmed Alramli (2003). niyât almuhtac ıla şereh alminhac,ikince baskı,dar alkutub alilmey yayınları,Berut,S 255.

¹⁹⁴Mohammed ali suelim (2006).şarih kanun alusra, almatbuat alcamıye yayınları,Eskindreye ,S 294.

olan kişi çocuğu görmek isteyen diğer tarafa çocuğu göndermeme hakkına sahiptir. Ayeti kerimde şu şekilde geçmektedir;

(LA TUDAR WALİDETUN Bİ WELİDİHA WLA WALİDUN BİWLDİHİ)

Bu ayetin anlatmak istediği; ne velayet hakkına sahip baba, anneye karşı bu hakkı kötüye kullanmalıdır ne de velayet hakkına sahip anne, babaya karşı bu hakkı kötüye kullanmalıdır. Her zaman görüşme konusuyla ilgili davalar velayet hakkına sahip olmayan kişi tarafından açılır. Örneğin, velayetin annede olmadığı durumda çocuğu görme konusunda anne sıkıntı yaşıyorsa mahkeme makamlarına başvurur ve çocuğun üstün yararı doğrultusunda, annenin çocukla görüşebileceği yer ve zaman, mahkeme makamları tarafından belirlenir¹⁹⁵.

Seçilen yerin ve zamanın çocuğa maddi ve manevi açıdan hiçbir zararının dokunmaması gerekmektedir. Bu konudaki bir Yargıtay kararı şu yöndedir: “Görüşme gününde annenin, çocuğu babasıyla görüşmeye üç defayı aşkın görüşme yerine getirmemesi durumunda, babanın açmış olduğu velayet davasında velayetin, babaya verilmesi uygun görülebilir ancak mahkeme makamları takdirince annenin çocuğu üç defa görüşmeye götürmemesi, babaya velayeti alabilme hakkını doğurmaz ve görüş yerinin değiştirilmesine de karar verilebilir.”¹⁹⁶ Annenin çocukları babaya göstermemesinin kötü bir niyetle mi yoksa iyi bir niyetle mi yapılan bir davranış olduğunun, mahkeme makamları tarafından tespit edilmesi gerekmektedir. Babanın hakkı olan görüş kararına annenin uyma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu yüzden baba, annenin çocuğu görüş günlerine getirmemesinin kötü niyetli bir davranış olduğunu ispat etmelidir. İspat ettiği takdirde Mısır hukukuna dayanarak velayet hakkı, geçici olarak babaya geçer”¹⁹⁷. Bu hukuka göre velayet sahibi olan ve çocuğu görüşmeye getirmeyen anneye ilk olarak uyarı verilir. Uyarı sonrası tekrar çocuğu görüş günü götürmekten kaçınırsa, hâkim geçici olarak velayeti anneden alır ve üstlenebilecek birine verir ve bunun süresini belirler¹⁹⁸.

Bu konuya ilişkin şu şekilde IKDK Mahkemesi’nden çıkan bir olay da şu

¹⁹⁵Karar mahkemet alahval alřahsiye teslsul(7511) du alrakam(7490/ alahval alřahsiye/2023),keyr mańřur.

¹⁹⁶Kara Mahkeme Altemiyiz Almurakam (10889/ahvalşahsiya/2022) ve almnşur ala mauki, <https://www.sjc.iq/qview.2715/E.T.19/4/2023>.

¹⁹⁷Karar mahkım alahval alřahsiye teslsul (1465) du alrakam(750/ alahval alřahsiye/2017),keyr mańřur.

¹⁹⁸Karar mahkım alahval alřahsiye teslsul (3280) du alrakam(3406/ alahval alřahsiye/2022),keyr mańřur.

şekildedir: Olayda davalı baba, annenin çocukları görüşmeye getirmediği nedeniyle velayeti talep etmiş ve avukat ücretini annenin ödemesini istediği bir dava açmıştır. İlgili mahkeme, 10.05.2022 tarihinde davayı reddetmiştir. Kararın gerekçesinde “dava dilekçesiyle mahkeme makamları tarafınca görüş iznine yönelik kararın bulunmaması ve dava açılmadan önce annenin görüş günleri çocuğu görüşe götürme sorumluluğunu yerine getirmesi adına belirli sürenin verilmesi durumunun uygulanmamış olması” sebebiyle davanın reddedildiği belirtilmiştir¹⁹⁹.

Çocuğunu görmek isteyen baba için görüş süresi, mahkeme makamları tarafından belirlenir. Mahkeme makamları görüşme hakkına yönelik karar alırken, görüş günü ve saatini belirlemekle yükümlüdürler. Çünkü anne belirsiz günlerde çocuğu görüşe götüremez. Başka bir kararda ise babanın ayda iki defa çocuklarını görme haklarının olduğu ve bu kararın ne anneye ne de çocuklara bir zararının olmadığı yer almaktadır²⁰⁰.

Başka bir kararda ise, emme yaşındaki çocuğu yalnızca ayda 2 saat, annesinin veya akrabalarının evinde olması şartıyla babanın görme hakkı olduğu belirtilmektedir²⁰¹. İki tarafın avukatları görüşme günü ve saatini belirlemek için uzlaşırlarsa, bu uzlaşma davadan çıkan karara yönelik yapılacak itiraz olasılığını azaltmaktadır²⁰².

Bu durumda IKDK m. 57/4 uyarınca, velayeti annede olan çocuğu, annenin görüş gününde, gün boyunca çocuğu babasının görmesi adına anlaşılan saatte, anlaşılan yere götürmesi gerekmektedir. Ancak çocuk gece babasında kalmaz, tekrar annesine dönmesi gerekmektedir²⁰³. Aynı zamanda, babanın vefat etmesi durumunda görüş hakkı babaanneye (babanın annesine) geçer. Çünkü babadan sonra görüş hakkı ve velayet hakkına, babaanne sahiptir. Babanın hayatta olması durumunda babaanne veya dedenin çocuğu görme hakkı veya velayet talep hakkı bulunmaz. Ancak baba öldükten sonra bu hak doğar²⁰⁴.

¹⁹⁹Kara Mahkeme Altemiyiz Almurakam (6834/ahvalşahsiye/2022) ve almnşur ala mauki, <https://www.sjc.iq/qview.2691/> E.T. 18/4/2023.

²⁰⁰Karar mahkamt alahval alşahsiye teslsul (10080) du alrakam(10100/ alahval alşahsiye/2023),keyr manşur.

²⁰¹Karar taslsul (2498) ve almurakim (2544/ahval şahsiye/2008), undur Raabia Mohammad Alzahai, alam dava alahval alşahsiye, altaba altaniya, alsenhuri yayınları,bağdat (2014), S. 846.

²⁰²Karar mahkamt alhaval alşahsiye almurakam (2312/ahval şahsiye/2012), andur Bakar alhalili, Tatbikat kanun alahval alşahsiye almuadal, alırşad yayınları, Bağdat (2014), S. 282.

²⁰³Karar mahkamt alahval alşahsiye teslsul (12775) du alrakam (12798/ alahval alşahsiye/2021), keyr manşur.

²⁰⁴Karar mahkamt alahval alşahsiye teslsul (16554) du alrakam (16535/ alahval alşahsiye/2022), ve

Babanın ölümü durumunda çocuğu görme hakkını, babaanne veya dede mahkeme makamlarına başvurarak elde ederler. Bu hak önce babaanneye sonra dedeye geçer. Babaanne, akrabalık bağı gerekçesiyle torununu görme hakkına sahip olur. IKDK mahkeme makamlarının bir kararına göre: “Velayet babadayken babaanne torununu görmek isterse, bu görüşmenin babanın evinde gerçekleşmesi şartıyla görebilir. Ancak bu görüşmenin gün ve süresi önceden belirlenir. Babaanne ancak bu koşullarda torunlarını görebilir”²⁰⁵. Başka bir karara göre: “Veli anne, çocuğunun babasının adres değiştirmesi durumunda, ikametgahını değiştirmek zorunda değildir. Babanın ise, çocuğu görme hakkı vardır ve aynı zamanda çocuk, velayet yaşını doldurduğunda çocuğu yanına alabilir”²⁰⁶.

Irak’ta çocuklar için belirlenen görüş yeri Yürütme Dairesiyken daha sonra Kadın Sivil Toplum Kuruluşları olmuştur. Güncel görüşme yeri ise illerdeki Kızılay şubeleridir. Bir karara göre: “Yürütme Dairesi çocuğu görüş yeri olarak belirlenen iyi bir yer değildir. Çünkü orada çok sayıda çalışan bulunmaktadır. Bunun yanı sıra yalnızca hafta içi görüşmeler gerçekleşebilir. Babaya uygun olan hafta sonuna ayarlanacak görüşmelerdir ve bunların çocuğun yıpranmayacağı bir yerde gerçekleşmesi gerekmektedir.”²⁰⁷. Bu görüşme yerleri, belirli bir hukuki metne veya Yargıtay kararına dayanarak belirlenen yerler değildir. Irak hukukunda bu konuyla ilgili bir boşluğun var olduğunu dile getirebiliriz. Zaman zaman değişikliklerin olduğu bu görüşme mekanları aslında çocuk psikolojisi açısından uygun yerler olmadığı görünmektedir. “Mahkeme makamları tarafından çocuğun ve anne/babanın yararına bu boşluğun giderilmesi beklenmektedir. Çocuğun, anne veya babasını normal bir ortamda görmesi, anne- babasını dilediği zaman görebileceği ve aile ortamındaki yoksunlukla anne- babanın boşanmış olmasının çocuğun üzerindeki negatif etkisini azaltacak bir yerin belirlenmesi gerekmektedir”²⁰⁸. Çocukla görüşme süresini uzatabilmek için mahkeme makamlarına başvurarak, sürenin uzatılmasını talep edebilirler ve bunu birden çok kez yapabilirler. Çünkü davanın boyutu ve gereklilikleri değişebilir. Velayet süresinin sona ermesi ile görüş hakkı da sona

almutufer ala tatbk kanunçı.

²⁰⁵Karar mahkım alahval alşahsiye teslsul (11) du alrakam(11/ alahval alşahsiye/2021),keyr manşur.

²⁰⁶Kara Mahkeme Altemiyiz Almurakam (6653/ahvalşahsiya/2021) ve almnşur ala mauki, <https://www.sjc.iq/qview.2667/> E.T. 16/5/2023.

²⁰⁷Karar mahkım alahval alşahsiye teslsul (153) du alrakam(111/ alahval alşahsiye/2022),ve almutvefer ala tatbk kanunçı.

²⁰⁸Abduluhab Kalaf (1990). ahkam alahval alşahsiye fi alşeria alislamiye,ikinci baskı,dar alkalım yayınları,Kuvit,S 194.

ermektedir”²⁰⁹. Çocuğun yetiştirilmesi ve eğitimi ile ilgili konular hakkında anne ve baba, ikisinin de çocuğun sorumluluğu üzerindeki sınırlarını bilmeleri şartıyla, anlaşarak karar verme hakkına sahiptir. Aksi takdirde bu sınırlar, mahkeme makamları tarafınca belirlenir²¹⁰.

Ürdün Kişisel Durum Kanunu (ÜKDK m. 163) uyarınca: “anne, baba veya dedenin çocuğun velayeti başkasın da olması durumunda, çocuğu görme hakkı bulunmaktadır. Görüşme hakkını velayet hakkıyla ilişkilendirmek doğru değildir. İkisi de birbirinden ayrı kavramlardır. Herhangi bir sebepten ötürü velayet hakkını kaybeden bir anneyi çocuğunu görme hakkından da alıkoymak doğru değildir. Annenin velayet hakkını kaybetmesi ve bu hakkın babaya verilmesi durumunda anne çocukları görme hakkına sahiptir. Bu konuya ilişkin hüküm ilgili makamlarca aynı kararda beyan edilir”²¹¹.

Görüşme hakkına sahip olan kişiyle görüşmenin gerçekleşmesi, çocuğun üstün yararıyla çatışması durumunda, mahkeme makamları görüşme hakkı sahibine olumsuz yansıyor olsa bile çocuğun üstün yararını dikkate almalıdır. Velayeti annede olan bir çocuk ve görüşme hakkına sahip bir babanın görüşme sırasında, babanın çocuğun eğitim durumunun çok iyi gitmediğini sezmesi, velayet hakkını anneden alabileceği anlamına gelmez. Baba her ne kadar çocuğun yetiştirilmesi ve eğitimi üzerinde söz hakkına sahip olsa da bu konuyla birebir ilgilenecek kişi yine de annedir. Babanın bu konularda bir eksikliğin var olduğunu sezdiği durumda anneyi, çocuğun üstün yararı gereğince uyarması doğrudur. Görüşme hakkı yalnızca, baba ve çocuğun bir araya gelerek birlikte vakit geçirmelerini içermemektedir. Aynı zamanda babanın, çocuğun yetiştirilmesi, eğitimi ve kişisel ihtiyaçlarıyla ilgilenmesi adına bir alan tanımaktadır²¹².

Ancak uygulamaya baktığımızda bu durumun bu şekilde yürümediğini görmekteyiz. Babalar görüş hakkını yalnızca çocukları görmek için kullanıp, çocuğun sorumluluğunu kapsayan her konuda karar alma yükümlüğünü anneye yıkmaktadır. Velayet hakkına sahip annenin yanı sıra babanın da alması gereken sorumluluklar bulunmaktadır. Ancak bazı babaların bu sorumlulukları yerine getirmekten kaçındığı

²⁰⁹ Karar mahkamt alahval alşahsiye al murakım (49/ahval şahsiye/2001), andur Ali Mohammd Kirbasi, Musuat aldliya,alsnhuri yayınları, Bağdat (2002), S. 76.

²¹⁰ Ahmed Nasr alcundi (2006). atar altefrik ben alzuvcin,dar alktub alkanunye yayınları,Bağdat ,S 75.

²¹¹ Karar mahkamt alahval alşahsiye teslsul(1465) du alrakam(750/alahval alşahsiye/2017),ve almutvefer ala tatbk kanunçı.

²¹² Mohammd Smara (2008). **a.g.k.** S 403.

görülmektedir. Bu durumun sebebi çoğunlukla babanın yapmış olduğu ikinci evliliğdir. Velayette amaç, bakım, temizlik, yiyecek, içecek, kıyafet, uyku ve sağlık gibi konularda çocuğun ihtiyaçlarını karşılamaktır. Velayet hakkına sahip annenin, çocuğun eğitimini seçme hakkı ve kültürel konularda yönlendirme zorunluluğu bulunmamaktadır²¹³.

Bu yönlendirme hakkına sahip kişi babadır. Babanın ölmesi durumunda ise hak dedeye (babanın babasına) geçer. Ancak bazen bu sorumluluğu da anne isteyerek almaktadır. 1951 tarihli 40 sayılı İMK m. 102 uyarınca “Velayet, belirlenen yaşı doldurana kadar çocuğun yetiştirilmesi ve ihtiyaçlarının giderilmesi ile ilişkin bir konudur. Anne ve babanın sahip olabileceği bir haktır. Vesayet ise babanın veya dedenin sahip olduğu bir haktır”²¹⁴.

Velayet süresinin belirlenmemiş olması, mahkeme makamları tarafından çocuğun yaşı ve üstün yararı dikkate alınarak belirlenmesinin daha doğru olması düşüncesidir. Ancak İslam şeriatı hukukçularının tespiti şu yöndedir; evli olan bir kadının, anne ve babasını haftada bir gün (misal cuma günü, Irak Cumhuriyeti’nin resmî tatil günü) ziyaret etme hakkı bulunmaktadır ya da anne ve babası kendisini ziyaret eder. Kocasının ise kesinlikle bu duruma itiraz etme hakkı bulunmamaktadır. Bu durumu göz önünde bulundurularak mahkeme makamlarınca; boşanmış anne ve babanın, velayet hakkına sahip olmadığı çocuğunu haftada bir gün görme hakkına sahip olduğu düşünülmektedir²¹⁵.

²¹³Abdaljelil Ahmed Ali (2001). Ahkam alusra fi alşerit alislsmiye, alışaıa yayınları,Mısır ,S 139.

²¹⁴Bakar alhalili (). a.g.k .S 264.

²¹⁵Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul (14023) du alrakam(13806/ alahval alşahsiye/2022),keyr manşur.

2.2. Velayetin Genel Şartları

Velayet konusundaki temel amaç, çocuğun iyi bir şekilde yetiştirilmesi ve ihtiyaçlarının karşılanmasıdır. Bu yüzden kanun koyucu bunu, ilgilenmek ve ihtiyaç gidermek olarak nitelendirmiştir. Bu doğrultuda velayet hakkına sahip kişinin uyması gereken şartlar bazı bulunmaktadır. Bu şartlardan bir tanesini kaybetmesi durumunda velayet hakkı bir diğerine (annedeyse babaya, babadaysa anneye) geçer. Velayet hakkını, tek bir şarta uymaması nedeniyle kaybeden kişi, o engelin ortadan kalkmasıyla tekrardan velayet hakkı talebinde bulunabilir. IKDK ve kıyaslama yapabileceğimiz kanunlar şu görüşte uzlaşmaktadırlar; velayet hakkının şartları anne ve babanın her ikisi için de geçerlidir. Bu şartların bir kısmı annenin uyması gereken şartlarken, bir diğer kısmı babanın uyması gereken şartlardır. Arap Kişisel Durum Kanunları, İslam şeriatını kendisine kaynak alarak aile ile ilgili konuların hükümlerini belirler. IKDK ve İslam şeriatı ilkelerini eşit bir duruma getirmeyi hedefler. Hukukçuların ortak görüşü şu yöndedir ister anne ister baba isterse üçüncü bir kişi olsun, velayet hakkını alabilmek için uymaları gereken bazı şartlar bulunmaktadır. Yargıtay kararlarından yola çıkılarak velayetin şartlarına, anne- baba veya anne- babanın bulunmaması durumunda üçüncü kişilerin de uyması gerekmektedir. B şartları şu şekilde sıralamak mümkündür:

2.2.1. Buluş (erginlik)

Hukukçuların çoğuna göre velayet hakkına sahip olabilmemin ilk şart reşit olmaktır (Irak'ta yasal reşitlik yaşı 18'dir). Reşit olmayan kişinin velayet hakkına sahip olması mümkün değildir. Çünkü reşit olmayan kişinin kendisinin veliye ihtiyacı olur. Velayet hakkını alacak herkes için geçerli olan bu durum kadın, erkek fark etmeksizin geçerlidir. Reşitlik şartının var olmasının sebebi velayeti üstlenecek kişinin çocuğa dair; bakım, koruma ve yetiştirme gibi sorumlulukların bilincine varmasıdır. Kendi sorumluluğunu alamayan ve veliye ihtiyaç duyan, reşit olmayan birinin başkasının velayetini (sorumluluğunu) alması doğru değildir²¹⁶.

Akli dengesi yerinde olan kişi 18 yaşını doldurduğunda, yasal olarak reşit olduğu kabul edilir. IKDK m. 57/2 uyarınca velayet hakkına sahip olan kişinin, reşit, akli dengesi

²¹⁶Abdulsetar Hamid (1986). Ahkam alusra fi alfikh alislami,alcamia yayınları, Bağdat.S 165.

yerinde, güvenilir ve çocuğu yetiştirebilme imkanına sahip olması şart koşulmaktadır. Irak hukukuyla aynı görüşte olan 1976 tarihli 61 sayılı ÜKDK m. 155 uyarınca velayet hakkına sahip olan kişinin, reşit, akli dengesi yerinde, güvenilir olması gerekir. Çocuğu ihmal etmesi nedeniyle çocuğun kötü yola düşmemesi, çocuğun yetiştirilmesi açısından yeterli olması ve çocuğu nefret veya kin ortamında büyütmemesi gerekir.

2.2.2. Bilinç (akli dengesinin yerinde olması)

Çocuğun velayetini alacak kişinin, akli dengesinin yerinde olması ve herhangi bir psikolojik bozukluğunun olmaması gerekir²¹⁷. Çünkü bu iki durumun varlığı velayet sorumluluğunun üstlenilmesine engeldir. Bu durum velayet hakkını alacak kişi için değil çocuk için etkilidir²¹⁸. İslam şeriatı hukukçuları şu görüş üzerinde uzlaşmıştır; anne veya baba fark etmeksizin anlık veya devam eden akli denge bozukluğu birinin bir başkasının velayet sorumluluğunu alması mümkün değildir²¹⁹. Kendi kişisel ihtiyaçlarını karşılayamayan biri bir çocuğun kişisel bakımını ve ihtiyaçlarını karşılayamaz. Bu şart Irak Yargıtay makamları tarafından özellikle şu şekilde belirtilmektedir: “Annenin epilepsi nöbeti geçiriyor olması velayetin mahkeme makamlarınca babaya geçmesini sağlar”²²⁰.

Davacı (baba), davalının (anne) nöbet esnasında bağırıldığını, üzerindeki kıyafetleri parçaladığını ve kendisini sokaklara attığını iddia ederse, mahkeme makamları tarafından velayet davalıya (baba) verilmeden önce tıbbi inceleme talebinde bulunulur²²¹.

²¹⁷Salım reduan almusewi (2009). dirasat fi alkanun,albeine yayınları,Bağdat.S 24.

²¹⁸Hasan alfkhanı, musuat alkada ve alfikh,alılm yayınları,Mısır,S 145.

²¹⁹Naıl İbrahim karakız (1999). atr alihltlafat alıklıye ve alıdrabat alnefsiye fi mesail alahval alşahsiye,dar alnfais yayınları,Ürdün.S 77.

²²⁰Karar mahkamt alhaval alşahsiye almurakam (70/ahval şahsiye/2011), andur Bakar alhalili (2014). Tatbikat kanun alahval alşahsiye almuadal, alırşad yayınları, Bağdat. S. 303.

²²¹Kara Mahkeme Altemiyiz Almurakam (7419/ahvalşahsiya/2021) ve almnşur ala mauki, <https://www.sjc.iq/qview.2614/E.T. 21/4/2023>.

2.2.3. Güven

Bu şart velayet hakkına sahip olan kişinin ahlaki değerlerini kapsar. Bu değerler çocuğu da olumlu veya olumsuz şekilde etkiler. Veli güvenilir kişi olmalıdır. Güvenilir olmayan kişi velayet hakkına sahip olamaz²²². Bu doğrultuda İslam şeriatı hukukçuları güveni şu şekilde açıklamaktadır: Kişinin ahlaki değeri düşükse ve bu durum çocuğa kötü etki ediyorsa veya herhangi bir gerekçesi olmadan çocuğu tek başına evde bırakıyorsa bu kişiye güvenilemez. Bu açıklamadan iki farklı görüş doğar;

İlk görüş, velayet konusu kapsamında güveni, ahlaki değer bozukluğu olarak ifade ederken ikinci görüş ise güveni, genel olarak çocuğa etki eden her türlü eylem olarak açıklamaktadır²²³.

Bu görüşü Irak Yargıtay'ı şu kararlarla doğrulamaktadır; davacı babanın, annenin güvensizliği konusunda eksikliği olduğu yönünde bir delil sunmadığı takdirde, annenin güvenilir olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Çünkü genel olarak anne güvenilir ve çocuk yetiştirme konusunda daha yeterlidir²²⁴.

Bu konuda davacı çocuğun güveni ve yetiştirilmesi yönünde eksiklik olduğuna dair hukuki ve meşru bir delil sunmadıkça velayet hakkını kazanamaz. Anne, çocuğun babasını öldürürse velayet hakkını kaybeder²²⁵. Ancak anne cinayetle suçlanan ve çocuğa uygun olmayan biriyle evlenirse çocuk 4 yaşını henüz doldurmuş olsa bile anne velayet hakkını kaybeder. Bunun gerekçesi ise çocuğun üstün yararıdır²²⁶. İslam şeriatı, hukukçuları ve yargı makamı güven konusunu, çocuğa herhangi bir şekilde etki eden eylemler olarak ele almıştır.

²²²Ahmed Nesrt Alcündi, S 29.

²²³Huda Ismet Mohemd Amin (2005). alhdana fikanun alahval alşahsiye allraki, risalt mastr makedema ila meglis kulit alkanun, camit Salah aldin. S 37.

²²⁴Karar Mahkemet altemiyiz almurakım (1728/ahvalşahsiya/1995), andur İbrahim almişahdi (1998). krarat kadiye ahval şahsiye, Matbit asd yayınları, Bağdat. S. 99.

²²⁵Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul (11673) du alrakam (11690/ alahval alşahsiye/2021), keyr manşur.

²²⁶Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul (6268) du alrakam (6261/alahval alşahsiye/2022), ve almutvefer ala tatbk kanunçı.

2.2.4. Velayet için yeterlilik

Velayet hakkına sahip kişinin bedensel, psikolojik ve sağlıksal olarak yeterliliğe sahip olması gerekmektedir. Verem ve türevleri, şizofreni, kişilik bozukluğu veya bedensel engelli (görme engelli, işitme engelli, yürüme engelli, yarı felç) gibi hastalıkları olan anne velayet hakkını kaybeder. Bu durumda velayet hakkı babaya geçer. Baba da aynı hastalıklara yakalanırsa velayet hakkı babaanneye veya dedeye geçer. Babaannenin görme engelli olması durumunda velayetin şartlarından birini kaybetmesi nedeniyle çocuğa bakmak için yeterli değil gerekçesiyle IKDK m. 57/2 uyarınca velayet hakkını kaybeder²²⁷.

Kişinin velayet hakkını kaybetmesine sebep olan durumun giderilmesi halinde tekrar velayet talebinde bulunması mümkündür. Velayet konusu yeterlilik açısından değişiklik gösteren bir konudur. Davacı velayet kapsamında çocuğun bakımının yetersiz olduğunu ifade ettiği davadan, bir süre sonra çocuğun bakımının yeterli olduğuna ve velayet hakkını talep ettiğine yönelik açacağı dava mahkeme makamları taraflarınca reddedilemez ancak yeterli olduğuna yönelik ispatlar sunması gerekecektir²²⁸. Davacı baba davalı annenin genetik bir sinir hastalığı olduğunu iddia ederek velayet hakkı talebinde bulunursa, anne velayet yaşını doldurmamış çocuğunun velayet hakkını mahkeme tarafından yapılan tıbbi raporlar doğrultusunda kaybetmez²²⁹. Ancak epilepsi atakları gibi bir hastalığı olduğu tıbbi raporlarla ispatlanırsa velayet hakkı babaya geçer. Annede sil hastalığı bulunması durumunda velayet, babaanneye geçer. Velayet konusunda mahkeme kararları doğrultusunda babaannenin haladan daha üstün olduğu görölmektedir²³⁰.

²²⁷Kara Mahkeme Altemiyiz Almurakam (221/ahvalşahsiya/2007) ve almnşur ala mauki, <https://www.sjc.iq/qview.352/> E.T. 22/4/2023.

²²⁸Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul (97) du alrakam (153/alahval alşahsiye/2019), ve almutvefer ala tatbk kanunçı.

²²⁹Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul (1161) du alrakam (1183/alahval alşahsiye/2022), ve almutvefer ala tatbk kanunçı.

²³⁰Karar taslsul (1007) ve almurakım (802/ahval şahsiye/2007), undur Raabia Mohammmd Alzahauı (2014). Alam dava alahval alşahsiye, altaba altanıya, alsenhuri yayınları,bağdat. S. 847.

2.2.5. Din birliği (islam)

İslam şeriatı hukukunun fıkıhçıların bir kısmı çocuğun Müslüman olması durumunda anne Müslüman olmasa da velayet hakkına sahip olması gerektiğini savunurlar. Özellikle Hanefi ve Maliki mezhepleri bu görüşün destekçileri olarak yalnızca annenin çocuğa küfrü aşılamay1, içki içmeyi ve helal olmayan yemekleri yedirmesinden dolayı bir endişeleri olmuştur²³¹. Şafi mezhebi ise çocuğun Müslüman olması durumunda veli olan annenin de Müslüman olması gerektiği şartını koymuştur. Ancak İmami, Zahiri ve Zeydi mezhepleri, anne sütünü emme yaşındaki çocuğu, annesi Müslüman olmasa da üstün yararı gereğince velayet hakkını anneye verir²³².

Kanun koyucumuz da bu görüş doğrultusunda ilerlemektedir. Çünkü çocuğun yararının üstünlüğü her şeyin üzerinde tutulur. Bu görüşler doğrultusunda Yargıtay'ın şu kararıyla karşılaşmaktayız: “Babası vefat eden çocuğun annesi, İslam dinini kabul etmesi, Müslüman olması ve çocuğu yetiştirme konusunda yeterli olması durumunda mahkeme makamlarınca velayet hakkı annede kalır”²³³. Annenin Müslüman olmaması durumunda çocukla aynı dinde olmamaları ve annenin velayet hakkı şartlarından biri olan güven şartını kaybettiği kabul edilerek velayet hakkını kaybetmesi söz konusudur. Bu durumda Şafi mezhebinin görüşlerinden yola çıkılarak çocuğun Müslüman olması durumunda velayet hakkına sahip olacak kişinin de Müslüman olması gerektiği savunulmaktadır.

2.2.6. Çocuğu yurt dışına çıkaramama

İKDK m. 57 kapsamında yasa koyucu velayet hakkına sahip olan annenin çocuğu yurt dışına çıkarması ile ilgili bir yorumu bulunmamaktadır. Pasaport Çıkarma Beyannamesi 4. Fıkrasında şu ifadeler yer almaktadır: “Velayet hakkına sahip anne, çocuğunu yurt dışına çıkaramaz. Halbuki bu durum İKDK m. 57/4’de şu şekilde açıklanır, velayet hakkının annede olması durumunda baba çocuğun yetiştirilmesi ve eğitimi ile ilgili söz hakkına sahiptir ve bu durumda anne çocuğu babanın olmadığı bir ülkeye (yurt

²³¹Ahmed Nesrt Aljundi (). a.g.k.S. 18.

²³²Mohemd Husin fedul alah (2003). Ahkam alşeria,almlak yayınları,Berut.S. 494.

²³³Karar mahkımt alahval alşahsiye teslul (1161) du alrakam (1183/alahval alşahsiye/2022),ve almutvefer ala tatbk kanunçı.

dışına) götüremez”²³⁴.

Bu durumun tam aksi halinde babanın yurt dışına çıkarma izni veriliyor olsaydı, anne çocuğu yurt dışına götürebiliyor olurdu. İzin vermemesi durumunda hiçbir şekilde çocuğu yurt dışına çıkaramaz. Bu da bizi kanun koyucudan bu konuya ilişkin açık bir metin düzenlenmesi talebinde bulunmaya itmektedir. Aynı zamanda mahkeme makamlarına takdirleri yönünde karar verme yetkisi verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Babanın da çocuğu yurt dışına götürmesi durumunda anneden izin alması gerektiğini savunmaktayız. Bu durumun hukuki metinler veya Pasaport Çıkarma Beyannamesi ile düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir. Birleşik Arap Emirlikleri (KDK m. 150) uyarınca anne ve çocuk, babanın izni olmadan yurt içi veya yurt dışı herhangi bir yere geçici veya kalıcı olduğuna bakılmaksızın hiçbir şekilde seyahat edememektedir.

2.3. Velayet Hakkı Sahipliğinin İhlali

Velayet hakkına sahip olan kişinin çocuğu korumaya ilişkin kötü bir eyleminin olması, mahkeme makamlarının velayetle ilgili kararlarını uygulamasına yönelik eylemleri ve çocuğun görüş iznine yönelik mahkeme kararlarına aykırı bir eylem sergilemesi gibi durumlardan oluşmaktadır. Bunlar, şu şekilde açıklanabilir:

2.3.1. Velayet hakkı sahibinin çocuğu koruyamamasından doğan sonuçlar

Çocuğun yetiştirilmesi ve koruması, hukuk açısından çok önemli bir konudur. Çünkü çocuk kendi ihtiyaçlarını karşılamak açısından yetersizdir ve bir başkasının ilgilenmesine ihtiyaç duyar. İhmal edildiği takdirde bu durum hem kendisine hem topluma kötü bir şekilde yansır. “Bu yüzden yasalar çocuğun yetiştirilmesi ve eğitimi konusunda baba, dede, anne ve diğer yakın akrabalarını vasi olarak seçer ve onlara yasaya göre belirli ölçülerde sorumluluklar yükler”²³⁵. Yalnızca yetiştirilmesi ve eğitimi konusunda aynıdır.

1989 yılında düzenlenen Uluslararası Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS) çocuk yetiştirilmesi

²³⁴Jaa dalik fi etar talimat isdar jevaz alsefer almakru aliyn ala muvki vezart aldahliye mudiret aljnsye aliama, <https://moi.gov.iq/> E. T. 20/11/2013.

²³⁵Avad Husin Yesin Alubidi (2012). şerih kanun riayt alhdeth,dirasa tatbikiya muzeza belkarakat. S. 79.

ve eğitimini kapsayan bütün yasalarla uyum içerisinde. Uluslararası Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 16 şunlara değinmektedir;

1. Hiçbir çocuğun özel yaşantısına, aile, konut ve iletişimine keyfi ya da haksız bir biçimde müdahale yapılamayacağı gibi, onur ve itibarına da haksız olarak saldırılamaz.

2. Çocuğun bu tür müdahale ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.

Aynı sözleşmenin 19. m. ise şu konulara değinmiştir;

1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, çocuğun anne- babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suistimale, ihmal ya da ihmalkâr muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar.

2. Bu tür koruyucu önlemler; burada tanımlanmış olan çocuklara kötü muamele olaylarının önlenmesi, belirlenmesi, bildirilmesi, yetkili makama havale edilmesi, soruşturulması, tedavisi ve izlenmesi için gerekli başkaca yöntemleri ve uygun olduğu takdirde adliyenin işe el koyması olduğu kadar durumun gereklerine göre çocuğa ve onun bakımını üstlenen kişilere, gereken desteği sağlamak amacı ile sosyal programların düzenlenmesi için etkin usulleri de içermelidir.

Irak kanun koyucusu çocuğun kullanılması, dolaylı yoldan veya doğrudan zarar görmesi gibi konularda, çocuk haklarını korumak amacıyla ceza hukukunda birden fazla madde düzenlenmiştir.

1969 tarihli 111 sayılı Irak Ceza Kanunu (ICK) düzenlediği metinlerde velayet hakkı sahibi olan kişinin çocuğun sorumluluğunu üstlenmeyerek çocuğun zarar görmesine sebep olması durumlarında cezai yaptırım uygulamak adına ICK m. 371 uyarınca: “Birisinin yaşının küçük olması, yaşının çok büyük olması, akli dengesinin yerinde olmaması, psikolojisinin bozuk olması veya bedensel bir engellilik durumunun olması nedeniyle hukuki veya anlaşmalı bir şekilde bakımını üstlenmesi ve daha sonra bu sorumluluğu herhangi bir gerekçesi olmadan yerine getirmemesi durumunda, o kişiye bir

senelik hapis cezası ve 100 dinarı geçmeyecek para ceza veya bu cezalardan birisi uygulanır. Genel olarak çocuğun bakımında yetersizlik (eksiklik) çocuğu tehlikeye atma suçları, çocuğu ihmal etme suçları adı altında toplanır”²³⁶.

Irak kanun koyucusu bu suçu çocuğu tehlikeye atma suçundan ayırıştırarak özel bir hükümle ayırmıştır. Bu suçu kaçınma suçları (İmtina suçları) kapsamında değerlendirseydi, çocuğa verdiği önem ICK m. 38 “15 yaşını doldurmamış veya bedensel, psikolojik veya akli dengesi yerinde olmaması nedeniyle kendini koruyamayan birine, bizzat kendisi veya bir başkası aracılığıyla tehlike oluşturan kişiye 3 seneyi aşmayacak hapis cezası veya 300 dinarı aşmayacak mali cezalar uygulanır.”²³⁷ uyarınca karşılaştırıldığında birbirinden farklı olarak nitelendirilirdi. Bunun farklılığın belirtilmesinin sebebi mahkeme makamları tarafınca uygulanan cezai hükümlerin dayanağının genellikle ICK m. 371 olmasıdır. Çoğunlukla da bu hükümlerden yararlanan zanlı olmaktadır²³⁸.

ICK m. 399 uyarınca velayet hakkına sahip olan kişi çocuğu kötü yollara yöneltirse şu şekilde cezalandırılır: 18 yaşını doldurmamış kız veya erkek çocuğu fark etmeksizin ahlak dışı eylemleri gerçekleştirmesi için yönlendiren kişiye 3-5 sene arası hapis cezası uygulanır. Aynı suçları bir kazanç elde etmek adına zorlayarak yaptırırsa ICK m. 393 uyarınca en fazla 10 seneyi bulan hapis cezası uygulanır. Çocuk Yetiştirme Kanunu üçüncü bölümünün üçüncü kısmında velilerin sorumluluğu, ÇYK m. 30 ve m.29 velayet konusundaki uyuşmazlıkları ise m.31 ve m.38 kapsamında düzenlenmiştir. ÇYK m. 29 ise şunlara değinmiştir:

1. Çocuk yetiştirmede ihmali nedeniyle çocuğun ahlaki değerlerinde bir bozukluğun meydana gelmesine sebep olan veli, 100 dinardan az olmayan 500 dinardan fazla olmayan mali cezaya tabi tutulur.

2. Çocuğun ihmali sonucu kasten ceza veya ağır ceza kapsamında suç işlemesi durumunda veli, 100 dinardan az olmayan 1000 dinardan fazla olmayan mali cezaya tabi

²³⁶Sabah Sadik Jafar Alanbari (2014). Kanun reayt alhdeth vetedilathu,alkanun ve akda yayınları,Bağdat. S.79.

²³⁷Abdulmutalib Abdulrazak Hmdan (2008). alhadana ve athruha fi tenmiyt sluk alatfal fi alfikh alislami, alazarbita yayınları,Mısır. S. 91.

²³⁸Karar mahkım alahval alşahsiye teslul (3745) du alrakam(3649/alahval alşahsiye/2016),ve almutvefer ala tatbk kanunçı.

tutulur.

ÇYK m. 30 ise şu yöndedir; Velinin çocuğu ahlak dışı eylemler sergilemeye zorlaması durumunda 100 dinardan az olmayan 500 dinardan fazla olmayan mali cezaya tabi tutulur.

Bu iki maddeye dayanarak velilerin çocuklarını yetiştirme konusunda ihlalleri (eksiklikleri) olması durumunda ceza hukuku kapsamında bir değerlendirmeye gidildiğini görmekteyiz. Velilerin sorumlulukları altında olan çocukları ihmal etmeleri halinde bu durum çocuğun, hırsızlık, cinayet ve ahlaki ilkelere aykırı suçlar işlemesine yol açar ve çocukların hukuki ve cezai ehliyetlerinin olmaması nedeniyle cezalandırılmayacakları göz önünde bulundurularak, veliler işlemiş oldukları suçlardan değil de çocuk yetiştirmekte ihmal suçu kapsamında cezalandırılır. Bu ise toplumsal ve ahlaki açıdan çocuğun yararı doğrultusunda iyi bir şekilde yetiştirilmesi noktasında gösterilen özeni gösterir. Irak Çocuk Yetiştirme Kanunu (İÇYK) m. 3/5 kapsamında veli çocuğun yetiştirilmesi sorumluluğunu üstlenen anne, baba, birinci dereceden yakın bir akraba veya üçüncü kişi olarak mahkeme makamları tarafınca seçilen kişidir. ÇYK m. 39-45 uyarınca edinme, ikinci bölüm ÇYK m. 27 uyarınca yetiştirme ve ÇYK m.29-30 kapsamında ise cezaya değinilmiştir. Bu maddelerin veliye uygulanmasının yanı sıra velayet hakkına sahip olan ve çocuğun yetiştirilmesini ihmal eden kişiye de uygulanır. Bunların uygulanmasının sebebi çocuğu yetiştirmek ve eğitmek konusunda doğru bir şekilde sorumluluk alınmasını sağlamak ve topluma yararlı kişi yetiştirmektir. Herhangi bir ihlalleri olması durumunda ÇYK m. 31, 32. ve 33 uyarınca Çocuk Yetiştirme Mahkemesi tarafından Kişisel Durum Mahkemesi'ne velayetin başka kişiye verilmesi gerektiği bildirilir²³⁹.

²³⁹Hikmet Adil Hasan, alhadana ve ahkamuha fi dau kanun alahval alşahsiye almuadel,bahtth terkıya(D,T),S. 33.

2.3.2.Mahkeme makamları tarafından çıkan kararı ihlal etmesi nedeniyle velayet hakkına sahip kişiye ilişkin sonuçlar

Mahkeme makamları tarafınca çıkan ve itiraz edilmesine imkân olmayan kararlar kapsamında velayetin başka bir kişiye geçmesine yönelik verilen kararı velayet hakkına sahip kişinin ihlal etmesi veya uygulamaması ve yürütme makamları tarafından belirlenen uygulama süresinde çocuğu teslim etmemesi durumunda ICK m. 382, Yürütme Kanunu (YK m. 48.) uyarınca cezalandırılır. Bu cezalar şu şekildedir;

A- 1980 Tarihli 45 Sayılı Irak Yürütme Kanunu (IYK) m. 48 uyarınca şunlara değinilmiştir: Zanlı mahkeme kararı doğrultusunda çocuğun velayet hakkını kazanan kişiye teslim etmemesi durumunda, teslim edene kadar tutukluk süresi devam eder. Zanlının iradesi dışında teslim edilmeme durumu oluşursa tutukluluk süresi uygulanmaz. Bu maddenin içeriğine dayanarak zanlının çocuğu teslim etmemesi durumunda Yürütme Dairesi tarafından velayet hakkını kazanan kişinin talebi doğrultusunda tutuklanır. Yürütme Dairesi'nde hâkim yoksa dava Birincil Mahkeme hakimine iletilir ve zanlı çocuğu teslim edene kadar tutuklu kalması yönünde karar verilir. Tutukluluk kararında sürenin belirtileceği kısımda (İkinci karara kadar tutukludur) yazılır. Yani hâkimin ikinci kararı çıkana kadar tutukluluk süresi devam eder. Tutuksuz yargılanma kararı, zanlının çocuğu teslim etmesi ya da iradesi dışında kaybolduğu veya ölmüş olduğu ispat edilmesi durumunda gerçekleşir. Aynı zamanda çocuğu teslim etmeyen zanlı IYK m. 41 uyarınca tutukluluğun ortadan kaldırılmasından faydalanamamaktadır. Bu durumda, IYK m. 41 uyarınca kamu veya özel sektörde çalışanların, tutuklanmaları durumunda süreci maddi tazminata çevirme haklarını kaybederler ve bu kişiler de tutuklu kalır. IYK m. 48 uyarınca zanlı çocuğu teslim etmekle yükümlü olan kişi şeklinde belirtilmiştir. Diğer taraftan insan haklarına değinilerek çocuğun teslim edilmesine kadar tutukluluk durumunun devam etmesi gerektiği savunulmuştur²⁴⁰. Bunun nedeni ise çocuğun hayatını korumaktır. Çünkü hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak özgürlüğün kısıtlanmasından daha önemlidir.

B-1969 Tarihli 111 Sayılı ICK m. 382 uyarınca şu hususlara değinilmiştir; Birincisi: Çocuktan sorumlu olan kişi mahkeme makamları tarafından belirlenen diğer bir kişiye çocuğu teslim etmemesi durumunda -ki bu kişi anne, baba, dede veya babaanne de

²⁴⁰Sabah Sadık Alınbari (2008). Kanun alukubat rakam 111 lisent 1969 ve tedilathu,alsenhuri yayınları,Bağdat.S.88.

olabilir- bir seneyi aşmayan hapis cezası veya 100 dinarı aşmayan mali cezaya tabi tutulur. İkincisi: Baba, anne, dede veya babaanne, kendileri veya başka birisinin vasıtasıyla çocuğu velayet hakkı sahibi kişiden herhangi bir zorlama olmadan alması durumunda da aynı ceza uygulanır. Yasa koyucu eylemlerin suç olduğunu şu şekilde açıklamıştır; Çocuğun sorumluluğunu üstlenen kişinin, mahkeme makamları tarafından başka birine teslim etmesi kararına uymaması durumu, suç olarak nitelendirilmektedir²⁴¹.

Zanlı, Irak Yürütme Kanunu (IYK m. 48) uyarınca çocuğu teslim etmemesi durumunda tutuklanmaktadır. Tutukluluk süresi devam ederken karşı tarafın ICK m. 382'e dayanarak cezai dava açması durumunda, çocuğu geri vermek zorunda kalır ve buna ek olarak bir senelik hapis cezası uygulanır. Bu iki maddeyi (IYK m. 48-ICK m. 382) aynı anda uygulamakta bir sakınca görülmemektedir. Çünkü zanlı mahkeme kararını ihlal etmiş bulunmaktadır.

2.3.3. Mahkeme makamları tarafından çıkan görüşe götürme kararını ihlal etmesi nedeniyle velayet hakkına sahip kişiye ilişkin doğan sonuçlar

Çocuğu görüşe götürmeyen velayet hakkı sahibi kişiye uygulanacak ceza hakkından herhangi bir hukuki metin dayanağımız bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay kararları doğrultusunda bazı kurallar belirlenmektedir. 1615 sayılı 10.04.2017 tarihli Yargıtay Kişisel Durum heyeti tarafından çıkan karar şu şekildedir: “Temyiz edilen kararı incelediğimiz de doğru olmadığını, hukuka ve şeriata aykırı olduğunu görmekteyiz. Sosyal hizmetler sorumlusunun belgeleri doğrultusunda 29.11.2017 tarihinde Beyan mahkemesinde 11972 numaralı dava dosyasında, velayet hakkına sahip anne, beş defa üst üste çocuğu babasıyla görüşmesi için belirlenen görüş yerine getirmemiştir. Tıbbi bir operasyon geçirdiğini beyan etmiş ancak gerekli ispat belgelerini mahkeme makamına sunamamış ve görüş hakkını ihlal ederek aile bağlarını zayıflattığı gerekçesiyle velayet hakkını kaybetmiştir. Velayet hakkı mahkeme makamların kararı doğrultusunda babaya geçmiş ve annenin eylemi ‘güveni sarsmak’ olarak nitelendirilmiştir”²⁴².

²⁴¹Karar mahkım alahval alşahsiye teslul (16423) du alrakam(16398/ alahval alşahsiye/2022),keyr manşur.

²⁴²Karar mahkım alahval alşahsiye teslul (97) du alrakam(153/alahval alşahsiye/2019),ve almutvefer ala tatbk kanunçı.

2.4. Velayetin Geçmesi

Velayet süresi boyunca bu hakta anneye öncelik tanınmıştır. Velayet hakkı sahibi, istenen şartlarından birini yerine getirememesi durumunda velayet hakkını kaybeder. Velayet hakkının kazanılmasına yönelik İslam şeriatı fıkıhçıların iki görüşü bulunmaktadır. Hanefi, Maliki, Şafi ve Hambeli mezheplerinin görüşü şu yöndedir; velayet hakkı, anneden sonra kadın akrabalara geçmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Kadın akrabaların bulunmadığı takdirde velayet hakkı kız çocuğa uygun olan erkek akrabaya geçer. Amcaoğlu, kız çocuğunun velayetini alma hakkına sahip değildir. Velayet konusunda öncelik, amcadan önce babaanneye tanınır²⁴³.

İkinci görüş olan Caferi mezhebine göre; velayet hakkı, anneden sonra babaya tanınması gerekir. Babanın bu hakkı kaybetmesi durumunda mahkeme makamları çocuğun üstün yararını göz önünde bulundurarak çocuğun velayet hakkını akrabalarından birine vermesi gerekir. IKDK kapsamında bu konuyu ele alan maddede düzenlemeler yapılmıştır. 1959 tarihli 188 sayılı kanuna göre velayet süresi 7 yıldır ve bu süre çocuğun üstün yararı doğrultusunda mahkeme makamları tarafından uzatılabilir. İkinci düzenlemede ise birçok fıkra yer almıştır ve annenin velayet hakkı süresi IKDK m.57/4'da 10 yıl olarak belirlenmiştir. Aynı zamanda annenin velayet hakkını kaybetmesi durumunda bu hakkın çocuğun üstün yararı göz önünde bulundurarak babaya geçmesi gerektiği de yer almaktadır. Çocuğun üstün yararı, velayet hakkının babaya geçmesiyle sağlanamaması durumunda IKDK m. 57/7 uyarınca mahkeme makamları tarafından bu hak uygun görülen birine geçer. Ancak çocuğun babasının vefat etmesi veya velayet şartlarından birini kaybetmesi durumunda IKDK m. 57/9 uyarınca velayet hakkının anneye geçtiği ve bunun çocuk 15 yaşını doldurana kadar hiçbir koşulda anneden alınmaması gerektiği belirtilmiştir. 07.07.1987 yılında yapılan düzenleme doğrultusunda, babanın vefat etmesi durumunda 2 ve 5 fıkra gereğince annenin, çocuğa uygun olmayan biriyle evlenmesi durumunda bile çocuk 15 yaşını tamamlayana kadar velayet hakkına anne sahip olur. Çocuğun 15 yaşını doldurması durumunda mahkeme makamları tarafından kendisine tercih hakkı sunulur²⁴⁴.

Mahkeme makamlarının, çocuğun kendi iradesi ile seçebilme yetisine sahip

²⁴³Alaı Aldin Abubekır Binmesüt Alhanfi (1978). bedai alsani fi trtib alşraei,dar alkutub yayınları,Beyrut.S. 40.

²⁴⁴Karar mahkımıt alahval alşahsiye teslsul(4676) du alarakam(4725/ alahval alşahsiye/2022),keyr manşur.

olduğuna kanaat getirmesi durumunda, 15 yaşını doldurmasının ardından çocuğa birlikte yaşamak istediği kişileri: anne, baba veya akraba (yakınlık derecesi belirtilmemiş) seçme hakkı sunmaktadır. Ancak kız çocuğu 18 yaşını doldurmuş olması durumunda bile istediği akrabasını seçme hakkına sahip değildir. Babası veya dedesini seçmesi gerekmektedir. Çünkü İslam şeriatı hukuku bunu gerektirir. Bu konuya ilişkin iki husus bulunmaktadır; 1. Yasa doğrultusunda çocuğun 15 yaşını doldurması durumunda akrabalarından birini (yakınlık derecesi belirtilmemiştir) seçme hakkı doğmaktadır. Ancak mahkeme makamları tarafınca çocuğun bu yetiye sahip olduğu kanaatinin bulunması gerekir. 2. Mahkeme makamlarının çocuğun bu yetiye sahip olduğu kanaatine varması deyiminden çıkan iki Yargıtay kararı şu yöndedir:

Birinci Görüş; mahkeme makamlarına, çocuğun bu yetiye sahip olduğu kanaatine varmaları için delil sunulması gerekmektedir²⁴⁵.

İkinci Görüş; bu durumun tamamen mahkeme makamlarının kanaatine bırakılması gerektiğini savunmaktadır²⁴⁶.

Tarafımızca ikinci görüş ‘...mahkeme makamlarının kanaatinin bulunması gerekir’ deyimine daha uygundur. Mahkeme makamlarına düşen, pedagoğlardan yardım almak ve çocuğun seçme yetisine sahip olduğunu doğrulamaktır. Velayet hakkını alabilecek anne ve babanın bulunmaması durumunda, çocuğun üstün yararı doğrultusunda şeriat hukuku ve KDK uyarınca velayet hakkına sahip olacak kişi mahkeme makamları tarafınca seçilir. Yukarıda belirttiğimiz 4 mezhebin görüşünü dikkate almadan bu seçim yapılır. Velayet hakkına sahip olacak birinin bulunmaması durumunda mahkeme makamlarınca ocuk sosyal hizmetlere verilir. Bu kurumlar 18 yaşından küçük, ailesi olmayan veya ailesiyle herhangi bir sorun yaşayan, mahkeme veya idari kurumlar tarafından iletilen çocukları kabul etmektedir. Bu kurumlar; 5 yaşından küçük çocuklara bakan, 5-12 yaş aralığındaki çocuklara bakan ve 12-18 yaş aralığındaki çocuklara bakan şeklinde e ayrılmaktadır.

²⁴⁵Kara Mahkeme Altemiyiz Almurakam (2702/ahvalşahsiya/2008) ve almnşur ala mauki, <https://www.sjc.iq/qview.605/E.T.29/4/2023>.

²⁴⁶Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul (1701) du alrakam(629/alahval alşahsiye/2018),ve almutvefer ala tatbk kanunçi.

2.5. Velayetin Geri Kazanılması

Annenin velayet hakkını kaybetmesi durumunda (mahkeme makamı kararı doğrultusunda) çocuğu babasına teslim etmesi gerektiğinden bahsetmiştik. “Çocuğun üstün yararı gereğince annenin tekrardan velayeti kazanması şu üç durumda gerçekleşir.”²⁴⁷;

Birinci Durum: Annenin çocuğa uygun olmayan biriyle evlenmesi ve o kişinin çocuğa iyi bir şekilde bakacağına dair yazılı beyanda bulunmaması durumunda IKDK m. 57/9 bendi uyarınca anne, velayet hakkını kaybeder. Evlendiği kişinin yükümlü olduğu hususları ihlal etmesi durumunda söz konusu olan madde uyarınca kadına (anneye) boşanma talep etme hakkı doğar. Boşanmanın gerçekleşmesi durumunda anne tekrardan velayet hakkını talep edebilir. Çocuğun üstün yararı doğrultusunda karar merci mahkeme makamları olmaktadır.

İkinci Durum: Babanın ölmüş olması durumunda, hangi bir sebeple olursa olsun çocuğun velayet hakkının babada olması ve babanın vefatı veya velayet hakkı şartlarını kaybetmesi durumunda IKDK m. 57/9 ikinci düzenlemesinde belirtilen ‘babanın vefat etmesi veya velayet hakkı şartlarından biri kaybetmesi durumunda velayet hakkı anneye geçer...’ ifadesi gereğince annenin çocuğun üstün yararını sağlaması şartıyla velayet hakkı anneye geçer²⁴⁸.

Üçüncü Durum: Velayet hakkının anneden alınıp bir başkasına verilmesi durumunda, çocuğun o kişi yanında zarar gördüğünü ispat edebilmesi halinde; anne velayet hakkını tekrardan talep etmek için dava açma hakkına sahip olur. IKDK m. 57/6’de ikinci düzenleme ifadelerinin ‘velayet hakkında esasa alının çocuğun üstün yararadır’ ifadesiyle uyumlu olduğunu görmekteyiz. Bu metinde ‘mahkeme makamları tarafından velayet hakkını kaybeden’ ifadesindeki kişi annedir. Kaybedilen velayet hakkını tekrardan kazanabilme durumu yalnızca kadın veliler için geçerlidir.

²⁴⁷Ahmed Alkubiesi(1972).**a.g.k.** S.143.

²⁴⁸Karar mahkım alahval alşahsiye teslul (5503) du alrakam(4130/alahval alşahsiye/2018),ve almutvefer ala tatbk kanunçi.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA VE IRAK KİŞİSEL DURUM KANUNUNDA VELAYET HAKKINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

3.1. Velayetin Tanımı

Türk medeni hukukunda velayet; küçüklerin ve istisnai hallerde kısıtlı çocukların kişiliğine, mallarına özen göstermek ve onları temsil etmek konularında anne ve babaya yüklenen görevlerle, bunların yerine getirilmesini mümkün kılmak maksadıyla tanınan yetkileri içeren bir kurum olarak tanımlanır²⁴⁹.

Irak Kişisel Durum Kanunu'nda velayet; ergin, akıllı ve reşit 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 tanımlanır²⁵⁰. Ancak bu hak, aile hukukunun dar çerçevesinde mütalaa edilemez. 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 kavramdır²⁵¹. 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 üzerindeki uygulaması, bilhassa akrabalık nedeniyle küçük çocuk üzerinde velayete sahip olanlar bakımından çalışmamıza konu edilmiş olup dar anlamıyla velayetin konusunu teşkil eder.

Velayetin, bir tarafı hukuken güçlü diğeri ise zayıf kabul edilen iki taraf arasında var olan bir ilişki olduğu anlaşılr. Bu ilişkinin konusunu korunması gereken ve 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.

²⁴⁹B. Cahit Oğuzoğlu, (1940). *Velâyetin Medeni Hukukdaki Ehemmiyeti*, (Ankara: Yeni Cezaevi Matbaası, s. 22.

²⁵⁰Ebu Zehra, Muhammed, Elahval Elşahsiye, (1957). 3. Bası, Kahire, s. 406.

²⁵¹Hayrunnisa Özdemir (2019). "Velayet Hakkı ve Hukuki Sonuçları", Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı, Akın Ünal-Arif Kalkan, (Ankara: Adalet Yayınevi),s.145; Akyüz, Çocuk Hukuku, 222; Özdemir, "Çalıştay", ed. Ünal-Kalkan, s.145. Serozan, s. 250.

Bu bahse, aile hukukuna ait bir konu olarak pozitif hukuk kaynaklarının, hısımlık kısmının, soy bağıının kurulması bölümünde alt başlık olarak yer verilmiştir. Vesayetin 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 m. 404/1). Dolayısıyla velayet ve vesayet bir arada bulunmaz²⁵².

Irak Kişisel Durum Kanununda ise velayet altındaki kişinin şahsı, malları ve temsil edilmesiyle ilgili meseleler farklı başlıklar altında dağıtık 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 Irak hukuku kaynaklarında velayetle ilgili hükümlere “*ehliyet, neseb, radâ, nafaka, lakît*” gibi bölümlerde ve “*ahkâmu’s-sığâr*” türü çocuk hukuku eserlerinde meseleci bir yaklaşımla yer verilmiştir. Modern dönem Irak Kişisel Durum Kanununda ise konunun öğretisel çerçevesi “*el-Ahvâlû’s-Şahsiyye*” türü kaynaklarda modern sistematik takip edilerek ele alınmıştır²⁵³.

²⁵²Akgündüz, s. 143.

²⁵³Zerka, çev. Armağan, 2/577. Zeydân, çev. Şafak, 487; Döndüren, *Aile İlmihali*, 280; Karaman-Özdemir, 172; Kahveci, 47.Ferruh, çev. Kavakçı, 145.

3.2. Velayetin Hukuki Niteliği

Türk medeni hukukunda hâkim olan görüşe göre velayet, hukuki niteliği itibariyle bir “*yüküm hak*”tır²⁵⁴. Çünkü TMK, velayete sahip olana velayeti altındaki şahsına ve mallarına özen gösterme ve onu temsil etme konularında birbiriyle iç içe geçmiş haklar ve yükümlülükler tanımıştır. Şöyle ki velayet hakkı kaldırılrsa bile anne ve babanın görevleri devam eder ya da velayete ilişkin görevler sona erse de anne ve babanın çocuğa ilişkin istekleri olabilir. Ayrıca velayeti sadece görev olarak kabul etmek, anne ve baba çocuk ilişkisinin duygusal boyutunu göz ardı etmek ve anne ve babalığı sırf çocuğa, topluma, devlete karşılıksız bir hizmet olarak görmek anlamına gelir. Öte yandan velayetin kapsadığı yetkiler, annelik 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 kanundan çıkarılmış; sadece “*velayet*” ifadesi bırakılmıştır. Bu ise, kimi çağdaş yasalarda anne ve babanın egemenliğini çağrıştırdığı düşüncesiyle “*velayet*” ve “*hak*” ifadelerinin, yerini, “*koruma ve bakım*” veya “*sorumluluk*” gibi ifadelere terk etmesine paralel bir gelişmedir²⁵⁵.

Irak Kişisel Durum Kanununda velayet, hukuki temsil hükümleri bağlamında ele alınan bir “*hak ve yetkidir*”. 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. Bununla birlikte velâyet, vesayet, hidâne gibi haklarda hak sahibi için yetkiden ziyade dinî, hukuki veya ahlâkî nitelikte bir görevin ifası bahis konusudur.²⁵⁶ Nitekim velayet, ona tabi olanın maslahatı ile sınırlanmıştır. Velinin, velayet altındaki faydasını koruma amacı güden tasarrufları İslam’ın açık hükümlerine, hukuka ve örfe 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. Keza kamu velayeti sahibi, özel velayet sahiplerini her zaman gözetleyip denetleyebilir. Netice itibariyle Irak Kişisel Durum Kanununda başta çocuklar

²⁵⁴Serozan (2017). a.g.k. s. 253.

²⁵⁵Genç (2015). a.g.k. s. 212.

²⁵⁶Oğuzman-Dural (2019). a.g.k. s. 276.

olmak üzere velayete tabi olanın menfaatine zarar gelmemesi maksadıyla çeşitli koruma mekanizmaları öngörülmüştür. Bu nedenle velayet hakkının veliye kayıtsız şartsız bir hakimiyet gücü verdiğiinden 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 haktır²⁵⁷. Velayetin niteliği gereği yasal sebep olmadıkça çocuk, anne ve babasından alınamaz (TMK m. 335). Ayrıca gerektiğinde anne ve babanın çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi hakkında çocuğun yararına uygun olarak aldıkları kararları zorla uygulama yetkilerinin olması bu hususta delil olarak gösterilir. 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. Ancak toplumsal ve ekonomik gelişmelere paralel olarak velayetin söz konusu özelliğine bakış açısının değişikliğe uğradığı söylenebilir²⁵⁸.

Çocuğun bakım ve eğitimiyle ilgili yetkilerin anne- baba dışında birine (örneğin gündüzlü, yatılı bakım, eğitim kuruluşlarına) bırakılması mümkündür ancak bu durum velayet hakkının devri niteliği taşımaz²⁵⁹. Böyle bir halde dahi anne- babanın denetim yükümlülükleri devam eder. Irak Kişisel Durum Kanununda 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 edilemez²⁶⁰. Babanın ve dedenin çocuk üzerindeki velayeti kişiye bağlı bir haktır. Dolayısıyla kendilerini bu sorumluluktan azletme hakları yoktur²⁶¹.

Irak Kişisel Durum Kanununda ileri sürülen bir diğer görüşe göre velayet hakkı hem mutlak hem de nisbî özellik taşır. Velayet hakkının nisbîlik niteliği, velayet

²⁵⁷Dural vd., s. 362.

²⁵⁸Genç (2015). **a.g.k.** s. 221.

²⁵⁹Serozan (2017). **a.g.k.s.** 251.

²⁶⁰Zuhayli, çev. Efe, s. 18-22.

²⁶¹Akıntürk (2019). **a.g.k.** s. 52.

ilişkinin tarafları arasındaki ilişkinin gerektirdiği bakım, saygı ve dayanışma gibi yükümlülüklerde ortaya çıkarken mutlak hak niteliği, anne ve baba ve çocuğun üçüncü kişilerle olan ilişkisinde ortaya çıkar²⁶².

Türk medeni hukukunda velayetin devredilmezliğinin istisnası evlat edinmedir. (TMK m. 314)'e göre çocuğunu evlatlık veren kişinin velayete ilişkin hak ve yükümlülükleri evlat edinene geçer²⁶³. Irak Kişisel Durum Kanununda ise bu şekliyle evlat edinme kurumu yoktur²⁶⁴.

3.3 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, anne ve babasının yararı ile çocuğun yararının çatışması halinde bile önce çocuğun yararını gözetmelidir²⁶⁵. Zira velayet, anne ve baba için değil çocuk içindir. Irak Kişisel Durum Kanununda da velinin çocuğun üstün yararına, şefkat ve merhamete uygun olmayan tasarrufları velayetin hukukiliğine ve özüne aykırı olarak geçersizdir²⁶⁶. Hanefîlere göre velayet hak ve yetkileri velayete tabi olan kişinin maslahatını koruma amacına bağlı olarak verilmiştir. Konuyla ilgili “*Ra’iyye yâ ‘ni tebe ‘a üzerine tasarruf maslahata menûttur.*” ilkesiyle, başta devlet başkanı olmak üzere tüm idarecilerin (ve bir idareci olarak velilerin) tasarrufları, idaresi altındakilerin yararına bağlanmıştır²⁶⁷. 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

²⁶²Özcan (2018). **a.g.k.** s. 1079.

²⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz: Gözde Çağlayan Aygün, (2019), “Türk Medeni Kanunu’na Göre Evlatlık İlişkinin Kaldırılması”, Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 2, s.407- 431.

²⁶⁴Usta (2016). **a.g.k.** s. 107.

²⁶⁵Akyüz (2018). **a.g.k.s.** 53.

²⁶⁶Akkurt, s.115.

²⁶⁷Genç (2015). **a.g.k.s.** 221.

sahiptir²⁶⁸. Irak Kişisel Durum Kanunu (IKDK m. 57/1.) uyarınca velayet hakkı kural olarak anneye aittir. Evlilik devam ederken bile bu hakkın anneye ait olduğu kaleme alınmıştır. Velayet hakkı verilirken çocuğun üstün yararı göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Velayet 'in 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.

Velayetin nihai amacı, ihtiyaçları karşılanmış mutlu bireylerden bir aile, sonra bir toplum oluşturmak ve oluşan toplumu adaletle yönetmektir. Bu münasebetle Türk kanun koyucu, velayet hukukunda devlet müdahalesinin yoğunlaştırılması ilkesini benimsemiştir. Velayet hakkının çerçevesini belirleme ve anne ve babanın velayetten doğan görevlerini gereği gibi yerine getirip getirmediğini denetleme devlete ait bir yetkidir. Devlet bu yetkiye dayanarak anne ve 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)²⁶⁹.

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.

Velayet'in özelliklerinden bir diğeri, bölünemez olmasıdır. Velayetin bölünmezliğini hem görevsel bölünmezlik hem de zamansal bölünmezlik olarak anlamak gerekir. Görevsel bölünmezlik, velayetten doğan bazı hak ve yükümlülüklerin anne ve baba arasında paylaştırılamaması anlamına gelir. Velayetten doğan hak ve yükümlülüklerin anne ile baba arasında paylaştırılması mümkün değildir. Örneğin, çocuğun kişiliği üzerindeki velayet anne ve babadan birine, malları üzerindeki velayet ise diğerine bırakılamaz. Nitekim evlilik kaim olduğu müddetçe anne ve baba velayeti

²⁶⁸Özkan (2018). a.g.k.s.1079.

²⁶⁹Baygın (2010). a.g.k.s. 279-280; Reyhani Yüksel .s. 32.

birlikte kullanırlar (TMK m. 336/1)²⁷⁰.

Kanun koyucu velayetin kapsamı (TMK m. 339 vd.) ve çocuk malları (TMK m. 352 vd.) ile ilgili tüm hak ve yükümlülüklerde anne 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 verecektir²⁷¹.

Irak kanun koyucusu velayet hakkının kural olarak anneye ait olduğunu hükme bağlamıştır. Çünkü özellikle küçük yaşlarda çocuğun yemeğine ve giyimine önem verilmesi gerekmektedir. Bu gibi işleri genel olarak kadın erkekten daha iyi bir şekilde yapabilmektedir²⁷². Öğretide bir kısım yazar, bazı durumlarda çocuğun şahsı üzerindeki velayet ile malları üzerindeki velayetin birbirinden ayrılıp anne ve baba arasında paylaştırılmasının çocuğun yararına olabileceğini kabul etmiştir. 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 annesine 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, çocukla kişisel ilişkinin, çocuğun yanında bulunmadığı anne ya da babanın çocukla vakit geçirmesine, onu terbiye etmesine ve ona nasihatle bulunmasına imkân tanıyacak ölçüde olması gerektiğini belirtmiştir²⁷³. Bu konu İsviçre medeni hukukunda da tartışılmış; bir kısım çocuk hukuku uzmanı tarafından velayetin istisnai ve önemli durumlarda bölünebileceği savunulmuştur²⁷⁴.

²⁷⁰Akkurt, s. 115.

²⁷¹Genç (2015). **a.g.k.** s. 221.

²⁷²Berki, s. 11.

²⁷³YHGK K. 2/25-29 (22 Haziran 1960); Nihat İnal, *Nişanlanma- Evlenme – Ma Rejimi- Boşanma - Velayet - Nafaka ve Eşya Davaları*, (Ankara: Kartal Yayınevi, 2003), 618-619.

²⁷⁴Genç (2015). **a.g.k.s.** 221.

Velayetin bölünmezliği ilkesi en çok boşanma ve ayrılık halinde, birlikte velayet uygulanmadığı takdirde söz konusu olur. 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 olabilecektir²⁷⁵.

Velayetin zamansal bölünmezliği, yani velayetin belli bir süre anne ve babadan birine, bu sürenin dolmasından sonra diğerine verilir verilemeyeceği tartışmalıdır. Velayetin süreye bağlı olarak anne ve baba arasında paylaştırılabileceğini söyleyenlere göre çocuk, belli yaşlarda anneye, belli yaşlarda da babaya daha fazla ihtiyaç duyduğundan bu şekilde bir bölünme çocuğun yararına uygundur²⁷⁶. Nitekim velayeti düzenlerken Yargıtay'ın çocuğun ihtiyaçlarını gözettiği bir gerçektir. Bu anlamda kimi kararlarında çocukların ayır etme gücüne sahip olmadıkları dönemde yaşları gereği bakım, şefkat ve ilgi ihtiyaçlarının olduğu, ergenlik öncesi döneme gelince denetim ve gözetim ihtiyaçlarının daha öncelikli bulunduğu ifade edilmiştir²⁷⁷. Buna göre şefkate muhtaç yaştaki çocukların velayetlerinin anneye 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 bahsedilmiştir²⁷⁸.

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 yoktur²⁷⁹. Çocuğun belli bir süre, örneğin ilköğretimini tamamlayıncaya kadar, anne ve babadan birine; bu sürenin sona ermesinden sonra da diğerine bırakılacağına dair

²⁷⁵Akkurt, s. 115.

²⁷⁶Akyüz (2018). **a.g.k.s.** 53.

²⁷⁷YHGK K. 2002/1048 (23 Ocak 2001).

²⁷⁸Genç (2015). **a.g.k.s.** 221.

²⁷⁹Şemsettin Ulusal (2012). "Din Eğitiminde Ebeveyn ve Çocuğun Hak ve Özgürlüğü: Hukuki Bir Tahlil", *Diyanet İlmî Dergi* 48/1. s. 77.

düzenleme yapılması mümkün değildir²⁸⁰. Kaldı ki çocuğun belli bir süre sonra anne veya babasından ayrılacağını bilerek yaşaması ve yaşadığı yeri, alıştığı çevreyi, eğitimini değiştirmesi gibi durumlar çocuğun yararına olmayacaktır.

Irak Kişisel Durum Kanunu'nda, Türk medeni hukukundaki anlamıyla velayetin bir bütün olduğunu söylemek güçtür. Zira gerek görevsel gerekse zamansal bakımdan velayetten doğan hak ve yükümlülüklerin anne ve baba arasında hatta anne ve baba ile üçüncü kişiler arasında paylaştırılması mümkündür²⁸¹. Ama yukarıda da belirttiğimiz gibi öncelik annededir²⁸².

Irak Kişisel Durum Kanununda velayette görevsel bölünmenin en açık örneği baba ile dedenin ölümünden sonra görülür. Zira 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 geçer²⁸³.

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 annesinin veya anne 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 ayırım yapıldığı ve bu ikisinin mutlak şekilde birbirine bağlı olmadığı söylenebilir. Söz konusu dönemde, babanın çocuk üzerindeki velayet hakkı kaldırılmadan çocuğu alıkoyma hakkı anneye 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. Böylece çocuğun

²⁸⁰Akyüz (2018). *Çocuk Hukuku*, a.g.k. s. 224.

²⁸¹Bardakoğlu. “Hidâne”, s. 467.

²⁸²Bknz. Dipnot 316.

²⁸³Zerka, çev. Armağan, s. 579;

en iyi şekilde yetişmesi için adeta bir iş bölümüne gidilmiştir²⁸⁴.

Türk medeni hukukunda evlilik birliği içinde anne ve babanın çocuk üzerinde velayet hakkına birlikte sahip olmasına karşın Irak Kişisel Durum Kanunu'nda 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 anne ve babanın zıtlaşması pekâlâ mümkündür. Modern düşüncenin konuya yaklaşımı, eşit hak ve yükümlülöklere sahip karı kocanın, çocuğun velayeti gibi önemli bir konuda aynı yerde konumlandırılması gerektiği yönündedir²⁸⁵. 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 (AY m. 10, 41) aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle Yeni Medeni Kanun'la birlikte tarih olmuştur²⁸⁶. Günümüzde eşlerin, evlilik birliğine ilişkin önem taşıyan bir konuda farklı fikirlere sahip olmaları durumunda anlaşmazlığın dava yoluyla çözölmesi gerekir (TMK m. 195/1)²⁸⁷.

²⁸⁴Çelikel, s. 55.

²⁸⁵Akyüz (2018). **a.g.k.s.** 53.

²⁸⁶Akıntürk (2019). **a.g.k.s.** 152.

²⁸⁷Çelikel, s. 55.

3.2. Türk Medeni Kanunu ve Irak Kişisel Durum Kanunu’nda Velayet İlişkisinin Taraflarının Karşılaştırılması

Türk Medeni Kanunu ve Irak Kişisel Durum Kanununda velayet ilişkisinin, biri hukuken güçlü diğeri ise zayıf kabul edilen iki tarafı vardır.

3.2.1 Velayete sahip olanlar

Irak kanun koyucusu hakim tarafından velayete karar verilirken velayet hakkı birinci derecede çocuğun menfaatinin korunmasını öngörmüştür. Bu hakka sahip olacak kişi çocuğun eğitimini, sağlam yetişmesini ve sağlığını iyi bir şekilde yürütüp korumasına ehil olmalıdır. Örneğin annenin çalıştığı işin niteliği çocuğun velayet hakkını almasına engel olabilir. Irak kanun koyucusu annenin, yabancı birisi ile evlenmesiyle çocuktaki velayetin sona ereceğini öngörmüştür. Halbuki bazen yabancı birisi akrabadan daha şefkatli olabilir durumdadır²⁸⁸. Bu hüküm 106 sayılı 31.10.1987 tarihli kanunla değiştirilmiştir.

Gerçekten Irak Kişisel Durum Kanunu’nun yeni düzenlemesinde annenin velayet hakkının başkasıyla evlenmesi ile sona ermediğini hükme bağlamıştır. Bu durumda velayet hakkının çocuğun menfaatinin göz önünde bulundurarak ve somut olaya göre anne ve babadan hangisine verileceği hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştır²⁸⁹. Annenin, babaya karşı velayet hakkından feragat etmesi mümkün değildir. Çünkü velayet hakkı sadece anneye ait olmayıp, çocuğa da ait olan bir haktır²⁹⁰. Temyiz Mahkemesi bir kararında “Velayet hakkı ile ilgili sulh caiz ve doğru değildir. Bu hak annenin olmayıp çocuğa ait bir haktır. Bu haktan feragat edemez.” diyerek bunu vurgulamıştır. (IKDK m. 57/8.) uyarınca anne ve babanın her ikisinin de velayete ehil olmamaları durumunda, velayet hakkı mahkemece seçilen güvenilir bir vasiye bırakılır. Ehil olmama kavramından anlaşılan, anılan maddenin ikinci fıkrasında bulunan şartlardan yoksun kalmaktır. Anne ve babası velayet hakkına ehil olmayan çocuk mahkemece devlete ait olan kreşe de bırakılabilir. Fıkranın hükmünden anlaşıldığı üzere çocuk bu durumda devlete ait olmayan özel kreşe bırakılamaz²⁹¹.

²⁸⁸Elkubeyisi, s. 216.

²⁸⁹Haşiloğlu, s. 35.

²⁹⁰Elkubeyisi, s. 385.

²⁹¹TMAH, 06.03.1960, K.1962/134 (Kerim, s. 264).

3.2.1.1 Anne ve babanın durumu

Türk Medeni Kanunu, aile bireylerinin bağımsızlığı ilkesinden esinlenerek babanın yanında anneye da velayet hakkı tanımıştır (TMK m. 335/1)²⁹².

Velayetin hem anneye hem de babaya tanınmış olması, karı koca arasında eşitlik ilkesinin benimsenmesinin bir sonucudur. Türk Medeni Kanunu, aile hukukundaki düzenlemeleri “*kişiliğin korunması ilkesi*” gereğince eşler arasında eşitliğe dayanır. Onlar, modern hukuk düzenlerinde olduğu gibi velayetten doğan tüm hak ve yükümlülüklerle eşit olarak sahiptir. Çocukla ilgili karar alma ve uygulama süreçlerinde anne ve babanın eşit söz hakkı vardır²⁹³.

Boşanma halinde hâkim, takdir yetkisine dayanarak velayet hakkını yalnız anneye ya da yalnız babaya bırakır. Diğer taraftan uygulamada mahkemeler tarafından anne ve babanın boşanma sonrasında da velayeti ortak bir şekilde kullanabileceğine dair hükümler verilmekte ve bu hükümlerin sayıları giderek artmaktadır²⁹⁴.

Irak Kişisel Durum Kanunu’nda velayet hak ve yetkisi münhasıran babaya, baba yoksa dedeye tanınmıştır. Anne açısından velayetin durumu velayetin türlerine göre ayrı ayrı ele alınabilir.

Hanefî hukukuna göre annenin, çocuğun şahsı ve mallarıyla ilgili üç alanda belli hak, yetki ve görevlere sahip olması mümkündür. Hidâne hak ve görevi bunların başında gelir ki çocuğun bakımı, beslenip büyütülmesi ve terbiyesi gibi ihtiyaçlarını konu alır ve öncelikle anneye aittir. Evlilik birliğinin kocanın vefatı veya boşanma gibi bir yolla bozulması halinde annenin hidâneye daha layık görülmesine, 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 ifade edilmektedir.

Irak Kişisel Durum Kanunu’nda annenin çocuğuna vasi olarak tayin

²⁹²Yargıtay 2. Hukuk Dairesi. 2017/1737

²⁹³İnan (2014). a.g.k.s.144.

²⁹⁴Öztan (2018). 1077.

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 anne, bu suretle vasilere uygulanan sıkı kontrole tabi tutulmak istenmiştir. Ayrıca bu durum nedeniyle annenin, çocuğun mallarından faydalanma veya kazancına sahip olma gibi yetkilerden mahrum bırakıldığı ifade edilmiştir.²⁹⁵

Dikkat edilirse klasik kaynaklı yorumlarda çocuğun velayeti tespit edilirken onun ihtiyaçlarına ve kadın-erkek fizyolojisine göre bir ayrım yapılmıştır. Kadınların genel olarak terbiye konusunda daha ehil, dayanıklı, işleri güzelce idare eden, çocuğa karşı şefkatli ve yumuşak davranışlı kimseler olduğu kabul edilmiştir²⁹⁶. Bu nedenle hidâne hakkının anneye ve çocuğun anne tarafından yakını kadınlara verilmesinde çocuk için büyük yarar görülmüştür. 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 ayırmda temel düşünce çocuğun yararını korumaktır²⁹⁷.

Türk Medeni Kanunu'na göre evlilik birliği haricindeki ilişkiden dünyaya gelen çocuğun velayeti anneye aittir (TMK m. 337/1)²⁹⁸. Velayet hakkının hem annesine hem babasına ait olabilmesi için tanıma veya babalık davası gibi yollarla baba ile çocuk arasında soy bağı ilişkisinin kurulması gerekir. Irak Kişisel Durum Kanunu'nda ise babası ile soy bağı ilişkisi kurulamadığı için asabisi olmayan çocuğun şahsı üzerindeki velayet, Ebû Hanife'ye göre çocuğun annesine ve anne 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.

²⁹⁵ Abdürrezzâk es-San'ânî, *el-Müsânef*, 7/154.

²⁹⁶ Serahsî, ed. Akşit, 6/258; Rahat, s. 96.

²⁹⁷ Berki, s. 6-7.

²⁹⁸ İnan (2014). **a.g.k.s.**144, Elkubeysi, s. 9.

3.2.1.2. Anne ve baba dışındaki kişilerin durumu

Çocuğun anne 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 soy bağıyla bağlı anne ve babası sahiptir. Anne ve baba dışında anneanne, dede, kardeş gibi kimseye velayet hakkı tanınmamıştır. Çocuğun anne ve babası tarafından yetiştirilme hakkı ile çocuğu öncelikle anne ve babasının yetiştirme sorumluluğu bir arada yer alır (ÇHS m. 5-18). Bu anlamda Türk medeni hukukunda velayetin tabii hukuktan doğan bir koruma olduğu, anne ve babanın kendi soyundan olanın, başkası tarafından temsiline ve ihtimam gösterilmesine fitraten müsait olmadığı düşünülmüştür. Çocuğun korunması hükümleri kapsamında, hâkim tarafından çocuğun başka bir ailenin veya kurumun yanına yerleştirilmesi halinde de velayeti anne ve babasından kaldırılmış veya başkasına devredilmiş değildir. Velayet altında bulunmayan çocuğa vasi atanır (TMK m. 404/1)²⁹⁹.

Irak Kişisel Durum Kanunu'nda ise babanın ölmesi, akıl sağlığını kaybetmesi veya velayetine engel bir halin baş göstermesi gibi sebeplerle velayet hak ve yetkisi hayatta ve sağlıklı ise çocuğun 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 geçer³⁰⁰. 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 kardeşleridir³⁰¹.

Her iki hukuk sisteminde de hâkim, öncelikle çocuğun yakın akrabalarından en uygun olanı vasi olarak tayin eder. Örneğin, çocuğun gerekli şartları taşıması halinde kardeşi, vasi tayin edilebilir. Bu durumda çocuğun hem şahsı hem de malları ile ilgili işleri Türk medeni hukukunda yalnızca vasi sıfatıyla, Irak Kişisel Durum Kanununda ise

²⁹⁹Yerlikaya, 109-110.

³⁰⁰Berki, 5.

³⁰¹Berki, 5.

hem veli hem de vasi sıfatıyla çocuğun kardeşi tarafından takip edilir. Her iki hukuk sisteminde üvey anne ve babanın velayet hakkı yoktur. Zira kural olarak velayet ilişkisinin tarafları arasında soy bağının varlığı aranır.

Son olarak belirtmek gerekir ki Irak Kişisel Durum Kanununda 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.

3.3. 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 Kanunu’na göre 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, anne ve babasının velayeti altında kalması mümkündür (TMK m. 335/2). Bir küçüğün velisi yoksa kısıtlama kararına gerek olmaksızın kendisine vasi atanır³⁰².

Irak Kişisel Durum Kanunu’nda 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 kimsedir³⁰³. Bu kimselere, ehliyetlerinin eksikliği nedeniyle “*kâsır*” denilmiştir. Fukahânın, edâ ehliyetinde

³⁰²Hatemi (2019). a.g.k. s.20.

³⁰³Apaydın, "Hacir", s. 513; Abdulhamîd, s.405.

eksikliğe neden olup velayete tabi olmayı gerektirdiği hususunda üzerinde ittifak ettiği sebepler; küçüklük (sığar), delilik (cünun), bunaklık (ateh), kölelik (rık) olmak üzere dördtür³⁰⁴. Bunlar aynı zamanda bir kimseyi sözlü tasarruftan (hukuki işleminden) menetme manasında “*hacir (kısıtlama)*” sebebidir³⁰⁵. Bu nedenle çocuklar, deliler ve bunaklar hâkim kararına gerek olmaksızın kendiliğinden mahcur sayılmıştır³⁰⁶.

Türk medeni hukukunda küçüklerle velayete tabi ergin çocuklar arasında anne ve babanın sahip olduğu velayet hakkı yönünden farklılıklar vardır. Velayete tabi olan kişi ergin değilse anne ve babası onun mallarını kullanabilir, erginse kullanamaz. Yine bu kişi ergin değilse anne ve babasının bakım ve eğitim hakkı vardır, erginse yoktur. Ergin olmayan çocuğun velayetinin kaldırılması (TMK m. 348)’deki sıkı koşullara bağlanmıştır. Ergin (18 yaşını doldurmuş) çocuğun velayeti kısıtlılık kararının kaldırılmasıyla sona erer³⁰⁷. Buna rağmen Irak Kişisel Durum Kanunu’nda kural olarak akıl hastaları ve bunakların hükmü, küçüğün hükmü gibidir. Örneğin, Türk medeni hukukunda velayet altındaki ergin bir akıl hastasının malları, anne ve babası tarafından kullanılamazken Irak Kişisel Durum Kanunu’nda kullanılabilir.

3.3.1. Çocuk mallarının kullanılması

Çocuk, doğduğu andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. Bu sebeple kendisine yapılan bağışlamalar, miras yoluyla, çalışması sonucu ya da nafaka alacakları gibi çeşitli yollarla mal edinmesi mümkündür³⁰⁸. Türk Medeni Kanunu m. 354’e göre anne ve baba çocuğun mallarını, kusurları nedeniyle velayetleri kaldırılmadıkça kullanabilirler. Anne ve baba, yönetim hakkına sahip olmasalar bile, kusurları nedeniyle velayetleri kaldırılmadıkça çocuğun mallarını sarf etmeden tüketebilirler,³⁰⁹ Anne ve babanın çocuğun mallarını kullanma hakkı, çocuğun bakım ve eğitim masraflarını üstlenmeleri karşılığında tanınmıştır. Bu düzenleme, aile dayanışması fikrine dayanmaktadır³¹⁰. Anne

³⁰⁴Erbay, "Kâsır", 24/559; Erdoğan, s. 294.

³⁰⁵İnan (2014). **a.g.k.** s.144.

³⁰⁶Yaman ve Çalış, **a.g.k.** s.239.

³⁰⁷Hayrunnisa Özdemir/ Ahmet Cemal Ruhi (2016). *Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s.1252

³⁰⁸Sera Reyhani Yüksel (2016). Velayet Hakkının Anayasal Sınırları, İstanbul, Legal Yayıncılık, s.76.

³⁰⁹Hayrunnisa Özdemir, “Çocuk mallarının yönetimi, kullanılması, harcanması ve korunması”,

https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_3_4.pdf (E.T 11/2/2024)

³¹⁰Akyüz (1979). **a.g.k.** s. 261

ve baba, çocuğun mallarını kullanma hakkına ekonomik durumlarıyla bağlı değildir. Zengin olsalar dahi, çocuğun mallarını kullanabilirler; ancak, kullanım sırasında dikkatli olmalı ve çocuğun mallarının normal kullanımıyla ilgili aşınmalardan sorumlu tutulmazlar. Anne ve baba, çocuğun mallarını kullanma hakkına sahip olmak için velayete bağlıdır. Yönetim hakkı, velayet kalktığında otomatik olarak sona erebilirken, kullanma hakkı sadece anne ve babanın kusurları nedeniyle kaldırıldığında sona erer (TMK m. 354). Anne ve baba, ağır hastalık veya özürlülük sebebiyle velayet kaldırılmış olsa bile, çocuğun mallarını kullanmaya devam edebilirler³¹¹. Ancak, ana veya babanın velayet hakkı, çocuğa karşı fiziksel şiddet, yetersiz ilgi, görevleri ihmal etme, istismar ve kötü muamele gibi nedenlerle kaldırılmışsa, artık onların çocuğun mallarını kullanma hakları da ortadan kalkar. Anne ve babanın çocuğun mallarını kullanma hakkı, çocuk ergin oluncaya kadar devam eder ve bu hak birlikte kullanılır. Ancak, ergin olan çocuklar kısıtlandığında ve anne ve babalarının velayeti altına alındığında, çocuğun mallarını kullanma hakları sona erer³¹². Çocuğun, ana ve babanın ölümü, gaipliğine karar verilmesi veya ergin olması, anne ve babanın kullanma hakkını otomatik olarak sona erdirir. Anne veya baba ölümü durumunda, sağ kalan ebeveyn yalnızca kullanma hakkına sahip olur. Boşanma veya evliliğin butlanı nedeniyle velayet hakkının bir eşe verilmesi durumunda, diğer eşin çocuğun mallarını kullanma hakkının devam edip etmeyeceği konusunda hukuki bir değerlendirme gereklidir. Çünkü boşanma veya evliliğin butlanı durumunda, velayet hakkının bir eşe verilmesi, diğer eşin kusurlu olmasından ziyade, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra ana ve babanın velayet hakkını birlikte kullanmalarına yasal olarak izin verilmemesinden kaynaklanmaktadır. Kanun, anne ve babanın çocuk mallarından yararlanma yetkisini kaldırarak sadece kullanma hakkı tanımıştır. Bu, anne ve baba için çocuk mallarının gelirini, özellikle çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılayan miktarı aşan şekilde harcayamayacakları veya mal edinemeyecekleri anlamına gelir³¹³.

TMK m. 4'e göre hâkim, duruma göre hukuka ve hakkaniyete uygun kararlar alabilir. Aksi takdirde, hâkim anne ve babanın kullanma hakkına müdahale eder. Tüzük, çocuğun mallarının gelirlerinden ailenin sosyal ve ekonomik durumuna, çocuğun aileye getirdiği ekonomik yükler gibi faktörlere dayanarak hakkaniyet sınırları içinde

³¹¹Özcan (2004). **a.g.k.** s. 690

³¹²Akıntürk/Karaman (2011). **a.g.k.** s. 427

³¹³Dural, M/Öğüz, T/Gümüş (2013). Türk Özel Hukuku, Cilt III Aile Hukuku, İstanbul. s.347

harcanmasını düzenler. Vesayet ve Miras Hükümlerinin Kullanılmasına İlişkin Tüzük (VMHKT) m. 5 hükmü, hakkaniyet ilkesini vurgulamaktadır. Ayrıca, malın kullanılmasından sonra elde edilen fazla gelirin çocuk mallarına eklenmesini öngörmektedir. Çocuk, hak ehliyeti ile birlikte, miras, bağışlama gibi anne ve baba dışında üçüncü kişiler tarafından kazandırılan varlıkları kullanarak, henüz fiil ehliyetini kazanmadan kendi mal varlığına sahip olabilir. Anne ve baba, çocuğun mal varlığını korumak için velayet devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hak ve yükümlülüğüne sahiptir. Bu yetkiye sahip olan anne ve baba, çocuğun yararına olacak şekilde, kanunun belirlediği sınırlar içinde, bakımı, eğitimi ve gerekli koşullar mevcut olduğunda kendi ihtiyaçları doğrultusunda kullanma haklarına da sahiptirler³¹⁴. Ancak bu yetkilerin kullanımında anne ve baba, hâkimden veya üçüncü kişilerden emir veya talimat alamaz.

3.3.2. Çocuk mallarının korunması

Türk Medeni Kanunu m. 2/I'e göre anne ve babanın yükümlülükleri belirlenebilir. Anne ve babanın, dürüstlük ilkesine uymadıkları durumda, hakim her iki ebeveynin de çocuğun mallarını yönetme hakkını alarak, görevli olmak üzere kayyım atayabilir. Atanan kayyım, çocuğun malvarlığını koruma görevini üstlenir. Kayyımın görev yetkileri ve atanma şartları çocuğun menfaatine uygun olarak belirlenir. Hakim, çocuğun mallarını koruma amacı güder ve velayet devam ettiği müddetçe çocuğun üstün yararını korumak için gerekli tüm önlemleri alır. Yönetme hakkı, anne ve babanın evliliği sona erdiğinde, velayet hakkı verilen tarafa belirli yükümlülükleri getirir, çünkü bu durumda çocuğun varlığını koruma yükümlülüğü devam eder³¹⁵. Ayrıca velayet kendisine bırakılan eşe, çocuğun malvarlığını detaylı bir defterle gösterme ve bu malvarlığında veya yapılan yatırımlarda meydana gelen önemli değişiklikleri hâkime bildirme yükümlülüğünü içerir (TMK m. 353).

Irak hukukunda çocukların malvarlığını düzenleyen bağımsız bir kanun olan "Çocukların Bakımı Kanunu" (İÇBK) adlı kanuna göre, vasisinin, velisinin ve çocuğa bakım görevlilerinin çocuğun malvarlığını koruma konusundaki sorumlulukları düzenlenmiştir. Bu kanuna göre, çocuğun malvarlığını koruma hakkındaki

³¹⁴Ahmet Kılıçoğlu (2002) Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara.s. 141

³¹⁵Mustafa Alper Gümüş (2006) Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, İstanbul 2006.s. 347

sorumlulukların belirlendiği (İÇBK m. 27) dayanarak, çocuğun vasisi, ilk olarak babası ve ardından mahkemeyi içerir. Vasiyet hakkı, yasada belirtilen düzenlemelere tabi bir hak olup, vasiyetin tam hakkı yasada babaya, ardından baba tarafından doğru olan dedeye aittir. Irak hukukuna göre, çocuğun malvarlığıyla ilgili herhangi bir işlem, Çocuk Bakım Dairesi'nin onayı olmadan yapılamaz (İÇBK m. 30). Baba ve dede arasındaki yetki farkı, çocuğun malına müdahale etme konusunda geçerli olup, yasa çerçevesinde dedenin mahkeme izni olmaksızın hiçbir şekilde çocuğun malı taşınır veya taşınmaz olsa da taşınabilir nakit veya diğer mal olup olmadığına bakılmaksızın müdahale etmesine izin verilmez.³¹⁶ Yeni kanuna göre dedenin, mahkeme izni olmadan çocuğun malını satma veya ona kendi parasıyla satın alma hakkı yoktur. Ancak babanın mahkeme izni olmaksızın çocuğun taşınabilir malına dair tüm işlemleri gerçekleştirebilmesine izin verilir. Bu izin, çocuğun malını tehlikeye sokacak bir durumu önlemek amacıyla mahkeme tarafından verilebilir. Ancak, baba, mahkemenin iznini almadan çocuğun taşınmaz, ticari mülk veya menkul kıymetlerine dair işlemleri gerçekleştirebilir, bu mülklerin çocuğa babası tarafından bağış yoluyla geçtiği durumlar hariçtir. Baba veya dedenin, çocuğun taşınmaz malına kendisinin veya eşinin, akrabalarının veya eşinin akrabalarının dördüncü dereceye kadar olan kişilerin lehine işlem yapması mahkeme izni olmaksızın mümkün değildir. Ancak baba, mahkeme izni gerektiren veya gerektirmeyen durumlarında çocuk adına kendisiyle sözleşme yapabilir. Ancak dede bunu yapamaz ve onun için bir vekil atanmalıdır. Bu durum, bağış yapan kişi bunu şart koşarsa bağış yoluyla çocuğa geçen malları içermez, Babanın kötü davranışı nedeniyle veya başka bir nedenle çocuğun malvarlığı tehlikeye girdiyse, mahkeme onun velayetini veya sınırlandırmasını kaldırabilir. Babanın, çocuğun geliri üzerindeki tasarrufları ciddi bir kusuru olmaksızın sorumlu tutulmaz. Bununla birlikte baba, çocuğa belirli bir amaç için bağışlanan paraların üzerindeki tasarrufları, eğitim veya meslek edinme gibi amaçlar için sorumlu tutulabilir³¹⁷. Irak Çocuk Bakımı Kanunu'na göre, küçüğün vasisi, ilk olarak babası ve ardından mahkemedir (İÇBK m. 27). Vasinin, vasiyet hakkını doğrudan kullanabilmesi için, bu hakkı kullanmaya uygun olması gerekmektedir ve bu durumu belirleyen kriterler, çocuğun malvarlığına doğrudan müdahale etme hakkını tanıyan İÇBK m. 28'de belirtilmiştir. Bağış yoluyla çocuğa geçen mallar, bağışçının başka bir şey

³¹⁶Abdulrazak ahmed alsenhuri (2000).alvesit fi şerih alkanun almedni, altaba althaniye,alhlebi yayınları,Irak .s.93

³¹⁷Kemal kasim therut(1976).şerh ahkam akud almukaule ve aked albiye,alcuzı alavel,ofist yayınları, Bağdat .s.360

talep etmediği sürece vasiyetin kapsamına girer (İÇBK m. 29)³¹⁸. Ayrıca, Irak Çocuk Bakımı Kanunu m. 30 vasiyetin yetkilerini düzenlemekte ve vasinin çocuğun malı üzerinde doğrudan tasarrufta bulunabilmesi için Çocuk Bakım Dairesi'nin onayını alması gerektiğini belirtmektedir. Yasaya göre belirlenen prosedür çerçevesinde vasiyetin kullanılması zorunludur. Mahkeme, vasiyetin kötüye kullanıldığını tespit ederse, vasiyeti elinden alabilir (İÇBK m. 32).

Vasiyet, küçük yaşta reşit olana kadar devam eder, ancak mahkeme, küçük reşit olmadan önce vasiyetin devam edip etmeyeceğine karar verebilir (İÇBK m. 31)³¹⁹. Bir kişi reşit olmuşsa ve tam zihinsel yeteneklere sahipse, ayrıca yasal ehliyet kazanmışsa, velayeti veya vesayeti kaldırılır. 1969 yılında değiştirilen 47 sayılı Çocuk Varlıklarının Yönetimi Yasası'nda, bu konuda Medeni Kanun'un hükümlerinin kısıtlandığı belirtilmiştir. Satışın veya alışın değerin eşit olması veya hafif haksızlık içermesi yeterli değildir; ayrıca vasinin, mahkemeden izin alması gerekmektedir.

Bu konuda İÇBK m. 22/Z fıkrası, şu şekilde hükmetmektedir:

Vasiler ve veliler, uygun mahkemeden izin almadan aşağıdaki işlemleri gerçekleştiremezler³²⁰:

Öncelikle, orijinal veya tali haklardan herhangi birini oluşturabilecek, devredebilecek, kısıtlayabilecek veya kaldırabilecek her türlü işlemi,

İkinci olarak, yönetim varlıklarının içine girmeyenler dışındaki, taşınır veya şahsi haklar veya menkul kıymetlere ilişkin işlemleri.

Bu hükümler, çocuğun varlıklarının yönetiminden sorumlu olan vasilere ve veliler, belirtilen işlemleri gerçekleştirebilmek için mahkemeden izin almayı zorunlu kılmaktadır³²¹. 1969 yılında değiştirilen 47 sayılı Çocuk Varlıklarının Yönetimi Yasası m. 29 ve 1980 yılında kabul edilen 78 sayılı İÇBK m. 55'de küçüklerin gayrimenkullerinin satışının sadece uygun mahkeme izniyle gerçekleşebileceğini belirtmektedir. Bu izin, aşağıdaki nedenlerden biri varsa gereklidir:

*Küçüğün geçim masraflarını karşılamak için başka bir mülkün bulunmaması.

*Miras üzerinde belirli bir miktar borcu ödemek için zorunlu icra hükümlerinin bulunması ve ödeme yapmak için başka bir mülkün olmaması.

³¹⁸Alkubisi ahmed (2007).s. 83

³¹⁹Kani mohammed hesun (1988). Alhkuk alayniye altebeyi,bağdat.s.495

³²⁰Abdumejid alhkem,abdubaki albekri,mohammed taha(2009). alwjiz fi alkanun almedni alraki,aljuzi althani alnaşir alatık yayınları,Bağdat.s. 122

³²¹Alsenhuri ahmed (2000).s. 373

*Küçüğün ortak mülkiyet paylarından elde edilebilecek uygun gelir olmaması.

*Ortak mülkiyetteki küçük gayrimenkulün, diğerine kıyasla düşük gelir elde eden veya yüksek giderlere sahip olma olasılığının daha yüksek olması.

Ayrıca İÇBK m. 56, küçüğün kendi parasıyla gayrimenkul satın almasını sadece uygun mahkeme izniyle gerçekleştirebileceğini belirtmektedir. Bu izin, aşağıdaki nedenlerden biri varsa gereklidir:

A. Küçük, gayrimenkuldeki ortak mülkiyet hisselerine sahiptir ve paylaşımın kaldırılarak satılması, küçük için fayda sağlar.

B. İhtiyaç, küçük için bir konut sağlamayı gerektirir.

C. Gayrimenkul, küçüğün borcunu tahsil etmek amacıyla açık artırmaya tabi tutuluyorsa ve gayrimenkul üzerine haciz konulmamışsa veya yeterli miktarda ihale gerçekleşmemişse, satın alma bedeli, satış değerinin %80'ini aşmamak koşuluyla, küçüğün borcunu ödemek için uygunsu.

3.4. Türk Medeni Hukuku ve Irak Kişisel Durum Kanununda Velayet İlişkisini Sona Erdiren Sebeplerin Karşılaştırılması

Türk Medeni Kanunu'nda velayetin sona ermesi, kanundan dolayı kendiliğinden sona erme ve mahkeme kararıyla sona erme şeklinde iki ayrı açıdan ele alınmıştır. Çocuğun ergin olması, ölümü, anne ve babasının ölümü, evlat edinilmesi, evlatlık ilişkisinin sona ermesi ve soy bağının reddi şeklinde sıralanabilir.

Irak kişisel durum literatüründe velayet hakkını sona erdiren belli başlı sebepler şunlardır;

Velinin din ayrılığı, semavî veya müktesep ârızalar nedeniyle velayet hakkını kaybetmesi. Velinin temsil yetkisini ortadan kaldıran sebep delirme, bunama, ölüm gibi gayri iradî olabileceği gibi sefeh gibi iradî bir sebep de olabilir³²².

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 gösterilebilir³²³.

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, âdem-i şefkati, velayete tabi olanın üzerinde kötü niyetli tasarrufu. 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 etmesi³²⁴.
- Bütün bu durumlarda tedbirlerin alınması zarureti vardır.

³²²Zerka, çev. Armağan, 2/564.

³²³Usta (2016). a.g.k.s.29.

³²⁴Zuhayli, çev. Efe, 5/110

3.4.1 Velayetin kanundan dolayı sona ermesi

Türk Medeni Kanunu’nda velayetin, kanundan dolayı sona erme sebepleri arasında çocuğun ergin olması, ölümü, anne ve babasının ölümü, evlat edinilmesi, evlatlık ilişkisinin sona ermesi ve soy bağının reddi sayılır.

Çocukluk döneminin sona ermesi, günümüz hukukunda olduğu gibi Irak Kişisel Durum Kanunu’nda da velayeti tabii olarak, dava veya yargı kararına muhtaç olmadan sona erdirir. Ancak söz konusu hukuk sistemleri, çocukluk döneminin sona ermesinde esas alınan ölçütler bakımından birbirinden ayrıdır. Bu ölçütlere geçmeden önce baştan belirtmek gerekir ki Irak Kişisel Durum Kanunu’nda 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 Şafîîlerin 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 hâkimdir³²⁵.

Türk Medeni Kanunu’nda çocuk üzerindeki velayetin kalkması objektif bir kriterin gerçekleşmesine bağlıdır. Bu ise, Kanun’un öngördüğü “*belli bir yaşa erişme*”dir³²⁶. 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 ermesidir³²⁷.

Irak Kişisel Durum Kanunu’nda ise erginlik, her çocukta değişik olan biyolojik gelişmeye bağlanmıştır. Buna göre mümeyyiz çocuk “*bulûğa erme*” ile erginlik

³²⁵Serahsî, ed. Akşit, 24/219

³²⁶Yaman ve Çalış, s. 239.

³²⁷Usta (2016). a.g.k.s. 29.

kazanır³²⁸. 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 (hükmî bulûğ) Ebû Hanîfe'ye göre erkeklerde on sekiz, kızlarda on yedi yaş olarak kabul etmiştir. Ebû Hanîfe dışında Hanefilerin ekserîsine ve Mecelle uygulamasına göre azamî bulûğ yaşı, her iki cinste on beş yaş olarak tespit edilmiştir. Bu iki sınır arasında herhangi bir yaşta bulûğa eren kişinin kendi beyanı esas alınır³²⁹.

Irak Kişisel Durum Kanunu'nda akli ve fikri olgunluk, rüşd ile ifade edilir. Kural olarak akıllı ve bâliğ kimseden velayet kalksa da malvarlığı işlemleri için rüşd şarttır³³⁰. Irak Kişisel Durum Kanunu'nda baba yaşadıkça bâki olan bir velayet anlayışı yoktur³³¹. 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 edilir³³².

Velayeti sona erdiren bir diğer sebep ölümdür. Ölüm sebebiyle velayetin sona ermesi, çocuğun ölümü veya anne ve babasının ölümüdür. Çocuğun ölümü her iki hukukta doğal olarak velayeti sona erdirir. Türk medeni hukukunda anne ve babadan birinin ölümü halinde velayet sağ kalana geçer (TMK m. 336/3). Anne ve babanın her ikisinin ölümü, vesayet sebebidir (TMK m. 404/1).

Irak Kişisel Durum Kanunu'nda 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. Velayetin sona ermesi ise devlet başkanının ölümü, görevden çekilmesi veya uzaklaştırılması yoluyla gerçekleşir.

Türk Medeni Kanunu'na göre çocuğun evlat edinilmesi ile anne ve 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

³²⁸Zuhayli, çev. Efe, 5/110

³²⁹Zuhayli, çev. Efe, 5/110

³³⁰Usta (2016). **a.g.k.s.** 36.

³³¹Halaf, s. 194.

³³²Halaf, s.194.

etmemiştir³³³.

Türk Medeni Kanunu'nda soybağının reddi, velayeti kendiliğinden sona erdirir (TMK m. 286). Benzer şekilde Irak Kişisel Durum Kanununda erkek, sahîh nikah içerisinde doğan çocuğun soybağını, çocuğun başkasından olduğuna kani ise lian uygulamasına başvurarak reddedebilir³³⁴.

3.4.2 Velayetin mahkeme kararıyla sona ermesi

Türk Medeni Kanunu'nda 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 Kanunu'nda velayet hakkının kaldırılma sebepleri ile Irak Kişisel Durum Kanunu'nda 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 Kanunu'nda 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 kalacağıının önceden anlaşılmasıdır³³⁵.

Velayetin kaldırılması için ayrıca TMK m. 348/1'de öngörülen özel koşullardan birinin gerçekleşmesi gerekir. Buna göre anne ve babanın velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi, anne ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması velayetin kaldırılmasına sebep olabilir. Velayet görevinin gereği gibi yerine getirilememesi, anne ve babanın “*süreklilik arz eden*” deneyimsizliği, hastalığı, özürllü olması, başka yerde bulunması veya benzeri sebeplerden kaynaklanabilir. Benzeri sebepler; anne ve babanın yerinin bilinmemesi, alkol bağımlılığı, ahlaka aykırı hayat sürme, kısıtlılık, ağır özürllü olma, çocuğun özürllü

³³³Baygın (2010). a.g.k.s. 345-349.

³³⁴Reyhani Yüksel, s. 117-119.

³³⁵Çelik (2004). a.g.k.s. 267.

olması gibi haller olabilir. Önceki Kanun’da açıkça velayetin kaldırılması sebebi olarak öngörülen kısıtlanma ile velayet hakkının anne veya babadan alınması yeni Kanun’a göre artık mahkeme kararı olmadan mümkün değildir. Anne ve babanın fakirliği, velayetin kaldırılması için tek başına yeterli değildir; çalışmaları beklenir³³⁶. Türk medeni hukukunda kadının evlilik dışı birliktelik yaşaması veya ebeveynin haysiyetsiz hayat sürme halleri ancak çocuğun çıkarlarını ihlal ettiği takdirde velayetin kaldırılmasına sebep olabilir³³⁷.

Irak Kişisel Durum Kanunu’nda velayet hakkının sona erdirilmesi mahkeme kararı ile yapılır ve çeşitli sebeplere bağlı olarak gerçekleşebilir. Örneğin, velayet sahibinin kötü davranışları, çocuğun güvenliğini tehlikeye atması, ihmali ya da velayet sahibinin çocuğa karşı sorumluluklarını yerine getirememesi gibi durumlar mahkeme kararıyla velayet hakkının sona erdirilmesini sağlayabilir³³⁸.

Her iki hukuk sisteminde de hidâne ehliyetini engelleyen veya velayetin kaldırılmasına yol açabilecek “yetersizlik” kaynaklı sebeplerin salt varlığı değil, bunların, hidânedenden 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.

Türk hukukunda kadınların çalışması bakımından Yargıtay’ın bir kararında, gündüzleri çocuğu annee ve dedeye bırakıp çalışan bir annenin, çocukla bağı koparmaması ve çocuğun ihtiyaçlarının karşılanması nedeniyle velayetinin devam etmesini uygun görülmüştür³³⁹.

³³⁶Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2003/5537

³³⁷Özer Taşkın, s. 253.

³³⁸Elkubeyi, s.216.

³³⁹Çelik (2004). **a.g.k.** s. 267; Akıntürk (2019). **a.g.k.s.** 187.

SONUÇ

Türk Medeni Kanunu, velayet hakkını tanımlamamış ancak vesayetin kapsamını ve bu hakkı kimin kullanabileceğini belirtmiştir. Doktrinde genel olarak kabul edilen şekliyle velayet, küçük çocukları, kısıtlıları korumak, bakım, eğitim ve yetiştirmeye yönelik ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla anne ve babaya tanınan bir dizi hak ve sorumluluktur. Anne ve babanın velayet hakkı doğumun yanı sıra, evlat edinme yoluyla da kurulabilir. TMK md. 336'ya göre evlilik süresince anne ve babanın bu haktan birlikte yararlanacağı, ortak hayata son verildiğinde ya da ayrılık halinde hakim tarafından velayetin anne veya babadan birine verileceği, eğer anne ve babadan biri ölmüşse velayet hakkının sağ kalana verileceği belirtilmiştir. Çocuk haklarına saygı ilkesi çerçevesinde günümüzde velayet kavramı sadece bir hak değil, aynı zamanda bir sorumluluk ve yetkidir.

Koruma, yetiştirme, koruma, bakım, eğitim, temsil vb. temel ihtiyaçların karşılanması bakımın kapsamının bir parçasıdır. Çocuk haklarının gözetilmesi ilkesi gereğince, anne veya babanın velayet kapsamındaki yükümlülüklerini gereği gibi veya hiç yerine getirememesi halinde devlet, çocuğa karşı her türlü tedbiri alacak ve gerekirse velayet hakkı kaldırılacaktır.

Hukuki anlayışta yaşanan değişim ve gelişmeler sonucunda velayet hakkı artık kişisel olmaktan çıkıp toplumsal bir sorun haline gelmiştir. Velayet kavramı yeni haliyle sadece anne ve babayı değil toplumu da ilgilendiren bir etkiye sahip olduğu için, devlet gerektiğinde mahkemeler ve idari makamlar aracılığıyla buna müdahale edebilmektedir. Başka deyişle velayet altındaki çocuğun bakımı ile ihtiyaçları, anne ve babanın bu kapsamdaki rolü, anne ve babanın çocuk üzerindeki kontrolü ile terbiye kavramı modern toplumda eskiye nazaran değiştiğinden, aile yapısında eski tanım ve otorite anlayışı terk edilmiştir. Bu durum velayet hakkının sadece anne ve babaya ait olmadığını, aynı zamanda onlara bir takım yetki ve sorumluluklar da yüklediğini göstermektedir.

Irak Kişisel Durum Kanunu, Osmanlı Devleti'nin aile alanındaki hükümlerinin devamı niteliğinde bir hukuk sistemi sergilemektedir. Gerçekten Irak Hukuku'nda, Osmanlı Devleti'nde olduğu gibi, aile ile ilgili hükümleri Şeriat'tan alınmıştır. Bu da Irak Kişisel Durum Kanunu'nun çoğu meselelerin detayını Şeriat'a ve mezheplere bırakarak yüzeysel bir şekilde düzenlemesine yol açmıştır.

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 Kanunu'nda gerekse Irak Kişisel Durum Kanunu'nda çocuğun üstün yararı ön plana alınmış ve haklarının korunup gözetilmesi için velayet müessesesine başvurulmuştur.

Velayet, Türk Medeni Kanunu'nda velayete tabi olanın yararına kullanılması gereken yetki ve görevleri içeren bir hak ve yükümlülük olarak; Irak Kişisel Durum Kanunu'nda 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 sınırlandıran önemli bir ilke olarak karşımıza çıkar. Irak Kişisel Durum Kanunu'nda 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.

Velayet başlığı altında Türk Medeni Kanunu m. 335 vd. hükümlerinde ele alınan konular, Irak Kişisel Durum Kanunu literatüründe farklı başlıklar altında dağınık olarak ele alınmıştır. Günümüzde velayet kavramı, Irak Kişisel Durum Kanunu'nda hidâne, velayet ve vesayet kavramlarını ifade eden bir üst başlık olarak kullanılmaktadır. Bununla birlikte Irak Kişisel Durum Kanunu'nda velayet kavramının hidâne ve vesayeti kapsayan bir anlamı da mevcuttur.

Velayet hakkına sahip anne ve baba tarafından çocuğun temsili Türk Medeni Kanunu m. 342 vd'da, ayrıca çocuğun kişiliğinin ve malvarlığının korunması ilişkin hükümler de kanun içinde ve bir bütün halinde yer almaktadır. Oysa Irak Kişisel Durum Kanunu'nda bu bütünlük yalnız babanın ve dedenin çocuk üzerindeki velayet hakkı 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.

Irak hukukunda velayetin bir diğerkörünümü 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, anne ve babanın çocuklar üzerindeki hakları ve giderlere katılmaları gibi konularda kadın ve erkek eşitliğini gözetmiştir. Kanun koyucu, evlilik birliği devam ettiği sürece çocuğun velayetini anne ve babaya beraber tanıyarak velayetten kaynaklanan hakları kullanmada ve yükümlülöklere katlanmada anne ve babanın her ikisini eşit tutmuştur. Irak Kişisel Durum Kanunu'nda velayette ise baba hem hak sahibi hem de sorumluluk sahibi olan kimsedir. Çocuğun kendisine nispet edildiğı 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-kölfet dengesinde kabul edilip fukahâ tarafından adaletle uygun görölmüştür.

Türk Medeni Kanunu'nda mevcut yasal düzenlemelere göre boşanmadan sonra hâkim, her bir somut olay için çocuğun yararını tespit edip takdir yetkisini kullanarak velayeti eşlerden birine bırakmaktadır. Oysa Irak Kişisel Durum Kanunu'nda kural olarak boşanmadan sonra hidâne, çocuğa en yakın kadın akrabaya aittir. Baba velayet işlerinde hukuki yetkili ve sorumlu olmaya devam ederken anne, çocuğun bakım, gözetim ve terbiye işleriyle meşgul olur. Türk Medeni Kanunu'nda açıkça kabul edilmemiş olan ancak öğretilde çokça tartışılan ortak velayetin kabulü ile Avrupa ölkelerinde olduğı gibi Türkiye'de de boşanma veya ayrılık halinde belli şartlarda anne ile baba arasında iş bölümüne benzer bir uygulamaya geçilmesi mümkün olabilecektir. Hali hazırda ortak velayetin normatif olarak hukuk sistemine girdiğı savunulmakta ve Yargıtay'ın ortak velayete zemin oluşturan kararları bulunmaktadır.

Türk medeni hukuku ve Irak medeni hukuku birçok konuda olduğı gibi velayet konusunda da büyük benzerliklere sahiptir. Nitekim her iki hukuk sisteminde çocuk, ebeveyn ve toplum arasındaki ilişkilerde çocuğun yararına göre karar verilmesi gereken tutumu esas alan ortak ahlaki kurallar bulunmaktadır. Ayrıca Irak Kişisel Durum

Kanunu'nda teokratik bir hukuk sistemi olmakla birlikte temel ilahi 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 menfaatlerini koruma amacına uygun birtakım düzenlemelerin yapılması, velayetin ruhuna uygun düşecektir.

KAYNAKÇA

- ABDALHAMİD, kuba. (1973). Altandimat alkadaya we alharaka altaşriya fi alıraq, Dar altadauin yayınları, Bağdat
- ABDALLJELİL, Ahmed ali. (2001). ahkam alusra fi alşerit alıslamiye, alışara yayınları, Mısır
- ABDULAZİZ, Ammir. (2007). altaziz fi al şariah alislamiyh, dar alfikir alarabi yayınları, Mısır
- ABDULMUTALİB, Abdulrazak Hmdan. (2008). alhadana ve athruha fi tenmiyt sluk alatfal fi alfikh alislami, alazarbita yayınları, Mısır
- ABDULSETAR, Hamid. (1986). ahkam alusra fi alfikh alislami, alcamia yayınları, Bağdat
- ABDULUHAB, Kalaf. (1990). ahkam alahval alşahsiye fi alşeria alislamiye, ikinci baskı, dar alkalım yayınları, Kuvit
- ADND, Mayh. (2016). dava alahval alşahsiya ve ahkamuha fi alkanun alİraki, maktab dar alsabah yayınları, Bağda
- AHMED, alkubisi. (1972). alaval alşashseye fi alfakih ve alkada ve alkanun, ikinci baskı, matbaat alırsad yayınları, bağdat
- AHMED, Nasr alcundi. (2006). atar altefrik ben alzuvcin, dar alktub alkanunye yayınları, Bağdat
- AKDİ, Murat. (2016) *“anne-Babanın Çocuğun Fotoğraf ve Görüntülerinin Sosyal Medyada Yayınlanmasından Doğan Sorumluluğu”*, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, İstanbul, s. 123-144.
- AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya. (2019). Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, 21. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul.
- AKYÜZ, Emine. (2018). Çocuk Hukuku, 6. Baskı, Pegem Akademi, Ankara.
- ALAI, Aldin Abubekır Binmesüt Alhanfi. (1978). bedai alsani fi trtib alşraei, dar alktub yayınları, Beyrut.
- ALALAMA, Abu Jafar Mohammad İbin Alhasan Altusi. (1987). Masail Alhilaf, Almarif Alislamiye yayınları, Berut.
- ALİ, alalawi. (2018). alasbab almuciba İlkanun, aşur banibal yayınları, Irak.
- ALKADİ, Keylan Seyid Ahmet. (2010). Almebadi Alkanuniye fi Kada Mahkemet İklim Kurdistan Al İrak, altaba alula, Arbil.
- ALTUNKAYA, Mehmet. (2001). *“Türk Özel Hukuku’nda Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuki Durumu”*, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1-2, s. 389-434.

- APAYDIN, Eylem. (2018). ‘‘Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği’’, * n n   niversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1, s. 445- 475.
- Arayan Bir Kavram’’, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 147-148, Kasım-Aralık 2016, s. 181-192.
- ARKAN SER M, Azra. (2016). ‘‘Boşanma Halinde Ortak Velayet’’, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 167, s. 6075-6088.
- ARY, Ann Mason. (2012). Child Custody Law (Law over the Last Half Century), Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers.
- AVAD, Husin Yesin Alubidi. (2012).  erih kanun riayt alhdeth,dirasa tatbikiya muzeza belkararat.
- AYBAY, M. Erdem /  EN, C. Bülent. (2016). ‘‘Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakı  Açı ıyla Birlikte Velayet Sorunu’’, *Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan,  stanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, s. 589-615.
- AYDOğDU, Murat. (2010). Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara.
- BAKTIR, Selma. (2003). Aile Mahkemeleri, Yetkin Yayınları, Ankara.
- BAYGIN, Cem. (2010). Soybağı Hukuku, On  ki Levha Yayıncılık,  stanbul.
- B NG L, Ediz. (2014). ‘‘Bo anmı   iftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve  svi re Hukukları Bakımından Karşılaştırılması’’, * stanbul Barosu Dergisi*, C. 88, S. 2, s. 276-312.
- B R NC  UZUN, Tuba. (2016). ‘‘Türk Medeni Kanunu’na Göre Velayetin Kullanılması ve  ocuğun Yüksek ( st n) Yararı  lkesi Doğrultusunda Bo anmada ve Evlilik Dışı  li kide Birlikte Velayet Modeli’’, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1, s. 135-166.
- BÖLÜKBAŞI,  zge. (2011) ‘‘ ocuklarla Kişisel  li ki Kurulmasına Dair Kararların Tenfizi: Çocuklarla Kişisel  li ki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’’, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 3-4, s. 267-287.
- CANARSLAN, Gökçe (2023), ‘‘ ocuğun Eğitimine Yönelik Ana ve Babanın Yükümlülüklerinin, Türk Medeni Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi’’, *Sosyal Beşeri ve  dari Bilimler Alanında Uluslararası  alı malar*, s.61-79, Eğitim Yayınevi, Konya.
-  AğLAYAN AYGÜN, Gözde. (2019) ‘‘Türk Medeni Kanunu’na Göre Evlatlık  li kisinin Kaldırılması’’, *Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.2, s. 407-431
-  EL K, Cemil. (2004) ‘‘Velayetin Kaldırılması’’, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 1, s. 255-309.

- ÇETİNER BAKTİR, Selma. (2000). Velayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara.
- CEYLAN GÜNEŞ, Seldağ. (2004). Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema. (2016). “Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin Butlanı Davaları ile Velayete İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki Sorunu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 2, s. 209-268.
- DEDE, İsmail. (2019). Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Değerlendirilmesi’’, Modern Türklük Araştırmaları Dergisi, C. 10, S. 2, Haziran 2013, s. 133-147.*
- DEREN YILDIRIM, Nevhis. (1996). Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları, Alfa Yayınları, İstanbul.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alpe. (2019). Türk Özel Hukuku, Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul
- EKŞİ, Nuray. (2013). Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Beta Yayınları, İstanbul.
- ELÇİN GRASSINGER, Gülçin. (2010). “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar’’, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, 1. Cilt, İstanbul, s. 823-846. (Çocuğun Görüşü)
- ELÇİN GRASSINGER, Gülçin. (2009). Türk Medeni Kanunu’nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- ELÇİN, Gülçin. (2016). “Türk ve İsviçre Aile Hukukundaki Değişikliklerin Değerlendirilmesi’’, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 145-146, s. 49-57.
- ERBAY, İsmail. (2012). “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medeni Hukukundaki Velayet Hakkının Kaldırılması (TMK m. 348) Hükümlerinin Değerlendirilmesi’’, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, s. 11-61.
- ERBEK ODABAŞI, Özge. (2018). “Çocuğun Soyadı’’, Aile Hukuku Sempozyumu Bildiri Özetleri, İzmir Medeni Hukuk Günleri-II, s. 53-55.
- ERDEM, Mehmet. (2018). Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ERLÜLE, Fulya. (2019) İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Yetkin Yayınları, Ankara.
- FAUZİ, Kadım Almeyahi. (2013). dava alhedane ve tatbikatuha alkadaiye, derasa fi dui alfikih ve alkanun,maktabt alsabah yayınları,bağdat.

- GENÇCAN, Ömer Uğur. (2017). “Ortak Velayet”, İzmir Barosu Bülten, Y. 27, 8 Mart 2018 Özel Sayısı, s. 24-30. (Ortak Velayet)
- GENÇCAN, Ömer Uğur. (2015). Velayet Hukuku Yargıtay Uygulaması Bilimsel Açıklama-En Son İçtihatlar, Yetkin Yayınları, Ankara.
- GÖRGEÇ, Başak. (2011). Türk Medeni Kanunu’nda Velayet Hükümleri ve Özellikle Çocuğun Korunması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- GÜLGÖSTEREN, Zeynep Ayza. (2017) ‘Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet’, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, s. 157-180.
- GÜVEN, Kudret. (2018). ‘Türk Hukuku’nda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet’, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, s. 11-64.
- HASAN, alfkhani. (2010). musuat alkada ve alfikh, alılm yayınları, Mısır
- HATEMİ, Hüseyin / KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu. (2016). Aile Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul .
- HATEMİ, Hüseyin. (2019). Aile Hukuku, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul. (Aile Hukuku)
- HATEMİ, Hüseyin. (2013). Medeni Hukuka Giriş, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- HELVACI, Serap / ERLÜLE, Fulya, Medeni Hukuk. (2018). 5. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- HİKMET, Adil Hasan, alhadana ve ahkamuha fi dau kanun alahval alşahsiye almuadel, bahth terkıya(D,T)
- HUDA, Ismet Mohemd Amin. (2005). alhdana fikanun alahval alşahsiye alIraki, risalt mastr makedema ila megls kulit alkanun, camit Salah aldin.
- HUSİN, kadım alzehri. (2010). alhadana fi alkanun al Iraki, alsenhuri yayınları, bağdat
- HUYSA, Burak. (2005). Devletler Özel Hukukunda Velayet, Legal Yayıncılık.
- İNAN, Ali Naim. (2014). Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- İNCE, Nurten. (2018). ‘Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukuku’nda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 9, S. 34, s. 189-229.
- Indiana Court of Appeals decision numbered 49A02-1702-DR-235 | October 25 2017, Case Law of the Court of Appeal of the Eleventh Circuit United States of America 2017, Available on the official website of the US Court of Appeals for the Eleventh Circuit, <https://law.justia.com/>

Jaa dalik fi etar talimat isdar jevaz alsefer almekru aliyn ala muvki vezart aldahliye mudiret aljnsye aliama,.<https://moi.gov.iq/>

KAHRAMAN, Süheylâ. (2019). Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velayet, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.

Kanun Alahval alşahsiya almuadıl de al rakam 188 li senet 1959.

Kara Mahkeme Altemiyiz Almurakam (10889/ahvalşahsiya/2022) ve almnşur ala mauki, <https://www.sjc.iq/qview.2715/>

Kara Mahkeme Altemiyiz Almurakam (1126/ahvalşahsiya/2000) , ve almnşur ala mauki <https://www.sjc.iq/qanoun/civilian/>

Kara Mahkeme Altemiyiz Almurakam (221/ahvalşahsiya/2007) ve almnşur ala mauki, <https://www.sjc.iq/qview.352/>

Kara Mahkeme Altemiyiz Almurakam (2702/ahvalşahsiya/2008) ve almnşur ala mauki, <https://www.sjc.iq/qview.605/>

Kara Mahkeme Altemiyiz Almurakam (6551/ahvalşahsiya/2023) ve almnşur ala mauki, <https://www.sjc.iq/qanoun/family/>

Kara Mahkeme Altemiyiz Almurakam (6653/ahvalşahsiya/2021) ve almnşur ala mauki, <https://www.sjc.iq/qview.2667/>

Kara Mahkeme Altemiyiz Almurakam (6834/ahvalşahsiya/2022) ve almnşur ala mauki, <https://www.sjc.iq/qview.2691/>

Kara Mahkeme Altemiyiz Almurakam (7178/ahvalşahsiya/2022) ve almnşur ala mauki, <https://www.sjc.iq/qview.2692/>

Kara Mahkeme Altemiyiz Almurakam (7335/ahvalşahsiya/2022) ve almnşur ala mauki, <https://www.sjc.iq/qview.2694/>

Kara Mahkeme Altemiyiz Almurakam (7419/ahvalşahsiya/2021) ve almnşur ala mauki, <https://www.sjc.iq/qview.2614/>

KARACA, Hilal. (2015). Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Karar mahkamt al ahval alşahsiye (3406/ ahval alşahsiye/2022),giyri manşaur.

Karar mahkamt alahval alşahsiye al murakım (49/ahval şahsiye/2001),andur Ali Mohamm Kırbaşı, Musuat aldliya,alsnhuri yayınları, Bağdat (2002)

Karar mahkamt alahval alşahsiye al murakım (5181/ahval şahsiye/2000),andur Ali Mohamm Kırbaşı, Musuat aldliya,alsnhuri yayınları, Bağdat (2002)

Karar mahkamt alahval alşahsiye,(1720/ahval şahsiye/2012), Undur Bilal Gazi Amin, alhedana fi kanun alahval alşahsiye al Iraki almuadal, alsenhuri yayınları, Arbil (2013).

Karar mahkamt alhaval alşahsiye almurakam (2312/ahval şahsiye/2012),andur Bakar

alhalili. (2014). Tatbikat kanun alahval alşahsiye almuadal, alirşad yayınları, Bağdat .

Karar Mahkeme Altemiyiz Almurakam, (11/hiat alahval alşahsiye ve almuad alşahsiye/2021) ve almanşur ala mauki, <https://iraqcas.e-sjc-services.iq/>

Karar Mahkeme Altemiyiz Almurakam, (12259/hiat alahval alşahsiye ve almuad alşahsiye/2023) ve almanşur ala mauki, <https://www.sjc.iq/qview.2792/>

Karar Mahkemet altemiyiz almurakim(1728/ahvalşahsiya/1995),andur İbrahim almişahdi. (1998). krarat kadiye ahval şahsiye,Matbit asd yayınları,Bağdat.

Karar mahkemt alahval alşahsiye almurakim(3933/ahval şahsiye/2011), andur Ebrahim Almişahdi(2009). almuhtar mn kadaı alahval alşahsiye, Jafar yayınları.

Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul(10080) du alrakam(10100/ alahval alşahsiye/2023),keyr manşur.

Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul(11) du alrakam(11/ alahval alşahsiye/2021),keyr manşur.

Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul(1161) du alrakam(1183/alahval alşahsiye/2022),ve almutvefer ala tatbk kanunçi.

Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul(1161) du alrakam(1183/alahval alşahsiye/2022),ve almutvefer ala tatbk kanunçi.

Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul(11673) du alrakam(11690/ alahval alşahsiye/2021),keyr manşur.

Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul(12775) du alrakam(12798/ alahval alşahsiye/2021),keyr manşur.

Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul(14023) du alrakam(13806/ alahval alşahsiye/2022),keyr manşur.

Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul(1465) du alrakam(750/ alahval alşahsiye/2017),keyr manşur.

Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul(1465) du alrakam(750/alahval alşahsiye/2017),ve almutvefer ala tatbk kanunçi.

Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul(153) du alrakam(111/ alahval alşahsiye/2022),ve almutvefer ala tatbk kanunçi.

Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul(16423) du alrakam(16398/ alahval alşahsiye/2022),keyr manşur.

Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul(16554) du alrakam(16535/ alahval alşahsiye/2022),ve almutufer ala tatbk kanunçi.

Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul(1701) du alrakam(629/alahval alşahsiye/2018),ve

almutvefer ala tatbk kanunçı.

Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul(3280) du alrakam(3406/ alahval alşahsiye/2022),keyr manşur.

Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul(3745) du alrakam(3649/alahval alşahsiye/2016),ve almutvefer ala tatbk kanunçı.

Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul(4676) du alrakam(4725/ alahval alşahsiye/2022),keyr manşur.

Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul(5503) du alrakam(4130/alahval alşahsiye/2018),ve almutvefer ala tatbk kanunçı.

Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul(6268) du alrakam(6261/alahval alşahsiye/2022),ve almutvefer ala tatbk kanunçı.

Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul(7511) du alrakam(7490/ alahval alşahsiye/2023),keyr manşur.

Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul(97) du alrakam(153/alahval alşahsiye/2019),ve almutvefer ala tatbk kanunçı.

Karar mahkımt alahval alşahsiye teslsul(97) du alrakam(153/alahval alşahsiye/2019),ve almutvefer ala tatbk kanunçı.

Karar taslsul (1005) ve almurakım (792/ahval şahsiye/2007), undur Raabia Mohammd Alzahai, alam dava alahval alşahsiye, altaba altaniya, alsenhuri yayınları,bağdat (2014)

Karar taslsul (1007) ve almurakım (802/ahval şahsiye/2007), undur Raabia Mohammd ALZAHAI. (2014). alam dava alahval alşahsiye, altaba altaniya, alsenhuri yayınları,bağdat.

KEİLANİ, SedAhmed. (2009). almbadi alkanuniye fi kada alahval alşahsiye, mukrarat alkada yayınları, Arbil.

KELLY, Joan B. / Çev. BİRİNCİ UZUN, Tuba, “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Anlamını

KEMAL, aldin Mohammed İbin Alhumam Alhanefi. (1939). Fetih Alkadir fi Şarih Alhidaye ,Aljuzi Althaalih, almaktebe altijarih alkubra ,mısır.

KILIÇOĞLU, Ahmet M. (2019). Aile Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi.

KİREMITÇİ, Müge. (2015). Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, Legal Yayıncılık, İstanbul.

KOÇHİSARLIOĞLU. (2004) Cem, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara.

KÖLE, Elif Naz. (2017). “Velayet Hakkına, Birlikte Velayet Kavramına, Velayet

Davalarında Çocuğun Dinlenilmesine Kısa Bir Bakış'', *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 91, S. 6, İstanbul, s. 141-157.

KÖPRÜLÜ, Bülent / KANETİ. (1989). Selim, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul.

KURT, Leyla Müjde. (2018). “Boşanma Durumunda Birlikte Velayet”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 2, s. 157-186.

LALE, İsmail / LALE, Ömer. (2009). Sözden Sonsuza Evlilikte Hukuksal İlişkiler, Adalet Yayınevi, Ankara.

LYNNE, Marie Kohm. (2008). Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence, *Journal of law & family studies*, Regent University - Faculty of Law.

MANDALOĞLU, Mehmet. (2204). “Eski Türklerde Çocuk Hukukunun Töreye Göre

MARY, Ann, Divorce and guard Encyclopedia of Children and Childhood in History and Society, Second Edition, library of congress, Printed in the United States of America.

MİCHAEL, Allison Chandler, More than 20 states in 2017 considered laws to promote joint custody of children after divorce, (Astrid Ricken / The Washington Post), p23, An article is available on the website, <https://www.washingtonpost.com/>

MOHAMAD, Amin Abn Abdin. (2002). Redalmhtar ala al dür almhuhhtar şerih tanuir alabsar, read dünya kitablari yayınları, Suudi Arabistan.

MOHAMAD, Semara. (2008). ahkam ve athar alzevac, altekafa yayınları, bağdat.

MOHAMAD, Ali suelim. (2006). şarih kanun alusra, almatbuat alcamıye yayınları,Eskindreye.

MOHAMAD, Arafa Aldosuki. (1974). Haşiyet Aldosuki, Aljuzi althaani, dar ahya alkutub alerabiih bollak yayınları, Mısr.

MOHAMAD, Hussein Mensur. (1983). Alnizam Alkanuni Lilusreh fi Alsharayie ghayr alasamih, Altabeuh alawlaa, Munshat Almaerif, Aliskandrih.

MOHAMAD, Jauad Megniye. (1987). Fıkıh Al imam Alsadık, Aljuzi Alkhamis, Altabeuh althaanih, Dar Aleilm Llmelayin,Beyrut.

MOHAMAD, Jawad Magniyet alfikih ala Almezahib Alkhemse, Mueseset Alsadık Liltibaeih Velneşir, Tahrani(2014)

MOHAMAD, Husin fedul alah. (2003). ahkam alşeria,almlak yayınları,Berut.

MUSTAFA, alsbayi. (1965). Şereh kanun al ahual al şahsiya al zavac wa enhilalho, Şam Üniversitesi Yayınları, Birinci Bölüm, Yedinci Baskı,şam.

NAIL, Ibrahim karakız. (1999). Atr alihhtlafat alıkihiye ve alıdrabat alnefsiye fi mesail alahval alşahsiye,dar alnfais yayınları,Ürdün.

- NEBİL, Abdulrahim heyauı. (2008). kanun alhval alşahsiye rakam 188 li sent 1959 almuadel,almektebe alkanune yayınları, Bağdat.
- NOMER, Ergin. (2018). Devletler Hususi Hukuku, 22. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul.
- NOMER, Haluk Nami / AKBULUT, Pakize Ezgi. (2016). Medeni Hukuka Giriş Dersleri Bölüm- I, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- ÖCAL APAYDIN, Bahar. (2016). ‘İsviçre Medeni Kanunu’nun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi’, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 145-146, s. 631-658.
- ORHUN, Murat. (2010). ‘‘Hitit Aile Hukuku ve Eski Hukuk Dönemi Roma Aile Hukuku’’, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 5, s. 35-55.
- ORTAYLI, İlber. (2018). Osmanlı Toplumunda Aile, 17. Baskı, Timaş Yayınları, İstanbul.
- ÖZBEY, Esin / DAYI, Munise / BÜLBÜL. (2003). Yasemin (Hazırlayanlar), ‘‘Yeni Medeni Yasanın Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler ve Uygulaması’’, Yeni Medeni Kanun’un Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler ve Uygulaması Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 6-7 Mart, Ankara, s. 1-229.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa / RUHİ / Cemal Ahmet. (2016). Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- ÖZDEMİR, Nevzat. (2003). Türk İsviçre Hukuku’nda Anlaşmalı Boşanma, Beta Yayınevi, İstanbul.
- ÖZLÜ. (2002). Hakkı Türk Medeni Kanunu’nda Velayetin Kaldırılması, Adil Yayınevi, Ankara.
- ÖZMEN, İsmail. (1999). Açıklamalı – İctihatlı Velayet – Nesep ve Evlat Edinme Davaları, Feryal Matbaası, Ankara.
- ÖZMEN, İsmail. (2004). Evlat Edinme Davaları, Kartal Yayınevi, Ankara 2004.
- ÖZTAN, Bilge. (2018). ‘‘Boşanmada Birlikte Velayet’’, İzmir Medeni Hukuk Günleri -II, Aile Hukuku Sempozyumu Bildiri Özetleri, s. 12-14. (Birlikte Velayet)
- ÖZTAN, Bilge. (1983). Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 474, Çağ Matbaası, Ankara.
- ÖZTAN, Bilge. (2015). Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015. (Aile Hukuku)
- ÖZTAN, Bilge. (2006). Türk Hukuku’nda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara. (Velayet Sorunu)
- ÖZTEKİN GELGEL, N. Günseli. ‘‘Türk Devletler Özel Hukukunda Velayet ve Vesayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Bazı Problemler’’, Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 35, S. 2, s. 107-138.

- ÖZTEKİN, GELGEL, Günseli. (2005). “Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler”, *İTİCÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 4, S. 8, s. 119-148.
- ÖZTÜRKMEN İCAN, Yeşim. (2015). Hâkimin Takdir Yetkisinin Velayete İlişkin Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Samsun.
- ÖZUĞUR, Ali İhsan. (2002). Velâyet – Vesayet – Soybağı ve Evlât Edinme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- PARTALCI, Rumeysa. (2014). Yabancı Devletlerden Alınan Velayet Kararlarının Tenfizi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- REYHANI YÜKSEL, Sera (2016). Velayet Hakkının Anayasal Sınırları, Legal Yayıncılık, İstanbul,
- RUHİ, Ahmet Cemal. (2014). “Türk Hukuku’nda Velayet ve Velayet ile İlgili Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 90, İstanbul 2014, s. 14-38.
- SABAH, Sadık Alanbari. (2008). Kanun alukubat rakam 111 lisent 1969 ve tedilathu,alsenhuri yayınları,Bağdat.
- SABAH, Sadik Jafar Alanbari. (2014). kanun reayt alhdeth vetedilathu,alkanun ve akda yayınları,Bağdat.
- SALAM, reduan almusewi. (2009). dirasat fi alkanun,albeine yayınları,Bağdat.
- SEMER, ukbi. (1986). alhadana fi alfikh alislami, almnar yayınları, mısır.
- ŞEMS, Aldin bin Mohammed Ahmed Alramli. (2003). niayt almuhtac ıla şereh alminhac,ikince baskı,dar alkutub alılmey yayınları,Berut.
- ŞEN, Bülent / Hasan Büker (Editör). (2014). “Çocuk ve Şiddet: Toplumsal Şiddetin Cenderesinde Çocuklar, Şiddetin Mağduru Olarak Çocuklar”, ‘Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu’ Samer Bilimsel Yayınlar Serisi, C. 1, İstanbul, s. 42-54.
- SERDAR, İlknur. (2008). “Birlikte Velayet”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, İzmir, s. 155-197.
- SEROZAN, Rona. (2017). Çocuk Hukuku, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- ŞİMŞEK, Canan. (2014). Türk Hukuku ve Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Boşanmanın Çocuklar Yönünden Hukuki Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk anabilim Dalı Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir.
- Supreme Court decision of the United States of America No. 530 US 57 (2000) in the case of Troxel v. Granville, <https://supreme.justia.com/>

- SÜZEN, Begüm. (2015). “Yabancı Mahkemelerden Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 133-134, İstanbul, s. 27- 52.
- TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin. (2005). Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul.
- TOKAT, Hüseyin. (2017). “Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 72, s. 523-575.
- USTA, Sevgi. (2016). Çocuk Hakları ve Velayet, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012. (Çocuk Hakları ve Velayet)USTA, Sevgi, Velayet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul. (Velayet Hukuku)
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet. (1965). Türk Medeni Hukuku C. 2 Aile Hukuku, 2. Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul.
- YILDIRIM, Abdulkerim. (2018). Türk Aile Hukuku, 2. Baskı, Monopol Yayınları, Ankara.
- YILMAZ, Canan, “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, *Milletlerarası Hukuk Bülteni*, C. 35, S. 1, s. 103-141.
- ZEVKLİLER, Aydın / ERTAŞ, Şeref / HAVUTÇU, Ayşe / ACABEY, M. Beşir / GÜRPINAR, Damla. (2018). Yeni Medeni Kanun’a Göre Medeni Hukuk, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.