

**Cilt: 23, Sayı: 38, Yıl: 2018**  
**Vol: 23, No: 38, Year: 2018**  
**ISSN: 1300-2929**

**DICLE ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
**Dicle University Journal of Law Faculty**

**DICLE ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ YAYINI**

Diyarbakır 2018

**DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
**(DÜHFD)**

**Dicle University Journal of Law Faculty**

<b>Derginin Sahibi</b>	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK (Dekan V.)
<b>Sorumlu Müdür</b>	: Nazime YÜCESOY (Fakülte Sekreteri)
<b>Yönetim Yeri</b>	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Diyarbakır
<b>Yayının Türü</b>	: Süreli Yayın / Hakemli Hukuk Dergisi
<b>ISSN</b>	: 1300-2929
<b>e-ISSN</b>	: 2458-7907

**Yayın Kurulu**

Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ	Doç. Dr. Ali AYLI
Doç. Dr. Nihat TAŞDELEN	Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU
Doç. Dr. M. Burak BULUTTEKİN	Dr. Öğr. Üyesi Mehmet KARAARSLAN


**Editörler**

Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU	Doç. Dr. M. Burak BULUTTEKİN
--------------------------	------------------------------

**Kurumsal İletişim Bilgileri**

<b>Adres</b>	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 21280 / Diyarbakır
<b>Tel</b>	: +90 412 2488357
<b>Fax</b>	: +90 412 2488358
<b>Url</b>	: <a href="http://www.dicle.edu.tr/hukuk-fakultesi-dergi">http://www.dicle.edu.tr/hukuk-fakultesi-dergi</a>
<b>E-Mail</b>	: <a href="mailto:hukukdergisi@dicle.edu.tr">hukukdergisi@dicle.edu.tr</a> / <a href="mailto:diclehukukdergisi@gmail.com">diclehukukdergisi@gmail.com</a>

<b>Dizgi</b>	: Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU
<b>Basım Yeri</b>	: Dicle Üniversitesi Basımevi - Diyarbakır
<b>Basım Yılı</b>	: Mayıs 2018

- DÜHFD yılda iki kez (Haziran ve Aralık) yayımlanan hakemli bir dergidir.
- Derginin amacı hukuk ve hukuk ile yakından bağlantılı konularda bilime katkı sunabilecek akademik çalışmalara yer vermektir.
- Derginin kapsamına hukuk veya hukuk ile yakından ilgili konularda yazılmış bilimsel çalışmalar dahildir.
- Derginin yayın dili Türkçedir. Ancak Türkçe özetine yer verilmek koşuluyla başka dillerdeki çalışmalara da yer verilmektedir.
- Makalelerden kaynaklanan sorumluluk yazarlara aittir.
- DÜHFD 2015 yılından itibaren TÜBİTAK ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
- DÜHFD  Hukuk Dergileri Veri Tabanında endekslenmektedir.

## DANIŞMA KURULU\*

- Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ (Bingöl Üniversitesi İİBF)  
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Ali ULUSOY (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Fazıl Hüsnü ERDEM (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Gürsel KAPLAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Hakan HAKERİ (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fak.)  
Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ (Dicle Üniversite Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fak.)  
Prof. Dr. Janbernd OEBBECKE (em.) (WWU Münster / Germany)  
Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (İstanbul Medeniyet Üniv. Hukuk Fak.)  
Prof. Dr. Mehmet AYAN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Merih Kemal OMAĞ (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fak.)  
Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK (Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Recep GÜLŐEN (İğdır Üniversitesi İİBF)  
Prof. Dr. Selim ERDOĞAN (İğdır Üniversitesi İİBF)  
Prof. Dr. Yasemin IŐIKTAÇ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Veysel BAŐPINAR (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Zehra Çeker ÖĞÜZ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Ali AYLİ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Cevat Gökhan ERBAŐ (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fak.)  
Doç. Dr. Ezeli AZARKAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Mehmet ÜÇER (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Murat KANDEMİR (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Nedim MERİÇ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Nihat TAŞDELEN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

---

\* Unvanlara ve alfabetik olarak isimlere göre sıralanmıştır.

Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Varol KARAASLAN (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Abdullah İSLAMOĞLU (İstanbul Üniv. Hukuk Fak.)  
Dr. Öğr. Üyesi Filiz YAVUZ İPEKYÜZ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fak.)  
Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Murat IŞIK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet KARAARSLAN (Dicle Üniv. Hukuk Fak.)  
Dr. Öğr. Üyesi Murat TÜMAY (İstanbul Medeniyet Üniv. Hukuk Fak.)  
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa KOÇAK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Necat AZARKAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Neşe BARAN ÇELİK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fak.)  
Dr. Öğr. Üyesi Ömer ERGÜN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Sadullah ÖZEL (Batman Üniversitesi İİBF)  
Dr. Öğr. Üyesi Songül ATAK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Vahap COŞKUN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YÖRDEM (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

# DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

## YAYIN İLKELERİ

1. Yayınlanmak üzere dergiye gönderilecek yazıların yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekir.
2. Yazıların ulusal ve uluslararası alanda geçerli araştırma ve yayım etiğine ilişkin kurullarla uyumlu olması gerekir.
3. Yazıların bilimsel standartlara uygun ve özgün olması gerekir. İntihal programları kullanılmak suretiyle veya başka bir şekilde intihale yer verdiği tespit edilen yazılar kabul edilmez.
4. Yazılar elektronik ortamda teslim edilmelidir.
5. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
6. Yazıların teslimi sırasında ayrıca yazının türü (makale, derleme, özet, editöre mektup, çeviri, karar incelemesi, kitap veya muhtelif eser kritiği, vaka takdimi, mevzuat incelemesi, araştırma notu, tez özeti vb.) hakkında da bilgi verilmelidir.
7. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve yayıma hazır olduğu kabul edilir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir. Bununla birlikte derginin dizgisinin yapıldığı tarihe kadar editörün uygun görüşü alınmak suretiyle yazılarda yeni bir hakem incelemesi gerektirmeyecek ve mevcut hakem raporlarıyla çelişmeyecek ufak çaplı değişiklikler yapılabilir.
8. Yayın Kurulunca ilk incelemesi yapılan yazılar değerlendirilmek üzere hakemlere gönderilir. Yazılar farklı kurumlardan olmak üzere en az iki hakem incelemesine tabi tutulur. Hakemlerden en az biri fakülte dışından seçilir. Hakemler yazıların yayımlanması, yayımlanmasının uygun olmadığı veya düzeltilerek yayımlanması yönünde görüş bildirebilirler. Her iki hakemin de olumsuz görüş bildirmesi halinde yazıların yayım talebi reddedilir. İki hakemden birinin olumlu diğerinin olumsuz görüş bildirmesi halinde, ilgili yazı talep üzerine veya re'sen üçüncü bir hakeme gönderilebilir ve üçüncü hakem raporuna göre işlem yapılabilir. Hakemlerden birinin olumsuz görüş bildirmesi halinde editör görüşüne göre de hareket edilebilir. Yazarlar hakem süreçlerinden en kısa sürede haberdar edilir.

9. Yazım yanlışlarının olanağın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerinin uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Kurulu başka sebeplerle de bir yazının yayımlanması talebini reddedebilir. Hakem incelemesinin olumlu bir şekilde sonuçlanmış olması yazara yayım hakkı vermez.
10. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi bu konuda herhangi bir mesuliyet kabul etmez.
11. Yayına kabul edilen eserlerin telif hakkı Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlara telif ücreti veya başka bir isim altında herhangi bir ödeme yapılmaz.

# DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

## MAKALE YAZIM KURALLARI

1. Yazıların “Times New Roman” karakterinde, ana metnin tek satır aralığında ve 11 punto olarak, dipnot metninin 10 punto olarak hazırlanması gerekir.
2. Yazılar hem yazı dilinde hem de İngilizce, Almanca veya Fransızca gibi dillerde hazırlanmış bir “Öz” kısmına yer vermelidir. Ayrıca “Öz” kısmından hemen sonra gelmek üzere hem yazı dilinde hem de ilgili yabancı dilde en az beş anahtar kelimeye ve yazının ilgili yabancı dildeki başlığına da yer vermelidir. “Öz”ün ve “Öz”ün yabancı dildeki tercümesinin her biri 400 kelimeyi geçmemelidir. Türkçeden başka bir dilde yazılan yazıların Türkçe “Öz”üne yer verilmesi zorunludur.
3. Yazının sistematığı aşağıdaki şekilde olmalıdır.

### BAŞLIK

(Bu başlık altında öz ve anahtar kelimelere yer verilecektir.)

### YABANCI DİLDEKİ BAŞLIK

(Burada yabancı dilde öz ve anahtar kelimelere yer verilecektir.)

I. GİRİŞ (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacaktır.)

II. ...

A. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

B. ...

1. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

2. ...

a. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

b. ...

III. ... (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacaktır.)

IV. SONUÇ (Sonuç başlığına da **numara verilmelidir.**)

KAYNAKÇA (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacak ve başlığa **numara verilmeyecektir.**)

4. Kaynakça kısmında önce büyük harflerle yazarın soyadına, sonra adına yer verilmeli, iki nokta üst üste işaretinden sonra da esere ilişkin bilgiler yazılmalıdır. Kaynakçada yer verilen her eser veya kaynak sonra nokta işareti (.) ile sonlandırılmalıdır. Kaynakçanın ilk satırı soldan başlatılmalı, devam eden satırlar 1,25 cm içerden (sağdan) başlatılmalıdır.

MEHMETOĞLU, Ahmet: Anayasa Hukuku, 25. Baskı, Anayasa Yayınevi, Ankara 2015. **(Kitap örneği)**

MEHMETOĞLU, Ahmet: Anayasa Hukukunda Normlar Hiyerarşisi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 32, Yıl: 2015, s. 1 - 33. **(Makale örneği)**

5. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi ve tüm dipnotların mutlaka nokta işareti (.) ile sonlandırılması gerekir.
6. Editörden onay alınan haller hariç olmak üzere yayımlanmak üzere gönderilen yazıların kural olarak 30 sayfayı geçmemesi gerekir.



## DERGİNİN GEÇMİŞİ

### (ARŐIV)

Cilt: 1	Sayı: 1	Yıl: 1983
Cilt: 2	Sayı: 2	Yıl: 1984
Cilt: 3	Sayı: 3	Yıl: 1985
Cilt: 4	Sayı: 4	Yıl: 1988
Cilt: 5	Sayı: 5	Yıl: 1992
Cilt: 6	Sayı: 6	Yıl: 1993
Cilt: 7	Sayı: 7	Yıl: 2003
Cilt: 8-9	Sayı: 8-9-10-11	Yıl: 2003-2004
Cilt: 10-11	Sayı: 12-13-14-15	Yıl: 2005-2006
Cilt: 12-13	Sayı: 16-17-18-19	Yıl: 2007-2008
Cilt: 14	Sayı: 20-21	Yıl: 2009
Cilt: 15-16	Sayı: 22-23-24-25	Yıl: 2010-2011
Cilt: 17-18	Sayı: 26-27-28-29	Yıl: 2012-2013
Cilt: 19	Sayı: 30-31	Yıl: 2014
Cilt: 20	Sayı: 32	Yıl: 2015
Cilt: 20	Sayı: 33	Yıl: 2015
Cilt: 21	Sayı: 34	Yıl: 2016
Cilt: 21	Sayı: 35	Yıl: 2016
Cilt: 22	Sayı: 36	Yıl: 2017
Cilt: 22	Sayı: 37	Yıl: 2017
Cilt: 23	Sayı: 38	Yıl: 2018

**NOT:** DÜHFD 32. sayıya kadar 1303-9105 ISSN numarasıyla, 33. ve sonraki sayılarda ise 1300-2929 ISSN numarasıyla yayımlanmıştır.



# İÇİNDEKİLER

## MAKALELER

### KAMU HUKUKU

**Doç. Dr. Ezeli AZARKAN / Arş. Gör. Ekrem BENZER**  
BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ENGELLİ KİŞİLERİN HAKLARINA  
DAİR SÖZLEŞME VE TÜRKİYE'DE ENGELLİ HAKLARI.....3

**Dr. Öğr. Üyesi Ahmet KILINÇ**  
ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇUNUN 17'NCİ YÜZYIL  
İSTANBUL'UNDAKİ GÖRÜNÜMÜ .....31

**Dr. Öğr. Üyesi Mustafa KOÇAK**  
SELF DETERMİNASYON HAKKI VE SELF DETERMİNASYON  
HAKKI TEORİLERİ.....85

**Dr. Öğr. Üyesi Tolga CANDAN**  
TÜRKİYE-AB ORTAKLIK HUKUKUNDA SON GELİŞMELER:  
ABAD'IN C-65/16 SAYILI "İSTANBUL LOJİSTİK LTD."  
KARARI HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME ..... 149

**Arş. Gör. Ayşe Aşlı YÜCESOY**  
İPTAL DAVALARI BAĞLAMINDA DOLAYLI VE KİŞİSEL  
MENFAAT ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME ..... 173

**Arş. Gör. Mehmet Nuri GÜZEL**  
ANTİK DEMOKRASİ VE MODERN DEMOKRASİ  
KAVRAMLARININ KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİ  
ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ.....205

## CONTENTS

### ARTICLES

#### COMMON LAW

- Assoc. Prof. Ezeli AZARKAN / Res. Asst. Ekrem BENZER**  
THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF  
PERSONS WITH DISABILITIES AND DISABILITY RIGHTS IN  
TURKEY ..... 4
- Asst. Prof. Ahmet KILINÇ**  
VIEW OF THE ABORTION CRIME IN 17TH CENTURY'S  
ISTANBUL ..... 32
- Asst. Prof. Mustafa KOÇAK**  
RIGHT TO SELF DETERMINATION AND THEORIES OF  
RIGHT TO SELF DETERMINATION..... 86
- Asst. Prof. Tolga CANDAN**  
THE LATEST DEVELOPMENTS IN EU-TURKEY  
ASSOCIATION LAW: REVIEW OF “ISTANBUL LOJISTIK  
LTD., JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE  
IN CASE C-65/16..... 150
- Res. Asst. Ayşe Aslı YÜCESOY**  
AN EVALUATION ON THE CONCEPT OF INDIRECT AND  
PERSONAL INTEREST IN THE CONTEXT OF ANNULMENT  
ACTION ..... 174
- Res. Asst. Mehmet Nuri GÜZEL**  
THE ASSESSMENT OF THE CONCEPT OF ANCIENT  
DEMOCRACY AND MODERN DEMOCRACY IN TERMS OF  
PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS..... 206

**KAMU HUKUKU**



## BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ENGELLİ KİŞİLERİN HAKLARINA DAİR SÖZLEŞME VE TÜRKİYE'DE ENGELLİ HAKLARI

Ezeli AZARKAN\*  
Ekrem BENZER\*\*

### ÖZ

Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına Dair Uluslararası Sözleşme engelli bireylere eşitlik, haysiyet, özerklik ve topluma tam katılım tanıyan ilk kapsamlı sözleşmedir. Sözleşme 21'inci yüzyılın ilk insan hakları belgesi olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle Sözleşme büyük bir öneme sahiptir.

Türkiye Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmesine taraf olduktan sonra engellilere ilişkin birçok yasal düzenleme yapmıştır. Bu makale Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına

---

\* Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: [ezarkan@gmail.com](mailto:ezarkan@gmail.com), ORCID ID: 0000-0003-3243-1924.

\*\* Arş. Gör., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: [av.ekrmbnzs@gmail.com](mailto:av.ekrmbnzs@gmail.com), ORCID ID: 0000-0002-3261-6227.

Makalenin Gönderim Tarihi : 19.02.2018.

Makalenin Kabul Tarihi : 15.03.2018.

Dair Uluslararası Sözleşmesini genel olarak değerlendirmekte ve Türkiye’deki engelli haklarında gelinen noktayı göstermeyi amaçlamaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Birleşmiş Milletler, engelli kişiler, Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına Dair Uluslararası Sözleşme, insan hakları belgesi, Türkiye’de engelli hakları.

## THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES AND DISABILITY RIGHTS IN TURKEY

### ABSTRACT

United Nations Convention on the Rights of People with Disabilities is the first comprehensive treaty establishing the right of people with all types of disabilities to equality, dignity, autonomy, and full participation in society. The Convention is regarded as the first human rights document of the 21st century. Therefore, the Convention has a great importance.

After Turkey is a party to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, It has made many regulations regarding the disabled persons. This article studies to display a general evaluation of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and aims to demonstrate the current stage reached regarding the rights of persons with disabilities in Turkey.

**Keywords:** United Nations, disabled peoples, United Nations International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, human rights document, disability rights in Turkey.

### I. GİRİŞ

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 1981 yılında aldığı kararla bu yılı Uluslararası Engelliler Yılı olarak kabul etmiştir. 1981 yılında atılan bu önemli adımı Dünya Eylem Planının Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilmesi takip etmiştir.<sup>1</sup> Hazırlanma sürecine 2001 yılında başlanan

---

<sup>1</sup> Eylem planı için bkz., <http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r053.htm>, (Erişim Tarihi: 11.10.2017).



Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına Dair Uluslararası Sözleşme 2006 Tarihinde tamamlanmıştır.<sup>2</sup>

Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına Dair Uluslararası Sözleşme, 3 Mayıs 2008 tarihinde yirmi devletin taraf olmasından otuz gün sonra yürürlüğe girmiştir.<sup>3</sup> Türkiye ise söz konusu Sözleşmeye 18.12.2008 tarih ve 27084 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan, 5825 sayılı “Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” ile 03.12.2008 tarihinde taraf olmuştur.<sup>4</sup> Ayrıca Sözleşme'nin Ek İhtiyari Protokolü de 03.12.2014 tarih ve 6574 sayılı Kanun ile onaylanmıştır.<sup>5</sup>

Bu makalemizde Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına Dair Uluslararası Sözleşme incelenerek, Türkiye’de, bu sözleşmeye taraf olunmasından sonra engellilere ilişkin yapılan yasal düzenlemeler ve uygulamalarına değinilecektir.

## **II. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ENGELLİ KİŞİLERİN HAKLARINA DAİR ULUSLARARASI SÖZLEŞMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına Dair Uluslararası Sözleşme (Sözleşme) 21’inci yüzyılın ilk insan hakları belgesi olarak kabul edilmektedir. Sözleşmeyle engelli bireylerin toplumsal hayata katılımlarının ve ayrımcılık konusunda korunmalarının sağlanması, topluma sunulan hizmetlerin engelliler için erişilebilir kılınması hususlarında taraf devletlere yükümlülükler getirilmiştir.<sup>6</sup>

Sözleşme, elli maddeden oluşmaktadır. Sözleşmenin bu maddelerinde gerek kişisel gerekse sosyal ve siyasal birçok hak sözleşmede kendine yer bulmuştur. Sözleşme maddelerini genel olarak

<sup>2</sup> Sözleşme'nin tam metni için bkz. <https://treaties.un.org/Pages/Home.aspx>, (Erişim Tarihi: 11.10.2017).

<sup>3</sup> Engelli Kişilerin Hakları Komitesi'nin Raporlama Süreçleri ve Sivil Toplum Örgütleri'nin Katılımı, s. 10, <http://ozevvakfi.org>, (Erişim Tarihi: 11.10.2017).

<sup>4</sup> Ünal, Karşılaştırılmalı Hukuk Işığında Sosyal Güvenlik Hukukunda Özürlüler ve Yeni Yaklaşımlar Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, s. 138.

<sup>5</sup> Erten / Aktel, Ulusal Program ve düzenli İlerleme Raporları Çerçevesinde Türkiye'nin Engelli Politikaları, s. 1278.

<sup>6</sup> Kaya, Engelli İnsanın Hakları, s. 37.

değerlendirecek olursak; Sözleşme’nin 1’inci ve 2’nci maddeleri genel ve açıklayıcı ifadeler içeren hükümlerdir. Bu hükümlerle sözleşmenin diğer maddelerinde geçen ifadelerle tanımlama getirilmiştir. 3’üncü maddeden 9’uncu maddeye kadar olan kısımlardaki düzenlemeler sözleşmenin ana fikri denebilecek mahiyetteki hükümleri barındırmaktadır. 10’uncu maddeden 31’inci maddeye kadar olan hükümleri ise; taraf devletlerin yükümlülüklerini, engelli kişilerle ilgili ekonomik, sosyal ve siyasal hakları düzenlemektedir. Sözleşme maddeleri incelendiğinde sayılan haklar arasında kategorik olarak düzenleme yoluna gidilmediği görülecektir. Son olarak diğer hükümler, sözleşmenin uygulanma şartları, sözleşmeye taraf olan devletlerin izlenilmesi, Engelli Hakları Komitesi oluşturulması ile ilgilidir.<sup>7</sup>

Sözleşme’de engellilik kavramı; herhangi bir engele sahip olmayan bireylerle eşit şartlar altında sosyal hayata tamamen ve etkili bir yolla katılmaları ve sosyal hayata uyumlu olma konusunda engel teşkil eden, uzun süreli sayılabilecek bir bozukluğu bulunan kişileri kapsamaktadır. Sözleşmede geçen sürenin ne kadar olduğu konusunda herhangi bir açıklama yoktur. Tanımdan da açıkça anlaşılacağı üzere engellilik kavramı sadece fiziksel ya da zihinsel bozuklukları değil, bunun yanında düşünsel ve algısal bozuklukları da kapsam altına almış ve böylece engellilik kavramı genişletilmeye çalışılmıştır.<sup>8</sup> Sözleşme hükümlerinden çıkan başka bir sonuç da uluslararası düzenlemelerde genel anlamıyla geçerliliğini yitirmeye başlayan salt “medikal” yaklaşımdan sıyrılma yoluna gidildiğidir. Medikal yaklaşım engelliliği sırf sağlık sorunu bağlamında değerlendirdiğinden bu yönüyle eksik kalmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü ve Birleşmiş Milletler’in geçmiş dönem belgeleri, engelliliğin tanıma ilişkin olarak çoğu zaman bu ve benzeri yaklaşımlardan etkilenecek oluşturulmuştur. Son dönemlerde uluslararası metinlerdeki engelliliğin tanımı sadece “medikal model”<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Lawson, Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Genel Bir Bakış Ve Taraf Devletlerin Yükümlülükleri, s. 22.

<sup>8</sup> Schulze, Understanding The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, s. 25.

<sup>9</sup> Engellik tanımlanırken temel alınabilecek bazı modeller söz konusudur. Bu modeller: medikal model, sosyal model, profesyonel model, hayırseverlik model, ahlaki model, kanuna uygun model, güçlendirici model olarak sayılabilecektir. Bu modellerin her biri ayrı ayrı özellikler arz etmekte hiç birisi tek başına engelli sorunlarını çözümünde yeterli olmamaktadır. Bkz., Özmete, Haklar Temelinde Engellilik Modelleri ve Sosyal Hizmet s. 14,

veya sadece “sosyal model” yaklaşımları göz önünde bulundurularak yapılmamakta bunun yerine yeni yaklaşım tarzlarının oluşturulmaya çalışıldığı görülmektedir.<sup>10</sup>

Sözleşme’ye göre; sözleşmenin amacı: Engelli bireylerin, diğer bireylerle herhangi bir ayırım olmaksızın, tüm temel insan hakları ve özgürlüklerinden eksiksiz şekilde ve tam bir eşitliğe uyarak yararlanmasını desteklemek, garanti altına almak ve her insanın doğuştan sahip olduğu onuruna saygıyı daha ileri bir düzeye taşımaktır. Bu eşitlik düşüncesi aslında sözleşmenin tümüne sirayet etmiş durumdadır. Sözleşme yeni hak oluşturma yoluna gitmemiştir. Sözleşme’de asıl amaç engelli bireylerin de diğer bireylerle eşit haklara sahip olduklarını beyan etmek ve taraf devletler tarafından bu eşitliğin sağlanmasının garanti altına alınmasına ön ayak olmaktır. Sözleşme metninden de anlaşılacağı üzere 1’inci madde ile taraflara bazı yükümlülükler getirilmiştir. Böylece engellilerin, temel haklardan tam ve eşit olarak yararlanmaları sağlanmakla kalınmayacak bunun yanında bu hakların teminat altına alınması ve insan onuruna saygının da artırılması garanti altına alınacaktır.<sup>11</sup>

Sözleşme’nin 3’üncü maddesinde genel ilkeler düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde; her engelli bireyin kendi seçimini yapabileceği özgürlüğü, bireylerin onurunu ve kişisel tercihlerine saygı gösterilmesi (sahip oldukları özgürlüklerini de kapsayıcı şekilde), engelli bireylere ayrımcılık yapılmaması, engellilerin kişilerin sosyal hayata tamamen ve aktif şekilde katılımlarının sağlanması, farklı tutum, inanış vb. saygı gösterilmesini talep etmesi ve engelli kişilerin insanlığın temel ve vazgeçilmez bir unsuru oldukları, birbirlerinin ve diğer kişilerin kişilik haklarına saygılı olmaları gerekliliği açıkça belirtilmiş ve engelli kişilerin sahip oldukları haklarının ilkesel özellikleri böylece belirlenmeye çalışılmıştır.<sup>12</sup> İnsan hakları temelli yaklaşımda en önemli argümanlardan olan insan onuru, bu yönüyle Sözleşme metnini oluşturan temel

---

[https://www.academia.edu/4819805/Haklar\\_Temelinde\\_Engellilik\\_Modeleri\\_ve\\_Sosyal\\_Hizmet](https://www.academia.edu/4819805/Haklar_Temelinde_Engellilik_Modeleri_ve_Sosyal_Hizmet), (Erişim Tarihi: 11.02.2017).

<sup>10</sup> Çelik, Onuncu Yılında Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme Ruhu, s. 227.

<sup>11</sup> Lawson, Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Genel Bir Bakış Ve Taraf Devletlerin Yükümlülükleri, s. 20.

<sup>12</sup> Lawson, The United Nations Convention On The Rights Of Persons With Disabilities: New Era Or False Dawn?, s. 595.

kavramlardan biridir. Sözleşmenin yapısı incelendiğinde görülecektir ki engelli bireylerin birer merhamet nesnesi olarak değil asıl hak sahibi öznel oldukları kabul edilmiştir. Bu yönüyle insan onuru kavramı sözleşmede önemli bir yere sahiptir.<sup>13</sup> Sözleşme’de “Eşitlik” kavramının üç şekilde karşımıza çıktığını görmekteyiz. Bunlar; hukuki ehliyet sahibi olma durumu, sahip olunan hukuk ehliyetinin kullanılmasının sağlanması ve hukuk karşısında eşit korumadan faydalanma durumunun garanti altına alınmasıdır.<sup>14</sup>

Sözleşme’nin 4’üncü maddesi, sözleşmeye taraf devletlere bazı yükümler yüklemektedir. Buna göre; sözleşmeyi imzalayan devletler, engellilik temelli herhangi bir ayrıma maruz kalınmasının önüne geçerek, tüm engelli bireylerin sahip oldukları temel insan hak ve özgürlüklerinin herhangi bir eksik uygulama olmaksızın hayata geçirilmesini sağlamalı ve engelli bireylerin sahip oldukları özgürlükleri koruyarak daha ileri seviyeye taşımalıdır. Bu amaçların gerçekleştirilmesi için gerekli idari ve diğer önlemler alınmalıdır. 4’üncü maddenin son fıkrasına göre ise taraflardan birinin federal devlet olması halinde dahi sözleşme devletin her bölgesinde herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın uygulanmalıdır. Bu şekilde federatif yönetimlerde farklı ve/veya kısıtlayıcı düzenlemelerin önüne geçilmeye çalışılmıştır.<sup>15</sup> Ayrımcılık yapılmaması gerektiği noktasındaki taraf devletlere yüklenmiş olan yükümlülük, sözleşmenin birçok maddesinde geçen eşit katılım (taraf devletlerin farkındalık yaratma görevine ilişkin 8. madde, adalete erişimi sağlayan 13. madde, kişisel hareketliliği sağlayan 20. madde gibi.) durumundan bağımsız olarak da düşünülemeyecektir.<sup>16</sup>

Sözleşme’nin 5’inci maddesi, ayrımcılık yapılmaması ve eşitliğin sağlanması amacıyla konulmuş bir hükümdür. Bu düzenlemeyle; sözleşme tarafı devletler her insanın eşit olduğunu ve kimseye ayrımcılık yapılmaması gerektiğini garanti altına almaya çalışırlar. Madde metninde geçen ayrımcılık ifadesi, şüphesiz ki engellilik temelli ayrımcılığı da kapsamaktadır. İlgili devletler tarafından engelli kişilerin faydasına

---

<sup>13</sup> Çelik, Onuncu Yılında Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme Ruhu, s. 232.

<sup>14</sup> Çelik, Onuncu Yılında Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme Ruhu, s. 237.

<sup>15</sup> Lawson, The United Nations Convention On The Rights Of Persons With Disabilities: New Era Or False Dawn?, s. 596.

<sup>16</sup> Çelik, Onuncu Yılında Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme Ruhu, s. 234.

olarak gerçekleştirilecek pozitif uygulamalar ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmez ve bu gerekçeyle iptal edilemez. Aksine pozitif ayrımcılık uygulamaların arttırılması teşvik edilir. Dolayısıyla eşitliğin sağlanması ve bu eşitlik sağlanmaya çalışılırken engellilere yönelik, pozitif ayrımcılık olarak nitelendirilebilecek uygulamaların bu Sözleşme hükümlerine aykırılık teşkil etmeyeceği açıkça belirtilmiştir.<sup>17</sup> Sözleşme metninde geçen eşitlikten kastın katı bir eşitlik anlayışı olmadığı kesindir. Eğer katı bir eşitlik anlayışı olsaydı, aynı tip hareketin her engellide aynı sonucu doğurabileceği ve bazı engelli bireylerin kendini hemen her durumda dezavantajlı konumda düşüneceği için ayrımcılık durumu ortaya çıkabilirdi.<sup>18</sup>

Sözleşme'nin 6'ncı ve 7'nci maddelerinde, engelli kadın ve engelli çocuklara ilişkin olarak taraf devletlere bazı yükümlülükler getirilmektedir. Yine bu maddelerde de pozitif ayrımcılık vurgulanmış ve gerekliliği belirtilmiştir.

Antlaşmanın 7'nci maddesinde engelli çocuklara ilişkin olarak pozitif ayrımcılık yapılması gerekliliği vurgulanmıştır. İlgili madde uyarınca, herhangi bir engele sahip çocuklarla ilgili olarak gerçekleştirilecek bütün işlerde engelli çocuğun menfaati gözetilir. Bunun yanında taraf devletler, engele sahip çocukların kendilerini alakadar eden meselerde diğer çocuklarla eşit şartlar altında fikirlerini özgürce söyleme haklarını garanti altına alır. Sözleşme'de, engelli çocukların yaşları ve algılama oranları göz önünde bulundurularak, sahip oldukları olgunluğa göre fikirlerinin önemsenmesi ve bunun yanında haklarının etkin şekilde kullanılmasının sağlanması gerekliliği vurgulanmaktadır.<sup>19</sup>

Sözleşme'nin 8'inci maddesi bilinçlendirme başlığı altında düzenlenmiştir. Maddede; aile bireyleri de dâhil olmak üzere toplumun tüm fertlerine yönelik bilgi birikimini artırma, bununla birlikte engelli kişilerin haklarını ve her insan gibi sırf insan olmak dolayısıyla sahip olunan onurlarına saygı duyulmasını her türlü yolla destekleme gerekliliği; yine sosyal hayatın neredeyse tüm alanlarında engelli kişilere karşı var olan tabular, önyargılar, kırıcı yaklaşımlar ve cinsiyet temelli ya da yaş kaynaklı ayrımcı davranışlarla mücadele etme gerekliliği de

<sup>17</sup> Kaya, Engelli İnsanın Hakları, s. 18.

<sup>18</sup> Çelik, Onuncu Yılında Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme Ruhü, s. 236.

<sup>19</sup> BM Engelli Kişilerin Haklarına Dair Uluslararası Sözleşme, <http://www.ohchr.org/EN/Pages/Home.aspx>, (Erişim Tarihi: 10.11.2017).

vurgulamıştır. Bununla birlikte aynı maddenin 2’nci fıkrasında bilinçlendirmeye yönelik tedbirlerin neleri kapsadığı açıklamıştır. Hükmün son cümlesinde ise tüm fıkraları kapsayacak şekilde, engelli bireylerinin haklarını daha iyi öğrenebilmeleri için eğitim ve öğretime azami önem verilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>20</sup>

Sözleşmenin 9’uncu maddesinde engelli bireylerin sahip olduğu haklardan biri olarak kabul edilen erişilebilirlik hakkı düzenlemiştir. Bu hükmün düzenleniş biçiminden yola çıkarak “Erişilebilirlik” kavramının içerisini doldurmak yerinde olacaktır. Taraf devletler, engelli kişilerin, tek başlarına yaşamlarını idame ettirmelerini ve hayatın tüm alanlarında aktif bir şekilde rol almalarını sağlamakla sorumludurlar. Bu alanların içerisinde fiziki çevre, bilgiye ulaşım, teknolojik gelişmelere ulaşım yer almaktadır. Bu bağlamda erişilebilirlik hakkı; engelli kişilerin tek başlarına yaşayabilmelerini, hayatın her alanına aktif bir şekilde katılmalarını garanti altına alan bir haktır. Netice olarak engelli olmayan diğer kişilerle aynı şartlarda ve tüm ilgili oldukları alanlara müdahil olabilmelerinin bütünü erişilebilirlik hakkı içerisindedir.<sup>21</sup> 9’uncu maddenin devamında ise erişilebilirliğin kapsamı somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Yapılar, yollar, eğitim mekânları, haneler, sağlık hizmeti sunan binalar, çalışma alanları dâhil olmak üzere kapalı ve açık alanlar, teknolojik hizmetler ve acil durum özelliği taşıyan alanları da kapsamak üzere informatik ve iletişime dayalı araçlar birer birer sayılmış ve konunun alanı bu yolla genişletilmeye çalışılmıştır.<sup>22</sup>

Sözleşme’nin 9’uncu maddenin 2’nci fıkrasında taraf devletlere erişilebilirliğin daha etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanabilmesi için bazı ödevler verilmiştir. Özellikle şu konular üzerinde durulmuştur: Kamunun tümünün yararlandığı alanlarda ya da kamu hizmetinin sürdürülmesi için yapılan tesislerde hizmet ve istenilene erişim için temel bir düzey belirlenmeli, bu temel düzey kuralları gerekli yollarla

---

<sup>20</sup> BM Engelli Kişilerin Haklarına Dair Uluslararası Sözleşme <http://www.ohchr.org/EN/Pages/Home.aspx>, (Erişim Tarihi: 10.11.2017).

<sup>21</sup> Çağlar, Engellilerin Erişilebilirlik Hakkı ve Türkiye’de Erişilebilirlikleri, s. 547.

<sup>22</sup> Çağlar, Engellilerin Erişilebilirlik Hakkı ve Türkiye’de Erişilebilirlikleri, s. 548.

duyurulmalıdır. Kamu yararına hizmetler yürüten diğer kurumlar için de sayılan kurallar geçerli olmalıdır.<sup>23</sup>

Sözleşme'nin 10'uncu maddesinde yaşam hakkı düzenlenmiştir. Buna göre yaşam hakkının tüm engelli bireyler için tanınmasının yanında tarafların bu hakkın etkin bir şekilde kullanımını sağlaması gerektiği de açıkça belirtilmiştir.<sup>24</sup>

Sözleşme'nin 11'inci maddesi "Risk Durumları Ve İnsani Bakımdan Acil Durumlar" başlığını taşımaktadır. İlgili devletler olası silahlı mücadele durumlarında, acil insani durumlarda ve doğal afetler de dâhil olmak üzere risk durumlarında engellileri koruma altına almalı ve güvenliklerinin temin edilmesi amacıyla insani hukuk ve milletlerarası insan hakları hukukuna uygun olmak üzere tüm yükümlülüklerini yerine getirmelidirler.

Sözleşme'nin 12'nci maddesinde kendisine düzenleme alanı bulan "Yasa Önünde Eşitlik" hükmü ile detaylı bir şekilde engellilerin diğer bireylerden farklı uygulamalara maruz kalmaksızın eşitliklerinin sağlanması amaçlanmıştır. Sözleşmenin orijinal metninde geçen "Hak" ifadesinin (Legal Capacity) hem hak ehliyetini hem de fiili ehliyetini kapsayıcı nitelikte kullanıldığı aşikârdır.<sup>25</sup> Açık ki; Sözleşme ile engelli kişiler etkin birer hak süjesi olarak kabul edilmiştir.<sup>26</sup> Hükmün devamında bireylerin sahip oldukları hukuki ehliyetlerin kullanımında desteklenmeleri için gerekli tedbirin alınması gerektiği vurgulanmıştır. Alınacak bu tedbirler kişilerin irade, hak ve tercihlerine uygun olmalı ve bu tedbirler orantılı olmalı bunun yanında alınan tedbirlerin kısa süre içerisinde uygulanabilirliği sağlanmalıdır.<sup>27</sup>

Anlaşmanın 13'üncü maddesi "Adalete Erişim" başlığını taşımaktadır. Taraf devletler; engelli kişilerin, diğer kişilerle aynı koşullar altında ve aktif bir şekilde adalete erişimini sağlamalıdır. Adalete

---

<sup>23</sup> Çağlar, Engellilerin Erişilebilirlik Hakkı ve Türkiye'de Erişilebilirlikleri, s. 549.

<sup>24</sup> Lawson, Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Genel Bir Bakış ve Taraf Devletlerin Yükümlülükleri, s. 21.

<sup>25</sup> Dhanda, Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Strangelehold of the past or Lodestar for the Future, s. 453.

<sup>26</sup> Dhanda, Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Strangelehold of the Past or Lodestar for the Future, s. 429.

<sup>27</sup> Çelik, Onuncu Yılında Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme Ruhu, s. 238.

erişimin sağlanabilmesi için usule ve yasaya uygun düzenlemeler yapılmalı ve soruşturma ve diğer hazırlık aşamaları ve tanıklık dâhil tüm hukuki işlemlere doğrudan ve dolaylı katılımları kolaylaştırılmalıdır. 13’üncü maddenin ikinci fıkrasına göre ise; taraf devletler; polis ve gardiyan da dâhil olmak üzere adalet alanında çalışan tüm personelin eğitimlerini sağlamalı, bu kişileri engelli hakları konusunda bilinçlendirmelidir.<sup>28</sup>

Sözleşme’nin 14’üncü maddesi “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği” başlığını taşımaktadır. Bu maddesinin ikinci fıkrasına göre, engelli kişiler eğer herhangi bir sebeple özgürlüklerinden mahrum edildiyse, bunun diğer bireylerle eşit koşullar altında yapılması gerekmektedir. Engellilerin milletlerarası insan hakları hukukuna dayanan güvenceleri sağlanmalı ve olağan düzenlemeye uygun önlemler alınmalıdır.<sup>29</sup>

Sözleşme’nin, “İşkence, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Maruz Kalmama” başlıklı 15’inci maddesine göre; hiç kimseye işkence veya zalimane muamele yapılmamalı, hiç kimse insan onuruna yakışmayan tarzda küçük düşürücü hareketlere veya bu minvaldeki herhangi bir ceza yaptırımına tabi tutulmamalıdır. Hükmün devamında ise yine hiç kimsenin rızası hilafında tıbbi ya da bilimsel herhangi bir çalışmaya maruz bırakılmamaları gerektiği vurgulanmıştır. Taraf devletler, engelli bireylerin işkence, aşağılayıcı muamele vb. karşı diğer kişilerle eşit şartlar altında korunmalarını garanti altına almak için kendi ülkelerindeki gerekli mevzuatta değişiklik yapmalıdır. Yasal düzenlemelerin yanı sıra idari ve yargısal konularda da eşit muameleyi sağlamak sözleşmeyi imzalayan devletlerin sorumluluğu altındadır.

Sözleşme’nin 16’ncı maddesinde kendine düzenleme alanı bulan bir diğer hak ise “Sömürü, Şiddet veya İstismara Maruz Kalmama” hakkıdır. Bu hükümle sözleşmeyi imzalan devletlere bir yükümlülük daha getirilmiştir. Sözleşmeyi kabul eden devletler engelli kişilerin bireysel yaşam sahalarında herhangi bir istismar, kötü muamele ve tacize karşı gerekebilecek bütün önlemleri almak zorundadırlar.<sup>30</sup>

Sözleşme’nin 16’ncı maddesinin ikinci fıkrasına göre sözleşmeyi imzalayan devletler engelli bireylere, onların ailelerine, bakımlarıyla ilgilenen diğer fertlere gerekli ve yeterli yardımı yapmalıdır. Hükmün

<sup>28</sup> İnal, Engelli Çocuğun ve Ergenin Özel Hakları, s. 6.

<sup>29</sup> Karaaslan, Engelli Hakları, s. 273.

<sup>30</sup> Seyyar, Dünya’da ve Türkiye’de Engelli Dostu Sosyal Politikalar, s. 119.



devamında ifade edildiği üzere; engellilere karşı sergilenebilecek kötü ve insanlık dışı muamelelerin önlenmesini sağlamak amacıyla bütün önlemleri almak da sözleşmeye taraf olan devletlerin görevidir. Engelli bireyler koruma altına alınacaksa, bu koruma mutlaka engelli bireyin yaşına, cinsiyetine, diğer kişisel özelliklerine göre olmalıdır.

Sözleşme'nin 16'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası ile hüküm altına alındığı üzere engelliler için hizmet sunulması öngörülen alanlarda denetimin mutlaka bağımsız organlar tarafından ve aktif bir şekilde yapılması gerekliliği vurgulanmıştır.

Sözleşmenin 16'ncı maddesinin 4'üncü fıkrasında; 2'nci ve 3'üncü fıkralardan farklı olarak işkence ve diğer muamelelerin engelli bireylere uygulanmasından sonraki tedbirler düzenlenmiştir. Buna göre böyle bir durumla karşılaşıldığında, engelli bireyin vatandaşı olduğu devletin tüm koruma tedbirlerini almasının yanında gereklilik arz ettiğinde engelli bireye psikolojik destek de vermelidir. Bir kez daha vurgulamak gerekir ki alınan tedbirlerde mutlaka engelli bireyin kişisel özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır. İlgili maddenin son fıkrasına göre ise ilgili devletler gerekli tüm önlemleri almak amacıyla mevzuata dayalı ya da siyaseten gerekli uygulamaları hayata geçirmekle yükümlüdür. Sözleşme'nin 17'nci maddesine göre engelli her birey, beden ve ruh bütünlüğünü korunmasını isteme hakkına, engelli olmayan diğer bireylerle eşit şekilde sahiptir.<sup>31</sup>

Sözleşme'nin 18'inci maddesinde engellilere ilişkin olarak "Tabiiyet ve Uyruluk" hüküm altına alınmıştır. Buna göre; taraf devletler, engelli kişilere diğer bireylerle aynı şartlar altında seyahat hakkını tanımalıdır. Bunun yanında engelli bireylerin kendi yerleşim yerlerini özgürce seçme haklarını da garanti altına almalıdırlar. Hükmün devamında engellilerin uyruluklarını seçme hakkı da güvence altına almıştır.<sup>32</sup> Buna göre; her engelli bireyin uyruluk kazanma ve uyruluğunu değiştirme hakkı vardır ve bu hak, keyfi olarak veya engelli bulunduğu gerekçesiyle sınırlandırılmamalıdır. Engelli bireyler mülteci ise bu işlemlerinde herhangi bir zorluklarla karşılaşmalarını için ilgili devletler tüm önlemleri almalıdır. Buna ek olarak engelli birey istediği zaman tabiiyetinde olduğu ülkeden başka bir ülkeye seyahat edebilmelidir.<sup>33</sup> Sözleşme'nin 18'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre

<sup>31</sup> Seyyar, Dünya'da Ve Türkiye'de Engelli Dostu Sosyal Politikalar, s. 120.

<sup>32</sup> Seyyar, Dünya'da Ve Türkiye'de Engelli Dostu Sosyal Politikalar, s. 120.

<sup>33</sup> Karaaslan, Engelli Hakları, s. 274.

engelli çocuklar doğum sonrasında ilgili idari birimlere derhal bildirilmelidir. Fıkranın devamında engelli kişilerin, doğduktan sonra ad sahibi olma, tabiiyet kazanma ve mümkün olduğunca aile fertlerini öğrenme ve aile bireyleri ile yaşamını sürdürme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Sözleşme’nin 19’uncu maddesi, “Bağımsız Yaşayabilme ve Topluma Dâhil Olma” başlığını taşımaktadır. Maddeye göre, taraf devletler; bütün engelli bireylerin diğer bireylerle aynı şartlar altında toplumsal hayatını idame ettirme hakkı garanti altına alarak, bu haklardan noksansız bir şekilde yararlanabilmelerini sağlamak için aktif bir şekilde çalışmalıdırlar. Engelli bireyler diğer kişilerle aynı şartlar altında yerleşim yerlerini ve hayatlarını kiminle sürdüreceklerini seçme hakkına da sahip olmalıdır.<sup>34</sup>

Sözleşme’nin 22’nci maddesi “Özel Hayata Saygı” başlığını taşımaktadır. Yaşam yeri ve yaşam biçimi ne olursa olsun hiçbir engelli bireyin özel hayatına, ailesine, hanesine, haberleşmesine ve diğer iletişim araçlarına keyfi bir şekilde ya da hukuka aykırı olarak müdahale edilemez. Böyle bir müdahale olursa ilgililer koruma talebinde bulunabilirler. Taraf devletler bu korumayı sağlarken engelli bireylere, diğer kişilerle eşit koşullarda muamelede bulunmalıdır.<sup>35</sup>

Sözleşme’nin 23’üncü maddesinde “Hane ve Aile Hayatına Saygı” hakkı düzenlenmiştir. Buna göre; engelli bireyler, ailelerinde özgürce yaşama hakkına sahiptirler. Bu hak engelli olmayan aile fertleriyle aynı şartlar altında kullanılır. Bunun yanında, engelliler evlilik, evlat edinme ve boşanma da dâhil olmak üzere aile ile ilgili konularda çoğunlukla ayrımcılığa maruz kalmaktadırlar. Bu durumun önüne geçmek için; evlenecek yaşa gelmiş engellilerin evlenip aile kurma, çocuk sahibi olma ve çocuk sayılarına kendilerinin karar vermeleri gibi konularda bilinçlendirilmeleri gerekmektedir.<sup>36</sup> Engelli çocukların, aile hayatlarıyla ilgili olarak engelli olmayan bireylerle eşit olduğu hükmü velayet, vesayet, kayımlık durumları için de geçerli olacaktır. Bunun yanında, taraf devletler; engelli birey için, ailesinin özellikle çekirdek

---

<sup>34</sup> Karaaslan, Engelli Hakları, s. 274.

<sup>35</sup> Karaaslan, Engelli Hakları, s. 275.

<sup>36</sup> Walker, Guidance Document: Effective Use of International Human rights Monitorings Mechanisms to Protect The Rights of Persons with Disabilities, s. 46.

ailesinin kendisine bakmaması durumunda aile ortamına benzer şekilde sosyal bir ortam oluşturulması da sağlamakla yükümlendirilmiştir.

Sözleşme'nin 24'üncü maddesi eğitim hakkını detaylı şekilde düzenlemiştir. Sözleşme'de akdedilen şekliyle; engelli tüm çocuklar ve yetişkin bireyler, eğitim hakkına engelli olmayan bireylerle aynı şartlar altında ulaşma hakkına sahiptirler. Bu erişim, okul öncesi eğitimden temel eğitime, üniversiteden ömür boyu öğrenime kadar her aşamayı ve eğitim türünü kapsar. Engellilerin tümü, eğitime katılabilmek için gerekli olan bireyselleştirilmiş destekle kapsayıcı eğitime erişme hakkına sahip olmalıdır.<sup>37</sup>

Sözleşme'nin 24'üncü maddesinde, engelli bireylerin eğitim hakkıyla ilgili olarak, engelli insanların yeteneklerine uygun eğitim almalarının garanti altına alınması gerekliliği vurgulanmıştır. Engelli kişilerin detaylı ve kaliteli eğitime ulaşmak amacıyla kendi toplumlarında ve diğer sosyal çevrelerde yaşayan bireylerle eşit şekilde eğitim talep etme hakları vardır. Bu eğitim için gerekli tüm destek verilmeli ve eğitim kurumlarının bu husustaki ihtiyaçları karşılanmalıdır. Gerek görüldüğünde bu tür yardımlar için sosyal amaçlı dernek, vakıf ve federasyonlardan (Dünya Körler Birliği, Dünya İşitme Engelliler Federasyonu gibi) da destek alınabilir.<sup>38</sup> Bunun yanında çocuk engelliler, engelli oldukları için parasız ve zorunlu ilk ve orta eğitim hakkından mahrum bırakılmamalıdır; engelli bireyler özellikle ilk ve orta kademe eğitimleri dolayısıyla diğer bireylerden farklı bir muameleye tabi tutulmamalıdır, ihtiyaç duyulduğu takdirde engelli kişilerin gereksinimleri göz önünde tutularak çeşitli düzenlemeler yapılmalıdır.

Taraf devletler engeli olan bireylerin toplumun eşit bireyleri olarak eğitim sistemine eksiksiz ve eşit şartlarda katılmalarını sağlamakla sorumludurlar. Bu yükümlülüklerini yerine getirirken yine bazı araçlar kullanmaktadırlar. Bunlardan bazıları şunlardır: Braille ve diğer biçimlerdeki yazıların okunmasının öğretilmesi, beden dilinin ve alternatif diğer iletişim araçlarını engelli bireylerin hizmetine sunulması.

---

<sup>37</sup> Walker, Guidance Document: Effective Use of International Human rights Monitorings Mechanisms to Protect The Rights of Persons with Disabilities, s. 48.

<sup>38</sup> Lawson, The United Nations Convention On The Rights Of Persons With Disabilities: New Era or False Dawn?, s. 603.

Taraf devletler; eğitim hakkı çerçevesinde engelli bireyler de dâhil olmak üzere, işaret dilini ve Braille alfabesini bilen öğretmenlerin işe alınması ve eğitimin her düzeyinde çalışan uzmanların ve personelin eğitimi için uygun tedbirleri almalıdır; eğitim içerisinde alternatif iletişim araç ve biçimleri ile destekleyici eğitim tekniklerinin ve materyallerinin kullanılmasını sağlamalıdır.<sup>39</sup>

Sözleşme’nin, 25’inci maddesi düzenlenirken, insanlık tarihi boyunca süre gelen insan hakları ihlallerine işkence, zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele anlamında engelliler konusu detaylı olarak tartışılmıştır. Özellikle tıbbi ve bilimsel deney konusuna açıkça dâhil olmak, buna bağlı olarak, tetiklenen ücretsiz ve bilgilendirilmiş onay konusuna bağlantılar tartışılmış madde son halini böylece almıştır.<sup>40</sup>

Sözleşme’nin 25’inci maddesinde sağlık hakkı ve sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı düzenlenmiştir. Taraf devletler; engelli kişilerin engellilik dolayısıyla herhangi bir ayrıma tabi bırakılmaksızın ilgili devlet ve/veya devletlerin en yüksek sağlık standartlarından faydalanmaları sağlamalıdır. İlgili devletler bunu sağlarken cinsiyete dayalı ayırımın da önüne geçmeli ve bu konuyla ilgili önlemleri almalıdırlar.<sup>41</sup>

Parasız veya az bir ücretle sağlanan sağlık ve iyileştirme programları, engelli bireylerle engelli olmayan bireyler arasında aynı standartta uygulanmalı ve sağlanan hizmetler cinsel sağlık ile halk sağlığını ilgilendiren konuları da kapsamalıdır. Bu da yine taraf devletlerin sorumluluğu altındadır. Sağlık hizmetleri sunulurken özellikle erken teşhis olanakları artırılmaya çalışılmalı ve bu hizmet mutlaka engelliği azaltıcı ya da engelli sayısının artmasının önlenmesi şeklinde olmalıdır. Sağlık hizmetleri köyler de dâhil olmak üzere mümkün olduğunca insanların hizmetine uygun ve erişilebilir şekilde yapılmalıdır. Sağlıkçıların, engelli bireylere ve diğer bireylere verdikleri bakım, engelliye uygulanabilecek pozitif ayrımcılık hariç olmak üzere aynı özellikleri taşımalıdır. Yine engelli bireylere yönelik sigorta hizmetlerinin

---

<sup>39</sup> Seyyar, Dünya’da Ve Türkiye’de Engelli Dostu Sosyal Politikalar, s. 123.

<sup>40</sup> Schulze, Understanding The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, s. 99.

<sup>41</sup> United Nations Human Rights Office of the High Commissioner for Human Rights, s. 3.

durumları göz önünde bulundurulmalı ve sözleşmeyi imzalayan devletlerin taahhüt ettikleri bir sorumluluk olmalıdır.<sup>42</sup>

Sözleşme'nin 27'nci maddesinde engellilere yönelik çalışma ve istihdam hakkı düzenlenmiştir. Engellilere yönelik istihdam politikası; engelli çocuk ve yetişkin bireylere uygulanan politikaların tümünü kapsayıcı nitelik taşımaktadır. Engellilere yönelik çalışma ve istihdam politikalarını, engellilerin hayat şartlarını iyileştirmek ve toplum hayatına katılımlarını sağlamayı amaçlayan kamusal politikalar olarak tanımlayabiliriz. Bu politikaların amacı; engellilerin sosyal güvenliği, ulaşılabilirliği, meslekle ilgili alanları, aktif istihdam alanlarının oluşturulması ve sosyal hayata katılımlarının aktif şekilde sağlanmasıdır.<sup>43</sup>

Sözleşme'nin 28'inci maddesi “Yeterli Yaşam Standardı ve Sosyal Koruma” başlığını taşımaktadır. Buna göre, taraf devletler, engelli kişilerin; gıda, giyinme ve barınma gibi ihtiyaçları dolayısıyla gerek kendilerini gerekse aile fertlerini içeren uygun hayat koşullarına sahip olma hakkını ve yaşam şartlarının sürekli olarak iyi duruma getirilmesini isteme hakkını güvence altına almalıdır. Yine taraf devletler, bu hakkın, ilgili kişilerin engelli olduklarından bahisle, ayrımcılığa maruz bırakılmaksızın tanınmasını temin etmekle mükelleftirler.<sup>44</sup>

Sözleşme'nin 29'uncu maddesinde engellilerin “Siyasal ve Toplumsal Yaşama Katılım Hakkı” garanti altına alınmıştır. Engelliler, siyasi haklarını ve toplumsal hayata katılım haklarını kullanırken diğer bireylerle eşit şartlara sahip olmalıdır. Bu hakların kapsamına diğer bireylerle eşit şartlarda seçme ve seçilme hakkı da girer.<sup>45</sup> Bunun yanında seçim koşullarının, seçim yapılacak mekânların uygunluğunun sağlanması, yine seçime ulaşılabilirliğin sağlanması, seçim materyallerinin anlaşılır şekilde hazırlanması bu konuda önem arz eden başka durumlardır. Taraf devletler, seçimlerde veya referandumlarda engellilerin herhangi bir baskıya uğramalarını önlemeli, gizli oy kullanmalarını temin etmeli, engellilerin istedikleri zaman aday olmalarını mümkün kılmalıdır. Engellilerin seçmen olması halinde tercihlerini özgürce yapabilmeleri sağlanmalıdır. Taraf devletler, bu

---

<sup>42</sup> Schulze, Understanding The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, s. 100.

<sup>43</sup> Genç / Çat, Engellilerin İstihdamı ve Sosyal İçerme İlişkisi, s. 365.

<sup>44</sup> Karaaslan, Engelli Hakları, s. 280.

<sup>45</sup> Kaya, Engelli İnsanın Hakları, s. 142.

sorumluluklarını yerine getirmek için engelli kişi isterse kendisine yardımda bulunabilecek bir kişi görevlendirmelidir.

Taraf devletler engelli bireylerin ayrımcılığa maruz bırakılmadan, kamu görevine girmelerinin sağlanmasını garanti altına alırlar. Buna ek olarak; engelli bireyler gerek ulusal, gerek uluslararası, gerekse de bölgesel ve yerel düzeylerde engelli örgütlerine üye olabilirler ve istediklerinde bu tür organizasyonların yönetici ve kurucu kadrolarında da yer alabilirler. Engellilerin sahip oldukları bu haklar da taraf devletlerin sorumluluğundadır ve onlar tarafından korunmalıdır.<sup>46</sup>

Engelli bireylerin kültürel yaşama dahil olma, dinlenme ve boş zaman aktivitelerine katılmalarının desteklenmesi; aktif olarak spor faaliyetlerine katılımının sağlanmasının garanti altına alınmasını, Sözleşme’nin 30’uncu maddesi düzenlenmiştir. Buna göre taraf devletler, engelli kişilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında kültürel yaşama katılmaları sağlanmalı ve engellilerin kültürel envanterleri kullanmaları ve televizyon programlarına, filmlere ve diğer kültürel etkinliklere kolayca ulaşımı sağlanmalıdır. Yine taraf devletler, toplumun diğer fertleri ile birlikte engelli bireylerin de yaratıcılıklarının ve sanatsal-entelektüel kapasitelerinin geliştirilmesi için gerekli tedbirleri almalıdırlar.<sup>47</sup>

Sözleşme’nin 31’inci maddesinde engelli bireylerle ilgili olarak sayısal veri ve istatistiklerin etkili somut ve açıklayıcı bir şekilde kayıt altına alınması gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre taraf devletler, bu verileri hazırlarken engelli bireylerin özel yaşamlarına saygı, insan hakları ve temel özgürlükler gibi temel kıstasları göz ardı etmemelidirler. Toplanan bilgiler diğer taraf devletlerle gerektiğinde paylaşılmalı ve bu bilgilerin etkin kullanımı sağlanmalıdır. Son olarak taraf devletler bu verilerin dağıtılması konusunda üzerlerine düşen tüm sorumlulukları yerine getirmeli ve verilerin erişilebilir olmalarını sağlamalıdır.<sup>48</sup>

Sözleşme’nin 31’inci maddesinin devamı niteliğinde değerlendirilebilecek “Uluslararası İşbirliği” başlığını taşıyan 32’nci maddesine göre; Sözleşme tarafı devletler, Sözleşme’nin amaç ve yükümlülüklerinin yerine getirilmesine yönelik ulusal çabaların

---

<sup>46</sup> Seyyar, Dünya’da Ve Türkiye’de Engelli Dostu Sosyal Politikalar, s. 127.

<sup>47</sup> Karaaslan, Engelli Hakları, s. 281.

<sup>48</sup> Türkiye Özürlüler Eğitim ve Dayanışma Vakfı, Engelli Kişilerin Hakları Komitesi’nin Raporlama Süreçleri ve Sivil Toplum Örgütlerinin Katılımı, s. 23.

desteklenmesi konusunda uluslararası işbirliğinin önemini kabul ederler ve bu konuda gerekli teşviklerde bulunurlar. Bu tedbirler özellikle kalkınma programları ve uluslararası işbirliği içeriğinin engelli bireyler tarafından erişilebilirliğini kapsamaktadır. Taraf devletler bilgi, deneyim ve eğitim programları ile uygulamalarının değişimi ve paylaşımı yoluyla kapasite gelişimini teşvik etmeli ve bu konuda gerekli adımları atmalıdırlar. Yine araştırma, bilimsel ve teknik bilgiye erişme konularında işbirliğini geliştirmelidirler. Erişilebilir ve destek sağlayıcı teknolojilere ulaşımın sağlanması ve teknoloji transferi aracılığıyla uygun görülen teknik ve ekonomik tüm yardımlar sağlanmalıdır.<sup>49</sup>

Sözleşme'nin daha iyi bir şekilde uygulanmasının sağlanması için Engelli Hakları Komitesi kurulmalıdır. Yine taraf devletler ulusal düzeyde uygulamak ve izlemek için bu konuda bir yapılanma yoluna gitmelidir. Sözleşmeye taraf olan her bir devlet Sözleşme'nin nasıl hayata geçirileceğine ilişkin ulusal düzeyde bir politika oluşturmalı ve koordinasyonu sağlayabilmek için ilgili ve gerekli birimleri kurmalıdırlar. Bu birimler Sözleşme'de "Odak Birim" olarak adlandırılmıştır. Bu birimlerin atanması usulü taraf devletlerin kendi inisiyatiflerine bırakılmıştır.<sup>50</sup>

### **III. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ENGELLİ KİŞİLERİN HAKLARINA DAİR ULUSLARARASI SÖZLEŞME İLE MUKAYESE EDİLDİĞİNDE TÜRKİYE'DE ENGELLİ HAKLARI VE GELİŞİM DURUMU**

Dünya Sağlık Örgütü (World Health Organization) verilerine göre dünya nüfusunun yaklaşık %10'unu engelli iken, 2011 yılında yayımlanan Dünya Engellilik Raporu'nda bu oran %15'lere kadar çıkmıştır. On beş yaş ve üstü kişilerde her hangi bir engele sahip olan kişi

---

<sup>49</sup> Akbulut / Özgül / Tezcan, Mevzuattan Uygulamaya Engelli Hakları İzleme Raporu 2013: Erişilebilirlik, Eğitim, Çalışma Hayatı ve Sağlık Verileri, Analizler, s. 24.

<sup>50</sup> Thematic Study by the Office of the United Nations High Commissioner For Human Rights on the Structure And Role Of National Mechanisms For The Implementation And Monitoring of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, A/HRC/13/29 [http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/A.HRC.13.29\\_en.doc](http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/A.HRC.13.29_en.doc), (Erişim Tarihi: 10.11.2017).

sayısı Dünya Sağlık Araştırmasına (World Health Survey) göre 785 milyondur (Dünya nüfusunun yaklaşık %15,6’sı). Küresel Hastalık Yüğü (Global Burden of Disease) çalışmasına göre ise bu sayı 975 milyon (Dünya nüfusunun yaklaşık %19,2’si) olarak tespit edilmiştir. Bu veriler de göstermektedir ki dünyada engelli nüfusu giderek artmaktadır.<sup>51</sup>

Türkiye, Birleşmiş Milletler (BM) protokol ve antlaşmalarının birçoğunu imzalamış ve sözleşmelere taraf olmuştur. 1982 Anayasasının 90’ıncı maddesi uyarınca usulüne uygun şekilde yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Dolayısıyla bu metinler bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Bu sözleşmeler aleyhine Anayasa Mahkemesine iptal başvurusu yolu da kapalıdır.<sup>52</sup>

Türkiye’de engelliliğe ilişkin yapılan mevzuat veya pratik yaşamda yaşamlarını kolaylaştırmak amacıyla yapılan uygulamaları göz önünde bulundurularak, 2002-2013 tarihleri arasında kapsayacak şekilde Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından hazırlanan “Türkiye’de Engellilik ve Kalkınma Son 10 Yılın Raporu”, bu yıllar arasında engelli haklarının gelişim durumuna ışık tutmaktadır.<sup>53</sup> Bu süre zarfında Türkiye, engellilik alanında bağlayıcı nitelikte uluslararası belge niteliğinde olan ve engellilerin, ayrımcılıkla mücadele ana ekseninde hak ve özgürlüklerinden tam ve eşit yararlanmasını ve kolaylaştırıcı tedbirlerin alınmasını öngören yukarıda ilgili alanda detayları verilen Engellilerin Haklarına İlişkin BM Sözleşmesini 30.03.2007 tarihinde imzalamıştır. Böylece Sözleşmeyi ilk imzalayan ülkeler arasında yer almıştır. Böylece, Türkiye’nin engelli politikalarının sözleşme çerçevesinde oluşturulması kabul edilmiştir.

On yıllık süre içinde atılan en önemli adımlardan biri 2010 yılında 1982 Anayasasının 10’ıncu maddesinde yapılan değişikliktir. Buna göre; engellilere ilişkin alınacak önlemler eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacaktır. Bu hükümle engelli bireylere pozitif ayrımcılık yapılması anayasal düzeyde güvence altına alınmıştır.<sup>54</sup>

Engelli hakları konusunda ülkemizde atılan önemli adımlarından bir diğeri de 2014 yılında kabul edilen 6518 Sayılı Aile ve Sosyal

---

<sup>51</sup> Kaya, Engelli İnsanın hakları, s. 113.

<sup>52</sup> RG, 18.10.1982, Sayı: 17842.

<sup>53</sup> Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Türkiye’de Engellilik ve Kalkınma: Son 10 Yılın Raporu, s. 7.

<sup>54</sup> RG, 18.10.1982, Sayı: 2709.



Politikalar Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Kanun ile Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanundur.<sup>55</sup> Adı geçen kanun ile 5378 Sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun ismi “Engelliler Hakkında Kanun” olarak değiştirilmiştir. Bunun yanında bu kanun ile engelli bireylere sağlanan sosyal yardım, bakım, özellikle şehirlerarası ulaşım konularında iyileştirici tedbirler getirilmiştir. Bu kanunda üzerinde durulması gereken hususlardan biri de engellilerin karşılaşılabilecekleri sorunlar karşısında ayrımcılığın önlenmesi için çeşitli adımlar atmasıdır. Ayrımcılığa ilişkin olarak yasada yer alan dolaylı ayrımcılık, doğrudan ayrımcılık, makul uyumlaştırma gibi kavramların temelinde 2006 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına Dair Uluslararası Sözleşme bulunduğu açıktır.<sup>56</sup>

Son yıllarda gerçekleşen gelişmelerden biri engellilerin hayat şartlarını daha iyi bir noktaya taşımak ve hizmetleri daha etkin bir şekilde sunabilmek amacıyla Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına bağlı Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün kurulmasıdır. Engelli memurlara ilişkin bazı çalışma koşulları yeniden düzenlenmiş, gece nöbeti ve vardiyası verilmemesi, engelli memurların mesai ve dinlenme sürelerinin diğer memurlardan farklı belirlenmesi imkânı sağlanmıştır.

Engellilerin diğer bireylerle adil bir rekabet ortamında yarışabilmelerini sağlamak amacıyla Devlet Memurları Kanunu değiştirilerek engellilere yönelik ayrı ve merkezi bir sınav getirilmiştir. Bu sınav Engelli Kamu Personeli Seçme Sınavı (EKPS) olarak adlandırılmaktadır.<sup>57</sup> Bu sınav ile bir sene içerisinde yaklaşık olarak 14.000 engelli kişi memur olarak istihdam edilmiştir. Bu bağlamda, 2002 yılı itibarıyla engelli kontenjanında memur olarak çalışan engelli sayısı

---

<sup>55</sup> RG, 19.02.2014, Sayı: 28918.

<sup>56</sup> Akbulut / Özgül / Tezcan, Dünya Engellilik Raporu: Harekete Çağrı, s. 24.

<sup>57</sup> EKPS ve kura yolu ile engellilerin devlet memurluğuna alınması şartları, 07.02.2014 Tarih ve 28906 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe giren Engelli Kamu Personel Seçme Sınavı Ve Engellilerin Devlet Memurluğuna Alınmaları Hakkında Yönetmelik ile düzenlemiştir. EKPS, Ortaöğretim, ön lisans ve lisans mezunu engellilerin engel grupları ve eğitim durumlarına göre yapılan ve sonuçları devlet memurluğu ile kamu kurum ve kuruluşları işçi kadrolarına alınmaları için yapılan merkezi sınavdır. <https://memurunyeri.com/kpss/kpss-diger/656-omss-ile-ilgili-sik-sorulan-sorular.html>, (Erişim Tarihi: 11.10.2017).

5.777 iken bu rakam 2013 yılı Haziran ayında bu sayı 32.021 olarak tespit edilmiştir. Bu sayılar ve Devlet Personel Başkanlığı’nın 2016 Mayıs verileri göz önünde alındığında 9.995’i kadın ve 33.156’sı erkek engelli olmak üzere, toplam; 43.151 engelli memur istihdam edilmektedir. Engellilere yönelik bu rakamların hizmet sınıflarına göre dağılımları da şu şekildedir; Genel İdare Hizmetleri Sınıfı: (Kadın; 4.870, Erkek; 14.030) 18.900, Sağlık ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı: (Kadın; 806, Erkek; 938) 1.744, Teknik Hizmetler Sınıfı: (Kadın; 304, Erkek; 1.669) 1.973, Eğitim Öğretim Hizmetleri Sınıfı: (Kadın; 1.354, Erkek; 2.768) 4.122, Avukatlık Hizmetleri Sınıfı: (Kadın; 22, Erkek; 51) 73, Din Hizmetleri Sınıfı: (Kadın; 109, Erkek; 1.111) 1.220, Mülki İdare Amirliği Hizmetleri Sınıfı: (Erkek; 1), Yardımcı Hizmetler Sınıfı: (Kadın; 2.530, Erkek; 12.588) 15.118.<sup>58</sup>

Özel sektörde engelli istihdamı konusuna gelindiğinde yine çeşitli rakam ve tespitlerle karşılaşmaktayız. 2002-2013 yılları arasında ve hatta günümüze kadar; engelli istihdamını geliştirici tedbir ve teşvikler kabul edilmiştir. Kota kapsamında çalıştırılan engellilerle, korumalı işyerlerinde çalıştırılan engellilerin sigorta primine ait işveren hisselerinin tamamının, kontenjan fazlası isteğe bağlı çalıştırılan engellilerin sigorta primine ait işveren hissesinin ise yüzde ellisinin hazine tarafından karşılanması sağlanmıştır. Böylelikle özel sektörde de engelli istihdam oranının artırılması amaçlanmıştır. Bu sayede yıllara göre istihdam sayıları artmıştır. Kamuda ve özel sektörde engelli kotasında istihdam edilen yıllık işçi sayısı 2002 yılı sonunda 10.883 iken bu rakam 2013 yılı Temmuz ayı itibarıyla 23.384’e yükselmiştir. Ayrıca, engelli çalıştırmakla yükümlü işyerinde çalışan engelli işçi sayısı 2008 yılında 66.363 iken, 2013 Haziran ayı itibarıyla 93.056’ya yükselmiştir.<sup>59</sup>

Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü ile Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü’nün koordinasyonunda gerçekleştirilen “Korumalı İşyerleri Projesi” ile normal koşullarda çalışma ortamları bulmaları hayli güç olan engelli kişilere istihdam ortamları oluşturulması amaçlanmıştır. Türkiye’de faaliyet gösteren eğitim kurum-kuruluşları,

---

<sup>58</sup> Ünlü, 2016 Yılı Mayıs Ayına Göre Kamu Personel Sayıları, Yeni şafak Gazetesi, 05.04.2016, <http://www.yenisafak.com/yazarlar/ahmetunlu/2016-y%C4%B1l%C4%B1-may%C4%B1s-ay%C4%B1na-gore-kamu-personel-say%C4%B1lar%C4%B1-2029063>, (Erişim Tarihi: 25.10.2017).

<sup>59</sup> Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Türkiye’de Engellilik ve Kalkınma: Son 10 Yılın Raporu, s. 9.

üniversiteler, kamu kurum-kuruluşları, sendika, meslek örgütleri gibi sivil toplum kuruluşları, gerçek ve tüzel kişilere, zihinsel engelliler, ruhsal ve duygusal engellilere yönelik korumalı işyeri projelerine kuruluş sermayesi olarak engelli çalıştırmayan işverenlerden kesilen cezaların oluşturduğu Ceza Paraları Fonundan karşılanmaktadır. Bu kurumlara kuruluşlarından itibaren 150 bin TL'lik hibe yardımı verilmektedir. Bu hibe yardımından ayrı olarak engelli bireylerin kuruluş tarihlerinden itibaren bir yıllık maaşlarının ödenmesi bu fon aracılığıyla sağlanmaktadır.<sup>60</sup>

Engelli kişilerin kendi yaşamlarını idame ettirmeleri amacıyla Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı işbirliğinde “Girişimci Engel Tanımaz” başlıklı bir proje gerçekleştirilmiştir. Böylece engelli bireylerin istihdamı konusunda bakanlıklar arası bir işbirliği oluşturulmuş ve bu sayede engellilerin çalışma hayatlarındaki etkinliklerin artırılması amaçlanmıştır. Çalışamayacak durumda olan engelli kişilere ilgili kanun gereği verilen aylık maaş oranları %200 ile %300 arasında artırılmıştır. Bunun yanında isteğe bağlı olarak erken emeklilik hakkı tanınmıştır. Engellilerin brüt 200 m<sup>2</sup>'yi geçmeyen ve sadece bu niteliğe sahip tek evi emlak vergisinden muaf tutulmuştur. Ayrıca engellilerin yaşadığı konutlarda yaşamlarını kolaylaştırıcı önlemler de alınmıştır. Engelliliği dolayısıyla bakıma muhtaç bütün engellilere bakım hizmeti adı altında hizmetler sunulmuştur. Engellilere yönelik evde bakım veya özel bakım hizmetleri için yapılan harcamaların ödemeleri yapılmıştır. 2002 yılında 2.647 engelli bakım evlerinde sıra beklerken şu anda bakım için sıra bekleyen engelli bulunmamaktadır. Bakım hizmetlerinin kalitesini artırmak için, engelli ve yaşlı bireylere bakım hizmetini veren bakım elemanlarına eğitim şartı getirilmiş ve verilecek bu eğitim sonucunda sertifika alınmaları sağlanmıştır. Son olarak bu konuda bir istatistiki bilgiyi sunmakta fayda olacaktır; 2002 yılında 30 engelliye bir bakım elemanı düşerken, 2013 itibarıyla 6 engelliye 1 bakım elemanı düşmektedir.<sup>61</sup> Evde bakım hizmetlerinden 2007 yılı sonunda yaklaşık 30.638 kişi yararlanırken 2013 Haziran ayı itibarıyla bu sayı 421.093'e ulaşmıştır. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından sunulan Evde bakım hizmetinden yararlanan engelli kişiler şayet isterlerse bakım ücretleri

---

<sup>60</sup> Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Türkiye'de Engellilik ve Kalkınma: Son 10 Yılın Raporu, s. 9.

<sup>61</sup> Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Türkiye'de Engellilik ve Kalkınma: Son 10 Yılın Raporu, s. 15.

hazine tarafından karşılanarak özel bakım merkezlerinde bakım görme haklarına sahiptirler. Engelli vatandaşlara bakım hizmeti sunulan kurum veya kuruluşlara her bir engelli kişi için net bir asgari tutar kadar ödeme yapılacaktır. Bu bağlamda yaklaşık 153 Özel Bakım Merkezinde 10.389 engelli kişiye bakıldığı için devlet tarafından ödeme yapılmıştır. Engellilere yönelik olarak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından Umut Evleri projesi<sup>62</sup> yürürlüğe konulmuştur. Bu evlerin sayısı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı verilerine göre 33 tür. Umut evlerinde yaklaşık olarak 464 engelli kişiye hizmet sunulmaktadır. Bu engellilerin yaş durumları, engel durumları (zihinsel, bedensel) göz önünde bulundurularak hizmet sunumları yapılmaktadır. Yukarıda zikredildiği üzere engellilerin toplumsal hayata katılımı önündeki engelleri kaldırmak amacıyla, kamuya açık her türlü yol, kaldırım, yaya geçidi, açık ve yeşil alanlar, spor alanları ve benzeri sosyal ve kültürel alt yapı alanları ile binaların, engellilerin kullanımına uygun hale getirilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca, büyükşehir belediyeleri ile belediyelerin sundukları ya da denetledikleri şehir içi toplu taşıma hizmetlerinin engellilerin kullanımına uygun hale getirilmesi zorunlu hale getirilmiştir.<sup>63</sup>

Sözleşme’ye taraf olduktan sonra yasal mevzuatta hızlı bir değişim başlatmıştır. Bu gelişmeye paralel Türkiye’de engellilerle ilgili bakışın değişmeye başladığı görülmüştür. Bu gelişmelerden önemli olanlarından biri 6462 sayılı kanundur. Bu yasayla özür, sakat, sakatlık gibi kelimeler yerine engel, engellilik gibi kelimelerin kullanılması gerektiği vurgulanmıştır. Bununla birlikte; özür, sakat, özürsüzlük gibi ifadeler diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerden çıkarılmıştır. 5378 sayılı Özürsüzlük Kanunu 6462 sayılı kanunla Engelliler Kanunu adını almıştır.

---

<sup>62</sup> Umut Evleri, Sürekli bakım hizmetlerinin sunulduğu bakım ve rehabilitasyon merkezlerinde kalmakta olan engelli bireylerin küçük gruplar halinde bir apartman dairesinde veya müstakil bir evde diğer komşuları ile birlikte yaşamalarını sürdürmesinin daha yararlı olacağı öngörüsü ile durumları uygun olanların, kuruluşların ek ünitesi konumunda olan “Umut Evi” olarak isimlendirilen evlerde, toplum yaşamına aktif katılımlarının sağlanarak, bakımlarının gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir. <http://eyh.aile.gov.tr/uygulamalar/engelli-bakim-hizmetleri/umut-evleri>, (Erişim Tarihi: 10.12.2017).

<sup>63</sup> Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Türkiye’de Engellilik ve Kalkınma: Son 10 Yılın Raporu, s. 21.

Türkiye’de engelli bireylere yaklaşımın psikolojik olarak düzeltilmesi amacıyla yapılan çalışmalardan sonra yasal mevzuatta da engellilere yönelik haklar ihdas edilmiştir. Bununla birlikte bu hakların kullanımı konusunda zorluklarda mevcuttur. Örneğin, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ihtiyaç duyan engellilere tekerlekli sandalye bedeli verilmelidir. (Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu uyarınca) ancak uygulamada tekerlekli sandalye alımı ciddi koşullara bağlanmıştır. Sağlık kurulu raporu almak, bu raporu fizik tedavi doktoru vasıtasıyla reçeteye yazdırmak, sonra sandalyeyi satan bayiye gidip bu faturalandırmak vb. bu ağır şartlardan sonra ilgili kanunda ancak bu ödemenin 5 yılda bir yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Bir diğer örnek, Engelli bireylerin eğitim oranına geldiğimizde 25 yaş üstü bireylerde okuma, yazma oranı yaklaşık %64 olarak belirlenmiştir. Engelli bireyler içerisinde yükseköğretim mezunu bireylerin oranı ise sadece %2 olarak belirlenmiştir. Bu durum eğitime erişilebilirlik noktasında istenilen seviyeye gelinmediğinin açık göstergesidir.

Türkiye’de engelli kişilere bazı ayrıcalıklar tanınmıştır. Bunlardan bazıları şunlardır: Engel oranları %90 ve üstü olan bireylerin motorlu taşıtlar vergisi ödemeleri zorunlulukları yoktur. Yine emlak vergisi kanununa göre engelli bireylerin konutlarından emlak vergisi alınmayacaktır. Engelliler için memur alımlarında %3’lük bir istihdam alanı açılmıştır (kamuya işçi alınacaksa bu oran %4 olmaktadır). Engelli kimlik kartını ibraz eden engelli bireyler şehir içi ulaşımdan ücretsiz yararlanır. Bakıma muhtaç engelliler için bakım aylığı ödenmektedir, eğer kendisi hayatını sürdürmeyecek oranda engelli ise bakıcılık görevini ifa eden kişiye de belli oranda ödeme yapılmaktadır.

Uluslararası alanda ve Türkiye’de engelli hakları konusunda farkındalık artmış, farkındalığın artmasıyla engellilere yönelik pozitif birçok adım atılmıştır. Ancak bu adımlar henüz istenilen seviyede değildir. Nitekim Dünya Sağlık Örgütü ve Dünya Bankası raporunda engellilerle ilgili birçok tavsiye sunulmuştur. Bu rapora göre: Engellilerin her türlü sosyal sitem ve hizmete ulaşılabilirlikleri sağlanmalıdır. Engelli bireyler için özel hizmetler ve yatırımlara önem verilmelidir. Engellilere ayrılan bütçe oranları yeterli miktarda değildir, engellilere ayrılan bütçenin artırılması gerekmektedir.

#### IV. SONUÇ

Engelli kişiler ve bu kişilerin aileleri tüm dünyada olduğu gibi Türkiye’de de çeşitli zorluklarla karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu zorlukların içerisinde psiko-sosyal ve iktisadi zorluklar bulunduğu gibi engelli kişilerin iş, eğitim, meslek, sosyal güvenlik kaynaklı zorlukları da bulunmaktadır. Bu zorlukların yanı sıra bir de fiziki temelli zorluklar da mevcuttur: Şehirlerin yaşam alanlarındaki kaldırımlar, kamu ve özel sektör binaları, parklar ve bahçeler, ulaşım araçlarının uygunsuzluğu gibi. Engelli kişi ve bu kişilerin aile fertleri, karşılaştıkları zorluklar, yoksulluk ve yoksunlukları kendisine yönelik ayrımcılıkla bağdaştırmakta, bu durum psikolojik algıda yeni sorunlar meydana gelmesi sonucunu doğurmakta engelli kişinin gerçekte sahip olduğu kapasitesinin altında performans göstermesine ve sahip olması gereken yaşam kalitesinin de düşmesine sebebiyet vermektedir.

Türkiye bakımından engelli haklarının gelişim durumuna baktığımızda; her ne kadar mevzuatımızda engellilerle ilgili hükümler belli seviyeye gelmişse de uygulamada çeşitli sıkıntılarla karşılaşıldığı görülmektedir. Bu sıkıntıların temelinde engelli haklarıyla ilgili farkındalığın yeterli seviyede olmaması yatmaktadır. Farkındalığı artırmak amacıyla sosyal projelere azami önem verilmelidir. Bununla birlikte herhangi bir ayrımcılığa maruz kalan ya da bir hakkı çığnenen engelli birey için etkin ve aktif bir hak arama mekanizması geliştirilmelidir (Almanya’nın Berlin Eyalet Engelli Temsilcisi gibi konuya derhal müdahale edebilen ve gerektiğinde bizzat ceza dahi kesebilen aktif ve hızlı bir mekanizma gibi). Engelli bireyler daha çok iş hayatına müdahil olmalı, istihdam alanları artırılmalıdır. Engelli bireylerin sosyal hayata katılımlarının önündeki tüm engeller kaldırılmalıdır. Belediyeler tarafından son dönemde yapılan engelli rampaları ve engelli yolları tüm kamu ve özel sektör binalarında yerini almalıdır. Böylece engelli bireyin erişilebilirlik konusundaki sıkıntıları bir nebze hafiflemiş olacaktır.

Çalışmamızda değindiğimiz gibi engelli kişiler arasında eğitim, öğretim oranı düşük seviyelerde seyretmektedir. Özellikle yükseköğretimde bu oran hayli düşmektedir. Bu durumun iyi sorgulanması gereklidir. Engelli bireyler için son dönemlerde yapılan özellikle merkezi sınavlarda ayrı bir kişinin görevlendirilmesi bu noktada önemli bir adımdır. Son olarak belirtmek gerekir ki zihinlerimizde engelli kişilere karşı var olan ön yargılar ortadan kaldırılmalı ve engelli hakları konusundaki duyarlılık artırılmalıdır.

## KAYNAKÇA

- AKBULUT, Süleyman / ÖZGÜL, Hakan / TEZCAN, Tolga: Mevzuattan Uygulamaya Engelli Hakları İzleme Raporu 2013: Erişilebilirlik, Eğitim, Çalışma Hayatı ve Sağlık Verileri, Analizler, TOHAD Yayınları, İstanbul 2014.
- Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Engelli ve Yaşlı Hakları Genel Müdürlüğü: Birleşmiş Milletler Sisteminde Engellilik, Ankara 2014.
- Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Umut Evleri Projesi, <http://eyh.aile.gov.tr/uygulamalar/engelli-bakim-hizmetleri/umut-evleri>, (Erişim Tarihi: 10.12.2017).
- Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmesi, <https://treaties.un.org/Pages/Home.aspx>, (Erişim Tarihi: 11.10.2017).
- ÇAĞLAR, Selda: Engellilerin Erişilebilirlik Hakkı ve Türkiye’de Erişilebilirlikleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 61, Sayı: 2, Yıl: 2012, s. 541-598.
- ÇELİK, Elif: Onuncu Yılında Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme Ruhu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt: 7, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 219-246.
- DHANDA, Amita: Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Strangehold of the past or lodestar for the future, <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/sji1c34&div=17&id=&page=>, (Erişim Tarihi: 13.10.2017).
- Engelli Kişilerin Hakları Komitesi’nin Raporlama Süreçleri ve Sivil Toplum Örgütleri’nin Katılımı, <http://ozevvakfi.org>, (Erişim Tarihi: 11.10.2017).
- ERTEN, Şerafettin / AKTEL, Mehmet: Ulusal Program ve düzenli İlerleme Raporları Çerçevesinde Türkiye’nin Engelli Politikaları, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 4, Yıl: 2016, s. 1275-1297.
- GENÇ, Yusuf / ÇAT, Güldane: Engellilerin İstihdamı ve Sosyal İçerme İlişkisi, Akademik İncelemeler Dergisi (Journal of Academic Inquiries), Cilt: 8, Sayı: 1, Yıl: 2013, s. 363-393.

Implementation of World of Programme of Action Concerning Disabled Persons, <http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r053.htm>, (Erişim Tarihi: 11.10.2017).

İNAL, H. Tamer: Engelli Çocuğun Ve Ergenin Özel Hakları, 1. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi, İstanbul 2011.

KARAASLAN, Erkan: Engelli Hakları, Bekad Yayınları, Antalya 2014.

KAYA, Hasan: Engelli İnsanın Hakları, Liberte Yayınları, Ankara 2015.

LAWSON, Anna: Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Genel Bir Bakış Ve Taraf Devletlerin Yükümlülükleri, Türk Hukukunda Engelliler ve Engelli Haklarına ilişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Sempozyumu, Ankara 2009.

LAWSON, Anna: The United Nations Convention On The Rights Of Persons With Disabilities: New Era Or False Dawn?, <http://heinonline.org>, (Erişim Tarihi: 20. 04. 2017).

ÖZMETE, Emine: Haklar Temelinde Engellilik Modelleri ve Sosyal Hizmet, [https://www.academia.edu/4819805/Haklar\\_Temelinde\\_Engellilik\\_Modelleri\\_ve\\_Sosyal\\_Hizmet](https://www.academia.edu/4819805/Haklar_Temelinde_Engellilik_Modelleri_ve_Sosyal_Hizmet), (Erişim Tarihi: 11.02.2017).

SCHULZE, Marianne: Understanding The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Fedex Office and Print Services, New York 2010.

SEYYAR, Ali: Dünya’da Ve Türkiye’de Engelli Dostu Sosyal Politikalar, Rağbet Yayınları, İstanbul 2015.

Thematic Study by the Office of the United Nations High Commissioner For Human Rights on the Structure and Role of National Mechanisms for the Implementation and Monitoring of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, A/HRC/13/29 [http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/A.HRC.13.29\\_en.doc](http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/A.HRC.13.29_en.doc), (Erişim Tarihi: 10.11.2017).

ÜNAL, Canan: Karşılaştırılmalı Hukuk Işığında Sosyal Güvenlik Hukukunda Özürlüler ve Yeni Yaklaşımlar - Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, (Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı) İstanbul 2011.



ÜNLÜ, Ahmet: 2016 Yılı Mayıs Ayına Göre Kamu Personel Sayıları, Yeni şafak Gazetesi, 05.04.2016, <http://www.yenisafak.com/yazarlar/ahmetunlu/2016-y%C4%B1%C4%B1-may%C4%B1s-ay%C4%B1na-gore-kamu-personel-say%C4%B1lar%C4%B1-2029063>, (Erişim Tarihi: 25.10.2017).

WALKER, Allen: Guidance Document: Effective Use of International Human rights Monitorings Mechanisms to Protect The Rights of Persons with Disabilities, International Disability Alliance, Geneva 2010.



## ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇUNUN 17'NCİ YÜZYIL İSTANBUL'UNDAKİ GÖRÜNÜMÜ

Ahmet KILINÇ\*

### ÖZ

Çocuk düşürtme suçu, İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda cinayet suçlarının (kisas ve diyet suçlarının) üçüncü türü olarak kabul edilmektedir. Şahısların hayatına ve vücut bütünlüğüne karşı işlenebilen kisas ve diyet suçlarının cezaları asli kaynaklarda belirlenmiştir. Anılan kategoride yer alan suçların en önemli özelliği, mağdur ya da mirasçılardan suçluyu af yetkisine sahip olmasıdır. Çocuk düşürtme suçu, gebe bir kadının müessir fiil sonucu karnındaki çocuğu düşürmesi olarak tanımlanmaktadır. Şer'îye sicillerinde bu durum "*ilkā-i cenin*" olarak belirtilmektedir. İslam Osmanlı hukukçularının tamamı bu suçta verilecek cezanın gurre olarak tanımlanan 500 dirhem gümüş değerindeki para cezası olduğu hususunda hemfikirdirler. Öte yandan 17'nci yüzyıl Osmanlı Devletinin duraklama devri olarak medreselerin bozulduğu, nitelikli kamu

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: [akilinc@ybu.edu.tr](mailto:akilinc@ybu.edu.tr), ORCID ID: 0000-0002-8977-9588.

Makalenin Gönderim Tarihi : 19.03.2018.

Makalenin Kabul Tarihi : 18.04.2018.

İşbu makale, 19-22 Mayıs 2017 tarihlerinde Saraybosna, Bosna Hersek'te gerçekleştirilen "International Congress on Political, Economic and Social Studies" Kongresinde sunulan sözlü bildirin eleştiriler dikkate alınarak yeniden gözden geçirilmiş ve geliştirilmiş halidir.

görevlilerinin yetişmediği dönem olarak ileri sürülmektedir. Çalışmada teorik olarak aktarılan bu bilgilerin 17'nci yüzyıl İstanbul'una yansıyor yansımadağı yansıyor ise nasıl yansıdığı üzerinde durulmuştur. Konuyla ilgili literatür taramasının ardından anılan yüzyılda İstanbul'daki Kadı Sicillerinde yer almış olan ve bize önemli ipuçları veren Şer'îye sicili hükümleri tahlil edilmiştir. Çalışma, Osmanlı Devleti'nin duraklama dönemini içine alan 17'nci yüzyılda çocuk düşürtme fiilleri sadece İstanbul şehri özelinde irdelemiştir. Yapılan araştırmalar neticesinde varılan sonuçlar şu şekilde özetlenebilir: Kadı sicillerine çocuk düşürtme vakalarının yansması çok fazla değildir. Bu durum bu suç tipinin uyuşmazlıkların kadı huzuruna gitmeden sulh ile çözülmüş olma ihtimalinden kaynaklanmaktadır. Ceninin müstebîn'ül-hılka olmasına atıfta bulunulması, resmi mezhep anlayışının pratiğe yansıdığını göstermektedir. Anılan suça ilişkin ihtilaflar, teorinin de ifade ettiği üzere aflat çözülebilmıştır. Ancak vakalar bize sulh ile de uyuşmazlığın çözüldüğünü göstermektedir. Gerek zimmî gerek askeri kesim bu suç tipinde hem davacı hem davalı olabilmıştır. Babaların da davaya asaleten katılmada cesaretli oldukları görülmektedir. Suçun işlenmesinden çok kısa bir süre sonra bu tür davanın açılması önemli bir tespittir. Uyuşmazlıkların muslihûn vasıtasıyla da çözülebildiği olmuştur. Vakaların ayrıntılı izah edilmiş olması önem arz eden diğer sonuçtur. Kadıların teorik olarak iyi bir eğitim aldıklarını, verdikleri kararlar ve uyguladıkları usulden anlayabilmekteyiz.

**Anahtar Kelimeler:** Osmanlı, hamile kadın, müessir fiil, cenin, sulh, ferağ, ceza, diyet, duraklama dönemi, gurre, İstanbul, kadı sicilleri.

## VIEW OF THE ABORTION CRIME IN 17TH CENTURY'S ISTANBUL

### ABSTRACT

It is accepted that abortion is the third type of murder offences (qisas and diyat offences). The punishments of offences against life and bodily integrity exist in the basic resources of Islamic-Ottoman Law. The most important property of these offences is victims and/or successors have right to forgive. The effect of an assault and or battery on abortion is the definition of abortion crime. This situation was written "*ilkâ-i cenin*" in the Qadı Records. All the Islamic – Ottoman lawyers agree with the punishment for the offence is 500 drachmae silver or equal to this diyat (fine). On the other it is asserted that as a unproductive period in 17th century Medressehs went wrong and there were not qualified officer in Ottoman This study examines whether aforementioned theoretical information was carried out in 17th century Istanbul practice. After

specifying the framework of the offence, this study focuses on some important 17th century Istanbul Qadı Records that give significant data about the offence. This study examines only abortion crime in 17th century Istanbul. Researches show us the following conclusions: there were not so many Qadı records about the offence. Lack of the offence in Qadı Records can be explained as follow. The conflict about the offence could be solved without appearing before Qadı, by the way of muslihun. As doctrine mentions, Qadı Records show victims and/or successors forgive the perpetrator. However, it is understood from the Qadı Records that agreement (sulh) was the other way of solving the problem. Qadı records mentioned müstebîn'ül-hılka in all the abortion cases. This detail shows us that official madhab theory in Ottoman State could be seen in the real life. Dhimmis and public servants could be both victim and perpetrator. Fathers had right to intervene as the principal person. No sooner had the perpetrator committed the offence than victims and or successors bring a lawsuit. Conflicts could be solved before mediators (Muslihuns). Records underline the details of the offence and existence of organs of embryos. It can be understood from Qadı records that Qadı had been taught well and practice the judicial process in the correct way.

**Keywords:** The Ottoman, pregnant woman, assault, battery, embryo, agreement, punishment, diyat, mediator, unproductive period, diyat (Gurre), İstanbul, qadı records.

## I. GİRİŞ

Bilindiği gibi İslam Osmanlı Ceza Hukukunda suçlar ve cezalar had, tazir ve kısas diyet suçları ve cezaları olarak 3 kategoride ele alınmaktadır. İşbu çalışmanın konusunu teşkil eden çocuk düşürtme suçu, kısas ve diyet suçları içerisinde yer almaktadır. Literatürde suç çeşitli şekillerde tanımlanabilmiştir. Örneğin, gebe kadının müessir fiil neticesinde karnındaki çocuğu düşürmesi tanımlardan bir tanesidir. Bir başka tanıma göre ise 'isteyerek veya istemeyerek dışarıdan bir müdahale ile ceninin anne rahminden ayrılması sonucu gebeliğin sonlandırılmasıdır'<sup>1</sup>. Anılan suç tipi için 'çocuk düşürtme suçu', 'çocuk düşürtme suçu', 'hamile kadına yönelik müessir fiil suçu', 'cenin katletme suçu', 'cenine karşı işlenen suçlar' gibi muadil kavramların kullanıldığını gözlemlemekteyiz. Biz çalışmamızda 'çocuk düşürtme suçu' kavramını tercih ettik. Zira suçtan öncelikli olarak zarar gören cenindir ve bu suç

---

<sup>1</sup> Merve Özdemir, Osmanlı Fetvalarında Iskât-ı Cenînin (Cenin Düşürmenin) Cezai Sonuçları, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 9, Sayı: 46, Ekim 2016, s. 957.

tipinin oluşabilmesi için ceninin belirli bir evrede bulunması gerekmektedir. Buna bağlı olarak 'çocuğun düşürtülmesi'nin kullanılacak kavram açısından ön plana çıkarılabileceği kanısındayız<sup>2</sup>.

Çalışma, Türk Hukuk Tarihi ilminin prensipleri çerçevesinde yürütülmekte ve bu kapsamda sonuca ulaşılmaya çalışılmaktadır. Çalışmamızın sınırını belirleyen ilk husus zaman dilimidir. Bu açıdan Osmanlı Devleti'nin duraklama dönemine tekabül eden 17'nci yüzyıl incelenmiştir. Malum olduğu üzere Sokullu Mehmed Paşa'nın ölümü ile başlayıp ilk defa büyük çapta toprak kaybı yaşanan Karlofça anlaşmasına kadarki zamanı içine alan bu dönemde 12 padişah ve 61 sadrazam görev yapmıştır<sup>3</sup>. Kanaatimizce dönemin ayırıcı özelliği ve buna bağlı olarak bizi bu dönemi incelemeye iten nedenlerden birisi söz konusu devirde devlet kurumlarının ve özellikle medreselerin bozulmaya başlamış olması genel kanısıdır<sup>4</sup>. Bu bozulma başlangıcı genel kabulünün yargı teşkilatına anılan suç tipi açısından yansıyor yansımadağı ile ilgili bir bakış açısı işbu çalışma ile kazanılabilecektir. Çocuk düşürtme suçu ile ilgili gerek o dönemde gerekse çağımızda zikredilen teorik bilgilerin pratiğe yansıyor yansımadağı hususundaki tespitler, bozulmaya başladığı iddia edilen medreselerden mezun olan kadıların teorik bilgilere hâkim olup olmadıklarını gösterebilecektir.

Mekân olarak ise sadece İstanbul şehri ile sınırlı kalmıştır. İstanbul'un başkent olması araştırmamızın o bölgeye yönelmesindeki

---

<sup>2</sup> Çalışmanın ilerleyen kısımlarında izah edildiği üzere bu suç tipinde en az iki mağdur söz konusudur; birisi cenin diğer annedir. Ancak suçun tam olarak işlenmiş kabul edilebilmesi için ceninin belirli bir aşamaya gelmiş olması gerekmektedir. Bu evreye ulaşmamış ceninin düşmesine bağlı olarak anılan suç tipinin işlenmediği düşünülmektedir. Bu nedenle bu terminoloji tercih edilmiştir.

<sup>3</sup> [https://tr.wikipedia.org/wiki/Osman%C4%B1\\_%C4%B0mparatorlu%C4%9Fu\\_duraklama\\_d%C3%B6nemi](https://tr.wikipedia.org/wiki/Osman%C4%B1_%C4%B0mparatorlu%C4%9Fu_duraklama_d%C3%B6nemi) e.t: 27.04.2017.

<sup>4</sup> M. Kemal Özergin, Eski Bir Rûzname'ye Göre İstanbul ve Rumeli Medreseleri, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Enstitüsü Dergisi, IV-V, İstanbul 1973-74, s. 263-264. Literatürde medreselerin "bozulması"ndan değil, devletin teorik açıdan politik, içtimai ve kültürel 'Batılılaşma'ya bağlı olarak medreselerin dışlanması ve ihmal edilmesinden bahsedilmesi gerektiği fikrini savununlar da mevcuttur. Ayrıntı için bk. Yaşar Sarıkaya, Osmanlı Medreselerinin Gerileme Meselesi: Eleştirel Bir Değerlendirme Denemesi, İslâm Araştırmaları Dergisi, Sayı: 3, 1999, s. 23-39.

nedenlerden birisidir. İstanbul'da birden fazla şer'îye mahkemesinin ve buna bağlı olarak birden fazla kadının aynı anda görev yapması bu bölgeyi tercih etmemizdeki diğer nedendir. Aynı zamanda nüfusun diğer şehirlere göre daha fazla olması ve bunun uzantısı olarak daha fazla çocuk düşürtme suçuna ilişkin kayıt bulabilme düşüncesi İstanbul şehrine odaklanmamıza sebep olan diğer husustur. Bu zaman diliminde ve anılan yerde bahsedilen suç tipini irdeleyerek geçmişten elde edilen tecrübeler ortaya konmuş olacaktır.

Zaman, mekân ve bakış açımızdaki hudutları bu şekilde belirtilen bu çalışma, çocuk düşürtme fiillerini Osmanlı Ceza Hukuku perspektifinden incelemektedir. Bu filleri, bir suç tipi olarak ceza hukuku boyutuyla ele almaktadır. Bu bağlamda suçun içinde yer aldığı kısas ve diyet suçlarının af, sulh, takibin şikâyete bağlı olması ve zamanaşımı açılarından bir takım ayrıcı özelliklerinin çocuk düşürtme suçuna anılan yüzyıl ve mekânda nasıl yansıdığı incelenecektir. Keza suçun unsurları hakkında verilen teorik bilgilerin söz konusu mekân ve zamandaki görünümü araştırılacaktır.

İslam Osmanlı ceza hukukunda çocuk düşürtme suçu, daha önce muhtelif bilim insanları tarafından çeşitli açılardan ele alınmıştır. Bu çalışmaların bir kısmı tarih, fıkıh gibi daha farklı disiplinler<sup>5</sup> açısından konuyu ele alırken bazıları ise bölge ve zaman aralığını daha geniş<sup>6</sup> tutabilmiştir. Bu çalışmayı nispeten farklı kılan husus, konuyu hukuki açıdan ele alıyor olmasının yanı sıra spesifik olarak İstanbul şehrine ve zaman olarak 17'nci yüzyıla odaklanmış olmasıdır. Anılan suçla ilgili olarak ifade edilen teorik bilgilerin, unsurların belirli bir mekân ve yerde pratiğe yansiyıp yansımadığı hususunun tespit edilebilmesi de çalışmayı ayırmaktadır.

Çalışmada çocuk düşürtme suçuyla doğrudan ilintili olan diğer ilmi eserlere yeri geldiğinde atıf yapılarak, konuyla ilgili ortaya konmuş olan bilimsel verilerden yararlanılacaktır. Bununla beraber suçun hayata yansımaları bulabileceğimiz şer'îye sicilleri, çalışma kapsamında ziyadesiyle istifade edeceğimiz birinci el kaynak olacaktır.

---

<sup>5</sup> İbrahim Hata, İslâm Hukukunda Çocuk Düşürme, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi SBE, İslam Hukuku Bilim Dalı, Bursa 2011.

<sup>6</sup> Fatma Şimşek / Haldun Eroğlu / Güven Dinç: Osmanlı İmparatorluğunda İskat-ı Cenin (Çocuk Düşürme), Uluslar arası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Sayı: 2/6, Kış 2009.

## II. ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇUNUN İSLAM OSMANLI CEZA HUKUKUNDAKİ YERİ

Çalışmaya, çocuk düşürtme suçunun İslam Osmanlı Ceza hukukundaki konumu izah etmekle başlanmalıdır. Zira bu şekilde suçun içerisinde yer aldığı suç kategorisinin ayrıcı özellikleri hakkında genel-teorik bilgi ortaya konabilecektir.

Malum olduğu üzere İslam Osmanlı Ceza Hukukunda genel olarak kabul edilen ayırım, suç ve cezaların had, kısas ve tazir suç ve cezaları olarak tasniflendirilmesidir<sup>7</sup>.

Had suçları, toplumsal yönü ağır basan, miktarı ve unsurları Şâri tarafından kesin olarak belirlenmiş olan belirli sayıdaki suç tipleridir<sup>8</sup>. Bu suç tiplerinde cezanın alt üst limiti mevcut olmadığı gibi, cezanın zaman ve mekana bağlı olarak değiştirilmesi de mümkün değildir. Af ve ıskatın bu suç kategorisi için uygulanamayacağını da ifade etmek gerekir.

Tazir suçları ise İslam hukuku kaynaklarında yasaklanmakla beraber cezası belirtilemeyen veya zamanın siyasi otoritesinin sınırlı yasama yetkisine bağlı olarak belirlendiği suç tipleridir<sup>9</sup>. Bu tasnifte yer alan suç tiplerinde sabit bir cezanın olmaması, hâkimin geniş takdir yetkisine sahip olması önemli vasıfları olarak karşımızda durmaktadır.

Çocuk düşürtme suçunun da içerisinde bulunduğu kısas ve diyet suç kategorisi, şahısların hayatına ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen fiiller ile ilintilidir<sup>10</sup>. Bu kategorideki suçların cezaları, had suçları gibi İslam hukuku kaynaklarında belirlenmiştir. Kısas ve diyet suçlarının temel özellikleri mağdurun ya da mirasçılarının suçluyu af yetkisine sahip olması, sulhun mümkün olması ve takibin şikâyete bağlı olmasıdır<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Halil Cin / Gül Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, 5. Baskı, Konya 2013, s. 233; Hasan Tahsin Fendoğlu, Türk Hukuk Tarihi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000, s. 451.

<sup>8</sup> Cin / Akyılmaz, 8. Baskı, s. 225 vd; Mehmet Âkif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 158.

<sup>9</sup> Cin / Akyılmaz, 8. Baskı, s. 225 vd; Aydın, 7. Baskı, s. 159.

<sup>10</sup> Cin / Akyılmaz, 8. Baskı, s. 225 vd; Aydın, 7. Baskı, s. 159.

<sup>11</sup> Mustafa Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yayınevi, 2. Baskı, Konya 2014, s. 18 vd; Cevat Akşit, İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları, Edebiyat Fakültesi Matbaası, İstanbul 1976, s. 60; Aydın, 7. Baskı, s. 159.



Zamanaşımına uğramayan bu suçlarda hafifletici nedenler de dikkate alınmamaktadır<sup>12</sup>.

Kıyas ve diyet suçlarının temel özelliklerini bu şekilde özetledikten sonra anılan özelliklerin, irdelenen suç, şehir ve zaman açısından pratiğe nasıl yansıdığını ortaya koymakta yarar vardır. Bu şekilde teorik bilgilerin uygulamaya yansımaları bir başka ifade ile teori-pratik uyumu sorgulanmış olacaktır.

### **III. KISAS SUÇLARININ AYIRICI ÖZELLİKLERİNİN 17'NCİ YÜZYIL İSTANBUL'UNDA GERÇEKLEŞEN ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇLARIYLA UYUMU**

Kıyas ve diyet suçlarının temel özelliklerinin mağdurun ya da mirasçılarının suçluyu af yetkisine sahip olması, sulhun mümkün olması, takibin şikâyete bağlı olması, zamanaşımına uğramaması ve hafifletici nedenlerin dikkate alınmaması olarak belirlemiş idik. Şimdi bu özelliklere anılan yüzyıl ve şehir açısından tek tek irdeleyeceğiz.

#### **A. Af Yetkisi Ve Sulhun Mümkün Olması Açısından Çocuk Düşürtme Suçu**

Af, İslam Ceza hukukunda sanık hakkındaki hukuki takibattan vazgeçme yada mahkumun cezasının bir kısmını veya tamamını bağışlama manasına gelir<sup>13</sup>. Af ile hakkında hüküm verilmiş suça bağlı olarak ortaya çıkan ceza, infaz edilmez veya cezalandırılabilir bir suç işlenmemiş sayılmaktadır<sup>14</sup>. Rastladığımız bir Şer'îye sicili, affin çocuk düşürtme suçu açısından Osmanlı pratiğine de yansıdığına işaret etmektedir. Hicri 27 Rebî'îlâhir 1077 (Miladi 27 Ekim 1666) tarihli sicilde İstanbul'un Ali Paşa-yı Atîk mahallesi sakinlerinden Hasan b. Yusuf (Yusuf oğlu Hasan) adlı kişi Mustafa b. Mehmed adlı kişi aleyhinde dava açtığı anlaşılmaktadır. Sicilde Hasan b. Yusuf, davalının Fatih Sultan Mehmed Camisinin yakınlarında hamile olan eşi Hatice bt.

<sup>12</sup> Avcı, Genel Hükümler, s. 18 vd; Cin / Akyılmaz, 8. Baskı, s. 225 vd.; Aydın, 7. Baskı, s. 159, 160.

<sup>13</sup> Fahrettin Atar, Af, DİA, C. 1, s. 395, [www.islamansiklopedisi.info](http://www.islamansiklopedisi.info) e.t: 18.03.2018; Mustafa Avcı, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Mimoza Yayınları, Konya 2014, s. 258.

<sup>14</sup> Avcı, THT, s. 258; Aydın, 7. Baskı, s. 183.

Abdullah'ın (Abdullah kızı Hatice'nin) karnını darp ettiğini, bu darptan dolayı organları oluşmuş olan cenini düşürdüğünü ifade etmektedir. Hasan b. Yusuf, kısas suçlarının özelliklerinden olan af yetkisini kullanarak çocuğunu düşüren Mustafa b. Mehmed hakkındaki davasını çekmiştir. Sicilde davacıya atfen '*...da'vâ-yı mezkûremden fâriğa olup husûs-ı mezbûra müte'allika da'vâdan mezbûr Mustafa'nın zimmetini ibrâ-i âmm-ı kâtî'ü'n-nizâ' ile ibrâ ve iskât eyledim ...*' geçen ifade af yetkisinin kullanıldığına işaret etmektedir. Zira davacı, anılan davadaki haklarından vazgeçtiğini, uyuşmazlık konusu hakkındaki tüm davalardan davalıyı ibra ettiğini, temize çıkardığını, akladığını ve davasını düşürdüğünü beyan etmektedir<sup>15</sup>. Şu durumda 17'nci yüzyıl İstanbul'unda çocuk düşürtme suçunun işlenmesi halinde teorinin ifade ettiği gibi affin uygulandığını görmüş oluyoruz.

Sulh, İslam Osmanlı Ceza hukukunda tarafların aralarındaki uyuşmazlığı, kendi istekleri, muslihûnun telkin ve tavsiyeleri ile çözüme kavuşturmasıdır<sup>16</sup>. Sulhun uygulandığı suç tiplerinde tarafların ortak

<sup>15</sup> Rifat Günalan / Mehmet Akman / Mustafa Oğuz, İstanbul Kadı Sicilleri Bâb Mahkemesi, 3 Numaralı Sicil, İsam yayınları, İstanbul 2011, Hüküm No: 46; '*Dârü'l-hilâfeti'l-aliyye Kostantiniyye el-mahmiyye'de Ali Paşa-yı Atik mahallesi sükkânından Hasan b. Yusuf nâm kimesne meclis-i şer'-i hatîr-i lâzımü't-tevkârde işbu râfi'ü'l-kitâb Mustafa b. Mehmed nâm kimesne mahzarında ikrâr ve takrîr-i kelâm edip bundan akdem mezbûr Mustafa mahmiye-i mahkiyede vâki' merhûm ve mağfûrun leh Fâtih Sultan Mehmed Hân hazretlerinin binâ eylediği câmi'-i şerîf kurbunda bir berber dükkânı içinde karpuz kabuğu ile zevcem olup hâmile olan Hatice bt. Abdullah Hâtun'un batnuna urup ol darbdan müstebînetü'l-hilka cenûn-i meyyit ilkâ eylediğinde mücebini mezbûr Mustafa'dan da'vâ ve taleb eylediğimde ol dahi inkâr etmekle beynimizde münâza'ât-ı kesîre cereyân etmişidi el-hâletü hâzihî da'vâ-yı mezkûremden fâriğa olup husûs-ı mezbûra müte'allika da'vâdan mezbûr Mustafa'nın zimmetini ibrâ-i âmm-ı kâtî'ü'n-nizâ' ile ibrâ ve iskât eyledim min ba'd mezbûr ile da'vâ ve husûmetim yokdur, sudûr dahi ederse lede'l-hükkâmi'l-kirâm istimâ' olunmasın dedikde gibbe't-tasdiki's-şer'î mâ vaka'a bi't-taleb ketb olundu. Fi'l-yevmi's-sâbi' ve'l-işrîn min şehri Rebî'ilâhîr li sene seb'a ve seb'în ve elf. Şuhûdü'l-hâl: Mustafa Efendi b. Turan el-İmâm, Yahya Efendi b. Mehmed el-İmâm, Ahmed Çavuş b. () el-Mübâşir, Hasan Efendi b. Ahmed el-Müezzîn, eş-Şeyh İvaz Efendi b. İshak, Şaban Ağa b. Mehmed, Hasan Çavuş b. Abdullah. (Bu çalışmaya metin içerisinde tekrar atf yapıldığında 'BAB03, C. 17, s. 569, Hüküm No: 700' örneğindeki format kullanılmıştır.)*

<sup>16</sup> Mustafa Avcı, Osmanlı Ceza Muhakemesinde Sulh (Uzlaştırma), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, Sayı: 1, Konya 2017, s. 26;

iradeleri söz konusu olur ve uyuşmazlık kadı huzuruna gitmeden çözümlenebilir<sup>17</sup>. Sulh, uzlaşma, iki taraflı hukuki işlemdir<sup>18</sup>. Mezkur dönem ve yerde anılan suçun sulh ile neticelendiğine ilişkin net kayıtlar mevcuttur. Örneğin Hicri 19 Safer 1087 (Miladi 3 Mayıs 1676) tarihli Kadı sicilinde İstanbul'un Güngörmez mahallesi sakinlerinden Zülfikar b. Abdullah adlı kişinin Hüseyin Efendi b. Yusuf aleyhine dava açtığı görülmektedir. Davacı, davalının hamile olan eşi Timurhan bt. Abdullah'ı kuyucu Hüseyin Bey adlı kişinin evinde yumruk ile darp ettiğini, bu darptan dolayı eşinin organları oluşmuş olan cenini düşürdüğünü iddia etmektedir. Davalının iddiayı reddetmesi üzerine aralarına muslihûnun<sup>19</sup> girdiğini görmekteyiz. Davalı, davacılar ile '*...beş guruş üzerine inşâ-i akd-i sulh eylediklerin...*'i, yani 5 kuruş karşılığında sulh anlaşması yaptıklarını; davacıların da bu akdi ve sulh bedelini kabul ettiklerini, kendisindeki tüm alacaklarını ibra ettiklerini iddia etmiştir. Kadı, sulh anlaşmasının yapıldığına ilişkin delil istemiş; davalı da iki şahit ile iddiasını ispat etmiştir. Bunun üzere Kadı, davanın reddine karar vererek, çocuk düşürtme suçunda tarafların sulh olmaları halinde işbu sulhun geçerli olduğuna hükmetmiş olmaktadır<sup>20</sup>. Çocuk düşürtme suçundan dolayı tarafların sulh olduklarına ilişkin örnekleri çoğaltabiliriz.

---

Ahmet Kılınç, Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabuluculuğu, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri C. II, Editör Prof. Dr. Fethi Gedikli, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 23.

<sup>17</sup> Kılınç, Muslihûn, s. 23.

<sup>18</sup> Davut Yaylalı, İslam Hukukunda Sulh, İstanbul 1993, s. 16; Avcı, THT, s. 256.

<sup>19</sup> Muslihûn hakkında teferruatlı bilgi için bk. Kılınç, Muslihûn, s. 15-83.

<sup>20</sup> Salih Kahrıman / Fuat Recep / Sabri Atay / Hüseyin Kılıç / Yılmaz Karaca / Rasim Erol, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 18 Numaralı Sicil, İsam, İstanbul 2010, Hüküm No: 194; '*Mahmiye-i İstanbul'da Güngörmez mahallesi sâkinlerinden Zülfikâr b. Abdullah nâm kimesne kendi tarafından asâleten ve zevce-i menkûhası Timurhan bt. Abdullah nâm hâtun tarafından husûs-ı âti'l-beyâna vekil olduğu nehc-i şer'î ve tarik-i mer'î üzere sâbit olmağla vekâleten meclis-i şer'-i şerîfde Tabbâhîn-i hâssa imâmı olan bâ'is-i hâze'l-kitâb Hüseyin Efendi b. Yusuf nâm kimesne mahzarında üzerine da'vâ ve takrîr-i kelâm edip târih-i kitâbdan üç gün mukaddem mezbûr Hüseyin Efendi kuyucu Hüseyin Bey nâm kimesnenin menzilin[d]e zevcem müvekkile-i mezbûre Timurhan'ı yumruk ile darb etmekle ol darbdan nâşî zevcem mezbûr[e] Timurhan hâmile olmağla müstebîn-i hulka bir müzekker cenîn meyit ilkâ etmekle hâlâ mezbûr Hüseyin Efendi'ye suâl olunup*

Görüldüğü üzere 17'nci yüzyıl İstanbul'unda çocuk düşürtme suçunun işlenmesi halinde teorinin ifade ettiği gibi sulhun sıklıkla başvurulan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak uygulandığı anlaşılmaktadır. Uyuşmazlığın çözümünde araya muslihûnun girmesi de dikkate değer diğer bir konudur. Uyuşmazlıkların çoğunun sulh ile çözümlenmesi, toplumda uzlaşma kültürünün mevcut olduğunu göstermektedir diyebiliriz.

---

*mûceb-i şer'iyyesi icrâ olunmak matlûbumdur dedikte gibbe's-suâl mezbûr Hüseyin Efendi cevâbında husûs-ı mezkûru bi'l-küllîye inkâr ettikten mâ'adâ müdde'î-i mezbûr ile zevcesi mezbûre Timurhan bundan akdem husûs-ı mezkûru benden da'vâ eylediklerinde beynimizde nizâ'-ı küllî vukû'undan sonra muslihûn tavassut edip mezbûrân Zülfikâr ve Timurhan ile beynimizde beş gurusu üzerine inşâ-i akd-i sulh eylediklerinde mezbûrân Zülfikâr ve Timurhan rızâlarıyla sulh-ı mezbûr[su] kabûl ve bedel-i sulh olan meblağ-ı mezbûru yedimden ahz u kabz eylediklerinden sonra husûs-ı mezbûra müte'allik da'vâdan benim zimmetimi ibrâ ve iskât etmişler idi deyû def' ile mukâbele edicek gibbe'l-istintâk ve'l-inkâr merkûm Hüseyin Efendi'den def'-i mezbûrunu mübeyyine beyyine taleb olundukda mahalle-i mezbûre ahâlîsinden Mehmed Ağa b. Osman ve Mustafa Çelebi b. Receb ve Mehmed b. Ali nâm kimesneler li ecli's-şehâde meclis-i şer'a hâzîrûn olup istişhâd olunduklarında fi'l-hakîka mezbûrân Zülfikâr ve Timurhan bundan akdem husûs-ı mezkûru mezbûr Hüseyin Efendi'den taleb ve da'vâ eylediklerinde beynlerinde nizâ'-ı küllî vukû'undan sonra muslihûn tavassut edip mezbûrân Zülfikâr ve Timurhan'ı beş gurusu üzerine sulh ettiklerinde mezbûrân Zülfikâr ve Timurhan'dan her biri rızâlarıyla sulh-ı mezbûru bizim huzûrumuzda kabûl ve bedel-i sulh olan meblağ-ı mezbûru merkûm Hüseyin Efendi yedinden ahz ettiklerinden sonra husûs-ı mezbûra müte'allika da'vâdan mezbûr Hüseyin Efendi'nin zimmetini ibrâ ve iskât etmişlerdi biz bu husûsa bu vech üzere şahidleriz, şehâdet dahi ederiz deyû her biri [edâ-i şehâdet-i şer'iyye] [48b] ettiklerinde ba'de't-ta'dîl ve't-tezkiyye şehâdetleri makbûle olmağın mûcebince müdde'î-i mezbûr ber vech-i muharrer mu'ârazadan men' olunup mâ vaka'a bi't-taleb ketb olundu. Fi'l-yevmi't-tâsi' aşer min Saferi'l-hayr li sene seb'a ve semânîn ve elf. Şuhûdü'l-hâl: Mehmed Çavuş b. İbrahim, Mustafa Çelebi b. İbrahim, Ahmed Çelebi b. Ahmed, İbrahim Çelebi b. Mehmed, Osman Çelebi b. Ömer, Veli Bey b. Mahmud.' (Bu çalışmaya metin içerisinde tekrar atıf yapıldığında 'İstanbul18, C. 18, s. 229, Hüküm No: 194' örneğindeki format kullanılmıştır.).*

## B. Takibin Şikâyete Bağlı Olması Açısından Çocuk Düşürtme Suçu

Belirtildiği üzere kısas suçlarının bir diğer özelliği de takibin şikâyete bağlı olmasıdır. Bir suçun takibinin şikâyete bağlı olması başka bir ifade ile kovuşturmanın hususiliği, failin kısas ve diyet cezasına çarptırılabilmesi için mağdurun veya belirli derecedeki yakınlarının şikâyette bulunmalarını gerekli kılar<sup>21</sup>. İncelediğimiz yüzyıl ve şehirde kadı huzuruna gelmiş tüm çocuk düşürtme suçlarında takibin şikâyete bağlı olduğunu görmekteyiz. “...zevci *Mehmed b. Abdullah meclis-i şer‘-i şerîfde sâhib-i hâze‘l-kitâb Piyâle b. Abdullah muvâcehesinde bi‘l-vekâle ikrâr ve takrîr-i kelâm edip... darbı sebebiyle ilkâ-i cenîn etti deyû... da‘vâ edip...*”<sup>22</sup> kaydını örnek olarak verebiliriz. Bu vakada çocuğunu düşüren kadının kocası, davalının yüzüne karşı söz alıp davalının darbı sebebiyle çocuğun düştüğünü ileri sürmektedir. Yani baba, çocuk düşürtme suçunda asaleten davacı konumda olmaktadır<sup>23</sup>. Söz konusu suç hakkında kadınların da asaleten davacı olduğuna ilişkin kayıtlar mevcuttur<sup>24</sup>.

Kayıtlarda “*ikrâr ve takrîr-i kelâm edip... da‘vâ ve taleb edip*” veya “*ihkâk-ı hak olunmak matlubumdur*”<sup>25</sup> ya da “*da‘vâ ve takrîr-i kelâm edip*”<sup>26</sup> gibi kalıplaşmış<sup>27</sup> ifadeler bu suç tipinde yargılamanın

<sup>21</sup> Ergün Şahin, Ceza Yargılamasının Tarihçesi, TAAD, Yıl: 5, Sayı: 18, Ankara 2014, s. 373; Mehmet Akman, Osmanlı Devlet’inde Ceza Yargılaması, Eren Yayınları, İstanbul 2004, s. 28, 29.

<sup>22</sup> Yılmaz Karaca / Rasim Erol / Salih Kahriman / Fuat Recep / Sabri Atay / Hüseyin Kılıç, İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 3 numaralı sicil, C. 13, İsam, İstanbul 2010, s. 137, Hüküm No: 138.

<sup>23</sup> İlerleyen yüzyıllarda babaların, kendilerinden habersiz çocuklarını düşürten eşleri hakkında dava açtıklarına ilişkin kayıtlara da rastlanılmaktadır: “...zevce-i mutlakam olan Ayşe nâm hâtûn bu kullarından izinsiz üç defâ ilâçla kasden hamlini meyyit düürüb üç bile evlâdını itlâf-ı nesl zâyi etmekle mezbûreden ber-muktezâ-yı şer‘ üç adet evlâdlarımın dem diyetlerini taleb ve ihkak-ı hakk murâd eylediğimde...” 6 Ramazan 1179 (16.02.1766) tarihli belge için bk. Şimşek / Eroğlu / Dinç, 597. Ancak belirtmeliyiz ki işbu belge iddia edildiği üzere ıskat-ı ceninin yasak olmasına ilişkin Osmanlı Devleti’ndeki ilk belge değildir.

<sup>24</sup> BAB03, C. 17, s. 569, Hüküm No: 700.

<sup>25</sup> BAB03, C. 17, s. 569, Hüküm No: 700.

<sup>26</sup> İstanbul18, C. 18, s. 229, Hüküm No: 194.

şikâyet ile başladığını göstermektedir. Zira mezkûr ifadeler, davacıların vakayı söylediklerine, çocuk düşürtmeye ilişkin dava açtıklarına ve haklarını aradıklarına işaret etmektedir.

İnceleme yaptığımız zaman ve mekan sınırları içerisinde başka suçlarda re'sen yürütülen soruşturma ve davaların mevcut olduğunu görmekteyiz. Nitekim muhızır, bostancıbaşı, subaşı, asesbaşı, odabaşı, muhtesip gibi görevliler, re'sen yürütülen soruşturmalarda aktif rol almışlardır<sup>28</sup>. Örneğin bir kayıtta "...asesbaşı olan fahrü'l-emâsil ve'l-akrân Nasûh Yayabaşı mahfil-i kazâya Mustafa nâm kimesneyi ihzâr edip mezbûr Mustafa mahmiye-i mezbûrede Katırcılar hânı demekle ma'rûf handa ebnâ-i sipâhiyândan Ferhad bir kimesnenin odasını açıp esbâb ve erzâkını sirkat eyleyip mahrûse-i Üsküdar'da Seyyid Mustafa b. es-Seyyid Hasan'ın evine vaz' eylemiş üzerine varılıp vukû'ı üzre tahrîr olunmasının taleb ederim dedikde..."<sup>29</sup> denilerek herhangi bir şikâyet olmaksızın

<sup>27</sup> Osmanlı Devlet'inde kadının hakkında hüküm verdiği meseleyi nasıl yazıya geçireceği, hangi ibareleri hangi usulle yazacağı hakkında yardımcı olmak üzere, muhtelif meselelere dair mahkemelerde tutulan kayıtların numunelerini içeren sakk mecmuası adı altında rehber niteliğinde dokümanlar vardır. Ayrıntılı bilgi için bk. Ümit Ekin, Sakk Mecmualarının Tarih Araştırmalarında Kaynak Olarak Kullanılması Üzerine Bir Deneme, Bilig, Bahar 2010, Hoca Ahmet Yesevi Üniversitesi, Sayı: 53, s. 115 vd. ve Süleyman Kaya, Mahkeme Kayıtlarının Klavuzu: Sakk Mecmuası, Türk Hukuk Tarihi Sayısı, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C. 3, Sayı: 5, İstanbul 2005, s. 380 vd. Kadı sicillerinin nasıl tutulacağına ilişkin sakk mecmuaların mevcut olması, ülkenin her yerinde kayıtların prensip itibariyle belirli bir standarda uymasını ve kalıplaşmış ifadelerin kullanılmasını sağlamıştır. Şer'îye sicillerinin dili üzerine yapılmış bir çalışma için bk. Hatice Şahin, Bursa Şer'îyye Sicillerinin Dili Üzerine Bir İnceleme Denemesi, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 12, Sayı: 1, Elazığ, 2002, s. 102 vd. Kalıplaşmış ifadeler, belgelerin yazımı ve algılanmasını hızlandırmakta ve tasarruf sağlamaktadır; Muhittin Eliaçık, Osmanlı Arşiv Belgelerinde Kalıplaşmış Zarf, Sıfat, Edat vd. İfadeler, Turkish Studies – International Periodical For the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic, Sayı: 7/3, Summer 2012, Ankara, s. 1125.

<sup>28</sup> Kamer Kal Hussien, Osmanlı Ceza Yargılamasında Soruşturma, V. Lisansüstü Çalışmaları Kongresi, Bildiri Kitabı III, İlem İstanbul 2016, s. 136.

<sup>29</sup> Rıfât Günalan / Mehmet Canatar / Mehmet Akman, İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil, C. 10, İsam, İstanbul 2010, s. 548, Hüküm No: 1064 (Bu çalışmaya metin içerisinde tekrar atıf yapıldığında

hırsızlık suçunda asesbaşının kovuşturmayı başlattığını görebiliyoruz<sup>30</sup>. Bu açıdan bakıldığında da çocuk düşürtme suçlarında suçtan zarar görenlerin dışındaki kişilerin şikâyetçi olmaması, dava açmaması, kovuşturmayı talep etmemesi bu suçların takibinin şikâyet ile yapıldığını gösteren başkaca delildir.

Literatürün aktardığı bilgiyle uyumlu bir şekilde, 17'nci yüzyıl İstanbul'unda çocuk düşürtme suçları şikâyet edilmesi halinde kovuşturulmuş ve neticeye bağlanmıştır. Bu suçların re'sen yürütüldüğüne işaret eden herhangi bir vakianın olmaması da bu açıdan teori pratik uyumunun mevcut olduğunu kanıtlamaktadır. Bu veriler bize dönemin hukukçu ve idarecilerinin usule uygun hareket ettiklerine işaret etmektedir.

Tahlil edilen dönemde görev yapan kadıların usul hukukuna uygun hareket ettiklerine işaret eden başkaca tespitler de mevcuttur. Osmanlı ceza yargılamasında “*gyapta yargılama yapılmaması ilkesi*”nin<sup>31</sup> gereği olarak davalının hazır bulunması istenmiştir. Bu ilkenin işbu dönem ve yerde çocuk düşürtme suçu açısından uygulanmaya çalışıldığını ifade edebiliriz. “*Hüseyin Efendi b. Yusuf nâm kimesne mahzarında*”<sup>32</sup>, “*Piyâle b. Abdullah muvâcehesinde*”<sup>33</sup>, “*İmâm Es-Seyyid Abdülganî Efendi b. Hasan mahzarında*”<sup>34</sup> gibi ifadeler fikrimizi teyit etmektedir<sup>35</sup>.

### C. Zamanaşımı Açısından Çocuk Düşürtme Suçu

Zamanaşımı da kısas suçları açısından önem arz eden başkaca bir hukuki argümandır. Hanefî kaynaklarında “tekâdüm” kavramı ile ifade

---

‘*USKUDAR84, C. 10, s. 548, Hüküm No: 1064*’ örneğindeki format kullanılmıştır.).

<sup>30</sup> Görüldüğü üzere had suçlarında kovuşturmanın kamasallığı ilkesi yani koğuşturmanın devlet tarafından, devletin bu iş için oluşturduğu organlarla yürütülmesi had suçları açısından uygulanmaktadır; Şahin, s. 373.

<sup>31</sup> Akman, s. 32.

<sup>32</sup> İstanbul18, C. 18, s. 229, Hüküm No: 194.

<sup>33</sup> İstanbul03, C. 13, s. 137, Hüküm No: 138.

<sup>34</sup> BAB03, C. 17, s. 569, Hüküm No: 700.

<sup>35</sup> İslam yargılama hukukunda görmüş olduğumuz bu ilke çok sonraları Mecelle’de “*Hîn-i davada hasmın huzuru şarttır*” (md. 1618) ve “*Hîn-i hükümde tarafeynin huzuru şarttır*” (md. 1830)” şeklinde kodifiye edilecektir.

edilen zamanaşımını ceza hukuku açısından ikiye ayırmak gerekmektedir. Bunlardan birisi işlenen suçun dava edilmesi diğeri ise cezaya hükmedildikten sonra cezanın infazında karşımıza çıkmaktadır. Dava zamanaşımı, dava etme hakkının kanunda belirtilen süre içinde kullanılmamasından dolayı kaybedilmesi iken; ceza zamanaşımı kesinleşmiş cezanın belirli bir süre geçmesi nedeniyle infazının gerçekleşmemesini sağlamaktadır<sup>36</sup>.

Hanefi hukukçuların çoğunluğu, kul hakkının baskın olmasını dikkate alarak, kısas ve diyet cezalarının zamanaşımına uğramayacağı fikrindedirler<sup>37</sup>. Bununla birlikte Ali Haydar Efendi, Mecelle'nin 1660'ıncı maddesini izah ederken, kısas davasının 15 senelik zamanaşımına tabi olduğunu ifade etmiştir<sup>38</sup>. Keza Osmanlı uygulamasında kısas suçlarında 15<sup>39</sup> ve/veya 20<sup>40</sup> yıllık dava zamanaşımı

<sup>36</sup> Yaşar Yiğit, İslam Ceza Hukuku Hükümlerine Etkisi Açısından Zamanaşımı, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, Konya, Sayı: 3 Haziran-2004 s. 157-158; Fendoğlu, s. 449.

<sup>37</sup> Abdulkadir Udeh, Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, Tercüme Ali Şafak, Rehber Yayıncılık, Ankara 1990, C. I, s. 779; Abdüsselam Arı, İslâm Hukukuna Göre Hukuk ve Ceza Davalarında Zamanaşımı, İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı: 11, İstanbul 2005, s. 85; Fendoğlu, s. 449.

<sup>38</sup> Ali Haydar Efendi, Düreru 'l-hukkâm Şerhi Mecelleti'l-Ahkam, Gül Neşriyat, İstanbul bila tarih, C. IV, s. 338.

<sup>39</sup> Akman, s. 115. Kısas suçlarında 15 senelik zamanaşımının geçerli olduğuna ilişkin kayıt için bk. “Yazıldı. Nisânlu kâgıda yazılıp Dergâh-ı Âli çavuslarından Hacı Çavus'a virildi. Seferihısâr ve Eskisehir kâdılarına\* hüküm ki: Bundan akdem Kırsehrinde ze'âmete mutasarrıf olup sekvâ olunmagla bi'l-fi'l mahbûs olan Sâhrûh'un üzerinde olan hukûk-ı müslimîn görülmesin emridüp buyurdum ki: Mezbûrun vekîli Yûsuf varup vusûl buldukda, mezkûrdan her kim gelüp da'vâ-yı hak iderler ise –ki, bir def'a ser'le faslolunmuş olmayup ve on bes yıl terkolunmuş da'vâ olmaya– husamâ muvâcehesinde onat vechile hak üzre tefs eyleyüp göresiz; mezbûrdan hak da'vâ idenlerden üzerinde her kimün hakkı bi-hasebi's-ser' sâbit ü zâhir olur ise ashâb-ı hukûka hakların hükmidüp alıvirdükden sonra za'im-i mezbûrun üzerine sübût u zuhûr bulan mevâddı tafsîli ile yazup defter idüp Südde-i Sa'âdetüm'e arzeyeysiz. Bu bâbda tamâm hak üzre olup hiç bir cânibe meyl ü muhâbâ itmeyüp ser'a muhâlif is olmakdan ve hilâf-ı vâkı' kazıyye arzolunmakdan hazer eyleyesiz.” Hacı Osman Yıldırım / Vahdettin Atik / Murat Cebecioğlu / Muhammed Safi / Mustafa Serin / Osman Uslu / Numan Yekeler, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı



olabileceğine ilişkin fetva ve hükümlerin varlığını da göz ardı etmemek gerekir. Nitekim incelediğimiz yüzyılda kısas suçları açısından Padişah fermanları ile 15 yıllık zamanaşımının mevcut olduğunu gözlemliyoruz<sup>41</sup>. Bu zamanaşımı sürelerinin birer örfi hukuk düzenlemesi olduğu kanaatine sahibiz.

İRdelediğimiz yüzyıl ve şehirde kadı sicillerine geçmiş çocuk düşürtme suçlarının hiçbirisi ne dava zamanaşımı ne de ceza zamanaşımı nedeniyle reddedilmemiştir. Genel olarak kayıtlarda çocuğun düşmesine neden olduğu iddia edilen fiilden çok kısa bir süre sonra davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Örneğin Galata'da Bedreddin Mahallesinde sakin Aişe bt. Yusuf "...târih-i kitâbdan beş gün mukaddem... mezbûr es-Seyyid Abdülganî Efendi beni bi gayrı hakkın şer'î sırk ve depme ile darb edip mezbûrun darbindan nâşî müstebînü'l-hilka bir cenîn ilkâ

---

Arşivi Daire Başkanlığı, Yayın Nu: 28, 6 Numaralı Mühimme Defteri, C. 1, Hüküm No: 372, Ankara 1995, s. 221.

<sup>40</sup> "Yirmi sene bila özür terk olunan kısas davası mesmu olmaz" Ali Efendi, Fetava, II/86'dan aktaran Avcı, THT, Konya, Mimoza Yayınları, 2014, s. 253. Tanzimat sonrası Osmanlı Ceza Hukukunda da 20 senelik zamanaşımının söz konusu olduğunu gözlemlemekteyiz. Türkzâde Hafız Mehmed Ziyâeddin Efendi, Osmanlı Hukuk Sözlüğü, Haz. Fethi Gedikli, İbrahim Enes Onat, Oniki levha yayınları, İstanbul 2017, s. 184.

<sup>41</sup> Adam öldürme suçuna ilişkin 15 yıllık zamanaşımına dikkat edilmesi "...müteveffânun vârisleriyle muvâcehe eyleyüp bir def'a faslolunmayup on bes sene mürûr itmis değil ise hakk üzre göresin..." ifadesi ile belirtilmektedir. Bk. Hacı Osman Yıldırım / Vahdettin Atik / Murat Cebecioğlu / Ayhan Özyurt / Mustafa Serin / Fuat Yavuz / Numan Yekeler, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı Yayın Nu: 47, 82 numaralı Mühimme Defteri, Ankara 2000, Hüküm No: 17, s. 14. Başkaca örnekler için bk. BOA, 82 numaralı Mühimme Defteri, Ankara 2000, Hüküm No: 8 ve 10, s. 8, 9. Bu gibi durumlarda tazir cezasının verildiğine rastlanılmaktadır. Örnek bir kayıt için bk. Mehmet İpşirli, XVI. Asrın İkinci Yarısında Kürek Ceza ile İlgili Hükümler, İÜEF Tarih Enstitüsü Dergisi, Sayı: 12, 1982, s. 240. Tanzimat sonrası Osmanlı hukukunda da kısas suçlarının 15 senelik zamanaşımına tabi olduğu, Ali Haydar Efendi tarafından Mecelle'nin 1660'ıncı maddesine dayandırılmaktadır. Ali Haydar Efendi, C. IV, 338. Kanaatimizce buradaki zamanaşımı dava zamanaşımıdır; Ahmet KILINÇ, Mecelle'ye Göre Zamanaşımı: Uygulamada Görülen Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri, Türkiye Adalet Akademisi Uluslararası Mecelle Sempozyumu, Türkçe Tebliği Elektronik Kitabı, Bursa, 25-27 Eylül 2017, s. 191.

*etmiş[im]dir...*"<sup>42</sup> diyerek dava açtığı vakanın üzerinden beş günün geçtiğini anlamaktayız. Bu süre diğer çocuk düşürtme suçlarına ilişkin kayıtlarda vakanın üzerinden geçen üç, dört, on yedi gün şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Bazı olaylarda ise iddia edilen suçun ika edildiği vakit belirtilmemektedir. Örneğin Ali Paşa sakinlerinden Mehmed b. Abdullah karısı adına vekâleten açtığı davada "*ikrâr ve takrîr-i kelâm edip, bundan akdem mezbûr Piyâle müvekkilem mezbûre Fâtuma'yı darb edip onun darbı sebebiyle ilkâ-i cenîn etti deyû merkûm Piyâle'den da'vâ...*" ettiği belirtilmektedir.<sup>43</sup> Görüldüğü üzere vakanın ne zaman gerçekleştiğine bir atıf yoktur.

Tahlil edilen dönemde çocuk düşürtme suçlarının 15 senelik zaman dilimi içerisinde görülmesi gerektiğine ilişkin bir fermana rastlamadık. Ancak başta adam öldürme olmak üzere diğer kısas suçlarında 15 senelik zamanaşımın geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Araştırılan dönemde 15 sene önce ika edildiği ileri sürülen çocuk düşürtme suçuna rastlanmamıştır. Bunu hemen hemen tüm vakalarda suç tarihinin belirtilmesinden anlamaktayız. Suç tarihinin belirtilmesi bir yandan örfi hukuk ile oluşturulduğunu düşündüğümüz 15 senelik zamanaşımı süresinin geçip geçmediğini belirlemek diğer taraftan suçun ispatlanması ve maddî vakanın net olarak anlaşılmasını sağlamak için elzemdir. Belirtildiği üzere sadece bir kayıta suçun ne zaman işlendiği belirtilmemiştir. Kanaatimizce bu usuli bir hatadan kaynaklanmaktadır: Kadı veya kâtibin sehven gerçekleştirdiği bir hata ile yazılmamıştır. Zira İslam ceza hukukunda zamanaşımı, fertlere değil, topluma fayda sağlama esasına dayandığı için kadı, sanık ve mahkûm tarafından ileri sürülmesine bile zamanaşımını kendiliğinden nazar-ı dikkate alır ve şahitlere suçun ne zaman işlendiğini sormalıdır<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> BAB03, C. 17, s. 569, Hüküm No: 700.

<sup>43</sup> İSTANBUL03, C. 13, s. 137, Hüküm No: 138. Vaka tarihinin kayıt altına alınmadığı başkaca örnekler de vardır: BAB03, C. 17, s. 117, Hüküm No: 46.

<sup>44</sup> Kemal İbnü'l-Hümâm, Fethul'kadîr, Bulak 1316. IV, 115; Mevsîlî, Abdullah b. Mahmûd, *el-lhtiyâr li ta'lîl'l-muhtâr*, Kahire, 1951 IV, 80'den aktaran Arı, s. 83; Akman, s. 115.

#### IV. 17'NCİ YÜZYIL İSTANBUL'UNDA CEZA NORMLARININ UYGULANMA ALANI AÇISINDAN ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU

Ceza normlarının uygulanma alanı denildiği vakit, ceza mevzuatının zaman, kişi ve yer bakımından uygulanma farklılıklarının olup olmadığı sorgulanmaktadır. Şimdi bu üç açıdan çocuk düşürtme suçunu 17'nci yüzyıl İstanbul'unda ayrı ayrı ele alacağız.

##### A. Zaman Bakımından Uygulanma

Zaman bakımından uygulanmadan ceza normlarının yürürlüğe girdikten sonraki fiillere uygulanması akla gelmelidir. Kısa suçları içerisinde yer alan çocuk düşürtme suçu da ayet ve hadislerle belirlenmiş olduğu için ayetin nazil, hadisin varit olmasından sonraki olaylara uygulanmasında tereddüt yoktur<sup>45</sup>. 17'nci yüzyılın muhtelif dönemlerinde de çocuk düşürtme suçuna ilişkin vakaların kendi öz şartları dikkate alındığında bu ilkenin tereddütsüz uygulandığını görmekteyiz. Kayıtlarda Hicri takviminin başındaki ve ortasındaki Rebî'îlâhir<sup>46</sup>, Şa'bâni<sup>47</sup>, Safer<sup>48</sup>, Receb<sup>49</sup> gibi aylarda anılan suç tipine ilişkin hükümlere rastlanılmaktadır. Her olay kendi özellikleri çerçevesinde hukuki açıdan değerlendirilmiş ve neticelendirilmiş olsa da çocuk düşürtme suçuna ilişkin ceza normlarının zaman bakımından uygulanmasında bir ihtilaf söz konusu değildir. Bu durum, İslam hukukunun yüzyıllar boyunca değişmeden başarılı bir şekilde uygulanabildiğini ortaya koyan yüzlerce örnekten biri olarak yorumlanabilir.

##### B. Kişi Bakımından Uygulanma

Ceza normlarının kişi bakımından uygulanmasından, ceza hukuku kurallarının insanlar arasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın ve kuralların herkese eşit bir şekilde uygulanması anlaşılmalıdır. Osmanlı

<sup>45</sup> Avcı, THT, s. 190; Aydın, THT 2010, s. 163; Fendoğlu, s. 440.

<sup>46</sup> BAB03, C. 17, s. 117, Hüküm No: 46.

<sup>47</sup> BAB03, C. 17, s. 569, Hüküm No: 700, aynı cilt, s. 629, Hüküm No: 799.

<sup>48</sup> İSTANBUL18, C. 18, s. 229, Hüküm No: 194; aynı cilt, s. 255, Hüküm No: 223.

<sup>49</sup> BAB03, C. 17, s. 389, Hüküm No: 451.

Devleti'nde bu husustaki farklı uygulamalarının devlet başkanı, diplomatlar, zimmiler ve kölelere ilişkin olabildiği ifade edilmektedir<sup>50</sup>.

Belirtimiz bu dört gruptan köleler ile ilgili tahlilimizi ifade ile başlayabiliriz. Yaptığımız araştırmalar kapsamında çocuk düşürtme suçundan dolayı kölelerin ne mağdur olduklarına ne de fail olduklarına işaret eden hükümlere rastlamadık. Kölelerin mağdur ya da fail olduklarına ilişkin kayda rastlamamamız, elbette kadın kölenin çocuk düşürtme suçunda mağdur olmadığı veya kölelerin çocuk düşürtme suçunu hiçbir şekilde işlemediği sonucunu kesin bir şekilde ortaya koymaz. Ancak böyle durumların az rastlanılan vakalar olduğuna işaret edebilir.

Ceza normlarının kişi bakımından uygulanmasında dikkat edilmesi gereken diğer kesim de askerilerdir. Askeriler, Osmanlı Devlet'inde özellikle vergi hukuku açısından bir takım muafiyetlere sahip olan, bununla beraber can ve mal güvenliği açısından daha kötü bir konumda olduğu ifade edilen Osmanlı yöneticileridir<sup>51</sup>. Çocuk düşürtme suçunda askerî kesimin sanık olabildiğine ve mezkur suçtan ötürü yargılandığına ilişkin örnekler 17'nci yüzyıl Pay-ı Taht'ında rastlanılmaktadır. Örneğin Hicri 19 Safer 1087 (Miladi 3 Mayıs 1676) tarihli Kadı sicilinde İstanbul'un Güngörmez mahallesi sakinlerinden Zülfikar b. Abdullah adlı kişi '*... Tabbâhîn-i hâssa imâmı olan bâ'is-i hâze'l-kitâb Hüseyin Efendi b. Yusuf nâm kimesne mahzarında üzerine da'vâ ve takrîr-i kelâm edip târih-i kitâbdan üç gün mukaddem mezbûr Hüseyin Efendi kuyucu Hüseyin Bey nâm kimesnenin menzilin[d]e zevcem müvekkile-i mezbûre Timurhan'ı yumruk ile darb etmekle ol darbdan nâşî zevcem mezbûr[e] Timurhan hâmile olmağla müstebîn-i hılka bir müzekker cenîn meyyit ilkâ etmekle hâlâ mezbûr Hüseyin Efendi'ye suâl olunup müceb-i şer'iyyesi icrâ olunmak matlûbundur...*<sup>52</sup> diyerek dava açmaktadır. Sanığın *Tabbâhîn-i hâssa imâmı* yani saray aşçıları imamı, lideri olduğu açık bir şekilde yazılıdır. *Tabbâhîn-i hâssa imâmının* mutfağın idari işlerini yürütme ve denetleme görevi olduğu ifade edilmektedir<sup>53</sup>. Bu açıdan bu görevlinin saray hizmetlileri<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Cin / Akyılmaz, 5. Baskı, s. 240; Fendoğlu, s. 447, 448.

<sup>51</sup> Gül Akyılmaz, Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf-Reaya Ayırımı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1-2, 2004.

<sup>52</sup> İSTANBUL18, C. 18, s. 229, Hüküm No: 194.

<sup>53</sup> Arif Bilgin, *Ottoman Palace Cuisine of the Classical Period*, <http://www.muslimheritage.com/article/ottoman-palace-cuisine-classical->

kategorisinde askeri kesim, yönetici kesim olarak nitelendirilmesinde sakınca yoktur. Kayıt da bize yönetici kesimden kişilerin de çocuk düşürtme suçundan ötürü Kadı huzurunda yargılanabildiklerini göstermektedir. Failin askeri kesimden olması ona bir ayrıcalık kazandırmamış, reayada da olduğu gibi uyuşmazlığın muslihûnun çözdüğü şekliyle neticelenmesine hüküm verilmiştir.

Ceza kurallarının kişi bakımından uygulanmasında Osmanlı Devleti'nde dikkat edilmesi gereken diğer kesim zimmilerdir. Zimmi, İslam topraklarında sürekli olarak yaşama hakkına sahip olan Ehl-i Kitaplara verilen genel isimdir<sup>55</sup>. Şer'iyeye sicillerindeki kayıtlardan zimmilerin de çocuk düşürtme suçunda hem mağdur hem de fail oldukları görülmektedir. Örneğin '*...Magır v. Mıgırđıç nâm Ermeni dîvân-ı kâimmakâm-ı sadr-ı a'zamîde ma'kûd olan mahfil-i kazâda, işbu râfi'ü'l-Kitâb İsmail Beşe b. Ahmed mahzarında üzerine takrîr-i da'vâ edip zevcem mezbûre Tamam firâşımdan hâmil iken mezbûr İsmail Beşe târih-i kitâbdan dört gün mukaddem bi gayri hakkın amden mezkûre Tamam'ın karnına darb edip ol darbın şiddetinden bir cenîn-i meyyit ittikâ? ve iskât etmişdir, hâlâ suâl olunup mücebi icrâ olunmak matlûbumdur dedikte ...*'<sup>56</sup> ifadesinden anlaşıldığı üzere Magır V. Mıgırđıç, İsmail Beşe b. Ahmed hakkında dava açmaktadır. Dava konusu da sanığın, davacının eşi olan Tamam bt. Serkis adlı kadının karnına vurmasına bağlı olarak çocuk düşürtmesi fiiline ilişkindir. Davalının Müslüman olması, davacının Ermeni bir Hristiyan olması, çocuk düşürtme suçunda yargılamanın yapılması açısından bir engel teşkil etmemektedir.

---

[period#ftnref4](#) e.t.: 06.04.2017 İsmail Hakkı Uzunçarşılı, Osmanlı Devleti'nin Saray Teşkilatı, TTKY, Ankara 1984, s. 379.

<sup>54</sup> Stanford Shaw, Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye, C. I, İstanbul 1982, s. 167'den aktaran Cin / Akyılmaz, 5. Baskı, s. 127. Tabbâhînleri Osmanlı Taşra saray bürokrasisinde de görmek mümkündür; Feridun M. Emecen, *Osmanlı Taşrasında Saray Bürokrasisi: Şehzade Selim'in Kazayâ Defteri*, Osmanlı Araştırmaları, XLVI, 2015, s. 222.

<sup>55</sup> Gülnihal Bozkurt, İslam Hukukunda Zimmilerin Hukuki Statüleri, Prof. Dr. Kudret Ayiter'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 1998, s. 119. Klasik dönemde zimmilerin İslam Osmanlı Ceza hukukundaki konumları hakkında bk. Seda Örsten Esirgen, İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Zimmiler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı:, Mehmet Akif Akdın'a Armağan, C. 21, S 2, s. 187 vd.

<sup>56</sup> Rasim Erol / Hüseyin Kılıç / Mehmet Akman, İstanbul Kadı Sicilleri Rumeli Sadâreti Mahkemesi 21 Numaralı Sicil C. 16, İsam, İstanbul 2011, s. 739, Hüküm No: 997.

Araştırdığımız yüzyıl ve şehirde rastladığımız bir diğer vakada her iki tarafın da zimmi olduğunu görmekteyiz. Gerçekten Hicri 1077 senesinin Şaban ayında Nartones bt. Hannan ‘...nâm nasrâniye meclis-i ma'kûd-ı mezbûrda işbu hâmilü'r-rakîm Markar v. Marat nâm zimmi muvâcehesinde ikrâr ve takrîr-i kelâm edip mezbûr Markar târih-i kitâbdan on yedi gün mukaddem kendi sâkin olduğu menzilde vâki' nerdübânından beni atıverip düşmek ile andan nâşi müstebînü'l-hilka bir cenîn [100a] vaz' etmişdim deyû bundan akdem merkûm Markar'dan mûceb-i şer'isini ...<sup>57</sup> dava etmektedir. Kayıttan rahatlıkla anlaşılmaktadır ki davacı Nartones ve davalı Markar Hristiyanlardır. Dava konusu da çocuk düşürtme suçudur. Bu kayıt, İslam ceza hukukunda benimsenmiş olan mülkilik sisteminin<sup>58</sup> yani İslam ceza hukuku hükümlerinin İslam topraklarındaki zimmilere de uygulanacağı ilkesinin çocuk düşürtme suçunda pratiğe yansıdığını göstermesi açısından önemlidir. Nitekim dava, Müslümanların da sıklıkla uyguladığı çözüm yöntemlerinden biri olan muslihûn vasıtasıyla çözülmüştür: ‘...da'vâ eylediğimde ol dahi inkâr etmişidi el-hâletü hâzihî muslihûn tavassut edip da'vâ-yı mezkûrumdan merkûm Markar ile beynimizde altı bin altı yüz nakid râyic fi'l-vakt akçe üzerine sulh ettiklerinde...’. Bu kayıtlar, zimmilerin, çocuk düşürtme suçunda ne cezalandırmada ne de korumada istisnai bir konuları olmadığını ortaya koymaları açısından mühimdir.

Çocuk düşürtme suçunun 17'nci yüzyıl İstanbul'unda kişi bakımından uygulamasına baktığımızda, Osmanlı'yı ayakta tutan adalet ilkesinin uzantısına şahit olabiliyoruz. Zira failin askerî olarak ifade edilen yönetici kesimden kimse olmasının yargılanmayacağı anlamına gelmediği görülmektedir. Keza failin Müslüman, mağdurun zimmi olmasının da verilecek hükümde bir etkisinin olmadığı fikrimizi onaylamaktadır. Bilindiği üzere zimmiler, din ve vicdan hürriyetinin uzantısı olarak kendi hukuklarına tabi olabilmektedirler. Ancak literatür ceza hukuku açısından zimmilerin ukubata tabi olduklarını ifade etmektedir. Ortaya koyduğumuz dokümanlar, İslam ceza hukuku teorisinde yer alan bilgiler ile pratiğin uyumlu olduğunu göstermektedir.

<sup>57</sup> BAB03, C. 17, s. 629, Hüküm No: 799.

<sup>58</sup> Avcı, THT, s. 165.

### C. Yer Bakımından Uygulanma

Ceza normlarının uygulanma endekslerinden diğeri de yer bakımından uygulanmadır. İslam hukukuna göre ceza mevzuatının yer bakımından uygulanmasında Dar'ül İslam –Dar'ül Harb ayrımı önemlidir. Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre İslam topraklarında yaşayan Dar'ül İslam vatandaşı olan Müslüman ve zimmilere işledikleri had ve kısas suçlarından dolayı İslam ceza hukuku hükümleri uygulanır. Ebu Yusuf ve diğeri kurucu imamlar, müstemenleri de suç ayrımı yapmaksızın bu kapsamda görmekte yani İslam sınırları içerisinde suç işleyen kişi ister Müslüman, ister zimmi isterse müstemen<sup>59</sup> olsun İslam hukuku hükümlerine tabidir fikrine sahiptir<sup>60</sup>. Osmanlı pratiğine de ikinci görüşün yansdığı ifade edilmektedir<sup>61</sup>.

Mülkilik sistemi<sup>62</sup> olarak ifade edilen bu sistem yani İslam ceza hukuku hükümlerinin İslam topraklarındaki zimmilere de uygulanacağı ilkesinin çocuk düşürtme suçunda pratiğe yansıdığı görmekteyiz. Örneğin kişi bakımından uygulamada verdiğimiz örnekteki Nartones bt. Hannan'ın İstanbul'da Çadırcı Ahmed mahallesinde ikamet ettiği ve zimmi olduğu görülmektedir. Keza davalı Markar v. Zifer'inde zimmi olduğu belgeden anlaşılmaktadır. Suçun da davalının "...kendi sâkin olduğu menzilde vâki' nerdübânından beni ativerip düşmek ile andan nâşi müstebînü'l-hilka bir cenîn vaz' etmişdim ..." ifadesinden anlaşıldığı üzere davalının oturduğu yerde işlendiği açıktır. Yargılamanın Müslümanlar için de uygulanan muslihûn vasıtasıyla çözülmesi, taraflar her ne kadar zimmi de olsa suç eğer İslam topraklarında işlenmiş ise İslam ceza hukuku hükümlerinin uygulanacağını teyit etmektedir.

İslam ceza hukukunun yer bakımından uygulanmasında Dar'ül Harb'de suç işleyen İslam Ülkesi vatandaşına İslam ülkesine döndüğünde ceza verilip verilemeyeceği hususu tartışmalıdır. Çocuk düşürtme suçu açısından bu minvalde bir örneğe rastlayamadığımızı ifade etmekle

<sup>59</sup> Müstemen, İslam hukukuna göre yönetilen devletlerde, izin alarak darul İslam olarak nitelendirilen İslam ülkesi topraklarına giren gayri müslim anlamına gelmektedir; Ahmet Özel, Müste'men, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt: 32, İstanbul 2006, s. 140 vd.

<sup>60</sup> Udeh, C. I, s. 261 vd.; Aydın, Hukuk Tarihi, s. 168; Fendoğlu, Hukuk Tarihi, s. 440; Cin / Akyılmaz, 5. Baskı, s. 239.

<sup>61</sup> Molla Hüsrev Mehmed b. Ferâmuz, Dürer'ül-Hükkâm, C. II, İstanbul 1317, s. 66; Cin / Akyılmaz, 5. Baskı, s. 239.

<sup>62</sup> Avcı, THT, s. 165.

yetineceğiz. Aynı şekilde Osmanlı topraklarına geçici süreliğine gelmiş olan müstemenler ve diplomatların taraf olduğu çocuk düşürtme suçuna rastlamadığımızı belirtmeliyiz.

Elimizdeki belgeler bize yine mevzuat uygulama uyumuna işaret etmektedir. Nitekim Osmanlı topraklarında işlenen suçlara Osmanlı Ceza hukukunun uygulanacağı anlayışının bahsedilen dönem ve suç açısından geçerli olduğu görülmektedir.

## V. ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇUNUN UNSURLARININ 17'NCİ YÜZYIL İSTANBUL'UNDAKİ GÖRÜNÜMÜ

17. yüzyıl kadı sicillerinde yer alan çocuk düşürtme suçlarının, kısas suçlarının ayırıcı özelliklerini taşıyıp taşımadığına ilişkin aktardığımız bilgiler, ceza normlarının uygulanma alanı açısından anılan vakaları ile ilintili tahlillerimiz İslam Osmanlı hukukunda mevzuat pratik uyumunun gerçekleşip gerçekleşmediği ile ilgili bir bakış açısı kazandırmaktadır. Ancak ceza hukuku açısından bakıldığında mevzuat pratik uyumu, sadece suçun içerisinde bulunduğu kategori açısından ya da ceza normlarının uygulanma alanı açısından değil aynı zamanda suçun unsurları bakımından da araştırılmalıdır.

İslam hukuku ve alt ilim dalları her ne kadar kazuistik metot ile teşekkül etmiş olsa da çağdaş literatür, spesifik hükümlerden yola çıkarak genel esaslar belirleyebilmişlerdir. İslam Ceza hukuku olarak ifade edilen Ukubatta yer alan suçlar da tek tek ele alınmıştır. Ancak çağdaş İslam hukukçuları meseleci malzemelerden yolarak çıkarak suçlar ile ilintili temel prensipleri ortaya koyabilmişlerdir<sup>63</sup>. Bu açıdan bakıldığında İslam Osmanlı Ceza hukukunda “suç” olarak nitelendirilen bir fiili kanunilik unsuru, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık unsurları açısından irdelenmek gerekmektedir. Bu nedenle çocuk düşürtme suçunu anılan unsurlar perspektifinden tahlilde yarar vardır.

### A. Kanunilik Unsuru

Bilindiği gibi kanunilik unsuru, bir fiilin “suç” olarak nitelendirilebilmesi için o fiilin kanunla tanımlanmasını zorunlu kılmaktadır. Osmanlı hukukunun ikili yapısı (İslam Hukuku ve Örfi

---

<sup>63</sup> Cin / Akyılmaz, 8. Baskı, s. 223 vd.



hukuk) düşünüldüğünde bir fiilin suç olarak tanımlanabilmesi için fiilin İslam Hukuku kaynaklarında ve /veya Örfi Hukuk kaynaklarında yer alması gerekir. Şu durumda çocuk düşürtme suçunun kanunilik unsurunu İslam ceza hukuku kaynaklarında ve örfi hukuk kaynaklarında araştırmak gerekir.

İslam ceza hukuku kaynakları dediğimiz vakit, Hanefilerin farklı bir bakış açısına sahip olduğu görüyoruz. Hanefilere göre Kuran, Sünnet ve İcma İslam ceza hukukunda kaynak olarak kullanılabilmekte ve kıyas kaynak olarak değerlendirilmemektedir<sup>64</sup>. Bu tespit incelediğimiz yüzyıl ve devlet açısından kıymetlidir. Zira 16'ncı yüzyılın ortalarından itibaren müftü, kadı atama beratlarında hükümlerin Hanefi içtihatlarına göre verilmesi gerektiği net bir şekilde emredilmiş; diğer mezheplerin içtihatlarına göre hüküm vermek ise yasaklanmıştır<sup>65</sup>. Öyle ise çocuk düşürtme suçunun Kuran, Sünnet ve İcma'da nasıl düzenlendiğini tespit ederek, kanunilik unsuru hakkında bilgi vermiş olabiliriz.

Kuran-ı Kerim'de üç ayet çocuk düşürtme suçu ile ilişkilendirilmektedir. İsra süresindeki ayet, *“Yoksulluk korkusuyla çocuklarınızı öldürmeyin. Onları da, sizi de biz rızıklandırırız. Onları öldürmek gerçekten büyük bir günahtır.”*<sup>66</sup> şeklinde iken, Mümtehine süresindeki ayet *“Ey Peygamber! Mü'min kadınlar, Allah'a hiçbir şeyi ortak koşmamak, hırsızlık yapmamak, zina etmemek, çocuklarını öldürmemek, elleriyle ayakları arasında bir iftira uydurup getirmemek, hiçbir iyi işte sana karşı gelmemek konusunda sana biat etmek üzere geldikleri zaman, biatlarını kabul et ve onlar için Allah'tan bağışlama dile. Şüphesiz Allah, çok bağışlayandır, çok merhamet edendir.”*<sup>67</sup> şeklindedir. Konuyla ilintili olan diğer ayet ise *“Diri diri gömülen kız çocuğunun, hangi günahtan ötürü öldürüldüğü sorulduğu zaman,”*<sup>68</sup>

<sup>64</sup> Udeh, C. I, s. 174-176. Hanefiler ve İslam hukukçularının çoğunluğu kıyası zanna dayanan bir delil olarak görmekte, bu sebeple ceza hukukunda kaynak olarak kullanılamayacağını savunmaktadırlar. Zira bu görüşe göre cezaların illeti (gerekçesi) net bir şekilde belirlenemez. Fendoğlu, Hukuk Tarihi, s. 434; Cin / Akyılmaz, 5. Baskı, s. 232.

<sup>65</sup> Vejdi Bilgin, Klasik Dönem Osmanlı Hukuk Düşüncesinin Temel Özellikleri, Türkler, C. 11, Ankara 2002, s. 56; Aydın, Hukuk Tarihi, s. 91-92; Cin / Akyılmaz, 5. Baskı, s. 90.

<sup>66</sup> İsra, 17/31. Kuran-ı Kerimin meallerine yönelik atıflarda Diyanet İşleri Başkanlığının çıkarmış olduğu eser kullanılmaktadır.

<sup>67</sup> Mümtehine, 60/12.

<sup>68</sup> Tekvir, 81/8.

şeklinde meal edilmiştir. İslam hukukçuları bu hükümlerden yola çıkarak kasten çocuk düşürtmenin, evladı katletmek olarak anlaşılacağı şeklinde yorumlamaktadırlar<sup>69</sup>.

Ayetlerde çocuk düşürtmenin cezasının belirlenmemesi de dikkate değer bir başka veridir. Zira suçun cezası İslam Hukukunun ikinci asli kaynağı olan sünnet ile belirlenmiştir<sup>70</sup>. Hz. Peygamber döneminde Huzeyl kabilesinden iki kadın kavga etmiş ve bunlardan birisinin attığı taş ile diğerinin karnındaki çocuk ölmüştür. Aralarına hükmedilmesi için Hz. Peygambere varıldığında, Peygamber efendimiz ceninin diyetinin bir gurre olarak belirlemiştir<sup>71</sup>. Gurre bedeli ise sonraki İslam hukukçuları tarafından netleştirilmiştir. Hanefi mezhebine göre bunun miktarı, diyetin yirmide biri olan beş deve veya 50 dinar (200 gr.) Altın ya da 500 dirhem (1400 gr.) gümüş olarak belirlenmiştir<sup>72</sup>. Ceninin erkek veya kadın olması, kadının gayrimüslim olması gurre bedelini değiştirmemektedir<sup>73</sup>.

Anlaşıldığı üzere İslam hukuku kaynakları açısından çocuk düşürtme suçu, diğer kısas suçlarında da olduğu gibi kanunilik ilkesine uygun bir şekilde kodifiye edilmiştir. Zira Kuran, Sünnet ve içtihatlar da anılan suç tipinin unsurları hakkında hükümler mevcuttur.

Osmanlı hukukunda kanunilik ilkesi dediğimiz incelenmesi gereken diğer hukuk kaynağı da fetvalardır<sup>74</sup>. Zira şeyhülislam fetvaları, Padişah tarafından onaylanması halinde tüm kadıları bağlayan hukuk normları haline gelmektedir<sup>75</sup>. Ebussuud Efendinin ihtilafı ve içtihadı

<sup>69</sup> Avcı, THT, s. 296; Avcı, Genel Hükümler, s. 395.

<sup>70</sup> Ebu Zehra, el-Cerime, No: 224'den aktaran Avcı, Genel Hükümler, s. 395.

<sup>71</sup> Buhârî, diyât 25; Müslim, kasâme 35.

<sup>72</sup> Joseph Schact, İslam Hukukuna Giriş, Ankara 1986, s. 133, s. 191; Avcı, THT, s. 287.

<sup>73</sup> Şamil Hamdi Döndüren, Gurre, İslâm Ansiklopedisi; <http://hikmet.net/cocuk-dusurmenin-veya-buna-sebep-olmanin-cezasi-gurre/> e.t.: 02.04.2017.

<sup>74</sup> Osmanlı Devleti'nde fetvalar, genellik, çeşitlilik ve kural olarak bağlayıcı olmama özelliklerini bünyesinde barındırır. Her konuya ilişkin olarak verilebilen fetvanın, herkes için ve her zaman geçerli olması söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bk. Seda Örsten, Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Fetvâ Mecmuaları, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı: 4, 2007, Güz, 29-40.

<sup>75</sup> Ahmed Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, 4. Kitap, Fey vakfı, İstanbul 1992, s. 32; Nasi Aslan, Osmanlı Hukukunun Oluşumunda Fetva ve Kaza Münasebeti, Dini Araştırmalar Dergisi, Mayıs

konularda ismi meçhul bir kişinin sorusuna verilen cevapları içeren maruzatı, bu kapsamda gösterilen önemli bir kaynaktır<sup>76</sup>. Bu bağlamda şeyhülislam fetvalarında da çocuk düşürtme suçuna ilişkin detaylı bilgilerin mevcut olduğunu görmekteyiz<sup>77</sup>. Örneğin Ebussuud Efendi'nin 'Gurre, 500 dirhem bahalı kul ya cariyedir' şeklindeki fetvası örnek olarak gösterilebilir<sup>78</sup>. Klasik dönem Osmanlı Devlet'inde kadıların başvuru kaynağı olan fıkıh eserlerinde de konuyla ilintili derinlemesine çalışmaların olduğunu belirtmek gerekir.

Sadece Ebussuud Efendi'nin fetvalarında değil, incelediğimiz yüzyıla nüfuzu olan başkaca fetva mecmualarında<sup>79</sup> da cenin ile ilintili ve dolayısıyla çocuk düşürtme suçuna ilişkin ayrıntılı düzenlemelerin olduğunu zikretmeliyiz. Örneğin Fetâvâ-yı Ali Efendi, "faslun fi'l-cenîn" (cenin hakkında) başlığını, tercih ederken Fetâvâ-yı Feyziyye'de, "fi'l-cenîn" başlığı kullanılmaktadır. Fetâvâ-yı Abdürrahim'de ise çocuk düşürtmeye ilişkin "ıskâtü'l-cenîn"<sup>80</sup> (cenin düşürme); "mâ yete'allaku bi-ilkâ'i'l-cenîn ve't-tesmîm"<sup>81</sup> (cenin düşürtme ve zehirleme hakkında) ve "fi ilkâ'i'l-cenîn ve'l-hay ve'l-gurre"<sup>82</sup> (cenin ve canlı çocuk düşürtme ve gurre) başlıklı bölümlere sahip olduğunu belirtmeliyiz<sup>83</sup>.

Behcetü'l-fetâvâda yer alan "*Hind Zeyneb-i hâmilin karnına depme ile darbedip Hind'in darbından nâşi Zeyneb müstebînü'l-hulka bir*

---

Ağustos 1999, C. 2, Sayı: 4, s. 87. Nitekim bu husus Mecelle'nin 1801'inci maddesinin açıklaması kısmında da ifade edilmektedir.

<sup>76</sup> Aslan, s. 87.

<sup>77</sup> Özdemir, s. 956 vd.

<sup>78</sup> M. Ertuğrul Düzdağ, Şeyhülislam Ebussuud Efendi'nin Fetvalarına Göre Kanuni Devrinde Osmanlı Hayatı, Kapı Yayınları, İstanbul 2012, s. 154.

<sup>79</sup> Pîr Mehmed Efendi'nin (ö. 1020/1611) fetvalarından oluşan Fetâvâ-yı Üskübî, Sun'ullah Efendi'nin ö. 1021/1612) çeşitli konularda verdiği fetvaları içeren yazma fetva mecmuası Fetâvâ-yı Sun'ullah, Çatalcalı Ali Efendi'nin (ö. 1103-1692) fetvalarından müteşekkil bir eser olan Fetâvâ-yı Ali Efendi, Feyzullah Efendi'nin (ö. 1128-1703) fetvalarından oluşan bir mecmua olan Fetâvâ-yı Feyziyye, Menteshâde Abdürrahim Efendi'nin (ö. 1128/1716) fetvalarından oluşan bir eser olan Fetâvâ-yı Abdürrahim adlı fetvalar, anılan yüzyıla etki etmiş önemli fetva mecmualarıdır.

<sup>80</sup> Menteshâde Abdürrahim Efendi (ö. 1154/1716), Fetavayı Abdürrahim, İstanbul: Dârü't-Tibâati'l-Ma'mûre, 1243, C. 1, s. 133.

<sup>81</sup> Fetavayı Abdürrahim, C. 1, s. 112.

<sup>82</sup> Fetavayı Abdürrahim, C. 1, s. 154.

<sup>83</sup> Özdemir, s. 957.

*cenîn-i meyyit ilkâ eylese Hind'e ne lâzım olur? el-Cevab: Ta'zîr ve gurra.*"<sup>84</sup> Fetva, suçun tanımı ve cezasını ayrıntılı bir şekilde izah eden örneklerden bir tanesidir.

Osmanlı Kanunnamelerinde de çocuk düşürtme suçunun düzenlendiğini görülmektedir. Bozok Sancağı Kanunnamesinde geçen "*Eğer bir 'avrat varub ya korkudub vaz-ı haml etdürse sekiz altın alına*"<sup>85</sup> hükme göre bir kadına vurarak veya korkutarak çocuk düşürmesine sebep olmak 8 altın para cezası ile cezalandırılan bir tazir suçu olarak düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere kısas ve diyet suçları kategorisinde yer alan çocuk düşürtme suçu İslam Hukukunun asli kaynaklarında ve örfi hukuk kurallarında yer almaktadır. Kuran ve Sünnetteki suç ile ilintili hükümlerin 17. yüzyıl İstanbul'unda geçerliliğini sürdürmesi İslam hukukunun yüzyıllar boyunca değişmeden uygulandığını gösteren örneklerden bir tanesi olabilir. Örfi düzenleme olarak karşımızda duran Kanunnamelerde bu suç tipine yer verilmesi, kanunilik ilkesine uygun ceza hukuku sisteminin olduğunu göstermesi açısından kıymetlidir. Padişah fermanı ile onaylanmış fetvalar ve konuyla ilintili diğer fetva ve fıkıh kitaplarındaki hükümler de bu fikrimizi onaylayan başkaca delillerdir.

## B. Maddi Unsur

Bilindiği üzere suçun unsurlarından diğeri maddi unsudur. İslam Osmanlı ceza hukukunda suçun maddi unsuru, suç teşkil eden fiilin yapılmasını ifade etmektedir. Bu fiil, bir söz veya hareket olabilirken, yapılması gereken bir şeyi yerine getirmeme veya yapmaktan uzak durma şeklinde de meydana gelebilir<sup>86</sup>.

Çocuk düşürtme suçunun maddi unsuru, gebe olan kadının çocuğunu normal doğum zamanından önce düşürmesine yönelik fiiller

<sup>84</sup> Süleyman Kaya / Betül Algın / Zeynep Trabzonlu / Asuman Erkan, *Behcetü'l-Fetâvâ Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, Klasik Yayınları*, İstanbul 2011, s. 588.

<sup>85</sup> Ahmed Akdüngüz, C. 6, s. 228; Avcı, *Genel Hükümler*, s. 396; Adem Çiftci, *Bozok Sancağı Kanunnameleri'ndeki Cezaların Şer'î Cezalarla Mukayesesi*, I. Uluslar arası Bozok Sempozyumu Bildiri Kitabı, Bozok Üniversitesi Yayınları, 05-07 Mayıs 2016, C. 1, s. 156.

<sup>86</sup> Cin / Akyılmaz, 5. Baskı, s. 242; Avcı, *Genel Hükümler*, s. 54.

oluşturmaktadır<sup>87</sup>. Yaralama, itme, vurma, ilaç içme veya içirtme gibi fiiller cenini düşürmeye yönelik fiillere örnek olarak verilebilir. Ceninin düşmesine neden olacak olan hareketin mutlaka maddi bir eylemle ortaya çıkması şart değildir: Tehdit, korkutma, heyecanlandırmak da hamile kadının çocuğunu düşürmesine neden olabilirler. Hamile kadının çocuğunu düşürmesi için aç bırakılması suretiyle eylemsizlik şeklinde de suç işlenebilir. Kullanılan araçlar elverişli olduğu müddetçe her türlü fiil veya araç ile bu suç işlenebilir.

Şer‘iyye sicilleri, 17’nci yüzyıl Pay-i tahtında çocuk düşürtme suçunda suçun maddi unsuruna işaret eden ifadeleri barındırmaktadır. Sicillerde geçen ‘darbı sebebiyle’<sup>88</sup>, ‘sırık ve depme ile darb edip’<sup>89</sup>, ‘Yumruk ile darb etmekle’<sup>90</sup>, ‘karnına darb edip’<sup>91</sup>, ‘yumruk ile birkaç def’a darb’<sup>92</sup>, ‘nerdübânından beni atıverip düşmek’<sup>93</sup>, ‘darb etmekle’<sup>94</sup>, ‘...karpuz kabuğu ile ...batınına urup’<sup>95</sup> ifadeleri suçun maddi unsuruna işaret etmektedir. Görüldüğü üzere tespit edilen vakaların hepsinde samığın bir harekette bulunduğu başka bir ifade ile bir fiil ika ettiği anlaşılmaktadır. Bu fiil ise genel olarak darp etmek olarak ifade edilmiştir. Fiilin çocuk düşürtme suçuyla doğrudan ilişkilendirilebilmesi için olsa gerek ki bazı iddialarda darp fiilinin hamile kadının karnına yönelik olduğu açıkça belirtilmektedir. Darp etmenin yanı sıra itmenin de suçun maddi unsuru olduğunu gözlemlemiş oluyoruz. Ayrıca doktrinin de belirttiği gibi kullanılan araçtan ziyade o aracın suçun işlenmesinde elverişli olup olmadığı pratikte de önemsenmiştir. Vermiş olduğumuz örnekte de görüldüğü üzere karpuz kabuğu dahi suçun işlenmesinde kullanılan araç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Suçun maddi unsurunda mühim olan failin hareketlerinin ve kullandığı araçların gebe kadının çocuğunu düşürmesine sebep olup olmadığıdır; yani fiil ile netice arasındaki illiyet bağıdır<sup>96</sup>. Tahlil ettiğimiz

---

<sup>87</sup> Belkıs Konan, Osmanlı Devleti’nde Çocuk Düşürme Suçu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, Sayı: 4, Ankara 2008, s. 325.

<sup>88</sup> İSTANBUL03, C. 13, s. 137, Hüküm No: 138.

<sup>89</sup> BAB03, C. 17, s. 569, Hüküm No: 700.

<sup>90</sup> İSTANBUL18, C. 18, s. 229, Hüküm No: 194.

<sup>91</sup> İSTANBUL 12, C. 16, s. 739, Hüküm No: 997.

<sup>92</sup> BAB03, C. 17, s. 389, Hüküm No: 451.

<sup>93</sup> BAB03, C. 17, s. 629, Hüküm No: 799.

<sup>94</sup> İSTANBUL 18, C. 1, s. 255, Hüküm No: 223.

<sup>95</sup> BAB03, C. 17, s. 117, Hüküm No: 46.

<sup>96</sup> Konan, s. 325.

zaman ve yer itibariyle illiyet bağına hususen atıf yapıldığını zikretmek gerekir. Örneğin Nartones bt. Hannan, kendisinin merdivenden atılmasını ve merdivenden atılmasının sonucu olarak çocuğunu düşürdüğünü şu şekilde iddia etmiştir: ‘...nerdübânından beni atıverip düşmek ile andan nâşî müstebînü’l-hilka bir cenîn vaz‘ etmişdim...’<sup>97</sup>. ‘...Fâtuma’yı darb edip onun darbu sebebiyle ilkâ-i cenîn etti...’<sup>98</sup>, ‘karpuz kabuğu ile zevcem olup hâmile olan Hatice bt. Abdullah Hâtun’un batnına urup ol darbdan müstebînetü’l-hilka cenîn-i meyyit ilkâ eylediğinde’<sup>99</sup>, ‘...sırık ve depme ile darb edip mezbûrun darbindan nâşî müstebînü’l-hilka bir cenîn ilkâ etmiş...’<sup>100</sup>, ‘yumruk ile darb etmekle ol darbdan nâşî zevcem mezbûr[e] Timurhan hâmile olmağla müstebîn-i hilka bir müzekker cenîn meyyit ilkâ etmekle’<sup>101</sup>, ‘Tamam’ın karnına darb edip ol darbin şiddetinden bir cenîn-i meyyit ittikâ? ve iskâi’<sup>102</sup> gibi ifadeler fiil ile sonuç arasında illiyet bağının kurulmasına atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla teori ile pratiğin suçun maddi unsurundaki illiyet bağı açısından uyumlu olduğunu zikredebiliriz.

İka edilen fiil ile çocuğun düşmesi arasında ciddi bir zaman aralığının olması, bu bağın olmadığı sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda da sanığın cezai sorumluluğunun olmadığı anlaşılmaktadır. Örneğin “Hind, Zeyneb-i hâmil ile çekiştikten sonra bir ay mürûrunda Zeynep bir cenîn-i hay ilkâ eylese ba’dehu sekiz gün mürûrunda cenîn-i mezbûr fevt olsa Zeynep, Hind’e “Câiz ki senin çekişmeden ilkâ etmiş olam” deyu Hind’den nesne almaya kâdir olur mu? el-Cevab: Olmaz.”<sup>103</sup>. İncelediğimiz dönemde fiil ile çocuğun düşmesi arasında fetvada geçen süre kadar bir vaktin geçtiğine işaret eden kayda rastlamadık.

Suçun maddi unsurundaki fiil, netice ve ikisi arasındaki illiyet bağı hakkındaki hem literatür hem de uygulamanın durumunu bu şekilde izah ettikten sonra bu suça münhasır maddi unsur özellikleri üzerinde durmakta yarar vardır. Hakikaten suçun gerçekleşebilmesi için bir takım şartların mevcut olması gerekir. Bunlar, kadının gebe olması, cenin bir

<sup>97</sup> BAB03, C. 17, s. 629, Hüküm No: 799.

<sup>98</sup> İstanbul03, C. 13, s. 137, Hüküm No: 138.

<sup>99</sup> BAB03, C. 17, s. 117, Hüküm No: 46.

<sup>100</sup> BAB03, C. 17, s. 569, Hüküm No: 700.

<sup>101</sup> İSTANBUL 18, C. 18, s. 229, Hüküm No: 194.

<sup>102</sup> İSTANBUL12, C. 16, s. 739, Hüküm No: 997.

<sup>103</sup> Fetâvâ-yı Ali Efendi, II, 300’den aktaran Özdemir, s. 957.

takım özelliklere sahip olması ve ceninin ana rahminden yapılan fiil nedeniyle normal doğum zamanından önce çıkmış olmasıdır. Şimdi bu hususları biraz daha açalım.

## 1. Kadının Gebe Olması

Suçun gerçekleşebilmesi için gereken ilk husus kadının gebe olmasıdır<sup>104</sup>. Bu sebeple gebe olmayan bir kadının hamile sanılarak çocuğunun düşürülmesine yönelik fiiller, cenine karşı işlenen suç olarak değil, müessir fiil olarak kabul edilmektedir<sup>105</sup>.

Gebelik, evli karı koca arasındaki ilişkiden kaynaklanabileceği gibi efendi ile cariye arasındaki ilişkiden veya gayrı meşru ilişkiden<sup>106</sup> de kaynaklanabilir. Her üç halde de gebe olan kadına yönelik fiil neticesinde çocuk düşmüş ise suçun maddi unsuru gerçekleşmiştir diyebiliriz. 17'nci yüzyıl İstanbul'unda karı koca ilişkisinden oluşmuş olan ceninin düşürülmesine yönelik vakaların sıklıkla görüldüğünü söyleyebiliriz. Örneğin İstanbul'un Ali Paşa Mahallesi sakinlerinden "...*Fâtıma bt. Abdullah nâm hâtun tarafından husûs-ı âti'z-zikre Abdurrahman b. Süleyman ve Halil b. İbrahim şehâdetleriyle vekâleti sâbite olan zevci Mehmed b. Abdullah meclis-i şer'-i şerîfde sâhib-i hâze'l-kitâb Piyâle b. Abdullah muvâcehesinde bi'l-vekâle ikrâr ve takrîr-i kelâm edip, bundan akdem mezbûr Piyâle müvekkilem mezbûre Fâtıma'yı darb edip onun darbu sebebiyle ilkâ-i cenîn etti deyû merkûm Piyâle'den da'vâ edip*

<sup>104</sup> Kadının ceninin düştüğü anda yaşıyor olup olmaması da farklı şekillerde yorumlanmıştır. İçlerinde Ebu hanifenin de yer aldığı hukukçulara göre cenin katlinden ve bunun sonucu olan tazminden söz edebilmek için annenin yaşamasını gerekli değildir; Mehmet Dirik, İslam Hukukunda Cenin Öldürme Suçunun Cezası, Bilimname, XXIII, 2012/2, 193.

<sup>105</sup> Konan, s. 324.

<sup>106</sup> Klasik fıkıh kitaplarında zina vb. evlilik dışı ilişkiler sonucu meydana gelen ceninin hayatının dışarıdan müdahale ile sonlandırılması pek fazla işlenmemiştir. Bazı hukukçular, nutfé ve ala safhasında zinadan oluşan ceninin ruh üflenmeden önceki bu aşamalarda düşürülebileceğini zikrederler. Bazı hukukçular ile zinadan oluşan ceninin hamileliğin hiçbir döneminde düşürülemeyeceğini zikrederler. Farklı görüşlerin dayandıkları deliller ve teferruat için bk. Abdulahat Ucatlı, İslâm Hukukunda Cenine Müdahalenin Hükmü, İstanbul Üniversitesi SBE İslam Hukuku bilim dalı, yüksek lisans tezi, İstanbul 2009, s. 73 vd. ve Ümmü Eymen Balbaba, Fikhî açıdan Tecavüz Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi, V. Türkiye Lisansüstü Çalışmalar Kongresi, Bildiriler Kitabı III, Isparta 2016, s. 69 vd.

...<sup>107</sup>. Görüldüğü üzere Fatıma bt. Abdullah ile davadaki vekili olan Mehmed b. Abdullah evlilerdir. Suçun konusu da çocuk düşürtmedir. Belge karı koca ilişkisinden kaynaklanan ceninin düşürülmesinin yargılama konusu olduğunu net bir şekilde ortaya koymaktadır.

Cariyenin gebe olması halinde çocuğun düşürtülmesi de ceza hukuku açısından suç olarak kabul edilmiştir. Bilinmektedir ki köle ve cariyeler, İslam ceza hukukunda hür insanlardan farklı muameleye tabi tutulurlar. Bu minvalde bazı cezalar hafifletilmekle beraber hürlere nazaran daha zayıf bir korumaya sahiplerdir<sup>108</sup>. Efendisinden gebe olan kadının sahip olduğu “ümmü'l-veled” adlı hukuki statü, cariyeye bir takım haklar vermektedir<sup>109</sup>. Bu statüye sahip olan kadının çocuğu da ceza hukuku açısından korunmuştur. Hatta bu koruma efendi aleyhine dahi olabilmıştır. Efendinin cariyesinden olacak olan çocuğuna müdahale yetkisinin olmadığına ilişkin şu fetvayı örnek olarak verebilir: “*Zeyd, câriyesi Hind'i vat' ve ihbâl edip cenînin halkı müstebîn olduktan sonra Zeyd, cenîni muâlece ile ıskât eylemek câiz olur mu? el-Cevab: Olmaz.*”<sup>110</sup>.

Cariyenin çocuğunun düşürülmesi ceza hukuku açısından korunmuş olmakta birlikte, bu durumun suça verilecek cezayı azalttığını da dönemin fetvalarında görebiliyoruz. Fetâvâ-yı Abdürrahim'de Mentешizade Abdurrahim Efendi, “*Zeyd'in hâmil câriyesi Zeyneb'in Amr taş ile karnına vurmağla Zeyneb ol darbdan müstebînü'l-hulka bir cenîn-i meyyit ilkâ eylese Amr'a ne lâzım olur? el-Cevab: Nısf-ı uşr-i kıymeti*

---

<sup>107</sup> İSTANBUL03, C. 13, s. 137, Hüküm No: 138; Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Bk. BAB03, C. 17, s. 117, Hüküm No: 46.

<sup>108</sup> Cin / Akyılmaz, 8. Baskı, s. 233.

<sup>109</sup> Bu statü, cariyenin efendisinden ölü yada diri çocuk dünyaya getirmesi ve efendinin de çocuğun kendisinden olduğunu ikrar etmesi halinde kazanılmaktadır. Statünün sağladığı en önemli yetki, efendinin ölümüne müteakip cariyenin hürriyetine kavuşmasıdır. Bu cariyeye başkasına satılamaz, rehin olarak verilemez, bağışlamaya konu olmaz. İka ettiği fiilden ötürü ödenmesi gereken diyeti efendisi karşılar. Cin / Akyılmaz, 8. Baskı, s. 321; Bülent Tahiroğlu, Osmanlı İmparatorluğunda Kölelik, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 45, Sayı: 1-4, İstanbul 1979-1981, s. 659; Halebi İbrahim, Mültekâl-Ebhur, Mevkufât, şerheden Mehmed Mevkufati, Sadeleşiren Ahmed Davudoğlu, Doyuran Matbaası, İstanbul 1980, C. 1, s. 620-621.

<sup>110</sup> Fetâvâ-yı Abdürrahim, C. I, 133.



*lâzım olur.*<sup>111</sup> şeklinde fetva vermiştir. Anlaşılmaktadır ki cariyenin karnındaki cenini düşürmenin cezası, ceninin değerinin belirli bir oranı olarak takdir edilmektedir<sup>112</sup>.

Araştırma alanı ve zaman dilimi içinde hamile cariyenin çocuk düşürtmesine işaret eden bir vakaya rastlamadık. Rastladığımız olaylardan sadece bir tanesinde davayı kadının açtığını gözlemliyoruz. Galata'nın Bedreddin mahallesinde ikamet eden Âişe bt. Yusuf adlı "... *hâtun meclis-i şer'-i hatîr-i lâzımü't-tevkîrde bâ'isü'l-kitâb İmâm Es-Seyyid Abdülganî Efendi b. Hasan mahzarında üzerine da'vâ ve takrîr-i kelâm edip ... mezbûr es-Seyyid Abdülganî Efendi beni bi gayrı hakkın şer'î sırik ve depme ile darb edip mezbûrun darbindan nâşî müstebînü'l-hilka bir cenîn ilkâ etmiş[im]dir suâl olunup ihkâk-ı hak olunmak matlubumdur.*"<sup>113</sup> diyerek dava açmıştır. Âişe bt. Yusuf'un cariyeye olup olmadığı veya çocuğun nikâhla kurulu bir evlilikten olup olmadığı kadı tarafından sorgulanmamıştır. Esasen kölelerin davada taraf olma hakları mevcut değildir<sup>114</sup>. Efendileri izin verirse ve onuruna karşı bir saldırı yapıldığında taraf olduklarını görüyoruz<sup>115</sup>. Bu vakada kadının köle olup olmadığı veya meşru yollardan gebe kalıp kalmadığı sorgulanmamıştır. Anılan iki hususun sorgulanmaması, kadının odaklandığı hususun iddia olunan ceninin düşürülmesi olduğunu göstermektedir.

Anlaşıldığı üzere çocuk düşürtme suçunda yer alan hemen hemen tüm vakalardaki çocuklar karı koca ilişkisiyle meydana gelmektedir. Kayıtlarda cariyeye atıfta bulunulmaması, efendi cariyeye ilişkisinin sayıca az olduğunu düşünmeye neden olmaktadır.

<sup>111</sup> Fetâvâ-yı Abdürrahim, C. I, 355.

<sup>112</sup> Başkaca fetvalarda bu oranın ceninin cinsiyetine bağlı olarak değiştiği zikredilmektedir. Bu bağlamda düşen cenin erkek ise kendi değerinin yirmide biri, kızsı değerinin onda biri olarak belirtilmektedir. Kudûrî, el-Muhtasar, s. 613-4; Kâsânî, Bedâi, VII, 327; Fetâvâ'l-Alemgîriyye, VI, 35'den aktaran Özdemir, s. 959.

<sup>113</sup> BAB03, C. 17, s. 569, Hüküm No: 700.

<sup>114</sup> Gül Akyılmaz, Osmanlı Hukukunda Köleliğin Sona Ermesi ile İlgili Düzenlemeler ve Tanzimat Fermanı'nın ilanından sonra Kölelik Müessesesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Sayı: 1-2, Ankara 2005.

<sup>115</sup> Cin / Akyılmaz, 8. Baskı, s. 317.

## 2. Müstebînetü'l-hılka Cenin

Çocuk düşürtme suçunun maddi unsurunu özellikli kılan hususlardan diğeri de cenin ile ilintilidir. Suç daha önce izah edildiği üzere vücut bütünlüğüne yönelik suçları ihtiva eden kısas ve diyet suç kategorisinde yer almaktaydı. Bu suçu, vücut bütünlüğüne yönelik işlenen suçlardan ayıran temel unsur, sadece annenin bedenine yönelik bir müdahale veya saldırının yeterli olmaması aynı zamanda başka bir canlının hayatına ve varlığına yönelik dahlin olmasıdır<sup>116</sup>. İşbu diğeri canlı da 'cenin'dir.

Cenin en yalın haliyle 'gizli olan şey, anne karnındaki çocuk' olarak tanımlanmaktadır<sup>117</sup>. Biraz daha teknik bir şekilde ifade etmek gerekirse cenin, anne karnında veya rahminde, sperm ve yumurtacık olarak iki canlı organizma unsurundan oluşan varlıktır diyebiliriz<sup>118</sup>. Anne karnındaki varlığın hangi aşamadan itibaren 'cenin' olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde hususunda İslam hukukçularının farklı yaklaşımları vardır. Fakihlerin bazıları cenin ile *nutfе*<sup>119</sup>, *alaka*<sup>120</sup> ve *mudğa*<sup>121</sup> dönemlerini<sup>122</sup> geçiren organları oluşmaya başlamış çocuğu<sup>123</sup>,

<sup>116</sup> Özdemir, s. 957.

<sup>117</sup> Mustafa Uzunpostalcı, Cenin, DİA, İstanbul 1993, C. 7, s. 369; İbrahim Kafi Dönmez, İslamda İnanç, İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi, İstanbul, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı (İFAV), 1997, C. I, 336; Konan, s. 321.

<sup>118</sup> Muhsin, Abdülaziz Muhammed, el-Himâyetü'l-Cinâiyye li'l-Cenin fi'l-Fıkhî'l-İslâmî ve'l-Kânûnü'l-Vad'î, Dâru'n-Nahdati'l-Arabiyye, Kahire, 1998, s. 14'den aktaran Hata, s. 7.

<sup>119</sup> İslam hukukçuları, özellikle Kuran-ı Kerim'deki ayetler ve diğeri şer'i delillerden yola çıkarak nutfeyi, erkeğin sperm hücreleri ile kadının yumurta hücresi birleştikten sonraki hali olarak tanımlamaktadırlar. Muhammed el-Emin b. Muhammed el-Muhtâr el-Cekeni Şinkiti (ö. 1393/1973), Edvâ'ül-Beyân fi İzahî'l-Kur'ân bi'l-Kur'ân, Beyrut, Alemü'l-Kütüb, t.y. C. III, 213'den aktaran, Ucatlı, s. 11. İlgili ayetler için bk. el-Mu'minûn 23/13; el-İnsan 76/2; El-Hac 22/5; En-Necm 53/46; Hata, s. 7, 18.

<sup>120</sup> İslam hukukçularına göre alaka, döllenmiş hücrenin, 2 hücreli, 4 hücreli, 8 hücreli ve 16 hücreli şeklinde bölünme suretiyle çoğalıp ana rahminde yapışmış ve tutunmuş yani rahme asılmış halini ifade eder; Muhammed Ali el-Bâr, Halkü'l-İnsani beyne't-Tıbb ve'l-Kur'ân, Cidde, Ed-Dâru's-Suudiyye, 1991, s. 206'den aktaran Ucatlı, s. 15; Hata, s. 19. İlgili ayet için bk. el-Mu'minûn 23/14.

<sup>121</sup> Bir çığnem et olarak tanımlanan mudğa safhası, 25 ve 26'ncı günlere tekabül etmektedir; Abdulmecid Zindani vd., İlmü'l-Ecinne fi Dâi'l-Kur'ân

büyük bir kesim ise ana rahmine yerleşmesinden doğuma kadar bütün aşamaları kastetmektedirler<sup>124</sup>.

Osmanlı Devleti'nin resmi mezhebi olan Hanefi mezhebi hukukçularına göre ana karnındaki varlığa cenin denilebilmesi için organlarının bir kısmının belirlenmesi ve insan olduğuna ilişkin bir eserin görülmesi gerekmektedir<sup>125</sup>. Başka bir ifade ile bakıldığında insan olduğu anlaşılmalıdır. Bunun anlaşılması için de ceninde parmak, tırnak, saç gibi organların görülmesi gerekir<sup>126</sup>. Bunlar görülüyorsa varlık bir kan

---

ve's-Sünne, Mekke, Rabıtatü'l-Alemi'lİslâmî, [t.y.] s. 64' den aktaran Ucatlı, s. 16 vd.

<sup>122</sup> Kuran-ı Kerim'deki "*Ey insanlar! Eğer yeniden dirilmekten şüphede iseniz, şunu bilin ki, biz sizi topraktan, sonra nutfeden, sonra alakadan, sonra uzuvları (önce) belirsiz, (sonra) belirlenmiş canlı et parçasından (uzuvları zamanla oluşan ceninden) yarattık ki size (kudretimizi) gösterelim.*" El-Hac22/5 bu dönemleri topluca içinde barındıran ayetlerden birisidir.

<sup>123</sup> Şâfiî, Muhammed b. İdris, el-Ümm, Beyrut 1990/1410, VI, 115; Serahsî, Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, el-Mebsût, Beyrut 1993/1414, XXX, 51, Kâsânî, Alâeddin Ebû Bekir b. Mes'ûd, Bedâiu's-sanâî' fi tertibi's-şerâi', Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, 1986/1406, VII, 325; İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed b. Muhammed, Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-Muktesid, Kahire 2004, IV, 199; el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye, XVI, 117'den aktaran Dirik, s. 189. Bu aşama Kuran-ı Kerim'de "muhallaka ve gayri muhallaka" ifadeleri ile geçmektedir: "...sonra uzuvları belli belirsiz, bir çiğnem et parçasından yarattık.", El-Hac 22/5. Müfessirler, ayetteki bu hükmü farklı şekillerde yorumlamışlardır. Bazı alimler, bu ifadelerin, mudganın sıfatı olduğunu ve mudganın ilk günlerinde gayr-ı muhallaka yani şekilleri belirsiz, sonra muhallaka yani yüz ve başka uzuvları görünmeye başlamış olduğu aşamaya işaret ettiğini zikretmekte; Muhammed Tahir b. Muhammed b. Muhammed et-Tunusi İbn Aşur (ö. 1394/1973), Tefsirü't-Tahrir ve't-Tenvir, Tunus, Ed-Dâru't-Tunusiyye, 1984, XVII, 198'den aktaran Ucatlı, s. 19.

<sup>124</sup> İbn Hazm, Ebû Muhammed b. Ali b. Ahmed, el-Muhallâ bi'l-âsâr, Beyrut t.y., V, 368, XI, 236; Karaman, Ğânim, İbrahim, Ahkâmü'l-cenîn fi'l-fikhi'l-islâmî, Cidde 2001/1421, s. 27, 39; Medkûr, s. 31 vd, 207'den aktaran Dirik, s. 190; Hayreddin, Mukayeseli İslâm Hukuku, İz Yayıncılık, 8. Baskı, İstanbul 2013, C. I, s. 247; Hata, s. 9.

<sup>125</sup> Özdemir, s. 957.

<sup>126</sup> Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülazîz ed-Dımaşki İbn Abidin (ö. 1252/1836), Reddü'l-Muhtar ala Dürrü'l-Muhtar, Riyad, Dâru Alemü'l-Kütüb, 2003/1423, I, 500; Ebü'l-Hasan Burhaneddin Ali b. Ebî Bekr Merginani (ö. 593/1197), El-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedi, Karaçi,

pihtısı, alaka veya mudğa olabilir<sup>127</sup>. Bu konuda ünlü Hanefi hukukçu Kâsânî, Bedaiü's-Sanai' adlı eserinde şöyle demektedir: “Eğer ceninin yaratılmış olduğunu açıkça ortaya çıkmazsa cenin değildir. Belki mudğa olur”<sup>128</sup>. Yani Osmanlı Devletinin resmi mezhebi olan Hanefi mezhebine göre ceninin bir takım özellikleri barındırması gerekir.

İşte Hanefi hukukçular, insan yaratılışının ortaya çıktığını ve belirginleştiğini ifade etmek üzere, *müstebinet'ül hılka* deyimini kullanmaktadırlar. Yaratılışı ortaya çıkmış demek olan bu kavram, organların belirmeye başlanmış olmasına işaret etmekte; anneden ayrılan varlığın insana benzemesi, kol, baş, saç gibi organların teşekkül etmeye başlaması anlamına gelmektedir<sup>129</sup>. Nifâs, iddetin sona ermesi, gurre gibi bazı hukuki konularda, müstebînül-hılka olan cenin, yaratılışı tamamlanmış (*tâmmü'l-hılka*)<sup>130</sup> olan cenin gibi kabul edilmiştir<sup>131</sup>. Hanefi hukukçular bu niteliği çocuk düşürtme suçu açısından bir ispat aracı olarak görmektedirler. Zira bu görüşe sahip hukukçular, anneden ayrılan *varlığın* çocuk olup olmadığını hususundaki şüpheyi ortadan kaldırmak istemektedirler. Nitekim anneden ayrılan varlık çocuk olmayabilir; bu varlığın insana benzemesi, kol, baş, bacak ve saç gibi

---

İdaretü'l-Kur'an ve'l-Ulumü'l-İslâmiyye, 1417, VII, 102'den aktaran Ucatlı, s. 32; Konan, s. 325.

<sup>127</sup> İbn Nüceym, Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed (ö. 970/1563), El-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd- Dekâik, thr. Zekeriyâ Umeyrat, Beyrut, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1997/1418, VII, 105; Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed (ö. 483/1090), El-Mebûsât, Dârü'l-Ma'rife, Beyrut, 1406/1985, III/213 den aktaran Ucatlı, s. 32.

<sup>128</sup> Ebû Bekr Alaeddin Ebû Bekr b. Mes'ud b. Ahmed el-Hanefi Kasani (ö. 587/1191), Bedaiü's- Sanai' fi Tertibi's-Şerai', thk, Ali Muhammed Muavvez, Adil Ahmed Abdülmevcut, Beyrut, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1997, C. X, 456'den aktaran Ucatlı, s. 32.

<sup>129</sup> Dirik, s. 193; Hata, s. 90. İbn Âbidîn, C. X, s. 254'den aktaran Hata, s. 90.

<sup>130</sup> Yaratılışı tamamlanmış ve bütün organları ortaya çıkmış olan cenin ise *tâmmü'l-hılka* cenin olarak isimlendirilmiştir. Bkz. Bilmen, Ömer Nasûhi, Hukûk-u İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1968, C. III, s. 145.

<sup>131</sup> İbn Âbidin, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülazîz ed-Dımaşki, Reddül-Muhtar ale'd-Dürri'l-Muhtar: Şerhu Tenviri'l-Ebsar (thk. Adil Ahmed Abdülmevcut, Ali Muhammed Muavviz.), Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, C. X, s. 254'den aktaran Hata, s. 9.

organların belirmeye başlaması bu nedenle gerekli görülmektedir<sup>132</sup>. Zira Hanefilere göre şüphenin varlığı da had suçunu ortadan kaldırmaktadır<sup>133</sup>.

İslam hukukçularının hemfikir oldukları husus, çocuk düşürmenin suç olarak telakki edilebilmesi için cenine ruhun üflenmiş olması gerektiğidir. Bir başka ifade ile ruh üflenmiş olan ceninin düşürülmesi halinde suçun maddi unsuru gerçekleşmiş sayılacaktır. Ruhun ise cenine 120'inci gününde üflendiği hususunda genel kabulün olduğunu ifade etmek gerekir<sup>134</sup>. Hanefi hukukçulara göre ruhun üflenmesi ile ceninin müstebinet'ül hılka vasfına sahip olması aynı zamana denk gelmektedir. Kâsânî'nin "*Yaratılışından henüz bir şey ortaya çıkmamışsa o, cenin değildir, o, ancak mudğadır.*"<sup>135</sup> ifadesi bu fikri desteklemektedir<sup>136</sup>.

Hanefi hukukçuların cenin ile ilintili hukuki sonuçların meydana gelebilmesi için varlığın müstebinetül hılka olmasını yani yaratılışının ortaya çıkmasını şart koşmaları önemlidir. Zira diğer mezheplerde aynı hukuki sonuçlara ulaşmak için böyle bir şarta gerek yoktur. Örneğin İmam Malik gurre tazminatı için ceninin yaratılışının ortaya çıkmasına gerek olmadığını ifade etmiştir<sup>137</sup>.

<sup>132</sup> Bu fikre sahip olanlar şer'î delil olarak cenine ruh üflenmesi ile ilintili olan rivayete dayanmaktadırlar; Çeker, Orhan, Çocuk Düşürme, DİA, VIII, İstanbul 1993, s. 364; Dirik, s. 193.

<sup>133</sup> Cin / Akyılmaz, 8. Baskı, s. 223 vd.

<sup>134</sup> İslam hukukçuları bu rakama ulaştıran şer'î delil başta Buhârî olmak üzere birçok hadis kaynağında yer alan bir hadise dayanmaktadır; bu hadiste ana rahmindeki cenine üçüncü kırk günün bitiminde ruh üflendiği ve eceliyle kaderi belirlendiği (Buhârî, "Bed'ü'l-halk", 6) zikredilmektedir; Çeker, s. 364. Ayrıca Kuran-ı Kerim'deki '*Biz insana, ana-babasına iyilik etmesini tavsiye ettik. Annesi onu zahmetle taşıdı ve zahmetle doğurdu. Taşınması ile sütten kesilmesi, otuz ay sürer*', el-Ahkaf 46/15 hükmü ve '*Emzirmeyi tamamlamak isteyen (baba) için, anneler çocuklarını iki tam yıl emzirirler*' hükmünden yola çıkarak ruhun üflenmesinin 120'inci güne tekabül ettiği belirtilmektedir. Zira taşıma ile sütten kesilme arasında 6 ay vardır. *Toplam hamilelik 40 haftadan biraz fazla yani 282 gün kabul edilir. Altı ay, kameri ay olacağı için yarısının 29 gün çektiğini düşünürsek toplam 177 gün eder. Bunu 282'den çıkarınca geriye 105 gün kalır*', Ucatlı, s. 27.

<sup>135</sup> Kâsânî, C. VII, s. 325'den aktaran Dirik, s. 189.

<sup>136</sup> Hata, s. 10.

<sup>137</sup> İmam Mâlik'in hukukî görüşlerinin yer aldığı el-Müdevvene'de nakledildiğine göre İmam'a şöyle bir soru yöneltildi: "*Bir adam bir kadına*

İncelediğimiz şehir ve yüzyıl açısından meseleye bakıldığında, ceninin organlarının belirlemeye başlanmış olmasının önemsendiğini ve bu özelliğe sürekli atıfta bulunulduğunu görüyoruz. Birçok şer'iyecilerinde '...müstebînetü'l-hilka cenîn ilkâ ...' veya '...müstebîn-i hilka cenîn ilkâ...' eylendiği iddia edilmiş ve kayıt altına alınmıştır<sup>138</sup>. Bu tespit ise Osmanlı Devleti'nin resmi mezhep anlayışının 17'nci yüzyıl İstanbul'unda uygulandığını, hayata geçtiğini göstermesi açısından önemlidir. Bu kayıtlar bize, beratlarında sadece Hanefi içtihadına<sup>139</sup> göre karar vermek üzere görevlendirilen kadıların, vazifelerini bu suç tipi açısından layıkıyla yaptıklarını göstermektedir. Bu tespit bir yandan mevzuat-pratik uyumunu ortaya koyarken diğer taraftan hukuki istikrarı ve hukuk birliğini sağlamaya yönelik 16'ncı yüzyılda atılan adımların karşılık bulduğunu göstermektedir. Nitekim İstanbul'daki Bab3, İstanbul18 gibi farklı mahkemelerde yer alan kadılar, çocuk düşürtme suçunda Hanefi mezhebinin görüşü olan ceninin müstebînetül hilka olması gerektiği görüşünü sorgulamış ve kayıt altına almışlardır. Aynı yüzyılda farklı mahkemelerin konuyu aynı açıdan ele almaları, hukuki istikrarı ve hukuk birliğini ortaya koymaktadır. Kanaatimizce uygulamanın bu şekilde istikrarlı oluşması, kadınlara verilen eğitiminin sanıldığı kadar kötü olmadığına da işaret etmektedir.

---

*vursa ve kadın da ölü olarak bir mudğa veya alaka düşürse, düşürülen varlığın parmak veya göz yahut başka bir organla yaratılışından henüz bir şey ortaya çıkmamış olursa bu durumda gurre gerekir mi gerekmez mi? Bu konudaki görüşünüz nedir?"* İmam Mâlik de şöyle cevap vermiştir: "Eğer karnındaki şeyi düşürmüş ve onun da bir haml olduğu anlaşılıyorsa ister mudğa veya alaka olsun ister kan olsun, bu durumda gurre gerekir." Ğânim, Ömer b. Muhammed b. İbrahim, Ahkâmü'l- Cenin fi'l-Fıkhî'l-İslâmî, Dâru'l-Endelüsü'l-Hadrâ', Cidde 2001, s. 30'dan aktaran Hata, s. 11. Şafiilere göre ebeler, anne karnındaki varlığın, -ister "mudğa" ister "alaka" döneminde olsun ve ister onun bir insan sureti olduğu tasavvur olunabilsin veya olunamasın- bir insan yaratılışının başlangıcı olduğunu haber verdikleri takdirde bu varlık "cenin" olarak isimlendirilir. Hanbelîler ise kendisinde bir insan sûretinin meydana gelmesinin başlamasıyla ceninin varlığının başladığı fikrindedirler. Mezheplerin görüşleri için bk. Hata, s. 9 vd.

<sup>138</sup> BAB03, C. 17, s. 117, Hüküm No: 46; BAB03, C. 17, s. 569, Hüküm No: 700; İSTANBUL18, C. 18, s. 229, Hüküm No: 194; BAB03, C. 17, s. 39, Hüküm No: 451; BAB03, C. 17, s. 629, Hüküm No: 799.

<sup>139</sup> 'Ahkam-ı şer'iyeyi icra eyleyip Hanefî imamların ihtilâflı görüşleri araştırılıp en sahihi ile amel edeler' Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnamesi, Millî Tetebbular Mecmuası C. I, s. 542'den aktaran Avcı, THT, s. 92.

### 3. Ceninin Ana Rahminden Ayrılması

Çocuk düşürtme suçunun maddi unsurunun diğer özelliği cenin ile anne arasındaki bağ ile ilintilidir. Bütün mezhep hukukçuları çocuk düşürtme suçunun maddi unsurunun yerine gelebilmesi için hamile kadının karnındaki çocuğun düşmesi gerektiğini belirtmişlerdir<sup>140</sup>. Başka bir ifade ile suçun ortaya çıkması için ceninin annesinin karnından ayrılması veya düşmesi gerekmektedir. Gebe bir kadına vurma veya ilaç içirme neticesinde kadının karnındaki şişliğin ortadan kalması veya daha önce hissettiği hareketliliğin bitmesi suçun oluşumu için yeterli değildir<sup>141</sup>. Zira şişkinlik veya hissedilen hareket çocuktan değil, gaz ya da hava akımından dolayı meydana gelmiş ve sona ermiş olabilir. İslam hukukçularının büyük çoğunluğu içinde buldukları dönemin şartlarını göz önünde bulundurarak rahimde bir çocuğun mevcut olduğunu ve canlılığını sadece anneden ayrılma ile anlaşıldığını düşünmektedirler. Dolayısıyla anılan canlıya ilişkin bir suçun sadece anneden ayrılma halinde ika edilmiş sayılacağını ifade etmektedirler<sup>142</sup>. Aksi halde bir şüphe söz konusudur ve şüphe olan hususta da cezaya hükmedilemez<sup>143</sup>.

Sadece Zührî (124/742), Rebîa b. Abdirrahman (136/753), Leys b. Sa'd (175/791), Eşheb (204/820) ve Dâvûd b. Ali (270/883) anne rahminde yaşadığı bilinen ceninin öldüğünün anlaşılması halinde anneden ayrılma gerçekleşirse de suçun olduğu görüşünü ortaya koyarak çoğunluktan ayrılmışlardır<sup>144</sup>.

Literatür ceninin gerçekleştirilen fiil neticesinde sağ veya ölü doğmasına bakılmaksızın suçun işlendiğini kabul etmektedir<sup>145</sup>. Ancak gurre cezasına mahkûm olunabilmesi için ceninin annesinden ölü olarak

<sup>140</sup> Hata, s. 88; Konan, s. 324.

<sup>141</sup> Hata, s. 91.

<sup>142</sup> İbn Rüşd, IV, 198; İbn Kudâme, C. VIII, 406'den aktaran Dirik, s. 192. Ayrıca bk. Udeh, C. II, 277'de 700 nolu dipnot.

<sup>143</sup> İbn Kudâme, C. IX, s. 538'den aktaran Hata, s. 91.

<sup>144</sup> İbn Hazm, C. XI, 235; İbn Rüşd, C. IV, 198; İbn Kudâme, C. VIII, 406'den aktaran Dirik, s. 192. Udeh, C. II, s. 294. Modern tıp, ceninin anne karnında mevcut olduğunu ve canlı olup olmadığını tespit edebilmektedir. Eğer ika edilen fiil neticesinde ceninin öldüğü anne karnındaki iken tıbben tespit edilebiliyorsa suçun teşekkül ettiğini ifade edebiliriz. Bu görüş dört mezhep imamının görüşüne aykırılık teşkil etmez. Zira onlar şüpheden dolayı cezanın uygulanmayacağını savunmaktadırlar. Şüphe ortadan kalktığında ceza sabit olur; Udeh, C. II, s. 294; Hata, s. 91.

<sup>145</sup> Konan, s. 321; Hata, s. 92.

düşmüş olması gerekir<sup>146</sup>. Ceninin sağ veya ölü olarak doğması fiili suç olmaktan çıkarmamakta, suçun hukuki niteliğini ve buna bağlı olarak verilecek cezayı değiştirmektedir<sup>147</sup>.

Araştırma alanımızdaki kayıtları incelediğimizde 'ilkā-i cenîn etti'<sup>148</sup>, 'müstebînü'l-hilka bir cenîn vaz' etmiş'<sup>149</sup>, 'iskāt-ı cenîn etmiş'<sup>150</sup>, 'müstebînetü'l-hilka cenîn-i meyyit ilkā eylediğinde'<sup>151</sup>, 'cenîn-i meyyit ittikā? ve iskāt etmiş'<sup>152</sup> gibi kayıtlar çocuğun annesinden ayrılması konusunda fikir vermektedir. Çocuk düşürtme suçlarının istisnasız bir şekilde hepsinde çocuğun ana rahminden ayrıldığı ve düştüğü belirtilmiş ve kayıt altına alınmıştır: İlka etmek, iskat etmek ve vaz etmek kavramları çocuğun ana rahminden ayrıldığını ortaya koymaktadır. Çocuğun ana rahminden ayrıldığına vurgu yapılması, o dönemin şartları düşünüldüğünde ana karnından ayrılmanın ispat aracı olarak kullanılmak istenildiğinin göstergesidir diyebiliriz.

### C. Manevi Unsur

Suçun unsurlarından üçüncüsü manevi unsurdur. İslam ceza hukukunda manevi unsur, şahsın işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi ve sonuçlarını idrak edecek durumda olması buna rağmen suç teşkil eden fiili bilerek ve neticesini kabul ederek ika etmesidir<sup>153</sup>. Buna bağlı olarak suçlar amden, şibh-i amden, hataen, hata mecrasına cari ve taksirle işlenebilmektedir<sup>154</sup>. Çocuk düşürtme suçunda Hanefilerin de içinde yer aldığı görüşe göre bu suç kastın aşılması veya taksirle işlenmiş kabul edilir<sup>155</sup>. Zira bu görüşe göre ana rahmindeki çocuğun sağlığı ile ilgili bir belirsizlik söz konusudur; anne karnındaki çocuk olup

<sup>146</sup> Hata, s. 105.

<sup>147</sup> İslam hukukçuları ceninin sağ olarak düşmesi halinde uygulanacak cezalar hakkında farklı görüşlere sahiplerdir, Hata, s. 106; Dirik, s. 190.

<sup>148</sup> İSTANBUL 03, C. 13, s. 137, Hüküm No: 138; BAB03, C. 17, s. 569, Hüküm No: 700; BAB03, C. 17, s. 39, Hüküm No: 451.

<sup>149</sup> BAB03, C. 17, s. 629, Hüküm No: 799.

<sup>150</sup> İSTANBUL 18, C. 18, s. 255, Hüküm No: 223.

<sup>151</sup> BAB03, C. 17, s. 117, Hüküm No: 46; İSTANBUL18, C.18, s. 229, Hüküm No: 194,

<sup>152</sup> İSTANBUL12, C. 16, s. 739, Hüküm No: 997.

<sup>153</sup> Cin / Akyılmaz, 8. Baskı, s. 237.

<sup>154</sup> Cin / Akyılmaz, 8. Baskı, s. 237; Avcı, Genel Hükümler, s. 61 vd.

<sup>155</sup> Konan, s. 326; Udeh, s. 280.



olmadığı, sağ olup olmadığı belirsiz olarak düşünülmüştür<sup>156</sup>. Bu belirsizliğe istinaden ceninin öldürülmesinin kasten değil kasıt benzeri veya taksirle işlenen bir cinayet olarak kabul ederler. Buradan yola çıkarak da ceninin öldürülmesinden dolayı kisası öngörmemektedirler<sup>157</sup>.

Manevi unsurun kastın aşılması şeklinde olabileceğinin şer‘i delili, Cabir b. Abdullah’tan aktarılan rivayettir. Bu rivayete göre hamile bir kadının karnına vurmak suretiyle cenin düşürten kişinin ödeyeceği gurre akileye yüklenmiştir. Bu delile dayanarak şu şekilde yorum yapılmaktadır: Cenin öldürme kasten işlenebilen bir suç olsaydı gurrenin katilin bizzat ödemesine karar verilir. Ancak burada gurrenin akile tarafından ödenmesine hükmedilmektedir. Bu ise bu cinayetin, kastın aşılması veya taksirle işlenmiş bir cinayet sayıldığı anlamını taşımaktadır<sup>158</sup>.

Fail, ceninin düşmesine sebep olacak fiili taammüden ve kasıtlı olarak işlemişse cinayet şibh-i amd ile, yani kasta benzer şekilde işlenmiş kabul edilir. Ancak fail, fiili hata ile işlemişse ya da cenini düşürme kastı yoksa bu durumda suç hataen işlenmiş olarak düşünülmektedir. Bu ayırmada literatürde cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğurmaktadır. Kasta benzer şekilde işlenmesi halinde ağırlaştırılmış gurre ödenmesi gerekirken, hataen işlenmesi halinde gurre ödenmesi gerekli görülmüştür<sup>159</sup>.

---

<sup>156</sup> Modern tıp, bu bilgileri ulaşıma imkan vermektedir. Şüphenin ortadan kalkması ve ika edilen fiil ile netice arasında illiyet bağı, manevi unsurla da desteklenmesi halinde suçun sabit olacağı düşünülebilir. Şüpheye yönelik görüşlerimizi burada tekrar etmek istemiyoruz.

<sup>157</sup> Şâfiî, C. VII, 348; Sahnûn b. Saîd et-Tennûhî, el-Müdevvenetü’l-Kübrâ, Dâru’l-kütübi’l-ilmiyye, 1994/1415, IV, 630; Kâsânî, C. VII, 181, 327; İbn Rüşd, C. IV, 196; Şirbinî, Muhammed b. el- Hafîb, Muğni’l-muhtâc ilâ ma’rifeti meânî elfâzi’l-minhâc, Dâru’l-kütübi’l-ilmiyye 1415/1994, V, 372-373’den aktaran Dirik, s. 192. Mâverdî, C. XII, s. 397; İbn Rüşd, C. II, s. 481; Şirbinî, C. IV, s. 105; Remlî, C. II, s. 383’den aktaran Hata, s. 96. Ayrıca bk. Udeh, C. III, s. 279-280.

<sup>158</sup> Şâfiî, C. VI, 46, VII, 344; Sahnûn, C. IV, 630; Dirik, s. 195; Udeh, C. II, s. 298, Hata, s. 97.

<sup>159</sup> Hata, s. 97. Fetvalar da bu teoriyi doğrulamaktadır: “Eşkiyâdan Zeyd, Amr’ın menziline basıp malını gâret etdikde Amr’ın hâmil zevcesi Hind havfından bir cenîn-i meyyit ilkâ eylese Zeyd’e ne lâzım olur? el- Cevab: Ta’zîr-i şedîd ve habs-i mümted ve me’hûzi red” Bu örnekte, bir kimsenin evini basıp malını yağmalayan ve evdeki hamile kadının korkması sonucu

Şer'iyeye Sicilleri, 17. yüzyıl İstanbul'unda çocuk düşürtme vakalarında suçun manevi unsuruna işaret eden kayıtları bize sunmaktadır. Örneğin "...dört gün mukaddem bi gayri hakkın amden mezkûre Tamam'ın karnına darb edip ol darbin şiddetinden bir cenîn-i meyyit ittikâ? ve iskât... fi'l-vâki' mezkûre Tamam'ın amden bi gayri hakkın karnına darb etmeyip ve ol darbin şiddetinden ittikâ? ve cenîn [iskât] etmediğine..."<sup>160</sup> kaydında sanığın hamile olan kadına kasten kayıttaki ifadesi ile amden vurduğu ispatlanamadığı için dava düşmüştür. Bu örnek bize suçun manevi unsurunun uygulamada ne kadar önemli sonuçlar doğurduğunu göstermesi açısından kıymetlidir. Bir başka örnekte geçen "*Hatice bt. Abdullah Hâtun'un batnına urup ol darbdan müstebînetü'l-hilka cenîn-i meyyit ilkâ eylediğinde...*"<sup>161</sup> kaydında failin, doğrudan hamile kadının karnını hedef aldığı belirtilmektedir. Bu ise failin iradesinin kadının bizzat kendisinden ziyade çocuğa yöneldiğine delalet etmektedir. Zira kayıtta karnına vurulmasından dolayı ölü ceninin düştüğü açıkça yazılmıştır. Şu halde suçun manevi unsuru hakkında ifade edilen doktrinsel görüşlerin pratikle uyumlu olduğu söylenebilir.

#### D. Hukuka Uygunluk Sebepleri

İslam Osmanlı ceza hukukunda suçun dördüncü unsurunun hukuka aykırılık unsuru olduğu yani hukuka uygunluk sebeplerinden birisinin olmaması gerektiği ifade edilebilir<sup>162</sup>. Burada esasında yasak olan bir fiil mübah hale gelmektedir. Bir fiilin suç sayılabilmesi için işlenmesine 'ruhsat' tanıyan hiçbir hükmün olmaması gerekir.

Kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler olarak da ifade edilen bu unsur doktrinde anılan suç bakımından zorunluluk hali, fakirlik estetik kaygılar ve ahlaki nedenler şeklinde üç kategoride ele alınmaktadır<sup>163</sup>. Annenin kendi sağlığı için almak zorunda olduğu ilacı<sup>164</sup> almasına bağlı

---

düşük yapmasına sebebiyet veren kişi söz konusudur. Eşkıyanın çocuk düşürtme kastının olmaması verilecek cezayı tazire çevirmektedir; Özdemir, s. 960.

<sup>160</sup> İSTANBUL12, C. 16, s. 739, Hüküm No: 997.

<sup>161</sup> BAB03, C. 17, s. 117, Hüküm No: 46

<sup>162</sup> Cin / Akyılmaz, 4. Baskı, s. 248.

<sup>163</sup> Mustafa Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler, Mimoza Yayınları, Konya 2014, s. 187.

<sup>164</sup> İlacın hekim kontrolünde alındığı hallerde hekime cezai sorumluluğun doğmaması için hekimin "cerrahlar beyninde mu'tâd olduğu merteye ilac ve

olarak çocuğun düşmesi halinde suçun teşekkül etmemesi, bebeği olan kadının hamilelik nedeniyle hemen süten kesilmesi ve kocanın mali durumunun süt almaya elverişli olmaması halinde çocuğun düşürülmesi zorunluluk hali olarak zikredilmiştir. Nüfus planlaması, doğum kontrolü, kadının sürekli genç ve güzel kalma isteği, maddi sıkıntıdan kaçınma halleri bazı hukukçular tarafından hukuka uygunluk sebebi olarak ifade edilmektedir. Irza tecavüz veya fücür mahsulü hamilelikte çocuğun düşürülmesi halinde de hukuka uygunluk sebebinin geçerli olacağı ifade edilmektedir<sup>165</sup>.

İstanbul'da 17'nci yüzyılda anılan hukuka uygunluk sebeplerine işaret eden bir vakaya rastlamadığımızı ifade etmeliyiz. Bunun gerekçesi, bu tarz vakaların yaşanmamış olabileceği gibi, yaşanmış olsa bile kadı huzuruna aktarılmamış olması olabilir.

## E. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

Teşebbüs, iştirak ve içtima çocuk düşürme suçunda suçun özel görünüş biçimleri olarak karşımıza çıkabilmektedir. Cenin düşürmeye teşebbüs edip de netice gerçekleşmez ise anneye karşı yaralama suçu düşünülmektedir. Çocuk düşürmeye katkısı olanlar, katkıları oranında cezalandırılacakları ve gurreyi de birlikte ödeyecekleri zikredilmektedir. İkizin düşürülmesi halinde fail, ikizi biliyorsa ağırlaştırılmış ceza verilirken, bilmiyorsa tek cenin düşürmenin cezasını öder. Annenin de ölmesi halinde kadının diyetinin akile tarafından ödenmesi, cenin için ise tazminat ödenmesi ifade edilmiştir<sup>166</sup>.

Araştırdığımız yer ve zamanda çocuk düşürme suçuna teşebbüsten ötürü bir cezanın verildiğine rastlamadık. Keza şer'îye sicilleri, fail sayısının tek olduğuna işaret etmiştir. Annenin veya ikizin

---

tımar etmesi" gerekmektedir; Fethi Gedikli, Osmanlı Hukukunda Hekim Sorumluluğu ve XVII. Yüzyılda Ünlü Bir Fıkıh Cerrahı, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı: 4, 2007 Güz, s. 18. Nitekim belirli bir dönemden sonra ıskat-ı cenine yol açacak ilaçların sadece hekim ve eczacılar tarafından yapılmadığı, pek çok kadının da bu amaç için ilaç yaptığı devlet tarafından tespit edilmiştir. Bu bağlamda II. Mahmud'un evahir-i Şaban 1254 (Kasım ayı sonu 1838) tarihli ferman çıkartarak bu fiiller yasaklanmıştır; Somel, Selçuk Akşin, Osmanlı Son Döneminde İskat-ı Cenin Meselesi, Kebikeç, Sayı: 13, Ankara, 2002, s. 72; Şimşek / Eroğlu / Dinç, s. 598.

<sup>165</sup> Bu yöndeki ve aksi kanaatteki görüşler için bk. Avcı, Özel hükümler, s. 188.

<sup>166</sup> Avcı, Özel Hükümler, s. 190, 191.

öldüğüne ilişkin bir veri de yaptığımız araştırmalar kapsamında gözükmemektedir. Gerek iştirak, gerek teşebbüs gerekse içtima ceza hukuku açısından önem arz eden noktalardır. Kanaatimizce Şer'îye sicilleri bu gibi vakalar eğer mevcut olsalardı mutlaka bizlere konuyla ilgili bilgi aktarırlardı.

## VI. SUÇUN İSPATI

İslam Osmanlı usul hukukunda kural olarak ispat yükü davacıdadır; bu bağlı olarak davacı, iddiasını bir delille ispatlamakla yükümlüdür<sup>167</sup>. Bu açıdan bakıldığında çocuk düşürtme suçu isnadıyla dava açılması halinde, ispat külfetinin bunu iddia edene düştüğü ifade edilebilir. Nitekim sanık yaralamayı ve veya fiili kabul etmekte ancak ceninin kendi fiili ile düştüğünü inkâr ederse, bu iddia da müddei tarafından ispatlanmalıdır<sup>168</sup>. İslam Osmanlı yargılama hukukunda eğer müddei iddiasını ispatlayamaz ise, karşı tarafa yemin teklifinde bulunabilir; karşı taraf yemin ederse dava düşmektedir<sup>169</sup>.

Çocuk düşürtme suçunun ispat usulü hakkında zikredilen bu bilgilere doğrulayacak örnek olayların mevcut olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin Bedreddin mahallesinde ikamet eden Âişe bt Yusuf, Abdulgani Efendi b. Hasan'ın kadıya başvurmasından 5 gün önce, kendisini 'sırık ve depme ile darb' ettiği, buna bağlı olarak müstebinül hılka cenin düşürdüğünü iddia etmiştir. Sicilin devamında davacı kadından delil istenmesi ve davalının yeminine ilişkin şu şekilde kayıt vardır: '*...müdde'îyye-i mezbûreden müdde'âsını mübeyyine beyyine taleb olundukda ityân-ı beyyineden izhâr-ı acz edip istihlâf etmeğin mezbûr Es-Seyyid Abdülganî Efendi'ye vech-i şer'î üzere yemîn teklîf olundukda ol dahi alâ vefki'l-mes'ûl yemîn billâhi te'âlâ etmeğin mücebince mezbûre Âişe'ye bilâ-beyyine bî-vech mu'ârazadan men' olunup...*'<sup>170</sup>. Görüldüğü üzere teorinin de ifade ettiği üzere, iddianın müddei tarafından ispatlanması istenmiştir. Delil sunulmaması halinde ise yemin teklif edilmiştir. Yemin edilmesi üzerine ise dava düşmüştür. Bu gibi örnekler,

<sup>167</sup> Abdullah Demir, Türk Hukuk Tarihi, Yitik Hazine Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2000, s. 283.

<sup>168</sup> Bilmen, C. III, s. 154; Avcı, Özel Hükümler, s. 191.

<sup>169</sup> Demir, s. 281 vd.

<sup>170</sup> BAB03, C. 17, s. 569, Hüküm No: 700.

kadınların, usul hukukuna hakim olduklarını ve edindikleri bilgileri pratiğe yansıtılabildiklerini göstermektedir.

## VII. SUÇUN CEZASI

Çocuk düşürme suçunun işlenmesi halinde gurre denilen tazminat ödenmelidir. *Gurre*, 500 dirhem gümüş, 5 deve, 50 dinar, 100 koyun veya kıymeti 500 dirhem eden bir köle veya cariye'dir<sup>171</sup>. Bunda erkek ve kız ayrımı yoktur. Failin, yabancı, ana ya da baba olması cezanın miktarını değiştirmez<sup>172</sup>.

Literatür çocuğun sağ veya ölü ana rahminden ayrılmasının suçun niteliğini ve buna bağlı olarak verilecek cezayı değiştirdiğini zikretmektedir. Nitekim anneden ölü ayrılan bir cenin için *gurre*, sağ ayrılan<sup>173</sup> ve düşmesine neden olan fiilden dolayı ölen çocuk için diyet gerekmektedir<sup>174</sup>. Uygulamada bu suçun sübut edip etmediğinin tahkik edildiği davalarda sağ doğmuş olan çocuğa atıfta bulunulmamıştır. Ancak fiil neticesinde ölü bir çocuğun düştüğüne işaret eden kayıtlar vardır. '*cenîn-i meyyit ilkâ eylediğinde*'<sup>175</sup> ifadesinde geçen meyyit kelimesi

<sup>171</sup> Öztürk, 202, Somel, A., 70; Şimşek / Eroğlu / Dinç, 601; Özdemir, s. 959.

<sup>172</sup> Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri, s. 122, Öztürk, 202, Somel, A., 70; Şimşek / Eroğlu / Dinç, s. 601.

<sup>173</sup> Çocuğun ana rahminden hangi aşamadan itibaren sağ ayrıldığına ilişkin fakihlerin farklı görüşleri vardır. Hanefilere göre çocuk ayaktan gelmişse göbeği, baştan gelmişse göğsü çıkıncaya kadar canlı çocuk sağ doğmuş kabul edilir ve bu noktadan sonra ölen çocuk canlı doğmuş ve ölmüş sayılır; İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah, el-Muğnî, Mektebetü'l-Kahire, 1968/1388, VI, 385; Sibâî, Mustafa, Şerhu kânûni'l-ahvâli'sşahsiyye Beyrut 1997/1417, II, 152-3 'den aktaran Dirik, s. 190. SERAHSÎ Şemsü'l-elmme Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed (1009-1090), Mabsût, Ed. Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayınları, İstanbul 2008, C. 30, s. 52; Karaman, C. I, s. 426; Uzunpostacı, s. 369 vd.

<sup>174</sup> Dirik, s. 190; Avcı, Özel Hükümler, s. 192; [www.hayrettinkaraman.net](http://www.hayrettinkaraman.net) e.t.: 14.03.2018; Ömer Hilmi, m. 133-138; Udeh, C. 2, s. 292 vd.; Ahmed Akgündüz Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri, Fey Vakfı, İstanbul 1990, s. 122. Şu fetva konuyla ilintili fetvalardan sadece birisidir: "*Zeyd Hind-i hâmilin göğsüne vurup Hind düştükte ol darbdan bir cenîn-i hay ilkâ eylese ve cenîn-i mezbûr filhâl fevt olsa Zeyd'e ne lâzım olur? el-Cevab: Diyet.*"; Özdemir, s. 961.

<sup>175</sup> BAB03, C. 17, s. 117, Hüküm No: 46.

ceninin ölü olarak ana rahminden ayrıldığını ortaya koymaktadır<sup>176</sup>. Kayıtlarda genelde 'ıskât-ı cenin etmek'<sup>177</sup>, 'müstebinü'l-hilka bir cenîn vaz' etmek'<sup>178</sup>, 'ilkâ-i cenîn eylemek'<sup>179</sup> ifadeleri yer almaktadır. Kanaatimizce ceninin sağ doğduğuna açıkça işaret etmediği için bu vakalardaki çocukların da ölü doğduğu düşünülebilir. Ölü doğmuş olan çocuğun ölü olduğuna açıkça yer veren kayıtların olmasına rağmen sağ doğmuş çocuğun sağ doğduğuna ilişkin hiçbir örneğin olmaması bizi bu düşünceye itmektedir.

Tüm kayıtlarda ceninin meyyit olmasına atıf yapılmaması iki şekilde yorumlanabilir. Birincisi düşen ceninlerin tamamının ölü olacağı varsayımdır. O dönemki şartlar düşünüldüğünde müdahale neticesindeki tüm ceninler ölü olarak düşecektir. Dolayısıyla kadı sicillerinde ölü olma durumuna sürekli atıf yapmaya gerek yoktur şeklinde düşünülebilir. İkinci yorum şu şekilde olabilir: Ölü olduğunu belirtmeyen kayıtlarda ceninin sağ doğduğu ve yaşadığı düşünülebilir. Zira ölü olarak ana karnından düşen ceninin bu durumu açıkça belirtilmiştir. Sağ kalmak esas, ölü olmak ise istisna olduğu varsayımına dayanılarak sağ kalan ceninin yaşadığı belirtilmemiş olabilir. Kaldı ki ceninin sağ veya ölü doğmasının hukuki sonuçları da yukarıda da belirtildiği üzere farklıdır. Elimizdeki veriler, bu yorumlardan hangisinin gerçeklerle uyumlu olduğunu ortaya koymaya yetmemektedir. Zira kayıtlarda uyumsuzluklar genelde sulh ile çözülmüştür. Ölü doğmanın hukuki sonucu olan gurre tazminatına anılan dönemde hükmedilmediğine ilişkin bir kayıta rastlamamız bizi bu düşünceye itmektedir. Keza ceninin ölü veya sağ doğması, tarafların sulh olmalarına engel teşkil etmemektedir. İddia edilen fiilin ispatlanamamasına bağlı olarak verilen beraat hükümleri de ceninin sağ ve ölü doğmasındaki farkı ortaya koyacak olarak gurreye rastlamamıza neden olmaktadır.

<sup>176</sup> Bu minvaldeki örnekleri çoğaltmak mümkündür, bk. İSTANBUL18, C. 18, s. 229, Hüküm No: 194; İSTANBUL12, C. 16, s. 739, Hüküm No: 997.

<sup>177</sup> İSTANBUL18, C. 18, s. 255, Hüküm No: 223.

<sup>178</sup> BAB03, C. 17, s. 629, Hüküm No: 799, benzer kayıt için bk. BAB03, C. 17, s. 569, Hüküm No: 700.

<sup>179</sup> BAB03, C. 17, s. 389, Hüküm No: 451; İSTANBUL03, C. 13, s. 137, Hüküm No: 138.

Gurreye hükmedebilmek için ceninin müstebinetülhalka olması gereklidir<sup>180</sup>. Aksi halde tazire hükmedilmelidir. Konuyla ilintili şu fetva kıymetlidir: ‘*Hind, hamlini kasten düşürse ve azadan nesne zâhir olmasa, Şe’an diyet gerekmez, ta’zir olunur*’<sup>181</sup>. Araştırdığımız dönemde bu gerekçeye bağlı olarak tazir cezasına hükmedildiğine işaret eden bir kayıta rastlamadık. Ancak Osmanlı Devletinde başka yüzyılda da olsa bu fetvaya uygun şekilde tazir cezası verildiğini zikredebiliriz<sup>182</sup>.

Gurre ölü cenine ait olarak kabul edilir. Bu nedenle ceninin mirasçılara kalmaktadır<sup>183</sup>. Kasta benzer (şibh-i amd) olarak veya hata yoluyla işlenmesi durumlarında ise gurre suçlunun âkilesi tarafından ödenir<sup>184</sup>.

Şer’iyye sicilleri 17. yüzyıl İstanbul’unda çocuk düşürtme suçlarının genelde sulh ile nihayete erdiğini göstermektedir. Her olay kendi koşulları çerçevesinde farklı bedellerle sulh ile sonuçlanmıştır. Beş kuruşa<sup>185</sup> sulh olduğu görüldüğü gibi sulh bedelinin iki bin akçe<sup>186</sup> olduğu da gözlemlenmektedir. Tarafların büyük çoğunluğunun sulha yönelmiş olması, toplumun bu suç tipinde sulha yetkili olduğunu bildiğine işaret etmektedir. Kanaatimizce sulha yetkili olduğunu bilen veya bildirilen toplum, sahip olduğu uzlaşma kültürüyle uyuşmazlıklarını mümkün olduğunda kamu otoritesinin dahil olmadan çözme gayretindedir. İncelediğimiz hiçbir kayıta net bir şekilde gurreye hükmedildiğine rastlamadık. Ancak gurreye hükmedilmesi için gerekli olan şartlara kayıtlarda sürekli atıfların yapılması dikkate değer bir tespittir. Bu açıdan bakıldığında kayıtlarda ceninin ölü doğmuş olması ve

---

<sup>180</sup> Öztürk, Mustafa, Osmanlı Döneminde Iskat-ı Ceninin Yeri ve Hükümü” Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 1, Sayı: 1, Elazığ 1987, s. 202; Şimşek / Eroğlu / Dinç, s. 595; Özdemir, s. 958.

<sup>181</sup> D, VR 36A, Şeyhülislam İbn Kemal Fetvalarından aktaran Ahmet İnanır, İbn Kemal’in Fetvaları Işığında Osmanlı’da İslam Hukuku, İÜSBE Dokoraz Tezi, İstanbul 2008, s. 298.

<sup>182</sup> ‘*Konya’da .... Sakinlerinden Saliha bt. Ali Beşe... Ayşe bt. İbrahim adlı hatunun evine varup demir değnekle eli ve ayağıyla karnına haksız yere şiddetle vurup, vurma eseri iki aylık çocuğunu ölü olarak düşürdüğü... mezbure Salihaya tazir ektiza etmekle.... 1763’ Ahmed Akgündüz, Şer’iyye Sicilleri, II, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul 1988, s. 119.*

<sup>183</sup> Schacht, s. 133, 191.

<sup>184</sup> İbn Rüşd, C. II, s. 481’den aktaran Hata, s. 98.

<sup>185</sup> İSTANBUL 18, C. 18, s. 229, Hüküm No: 194.

<sup>186</sup> BAB 03, C. 17, s. 39, Hüküm No: 451.

ceninin organlarının teşekkül etmiş olmasına yer verilmesi, gurre için gerekli koşulların sağlanmaya çalışıldığını göstermektedir. Yine araştırdığımız dönemde bu suç tipine tazir cezasının verildiğini gösteren bir veriye ulaşamadık. Kanaatimizce uyuşmazlıkların çoğunun sulh ile çözümlenmesi ve davanın ispat edilememesi gibi nedenler tazir ile nihayete eren kayıtlara rastlamamızın nedenlerindedir.

## VIII. SONUÇ

Kıyas suçları içerisinde yer alan ve muhtelif terminolojiler ile ifade edilen çocuk düşürtme suçu, 17. yüzyıl İstanbul'u kadı sicillerine çok fazla yansımamıştır. Bu durum bu suç tipinin az işlenmiş olacağı şeklinde yorumlanabileceği gibi uyuşmazlıkların kadı huzuruna gitmeden çözülmüş olması şeklinde de değerlendirilebilir. Tespit ettiğimiz sicillerde uyuşmazlıkların çoğunun sulh ile çözümlenmiş olması ikinci ihtimalin gerçeğe daha yakın olduğunu düşünmemize neden olmaktadır. Zira sulh ile uyuşmazlığın çözümünde mutlaka kadı huzuruna gitmek zorunlu değildir. Metin içerisinde göstermiş olduğumuz belgelerden de anlaşıldığı üzere eğer sulh akdinde de bir anlaşmazlık var ise o zaman kadı huzuruna gidilmiştir. Dolayısıyla sulh akdinde bir uyuşmazlık söz konusu değilse vaka hiçbir resmi kayda girmeden çözümlenebilmiştir. Şu halde Osmanlı tecrübesi bize adaletin tecellisi için ceza hukuku alanında dahi belirli uyuşmazlıkların hâkim huzuruna çıkmadan tarafların kendi iradeleri ile çözümlenebileceğini göstermektedir.

Sicillerde yer alan çocuk düşürtme suçu ile ilgili kayıtlar bize Osmanlı hukuk teorisinin pratiğe hangi ölçüde yansıdığı hakkında önemli bilgiler vermiştir. Kıyas suçlarının ayırıcı özelliklerinden olan af ve sulh müessesesinin anılan dönem ve yerde bu suç tipi için uygulandığını çok rahat bir şekilde söyleyebiliriz. Gerek af ile gerekse muslihûn vasıtasıyla uyuşmazlıkların çözümlenmesi, bir yandan kadı haricinde hukuki problemlerin çözümlenebildiğini öte yandan toplamda uzlaşma kültürü olduğuna işaret etmektedir. Bu açıdan bakıldığında af ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden efektif olarak yararlanabilmek için toplumda uzlaşma kültürünün hâkim olması gerektiğini söyleyebiliriz.

Rastladığımız belgeler, bu suç tipinin kovuşturulabilmesi için mutlaka bir şikâyetin mevcut olduğunu göstermiştir. Şikâyetin genelde anneler tarafından yapıldığı görülmekte ise de babaların da asaleten şikâyet ettiklerini müşahade etmekteyiz. İncelediğimiz dönemde kadı huzuruna gitmiş olan tüm çocuk düşürtme suçlarında anne ya da babanın şikâyeti söz konusudur. Bu da kıyas suçları için söylenen teorik bilginin



17. yüzyıl İstanbul'u çocuk düşürtme suçunda uygulandığını göstermektedir. Davaların, vakanın üzerinden üç, dört gün gibi çok kısa bir süre sonra açılmış olması, bu suç tipleri açısından dava ve ceza zamanaşımının söz konusu olmadığını göstermektedir. Kayıtların biri hariç hepsinde vakanın ne zaman gerçekleştiğinin yazılması, bir yandan maddi vakanın ortaya konması açısından öte yandan zamanaşımını tespit etmek açısından önemlidir. Ayrıca çok kısa denilebilecek süre içerisinde yargılamanın başlaması, toplumun adalete erişimin noktasında sahip olduğu esnekliği göstermesi açısından kıymetlidir. Çocuk düşürtme suçlarında yargılamanın kısa süre içerisinde başlaması kadar hükme de kısa süre içerisinde varılması adaletin tecellisi açısından önemli bir süreçtir.

17'nci yüzyıl İstanbul'unda kişi bakımından çocuk düşürtme suçuna bakıldığında, Osmanlı adaletinin hayata yansımaları görebiliyoruz. Nitekim askerî olan tabbâhîn-i hâssa imamı bir başka ifade ile saray mutfak sorumlusu, anılan suçtan ötürü sanık olarak dinlenebilmiş ve yargılanabilmiştir. Çocuğunu düşürenin zimmî, sanığın Müslüman veya her iki tarafın zimmî olması yargılamada ve hüküm vermede herhangi bir değişikliğe neden olmamış, İslam Osmanlı ceza hukuku kuralları bu hallerde de uygulanabilmiştir. Bu gibi durumlar bir yandan mülkîlik ilkesinin teoride kalmadığını öte yandan adaletin egemenliğin söz konusu olduğu her hal ve şartta sağlanmaya çalışıldığını göstermektedir.

Kıyas suçları kategorisinde olmasının uzantısı olarak asli kaynaklarda hakkında hüküm bulunan çocuk düşürtme suçu, Osmanlı kanunnameleri ve dönemin şeyhülislam fetvalarında da kendisine yer bulmuştur. Bu tespitler, suçun kanunilik ilkesine uygun kodifiye edildiğini göstermektedir. İslam hukukun asli kaynaklarındaki hükümlerin 17. yüzyıl İstanbul'unda çocuk düşürtme suçu için uygulanması, İslam hukukunun yüzyıllar boyunca değişmeden uygulandığını gösteren örneklerden birisidir. Padişah fermanı ile onaylanmış fetvalar ve konuyla ilgili diğer fetva ve fıkıh kitaplarındaki hükümler de suçun kanunilik ilkesine uygun düzenlendiğini teyit eden diğer argümanlardır.

İncelenen dönemde çocuk düşürtme suçunun maddi unsuru olarak, yumruk ile darp gibi ilk akla gelebilecek fiillere rastlandığı gibi karpuz kabuğunun da suçun işlenmesinde kullanılan alet olduğu gözlemlenmektedir. Kayıtlarda failin hareketi ile çocuğun düşmesi arasındaki illiyet bağına özellikle atıfta bulunulması, usule uygun bir ceza yargılaması sisteminin mevcut olduğunu göstermektedir. Ayrıca

araştırılan dönemde suçun manevi unsuru çocuk düşürtme suçu açısından da diğer suçlarda olduğu gibi önemsenmiş; eğer sanığın kastı ispatlanamamış ise dava düşmüştür.

Sicillerin sürekli müstebinetül hılka cenine, yani organları teşekkül etmiş olan cenine atıfta bulunması, Osmanlı Devleti'nin resmi mezhep anlayışının 17'nci yüzyıl İstanbul'unda uygulandığını, hayata geçtiğini göstermesi açısından önemlidir. Zira çocuk düşürtme suçunun teşekkül etmesi için ceninin organlarının teşekkül etmesi gerektiği şartı Hanefiler tarafından aranmaktadır. Bu tespit bir yandan mevzuat-pratik uyumunu ortaya koyarken diğer taraftan hukuki istikrarı ve hukuk birliğini sağlamaya yönelik 16'ncı yüzyılda atılan adımların karşılık bulduğunu göstermektedir.

Yapılan araştırmalar neticesinde varılan önemli tespitlerden birisi de hiçbir kayıta literatürün ifade etmiş olduğu cezaya yani gurreye rastlanılmamış olmasıdır. Ancak gurreye hükmedilmesi için gerekli olan şartlara, kayıtlarda sürekli atıfların yapılması dikkate değer bir tespittir. Yine bu suç tipine tazir cezasının verildiğini gösteren bir kayıta da ulaşamadık. Bizce uyuşmazlıkların çoğunun sulh ile çözümlenmesi, davanın ispat edilememesi gibi nedenler gurre ve tazir ile nihayete eren kayıtlara rastlamamızın nedenlerindedir.

İncelenen dokümanlar neticesinde kadıların hem maddi ceza hukuku açısından çocuk düşürtme suçuna vakıf olduklarını hem de İslam Osmanlı ceza usul hukukunun ilkelerine uygun hareket ettiklerini ifade edebiliriz. Ölü doğmuş ve Müstebinetül hılka olan cenine kayıtlarda yer verilmesi, affa ve sulha rağmen bir karar vermemeleri maddi ceza hukuku mahiyetinde anılan suça hâkim olduklarını göstermektedir. Vaka tarihinin yazılması, vakaların ayrıntılı bir şekilde kaleme alınması, şikâyet üzerine yargılamanın gerçekleştirilmesi, davalının dava sırasında hazır bulundurulması, savunma hakkının verilmesi, ispat külfetinin davacıda olması, yemin teklif prosedürü gibi usul hukukuna ilişkin ilkeler, 17'nci yüzyıl Osmanlı Kadıları tarafından çocuk düşürtme suçu bakımından titizlikle uygulanmıştır. Bu gibi tespitler, kanaatimizce medreselerin bozulduğu iddiasının hayata yansımadığını ortaya koyabilecek argümanlar olabilir. Zira maddi ceza hukukuna vakıf ve usule uygun kararlar vermeleri Kadıların, teorik olarak iyi bir eğitim aldıklarını göstermektedir.

Ahmet KILINÇ

## KAYNAKÇA

- AKGÜNDÜZ, Ahmed: Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, 4. Kitap, Fey vakfi, İstanbul 1992.
- AKGÜNDÜZ, Ahmed: Şer'iyye Sicilleri, II, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul 1988.
- AKMAN, Mehmet: Osmanlı Devlet'inde Ceza Yargılaması, Eren Yayınları, İstanbul 2004.
- AKŞİT, Cevat: İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları, Edebiyat Fakültesi Matbaası, İstanbul 1976.
- AKYILMAZ, Gül: Osmanlı Devletin'de Yönetici Sınıf-Reaya Ayırımı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1-2, 2004.
- AKYILMAZ, Gül: Osmanlı Hukukunda Köleliğin Sona Ermesi ile İlgili Düzenlemeler ve Tanzimat Fermanı'nın ilanından sonra Kölelik Müessesesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Sayı: 1-2, Ankara 2005, s. 213-238.
- ARI, Abdüsselam: İslâm Hukukuna Göre Hukuk ve Ceza Davalarında Zamanaşımı, İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı: 11, İstanbul 2005, s. 57-88.
- ARSEBÜK, Ali Haydar Efendi: Düreru 'l-hukkâm Şerhi Mecelleti'l-Ahkam, Gül Neşriyat, İstanbul bila tarih.
- ASLAN, Nasi: Osmanlı Hukukunun Oluşumunda Fetva ve Kaza Münasebeti, Dini Araştırmalar Dergisi, C. 2, Sayı: 4, Mayıs Ağustos 1999, s. 85-100.
- ATAR, Fahrettin: Af, DİA, C. 1, [www.islamansiklopedisi.info](http://www.islamansiklopedisi.info) e.t.: 18.3.2018.
- AVCI, Mustafa: Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yayınevi, 2. Baskı, Konya 2014 (Genel Hükümler).
- AVCI, Mustafa: Türk Hukuk Tarihi Dersleri, (THT) Mimoza Yayınları, Konya 2014.
- AVCI, Mustafa: Osmanlı Ceza Muhakemesinde Sulh (Uzlaştırma), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1, Konya 2017, s. 11-71.

- AVCI, Mustafa: Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Özel Hükümler) Mimoza Yayınları, Konya 2014.
- AYDIN, Mehmet Âkif: Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları 7. Baskı, İstanbul 2009.
- BİLGİN, Arif: Ottoman Palace Cuisine of the Classical Period, <http://www.muslimheritage.com/article/ottoman-palace-cuisine-classical-period#ftnref4> e.t.: 06.04.2017.
- BİLGİN, Vejdi: Klasik Dönem Osmanlı Hukuk Düşüncesinin Temel Özellikleri, Türkler, C. 11, Ankara 2002, s. 81-98.
- BİLMEN, Ömer Nasûhi: Hukûk-u İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1968.
- BOZKURT, Gülnihal: İslam Hukukunda Zimmilerin Hukuki Statüleri, Prof. Dr. Kudret Ayiter'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 1998, s. 115-155.
- CİN, Halil / AKYILMAZ, Gül: Türk Hukuk Tarihi, 8. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2016.
- ÇEKER, Orhan: Çocuk Düşürme, DİA, C. VIII, İstanbul 1993.
- ÇİFTÇİ, Adem: Bozok Sancağı Kanunnameleri'ndeki Cezaların Şer'i Cezalarla Mukayesesi, I. Uluslar arası Bozok Sempozyumu Bildiri Kitabı, Bozok Üniversitesi Yayınları, C. 1, 05-07 Mayıs 2016.
- DEMİR, Abdullah: Türk Hukuk Tarihi, Yitik Hazine Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2000.
- DİRİK, Mehmet: İslam Hukukunda Cenin Öldürme Suçunun Cezası, Bilimname, XXIII, 2012/2, s. 187-215.
- DÖNDÜREN, Hamdi: Gurre, Şamil İslâm Ansiklopedisi; <http://hikmet.net/cocuk-dusurmenin-veya-buna-sebep-olmanin-cezasi-gurre/> e.t.: 02.04.2017.
- DÖNMEZ, İbrahim Kafi: İslamda İnanç, İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı (İFAV), C. I, İstanbul 1997.
- DÜZDAĞ, M. Ertuğrul: Şeyhülİslam Ebussuud Efendi'nin Fetvalarına Göre Kanuni Devrinde Osmanlı Hayatı, Kapı Yayınları, İstanbul 2012.

- EKİN, Ümit: Sakk Mecmualarının Tarih Araştırmalarında Kaynak Olarak Kullanılması Üzerine Bir Deneme, Bilig, Hoca Ahmet Yesevi Üniversitesi, Sayı: 53, Bahar 2010, s. 115-136.
- ELİAÇIK, Muhittin: Osmanlı Arşiv Belgelerinde Kalıplaşmış Zarf, Sıfat, Edat vd. İfadeler, Turkish Studies – International Periodical For the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic, Volume 7/3, Summer, Ankara 2012, s. 1124-1158.
- EMECEN, Feridun M.: Osmanlı Taşrasında Saray Bürokrasisi: Şehzade Selim'in Kazayâ Defteri, Osmanlı Araştırmaları, XLVI, 2015, s. 213-301.
- EROL, Rasim / KILIÇ, Hüseyin / AKMAN, Mehmet: İstanbul Kadı Sicilleri Rumeli Sadâreti Mahkemesi 21 Numaralı Sicil C. 16, İsam yayınları İstanbul 2011.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin: Türk Hukuk Tarihi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000.
- GEDİKLİ, Fethi: Osmanlı Hukukunda Hekim Sorumluluğu ve XVII. Yüzyılda Ünlü Bir Fıkıh Cerrahi, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı: 4, Güz 2007, s. 15-27.
- GÜNALAN, Rıfat / AKMAN, Mehmet / OĞUZ, Mustafa: İstanbul Kadı Sicilleri Bâb Mahkemesi, 3 Numaralı Sicil, C. 17, İsam yayınları, İstanbul 2011 (Bu çalışmaya metin içerisinde tekrar atıf yapıldığında 'BAB03, C. 17, s. 569, Hükiim No: 700' örneğindeki format kullanılmıştır.).
- GÜNALAN, Rıfat / CANATAR, Mehmet / AKMAN, Mehmet: İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil, C. 10, İsam Yayınları, İstanbul 2010. (Bu çalışmaya metin içerisinde tekrar atıf yapıldığında 'USKUDAR84, C. 10, s. 569, Hükiim No: 700' örneğindeki format kullanılmıştır.).
- HALEBİ, İbrahim: Mültekâl-Ebhur, Mevkufât, şerheden Mehmed Mevkufati, Sadeleştiren Ahmed Davudoğlu, Doyuran Matbaası, İstanbul 1980.
- HATA, İbrahim: İslâm Hukukunda Çocuk Düşürme, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi SBE, İslam Hukuku Bilim Dalı, Bursa 2011.
- HUSSİEN, Kamer Kal: Osmanlı Ceza Yargılamasında Soruşturma, V. Lisansüstü Çalışmaları Kongresi, Bildiri Kitabı III, İlem, İstanbul 2016, s. 131-144.

- İPŞİRLİ, Mehmet: XVI. Asrın İkinci Yarısında Kürek Ceza ile İlgili Hükümler, İÜEF Tarih Enstitüsü Dergisi, S. 12, 1982, s. 203-248.
- İNANIR, Ahmet: İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Osmanlı'da İslam Hukuku, İÜSBE Doktora Tezi, İstanbul 2008.
- KAHRİMAN, Salih / RECEP, Fuat / ATAY, Sabri / KILIÇ, Hüseyin / KARACA, Yılmaz / EROL, Rasim: İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 18 numaralı Sicil, C. 18, İsam yayınları, İstanbul 2010. (Bu çalışmaya metin içerisinde tekrar atıf yapıldığında '*İSTANBUL18, C. 18, s. 569, Hüküm No: 700*' örneğindeki format kullanılmıştır.).
- KARACA, Yılmaz / EROL, Rasim / KAHRİMAN, Salih / RECEP, Fuat / ATAY, Sabri / KILIÇ, Hüseyin: İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 3 numaralı sicil, C. 13, İsam yayınları, İstanbul 2010 (Bu çalışmaya metin içerisinde tekrar atıf yapıldığında '*İSTANBUL03, C. 13, s. 569, Hüküm No: 700*' örneğindeki format kullanılmıştır.).
- KARAMAN, Hayreddin: Mukayeseli İslâm Hukuku, İz yayıncılık, 8. Baskı, İstanbul 2013.
- KAYA, Süleyman: Mahkeme Kayıtlarının Klavuzu: Sakk Mecmuası, Türk Hukuk Tarihi Sayısı, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C. 3, Sayı: 5, İstanbul 2005, s. 379-416.
- KAYA, Süleyman / ALGIN, Betül / TRABZONLU, Zeynep / ERKAN, Asuman: Behcetü'l-Fetâvâ Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, Klasik Yayınları, İstanbul 2011.
- KILINÇ, Ahmet: Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabuluculuğu, (Muslihun) II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri C. II, Editör Prof. Dr. Fethi Gedikli, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 15-81.
- KILINÇ, Ahmet: Mecelle'ye Göre Zamanaşımı: Uygulamada Görülen Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri, Türkiye Adalet Akademisi Uluslararası Mecelle Sempozyumu, Türkçe Tebliğleri Elektronik Kitabı, Bursa 25-27 Eylül 2017, s. 185-226.
- KONAN, Belkıs: Osmanlı Devleti'nde Çocuk Düşürme Suçu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, Sayı: 4, Ankara 2008, s. 319-335.

Ahmet KILINÇ

MENTEŞİZADE, Abdurrahim Efendi: (ö. 1154/17169), Fetavayı Abdurrahim, Dârü't-Tibâati'l-Ma'mûre, C. 1. İstanbul 1243.

MOLLA, Hüsrev Mehmed b. Ferâmuz: Dürer'ül-Hükkâm, C. II, İstanbul 1317.

ÖRSTEN ESİRGİN, Seda: İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Zimmiler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel sayı, Mehmet Akif Akdın'a Armağan, C. 21, S. 2, s. 145-171, İstanbul 2015, s. 187-213.

ÖRSTEN, Seda: Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Fetvâ Mecmuaları, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı: 4, 2007, Güz, s. 29-40.

ÖZDEMİR, Merve: Osmanlı Fetvalarında Iskât-ı Cenînin (Cenin Düşürmenin) Cezai Sonuçları, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 9, Sayı: 46, Ekim 2016, s. 956-965.

ÖZEL, Ahmet: Müste'men, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt: 32, İstanbul 2006, s. 140-143.

ÖZERGİN, M. Kemal: Eski Bir Rûzname'ye Göre İstanbul ve Rumeli Medreseleri, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Enstitüsü Dergisi, Sayı: IV-V, İstanbul 1973-74, s. 263-291.

ÖZTÜRK, Mustafa: Osmanlı Döneminde Iskat-ı Cenînin Yeri ve Hükmü, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 1, Sayı: 1, Elazığ 1987, s. 199-208.

SARIKAYA, Yaşar: Osmanlı Medreselerinin Gerileme Meselesi: Eleştirel Bir Değerlendirme Denemesi, İslâm Araştırmaları Dergisi, Sayı: 3, 1999, s. 23-40.

SCHACT, Joseph: İslam Hukukuna Giriş, Ankara 1986.

SERAHSİ, Şemsü'l-elmme Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed (1009-1090): Mebsût, Ed. AKŞİT, Mustafa Cevat, Gümüşev Yayınları, İstanbul 2008.

SOMEL, Selçuk Akşin: Osmanlı Son Döneminde Iskat-ı Cenin Meselesi, Kebikeç, Sayı: 13, Ankara, 2002, s. 65-88.

ŞAHİN, Ergün: Ceza Yargılamasının Tarihçesi, TAAD, yıl 5, Sayı: 18, Ankara 2014, s. 349-386.

ŞAHİN, Hatice: Bursa Şer'iyeye Sicillerinin Dili Üzerine Bir İnceleme Denemesi, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 12, Sayı: 1, Elazığ 2002, s. 101-126.

ŞİMŞEK, Fatma / EROĞLU Haldun / DİNÇ Güven: Osmanlı İmparatorluğunda İskat-ı Cenin (Çocuk Düşürme), Uluslar arası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Sayı: 2/6, Kış 2009, s. 593-609.

TAHİROĞLU, Bülent: Osmanlı İmparatorluğunda Kölelik, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 45, Sayı: 1-4, İstanbul 1979-1981, s. 649-676.

TÜRKZÂDE, Hafız Mehmed Ziyâeddin Efendi: Osmanlı Hukuk Sözlüğü, Haz. GEDİKLİ Fethi, ONAT İbrahim Enes, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

UDEH, Abdulkadir: Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, Tercüme Ali Şafak, Rehber Yayıncılık, Ankara 1990.

UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı: Osmanlı Devleti'nin Saray Teşkilatı, TTKY, Ankara 1984.

UZUNPOSTALCI, Mustafa: Cenin, DİA, C. 7, İstanbul 1993.

YAYLALI, Davut: İslam Hukukunda Sulh, İstanbul 1993.

YILDIRIM, Hacı Osman / ATİK, Vahdettin / CEBECİOĞLU, Murat / ÖZYURT, Ayhan / SERİN, Mustafa / YAVUZ, Fuat / YEKELER Numan: Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, Yayın Nu: 47, 82 Numaralı Mühimme Defteri, Ankara 2000.

YILDIRIM, Hacı Osman / ATİK Vahdettin / CEBECİOĞLU, Murat / SAFİ, Muhammed / SERİN, Mustafa / USLU, Osman / YEKELER, Numan: Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, Yayın Nu: 28, 6 Numaralı Mühimme Defteri, C. 1, Ankara 1995.

YİĞİT, Yaşar: İslam Ceza Hukuku Hükümlerine Etkisi Açısından Zamanaşımı, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, Konya, Sayı: 3 Haziran-2004, s. 155-166.

<https://tr.wikipedia.org/wiki/Osmanlı%20İmparatorluğu%20ve%20Çocuk%20Düşürme%20Suçları> e.t.: 27.04.2017.



## SELF DETERMİNASYON HAKKI VE SELF DETERMİNASYON HAKKI TEORİLERİ

Mustafa KOÇAK\*

### ÖZ

Bu makalede self determinasyon hakkının yirminci yüzyılda Milletler Cemiyeti ve Birleşmiş Milletler dönemleri uluslararası hukukunda geçirdiği aşamalar; hakkın, tarihsel, siyasal ve felsefi kökleri ile birlikte özellikle 1980'li yıllardan sonra self determinasyon hakkı konusunda akademik yazında geliştirilen bazı teoriler incelenecektir.

Bu bağlamda, self determinasyonun uluslararası hukukta gözetilmesi istenen siyasal bir ilkeden 1960'lı yıllarda Birleşmiş Milletler bünyesinde yapılan çalışmalarla birlikte yükümlülük doğuran bir hakka doğru evrildiği gösterilecektir. Self determinasyonun bir hak olarak değerlendirilmeye başlanması ile birlikte iç ve dış self determinasyon ayrımları da yapılmaya başlanmıştır. Ancak meselenin, uluslararası hukukun diğer ilkeleri, güç ilişkileri, milliyetçilik, demokratik yönetim, kültürel haklar ve insan hakları ile olan ilişkisinden kaynaklanan çok boyutlu bir yapısı vardır. Özellikle hakkın kompleks yapısı ve dış self determinasyonun bir formu olan ayrılma hakkı ile

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: [mkocak2@gmail.com](mailto:mkocak2@gmail.com), ORCID ID: 0000-0002-0645-9299.

Makalenin Gönderim Tarihi : 09.04.2018.

Makalenin Kabul Tarihi : 25.04.2018.

mevcut uluslararası hukuk arasındaki uyumsuzluk nedeni ile akademik yazında self determinasyon hakkı üzerine bazı (liberal) teoriler geliştirilmiştir. Bu teoriler, bu hakkı gerekçelendirmeye, kapsamını belirlemeye ve pratik uygulamasına ilişkin kısıtlamaların neler olabileceği gibi konulara odaklanmıştır. Bu çalışmada ağırlıklı olarak bu teoriler hakkında bilgi verilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Self determinasyon hakkı, uluslararası hukuk, iç self determinasyon, dış self determinasyon, self determinasyon hakkı teorileri.

## RIGHT TO SELF DETERMINATION AND THEORIES OF RIGHT TO SELF DETERMINATION

### ABSTRACT

This article will examine the degrees of right to self determination in international law through the stages of the League of Nations and United Nations in the twentieth century; article also will examine historical, political, and philosophical roots of right as well as some theories developed in academic literature on the right to self-determination, especially since the 1980s.

In this context, it will be shown that the self-determination is a political principle that is required to be observed in international law has evolved into a right bearing obligations with the works done in the United Nations in the 1960s. With the start of being considered self determination as a right, the distinctions between internal and external self-determinations have begun to be made. However, the issue has a multidimensional structure which originated from its relationship with other principles of international law, power relations, nationalism, democratic governance, cultural rights and human rights Especially due to its complex nature and the disagreement between the right to secession as a form of external self-determination and the existing international law some (liberal) theories on the right of self determination have been developed in the academic literature. These theories are focuses on to justify the right, to determine the scope and limitations of practical application of the right. In this study, information about these theories will be given mainly.

**Keywords:** Right to self determination, international law, internal self determination, external self determination, theories of right to self determination.

## I. GİRİŞ

Son yıllarda halkların birbiri ardına bağlı oldukları devletlerden ayrılarak bağımsız devletler olarak teşkilatlanmak için hayata geçirdikleri ayrılma referandumları görüldü. Quebec'in referandumla iki kez Kanada'dan<sup>1</sup> ayrılma teşebbüsü görece güncel olmayabilir, ancak İskoçya'nın Birleşik Krallık'tan (2014)<sup>2</sup>, Katalonya'nın İspanya'dan (2017)<sup>3</sup> ve Irak Kürdistan Bölgesel Yönetimi'nin Irak'tan (2017)<sup>4</sup> ayrılma yönündeki referandumları çok yakın bir geçmişte yaşandı.

İkinci Dünya savaşı sonrasında sömürgeciliğin tasfiyesinin sonucu olarak ve 1990'larda soğuk savaş sonrası Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin (SSCB) dağılması, Doğu Avrupa'daki iç savaşlar ve ayrışmalar sonucu 110'dan fazla yeni ulus devlet ortaya çıktı. Daha önceleri imparatorluk düzenlerinin bir parçası olan veya modern ulus devletlerde görünmez kılınmaya çalışılan azınlık uluslar, self determinasyon ilkesine dayanarak kendi ulus devletlerine sahip olma iddialarını açık bir biçimde ortaya koymuşlardır.<sup>5</sup> Uluslararası topluluğun ve hukukun self determinasyonu çok istisnai durumlar dışında genel bir ilke ve hak olarak görmekten kaçınan ve mevcut devlet sınırlarını koruma yönündeki tutumuna rağmen, dünyanın birçok yerinde birçok ulusal veya

---

<sup>1</sup> Québec iki kez Kanada'dan ayrılma referandumuna gitmiştir. İlk referandum 20 Mayıs 1980'de yapılmıştır. Referanduma katılım oranı %85.61 olmuştur, %59.56'lık hayır oyu ile ayrılma talebi reddedilmiştir. İkinci referandum, 30 Ekim 1995'te gerçekleşmiştir. Referandum bu kez çok az bir farkla hayır oyları lehine sonuçlanmıştır, %50.58'lik hayır oyu ile ayrılma talebi ikinci kez reddedilmiştir. Bu referandumun doğurduğu siyasi, idari ve hukuki sonuçlar için bkz. <http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/quebec-referendum-1995/>, erişim tarihi: 12 Mart 2018, 16:50.

<sup>2</sup> İskoçya'nın bağımsız bir devlet olabilmesi için 18 Eylül 2014'te yapılan referandumda İskoç Halkı'nın referanduma katılım oranı %84 olurken, %55'lik hayır oyu ile ayrılma talebi reddedilmiştir.

<sup>3</sup> Katalonya özerk bölgesinde 1 Ekim 2018'de yapılan bağımsızlık referandumunda Katalanların %42.3'ü oy kullanmıştır. Katılımın düşük olduğu referandumun sonucu %90,09 ile bağımsızlık lehine olmuştur.

<sup>4</sup> Irak Kürdistan Bölgesel Yönetimi'nin Irak'tan bağımsızlık referandumuna katılım oranı %72.16 olarak gerçekleşmiştir. Referandumda yüzde 92.72 evet oyu, yüzde 7.27 hayır oyu çıkmıştır.

<sup>5</sup> Alain-G. Gagnon, Belirsizlikler Çağında Azınlık Uluslar, Ulusal Özgürlük ve Ulusal Güçlenme İçin Yeni Yollar, Ersin Erkan (Çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016, s. 2-3.

etnik topluluk, self determinasyona ahlaki bir hakları olduğu iddiasını ileri sürmektedirler.<sup>6</sup> Temmuz 2011’de Güney Sudan’ın kabul edilmesi ile Birleşmiş Milletler’de 193 devlet temsil edilmektedir.<sup>7</sup>

Uluslararası hukuka bakıldığında self determinasyon hakkının kademeli bir gelişim gösterdiği görülmektedir. Bu hakkın tarihsel, siyasal kökleri daha eskiye dayanmakla birlikte, modern anlamı ile dile getirilmesi Birinci Dünya Savaşı’ndan sonradır. Milletler Cemiyeti ve Birleşmiş Milletler’in ilk dönemlerinde izlenmesi gereken bir siyasal ilke iken, 1960’lı yıllardan itibaren hak ve yükümlülük doğuran bir hukuk kuralına ve hakka dönüşmüştür. Ancak hakkın kapsamı konusundaki belirsizlik bugün de devam etmektedir. Ulusal self-determinasyon modern siyasal ve uluslararası hukuk tartışmalarının merkezi konusudur. Ancak bu hakkın teorik analizine nadiren rastlanmaktadır. Bu analizlerin çoğunluğu uluslararası hukukçular tarafından yapılmıştır ve yasal ve politik yapılagelişten yüksek derecede etkilenmiştir. Siyaset felsefecileri ayrıca geçmiş ve mevcut politik düzenlemeler ışığında bu hakkın niteliği üzerine çalışmışlardır ve bu hakkın çekirdeğini, belirli bir toprak parçasının ayrı bir devlete mi dönüşeceği veya eski statüsünde mi kalacağı olduğu sonucunu çıkartmışlardır.<sup>8</sup> Uluslararası hukuktaki gelişmelerin etkisi ile self determinasyonun -işsel boyutu anlamında- demokratik yönetim ve insan hakları ile olan bağlantısı da belirginleşmiştir.

Bu çalışmada, Desmond M. Clarke and Charles Jones’un editörlüğünü yaptıkları ‘The Rights of Nations Nations and Nationalism in a Changing World’ adlı eserdeki yaklaşıma<sup>9</sup> paralel olarak

---

<sup>6</sup> Hüseyin Kalaycı, *Ulus Devletin Başağrısı Ayrılkçılık Kanada Quebec Örneği*, Ankara: Liberte Yayınları, 2010, s. 27.

<sup>7</sup> Ephraim Nimni, *Ulusal Bölgesel Azınlıklar, Demokratik Teori ve Ulusal Kendi Kaderini Tayin Hakkı*, Osman İşçi (Çev.), Elçin Aktoprak-A. Celil Kaya (Der.), 21. Yüzyılda Milliyetçilik, Teori ve Siyaset içinde (175-209), İstanbul: İletişim Yayınları, 2016, s. 183.

<sup>8</sup> Avishai Margalit / Joseph Raz, *National Self-Determination*, *The Journal of Philosophy*, Vol. 87, No. 9 (Sep., 1990), s. 440; Yael Tamir, *The Right to National Self-Determination*, *Social Research*, Vol. 58, No. 3 (FALL 1991), s. 565.

<sup>9</sup> Desmond M. Clarke / Charles Jones, *Introduction: Liberalism, Nationalism and Self-Determination*, Desmond M. Clarke and Charles Jones (Eds.), *The Rights of Nations Nations and Nationalism in a Changing World* içinde (1-25), Cork: Cork University Press, 1999, s. 1-2.

milliyetçiliğin yükselişi gibi tarihsel; etnisite, ırk, halk, millet ve ulus gibi grup kategorilendirmeleri arasındaki farka veya farklı milliyetçiliklerin taleplerini tatmin edecek politik yapılanmaların neler olabileceği konularına çok gerekli olmadıkça değinilmeyecektir. Aynı şekilde, bir devletin anayasasında ayrılma hakkının tanındığı veya devletin kuruluşu sırasında bir araya gelen bağımsız siyasal grupların ileride ayrılabilceği izlenimini veren bir maddenin devleti kuran anlaşmalarda mevcut olduğu durumlar, kısaca ayrılmanın anayasallaşması konusu da bazı örneklemeler hariç çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

Bu çalışma, ulusların/halkların self determinasyon hakkına odaklanmıştır. İncelenen alanın bu şekilde daraltılması durumunda bile farklı felsefe, siyaset bilimi ve hukuk perspektiflerinin kendilerini ifade etmesi için hala çok fazla boşluk mevcuttur. Diğer yandan meselenin çok boyutlu olarak incelenmesi teşebbüsü tek bir çalışmaya sığmayacak kadar kapsamlıdır. Bu nedenle, modern self determinasyon hakkının tarihsel, siyasi ve felsefi kökleri ile uluslararası hukukta ifade ettiği anlam üzerinde durulduktan sonra genellikle liberalizm çatısı altında toplanabilecek bazı temel siyaset prensiplerini arka plan çerçevesi olarak kabul etmiş bulunan self determinasyon hakkı teorileri incelenecektir.

## II. SELF DETERMİNASYON HAKKININ TARİHSEL, SİYASAL VE FELSEFİ KÖKLERİ

Modern ulusun gelişimini ve yapısını anlamak için modern devletin yapısını analiz etmek gereklidir. Avrupa'da modern devlet sisteminin Westphalia Barışı (1648) ile formüle edildiği konusunda bir uzlaşma vardır. Bu sistem, egemenlik prensibi üstüne kurulmuştur. Bu prensibe göre devletler kesin sınırlara sahiptir ve sınırları içindeki ahali üstündeki iktidarları mutlaklıdır. Devletler ayrıca birbirlerinin mevcudiyetini tanırlar, her bir egemen devlet hukuki olarak eşittir. Sistem, haksız savaşı yasaklar ve devletler dışında kolektif bir varlığın haklarını tanımaz. Westphalia sisteminin temel özellikleri, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda yazılmıştır.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Michael Freeman, The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions, Desmond M. Clarke and Charles Jones (Ed.), The Rights of Nations Nations and Nationalism in a Changing World içinde (45-64), Cork University Press, 1999, s. 47-48.

Ulus kavramının modern anlaşılışı ve self determinasyon hakkı, bu devlet siteminin sınırları içinde ortaya çıkmaktadır. Self determinasyon hakkının tarihsel fikri kökleri, orjinalinde birbirinden bağımsız olan iki farklı düşünce çizgisinden gelmektedir. Ancak bu kökler, Fransız Devrimi'nden sonra ortaya çıkan devlet ve ulus kavramlarında birleşmektedir.

Birinci düşünce çizgisi, bireysel kendini belirleme anlayışı üzerinde yükselir ve ilk önemli örneği John Locke'un klasik doğal haklar teorisinde görülür. Bu fikir, bireylerin hayatlarını ancak rasyonel ahlakın prensipleri doğrultusunda düzenleyebilirlerse onurlu bir hayat sürmüş olacaklarını ima eder. Başka bir deyişle, insanlar, hayat, özgürlük ve mülkiyet doğal haklarına sahiptirler. Bununla beraber bu haklar, haklar konusundaki anlaşmazlıkları çözecek yasal kurumların ve kanunları uygulayacak bir hükümet iktidarının yokluğu durumu olan 'doğal hal'de güvence altında değildir. Fakat hükümet büyük ve iki ucu keskin bir kılıçtır. Zira (artık) doğal olmayan durumda, doğal hakları ihlal eden en büyük güç başka bireylerden ziyade hükümet gücüdür. Temsili siyasi kurumlar ve hukukun üstünlüğü, bireysel hakların korunmasının en iyi yoludur. Ancak bu kurumlar çökebilir ve hükümet insanların haklarını sistematik bir biçim sürekli olarak ihlal eden bir tiranlığa dönüşebilir. John Locke'un klasik doğal haklar teorisi tiranlığa karşı iki düzeltici çare içermektedir: Mevcut iktidara son vererek yenisini oluşturmayı ifade eden 'devrim/direnme' hakkı ve 'göç' hakkı. Locke'un teorisi kötüye kullanılan hükümet gücüne karşı bireylerin haklarını güvence altına alma probleminde odaklanmıştır. Locke, belirli koşullar altında devrim hakkını kullanacak özne olarak halk nosyonuna başvurmuştur, ancak Locke'ta, modern millet nosyonuna karşılayacak argümanlar zayıftır. Bu nedenle Locke'un teorisi, bir halk ayaklanması eylemini içerir, fakat modern anlamda self-determinasyon hakkını içermez. Locke'un teorisi Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'ne (1776) pratik bir ifade ve teorik derinlik sağlamıştır. Bildirge, Amerikan bağımsızlığını İngiliz Hükümeti'nin Amerikalı'ların doğal haklarını ihlal ettiği temelinde haklılaştırılmıştır. Böylece, Amerikalı'lar, Locke'un teorisini sadece devrim veya göç için değil fakat ve ayrıca ayrılmayı haklı kılmak için de kullanmışlardır.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Freeman, The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions, s. 48-49. Yine de ulusal self-determinasyon fikri hala biraz zayıf görünmektedir. Zira doğal haklara başvurulmasına rağmen Amerikan uygulaması, Afrikalı'ların köleleştirilmesi, Yerlilerin

Self determinasyon hakkının modern kavranışını belirleyen ikinci düşünce çizgisi, Rousseau'nun siyaset felsefesi ve 1789 Fransız Devrimi ile ilişkilidir. Bu düşünce, devlet egemenliğini kabul eder, ancak egemenliği kraldan alıp halka/ulusa verir. Kralın egemenliği ilahi olarak takdir edilmiş olduğu için ulus da kutsal benzeri bir otorite kaynağı olarak görülmüştür. Fransız devrimi böylece Amerikan Bağımsızlık Savaşı'nın yaptığından daha belirgin bir ulusal self determinasyon kavramı oluşturmuştur. Böylece, Amerikalı'lar anti-emperyal bir ayrılma hakkı ileri sürerken, Fransız self determinasyon konsepti daha çok halk egemenliğine dayalı demokratik hükümet iddiası için ileri sürülmüştür. Ancak her iki çizginin bireysel insan hakları ile bağlantısı sürmektedir.<sup>12</sup> Anti-emperyal ayrılma hakkı ve demokratik yönetim hakkı arasındaki farklılaşmanın, günümüz ulusal self determinasyon tartışmalarında önemli bir ikilime işaret eden dış ve iç self determinasyon tartışmalarının temelini oluşturduğu görülmektedir.

Fransız Devriminin sonuçlarını açıklayan İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi (1789), Locke'un bireysel haklar fikrini ve Rousseau'cu halk egemenliği kavramını birleştirmiştir. Fransız Devriminin Fransa'daki sonuçları, self determinasyonun bireysel ve kolektif boyutlarını birleştirirken, devrimin diğer ülkelerdeki emperyal yayılışı, self determinasyonun bireysel ve kolektif boyutlarının ayrışmasına ve başta Almanlar olmak üzere milliyetçi direnişleri provoke etmiştir.<sup>13</sup> Böylece, Fransız Devrimi 'Milliyetler Prensibi' adlı yeni bir ilkenin ortaya çıkmasını tetiklemiştir. Bu ilke, bir devlet ülkesinde yaşayan etnik, dinsel veya kültürel farklılık gösteren her topluluğun self determinasyon hakkının olduğunu ve millet niteliği kazanan her topluluğun bağımsız bir devlet olarak örgütlenmeye hakkı olduğunu ifade

---

mülsüzleştirilmesi ve katledilmesi ve kadınların tabi durumları ile bağdaşmaktadır. Bildirge, Freeman'ın deyişi ile self determinasyon hakkının ileri sürülmesinin belki de ulustan dışlananların haklarının ihlal edilmesi ile bileşik olduğunu gösterme açısından ders verici niteliktedir. Freeman, *The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions*, s. 49.

<sup>12</sup> Freeman, *The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions*, s. 49; Abdullah Kıran, *Uluslararası Hukukta Devletleri Tanıma ve Tanıma Teorileri*, Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 2017, Cilt: 5, Sayı: 3, s. 929.

<sup>13</sup> Freeman, *The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions*, s. 49.

eder.<sup>14</sup> Milliyetler Prensibi'ni bir doktrin olarak ele alan dönemin İtalyan siyasetçi ve hukukçusu Pasquale Stanislao Mancini, her bir devlet içinde yaşayan farklı nitelikteki her topluluğun ayrı bir devlet olmasını ve her devletin tek bir ulusa sahip olmasını savunmuştur.<sup>15</sup>

20. yüzyılda üç ulusal self determinasyon dalgası görülmüştür. 1918'den sonraki Wilson'cu dalga, 1945'ten sonraki dekolonizasyon dalgası ve 1989'dan sonraki post-komünist dalga.

Birinci Dünya Savaşı ile Avusturya Macaristan ve Osmanlı gibi imparatorluklar dağılmıştı. Savaş sonrasında ABD Başkanı Woodrow Wilson'un 14 prensibi ile self determinasyon ilkesi uluslararası ilişkilerde bir siyasi çözüm enstrümanı olarak kabul edilmiştir. 8 Ocak 1918'de ABD Kongresi'nde ünlü 14 prensibini açıklayan Wilson, self determinasyon ilkesinin bundan böyle Avrupa düzeninin temelleri için devlet adamları tarafından zorunlu bir eylem ilkesi olarak kabul edilmesini istemiştir. Böylece büyük güçler, Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra, Avrupa'daki siyasi sınırların belirlenmesinde self determinasyon ilkesini benimsemişlerdir.<sup>16</sup> Görüldüğü gibi bu dönemde prensibin kendisi evrensel olarak görülmemiştir ve güçlü bazı kısıtlamalarla uygulanmıştır.<sup>17</sup> Birinci ve en önemli kısıt, coğrafi olandır; ulusal bağımsızlık sadece Avrupa ve Amerika'ya referans vermekte; ve kolonyal dünyayı kapsamamaktadır. Avrupa'da yenilen devletler içinde yeni devletler oluşmuş, buna karşılık muzaffer devletler, prensibin kendi

---

<sup>14</sup> Ali L. Karaosmanoğlu, Kendi Kaderini Tayin, Ülke Bütünlüğü, Uluslararası İstikrar Ve Demokrasi, Doğu-Batı, Yıl: 6, Sayı: 24, Ağustos, Eylül, Ekim 2003, s. 148.

<sup>15</sup> Mehmet Dalar, Kendi Kaderini tayin Hakkı Kavramı, Federasyon ve Irak Kürdistan Bölgesel Yönetimi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, 16 Sayı: 32, Yıl: 2015, s. 16.

<sup>16</sup> Kıran, Uluslararası Hukukta Devletleri Tanıma ve Tanıma Teorileri, s. 929.

<sup>17</sup> Woodrow Wilson'un ondört prensibi, aslında self determinasyon terimini açıkça içermemektedir. Polonya, bağımsız bir devletin kurulması çağrısının açıkça yapıldığı tek örnektir. Avusturya Macaristan ve Osmanlı İmparatorlukları yönetiminde yaşayan milletler için ise otonom gelişmeleri için en özgür imkanların tanınması öngörülmüştür. Rainer Bauböck, Paradoxes of Self-Determination and the Right to Self-Government, András Sajó (ed.), Global Justice and the Bulwarks of Localism içinde (101-127), Koninklijke Brill NV. Printed in The Netherlands, 2005, s. 104.



heterojen nüfuslarına uygulanmasını önlemişlerdir.<sup>18</sup> Woodrow Wilson'a göre İtilaf Devletleri “yönetmeye tabii hakları olmayan yabancı ulusları” hâkimiyetleri altına aldıklarından siyasi bakımdan iflas etmek zorunda kalmışlardır.<sup>19</sup> Bununla birlikte Wilson, Avrupa haritasının etno-ulusal karışıklığı konusunda duyarlı idi ve savaş sonrası oluşan düzen, prensibin tam bir uygulamasını yansıtmamıştır.<sup>20</sup> Çünkü hangi halk gruplarının self determinasyona istinaden özerk olabileceği veya başka halklarla birleşebileceği hususları tartışmalıydı ve belki de bu nedenle self determinasyon ilkesi bu dönemde slogan olmaktan öteye geçememiş ve Milletler Cemiyeti Misakında yer almamıştır.<sup>21</sup> Ayrıca R. Emerson'un belirttiği gibi self determinasyon ilkesi ahlâki ve siyasî kanaatler olmaktan öte, bağlayıcı hukuk normları haline getirilmek istendiğinde, ilkenin hem uluslararası hukukun diğer normları ile uyumlu hale gelmesinde hem de uluslararası toplumun istikrarının korunmasında ciddi pratik güçlüklerle karşılaşmıştır.<sup>22</sup>

Self determinasyon kavramı, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ise sömürge halkları, kendi kendini yönetemeyen halklar ve ulusal azınlıklar tarafından sosyal, kültürel, ekonomik ve siyasal nedenlerle kullanılmaktadır. Self determinasyon talebi, sömürgecilikten ve yabancı yönetiminden özgürleşme ile ilişkilidir ve genellikle bir halkın politik, ekonomik ve kültürel kaderini belirlemesi olarak tanımlanmaktadır. New Encyclopedia Britannica'da (1993: Volume 10) self determinasyon, genellikle ulusal bilinç kazanmış bir grup insanın kendi devletlerini oluşturmalarına ve kendi hükümetlerini seçebilmelerine imkan tanıyan bir süreç olarak tanımlanmıştır. Bu sürecin yöneldiği nihai hedef, uluslararası sistemde ve ilişkilerde bir ulus olarak egemen olmaktır. Craig Calhoun'un ifadesi ile yerel halka küresel anlamda bir temsiliyet

---

<sup>18</sup> Bauböck, *Paradoxes of Self-Determination and the Right to Self-Government*, s. 104.

<sup>19</sup> Rupert Emerson, *Sömürgelerin Uluslaşması Asya ve Afrika Halklarının Ortaya Çıkışları*, Çeviren: Türkkaya Ataöv, Ankara: Türk Siyasi Bilimler Derneği Yayınları, 1965, s. 285.

<sup>20</sup> Freeman, *The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions*, s. 50.

<sup>21</sup> Füsün Arsava, *Halkların Kendi Kaderini Tayin Etme Hakkının Tarihçesi ve Günümüzde Getirdiği Problemler*, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013, s. 392.

<sup>22</sup> Emerson, *Sömürgelerin Uluslaşması Asya ve Afrika Halklarının Ortaya Çıkışları*, s. 285.

kazandırmak ve o halkı diğer ulusların bir dengi haline getirmek demektir. Bir halk/ulus için egemenlik ve özgürlük, kendi geleceklerini başkalarının müdahalesinden özgür ve bağımsız olarak organize edebilme talebidir<sup>23</sup> ve bu talep neredeyse her zaman bir hak iddiasıdır. Daha da fazlası, başkalarının bazı yararları sağlamakla yükümlü olduğu pozitif haklardan ziyade, self determinasyon, semantik olarak ifade hürriyeti veya toplanma özgürlüğüne benzemektedir. Başkalarının müdahale etmemesi gereken bir özgürlüktür.<sup>24</sup> Halkın kendi devletini bağımsız olarak belirleme süreci olarak self determinasyon, yeni bir devlet olarak, bir devletler bloku olarak veya herhangi bir başka politik statü olarak sonuçlanabilir. Bu nedenle bir devletin, bölgenin veya eyaletin sınırlarının değişmesini ima eder.<sup>25</sup>

### III. ULUSLARARASI HUKUKTA SELF DETERMİNASYON HAKKININ GELİŞİMİ

Günümüz uluslararası hukuku, bir insan topluluğunun haklarını, ‘halkların kendi kaderlerini tayin hakkı’ (Milletlerin mukadderatlarını bizzat tayin etmeleri hakkı) (le droit des peuples a disposer d’eux-mêmes) veya kısaca self-determination hakkı (right of self-determination; droit a l’autodétermination; Selbstbestimmungsgescht) ilkesine dayanarak

---

<sup>23</sup> R. Vashum, Self-Determination: Principles, Meanings and Practices, Indian Anthropologist, Vol. 26, No. 1 (June, 1996), s. 63-66; Nimni, Ulusal Bölgesel Azınlıklar, demokratik Teori ve Ulusal Kendi Kaderini Tayin Hakkı, s. 176; Dalar, Kendi Kaderini tayin Hakkı Kavramı, Federasyon ve Irak Kürdistan Bölgesel Yönetimi, s. 16-17; Mustafa Erdoğan, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara: Orion Kitabevi, 2001, s. 95.

<sup>24</sup> Daha kesin bir ifade ile self determinasyon, hakkın kullanılmasını engelleyen spesifik bir hükümete (bu hükümet grubun ayrılmak istediği devletin hükümeti olabileceği gibi müdahale edebilecek diğer hükümetler de olabilir) karışmama iddiası olarak yöneltilmiş negatif bir özgürlüktür. Fakat aynı zamanda uluslararası topluma yönelik olarak pozitif bir tanınma istemini içerir. Bauböck, Paradoxes of Self-Determination and the Right to Self-Government, s. 108.

<sup>25</sup> Vashum, Self-Determination: Principles, Meanings and Practices, s. 66.

kullanacağını kabul etmektedir.<sup>26</sup> Çalışmanın bu aşamasında bu hakkın uluslararası hukuktaki gelişimine değinilecektir.

### A. Milletler Cemiyeti Dönemi

Milletler Cemiyeti Misakı'nda self determinasyona yer verilmemiştir. Milletler Cemiyeti'nin self determinasyon hakkındaki yaklaşımı, self determinasyonun bir 'siyasal ilke' olduğudur. Milletler Cemiyeti döneminde Finlandiya ile İsveç arasındaki Aaland Adaları uyuşmazlığı vesilesi<sup>27</sup> 1921'de Cemiyet bünyesinde kurulan Uluslararası Komisyon, self determinasyonun ayrılma biçiminde tezahür eden formunu kesin bir dille reddetmiştir. Bu olayda, her ne kadar Aaland Adaları Halkı'nın büyük çoğunluğunun bağlı buldukları Finlandiya'dan ayrılarak İsveç'le birleşmek arzuları Komisyon tarafından tespit edilmiş ise de Aaland Adaları Halkı'nın ayrılma hakkı reddedilmiştir. Komisyon şöyle demektedir:

“İlke (self determinasyon) esasen bir uluslararası hukuk kuralı değildir ve Milletler Cemiyeti ilkeyi kurucu antlaşmasına dahil etmemiştir....Bu, çok çeşitli yorumlara açık olacak şekilde formüle edilmiş olan muğlak bir adalet ve özgürlük ilkesidir...Dinsel veya dinsel azınlıklara veya nüfusun herhangi bir bölümüne onların arzu veya keyfine göre bağlı buldukları topluluktan ayrılma hakkının verilmesi, devlet içinde düzen ve istikrarı tahrip edecek ve uluslararası ilişkilerde anarşiyi başlatacaktır. Bu, devletin ülkesel ve siyasal bir birlik olduğu fikri ile bağdaşmayan bir teoriyi desteklemek olacaktır.”<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk, Gözden Geçirilmiş 3. Bası*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, s. 141.

<sup>27</sup> 1812 yılın kadar İsveç'e bağlı olan Aaland Adaları, 1812 yılında Finlandiya ile birlikte Rusya'ya bırakılmıştır. 1813 yılında imzalanan antlaşmaya göre muhtariyete sahip olan Finlandiya, 1917 yılında Rusya'dan ayrılmıştır. Aaland Adalarında yaşayan nüfusun çoğunluğu İsveç asıllıdır. Adaların İsveç asıllı halkı Finlandiya'nın bağımsızlığını desteklemekle birlikte kurulması planlanan Finlandiya'dan ayrı bir yapı istemekteydiler. Finlandiya ise Adaların kendi egemenliği altında kalmasını istiyordu. İngiliz hükümeti, bu uyuşmazlığı, Milletler Cemiyeti önüne getirmiştir. Doğan Kılınç, *Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 961-962.

<sup>28</sup> Kirgis, Frederic L., Jr., *The Degrees of Self-Determination in the United Nations Era*, *The American Journal of International Law*, Vol: 88, No. 2 (Apr., 1994), s. 304; Karaosmanoğlu, *Kendi Kaderini Tayin, Ülke Bütünlüğü*, *Uluslararası İstikrar Ve Demokrasi*, s. 148-149.

Ancak yine de Komisyonun Aaland Adaları bağlamında yaptığı bir diğer dikkat çekici yoruma göre, bir azınlığın bir devletten ayrılıp başka bir devlete iltihak etmeyi istemesi istisnai olarak düşünülebilir. Eğer bir devlet ülkesinde yaşayan azınlıklara yeterli garantileri sağlayamıyorsa böyle bir iltihak son çare olarak düşünülebilir.<sup>29</sup>

Freeman'a göre, Birinci Dünya Savaşından sonra uluslararası toplumun realist bir ulusal self determinasyon politikası oluşturmadaki başarısızlığının sonuçları felaket olmuştur. Çünkü Nazi Almanyası, Çekoslovakya ve Polonya'da yaşayan kitlesel Alman Azınlıkları ileri sürerek her iki ülkeyi işgalini meşrulaştırırken manüple edilmiş bir self determinasyon kavramına başvurdu ve böylece İkinci Dünya Savaşı başladı.<sup>30</sup>

## B. Birleşmiş Milletler Dönemi

Öncelikle belirtmeli ki self determinasyon ilkesinin Birleşmiş Milletler (BM) döneminde birçok önemli aşaması ve görünümü vardır; BM Antlaşması, BM Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1960'ta kabul ettiği 1514 (XV) sayılı 'Sömürge İdaresi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildiri', 16 Aralık 1966'da 2200 (XXI) sayılı kararı ile kabul edilen ve İkiz Sözleşmeler olarak bilinen 'Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme' ile 'İktisadi, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme', BM Genel Kurulu'nun 24.10.1970 tarihli ve 2625 (XXV) sayılı 'BM Antlaşmasına Uygun Olarak Devletler Arasında İşbirliğine ve Dostça İlişkilere İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirisi' ve 1993 İnsan Hakları Dünya Konferansında kabul edilen Viyana Bildirisi ve Eylem Programı bu dönemde yapılan ve self determinasyona referans veren en önemli belgelerdir.

### 1. Birleşmiş Milletler Antlaşması

İkinci Dünya Savaşı sonrasında yeni bir dünya düzeni kurmak için devletlerin oluşturduğu teşkilat, BM'dir. San Fransisco Konferansında ABD delegasyonunun, bağlayıcı bir antlaşmada self

<sup>29</sup> Karaosmanoğlu, Kendi Kaderini Tayin, Ülke Bütünlüğü, Uluslararası İstikrar Ve Demokrasi, s. 149.

<sup>30</sup> Freeman, The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions, s. 50.

determinasyona yer vermek konusunda bazı şüpheleri vardı. Ancak self determinasyon fikri, BM Antlaşması'nın 1. ve 55. maddelerinde 'halkların eşit hak ve self determinasyonu' prensibi biçiminde kendi yolunu bulmuştur. Sovyetler Birliği, ilgili düzenlemenin yapılmasına eski sömürgelerin desteği ile katkıda bulunmuştur. BM Antlaşması, BM'yi oluşturan halkların hükümetleri aracılığı ile diğer yüksek ideallerin yanında, gelecekteki kuşakları savaşın yıkıcılığından kurtarmak ve insan haklarına olan inançlarını teyit etmektedir. Antlaşma'nın etik temelleri; 'halk egemenliği' fikri ve 'bireysel hakların korunması ve desteklenmesi'dir.<sup>31</sup> Böylece modern zamanların iki fikri, yani Locke'cu bireysel haklara dayalı özgürlük anlayışı ve Fransız Devrimi sonrası ortaya çıkan halk egemenliği BM Antlaşmasında birleşmiştir.

BM Antlaşmasınının 1. maddesinin 2. fıkrası, 55. maddesi ve 76. maddesi self determinasyon ilkesini tanımıştır. Ancak self determinasyon, 1960'lı yıllara kadar Milletler Cemiyeti dönemindeki gibi siyasi bir ilke olarak görülmüş ve bağlayıcılığı olan bir uluslararası hukuk kuralı niteliği kazanamamıştır. BM Antlaşması'nın öngördüğü self determinasyon ilkesi ile ilgili olarak yapılan ilk yorumlara bakıldığında, ilkenin muğlak olduğu ve hukuki nitelikten yoksun olduğu görüşleri ağırlıktadır. İlkenin bu dar yorumu, Antlaşma'nın bir diğer ilkesi olan devletlerin egemen eşitliği ilkesinin self determinasyonu sınırlayıcı etkisine ve uluslararası ilişkilerde yaşanması muhtemel istikrarsızlık korkusuna dayanmaktadır.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Freeman, *The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions*, s. 50; Arsava, *Halkların Kendi Kaderini Tayin Etme Hakkının Tarihçesi ve Günümüzde Getirdiği Problemler*, s. 396. Antlaşmayı hazırlayanlar, self determinasyonu veya halkların kimler olduğunu tanımlamamışlardır. Ancak Sovyet Dışişleri Bakanı, prensibe 'ulusların eşitliği ve self-determinasyonu' olarak referans vermektedir. Sovyet Dışişleri Bakanı, sömürge ahali ve Milletler Cemiyeti Mandası altında bulunan ülke ahali kastediyor görünmektedir. Ancak 'halk' kavramının daha geniş bir tanıma niyet edildiğine dair kanıtların olduğu da belirtilmektedir. Sureda, A. Rigo, *The Evolution of Right of Self-Determination: A Study of United Nations Practice*, Leiden: Sijthoff: 1973, s. 99-101, dnp. 4'ten aktaran Kirgis, "The Degrees of Self-Determination in the United Nations Era", s. 304-305.

<sup>32</sup> Örneğin Hans Kelsen, self determinasyon ilkesinin hukuki bağlayıcılığı olmadığını ve madde 1/2'deki halkların kendi kaderlerini tayin (self-determination of peoples) ifadesindeki 'halkların' devletler şeklinde anlaşılması gerektiğini ve ilke ancak böyle anlaşılırsa devletlerin egemen

Antlaşma'nın 1. maddesi teşkilatın üç amacını ortaya koyar: Birincisi, uluslararası barışın korunmasıdır. İkincisi, uluslar arasında halkların self determinasyon hakkı ve eşit haklar prensibine saygı temeli üzerinde dostça ilişkileri geliştirmektir. Üçüncüsü, uluslararası ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl problemlerin çözümünde ve insan haklarının desteklenmesinde, uluslararası işbirliğini gerçekleştirmektir. Her üç amaç formel olarak birbirinden ayrıdır, fakat metnin biçimi ve devletlerin pratikleri göstermektedir ki ikinci ve üçüncü prensipler ilkinin bağlıdır. BM, öncelikli amaçları, sisteme üye devletlerin çıkarlarını korumak ve mevcut devletler arası düzeni sürdürmek olan güç sahibi devletlerin oluşturduğu bir sistemdir. Bir başka ifade ile 'neo-Westphalia sistemi'dir. Halkların self determinasyonun kabulü ve bireylerin hakları bu amaçlara bağımlıdır ve tâli meselelerdir.<sup>33</sup>

## 2. Sömürgeciliğin Tasfiyesi

1960'lı yıllardan itibaren uluslararası hukuk, self determinasyonun sadece siyasal bir ilke olduğu anlayışından uzaklaşmıştır. İlke, BM'nin uygulamaları çerçevesinde belli bir hukuki nitelik ve içerik kazanmıştır. Bunda BM'nin sömürgeciliğin tasfiyesi (decolonization; décolonisation; dekolonisierung) için yaptığı çalışmalar önemli rol oynamıştır. BM Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1960'ta kabul ettiği 1514 (XV) sayılı 'Sömürge İdaresi Altındaki Ükelere ve Halklara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildiri'nin oylanmasında 9 çekimser ve 89 oyla 'tüm halkların self-determinasyon hakkı olduğu' açıkça kabul edilmiştir. BM Genel Kurulu daha sonra bu kez çekimser oy olmaksızın 27 Kasım 1961 tarihinde 1654 (XVI) sayılı kararı ile 1960 Bildirisi'ndeki esasları teyit etmiştir.

1960'tan itibaren sömürgeciliğin tasfiyesi süreci içinde BM uygulamasında gelişmelerin doğrultusu, self determinasyonun hak tanıyan ve yükümlülük doğuran bir kurala doğru evrilmesi şeklinde olmuştur.<sup>34</sup> Antlaşma'nın 1. maddesindeki halkların self determinasyonuna referans veren prensip, BM Genel Kurulu'nun 1960

---

eşitliği ilkesi ile çelişmeyeceğini belirtmektedir. Karaosmanoğlu, Kendi Kaderini Tayin, Ülke Bütünlüğü, Uluslararası İstikrar Ve Demokrasi, s. 149.

<sup>33</sup> Freeman, The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions, s. 51.

<sup>34</sup> Karaosmanoğlu, Kendi Kaderini Tayin, Ülke Bütünlüğü, Uluslararası İstikrar Ve Demokrasi, s. 149-150.

tarihli 1514 sayılı Kararı ile bir *hakka* dönüşmüştür.<sup>35</sup> Sömürge yönetimi altındaki halkların self determinasyondan doğan hakkı, yabancı boyunduruğundan kurtularak, kendi bağımsız devletini kurma veya bir devletle birleşme hakkıdır. Bu hakka mukabil, sömürgeci devlet ise bu boyunduruğa son verme yükümlülüğü altındadır. Ayrıca kararda, eğitim, sosyal ve siyasal yetersizlikleri gerekçe gösterilerek halkların bağımsızlıklarını kazanmalarına karşı çıkılmayacağı da belirtilmektedir.<sup>36</sup> Kurulmuş veya kurulacak bağımsız devletlerin siyasal sistemlerinin niteliği veya demokratik bir rejime sahip olup olmayacakları, ‘sömürgeciliğin tasfiyesi bağlamında’ self determinasyon ile ilişkili hususlar değildir.<sup>37</sup> Ancak Güney Afrika Cumhuriyeti’ndeki *Apartheid* rejimi de BM tarafından sömürgecilik çerçevesinde değerlendirilmiştir.<sup>38</sup>

Halkların self determinasyon hakkı bu dönemde sömürge ülkelerin bağımsızlığını sağlama ile bağlantılıdır. Bu bağlantı, BM üyesi devletlerin ‘uti possidetis juris’ prensibi üzerinde kendi aralarındaki anlaşma ile güçlendirilmiştir. Bu prensibe göre sömürge yönetiminden bağımsızlaşan ülkeler, eski sömürge yönetimin sınırlarını yeni bağımsız devlette de muhafaza edeceklerdir.<sup>39</sup> BM uygulamasına göre, self determinasyon sömürgeci yönetimden devralınan ülkenin tümüne, halkın

---

<sup>35</sup> Freeman, *The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions*, s. 51. Uluslararası Adalet Divanı da Namibia ve Batı Sahra konusundaki Danışma Görüşlerinde, self determinasyonun zamanla hak ve yükümlülük doğuran bağlayıcı bir hukuk kuralı haline geldiğini teyid etmiştir. Bkz. ICJ Reports 1971, s. 31-33 ve ICJ Reports 1975, s. 31-34.

<sup>36</sup> Ezeli Azarkan, *Uluslararası Hukukta Devletlerin Tanınması* (Slovenya, Hırvatistan ve Bosna-Hersek), Ankara: Adalet Yayınevi, 2008, s. 88.

<sup>37</sup> Ancak ileride görüleceği gibi 1966 İkiz Sözleşmelerinin kabul edilmesinden sonra bu yaklaşımın terk edilmeye başlandığı görülecektir. İkiz sözleşmelerle birlikte bütün halklar için temel hakların korunması ve demokratik yönetim ‘iç self determinasyon’un parçası olacaktır.

<sup>38</sup> Karaosmanoğlu, *Kendi Kaderini Tayin, Ülke Bütünlüğü, Uluslararası İstikrar Ve Demokrasi*, s. 151-152.

<sup>39</sup> Orta ve Güney Amerika’daki İspanya sömürgeleri 19. yüzyılda bağımsızlıklarını ilan ettiklerinde bir kamu hukuku ve devletler hukuku prensibi olarak ‘uti possidetis 1810’ olarak adlandırılan ilkeyi benimsemişlerdir. Bu prensibe göre yeni kurulan devletler, eski İspanya sömürge düzenin provinzleri arasındaki sınırları yeni devletlerin sınırları olarak tanımışlardır. Arsava, *Halkların Kendi Kaderini tayin Etme Hakkının tarihçesi ve Günümüzde Getirdiği Problemler*, s. 397.

tamamı tarafından ve aynı zamanda uygulanır. Başka bir deyişle halk, sömürgeci yönetimden sonra devralınacak sınırlar içinde yaşayan nüfusun tamamını ifade eder. Self determinasyon hakkına sahip grup, o ülkede yaşayan tüm halktır. Ülke içindeki farklı azınlık gruplarının ayrı ayrı self determinasyon hakkı yoktur. Uti possidetis juris prensibi, yeni devletleri güçlendirme ve yeni devletler sistemini stabilize etmeye duyulan ihtiyaç ile meşrulaştırılmaktadır. Bu dönemde BM dünyası, devletlere güç bahşederken, halklara ise koşulsuz bir statü tanımayı reddetmektedir. Dolayısı ile devletin ülkesel bütünlüğü ile halkların self determinasyon hakkı arasında varolan çatışma devam etmektedir.<sup>40</sup>

### 3. İkiz Sözleşmeler

BM ayrıca 16 Aralık 1966'da 2200 (XXI) sayılı Genel Kurul kararı ile kabul edilen insan haklarına ilişkin ve İkiz Sözleşmeler olarak bilinen 'Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme' ile 'İktisadi, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme'sini kabul etmiştir. BM self determinasyon hakkının önemini vurgulamak için her iki sözleşmenin 1. maddelerinde hakka yer vermiştir. Her iki sözleşmenin ortak 1. maddelerinin ilk fıkrası şöyledir: "*Bütün halklar kendi kaderlerini tayin etmek hakkına sahiptirler. Bu hak uyarınca kendi siyasal statülerini serbestçe oluştururlar ve ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmelerini serbestçe sağlarlar.*"<sup>41</sup> Self determinasyon hakkı böylece bir insan hakkına dönüşmüştür. İkiz Sözleşmeler 1976 yılında yürürlüğe girerek onaylayan taraflar bakımından bağlayıcılık kazanmış ve böylece self determinasyonun hukuki bağlayıcılığı güçlenmiştir.<sup>42</sup> Ian Brownlie, İkiz Sözleşme hükümlerini buyurucu normlar olarak ele almaktadır. Anti-

<sup>40</sup> Freeman, The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions, s. 51; Türkiye'nin Kıbrıs'taki görüşü ise, BM'nin bu temel anlayışına ters düşmektedir. Ankara'nın tezine göre self determinasyon, Kıbrıs'taki Türk ve Yunan Halkları'na ayrı ayrı uygulanmalıdır. Ancak bu tez BM'de hiçbir zaman kabul görmemiştir. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Türkiye dışında hiçbir devlet tarafından bu nedenle tanınmamıştır. Bkz. Karaosmanoğlu, Kendi Kaderini Tayin, Ülke Bütünlüğü, Uluslararası İstikrar Ve Demokrasi, s. 152-153.

<sup>41</sup> Aslan Gündüz, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, 2. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım Aş., 1994 s. 195.

<sup>42</sup> Karaosmanoğlu, Kendi Kaderini Tayin, Ülke Bütünlüğü, Uluslararası İstikrar Ve Demokrasi, s. 150; Freeman, The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions, s. 51.



sömürgecilik bağlamında bu yorum doğrudur. Ancak ilkenin bütün ihtimali görünümüleri çerçevesinde bu kadar kesin bir yorum yapılamaz.<sup>43</sup> Bunun nedeni büyük ölçüde hakkın sahibi olduğu referansı verilen ‘halk’ın uluslararası hukukun hiçbir yerinde tanımlanmamış olmasıdır.

İkiz Sözleşmeler’in 1. maddeleri, tüm halklar demekle ancak bu halkların kimler olabileceğine dair bir açıklama ve kritere yer vermemektedir. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin hazırlık çalışmaları, ‘tüm halklar’ ifadesinin bilinçli olarak tercih edildiğini göstermektedir. Hazırlık çalışmalarında açıkça ifade edildiği üzere, buradaki tüm halklar ifadesi sadece BM belgelerinde sıkça kullanılan, sömürü, yabancı boyunduruğu veya hakimiyeti altındaki halkları değil, bağımsız bir devlette yaşayan halkları da kapsamına almaktadır. Böylelikle evrensel bir hak ortaya çıkmaktadır.<sup>44</sup> Ancak Sözleşmeler’i yorumlayan görüşlere bakıldığında, İkiz Sözleşmeler’in 1. maddesindeki halk sözcüğünün, bir ülkedeki halkın tümünü ifade ettiği belirtilmektedir. Yoksa bir ülke halkının şu ya da bu ölçüde göre geri kalan nüfusundan ayrılan bir bölümü anlamına gelmemektedir.

İkiz Sözleşmeler’in asıl önemi, self determinasyonun içsel yönüne olan katkısıdır. Halkların bağımsız devletlerini kurma ve başka bir devletle birleşme hakkının yanında, kendi siyasal statülerini özgürce oluşturma ve ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmelerini sağlama haklarını da tanımaktadır. Bu, tüm halkın temsil edildiği ve bireysel temel insan haklarının tanınıp korunduğu bir rejimin varlığı anlamına gelir. Kısaca halkın ve bireylerin normatif anlamı ile demokratik bir rejimde yaşama hakkını ifade eder ve bu hak devlete de bu hakkın gerçekleştirilmesi yönünde bir yükümlülük yükler. Bu hakla bağlantılı olan 25/b. maddesinde, “*Genel, eşit, ve gizli oyla belli dönemlerde yapılan, seçmenlerin iradelerini özgürce ortaya koymalarını garanti eden gerçek seçimlerde oy kullanma ve seçilme*” hakkından söz edilmektedir.

---

<sup>43</sup> Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 1990, s. 513’ten aktaran Kirgis, *The Degrees of Self-Determination in the United Nations Era*, s. 305. Brownlie ayrıca ilkenin kesin sonuçlarının henüz tam olarak ortaya çıkmadığını belirtmektedir. bkz. Kirgis, *The Degrees of Self-Determination in the United Nations Era*, s. 305, dpn. 12.

<sup>44</sup> Olgun Akbulut, *Bariş İçinde Yaşamın Hukuki Zemini*, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2008, s. 263.

Sözleşmeler, self determinasyon kavramını genişleterek, onun içsel demokratik yönünü ortaya çıkartmıştır.<sup>45</sup>

BM'nin 1966 tarihli İkiz Sözleşmeleri, tüm eksikliklerine rağmen self determinasyon hakkını demokratik değerler temelli içsel boyutu ile birlikte sömürge halklarının dışına doğru genişleterek bazı ilerlemelerin kaynağı olmuştur.

#### **4. Devletler Arasında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na Uygun Şekilde Dostane Münasebetler Kurmaya ve İşbirliği Yapmaya Dair Uluslararası Hukuk İlkeleri Hakkında Bildiri**

Genel Kurul'un 24 Ekim 1970 tarihinde görüş birliği ile kabul ettiği 2625 (XXV) sayılı Bildirinin 'Eşit Haklar ve Halkların Self-Determinasyonu İlkesi' başlıklı bölümünde: “(1) *Tüm halkların dışardan herhangi bir karışmaya maruz kalmaksızın, kendi siyasal statüsünü saptamaya ve kendi ekonomik, toplumsal ve kültürel gelişmesini sürdürmeye hakkı vardır... her devletin bu hakka saygı göstermek görevidir. (2) Sömürgeciliğe süratle son vermek amacı ile tüm devletler, self determinasyonun gerçekleşmesi için çalışacaklar ve BM'de yardımcı olacaklardır*” denilmektedir.

Özellikle 1. husus, İkiz Sözleşmeler'deki tüm halklar ifadesini yinelemiştir. Üstelik bunu sömürgecilik ile ilgili ifadelerden önce belirtmiştir. Batının baskısı sonucu<sup>46</sup> Genel Kurul, 1970'de kavramı, anti-

---

<sup>45</sup> Karaosmanoğlu, Kendi Kaderini Tayin, Ülke Bütünlüğü, Uluslararası İstikrar Ve Demokrasi, s. 154-156; Gündüz, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, s. 202.

<sup>46</sup> Self determinasyon hakkı, BM Antlaşması'na SSCB ve eski sömürgelerin desteği ile girmişti. SSCB'nin ısrarının nedeni, o dönemde halen Batılı Devletlerin yönetiminde yer alan sömürgelerin bağımsızlıklarına kavuşması ile Batı kampının güç kaybedebileceği beklentisiydi. Nitekim görüldüğü üzere 1960 Bildirisi ile sömürge yönetimlerine son verme süreci başladı. 1966 İkiz Sözleşmeleri ve 1970 Bildirisi Batı'nın karşı hamlesi olarak değerlendirilebilir. Sömürgeciliğin tasfiyesi sürecine girilmesine rağmen self determinasyona ilişkin taleplerin hızında bir azalma görülmemiştir. Bunda sadece eski sömürgelerin değil, özellikle Belçika'nın rolü bulunmaktadır. 1966 Sözleşmelerinin hazırlığı çerçevesinde bu devletler, 1950'li yıllardan itibaren self determinasyonun sınırsız olarak formüle edilmesini ve bu şekilde bütün halklar için geçerli olmasında ısrar etmiştir. Bunun nedeni Arsava'nın belirttiği gibi, “birçok halkın bağımsızlığa ilişkin gerçekleşmemiş arzularına duyulan saygı değil, daha çok cumhuriyetleri

sömürgecilik bağlamının ötesine doğru genişletmiştir. 1970 tarihli Bildiri'nin self determinasyon ile ilgili kısmında: “*Egemen ve bağımsız bir Devletin Kurulması, serbest bir şekilde bağımsız bir devletle birleşme veya bütünleşme, veya bir halkın serbestçe tayin ettiği diğer herhangi bir siyasi statüye kavuşması, o halkın kendi kaderini tayin etme hakkının uygulanmasını teşkil eder*”<sup>47</sup> denilerek self determinasyonun seçenekleri belirtilmiştir.

Ancak Bildiri'nin devam eden paragraflarında: “*Yukarıdaki paragraflarda yer alan hiçbir hüküm, yukarıda tarif edilen eşit haklara ve kendi kaderini tayin etme ilkesine uygun şekilde hareket eden ve böylece ülkeye ait bütün halkı, ırk, inanç veya renk ayırımı yapmadan, temsil eden bir hükümete sahip olan egemen ve bağımsız Devletleri parçalayacak veya ülkesel bütünlüğüne veya siyasi birliğine tamamen veya kısmen zarar verecek olan herhangi bir harekete izin verecek veya teşkil edecek şekilde yorumlanmayacaktır*”<sup>48</sup> denilerek self determinasyon hakkına bir sınırlama getirilmiştir. Bildiri bir devletin parçalanmasına izin verecek veya teşvik edecek herhangi bir teşebbüse müsaade etmemektedir. Ancak bu kısıtlama bir yoruma göre ‘içsel self determinasyon’ kavramına bağlanmıştır. Bu nedenle, bu kısıtlama ülkeye ait bütün halkı, ırk, inanç veya renk ayırımı yapmadan temsil eden bir hükümete referans vermektedir.<sup>49</sup>

Bu kısıtlama, Genel Kurul’un 1960’taki formülasyonundan çok farklıdır. Genel Kurul 1960’ta şöyle demektedir: “*Bir ülkenin milli birliğininin veya ülke bütünlüğününün kısmen veya tamamen bozulmasını amaçlayan herhangi bir teşebbüs, BM Antlaşmasının amaç ve ilkeleri ile*

---

sömürge olarak görülen ve dolayısıyla self determinasyonun süjesi olarak bağımsızlık hakkına sahip olduğu düşünülen Sovyetler Birliğine ve heterojen nüfuslu yeni üçüncü dünya devletlerine karşı bir tehdit potansiyeli yaratma iradesiydi”. Arsava, Halkların Kendi Kaderini Tayin Etme Hakkının Tarihçesi ve Günümüzde Getirdiği Problemler, s. 397-398; Batılı Devletler ve SSCB arasındaki siyasi gerilimin ayrıntıları için bkz. Emerson, Sömürgelerin Uluslaşması Asya ve Afrika Halklarının Ortaya Çıkışları, s. 289-299.

<sup>47</sup> Gündüz, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, s. 55.

<sup>48</sup> Gündüz, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, s. 55.

<sup>49</sup> Kirgis, The Degrees of Self-Determination in the United Nations Era, s. 305.

*bağdaşmaz.*<sup>50</sup> Genel Kurul'un 1960 ve 1970 formülasyonları arasındaki çarpıcı farklılık dikkate alındığında 1970'ten bu yana bir halkın, tam temsili bir forma sahip olmayan mevcut bir devletten veya en azından hükümetinin, herhangi bir ırk, inanç veya renkten insanları siyasi temsilden dışladığı bir devletten, bu halk, (self determinasyon ve ayrılma) hakkını ileri sürdüğünde ve tanımlanmış bir toprak üzerinde hak iddia ettiğinde, ayrılma hakkı olabileceğini akla getirmektedir.<sup>51</sup>

## 5. 1993 Viyana Bildirisi ve Eylem Programı

İnsan haklarına ilişkin 1993 BM Dünya Konferansı'nda ortaya çıkan Viyana Bildirisi'nde hükümetin ülkeye ait bütün halkı temsil etmesi gerektiği ile ilgili ifade defalarca vurgulanmıştır. Viyana Bildirisi sadece *"ülkeye bağlı olan bütün halkı, hiçbir ayırım biçimi olmadan temsil eden hükümetlere"*<sup>52</sup> karşı self determinasyon hakkının ileri sürülemeyeceğini belirtmektedir. 1993 Viyana Bildirisi ile birlikte, self determinasyon hakkı genişlemiş gözükmektedir. Buna göre, bu hak, halkın temsilcisi olmayan bir hükümete karşı ileri sürülebilecektir. Ve bu halk, 1970 Bildirisi'nde olduğu gibi sadece ırk, inanç ve renk bakımından değil, diğer karakteristik özellikleri nedeni ile de politik temsilden dışlanmış bir halk olabilir.

## 6. Soğuk Savaş Sonrası

Self determinasyon hakkının statüsü, 1966'dan 1989-1991 periyodunda Doğu Avrupadaki Komünist Düzenin çözümlüşüne kadar - 1970 Bildirisine bağlı olarak yapılabilecek genişletici yoruma rağmen - stabil kalmıştır. Neredeyse somut olarak Avrupalı sömürge yönetimlerinden bağımsızlaşma hakkı olarak sınırlanmıştır. Bu hak pratikte, BM sözleşme ve bildirelerinde kendisine atfedilen anlamdan ve önemden daha dar yorumlanmıştır. Ve uluslararası sistemin istikrarının korunması amacı eksik olsa da başarılmıştır. Ancak BM'nin anti-sömürgeci mücadeleyi meşrulaştırması, eski sömürge yönetimleri altında yaşayan hoşnutsuz insanları içinde yaşadıkları devletlere karşı isyan

---

<sup>50</sup> Gündüz, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, s. 188.

<sup>51</sup> Ayrıca bkz. Naz Çavuşoğlu, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları, İstanbul: Bilim Yayınları, 1999, s. 45.

<sup>52</sup> Viyana Bildirisi ve Eylem Programı, 1. Bölüm, 2. Paragraf, UN Doc. A/CONF.157/24 (pt. I) (1993).

etmeleri ve azınlık ulusları (Québeciler, İrlandalılar, İskoçlar, Galliler, Bretonlar, Korsikalılar, Basklılar, Katanlanlar, Kürtler vd.) sınırları içinde yaşadıkları devletlerine karşı farklı anlamlarda ve biçimlerde self determinasyon hakkını ileri sürmeleri konusunda cesaretlendirmiştir.<sup>53</sup>

Devletler ve uluslar arasındaki çatışmayı yansıtan self determinasyon talepleri, soğuk savaş dönemi boyunca süper güçler arasındaki denge nedeni ile kontrol altında tutulabilmiştir. Ancak SSCB'nin dağılması ile Baltık Devletleri (Estonya, Litvanya, Letonya) bağımsızlık ilan ettiler. Bu ülkeler görece yakın zamanlarda Sovyet Ülkesi'ne katılmış olsalar da bu katılmanın meşruluğu Batı tarafından hiçbir zaman onaylanmamıştır. Batılıların gözünde bu devletlerin Sovyet Birliği'nden ayrılmaları teknik olarak ayrılma olarak görülmemiştir. Baltık Ülkeleri'nin tanınması ile SSCB dağıldı. Yugoslavya krizinde uluslararası toplumun ilk cevabı temkinliydi ve Yugoslavya'nın toprak bütünlüğünün korunması gerektiği yönündeydi. Fakat olaylar, Freeman'ın deyimi ile 'dogma'yı hızlıca defetti ve Yugoslavya korkunç bir iç savaşa sürüklendi. Post-Komünist yeni dünya düzeni ayrılıkçı kargaşanın bataklığına dönüştü. Uluslararası toplumun self determinasyon politikası bu süreçte çözüm üretmemiştir.<sup>54</sup>

## 7. Ara Değerlendirme

BM bünyesinde kabul edilen sözleşmeler ve ilan edilen bildiregelerin muhtemelen bir opinio juris'i yansıttığı dikkate alınır, uluslararası hukukta self determinasyon hakkı ile ilgili şu kısa değerlendirmeyi yapabiliriz:

Self determinasyon Milletler Cemiyeti zamanında bir siyasal ilke olarak ileri sürülmüş, daha sonra Birleşmiş Milletler döneminin başlaması ve ilk aşamada sömürgeciliğin tasfiyesi çalışmaları ile birlikte yükümlülük doğuran bir hakka dönüşmüştür. İkiz Sözleşmeler ile self determinasyonun temel insan hakları ve demokratik seçimlerle bağlantılı olan içsel boyutu ortaya çıkmış, hem 1966'da kabul edilen İkiz Sözleşmeler'le hem de 1970 Bildirisi ile self determinasyon hakkı sömürge halklarının dışına doğru genişleyerek bütün halkları kapsamına almıştır. 1970 Bildirisi'nde ayrıca hükümetlerin ülkelerindeki tüm halkı

<sup>53</sup> Freeman, *The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions*, s. 52.

<sup>54</sup> Freeman, *The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions*, s. 52.

ırk, inanç ve din ayrımı olmadan temsil etmemeleri durumunda -a contrario yoruma göre- self determinasyon hakkının ortaya çıkacağı belirtilmiştir. 1993 Viyana Bildirisi ise hükümetlerin ülkelerindeki halkı temsil sorumluluğunu genişletmiştir.

Belirtilen bütün bu enstrümanlar dikkate alındığında self determinasyonun görünüşleri ise farklı olabilecektir. Bu bağlamda sınırlı ve (belli koşullarda ortaya çıkabilen) ayrılma hakkı, self determinasyon hakkının görünüşlerinden sadece birisidir. Kirgis'in sınıflandırması takip edilerek aşağıda en fazla öne çıkanlar belirtilmiştir. Doğal olarak, bazıları, halk ve self-determinasyon kavramlarının ne anlama geldiği üzerine mevcut anlaşmazlıklar nedeniyle biraz çelişkili görülebilir.

1. Afrika, Asya ve Karayiplerde görüldüğü üzere sömürge yönetiminden özgürleşme hakkı olarak

2. 1'in tersi olarak Porto Riko örneğinde görüldüğü gibi belirli bir toprakta yerleşik bir halkın eğer gerçek iradelerini gösteriyorsa bağımlı kalmaya devam etme hakkı.

3. Eski Sovyetler Birliği ve Çekoslovakya örneklerinde görüldüğü üzere bir devletin barışçıl yollarla sona erdirilerek eski devletin toprakları üzerinde yeni devletlerin oluşturulması hakkı olarak. Eski Yugoslavya toprakları üzerinde ortaya çıkan yeni devletler ise Sırbistan ve Karadağ'ın birbirinden ayrılması vakiası dışında, iç savaş sonucu olarak gerçekleşmişti.

4. Bangladeş ve Eritre vakıalarında olduğu gibi çatışmacı bir ayrılma hakkı biçiminde

5. Almanya örneğinde olduğu gibi ayrılmış devletlerin tekrar birleşme hakkı olarak

6. Bir konfederasyon içindeki özerk bölgede toprak temelinde veya ortak etnik köken, din ve dil bağları ile oluşmuş gruplar için ayrılmaya varmayan sınırlı otonomi hakkı olarak

7. Büyük bir politik birim içindeki azınlıkların, 'BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşmesi'nin 27. maddesinde ve BM Genel Kurulu'nun 1992 'Ulusal veya Etnik, Dinsel ve Dilsel Azınlıklara Mensup Kişilerin Haklarına İlişkin Bildirisi'nde belirtildiği biçimi ile azınlık hakları olarak

8. Haiti örneğinde olduğu gibi, içsel self-determinasyon, yani kendi yönetim biçimini seçme özgürlüğü ya da daha dar anlamı ile demokratik yönetim hakkı olarak<sup>55</sup>

Bunlardan hangilerinin uluslararası hukuk açısından gerçekten hak olarak nitelendirildikleri, hangilerinin sadece bazı grupların emellerini yansıttıkları sorgulanabilir. *Apartheid* dahil, yabancı sömürge yönetiminden özgürleşmenin bir uluslararası hukuk kuralı olduğu açıktır.<sup>56</sup> Diğerleri için aynı açıklıkta bir uluslararası hukuk kuralının varlığı ileri sürülemez. Bunların hukuksal statüleri değişkendir. Zira self-determinasyon hakkı kompleks bir analiz gerektirmektedir ve bu hakka ilişkin her bir iddia, kendi koşulları içinde değerlendirilmelidir.

Genel Kurul'un 1970 ve 1993 Viyana Bildirileri'ne bakılarak da bazı değerlendirmelerde bulunabilir. Self determinasyonun en istikrarsızlaştırıcı formu olan devletin parçalanmasına, yani tek taraflı ayrılmaya ilişkin teşebbüsleri reddeden kısıtlama, demokratik hükümetin en azından devletin ülkesinde yaşayan her ırktan, inançtan ve renkten insanları ayırım yapmadan temsil etmesi ile bağlantılıdır. Hatta 1993 Bildirisine göre devletin ülkeye bağlı tüm insanları *herhangi bir ayırım* olmadan temsil edebilmesine bağlıdır. Ayrılmaya, self determinasyon skalasında en mütevazı olandan en aşırı olana doğru -yukarıda- sıralanan taleplerin en uç noktasındadır. Daha da ötesi, taleplerin bir derecesi olduğu gibi, temsili hükümetlerin de diktatörlüklerden en kapsayıcı demokratik yönetimlere varan dereceleri vardır. Bu nedenle self determinasyon kapsamındaki farklı taleplerin meşruluk dereceleri, hükümetin halkı temsil derecesine/orantısına bağlıdır. Bir tarafta hükümetin temsil kabiliyeti ve diğer tarafta self determinasyon talepleri ile ortaya çıkan ve uluslararası toplumun tolere edebileceği istikrarsızlığın derecesi arasında ters bir ilişki vardır. Eğer hükümet kapsayıcılık ve normatif değerler açısından demokrasi skalasının en üst seviyesinde ise uluslararası toplumun güvenini elde edecek tek self determinasyon, minimal düzeyde istikrarsızlık doğuracak talepler olabilir.

---

<sup>55</sup> Egemen olmayan otonomi, azınlık hakları ve mevcut bir devlete katılma gibi bazı kavramlar veya uygulamalar self determinasyonun inkarından ziyade onun türleri olarak görülebilir. Bkz. Michla Pomerance, *Self Determination in Law and Practice*, Springer, 1982, s. 3, 25-26'dan aktaran Kirgis, *The Degrees of Self-Determination in the United Nations Era*, s. 307.

<sup>56</sup> Karaosmanoğlu, *Kendi Kaderini Tayin, Ülke Bütünlüğü, Uluslararası İstikrar Ve Demokrasi*, s. 155.

Eğer hükümet kabul edilemez derecede aşırı bir biçimde toplumun bütün unsurlarını temsil kabiliyetinden yoksunsa daha fazla istikrarsızlık yaratma potansiyeli olan self determinasyon talepleri kabul edilebilecektir.<sup>57</sup>

Bu tabloda halkın ve taleplerinin temsil edildiği bir demokrasiden ayrılma hakkı, self determinasyon hakkının meşru bir uygulaması olarak görünmeyecektir, fakat bir demokrasi içindeki yerli grupların kendi dillerini kullanmaları ve baskıcı olmayan kültürel pratiklerine uygun yaşama istekleri, her zaman için self determinasyon kapsamında olmasa da tanınmalıdır. Bunun tersine, bir dikta rejimi altında yaşamak durumunda kalan grupların ayrılma talebi meşru bir talep olarak görülebilir. Bu anlamda bütün ayrılma taleplerinin her zaman istikrarsızlık yaratacağı söylenemez. Ayrılma talebinin yaratacağı istikrarsızlık, ayrılıkçı grubun ülke bütününden ayırmak istediği topraklar üzerindeki tarihsel iddialarının inandırıcılığına bağlıdır.<sup>58</sup>

Self determinasyon hakkı, tek boyutlu olmayan, hak talebini ortaya çıkaran faktörlerin kombinasyonuna bağlı değişkenlik gösteren bir haktır. Bu faktörlerin en önemlileri, çevresindeki bütün koşulları hesaba katarak self determinasyon talebinin neden olabileceği istikrarsızlık ve sorumlu bir hükümetin ülkesinde yaşayan halkı temsil kabiliyetinin derecesidir. Eğer hükümet ciddi biçimde temsil edici bir nitelikte değilse, uluslararası toplum ciddi istikrarsızlık yaratabilecek self determinasyon taleplerini bile meşru görebilir.<sup>59</sup>

#### IV. SELF DETERMİNASYON HAKKININ BOYUTLARI

Daha önce de belirtildiği gibi günümüz uluslararası hukuku, bir insan topluluğunun haklarını 'halkların kendi kaderlerini tayin hakkı' ilkesine dayanarak kullanacağını kabul etmektedir. İkiz Sözleşmeler'le başlayan dönem uluslararası hukukunun yorumunu da dikkate aldığımızda self determinasyon ilkesinin/hakkının iki boyutlu bir kavram olduğu görülmektedir<sup>60</sup>: Devlet içinde yaşayan grubun 'ayrılarak' yeni bir

<sup>57</sup> Kirgis, The Degrees of Self-Determination in the United Nations Era, s. 308.

<sup>58</sup> Kirgis, The Degrees of Self-Determination in the United Nations Era, s. 308.

<sup>59</sup> Kirgis, The Degrees of Self-Determination in the United Nations Era, s. 310.

<sup>60</sup> Pazarcı, Uluslararası Hukuk, s. 141. Uluslararası hukuk metinleri aslında self determinasyonu iç ve dış self determinasyon biçiminde bir bölünmeye tabi tutmaz. Dolayısı ile iç self determinasyon kavramı, self determinasyon



devlet şeklinde örgütlenebilmesi talebi olarak ortaya çıkan ‘dışsal self determinasyon hakkı’ ve ayrılma söz konusu olmadan ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimini yaşadığı ülke içinde sağlama imkanına sahip olma anlamında ‘içsel self determinasyon hakkı’.<sup>61</sup> Yukarıda anlatıldığı üzere bazı yorumlara göre günümüz uluslararası hukuku, halkların iç self determinasyon hakkı ihlal edildiğinde, dış self determinasyon hakkının kullanılmasına imkan vermektedir. Tanınmaması veya ağır bir şekilde ihlal edilmesi dış self determinasyon iddiasının nedenlerinden birisi olduğu için önce iç self determinasyon kavramı incelenecektir.

### A. İç Self Determinasyon

İç self determinasyon, bir halkın devletin iç örgütlenmesinde dilediği yönetim biçimini herhangi bir dış baskı olmadan seçebilmesine ilişkin hakkını ifade eder. Bu hak özellikle siyasal yönetim biçimi ile bağlantılandırılmaktadır. Başka bir deyişle bu hak öncelikle, devlet ve hükümet biçimlerinin saptanmasında halkların özgür olduğunu vurgular.<sup>62</sup> Siyasal yönetim biçimi yanında, toplumsal, ekonomik ve kültürel sistemi seçebilme hakkını da içerir.<sup>63</sup> Self determinasyon hakkının içerdiği demokrasi unsuru muvacehesinde insanlar ne tür bir devlete tarafından yönetilmek istediklerini karara bağlayabilmektedir. İç self determinasyona sahip olan bir halk iç işlerini, devlet ve hükümet

---

ile ilgili geleneksel yazının bir parçası değildir. Ancak, Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme hükümlerine göre kurulan İnsan Hakları Komitesince self determinasyonun iç boyutu üzerinde önemle durulmuştur. Ayrıca, uluslararası hukukçu, siyasetçi ve bilim adamları tarafından da self determinasyon yerine getirildikten sonra dahi demokratik rejimin önemini vurgulamak için iç self determinasyon kavramı kullanılmaktadır. Batılı ülkeler de kendi demokratik nosyonlarını yansıttığı için iç self determinasyon kavramını tercih etmektedirler. Mustafa Şahin, Avrupa Birliğinin Self-Determinasyon Politikası, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2000, s. 39.

<sup>61</sup> Akbulut, Barış İçinde Yaşamın Hukuki Zemini, s. 261.

<sup>62</sup> Ancak self determinasyon hakkı giderek ekonomik bir içerik de kazanmış ve halkların oluşturdukları devlet örgütlenmeleri vasıtası ile doğal kaynaklar üzerindeki sürekli egemenliklerinin self determinasyon hakkının bir parçası olduğu gerek BM Genel Kurulunca gerekse de öğretide kabul edilmektedir. Pazarıcı, Uluslararası Hukuk, s. 141-142.

<sup>63</sup> Baskın Oran, Küreselleşme ve Azınlıklar, 4. Basım, Ankara, İmaj Yayınevi, 2001, s. 108.

şeklini istediği gibi şekillendirebilir, hatta bir yoruma göre yönetiminde antidemokratik unsurları öngörebilir veya muhafaza edebilir.<sup>64</sup> Devlet ve hükümet biçimi veya antidemokratik unsurlara yer verebilme iktidarı anlamında iç self determinasyonun bu kavranışı etnik, dinsel, dilsel vb. yönlerden homojen toplumlarda bir sorun yaratmayabilir. Ancak iç self determinasyonun özellikle azınlık grupları açısından insan hakları ve kendi kendini yönetim ile bağlantısı vardır. Devletin sınırları içerisinde farklı ulusal, etnik, dinsel veya kültürel özelliklerinden dolayı azınlık grupları varsa, bu grupların iç self determinasyonu, belli bazı azınlık/kültürel haklarının tanınmasına ve bir dereceye kadar yönetsel otonomiye sahip olmalarına bağlıdır.<sup>65</sup> Demokratik yönetim biçiminin geliştirilmesi, siyasi katılım ve demokratik haklar iç self determinasyonun tecrübe edilmesini sağlar.<sup>66</sup> İç self determinasyonu inkar eden ve demokratik katılım yollarını sürekli olarak kapalı tutmakta ısrar eden devletlerden ayrılma talebi ortaya çıkacaktır. Özellikle 1966 tarihli İkiz Sözleşmeler’le başlayan dönemle birlikte bu türden ayrılma taleplerinin meşruluğu daha fazla kabul görebilir. Bu bağlamda azınlık grupları açısından iç self determinasyonun, ayrılmayı ikame edici bir özelliği olduğu söylenebilir. Temel haklar ve -koşullara göre- otonomi tanındığında, artık ayrılma formunda dış self determinasyona gerek kalmayacağı varsayılabilir. Ancak sadece otonomi olarak nitelendirilen iç self determinasyona sahip olan bir halk tam egemen olmadığından, iç self determinasyon, ayrılmanın gündeme gelmesi için gerekli olan bazı koşulların oluşumunda bir aşama olabilir.<sup>67</sup>

## B. Dış Self Determinasyon - Ayrılma Hakkı

Self determinasyon ilkesinin ikinci yanı ise bir halkın bağımsız bir devlet kurmak, özgür ortaklık ve dilediği bir devlete bağlanabilmeyi

---

<sup>64</sup> Arsava, Halkların Kendi Kaderini Tayin Etme Hakkının Tarihçesi ve Günümüzde Getirdiği Problemler, s. 389.

<sup>65</sup> Azınlıkların yönetime katılması ve (azınlık) haklarının korunmasını self determinasyonun bir formu olarak görmeyen temkinli yazarlar bile son tahlilde gerekirse azınlıklara otonomi verilebilmesini onaylamaktadır. Bkz. Karaosmanoğlu, Kendi Kaderini Tayin, Ülke Bütünlüğü, Uluslararası İstikrar Ve Demokrasi, s. 155.

<sup>66</sup> Şahin, Avrupa Birliğinin Self-Determinasyon Politikası, s. 39; Çavuşoğlu, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları, s. 47.

<sup>67</sup> Arsava, Halkların Kendi Kaderini Tayin Etme Hakkının Tarihçesi ve Günümüzde Getirdiği Problemler, s. 390.

seçme hakkını ifade eder.<sup>68</sup> Ancak uygulanan uluslararası hukuk dünyanın siyasal ve toplumsal koşullarını da dikkate alarak dış self determinasyon/ayırılma hakkını bazı şartlara bağlamaktadır. Ayırılma hakkı, bir yandan istikrarı koruyucu bir kavram olan ülke bütünlüğü ile birlikte, devletlerin egemenlik hakkı, iç işlerine müdahale yasağı ve sınırların değişmezliği ilkeleri ile sınırlanmıştır<sup>69</sup>. Ayrıca bu hakkı kullanabilecek insan topluluğunun niteliği de bir kayıtlama olarak öne çıkmaktadır. Uluslararası hukuka bakıldığında farklı biçimlerde anlaşılabilen halk ve ulus kavramlarının değişik anlamları üzerinde durulmadan (yeni) bağımsız bir devlet kurabilmenin sömürge altındaki halklarla sınırlandığı söylenebilir. Bu kabule göre, sadece sömürgecilğin tasfiyesi bağlamında sömürge halkları, koşulsuz olarak self determinasyon ilkesine/hakkına dayanarak bağımsız devletler kurabilecektir.<sup>70</sup>

Ancak 1991 yılında SSCB'nin 1992 yılında da Yugoslavya'nın dağılması ile birlikte self determinasyonun sömürgeler dışında da uygulanabileceği gündeme gelmiştir. Zira adı geçen devletlerden ayrılarak ortaya çıkan yeni devletler self determinasyon ilkesine dayandıklarını bildirmişler ve uluslararası toplumda önemli bir itiraz ile karşılaşmamışlardır. Belirtilmelidir ki hem SSCB hem de Yugoslavya federal devletlerdi ve federasyonların dağılması ile bağımsızlık kazanan devletler daha önce zikredilen federasyonların federe unsurlarıydılar. Ayrıca federasyon anayasalarında federe devletlerin ve cumhuriyetlerin self determinasyon hakkına sahip oldukları öngörülmüştü.<sup>71</sup> Ayırılma hakkına, SSCB Anayasasının 72. maddesinde yer verilmiştir: 'Her Birlik Cumhuriyetinin özgürce ayrılma hakkı vardır.'<sup>72</sup> Birçok Sovyet Cumhuriyeti, anayasadaki bu maddeden yararlanmıştı.<sup>73</sup>

---

<sup>68</sup> Vishnu Nair / Bhagya Shree Kammath, The Right To Secede In A Sovereign State, International Journal of Research And Analysis, Volume 2, Issue 6, 2015, s. 333.

<sup>69</sup> Çavuşoğlu, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları, s. 47.

<sup>70</sup> Pazarıcı, Uluslararası Hukuk, s. 142.

<sup>71</sup> Pazarıcı, Uluslararası Hukuk, s. 142.

<sup>72</sup> Oran, Küreselleşme ve Azınlıklar, s. 110; Soğuk Savaş döneminde yazdığı bir eserde Rupert Emerson, SSCB'yi oluşturan Cumhuriyetlerin birlikten ayrılma hakkının propaganda değeri dışında hiçbir siyasal gerçeğe uymayan bir gösteriş olduğunu ileri sürmüştür. Zira Lenin'den beri sosyalizmin gereklerinin ulusların iddialarından daha öncelikli ve önemli olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Emerson, Sömürgelerin Uluslaşması Asya ve Afrika

Diğer yandan yukarıda ayrıntılı olarak anlatıldığı üzere BM Genel Kurulu'nun 1970 tarihli Bildirisi ile 1993 Viyana Bildirisi ve Eylem programında tüm toplumu temsil eden bir hükümete sahip devletlerde self determinasyon ilkesine dayanılmayacağı belirtilmesi nedeni ile mefhumu muhalifinden hareketle tüm toplumun temsil edilmediği demokratik olmayan yani iç self determinasyonun gerçekleşmediği devletlerde, halkların dış self determinasyon/ayırılma hakkının gündeme gelebileceği belirtilmektedir.<sup>74</sup>

Arsava'nın belirttiği gibi halkların self determinasyon hakkına dayanarak ayrılmayı hedeflemeleri uluslararası sistemde istikrarsızlık yaratma potansiyeline sahiptir. Bu anlamda devletlerin önemli bir kısmı ülkesindeki mevcut ulusal grupların ve azınlıkların zaman içinde özerkliğini ve nihayet devlet olarak bağımsızlığını talep etmesi ile karşılaşabilir. Prensip olarak ayrılma hakkı, self determinasyon hakkına istinaden iddia edilmektedir. Farklı halkların yaşadığı devletlerde halkların kendi bağımsız devletlerini kurma iddiası ile otoritesine tâbi olarak yaşadıkları devletten ayrılma riskini önlemek için uluslararası camiada yer alan devletler self determinasyon hakkının bir simetrisi olan sınırsız ayrılma hakkını reddetmektedir.<sup>75</sup> Ancak self determinasyon hakkı kabul edilmekle beraber, ayrılma hakkının reddedilmesi self determinasyon hakkının kapsamı konusunda belirsizlikler yaratmaktadır. Bir yönü ile self determinasyon hakkını ve diğer yönü ile bu hakkın ayrılma hakkını içermediğini belirten uluslararası hukuk enstrümanlarındaki ifadeler, self determinasyon kavramı etrafındaki belirsizliği ortadan kaldırma adına bazı teorilerin geliştirilmesine neden olmuştur. Bu teoriler self determinasyon hakkının etik temelleri ve pratik uygulaması üzerinedir.

---

Halklarının Ortaya Çıkışları, 288. Ancak belirtilmelidir ki tarihsel gelişim, SSCB Anayasasındaki ayrılma hakkına ilişkin hükümlerin demokratik işlevini ve değerini doğrulamıştır.

<sup>73</sup> Montserrat Guibernau, Devletsiz Uluslar Ulussuz Devletler, Neşe Nur Domaniç (Çev.), Işıtan Gündüz (Der.) Milliyetçilik Üzerine Ulussuz Devletler Devletsiz Uluslar içinde (5-43), İstanbul: Nesnel Yayınları, 2008, s. 20.

<sup>74</sup> Pazarcı, Uluslararası Hukuk, s. 142; Oran, Küreselleşme ve Azınlıklar, s. 114-115.

<sup>75</sup> Arsava, Halkların Kendi Kaderini Tayin Etme Hakkının Tarihçesi ve Günümüzde Getirdiği Problemler, s. 390.

## V. SELF DETERMİNASYON HAKKI TEORİLERİ

Ayrılma biçimde tezahür eden self determinasyon hakkını meşrulaştırmak için siyaset felsefesine bakıldığında Platon, Aristoteles, Hobbes, Locke, Rousseau, Hegel, Marx ve Mill gibi önemli isimlerin konuyu ele almadıkları görülür. Durum, uluslararası politika ve hukuktaki gelişmelere rağmen 1980'li yıllara kadar çağdaş siyaset felsefesinde de aşağı yukarı aynıdır. 1980'lerden itibaren başlayan ve 1990'larda giderek yoğunlaşan bir akademik ilgi sayesinde ayrılmanın moral gerekçelerini ortaya çıkarmaya yönelik bazı teoriler geliştirilebilmiştir.<sup>76</sup>

Bu çalışmada ele alınacak bütün teoriler liberal demokratik değerlere dayandırılmaktadır. Zira batıda liberal demokratik değerler üzerinde bir konsensüs vardır ve bu değerler bir şekilde uluslararası toplumun hakim ideolojisini belirlemektedir. İncelenecek her bir teori ideal tiplerdir, bu nedenle bir teoriye dayandığını ileri süren gerçek görüşler veya politikalar bu ideal teorilerden unsurlar barındırmakla birlikte sapmalar da gösterebilir. Farklı teorileri incelemek, ortak liberal demokratik köken iddiasına rağmen teorisyenlerin nerede ve neden farklı görüşleri benimsediklerini anlamamızı sağlar. Liberal değerlerin farklı kombinasyonları, farklı teoriler ve politikaları ortaya çıkarır.<sup>77</sup>

### A. Temel Hak Teorileri

Farklı yazarlar, özünde birbirine çok yakın olan yaklaşımlarını farklı terimlerle nitelendirmişlerdir. Bu nedenle bir temel hak teorisinden çok temel hak teorilerinden söz edilebilir. Temel hak teorisi; tercih teorisi, demokratik teori, plebisit teorisi veya birliksel grup teorisi olarak da adlandırılabilir. Bunun nedeni liberal demokrasinin günümüzde genellikle birleşik bir fikir olarak görülmesidir.<sup>78</sup> Burada, çalışmanın

---

<sup>76</sup> Allen Buchanan, Toward a Theory of Secession, Ethics, Vol. 101, No. 2 (Jan., 1991), s. 323.

<sup>77</sup> Freeman, The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions, s. 53.

<sup>78</sup> Bununla birlikte demokratik ve liberal gelenekler birbirinden farklıdır ve görece yakın zamanda birleştirilmiştir. Liberalizm bireylerin haklarına vurgu yaparken, demokrasi halk egemenliğine öncelik vermektedir. Çağdaş politika teorisyenleri, demokrasinin değerini mi liberal öncüllerden yoksa liberal değerleri mi demokratik öncüllerden devşirdiklerine göre

sınırlılığı da dikkate alınarak Allen Buchanan'ın yaptığı basitleştirme takip edilecek ve tüm bu yaklaşımlar temel hak teorileri başlığı altında incelenecektir.<sup>79</sup> Buchanan 1997 yılındaki 'Theories of Secession' adlı makalesinde, 'atfedilmiş grup teorisi' olarak adlandırdığı, özünde 'Milliyet Prensibine' dayalı teorileri de temel hak teorileri başlığı altında sınıflandırmışsa da bu çalışmada Freeman'ın yaklaşımı kabul edilecek ve 'Milliyet Prensibine' dayalı teoriler, 'komüniteryen teori' başlığı altında incelenecektir.

Temel hak teorilerinin özü, dışsal self determinasyon/ayırılma hakkının gruplar üzerinden görüşülerek, bir halk oylamasında bağımsızlık lehine çoğunluğun desteğinin alınması gerektiğidir. Bu teoride aşağıda incelenecek olan komüniteryen teorinin aksine zorunlu koşul anlamında bile bir grubun ayrılma hakkına sahip olabilmesi için etnisite veya kuşatan/kuşatıcı kültür benzeri ortak bir özellik göstermesi gerekmediği yaklaşımı benimsenmiştir. Grup üyelerinin kendi devletlerine sahip olmayı istemeleri için başkalarından farklı, ırk, etnisite, dil, kültür, din vb. bazı özellikleri paylaştıklarına inanmalarına dahi gerek yoktur. Ayrılıkçıların, üzerinde yaşadıkları toprağı kendi devletleri kılmak için ne tarihsel ne de tasavvur edilmiş herhangi bir ortak bağa ihtiyacı yoktur. Bunun yerine, temel hak teorisi, en azından grup üyelerinin çoğunluğunun gönüllü siyasi seçimine, kendi bağımsız politik birliklerini oluşturma kararlarına odaklanmıştır. Heterojenlik derecesinden bağımsız olarak, herhangi bir grup ayrılma hakkını ileri sürme kapasitesine sahiptir. Bütün mesele, grup üyelerinin bir araya gelerek kendilerine ait bağımsız siyasal bir birlik oluşturma yönündeki gönüllü seçimleridir. Bu teoriye göre ayrılma hakkı aynı zamanda başka bir siyasal birlik oluşturma hakkıdır.<sup>80</sup>

Temel hak teorisinin en önemli temsilcisi Harry Beran'dır. Beran, ayrılma hakkı teorisini, siyasi sadakatin rıza teorisine dayandırmıştır.<sup>81</sup> Beran'a göre yönetilenlerin, (toplumsal) sözleşmecî teorisyenlerin kabul

---

ayrışmaktadırlar. Bu bağlamda modern milliyetçiliğın liberal olmaktan çok demokrasi ile ilişkili olduğı belirtilmelidir.

<sup>79</sup> Buchanan, Theories of Secession, Philosophy and Public Affairs, Vol. 26, No. 1 (Winter 1997), s. 37.

<sup>80</sup> Buchanan, Theories of Secession, s. 38-39.

<sup>81</sup> Harry Beran, The Consent Theory of Political Obligation, Beckenham, Kent: Croom Helm, 1987, s. 37'den aktaran Buchanan, Toward a Theory of Secession, s. 327.

ettiği gibi varsayımsal değil, fiili rızası, siyasi sadakat için zorunlu bir koşuldur. Ve ayrılmak isteyenler için buna izin verilmemesi durumunda rızanın varlığından emin olamayız. Beran, self determinasyonun ayrılma biçiminde kullanılabilmesini gerekçelendirmek için teorisini üç liberal ilkeye dayandırmaktadır. Bunlar; ‘özgürlük’, ‘halk egemenliği’ ve ‘çoğunluk yönetiminin meşruiyeti’dir. Onun teorisi, liberalizmin en temel değerinin bireysel otonomi hakkı olduğu varsayımı ile başlar. Bu hak, aynı zamanda örgütlenme hakkını da icap ettirir. Başka bir deyişle, bireysel otonomi, kişilerin özgürce birlik oluşturma ve birlikten çıkma hakkını da içerir.<sup>82</sup> Beran devamla, eğer siyasi toplum ancak gönüllü ise meşruiyet iddiasının geçerli olacağını söyler. Yani, demokratik meşruiyet için bireylerin rızası esastır. Yurttaşlar sadece rızaları vasıtası ile siyasi yükümlülükler üstlenebilirler ve rıza serbestçe verilebildiği gibi, istenildiği zaman geri de çekilebilir. Sınırları içinde yaşadıkları devlette istediklerini bulamayanlar siyasi yönetime verdikleri onayı geri çekebilir ve alternatif bir devlet kurabilirler. Beran, kendisini ayrı bir grup olarak gören, bir bölgede çoğunluğu oluşturan ve bağımsız bir siyasi topluluk olarak varlığını sürdürmek isteyen her grubun ayrılma hakkı olduğunu kabul eder. Eğer devletin belli bir bölgesinde yaşayan nüfusun çoğunluğu, devletten ayrılmak istiyorsa, bunu yapmak hakkına sahiptir. Belirtilmelidir ki, ayrılma referandumunda oy hakkı sadece ayrılmayı düşünen grubun bölgesi sınırları içindeki yurttaşlara tanınmaktadır, ülkenin geri kalanının referandumda oy hakkı bulunmamaktadır.<sup>83</sup>

Beran’ın teorisi, usûle ilişkin koşullar, insan haklarına ilişkin kısıtlamalar ve ekonomik kaynak garantileri de içerir. Örneğin, ayrılmak isteyen grubun oy kullanabileceği bölgenin sınırlarının belirlenmesinde mükerrer halk oylaması yapılmalıdır.<sup>84</sup> Ayrıca, grupların self determinasyon hakkı, grup, yeni oluşacak devletin sınırları içindeki

---

<sup>82</sup> Freeman, *The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions*, s. 53; Kalaycı, *Ulus Devletin Başağrısı Ayrılkçılık Kanada Quebec Örneği*, s. 76; Margaret Moore, *Cosmopolitanism and Political Communities, Social Theory and Practice*, Vol. 32. No. 4, Special Issue: *Cosmopolitanism and the State* (October 2006), s. 633.

<sup>83</sup> Freeman, *The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions*, s. 54; Kalaycı, *Ulus Devletin Başağrısı Ayrılkçılık Kanada Quebec Örneği*, s. 76-78.

<sup>84</sup> Kalaycı, *Ulus Devletin Başağrısı Ayrılkçılık Kanada Quebec Örneği*, s. 78.

herkesin bireysel insan haklarına saygı gösterecekse tanınmalıdır.<sup>85</sup> Bunların yanında ayrılmak isteyen grup, bağımsız bir devletin yaşaması için gerekli olan zorunlu kaynakları tedarik edebilmelidir.<sup>86</sup>

Beran'ın teorisinin bireyci karakteri, ayrılıkçı gruplara self determinasyon hakkının verilmesini savunurken, ayrılan grubun aynı hakkı kendi bölgesinde yaşayan diğer gruplara tanınmasını şart koşmaktadır. Görüldüğü üzere, Beran, tekrarlanan ayrılmaya (recursive secession) izin vermekte ve bunu teorisinin tutarlılığı adına zorunlu şart saymaktadır. Ayrılmaya hakkını kullanarak kendi devletini oluşturan gruba karşı olan bir başka grup eğer yeni oluşan ülkenin bir bölgesinde çoğunluğu oluşturuyorsa aynı ayrılma hakkından yararlanabilecektir. Yeni ayrılıkçı devlet, sınırları içindeki bir bölgedeki çoğunluğun da kendisinden ayrılma hakkını tanımalıdır. Bu durumda, tekrarlanan ayrılma Buchheit'in sonsuz bölünebilirlik (indefinite divisibility) dediği<sup>87</sup>, Nimni'nin ise 'matruşka sendromu' olarak nitelediği problem ortaya çıkar.<sup>88</sup> Sonsuz bölünebilirlik kapsamında Beran'a gelen eleştiri, eğer ayrılma hakkı bu kadar geniş ve esnek bir hak olarak ele alınırsa, devletler sisteminin sonu anarşi olan çok sayıda küçük devlete bölüneceğinden duyulan kaygıdır. Sonsuz bölünme itirazı ve risklerine karşı Beran verdiği dört karşılık vardır:

1. Ayrılmaya eğer savaşa neden oluyorsa hemen hemen hiçbir zaman meşru görülmez. Ayrılmaya savaşı meşrulaştırdığını savunanlar, self determinasyonu savunanlar değil, self determinasyona karşı çıkanlardır ve kınanması gerekenler de ayrılmaya hakkına karşı çıkanlardır.

2. Savaş dışında, ayrılmaya liberal tipi, sonsuz bölünebilirlik itirazını geçersiz kılar.

3. Sonsuz bölünebilirlik eğilimi, gerçek dünyada, self determinasyonu düşünen grupların kendisi tarafından sınırlanacaktır.

---

<sup>85</sup> Freeman, The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions, s. 55.

<sup>86</sup> Kalaycı, Ulus Devletin Başağrısı Ayrılıkçılık Kanada Quebec Örneği, s. 79.

<sup>87</sup> Lee. C. Bucheit, Secession: The Legitimacy of Self-Determination, Yale University Press, 1978, s. 19-20.

<sup>88</sup> Nimni, Ulusal Bölgesel Azınlıklar, demokratik Teori ve Ulusal Kendi Kaderini Tayin Hakkı, s. 185.



4. Sonsuz bölünme problemi, bölünme tehlikesi içinde olan devletin ayrılmak isteyen gruplara vereceği ödünlerle azalacaktır.<sup>89</sup>

Ayrılma konusunda esnek bir çerçeve çizen Beran'ın temel hak teorisinde ayrılmayı zorlaştıran bazı unsurlara da yer verdiği görülmektedir. Beran, bir grubun çoğunluğunun ayrılma yönünde karar vermiş olsa bile, aşağıdaki koşulların varlığı altında, yeni bir devletin kurulmasını onaylamayarak kendi orijinal tezi olan rızaya dayalı temel hak teorisine kısıtlamalar getirmektedir. Bu kısıtlamalar şunlardır: Yeni devlet,

1. Bağımsız bir devletin sorumluluklarını yerine getiremeyecek denli küçükse

2. Ayrılması ahlaken ve pratik olarak mümkün olduğu halde kendi içindeki alt grupların ayrılma hakkına izin vermeye hazır değilse

3. Çeşitli nedenlerle ayrılamayan alt gruplarını sömürme ve onlara baskı yapma uğraşındaysa

4. Var olan bir ülkenin sınırları ile kuşatılmışsa

5. Ayrıldığı devletin ülkesinin kültürel, ekonomik veya askeri olarak çok temel bir yerini işgal ediyorsa

6. Ayrıldığı devletin ülkesindeki nispi olarak çok büyük oranda ekonomik kaynaklarını işgal eden bir bölgesindeyse ayrılma talebi meşru olmayacaktır.<sup>90</sup>

Beran'ın ayrılma hakkına getirdiği bu kısıtlamaların geçersizliğini göstermeye çalışan McGee'nin fikirlerine baktığımızda ise şu noktalar önemli görünmektedir:

Öncelikle, ülkenin küçüklüğü argümanı yanlıştır. Zira, Andora, Bahreyn, Lihtenştayn gibi çok sayıda küçük devlet dünyanın hemen her kıtasında vardır. McGee'ye ek olarak, Margaret Moore, eğer siyasal birim çok küçük ve kaynak fakiriyse ve bu birimdeki halk fakirleşecekse, şurası

---

<sup>89</sup> Freeman, *The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions*, s. 55.

<sup>90</sup> Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, s. 100-101.

açıktır ki, bu etkenin referandumda halkın kendisi tarafından dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.<sup>91</sup>

Beran'ın ayrılmayı planlayan grubun alt gruplarına ayrılma hakkını vermeye hazır olmamaları durumunda ayrılma hakkına sahip olamayacağı şeklindeki ikinci argümanı da McGee'ye göre ikna edici olmaktan uzaktır. McGee'ye göre yeni devlet, azınlıklarına baskı yapma kararı alabilir, ama bu bir insan hakları ihlali sorundur, yalnız başına bir ayrılma sorunu değildir. Her iki mesele birbirine karıştırılmamalıdır.<sup>92</sup>

Beran'ın kuşatılmış olma argümanı da yanlıştır. Roma şehri içindeki Vatikan bu yanlışı görmek için yeterli bir örnektir. Diğer yandan bütün ada devletleri bir şekilde kuşatılmıştır. Suyla çevrenme yerine karayla çevrenme, bir grubun devlet olma hakkını ortadan kaldırmaz.<sup>93</sup>

Ayrılmayı düşünen grubun, mevcut ülkenin kültürel, ekonomik veya askeri olarak çok temel bir yerini işgal ediyor olması da self determinasyon hakkının engellenmesi için makul bir açıklama olarak görülmemelidir. Beran'ın bu kısıtlaması, serbest piyasa ekonomisinin hakim olduğu dünya siteminde anlamlı bir itiraz değildir. Askeri argüman ise daha da problemli gözükmektedir; insanların, diğerleri için askeri anlamda önemli diye istedikleri bir yönetim altında yaşama temel haklarından mahrum bırakılması kabul edilebilir değildir.<sup>94</sup>

Ekonomik kaynakların eşitsiz şekilde dağılması ve mevcut devletin ülkesinin ekonomik kaynaklarının üzerinde yeni bir devletin kurulmasına izin verilmemesi maddesi de yine liberal ekonomik sistemin özel mülkiyete öncelik tanıyan yaklaşımı ve ekonomik kaynakların çeşitliliği göz önünde bulundurulduğunda geçerli bir argüman değildir. Örnek olarak, doğal kaynağa sahip olmayan Japonya ihtiyaç duyduğu

---

<sup>91</sup> Kalaycı, Ulus Devletin Başağrısı Ayrılcılık Kanada Quebec Örneği, s. 81; Erdoğan, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, s. 101.

<sup>92</sup> Kalaycı, Ulus Devletin Başağrısı Ayrılcılık Kanada Quebec Örneği, s. 81-82; Erdoğan, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, s. 101. Ancak böyle bir durumda yeni devletin ülkesindeki azınlıkların gelecekte ayrılmayı istemeleri olasıdır. Yani bir insan hakları sorunu, self determinasyon sorununa dönüşebilir.

<sup>93</sup> Kalaycı, Ulus Devletin Başağrısı Ayrılcılık Kanada Quebec Örneği, s. 82; Erdoğan, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, s. 101.

<sup>94</sup> Kalaycı, Ulus Devletin Başağrısı Ayrılcılık Kanada Quebec Örneği, s. 82; Erdoğan, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, s. 101.

petrolün %99'unu ithal etmesine rağmen güçlü bir ekonomiye sahiptir. Brezilya ve eski Sovyetler Birliği zengin doğal kaynaklarına rağmen istikrarlı ve zengin ekonomiler değildir.<sup>95</sup>

Christopher Wellman, temel hak teorisinin 'plebisit' varyantını geliştirmiştir. Wellman'ın teorisine göre, öncelikle politik birlik ya da kendi ifadesi ile siyasi self-determinasyon hakkı vardır. Beran'ın teorisindeki hak kavrayışı gibi, burada da hak, düzeltici işlevi olan, diğer hakların ihlal edilmesinden türemiş bir hak değildir. Bağımsız olarak karakterize edilebilir bir haktır. Wellman'ın teorisi, ülkede yaşayan herhangi bir grubun siyasi bir birlik olarak kendi devletini kurma hakkını şu koşullarda tanıır:

1. Grup yerleşim alanında çoğunlukta,sa,
2. Başta adalet ve güvenliğin sağlanması olmak üzere devleti meşrulaştıran fonksiyonları etkili bir şekilde yerine getirebilecek kapasiteye sahip ise,
3. Mevcut devletten toprağın ayrılması, bölünen devleti meşrulaştıran benzer fonksiyonları etkili şekilde yerine getirme kapasitesine zarar vermeyecekse.<sup>96</sup>

Görüldüğü üzere, mevcut temel hak teorileri bir devleti meşru kılan tüm fonksiyonların etkili bir şekilde yerine getirildiği durumlarda bile ayrılma hakkını tanıır. Bu fonksiyonlar; başta hakların tanınması ve korunması anlamında adalet ve güvenlidir. Bu arada tamamı ile adil bir devlet ifadesinin de açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Devlete atfedilen adil sıfatı, başta insan hakları olmak üzere tartışmaya yer bırakmayacak biçimde kabul edilen ahlaki hakları ihlal etmeyen ve azınlıklara karşı ayrımcı politikalar izlemeyen devlete yakıştırılmaktadır. Adaletin bu türden kavranışı doğal ve görece evrensel anlamdadır.<sup>97</sup>

Bir değerlendirme yapmak gerekirse, Beran ve Wellman'ın teorileri hem liberal hem de demokratiktir. Bireysel otonomi ve çoğunluk kuralı üzerine kuruludur. Fakat temelleri liberal öncüllere dayanır ve bu temellere uygun olarak bireyci ve usülcü özellikler taşır. Başka bir ifade ile kolektif yönü zayıflatılmış ve herhangi özsel, a priori bir amaca

---

<sup>95</sup> Kalaycı, Ulus Devletin Başağrısı Ayrılkçılık Kanada Quebec Örneği, s. 83; Erdoğan, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, s. 102.

<sup>96</sup> Buchanan, Theories of Secession, s. 39-40.

<sup>97</sup> Buchanan, Theories of Secession, s. 40.

yönelmez. Yurttaşların ortak yaşam arzularının siyasal görünümü olan self determinasyon hakkı, kolektif bir hak olarak değil, bireylerin siyasal tercihleri ile ortaya çıkan ve gerçeklik kazanabilen bir hak olarak düşünülür. Diğer yandan, ayrılma talebinin ortaya çıkması için aşağıda inceleyeceğimiz ‘onarıcı hak teorisi’ gibi ciddi insan hakları ihlalleri, siyasal baskı ve ekonomik sömürünün sona ermesi veya ‘komüniteryen teori’ gibi ulusal-kültürel kimliğin korunması arzusu gibi ahlaki nedenler aranmaz. Bir bölgede yaşayan insanların demokratik tercihlerini ayrılma yönünde kullanmaları, teoride yer alan ve yukarıda belirtilen diğer kısıtlamalarla uyumlu olmak kaydı ile tek önemli kriterdir.<sup>98</sup> Buchanan’ın deyimi ile, temel hak teorisi, bir grup adaletsizliğe maruz kalmaya bile grubun mükemmel adil bir devletten ayrılma genel hakkına sahip olduğunu onaylar.<sup>99</sup>

- 
- <sup>98</sup> Kalaycı, *Ulus Devletin Başağrısı Ayrılıkçılık Kanada Quebec Örneği*, s. 76.
- <sup>99</sup> Buchanan, *Theories of Secession*, s. 40. Farklı bir bağlamda yazmış olsa bile Chandran Kukathas’ın rızaya dayalı meşru otorite ile adil otorite arasındaki ilişkiye dair çözümlemesi temel hak teorisinin mantığını kavramamıza yardımcı olabilir: “Bu durumda, siyaset felsefesinin temel amacının adalet problemi olmaması gerekir. Adalet, ahlaki çeşitliliğin belirgin özelliğini oluşturmadığı nispeten mütecanis olan toplumlar için asli iyi olabilir; ama insanların kendi ayrı yollarında gittikleri farklılaşmış toplumlarda adaletten çok temel sorun meşruluk sorunudur. Bunun nedeni dünyanın farklılaşmış olması ve adalet anlayışlarının değişkenlik göstermesi ölçüsünde, meşruluğun çözümlenmesi gereken ilk sorun olmasıdır. Çağdaş felsefecilerin büyük bir bölümü, meşruluk ile adaleti genelde bir tutmuşlardır. Adil otoritenin meşru olduğunu ileri sürmek sureti ile adalet ile meşruluğun ayrı mülahazalar olduğu fikrine direnmişlerdir. Hobbes meşru otoritenin tanımı gereği adil olduğunu ileri sürmüştü. Çünkü neyin yapıp neyin yapılamayacağını belirlemek meşru otoritenin görevidir ve otoriteye dayanan hiçbir belirleme adaletsiz olamaz. Hobbes’un görüşü apaçık bir totolojidir. Çağdaş sözleşmeciler ise adil otoritenin meşru olduğunu kabul ederler. Bu Hobbes’un görüşü ile terstir. Öncelik adaletle verilmiştir. Ancak adalet ile meşruluğun birlikteliği korunmaktadır. Oysa durum bu kadar basite indirgenemez. Meşru otoritenin tanımı gereği adil olduğunu kabul etmemek anlaşılabilir bir durumdur. Peki, adil otorite meşru mudur? Bu soruya genelde olumlu cevap verilmesine rağmen bir otoritenin adil davranması ama gayri meşru olması da gayet mümkündür; otoriteyi reddeden insanlar üzerinde iktidar kullanılması durumunda olduğu gibi. Öyleyse otoriteye meşruluğunu verenin adaletten önce ‘rıza’ olduğu kabul etmek gerekir. Bu durumda meşru otorite sadece meşrudur, fakat onun (rızanın ve rızaya bağlı olarak ve meşruluğun devamı için) adil de olması

## B. Onarıcı Hak Teorisi

Onarıcı ayrılma terimi ilk defa Lee. C. Bucheit tarafından ayrılmanın meşru kriterlerine ilişkin yaptığı araştırmada kullanılmıştır.<sup>100</sup> O zamandan beri onarıcı ayrılma hakkına dayanan teorisi, akademik dünyada kayda değer bir destek bulmuştur. Teori, nitelikli ayrılma hakkı (qualified right of secession), onarıcı ayrılma hakkı (remedial right to secession) veya haklı neden (just cause) biçimlerinde adlandırılmaktadır.

Onarıcı hak teorisi self determinasyonun liberal teorileri içinde en etkili olanıdır. Bu teoriye göre bir ulusal topluluğun meşruluğu, üyelerinin haklarına saygı duyulmasına bağlıdır. Onarıcı ayrılma teorisi, bir genel hukuk ilkesi olan *ubi jus ibi remedium* ilkesine<sup>101</sup> dayandırılmakta ve ilke halkların self determinasyon hakkına uygulanmaktadır. Bu, eğer halkların self determinasyon hakkı varsa, bu hakkı gerçekleştirmek için bir imkan olması gerektiğini ifade eder. Onarıcı hak için öne sürülen argümanlar, Ryngart ve Griffioen tarafından şöyle belirtilmektedir:

“Bir devlet sürekli olarak bir halkın içsel self determinasyon hakkını inkar ediyorsa ne yapılacaktır? Eğer bir halk özgür seçim hakkına sahip değilse ve aynı zamanda temel insan hakları ağır biçimde ihlal edilerek baskı altında tutulup zulüm görüyorsa ve çatışmanın sona erdirilmesi için bütün barışçıl imkanlar/iyileştirmeler tüketilmişse ne yapılmalıdır? Böyle durumdaki bir halkın, dışsal self determinasyon formunda kendi durumunu düzeltmesine izin verilmeyecek midir?<sup>102</sup>

Teorinin en önemli ismi Allen Buchanan’dır. Buchanan’a göre birçok yazar, nasıl olacağını belirtmese de ayrılma hakkına dair

---

gerekir.” Chandran Kukathas, Liberal Takımadalar, Mustafa Erdoğan (Çev.), Liberal Düşünce, Sayı: 38-39, Bahar-Yaz 2005, 17-18.

<sup>100</sup> Bucheit, Secession: The Legitimacy of Self-Determination, s. 222.

<sup>101</sup> Bir hakkın olduğu yerde yasal bir çare vardır anlamına gelen Latince hukuki deyim.

<sup>102</sup> Ryngaert and Griffioen, The Relevance of the Right to Self Determination in the Kosova Matter: In Partial Response to Agora Papers, para. 6’dan aktaran Ieva Vezbergaite, Remedial Secession as an Exercise of the Right to Self-Determination of Peoples, Legal Studies Department Central European University, Thesis advisor: Hurst Hannum, Budapest, Hungary, 2011, s. 39; Konunun uzmanlarından Antonio Cassese’nin aynı minvaldeki değerlendirmesi için bkz. Şahin, Avrupa Birliği’nin Self-Determinasyon Politikası, s. 40-41.

yaklaşımlar önermektedirler veya önerilerini bir şekilde uluslararası hukuk rejimine dahil etme niyetindedirler. Bu yazarlar, bu hakkın kurumsal olmayan (doğal) ahlaki bir hakkı mı, yoksa uluslararası hukuksal bir hakkı mı ifade ettiğini açığa kavuşturmadan, sadece ayrılma hakkına referans verirler.<sup>103</sup>

Bu handikaba düşmek istemeyen Buchanan, ayrılma hakkına ilişkin olarak cevaplanması gereken iki farklı normatif sorun olduğuna dikkat çekerek teorisini izah eder. Ona göre kendi teorisi dışındaki teoriler belirtilecek olan iki sorunun farklı cevaplar gerektirdiğini takdir etmede başarısız olmaktadır. Ayrılma hakkına ilişkin bir teori öncelikle şu soruları cevaplamalıdır:

1. Hangi koşullar altında bir grup, kurumsal ahlak sorunundan ve özellikle uluslararası hukuk kurumlarının herhangi bir mülahazasından ayrı olarak ve kurumların moral ilkelerle olan ilişkisinden bağımsız olarak ayrılmak için ahlaki bir hakka sahiptir.

2. Hangi koşullar altında bir grup, uluslararası hukuk sisteminin ahlaki korunmasını kapsayacak biçimde uluslararası kurumsal ahlakın bir meselesi olarak, ayrılma hakkına sahip bir grup olarak tanınmalıdır.

Belirtilmeli ki, soruların her ikisi de ahlaki sorulardır. İlki, kurumsal bir boşlukta ortaya çıkar ve -eğer yanıtlanabilirse- hangi cevapların etik olarak uygun düşeceği konusunda bize çok az şey anlatır. İkincisi, uluslararası kurumların ve de özellikle uluslararası hukuk kurumlarının ayrılmaya nasıl bir (etik) cevap vermeleri gerektiği ile ilgilidir. İki sorunun cevapları farklı olacaktır, çünkü ayrılma hakkının lehinde ve aleyhinde farklı etkenler hesaba katılmaktadır. Buchanan günümüzde siyaset felsefesinin ikinci soruyu yanıtlamasının daha acil ve kayda değer olduğunu düşünmektedir. Böyle düşünmesinin temel nedeni de ayrılma krizlerinin uluslararası sonuçları olduğu için kurumsal sorunun daha acil bir sorun olmasıdır. Çünkü ayrılıkçı teşebbüsler genellikle devletin ölümcül gücü ile reddedilir. İnsan hakları ihlalleri ayrılık sürecinde yaygındır. Çoğu zaman çatışmalar ve mülteci akımı uluslararası sınırları aşar. Eski Yugoslavya'daki olaylar uluslararası hukukun gelişmeler karşısında tepki vermekteki yetersizliğini göstermiş ve etik prensipleri kuvvetlendirmek için ihtiyaç duyulan konsensüsün yokluğunu göstermiştir.<sup>104</sup> Bu nedenle ayrılma hakkına ilişkin bir teori,

<sup>103</sup> Buchanan, *Theories of Secession*, s. 33.

<sup>104</sup> Buchanan, *Theories of Secession*, s. 31-33.

uluslararası hukuk ve politikanın gerektirdiği minimal realizm ve uluslararası hukukun kökleşmiş ve ahlaki prensipleri ile uyumlu olmalıdır.<sup>105</sup>

Buchanan siyaset felsefesi metodolojisini kullanarak ‘onarıcı devrim hakkı’ ve ‘onarıcı ayrılma hakkı’ arasında paralellikler kurmaktadır. Onarıcı hak teorisinin izin verdiği ayrılma genel hakkı, direnme hakkı ile önemli benzerlikler gösterir. Onarıcı hak teorisi kısmen, insanlar ancak ve ancak temel hakları ihlal edilirse hükümetleri devirme hakkına sahiptir görüşünü savunan John Locke’un direnme hakkı teorisince biçimlendirilmiştir.<sup>106</sup> Onarıcı hak teorisi zaviyesinden bakıldığında, ayrılma hakkı ile devrim/direnme hakkı arasındaki temel fark şudur; ayrılma hakkı, ülkenin bir bölgesinde yoğunlaşmış bir kısım insan tarafından talep edilmektedir. Ayrılma hakkının amacı, hükümeti devirmek değildir, sadece belirli bir bölgede hükümetin kontrolünü sona erdirmektir. Onarıcı hakka dayanarak ayrılma, Locke’un devrim teorisinin ve benzer teorilerin bir uzantısı sayılabilir. Locke, hükümetin devletin sınırları içindeki belirli bir gruba değil de bütün halka karşı zalimane kötülükler ve haksızlıklar işlediği vakıtalara odaklanma eğilimindedir ve öyle görünüyor ki, devrim olgusunun genellikle ve sadece kötülüğün envai türünün devletin sınırları içindeki çok sayıda insanı etkilediği koşullarda ortaya çıktığını varsaymaktadır. Meşru bir devrimin bu şekilde tarif edilme gerekçesini anlamak kolaydır: İnsanlar, uzun süre ciddi ve ağır haksızlıklardan mustarip olduklarında ayaklanırlar.<sup>107</sup>

Fakat bazı durumlarda, süregelen büyük haksızlıklar, vatandaşların çoğunluğuna karşı değil, 1986-1989 yılları arasında Irak Devleti’nin Kuzey Irak’taki Kürtlere karşı uyguladığı jenosid/El Enfal politikalarında olduğu gibi devletin bir bölgesinde yoğunlaşmış belirli bir

---

<sup>105</sup> Buchanan, *Theories of Secession*, s. 42.

<sup>106</sup> Eğer devrimi mevcut hükümetin alaşağı edilmesi teşebbüsü olarak anlıyorsak, dar yoruma tabi tutulduğunda Locke’un devrim hakkını desteklediğini söylemek yanlış olabilir. Locke’un pozisyonu şudur; eğer hükümet, halkın rızasının kendisine bahsettiği yetkilerin dışında faaliyette bulunursa, hükümet etme yetkisi düşer. Bu durumda, Locke’cu devrim hakkı yerine, insanların yeni bir hükümet kurumu inşa etmeleri hakkından bahsetmek daha uygun olacaktır. Bkz. Buchanan, “Theories of Secession”, s. 35.

<sup>107</sup> Buchanan, *Theories of Secession*, s. 35; Vezbergaite, *Remedial Secession as an Exercise of the Right to Self-Determination of Peoples*, s. 38.

gruba karşı işlenebilir. Gruplara karşı gösterilen seçici zorbalık nedeni ile devrim pratik olarak mümkün olmadığında, ayrılma haklılaştırılabilir ve belki de uygulanabilir. Eğer zorbalığın seçici uygulamasına karşı tek düzeltici çare ona karşı koymaksa, muhalefetin stratejisi hükümeti devirmeye teşebbüs etmek olmamalı, sadece bir grubu ve grubun yerleşik olduğu toprağı devletin kontrolü dışına çıkarmak olmalıdır. Böyle bir stratejide her iki eylem de moral açıdan itiraz edilemez ve görece ılımlı politikalar olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle, ayrılma hakkının temeli olarak onarıcı hak yaklaşımı, Locke'un devrim hakkının değerli bir tamamlayıcısı olarak görülebilir. Devrim ve ayrılma vakalarının her ikisinde de hak, kişilerin kendilerini ciddi haksızlık ve zulümlere karşı savunmak için siyasi otoriteye yönelttikleri son çare olarak anlaşılmalıdır.<sup>108</sup>

Buchanan'ın formüle ettiği biçimi ile onarıcı hak teorisinde ayrılma hakkını meşru gören ve öne çıkan üç temel sebep vardır, bunlar;

1. Ayrılma isteyen grup, sistematik ayrımcılığın, ekonomik sömürünün veya insan haklarının geniş bir ihlalinin kurbanı ise, üyelerinin fiziksel varlıkları devlet tarafından tehdit ediliyorsa (Irak Hükümeti'nin 1986-1989 yıllarında Kuzey Irak'taki Kürtler'e karşı uyguladığı politikalar), diğer temel haklarının ihlal edilmesinden muzdaripse (Doğu Pakistanlı'ların 1970'de ayrılarak Bangladeş'i kurmaları) veya belirli adaletsizliklere maruz kalmış ise,

2. Belli bir bölgede yoğunlaşmış bir grubun daha evvel bağımsız olan toprakları meşru olmayan yollarla bir devlet tarafından haksızca ele geçirilmişse (Baltık Devletleri'nin Rusya tarafından işgali gibi)

3. Bazı durumlarda, devlet içinde azınlık gruplarına tanınan öz yönetim haklarına dair antlaşmalar, devlet tarafından sürekli ihlal ediliyorsa veya Miloseviç'in 1989'da Kosova'nın özerkliğini yok etmesinde olduğu gibi, tek taraflı olarak öz yönetim hakkı askıya alınmışsa.<sup>109</sup>

Böylece Buchanan'a göre ayrılıkçılık, bir devletin yapmaya devam ettiği ciddi haksızlıkları sona erdirmeyi reddettiği durumlarda ve bir grubun varlığını devam ettirmesinin tehlikede olduğu zaman kabul

---

<sup>108</sup> Buchanan, *Theories of Secession*, s. 36.

<sup>109</sup> Allen Buchanan, *Secession*, *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, Substantive Revision Thu Jun 22, 2017.



edilebilir bir siyasal hedeftir.<sup>110</sup> Onarıcı hak teorisi her üç durumda da mağdur grubun ‘genel bir ayrılma hakkı’na sahip olduğunu kabul eder. Ayrılma burada son çare olarak görülmektedir.<sup>111</sup>

Ancak Buchanan, bu türden zulüm ve haksızlıklara maruz kalan grupların ayrılma hakkına sahip olabilmeleri için ayrıca uluslararası hukuk veya uluslararası politika pratikleri doğrultusunda bazı ek şartları yerine getirmeleri gerektiğini de ileri sürmektedir. Bunlar arasında en önemlisi, yeni devletin bütün vatandaşlarının temel insan haklarına saygı duyacağına dair inandırıcı güvenceler sunmasıdır.<sup>112</sup> Ek olarak ayrılmanın adil şartları; azınlıkların ve insan haklarının korunmasını, ulusal borçların adil paylaşımını, müzakere ile belirlenmiş yeni sınırları, antlaşmaların yükümlülüklerini devam ettirmeyi, yeniden görüşmek veya sonlandırmak için tedbirler almayı, savunma ve güvenlik ile ilgili hükümleri içerir.<sup>113</sup>

Onarıcı hak teorilerine göre bir grubun eğer ve sadece belirli adaletsizliklere maruz kalmış ise genel bir ayrılma hakkına sahip olduğu açıktır. Ancak onarıcı hak teorileri belli bazı durumlarda ayrılma için ‘özel bir hak’ın oluşabileceğini de kabul eder;

1. Eğer devlet, ayrılma hakkını tanırsa (1905’de Norveç’in İsveç’ten ayrılması)

2. Devletin anayasası, ayrılma hakkını öngörüyorsa (1993 Etiyopya Anayasasında olduğu gibi)

---

<sup>110</sup> Donald L. Horowitz, *Self-Determination: Politics, Philosophy, And Law*, Ian Shapiro-Will Kymlicka (Ed.). *Etnicity and Group Rights Nomos XXXIX* içinde (421-463), New York and London: New York University Press, 1996, s. 443.

<sup>111</sup> Buchanan, *Theories of Secession*, s. 37; Buchanan, *Toward a Theory of Secession*, s. 329-330, 342; Buchanan, *Secession*, passim.; Kalaycı, *Ulus Devletin Başağrısı Ayrılıkçılık Kanada Quebec Örneği*, s. 67; Nair / Kammath, *The Right To Secede In A Sovereign State*, s. 334-335.

<sup>112</sup> Bu garantiler detaylandırılmalıdır. Öncelikle, mevcut hiçbir devlet insan hakları ihlallerinden tamamen kaçınmaz. Bu nedenle yeni devletin insan hakları ihlallerini engelleyecek inandırıcı güvenceler sunması gerektiğini ileri sürmek aşırı bir talep gibi görünüyor. Bazıları, bunun yerine, yeni devletin insan haklarına saygı hususunda ayrıldığı devletten basitçe daha iyi bir iş çıkarması gerektiğini de ileri sürebilir. Bu iddia tartışılabilir, bununla beraber, uluslararası toplum yeni devletin, devletler sisteminin meşru bir üyesi olarak tanımak için bazı yüksek standartları yerine getirmesini talep etmede meşru bir çıkara sahiptir. Buchanan, *Theories of Secession*, s. 37.

<sup>113</sup> Buchanan, *Theories of Secession*, s. 37.

3. Daha önce bağımsız siyasi ünitelerin (yeni) bir devleti oluşturan antlaşması aşikar veya zımnî olarak daha sonra ayrılmanın mümkün olduğuna izin veriyorsa (ABD’de bazı Güneybatılılar Birlik Devletleri’nin gerçekliğinin bu yönde olduğunu iddia ederler).

Eğer bu üç koşuldan herhangi birisi mevcutsa, ayrılma için özel bir hakkın var olduğunu söyleyebiliriz. Onarıcı hak teorileri haksız ve zalimane uygulamaların yokluğunda ayrılma için özel bir hak olabileceği ihtimalini göz ardı etmemektedir. Ancak bütün onarıcı hak teorileri, adil bir devletten ayrılma hakkı olmadığı konusunda mutabıktır.<sup>114</sup>

Buchanan’ın teorisinin yukarıda söz edilen ağır insan hakları ihlalleri ve haksız ilhak durumlarında gruplara ayrılma hakkını tanıdığı açıktır. Onun teorisinin, -başka bazı teorilerde ileri sürüldüğü gibi- ‘kültürün korunması’ sebebinin ayrılma gerekçeleri arasında ele alıp almadığına da değinilmelidir.

Buchanan etnik ve ulusal kültürlerin korunmasına ahlaki bir ağırlık verme konularında gönülsüzdür. Kültürün korunması isteğini self determinasyon hakkı için daha az önemli bir gerekçe olarak görür, zira kültür zamanla değişir. Kültürün korunmasının daha az önemli olmasının nedeni, kültürel çoğulculuğun modern devletin, en azından liberal devletin ayırt edici özelliği olmasındandır. Kültürün korunması gerekçesi ile -aynı zamanda Milliyet Prensibi gereğince- ayrılmayı meşru gördüğümüzde, kültürel yönden çoğulcu bir devletin meşruluğunun reddedilmesi gerekecektir ki bu durumda kültürel self determinasyon nedeni ile ayrılma, sonsuz bölünmeye ve ciddi insan hakları ihlallerine neden olacaktır.<sup>115</sup> Ancak yine de belirli şartlar altında ağır adaletsizliklerin kurbanları olduklarında bir kültürel grubun üyeleri, zulmün durması isteğine ek olarak kültürlerini koruma gerekçesi ile de ayrılmayı talep edebilirler. Böylece kültürel korunma isteği ağır adaletsizlik ile birleştiğinde meşrulaşmış olur.<sup>116</sup> Buchanan’ın teorisinin liberalizm ve realizmi dengelemeyi amaçladığı ve spesifik milliyetçi ilgilere sempati ile bakmadığı söylenebilir. Buchanan, kültürlerin bireylerin esenliğine katkıda bulunan bir ‘iyi’ olabileceğini de kabul

<sup>114</sup> Buchanan, *Theories of Secession*, s. 36-37.

<sup>115</sup> Buchanan, *Theories of Secession*, s. 48-51; Buchanan, *Toward a Theory of Secession*, s. 329.

<sup>116</sup> Buchanan, *Toward a Theory of Secession*, s. 342.

etmekle birlikte, onların tehlikeli olabilecek etkilerinden çekinmektedir.<sup>117</sup>

Onarıcı ayrılma teorisinin taraftarları teoriyi meşrulaştırmak için ayrıca ahlaki ve felsefi argümanlar da kullanmaktadırlar. Teorinin taraftarlarına göre uluslararası hukuk düzeni ahlaki olarak tarafsız olamayacağı gibi hümanist bir vizyona da sahip olmalıdır. İnsanlık (durumu) ilkesi, nüfusların, halkların veya azınlıkların içinde yaşayabileceği bir düzen kurmak için çok farklı deneyimlerin kaynağıdır. İnsan türü için gerekli ihtimamı gösterme yükümlülüğünün bilincinde olmak, uluslararası hukuk enstrümanlarının ortak paydasıdır. Bu nedenle insan haklarını (self determinasyon hakkını) korumak için onarıcı hakkı kabul etmek, uluslararası hukuk düzeninin vaatleri ile uyumludur.<sup>118</sup> Öyle ki, bir halkın iç self determinasyon hakkı ihlal edilirse, ihlale son vermek için onarıcı ayrılma hakkı ortaya çıkar. Onarıcı ayrılma yolu ile halk self determinasyon hakkını dışsal olarak kullanır. Tomuchat, *ubi jus ibi remedium* ilkesinin uluslararası hukukta da uygulanması gerektiğinden bahisle şöyle demektedir: “Eğer uluslararası hukuk kendi vaatlerine sadık kalmak istiyorsa, kurbanlara onurlu bir şekilde yaşamaları için bir imkan/hak tanımalıdır”.<sup>119</sup>

Son tahlilde bu, ulusal olmaktan çok liberal bir teoridir ve bu teoride insan hakları milliyetten daha öncelikli bir değerdir. Bununla birlikte teori, eğer ciddi ve sürekli insan hakları ihlallerinin mağdurları bir ulus oluşturuyorsa ulusal self determinasyon hakkını destekler. Temel hak teorisi, halkların ayrılma için ‘genel bir hakkı’ olduğunu kabul ederken, onarıcı hak teorisi, aksine ‘spesifik bir ayrılma hakkı’nı düzenlemektedir. Onarıcı hak teorisinde, ayrılma, temel insan haklarının ihlali anlamına gelebilecek sürekli ve ağır adaletsizlikleri düzeltmek/onarmak için son çare olarak kabul edilmektedir.<sup>120</sup>

---

<sup>117</sup> Freeman, *The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions*, s. 55-57.

<sup>118</sup> Örneğin bkz. Yargıç A. A. Cancado Trindade’in Kosova davasındaki ayrık görüşü, Vezbergaite, *Remedial Secession as an Exercise of the Right to Self-Determination of Peoples*, s. 39.

<sup>119</sup> Christian Tomuschat, *Self Determination in a Post-Colonial World*, Christian Tomuschat (Ed.) *Modern Law of Self-Determination* içinde (1-20), Dordrecht, Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1993 s. 9.

<sup>120</sup> Allen Buchanan, *Uncoupling secession from nationalism and intrastate autonomy from secession*, Hurst Hannum (Ed.), *Negotiating Self-*

### C. Komüniteryen (Ulusal ve Kültür Temelli) Teoriler

Bu teorilere göre, üyelerinin kendilerine atfedilen özellikleri ile tanımlandığı gruplar, haksızlıklara maruz kalmasalar bile ayrılma biçiminde self determinasyon hakkına sahiptir. Bu teoriye göre, grubun ilk ve en önemli, ırk, etnisite, dil, kültür, din gibi politik olmayan özellikleri, grubun bağımsız politik bir birlik olma hakkının temelini oluşturur. Atfedilmiş özellikler, grup üyelerinin ilişkili oldukları herhangi bir güncel siyasi birlikten bağımsız olarak vardır.<sup>121</sup> Atfedilmiş özellikler olarak, grup üyelerinin kendilerini diğer gruplardan ayıran ortak bir dili konuşmaları, ortak bir inanca mensup olmaları, farklı bir kültürden gelmeleri gösterilebilir. Kısaca kendilerini diğer topluluklardan ayıran bir özelliğin bulunduğu dair ortak kanaatin varlığı yeterlidir. Şüphesiz bu kanaati temellendiren yukarıda belirtilen türden nesnel kriterler bulunabilir. Ancak grup üyelerinin her birinin gerçekten atfedilen özellikleri taşıyıp taşımadığı burada önemli değildir.

Bu teoriyi benimseyenlere göre bir ulus veya halk olmak, atfedilmiş bir özelliktir. Kültürünün, tarihinin, dilinin farkı olduğuna dair kanaati ve belki de kendi politik birliğini kurma ve devam ettirme hususundaki paylaşılan arzu bir grubu millet veya halk yapan olgular olarak görülmektedir. Bu teori aslında 19. yüzyıldaki ‘Milliyet Prensibi’ nin modern versiyonudur. Teorinin özü, her milletin veya halkın kendi devletine sahip olması gerektiğidir. Avishai Margalit ve Joseph Raz, ‘Milliyet Prensibi’ ni kabul eden teorisyenler olarak öne çıkmaktadır. Ayrılma hakkından söz ederken, kuşatan kültürler kavramına başvuran yazarlara göre bu kültürler; küçük ölçekli, ilişkilerin yüz yüze yürütüldüğü kültürlerden farklı olarak, büyük ölçekli ve anonim ilişkilerin hakim olduğu, üyelerinin hayatlarının temel karakterine damgasını vuran, grup içindeki üyelerin karşılıklı tanımının tarafı olduğu, kişinin kendisini tanımlaması için önemli olan, hayatın birçok alanını kaplayan ve son tahlilde bir başarı değil bir mensubiyet meselesi olan bir kültürdür.<sup>122</sup>

---

Determination içinde (81–114), London: Routledge, 2006, s. 82-84’ten aktaran Vezbergaite, Remedial Secession as an Exercise of the Right to Self-Determination of Peoples, s. 38.

<sup>121</sup> Buchanan, Theories of Secession, s. 38.

<sup>122</sup> Margalit - Raz, National Self-Determination, s. 445-447.

Margalit ve Raz, dünyanın devletler, ulusal, etnik gruplar ve klanlardan oluştuğunu varsaymaktadır. Ulusal self determinasyon hakkı, siyasi gücün bir grup üzerinden bir gruba emanet edilmesi değeri üzerine kuruludur. Self determinasyon hakkına sahip olan grup, üyelerinin hayatlarının birçok önemli veçhesini kapsayan ortak bir kültüre sahiptir. Bu tür gruplara üyelik, bireylerin kendilerini tanımlamalarına önemli imkanlar sağlar.<sup>123</sup> Gerçek şudur ki, mensubiyet bir kimlik meselesidir. Birçok insan kendi ulusunun içine doğar ve ulusları kimliklerinin bir bölümünü şekillendirir. Başka bir kültür içinde elde edilecek başarı, kimliği daha güvenceli hale getirmez ve kimliğinin güvencede olması, kişilerin esenliği için önemlidir. Bireysel esenlik ayrıca değerli hedefleri peşinden gidebilme ve ilişkileri geliştirebilmeye bağlıdır. Amaçlar, biyolojik devam için gerekli olan maddi kaynakların ötesine uzanır ve bu amaçların bazıları kültürce belirlenenlerdir. Bu nedenle hudutları belirlenmiş aşına bir grup ortamı mensuplarının iyiliği için hayati önemdedir.<sup>124</sup> Benzer görüşler, Judith Lichtenberg tarafından milliyetçilik bağlamında ileri sürülmüştür. Lichtenberg'e göre 'kendimizle birlikte olabilmenin önemi' ve her kültürün 'içsel bir değere sahip olduğu' argümanları, ulusal self determinasyonun gerekçeleri olabilir. Lichtenberg göre; insan türü, kendi mevcut ailesinin dışında ait olacağı ve kimliğini tanımlayabileceği veya eylemlerini gerçekleştirirken geliştiğini hissettiği bir topluluğa ihtiyaç duyar ve bireyler, ait oldukları topluluk ancak güvenceli siyasal bir statüye ulaştığında /devletleşebildiğinde tam olarak gelişir.<sup>125</sup> Kedourie de aynı dili konuşan bir topluluğu millet olarak tanımlamakta ve bu milletin de devlet kurması gerektiğini belirtmektedir; O'na göre, muayyen bir dili konuşan bir topluluğun kendi dilini muhafaza

---

<sup>123</sup> Margalit / Raz, National Self-Determination, s. 445-47; Freeman, The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions, s. 56.

<sup>124</sup> Freeman, The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions, s. 56-57.

<sup>125</sup> Judith Lichtenberg, Nationalism, For and (Mainly) Against, Robert McKim and Jeff McMahan (Eds.), The Morality of Nationalism içinde (158-175), Oxford University Press 1997, s 158-160'tan aktaran David Archard, The Ethical Status of Nationality, Desmond M. Clarke and Charles Jones (Eds.), The Rights of Nations: Nations and Nationalism in a Changing World içinde (145-165), Cork University Press 1999, s. 160-161.

hakkına sahip olması yeterli değildir. Böyle bir topluluk bir devlet kurmazsa millet olmaktan çıkar.<sup>126</sup>

Lichtenberg'e ve Kedourie'ye paralel olarak Margalit ve Raz, uluslararası siyasette zorlayıcı bir mekanizmanın yokluğunda, ulusal grupların üzerinde yaşadıkları topraklarda grup kültürünü korumak için bağımsız bir devlet şeklinde örgütlenme isteklerini makul bir talep olarak görmektedir. Bu teoriye göre zulmün varlığı, öz-yönetim için ne gerekli ne de yeterli bir koşuldur. Zaruri değildir çünkü, grup zulüm görmese bile yok sayılmaktan muzdarip olabilir.<sup>127</sup> Yeterli değildir çünkü, öz yönetim hakkı tanımadan, zulmü ortadan kaldırmanın başka yolları da olabilir. Diğer yandan self determinasyon, gerek gruba mensup olmayanların ve gerekse de grup mensuplarının bazı menfaatlerine haksız zararlar verebilir.<sup>128</sup> Margalit ve Raz grupların, gruba mensup olan ve olmayanları istismar ederek veya diğer grupları inciterek ve zulüm ederek zararlı olabileceğinin farkındadır. Eğer öyle iseler, kendi self-determinasyon haklarını zayıflatmış olacaktırlar ve belki de bu hak büsbütün kaybolacaktır.<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> Ellie Kedourie, Milliyetçilik ve Self-Determinasyon, Mümtaz'er Türköne (Der.), Milletler ve Milliyetçilikler içinde (111-128), Etkileşim Yayınları, 2012, s. 122. Kedourie göre, devletlerin dil bakımından mütecanis milletlerden teşekkül etmesinin gerekli görülmesi durumunda farklı dillerin konuşulduğu bölgelerde ulus devletin birliği fena halde zedelenecaktır. Çünkü Fichte'nin dediği gibi: "Bir bütün olarak böyle bir millet, eğer aslı ve dili değişik diğer topluluklarla karışmak ve onları massetmek isterse, bizzat kendisi karışıklığa uğramadan ve kendi kültürünün bütünlüğünü şiddetle sarsmadan, bunu yapamaz." Dilin üzerinde bu kadar ısrarla durulması onu, insanların birbirini yok etmeye hazır oldukları bir mesele haline getirmiştir. Kedourie, Milliyetçilik ve Self-Determinasyon, s. 123.

<sup>127</sup> Ulusal öz yönetim hakkı talebi, büyük ölçüde 'tahakkümsüzlük olarak özgürlük' talebi olarak anlaşılmalıdır. Tahakkümsüzlük olarak özgürlük, müdahalesizlik olarak özgürlükten farklı olarak, bir kişi veya grubun, başka bir kişinin veya grubun yapmak durumunda olduğu seçimlerde, onların seçim yapma hakkını kısıtlamamasıdır. Philip Pettit Cumhuriyetçilik adlı eserinde tahakkümsüzlük olarak özgürlüğün ayrıntılı bir tahlilini yapmıştır. Bkz. Philip Pettit, Cumhuriyetçilik Bir Özgürlük ve Yönetim Teorisi, Abdullah Yılmaz (çev.), İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1998.

<sup>128</sup> Margalit - Raz, National Self-Determination, s. 439-461.

<sup>129</sup> Freeman, The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions, s. 57.

Özellikle liberal milliyetçilik üzerine yazan Yael Tamir'e göre ulusal self determinasyon tarihsel olarak iki farklı biçimde yorumlanmaktadır. Her bir versiyon, ulus teriminin farklı tanımlarına referans vermektedir ve meşruluğunu farklı menfaatlerin korunması gerekliliğinden almaktadır. Ulusal self determinasyonun ilk yorumu kültürel iken, ikincisi ise demokratik yönetim ile ilgilidir.

*Kültürel Versiyon:* Kültürel ulus tanımına göre, ulus bir dili, bir geleneği ve tarihsel-ulusal bilinci/kimliği paylaşan kültürel bir toplumdur. Self determinasyon hakkı, bir ulusun kendi ulusal ve kültürel biriciklikliğini koruma hakkıdır. Bu hak, bireylerin kültürleri, adetleri ve gelenekleri ile uyumlu siyasal kurumlar inşa edebilme ve toplumsal yaşamı sürdürme imkanlarını koruması anlamına gelir.

*Demokratik Versiyon:* Burada ulus, aynı kurallar altında yönetilen bireyler topluluğu olarak tanımlanır. Bu versiyonda self determinasyon, bireylerin kendi hayatlarını düzenleme ve yönetmeye katılmaları hakkı olarak anlaşılır.

Bu iki yorum, devletlerin biçimlenişi ve gelişimi ile ilgili temel prensipler konusunda iki farklı bağımsız yaklaşımı ortaya koyar ve sadece kültürel versiyon, ulusal self determinasyon hakkı için (gerçek) bir temel teşkil edebilir. İkincisi, milliyetçi ideoloji ile alakasız ve liberal demokratik meşrulaştırma ideallerine dayanır.<sup>130</sup>

Self determinasyonun kültürel yorumu, bireysel otonomi ve seçimlerde bulunabilmeyi, bireylerin kişisel ve toplumsal kimliklerini tanımlayabilmeleri ile ilişkilendirir. Hakkın kültürel yorumu, bireylerin kamusal alanda ulusal kimliklerini açıklayabilmeleri için gerekli olan koşullar ile bağlantılıdır. Bu nedenle sık sık, halkın kendi kültür ve gelenekleri ile uyumlu olarak yaşayabilecekleri bir kamusal alana sahip olabilmesi olarak tarif edilir. Ulusal self determinasyon, bireylerin mensubu oldukları topluluğun değerlerini, geleneklerini, tarihini kısaca kültürünü yansıtan kurumlar kurabilmesi ve toplumsal yaşamlarını buna göre düzenleyebilmelerini ifade eder.

Ulusal self determinasyonun demokratik versiyonunu, kültürel kimlikten bağımsız olarak 'kendi kendini yönetme hakkı' olarak nitelendiren Tamir'e göre, demokratik versiyon, *bireylerin mensup oldukları 'siyasi grubun'* (vurgular eklenmiştir) benimsediği amaçlar ve

---

<sup>130</sup> Tamir, The Right to National Self-Determination, s. 580-581.

araçları belirlemede süreçlere dahil olabilmelerini ifade eder. Kendi kendini yönetme hakkı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde (İHEB) belirtildiği biçimi ile “herkesin kendi ülkesinin yönetimine doğrudan veya özgürce seçtiği temsilcileri vasıtası ile katılması”dır. Yani, eğer bütün bireyler, kendi görüşlerini kamuya sunma ve diğerlerini ikna etme hususunda eşit fırsata sahipse, adil bir biçimde siyasi süreçlere katılmışlar ve kendi kendilerini yönetmektedirler denilebilir. Hakkın demokratik yorumu, kısaca usullere ve bu usuller sonunda ortaya çıkacak sonuçlara ve bunlara ulaşmak için yapılması gerekenlere vurgu yapar.<sup>131</sup>

Tamir, ulusal self determinasyon hakkının merkezinde siyasal etkenlerden çok kültürel iddiaların olduğu belirtir. Ulusal self determinasyon hakkı, öncelikle bir ulusun emsalsiz bir kültürel ve sosyal grup olarak varlığını korumayı amaçlayan kültürel bir talep ve haktır. Tamir'e göre self determinasyon hakkının kültürel yorumu iki avantaja sahiptir: İlk olarak self determinasyon hakkını, etnik azınlıklar ve yerli halklar gibi diğer kültürel gruplara tanınan benzer haklar bağlamında bir hak olarak anlamamızı sağlar; ve ikincisi, kültürel yorum, egemen ulus devletlerin (mutlak) egemenliklerinin düşüşe geçtiği ve federal ve bölgesel siyasal yapıların önem kazandığı bir dünyaya daha çok uymaktadır.<sup>132</sup>

Bir başka siyaset felsefecisi David Miller -kendi esas ideali olan-demokratik sosyalizm ve sosyal adalet argümanının bir parçası olarak bir ulusal self-determinasyon teorisi geliştirmiştir. Onun teorisi, her ne kadar liberal, demokratik ve sosyalist unsurlar taşısa da güçlü bir cemaatçi temele sahiptir. Miller'a göre, uluslar etik topluluklardır, mensuplarının milletlerinin diğer mensuplarına karşı duydukları yükümlülükler, insan olarak duyduklarından daha yoğundur. Ona göre, milliyet tarihsel sürekliliği sağlayan bir kimliktir. Zira atalarımızın savunduğu ve inşası için büyük fedakarlıklarda bulunduğu ulusun içine doğan bizler, onların başlattığı işi sürdürmekle yükümlüüz.<sup>133</sup>

Miller'a göre, milletler, demokrasinin işleyişini kolaylaştırır, zira ortak geleneklerle çevrelenmiş insan topluluğu temsili demokrasi için elverişli bir ortam hazırlar. Ulusal kimliğin teritoryal temeli, devletler

<sup>131</sup> Tamir, *The Right to National Self-Determination*, s. 582.

<sup>132</sup> Tamir, *The Right to National Self-Determination*, s. 566.

<sup>133</sup> David Miller, *On Nationality*, Oxford: Oxford University Press, 1995, s. 23'ten aktaran Freeman, *The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions*, s. 58.



coğrafi bir alan üzerinde iktidar iddiasında bulduklarından, milletler ile devletler arasındaki ilişkiyi güçlendirir. Milletler ve devletlerin sınırlarının örtüştüğü yerlerde, vatandaşlık yükümlülükleri güçlenir. Böylece sosyal adaleti gerçekleştirmek için zaruri olan dayanışmayı yaratır. Ulusal bir topluluğa üyelik bu türden ahlaki bir temele sahip olduğu için Miller, herkesin bu türden bir üyeliğe hakkı olduğunu söyler ve her millet bir diğer milletin self determinasyon hakkını tanımalıdır. Bu nedenle de evrensel bir haktır.<sup>134</sup>

#### D. Realist Teoriler

Realist teoriler ile şu iki özelliği olan teoriler kastedilmektedir: İlk olarak günümüz devletler siteminde sadece süper güçlerce kabul edilmiş self determinasyon iddialarını/haklarını desteklerler; ikincisi de mevcut devletler sisteminin istikrarına öncelik tanır. Günümüzde uluslararası hukukçular ve siyaset felsefecilerinin büyük bölümü açık veya gizli bir biçimde bu teoriyi destekler.

Burada örnek babında Shedadi'nin ve Thomas Fleiner'in yaklaşımları üzerine durulacaktır. Shedadi bir değerlendirmeye göre en kayda değer realist self determinasyon teorisini üretmiştir. O, öncelikle uluslararası toplumun İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki self determinasyon politikasının bizzat kendi kriterleri ile değerlendirildiğinde başarısız olduğunu söyler. Zira İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki dünya tarihi, uluslararası toplumun barış, istikrar, demokrasi ve insan onuru iddialarına rağmen ayrılıkçı şiddet ile geçen bir tarihtir. Buna, devlet kaynaklı şiddeti de eklemek gerekir. Bu nedenle uluslararası toplum, tutarlı bir çözüm üretemeyen kendi self determinasyon konseptini gözden geçirmelidir: Bu yeni anlayış, devletlerin toprak bütünlüğü ile mağdur ulusların hassasiyetlerini ve taleplerini uzlaştırabilmelidir. Uluslararası kurumlar, self determinasyon uyuşmazlıklarını kaba gücün çözmesine izin vermeden uluslararası hukukun normları ile çözmelidir.<sup>135</sup> Shedadi bu nedenle teorik saflık ve tutarlılıktan çok pratik politik çözümlere yoğunlaşılmasını önermektedir. Ancak, Freeman, Shedadi'nin

---

<sup>134</sup> Freeman, *The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions*, s. 58.

<sup>135</sup> Kamal S. Shedadi, *Ethnic Self-Determination and the Break-Up of States* (Adelphi Papers), Brassey's for the International Institute for Strategic Studies, 1993'ten aktaran Freeman, *The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions*, s. 59.

yaklaşımını, birçok devletin desteğini kazanabilme noktasında çok idealist; milliyetçiliğin ve uluslararası adaletin taleplerinin karşılanabilmesi için ise fazla pragmatik bulmaktadır.<sup>136</sup>

Freeman, liberal bireysel haklara dayalı idealizm ve realizmi uzlaştırarak self determinasyon hakkını istisnai durumlarda tanıma hususunda self determinasyon araştırmacıları arasında bir uzlaşmanın bulunduğunu belirtmektedir. Fakat bunun için devletleri, ayrılmaya varmayan self determinasyon formları oluşturmaya teşvik etmek gerekir. Ancak bu çözümün de kendi içindeki problemi, birçok devlet elitinin ulusal azınlıklara verilecek ödünlerin tam ayrılma için kaygan bir zemin oluşturacağından duyduğu realist korkudur. Bu korkunun aşılabilmesi için egemenlik kavramı konusundaki geleneksel kavrayışın değişmesi gerektiği söylenebilir. Bu yeni kavrayışa göre, yeni politik iktidar formları, egemenlik kavramını tam olarak ortadan kaldırmayı hedeflemeden, ama onun geleneksel anlamında ısrar da etmeden merkezden çevreye bazı yetkileri aktarabilmelidir. İrlanda ve Birleşik Krallık arasında Kuzey İrlanda sorunun çözülmesi için oluşturulan temkinli yenilik bu konuda bir örnek olabilir.<sup>137</sup>

Esas itibarı ile realist teoriyi aşan bir bakış açısına sahip olsa da Thomas Fleiner'in bazı açıklamaları realist teorinin argümanlarını kavramamızı sağlayabilir. Fleiner, self determinasyon kavramına bakıldığında çok farklı biçimlerde kullanıldığını gördüğümüzü belirterek, realist yaklaşımın seçiciliğine dikkat çeker. Örneğin, 1989'dan sonra Almanya'nın birleşmesi self determinasyon çatısı altında gerçekleşebilmişti. Ancak self determinasyon iddiaları karşısında, uluslararası toplumun yaklaşımına baktığımızda, self-determinasyon hakkının tanındığı ve tanınmadığı vakıalar için açık kriterler bulunmadığını görürüz. Öyle görünüyor ki, bu hak, az ya da çok hangi ulusun self determinasyon iddiasında bulunduğu ve hakkın kabulünün büyük güçlerin çıkarları ile örtüşmesine bağlıdır.<sup>138</sup> Rupert Emerson'un

---

<sup>136</sup> Freeman, *The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions*, s. 59.

<sup>137</sup> Freeman, *The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions*, s. 59-60.

<sup>138</sup> Thomas Fleiner, *State without Nation Reconsidering the Nation-State Concept*, T. van Willigenburg, F.R. Heeger & W. van der Burg (eds.) *Nation, State and the Coexistence of Different Communities içinde* (185-205), Kok Pharos Publishing House-Kampen, Berekfürdő, Hungary August 1994, s. 200-201.

ifadesi ile self determinasyon hakkı siyasal bakımdan yararlı olduğu zaman savunulacak ve olmadığı zaman reddedilecek bir haktr.<sup>139</sup>

Fleiner, self determinasyon hakkının en azından ahlaki ve politik bir hak olduğunu, fakat uluslararası mahkemelerce uygulanabilir bir yasal hak olmadığı belirtmektedir. Self determinasyonun, kolektif ve bireysel haklar meselesi ile ilgili olan kısmı ile ilgili olarak realitedeki başka bir çelişkili duruma dikkat çekmektedir: Kolektif hakların karşısında duranlar, çıkarları etkilendiğinde bu hakkı kendilerinde bulanlardır.<sup>140</sup>

Self-determinasyon hakkı ile ilgili politik meselelerin nihayetinde belirli bir toprak ile bağlantılı olduğunu belirten Fleiner'e göre self-determinasyon kavrayışı, mevcut sınırlara saygılı olmalıdır ve mevcut devlet sınırlarını tanıyan bir konseptte olmalıdır. Politik amaçları için mevcut devletler, self-determinasyon hakkına sahip olmalıdır. Devlet sınırları, Slovenya, Hırvatistan, Bosna ve Makedonya'nın yaptığı gibi tek taraflı olarak değiştirilmemelidir. Eğer uluslar, genel self-determinasyon hakkına sahip olurlarsa önümüzdeki yıllar kargaşa ile geçecek demektir. Bununla birlikte self-determinasyon politik bir mesele olduğu sürece, uluslararası çatışmalar ve mücadelelerin temel nedenlerinden birisi olmaya devam edecektir.<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> Emerson, Sömürgelerin Uluslaşması Asya ve Afrika Halklarının Ortaya Çıkışları s. 293. Abraham Lincoln'ün benzer iki olay karşısında yaptığı farklı açıklamalar, şartların olaylar hakkındaki değerlendirmeleri nasıl değiştirdiğini göstermektedir; Güney'in ayrılma tehditleri karşısında Lincoln ilk Cumhurbaşkanlığı nutkunda: "Açıktır ki ayrılma fikri anarşinin özüdür" derken, Meksika Savaşı ile ilgili olarak 1848'de bütünüyle karşıt fikir ileri sürmüştü: "Nerede olursa olsun, herhangi bir toplum, istediği ve gerekli güçte olduğu takdirde ayaklanma ve mevcut hükümeti devirme ve kendi haklarını daha iyi bir şekilde koruyabilecek yeni bir hükümet kurma hakkına sahiptir. Bu en değerli ve en kutsal bir haktr. Bütün dünyayı özgürlüğe kavuşturacağını sandığımız bir hak. Bu hak mevcut bir hükümete tabi bir halkın uygulamak isteyebileceği bir hakla da sınırlı değildir. Bu halkın belirli bir bölüntüsü yetenekleri varsa baş kaldırabilir ve oturdukları topraklara sahip olabilirler. The Speeches of Abraham Lincoln, New York, The Chesterfield Society, 1908, s. 20'den aktaran Emerson, Sömürgelerin Uluslaşması Asya ve Afrika Halklarının Ortaya Çıkışları, s. 293 ve dpn. 12.

<sup>140</sup> Fleiner, State without Nation Reconsidering the Nation-State Concept, s. 201.

<sup>141</sup> Fleiner, State without Nation Reconsidering the Nation-State Concept, s. 201-202; Realist yaklaşımın tipik bazı ifadeleri şu ifadelerde de görülebilir:

## E. Kozmopolit Teori

Kozmopolit ahlakın temel prensipleri, İHEB'in 1. maddesinde görülebilir: “*Bütün insanlar, onur ve hakları ile birlikte özgür ve eşit doğarlar*”. Kozmopolitanizm, bu hükümdeki görüşten de anlaşılacağı gibi, prensip olarak ulusal kimliklerin ve devlet sınırlarının insanların iyi bir yaşam sürmek için gerekli koşul olan hakları ile bağlantısı olmadığına dair bir yaklaşımdır. Kozmopolitanizm bu anlamda ahlaki bir yaklaşımdır, kurumsal bir yönerge değildir. Bu yaklaşım, milletlere, devletlere ve ulusal self determinasyon hakkına zorunlu olarak karşı değildir. Ancak devlet ve ulusal kurumların, etik değerlere önceliği fikrine karşıdır. Bu değerler, insanlar için iyi olanı içerir. Bununla beraber farklı felsefi yaklaşımlar, farklı iyi kavrayışına sahip olduğu için kozmopolitler, evrensel ahlaki eşitlik ilkesine ve iyinin kurumlara önceliğine bağlıdır.<sup>142</sup>

Açıklanan nedenlerle, kozmopolitanizm ulusal self determinasyon hakkı konusunda kararsızdır. Ulusal self determinasyon hakkının tanınması, bunu ileri süren ulusun koşullarına ve meydana getirdiği sonuçlara bağlıdır. Kozmopolitanizm, self determinasyon ve ayrılmaya ilişkin birçok teoriden, sadece self determinasyonu ileri süren ve self determinasyonun kendisine karşı sürüldüğü ulusların çıkarlarını değil, self determinasyondan etkilenmesi muhtemel olanları da hesaba kattığı için ayrılır.<sup>143</sup>

Beran, ayrılmanın sadece ayrılanlar ve ayrılmanın gerçekleştiği devlet arasında değil fakat global olarak dağıtıcı adalet sorunlarını gündem getireceğini belirtir. Bu anlamda ayrılanlar ve eski devletleri arasındaki anlaşmanın diğerleri için gayri adil sonuçlar oluşturabileceğini ileri sürer. Her ne kadar kozmopolit teorinin adalet kavrayışı hakkında bir

---

“Uluslararası hukuk, sömürgeciliğin tasfiyesi dışında ayrılmayı ne tanımakta ne de yasaklamaktadır. Ayrılma, hukuk dışı, sosyal ve siyasal bir olay olarak görülmektedir. Ayrılıkçı hareketlerin başarılı olması durumunda yani bağımsız bir devlet olarak örgütlenmeleri durumunda, bu yeni devlet üçüncü devletler ve uluslararası kuruluşlar tarafından tanınabileceği gibi tanınmayabilir de”. Karaosmanoğlu, *Kendi Kaderini Tayin, Ülke Bütünlüğü, Uluslararası İstikrar Ve Demokrasi*, s. 156.

<sup>142</sup> Freeman, *The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions*, s. 60.

<sup>143</sup> Freeman, *The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions*, s. 60-61.

konsensüs yoksa da kozmopolitler self determinasyonun global ölçekte yaratacağı problemlerin dikkate alınması gerektiğinde ısrarcıdır. Nihayetinde eğer dışarda kalanlar için açıkça haksız sonuçlar doğuruyorsa, self determinasyon çatışmalarının çözümsüz kalması ahlaken kabul edilebilir.<sup>144</sup>

## F. Kozmopolit Realizm

Kozmopolit realizm dar anlamda ayrı bir teori değil ve fakat iki teorinin kombinasyonundan oluşmaktadır. Freeman, kozmopolit teorilerin ütöpik oldukları şeklindeki eleştirileri cevaplamak için iki teorinin bu kombinasyonun savunulabileceğini belirtmektedir.

Adil kozmopolit bir dünya, uluslar, devletler ve zengin kültürel çeşitliliği içinde barındırmalıdır. Eğer günümüz dünyasında realizm denilen olgu, kozmopolit bir hüviyette ise kozmopolitizm gerçekçi bir seçenek olarak, realist olabilir. Kozmopolitizm, ulusal self determinasyon hakkını bazı koşullarda kabul ettiğinden, self determinasyonu genel/temel bir hak olarak tanımaz, diğer yandan, ulus devlet dünyasının vizyonunun self determinasyon hakkını önceden varsaydığını sorgular. James Tully'nin *Strange Multiplicity*'de (1995) gösterdiği gibi, dünya tuhaf çeşitliliklerle iç içe geçmiş interaktif kültürel gruplarla şekillenmiştir. Belki de bu yüzden günümüz dünyasında self determinasyon iddiaları global ölçekte -devletler tarafından olmasa da- sempati ile karşılanmaktadır.<sup>145</sup>

## VI. SONUÇ

Self determinasyon hakkının tarihsel, siyasal ve fikri kökenleri, BM sözleşme ve bildirimlerindeki görünümü ve bu belgelerdeki belirsizlikleri gidermek ve uluslararası hukuka yön göstermek için self determinasyon hakkına ilişkin olarak geliştirilen bazı teorilerin incelendiği bu çalışmanın sonucunda aşağıda belirtilen tespit ve değerlendirmelerde bulunulabilir.

---

<sup>144</sup> Freeman, *The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions*, s. 61.

<sup>145</sup> Freeman, *The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions*, s. 62.

1. Soğuk Savaşın bitmesi ile beraber önce Avrupa'da daha sonra dünyanın diğer bölgelerinde milliyetçi hareketlerin tekrar canlandığı görülmektedir. SSCB, Eski Yugoslavya, Çekoslovakya, Etiyopya-Eritre gibi yerlerde etnik/ulusal gruplar, self determinasyon hakkına dayanarak bağlı oldukları devletlerden ayrılarak bağımsız devletler olarak teşkilatlanmayı başaramışlardır. Ancak self determinasyon talepleri sona ermiş değildir. Çalışmanın başında belirtildiği gibi Quebec'in Kanada'dan, İskoçya'nın Birleşik Krallık'tan, Katalonya'nın İspanya'dan ve Irak Kürdistan Bölgesel Yönetimi'nin Irak'tan ayrılma istemleri halen devam etmektedir. Dünyanın başka bölgelerinde de ayrılma istemleri ortaya çıkabilir. Zira self determinasyon hakkı Arsava'nın belirttiği gibi kendine getirilen ulusal ve uluslararası sınırlamaları erken de olsa, geç de olsa aşacak bir karaktere sahiptir.<sup>146</sup> Bunun nedenini self determinasyon hakkının temelindeki olgu ve fikirlerde aramak gerekir. Her şeyden önce olgusal olarak self determinasyonun öznesi olarak görülen halk tanımındaki belirsizlikler, Ernest Renan'ın halk/ulus tanımının geçerliliğini doğrulamaktadır: Kendisini millet olarak hisseden her topluluk millettir. Dışardan bakılarak yapılan tanımların ve tasniflerin bir topluluğun kendisini ne hissettiğine olan etkisi sınırlıdır veya hiç yoktur.<sup>147</sup> Onların ne zaman ve nasıl ortaya çıkabilecekleri de kesin olarak öngörülemez.<sup>148</sup> Bu nedenle gelecekte de self determinasyon talepleri, kendini halk/ulus olarak gören her grup tarafından ileri sürülebilir. İkinci olarak, self determinasyon hakkının temelinde yatan bireysel haklar ve demokratik yönetim idealleri, self determinasyon talebini ileri süren gruplar için minimal düzeyde yerel otonomi, en uç noktada ise bağımsız bir devlet olarak örgütlenme ile sağlanabilmektedir. Günümüz ulusal ve uluslararası hukukunun normatif temellerinin bu iki idealden beslendiği dikkate alınır, bu ideallere ulaşmanın bir yolu olarak self determinasyon talepleri de varlıklarını sürdürecektir. Devlet içinde otonomi ve ayrılarak bağımsızlık biçimindeki farklılaşma, çalışmada belirtildiği gibi iç ve dış self determinasyon ayrımları olarak ortaya çıkmaktadır. İç self determinasyonun koşullarını hazırlamak, 1966 İkiz Sözleşmeler'i ile başlayan dönem uluslararası hukukuna göre

<sup>146</sup> Arsava, Halkların Kendi Kaderini Tayin Etme Hakkının Tarihçesi ve Günümüzde Getirdiği Problemler, s. 402

<sup>147</sup> Mümtaz'er Türköne, Önsöz, Mümtaz'er Türköne (Der.), Milletler ve Milliyetçilikler içinde (1-), İstanbul: Etkileşim Yayınları, 2012, s. 10.

<sup>148</sup> Emerson, Sömürgelerin Uluslaşması Asya ve Afrika Halklarının Ortaya Çıkışları, s. 285.

evrensel insan haklarını rejimin temeli olarak alan demokratik olduğu iddiasındaki yönetimler için bir yükümlülüğe dönüşmüştür. Ancak belirtilmelidir ki iç self determinasyonun bir şekilde sağlanması ayrılıkçı grupların tam bağımsızlık taleplerini durduramayabilir. Fakat iç self determinasyonun sağlanması durumunda ayrılık iddiaları üzerine olan tartışmaların daha kolay ve demokratik bir ortamda yürütüleceği söylenebilir. Ayrıca iç self determinasyonun en gelişmiş örneği olan federalleşmeye bakıldığında bütün federal devletlerde ayrılma talepleri ortaya çıkmamaktadır. Ayrılık talebi, büyük ölçüde gruplar arası ilişkilerin tarihi ve grupların bu geçmişi aktüel olarak nasıl algıladıkları ve yorumladıkları ile ilgilidir. Self determinasyon hakkı iddiası, tek boyutlu olmayan, hak talebini ortaya çıkaran faktörlerin kombinasyonuna bağlı değişkenlik gösterir.

2. Uluslararası hukuktaki duruma bakıldığında self determinasyonun Milletler Cemiyeti zamanında bir siyasal ilke olarak ileri sürüldüğü görülmektedir. Daha sonra BM döneminin başlaması ve ilk aşamada sömürgecilğin tasfiyesi çalışmaları ile birlikte yükümlülük doğuran bir hakka dönüşmüştür. İkiz Sözleşmeler ile self determinasyonun temel insan hakları ve demokratik seçimlerle bağlantılı olan içsel boyutu ortaya çıkmış, hem İkiz Sözleşmeler'le hem de 1970 Bildirisi ile self determinasyon hakkı, sömürge halklarının dışına doğru genişleyerek bütün halkları kapsamına almıştır. 1970 Bildirisi hükümleri, 'a contrario yorum'a tabi tutulduğunda, hükümetlerin ülkelerindeki tüm halkı ırk, inanç ve din ayrımı olmadan temsil etmemeleri durumunda self determinasyon hakkının ortaya çıkacağını belirtmektedir. 1993 Viyana Bildirisi ise hükümetlerin ülkelerindeki halkı temsil sorumluluğunu daha da genişletmiştir.

3. İç ve dış self determinasyon ayrımlarına bağlı olarak self determinasyonun görünüşleri ise farklı olabilecektir. Bu bağlamda sınırlı ve (belli koşullarda ortaya çıkabilen) ayrılma hakkı, self determinasyon hakkının görünüşlerinden sadece birisidir. Bunun yanında, sömürge yönetiminden özgürleşme, Porto Riko örneğinde görüldüğü gibi belirli bir toprakta yerleşik bir halkın -eğer gerçek iradelerini gösteriyorsa- bağımlı kalmaya devam etme, Almanya örneğinde olduğu gibi ayrılmış devletlerin tekrar birleşmesi, özerk bölgede toprak temelinde veya ortak etnik köken, din ve dil bağları ile oluşmuş gruplar için ayrılmaya varmayan sınırlı otonomi de self determinasyon hakkının uygulanma biçimleri olabilir. Bunların hukuksal statüleri değişkendir. Zira self-determinasyon hakkı kompleks bir analiz gerektirmektedir ve bu hakka ilişkin her bir iddia, kendi koşulları içinde değerlendirilmelidir.

4. Self determinasyon hakkının bir simetrisi olan ‘sınırsız ayrılma hakkı’ ise uluslararası hukukta reddedilmektedir. Self determinasyon hakkı kabul edilmekle beraber, ayrılma hakkının reddedilmesi -iç self determinasyon yorumuna rağmen- self determinasyon hakkının kapsamı konusunda belirsizlikler yaratmaktadır. Bir yönü ile self determinasyon hakkını ve diğer yönü ile bu hakkın ayrılma hakkını içermediğini belirten uluslararası hukuk enstrümanlarındaki ifadeler, self determinasyon kavramı etrafındaki belirsizliği ortadan kaldırma adına çalışmada incelediğimiz bazı teorilerin geliştirilmesine neden olmuştur.

5. Ele alınan ilk teori olan temel hak teorileri, dışsal self determinasyon/ayrılma hakkının bir halk oylamasında bağımsızlık lehine çoğunluğun desteğinin alınmasının gerekli olduğunu vurgular. Temel hak teorisi, grup üyelerinin çoğunluğunun gönüllü siyasi seçimini, kendi bağımsız politik birliklerini oluşturma kararları için yeterli görür. Bu teoriye göre ayrılma hakkı aynı zamanda başka bir siyasal birlik oluşturma hakkıdır. Siyasal birlik oluşturma hakkı, üç liberal prensip; ‘özgürlük’, ‘halk egemenliği’ ve ‘çoğunluk yönetiminin meşruiyeti’ ne dayandırmaktadır. Bu teorinin bir varyantı olan Beran’ın teorisi, ayrılmak isteyen grubun oy kullanabileceği bölgenin sınırların belirlenmesinde mükerrer halk oylaması yapılması gibi usûle ilişkin koşullar, ayrılan grubun yeni oluşacak devletin sınırları içindeki herkesin bireysel insan haklarına saygı göstermesi gibi insan haklarına ilişkin kısıtlamalar, ayrılmak isteyen grubun bağımsız bir devletin yaşaması için gerekli olan zorunlu kaynakları tedarik etmesi gerektiği gibi garantileri de içerir. Beran’ın teorisi ayrıca, ayrılıkçı gruplara self determinasyon hakkının verilmesini savunurken, ayrılan grubun aynı hakkı kendi bölgesinde yaşayan diğer gruplara tanınmasını da şart koşmaktadır. Christopher Wellman’ın, temel hak teorisinin ‘plebisit’ varyantı da özünde Beran’ın teorisi ile uyumludur. Temel hak teorileri hem liberal hem de demokratiktir. Bireysel otonomi ve çoğunluk kuralı üzerine kuruludur. Liberal öncüllere dayandığından bireyci ve usûlcü özellikler taşır. Başka bir ifade ile kolektif yönü zayıflatılmış ve herhangi özselleştirilmiş, a priori bir amaca yönelmez. Yurttaşların ortak yaşam arzularının siyasal görünümü olan self determinasyon hakkı, kolektif bir hak olarak değil, bireylerin siyasal tercihleri ile ortaya çıkan ve gerçeklik kazanabilen bir hak olarak düşünülmüştür.

6. İncelenen ikinci teori onarıcı hak teorisidir. Bu teorinin etkili ismi olan Buchanan’ın formüle ettiği biçimi ile onarıcı hak teorisinde ayrılma hakkı için öne çıkan üç temel sebep vardır, bunlar; ayrılmak isteyen grubun, sistematik ayrımcılığın, ekonomik sömürünün



veya insan haklarının geniş bir ihlalinin kurbanı ve mensuplarının fiziksel varlıklarının devlet tarafından tehdit ediliyor olması; belli bir bölgede yoğunlaşmış bir grubun daha evvel bağımsız olan topraklarının yasal olmayan yollarla bir devlet tarafından haksızca ele geçirilmesi; ve bazı durumlarda, devlet içinde azınlık gruplarına tanınan öz yönetim haklarına dair antlaşmaların devlet tarafından sürekli ihlal ediliyor olmasıdır. Bu üç koşuldan herhangi birisi mevcutsa ilgili grubun ayrılma hakkı ortaya çıkar. Onarıcı hak teorisi her üç durumda da mağdur grubun 'genel bir ayrılma hakkı'na sahip olduğunu kabul eder. Ayrılma burada son çare olarak görülmektedir. Onarıcı hak teorileri, adil bir devletten ayrılma hakkını ise reddetmektedir. Bu, ulusal olmaktan çok liberal bir teoridir ve bu teoride insan hakları milliyetten daha öncelikli bir değerdir. Bununla birlikte teori, eğer ciddi ve sürekli insan hakları ihlallerinin mağdurları bir ulus oluşturuyorsa ulusal self determinasyon hakkını destekler.

7. Üçüncü teori olan komüniteryen teoriye göre, bir ulusal grubun ilk ve en önemli, ırk, etnisite, dil, kültür, din gibi politik olmayan özellikleri, grubun bağımsız politik bir birlik olma hakkının temelini oluşturur. Kültürünün, tarihinin, dilinin farklı olduğuna dair kanaati ve kendi politik birliğini kurma ve devam ettirme hususundaki paylaşılan arzu, bir grubu bir millet veya halk yapan olgular olarak görülmektedir. Bu yaklaşıma göre ulus, bir dili, bir geleneği ve tarihsel-ulusal bilinci/kimliği paylaşan kültürel bir toplumdur. Ulusal grupların üzerinde yaşadıkları topraklarda grup kültürünü korumak için bağımsız bir devlet şeklinde örgütlenme isteklerini makul bir talep olarak görülmektedir. Self determinasyon hakkı, bir ulusun kendi ulusal ve kültürel biriciklikliğini koruma hakkıdır. Ulusal self determinasyon, bireylerin mensubu oldukları topluluğun değerlerini, geleneklerini, tarihini kısaca kültürünü yansıtan kurumlar kurabilmesi ve toplumsal yaşamlarını buna göre düzenleyebilmelerini ifade eder. Ayrıca bu teoriye göre bireylerin milletlerinin diğer mensuplarına karşı duydukları yükümlülükler, insan olarak duyduklarından daha yoğundur. Bu da temsili demokrasinin işleyişini kolaylaştırır. Milletler ve devletlerin sınırlarının örtüştüğü yerlerde, vatandaşlık yükümlülükleri güçlenir. Böylece sosyal adaleti gerçekleştirmek için zaruri olan dayanışma da yaratılabilir.

8. Dördüncü teori olan realist teoriler ise uluslararası politika ve siyasetin gerçekteki işleyişinden hareket eder. Bu teori, bir self determinasyon hakkı savunusundan ziyade, bu hakkın neden tartışmalı ve yerine getirilmesi zor bir hak olduğunu açıklamaya çalışır. Bu yaklaşıma göre, self determinasyon hakkı ahlaki ve politik bir hak olsa bile uluslararası mahkemelerce uygulanabilir bir yasal hak değildir. Özünde

sadece Şu veya bu sebepten sonuca ulaŐmıŐ self determinasyon iddialarını kabul eder. Realist yaklaşım self determinasyon iddialarının meşruluğu konusunda seŐicidir. Bu hak, az ya da çok hangi ulusun self determinasyon iddiasında bulunduğuna ve hakkın kabulünün büyük glerin çıkarları ile örtüşmesine bağlı olarak tanınır veya reddedilir.

9. Beşinci teori olan kozmopolit teori, prensip olarak ulusal kimliklerin ve devlet sınırlarının insanların iyi bir yaşam sürmek için gerekli koşul olan hakları ile bağlantısı olmadığını ileri sürer. Bu yaklaşım, milletlere, devletlere ve ulusal self determinasyon hakkına zorunlu olarak karşı değildir. Ancak devlet ve ulusal kurumların, etik değerlere önceliği fikrine karşıdır. Diğer yandan kozmopolit teori, sadece self determinasyonu ileri süren ve self determinasyonun kendisine karşı srldĞu ulusların çıkarlarını değil, self determinasyondan etkilenmesi muhtemel olanları da hesaba kattığı için diğer teorilerden ayrılır.

10. Son teori olan kozmopolit realizm ise gerçekte saf bir teori olmayıp iki teorinin kombinasyonundan oluşmaktadır ve günümüz dünyasının kozmopolit karakterinden hareketle kozmopolit yaklaŐımların gerçekçi bir seçenek olarak hesaba katılması gerektiğine dikkat çeker.

11. Őimdiye kadar anlatılanlardan sonra sonuç olarak Őunlar söylenbilir: Self determinasyon talepleri olgusal düzlemde Şöyle veya böyle kendini bir halk olarak gören gruplar tarafından bir hak olarak ileri sürülmektedir ve bu taleplerin öngörülebilir bir gelecekte sona ermeyeceği açıktır. Cari uluslararası hukuk, tek yönlü ayrılmayı/dışsal self determinasyonu, devletlerin ülkesel egemenliklerine üstünlük tanıdığı için meşru görmemektedir. Ancak 1966 İviz Sözleşmeler'i ile başlayan dönemden sonra, devletler, sınırları içindeki halkların i self determinasyonu için gerekli koşulları sağlamak yükümlülüğündedir. 1970 ve 1993 Bildirileri ile bu ykmllĞu yerine getirmeyen ve halkın tamamını temsil etmeyen devletlere karşı ileri sürülecek ayrılma talepleri meşruluk kazanmıştır. Ancak belirtmelidir ki böyle bir devlete karşı ileri sürülecek gayrı meşruluk iddialarının nasıl gerçeklik kazanacağı belirsizdir.

Ortaya çıkan bu tablo değerlendirildiğinde realist teorinin, pozitif hukuksal durumu değil ancak self determinasyon konusundaki uluslararası siyaseti izah eden teori olduğu görülmektedir. Her ne kadar bir teorinin olguları doğru bir biçimde yansıtması takdire Őayan ise de, çarpıklıkları giderebilecek normatif bazı önerilerde de bulunması gereklidir. Diğer yandan realist teori, self determinasyon talebini ortaya çıkaran nedenler konusunda da duyarsız görünmektedir.

Temel hak teorisi, realist teorilerin aksine, uluslararası siyasetin görünümünü, hukukun pozitif uygulamasını ve self determinasyon taleplerinin gerçek nedenlerini dikkate almadan sosyal ve kurumsal bir boşlukta ilgili taraflara yön göstermeye çalışmaktadır. Teorinin, kendisine yöneltilen gerçeklikten yoksunluk suçlamasını hak ettiği söylenebilir. Ancak yine de normatif bir ideali, olabilecek en soyut düzlemde ele aldığı, ‘gerçekliğin’ ölçsüz savunusunun çarpıklığını gösterdiği, ilgili tarafların ahlaki pozisyonlarını ve iddialarını gözden geçirmesini sağlayacak unsurları barındırdığı için konu ile ilgili tartışmalara değerli bir katkı sağlamaktadır.

Onarıcı hak teorisi ise uluslararası hukukun mevcut durumuna en uygun teoridir ve realist teoriden farklı olarak bazı normatif temellere sahiptir. Bu teorinin içsel self determinasyonu destekleme konusundaki yaklaşımı belirsiz olsa bile, ağır insan hakları ihlalleri ve insanlığa karşı suçlar gibi olaylar karşısında ayrılma hakkını tanıması yerindedir. Zira böyle bir durumda baskı altındaki grubun, kendisini imha etmek isteyen bir devletin idaresinde yaşama konusunda ahlaki veya siyasi bir yükümlülüğünden söz edilemez. Teorinin özellikle Yugoslavya’nın dağılma sürecindeki gelişmeleri doğru okuduğu ve parçalanmanın neden gerçekleştiğini ortaya koymada başarılı olduğu söylenebilir.

Komüniteryen teori ise öyle görünüyor ki self determinasyon iddialarının arkasındaki gerçek nedenleri ve ulaşmak istedikleri hedefleri en doğru biçimde gösteren teoridir. Zira self determinasyon taleplerinin aktüel sahipleri, kendilerini bir şekilde farklı bir halk/ulus olarak gören gruplardır. Bu gruplar iç self determinasyon anlamında bazı haklara sahip olsalar bile yine de tam bağımsız topluluklar olarak devletleşmek istemektedirler. Bunun birkaç nedeni olduğu söylenebilir; birincisi, onarıcı hak teorisinin üzerinde durduğu geçmişte yaşanan zulüm ve adaletsizlikler ortadan kalkmış olsa bile, bu geçmiş, ulusal kimliğin bir parçası olmuş olabilir ve gruplar bu geçmişle yaşamak istemeyebilir. İkincisi, egemen bir devlete dönüşmediği sürece grubun kültürel farklılığını sürdürebilme konusundaki şüphesidir ve üçüncüsü müdahalesizlik olarak özgürlüğü tecrübe ediyor olsalar bile tahakkümsüzlük olarak özgürlüğün peşindedirler.

Diğer iki teori olan kozmopolit teori ve kozmopolit realizm ise temelleri nispeten zayıf teoriler olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak kozmopolit teoriler, kimliklerin, kültürlerin çeşitliliğine ve iç içe geçişlerine dikkat çektikleri için bir yönleri ile özellikle içsel self determinasyon için kayda değer bir perspektif sunarken, diğer yandan

## Self Determinasyon Hakkı ve Self Determinasyon Hakkı Teorileri

diğer teorilerin -özellikle komüniteryen teorinin- aşırılıklarını törpülemeye bir rol oynayabilir.

## KAYNAKÇA

- AKBULUT, Olgun: Barış İçinde Yaşamın Hukuki Zemini, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2008.
- ARCHARD, David: The Ethical Status of Nationality, Desmond M. Clarke and Charles Jones (Eds.), The Rights of Nations: Nations and Nationalism in a Changing World, Cork University Press, Cork 1999, s. 145-165.
- ARSAVA, Fusun: Halkların Kendi Kaderini Tayin Etme Hakkının Tarihçesi ve Günümüzde Getirdiği Problemler, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013, s. 387-404.
- AZARKAN, Ezeli: Uluslararası Hukukta Devletlerin Tanınması (Slovenya, Hırvatistan ve Bosna-Hersek), Adalet Yayınevi, Ankara 2008.
- BAUBÖCK, Rainer: Paradoxes of Self-Determination and the Right to Self-Government, András Sajó (ed.), Global Justice and the Bulwarks of Localism, Koninklijke Brill NV. Printed in The Netherlands, 2005, s. 101-127.
- BUCHANAN, Allen: Toward a Theory of Secession, Ethics, Vol. 101, No. 2 (Jan., 1991), s. 322, 342.
- BUCHANAN, Allen: Theories of Secession, Philosophy and Public Affairs, Vol. 26, No. 1 (Winter, 1997), s. 31-61.
- BUCHANAN, Allen: Secession, Stanford Encyclopaedia of Philosophy, Substantive Revision Thu Jun 22, 2017.
- CLARKE Desmond M. / JONES Charles: Introduction: Liberalism, Nationalism and Self-Determination, Desmond M. Clarke and Charles Jones (Eds.), The Rights of Nations Nations and Nationalism in a Changing World, Cork University Press, Cork 1999, s. 1-25.
- ÇAVUŞOĞLU, Naz: Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları, Bilim Yayınları, İstanbul 1999.
- DALAR, Mehmet: Kendi Kaderini tayin Hakkı Kavramı, Federasyon ve Irak Kürdistan Bölgesel Yönetimi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, 16 Sayı: 32, Yıl: 2015, s. 13-57.

- EMERSON, Rupert: Sömürgelerin Uluslaşması Asya ve Afrika Halklarının Ortaya Çıktıkları, Türkkaya Ataöv (Çev.), Türk Siyasi Bilimler Derneği Yayınları, Ankara 1965.
- ERDOĞAN, Mustafa: İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara 2011.
- FLEINER, Thomas: State without Nation Reconsidering the Nation-State Concept, T. van Willigenburg, F.R. Heeger & W. van der Burg (Eds.), Nation, State and the Coexistence of Different Communities, Kok Pharos Publishing House-Kampen, Berekfürdő, Hungary, August 1994, s. 185-205.
- FREEMAN, Michael: The Right to National Self-Determination: Ethical Problems and Practical Solutions, Desmond M. Clarke and Charles Jones (Eds.), The Rights of Nations Nations and Nationalism in a Changing World, Cork University Press, Cork 1999, s. 45-64.
- GAGNON, Alain-G.: Belirsizlikler Çağında Azınlık Uluslar, Ulusal Özgürlük ve Ulusal Güçlenme İçin Yeni Yollar, Ersin Erkan (Çev.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016.
- GUIBERNAU, Montserrat: Devletsiz Uluslar Ulussuz Devletler, Neşe Nur Domaniç (Çev.), Işıtan Gündüz (Der.) Milliyetçilik Üzerine Ulussuz Devletler Devletsiz Uluslar, Nesnel Yayınları, İstanbul 2008, s. 5-43.
- GÜNDÜZ, Aslan: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, 2. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım Aş., İstanbul 1994.
- HOROWITZ, Donald L.: Self-Determination: Politics, Philosophy, And Law, Ian Shapiro-Will Kymlicka (Ed.), Ethnicity and Group Rights Nomos XXXIX, New York University Press, New York and London 1996, s. 421-463.
- KALAYCI, Hüseyin: Ulus Devletin Başağrısı Ayrılkçılık Kanada Quebec Örneği, Liberte Yayınları, Ankara 2010.
- KARAOSMANOĞLU, Ali L.: Kendi Kaderini Tayin, Ülke Bütünlüğü, Uluslararası İstikrar Ve Demokrasi, Doğu-Batı, Yıl: 6, Sayı: 24, Ağustos, Eylül, Ekim 2003, s. 147-157.

- KEDOURIE, Ellie: Milliyetçilik ve Self-Determinasyon, Mümtaz' er Türköne (Der.), Milletler ve Milliyetçilikler, Etkileşim Yayınları, 2012, s. 111-128.
- KILINÇ, Doğan: Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, s. 949-982
- KIRAN, Abdullah: Uluslararası Hukukta Devletleri Tanıma ve Tanıma Teorileri, Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 2017, Cilt: 5, Sayı: 3, s. 923-945.
- KIRGIS, Frederic L., Jr.: The Degrees of Self-Determination in the United Nations Era, The American Journal of International Law, Vol: 88, No. 2 (Apr., 1994), s. 304-310.
- KUKATHAS Chandran: Liberal Takımadalar, Mustafa Erdoğan (Çev.), Liberal Düşünce, Sayı: 38-39, Bahar-Yaz 2005, s. 13-27.
- MARGALIT, Avishai / RAZ, Joseph: National Self-Determination, The Journal of Philosophy, Vol. 87, No. 9 (Sep., 1990), s. 439-461.
- MOORE, Margaret: Cosmopolitanism and Political Communities, Social Theory and Practice, Vol. 32. No. 4, Special Issue: Cosmopolitanism and the State (October 2006), s. 627-658.
- NAIR, Vishnu / KAMMATH, Bhagya Shree: The Right To Secede In A Sovereign State, International Journal of Research And Analysis, Volume 2 Issue 6. 2015, s. 330-336.
- NIMNI, Ephraim: Ulusal Bölgesel Azınlıklar, Demokratik Teori ve Ulusal Kendi Kaderini Tayin Hakkı, Osman İşçi (Çev.), Elçin Aktoprak-A. Celil Kaya (Der.), 21. Yüzyılda Milliyetçilik, Teori ve Siyaset, İletişim Yayınları, İstanbul 2016, s. 175-209.
- ORAN, Baskın: Küreselleşme ve Azınlıklar, 4. Basım, İmaj Yayınevi, Ankara 2001.
- PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- PETTIT, Philip: Cumhuriyetçilik Bir Özgürlük ve Yönetim Teorisi, Abdullah Yılmaz (çev.), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1998.
- ŞAHİN, Mustafa: Avrupa Birliğinin Self-Determinasyon Politikası, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2000.

- TAMIR, Yael: The Right to National Self-Determination, Social Research, Vol. 58, No. 3 (FALL 1991), s. 565-590.
- TOMUSCHAT, Christian: Self Determination in a Post-Colonial World, Christian Tomuschat (Ed.) Modern Law of Self-Determination, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Netherlands 1993, s. 1-20.
- TÜRKÖNE, Mümtaz'er: Önsöz, Mümtaz'er Türköne (Der.), Milletler ve Milliyetçilikler, Etkileşim Yayınları, İstanbul 2012, s. 1 vd.
- VEZBERGAITE, Ieva: Remedial Secession as an Exercise of the Right to Self-Determination of Peoples, Legal Studies Department Central European University, Thesis Advisor: Hurst Hannum, Budapest Hungary 2011.
- VASHUM, R: Self-Determination: Principles, Meanings and Practices, Indian Anthropologist, Vol. 26, No. 1 (June, 1996), s. 63-76.



**TÜRKİYE-AB ORTAKLIK HUKUKUNDA SON  
GELİŞMELER: ABAD’IN C-65/16 SAYILI “İSTANBUL  
LOJİSTİK LTD.” KARARI HAKKINDA BİR  
DEĞERLENDİRME**

Tolga CANDAN\*

**ÖZ**

Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın (ABAD) 19 Ekim 2017 tarihinde verdiği İstanbul Lojistik kararı, siyasi gelişmeler nedeniyle kesintiye uğrayan Gümrük Birliğinin güncellenmesi çalışmalarına yeniden ivme kazandırmak açısından çok önemlidir. Bilindiği üzere Türkiye-AB Ortaklık hukuku, malların, kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı alanlarını kapsamaktadır. Ortaklık hukuku Türk kamuoyunda daha çok kişilerin serbest dolaşımı ve vize serbestisi

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: [candan@tau.edu.tr](mailto:candan@tau.edu.tr), ORCID ID: 0000-0003-0666-3027.

Makalenin Gönderim Tarihi : 23.04.2018.

Makalenin Kabul Tarihi : 27.04.2018.

Bu çalışmanın ilk hali 9-11 Mart 2018 tarihinde Mardin’de düzenlenen 1. Sosyal Bilimler Kongresinde bildiri olarak sunulmuş, daha sonra çalışma genişletilerek makale şekline dönüştürülmüştür.

Bu çalışma Türk-Alman Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Komisyonunca kabul edilen 2018BH0005 nolu proje kapsamında desteklenmiştir.

Türkiye-AB Ortaklık Hukukunda Son Gelişmeler: ABAD’ın C-65/16 Sayılı “İstanbul Lojistik Ltd.” Kararı Hakkında Bir Değerlendirme

açısından verilen kararlarla bilinmektedir. Özellikle 1987 yılından itibaren Avrupa’da yaşayan Türk vatandaşlarının Ortaklık hukukundan kaynaklanan haklarının korunmasına yönelik açılan davalarla elde edilen hukuki kazanımlar, ne yazık ki bir süredir AB’ye üyelik müzakereleri nedeniyle geri plana düşmüş gibi gözükmekteydi. Ancak Divan’ın bu yeni tarihli kararıyla birlikte, Gümrük Birliği ve taşımacılık alanında Türk firmalarının önüne çıkarılan engellerin Ortaklık hukukuna aykırılık teşkil ettiğinin tespiti göstermektedir ki; Ortaklık hukuku Türkiye-AB ilişkileri açısından hala en önemli hukuki dayanağı oluşturmaktadır. Bu çalışmada, ABAD’ın İstanbul Lojistik kararının en önemli noktaları tespit edilerek, Türkiye-AB Ortaklık hukuku açısından hukuki analizi yapılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** AB-Türkiye ortaklık hukuku, Ankara Anlaşması, Katma Protokol, Gümrük Birliği, malların serbest dolaşımı, gümrük vergisine eş etkili önlemler.

## THE LATEST DEVELOPMENTS IN EU-TURKEY ASSOCIATION LAW: REVIEW OF “İSTANBUL LOJİSTİK LTD., JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE IN CASE C-65/16

### ABSTRACT

The Istanbul Lojistik judgment by the European Union Court of Justice dated October 17, 2017 was especially significant to revive the process to update the Customs Union disrupted due to political considerations. As is known, the EU-Turkey Association Law covers the free movement of the persons, goods, services. The Association Law is known by the Turkish public opinion with regard to the decisions on the free movement of the persons and visa liberalisation. Due to the negotiation process for the membership of the EU, the legal acquisitions, those were attained through the cases filed since 1987 in order to protect the rights of the Turkish citizens living in Europe, were regrettably disregarded. However the new state of affairs after the recent judgment of the Court resolving that the restrictions on the Turkish firms constituted violations of the Association Law designates the EU-Turkey Association Law as the most important legal basis in the EU-Turkish relations. In this paper, the key aspects of the Istanbul Lojistik judgment of the ECJ will be determined and a legal analysis will be provided in relation with the EU-Turkey Association Law.

**Keywords:** EU-Turkey Association Law, Ankara Agreement, Additional Protocol, Customs Union, free movement of goods, charges having equivalent effect to a customs duty.

## I. GİRİŞ

Türkiye-Avrupa Birliği Ortaklık ilişkisi, 31 Temmuz 1959 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Devletinin o zamanki adıyla Avrupa Ekonomik Topluluğuna (AET) yaptığı ortaklık başvurusuyla başlamıştır.<sup>1</sup> Her ne kadar son yıllarda ortaya çıkan siyasi gelişmeler nedeniyle söz konusu Ortaklık ilişkisi geri plana atılmış gibi gözükse de, bu ilişki, 1980 yıllarının ortasından itibaren Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) üye devletlerde yaşayan Türk Vatandaşlarının Ortaklık hukukundan kaynaklanan haklarını korumaya yönelik verdiği önemli kararlarla zaman zaman Türk kamuoyunun ilgisini çekmeyi başarmıştır.<sup>2</sup> ABAD'ın

---

<sup>1</sup> Türkiye-AET Ortaklık Hukuku ilişkisi 12 Eylül 1963 yılında imzalanan Türkiye ile o zamanki adıyla Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında imzalanan Ankara Anlaşmasıyla kurulmuştur. Öte yandan 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile birlikte AB hukuku literatüründe Topluluk kavramının yerini hukuken Avrupa Birliği (AB) kavramı aldığından dolayı, bu çalışmada Türkiye-AET ortaklık ilişkisini anlatmak üzere sadece AB-Türkiye ortaklık hukuku ifadesi kullanılacaktır. AB-Türkiye Ortaklık ilişkisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Can, Hacı / Özen, Çınar: Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku, Ankara, 2005; Tezcan, Ercüment: Türkiye-Avrupa Birliği İlişkilerinin Hukuki Çerçevesi: Kurumsal Boyut, (Editörler: Akçay, Belgin / Akgül Açıkmeşe, Sinem: Türkiye-Yarım Asrın Ardından Avrupa Birliği İlişkileri içinde, Ankara, Ocak 2017), s. 83-115; Göçmen, İlke: Türkiye-Avrupa Birliği İlişkilerinin Hukuki Çerçevesi: Maddi Boyut, (Editörler: Akçay, Belgin / Akgül Açıkmeşe, Sinem: Türkiye-Yarım Asrın Ardından Avrupa Birliği İlişkileri içinde, Ankara, Ocak 2017), s. 117-139; Arat, Tuğrul: Avrupa Birliği ile Türkiye Arasındaki İlişkiler ve Gümrük Birliğinin Yeri, AÜHF Dergisi, Cilt: 44, 1995, s. 587-606; Rençber, Kamuran: Türkiye-AB İlişkileri, Genişletilmiş 3. Baskı, Bursa, 2009; Bilgin, A. Aslı: The Dispute Settlement Procedures in the Ankara Agreement: Decision No. 1/95 and the Jurisdiction of the European Court of Justice, (Edit: Akçay, Belgin / Akipek, Şebnem: Turkey's Integration into the European Union: Legal Dimension içinde, United Kingdom, 2013), s. 73-93.

<sup>2</sup> ABAD'ın Türk vatandaşlarının ortaklık hukukundan kaynaklanan haklarına ilişkin olarak verdiği önemli kararlardan bazıları şunlardır: Demirel (30.9.1987 tarih ve C-12/86 sayı); Sevince (20.9.1990 tarih ve C-192/89

Türkiye-AB Ortaklık Hukukunda Son Gelişmeler: ABAD'ın C-65/16 Sayılı  
"İstanbul Lojistik Ltd." Kararı Hakkında Bir Değerlendirme

özellikle Türk vatandaşlarının üye ülkelere girişleri, ikamet izinleri, çalışma hakları ve aile bireylerinin durumlarına ilişkin izlediği olumlu çizgi dikkat çekicidir. Bu kararlar içerisinde anılması gereken bir diğer karar da, 19 Şubat 2009 tarihli Soysal/Savatlı Kararıdır. Bu karar, üye devletler tarafından Türk vatandaşlarına uygulanan vize yükümlüğünün kaldırılmasına yönelik önemli bir adım şeklinde görülerek uzun süre gündemde kalmıştır.<sup>3</sup> Ancak daha sonraki dönemde Divan, 24 Eylül 2013

---

sayı); Kuş (16.12.1992 tarih ve C-237/91 sayı); Eroğlu (5.10.1994 tarih ve C-355/93 sayı); Bozkurt (6.6.1995 tarih ve C-434/93 sayı); Tetik (23.1.1997 tarih ve C-171/95 sayı); Kadıman (17.4.1997 tarih ve C-351/95 sayı); Eker (29.5.1997 tarih ve C-386/95 sayı); Kol (5.6.1997 tarih ve C-285/95 sayı); Ertanır (30.9.1997 tarih ve C-98/96 sayı); Günaydın (30.9.1997 tarih ve C-36/96 sayı); Akman (19.11.1998 tarih ve C-210/97 sayı); Birden (26.11.1998 tarih ve C-1/97 sayı); Ergat (16.3.2000 ve C-329/97 sayı); Eyüp (22.6.2000 tarih ve C-65/98 sayı); Kurz (19.11.2002 tarih ve C-188/00 sayı); Ayaz (30.9.2004 tarih ve C-275/02 sayı); Sedef (10.01.2006 tarih ve C-230/03 sayı); Torun (16.2.2006 ve C-502/04 sayı); Güzeli (26.10.2006 tarih ve C-4/05 sayı); Polat (4.10.2007 tarih ve C-349/06 sayı); Payır (24.1.2008 tarih ve C-294/06 sayı); Er (25.9.2008 tarih ve C-453/07 sayı); Altun (18.12.2008 tarih ve C-337/07 sayı); Şahin (17.9.2009 tarih ve C-242/06 sayı); Bekleyen (21.1.2010 tarih ve C-462/08 sayı); Genç (4.2.2010 tarih ve C-14/09 sayı); Tafl an-Met (10.9.1996 tarih ve C-277/94 sayı, EuZW 1997, 179 m. Anm. v. Gutmann); Sürül (4.5.1999 tarih ve C-262/96 sayı); Öztürk (28.4.2004 tarih ve C-373/02 sayı); Gürol (7.7.2005 tarih ve C-374/03 sayı); Nazlı (10.2.2000 tarih ve C-340/97 sayı); Çetinkaya (11.11.2004 tarih ve C-467/02 sayı); Aydınlı (7.7.2005 tarih ve C-373/03 sayı); Dörr ve Ünal (2.6.2005 tarih ve C-136/03 sayı); Doğan (7.7.2005 tarih ve C-383/03 sayı); Derin (18.7.2007 tarih ve C-325/05 sayı), Polat (4.10.2007 tarih ve C-349/06 sayı); Ayrımcılık yasağıyla ilgili kararlar: Koçak ve Örs (14.3.2000 tarih ve C-102/98 ile C-211/98 sayı); Wählergruppe (8.5.2003 tarih ve C-171/01 sayı); Öztürk (28.4.2004 tarih ve C-373/02 sayı); Kahveci (25.7.2008 tarih ve C-152/08 sayı); Komisyon/Hollanda (29.4.2010 tarih ve C-92/07); Savaş (11.5.2000 tarih ve C-37/98 sayı); Abatay (21.10.2003 tarih ve C-317/01 ile C-369/01 sayı); Tüm ve Darı (20.9.2007 tarih ve C-16/05 sayı) ve Soysal (19.2.2009 tarih ve C-228/06 sayı); Komisyon/Hollanda (29.4.2010 tarih ve C-92/07); Demirkan (24.09.2013 tarih ve C-221/11).

<sup>3</sup> Kararın hukuki değerlendirmesi için bkz. Göçmen, İlke: To Visa or Not to Visa: That Is the (Only) Question, or Is It? - Case C-228/06, Mehmet Soysal and Ibrahim Savatli v. Bundesrepublik Deutschland, Legal Issues of Economic Integration, 2010, s. 149-162; Özkan, Işıl: Türk Vatandaşlarının Avrupa Ülkelerine Giriş Hakkı ve Vize Sorunu, DEÜHFD, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 409-446; Pınar, Hamdi: Hizmetin Serbest Dolaşımı

tarihinde verdiği Demirkan kararında Türk vatandaşlarının hizmet alımı konusunda önceki yaklaşımından farklı olarak AB üyesi devletlere girecek olan Türk vatandaşlarının vize almaları gerektiğine karar vermiştir.<sup>4</sup>

Öte yandan ortaklık ilişkisinin nihai aşaması olan Gümrük Birliği'nin (GB) 1996 yılında başlamasıyla birlikte Türkiye'nin AB ile ticari ve iktisadi bütünleşmesi hızlanmış, uluslararası rekabete uyum sağlamak amacıyla yapılan reformlar sonucu Türkiye'nin dış ticareti önemli artışlar olduğu görülmüştür.<sup>5</sup> GB'nin olumlu etkilerinin yanı sıra, günümüzde özellikle Türkiye'nin AB'nin ortak ticaret politikası karar mekanizmasında yer alamayışı, AB'nin üçüncü ülkelerle imzaladığı ve Türkiye'nin AB'nin ortak gümrük tarifesine uyum yükümlülüğünden dolayı Türk dış ticaretine zarar veren serbest ticaret anlaşmaları, bazı AB üyesi ülkelere Türk tır ve kamyonlarına GB'ne aykırı biçimde getirilen taşıma kotaları yüzünden Türk ekonomisine zarar verdiği yönünde

---

Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa, Gazi HFD, C. XIII, 2009, s. 77-113; Baykal, Sanem: Türkiye-AET Ortaklık Hukuku ve ATAD Kararları Çerçevesinde Katma Protokol'ün 41/1. maddesinde Düzenlenen Standstill Hükümünün Kapsamı ve Yorumu. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve İngiltere Mahkemelerinin Türk Vatandaşlarının Ülkeye Giriş Koşullarına İlişkin Son Kararı Konferansı, İstanbul: İktisadi Kalkınma Vakfı Yay, 2008. Kararın tam metni için [\[http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=74024&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2327805\]](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=74024&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2327805), erişim tarihi: 21.10.2017.

<sup>4</sup> Demirkan Kararının Türkçe çevirisi için bkz. Vural, Belkıs: C-221/11 Sayılı 24 Eylül 2013 Tarihli Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 'Leyla Ecem Demirkan Federal Almanya Cumhuriyeti'ne Karşı' Kararı, Türkçe Çevirisi, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2014/2 s. 415-429; kararın hukuki değerlendirmesi için bkz. Tezcan, Ercüment: Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Demirkan Kararı ve Türk Vatandaşlarının AB Üyesi Ülkelerde Hizmet Alımı, bilig, Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi, Yaz 2016, Sayı: 78, s. 37-70.

<sup>5</sup> Gümrük Birliğinin Türk dış ticaretine etkileri konusunda bkz. Akman, M. Sait: Türkiye-Avrupa Birliği Gümrük Birliği İlişkisi ve Ortak Dış Ticaret Politikası, (Editörler: Akçay, Belgin / Akgül Açıkmeşe, Sinem: Türkiye-Yarım Asrın Ardından Avrupa Birliği İlişkileri içinde, Ankara, Ocak 2017), s. 283-307.

Türkiye-AB Ortaklık Hukukunda Son Gelişmeler: ABAD’ın C-65/16 Sayılı  
“İstanbul Lojistik Ltd.” Kararı Hakkında Bir Değerlendirme

eleştiriler de getirilmektedir.<sup>6</sup> Söz konusu eleştiriler arasında yer alan ve Türk taşımacılık sektörünün uzun zamandır şikâyetçi olduğu, AB topraklarından geçiş belgesi, kotalar ve miktar kısıtlamaları, gümrük vergisi etkisi yaratacak vergi ve geçiş ücreti gibi serbest ticaretin önünde engel teşkil eden uygulamaların GB’nin güncellenmesi müzakereleri çerçevesinde düzeltilmesi beklenilmeksizin ortaklık hukuku çerçevesinde çözümler aranması bir diğer seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışmamızın konusunu oluşturan ABAD’ın 19 Ekim 2017 tarihli İstanbul Lojistik Kararı, Avrupa Birliği ülkelerine mal taşıyan Türk nakliyecilerinden alınan geçiş ücretlerinin gümrük vergisine eş etkili bir tedbir olması nedeniyle Gümrük Birliğine aykırılık teşkil ettiğinin tespit edilmesi açısından büyük önem taşımaktadır.<sup>7</sup> Kamuoyunda Türkiye’nin büyük hukuk zaferi olarak nitelendirilen bu karar uzun bir hukuki mücadelenin ilk basamağı olarak değerlendirilmesi yanlış olmayacaktır.<sup>8</sup> Bir sonraki adım olarak Avusturya aleyhine açılan “taşıma kotalarının” hukuka aykırılığına ilişkin dava henüz ABAD tarafından karara bağlanmamıştır.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Bu konudaki değerlendirmelere ilişkin olarak Cengiz, Cihangir / Kurtbağ, Ömer: Türkiye-AB Gümrük Birliğinde Yaşanan Güncel Sorunlar ve Bunlara Olası Çözüm Önerileri, Akademik Yaklaşımlar Dergisi, Kış 2015, Cilt: 6, Sayı: 2, s. 1-33.

<sup>7</sup> Karar metnine ulaşmak için

[<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=195747&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2242454>], erişim tarihi: 21.10.2017.

<sup>8</sup> Konuyla ilgili güncel gazete haberleri için bkz. [<http://ekonomi.haber7.com/turkiye-ekonomisi/haber/2452279-avrupa-dize-geldi-turkiyenin-buyuk-hukuk-zaferi>];

[<http://www.marmaragazetesi.com/turkiyenin-hukuk-zaferi-artik-avrupada-gecis-ucreti-odennemeyecek-138920h.htm>]; [<http://www.hurriyet.com.tr/turk-tircilerden-gecis-ucreti-alinamaz-40616346>];

[<http://www.gazetevatan.com/turk-tir-larindan-para-alinamaz-1055767-gundem/>].

<sup>9</sup> Nuray, Haluk: Uluslararası Taşımacılık Sektörümüz AB’de Adalet Arıyor, İktisadi Kalkınma Vakfı E-Bülteni, 1-15 Şubat 2018.

## II. GÜMRÜK VERGİLERİ VE EŞ ETKİLİ RESİM VE HARÇLAR KONUSUNDA AB'DE VE TÜRKİYE-AB ORTAKLIK HUKUKU ÇERÇEVESİNDE DURUM

Bu başlık altında Avrupa Birliği'nin kuruluş aşamasında ekonomik temelini oluşturan Gümrük Birliği'nde kaldırılması zorunlu olan gümrük vergileri ve eş etkili resim ve harçlar konusunda AB'deki durum ve Türkiye-AB ortaklık ilişkisi çerçevesindeki durum genel hatlarıyla değerlendirilecektir.

### A. Avrupa Birliği'ndeki Durum

Avrupa Ekonomi Topluluğunu kuran Roma Antlaşmasında AB'nin, mal ticaretinin tümünü kapsayan ve üye devletler arasında ithalat ve ihracattaki gümrük vergileri ile eş etkili tüm mali yükümlülüklerin yasaklanmasına ve üçüncü ülkelerle ticari ilişkilerde ortak bir gümrük tarifesinin kabulüne dayalı bir gümrük birliği temeli üzerine kurulması öngörülmüş.

#### 1. Kurucu Antlaşmalardaki Düzenlemeler

Gümrük Birliğinin iç boyutunu oluşturan üye devletler arasında ithalat ve ihracatta gümrük vergileri ve eş etkili vergilerin kaldırılmasını öngören düzenlemeye, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma'nın (ABİHA) 28. maddesinde (25 Mart 1957 tarihli orijinal versiyonda Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması (AETA) md. 12-17) yer verilmiştir.<sup>10</sup> Bu hükümde üye devletler arasındaki ticarete gümrük vergilerinin yasaklanması tek başına yeterli görülmemiş ve bu yasağın gümrüklerden kaynaklanan ticari engeller karşısında tam ve etkili şekilde uygulanmasının temini için gümrük vergisine eş etkili önlemleri kapsayacak kadar geniş tutulması gerekli görülmüştür.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Roma Antlaşmasının çevirisi için bkz. [\[http://www.iky.org.tr/images/files/A2-tr.pdf\]](http://www.iky.org.tr/images/files/A2-tr.pdf), erişim tarihi: 20.04.2018. Antlaşmanın Gümrük birliğini düzenleyen 12-27 maddeleri, Gümrük birliği tamamlandığından dolayı Maastricht Antlaşma ile yürürlükten kaldırılmıştır. Gümrük Birliği'nin tanımı için bkz. AET Kuran Antlaşma md. 9/1(ABİHA md. 28/1).

<sup>11</sup> Bkz. Lecheler, Helmut: Einführung in das Europarecht, Münih, C.H. Beck, 2003, s. 232; Candan, Tolga: Malların Serbest Dolaşımı, Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği, Serbest Dolaşım ve Politikalar içinde (Editör:

Türkiye-AB Ortaklık Hukukunda Son Gelişmeler: ABAD'ın C-65/16 Sayılı "İstanbul Lojistik Ltd." Kararı Hakkında Bir Değerlendirme

Özellikle üye devletlerin gümrük vergisi koyma konusunda yetkilerinin sona ermesinden sonra da çeşitli metotlarla sınırlarına gelen mallara yönelik gümrük vergisi etkisi doğuracak nitelikte mali yaptırımlar uygulamalarına devam etmeleri çok sayıda uyuşmazlığın ABAD'ın önüne gelmesi sonucunu doğurmuştur.<sup>12</sup>

## 2. ABAD'ın Gümrük Vergisine Eş Etkili Resim ve Harçlar İle İlgili İçtihadı

Avrupa Birliği Adalet Divanı, gümrüklerden kaynaklanan ticaret engellerinin tam ve etkili biçimde kaldırılabilmesi için gümrük vergisine eş etkili önlem kavramını oldukça amaçsal yorum yöntemini kullanarak geniş biçimde yorumlamış; özellikle Luxemburg (C-2/62 ve 3/62), İtalya (C 24/68), İtalya (C-7/68), İtalya (C-24/68), Belçika Krallığı (C-314/82), Matthias Donner (C-39/82), Viamar (C-402/14), Diamantarbeiders (C-2/69 ve 3/69) gibi oldukça önemli kararlar vermiştir.

AETA'nin 12-17. maddeleri, ithalatta ve ihracatta mallara uygulanacak olan gümrük vergilerinin ve eş etkili tüm önlemlerin (resim, harç, vb.) kaldırılmasını düzenlemiştir. Üye devletler, öngörülen 12 yıllık<sup>13</sup> geçiş dönemi içinde aşamaları olarak her türlü gümrük vergisi ve eş etkili kaldırmayı, yeni gümrük vergileri koymamayı ve mevcut vergilerde herhangi bir arttırmaya gitmemeyi taahhüt etmişlerdir. 12 yıllık geçiş döneminin sona ermesiyle birlikte artık üye devletlerin gümrük vergisi koyma yetkisi sona ermiştir. Ancak bu tarihten sonra da üye devletlerin bu alanda farklı isim ve biçimlerde düzenleme yaptığı görülmektedir. Özellikle gümrük vergisine eş etkili önlemlerin neleri kapsadığı hususunda ABAD'ın önemli kararlar verdiği dikkat çekmektedir. ABAD, Komisyon v. Belçika ve Lüksemburg kararında eş etkili önlemler kavramını; "*Her ne kadar teknik veya tanımlama ile yapılırsa yapılsın, yerli ürünlere uygulanmayıp sadece ithal ürünlere*

---

Akçay, Belgin / Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm), Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 17-26; Göçmen, İlke: Avrupa Birliği Maddi Hukuku: İç Pazar, Seçkin Yay., Eylül 2017, s. 141 vd.

<sup>12</sup> Bkz. Komisyon 15. Yıllık Rapor, s. 15. 31.12.1997 tarihi uyarınca ABAD'ın gümrük vergisine eş etkili önlemler yasağının ihlali dolayısıyla açılan ihlal davası sayısı 444 olup, sırf 1997 yılına kadar bu konuya ilişkin Komisyona 143 şikâyet başvurusunda bulunulmuştur. (nakleden Lecheler, aynı eser).

<sup>13</sup> 3 Döneme ayrılan 12 yıllık geçiş döneminin, 1. dönemi 1 Ocak 1958-31 Aralık 1961, 2. Dönemi 1 Ocak 1962-31 Aralık 1965, 3. Dönemi ise 1 Ocak 1966-31 Aralık 1969 tarihlerini kapsamaktadır.



*uygulanan, aynı zamanda bu ürünlerin fiyatını değiştiren resimler, malların serbest dolaşımına gümrük vergisi gibi etki eder.”* şeklinde tanımlamıştır.<sup>14</sup> Belçika ve Lüksemburg’un kendi ülkelerinde üretilen ekmeğe mayası üzerine koyduğu vergiyi ithal edilen ürünlerden de almak için getirdiği bu gümrük resmi ABAD tarafından hukuka aykırı bulunmuştur. Bu şekilde bir ürünün bir sınırdan diğerine geçmesi sonucu talep edilen resimler çoğunlukla ya yabancı ürünlere ayrımcılık yapılması ya da yerli ürünlerin korunması sonucunu doğurduğu unutulmamalıdır. Bu durumun gerçekleşmesi için talep edilen ekonomik yükümlülüğün ne adla alındığının önemi bulunmayıp, sadece bir ürünün bir başka ülke sınırından geçmesi sonucu, o ürüne getirilen ekstra mali mükellefiyetlerin varlığının tespiti, gümrük vergisine eş etkili önlemlerden bahsetmek için yeterli olmaktadır.<sup>15</sup> ABAD yine Danimarka’nın ithal edilen fıstıkların sağlık kontrolleri için talep ettiği ücretleri de hukuka aykırı bulmuştur. Bu kararında ABAD, *“amacı ne olursa olsun veya ne şekilde uygulanırsa uygulansın, sırf bir malın bir sınırdan diğerine geçmesi dolayısıyla o mala tek taraflı olarak yükletilen parasal ödemenin, dar anlamda gümrük vergisi olmasa ve bir üye devlet yararına alınmasa bile gümrük vergisine eş etkili bir önlem olduğunu”* belirtmiştir.”<sup>16</sup>

ABAD’ın, gümrük vergisine eş etkili önlemlerin belirlenmesine ilişkin verdiği bir diğer önemli karar da, Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders Kararıdır.<sup>17</sup> Belçika’da 12 Nisan 1960 tarihinde giren yürürlüğe yasayla, elmas işçileri için bir fon kurulmuş ve Belçika’ya ithal edilen elmasın parasal değerinin bir kısmının bu fona yatırılması yönünde bir yükümlülük getirilmiştir. Brachfeld & Chougol adlı Elmas Şirketinin kendisinden talep edilen bu ödentiye ödemekten kaçınması nedeniyle açılan dava sırasında, davalının ulusal mahkeme önünde kendisinden talep edilen ücretin Topluluk hukukunu ihlâl ettiğini ileri sürmesi üzerine dava önkarar davası yoluyla Divanın önüne taşınmıştır. Belçika Hükümeti yaptığı savunmada, Belçika’ya ithal edilen elmaslardan alınmaya başlanan bu verginin hazineye aktarılan bir gelir olmadığını,

<sup>14</sup> C-2&3/62 Commission v. Luxembourg and Belgium [1962], ECR, s. 423 ve 429.

<sup>15</sup> Bkz. Grabitz, Eberhard / Voss, Reimer: Artikel 12, (Grabitz, Eberhard / Hilf, Meinhard (Hrsg.)), Kommentar zur Europäischen Union, Loseblattsammlung, Münih: 1999, içinde Rn. 6.

<sup>16</sup> C-158/82 Commission v. Denmark, [1983], ECR, s. 3573.

<sup>17</sup> C-2&3/69 Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders [1969], ECR 211 ve 223; ayrıca bkz. C-87/75 Bresciani [1976], ECR, s. 129.

Türkiye-AB Ortaklık Hukukunda Son Gelişmeler: ABAD'ın C-65/16 Sayılı "İstanbul Lojistik Ltd." Kararı Hakkında Bir Değerlendirme

kanunun amacının, elmas üretiminde çalışan işçilerin sosyal güvenlik haklarının artırılmasına yönelik olduğunu, ayrıca Belçika'da elmas üretiminin bulunmaması nedeniyle yerli ürünlerin korunması gibi bir durumun ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir. Ancak ABAD, *gümrük duvarlarının kaldırılmasının amacının, sadece ülkelerin kendi ürünlerine ilişkin mevcut koruyucu önlemlerin kaldırılması olmadığını belirterek, malların serbest dolaşımının sağlanması için tüm gümrük vergilerinin ve eş etkili önlemlerin kaldırılması olduğunu* ifade etmiştir. Dolayısıyla Belçika Hükümeti tarafından alınan vergiyi uygulanma amacı ne olursa olsun doğurduğu etki itibarıyla gümrük vergisine eş etkili önlem olarak kabul etmiştir.<sup>18</sup>

Sonuç olarak, ABAD, gümrük vergisine eş etkili önlemleri (vergi, resim ve harçları, vb.) yerli ve yabancı ayrımı yapmaksızın bir ürünün AB içi bir sınırdan diğerine geçmesi nedeniyle, o ürüne tek taraflı olarak yüklenen ve dar anlamda gümrük vergisi olmayan her türlü parasal nitelikteki resim, harç ve vergi şeklindeki ödeme niteleryerek bu mali yükümlülüğün AB hukukuna aykırı olduğunu belirlemiştir.<sup>19</sup>

## B. Türkiye-AB Ortaklık İlişkisi Çerçevesindeki Durum

Bu başlık altında Ortaklık hukukunun sadece İstanbul Lojistik davasında değinilen ilgili düzenlemelerine yer verilecektir.

### 1. Temel Metinlerde Yer Alan Düzenlemeler:

Türkiye ile o zaman ki ismiyle Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında ortaklık ilişki kuran Ankara Anlaşması<sup>20</sup> 12 Eylül 1963'te imzalanmış ve 1 Aralık 1964 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>21</sup> Türkiye ekonomisinin hızlandırılmış kalkınmasını ve Türk halkının istihdam seviyesinin ve yaşam koşullarının yükseltilmesinin temini için taraflar arasındaki ticari ve ekonomik ilişkileri sürekli ve dengeli olarak teşvik

<sup>18</sup> C-2&3/69, s. 222.

<sup>19</sup> C-70/77 Simmental v. Italian Ministers of Finance [1976], ECR, s. 187.

<sup>20</sup> Anlaşmanın Türkçe çevirisi için bkz. [[http://www.mfa.gov.tr/turkiye-ile-avrupa-ekonomik-topluluğu-arasında-bir-ortaklık-yaratan-anlaşma-\\_ankara-anlaşması\\_-12-eylül-1963-.tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/turkiye-ile-avrupa-ekonomik-topluluğu-arasında-bir-ortaklık-yaratan-anlaşma-_ankara-anlaşması_-12-eylül-1963-.tr.mfa)], erişim tarihi: 20.10.2017.

<sup>21</sup> Anlaşma, 11858 sayılı ve 17 Kasım 1964 tarihli Resmi Gazetede yayınlamıştır. Bkz. [<http://ataum.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/360/2017/02/Ankara-Anlaşması-Türkçe.pdf>], erişim tarihi: 15.04.2018.

etmek olarak belirlenen Ankara Anlaşması'nın amacı ikinci maddede düzenlenmiştir. Bu amacın gerçekleştirilmesi için sanayi ürünlerini kapsayan tedrici bir gümrük birliği öngörülmüş, Anlaşmanın 3. Bölümünde Ekonomik Nitelikteki Sair Hükümler başlığı altında yer alan işgücü serbestisinin aşamalı olarak gerçekleştirilmesi (madde 12), Yerleşme serbestisi (madde 13) ve Hizmet edimi serbestisinin temini (madde 14) neticesinde bu ortaklığın aşamalı olarak geliştirilmesi ile de sürecin Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne tam üyeliğinin gerçekleşmesi amacına ulaşarak sona ermesi hedeflenmiştir. (Dibacenin 4. paragrafı ve madde 28).<sup>22</sup>

Ankara Anlaşması, taraflar arasında kurulması öngörülen gümrük birliğine Türk ekonomisini hazırlamayı hedefleyen bir hazırlık dönemi (madde 3); taraflar arasındaki gümrük birliğinin yerleşmesi için gerekli karşılıklı yükümlülükleri ve ortaklığın iyi işlemesinin gereği olarak Türkiye'nin ekonomik politikalarının Topluluk politikalarına yaklaştırılmasını hedefleyen geçiş dönemi (madde 4) ve Türkiye ile Topluluk arasında, ekonomik politikaların koordinasyonunun tedricen güçlendirilmesi ve dış ticaret politikalarının uyumlu hale getirilmesi çerçevesinde; tarım ürünleri ticaretinde tavizli rejimin genişletilmesi, tedricen serbest dolaşıma geçilmesi, kişilerin hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının sağlanması yönünde adımların atılması ve Türkiye'nin rekabet hukuku mevzuat ve uygulamalarına geniş anlamda uyum sağlamasını öngören son dönemden (madde 5) oluşmaktadır.

Somut uyumsuzluğa ilişkin olarak Kararda, taraflara uyrukluğa dayalı her türlü ayrımcılığa yasaklayan 9. maddesine atıf yapmıştır.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bakınız Arat, s. 587-606; Lasok, Dominik: The Ankara Agreement: Principles and Interpretation, Avrupa Araştırmaları Dergisi, Marmara Üniversitesi AT Enstitüsü, 1991, C. 1, Sayı: 1-2, s. 27-47; Günöğür, Haluk: Ankara Anlaşmasının Hukuki Çerçevesi ve Uygulanması, Gazi Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, 1992, C. 8, s. 1, s. 241-258, Can, Hacı: Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık İlişkisinin Hukuki Çerçevesi, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Güz 2003, C. 3, Sayı: 1, s. 19-43.

<sup>23</sup> Ankara Anlaşması md. 9, "Akit Taraflar, Anlaşma'nın uygulanma alanında, 8. maddenin uygulanması ile ilgili olarak ortaya konabilecek özel hükümler saklı kalmak üzere, uyruklu dolayısıyla uygulanan her türlü ayırımın, Topluluğu kuran Anlaşmanın 7. maddesinde anılan ilke uyarınca yasak olduğunu kabul ederler".

Türkiye-AB Ortaklık Hukukunda Son Gelişmeler: ABAD'ın C-65/16 Sayılı  
"İstanbul Lojistik Ltd." Kararı Hakkında Bir Değerlendirme

Ankara Anlaşmanın 4'üncü maddesinde belirtilen Geçiş Döneminin gerçekleşme şartları, usulleri, sıra ve süreleri, belirlemek üzere 23 Aralık 1970 tarihinde bir Katma Protokol imzalanmıştır.<sup>24</sup> Katma Protokol, Ankara Anlaşmasında düzenlenen alanların Türkiye'nin ekonomik duruma uygun biçimde yürürlüğe konmasını amaçlayan bir uygulama niteliği taşımaktadır.<sup>25</sup> Katma Protokol'de Ortaklık Anlaşmasıyla kurulan hukuki ilişkinin geçiş dönemine ilişkin ilke ve usuller ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Bu kapsamda AB, Türkiye'den yapacağı sanayi mallarındaki ithalata gümrük vergisi veya eş etkili vergileri koymaktan kaçınmayı ve miktar kısıtlamaları uygulamamayı taahhüt ederken, Türkiye'de AB çıkışlı mallara uygulanan gümrük vergisi ve eş etkili vergileri 12 ve 22 yıllık dönem içinde tedricen kaldırmayı ve bu dönem sonunda Birliğin ortak gümrük tarifesine uyum sağlamayı garanti etmiştir. Katma Protokol'de, sanayi ürünleri için gümrük birliğinin kurulmasıyla ilgili hükümlerin yanı sıra, tarım ürünleri, işçilerin serbest dolaşımı, yerleşme hakkı, hizmetlerin serbest dolaşımı, ulaştırma, rekabet, devlet yardımları, ekonomi politikalarının ve mevzuatın yakınlaştırılması konularında düzenlemelere de yer verilmiştir.<sup>26</sup>

Somut uyuşmazlığa konu olan ulaştırma politikasına ilişkin düzenleme Katma Protokol'ün 42. maddesinin ilk fıkrasında yer almaktadır. Bu hükme göre, "1. Ortaklık Konseyi, özellikle Türkiye'nin coğrafi durumunu da göz önünde bulundurarak, tespit edeceği usullere göre, Topluluğu kuran Antlaşmanın ulaştırma ile ilgili hükümlerini, Türkiye'ye teşmil eder. Ortaklık Konseyi, bu hükümlerin demiryolu, karayolu ve su yolu ulaştırmalarına uygulanması amacıyla Topluluk tarafından alınmış olan kararları Türkiye'ye, aynı şartlar içinde, teşmil edebilir".

---

<sup>24</sup> Katma Protokol Üye ülkelerin Parlamentoları tarafından onaylanması gereken Katma Protokol'ün ticari hükümleri, onay işlemlerinin zaman alabileceği düşüncesiyle, ayrıca akdedilen Geçici Anlaşma ile 1.9.1971 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Anlaşmayla hazırlık dönemi sona ermiş ve geçiş dönemi fiilen başlamıştır.

<sup>25</sup> Karluk, Rıdvan: Avrupa Birliği ve Türkiye, Beta, 2007, 9. Baskı, s. 74.

<sup>26</sup> Anlaşma metni için bkz. [<http://www.mfa.gov.tr/avrupa-ekonomik-toplulugu-ile-turkiye-arasinda-ortaklik-iliskisi-kurulmasina-dair-anlasmaya-katma-protokol---23-kasim-1970.tr.mfa>], erişim tarihi: 15.04.2018.

## 2. 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın (OKK) Davayla İlgili Hükümleri:

Türk-AT Ortaklık Konseyi'nin 6 Mart 1995 tarihli toplantısında alınan 1/95 sayılı Kararla, Ankara Anlaşması ve Anlaşmaya ek Katma Protokolü ile belirlenen takvim ve yöntemler çerçevesinde Gümrük Birliğine dayalı ortaklığın son dönemine geçilmiştir.<sup>27</sup> ABAD, yerleşik içtihadında ortaklık hukukunun kaynaklarını AB hukukunun ayrılmaz parçası olarak değerlendirirken birincil kaynaklar ve ikincil kaynaklar arasında bir ayırım yapmamıştır. Dolayısıyla ortaklık hukukunun ikincil kaynakları arasında yer alan Ortaklık Konseyi kararlarının da AB Hukukunun ayrılmaz parçası sayılmaktadır.<sup>28</sup>

Bu nedenle de ortaklık hukukuna ilişkin hükümler mümkün olduğu ölçüde AB İç Pazar hukukuna benzer şekilde yorumlanacaktır. Bu husus 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 66. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Bu hükme göre, *“Bu Kararda yer alan hükümlerden Avrupa Topluluğu'nu kuran Antlaşmanın mukabil hükümleriyle esas itibariyle aynı olanları, Gümrük Birliği kapsamına giren ürünlere uygulanmaları bakımından Avrupa Toplulukları Adalet Divanının ilgili kararlarına göre yorumlanır”*.

Davada ulusal mahkeme tarafından ABAD'a yöneltilen sorularda öncelikle yorumlanması istenen madde, 1/95 Sayılı OKK'nın gümrük vergisi ve eş etkili vergi yasağını düzenleyen 4. maddesidir. Bu maddeye göre, *“Topluluk ile Türkiye arasında ithalat ve ihracatta alınan gümrük vergileri ile eş etkili vergi ve resimler bu Karar'ın yürürlüğe girdiği tarihte tamamen uygulamadan kaldırılır. Topluluk ile Türkiye o tarihten itibaren yeni ithalat ve ihracat vergileri ile eş etkili vergi ve resimleri uygulamaya koymaktan kaçınırlar. Bu hükümler mali nitelikte gümrük vergilerini de kapsar”*. Bu maddede dikkat edilmesi gereken husus, bu maddenin Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Antlaşmanın (ABİHA) 30. maddesine paralellik taşımasıdır.<sup>29</sup> Bu iki madde, 1/95 sayılı

<sup>27</sup> 1/95 Sayılı OKK analizi için bkz. Kabaalioglu, A. Haluk: The Customs Union: A Final Step Before Turkey's Accession To The European Union?, Marmara Journal Of European Studies, 1998, Cilt: 6, Sayı: 1, s. 113-140.

<sup>28</sup> Bkz. C-192/89 Sevince v. Staatssecretaris van Justitie [1990], ECR I-3461, para. 9.

<sup>29</sup> ABİHA md. 30, *“Üye devletler arasındaki ithalat ve ihracatta, gümrük vergileri ve eş etkili vergiler yasaktır. Bu yasak, mali nitelikteki gümrük vergilerine de uygulanır.”*

Türkiye-AB Ortaklık Hukukunda Son Gelişmeler: ABAD'ın C-65/16 Sayılı  
"İstanbul Lojistik Ltd." Kararı Hakkında Bir Değerlendirme

OKK'nın 66. maddesiyle birlikte düşünüldüğünde ABAD'ın 30. maddeye ilişkin benimsediği amaçsal yorum yöntemi ve yerleşik içtihadı, söz konusu davanın konusu oluşturan 4. maddenin yorumlanmasında da esas teşkil edecektir.

### 3. İlgili Macaristan Ulusal Düzenlemeleri

Davada ortaklık hukukuna aykırılığı ileri sürülen Macaristan Ulusal Düzenlemesi, Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun 15. maddesinden kaynaklanmaktadır. Bu maddeye uyarınca: "(1) *Ağırlığı toplam 12 tonu geçemeyen bir motorlu araç ile (veya bu fıkra çerçevesinde herhangi bir yük treni ile), yerel taşımalarında kullanılmak üzere bir taşıma ruhsatı ile trafiğe çıkılması halinde, gidiş ve dönüş ayrı her sefer başına 10.000 HUF (Macaristan Forinti) [yaklaşık 33 Euro], toplam ağırlığı 12 tonu geçen motorlu taşıtlar için, eğer yerel taşıma amaçlı kullanılan bir taşıma ruhsatı ile trafikte yol alıyorsa, gidiş ve dönüş ayrı her sefer başına 30.000 HUF [yaklaşık 100 Euro] vergi ödenir.*

*Ağırlığı toplam 12 tona kadar olan bir motorlu taşıtın Transit amaçlı kullanılan taşıma ruhsatı ile trafiğe çıkması halinde, gidiş ve dönüş her sefer başına 60.000 HUF (yaklaşık 200 Euro) vergi ödenecektir..."*

Bu söz konusu vergisi ödemesi yükümlülüğünden kaçınılması halinde aynı Kanununun 17. maddesi uyarınca Gümrük idaresi tarafından idari para cezası verileceği öngörülmüştür.<sup>30</sup> Ayrıca Trafik Kanununda da benzer bir hükme yer verilmiştir.<sup>31</sup> Dava konusu olayda yer alan bir diğer ulusal düzenleme de 7 Aralık 2011 tarihli 261/2011 sayılı Ücreti mukabil

---

<sup>30</sup> Macaristan Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun 17. maddesinin 2. fıkrası uyarınca: "Vergi mükellefi vergi yükümlülüğünü tamamen veya kısmen yerine getiremezse, Gümrük idaresi tarafından vergi ödemesi ve vergi ödemesinin beş katı kadar bir idari para cezası belirlenir..." denilmektedir.

<sup>31</sup> 1988 tarihli Karayolu Trafik Kanunu'nun 20. maddesi 1. fıkrası a bendi uyarınca: "Bu kanun ve belirli hukuki ve idari düzenlemelerinin veya Avrupa Birliği kurallarının talep ettiği ruhsat ve belgelerin varlığını gerektiren ulusal ve uluslararası Karayolu Taşımacılığı hizmetlerine (İnsan veya Mal taşımacılığı) ilişkin düzenlemelere aykırı davranılması, ... para cezası ile cezalandırılabilir."

malların karayolu ile taşımacılığı, kendi hesabına mal taşımacılığı, ücreti mukabil otobüsle yolcu taşımacılığı, kendi hesabına insan taşımacılığı ve ilgili mevzuat değişikliği hakkında Bakanlar Kurulu Tüzüğüdür. Bu Tüzüğün 4. maddesi, Macaristan sınırları içerisinde karayolu ile mal taşımacılığı yapılması için gerekli izin belgelerini düzenlemiştir. Bu kapsamda Macaristan’da sınır aşan karayolu taşımacılığı yapılabilmesi için ya AB tarafından düzenlenen lisans belgesine sahip olunması veya Uluslararası Trafik Kurulunda izin alınması yahut da ikili veya çok taraflı bir uluslararası anlaşma uyarınca verilen bir karayolu taşımacılığı lisansına sahip olunması gerekmektedir. Ayrıca karayolu ile mal ve insan taşınmasına ilişkin söz konusu hükümlerin ihlal edilmesi halinde 156/2009 sayılı Bakanlar Kurulu Tüzüğü’nün 2. maddesinde, “... *karayolu taşımacılığına ilişkin izni olmayan veya izni geçersiz olan bir taşımacılık şirketine, 300 000 HUF (Macaristan Forinti) (yaklaşık 1.000 Avro) para cezası uygulanır.*” yaptırımını öngörölmüştür.

### **III. ABAD’IN İSTANBUL LOJİSTİK KARARI VE DEĞERLENDİRMESİ**

ABAD, 19 Ekim 2017 tarihinde, Türk taşıma firmalarına ait tırlardan, Macaristan topraklarından geçerken talep motorlu taşıtlar vergisinin, etkisi bakımından Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki Gümrük Birliğini oluşturan 22 Aralık 1995 tarihli ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 4. maddesinde yasaklanan gümrük vergisine eş etkili bir vergi ve resim teşkil ettiği yönünde karar vermiştir.

#### **A. Dava Konusu Olay**

Davaya yol açan olayları kısa şu şekilde özetlemek mümkündür: İstanbul Lojistik Ltd. Türkiye’de Ticaret Sicili’ne kayıtlı, Türkiye ile Avrupa Birliğine üye devletler arasında, özellikle de Almanya arasında uluslararası kara taşımacılığı faaliyeti yürüten bir şirkettir.

30 Mart 2015 tarihinde Macaristan Ulusal Vergi ve Gümrük İdaresi (Gümrük İdaresi), Romanya sınırına yakın Nagylak yakınlarında, Türkiye’de ruhsatlı ve işleteni İstanbul Lojistik olan ve 12 tondan fazla yük taşıma izni bulunan taşıt konvoyunu kontrol etmiştir. Türkiye’den Almanya’ya tekstil ürünleri taşıyan İstanbul Lojistik firması ait söz konusu tır, Macaristan üzerinden transit geçiş hakkını düzenleyen Macar-Türk Transit iznine sahiptir. Ancak bu taşıma izni belgesinde, Macar mevzuatı gereğince gerekli tüm beyanların yer almasına rağmen, Motorlu

Taşıtlar Vergisi ödemelerinin yapıldığını gösteren vergi pullarının yapıştırılmadığını tespit eden Gümrük İdaresi, 31 Mart 2015 tarihli verdiği kararıyla İstanbul Lojistik şirketinin Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu uyarınca vergi yükümlülüğünü yerine getirmediğini ve transit geçiş izin belgesinin geçersiz olduğuna kanaat getirmiştir. Bu kapsamda İstanbul Lojistik şirketi 60 000 HUF (yaklaşık 200 Avro) motorlu taşıt vergisi, ayrıca 300 000 HUF vergi para cezası (yaklaşık 1000 Avro) ve 300 000 HUF (yaklaşık 1000 Avro) idari para cezası, yani toplamda 660 000 HUF (yaklaşık 2200 Avro) para cezasına çarptırılmıştır. Bu karara itiraz eden İstanbul Lojistik firmasının itirazı 13 Mayıs 2015 tarihinde Üst Derece Dairesi tarafından reddedilmiştir. Bu kararın iptali aleyhine Szeged İdari ve İş Mahkemesi nezdinde açılan davada, Mahkeme Macaristan Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun Türkiye ile AB arasında Gümrük Birliğini oluşturan 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 4-6 maddelerine ilişkin yorumlanması hususunu göz önünde bulundurarak davayı bekletici sorun yapmış ve ABİHA md. 267 uyarınca 18 Ocak 2016 tarihinde önkarar başvurusu yoluyla ABAD'a Ortaklık hukuku hükümleri ile ilgili yorum talebinde bulunmuştur.<sup>32</sup>

## B. Ulusal Mahkemenin ABAD'a yönelttiği Sorular<sup>33</sup>

1. Türk bir taşıma şirketine ait, Türkiye'de trafiğe çıkmasına izin verilmiş ve malların nakliyesinde kullanılan bir ağır vasıtadan Macar sınırından geçerken Macar Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nda öngörüldüğü gibi bir motorlu taşıtlar vergisi alınması; bahsi geçen aracın Türkiye'den geldiği, başka bir üye devlete gitmek üzere transit olarak Macaristan üzerinden geçtiği göz önünde bulundurulduğunda Ortaklık Konseyi'nin 1/95 sayılı Kararı'nın 4. maddesinde bahsi geçen gümrük vergisi ile eş etkili vergi ve resim teşkil ettiği ve dolayısıyla 1/95 sayılı Karar md. 4 ile bağdaşmadığı şeklinde yorumlanabilir mi?

2. a) Birinci sorunun cevabının olumsuz olması durumunda; Macar Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nda öngörülen ve buna göre Türk bir taşıma şirketine ait, Türkiye'de trafiğe çıkmasına izin verilmiş ve malların nakliyesinde kullanılan bir ağır vasıtadan Macar sınırından geçerken alınan motorlu taşıtlar vergisi; bahsi geçen aracın Türkiye'den

<sup>32</sup> AB hukukunda önkarar davasının işlevi ve önemi için bkz. Candan, Tolga: AB Yargı Düzeninde Önkarar Davası ve Önemi, Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan içinde, Yetkin Yayınevi, Şubat 2012, s. 271-288.

<sup>33</sup> C-65/16 İstanbul Lojistik, para. 35.



geldiği, başka bir üye devlete gitmek üzere transit olarak Macaristan üzerinden geçtiği göz önünde bulundurulduğunda Ortaklık Konseyi'nin 1/95 sayılı Kararı'nın 5. maddesinde bahsi geçen miktar kısıtlamasıyla eş etkili bir önlem teşkil ettiği ve dolayısıyla 1/95 sayılı Karar md. 5 ile bağdaşmadığı şeklinde yorumlanabilir mi?

b) Ortaklık Konseyi'nin 1/95 sayılı Kararı'nın 7. maddesi şu şekilde yorumlanabilir mi; Macar Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nda öngörüldüğü şekliyle ve Türk bir taşıma şirketine ait, Türkiye'de trafiğe çıkmasına izin verilmiş ve malların nakliyesinde kullanılan bir ağır vasıttan, Türkiye'den geldiği ve başka bir üye devlete gitmek üzere Macaristan üzerinden transit geçtiği göz önünde bulundurulduğunda karayolu taşımacılığının emniyeti ve kanunların uygulandığı gerekçelerine dayanılarak Macar sınırından geçerken motorlu taşıtlar vergisi alınabilir.

3. Kendisi üzerinden transit geçilen bir üye devletin Türkiye ile taşımacılık alanında imzaladığı ikili bir antlaşmaya dayanarak; Macar Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nda öngörülen gibi bir motorlu taşıtlar vergisini Türk bir taşıma şirketine ait, Türkiye'de trafiğe çıkmasına izin verilmiş ve malların nakliyesinde kullanılan bir ağır vasıttan transit olarak başka bir üye devlete gidebilmek için Macaristan üzere geçerken alması, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 3. maddesinin 2. fıkrası ve 1072/2009 sayılı Tüzüğün 1. maddesinin 2. fıkrası ve 3a fıkrası ile bağdaşmadığı şeklinde yorumlanabilir mi?

4. Macar Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nda öngörülen ve buna göre Türk bir taşıma şirketine ait, Türkiye'de trafiğe çıkmasına izin verilmiş ve malların nakliyesinde kullanılan bir ağır vasıttan Macar sınırından geçerken motorlu taşıtlar vergisi alınması bahsi geçen aracın Türkiye'den geldiği, başka bir üye devlete gitmek üzere transit olarak Macaristan üzerinden geçtiği göz önünde bulundurulduğunda AET-Türkiye Arasındaki Ortaklık Sözleşmesi md. 9 bağlamında uyuşma göre ayrımcılık teşkil ettiği ve dolayısıyla Ortaklık Sözleşmesi md. 9 ile bağdaşık olmadığı şeklinde yorumlanabilir mi?

### **C. ABAD'ın Kararı**

ABAD öncelikle kendisine yöneltilen ilk soruyu ilişkin olarak, Türkiye'de trafik siciline kayıtlı bir ağır vasıta sahibi Türk firmasının, bir diğer AB üyesi ülkeye gitmek üzere transit olarak Macaristan topraklarından geçerken ödemek zorunda olduğu motorlu taşıtlar vergisinin etkisi bakımından, 1/95 sayılı OKK'nın 4. maddesinde

Türkiye-AB Ortaklık Hukukunda Son Gelişmeler: ABAD'ın C-65/16 Sayılı  
"İstanbul Lojistik Ltd." Kararı Hakkında Bir Değerlendirme

düzenlenen gümrük vergisine eş etkili vergi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini incelemiştir. 1/95 sayılı OKK, 1. maddesinde düzenlendiği üzere, Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki ortaklık ilişkisinin son dönemi olan gümrük birliğinin uygulanmasına ilişkin kuralları belirlemektedir. Kararın 4. maddesinde de Birlik ve Türkiye arasında ithalat ve ihracatta alınan gümrük vergileri ve eş etkili vergi ve resimler Kararın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren tamamen yasaklanmıştır. OKK'nın 66. maddesi, kararın hükümlerinin Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkındaki Antlaşmanın benzer hükümleriyle örtüştüğü hallerde, ABAD'ın içtihadına göre yorumlanmasını öngörmektedir. Dolayısıyla ABAD, 4. maddede yasaklanan gümrük vergisine eş etkili vergilerin kapsamının belirlenmesinde, bu hükme paralel düzenleme olan ABİHA 30. maddeye ilişkin içtihadına göre inceleme yapmıştır.

Bu kapsamda Divan'ın yerleşik içtihadına göre, bir malın sadece bir ülke sınırından diğerine geçirilmesi nedeniyle tek taraflı olarak talep edilen mali yükümlülükler, miktarı çok az olsa bile, ne isimle adlandırıldığına veya hangi şekilde alındığına bakılmaksızın, gümrük vergisi olarak adlandırılmasa dahi, ABİHA 28 ve 30. maddelerinde düzenlenen eş etkili vergi olarak değerlendirilmektedir.<sup>34</sup> Mahkeme ayrıca bu tür ödemelerin, ithal ve ihraç edilen malların bedelini yerli malların fiyatına göre suni biçimde yükseltmesi nedeniyle malların serbest dolaşımına engel teşkil ettiğini de belirtmektedir.<sup>35</sup> Divan eş etkili önlem kavramını yorumlarken amaçsal yorum yaklaşımını benimseyerek eş etkili vergi ve resimlerin tahsil amacına ve hatta bunlarla elde edilen gelirin kullanım amacına bakmaksızın gümrük birliğine aykırılık teşkil edeceğini belirtmektedir. Ayrıca gümrük birliği Avrupa Birliğinin dayandığı dört temel serbestiden birisi olan malların serbest dolaşımının güvence altına alınmasını zorunlu kılmaktadır. Üye ülkelerin kendi toprakları üzerinden geçen mallar üzerinde transit geçiş vergisi veya herhangi bir transit geçiş yükü getirmesi, gümrük birliğinin sonucu olarak tüm üye devletlerin karşılıklı çıkarları doğrultusunda kabul edilen transit geçiş serbestisi ilkesini anlamsız kılacaktır.

ABAD daha önceki verdiği kararlarda, malların doğrudan kendisine ilişkin olmayıp, malların taşınması örneğinde olduğu gibi, mallar ile bağlantılı bir faaliyete getirilen mali yükümlülüklerin de,

<sup>34</sup> Bkz. C-313/05 Brzezinski [2007], ECR I-00513, para. 22.

<sup>35</sup> C-209/89 İtalya [1991], ECR I-01575, para. 7.

ABİHA'nın 30. maddesi kapsamında değerlendirileceğini belirterek, böyle bir verginin her ne kadar malların nakliyesi sebebiyle taşıma firmasına yükletile bile aynı zamanda taşınan mallar üzerinde mali yük oluşturacağını belirtmektedir.<sup>36</sup> Somut uyuşmazlıkta tartışma konusu olan Macaristan Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu, üçüncü bir ülkede trafiğe çıkmasına izin verilmiş bir ağır vasıtanın Macar topraklarına girişi sırasında – [aracın taşımayı yapıp geri dönebilmesi için Macar topraklarından geçmesi gerekiyorsa] hem gidiş seferinde hem de dönüş seferinde – motorlu taşıtlar vergisi ödemesini öngörmektedir. Bu verginin miktarı, söz konusu ağır vasıta ile taşınabilecek mal miktarı ve malların gittiği ülke gibi kriterlere göre belirlenmektedir. Mahkeme kararında, bahsi geçen motorlu taşıtlar vergisi ile taşıma hizmetinin değil, doğrudan mallardan alınmamakla birlikte Türkiye'den trafiğe çıkmasına izin verilmiş araçlarla taşınan malların vergilendirildiğini tespit ederek, yerleşik içtihadı uyarınca alınan verginin miktar olarak yüksek olmaması, ulusal karayolu ağının bakımı için kullanılması veya ağır vasıta ile yapılan taşımacılığın çevreye verdiği zararların giderilmesi amacını taşımasının hukuki bir gerekçe taşımayacağını belirtmiştir.<sup>37</sup>

Mahkeme birinci soruya yanıt olarak da, Macaristan Motorlu Taşıtlar Vergisi'nin, bir malın sınırı geçmesinden dolayı tek taraflı olarak yüklenen mali bir yükümlülük olduğunu belirterek, bu düzenlemenin 1/95 sayılı OKK'nın 4. maddesi anlamında gümrük vergisine eş etkili vergi olarak değerlendireceği şeklinde karar vermiştir. Mahkeme diğer soruların cevaplandırılmasına gerek görmemiştir.

#### IV. SONUÇ

Avrupa Birliğine ihracat yapan Türkiye'den firmaların gümrük birliğinin uygulanması sırasında en çok şikâyetçi olduğu konularının başında Türk vatandaşlarına uygulanan vize yükümlülüğü ile karayolu taşımacılığı yapan Türk tırlarına uygulanan kotalar oluşturmaktadır. Bu durum gümrük birliğinden beklenen ekonomik faydayı azalttığı gibi, hem nakliye sektörünü hem de Türk dış ticaretini olumsuz etkilemektedir. Söz konusu taşıma kotaları halen AB üyesi ülkeler ile Türkiye arasındaki ikili anlaşmalar ile belirlenmektedir. Ancak bu anlaşmalar çerçevesinde ikili

<sup>36</sup> C-206/06 Essent Network Noord, [2008], ECR I-05497, para. 44; C-90/94 Haahr Petroleum [1997], ECR I-04085, para. 38.

<sup>37</sup> C-65/16 İstanbul Lojistik, para. 47.

Türkiye-AB Ortaklık Hukukunda Son Gelişmeler: ABAD'ın C-65/16 Sayılı  
"İstanbul Lojistik Ltd." Kararı Hakkında Bir Değerlendirme

olarak belirlenen geçiş belgesi kotaları, Türkiye'nin beklentilerini karşılayacak düzeyde değildir. AB üyesi ülkeler, söz konusu taşıma kotalarının, Türkiye ile AB arasında Ankara Anlaşması ile kurulan ortaklık ilişkisinin son dönemini başlatan 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının kapsamı içinde düzenlenmediğini, bu faaliyetin malların serbest dolaşımına ilişkin olmadığını ileri sürmektedir. Ancak ABAD'ın yerleşik içtihadı incelendiğinde taşıma kotalarının malların serbest dolaşımı üzerinde doğrudan etkisi olduğu görülmektedir. Özellikle 1/95 sayılı OKK'nın 4-6. maddeleri taraflar arasında gerçekleştirilecek ithalat ve ihracatta gümrük vergisi ile eş etkili vergiler ve miktar kısıtlamaları ile eş etkili tüm önlemleri yasaklamaktadır.

ABAD, 19 Ekim 2017 tarihli İstanbul Lojistik kararıyla ilk defa, bir üye devlet tarafından Türk firmalarına karşı alınan ulusal bir verginin, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 4. maddesinde yasaklanan gümrük vergisine eş etkili önlem olup olmadığını inceleyerek Türk firmasının ileri sürdüğü görüşü haklı bulmuştur. Böylece, Macaristan tarafından Türk taşıma firmalarından talep edilen motorlu taşıtlar vergisinin 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararına yani ortaklık hukukuna aykırı olduğu Avrupa Birliği'nin en yüksek yargı organı tarafından tespit edilmiştir. Karar sonrasındaki süreçte, Macaristan Türkiye'de kayıtlı karayolu taşımacılığı yapan firmalara ait tırlardan alınan söz konusu motorlu taşıtlar vergisini kaldırmıştır. Bu karar, Türk taşımacılık sektörünün somut sorunlarından birisinin hukuki olarak çözümlenmesi açısından olduğu gibi, Gümrük Birliğinin güncellenerek genişletilmesinin tartışıldığı gündemde Türkiye'nin müzakere pozisyonunu güçlendirmesi açısından da ayrıca değerlidir. Öte yandan Macaristan dışındaki diğer AB'ye üye devletlerin ulusal kuralları uyarınca Türk taşımacılık sektörüne uygulamaya devam ettikleri geçiş kotalarına karşı da hukuki süreçlerin devam etmesinin gerektiğini göstermesi açısından, İstanbul Lojistik Kararını olumlu bir başlangıç olarak değerlendirmek yanlış olmayacaktır.

## KAYNAKÇA

- AKMAN, M. Sait: Türkiye-Avrupa Birliği Gümrük Birliği İlişkisi ve Ortak Dış Ticaret Politikası, (Editörler: AKÇAY, Belgin / AKGÜL AÇIKMEŞE, Sinem: Türkiye-Yarım Asrın Ardından Avrupa Birliği İlişkileri içinde, Ankara, Ocak 2017), s. 283-307.
- ARAT, Tuğrul: Avrupa Birliği ile Türkiye Arasındaki İlişkiler ve Gümrük Birliğinin Yeri, AÜHF Dergisi, Cilt: 44, 1995, s. 587-606.
- BAYKAL, Sanem: Türkiye-AET Ortaklık Hukuku ve ATAD Kararları Çerçevesinde Katma Protokol'ün 41/1. maddesinde Düzenlenen Standstill Hükümünün Kapsamı ve Yorumu, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve İngiltere Mahkemelerinin Türk Vatandaşlarının Ülkeye Giriş Koşullarına İlişkin Son Kararı Konferansı, İstanbul: İktisadi Kalkınma Vakfı Yay, 2008.
- BİLGİN, A. Aslı: The Dispute Settlement Procedures in the Ankara Agreement: Decision No. 1/95 and the Jurisdiction of the European Court of Justice, (Edit: AKÇAY, Belgin / AKİPEK, Şebnem: Turkey's Integration into the European Union: Legal Dimension içinde, United Kingdom, 2013), s. 73-93.
- CAN, Hacı: Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık İlişisinin Hukuki Çerçevesi, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Güz 2003, Cilt: 3, Sayı: 1, s. 19-43.
- CAN, Hacı / ÖZEN, Çınar: Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku, Ankara, 2005.
- CANDAN, Tolga: AB Yargı Düzeninde Önkarar Davası ve Önemi, Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan içinde, Yetkin Yayınevi, Şubat 2012, s. 271-288.
- CANDAN, Tolga: Malların Serbest Dolaşımı, Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği, Serbest Dolaşım ve Politikalar içinde (Editör: AKÇAY, Belgin / BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm), Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 13-75.
- CENGİZ, Cihangir / KURTBAĞ, Ömer: Türkiye-AB Gümrük Birliğinde Yaşanan Güncel Sorunlar ve Bunlara Olası Çözüm Önerileri, Akademik Yaklaşımlar Dergisi, Kış 2015, Cilt: 6, Sayı: 2, s. 1-33.

- Türkiye-AB Ortaklık Hukukunda Son Gelişmeler: ABAD'ın C-65/16 Sayılı "İstanbul Lojistik Ltd." Kararı Hakkında Bir Değerlendirme
- GÖÇMEN, İlke: Avrupa Birliği Maddi Hukuku: İç Pazar, Seçkin Yay., Eylül 2017.
- GÖÇMEN, İlke: To Visa or Not to Visa: That Is the (Only) Question, or Is It? - Case C-228/06, Mehmet Soysal and Ibrahim Savatli v. Bundesrepublik Deutschland, Legal Issues of Economic Integration, 2010, s. 149-162.
- GÖÇMEN, İlke: Türkiye-Avrupa Birliği İlişkilerinin Hukuki Çerçevesi: Maddi Boyut, (Editörler: AKÇAY, Belgin / AKGÜL AÇIKMEŞE, Sinem: Türkiye-Yarım Asrın Ardından Avrupa Birliği İlişkileri içinde, Ankara, Ocak 2017), s. 117-139.
- GRABITZ, Eberhard / VOSS, Reimer: Artikel 12, (GRABITZ, Eberhard / HILF, Meinhard (Hrsg.)), Kommentar zur Europäischen Union, Loseblattsammlung, Münih: 1999.
- GÜNUĞUR, Haluk: Ankara Anlaşmasının Hukuki Çerçevesi ve Uygulanması, Gazi Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, 1992, Cilt: 8, Sayı: 1, s. 241-258.
- KABAALIOĞLU, A. Haluk: The Customs Union: A Final Step Before Turkey's Accession To The European Union?, Marmara Journal Of European Studies, 1998, Cilt: 6, Sayı: 1, s. 113-140.
- KARLUK, Rıdvan: Avrupa Birliği ve Türkiye, Beta, 9. Baskı, 2007.
- LASOK, Dominik: The Ankara Agreement: Principles and Interpretation, Avrupa Araştırmaları Dergisi, Marmara Üniversitesi AT Enstitüsü, 1991, Cilt: 1, Sayı: 1-2, s. 27-47.
- LECHELER, Helmut: Einführung in das Europarecht, Münih, C.H. Beck, 2003.
- NURAY, Haluk: Uluslararası Taşımacılık Sektörümüz AB'de Adalet Arıyor, İktisadi Kalkınma Vakfı E-Bülteni, 1-15 Şubat 2018.
- ÖZKAN, Işıl: Türk Vatandaşlarının Avrupa Ülkelerine Giriş Hakkı ve Vize Sorunu, DEÜHFD, Cilt: 9, Özel Sayı: 2007, s. 409-446.
- PINAR, Hamdi: Hizmetin Serbest Dolaşımı Kapsamında Türk Vatandaşları İçin Vizesiz Avrupa, Gazi HFD, C. XIII, 2009, s. 77-113.
- RENÇBER, Kamuran: Türkiye-AB İlişkileri, Genişletilmiş 3. Baskı, Bursa, 2009.

Tolga CANDAN

TEZCAN, Ercüment: Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Demirkan Kararı ve Türk Vatandaşlarının AB Üyesi Ülkelerde Hizmet Alımı, bilig- Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi, Yaz 2016, Sayı: 78, s. 37-70.

TEZCAN, Ercüment: Türkiye-Avrupa Birliği İlişkilerinin Hukuki Çerçevesi: Kurumsal Boyut, (Editörler: AKÇAY, Belgin / AKGÜL AÇIKMEŞE, Sinem: Türkiye-Yarım Asrın Ardından Avrupa Birliği İlişkileri içinde, Ankara, Ocak 2017), s. 83-115.

VURAL, Belkıs: C-221/11 Sayılı 24 Eylül 2013 Tarihli Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 'Leyla Ecem Demirkan Federal Almanya Cumhuriyeti'ne Karşı' Kararı, Türkçe Çevirisi, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2014/2, s. 415-429.





## İPTAL DAVALARI BAĞLAMINDA DOLAYLI VE KİŞİSEL MENFAAT ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Ayşe Aslı YÜCESOY\*

### ÖZ

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde “menfaati ihlal edilenlerin” iptal davası açabilecekleri ifade edilmiştir. Doktrinde ve yargı içtihatlarında menfaatin, kişisel, güncel ve meşru olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu makalenin konusu menfaatin kişiselliğidir. Menfaatin kişiselliği, idari işlemin kişiyi doğrudan ya da dolaylı olarak etkilemesi anlamına gelir. Kişisellik niteliğine kesin sınırlar koymak mümkün değildir. Her bir dava konusu açısından ayrıca değerlendirilmelidir. İdari yargı yerlerinin menfaate ilişkin yorumu büyük önem taşır. Zira menfaatin kişisellik niteliğinin dar ya da geniş yorumlanması iptal davalarının alanını daraltacak ya da genişletecektir. Bu mesele Danıştayın davacının özelliklerinin yanlış değerlendirilerek dolaylı ve kişisel menfaat kavramını hayli sınırlandırdığı bir kararı ışığında incelenecektir.

---

\* Arş. Gör., Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, E-mail: [ayseasliyucesoy@gmail.com](mailto:ayseasliyucesoy@gmail.com), ORCID ID: 0000-0003-4788-2234.

Makalenin Gönderim Tarihi : 08.03.2018.

Makalenin Kabul Tarihi : 16.03.2018.

Bu makalede, yazarın 2015 yılında Uludağ Üniversitesinde savunulmuş olan “İdari Yargılama Hukukunda İptal Davalarında Menfaat” başlıklı yüksek lisans tezinden önemli ölçüde yararlanılmış, makalede ayrıca bir Danıştay kararı hakkında da ayrıntılı değerlendirmelerde bulunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** İptal davası, dava ehliyeti, yargısal denetim, idari yargı, menfaat, kişisel menfaat.

## AN EVALUATION ON THE CONCEPT OF INDIRECT AND PERSONAL INTEREST IN THE CONTEXT OF ANNULMENT ACTION

### ABSTRACT

In article 2 of Turkish the Administrative Jurisdiction Procedures Law (Law no: 2577) it is stated that “those whose interests are breached” may bring an annulment action. In the doctrine and judicial precedents it is accepted that interest must be personal, actual and legitimate. The subject matter of this article is the personality of the interest. The personality of interest means the administrative action affecting the person directly or indirectly. It is not possible to place strict limits on the quality of personality. It should be separately evaluated in terms of the subject of each case. Interpretation of administrative jurisdiction places regarding the interest carries great importance; because interpreting the personality quality of the interest narrowly or broadly shall narrow or expand the scope of application of annulment action. This issue shall be examined in light of a ruling of the Council of State in which they have considerably limited the concept of indirect and personal interest by incorrectly evaluating the characteristics of the claimant.

**Keywords:** annulment action, standing to sue, judicial review, administrative jurisdiction, sufficient interest, personality of interest.

### I. GİRİŞ

Bir hukuk devletinde, üstün hak ve yetkileri ihtiva eden kamu gücünü kullanarak eylem ve işlemler yapma yetkisine sahip olan idarenin hukuka bağlılığının sağlanması için bunun ilkesel olarak benimsenmesi ve bu yönde yasal düzenlemeler yapılması yeterli olmayıp, somut olarak hayata geçirilmesi gerekmektedir. İdarenin hukuk kurallarına bağlılığını sağlayacak en önemli ve en etkili mekanizma ise, eylem ve işlemlerinin yargı denetimi altında bulunmasıdır.

İdarenin yargısal denetiminin ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin somutlaştırılmasında tam yargı davalarının önemli bir görev üstlendiği yadsınamaz olsa dahi bu konudaki asıl araç iptal davasıdır. Zira

iptal davalarında tam yargı davalarından farklı olarak, dava açabilmek için bir “hak ihlali” değil “hak”tan daha geniş bir zeminde yer alan, daha fazla sayıda kişiye dava yoluyla idarenin hukuk sınırları içine çekilmesini sağlama imkanı veren “menfaat ihlali” yeterli görülmektedir.

Menfaat ihlali şartı, idare hukukunda yerleşik, bilinen, denenmiş bir kavram olarak etkili ve hâlâ geçerlidir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinde iptal davaları, “*idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan*” davalar olarak tanımlanmıştır. Maddeden de anlaşılacağı üzere davacı ile iptal davasına konu idari işlem arasında bir menfaat ilişkisinin bulunması iptal davası açabilmenin ön şartıdır. Nitekim bu husus “menfaat yoksa dava yoktur” şeklinde eski bir Fransız deyiimiyle ifade edilen, öğreti ve uygulama tarafından da kabul edilen bir yargılama usulü ilkesidir<sup>1</sup>.

Tanımı yasal düzenlemelerle açıkça yapılmamış olan İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinde yalnızca iki kelimelik yer tutan bu koşul, kavram olarak bütün bir kamu hukuku sistemini ilgilendirmekte ve etkilemektedir. Çünkü bu koşulun geniş ya da dar yorumlanması iptal davaları yoluyla idarenin denetlenmesini ve bu bağlamda hukuk devletinin gerçekleşmesi yönündeki tüm girişimleri yakından ilgilendirmektedir. Kavramın sınırlarını belirlemek adına, menfaatin “kişisel”, “güncel” ve “meşru” olması gerektiği öğretide<sup>2</sup> ve yargı kararlarında<sup>3</sup> genel kabul görmektedir.

---

<sup>1</sup> Lionel Neville Brown / John S. Bell, French Administrative Law, Oxford University Press, Oxford, 5th ed., 1998, s. 158; Emel Hanağası, Davada Menfaat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 9.

<sup>2</sup> Siddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III, 3. b., İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1781; Akman Akyürek, Danıştay Kararlarında İptal Davalarının Menfaat İhlali Koşulunun Kişisellik Unsuru, Danıştay Dergisi, Y. 21 S. 81, Ankara, 1991, s. 29-45, s. 30; Yasemin Özdek, İptal Davasında Menfaat Koşulu, Amme İdaresi Dergisi, C. 24, S. 1, 1991, s. 99-115, s. 107, Hakan Ata, İdari Yargıda Subjektif Ehliyet Koşulu, AYİMD, S. 17, 2002, s. 87-118, s. 98; Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 306; Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. b., Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 116; Celal Karavelioğlu, Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, 7. b., Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, Ankara, 2009, s. 1073; Halil Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku, 12. Baskı,

## II. İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA MENFAAT KAVRAMI

İdari yargılama hukukundaki menfaat kavramına ilişkin öncelikle belirtmemiz gerekir ki, öğretilerde aksini savunanlara ve kullananlara karşılık<sup>4</sup> bu kavramın bir hak, yarar ya da çıkar ilişkisi olarak

---

Sayram Yayınları, Konya, 2018, s. 152; Ragıp Sarıca, İdari Kaza, İstanbul, Kenan Matbaası, 1949, s. 26, 36; Mukbil Özyörük, İdari Yargı Ders Notları, (Teksir-Daktilo-Fotokopi), Ankara, 1977, s. 110; Ali Sıtkı Gökalp, İptal Davaları, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara, 1968, s. 440-480, s. 452; Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s. 208; F. Ebru Gündüz, İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet, Yetkin, Ankara, 2016, s. 120.

<sup>3</sup> D15D, E. 2015/584, K.T. 13.11.2015; D10D, E. 2007/5275, K. 2010/4373, K.T. 13.5.2010; D6D, E. 2010/51, K. 2010/3676, K.T. 13.4.2010; D6D, E. 2008/5411, K. 2010/948, K.T. 1.2.2010; DİDDGK, E. 1999/921, K. 1999/1201, K.T. 3.12.1999; D10D, E. 1998/7180, K. 1999/2637, K.T. 25.5.1999; D14D, E. 2016/6879, K. 2017/1443, K.T. 9.3.2017; D14D, E. 2016/5754, K. 2017/939, K.T. 21.2.2017; D15D, E. 2016/2011, K. 2016/4311, K.T. 10.6.2016; D15D, E. 2015/1493, K. 2015/8453, K.T. 4.12.2015; DİDDK, E. 2015/3251, K. 2015/3205, K.T. 5.10.2015; D8D, E. 2015/4292, K. 2015/6730, K.T. 7.9.2015; D8D, E. 2014/1977, K. 2015/59, K.T. 22.1.2015; D13D, E. 2014/956, K. 2014/4507, K.T. 24.12.2014; D8D, E. 2014/9911, K. 2014/9748, K.T. 5.12.2014; D5D, E. 2013/7581, K. 2014/3778, K.T. 30.4.2014; D2D, E. 2011/10823, K. 2012/6186, K.T. 16.10.2012; D13D, E. 2009/7224, K. 2011/4920, K.T. 14.11.2011; D6D, E. 2010/10709, K. 2011/2200, K.T. 14.6.2011; D10D, E. 2007/692, K. 2011/1141, K.T. 28.3.2011; D6D, E. 2009/13701, K. 2010/5942, K.T. 9.6.2010; D5D, E. 2008/501, K. 2010/3687, K.T. 28.5.2010; D8D, E. 2009/970, K. 2010/1344, K.T. 17.3.2010; D6D, E. 2009/15808, K. 2010/1208, K.T. 9.2.2010; D7D, E. 2007/6570, K. 2009/4569, K.T. 4.11.2009; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (13.03.2018).

<sup>4</sup> Zabunoğlu bu kavramı yarar anlamında kullanmaktadır. “İdari işlemlerde ve özellikle onların sakatlıklarının ileri sürülmesi hallerinde, karşılaştığımız en yüksek yarar idarenin hukuka olan genel ve bir bakıma objektif saygınlığının korunmasıdır; bu kamusal yararın kendisidir. Bu kamusal özel yarar ile bağlantılı olarak beliren öznel, bireysel yarar ise ilgili öznenin bu genel ve objektif (kamu yararının) çiğnenmesi ile bağlantılı olsa da, ayrıca ve kişisel olarak kendi yararının zedelenmesi ve bunun da ileriye giderek hak kaybına yol açma tehlikesini taşımasıdır.” Yahya Kazım Zabunoğlu, İdare Hukuku, Cilt: 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 230.

algılanmaması gerekmektedir<sup>5</sup>. Menfaat ihlali koşulunun iptal davası açmak isteyen kişinin “çıkarının” zedelenmiş olması şeklinde anlaşılması<sup>6</sup>, idare hukukunu ve idari yargıyı özel hukuk kurallarıyla yorumlamak anlamına gelir<sup>7</sup>.

Şöyle ki, idari yargıda iptal davasının amacı, bir uyuşmazlığın giderilmesinden ziyade, en geniş anlamıyla kamu hizmeti görevini yerine getirmek için kamu gücü ve ayrıcalıklarıyla donatılmış olan idarenin hukuka aykırı işlemlerinin hukuk düzeninde ve bireyler üzerinde yarattığı olumsuz etkinin ortadan kaldırılmasıdır<sup>8</sup>. Oysa adli yargıya konu olan uyuşmazlıklarda kanun önünde eşit bireyler arasındaki çekişmenin/uyuşmazlığın giderilmesi durumu söz konusudur. Çekişme özel hukukun en önemli kavramlarından biridir. En basit şekilde hukuk özneleri arasında çatışma olarak tanımlayabileceğimiz çekişme ya da uyuşmazlık; idare hukukunda iptal davaları için idarenin çatışan hukuk öznelerinden biri olarak kabul edilerek, yargılama sürecine müdahale etmesinin engellenmesi açısından gerekli, fakat yeterli olmayan bir ölçüttür. İdarenin hukuka aykırı işlem tesis ettiği iddiasını idari yargıya taşımak konusunda kimin gerekli niteliği taşıdığını değerlendirirken, özel hukukun çekişen taraflar kavrayışı açıklayıcı değildir<sup>9</sup>.

Daha açık bir ifadeyle idare hukukunda “çekişme” medeni usul hukukunda tanımlandığı şekilden daha farklı bir anlam ifade eder. İdare

---

<sup>5</sup> Sabri Coşkun / Müjgan Karyağdı, İdari Yargılama Usulü, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 105.

<sup>6</sup> Danıştay’ın menfaat kavramını yarar ya da çıkar olarak tanımladığı kararlar için bkz., D8D, E. 1990/494, K. 1991/348, K.T. 25.2.1991; E. 1992/1458 K. 1992/3101, K.T. 30.11.1992; E. 1991/2225 K. 1992/525, K.T. 25.3.1992, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (13.03.2018). Kimi kararlarında AYİM de menfaat kavramını, davacının dava konusu işlemin iptalinde yararının bulunması şeklinde değerlendirmiştir. AYİM, 2. Daire, 28.4.1998 tarihli E. 1998/37, K. 1998/507 sayılı kararı, nakleden Ata, Askeri İdari Yargıda İptal Davasının Ön Koşulları, s. 138; aynı yönde AYİM1D, 14.5.1996 gün ve E. 1995/1237, K. 1996/456, AYİM1D, S. 11, s. 238, AYİM1D, E. 2008/138, K. 2008/1167, K.T. 9.10.2008, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (13.03.2018).

<sup>7</sup> Onur Karahanoğulları, Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgili Bağı Sorunu, AÜSBFD, C. 62, S. 3, Ankara, 2007, s. 201-233, s. 206.

<sup>8</sup> Orhan Özdeş, İdari Yargı ve İdari Yargılama Usulünün Özellikleri, Danıştay Dergisi, S. 12-13, Y. 4, Ankara, 1974, s. 9-17, s. 16, 17.

<sup>9</sup> Karahanoğulları, a.g.m., s. 208.

## İptal Davaları Bağlamında Dolaylı ve Kişisel Menfaat Üzerine Bir Değerlendirme

hukukunda çekişme, idarenin hukuka aykırı olarak tesis ettiği idari işlem ile bu işlemin denetlenmesi ve hukuk sınırları içine dahil edilmesini isteyen kişiler arasındadır. İptal davası açanın dava konusu ettiği idari işlemle ilgisini, iki kişinin çıkar çatışması olarak anlamak idare hukukunun ve idarenin yargısal denetiminin niteliğiyle tam olarak uyuşmaz. Çünkü haklar ve menfaatler açısından eşit durumdaki kişiler arasındaki uyumsuzlukları çözümlenmeye çalışan özel hukuk yargılamasından farklı olarak idari yargı, eşit olmayan iki taraf arasındaki bir uyumsuzluğu çözümlenme işini üstlenmiş bulunmaktadır<sup>10</sup>.

Bu çerçevede iptal isteminde bulunabilmek için kişi veya toplulukların idari işlemle doğrudan veya dolaylı, maddi veya moral, uzak ya da yakın bir ilişkisinin varlığı yeterli görülmeli; bu ilişki Türkçeye menfaat sözcüğü ile çevrilen fakat “çıkar” anlamı taşımayan “ilgi” terimi ile karşılmalıdır<sup>11</sup>. Başka bir deyişle dava açma yeteneği incelenirken, dava konusu idari işlem ile kimin yeterli ilgisi bulunduğu üzerinde durulmalıdır.

Bu husus özellikle birel işlemlere karşı, işlemin doğrudan muhatabı olmayan üçüncü kişilerin açacağı iptal davası bakımından önem taşır. Bir gerçek veya tüzel kişinin üçüncü kişi olarak iptal davası açma yeteneği olup olmadığını anlamak için sorulması gereken “dava sonucunda birel işlemin muhatabı olan o kişinin, o statüden yararlanmamasında veya ona daha az yükümlülük getirilmemesinde senin çıkarın ne” sorusu değerlidir<sup>12</sup>. Üçüncü kişilerin dava açma yeteneğinin

---

<sup>10</sup> Yıldızhan Yayla, İdari Yargılamanın Özelliği, Atatürk'ün Yüzüncü Yıl Dönümünü Kutlama Sempozyumu, Ankara, Danıştay Başkanlığı Yayınları, 1981, s. 129-140, s. 132; “Adli yargının amacı, taraflar arasındaki uyumsuzluğun hak ve nesafet kurallarına göre çözümlenerek haksızlığın giderilmesi ve varsa zararın tazmin ettirilmesi olduğu halde, idari yargı denetiminin ana ereği, idarenin, İdare Hukuku alanı ve kanun çerçevesi içinde kalmasını sağlamaktır. Başka bir deyimle, idari yargı denetiminin amacı, idarenin, kanunların verdiği yetkileri aşması veya kötüye kullanması, ya da, hukuka veya mevzuata aykırı işlem veya eylem tesis etmesi hallerinde, bu eylem ve işlemleri, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden iptal etmek suretiyle, idareyi, hukuk alanı içinde kalmaya zorlamaktır.” Anayasa Mahkemesi'nin 25.5.1976 tarih ve E. 1976/28 sayılı kararı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 14, Y. 1977, s. 185-186.

<sup>11</sup> Lütfi Duran, Hukuka Aykırılıkları Koruma Girişimi, 30 Ocak 1994 tarihli Cumhuriyet Gazetesi.

<sup>12</sup> Karahanoğulları, a.g.m., s. 211.

işlemin muhatabı olan kişinin çıkarını engellemek şeklinde değerlendirilmesi idare hukukunun mantığına aykırıdır. Çünkü kişilerin idare ile kurdukları ilişkide hedef, idarenin hukuka uygun davranmasıdır. Kişisel çıkarın korunması ancak bunun aracı olduğu oranda değerlidir<sup>13</sup>. Böyle anlaşıldığı takdirde işlemin doğrudan muhatabı olmayan üçüncü kişiler, hukuka aykırılık şüphesi bulunan birel işlemlere karşı açacakları iptal davası yoluyla, idarenin yargısal denetimi mekanizmasını harekete geçirme olanağına sahip olur.

Uygulamada ve öğretide de birel işlemlerin denetiminin yalnızca -çıkartı zedelenmediği takdirde bu işlem dolayısıyla içinde bulunduğu statüye ilişkin kurallar yanlış uygulanmış olsa bile, kişisel özellikleri yanlış değerlendirilmiş olsa bile yargı yoluna başvurmayacak olan-muhataba bırakılması uygun görülmemiştir. Üçüncü kişilerin de kendilerini doğrudan hedef almayan birel işlemleri iptal davası yoluna taşıyabilecekleri sınırlı da olsa kabul edilmektedir. Bu kabulün altında menfaat kavramının “çıkartı” olarak değil, davacının işlemle arasındaki “ciddi ve makul ilgi”<sup>14</sup> olarak anlaşılması yatmaktadır.

Aslına bakılırsa, menfaat bir çıkartı çatışması anlamına gelmediği gibi, İYUK m. 2/1-a’da menfaat ihlali şeklindeki kullanım da uygun değildir. Zira menfaat kavramı bir ihlalden ziyade idare tarafından tesis

---

<sup>13</sup> Ibid., s. 211.

<sup>14</sup> Danıştay’ın menfaat ihlali koşulundan anlaşılması gerekenin ciddi ve makul ilgi olduğu yönündeki görüşü için bkz. D10D, E. 2007/985, K. 2007/3950, K.T. 10.7.2007; DİDDGK, E. 1989/430, K. 1990/18, K.T. 2.2.1990; D5D, E. 2007/526, K. 2007/2139, K.T. 7.5.2007; D8D, E. 2013/11501, K. 2013/10758, K.T. 24.12.2013; D10D, E. 2007/5275, K. 2010/4373, K.T. 13.5.2010; D10D E. 2010/7285, K. 2011/215, K.T. 28.1.2011; D13D, E. 2008/10609, K. 2009/2685, K.T. 6.3.2009; D5D, E. 2008/2690, K. 2009/624, K.T. 16.2.2009; D5D, E. 2008/597, K. 2008/4476, K.T. 16.9.2008; D13D, E. 2007/10829, K. 2008/1745, K.T. 1.2.2008; D13D, E. 2007/10830, K. 2007/7326, K.T. 16.11.2007; D10D, E. 2005/2024, K. 2005/3545, K.T. 22.6.2005; DİDDGK, E. 1997/195, K. 1997/400, K.T. 13.6.1997; D5D, E. 2000/424, K. 2002/2258, K.T. 15.5.2002; DVDDGK, E. 2003/119, K. 2003/39, K.T. 21.3.2003; DİDDK, E. 2004/741, K. 2004/1854, K.T. 11.11.2004; DİDDK, E. 2004/643, K.T. 30.12.2004; D10D, E. 1993/2258, K. 1993/2798, K.T. 1.7.1993, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (13.08.2018).

## İptal Davaları Bağlamında Dolaylı ve Kişisel Menfaat Üzerine Bir Değerlendirme

edilen işlem ile kişiler arasındaki ilişkiyi gösterir. Bu ilişki de belli bir noktaya geldikten sonra kişilere iptal davası açma olanağı sağlar<sup>15</sup>.

*Tekinsoy*, menfaat kavramının anlamı hususunda farklı bir görüş sergilemektedir. Yazara göre, menfaat kavramında belli bir tanımlama sıkıntısı çekilmesinin altında menfaatin bir maddi hukuk durumu gibi algılanıyor olması yatmaktadır<sup>16</sup>. Oysa iptal davasının açılabilmesi için subjektif ehliyet koşulu olan menfaatin, iptali istenen idari işlem ile davacı arasında kurulacak ilişkide değil, iptal davası ve işlemin iptal edilmesi ile davacının hukuksal durumunda ortaya çıkacak ya da nesnel olarak hukuk alanında etkiler doğuracak değişikliklerle davacı arasındaki ilişkide aranması gerekmektedir. Bu sayede aslında yargılama hukuku kavramı olan menfaat maddi hukuk alanına taşınmamış olacak ve maddi bir hukuk durumu gibi tanımlanması girişimlerine gerek kalmayacaktır<sup>17</sup>.

*Tekinsoy*'un menfaatin idari işlemin iptal edilmesi ile davacının hukuksal durumunda ortaya çıkacak ya da nesnel olarak hukuk alanında etkiler doğuracak değişikliklerle davacı arasındaki ilişkide aranması yönündeki görüşüne katılmakla birlikte, bu kavrama atfettiğimiz anlamın aynı zamanda idari işlemle davacı arasındaki ilişkiyi de içerdiğini düşünüyoruz.

Şöyle ki, kanaatimizce bu koşul -birebir örtüşmemekle birlikte- medeni yargılama hukukundaki menfaat şartının bir ifadesidir<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Nuri Alan, İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları, *Danıştay Dergisi*, S. 50-51, Ankara, 1983, s. 22-50, s. 31.

<sup>16</sup> Ali Orhan Tekinsoy, İptal Davaları ve Dava Ehliyeti, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2001, s. 131.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> İptal davalarındaki menfaat şartının medeni yargılama hukukundaki menfaat kavramıyla aynı anlam ve niteliği taşıyıp taşımadığı öğretide tartışma konusu olmuştur. *Sarıca*, menfaat şartının yalnız iptal davasında aranmadığını, her davada söz konusu olduğunu ve menfaat şartının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun kabul ettiği genel bir kaide olmasından ileri geldiğini, aslında iptal davasında aranılan menfaat şartının da bu genel kuralın uygulanmasından başka bir şey olmadığını savunurken (*Sarıca*, a.g.e., s. 26); *Gözübüyük*, usulün ana ilkelerinden biri olan “*menfaatin olmadığı hallerde dava hakkının da bulunmayacağı*” ilkesinin adalet mahkemelerinde görülen davalarda hakim olduğu gibi idari davalarda bilhassa iptal davalarında da hakim olduğunu ancak iptal davalarındaki menfaat anlayışının diğer davalara nazaran farklılık arzettiğini ileri



Kanunkoyucu iptal davası açılabilmesini davacının “*menfaatinin ihlal edilmiş olmasına*” bağlamıştır. Fakat her ne kadar idari yargıdaki menfaat kavramının medeni yargılama hukukundaki davada menfaat kavramının bir ifadesi olduğunu savunsak da bu iki kavramın birbiriyle tam anlamıyla aynı olmadığını vurgulamamız gerekir. Çünkü idari yargılama hukukundaki iptal davalarında menfaat hem idari işlemle davacı arasındaki ciddi ve makul bir ilgiyi ifade eder hem de davacı/tafraf sıfatının kime/kimlere ait olduğunu belirleme işlevine sahiptir.

Medeni yargılama hukukunda ise menfaat ile taraf sıfatı<sup>19</sup> farklı kavramlardır. Bu hukuk dalında taraf sıfatı, hakkın özü ile ilgili olduğundan davanın esasını incelemeyi gerektirdiği için iptal davalarında taraf sıfatını belirleme işlevine sahip olan menfaatin aksine davanın dinlenilebilmesi için bir ön şart/dava şartı niteliğinde değildir<sup>20</sup>.

Aynı şekilde, özel hukuktaki menfaat kavramı dava konusu ile davacı arasındaki ciddi ve makul ilgi değil, davacının mahkemeye yönelteceği talebi çerçevesinde ulaşmak istediği amaç/elde edeceği faydadır<sup>21</sup>. Menfaatin varlığı davanın, davacının mevcut hukuki durumunu değiştirmeye ve iyileştirmeye elverişli olmasına bağlıdır<sup>22</sup>.

---

sürmektedir (A. Şeref Gözübüyük, Amerika’da ve Türkiye’de İdarenin Kazai Denetlenmesi, AÜSBFY, Ankara, 1961, s. 59). *Tekinsoy* da menfaat koşulunun iptal davalarının için bir özelliği olduğunu savunmuştur (Ali Orhan Tekinsoy, s. 128).

<sup>19</sup> Sıfat, davacı ve davalı tarafın, dava konusu subjektif hakla olan ilişkisidir. Bu bağlamda sıfat kavramı hakkın özü ile ilgilendiğinden, doğrudan doğruya maddi hukuka ilişkindir. Tarafların sıfatını araştırmak için davanın esasını incelemek gerekeceğinden, sıfat bir dava şartı olarak kabul edilemeyecektir. Bu sebeple, yargılamada taraflardan birinin sıfatının bulunmaması halinde verilecek karar da, usuli bir karar olmayıp davanın esasına ilişkin bir karar olacaktır. Bkz. Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C. 1-2, 7. b., İstanbul, 2000, s. 306; Yavuz Alangoya / M. Kamil Yıldırım / Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, Beta Yayınları, 8. b., İstanbul, 2011, s. 133.

<sup>20</sup> Doktrinde Postacıoğlu ve Bilge / Önen tarafından sıfatın dava şartı olduğu görüşü ileri sürülmüştür. İlhan Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 1975, s. 219; Necip Bilge / Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. b., Ankara, 1978, s. 411.

<sup>21</sup> Hanağası, a.g.e., s. 345.

<sup>22</sup> Alangoya / Yıldırım / Deren Yıldırım, a.g.e., s. 358; Bilge / Önen, a.g.e., s. 406.

## İptal Davaları Bağlamında Dolaylı ve Kişisel Menfaat Üzerine Bir Değerlendirme

Bu açıdan baktığımızda iptal davasında menfaat de dava konusu idari işlemde menfaati zedelenenlerin yanında, o idari işlemin iptali sonucunda davacının elde edeceği faydanın ifadesidir. Dava konusu idari işlem iptal edildiğinde davacının kişisel, güncel ve meşru durumu iyileşecektir. Yani dava sonucunda ortaya çıkacak hukuksal durumda menfaati bulunmaktadır.

Başka bir ifadeyle iptal davasında menfaat ciddi ve makul bir ilişki olarak tanımlandığından, idari işlemde menfaati zedelenen herkesin o idari işlemle ciddi ve makul bir ilgisi olduğu gibi, işlemin iptalinden bir fayda elde edecek olan herkesin de idari işlemle ilgi bağı olacaktır<sup>23</sup>. Dahası dava konusu idari işlemin iptali sonucunda elde edilecek olan menfaat, o idari işlemin tesisi ile doğrudan ihlal edilen menfaati de kapsayan geniş bir ifadedir. Bu bakımdan medeni yargılama hukukundaki davacının mahkemeye yönelteceği talebi çerçevesinde elde edeceği fayda şeklinde tanımlanan “menfaat” kavramı ile idari yargıda iptal davaları bakımından öngörülen “menfaat ihlali” şartının -tanım açısından- örtüştüğünü<sup>24</sup>, daha doğru bir ifadeyle, “menfaat ihlali şartı”nın hem “davada menfaat” kavramını hem de “idari işlemin ihlal ettiği menfaat”i kapsadığını ve bu kavramın iptal davaları bakımından taraf sıfatını belirleme işlevine sahip olduğunu söyleyebiliriz<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Hanağası, a.g.e., s. 184.

<sup>24</sup> Ibid., s. 186.

<sup>25</sup> *Candan* tarafından ortaya atılan (*Candan*, a.g.e., s. 113), *Zabunoğlu*'nun da katıldığı (*Zabunoğlu*, a.g.e., s. 246), idari işlemin menfaat ilişkisini kuran değil zaten kurulmuş olan ilişkiyi bozan bir etkisi olduğu yönündeki görüşe göre, her ne kadar öğretilerde ve yargı içtihatlarında menfaat ilişkisinin kişi ile işlem arasında aranacağı söylenmekteyse de, aslında idari işlem menfaat ilişkisini koparan bir etkiye sahiptir. Çünkü dava konusu idari işlem, bu işleme karşı dava açabilecek kişi ya da kişi gruplarının devamında yarar umdukları bir hukuki durumda onların aleyhine değişiklikler meydana getirmektedir. Yazara göre örneğin resen emekliye sevk edilmiş devlet memuru için emekliye sevk işlemi çok önceden atama işlemiyle kurulmuş memuriyet ilişkisini bozan bir durumdur. Aynı şekilde, okuldan kaydının silinmesine dair işlem öğrencinin devamında yarar umduğu bir hukuki durumda onun aleyhine değişiklik meydana getirmektedir. Menfaat ihlaline neden olan şey de bu değişikliktir. Danıştay da bazı kararlarında *Zabunoğlu* ve *Candan* gibi işlemin iptali ile elde edilecek faydadan değil yalnızca işlemin ihlal ettiği menfaatten hareket etmekte ve başkası adına tesis edilen idari işlemin iptalinde davacının bir menfaati bulunmadığına hükmetmektedir. (bkz. D7D, E. 2002/1479, K. 2005/2180, K.T. 29.9.2005;

Bu çerçevede iptal davaları bakımından taraf sıfatını belirleme işlevine sahip menfaat şartının subjektif ehliyet başlığı altında değerlendirilmesinin doğru olmadığına ayrıca değinmemiz gerekmektedir. Zira taraf sıfatı, dava konusu subjektif hak ile taraflar arasındaki ilişkidir. Dolayısıyla dava konusu subjektif hakla ilişkindir. İdari yargılama hukukundaki menfaatin tek farkı ise kaynağının subjektif hak olmamasıdır. Bu yüzden dava konusu ile davacı arasındaki ciddi ve makul ilişkiyi ifade eden menfaat ihlali koşulu “ehliyet” bahsinde incelenmemelidir. Çünkü davaya ehil olmakla, ehil olunan dava hakkını somut olayda kullanabilmek için uyumsuzluk konusu ile yeterli bir ilgiye sahip olmak farklı durumlardır<sup>26</sup>. İlki tarafların kişilikleriyle ilgili iken ikincisi menfaatin özü ile ilgilidir. Söz konusu farklılığa rağmen, taraf sıfatını belirleme işlevine sahip olan menfaat ihlali koşulunun öğretisi<sup>27</sup> ve uygulamada<sup>28</sup>, *subjektif ehliyet* kavramı içinde değerlendirilmesi ve

---

E. 2000/1895, K. 2000/2524, K.T. 28.9.2000; E. 2000/1894, K. 2000/2527, K.T. 28.9.2000; D4D, E. 2006/1525, K. 2007/945, K.T. 22.3.2007; DVDDGK, E. 2003/363, K. 2004/27, K.T. 27.2.2004, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (13.03.2018). Bu kararlarında bizim savunduğumuz tersine menfaat ihlalden anlaşılması gerekenin yalnızca dava konusu idari işlemin ihlal ettiği menfaat olduğunu düşünmektedir. Oysa iptal davasında menfaat hem dava konusu idari işlem dolayısıyla menfaati zedelenenleri hem de işlemin iptali sonucunda hukuksal durumları iyileşecek olanları kapsar. Yalnızca dava konusu işlemin ihlal ettiği menfaatten yahut davacıya ait var olan bir hukuksal durumu bozucu bir etkiye sahip olması gerektiğinden hareket etmek başkası adına tesis edilen işlemleri ve dolaylı menfaat ihlallerinin mevcut olduğu birçok işlemi dava açmakta menfaat yokluğundan yargı denetimi dışında bırakır ki bu kabul edilebilir bir tutum değildir.

<sup>26</sup> Karahanoğulları, a.g.m., s. 209.

<sup>27</sup> Çağlayan, a.g.e., s. 466; Kaplan, a.g.e., s. 207; Hüseyin Çelikkol, İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet, Adalet Dergisi, S. 3, 1985, s. 749-770; Gündüz, a.g.e., s. 71.

<sup>28</sup> D8D, E. 2015/6405, K. 2017/6988, K.T. 10.10.2017; D14D, E. 2017/589, K. 2017/2258, K.T. 12.4.2017; D6D, E.2016/13907, K.2017/2515, K.T. 12.4.2017; D14D, E. 2016/11479, K. 2017/2029, K.T.4.4.2017; D9D, E. 2016/17831, K. 2017/1085, K.T. 31.1.2017; D8D, E. 2015/12741, K. 2016/7047, K.T. 28.6.2016; D15D, E. 2016/2011, K. 2016/4311, K.T. 10.6.2016; D15D, E. 2016/793, K. 2016/1653, K.T. 11.3.2016; D15D, E. 2015/1493, K. 2015/8453, K.T. 4.12.2015; D15D, E. 2015/5305, K. 2015/8093, K.T. 27.11.2015; D5D, E. 2015/3194, K. 2015/9080, K.T. 17.11.2015; D10D, E. 2012/3084, K. 2015/4949, K.T. 13.11.2015; D13D, E.

## İptal Davaları Bağlamında Dolaylı ve Kişisel Menfaat Üzerine Bir Değerlendirme

davaya konu olan işlemle yeterli ilgileri kurulamayan kişilerin açtığı davaların 15. maddede bulunan “ehliyet” koşuluna dayanılarak reddedilmesi, İYUK’ta, buna ilişkin dayanacak hükmün bulunmamasından kaynaklanmaktadır<sup>29</sup>.

Sonuç olarak iptal davasında aranan bu dinlenebilirlik koşulu tam olarak ne dava ehliyeti ne de dava hakkı ile ilgilidir<sup>30</sup>. Bu şarttan anlaşılması gereken iptali istenen idari işlemle davacı arasındaki makul ve ciddi ilgi ve bu ilgiyle kurulan taraf ilişkisi ile belirlenen davacı sıfatıdır<sup>31</sup>.

İdari işlem nedeniyle ortaya çıkan menfaat ihlali de iptal davası sonucunda elde edilecek olan menfaat de aynı menfaat ilişkisine işaret etmektedir. Her ikisi de iptal davalarında davacı sıfatının belirlenmesi işlevine sahiptir. Ancak bu iki kavram her ne kadar iptal davalarında aynı menfaat ilişkisine özellikle davacı sıfatının belirlenmesi açısından aynı işleve sahip olsalar da, kuşkusuz ki birbirlerinin yerine kullanabileceğimiz eş anlamlı kavramlar değildir. İptal davası konusu edilecek idari işlem nedeniyle menfaati ihlal edilmiş bir kişinin dava açmakta ve sonucunda elde etmeyi düşündüğü hukuksal durumda menfaatinin olacağı çok açık olmakla birlikte bu önermenin tersi doğru değildir. Şöyle ki, dava açmakta menfaati olan kişinin dava konusu yaptığı işlem ile menfaatinin ihlal edilmemiş olması mümkündür.

### III. MANEVİ MENFAAT

Menfaat sözcüğü ilk bakışta ekonomik/mali bir anlamı akla getirirse de idare hukukunda iptal davası açabilmek için ihlal edilmiş

---

2013/3202, K. 2015/2872, K.T. 3.9.2015; D6D, E. 2015/1547, K. 2015/4783, K.T. 1.7.2015. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (13.08.2018).

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Lütfi Duran, İdari İptal Davası Olağan Ve Genel Bir Başvuru Yoludur, İnsan Hakları Yıllığı, C. 19-20, Y. 1997-1998, s. 187-195, s. 190.

<sup>31</sup> “Dava konusu işlemle davacı arasında yeterli ilgi bulunması koşulunu ifade etmek üzere, Medeni Yargılama Hukukunda önerilen taraf sıfatı kavramundan ziyade, locus standi terimi kullanılmaktadır. Bu terimin İngilizce karşılığı standing to sue’dur. Fransızca karşılığı ise qualite’dur. Terimlerin hiçbiri ehliyet anlamı taşımamaktadır.” Karahanoğulları, a.g.m., s. 209.

olması aranan menfaatin -kimi durumlarda sadece ekonomik menfaat anlayışını içermekle beraber- mutlaka maddi olması, mali bir değer taşınması gerekli değildir<sup>32</sup>. Menfaat maddi<sup>33</sup> olabileceği gibi manevi<sup>34</sup> de olabilir<sup>35</sup>.

*Onar* bu konuda, menfaatin sadece para gibi maddi bir kıymet ölçüsü ile ölçülebilecek ekonomik bir mahiyete haiz olmasının gerekmediğini, ciddi ve makul olmak şartı ile manevi bir alaka ve menfaatin ihlal edilmiş olmasının da bu şartın gerçekleşmesi bakımından yeterli olacağını söylemektedir<sup>36</sup>.

Danıştay da 1973 tarihli bir kararında, lise müdürü olabilmek için gereken yasal koşullara sahip aynı okulun müdür yardımcısı olan davacının müdürlüğe atanması yolundaki istemin reddiyle yerine eğitim düzeyi itibarıyla lisede okutulması zorunlu dersleri okutabilme yeteneğinden yoksun ve ancak ortaokullarda okutulabilecek dersler için yetenekli bir başka şahsın müdür olarak atanması işleminin iptali için açılan davada, bu tür bir işlemle lise seviyesindeki tahsili bulunan yüksek öğrenim görmüş sayılmayan bir kimsenin kendisinin sicil amiri mevkiine getirilmesinin davacının manevi menfaatini ihlal ettiğini kabul etmiştir<sup>37</sup>. Yine başka bir konuda, özel yüksekokuldan verilen mühendislik diplomasının Milli Eğitim Bakanlığınca onaylanması yolundaki işlemin iptali için açılan davada mühendis ünvanını taşıyan kişinin menfaat ilişkisi olduğunu kabul etmiştir<sup>38</sup>.

---

<sup>32</sup> Özyörük, s. 209.

<sup>33</sup> D10D, E. 1991/2722, K. 1992/3951, K.T. 12.11.1992, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (13.08.2018).

<sup>34</sup> D8D, E. 1987/931 K. 1988/417, K.T. 21.3.1988, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (13.08.2018).

<sup>35</sup> A. Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi*, Ankara, 2013, s. 32; Zabunoğlu, a.g.e., s. 244; Onar, a.g.e., s. 1781, Sarıca, a.g.e., s. 29; Füzüzan İkinciogulları, *Dâva Açma Ehliyeti, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları*, No. 21, Ankara, 1976, s. 150; Çelikkol, a.g.m., s. 763.

<sup>36</sup> Onar, a.g.e., s. 1781.

<sup>37</sup> D5D, E. 1972/3597 K. 1973/1227, K.T. 13.8.1973 nakleden Zabunoğlu, a.g.e., s. 244.

<sup>38</sup> DDDK, E. 1968/293 K. 1972/623, K.T. 2.6.1972, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 5, S. 4, s. 164.

Conseil d'Etat da manevi menfaat meselesinde oldukça hoşgörülü bir tavır içindedir<sup>39</sup>. Örneğin bir okulun eski öğrencilerinin kurdukları derneğin (Politeknik Okulunu Sevenler Derneği) bu okula hukuka aykırı olarak alınan öğrenciler konusunda açtığı davayı karara bağlamıştır<sup>40</sup>. Başka bir olayda din özgürlüğü alanında yapılan kısıtlamalara karşı bir din adamının ya da o dine inandığını söyleyen kişinin açtığı davaya<sup>41</sup>, tıpkı bu dava gibi kilise çanlarının çalınmaması konusunda belediyenin aldığı karara karşı papazların açtığı iptal davasına<sup>42</sup> bakmıştır. Yine bir gazinin, gazilik kartının fiilen askeri operasyonlara katılmamış olanlara da verilmesine imkan veren bir düzenleyici işleme karşı dava açabileceğini<sup>43</sup> veya bir beldede ikamet edenlerin sokak isimlerinin değiştirilmesi işlemlerinin iptalini istemede menfaatlerinin olduğunu<sup>44</sup> kabul etmiştir.

#### IV. KİŞİSEL MENFAAT

İptal davası açılabilmesi için davacının menfaatinin meşruluk ve güncellik ile birlikte kişisellik arz etmesi gerekmektedir. Menfaatin kişiselliği idari işlemin belirli bir kişide somutlaştırılmasına hizmet eder. İdari işlemin davacıyı doğrudan veya dolaylı olarak etkilemesi anlamına gelen bu nitelik, “kimin” menfaatinin, idarenin işleminin hukuka aykırı olup olmadığının incelenmesi ve bir aykırılık saptandığı takdirde işlemi geçmişe etkili olarak iptal etmesi için idari yargı merciini harekete geçirmeye yeteceği sorusunun cevabıdır.

---

<sup>39</sup> A. Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt II: İdari Yargılama Hukuku*, 10. b., Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 335.

<sup>40</sup> Conseil d'Etat, 13.07.1948, *Société des amis de l'École polytechnique*, Rec., 330, M. Long / P. Weil / G. Braibant / P. Delvolvé / B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 12. b., Dalloz, Paris, 1999, s. 105. (Eserin ilgili kısmını bizim için Türkçe'ye çeviren sayın Alper Aslan'a teşekkür ederim.).

<sup>41</sup> Conseil d'Etat, 8.02.1908, *Abbé Déliard*, Rec., s. 127'den aktaran A. Gözübüyük, *Yönetmelik Yargısı*, a.g.e., s. 173.

<sup>42</sup> Charles E. Freedeman, *The Conseil d'Etat in Modern France*, Columbia University Press, New York, 1961, s. 118.

<sup>43</sup> Conseil d'Etat, 13.05.1949, *Bougoin*, <http://www.conseil-etat.fr/>, (05.12.2016).

<sup>44</sup> Conseil d'Etat, 19.06.1974, *Broutin*, <http://www.conseil-etat.fr/>, (05.12.2016).

19. yüzyılda, iptal davalarının kabule şayanlık şartı olarak ortaya çıkan menfaat kavramının doğrudan ve kişisel yani davacının bizzat şahsına ait olması gerektiği kabul edilmiş; böylece, amacı “hukukun gerçekleştirilmesi ve korunması” olan iptal davasının, bir halk davası (*actio popularis*) haline dönüşmesi engellenmek istenmiştir<sup>45</sup>.

Ancak zaman içinde bu nitelik “yumuşatılmış”, iptal davasının, idari bir işlemde kişisel menfaati doğrudan veya dolaylı olarak zarar görenlerce açılabilmesi benimsenmiştir<sup>46</sup>.

*Onar*'a göre “*menfaatin şahsi mahiyette olması demek idari kararın doğrudan doğruya veya dolayısıyla alakalıya, davacıya tesir etmesi demektir*”<sup>47</sup>. Başka bir deyişle menfaatin kişisel sayılabilmesi işlemin doğrudan doğruya o kişi hakkında tesis edilmesi anlamına gelmemekte olup önemli olan o kişiyi etkilemesi<sup>48</sup>, işlemlerle davacı

---

<sup>45</sup> Hanağası, a.g.e., s. 159.

<sup>46</sup> İngiliz idare hukukunda da dolaylı bir menfaatin (sufficient interest) varlığı, dava açmak için yeterli görülmektedir. Konu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Grahame Aldous / John Alder, *Applications for judicial review: law and practice*, Butterworths, London, 1985; Peter Cane, *Administrative law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 288.

<sup>47</sup> Onar, a.g.e., s. 1781-1782, aynı yönde bkz. Karavelioğlu, a.g.e., s. 1087; İkinçioğulları, a.g.m., s. 153; Gökalp, a.g.m., s. 453; Çelikkol, a.g.m., s. 764; Akyürek, a.g.m., s. 34.

<sup>48</sup> Kazım Yenice / Yüksel Esin, *İdari Yargılama Usulü Cilt-2 (Açıklamalı-İzahatlı-Notlu)*, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983, s. 487; Sarıca, a.g.e., s. 36-37; Hamza Eroğlu, *İdare Hukuku Dersleri (Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi)*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1985, s. 439; Keza Azrak da kişisel olma şartının dar yorumlanmaması gerektiğini, bu şartın yerine ilgili kavramın konulmasının dava hakkını genişleteceğini ve bu sayede ileride bahsedeceğimiz üzere, meslek odalarının iptal davası açarken önel ehliyet yönünden karşılaştığı kararlar ile karşılaşılmayacağını ileri sürmüştür, nakleden Ali Ülkü Azrak, *İzmir Barosu Yargı Reformu Sempozyumu*, (7. Oturum Tartışmalar Bölümü), İzmir Barosu Yayını, İzmir, 2000. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı da bir kararın muhatabı olmayan bir kişi, karar kendisini belli kişisel nitelikler ya da diğer kişilerden ayıran koşullar nedeniyle etkiliyor ve bu suretle kararın muhatabı olan kişiyi ilgilendirdiği tarzda ilgilendiriyorsa kişisel menfaat ilişkisinin ileri sürülerek dava açılabilmesi görüşündedir. Ali Ülkü Azrak, *Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları*, İÜSBFY, İstanbul, no: 8, 1982, s. 117.

İptal Davaları Bağlamında Dolaylı ve Kişisel Menfaat  
Üzerine Bir Değerlendirme

arasında maddi veya manevi bir yakınlık bulunmasıdır<sup>49</sup>.

Nitekim Danıştay'a göre de<sup>50</sup> kişisellik, “*idari işlemin doğrudan doğruya o kişi hakkında yapılmış olması anlamına gelmeyip, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak o kimseyi de etkilemesidir*”<sup>51</sup>. Bu doğrultuda örneğin, bir beldede fiziksel çevreyi sağlıklı kılmak amacıyla aktif yeşil alanın tamamen kaldırılması sonucunu doğuran işleme karşı o beldede/yörede yaşayan herkesin<sup>52</sup>, tüm köyün, köylünün yaşama düzenini yakından ilgilendiren köy ortak malının sadece bir kişinin kullanımına verilmesi işlemine karşı köy sakinlerinin<sup>53</sup> boş bir kadroya atama işlemine karşı aynı kadroya başvurup ataması yapılmayan kişinin, yani diğer atama isteklilerinin<sup>54</sup> dava açmakta menfaati bulunmaktadır<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> Özyörük, s. 216, Nuri Alan, İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları, Danıştay Dergisi, Y. 13, S. 50-51, Ankara, 1983, s. 22-50, s. 32

<sup>50</sup> Danıştay ilk zamanlarda menfaat ilişkisinin doğrudan ve maddi olmasına ağırlık vermiştir. Bkz. D12D, E. 1966/616, K. 1966/1436 sayılı kararı, nakleden Bahaettin Kayışoğlu, İdari Davalarda Davacıda Aranılan Şartlar, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Y. 1974, s. 226-228, s. 226, D8D, E. 1960/8860, K. 1960/2767, K.T. 29.11.1960, nakleden Sami Akural / Çetin Ziyilan, Danıştay Sekizinci Daire Kararları (1960-1963), Güven Matbaası, Ankara, 1963, s. 262-263. Bu yaklaşım kararlarında genellikle “*Danıştay’da açılacak idari davalarda hak ve menfaat ilgisinin doğrudan doğruya mevcut olması idari davanın belli esaslarındandır.*” tarzında veya “*(...) doğrudan doğruya bir menfaat ilişkisi bulunmadığından(...)*” şeklinde ifade edilmiştir, İkinciöğulları, a.g.m., s. 153.

<sup>51</sup> DİDDK, E. 2004/2163, K. 2004/788, K.T. 7.10.2004; D8D, E. 2013/11501, K. 2013/10758, K.T. 24.12.2013, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (13.03.2018).

<sup>52</sup> D6D, E. 1971/709, K. 1972/666, K.T. 21.3.1988, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (13.08.2018).

<sup>53</sup> D6D, E. 1986/664, K. 1986/967, K.T. 18.11.1986, <http://legalbank.net/>, (10.03.2018).

<sup>54</sup> D5D, E. 2003/4666, K. 2004/3214, K.T. 17.9.2004, <http://legalbank.net/>, (10.03.2018). Aynı yönde D5D, E. 2006/3700, K. 2007/763, “*İstanbul Haydarpaşa Eğitim ve Araştırma Hastanesinde 2. Genel Cerrahi Kliniğinde uzman doktor olarak görev yapan davacının, Ankara ilinde bir kısım genel cerrahi klinik şef ve şef yardımcılıklarına yapılan atama işlemlerinin iptali istemiyle açılan davada, klinik şefliğine ve klinik şef yardımcılığına yapılacak sınavla atanma haklı beklentisi içinde bulunan davacının menfaatini ihlal eder nitelikte bulunduğundan söz konusu atama işlemleri ile davacı arasında ciddi güncel menfaat ilişkisinin varlığı karşısında idare mahkemesinin davanın ehliyet yönünden reddi yönündeki kararında hukuki*



Menfaatin kişiselliğinin sınırı konusunda kesin ölçütler koymak mümkün değildir.<sup>56</sup> Dava konusu işlemle davacının menfaatinin ihlal edilip edilmediği idari yargı yerlerince takdir edilecektir. Bu takdir sırasında menfaatin kişisellik niteliğinin dar ya da geniş yorumlanması iptal davalarının alanını daraltacak ya da genişletecektir<sup>57</sup>.

Davacının menfaatinin doğrudan doğruya ihlal eden, bizzat davacı hakkında tesis edilen işlemler “doğrudan menfaat ilişkisi” kapsamında değerlendirilmektedir<sup>58</sup>. Menfaatin doğrudan ihlal edildiği bu tür işlemler bakımından ilgi bağının saptanmasında herhangi bir güçlük bulunmamaktadır. Başka bir deyişle dava konusu idari işlem doğrudan doğruya davacı için oluşturulmuş ise ya da o işlemin en yakından en

---

*isabet görülmediğine ...” karar verilmiştir, <http://legalbank.net/>, (10.03.2018).*

<sup>55</sup> Danıştay gibi AYİM de menfaatin kişisel olmasının idari kararın ilgiliyi doğrudan yahut dolaylı olarak etkilemesi şeklinde anlaşılması gerektiğini, bu sebeple de kişisel menfaat deyiminin, işlemin doğrudan doğruya o kimse hakkında yapılmış olması anlamına gelmeyeceğini çeşitli kararlarında ifade etmiştir. Bkz. AYİM1D, E. 2001/628, K. 2001/1202, K.T. 30.10.2001; AYİM1D, E. 2006/691, K. 2006/1024 K.T. 5.12.2006; AYİM1D, E. 2007/806, K. 2007/1138, K.T. 28.11.2007; AYİM1D, E. 2001/628, K. 2001/1159, K.T. 30.10.2001; AYİM2D, E. 2007/1091 K. 2008/1258 K.T. 24.12.2008, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (13.03.2018). Ancak AYİM'nin, kişisel menfaat kavramının yorumu ile ilgili olarak istikrarlı bir çizgi izlediğini söyleyemeyiz. Zira Kara Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi'nde zabıt katibi olarak çalışan davacının, kıdemce kendisinden düşük olduğu, kendisinin altı yıllık fazla hizmeti bulunduğundan mesleki tecrübesinin daha fazla olduğu sebebi ile boş olan Askeri Mahkeme yazı işleri kadrosuna başka bir memurun atanması işleminin iptali için açtığı davayı, kişisel bir menfaat ihlalinin varlığı bakımından dolaylı etkilenmenin yeterli olmadığı gerekçesi ile ehliyet yönünden reddetmiştir. Menfaat ilişkisinin bu şekilde geniş tutulmasının, ilgili - ilgisiz herkesin üçüncü bir kişi hakkındaki herhangi bir işlemin iptalini dava etmesi sonucuna sonucunu doğuracağını bu durumun da hukuki anlamda bir kaosa yol açacağını savunmuştur. AYİM1D, 21.9.1999 gün ve E. 1999/840, K. 1999/814, <http://legalbank.net/>, (10.03.2018).

<sup>56</sup> Yenice / Esin, a.g.e., s. 487.

<sup>57</sup> Çelikkol, a.g.m., s. 764, Deniz Daştan, Danıştay Kararları Işığında İptal Davalarında Menfaat Kavramı, İstanbul Barosu Dergisi, C. 78, S. 2, 2004, s. 640-666, s. 665, Ata, a.g.m., s. 100.

<sup>58</sup> Yenice / Esin, a.g.e., s. 486.

doğrudan ilgilisi davacı ise kişisellik koşulu bakımından bir sorun yok demektir<sup>59</sup>.

Gerçek kişilerin mülkiyet haklarına tesir edebilecek işlemlerde, vatandaşlık hakkına ilişkin işlemlerde, disiplin cezalarına ilişkin işlemlerde işlemin süjesi olan kişinin dava konusu işlem ile olan menfaat ilişkisinin tespit edilmesinde tereddüde mahal yoktur. Örneğin, bir görev yerinden bir başka görev yerine naklen atanan memurun, naklen atanmasına ilişkin işlemin; hakkında disiplin cezası uygulanan bir kamu görevlisinin, disiplin cezası uygulanmasına dair işlemin; vatandaşlıktan çıkarılan kişinin, vatandaşlıktan çıkarılmasına ilişkin işlemin; maliki olduğu taşınmazı kamulaştırılan kişinin, kamulaştırma işleminin; inşaat ruhsatnamesi iptal edilen kişinin ruhsatnamenin iptaline dair işlemin; ehliyetine el konulan kişinin, ehliyete el konmasına ilişkin işlemin iptalini istemede pekala menfaati bulunmaktadır.

Aynı şekilde menfaat kümesi olarak tabir ettiğimiz toplulukların kendi tüzel kişiliklerine ilişkin birel idari işlemlere karşı dava açmakta doğrudan menfaati bulunmaktadır. Bunun için dava açabilecekleri yönünde ayrıca bir hükmün bulunmasına da gerek yoktur<sup>60</sup>. Tüzel kişiliklerini ilgilendiren idari işlemlere karşı dava açabilmeleri doğrudan Anayasa'da düzenlenen hak arama hürriyetinin doğal bir sonucudur.

Danıştayın da kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının, derneklerin, vakıfların ve sendikaların tüzel kişiliğinin hak ve menfaatlerini ilgilendiren birel idari işlemlere karşı dava açma ehliyetine sahip olduğu yönünde verdiği kararlar istikrar kazanmıştır<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Zabunoğlu, a.g.e., s. 246.

<sup>60</sup> Cemil Kaya, Danıştay Kararları Işığında İptal Davaları Açısından Sendikaların Subjektif Dava Ehliyeti, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 1215-1250, s. 1217.

<sup>61</sup> Derneklerin faaliyetlerinin durdurulmasına ilişkin bkz. D10D, E. 1995/5337, K. 1997/3084, K.T. 24.9.1997; vergilendirilmelerine ilişkin bkz. D4D, E. 2002/3472, K. 2003/2708, K.T. 05.11.2003; D4D, E. 2003/1298, K. 2003/2244, K.T. 07.10.2003; D4D, E. 2005/74, K. 2005/1779, K.T. 13.10.2005; D4D, E. 2002/4493, K. 2003/2705, K.T. 05.11.2003; faaliyetten men edilmelerine ilişkin bkz. D10D, E. 1991/2273, K. 1993/1340, K.T. 06.04.1993; sendikaya uygulanan idari para cezası işlemine ilişkin, D10D, E. 2001/2814, K. 2002/3262, K.T. 25.09.2002; kuruluş evraklarının kabul edilmemesi işlemine ilişkin, D10D, E. 1992/782, K. 1993/4511, K.T. 17.11.1993, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (13.08.2018).

Bir kez daha ifade etmek gerekirse, doğrudan ve kişisel menfaat ilişkisinin tespiti konusunda belirli kişi ve durumlara ilişkin, muhatapları belli birel idari işlemlerde herhangi bir zorluk yaşanmayacaktır. Aynı şekilde belli bir kişi ya da nesneyi hukuk kurallarınca önceden düzenlenmiş genel, objektif, kişilik dışı bir hukuki statüye sokan veya böyle bir statüden çıkararak şart işlemlerde de menfaat bağı bu statüye sokulan ya da statüden çıkarılan kişi ile kuruludur.

Davacının dava konusu işlemin süjesi olmamasına karşın işlemin sonuçları itibariyle davacıya dolaylı yoldan etki ettiği yani kişisel menfaatin dolaylı olarak ihlal edildiği işlemlere karşı açılan davalarda ise menfaat bağının tespit edilmesi menfaatin doğrudan ihlal edildiği davalardaki kadar kolay olmamaktadır.

Nitekim Danıştay 30.04.2014 tarihinde, birel işlemin doğrudan muhatapı olmayan kimsenin işlemle arasındaki menfaat ilişkisine dair, birel işlemleri subjektif işlemler gibi değerlendiren hayli sınırlayıcı bir karar vermiştir<sup>62</sup>.

## **V. DOLAYLI KİŞİSEL MENFAAT İLİŞKİSİNE DAİR BİR DANIŞTAY KARARI VE ELEŞTİRİSİ**

Olayda, bir üniversitenin hukuk fakültesinde öğretim üyesi olarak görev yapmakta olan bir kişinin doçentlik (unvan) sınavında jüri üyesi olarak, başka bir üniversitenin hukuk fakültesinde profesör kadrosunda bulunan davacı görevlendirilmiştir. Davacı profesör, adayın akademik çalışmalarını değerlendirirken, özgün bilimsel eserinde intihal yaptığından bahisle Üniversitelerarası Kurul Başkanlığına (ÜAK) şikayet başvurusunda bulunmuş, fakat Yüksek Öğretim Kurulu Sosyal ve Beşeri Bilimler Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Kurulu'nun 29.03.2013 tarihli kararıyla adayın eserinde etik ihlali bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Bunun üzerine profesör, 17.04.2013 tarihli dilekçe ile jüri üyeliğinden çekilmiş, 11.07.2013 tarih ve 8092 sayılı yazı ile bahsi geçen öğretim üyesinin doçentlik sözlü sınavında başarılı olduğunun kendisine bildirilmesi üzerine, doçentlik sınavında başarılı sayılarak kendisine doçent unvanı verilmesine ilişkin bu işlemin iptali istemiyle dava açmıştır.

---

<sup>62</sup> D8D, E. 2014/535, K. 2014/3563, K.T. 30.04.2014, (karar yayımlanmamıştır).

İptal Davaları Bağlamında Dolaylı ve Kişisel Menfaat  
Üzerine Bir Değerlendirme

Ankara 16. İdare Mahkemesi ise 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ve Doçentlik Sınav Yönetmeliği gereği söz konusu unvan sınavının herhangi bir kontenjana ya da kadroya değil, bu unvanı almak isteyen kişilerin kendi bilimsel çalışma ve sınavdaki başarılarına bağlı olduğu, ayrıca Yüksek Öğretim Kurulu Sosyal ve Beşeri Bilimler Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Kurulu'nun 29.03.2013 tarihli, adayın eserinde etik ihlali bulunmadığına dair kararına karşı davacı tarafından herhangi bir dava açılmadığı gerekçesiyle, anılan öğretim üyesine doçentlik unvanı verilmesine ilişkin işlem ile davacı arasında hukuken korunması gereken kişisel, güncel ve meşru bir menfaat ilişkisi bulunmadığına hükmetmiştir<sup>63</sup>.

Davacının temyiz talebi<sup>64</sup> oybirliğiyle, karar düzeltme talebi<sup>65</sup> ise oyçokluğuyla reddedilmiştir.

Görüldüğü üzere gerek Ankara 16. İdare Mahkemesi gerekse temyiz ve karar düzeltme taleplerini reddeden Danıştay 8. Dairesi, davacının “Profesör Doktor” sıfatının, doçentlik unvanı verilmesine ilişkin işlemle arasında ilgi bağı kurmaya yetmeyeceği kanaatinde<sup>66</sup>.

Sözünü ettiğimiz karar idare mahkemesince iki gerekçeye dayandırılmıştır. Birinci gerekçe, doçentlik unvanının bir kadroya değil, bu unvanı almak isteyen kişilerin kendi bilimsel çalışma ve doçentlik sözlü sınavındaki başarılarına bağlı olduğudur. Bir başka deyişle doçentlik unvanı bir kadroya bağlı olsaydı davacı profesörün menfaatinin

---

<sup>63</sup> Ankara 16. İdare Mahkemesi, E. 2013/1389, K. 2013/1322, K.T. 18.09.2013.

<sup>64</sup> D8D, E. 2014/535, K. 2014/3563, K.T. 30.04.2014, (karar yayımlanmamıştır).

<sup>65</sup> Karar düzeltme talebi 3'e 2 oyçokluğu ile reddedilmiştir. D8D, E. 2014/7665, K. 2014/9925, K.T. 08.12.2014.

<sup>66</sup> Danıştay'ın aynı yönde benzer bir kararı için bkz. D8D, E. 1992/2595, K. 1993/2519, K.T. 28.06.1993, <http://legalbank.net/>, (10.03.2018). Danıştay bu kararında bir doçent adayının başarılı kabul edilerek doçentliğe yükseltilmesi işleminde, üçüncü kişilerin menfaatini zedeleyen bir yön bulunmadığını belirterek, “*Her ne kadar davacı kendisinin uzmanlık alanıyla ilgili bu işlemde akademik menfaati bulunduğunu ileri sürmekteyse de kendi üniversitesinde görevli olmayan bir kişiye verilen doçentlik ünvanının iptalini istemesinde hukuken korunması gereken bir menfaati bulunmamaktadır.*” diyerek, başka bir fakültede görevli aynı anabilim dalındaki davacı profesörün menfaatini ihlal eden bir durum olmadığına ve dolayısıyla dava açma ehliyetinin bulunmadığına karar vermiştir.

ihlal edildiğinden söz edilebileceği, ancak doçentlik unvanı bir kadroya bağlı olmadığı için “profesör doktor” sıfatının tek başına dava açmaya yetecek ilgi bağı kurmadığı belirtilmiştir.

Oysa 2547 sayılı Kanun’un “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasının (m) bendine göre profesör, en yüksek düzeydeki akademik unvana sahip kişidir. Doçent ise, Üniversitelerarası Kurul tarafından verilen doçentlik akademik unvanına sahip kişidir.

Doçent unvanı akademik kadrodan bağımsız olarak akademik bir sınav sonucunda<sup>67</sup> elde edilirken, profesör unvanının alınmasında akademik yükselme ve atama birleştirilmiştir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 26. maddesinin başlığı da buna uygun olarak “Profesörlüğe yükselme ve atama”dır. Profesörlük unvanının elde edilmesinde kadroya atanma yasal bir koşul<sup>68</sup> olmasına rağmen, bu profesör unvanı ile kadrosunun aynı şey olduğu, kadro ile unvanın iç içe geçtiği anlamına gelmez<sup>69</sup>. Profesörlük unvanı kazanılmakla kadrodan ayrılır<sup>70</sup>. Unvanı kullanmaya hak kazanmış ve yüksek öğretim kurumlarında iki yıl görev yapmış kişi, profesörlük kadrosunda bulunmasa bile akademik unvanını kullanabilir<sup>71</sup>.

Dolayısıyla yükselmenin kadroya atanma yoluyla olduğu “profesörlük” de, doçentlik sınavının başarılar kazanılması ile elde edilen “doçentlik” de birer akademik unvandır. Bu nedenle kanaatimce, davacı profesörün, -2547 sayılı Kanun’un ifadesiyle- en yüksek düzeydeki akademik unvana sahip kişi olarak, doçentlik unvanını hukuka aykırı bir şekilde elde ettiğini iddia ettiği kişiye karşı dava açmakta manevi, dolaylı ve kişisel bir menfaati vardır. Diğer bir deyişle, salt profesör unvanı, -özellikle de aynı bilim dalına mensup- başka bir kişinin

<sup>67</sup> 2547 sayılı Kanun madde 24.

<sup>68</sup> 2547 sayılı Kanun madde 26.

<sup>69</sup> M. Ayhan Tekinsoy / Mustafa Bayram Mısır, Öğretim Üyeliğine Atama Sürecinin Başlangıcı, Ek Koşullar Ve Jüri Raporları, AÜHFĐ, C. 61, S. 1, Y. 2012, s. 351-382, s. 354.

<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> 2547 sayılı Kanun’un Unvanların Korunması başlıklı 29. maddesinin 2. fıkrasında göre, “Başka bir işe geçmek, emekli olmak veya çekilmek ya da işten çekilmiş sayılmak yoluyla öğretim görevinden ayrılanlar, akademik unvanlarını taşıyabilirler. Ancak profesörlük, doçentlik veya doktor öğretim üyesi unvanlarını kazananlar her unvan dönemi içinde yükseköğretim kurumlarında fiilen iki yıl görev yapmadıkları takdirde yükseköğretim kurumları dışındaki çalışmalarında bu unvanı kullanamazlar.”

akademik unvan kazandığı idari işleme karşı dava açmaya yetecek ilgi bağına sahip kılar.

Öte yandan idare mahkemesinin doçentlik unvanı bir kadroya bağlı olmuş olsaydı davacı profesörün dava konusu idari işlemle ciddi ve makul ilgisinden söz edilebileceği şeklinde yorumlanabilecek bu gerekçesi, iptal davalarında yerleşik bir kavram olarak etkili ve hâlâ geçerli olan menfaat şartından anlaşılması gerekenden uzak bir yaklaşımdır. Şöyle ki, doçentlik unvanının kadroya bağlı olması varsayımında dahi, salt bu gerekçe davacının söz konusu unvanın verilmesine ilişkin işleme karşı dava açmasına yetecek bir ilgi bağı kuramayacaktır. Çünkü bu gerekçeyle menfaat ilişkisinin kurulabilmesi için, davacının o kadronun talipisi/atama isteklisi olması gerekir. Oysa profesör unvanıyla başka bir üniversitede görev yapan davacının böyle bir talepte bulunmadığı ve bulunmayacağı açıktır.

İdare mahkemesinin ehliyet yönünden ret kararının dayanağı olan ikinci gerekçe ise Yüksek Öğretim Kurulu Sosyal ve Beşeri Bilimler Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Kurulu'nun 29.03.2013 tarihli, adayın eserinde etik ihlali bulunmadığına dair kararına karşı davacı tarafından herhangi bir dava açılmadığıdır. Fakat bu gerekçeyle, ciddi ve makul ilgi olarak tanımladığımız menfaat arasında bir bağ kurabilmek mümkün değildir. Zira Kurul'un anılan öğretim üyesinin özgün bilimsel eserinde etik ihlali bulunmadığına dair kararı ile davacı arasındaki -eğer bu karara karşı bir dava açmış olsaydı kurulacak olan- menfaat ilişkisi ile bu öğretim üyesine doçentlik unvanı verilmesine ilişkin işlemle davacı arasındaki menfaat ilişkisi birbirinden farklıdır.

İlkinde, öğretim üyesinin özgün bilimsel eserinde başka kişilerin ifade veya düşüncelerini kaynak göstermeksizin kendisine aitmiş gibi kullandığı, yani intihal yaptığı iddiasında bulunan, bir bilim insanı olan üstelik aynı bilim dalında faaliyet gösteren davacının, aksi yöndeki kurul kararı ile dolaylı ve kişisel menfaatinin ihlal edildiğinden söz edilebilir. Çünkü bir çeşit etik ihlali olan intihal en açık ve basit ifadeyle bilimsel hırsızlıktır. Bilimsel hırsızlıkla mücadele etmek, tüm bilim insanlarının görevidir. Hele ki aynı bilim dalında akademik unvana sahip iki kişiden birinin, diğerinin bilimsel eserinde intihal yaptığı iddiasıyla, idare tarafından verilen aksi yöndeki işleme karşı dava açmakta, sahip olduğu akademik unvan sebebiyle menfaat bağı vardır.

İkincisinde ise, doçentlik unvanının elde edilmesine ilişkin eser incelemesi ve sözlü sınavdan oluşan bütün aşamaları tamamlamış, bu sürecin sonunda başarılı sayılmış ve doçentlik unvanına sahip olmuş olan

öğretim üyesinin o unvanı hukuka aykırı bir şekilde elde ettiği gerekçesiyle açılmış bir dava vardır. Kanaatimce, Üniversitelerarası Kurul Başkanlığı tarafından doçent unvanının verilmesine ilişkin işlemle aynı bilim dalında profesör unvanına sahip kişi arasında şüphesiz ki ciddi ve makul bir ilgi mevcuttur. Bu ilgi bağının kurulabilmesi için öncesinde, bahsi geçen öğretim üyesinin bilimsel eserinde etik ihlali bulunmadığına dair idari işleme karşı davacı tarafından ayrıca bir dava açılmış olmasına gerek yoktur. Çünkü bu ilgi bağı aynı bilim dalına mensup olmaktan kaynaklıdır. Menfaatin ihlal edildiğinden söz edebilmek için öncesinde böyle bir dava açılmış olmasını gerekli görmek menfaat kavramına doktrin ve yargı içtihatlarıyla atfedilen “davacı ile dava konusu işlem arasındaki ciddi ve makul ilgi” anlamıyla bağdaşmaz. Fakat hem idare mahkemesi hem de Danıştay aksi yönde karar vermişlerdir.

Sonuç olarak idare mahkemesinin bu kararında dayandığı her iki gerekçe de iptal davalarında menfaat ihlali kavramından anlaşılması gerekenden uzaktır. Oyçokluğu ile alınan karar düzeltme talebinin reddi kararının karşı oy yazısında da belirtildiği gibi<sup>72</sup>, iptal davaları ile amaçlanan idarenin işlemlerinin hukuka uygunluk denetimini yaparak, hukukun üstünlüğünün sağlanması olduğuna göre menfaat kavramının dar değil, geniş yorumlanması gerekir. Aynı bilim dalında profesör unvanına sahip bir bilim insanının doçent unvanının elde edilmesine ilişkin idari işlemin iptaline karşı dava açmakta manevi, dolaylı ve kişisel bir menfaati olduğunun kabulü gerekir. Fakat anılan karşı oy yazısında savunulandan farklı olarak davacının dava konusu işlemle olan menfaat

---

<sup>72</sup> Danıştay 8. Dairesinin, 2014/7665 esas ve 2014/9925 karar sayılı 08.12.2014 tarihli, 3’e 2 oyçokluğu ile reddedilen karar düzeltme talebine ilişkin kararındaki karşı oy yazısı, “... *menfaat ihlali koşulunun değerlendirilmesinde, hukuk devleti ilkesi temeline dayanan idari yargı işlevinin göz ardı edilmemesi gerekir. Amaç idari faaliyetlerin hukuka uygunluk denetiminin yapılabilmesi, hukukun üstünlüğünün sağlanması olduğuna göre menfaat kavramının dar değil geniş yorumlanması gerekir. Bu itibarla anayasa hukuku profesörü olan ve aynı zamanda ...’nın doçentlik sınavın jüri üyesi olarak görevlendirilen davacının ...’ya doçent unvanı verilmesine ilişkin işlem yönünden menfaatinin etkilendiği kuşkusuz olup dava konusu idari işleme karşı özellikle de iddia konusu hususlar dikkate alındığında idari yargıda subjektif dava açma ehliyetinin bulunduğu açıktır. Bu durumda idare mahkemesince davanın esasına girilip bir karar verilmesi gerekirken ehliyet yönünden reddedilmesine ilişkin kararın bozulması gerektiği görüşüyle aksi yöndeki karara katılmıyoruz.*” şeklindedir.

## İptal Davaları Bağlamında Dolaylı ve Kişisel Menfaat Üzerine Bir Değerlendirme

ilişkisi “*anayasa hukuku profesörü olmak ve aynı zamanda ...'nın doçentlik sınavın jüri üyesi olarak görevlendirilmekten*” kaynaklanmamaktadır. Davacının menfaati salt hukuk alanında akademisyen olmaktan kaynaklanmaktadır. Davacının bahsi geçen öğretim üyesinin bilimsel eserinde etik ihlali bulunmadığına dair idari işleme karşı ayrıca bir dava açmasına gerek olmadığı gibi doçentlik (unvan) sınavında jüri üyesi olup olmaması da menfaat ilişkisinin varlığı açısından önemli değildir. Önemli olan hukuk alanında akademisyen olması, üstelik aynı bilim ve aynı anabilim dalında görev yapıyor olmasıdır.

Öte yandan anılan karara konu olan işlem üzerinden idari işlem teorisi açısından yapacağımız bir değerlendirme de bizi aynı sonuca götürecektir.

Şöyle ki, doçentlik unvanının verilmesine ilişkin işlem bir birel işlemdir. Birel işlemler, genel, soyut, sürekli hukuki etki doğuran kuralkoyucu işlemlerden; belli bir kişiye ya da nesneye yönelmesi ve münferit bir durumla ilgili olarak somut ve özel düzenleme içermesi sebebiyle ayrılır<sup>73</sup>. Bir başka deyişle birel işlemler kural getirmeyip varolan kuralları somut durumlara uygulayan, bu kurallara dayanılarak belli nesne ve kişilerin hukuki statüleri üzerinde etki doğuran işlemlerdir<sup>74</sup>.

Hukuka uygun bir birel işlem, işleme konu statüyü belirleyen hukuk kurallarından ve kişi ya da nesnenin o statünün koşullarını karşılayan özelliklerinden oluşur<sup>75</sup>. Bir başka deyişle idare birel işlem tesis ederken iki yönlü bir değerlendirme yapmak zorundadır. Birincisi işlem ile statünün koşullarının uygunluğu, ikincisi işlemin muhatabı olan kişinin özellikleri ile statünün uygunluğudur. Dolayısıyla, idarenin, kişi ya da nesneye ait niteliklerin o statünün koşullarını taşıyıp taşımadığına ilişkin değerlendirmesinin eksikliği ya da yanlışlığı, idari işlemi hukuka aykırı kılar. İdarenin, statünün koşullarını yanlış uygulaması hali de aynı şekilde hukuka aykırılık teşkil eder.

---

<sup>73</sup> Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin, 8. Baskı, Ankara, 2017, s. 404.

<sup>74</sup> Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması*, Turhan Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2012, s. 155.

<sup>75</sup> Karahanoğulları, a.g.m., 205.



İşlemin doğrudan muhatabı olmayan kişilerin birel işlemlere karşı iptal davası açabilmesinde menfaat ilişkisi, kişinin idari işlemle birlikte elde edeceği statü için gerekli niteliklere sahip olmadığı iddiasıyla yahut o statüyü oluşturan kuralların idare tarafından yanlış uygulandığı iddiasıyla kurulabilir. İşte bu olayda da davacı, kendisiyle benzer durumda olan, aynı alanda aynı mesleği icra eden bir kişiye, hukuk kuralları ile tanımlanmış statünün özelliklerini taşımamasına rağmen kendisiyle benzer/aynı statünün verilmesi durumunu doğuran dava konusu işlemle arasında menfaat ilişkisi kurabilir.

## VI. SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, dolaylı yoldan ihlal edilen menfaatin varlığını saptamak tamamıyla yoruma dayalı bir mesele olmaktadır. Menfaat maddi hukuk tarafından belirlenmiş ve koruma altına alınmış olmadığı için, gerek kavramın içeriğinin belirlenmesi gerekse somut olayın kimliğine göre menfaatin varlığının ya da yokluğunun tespit edilmesi yargı yerlerinin görevi içinde değerlendirilmektedir<sup>76</sup>. Bu somutlaştırma eyleminin yargı yerlerince yapılmamasının nedeni elbette menfaat kavramının nesnellikten uzak ve yargılama konusunun niteliğine göre değişen bir öznellik taşımasıdır<sup>77</sup>.

Bu noktada yargı içtihatlarının önemi ortaya çıkmaktadır ki, Danıştay ve idare mahkemeleri kişisel menfaat kavramını yorumlama şekilleriyle idari işlemlere karşı açılan iptal davasının alanını daraltmakta ya da genişletmektedir<sup>78</sup>. Fakat menfaat kavramının hiçbir suretle - toplumsal, ekonomik yahut siyasal- hangi sebeple olursa olsun idari yargı mercilerinin dava açma hakkını keyfi olarak genişletip daraltmasını

---

<sup>76</sup> Menfaat ihlalinin varlığını ortaya koyacak olan hususun idari işlemle davacı arasındaki ilişkinin derecesi olması, bu derecenin ise her olayda mahkeme tarafından işin özelliğine göre değerlendirileceği meselesi *Sarıca*'ya göre mahkemelere geniş bir serbesti yaratmaktadır. Yazara göre, “*mahkeme – kendi takdir ve içtihadına göre –titiz ve kıskanç davranıp herhangi bir menfaati meşru, şahsi ve aktüel addedemeyebileceği gibi, bilakis geniş ve cömert hareket ederek herhangi bir menfaati kağı derecede meşru, şahsi ve aktüel sayabilir*” *Sarıca*, a.g.e., s. 44.

<sup>77</sup> Ali Orhan Tekinsoy, s. 134.

<sup>78</sup> Gözübüyük / Tan, a.g.e., s. 349.

sağlayacak bir araç olarak kullanılmaması gerekir<sup>79</sup>. Zira bu yaklaşım iptal davalarını idarenin hukuka bağlılığını sağlama amacının dışına çıkarır.

İdari yargının, denetim alanı genişledikçe ve denetim mekanizmasını harekete geçirmek kolaylaştıkça, ortaya çıkış gerekçelerine uygun bir kimlik kazanacağı<sup>80</sup>; dava hakkını kullanmayı zorlaştıran bir yorumun, idari yargının varlık sebebiyle uyuşmayacağı dikkate alındığında, dava ehliyeti konusunda mahkemelerin amacı, idarenin hukuktan ayrıldığı her olayda mutlaka bir davacının mevcudiyetine imkan vermek olmalıdır<sup>81</sup>. Başka bir ifadeyle, mahkemeler hiçbir durumda davacıya ilişkin ön koşulları, bir idari işleme

---

<sup>79</sup> Alan'a göre menfaat ihlali şartı mahkemelerin idari yargı alanının sınırlarını belirlemede sık sık kullandıkları bir araçtır. Yazar, ülkenin içinde bulunduğu toplumsal, ekonomik veya siyasal koşulların idari yargı alanının genişletilmesini ya da daraltılmasını gerektirebileceğini ve böyle durumlarda idare mahkemelerinin menfaat ihlali kavramını dar ya da geniş yorumlamak suretiyle bu koşulların gereklerine uyum sağladıklarını, ancak bunun çok özel ve önem arz eden durumlarda başvuru olan bir yol olduğunu da savunmaktadır. Alan, a.g.m., s. 31.

<sup>80</sup> Mithat Sancar, İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 1, 1990, s. 69-88, s. 86.

<sup>81</sup> Danıştay, Türkiye Büyük Millet Meclisinin halen üyesi olan milletvekillerine 15.7.2007 tarihinde üç aylık dönem için peşin olarak ödenek ve yolluk ödenmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle bir avukat tarafından açılan davada, menfaat ihlali şartının gerçekleştiğini benzer bir ifadeyle kabul etmiştir. "(...) subjektif ehliyet koşulunun, Anayasanın 125. maddesinin 1. fıkrasına uygun olarak yorumlanarak saptanması ve idari işlemlerin hukuka uygunluğunun iptal davası yoluyla denetlenmesini engellemeyecek biçimde anlaşılması, hukuk devletinin yapılandırılması ve sürdürülmesi ilkesinin sağlanmasına uygun düşecektir. Başka bir ifade ile subjektif ehliyetin, 125. maddenin 2. fıkrasında belirlenen ve yargı denetimi dışında tutulan işlemler dışında, yargı kısıntısı yaratacak biçimde yorumlanamayacağı açıktır. (...) iptal davalarında dava konusu edilen idari işlemler ile davacılar arasında meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisi bulunması gerekmektedir, subjektif ehliyet sorunu nedeniyle bir kısım işlemlerin hukuki denetim dışında kalma olasılığının bulunduğu durumlarda, menfaat ihlalinin idari işlemlerin hukuka uygunluğunun iptal davası yoluyla denetlenmesini engellemeyecek biçimde yorumlanması zorunludur." D11D, E. 2007/6930, K. 2007/7002, K.T. 25.9.2007, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (13.03.2018).

karşı kimsenin dava açamayacağı derecede daraltmamalıdır. Aksi halde idareyi yargı yoluyla denetlemek ve hukuk devletini gerçekleştirmek mümkün olamayacaktır.

Oysa incelediğimiz kararda davacı profesörün dava konusu işlemle menfaat bağının kabul edilmemesi ve buna ilişkin öne sürülen gerekçeler, “başka kimin o idari işlemle menfaat bağı olabilir?” sorusunu akla getirmektedir. Ne yazık ki gerekçesiyle birlikte bu karar, anılan işleme karşı dava açmakta menfaat sahibi olabilecek bir kişiye imkan vermemektedir.

Kanaatimizce, iptal davalarının amacını akılda tutarak, menfaatin kişisel olması koşulunu değerlendirirken, kişi kavramını geniş anlamda almak gerekir. Menfaat koşulunu bir idari işlemde dolayı yalnızca hakkı ya da çıkarı ihlal edilenlerin dava açabileceği biçiminde dar yorumlamak yerine<sup>82</sup>, işlemin kendisine yansıdığı gerçek ya da tüzel her kişi menfaat sahibi sayılabilmelidir<sup>83</sup>. Önemli olan işlemin doğrudan doğruya bir kişi hakkında yapılması değil, kişinin menfaatinin o işlem hasebiyle zedelenmesi yahut kişinin işlemin iptali sonucunda bir fayda elde edecek olması, yani kişiyle işlem arasında ciddi ve makul bir ilgi olması gerekmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi her ikisi de iptal davaları bağlamında aynı menfaat ilişkisine işaret etmektedir.

---

<sup>82</sup> Danıştay’ın idari işlemle davacı arasındaki menfaat ilişkisinin gittikçe daha geniş tutulması ve yalnızca davada ciddiyeti temin eden bir faktör olarak göz önünde bulundurulup dar yorumlanmaması gerektiği hakkındaki görüşü için bkz. DDDK, E. 1968/293, K. 1972/623, K.T. 2.6.1972; aynı yöndeki başka kararlar için bkz. DİDDGK, E. 1989/430, K. 1990/18, K.T. 2.2.1990; D6D, E. 1989/2264, K. 1991/1101, K.T. 13.5.1991; DİDDGK, E. 1997/195, K. 1997/400, K.T. 13.6.1997; E. 1999/390, K. 2000/761, K.T. 13.6.1997; E. 2004/3, K. 2005/2371 K.T. 6.10.2005, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (13.03.2018).

<sup>83</sup> Onar, a.g.e., s. 1782.

## KAYNAKÇA

- AKURAL, Sami / ZİYYLAN, Çetin: Danıştay Sekizinci Daire Kararları (1960-1963), Güven Matbaası, Ankara, 1963.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil: Türk İdare Hukuku, Seçkin, 8. Baskı, Ankara, 2017.
- AKYÜREK, Akman: Danıştay Kararlarında İptal Davalarının Menfaat İhlali Koşulunun Kişisel Unsuru, Danıştay Dergisi, Y. 21 S. 81, Ankara, 1991, s. 29-45.
- ALAN, Nuri: İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları, Danıştay Dergisi, Y. 13, S. 50-51, Ankara, 1983, s. 22-50.
- ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, M. Kamil / DEREN YILDIRIM, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, Beta Yayınları, 8. Baskı, İstanbul, 2011.
- ALDOUS, Grahame / ALDER, John: Applications for judicial review: law and practice, Butterworths, London, 1985.
- ATA, Hakan: Askeri İdari Yargıda İptal Davasının Ön Koşulları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- AZRAK, Ali Ülkü: Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları, İstanbul, İÜSBFY, No: 8, 1982.
- AZRAK, Ali Ülkü: İzmir Barosu Yargı Reformu Sempozyumu, (7. Oturum Tartışmalar Bölümü), İzmir Barosu Yayını, İzmir, 2000.
- BİLGE, Necip – ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. b., Ankara, 1978.
- BROWN, Lionel Neville / BELL, John S: French Administrative Law, 5th ed., Oxford University Press, Oxford, 1998.
- CANDAN Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. b., Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- CANE, Peter: Administrative law, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- COŞKUN, Sabri / KARYAĞDI, Müjgan: İdari Yargılama Usulü, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001.

- ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- ÇELİKKOL, Hüseyin: İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet, Adalet Dergisi, S. 3, 1985, s. 749-770.
- Danıştay Dergisi, Y. 21 S. 81.
- DAŞTAN, Deniz: Danıştay Kararları Işığında İptal Davalarında Menfaat Kavramı, İstanbul Barosu Dergisi, C. 78, S. 2, 2004, s. 640-666.
- DURAN, Lütfi: Hukuka Aykırılıkları Koruma Girişimi, 30 Ocak 1994 tarihli Cumhuriyet Gazetesi.
- DURAN, Lütfi: İdari İptal Davası Olağan Ve Genel Bir Başvuru Yoludur, İnsan Hakları Yıllığı, C. 19-20, Y. 1997-1998, s. 187-195.
- EROĞLU, Hamza: İdare Hukuku Dersleri (Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi), Sevinç Matbaası, Ankara, 1985.
- FREEDEMAN, Charles E.: The Conseil d'Etat in Modern France, Columbia University Press, New York, 1961.
- GÖKALP, Ali Sıtkı: İptal Davaları, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara, 1968, s. 440-480.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Amerika'da ve Türkiye'de İdarenin Kazai Denetlenmesi, AÜSBFY, Ankara, 1961.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut: İdare Hukuku Cilt II: İdari Yargılama Hukuku, 10. b., Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- GÜNDÜZ, F. Ebru: İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet, Yetkin, Ankara, 2016.
- HANAĞASI, Emel: Davada Menfaat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- İKİNCİOĞULLARI, Füzulan: Dâva Açma Ehliyeti, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No. 21, Ankara, 1976.
- KALABALIK, Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku, 12. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2018.

İptal Davaları Bağlamında Dolaylı ve Kişisel Menfaat  
Üzerine Bir Değerlendirme

- KAPLAN, Gürsel: İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.
- KARAHANOĞULLARI, Onur: Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgi Bağı Sorunu, AÜSBFD, C. 62, S. 3, Ankara, 2007, s. 201-233.
- KARAHANOĞULLARI, Onur: İdarenin Hukukla Kavranması, Turhan Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2012.
- KARAVELİOĞLU, Celal: Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, 7. Baskı, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, Ankara, 2009.
- KAYA, Cemil: Danıştay Kararları Işığında İptal Davaları Açısından Sendikaların Subjektif Dava Ehliyeti, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 1215-1250.
- KAYIŞOĞLU, Bahaettin: İdari Davalarda Davacıda Aranılan Şartlar, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Y. 1974, s. 226-228.
- LONG, M. / WEIL, P. / BRAIBANT, G. / DELVOLVÉ, P. / GENEVOIS, B.: Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 12. b., Paris, Dalloz, 1999.
- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III, 3. b., İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- ÖZDEK, Yasemin: İptal Davasında Menfaat Koşulu, Amme İdaresi Dergisi, C. 24, S. 1, Mart, 1991, s. 99-115.
- ÖZDEŞ, Orhan: İdari Yargı ve İdari Yargılama Usulünün Özellikleri, Danıştay Dergisi, S. 12-13, Y. 4, Ankara, 1974, s. 9-17.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil: İdari Yargı Ders Notları, (Teksir-Daktilo-Fotokopi), Ankara, 1977.
- POSTACIOĞLU, İlhan: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 1975.
- SANCAR, Mithat: İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 23; Sayı: 1, 1990, s. 69-88.
- SARICA, Ragıp: İdari Kaza, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949.
- TEKİNSOY, Ali Orhan: İptal Davaları ve Dava Ehliyeti, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2001.

Ayşe Aslı YÜCESOY

TEKİNSOY, M. Ayhan / MISIR, Mustafa Bayram: Öğretim Üyeliğine Atanma Sürecinin Başlangıcı, Ek Koşullar Ve Jüri Raporları, AÜHFD, C. 61, S. 1, Y. 2012, s. 351-382.

ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C. 1-2, 7. b., İstanbul, 2000.

YAYLA, Yıldızhan: İdari Yargılamanın Özelliği, Atatürk'ün Yüzyüncü Yıl Dönümünü Kutlama Sempozyumu, Danıştay Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1981, s. 129-140.

YENİCE, Kazım / ESİN, Yüksel: İdari Yargılama Usulü Cilt-2 (Açıklamalı-İzahatlı-Notlu), Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım: İdare Hukuku, Cilt: 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

<http://www.conseil-etat.fr/>, (05.12.2016).

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (13.08.2018).

<http://legalbank.net/>, (10.03.2018).





## ANTİK DEMOKRASİ VE MODERN DEMOKRASİ KAVRAMLARININ KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Mehmet Nuri GÜZEL\*

### ÖZ

Yönetimin hukuka uygun olmasıyla yakından ilişkili olan kuvvetler ayrılığı ilkesi sadece hukuki bir ilke değil aynı zamanda bir siyasi tasarımdır. Bu tasarım iktidarı sınırlandırmaya yöneliktir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi köklerini antik çağdan almaktadır. Her ne kadar temelleri antik çağda belirmişse de bu düşünce günümüze oldukça farklılaşarak ulaşmıştır. Günümüzde kuvvetler ayrılığı düşüncesi demokratik hükümet sistemleri tasnifinde kullanılan bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.

Antik demokrasilerde daha çok iktidarı kullanmaya dönük bir işlevi olan kuvvetler ayrılığı düşüncesi, modern demokrasilerde iktidarı sınırlandırmaya yönelik bir araç haline gelmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Kuvvetler ayrılığı, hükümet sistemleri, demokrasi, antik demokrasi, modern demokrasi, temsil.

---

\* Arş. Gör., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, E-mail: [m.nuriguzel@hotmail.com](mailto:m.nuriguzel@hotmail.com), ORCID ID: 0000-0003-1467-8587.

Makalenin Gönderim Tarihi : 29.03.2018.

Makalenin Kabul Tarihi : 12.04.2018.

## THE ASSESSMENT OF THE CONCEPT OF ANCIENT DEMOCRACY AND MODERN DEMOCRACY IN TERMS OF PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS

### ABSTRACT

The principle of separation of powers which closely related to government's compliance with law, is not only a principle of law, but also a political design. This design is aimed at limiting the government.

The principle of separation of powers takes its roots from ancient times. Although its roots emerged in ancient times, this idea has changed significantly up to now. The idea of separation of powers appears as a principle used in the classification of democratic government systems nowadays.

The idea of separation of powers which functioned to use power in ancient democracies in general has become a tool to limit the power in modern democracies.

**Keywords:** Separation of powers, government systems, democracy, ancient democracy, modern democracy, representation.

### I. GİRİŞ

Modern demokrasilerin ayırt edici unsurlarından biri olan ve demokratik hükümet sistemlerinin tasnifinde kullanılan kuvvetler ayrılığı, hem düşünsel hem de tarihsel deneyimin ürünüdür. Farklı anlamlarda kullanılan kuvvet kelimesi hukuki-siyasi arenada yetki / fonksiyon manasında ele alınmaktadır. İktidarın; yasama, yürütme ve yargı olarak üçe ayrılması kuvvetler ayrılığı olarak belirtilmektedir. Ancak bu ilke basitçe devletin esas işlevlerinin farklı organlar tarafından yerine getirilmesi şeklinde teknik bir ilke olarak değerlendirilemez.<sup>1</sup> Ayrıca kuvvetler ayrılığı “*siyasi sanat*” tasarımıdır ve önemi, tarihi bakımdan oynadığı role bakılarak belirlenmelidir.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Fazıl Hüsnü Erdem, Hükümet Sistemi Tartışmalarında Kuvvetler Ayrılığı (Dengesi) İlkesini Yeniden Düşünmek, Yeni Türkiye, S. 51, (s. 313-318), Mart-Nisan 2013, s. 314.

<sup>2</sup> Hüseyin Nail Kubalı, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1971, s. 366.

Bu çalışmada antik demokrasi ve modern demokrasi kavramları tarihsel gelişimleri doğrultusunda ele alınmış olup, kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde değerlendirilmeye çalışılmıştır.

## II. KUVVETLER AYRILIĞI KAVRAMI

Kuvvet, “*eylemi yaratan, hareketi, oluşu, yok oluşu sağlayan güç, kudret*”, “*hareket ettirici güç*” olarak tanımlanmıştır.<sup>3</sup> Siyasal arenada kuvvet, üç farklı anlamda kullanılmıştır. Bunlar; ı) egemenliği meydana getiren unsurlar, ıı) devletin organları, ııı) devlet organlarının görevleri/fonksiyonları.<sup>4</sup>

Devletin yasama, yürütme ve yargı şeklinde üç temel organı vardır. Modern devletlerde yasama fonksiyonunu yerine getiren organ, meclis / parlamentodur.<sup>5</sup> Yasama organının temel görevleri; yasa koymak ve hükümeti denetlemektir.<sup>6</sup> Bütçeyi kabul etmek, uluslararası anlaşmaları onaylamak, savaş ilan etmek ve af çıkarmak gibi kanun veya parlamento kararı şeklinde icra ettiği görevleri de vardır.<sup>7</sup> Yürütme organı parlamenter sistemde, devlet başkanı ve bakanlar kurulundan; başkanlık sistemlerinde, başkandan oluşur.<sup>8</sup> Yürütme organının temel görevleri ise kanunları uygulamak suretiyle kamu hizmetlerini

---

<sup>3</sup> Ahmet Cevizci, Kuvvet, Paradigma Felsefe Sözlüğü içinde (s. 989), 8. Baskı, Paradigma Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 989.

<sup>4</sup> Leon Duguit, Kamu Hukuku Dersleri, Süheyp Derbil (Çev.), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1954, s. 98; Bunlara “ikna / güç vasıtasıyla oluşan yetinin maddi varlığı”nı ve “bazı eylemleri yapabilmek için yasal yetkileri” de ilave edebiliriz (Bkz. M. J. C. Vile, Constitutionalism and the Separation of Powers, 2nd Edition, Indianapolis, IN, USA: Liberty Fund Inc. 1998, p. 13. (ProQuest ebrary. Web. 31 March 2016)).

<sup>5</sup> Vincenzo Miceli, Modern Parlamentolar, Atif Akgüç (Çev.), Ulus Basım Evi, Ankara 1946, s. 15.

<sup>6</sup> Andrew Heywood, Siyaset, Berat Özipek vd. (Çev), 9. Baskı, Adres Yayınları, Ankara 2013, s. 403; Atilla Yayla, Siyaset Bilimi, 2. Baskı, Adres Yayınları, Ankara 2015, s. 265.

<sup>7</sup> Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt: 1, 1. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2011, s. 833.

<sup>8</sup> Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt: 2, 1. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2011, s. 2.

yürütmektir.<sup>9</sup> Yargı organı, devletin mahkemelerinden oluşmuş organıdır.<sup>10</sup> Yargı organının görevi hukuki uyumsuzlukları karara bağlamak olarak belirlenebilir.<sup>11</sup>

Doktrinde kuvvet olarak ifade edilen terim, daha çok görev ve yetki anlamlarında kullanılmaktadır.<sup>12</sup> Buna göre kuvvetler ayrılığından anlaşılması gereken şey haddizatında fonksiyonların ayrılığıdır.<sup>13</sup> Kuvvetler ayrılığı dendiğinde artık egemenliğin parçalı olması veya devletin temel organları değil, devletteki esas işlevlerin ayırımı kastedilmektedir.

### A. Saf Kuvvetler Ayrılığı

Özgürlükçü bir siyasal sistemin inşası için iktidarın; yasama, yürütme ve yargı olarak ayrılması saf kuvvetler ayrılığı olarak adlandırılmaktadır. Organlar; iktidarın, karşılıklı olarak belirlenmiş, yasama-yürütme-yargı fonksiyonlarını yerine getirirler. Her organ kendi fonksiyonu ile sınırlanmış olmakta, diğer organların alanlarına müdahale edememektedirler. Ayrıca iktidarın bu üç organını oluşturan görevlilerin de birden fazla organda bulunması da engellenmelidir. Bu şekilde her organ bir diğerini kontrol edebilecek ve hiç kimse tek başına devlet mekanizmasını elinde tutamayacaktır. Kuvvetler ayrılığı görüşünün bu yorumu, daha sonraki teoriler için kullanılan bir değerlendirme ölçütü olacaktır.<sup>14</sup> Saf kuvvetler ayrılığında, organların ve fonksiyonların ayrılması gerekli bir şart olmakla birlikte yeterli değildir. Her organın yetki alanı kendine özgü bir şekilde belirlenmeli ve bu alanın diğer

---

<sup>9</sup> Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Orion Kitabevi, Ankara 2017, s. 25.

<sup>10</sup> Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt: 2, s. 451.

<sup>11</sup> Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt: 2, s. 450.

<sup>12</sup> İlhan Arsel, *Anayasa Hukuku (Demokrasi)*, Doğu Matbaacılık ve Ticaret Limited Şirketi Matbaası, Ankara 1964, s. 194; Tunaya kuvvetleri devletin yapacağı görevler olarak ifade etmektedir (Bkz. Tarık Zafer Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, 5. Baskı, Araştırma Eğitim Ekin Yayınları, İstanbul 1982, s. 390).

<sup>13</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 193; Turan Güneş, *Parlemlenter Rejim'in Bugünkü Manası ve İşleyişi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Nazir Akbasan Matbaası, İstanbul 1956, s. 11.

<sup>14</sup> Vile, s. 14.

organlarca ihlali önlenmelidir. Bunun için görevlilerin birden fazla organda çalışması engellenmelidir.

## B. Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Tarihsel Arkaplanı

Kuvvetler ayrılığı yalnızca düşünsel değil, aynı zamanda tarihsel deneyimin de ürünüdür.<sup>15</sup> Kuvvetler ayrılığı fikrinin ardında Batı siyasal hayatının düşünce ve pratikleri önemli bir yer edinir. Kuvvetler ayrılığı düşüncesi köklerini antik çağdan almaktadır. Kuvvetler ayrılığı fikrinin gelişmesinde; antik çağdaki karma ve dengeli yönetim anlayışları etkili olmuş temel öğelerdir.<sup>16</sup> Dengeli yönetim anlayışının hareket noktası “adalet” kavramıdır.<sup>17</sup> Antik çağda kuvvetler ayrılığı ilkesinin temel gayesi iktidarı denetlemek değil, kullanmaktır.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, Ortaçağ yazınının bağlantısıyla İngiltere’de anayasacılık düşüncesinin temelini oluşturmuştur. Kuvvetler ayrılığı, İngiltere iç savaşında, birbirleriyle ilişkisi artık kalmayan karma yönetimde yeni bir anayasal teori oluşturmak için belirlemiştir. Modern kuvvetler ayrılığı, antik çağdaki uygulamasına hem rakip olmuş, hem de 18. yüzyılda dengeli anayasal yönetim pratiği içinde genişlemiştir.<sup>18</sup>

Her ne kadar antik çağda temelleri belirlemişse de, kuvvetler ayrılığı düşüncesi günümüze oldukça farklılaşarak ulaşmıştır. Bu olgunun tarihsel toplumsal koşulların etkisiyle geliştiğini söylemek izahtan varestedir. Siyasi bir ilke olan kuvvetler ayrılığı,<sup>19</sup> siyasal gücü sınırlamak için gereklidir.<sup>20</sup> İktidarın parçalanarak / bölüştürülerek kontrol altında tutulması fikri yeni bir düşünüş tarzıdır. Bu da siyasal gücün sınırlanması görüşünün bir sonucudur. Sınırlama kavramı incelendiğinde bünyesinde denetim olgusunu da barındırdığı görülmektedir.

---

<sup>15</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 10. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 129.

<sup>16</sup> Vile, s. 2-3.

<sup>17</sup> Erdem, Hükümet Sistemi..., s. 316.

<sup>18</sup> Vile, s. 2-3.

<sup>19</sup> Yayla, Siyaset Bilimi, s. 155.

<sup>20</sup> Yayla, Siyaset Bilimi, s. 241; Kuvvetler ayrılığının demokrasinin temel bir ögesi olmadığına ilişkin görüşler de bulunmaktadır. Kuvvetler ayrılığı başlarda daha ziyade aydın elit bir grubun menfaatlere koruma sağlamıştır. Ayrıntılı bilgi için Alain Touraine, Demokrasi Nedir?, Olcay Kunal (Çev.), 6. Baskı Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2015, s. 51.

18. yüzyıldan önce dini otoriteyi dikkate alarak ikili bir ayrıma konu olan devletin fonksiyonları, yerini üçlü ayrıma bırakmıştır. 18. Yüzyıl İngiltere’inde yönetimin; Kral, Lordlar ve Halk arasında dengeli ve eşit olmasına ilişkin bir düşünce ortaya çıkmıştır. Bu dönemde oluşan kuvvetler ayrılığının üç temel ögesi şöyledir: ı) kuvvetlerin kontrol altında tutulduğu yasama-yürütme-yargı şeklindeki üçlü ayırım, ıı) oluşturulan organlara özgü fonksiyonlar, ııı) organlarda yer alan görevlilerin farklı olması.<sup>21</sup> Devletin yasama-yürütme-yargı şeklindeki esas üç işlevini yerine getiren, görevlileri ayrı olan üç bağımsız organ, kuvvetler ayrılığı düşüncesinin temel ögesi haline gelmiştir. Böylece organların ve fonksiyonların ayrılarak, kuvvetlerin denetim altına alınması, gelişen ve genişleyen merkezi devleti sınırlandırmanın araçları olarak ortaya çıkmıştır.

Locke kuvvetleri; yasama, yürütme ve konfederatif güçler olarak ayırır. Yasama kuvveti devlet güçlerinin kullanılmasını belirleyen iktidardır. Üstün ve egemen olan yasama kuvveti, herkesin uyacağı kuralları koyar ve devletin diğer organlarının yetkilerini belirler. Yürütme kuvveti, yasamanın yaptığı yasaları uygulama gücüdür. Yürütme kuvveti, yasalara uymak zorunda olduğunun farkında olduğu zaman görevlerini kamunun iyiliği doğrultusunda yapacaktır. Konfederatif kuvvet ise savaş ve barışa karar verme, diğer devletlerle ilişkiler kurma ve anlaşmalar yapma yetkilerini kapsar. Locke’a göre yürütme kuvveti ve konfederatif kuvvet, yasama kuvvetine tabidir.<sup>22</sup>

Kuvvetler ayrılığı düşüncesi modern çağda ilk kez Locke tarafından savunulmuşsa da, üne kavuşması Montesquieu sayesinde olmuştur.<sup>23</sup> Montesquieu kuvvetleri, günümüzdeki gibi yasama, yürütme

---

<sup>21</sup> Vile, s. 16-17.

<sup>22</sup> Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Genişletilmiş 15. Bası, Beta, İstanbul 2015, s. 177-181.

<sup>23</sup> Uygun, *Demokrasi Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 122; Benzer görüşler için Bkz. Ali Fuat Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri*, (Birinci Cilt, Fasikül II), Baha Matbaası, İstanbul 1960, s. 280; Mehmet Turhan, *Anayasal Devlet*, 4. Baskı, Naturel Yayıncılık, Ankara 2005, s. 87; John Locke bu görüşlerini, “Second Treatise of Civil Government” adlı yapıtında, Montesquieu ise “The Sprit of Laws” adlı yapıtında açıklamıştır (Bkz. Turhan, *Anayasal Devlet*, s. 87-88.).

ve yargı olarak ayırmıştır.<sup>24</sup> Montesquieu'nun modelinde yasama ve yürütme yetkileri, taç (monarşik), soylu sınıfı (aristokratik) ve burjuvazi (demokratik) arasında paylaşılır; yargı yetkisi ise monark dışarda tutularak soylu sınıfı ile burjuvazi arasında bölüştürülür.<sup>25</sup> Montesquieu'da temel gaye özgürlükleri güvence altına almaktır, çünkü kuvvetlerin aynı yerde birleşmesi özgürlükleri ortadan kaldırır.<sup>26</sup> Montesquieu'ya göre kuvvetin kuvvetle durdurulması, iktidarın kötüye kullanılmaması için gereklidir ve özgürlükler de ancak iktidar kötüye kullanılmadığı zaman var olabilir.<sup>27</sup>

### C. Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Amaçları

Modern kuvvetler ayrılığı ilkesi sınırlı devlet anlayışının bir ürünü olup, özgürlüğü teminat altına almayı amaç edinmiştir. Devlette yasama, yürütme ve yargı şeklinde üç temel kuvvet bulunmaktadır ve bu kuvvetler üç farklı ve bağımsız organa verilmelidir.<sup>28</sup> Devletin temel organlarının yasama, yürütme ve yargı olarak ayrılmasına “*yatay kuvvetler ayrılığı*” da denmektedir.<sup>29</sup> Amaç iktidarın parçalara ayrılarak sınırlandırılması suretiyle,<sup>30</sup> birey haklarını / özgürlüklerini korumak

<sup>24</sup> Fazıl Hüsni Erdem, Amerikan Siyasal Sisteminin Temel Özellikleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı (Haz.), Prof. Dr. KENAN TUNÇOMAĞ'a ARMAĞAN içinde (149-173), İstanbul 1997, s. 150; Kaboğlu, s. 130., Turan Güneş, Parlemlenter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Nazir Akbasan Matbaası, İstanbul 1956, s. 5.

<sup>25</sup> Erdem, Hükümet Sistemi ..., s. 316.

<sup>26</sup> Erdem, Amerikan Siyasal ..., s. 150.

<sup>27</sup> Montesquieu, Yasaların Ruhu, Fehmi Baltaş (Çev.), Mete Tunçay (Der.), Batı'da Siyasî Düşünceler Tarihi-2 Yeni Çağ Seçilmiş Yazılar içinde (s. 287-324), Birinci Baskı, Teori Yayınları, Ankara 1986, s. 312.

<sup>28</sup> Arsel, s. 194; Başgil, Esas Teşkilat Hukuku ..., Birinci Cilt, Fasikül II, s. 291; Andrew Heywood, Siyasetin Temel Kavramları, Hayrettin Özler (Çev.), 1. Baskı, Adres Yayınları, Ankara 2012, s. 286; Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt: 1, s. 538; Mustafa Erdoğan, Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara 2014, s. 75; A. Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 78; Yayla, Siyaset Bilimi, s. 154.

<sup>29</sup> Kaboğlu, s. 107.

<sup>30</sup> Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, 12. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2015, s. 23; Erdoğan, Anayasa Hukuku, s. 73; Gözübüyük, s. 78; Heywood, Siyasetin Temel Kavramları, s. 286; Kaboğlu, s. 129; Kubalı, s. 158; Yayla,

şeklinde ifade edilmektedir.<sup>31</sup> Amaç, baskının / despotizmin önüne geçmek ve bu suretle özgürlükleri korumaktır.<sup>32</sup> Kuvveti kuvvetle durdurarak aralarında denge oluşturulmaya çalışılır.<sup>33</sup>

#### **D. Modern Bir Kavram Olarak Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Kendine Has Özellikleri**

Kuvvetler ayrılığı devletin ve fonksiyonlarının hukuka uygun düzenlenmesi ile yakından ilişkidir.<sup>34</sup> Ancak kuvvetler ayrılığı, hukuki bir ilke değildir, “*siyasi sanat*” tasarımıdır ve önemi, tarihi bakımdan oynadığı role bakılarak belirlenmelidir.<sup>35</sup>

İş bölümü ve uzmanlaşma kuvvetler ayrılığının içeriklerinden sayılabilecek iki husustur. Ancak kuvvetler ayrılığı basitçe bir işbölümü değildir. İş bölümünün amacı teknik ve ekonomik verim iken, kuvvetler ayrılığının gayesi siyasedir.<sup>36</sup> Bu siyasi gaye iktidarı parçalara bölüştürerek onu sınırlamaktır.

Kuvvetler ayrılığı, temsili rejimin varlığına bağlıdır.<sup>37</sup> Başka bir ifadeyle temsil kurumu kuvvetler ayrılığının hayata geçirilmesinin zeminini oluşturmuştur.

---

Siyaset Bilimi, s. 241; Zühtü Arslan, Anayasa Teorisi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 29.

<sup>31</sup> Arsel, s. 194; Arslan, s. 29; Başgil, Esas Teşkilat Hukuku ..., Birinci Cilt, Fasikül II, s. 287; Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 23; Erdoğan, Anayasa Hukuku, s. 73; Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 19. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2015, s. 490; Gözübüyük, s. 78; Heywood, Siyasetin Temel Kavramları, s. 286; Kaboğlu, s. 130; Özbudun, s. 191; Turhan, s. 89; Yayla, Siyaset Bilimi, s. 154.

<sup>32</sup> Başgil, Esas Teşkilat Hukuku ..., Birinci Cilt, Fasikül II, s. 282; Gözübüyük, s. 78; Heywood, Siyasetin Temel Kavramları, s. 286.

<sup>33</sup> Erdoğan, Anayasa Hukuku, s. 75; Gözübüyük, s. 78; Kaboğlu, s. 131; Turhan, s. 90.

<sup>34</sup> Vile, s. 23.

<sup>35</sup> Kubalı, s. 366.

<sup>36</sup> Başgil, Esas Teşkilat Hukuku ..., Birinci Cilt, Fasikül II, s. 288-290.

<sup>37</sup> Teziç, s. 489. Kuvvetler ayrılığı ilkesi temsili rejimin varlığına bağlı iken, temsili rejim kuvvetler ayrılığı ilkesine bağlı değildir. Yasama ve yürütme yetkilerinin, yasama veya yürütme organlarında birleştiği kuvvetler birliği ilkesinde de temsili rejim bulunmaktadır. Örneğin Meclis Hükümeti Sisteminde de temsili rejim söz konusudur.



## E. Demokratik Hükümet Sistemlerinin Tasnifinde Kuvvetler Ayrılığı İlkesi

Kuvvetler ayrılığı, kuvvetler arasında işbirliği ve ilişkilerin daha fazla veya daha az olmasına göre ikiye ayrılmaktadır.<sup>38</sup> Bu doğrultuda kuvvetler ayrılığı sistemleri, sert kuvvetler ayrılığı ve yumuşak kuvvetler ayrılığı olarak ele alınabilir. Sert kuvvetler ayrılığına dayalı hükümet sistemine başkanlık sistemi, yumuşak kuvvetler ayrılığına dayalı hükümet sistemine parlamenter sistem denmektedir.<sup>39</sup>

Başkanlık sisteminde yasama ve yürütme arasındaki ayrılık, sıkı / sert / katı / kesin / mutlak şeklinde ifade edilir.<sup>40</sup> Yasama ve yürütme arasındaki ayrılık, hem işlevsel hem organik bir ayrımdır. Yasama ve yürütme organlarının ayrı ayrı seçilmeleri, her iki organın görevlilerinin ayrı olması, bir kişinin her iki organda görev alamaması, organik ayırimdan kaynaklıdır. İşlevsel ayrılık; yasamanın sadece yasa yapma / yasama faaliyetlerini, yürütmenin sadece hükümet etme / yürütme faaliyetlerini yerine getirmesidir.<sup>41</sup> Her iki organ kendi fonksiyonu ile sınırlanmış olmakta, diğerinin alanlarına müdahale edememektedir. Başkanlık sisteminin unsurlarını; yürütmenin tek başlı olması, başkanın halk tarafından seçilmesi, başkanın hem devlet hem hükümetin başı olması, başkanın görev süresi boyunca görevinden alınamaması, parlamentonun yürütme tarafından feshedilememesi, yasama ve yürütme kuvvetleri arasında kontrol ve denge mekanizmalarının kurulması olarak sayabiliriz.<sup>42</sup>

Parlamenter sistemde yasama ve yürütme kuvvetleri arasında ayrılık, hafif / yumuşak / esnek / ılımlı olarak ifade edilir.<sup>43</sup> Yasama ve yürütme organları arasında işbirliği, denge, hukuki eşitlik, karşılıklı etkileme / bağımlılık söz konusudur.<sup>44</sup> Yumuşak kuvvetler ayrılığı

---

<sup>38</sup> Başgil, Esas Teşkilat Hukuku ..., Birinci Cilt, Fasikül II, s. 308-311.

<sup>39</sup> Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt: 1, s. 565-566.

<sup>40</sup> Gözübüyük, s. 37; Heywood, Siyaset, s. 401; Kubalı, s. 369; Özbudun, s. 28; Teziç, s. 529; Yayla, Siyaset Bilimi, s. 280.

<sup>41</sup> Erdoğan, Anayasa Hukuku, s. 19-20; Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 453-454.

<sup>42</sup> Gözübüyük, s. 37.

<sup>43</sup> Başgil, Esas Teşkilat Hukuku ..., Birinci Cilt, Fasikül II, s. 330; Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 461; Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt: 1, s. 587; Kubalı, s. 371; Teziç, s. 503.

<sup>44</sup> Tunaya, s. 398.

## Antik Demokrasi ve Modern Demokrasi Kavramlarının Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

denmesinin nedenleri yasama ve yürütme organları arasındaki organik ve işlevsel işbirliğinden kaynaklıdır. Parlamenter sistemin unsurlarını; yürütmenin iki başlı olması, kolektif nitelikte kabinenin bulunması, başbakanın parlamenter olması, kabinenin parlamentonun güvenine dayanması, devlet başkanının siyaseten sorumsuzluğu, hükümetin siyasi sorumluluğu, hükümetin parlamento faaliyetlerine katılabilmesi, parlamentonun yürütme tarafından fesih imkânına sahip olması şeklinde sayabiliriz.<sup>45</sup>

Hem başkanlık sisteminde hem parlamenter sistemde kuvvetler arası ilişkilere bakıldığında öncelikle ve özellikle yasama ve yürütme ilişkileri ele alınmaktadır. Yargı kuvvetinin bağımsızlığı ise, üzerinde uzlaşılan bir ön kabul durumundadır.

Görevler/fonksiyonlar ayrılığı olarak kabul edilen kuvvetler ayrılığı ilkesi doğrultusunda, başkanlık sisteminde kuvvetler ayrılığının gerçekleştirilme şekli kuvveti kuvvetle dengelemektir. Bunu sağlamak için de kuvvetlerin diğer kuvvetlerin alanına müdahale etmemesi kural olarak kabul edilmiştir.

Parlamenter sistemde ise kuvvetler ayrılığı, karşılıklı bağımlılıkta kendini göstermektedir. Yasama ve yürütme kuvvetleri birbiriyle işbirliği halindedir. Kabinenin parlamentonun güvenine dayanması ve hükümetin siyasi sorumluluğu olması, yasamanın yürütme üzerindeki denetimini sağlar. Böylece yürütme, kendini yasaların üstünde görmeyecek ve yasaları uygularken keyfi uygulamalardan kaçınacaktır. Hükümetin parlamento faaliyetlerine katılabilmesi ile de yasama izlendiğini bilecek, parlamentonun yürütme tarafından fesih imkanıyla da sınırsız olmadığını anlayacaktır.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin gereği olarak yasama ve yürütme organlarının ayrılması için, bu organlarda görev yapacak olanların belirlenmesi gerekecektir. Yasama ve yürütme organlarında görev alacak olanların belirlenmesi, seçimler aracılığıyla halkın yönetime etkin bir şekilde katılımını sağlayacaktır. Bu da temsil kurumu ile mümkündür. Yasama organı için seçilen temsilciler, hükümet kararlarını denetleyebileceklerdir.

---

<sup>45</sup> Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 461-462; Güneş, s. 57-80.

### III. DEMOKRASİ

Demokraside iktidarın kaynağı halktır. Demokrasinin etimolojik manası da halkın yönetimi / iktidarı demektir.<sup>46</sup> İktidarın kaynağının halk olması, iktidarın kullanılmasında halkın belirleyici olacağı anlamına gelir. İktidarın kullanılmasında halk ya doğrudan doğruya aracısız bir şekilde bulunacak ya da seçtiği temsilciler vasıtasıyla iktidarı kullanacaktır.

Demokrasi sadece düşünce olarak değil uygulama itibariyle de eskidir.<sup>47</sup> Demokrasi, yöneticilerin şiddete başvurmadan, kan dökmeden görevden alınmasını sağlar.<sup>48</sup> Demokrasi, iktidarın elde edilmesinde ve kullanılmasında zora dayalı yöntemlerle bağdaşmaz.

Demokrasi hem bir ideali hem de bir gerçeği anlatmaktadır.<sup>49</sup> Demokrasi kavramı sadece kelimenin ne anlama geldiğiyle değil, o şeyin nasıl bir şey olduğuyla da alakalıdır ve demokrasi, idealleri ve değerleri ile var olur.<sup>50</sup> İdeallerin “*hem gerçekleştirilebilecek hem de gerçekleştirilemeyecek*”<sup>51</sup> şeyler olduğu unutulmamalıdır. İdealler gerçeklere birebir dönüştürülmek için değil, gerçeklerle yarışmak için oluşturulmuşlardır<sup>52</sup>. Demokrasi kavramıyla birlikte nelerin gerçekleştiği ve nelerin gerçekleştirilebileceğinin net bir şekilde anlaşılabilmesi için bu kavramın tarihsel gelişimine bakmamız gerekecektir.

---

<sup>46</sup> Giovanni Sartori, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, Tunçer Karamustafaoğlu / Mehmet Turan (Çev.), 2. Baskı, Sentez Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 39.

<sup>47</sup> Ali Fuat Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri*, (Birinci Cilt, Fasikül I), Baha Matbaası, İstanbul 1960, s. 200.

<sup>48</sup> Karl R. Popper, *Açık Toplum ve Düşmanları*, Mete Tunçay / Harun Rızatepe (Çev.), 3. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara 2013, s. 139.

<sup>49</sup> Robert A. Dahl, *Demokrasi Üzerine*, Betül Kadioğlu (çev.), 2. Baskı, Phoenix Yayınevi, Ankara 2010, s. 35.

<sup>50</sup> Sartori, s. 23.

<sup>51</sup> Sartori, s. 96.

<sup>52</sup> Sartori, s. 111.

## A. Antik Demokrasi<sup>53</sup>

Demokratik öğelerin öne çıktığı ilk siyasal sistemler yirmi beş asır önce Antik Yunan'da belirmiş ve bu dönemde yeni siyasal sistemi ifade etmek üzere “demokratia” kelimesi kullanılmıştır.<sup>54</sup> Demokrasi dendiğinde siyasal bir kavram olarak demokrasi anlaşılmıştır.<sup>55</sup> “Demos” ve “Kratia” sözcüklerinden oluşan bu kelime eski Yunanca'dan Batı dillerine, oradan da Türkçe'ye geçmiştir.<sup>56</sup> “Demos” kelimesi bütün Atinalılar, halk veya yoksullar gibi farklı anlamlarda kullanılmıştır.<sup>57</sup> İlk coğrafi bir anlam taşıyan “Demos”, zamanla bu özelliğini yitirmiş daha genel olarak kelimenin halk anlamı ön plana çıkmıştır.<sup>58</sup> “Kratia”

---

<sup>53</sup> Demokrasi kavramı ele alınırken Antik Demokrasi ve Modern Demokrasi ayrımı kullanılmıştır. Bu kavramlar birbirlerinin alternatifleri olarak değil tarihsel olarak farklılıklarını vurgulamak üzere tercih edilmiştir. Antik demokrasi kavramı yerine farklı ifadelerde kullanılmaktadır. Örneğin Yunan demokrasisi (bkz. Recai G. Okandan, Umumi Amme Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1952, s. 171; Sartori, s. 340), kent devletleri demokrasisi (bkz. Alaeddin Şenel, Çağdaş Siyasal Akımlar, İmaj Yayınevi, Ankara 2001, s. 238), doğrudan demokrasi (bkz. Atilla Yayla, Siyaset Bilimi, s. 145), klasik demokrasi (bkz. Heywood, Siyaset, s. 107; Erdoğan, Anayasa Hukuku, s. 106), Atina demokrasisi (bkz. Berke Özenç, Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2014, s. 26; Kubalı, s. 272; Manfred G. Schmidt, Demokrasi Kuramlarına Giriş, M. Emin Köktaş (çev.), 2. Baskı, Vadi Yayınları, Ankara 2002; Popper, s. 70; Yayla, Siyaset Bilimi, s. 146) bunlardan bazılarıdır.

<sup>54</sup> Uygun, s. 9-10.

<sup>55</sup> Siyasal demokrasi ile kastedilen, siyasal toplum düzeyinde yönetim açısından ortaya konan demokrasidir. Siyasal demokrasi ile diğer demokrasi kavramlarına (sosyal demokrasi, sanayi demokrasisi, iktisadi demokrasi) ilişkin tanım ve farklılıkları hakkında Bkz. Sartori, s. 25-33.

<sup>56</sup> “Deme” mahalle, “Demos” mahalleli / halk, “Kratia” yönetim anlamlarına gelip, “Demokratia” mahallelinin/halkın yönetimi demektir (Bkz. Şenel, s. 223).

<sup>57</sup> Dahl, s. 20. Demos halk meclislerinde toplanan topluluklar anlamında kullanılmıştır ve bu topluluklar bugünkü halk kavramından farklıdır. Bu farklılıklar için Bkz. Sartori, s. 40-51.

<sup>58</sup> Ateş Uslu, Demokrasi, Siyaset Bilimi Kavramlar, İdeolojiler, Disiplinler Arası İlişkiler, (137-151), Genişletilmiş 3. Basım, Yordam Kitap, İstanbul 2012, s. 138.

ise, egemen olmak, iktidarı kullanmak<sup>59</sup> veya yönetim<sup>60</sup> anlamlarına gelmektedir.

Demokrasi belirli bazı tarihsel ve toplumsal koşulların ürünüdür.<sup>61</sup> Demokrasi pratiğinin tarihsel olarak günümüzden çok öncelerine uzandığı görülmektedir. Farklı anlamlarda kullanılsa da söz konusu terim siyasal bir nitelik taşımaktadır.

“Antik demokrasi” terimi,<sup>62</sup> her ne kadar Antik Yunandaki demokratik rejimi ifade etse de, bunlardan sadece Atina yönetimine ilişkin yeterli bilgi bulunmaktadır.<sup>63</sup> Atina demokrasisi, en önemli ve en bilinenidir. Halk katılımının ilk örneği olduğu ifade edilmektedir.<sup>64</sup> Antik demokrasi; tarihsel olarak ilk kez demokratik olan ve olmayan egemenlik düzenlerinin tasvirini, açıklamasını ve karşılaştırmasını içerdiğinden modern demokrasiler için önem taşır.<sup>65</sup> Atina’nın, yetişkin herkesin (köleler, yabancılar ve kadınlar hariç) eşit siyasal yetkilere sahip, doğrudan demokrasi örneği olarak ortaya çıkması<sup>66</sup>, Solon Yasaları<sup>67</sup>

---

<sup>59</sup> Schmidt, s. 14.

<sup>60</sup> Şenel, s. 223.

<sup>61</sup> Şenel, s. 225. Demokrasi geleneksel, aristokratik ve kabilelere özgü düzen bunalımına bir yanıt olarak meydana gelmiştir (Bkz. Jean-François Kervegan, Demokrasi, İsmail Yerguz (Çev), Philippe Raynaud / Stephane Rials (Haz), Siyaset Felsefesi Sözlüğü içinde (s. 187-194), İsmail Yerguz vd. (Çev), 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2011, s. 187).

<sup>62</sup> Fransızca “antique” kelimesinden dilimize geçmiş olan “antik” kelimesinin anlamı, “İlk Çağdaki uygarlıklarla, özellikle eski Yunan ve Roma uygarlıkları ile ilgili olan, antika” şeklindedir. [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5acc63f262029.42124061](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5acc63f262029.42124061), (Erişim Tarihi: 10.04.2018). Antik kelimesi her ne kadar eski Yunan ve Roma uygarlıklarını nitelese de *Antik Demokrasi* kavramıyla kastedilen Antik Yunan Demokrasisidir. Antik demokrasi kavramı, Antik Yunan Demokrasisi kavramının kısaltılmış kullanımınıdır. Antik demokrasi kavramı yerine “Yunan demokrasisi”, “Atina demokrasisi”, “kent devletleri demokrasisi” ifadeleri de kullanılmaktadır.

<sup>63</sup> Uygun, s. 10.

<sup>64</sup> Dahl, s. 20.

<sup>65</sup> Schmidt, s. 43.

<sup>66</sup> Uygun, s. 18.

<sup>67</sup> Solon Yasaları; çok şiddetli cezalar içeren Drakon Yasalarının yerine konulan, daha ılımlı ve insani yasalardır (Bkz. Sadri Maksudi Arsal, Umumi Hukuk Tarihi, İkinci Tabı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 242, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1944, s. 94).

üzerine oluşturulan Kleithenes Reformları<sup>68</sup> (İ.Ö. 506) ile gerçekleşmiştir.<sup>69</sup>

Atina “polis” olarak ifade edilen birlikti ve polis şehir merkeziyle birlikte onun etrafından oluşan kırsal bölgelerden oluşurdu.<sup>70</sup> Polis temel iki ögeden meydana gelmekteydi: kurumsallaşmış siyasal topluluk ve yerleşim alanı.<sup>71</sup> Antik Yunan’da polisin temel siyasal birlik olduğu görülmektedir.

Polis, bir siyasal birlik olmakla birlikte devlet düzeyinde geniş bir oluşum değildir.<sup>72</sup> Bunun nedenlerinden biri din olup, her polisin bir Tanrısının olması her polisin daha geniş birlikler kurmasını engellemesidir. Her polisin bir Tanrısı bulunmakta ve bu tanrı sadece o polis mensuplarına ve sadece o polis sınırları içinde koruma sağlamaktadır. Diğer bir neden de toplulukların polisin özerkliğini korumaya olan bağlılıklarıdır.<sup>73</sup> Din ve bağımsızlığa olan tutku, polisin oluşumunda müspet bir etki oluştururken, polisin daha geniş bir siyasal örgütlenmeye dönüşmesi yönünde menfi bir etki yaratmıştır.

---

<sup>68</sup> Solon ve Kleisthenes Reformları, kan bağına dayalı komünal örgütleri ortadan kaldırmıştır. Bunların yerine “Demes” adlı, tesis edilen yapay topluluklar belirlemiştir (Bkz. Uygun, Demokrasi, s. 56). Paranın değiş tokuş sisteminde yeni düzen kurarak insanlar arasında yeni bir bağ türü oluşturması, insanların kan bağlarını kırmalarına yardımcı olmuştur. Solon döneminde eski ayrıcalıkların kaldırılmasında, antik Yunanda siyasetin demokratikleşmesi etkili olmuştur. Antik Yunanda siyaseti demokratikleştiren temel unsurlardan biri de paranın kullanımı ve yayılmasıdır (Bkz. Peter Watson, Fikirler Tarihi Ateşten Freud’a, Kemal Atakan / Nurettin Elhüseyni / Kaya Genç / Barış Pala / Bahar Tırnakçı (çev.), 1. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2014, s. 113).

<sup>69</sup> Uygun, s. 17.

<sup>70</sup> Yayla, Siyaset Bilimi, s. 145.

<sup>71</sup> Mogens Herman Hansen, Polis, Oxford, GB: OUP Oxford 2006, p. 56. (ProQuest ebrary. Web. 24 March 2016).

<sup>72</sup> Okandan, Umumi Amme ..., s. 166; Recai G. Okandan, Kadim Yunanda Amme Hukuku, Kenan Basımevi ve Klişe Fabrikası, İstanbul 1942, s. 19; Sartori de, “polis”i devlet olarak değil kent topluluğu olarak değerlendirmekte ve bundan devlet olarak bahsedilirse hataya düşüleceğini ifade etmektedir. Ona göre Antik Yunanda demokrasiyi belirleyen özellik devletsiz olmasıdır (Bkz. Sartori, Demokrasi Teorisi ..., s. 340-341).

<sup>73</sup> Okandan, Umumi Amme ..., s. 167; Okandan, Kadim Yunanda ..., s. 2-18.

Toplumsal hayat için siyasal bir tasarı olan polislin oluşumu, birçok faktörden meydana gelmiştir. Bir yanda eski yönetim modellerine bir cevap, bir yanda sitenin bağımsızlığına olan tutku, başka bir yanda ise ekonomik ve dini etmenler söz konusu faktörlerden bazılarıdır.

Atina demokrasisini mümkün kılan koşullar arasında özel bir öneme sahip olan unsur, Atina'nın günümüz devletlerine kıyasla çok küçük ölçekli oluşudur. Küçük ölçekli olarak ifade edilmesi hem coğrafik hem de demografik nedenlidir. Demografik özelliği nedeniyle Atina toplumu “yüzyüze” toplum niteliğindedir. Köken, din, dil ve kültür birlikteliği nedeniyle sosyal yapının türdeş olması da önemli unsurlardan biridir.<sup>74</sup>

Günümüze kıyasla daha homojen bir toplumsal yapıya sahip olan polislin coğrafik olarak dar bir alana sahip olması, poliste yaşayacak insanların sayısını da belirlemektedir. Bunun sonucu olarak daha iç içe ilişkiler kurarak birbirlerini az çok tanıyan insan topluluğu meydana gelmiştir. Demografik ve coğrafik özelliği Atina demokrasisini mümkün kılmıştır.

Atina demokrasisi kurallar ve kurumların yanı sıra bir yaşam tarzıdır. Kurulması ve sürdürülmesi bir yurttaşlık bilincinin yanında eşitlikçi ve özgürlükçü bir siyasal kültürü gerektirir.<sup>75</sup> Eşitlik “yurttaşlar arası” ve “köleler arası” eşitlik olarak uygulanmış, özgürlük ise siyasal özgürlük olarak değerlendirilmiştir.<sup>76</sup> Yurttaş olanların siyasal özgürlükleri; yasaların yapımı, yargılama, yöneticilerin seçimi gibi doğrudan siyasal katılım şeklinde ortaya çıkmaktadır.<sup>77</sup> Görevler çoğu kez kura ile belirlenir.<sup>78</sup> Sıradan bir yurttaş tüm yaşamı boyunca bir sefer kurada devlete başkanlık etme şansına sahiptir.<sup>79</sup>

---

<sup>74</sup> Uygun, s. 47-50.

<sup>75</sup> Uygun, s. 79. Söz konusu siyasal kültürde insanın kendini yönetebilecek akıl sahibi bir varlık olduğu, yöneticiliğin belli kimselerin tekelinde bir meslek olamayacağı ve her insanın kendi başına bir amaç olduğu fikirleri önemli noktalardır (Bkz. Şenel, Çağdaş Siyasal Akımlar, s. 226-232).

<sup>76</sup> Ayferi Göze, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Genişletilmiş 15. Bası, Beta Basım, İstanbul 2015, s. 6; Eşitlik siyasal bir nitelikte olup, yurttaşlar üzerinde sömürü ilişkisinin kurulmasını önlemiştir (Bkz. Özenç, s. 40).

<sup>77</sup> Göze, s. 6.

<sup>78</sup> Uygun, s. 99.

<sup>79</sup> Dahl, s. 20.

Eşitlik ve özgürlük, demokrasi tartışmalarında / kuramlarında sıklıkla dile getirilen iki ilkedir. Antik demokrasinin ortaya çıkmasında ve gelişmesinde etkili olan bu ilkeler mutlak olarak anlaşılmalıdır. Her şeyden önce yurttaş olarak adlandırılan kimselerin poliste yaşayanların belirli bir kesimini oluşturduğu unutulmamalıdır. Bu doğrultuda eşitlik ve özgürlük aslında yurttaş olarak anılan bu kesimin eşitliği ve özgürlüğü olmaktadır. Yukarıda belirtilen polislin ortaya çıkmasında etkili olan dinin ve bağımsızlığa olan istekliliğin, yurttaş olarak belirtilen bu kesim arasında bir bağ kurduğu anlaşılabilir. Yurttaşlık bilinci olarak bu bağ da demokrasinin devamlığının bir aracı olmaktadır.

Polisteki yurttaş, günümüzdeki yurttaştan farklıdır. Polisteki yurttaşlar kendilerini tamamıyla kamu hizmetine vermek durumundadırlar.<sup>80</sup> Polisten bağımsız olarak hak sahibi birey yoktur.<sup>81</sup> Başka bir ifadeyle kamusal alanın, özel alana üstünlüğü söz konusudur. İnsanlar kamusal alanda ve kamusal alana bağlı olarak özgür olabilmektedirler. Bireysel özgürlük, kamusal ilişkilerde kendini göstermektedir.

Antik demokraside siyasal yönden çözülmeye çalışılan meselenin her yurttaşına uygun görevi bulmak olduğu belirtilmiştir.<sup>82</sup> Atina demokrasisinde; *her yetişkin erkek yurttaşın*<sup>83</sup> doğal üyesi olduğu ve temsili bir organ olmayan yasama organı niteliğindeki Halk Meclisi (Ekklesia), yürütme organı niteliğindeki Beşyüzler Konseyi (Boule), bizzat yurttaşlar tarafından yürütülen yargı organı niteliğindeki Halk Mahkemeleri (Dikasterion) bulunmaktaydı.<sup>84</sup> Bu kurumların varlığını her yurttaşına uygun görevi bulmak olarak değerlendirebiliriz.

---

<sup>80</sup> Sartori, s. 344.

<sup>81</sup> Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 249. Benzer görüşler için Bkz. Okandan, Umumi Amme ..., s. 168-169.

<sup>82</sup> Ahmet Taner Kışlalı, Eski Yunan'da Demokrasi ve Demokratik Düşünce, Amme İdaresi Dergisi içinde (s. 63-77), C. 17, S. 1, Mart 1984, s. 66.

<sup>83</sup> Yurttaşın "polis" içinde genel nüfusa oranla küçük bir azınlık olduğu unutulmamalıdır (Bkz. Göze, s. 5). Benzer görüşler Bkz. Başgil, Esas Teşkilat Hukuku ..., Birinci Cilt, Fasikül I, 201; Kubalı, s. 272; Okandan, Umumi Amme ..., s. 169.

<sup>84</sup> Uygun, s. 20-21. Mahkemelerde halkın etkin rol alması, yargılama faaliyetlerini demokratikleştirmiştir (Bkz. Özenç, Hukuk Devleti ..., s. 101).



Halk meclisi yasaları kabul eden, savaşa, barışa vergi toplanmasına karar veren organdı.<sup>85</sup> Ancak gündem Beşyüzler Konseyi tarafından belirlenirdi.<sup>86</sup> Halk meclisinin yetkilerinden bazıları yöneticileri seçmek, siyasal davalara bakmak, dış politikaya ilişkin davalara bakmaktı.<sup>87</sup>

Beşyüzler Konseyi, Atina'daki her mahalleden, kurayla belirlenen 50'şer üyeden meydana gelmekteydi.<sup>88</sup> Kurayla belirlenen bir kişi devlet başkanı olarak görev yapmak üzere 24 saat süreliğine atanırdı.<sup>89</sup> Kura yöntemi, yurttaşlara görevlerin dağıtılmasında tercih edilen temel yöntemdi.<sup>90</sup> Hükümet etme haricinde, Halk Meclisi ve Halk Mahkemelerinin faaliyetlerine katkıda bulunurdu.<sup>91</sup> Örneğin suçluları bir mahkemeye göndermek veya cezalandırma yetkilerine sahipti.<sup>92</sup>

Halk Mahkemeleri, uzman kişilerden değil bizzat yurttaşlardan oluşurdu.<sup>93</sup> Halk Mahkemelerinin üyeleri kura ile belirleniyor ve günümüzdeki mahkemelerden farklı olarak yasama ve yürütmeye ilişkin yetkileri de bulunuyordu.<sup>94</sup> Halk Mahkemelerinin esas fonksiyonu, Halk Meclisinin, Beşyüzler Konseyinin ve yöneticilerin denetlenmesiydi.<sup>95</sup>

Hem meclis hem de mahkeme, siteyi yöneten halk olarak anlaşılmaktaydı.<sup>96</sup> Tüm bu faaliyetler yurttaşlar tarafından gerçekleştirilmekteydi<sup>97</sup>. Yani yönetim vasıtasız bir şekilde yurttaş olarak belirtilen bir kesim tarafından icra edilmektedir.

Antik demokrasileri değerlendirdiğimizde belirttiğimiz üç temel işlev (yasama, yürütme ve yargı) *görünüşte* farklı organlarca (Ekklesia, Boule, Dikasteria) yerine getirilmektedir. Ancak dikkatle baktığımızda görülecektir ki, Halk meclisinin (Ekklesia) yetkileri içinde yürütmeye ve

---

<sup>85</sup> Kışlalı, s. 67.

<sup>86</sup> Uygun, s. 22.

<sup>87</sup> Uygun, s. 23.

<sup>88</sup> Kışlalı, s. 67.

<sup>89</sup> Uygun, s. 27.

<sup>90</sup> Kışlalı, s. 66.

<sup>91</sup> Uygun, s. 27.

<sup>92</sup> Kışlalı, s. 67.

<sup>93</sup> Uygun, s. 30.

<sup>94</sup> Kışlalı, s. 67.

<sup>95</sup> Uygun, s. 31.

<sup>96</sup> Uygun, s. 43.

<sup>97</sup> Uygun, s. 104.

yargıya ilişkin konular da yer almaktadır. Beşyüzler Konseyi (Boule), hükümet etmenin yanında Halk Meclisi ve Halk Mahkemelerinin (Daikasteria) faaliyetlerine de katkıda bulunmaktadır. Halk Mahkemelerinin de yasamaya ve yürütmeye ilişkin yetkileri mevcuttur. Belirtilmesi gereken bir diğer husus da bu organların sadece o coğrafyada yaşayan bir kesimden (özgür yetişkin erkek yurttaş) oluşmasıdır. Bu kişilerin aynı anda birden fazla organda yer almalarını yasaklayan bir kurala rastlanmamıştır. Ayrıca Antik demokrasilerin yer aldığı coğrafyalar küçük ölçekli olup, bu coğrafyalarda yaşayan *özgür yetişkin erkek* yurttaşlar iktidarı bizzat kullanmak için söz konusu kurumlarda görev almaktadırlar. Polis olarak ifade edilen temel siyasi birliklerde karşımıza çıkan antik demokraside yurttaşlar kendilerini kamusal hizmete vermek zorundadır. Bu doğrultuda Ekklesia / Boule / Dikasteria'da yer almak yurttaşlar için bir ayrıcalık olduğu kadar bir zorunluluktur. Özgür olmak, kamusal alanın içinde olmakla / kamusal faaliyetlerde bulunmakla aynı anlamdadır. Belirtilen bu kurumların varlık nedenlerinden biri de her yurttaşın uygun görevi vermek şeklindeki siyasi meseleye çözüm bulmaktır. Bu doğrultuda antik demokrasilerde kuvvetler ayrılığına delil olarak sunulan söz konusu kurumların iktidarı denetlemekten ziyade iktidarı kullanmaya yönelik oldukları söylenebilir.

## B. Modern Demokrasi<sup>98</sup>

Makedon egemenliği neticesinde site düzeninin ve doğrudan demokrasiye dayanan rejimlerin yıkılmasıyla demokrasi uzun bir süre tarih sahnesinde görülmez oldu. Demokrasi, düşünsel düzeyde 17. yüzyılda, yönetim biçimi olarak ise 19. yüzyılda tekrar tarih sahnesine çıkmıştır.<sup>99</sup> Ortaçağ boyunca etkisini yitiren demokrasi kavramının tekrar gün yüzüne çıkmasında, aydınlanma dönemi düşüncesinin sonuç vermeye başlaması etkilidir.<sup>100</sup> Demokrasi düşüncesinin tekrar ön plana çıkması; yönetme yetkisinin kaynağının Tanrı'ya, kalıtıma ve güce dayandıran fikirlerin artık kabul görmemesiyle gerçekleşmiştir.<sup>101</sup>

<sup>98</sup> Modern demokrasi kavramı yerine farklı ifadeler de kullanılmaktadır. Bunlardan bazıları; Liberal Demokrasi (bkz. Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 259) ve Temsili Demokrasi (bkz. Kubalı, s. 275; Sartori, s. 345; Yayla, Siyaset Bilimi, s. 147) kavramlarıdır.

<sup>99</sup> Uygun, s. 113.

<sup>100</sup> Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 241.

<sup>101</sup> Uygun, s. 175.

Haddizatında antik ve modern demokrasi iki farklı demokrasi modelidir. Modern demokrasi ile antik demokrasi arasındaki farklardan biri devlet ölçeğinin büyümesi sonucu doğrudan demokrasinin artık mümkün olmamasıdır. Bu durum temsil kurumlarını gerekli kılmıştır. Farklardan bir diğeri ise temsil kurumlarının etkisiyle yurttaşın rolündeki değişimdir. Bu değişim devlet-birey dikotomisini artırmış ve etnik, dinsel, kültürel çatışmalı alanlar yaratmıştır.<sup>102</sup>

Modern demokrasiler, Yunan sitelerine kıyasla hem demografik hem de coğrafik olarak büyük ölçeklere sahiptir.<sup>103</sup> Bu ölçeğe uygun bir demokrasiyi mümkün kılacak olan kurum ise “temsil”dir.<sup>104</sup> Temsil, toplumların hacim olarak büyümesinin ve modern devletlerin ortaya çıkmasının tabii bir neticesidir.<sup>105</sup> Temsil ve demokrasi kavramlarının bir arada bulunabileceği görüşü 18. yüzyıla aittir ve bu kavramları bir araya getirmeye yönelik ilk görüşler İngiliz İç Savaşı sırasında ortaya konmuştur.<sup>106</sup> Ortaçağda gelişmeye başlayan temsil kavramı<sup>107</sup> 18. yüzyılın sonlarından itibaren demokrasi teorisine önemli katkılarda bulunmaya başlamıştır.<sup>108</sup> Vatandaşların yönetime etkin bir şekilde katılımını sağlaması ve hükümet kararlarını denetime imkân vermesi nedeniyle temsil kurumuna gereksinim duyulmuştur.<sup>109</sup> Temsil, iktidarı sınırlamakta ve halka iktidarı denetleme ve değiştirme imkânı sunmaktadır.<sup>110</sup>

Temsil kavramına baktığımızda, temsilin günümüzdeki kimliğine kavuşması tarihsel olarak modern devletlerin ortaya çıkmasıyla ilişkili olduğu görülmektedir. Modern devletler ile daha fazla insan üzerinde,

---

<sup>102</sup> Uygun, s. 114.

<sup>103</sup> Uygun, s. 115.

<sup>104</sup> Uygun, s. 116. Alain Touraine, demokrasinin “temel haklara saygı, yurttaşlık ve yöneticilerin temsilciliği” şeklinde birbirini tamamlayan üç boyutu olduğunu ifade eder (Bkz. Touraine, s. 45).

<sup>105</sup> Yayla, Siyaset Bilimi, s. 147.

<sup>106</sup> Uygun, s. 125-125.

<sup>107</sup> Monarklar / krallar, savaş açmak ve vergi koymak istediklerinde soylulardan (aristokrasi), din adamlarından, tüccarlardan (burjuvazi), sıradan insanlardan (köylüler) destek almaya çalışırlardı. Bunun için her birinin temsilcileri Kral tarafından toplantıya çağrılırdı. Temsili ortaya çıkaran gelişmeler kısaca bu şekildedir (Bkz. Kubalı, s. 275).

<sup>108</sup> Yayla, Siyaset Bilimi, s. 148.

<sup>109</sup> Dahl, s. 107.

<sup>110</sup> Sartori, s. 99.

daha geniş alanlarda, daha merkezi bir yönetim kurulduğu bilinmektedir. Düşünce tarihinde demokrasi kavramının tekrar gün yüzüne çıkmasıyla, demokrasinin uygulanabilirliğine yönelik arayışlar da başlamıştır. Bu kapsamda temsil bir çözüm olarak sunulmuştur. Bu yönüyle temsili, iktidarın sınırlanması için öne sürülen kuvvetlerin ayrılığı ve halkın yönetime katılımını aynı zamanda denetimini sağlamak üzere geliştirilmiş bir mekanizma olarak yorumlayabiliriz. Bu haliyle temsil, demokrasinin yeniden hayata geçirilmesinin önemli bir aracı olmuştur. Sorumlu devlet / iktidar anlayışının ortaya çıkmasında halkın kendisini yönetecek olanların işbaşına getirmesi ve gerektiğinde görevden alabilmesi için geliştirilen seçim mekanizması etkili olmuştur.<sup>111</sup>

Sınırlı ve sorumlu devlet anlayışı liberalizmde de en başta gelen amaçlardandır.<sup>112</sup> Liberalizmin bu amaçlarıyla demokrasi kavramı iç içe geçmeye başlamış, modern demokrasi anlayışı ortaya çıkmıştır. Liberalizm, geliştirdiği kurumlarla devletin / iktidarın sınırlanmasını sağlarken, demokrasi de halkın yönetime katılımı, siyasal eşitlik kavramlarıyla sınırlı ve sorumlu devlet anlayışını desteklemiştir. Bu birliktelik sonucu uzun bir süre boyunca demokrasi dendiğinde liberal demokrasi anlaşılmıştır.

Dahl modern demokrasiyi; etkin katılım, oy kullanma eşitliği, bilgi edinebilme, son kararı verme ve karar verme süreçlerine yetişkinlerin dâhil olmasına imkân veren bir kavram olarak ele alır.<sup>113</sup> Başka bir söylemle yönetime katılım, katılımın yöntemi ve amacı Dahl'ın demokrasi düşüncesinin temellerini oluşturur. Demokrasinin gayesini de arzulan sonuçlar doğurmasına bağlar.<sup>114</sup> Bu ifadeden demokrasinin yararlı bir araç olduğu anlamı çıkmaktadır. Gerçek anlamda demokrasi için Dahl mevcut demokratik rejimleri inceler ve bunun için minimum şu kurumlara ihtiyaç duyulduğunu söyler: Seçimle belirlenmiş yöneticiler, sürekli tekrarlanan adil ve özgür seçimler, ifade özgürlüğü, alternatif

<sup>111</sup> Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, 13. Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara 2001, s. 139.

<sup>112</sup> Atilla Yayla, *Siyaset Teorisine Giriş*, Beşinci Baskı, Kesit Yayınları, İstanbul 2012, s. 165.

<sup>113</sup> Dahl, s. 48.

<sup>114</sup> Liberal bir perspektifle sebeplerini teker teker açıkladığı 10 gerekçe sayar. Bunlar; zorbalığı önlemek, temel haklar, genel özgürlük, insani gelişme, ahlaki özerklik, kendi kaderini tayin etme, kişisel çıkarların korunması, siyasal eşitlik, barış ve refah (Bkz. Dahl, s. 56). Sartori'ye göre de demokrasi yeğlenen / tercih edilen bir şeydir (Bkz. Sartori, s. 331-336).

bilgilenme kaynakları, kurumsal özerklik, yurttaşların kararlara dâhil edilmesi.<sup>115</sup> Dahl'ın bu yöntemi olana ilişkin bir yaklaşımdır. Sayılan kurumların özünde, yönetime katılımın nasıl bir ortamda ne şekilde gerçekleştirildiği anlayışı yatar.

Lijphart, Dahl'ın modern demokrasiler için ileri sürdüğü altı temel kurumun önemine vurgu yapar. Amprik verilerle hazırladığı ve otuz altı devletin değerlendirmesini içeren eserinde; modern demokrasileri çoğunlukçu / Westminster modeli ve oydaşmacı demokrasi modeli olarak ele alır.<sup>116</sup> Çoğunlukçu / Westminster demokrasi modelinde; yürütme gücü tek partili ve dar çoğunluk hükümetlerinde toplanır, hükümet parlamento karşısında üstün konumdadır, siyasal hayatta iki partili sistem hakimdir, seçim sistemi çoğunlukçu ve gayri-nispi karaktere sahiptir, çoğulcu çıkar grupları mevcuttur, devlet üniter ve merkezîyetçi bir niteliktedir, yasama gücü tek meclisli bir yasama organında toplanmıştır, anayasalar esnektir, anayasaların yargısal yorumu yoktur, Merkez Bankası yürütme tarafından kontrol edilir. Oydaşmacı demokrasi modelinde ise; yürütme gücü geniş koalisyon hükümetleri tarafından paylaşılır, yürütme ve yasama güçleri dengelidir, çok partili sistem söz konusudur, seçim sistemi nispi temsile dayalıdır, çıkar gruplarında korporatizm mevcuttur, devlet federal ve adem-i merkezîyetçidir, yasama gücü güçlü iki meclisten meydana gelir, anayasa katı niteliktedir, anayasa yargısı vardır, Merkez Bankası bağımsızdır.<sup>117</sup>

Eserinde, demokrasi dendiğinde Liberal Demokrasi anlaşılması gerektiğini vurgulayan Sartori; demokrasinin ne olmadığını yanıtlıyarak kendi demokrasi tanımına ulaşır. Buna göre demokrasi, otokrasi değildir yani “*Demokrasi hiç kimsenin kendi kendini seçemeyeceği, hiç kimsenin kendini yönetme yetkisi ile donatamayacağı ve dolayısıyla, hiç kimsenin bağısız ve koşulsuz bir iktidar savında bulunamayacağı bir sistemdir.*”<sup>118</sup>

---

<sup>115</sup> Dahl, s. 99. Dahl bu altı temel kuruma sahip demokrasileri “poliarşi” olarak niteler ve etkin katılımın, bilgilenmenin, denetimin söz konusu kurumları gerekli kıldığını belirtir (Bkz. Dahl, s. 104-106).

<sup>116</sup> Bu demokrasi modelleri ayırımında kullandığı parametreler şunlardır: Parti sistemleri, Hükümet şekilleri, Yasama-yürütme ilişkileri, Seçim sistemleri, Çıkar grupları, Güçler ayrılığı, Parlamentolar, Anayasalar ve Merkez Bankaları (Bkz. Arend Lijphard, Demokrasi Modelleri Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları, Güneş Ayas / Utku Umud Bulsun (Çev.), 2. Baskı, İthaki Yayınları, İstanbul 2016, s. 15-23).

<sup>117</sup> Lijphard, s. 25-71.

<sup>118</sup> Sartori, s. 258-259.

Modern demokrasilerin temellerinin “(a) sınırlı çoğunluk, (b) seçim usulleri ve (c) iktidarın temsil yoluyla devredilmesi”<sup>119</sup> olduğunu belirtir.

Modern demokrasi anlayışına baktığımızda demokrasinin liberalizmin sınırlı devlet anlayışıyla iç içe geçtiğini ve demokrasi için temsilin olmazsa olmaz bir araç olduğunu görmekteyiz. Sınırlı devlet anlayışında da iktidarın parçalara ayrılması / bölüştürülmesi suretiyle kontrol altında tutulabileceği görüşü nirengi noktasını oluşturur.

Modern demokrasilerde sınırlı devlet anlayışı bağlamında hükümet sistemleri ele alındığında, kuvvetler ayrılığı çerçevesinde demokratik hükümet sistemleri, başkanlık sistemi ve parlamenter sistem olarak karşımıza çıkmaktadır. Başkanlık sisteminde kuvvetler ayrılığı ilkesi özellikle kuvveti kuvvetle durdurma / dengeleme prensibi üzerinden işlemektedir. Her organın yetki alanı ayrıca belirlenmekte ve diğer organların alanına müdahale edilmesi önlenmeye çalışılmaktadır. Başkanlık sisteminde yürütme, yasama organından çıkmamaktadır. Ancak başkanın halk tarafından seçilmesi ve başkanın hem devletin hem hükümetin başı olması, yürütmeyi yasamaya karşı daha güçlü bir konuma getirmektedir. Parlamenter sistemde ise yürütme ve yasama arasındaki bağımlılık oldukça fazladır. Parlamenter sistemde yürütme, yasama organından çıkmaktadır. Ancak parlamentodaki çoğunluk, hükümetteki parti üyeleri tarafından sağlanmışsa yasama-yürütme ayrılığından bahsetmek çok anlamlı olmayacaktır.

#### IV. SONUÇ

Kuvvetler ayrılığı dendiğinde birçok kişinin aklına ilk gelen düşünce, devletin yasama, yürütme ve yargı şeklindeki temel işlevlerinin farklı organlarca yerine getirilmesi olmaktadır. Ancak kuvvetler ayrılığı salt teknik bir ilke veya işbölümü veya uzmanlaşma değildir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinde bir işbölümü olduğu gerçektir, ancak bu işbölümünün gayesi siyasidir. Bu amaç da siyasi iktidarı sınırlamak ve bu yolla denetlemektir.

İnsan ürünü olan demokrasi pratiğinin ilk örneği antik demokrasidir. Antik çağdaki karma ve dengeli yönetim anlayışları, kuvvetler ayrılığı ilkesinin gelişmesinde etkili olmuş temel öğelerdir. Kuvvetler ayrılığının ilk örneği olarak belirtilen Antik Yunan'daki

---

<sup>119</sup> Sartori, s. 50.

kurumların (Halk Meclisi, Beşyüzler Konseyi, Halk Mahkemeleri) temel işlevi iktidarı kullanmaktır. Ancak günümüzde kuvvetler ayrılığı ilkesi iktidarı kullanmaktan ziyade iktidarı denetlemeye ve sınırlandırmaya yönelik bir mekanizmadır. Bu bağlamda antik demokraside kuvvetler ayrılığı ilkesinin bulunmadığı söylenebilir.

Modern demokrasi kuramlarını incelediğimiz takdirde karşımıza sıkça vurgulanan bazı kavramlar çıkmaktadır. Bunlardan başlıcaları; katılım, sınırlı ve sorumlu devlet ve seçim usulleridir. Modern demokrasilerde kuvvetler ayrılığı ilkesi, iktidarı parçalara ayırmak suretiyle denetimi mümkün kılmakta, sınırlı ve sorumlu devlet anlayışına hizmet etmektedir. Kuvvetler ayrılığını ve halkın yönetime katılımını sağlamak için de temsil kurumuna ihtiyaç duyulmuştur.

Modern demokrasilerde sınırlı devlet anlayışı bağlamında hükümet sistemleri ele alındığında, kuvvetler ayrılığı çerçevesinde demokratik hükümet sistemleri başlıca başkanlık sistemi ve parlamenter sistem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Başkanlık sisteminde kuvvetler ayrılığı ilkesi özellikle kuvveti kuvvetle durdurma / dengeleme prensibi üzerinden işlemektedir. Kuvveti kuvvetle durdurarak aralarında denge oluşturulması düşüncesi antik demokrasilerde de mevcuttur. Ancak iktidarın parçalara ayrılarak sınırlandırılması suretiyle birey haklarını / özgürlükleri korumak, modern demokrasilere özgü bir yaklaşımdır.

Parlamenter sistemde ise yürütme ve yasama arasındaki bağımlılık oldukça fazladır. Parlamenter sistemde yürütme, yasama organından çıkmaktadır. Ancak parlamentodaki çoğunluk, hükümetteki parti üyeleri tarafından sağlanmışsa yasama-yürütme ayrılığından bahsetmek çok anlamlı olmayacaktır.

Son olarak bugünkü manada kuvvetler ayrılığı ilkesinin antik demokrasi kavramıyla değil, modern demokrasi kavramıyla yakından ilgili olduğu söylenebilir.

## KAYNAKÇA

- ARSAL, Sadri Maksudi: Umumi Hukuk Tarihi, İkinci Tabı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 242, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1944.
- ARSEL, İlhan: Anayasa Hukuku (Demokrasi), Doğu Matbaacılık ve Ticaret Limited Şirketi Matbaası, Ankara 1964, s. 194.
- ARSLAN, Zühtü: Anayasa Teorisi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- BAŞGİL, Ali Fuat: Esas Teşkilat Hukuku, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, (Birinci Cilt, Fasikül I), Baha Matbaası, İstanbul 1960.
- BAŞGİL, Ali Fuat: Esas Teşkilat Hukuku, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, (Birinci Cilt, Fasikül II), Baha Matbaası, İstanbul 1960.
- CEVİZCİ, Ahmet: Kuvvet, Paradigma Felsefe Sözlüğü, 8. Baskı, Paradigma Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 989.
- DAHL, Robert A.: Demokrasi Üzerine, Betül KADIOĞLU (çev.), 2. Baskı, Phoenix Yayınevi, Ankara 2010.
- DUGUIT, Leon: Kamu Hukuku Dersleri, Süheyp DERBİL (Çev.), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1954.
- ERDEM, Fazıl Hüsnü: Amerikan Siyasal Sisteminin Temel Özellikleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı (Haz.), Prof. Dr. KENAN TUNÇOMAĞ'a ARMAĞAN, İstanbul 1997, s. 149-173.
- ERDEM, Fazıl Hüsnü: Hükümet Sistemi Tartışmalarında Kuvvetler Ayrılığı (Dengesi) İlkesini Yeniden Düşünmek, Yeni Türkiye, S. 51, Mart-Nisan 2013, s. 313-318.
- ERDOĞAN, Mustafa: Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara 2014.
- ERDOĞAN, Mustafa: Anayasa Hukukuna Giriş, Orion Kitabevi, Ankara 2017.
- ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, 12. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2015.



- GÖZE, Ayferi: Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Genişletilmiş 15. Bası, Beta, İstanbul 2015.
- GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt: 1, 1. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2011.
- GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt: 2, 1. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2011.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Anayasa Hukuku, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- GÜNEŞ, Turan: Parlemlenter Rejimnin Bugünkü Manası ve İşleyişi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Nazir Akbasan Matbaası, İstanbul 1956.
- HANSEN, Mogens Herman: Polis, Oxford, GB: OUP Oxford 2006. (ProQuest ebrary. Web. 24 March 2016.).
- HEYWOOD, Andrew: Siyaset, Berat Özipek vd. (Çev), 9. Baskı, Adres Yayınları, Ankara 2013.
- HEYWOOD, Andrew: Siyasetin Temel Kavramları, Hayrettin Özler (Çev.), 1. Baskı, Adres Yayınları, Ankara 2012.
- KABOĞLU, İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 10. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.
- KAPANİ, Münci: Politika Bilimine Giriş, 13. Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara 2001.
- KERVEGAN, Jean-François: Demokrasi, İsmail YERGUZ (Çev.), Philippe RAYNAUD / Stephane RIALS (Haz), Siyaset Felsefesi Sözlüğü, İsmail YERGUZ vd. (Çev.), 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2011, s. 187-194.
- KIŞLALI, Ahmet Taner: Eski Yunan'da Demokrasi ve Demokratik Düşünce, Amme İdaresi Dergisi, C. 17, S. 1, Mart 1984, s. 63-77.
- KUBALI, Hüseyin Nail: Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1971.
- LIJPHARD, Arend: Demokrasi Modelleri Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları, Güneş AYAS / Utku Umut BULSUN (Çev.), 2. Baskı, İthaki Yayınları, İstanbul 2016.
- MICELI, Vincenzo: Modern Parlamentolar, Atıf AKGÜÇ (Çev.), Ulus Basımevi, Ankara 1946.

- MONTESQUIEU: Yasaların Ruhu, Fehmi BALTAŞ (Çev.), Mete TUNÇAY (Der.), Batı'da Siyasi Düşünceler Tarihi-2 Yeni Çağ Seçilmiş Yazılar, Birinci Baskı, Teori Yayınları, Ankara 1986, s. 287-324.
- OKANDAN, Recai G.: Kadim Yunanda Amme Hukuku, Kenan Basımevi ve Klişe Fabrikası, İstanbul 1942.
- OKANDAN, Recai G.: Umumi Amme Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1952.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- ÖZENÇ, Berke: Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2014.
- POPPER, Karl R.: Açık Toplum ve Düşmanları, Mete TUNÇAY / Harun RIZATEPE (Çev.), 3. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara 2013.
- SARTORİ, Giovanni: Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Tunçer KARAMUSTAFAOĞLU / Mehmet TURAN (Çev.), 2. Baskı, Sentez Yayıncılık, İstanbul 2014.
- SCHMIDT, Manfred G.: Demokrasi Kuramlarına Giriş, M. Emin KÖKTAŞ (çev.), 2. Baskı, Vadi Yayınları, Ankara 2002.
- ŞENEL, Alaeddin: Çağdaş Siyasal Akımlar, İmaj Yayınevi, Ankara 2001.
- TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 19. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2015.
- TOURAINÉ, Alain: Demokrasi Nedir?, Olcay KUNAL (Çev.), 6. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2015.
- TUNAYA, Tarık Zafer: Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 5. Baskı, Araştırma Eğitim Ekin Yayınları, İstanbul 1982.
- TURHAN, Mehmet: Anayasal Devlet, 4. Baskı, Naturel Yayıncılık, Ankara 2005.
- USLU, Ateş: Demokrasi, Gökhan ATILGAN / E. Atilla AYTEKİN (Haz.), Siyaset Bilimi Kavramlar, İdeolojiler, Disiplinler Arası İlişkiler, Genişletilmiş 3. Basım, Yordam Kitap, İstanbul 2012, s. 137-151.

Mehmet Nuri GÜZEL

UYGUN, Oktay: Demokrasi Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

VILE, M. J. C.: Constitutionalism and the Separation of Powers, 2nd Edition, Indianapolis, IN, USA: Liberty Fund Inc. 1998. (ProQuest ebrary. Web. 31 March 2016).

WATSON, Peter: Fikirler Tarihi Ateşten Freud'a, Kemal ATAKAN / Nurettin ELHÜSEYNİ / Kaya GENÇ / Barış PALA / Bahar TIRNAKÇI (çev.), 1. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2014.

YAYLA, Atilla: Siyaset Bilimi, 2. Baskı, Adres Yayınları, Ankara 2015.

YAYLA, Atilla: Siyaset Teorisine Giriş, Beşinci Baskı, Kesit Yayınları, İstanbul 2012.

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5acc63f262029.42124061](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5acc63f262029.42124061) (Erişim Tarihi: 10.04.2018).



