

ISSN: 1303 - 4650

# YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY  
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi  
*This Journal is a peer-reviewed journal published twice a year.*

**Cilt: XIV, Sayı: 1  
Vol. XIV, No. 1  
Yıl / Year: 2017**



**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ**

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW**

**Yayın Sahibi / Publisher**

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk (Dekan / Dean), Yeditepe Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi adına / *On Behalf of Yeditepe University Faculty of Law*

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editör - Responsible Manager / Editor**

Prof. Dr. Oktay Uygun

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*

**Editör Yardımcıları / Associate Editors**

Yrd. Doç. Dr. Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Teknik Hazırlık / Layout and Page Design**

Ar. Gör. Tayanç Tunca Molla, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Ece Çağlayan Candelen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Serhat Özkan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Yönetim Yeri / Place of Management**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.

26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul

Tel. (0216) 578 07 67

**İnternet Adresi / Web Address**

<http://law.yeditepe.edu.tr/tr/you-hukuk-fakultesi-dergisi>

**Yayının Türü / Type of Publication**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan  
hakemli bir dergidir.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer-reviewed journal  
published twice a year.*

**Basımcının Adı / Printed by**

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti. (Sertifika No : 20179)

Nispetiye Mahallesi Birlik Sokak No:2 Nevin Arıcan Plaza 1.

Levent/Beşiktaş/İstanbul

Tel: (0212) 269 30 00

**Basım Yeri / Place of Publication**

İstanbul / *Istanbul*

**Basım Tarihi / Publication Date**

Aralık / *December* 2017

**ISSN: 1303 - 4650**

**Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri**  
*All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to:*

**E-posta / E-mail:** yuhfd@yeditepe.edu.tr

**Telefon / Phone:** (0216) 578 07 67

**Faks / Fax:** (0216) 578 07 56

**Editör / Editor:** (Oktay Uygun) oktayuygun@yahoo.com

**Editör Yardımcıları / Associate Editors:**

(Semin Töner Şen) stonersen@gmail.com

(Onur Özcan) onurozcan@yahoo.com

**Posta Adresi / Postal Address:**

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

İnönü Mah. Kayışdağı Cad. 26 Ağustos

Yerleşimi 34755 Ataşehir - İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

*Articles published in this journal represent only the views of the contributors.*

*Copyright © 2017*

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.

*All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.*

Dergiye yapılan atıflarda “YÜHFD” kısaltması kullanılmalıdır.

*For citations, please use the abbreviation: “YUHFD”*

### **Dergimiz Hakkında**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi’de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi’imize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.), katkılarınızla Dergi’mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

### ***About Our Journal***

*Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.*

*We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.*

### **Danışma Kurulu / *Advisory Board***

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Belgin Erdođmuş, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
(2004-2013 tarihleri arasında dergimize danışmanlık yapmıştır.)

Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

### **Yayın Komisyonu / *Editorial Board***

Prof. Dr. Rayegân Kender, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nami Barlas, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cem Budak, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Augusto Sinagra, La Sapienza, Roma Üniversitesi

Prof. Dr. Bart de Schutter, Vrije Universiteit Brussel

Prof. Dr. Claudio Grossman, American University, Washington College of Law

Prof. Dr. Helge Loytved, Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft; Bundessozialgericht, Kassel

Prof. Dr. Michel Waelbroek, Brüksel Üniversitesi, ULB

Prof. Dr. Nanette Neuwahl, Montreal Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Patrick Hugg, Loyola University School of Law

Prof. Dr. Ruşen Ergeç, ULB Université Libre de Bruxelles

Prof. Dr. Stefan Talmon, Universität Bonn, Fakultät für Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht; Co-Direktor des Instituts für Völkerrecht

Prof. Dr. Don Wallace, Jr., Georgetown Üniversitesi, International Law Institute-Chairman

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sultan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Faruk Acar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Ekrem Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Bülent Sözer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Gül Doğan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Melek Yüce Bilgin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Ragıp Barış Erman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Semir Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Tefik Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Ahmet Cemil Yıldırım, Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Zuhale Arıç, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Mehmet Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Cihan Avcı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Shabnam Majtahedi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Cihan Mengü Acun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Nazan Moroğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Jennifer Morrison, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Sinan Naipoğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. İsmail Esin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. John Schmidt, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Jeffery P. List, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Elif Selin Cila, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Amer Raja, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

## ***PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW***

1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), altı ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer-reviewed journal published twice a year.*

2) Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ve çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

*This is a general journal of law and legal issues. Articles, case notes and comments, discussions of legislative developments, book reviews and other similar type of papers, which are written in Turkish and in other European languages, are welcome.*

3) Dergi’de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

*Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.*

4) Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kâğıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

*Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:*

*Paper size: A4*

*Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm*

*Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified*

*Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified*

5) Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu ([yuhfd@yeditepe.edu.tr](mailto:yuhfd@yeditepe.edu.tr)) ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

*Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor (yuhfd@yeditepe.edu.tr). There is no need to submit any hardcopy of the article.*

6) Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.

*The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.*

7) Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir.

*Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8) Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **keywords** in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9) Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.

*All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

10) Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

11) Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır.

*The authors of the texts submitted for publication in the journal are deemed to have consented to the publication of their work electronically.*

12) Yayın Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan makaleler, anonim olarak hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda makalenin yayımlanmasına, hakemden gelen rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yayımlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda ve genellikle e-posta yolu ile haberdar edilecektir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.



*Articles will initially be examined by the editorial board. After initial evaluation by the editorial board, the submissions will be sent to an anonymous peer reviewer, who is determined by the editorial board. In case of rejection or proposed amendments, the contributor(s) will be informed (generally via e-mail) in adequate detail and provided with a copy of the reviewer's report. Whenever needed or necessary, a reviewed and amended submission may be sent to a second reviewer.*

**13)** Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

**14)** Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

**15)** Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da ULAKBİM'e kargo ile ulaştırılır.

*Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS)**. Also two copies of the published issue will be delivered to ULAKBİM by cargo.*

**16)** Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

*Free copies of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s)*

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
**Cilt: XIV, Sayı: 1, Yıl: 2017**

**İÇİNDEKİLER**

**ULUSLARARASI HUKUK VE AB HUKUKU DÜZENLEMELERİ  
KAPSAMINDA ÖTANAZİ VE BELÇİKA ÖRNEĞİNDE  
ÖTANAZİYE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER**

**Yard. Doç. Dr. Kutluhan BOZKURT**.....1  
Münih Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi ve Yeditepe  
Üniversitesi Avrupa Birliği Hukuku Öğretim Üyesi  
**e-posta:** kutluhan.bozkurt@yeditepe.edu.tr

**GÜÇ KULLANIMI OLARAK SİBER FAALİYETLER: ULUSLA-  
RARASI HUKUKUN SİBER UZAYA UYGULANABİLİRLİĞİ**

**Yasir GÖKÇE**.....22  
Eski Ar. Gör., Harvard Üniversitesi  
**e-posta:** yasir@bicaklaw.com

**CİNSİYET GEÇİŞ SÜRECİNİN HUKUKİ VE TOPLUMSAL  
BOYUTU: HAKLAR ve İHLALLER**

**Ar. Gör. Serhat ÖZKAN**.....55  
Ar. Gör., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku  
Anabilim Dalı  
**e-posta:** serhat.ozkan@yeditepe.edu.tr

**ROMA HUKUKUNDA SİGORTA**

**Prof. Dr. Diler TAMER** .....85  
Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı  
**e-posta:** dilertamer@yahoo.com

**KATALONYA’NIN BAĞIMSIZLIK TALEBİNİN ULUSLARARASI HUKUKTA SELF-DETERMİNASYON VE AYRILMA HAKKI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

**Yard. Doç. Dr. Semin TÖNER ŞEN.....97**

Yard. Doç. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**e-posta:** stonersen@gmail.com

**FEMİNİST HUKUK TEORİSİ VE ÖZEN AHLAKI**

**Prof. Dr. Oktay UYGUN.....127**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**e-posta:** oktayuygun@yahoo.com

**7061 SAYILI KANUN İLE GETİRİLEN VERGİ DEĞİŞİKLİKLERİ**

**Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK.....149**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**e-posta:** huzelturk@superonline.com

**BOLİVYA ANAYASASINDA ÜLKESEL HAKLAR**

**Yard. Doç. Dr. Nihan YANCI ÖZALP.....172**

Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**e-posta:** nihanyanci@gmail.com

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY  
FACULTY OF LAW  
Volume: XIV, No: 1, Year: 2017**

**CONTENTS**

**EUTHANASIA FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL -  
EU LAWS, EUTHANASIA AND PATIENT RIGHTS IN BELGIUM  
Asst. Prof. Dr. Kutluhan BOZKURT.....1**

Munich Faculty of Law, Cyprus International University Faculty of Law,  
Yeditepe University Faculty of Law, EU Law  
**e-mail:** kutluhan.bozkurt@yeditepe.edu.tr

**CYBER OPERATIONS AS THE USE OF FORCE: THE APPLI-  
CABILITY OF INTERNATIONAL LAW TO CYBER SPACE  
Yasir GÖKÇE.....22**

Former Research Assistant, Harvard University  
**e-mail:** yasir@bicaklaw.com

**LEGAL AND SOCIAL DIMENSION OF GENDER TRANSITION  
PERIOD: RIGHTS AND VIOLATIONS  
Res. Asst. Serhat ÖZKAN.....55**

Research Assistant, Yeditepe University Faculty of Law Department of  
General Public Law  
**e-mail:** serhat.ozkan@yeditepe.edu.tr

**INSURANCE IN ROMAN LAW  
Prof. Dr. Diler TAMER.....85**

Prof. Dr., Yeditepe University Faculty of Law, Department of Legal History  
**e-mail:** dilertamer@yahoo.com

**THE EVALUATION OF CATALONIA'S INDEPENDENCY DEMANDS ACCORDING TO THE RIGHT OF SELF-DETERMINATION AND SECESSION UNDER INTERNATIONAL LAW**

**Asst. Prof. Dr. Semin TÖNER ŞEN.....97**  
Asst. Prof. Dr., Yeditepe University Faculty of Law, Department of Public International Law  
**e-mail:** stonersen@gmail.com

**ETHICS OF CARE IN FEMINIST LEGAL THEORY**

**Prof. Dr. Oktay UYGUN.....127**  
Prof. Dr., Yeditepe University Faculty of Law, Department of General Public Law  
**e-mail:** oktayuygun@yahoo.com

**TAX AMENDMENTS MADE THROUGH THE ACT 7061**

**Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK.....149**  
Prof. Dr., Yeditepe University Faculty of Law, Department of Tax Law  
**e-mail:** huzelturk@superonline.com

**LAND RIGHTS IN THE BOLIVIAN CONSTITUTION**

**Asst. Prof. Dr. Nihan YANCI ÖZALP.....172**  
Asst. Prof. Dr., Kemerburgaz University Faculty of Law, Department of Constitutional Law  
**e-mail:** nihanyanci@gmail.com



**ULUSLARARASI HUKUK VE AB HUKUKU DÜZENLEMELERİ  
KAPSAMINDA ÖTANAZİ VE BELÇİKA ÖRNEĞİNDE  
ÖTANAZİYE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER\***  
(*EUTHANASIA FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL - EU  
LAWS, EUTHANASIA AND PATIENT RIGHTS IN BELGIUM*)

**Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Kutluhan BOZKURT\*\***

**ÖZET**

*Hukuk ve Tıbbi Bilimler açısından son derece önemli bir konu olan “Ötanazi” ve uygulamaları Belçika örneğinde yasal düzenleme ile olanaklı hale getirilmiştir. Bu çalışmada öncelikli olarak; Avrupa Konseyi (AK) Düzenlemeleri, “Oviedo Konvansiyonu” ve ayrıca “Hasta Hakları” kapsamlarında, Ötanazinin hukuksal nitelemesi ve tespiti yapılmıştır. Ayrıca; Avrupa Birliği (AB) mevzuatında ve uluslararası hukuk açısından durumun ne olduğu da çalışma içerisinde kısaca incelenmiştir. Çalışma kapsamında, 2002 yılında Belçika’da yürürlüğe giren Ötanazi Yasası’ndaki düzenlemeler ve oluşturulan Komisyonun işleyişi değerlendirilmiştir. Bu noktada, Belçika özelinde “Ötanazi” konusunda var olan mevzuat ve uygulamanın yansımaları, Türkiye’de Ötanaziyi değerlendirme için farklı bir bakış açısı sunacaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Uluslararası - AB Hukuku perspektiflerinde Ötanazi, Belçika’da Ötanazi ve Hasta Hakları, Ötanazi ve Etik Sorunlar, Avrupa Konseyi ve Ötanazi, “Oviedo Konvansiyonu” ve Ek Protokoller, Belçika Ötanazi Federal Kontrol ve İnceleme Komisyonu.*

**ABSTRACT**

*“Euthanasia” and its application, which is very important in terms of Law and Medical Sciences, has been legally regulated in the example of the Belgian case. In this study, the legal qualification and determination of Euthanasia has been made within the scope of Council of Europe (EC) Regulations, "Oviedo Convention" and also "Patient Rights". The situation in the European Union (EU) legislation and in terms of international law has*

---

\* ASEAD 2017, II. Uluslararası Sosyal Bilimler Sempozyumu’nda Sözlü Bildiri olarak sunulan konunun genişletilmiş ve makale haline getirilmiş halidir. Bildiri makale olarak başka bir yerde yayımlanmamıştır. Katkı ve desteklerinden dolayı Sn. Ümit Oral’a teşekkürlerimle.

\*\* Yrd. Doç. Dr. LL. M. Eur. (Münih), Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi ve Yeditepe Üniversitesi.

also been explored briefly in the study. Within the scope of the study, the regulations in the Euthanasia Law, which was enacted in Belgium in 2002, and the functioning of the created commission are evaluated. At this point, the reflections of legislation and practice on "euthanasia" in Belgium will offer a different perspective for evaluating situation of euthanasia in Turkey.

**Keywords:** *Euthanasia from the Perspective of International - EU Laws, Euthanasia and Patient Rights in Belgium, Euthanasia and Ethical Issues, Council of Europe and Euthanasia, "Oviedo Convention" and Additional Protocols, Belgian Federal Control and Evaluation Commission of Euthanasia.*

## Giriş

Son yıllarda uluslararası düzeyde de tartışılan oldukça yeni ve aktüel bir konu dikkat çekmektedir; "Ötanazi". Kavram Yunanca kaynaklı olup, "Güzel" ve "Ölüm" kelimelerinin bir araya gelmesi ile oluşmuştur<sup>1</sup> ve haklı olarak uluslararası düzeyde de kullanılagelmesi nedeniyle evrensel seviyeye ulaşmıştır. Ötanazi, **"bir kişinin yaşamını, yaşamının dayanılamayacak durumda bulunması sebebiyle, acısız veya çok az acıtan bir ölümcül enjeksiyon metodu, yüksek dozda ilaç vererek veya kişiyi yaşam destek ünitesinden ayırarak, sonlandırmak"** şeklinde tanımlanabilir.<sup>2</sup> Ötanazi uygulaması aktif formda olabileceği gibi pasif formda da olabilmektedir. Ötanazinin farklı tipleri, farklı yasal uygulamalara tabiidir ve belirtmek gerekir ki pasif yöntemle yapılan ötanazi genelde birçok ülkede farklı koşullar altında yasarken, aktif yöntemle yapılan ötanazi ise çoğu ülkede yasaktır.<sup>3</sup>

## Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi'nin Düzenlemeleri Kapsamında Ötanazi

Belirtmek gerekir ki Avrupa Birliği (AB) mevzuatı içinde doğrudan Ötanaziye ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Zaten Ötanazinin kabul edilebilirliği ve yaygınlığı son 15-20 yıl içinde ivme kazanmıştır. Bu nedenle ileride AB'nin bu konuda bir tavsiye veya görüş bildirmesi olasılık dâhilinde düşünülmelidir. Zira AB "Hasta Hakları" kavramına ve düzenlemelerine özel

<sup>1</sup> "εὐθανασία – εὖ, eu, "iyi/güzel"; θάνατος, thanatos, "ölüm". Kavramın İngilizce karşılığı "Euthanasia" kelimesi kullanılmaktadır.

<sup>2</sup> <https://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%96tanazi>

<sup>3</sup> Örneğin Türkiye. Türkiye'de Ötanazi "Kasten Adam Öldürme Suçu" kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. A. Önder, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi 1994. Ayrıca Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta Yayınevi, 2. Baskı, Cilt I, s.31-32.



önem vermeye başlamıştır,<sup>4</sup> bu gelişmenin ise dolaylı olarak Ötanazi ile bağlantısının kurulmasına olanak sağlayabileceğini düşünmek olasıdır. Bununla beraber; AB Hukukuna göre sağlık ile ilgili düzenlemeler, ki buna dolaylı olarak Ötanaziyi de dâhil edebiliriz, üye ülkelerin kendi görev ve tasarruf alanlarına bırakılmıştır ve bu nokta, Sağlık ve Ötanazi ile ilgili düzenlemeler yapıp yapmama konusunda yetki tamamıyla üye ülkenin kendisindedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki 4 Nisan 2001 tarihinde AB'nin hazırlamış olduğu direktif<sup>5</sup> ile “ilaçlarla ilgili klinik araştırma ve deneylerde uyulması gereken kurallar” açısından, üye ülkelerin mevzuatlarının uyumlulaştırılması hedeflenmiş ve genel bir düzenleme getirilmiştir. Bu direktifte; üye ülkeler arasında klinik deneylerle ilgili bilgi paylaşımına, klinik deneyler için uyulması gereken kurallara, deneylerin yapılması durdurulması, istenmeyen durumların bildirilmesi, deneklerin korunması, klinik deneylerin yapılabilmesi için üye ülkelerde etik komisyonlarının kurulmasına ilişkin hükümler yer almaktaydı. Her ne kadar bu düzenleme doğrudan Ötanazi ile ilgili olmasa da AB içinde de Hasta Hakları açısından bir gelişmeyi işaret etmekteydi.<sup>6</sup>

AB Antlaşması (ABA) ile Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Antlaşmaya (ABİA) bakıldığında, her iki antlaşmada doğrudan Ötanazi ile ilgili bir düzenleme yer almamakla birlikte, bazı maddelerde “sağlık” ibaresinin/konusunun bulunduğu hükümler dikkat çekmektedir. Özellikle

---

<sup>4</sup> Avrupa Parlamentosu (AP) 1984 yılında hasta hakları ile ilgili bir karar almıştır. Bu kararda, Komisyon, Hasta Hakları ile ilgili bir kitapçık hazırlanması talebini iletmiştir. Ancak bu talep bir sonuca ulaşamamıştır. 90'lı yıllarda hasta haklarına yönelik bir ilgi artışı olmuştur. AB, hareket halindeki, bir ülkeden başka bir ülkeye giden, hastalara sağlık hizmeti verilmesini ve sağlık hizmetinin serbest dolaşımını sağlamak ve haklarını korumak için sosyal güvenlikleri ile ilgili 2 farklı tüzük hazırlayarak ilk adımları atmıştır. 1408/71 ve 574/72 sayılı tüzükler bu alanda ilk düzenlemeleri içermekteydi. Bu tüzüklerde sınır aşan sağlık hizmetlerinde bedellerin geri ödenmesini düzenlemekteydi. Bunun için, ülkelerdeki yetkili sağlık kurumlarının, önceden hastaya izin vermiş olması gerekiyordu. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD/Divan) önceden “izin alma kararına” karşı çıkmaktaydı. Bkz. ayrıca; A. P. Van Dermei, “The New Directive on Patients' Rights in Cross-Border Healthcare”, MJ 2011.

<sup>5</sup> 2001/20/EG.

<sup>6</sup> DIRECTIVE 2001/20/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 4 April 2001 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:121:0034:0044:en:PDF>

Bkz. ayrıca, K. Bozkurt, Belçika Örneğinde Yoğun Bakım ve Etik Sorunlar ve Yasal Düzenlemeler, 2017 (Yayın aşamasında).

ABA'nın 2. maddesinde "İnsan Haklarına Saygı, İnsan Onuruna Saygı" kapsamında Hasta hakları ile dolaylı bir bağlantı kurulduğunda Ötanazinin bu dolaylı bağlantıya dâhil olup olamayacağı tam bir muammadır.<sup>7</sup> Bunların haricinde, ABİA'nın 114, 153, 156, 168, 169, 207 maddelerinde, özellikle sağlık ve hasta kavramları (156 ve 168. Maddelerde) geçmektedir, ancak Ötanaziye ilişkin bir tanım veya çağrışım yer almamaktadır.<sup>8</sup> Tekrar etmekte fayda var; her iki antlaşmanın içeriğinde, Ötanazi ile ilgili bağlantılı olabilecek doğrudan bir hüküm yer almamaktadır.

Bu arada belirtmek gerekir ki bir İspanyol parlamenter tarafından, Ötanazinin desteklenmesi için, AB Parlamentosu'nda Ocak 2016'da imzaya sunulan "*written declaration on dignity at the end of life*"<sup>9</sup> isimli doküman onay için gerekli çoğunluğu sağlayamamıştır Bu da zaten üye ülkeler arasında, Ötanazi hakkındaki düşünce farklılıklarını açıkça göz önüne çıkarmaktadır. İlgili dokümanda; "bütün AB vatandaşları, vatandaşlıkları ne olursa olsun, dayanılmaz fiziksel veya zihinsel acıya neden olan, iyileştirilemeyen, dayanılmaz bir hastalığın ileri veya son aşamasında olan kişiler, hayatlarını, onurlarına uygun şekilde sona erdirmek için tıbbi yardımdan yararlanabilmelidirler" denmektedir.

Bu açıklamayı sadece 95 parlamenter imzalamıştır ve böylelikle bu teklif Parlamentodaki çoğunluk tarafından imzalanmadığı için yasal statüye kavuşmamış ve fakat sadece imzalayan parlamenterlerin fikirlerini ortaya koyması bakımından önemli hale gelmiştir. Sonuç itibariyle geline nokta açısından, Ötanazi konusunda AB ülkelerinin ne kadar farklı düşündükleri açık bir şekilde ortaya çıkmıştır.

### **Avrupa Konseyi Düzenlemeleri**

Ötanazi açısından Avrupa Konseyi Düzenlemelerine bakmadan önce, belirtmek gerekir ki Strasburg'daki Avrupa Konseyi (AK) 1997 yılında, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesini<sup>10</sup> onaylamıştır. Bu sözleşmenin

<sup>7</sup> K. Bozkurt, Belçika Örneğinde Yoğun Bakım ve Etik Sorunlar ve Yasal Düzenlemeler, 2017 (Yayın aşamasında. Bkz. ayrıca; G. Klasa - A. Schwabl, "Patient rights and safety guarantees in EU healthcare", EJCL 2013

Bkz. madde 2, ABA. **The Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union**, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT> .

<sup>8</sup> Madde 114, 153, 156, 168, 169 ve 207, ABİA.

<sup>9</sup> Yaşamın Son Döneminde Tıbbi Tedavide Karar Verme Talebi.

<sup>10</sup> Oviedo Konvansiyonu, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin, bir biyoetik sözleşmesi hazırlanmasına ilişkin 1160 (1991) sayılı Tavsiye Kararı doğrultusunda *YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

Biyomedikal Araştırmalarla ilgili Ek Protokolü'nü de sözleşme ile birlikte dikkate almak gereklidir. AK'nin de "İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi" 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmıştır. Türkiye'de TBMM, 3 Aralık 2003 tarih ve 5013 sayılı kanun ile Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulmuştur. Bu kanun uyarınca, Sözleşme 16 Mart 2004 tarihinde Türkiye'de yürürlüğe girmiştir.<sup>11</sup>

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesini imzalayan AK üyesi devletler, diğer devletler ve Avrupa Topluluğu; Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ni; 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Hürriyetlerin Korunması Sözleşmesi'ni; 18 Ekim 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nı; 16 Aralık 1966 tarihli Uluslararası Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi<sup>12</sup> ile Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ni; 28 Ocak 1981 tarihli Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesinde Bireylerin Korunması Sözleşmesi'ni ve ayrıca 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni; göz önünde bulundurmışlardır.<sup>13</sup> Türkiye İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesini AK üyesi olarak, kabul etmiştir.

AK Biyoetik Yürütme Kurulunun 2011 yılında yayımlanan Araştırma Etik Kurulu Üyeleri Kılavuzu, "Hasta Hasta Hakları ve Etik Değerler" açılarından son derece önemli bir belge haline gelmiştir.<sup>14</sup> Bu kılavuzun amacı Araştırma Etik Kurullarının karşısına çıkabilmesi olası temel etik sorunları Avrupa perspektifi ile ele almaktır. Kılavuz ile yeni ilkeler oluşturulmuş ve böylelikle Avrupa'da biyomedikal araştırmalara yön veren yapılarca saptanmış ilkelerin etik temellerine vurgu yapılmış olmakta, sonuç itibarıyla de; oluşturulan bu

---

hazırlanmıştır. Bkz. T. Katoğlu, Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/270/2432.pdf>

<sup>11</sup> T. Katoğlu, Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/270/2432.pdf>

Bu Sözleşme, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun" adıyla kabul edilmiştir. Bu sözleşme, 20 Nisan 2004 tarih ve 25439 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>12</sup> <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

<sup>13</sup> <http://www.hasta.saglik.gov.tr/TR,4776/insan-haklari-ve-biyotip-sozlesmesi.html>

<sup>14</sup>

[http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/02\\_Biomedical\\_research\\_en/Guide/Guide\\_TR.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/02_Biomedical_research_en/Guide/Guide_TR.pdf)

ilkelerin uygulanabilmesini kolaylaştıracak çalışma yöntemleri ortaya konulmuş olmaktadır.<sup>15</sup>

Avrupa Konseyinin yukarıda belirtilen düzenlemeleri daha sonra Ötanaziye yönelik bir Kılavuz hazırlanmasına öncülük etmiştir. AK, Ötanazi ile bağlantılı 2015 yılında “Yaşamın Son Döneminde Tıbbi Tedavide Karar Verme Sürecine İlişkin Kılavuz” yayımlamıştır.<sup>16</sup> Kılavuzun amacı Avrupa Konseyi Biyoetik Komitesi (DH-BIO) tarafından, “hasta hakları hakkında çalışmaları esnasında, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Oviedo Sözleşmesi) ile güvence altına alınan ilkelerin uygulanabilmesini kolaylaştırmak üzere kaleme alındığı” şeklinde açıklanmıştır.<sup>17</sup> Kılavuzda özellikle “Tedaviyi Ret Hakkı üzerine” etik ve hukuki değerlendirmeler ve öneriler yer almaktadır. Kılavuzda ayrıca, doğrudan Ötanazi ile bağlantılı olan, “ölmekte olan hastanın yaşamının sonlanması sürecine, kendi iradesini beyan ederek katılamayacağı hallerde, daha önceden böyle bir duruma dair belirtmiş olduğu görüşleri, istekleri göz önünde bulundurulması” hususları da vurgulanmaktadır.<sup>18</sup> Burada kişinin sağlığında verdiği izini, “Sağlıklı Durumda Verilen Ötanazi İzin Belgesi (Özel Vasiyetname)”<sup>19</sup> olarak değerlendirmek mümkündür.

İlgili Kılavuzda; “Yaşamın Son Döneminde Tıbbi Tedavide Karar Verme Sürecine İlişkin” tıbbi, hukuki ve teknik ilkeler açıklanmaktadır. Bu kapsamda “Karar Verme Sürecinin Etik ve Hukuki Çerçevesi”, “Özerklik İlkesi”, “Yararlı Olma, Zarar Vermeme İlkeleri”, bu kapsamda da “Sadece Uygun Tedavi Verme Yükümlülüğü, Sınırlanması ya da Geri Çekilmesi Olası, Gereksiz veya Uygun Olmayan Tedavi Kavramı ile Adalet İlkesi, Sağlık Hizmetlerine Hakkaniyete Uygun Erişim” olguları açıklanmaktadır.

Kılavuzda ayrıca, “Karar Verme Süreci, Süreçte Yer Alan Taraflar ve Roller” ve “Yaşamın Son Döneminde Karar Verme Sürecinin Farklı Evreleri” kamuoyu ile paylaşılmaktadır.<sup>20</sup> Belirtmek gerekir ki Ötanazi ve

<sup>15</sup> Araştırma Etik Kurulu Üyeleri Kılavuzu, Avrupa Konseyi Biyoetik Yürütme Komitesi 2011, CDBI/INF(2011)2.

<sup>16</sup> file:///C:/Users/Administrator/DESKTOP-L003QB6/Downloads/Guide%20FDV%20turc.pdf

<sup>17</sup> H. Nys, *Recht en Bio-ethiek*, Leuven, Lannoo Campus, 2015.

<sup>18</sup> *İbid*, s. 17.

<sup>19</sup> Bkz. ileride “Sağlıklı İken Verilen Ötanazi İzin Belgesi (Özel Vasiyetname)”.

<sup>20</sup> Avrupa Konseyinin Hazırlamış olduğu “Yaşamın Son Döneminde Tıbbi Tedavide Karar Verme Sürecine İlişkin Kılavuz”, 2015. Bkz.

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

uygulamaları konusunda Uluslararası bir düzenleme için henüz bir “erken dönem” söz konusudur. Ancak insan ömrünün uzaması ile sağlık sorunlarının artması, **hastalıkların insan ömrünün uzaması neticesinde, akut ve hızlı ilerleyen bir süreçten kronik ve ağırlı seyreden bir sürece evrilmesi sebepleriyle**, Ötanazi uygulayan ülkelerin sayısında artışa neden olmaktadır. Bu nedenle, yakın bir gelecek içinde olmasa bile, orta vadede AK'nin Ötanazi ile ilgili olarak uluslararası bazı düzenlemeleri gündemine alacağı öngörülmelidir.

### **Belçika ve Ötanaziye İlişkin Düzenleme ve Uygulama**

Belçika Ötanaziyi uygulayan ve yasal düzenlemesini yapmış az sayıdaki ülkelerden biridir.<sup>21</sup> Söylemek gerekir ki Belçika bu konudaki ilk düzenlemeyi 2002 tarihinde yapmıştır ve 28 Mayıs 2002 günlü yasa<sup>22</sup> ile Belçika, öncelikle Ötanazi kapsamındaki belirli şartlardaki müdahale/veya tıbbi yardımı ceza hukuku kavramından ve içeriğinden, başka bir ifade ile suç olmaktan çıkarmıştır. Böylelikle Ötanazinin uygulanabilmesinin önü Ceza Yasasındaki düzenlemenin kaldırılması ile açılmıştır. 2 Nisan 2003 tarihli Kraliyet Kararı<sup>23</sup> (Kraliyet Kararnamesi) ile Ötanazi kararının nasıl alınması, Ötanazi isteğinin/talebinin nasıl yapılması gerektiği, bir başka ifade ile Ötanazi talebine ilişkin ölçütler ve bu ölçütlerin yerine getirilmesi ile Ötanazi talebinin tekrarı ve onaylanması süreçleri, talebin geri alınması, değiştirilmesi koşul ve hususlarında düzenlemeler getirildiği görülmektedir.<sup>24</sup>

10 Kasım 2005 tarihli yasa ile Ötanazi kapsamında eczacıların rolü, Ötanazi için kullanılacak ilaçların ve dozajlarının hangi şekillerde hazırlanacağı ve kullanılacağına ve bu ilaçların kimlere verilebileceğine dair

---

ayrıca;file:///C:/Users/Administrator.DESKTOP-L003QB6/Downloads/Guide%20FDV%20turc.pdf

<sup>21</sup> Belçika'da Ötanazi düzenlemesi “Ölüm Hakkı” olarak nitelendirilmiştir. Bkz. W. Distelmans, *Het recht om te sterven*, Antwerpen, 2012.

<sup>22</sup> 28 Mayıs 2002 tarihli yasa: *Loi relative a` l`euthanasie*, 28 Mai 2002.

[https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth\\_theme\\_file/loi2020528mb\\_frn1.pdf](https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/loi2020528mb_frn1.pdf)

<sup>23</sup> Federal Hükümetin yasalarının uygulanması için Hükümetin onayladığı ve Kralın imzaladığı Kraliyet Kararı gerekmektedir. Bu Türkiye'deki “Yürürlük Yasalarının” benzeri bir uygulamadır.

<sup>24</sup> Bakınız 2 Nisan 2003 tarihli Kraliyet kararı: 2 AVRIL 2003, *Arrêté royal fixant les modalités suivant lesquelles la déclaration anticipée relative à l`euthanasie est rédigée, reconfirmée, révisée ou*

*retirée*:[https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth\\_theme\\_file/ar20030402mb\\_frn1.pdf](https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/ar20030402mb_frn1.pdf)

düzenlemeler getirilmiştir.<sup>25</sup> Bu kapsamda, Ötanazi taleplerinde eczacıların cezai sorumluluğu da bu yasa ile kaldırılmıştır ve eczacıların Ötanazi talepleri ile ilgili uymak zorunda oldukları düzenlemeler gerçekleştirilmiştir.

Belçika'daki Ötanazi ile ilgili yasal düzenlemeler kapsamında dikkate alınması gereken bir başka husus ise 27 Nisan 2007 tarihli Kraliyet Kararıdır. Bu karar ile Ötanazi talebinin resmi kayıtlara nasıl geçirileceği, nasıl geçerlik kazanacağı, talebin nüfus kayıtlarına nasıl işleneceği ve en nihayetinde talebin doktorlara nasıl bildirilmesi gerektiği hususları düzenlenmiştir.<sup>26</sup>

28 Şubat 20014 tarihli yasal düzenleme ile 18 yaşın altındaki “küçükler” içinde Ötanazi talebi ve süreci için mevzuat oluşturulmuştur. 2002 tarihli ilk Ötanazi yasasına ilaveten çıkarılan bu yeni yasa ile sağlanan değişiklikten dolayı Belçika'da henüz reşit olmamış “küçüklerin” de Ötanazi hakları yasal güvenceye alınmış ve belirli standartlar dâhilinde, ileri de açıklanacağı üzere, mümkün hale gelmiştir.<sup>27</sup>

### 2002 Tarihli Yasa

Belçika sisteminde Ötanazi kapsamında dikkate alınması gereken yasal düzenlemeler yukarıda ifade edilmiştir. Özellikle dikkate alınması ve ayrıca incelenmesi gereken düzenleme 2002 tarihli olan yasadır ve bu yasa 6 Bölüm ve 16 maddeden oluşmaktadır. Yasanın 1. maddesinde, bu yasanın Belçika Anayasasının 78. maddesinde öngörülen düzenleme kapsamında Parlamento ve Senato tarafından onaylandığını bildirilmektedir.<sup>28</sup> 1. Bölümün başlığının “Genel Düzenlemeler” olduğunu ve 2. Maddeyi kapsadığını söylemek

<sup>25</sup> 10 Kasım 2005 tarihli Yasa: Loi complétant la loi du 28 mai 2002 relative à l' par des dispositions concernant le rôle du pharmacien et l'utilisation et la disponibilité des substances euthanasiantes.

[https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth\\_theme\\_file/loi20051110\\_fr.pdf](https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/loi20051110_fr.pdf)

<sup>26</sup> 27 Nisan 2007 tarihli Kraliyet Kararı: Arrêté royal réglant la façon dont la déclaration anticipée en matière d'euthanasie est enregistrée et est communiquée via les services du Registre national aux médecins concernés,

[https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth\\_theme\\_file/ar20070427mb\\_frn1.pdf](https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/ar20070427mb_frn1.pdf)

<sup>27</sup> 28 Şubat 20014 tarihli Yasa: 28 FEVRIER 2014. — Loi modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, en vue d'étendre l'euthanasie aux mineurs

[https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth\\_theme\\_file/loi20140228\\_frn1.pdf](https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/loi20140228_frn1.pdf)

<sup>28</sup> [http://www.const-court.be/en/basic\\_text/belgian\\_constitution.pdf](http://www.const-court.be/en/basic_text/belgian_constitution.pdf)

gerekir.<sup>29</sup> Bölüm 2’de ise Ötanaziye ilişkin “Şartlar ve Prosedürler” hakkında hükümler yer almaktadır ve ilgili bölüm içeriğinde 3. ve 3.bis maddeleri yer almaktadır.<sup>30</sup> Bölüm 3’de ise “Ötanazi Talebine İlişkin” hükümler açıklanmaktadır ve ilgili madde olan 4. madde ile Ötanazi talebinin nasıl yapılması gerektiğine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.<sup>31</sup> 4. Bölümde ise “Ötanazi Talebinin Kaydı” 5. maddede düzenlenmiştir.<sup>32</sup> 5. Bölümde “Federal Kontrol ve İnceleme Komisyonu” hakkında düzenlemeler açıklanmaktadır. Bölümün ilgili olduğu yasa maddeleri ise 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 ve 13. maddeler olarak belirlenmiştir.<sup>33</sup> Son kısımda, 6. Bölümde ise “Özel Hükümler” 14, 15 ve 16. Maddeler aracılığıyla düzenlenmiştir.<sup>34</sup>

### **Federal Kontrol ve İnceleme Komisyonu**

İlgili yasanın 5. Bölümünde ve 6.-13. maddeler arasında düzenlendiği yukarıda ifade edilmişti. Her şeyden önce Ötanazi talebini alan ve bunu uygulamayı kabul eden ve uygulayan Doktor, Ötanazi yaptıktan sonra, dört gün içinde ilgili Komisyona bilgi ve belgeleri göndermek üzere bir form doldurmak zorundadır. Bu talep Komisyona iletdikten sonra Komisyon, gelen bilgiyi ve dosyayı belirli bir süre içinde inceleyip, karara bağlar. Bu form olmadan ilgili doktorun Komisyona ilgili dosyayı göndermesi mümkün değildir. Gelen form ve ilgili dosya bu Komisyon tarafından incelenir ve Ötanazinin mevcut yasal düzenlemelere uygun olup olmadığı kontrol edilir ve inceleme akabinde, 2 aylık süre içinde, karara bağlanır.

Komisyon 16 üyeden oluşmaktadır ve Komisyon üyeleri bilgi ve deneyimlerine göre atanırlar. 16 üyenin 8’i doktorlardan ve bunlarından en az 4’ünün Belçika Üniversitelerine bağlı Sağlık Bilimleri ile ilgili (Tıp ve/veya Sağlık Bilimleri) fakülte veya yüksekokullarda en az Doçent seviyesinde ders vermeleri beklenmektedir. Geriye kalan 8 üyenin ise 4’ünün ise halen hukuk fakültelerinde ders veren akademisyen veya fiilen avukatlık yapan hukukçulardan oluşması gerekmektedir. Son 4 üyenin ise uzman/mesleki tecrübe sahibi olarak, iyileşemeyecek durumda bulunan hastaların problemlerini bilen çevreden (Kamu Kurumları ve/veya bu alanda çalışan toplum kuruluşları-sivil toplum örgütleri-, dernekler vs.) seçilmiş olması gerekmektedir.

<sup>29</sup> 28 Mayıs 2002 tarihli yasa: Loi relative a` l`euthanasie, 28 MAI 2002, [https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth\\_theme\\_file/loi20020528mb\\_fnl.pdf](https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/loi20020528mb_fnl.pdf) Bkz. 1. ve 2. maddeler.

<sup>30</sup> 3 ve 3.bis maddeleri.

<sup>31</sup> 4. madde.

<sup>32</sup> 5. madde.

<sup>33</sup> Bkz. ilgili maddeler.

<sup>34</sup> Bkz. ilgili maddeler.

**Komisyonunda yer alan 16 üyenin tamamının Federal Hükümetin kadrolarında bulunmaması, onlarla çalışıyor olmaması da aranan bir diğer koşul olarak dikkat çekmektedir.** Böylelikle Komisyon üzerinde siyasal iktidarın –olası- etkisi en alt seviye indirilmektedir. Komisyon üyeleri 4 yıllık bir süre için seçilmektedirler. Üyelerin tamamı Parlamento tarafından önerilir ve Bakanlar Kurulu tarafından onaylandıktan sonra Kraliyet Kararı ile atanma ilanları açıklanır ve bu şekilde atanmaları gerçekleşmiş olmaktadır. Komisyonunun üyelerinin 2/3 çoğunluğu dosya hakkında, Ötanazi dosyası ve formunu incelemesi neticesinde, ilgili yasadaki koşullarının yerine getirilmediğini düşünürlerse ve bu yönde karar alırlarsa, ardından dosya Kraliyet Savcılığına tevdi edilir.<sup>35</sup> Bunun dışındaki, salt çoğunluk hali gibi, durumlarda dosya Kraliyet Savcılığına gönderilmez. Komisyon tüm üyelerin katılımıyla toplanır. Komisyona başvuru için, Komisyon tarafından hazırlanmış olan başvuru formunun doktorlar tarafından Ötanazi yapıldıktan sonra dört gün içinde doldurulması zorunludur.<sup>36</sup>

Bu formda hasta ile ilgili bilgiler, hastayı takip eden doktorun bilgileri, Ötanazi talebi hakkında fikri alınan doktorun bilgileri yer almaktadır. İlk bölüm “gizli” olarak düzenlenir ve bu bilgiler açıklanmaz/paylaşılmaz. İlk bölüme ancak Komisyonun kararından sonra, 2/3 çoğunlukla, dosyanın sorumlu kişinin bulunduğu yerin Kraliyet Savcılığına gönderilmesi durumunda bakılabilmektedir.<sup>37</sup>

Formun 2. Bölümü ise hastanın cinsiyeti, doğum tarihi ve doğum yeri, ölüm yeri ve saati, hastalığın nedeni, dayanamayacağı ve devam eden ağrının türü, ağrının neden dindirilemediği, hangi nedenlere bağlı olarak Ötanazi talebinin gönüllü ve mantıklı olarak tekrarlanan bir talep olduğu, bu kararın herhangi bir baskı neticesinde alınmadığının onayı, hastanın belirli bir süre içinde ölüp ölmeyeceğinin varsayıp sayılamayacağı, talepte (Ötanazi) bulunulup bulunulmadığı, doktorun takip ettiği prosedür, doktorun danıştığı diğer doktor veya uzmanların statüsü, Ötanazinin hangi şekilde yapıldığı ve bu işlem için nelerin/hangi karışım ve ilaçların kullanıldığı bildirilir.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Bkz. Madde 6 ve 8, 28 Mayıs 2002 tarihli Yasa: Loi relative a` l'euthanasie, 28 MAI 2002,

[https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth\\_theme\\_file/loi20020528mb\\_frn1.pdf](https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/loi20020528mb_frn1.pdf)

<sup>36</sup> Bkz. Madde 5.

<sup>37</sup> Bkz. Madde 7.

<sup>38</sup> Bkz. Madde 7.



Komisyon öncelikle Formun 2. Bölümünü inceler. Şayet Ötanazinin yapılmasında bir şüphe var ise salt çoğunlukla ilk bölüm için geçerli olan anonimliği/gizliliği kaldırır ve ardından Komisyon, Formun ilk bölümüne bakar. Bu süreçte Komisyon ilk bölümde yer alan ilgili doktora, hasta ile ilgili bütün soruları sorabilir. Komisyon 2 yılda bir görev alanı ile ilgili bir değerlendirme ve bilgilendirme raporu hazırlar.

### **Ötanazinin 2002 Tarihli Yasa Kapsamında Değerlendirilmesi**

İlgili yasanın 2. maddesi ile Ötanazinin tanımı yapılmaktadır: **“Bilinçli bir şekilde Ötanaziye konu olan kişinin talebi üzerine, -dışarıdan- başka bir kişi tarafından, kasıtlı olarak talepte bulunan kişinin hayatının sona erdirilmesi”** olarak tanımlanmaktadır. Bölüm 2’de, 3 ve 3 bis maddeleri tarafından yapılan düzenlemede Ötanazi için gerekli olan şartlar düzenlenmiştir. Buna göre; hastanın talebi üzerine doktor yasanın aramış olduğu şartlara uyarak Ötanaziyi uygulayabilir. Burada önemli bir sorun bulunmaktadır: **“Talep (Ötanazi) nasıl dışa (dış dünyaya) açıklanır?”** Yasanın ilgili maddelerine göre talep;<sup>39</sup> **“bilinci yerinde olan ve yasal haklarını kullanabilen hasta<sup>40</sup> tarafından yapılır ya da önceden sağlıklı iken yapılan bir istek/talep<sup>41</sup> ile koma durumunda bulunması hali için, bir başka ifade ile hayata geri dönemeyecek durumda olan/olacak olan hastalar”** için söz konusu olmaktadır.

Her iki halde Ötanazi talebi hastadan gelmelidir veya gelmiş olmalıdır. Ötanazi sadece bir doktor tarafından yapılabilir. Aksi durumda, Ötanazi talebi hastadan gelmemiş ve bu husus doktor tarafından dikkate alınmamış ise yapılan eylem suç teşkil eder. Keza aynı şekilde Ötanaziyi yapan Doktor Ötanazi şartlarına uymaz ise bu eylem de suç teşkil eder.

### **Hasta İken Verilen Ötanazi Talebi/İzni**

Ötanazi talebinin ya **“bilinci yerinde olan ve yasal haklarını kullanabilen hasta tarafından yapılacağı”** ya da **“önceden –sağlıklı iken- yapılan bir istek/talep ile ileride koma veya bitkisel hayat koşullarında, hayata geri dönemeyecek durumda veya ağır, tedavi edilemez ve katlanılamaz ağrıları olan hastalar”** için verilebileceği yukarıda ifade edilmişti. Belirtmek gerekir ki hukuken, Ötanazi bir hak değildir. Bu talep mutlak bir hak vermez.

<sup>39</sup> Madde 3 ve 3bis. Bkz. daha fazla bilgi için; T. Meulenbergs – P. Schotmans, Euthanasia and palliative care in the Low Countries, Leuven, Peeters, 2005.

<sup>40</sup> Hak ve fiil ehliyeti sahibi.

<sup>41</sup> Özel bir tür Vasiyetname.

**Bütün yasal şartlar yerine gelmiş/getirilmiş olsa bile Doktor, Ötanaziye onay verip vermemekte serbesttir ve bu konuda karar alma yetkisi tamamen doktora aittir.** Şayet Doktor, Ötanazi talebini kabul etmez/onaylamaz ise bu durumda, hasta veya varsa hastanın güvenilir kişisi, bu karar hakkında bilgilendirilir ve hastaya ve/veya hastanın güvenilir kişisine “neden Ötanazi talebinin kabul edilmediği” açıklanır. Bu durumda hasta, doğrudan veya güvenilir kişisi aracılığıyla başka bir doktora başvurarak Ötanazi talep edebilir.

Ötanazi talebinin dışa açıklanması sürecinde ve sırasında, hastanın şuurunun ve bilincinin açık ve yerinde olması, hak ve fiil ehliyetine sahip olması gereklidir. Temyiz kudreti yerinde olan hasta kişinin tıbben iyileşemeyecek durumda olması ve bunun **ağır ve iyileşemeyecek bir hastalıktan ya da bir kaza veya herhangi bir hastalığın sebep olduğu zararlardan dolayı, devam eden ve dayanılamayacak, dindirilemeyecek fiziki veya psikolojik acı çekiyor durumda olmasını** da yasa koşul olarak aramaktadır. Ayrıca yasaya göre, **Ötanazi talebinin “gönüllü ve mantıklı olması” da gereklidir.** İlave olarak; bu talebin farklı tarihlerde “tekrarlanmış” olması, bu talebe yönelik kararın dışarıdan herhangi bir baskı sebebiyle alınmamış, başka bir ifade ile kararın ve talebin baskı altında kalmaksızın alınmış ve yöneltmiş olması gerekmektedir. Aksine bir durum veya şüphe var ise bu şüphenin veya olasılığın ortadan kaldırılması veya mutlaka giderilmesi gerekmektedir.

### **Mümeyyiz Küçüklerin Durumu**

Belçika’da 2014 yılında kabul edilen yeni bir yasa ile Ötanazi talebi ve işlemi 18 yaşından küçükleri (mümeyyiz) de kapsayacak şekilde genişletilmiştir.<sup>42</sup> Yeni yasaya göre Ötanaziden yararlanmak için 18 yaşından küçük ve kısıtlı olmamak<sup>43</sup> yasanın aramış olduğu koşullardandır. İlave olarak; talepte bulunan mümeyyiz küçüğün, ne istediğini bilebilecek durumda olması, talebinin açık ve mantıklı olması, ayrıca, hali hazırda fiziksel ağır acı çekiyor olması, **yasa burada mümeyyiz küçükler için psikolojik ağrı çekiyor olmayı ötanazi için kabul etmemiştir,** medikal tedavinin mümkün

<sup>42</sup> Bkz. 2014 tarihli Yasa: 28 FEVRIER 2014, Loi modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l’euthanasie, en vue d’étendre l’euthanasie aux mineurs:

[https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth\\_theme\\_file/loi20140228\\_frnl.pdf](https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/loi20140228_frnl.pdf)

<sup>43</sup> Hak ve fiil ehliyetini kısıtlayan hallerin, örneğin akıl hastalığı, ehliyeti kısıtlayan mahkeme kararları gibi durumların olmaması gerekmektedir.

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

olmaması ve belirli bir sürede zaten ölüme yol açabilecek koşullar altında olunması gereklidir. Bu durumda Ötanazi için ayrıca yasal temsilcinin<sup>44</sup> onayı da gereklidir.

### **Sağlıklı İken Verilen Ötanazi İzin Belgesi (Özel Vasiyetname)**

Belçika'da her 18 yaş üzeri yetişkin kişi, istisnai olmak üzere 18 yaşını doldurmamış, ancak hâkim kararı ile mümeyyiz kılınmış kişiler dâhil olmak üzere, özel tür vasiyetname düzenleme ve buna onay verme beyanı ile bir doktorun gelecekte, yasada belirtilen şartlara uyararak, şahsın fikrini beyan edemeyecek durumda olması halinde, koma veya bitkisel hayat durumlarında, kendisine bir doktorun ötanazi uygulamasını talep edebilmektedir. 18 yaşını doldurmamış, ancak yetkili bir mahkeme kararı ile mümeyyiz kabul edilen küçükler haricindeki diğer küçüklerin özel tür Vasiyetname ile Ötanazi talep hakları bulunmamaktadır.

Sağlıklı Durumda Verilen Ötanazi İzin Belgesi hukuksal bir doküman olarak kabul edilmektedir ve bu iznin yazılı olarak düzenlenmesi ve hasta tarafından sağlığında onaylanması/imzalanmış olması gerekmektedir. Bu yazılı belge üzerinden Ötanazi yapacak olan doktorun şu hususları;<sup>45</sup>

- i- Hastanın ciddi, ağır ve iyileşemeyecek hastalık veya kazadan dolayı tıbbi koşullar altında olup olmadığını
- ii- Hastanın şuurunun açık veya kapalı (koma veya bitkisel hayat durumlarının) olup olmadığını
- iii- Mevcut tıbbi durum nedeniyle hastanın bilimsel olarak geri getirilemez-tedavi edilemez- durumda olup olmadığını tespit yükümlülüğü bulunmaktadır.

Bu belge her an hazırlanabilmektedir, yazılı olmalı ve en az 2 tanık huzurunda hazırlanmış/ imzalanmış olması ve bu tanıklardan en az birinin hastanın ölümünden kaynaklı hiçbir çıkarının/kazancının olmaması, başka bir ifade ile hastanın mirasçısı olmaması gereklidir. Bu belgeyi, ilgili kişi her an geri çekerek/beyanından vazgeçtiğini bildirerek, geçersiz hale getirebilir. Bu belgenin geçerliliği 5 yıllık süreye tabidir. Süre dolduğunda ya yenilenmesi gerekir ya da tekraren geçerli olduğunun onaylanması gerekmektedir. Kral, bu belgenin içeriğinin nasıl olması gerektiği hususları ile belgenin Belediye

<sup>44</sup> Yasal velisi, annesi, babası.

<sup>45</sup> Bkz Bölüm 3. 2002 tarihli yasanın 3 Bölümünde “Ötanazi Talebine İlişkin” hükümler açıklanmaktadır ve ilgili madde olan 4. madde ile Ötanazi talebinin nasıl yapılması gerektiğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

ve Nüfus Müdürlüklerine nasıl kaydedilmesi gerektiği hususlarında düzenleme (Kararname/Yönetmelik çıkarmaya) yetkilidir.

Sağlıklı durumda iken verilen Ötanazi talep ve izin belgesinden sonra, belgeyi düzenleyen kişinin yukarıda belirtilen koşullar altına girmesi<sup>46</sup> ve yasanın aramış olduğu koşulların oluşması halinde, doktor diğer Ötanazi (hasta halde iken verilen Ötanazi talebi ve izini) işlemleri için izlemesi gereken süreci aynen sağlıklı durumda iken verilen Ötanazi talep ve izin halinde de izler ve yerine getirir.

Ayrıca Doktor, hastanın sağlığında düzenlemiş olduğu Ötanazi Talep ve İzin Belgesinin doğruluğu ve geçerliliği kapsamında, bu belgenin yasaya uygun olup olmadığına bakar ve ardından, şayet bir sorun yok ise işlemleri başlatır. Öncelikle hastanın “ağır ve tedavi edilemez durumda” olup olmadığı hususunda, başka bağımsız 3. bir uzman kişiden (Doktordan) görüş ve rapor alır, hastaya bakan hemşire/hasta bakıcı grubundan, hasta dosyası ve hastanın durumu ile ilgili bilgi ister ve şayet varsa ve sağlıklı durumda iken verilen Ötanazi Talep ve izin belgesinde yer alan hastanın “Güvenilir Kişileri” ile hastanın talebi ve son durumu hakkında görüşür ve ardından kararını verir.

## **Ötanazi Talebi Nasıl Olmalıdır?**

### **Yetişkinler**

Belçika'daki yasal düzenlemelere göre Ötanazi talebi için belirli kıstaslar bulunmaktadır:

1) Talepte bulunan kişinin akıl sağlığının yerinde bulunması, akıl sağlığı ile ilgili herhangi bir sorununun olmaması gereklidir. Kişi Ötanazi hakkında düşünmüş, talebinin içeriğini ve sonuçlarını idrak etmiş olmalıdır. Hastanın, doktor tarafından; sağlık durumu, geleceği ve acıyı azaltma ve hayat konforunu yükseltme ve palyatif bakım imkânları hakkında, netice itibariyle hastayı hastalığı ile ilgili neyin beklediği, başka bir tıbbi çözümün bulunmadığı hususlarında tümünden bilgilendirmiş olması gereklidir.

2) Talepte bulunan kişinin/hastanın Ötanazi konusunda “Gönüllü” olması gerekmektedir. Burada gönüllülükten kasıt, kişinin “isteyerek ve özgür iradesi” ile bu kararı almış olması ve hiçbir koşulda, bu kararın baskı altında verilmemiş olması gerekmektedir. İradeyi sakatlayan veya ortadan kaldıran bir baskı var ise bu durumda kişinin “Gönüllü” olmasından söz edilemeyecektir.

<sup>46</sup> Bkz. yukarıda dipnot 44.

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

3) Beyan “tekrarlanmış” olmalıdır. Ötanazi talebinin doktorla yapılan görüşmelerde en az iki kez farklı tarihlerde doktora yöneltilmiş olması gerekmektedir.

4) Doktorun yukarıdaki tüm şartların yerine gelmiş olduğundan emin olması gerekmektedir.

Ötanazi talebiyle ilgili olarak dikkate alınması gereken Yasanın 3. Maddesine bakmak yararlı olacaktır. İlgili maddeye göre Doktor, hastayla farklı zamanlarda farklı konuşmalar yaparak Ötanazi talebini karara bağlamak durumundadır.<sup>47</sup> Bu doktorun, tamamen bağımsız, uzman bir doktora danışarak, mevcut hastalığın tedavisinin olmadığı, hastanın fiziksel ve/veya psikolojik dindirilemeyecek ağrısı üzerine görüş istemesi gerekmektedir.

Bağımsız uzman Doktor, hem dosyayı inceler, hem de hastayı muayene eder, bulgularını ve önerilerini bir rapor halinde talepte bulunan hastanın Doktoruna iletir. Bu raporda bağımsız uzman Doktor, Ötanazi talebini inceleyen ve karar verecek olan Doktora, hastanın hastalığı ile ilgili olarak gerçekten geri dönülemez, tedavi edilemez noktada olduğu konusunda ve ayrıca, fiziksel ve/veya psikolojik dindirilemeyecek ağrı çektiği hususlarında hastayı teyit ettiğini bildirir. Bunun yanında ötanaziye yapacak doktor ilave olarak hastaya sürekli bakan sağlık personeli (hemşire, hasta bakıcı vs.) var ise onlarla da görüşür, hasta talep ederse hastanın yakınları ile de görüşür. Doktor ayrıca, hastanın konuşmak istediği kişiler var ise hastanın onlarla konuşabildiğini, bu şansa sahip olduğunu görmüş veya bu olanağın var olduğunu anlamış olmalıdır. Doktor tüm bu bilgileri hastanın sağlık dosyasına işlemelidir.

İstisnai olarak Doktor, yetişkin hastanın kısa süre içinde ölmeyecek durumda olduğunu düşünürse, Ötanazi kararı için ya bir psikiyatriste ya da 2. bir doktora, görüş ve rapor almak için gitmesi/başvurması, gerekmektedir.

### **Mümeyyiz Küçükler**

Hasta 18 yaşından küçük ancak mümeyyiz olan veya mahkeme kararı ile reşit kılınmış/ kabul edilmiş küçüklerin, başka bir kısıtlı halleri yoksa, Ötanazi talebini alan Doktorun bir çocuk psikiyatristi veya çocuk/genç çocuk psikoloğu ile görüşmesi gerekmektedir. Bu uzman hem hastayı muayene eder, hem de dosyayı inceler ve inceleme sonucunda, hastanın bilincinin ve

---

<sup>47</sup> Bkz. ilgili Yasa, Madde 3.

idrakinin bu kararı almaya uygun olup olmadığı hakkında rapor ve onay verir. Gelen rapor üzerine Ötanazi Doktoru, mümeyyiz küçüğün yasal temsilcilerini bu rapor hakkında bilgilendirir. Ötanazi Doktoru son olarak hastanın sağlık durumu hakkında da yasal temsilcileri bilgilendirir. Ardından yasal temsilciler Ötanaziye onaylarını verirler. 18 yaş altındaki hastanın ötanazi talebi üzerine, hastanın yasal temsilcilerinin talebinin de yazılı alınması gerekmektedir.

### **Ötanazi Talebine İlişkin Diğer Hükümler**

Ötanazi uygulaması ile Ötanazinin yazılı olarak talep edilmesi arasında en az 1 aylık süre geçmiş olmalıdır. Talep belgesi hasta tarafından, kendi eliyle yazılıp imzalanmalı ve tarih atılmalıdır. Şayet hasta bunu yapamayacak durumda ise bir başka yetişkin bu talebi hasta adına kâğıda aktarabilir, yalnız bu 3. kişinin hastanın ölümünden herhangi bir menfaatinin, miras hakkı gibi, olmaması gerekmektedir. Hasta her zaman ötanazi talebini geri çekebilir, dosyasından çıkartabilir.

Ötanazi için gerekli ilaç ve karışımları hazırlayan eczacı hakkında, doktorun vermiş olduğu reçete karşılığı verilen ilaçlardan dolayı, bir ceza soruşturması açılmaz.

Ötanazi İzin Belgesinde (özel tür vasiyetname ile yapılan), ki kişi sağlıklıyken bu belgeyi düzenlemektedir, kişi doktordan ileride kendisinin kaza veya hastalık hallerinde ortaya çıkabilecek; ağır ve iyileşemeyecek bir duruma girmesi halinde, bilincinin bulunmadığı bir durumda ve bu hal bilimsel ve teknik olarak geri getirilemeyecek nitelikte ise Doktorun mevcut koşullar çerçevesinde ötanazi uygulayabileceğine dair talebi ve iznini yazılı olarak verebilmektedir. Bu belgenin Belediye ve Nüfus Kaydına işlenmiş olması gereklidir. Kişinin –oturma-kayıtlı olduğu Belediye bu talep ve izin belgesini imzalar ve onaylar, bir örneğini Sağlık Bakanlığına gönderir.<sup>48</sup> Kişi bu talep ve izin belgesinde güvenilir kişileri öncelik sıralı olarak atayabilir, Ötanazi kararı verilmesi sürecinde Doktorun gerektiğinde bu kişilere ulaşabilmesine olanak sağlar. Yasaya göre, mesleki etik sebeplerden dolayı “Güvenilir Kişiler” asla hastaya bakan doktor, hemşire veya hasta bakıcı olamaz.

### **Ötanazinin Bildirimi, Doktorun Hakları ve Ötanazinin Sonuçları**

Ötanazi, her iki halde (hasta halde yapılan talep ile kişinin sağlıklıyken verdiği izin üzerine yapılan ötanazilerde) Ötanazi ile ölüm gerçekleşikten sonra Doktor 4 iş günü içinde tamamen doldurulmuş olan Federal Kontrol ve

<sup>48</sup> Madde 4.

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

İnceleme Komisyonun formunu bu kuruma göndermekle yükümlüdür.<sup>49</sup> Belirtmek gerekir ki ötanazi talep edildi diye, bu talebi hak olarak kabul etmek mümkün görünmemektedir. Ötanazi bir hak değildir ve bu nedenle hiçbir doktor Ötanazi yapamaya zorlanamaz ve keza aynı şekilde sağlık personelinin –doktor ile birlikte çalışan- hiç kimse Ötanaziye katılması için zorlanamaz.<sup>50</sup> Şayet Doktor Ötanaziye yapmak istemez ise bunu hastaya, güvenilir kişiye vaktinde gerekçeleri ile bildirmek durumundadır. Doktor medikal gerekçelerle talebi ret ediyorsa bunu hastasının dosyasına kaydetmelidir. **Ötanazi ile ölüm gerçekleştiğinde bu normal bir ölüm kabul edilir. Bunun anlamı ise Ötanazi ile ölüm, intihar olarak kabul edilmediği, aksine normal ve yasal bir ölüm olarak kabul edildiği için, miras ve sigorta haklarına bir zarar gelmemektedir.**

Belçika’da hayat destek ünitesine/makinesine bağlı olarak süren yaşamda, **hayat destek makinesinin durdurulması talebi Ötanazi olarak kabul edilmemektedir.** Bu girişim hasta hakları kapsamında “Tedaviyi Durdurma Hakkı” olarak kabul edilmektedir.

Ağır ve ağırlı bir hasta kendisine yüksek dozda morfin yapılmasını isterse ve hastanın doktoru bu talebi uygun görür ve hastasına morfin verirse ve akabinde hasta vefat ederse bu Ötanazi olarak kabul edilmemektedir.<sup>51</sup> Ancak hasta Ötanazinin morfin verilmesi yolu ile yapılmasını isterse ve bu kapsamda kendisine morfin verilerek ölüm sağlanırsa bu yasaya göre Ötanazi olarak kabul edilir.

### **Federal Kontrol ve İnceleme Komisyon Raporları**

Yukarıda bu Komisyonun 2 yılda bir rapor düzenlediği vurgulanmıştı. Komisyonun son raporuna göre 2014-2015 yılları arasında 3950 Ötanazi başvurusu yapılmıştır ve bu da ayda ortalama 165 başvuruya tekabül etmektedir. Başvuranlar genelde 70 ila 89 yaş aralığında bulunmaktadır. Rapora göre Ötanazi, talepte bulunan kişinin evinde yapılmaktadır.

Ötanazi talep eden toplam 3950 hastanın %50’si Kadın %50’si Erkek hastalardan oluşmaktadır. 2014-2015 yılları içinde yapılan tüm Ötanazi uygulamaları yasanın aramış olduğu usul ve esaslara uygun yapılmış, sadece 1 dosyada, dosya Kraliyet Savcılığına gönderilmiştir.<sup>52</sup> Kuruma gelen

<sup>49</sup> Bölüm 4 madde 5.

<sup>50</sup> Madde 14.

<sup>51</sup> Bu durum ceza hukuku kapsamında tanımlanmış bir suç olarak yer almamaktadır.

<sup>52</sup> Davanın açılıp açılmadığı ile ilgili bir bilgiye henüz ulaşamamıştır.

dosyaların %75'i doğrudan onaylanmış, %25'i için doktorlardan ilave bilgi ve dokümanlar istenmiştir.<sup>53</sup>

Komisyon raporunda ayrıca Belçika ve Hollanda arasında da bir karşılaştırma yapılmış ve şu bilgilere yer verilmiştir:<sup>54</sup>

Yıl	Hollanda	Belçika
2010	3136	953
2011	3695	1133
2012	4188	1432
2013	4428	1807
2014	5306	1928
2015	5570	2022

### Sonuç

Beslenme alışkanlıklarının değişmesi, çevresel faktörler, gıda teknolojilerindeki ilerlemeler, tıbbi müdahale sonucu çoğu hastalığın tedavi edilebilir hale gelmesi, bağlantılı olarak insan ömrünün uzamasını tetikleyen faktörler insan yaşamına doğrudan etki etmeye başlamıştır. Son 50 yıl içinde, anlamlı bir şekilde, dünya genelinde insan ömrünün uzadığı kabul edilmektedir. Bu durum ise yeni ve tedavisi mümkün olmayan, ağrılı ve hastanın yaşam standardını düşüren veya ortadan kaldıran ve yaşamı ıstıraplı hale getiren yeni tip hastalıkların doğmasına veya yaygınlaşmasına neden olmuştur ve halen de olmaktadır. Keza; kaza kaynaklı, hastanın yaşam standartlarını düşüren veya hayatını çekilmez hale getiren pek çok tıbbi vakıa da ayrıca dikkat çekicidir. Tüm bu etmenler ister istemez bir kavramı güncel hale getirmektedir: Ötanazi.

Hukuk ve Tıbbi Bilimler açısından son derece önemli bir konu olan “Ötanazi” sadece ulusal hukuklar kapsamında ele alınabilecek konu değildir, tersine konunun ve kavramın uluslararası boyutları da söz konusudur. Avrupa

<sup>53</sup> Commission fédérale de Contrôle et d'Évaluation de l'Euthanasie Septième rapport aux Chambres législatives, années 2014-2015, [http://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/7\\_rapport-euthanasie\\_2014-2015-fr.pdf](http://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/7_rapport-euthanasie_2014-2015-fr.pdf)

<sup>54</sup> Commission fédérale de Contrôle et d'Évaluation de l'Euthanasie Septième rapport aux Chambres législatives, années 2014-2015. *YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*



Konseyi (AK) Düzenlemeleri, “*Oviedo Konvansiyonu*” ve ayrıca “Hasta Hakları” ve 2015 yılında “Yaşamın Son Döneminde Tıbbi Tedavide Karar Verme Sürecine İlişkin Kılavuz” kapsamlarında, Ötanazinin değerlendirilmesi gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Belirtmek gerekir ki Ötanazi ile ilgili AB Hukuk disiplini ve mevzuatında doğrudan herhangi bir düzenleme bulunmamakla beraber, bu konu üye ülkelerin doğrudan tasarruf ve yetki alanlarına bırakılmıştır.

Belçika, Hollanda’dan sonra Ötanazi yasasını onaylayan ikinci ülkedir. 2002 yılında Belçika’da yürürlüğe giren Ötanazi Yasası’ndaki düzenlemeler ile Ötanazi yasal hale getirilmiştir. Süreç içinde ilave birkaç düzenleme daha yapılmıştır. Belçika’da Ötanazi Yasası kapsamında oluşturulan Federal Kontrol ve İnceleme Komisyonu, Ötanazinin kötüye kullanılmasını engellemek için güvenlik mekanizması olarak kurulmuştur. Komisyonun her iki yılda bir yayınlamış olduğu raporunda, ilgili Ötanazi yasası hakkında herkesin yeterince bilgilenmesinin önemli olduğunu, bu kapsamda; vatandaşların, sağlık personeli ve doktorların, üniversitelerin (Fakülte ve Yüksek Okulların) bu bilgileri öğrencilere ve uygulayıcılara doğru ve güvenilir bir şekilde aktarması gerektiği tavsiye edilmiştir. Komisyon ayrıca, yasanın uygulamada hiçbir sorun çıkarmadığını, bu nedenle yasada bir değişikliğe ihtiyaç duyulmadığını da vurgulamıştır. Ötanaziden sonra doktorların doldurup göndermek zorunda oldukları formun zor bir form olduğunu, bu formun kolaylaştırılması gerektiğini, örnek olarak elektronik ortamda gönderilebilmesi için çalışmalar yapılabileceğini önermiştir.

Yalnız unutulmamalıdır ki her ne kadar yasal bir düzenleme ile uygulama gerçekleşse de, Ötanazi kolay bir durum değildir ve toplumun bu düzenlemeyi kabullenmesi önemli bir gerekliliktir. Hali hazırda Belçika’da, Federal Kontrol ve İnceleme Komisyon’un raporlarının iki yılda bir yayımlanması, verilen bilgilerin sınırlı olması, her Ötanazi yapan doktorun bunu kurallara göre komisyona bildir-e-memesi ve gönderilen form ve dosyalardan sadece 1’inin şüpheli bulunarak konunun Savcılığa intikal ettirilmesi tartışılmaktadır. Unutulmamalıdır ki Belçika toplumu açısından, Belçika’da Ötanazinin 15 yıldır yasal olması, Belçika halkının Ötanaziye kabullenmiş olduğunu ve insanın kendi sonuna karar vermesi için bu yasal düzenlemenin önemli ve gerekli olduğunu göstermektedir.

### **Kaynakça**

- A. ÖNDER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi 1994.
- N. CENTEL/H. ZAFER/Ö. ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta Yayınevi, 2. Baskı.
- A. P. VAN DERMEI, “The New Directive on Patients’ Rights in Cross-Border Healthcare”, MJ 2011.
- G. KLASA - A. SCHWABL, “Patient rights and safety guarantees in EU healthcare”, EJCL 2013.
- H. NYS, Recht en Bio-ethiek, Leuven, Lannoo Campus, 2015; <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/270/2432.pdf>
- K. BOZKURT, Belçika Örneğinde Yoğun Bakım ve Etik Sorunlar ve Yasal Düzenlemeler, 2017 (Yayım aşamasında).
- T. KATOĞLU, Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi.
- T. MEULENBERGS – P. SCHOTSMANS, Euthanasia and palliative care in the Low Countries, Leuven, Peeters, 2005.
- W. DISTELMANS, Het recht om te sterven, Antwerpen, 2012.

### **Uluslararası, AB, AK Düzenlemeleri, Ulusal Mevzuatlar, Resmi Belgeler, İçtihatlar ve Antlaşmalar**

- Araştırma Etik Kurulu Üyeleri Kılavuzu, Avrupa Konseyi Biyoetik Yürütme Komitesi 2011, CDBI/INF(2011)2.
- Avrupa Konseyi “Yaşamın Son Döneminde Tıbbi Tedavide Karar Verme Sürecine İlişkin Kılavuz”, 2015.
- Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 20 Nisan 2004 tarih ve 25439 sayılı Resmi Gazete
- DIRECTIVE 2001/20/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 4 April 2001
- Oviedo Convention.
- The Council Regulation (EEC) No 1408/71 and (EEC) 574/72.
- The Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union.
- 2 AVRIL 2003, Arrêté royal fixant les modalités suivant lesquelles la déclaration anticipée relative à l’euthanasie est rédigée, reconfirmée, révisée ou retirée.

27 Avril 2007, Arrêté royal réglant la façon dont la déclaration anticipée en matière d'euthanasie est enregistrée et est communiquée via les services du Registre national aux médecins concernés.

28 Février 2014. — Loi modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, en vue d'étendre l'euthanasie aux mineurs.

28 Mai 2002, Loi relative à l'euthanasie, Commission fédérale de Contrôle et d'Évaluation de l'Euthanasie Septième rapport aux Chambres législatives, années 2014-2015.

Loi complétant la loi du 28 mai 2002 relative à l'par des dispositions concernant le rôle du pharmacien et l'utilisation et la disponibilité des substances euthanasiantes.

### **Internet Kaynakları**

[http://www.const-court.be/en/basic\\_text/belgian\\_constitution.pdf](http://www.const-court.be/en/basic_text/belgian_constitution.pdf)  
<file:///C:/Users/Administrator.DESKTOP->

<L003QB6/Downloads/Guide%20FDV%20turc.pdf>

[https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth\\_theme\\_file/loi20020528mb\\_frnl.pdf](https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/loi20020528mb_frnl.pdf)

[https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth\\_theme\\_file/ar20070427mb\\_frnl.pdf](https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/ar20070427mb_frnl.pdf)

[https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth\\_theme\\_file/loi20140228\\_frnl.pdf](https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/loi20140228_frnl.pdf)

[http://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/7\\_rapport-euthanasie\\_2014-2015-fr.pdf](http://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/7_rapport-euthanasie_2014-2015-fr.pdf)

<https://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%96tanazi>

<http://eur->

<lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:121:0034:0044:en:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/270/2432.pdf>

[https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth\\_theme\\_file/ar20030402mb\\_frnl.pdf](https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/ar20030402mb_frnl.pdf)

[https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth\\_theme\\_file/loi20051110\\_fr.pdf](https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/loi20051110_fr.pdf)

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

<http://www.hasta.saglik.gov.tr/TR,4776/insan-haklari-ve-biyotip-sozlesmesi.html>

[http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/02\\_Biomedical\\_research\\_en/Guide/Guide\\_TR.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/02_Biomedical_research_en/Guide/Guide_TR.pdf)

# GÜÇ KULLANIMI OLARAK SİBER FAALİYETLER: ULUSLARARASI HUKUKUN SİBER UZAYA UYGULANABİLİRLİĞİ

(CYBER OPERATIONS AS THE USE OF FORCE:  
THE APPLICABILITY OF INTERNATIONAL LAW TO CYBER SPACE)

Yasir GÖKÇE\*

## Özet

Devletlerin siber yeteneklerini geliştirerek artırmaları, bizzat silahlı kuvvetleri bünyesinde siber birimler ihdas etmeleri, bir takım vekil aktörleri kendileri adına siber saldırılar gerçekleştirmesi konusunda desteklemeleri, benzer şekilde sivil direniş veya terör gruplarının artan oranda siber yeteneklere yatırım yapması uluslararası arenada siber uzayı yeni bir cephe olarak öne çıkarmıştır. Bu meyanda, yakın zamanda Kuzey Kore ABD'ye olan husumetini Sony adlı şirkete siber saldırı düzenleyerek tevcih etmiş, arkasında Çin'in olduğu düşünülen Mirai korsanları ABD'de Twitter, Spotify, Amazon, Reddit, Yelp ve Netflix'e ait internet sitelerini karartıp işlem göremez hale getirmiş, İsrail ve ABD imzasını taşıyan Stuxnet adlı siber saldırıya maruz kalan İran hızlıca kendi siber ordusunu oluşturmaya başlamış, Rusya NATO ile mücadelede siber uzayı yeni bir cephe olarak ilan etmiş, bunun üzerine NATO Genel Sekreteri Jens Stoltenberg NATO ülkelerine yönelik bir siber saldırı halinde kolektif savunmayı öngören 5. maddeyi işletebileceklerini açıklamıştır. Uluslararası ilişkilerde seyreden rekabet ve gerginliğin siber uzaya da taşındığını gösteren tüm bu gelişmeler, aktörlerin siber uzayda güç kullanma kapasitelerine işaret etmekte ve konunun güç kullanma hukukunu düzenleyen uluslararası hukuk kuralları muvacehesinde irdelenmesini zaruri kılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Siber faaliyet, uluslararası insancıl hukuk, *jus in bello*, *jus ad bellum*, muhasamat hukuku, siber saldırı, silahlı şiddet.

## Abstract

Cyberspace has emerged as a new front in international fora with States incrementally developing their cyber capabilities, creating cyber units within their armed forces along with hiring proxies to conduct cyber-attacks on their behalf, and with rebel groups or terrorist organizations increasingly investing in cyber capabilities. Note that, in the recent past, North Korea expressed its animosity against the US through carrying out a cyber-attack on Sony.

Besides, Mirai hackers which appear to be backed up by China knocked offline a whole group of major websites, including Twitter, Spotify, Amazon, Reddit, Yelp, Netflix, and The New York Times by a massive DDoS attack. Iran rapidly formed its own cyber army right after it had been exposed to Stuxnet cyber-attack allegedly initiated jointly by Israel and the US. Likewise, Russia has articulated the cyber space as a new front in its warfare, and in turn, NATO Secretary-General Jens Stoltenberg warned that cyber-attack against a NATO member can trigger collective defense enshrined in article 5 of the Alliance Treaty. All these developments suggesting the transmission of rivalry and tensions looming over international relations into the cyber-space, point out the actors' readiness to resort to the use of force in cyber space and requires, therefore, to analyze the issue under the international law governing the use of force.

**Keywords:** Cyber operation, international humanitarian law, *jus in bello*, *jus ad bellum*, law of hostilities, cyber-attack, armed violence.

## 1. Giriş

Devletlerin siber yeteneklerini geliştirerek artırmaları, bizzat silahlı kuvvetleri bünyesinde siber birimler ihdas etmeleri, bir takım vekil aktörleri kendileri adına siber saldırılar gerçekleştirmesi konusunda desteklemeleri, benzer şekilde sivil direniş veya terör gruplarının artan oranda siber yeteneklere yatırım yapması uluslararası arenada siber uzayı yeni bir cephe olarak öne çıkarmıştır. Bu meyanda, yakın zamanda Kuzey Kore ABD'ye olan husumetini Sony adlı şirkete siber saldırı düzenleyerek tevcih etmiş,<sup>1</sup> arkasında Çin'in olduğu düşünülen Mirai korsanları ABD'de Twitter, Spotify, Amazon, Reddit, Yelp ve Netflix'e ait internet sitelerini karartıp işlem göremez hale getirmiş,<sup>2</sup> İsrail ve ABD imzasını taşıyan Stuxnet adlı siber saldırıya maruz kalan İran hızlıca kendi siber ordusunu oluşturmaya başlamış,<sup>3</sup> Rusya NATO ile mücadelede siber uzayı yeni bir cephe olarak ilan

---

\* Eski Ar. Gör., Harvard Üniversitesi – “J. F. Kennedy School of Government”; Harvard Üniversitesi Kamu Yönetimi YL Mezununu, Ankara Üniversitesi SBE AB Hukuk YL mezunu, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi lisans mezunu. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5329-4178>. Yazara [gokceyasir@gmail.com](mailto:gokceyasir@gmail.com) ve [yasir\\_gokce@hks16.harvard.edu](mailto:yasir_gokce@hks16.harvard.edu) e-posta adreslerinden ulaşılabilir.

<sup>1</sup> Lori Grisham, “North Korea and the Sony Pictures hack”, *USA Today*, 18.12.2014.

<sup>2</sup> Brian Solomon, “Hacked Cameras Were Behind Friday's Massive Web Outage”, *Forbes*, 21.10.2016.

<sup>3</sup> Sam Jones, “Cyber warfare: Iran opens a new front” *FT Times*, 26.04.2016.

etmiş,<sup>4</sup> bunun üzerine NATO Genel Sekreteri Jens Stoltenberg NATO ülkelerine yönelik bir siber saldırı halinde kolektif savunmayı öngören 5. maddeyi işletebileceklerini açıklamıştır.<sup>5</sup> Keza, ABD'nin silahlı kuvvetleri bünyesinde USCBERCOM adlı siber bir birim oluşturması,<sup>6</sup> kendisine karşı yapılan siber saldırıları savaş sebebi olarak algılayıp kinetik ya da siber yöntemlerle karşılık vereceğini açıklaması<sup>7</sup> ve Ulusal Savunma Yetki Kanunu ile taarruz amaçlı siber yetenek geliştirmeyi kabul etmesi,<sup>8</sup> siber uzayda süregelen rekabet ve husumetin artacağıının işaretlerindedir. Uluslararası ilişkilerde seyreden rekabet ve gerginliğin siber uzaya da taşındığını gösteren tüm bu gelişmeler, konvansiyonel silahlar ile aynı yıkıcı sonuçlar doğurabilen siber yetenekler marifetiyle aktörlerin güç kullanma kapasitelerine işaret etmekte, bu cihetle konunun ayrıca güç kullanma hukukunu düzenleyen uluslararası hukuk kuralları muvacehesinde irdelenmesini zaruri kılmaktadır.

Siber uzayın, hukukun cari olmadığı bir alan (law-free zone) olmayıp, aksine uluslararası hukukun kapsamı dâhilinde bulunduğu önermesi üzerine kurulu bu çalışma, kuvvet kullanımına ilişkin uluslararası hukukun siber faaliyetler kapsamında ne şekilde uygulanabileceğine odaklanmaktadır. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı her türlü savaş hali ile geçmişin, şimdinin ve geleceğin silahlarının, geleneksel silahlardan niteliksel veya niceliksel olarak ne kadar farklı olsa da uluslararası insancıl hukuka ve güç kullanma hukukuna tabi olacağına hükmetmekte olup,<sup>9</sup> siber uzayda kullanılan ve silah vasfını taşıyan siber yöntemlerin de bu meyanda zikredilebileceği kanaatindeyim. Bu çalışmada ilk olarak *jus ad bellum* bağlamında kuvvet kullanımını nitelendirilebilecek siber faaliyetlere değinilmiş ve siber yöntemlerin BM Şartı'nın 51. maddesindeki tanımıyla silah olarak kabul edilebilmesinde kullanılagelen farklı yaklaşımlar ortaya konmuş, siber faaliyetlerin hangi durumlarda ve koşullarda uluslararası silahlı çatışma olarak nitelendirilebileceği irdelenmiş, 1949 tarihli Cenevre

<sup>4</sup> Michael Riley & Jordan Robertson, "Cyberspace Becomes Second Front in Russia's Clash with NATO", *Bloomberg*, 14.10.2015.

<sup>5</sup> John Vandiver, "Cyberspace: A new front-line fight for NATO", *Stars and Stripes*, 14.06.2016.

<sup>6</sup> Establishment of the US Cyber Command, US Army Cyber Command.

<sup>7</sup> Siobhan Gorman & Julian Barnes, "Cyber Combat: Act of War Pentagon Sets Stage for U.S. to Respond to Computer Sabotage With Military Force", *the Wall Street Journal*.

<sup>8</sup> National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012, One Hundred Twelfth Congress of the United States of America, H. R. 1540.

<sup>9</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, International Court of Justice, parag. 86, s.37.

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

Sözleşmelerinin <sup>10</sup> Genel Hükümlerinde yer alan Ortak 3. maddesi bağlamında uluslararası olmayan silahlı çatışma niteliğindeki siber faaliyetlere yer verilmiş, son olarak muhasamat hukuku kapsamında siber savaş yöntem ve araçlarının hukukiliği ile hangi birey ve objelerin hedef alınabileceği işlenmiştir. Makale boyunca siber kapsamda yürütülen eylemlerden bahsedilirken, nitelendirme için belirli hukuki ve maddi koşullar gerektiren siber saldırı, siber operasyon, siber çatışma, siber sömürü, siber savaş, siber düşmanlık, siber taarruz gibi terimler yerine etimolojik olarak daha nötr bir ifade olan siber faaliyet terimi tercih edilmiştir.

## 2. Uluslararası Hukukta Güç Kullanma (*Jus Ad Bellum*) Bağlamında Siber Faaliyetler

Ülkemiz dâhil birçok devletin bizzat silahlı kuvvetleri bünyesinde siber birimler ihdas ettikleri; siber grupları eğitim, donanım veya finansman sağlamak suretiyle destekledikleri ve söz konusu siber yetenekleri aracılığıyla başka devletler veya devlet destekli aktörler aleyhine siber faaliyetler yürüttükleri günümüzde, meselenin uluslararası alanda kuvvet kullanımını düzenleyen *jus ad bellum* (savaş açma hakkı) kuralları çerçevesinde irdelenmesi zaruridir. Bu çerçevede, örneğin, ABD'nin silahlı kuvvetleri bünyesinde "USCYBERCOM" adlı siber bir birim oluşturması,<sup>11</sup> kendine karşı yapılan siber saldırıları savaş sebebi sayıp kinetik ya da siber saldırı yöntemleriyle karşılık vereceğini açıklaması,<sup>12</sup> siber faaliyetlerin uluslararası alanda kuvvet kullanma hukuku bağlamında mevcut ölçütler ve ortaya çıkan yeni dinamikler ışığında ele alınması gerektiğini göstermektedir.<sup>13</sup>

Uluslararası arenada siber olaylarla mücadelede başvurabilecek etkin bir mekanizma olarak kuvvet kullanma hukuku bünyesindeki meşru müdafaa hakkı öne çıkmaktadır. İlk kez 1837 yılında ABD ile Birleşik Krallık arasında yaşanan "Caroline" hadisesinden sonra yasal çerçevesi şekillenen meşru müdafaa hakkı, Birleşmiş Milletler (BM) Kurucu Antlaşması ile kodifiye edilmiştir.<sup>14</sup> Kabul edildiği dönemin tehdit unsurları ve reelpolitikini yansıtan

<sup>10</sup> Melike Batur Yamaner, A. Emre Öktem, Bleda Kurtdarcan, Mehmet C. Uzun, "12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*:42.

<sup>11</sup> Establishment of the US Army Cyber Command.

<sup>12</sup> Siobhan Gorman & Julian Barnes.

<sup>13</sup> Michael Schmitt, *Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework*, Research Publication 1, Information Series, June 1999, s.14.

<sup>14</sup> Elizabeth Wilmshurst, "The Chatham House Principles of International Law on the Use of

Force in Self-defence." *International and Comparative Law Quarterly* 55.04 (2006): s.966.  
YUHFD Vol. XIV No. 1 (2017)

söz konusu düzenlemeler, günümüz savaş tür ve teknikleri ile güncel tehditler ışığında yeniden yorumlanmıştır.

Uluslararası hukukta kuvvet kullanma yasağını düzenleyen en genel hüküm olan Birleşmiş Milletler Şartının 2(4). maddesi “*Teşkilatın üyeleri, milletlerarası münasebetlerinde gerek bir başka devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı, gerekse Birleşmiş Milletler’in amaçları ile telif edilemeyecek herhangi bir surette, tehdide veya kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar*” hükmünü haizdir.<sup>15</sup> Uluslararası teamül normuna dönüşen<sup>16</sup> ve dolayısıyla tüm devletler için bağlayıcılık teşkil eden söz konusu hükme yine BM Şartı tarafından getirilen bir takım istisnalar mevcuttur. İlgili istisnalar BM Şartının 7. Bölümü (39. ve 51. maddeler arası) uyarınca BM Güvenlik Konseyi’nin uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacıyla kuvvet kullanma yetkisi, BM Şartının 51. maddesinde devletlere tanınmış bireysel veya müşterek meşru müdafaa hakkı ve doktrin ile içtihatlarda yerini bulmuş ve kimi çevrelerce uluslararası teamül normu olarak tanınmış ön alıcı meşru müdafaa hakkıdır.<sup>17</sup>

BM şartının meşru müdafaa hakkını düzenleyen ve uluslararası teamül hukukundaki karşılığını sınırlı da olsa yansıtan 51. maddesi “*Bu Antlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına halel getirmez*” hükmünü amirdir. Söz konusu hükmün ortaya çıkan yeni siber kabiliyetler bağlamında yorumlanmasını isteyen NATO Siber Savunma Mükemmeliyet Merkezi, Uluslararası Bağımsız Uzmanlar Grubuna “Siber Savaşa Uygulanacak Hukuk Hakkında Tallinn Kılavuzu” adlı ‘yumuşak hukuk’ niteliğinde bağlayıcı olmayan bir metin hazırlatmıştır. Söz konusu metinde, silahlı saldırı seviyesine erişen siber saldırılara karşı meşru müdafaa hakkının tanınabileceği vurgulanmıştır.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> United Nations, Charter of the United Nations.

<sup>16</sup> Yoram Dinstein, *War, Aggression And Self-Defence*, Grotius Publications Limited, Cambridge, s.37.

<sup>17</sup> Ön alıcı meşru müdafaa'nın uluslararası hukuktaki yeri için bkz., Chris Richter, “Pre-emptive Self-Defence, International Law and US Policy”, *Dialogue*(2003) 1:2 s. 55-66; Anthony Arend, “International Law and the Pre-emptive Use of Military Force”, *The Washington Quarterly*26(2), 2003, s. 89-103; Christine Gray, *International Law and Use of Force*, Oxford University Press, Third Edition, 2004, s.208-254, Fatma Taşdemir, *Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi*, USAK Yayınları: 10 Uluslararası Hukuk Serisi:3, Ankara Nisan 2006, s.229-261.

<sup>18</sup> Tallinn Kılavuzu, s.54.



BM Şartı'nın 51. maddesinde meşru müdafaa hakkının temel unsurlarından biri olarak, 'silahlı saldırının varlığı' yer almaktadır. Uluslararası Adalet Divanı (UAD) 1996 yılında verdiği nükleer silahlara ilişkin danışma görüşünde, BM Antlaşmasının 51. maddesinin sadece belirli silahlara atıf yapmadığından bahisle, kuvvet kullanımında elverişli tüm saldırıcı araçlarının silah olarak değerlendirilebileceğine hükmetmiştir.<sup>19</sup> Keza, UAD kimyasal ve biyolojik silahlarla gerçekleştirilen saldırıları, doğurabilecekleri felaket niteliğinde sonuçlar nedeniyle meşru müdafaa hakkı kapsamında değerlendirmiştir.<sup>20</sup> Bu çerçevede, silahlı saldırı şartının olup olmadığı değerlendirmesinde, kullanılan saldırı araçları kadar, ortaya çıkan sonuçların da etkili olduğu anlaşılmaktadır.

Siber yöntemlerin silah olarak nitelendirilebilmesine ilişkin birkaç yaklaşım mevcuttur. Hangi araçla kuvvet kullanıldığına yoğunlaşan araç temelli yaklaşım, konvansiyonel silahların kullanımını gerekli görmekte, siber saldırıların ise ancak klasik silahlı çatışmaya eklenerek kullanılması halinde silahlı saldırı vasfına bürüneceğini savunmakta ve ancak siber olayların konvansiyonel silahlar kadar etkili olabileceği gerçeğini göz ardı etmektedir.<sup>21</sup> Hedef temelli yaklaşım, kuvvet kullanımının yöneldiği hedefin önemi ve hayatiliğine yoğunlaşmaktadır. Bu yaklaşım kuvvet kullanma eşiğini düşürdüğü ve devletlerin ön alıcı meşru müdafaaya başvurma reflekslerini arttırdığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.<sup>22</sup> Doktrindeki diğer bir yaklaşım ise, kuvvet kullanımının yarattığı etkinin ölüm veya finansal sistemin çökmesi gibi belirli bir ağırlığa ulaşması gerektiğini savunan etki temelli yaklaşımdır. Bu yaklaşım uyarınca bir kuvvet kullanımına silahlı saldırı niteliği kazandıracak etkiler saptanırken saldırının yakınlığı, yıkıcılığı, nüfuzu, doğrudan etkilerinin boyutları gibi ölçütlere bakılmaktadır.<sup>23</sup>

Bir saldırının silahlı saldırı niteliğinde olup olmadığı konusunda, UAD ilk defa Nikaragua kararında 'boyut ve etki' (scale and effect) testini getirmiş, kuvvet kullanımlarını bu kriterler çerçevesinde tasnif etmiştir.<sup>24</sup> Mahkeme Petrol Platformları davasında ise boyut ve etkisi itibarıyla ciddi düzeyde olan

<sup>19</sup> Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, parag.68.

<sup>20</sup> *Ibid.*, parag.245.

<sup>21</sup> Oona A. Hathaway, Rebecca Crootof, Philip Levitz, Haley Nix., Aileen Nowlan, William Perdue & Julia Spiegel, "The Law of Cyber Attack", *California Law Review*, Vol. 100:817, 2012, s.831.

<sup>22</sup> *Ibid.*, s.827

<sup>23</sup> Mehmet Yayla, "Uluslararası Hukukta Siber Saldırlara Karşı Kuvvet Kullanma", *TBB Dergisi* 2013 (107), s. 214.

<sup>24</sup> Nicaragua v. United States of America, parag.101.

kuvvet kullanımlarını silahlı saldırı olarak nitelendirerek meşru müdafaa hakkının varlığına hükmetmiştir.<sup>25</sup>

Öte yandan, Tallinn Kılavuzu'na göre, siber saldırıların meşru müdafaa hakkı doğuran silahlı saldırı niteliğinde olup olmadığı konusu, saldırıda kullanılan aracın silah niteliğine ve saldırının etki ve boyutuna ilişkin bir değerlendirmeyi gerektirmektedir.<sup>26</sup> 2007 yılında Estonya'nın maruz kaldığı siber saldırıyı anılan kriterler ışığında değerlendirmek konuyu aydınlatacaktır. Estonya'nın İkinci Dünya Savaşı'nda ölen Rus askerlerinin anısına dikilen meçhul asker anıtını kaldırılıp şehrin dışına nakletmesini Rusya'nın kınaması ve Tallinn'deki Rus azınlığın gösterileri takip etmiştir.<sup>27</sup> Çok geniş dijital bir kamu ve özel hizmet ağına sahip, nüfusunun %75'inden fazlası dijital kimlik kartı kullanan, bankacılık işlemlerinin %97'si internet üzerinden gerçekleştirilen Estonya, ulusal bilgi sistemlerine, internet hizmet sağlayıcılarına ve ülkenin finansal sistemlerine yönelik çok geniş katımlı ve eşgüdümlü DDoS saldırılarına maruz kalmıştır.<sup>28</sup> Saldırıları nedeniyle ülkenin internet bant genişliği büyük oranda doldurulmuş ve ülkenin internet altyapısı çökme noktasına gelmiştir.<sup>29</sup> Yukarıda ifade edilen yaklaşımlar açısından, gerek yöneldiği hedefin kritik altyapılar olması, gerek sebep olduğu yıkıcı etki göz önünde bulundurulduğunda, bu saldırıda kullanılan siber tekniklerin silah niteliğinde değerlendirilebileceği düşünülmektedir. Ayrıca, neredeyse tüm özel ve kamu hizmetlerinin internet üzerinden sunulduğu bir ülkede internetin çökertilmesinin yaratacağı finansal ve kinetik etki ciddi düzeydedir. Keza, siber saldırının yoğun, geniş katımlı ve koordineli olması, saldırının boyutunun azımsanmayacak oranda olduğunu göstermektedir. Sonuç olarak, bahse konu siber saldırının etki ve boyutu itibariyle kinetik saldırıların neden olacağı yıkıcı sonuçlarla benzerlik taşıdığı ve bu cihetle silahlı saldırı olarak nitelendirilebileceği değerlendirilmektedir.<sup>30</sup>

Tallinn Kılavuzu'nun 6. ve 7. maddeleri siber saldırının hangi ülkeye atfedilebileceği konusunu düzenlemekte, bir devletin sınırları içinde yer alan altyapılardan kaynaklanan tüm siber saldırılardan sorumlu olmadığını, ancak

<sup>25</sup> Islamic Republic of Iran v. United States of America, parag.187.

<sup>26</sup> Tallinn Kılavuzu, s.46.

<sup>27</sup> Kertu Ruus, "Cyber War I: Estonia Attacked from Russia", *European Affairs: Volume number 9*, Issue number 1-2, 2008, s.3.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Etki ve boyutu itibariyle kinetik saldırıların neden olacağı yıkıcı sonuçlarla benzerlik taşıyan siber saldırıların silahlı saldırı olarak nitelendirilebileceğine dair bkz. Marco Roscini & Leverhulme Trust, *Cyber Operations And the Use of Force in International Law*. Oxford University Press, 2014, s.58.

resmi nitelikteki bir altyapıdan kaynaklanan bir siber saldırının doğrudan o devlete atfedilebileceğini, aksini ispat yükümlülüğünün ise altyapısı siber saldırı için kullanılan devlete ait olduğunu öngörmektedir.<sup>31</sup>

Bir siber saldırı yukarıda kayıtlı hususlar çerçevesinde silahlı saldırı niteliğindeyse, saldırıya uğrayan devletin BM Şartı'nın 51. maddesinde kayıtlı meşru müdafaa kapsamında kuvvet kullanma hakkı vardır. Ancak, kuvvet kullanımına başvuracak devletin bu eylemi, kendisine yönelmiş tehlike ve tehdidi alternatif bir yöntemle bertaraf edemeyeceği düzeyde “gerekli” ve saldırı ile “orantılı” olmalıdır.<sup>32</sup>

### 3. Uluslararası İnsancıl Hukuk (*Jus In Bello*) Bağlamında Siber Faaliyetler

Silahlı çatışma durumunda düşmanlığın uluslararası hukuk çerçevesinde nasıl yürütüleceğine ilişkin kurallar içeren uluslararası insancıl hukuk; savaş hukuku, silahlı çatışmalar hukuku veya Latince ifadesiyle *jus in bello* olarak da bilinmektedir. Uluslararası insancıl hukuka ilişkin temel metinler 1989 tarihli Lahey Sözleşmeleri,<sup>33</sup> 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri<sup>34</sup> ile 1977 tarihli dört Cenevre Sözleşmesine ek iki Protokol<sup>35</sup> olmanın yanında, söz konusu antlaşma hükümlerinin çoğu uluslararası teamül normları olarak da kabul edilmektedir.<sup>36</sup>

Yukarıdaki başlıkta *jus ad bellum* bağlamında açıklanan ve neyin silah olarak nitelendirilebileceği konusunu irdeleyen araç temelli yaklaşım, hedef temelli yaklaşım ve etki temelli yaklaşımlardan bu başlık altında da yararlanılmıştır. Söz konusu yaklaşımlar, siber faaliyete maruz kalan bir devlet için bu faaliyetin silahlı saldırı teşkil edip etmediği, silahlı şiddet unsuru içerip içermediği, siber faaliyetin yürütülmesinde kullanılan araçların silah niteliğini haiz olup olmadığı ve dolayısıyla *jus in bello* kurallarını cari kılacak bir silahlı çatışmanın var bulunup bulunmadığını tespit etmede önem arz etmektedir.

<sup>31</sup> Tallinn Kılavuzu, s.29-34.

<sup>32</sup> Christine Gray, s.120; Tallinn Kılavuzu, s.61-66

<sup>33</sup> Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 29 July 1899.

<sup>34</sup> Melike Batur Yamaner, A. Emre Öktem, Bleda Kurtarcan, Mehmet C. Uzun, “12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*:42.

<sup>35</sup> 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s.179-276.

<sup>36</sup> Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I, Rules*, International Committee of the Red Cross, Cambridge, 2005, s. XV-XVI.

Uluslararası insancıl hukukun uygulanacağı bölge, uluslararası silahlı çatışmada tüm savaşı taraflara ait sınırlar; uluslararası olmayan silahlı çatışmada ise çatışan tarafların kontrolündeki sınırlardır. Nitekim Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) *Kunarac* kararında uluslararası insancıl hukukun uygulanacağı alanını belirlerken çatışmanın gerçekleştiği bölgeyi değil, çatışan tarafların hâkimiyet kurdukları tüm sınırları zikretmektedir.<sup>37</sup> Yine mahkeme *jus in bellonun* uygulanacağı zaman aralığına ilişkin olarak, silahlı çatışmanın başlaması anı ile taraflar arasındaki düşmanlığın sona ermesini müteakip barışın bütün hukuki sonuçlarıyla tesis edilmesi anı arasındaki zaman aralığını işaret etmektedir.<sup>38</sup>

### 3.1. Uluslararası Silahlı Çatışma Olarak Siber Faaliyetler

1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin Genel Hükümlerinde yer alan ve uluslararası teamül normu olarak kabul edilen 2. maddesi, Sözleşmelerin savaş ilanında yahut iki veya müteaddit Yüksek Akit Taraf arasında çıkabilecek silahlı çatışma halinde, savaş hali bunlardan biri tarafından tanınmasa dahi uygulanacağını öngörmektedir.<sup>39</sup> Bu madde ışığında, Cenevre Sözleşmeleri ile uluslararası teamül insancıl hukukunun devletlerarası siber faaliyetler kapsamında uygulanabileceği değerlendirilmektedir. Bunun için de, siber faaliyete savaş ilanını müteakip başvurulması, hali hazırda devam eden uluslararası bir silahlı çatışmaya eklenerek başvurulması veya siber faaliyetin başlı başına bir uluslararası silahlı çatışma teşkil edecek düzeyde nitelikli olması gerekmektedir.

#### 3.1.1. Savaş İlanını Müteakip Yürütülen Siber Faaliyetler

İki veya daha çok devlet arasında savaş halinin başladığını hukuken varsayabilmek için savaşı devlet veya devletlerin aksiyona dönüşmüş olmasa dahi bu yöndeki iradelerini, diğer bir ifadeyle *animus bellandiyi* açıkça veya zımnen ortaya koymaları gerekmektedir.<sup>40</sup> Ancak, 1907 tarihli Muhasamatın Başlatılması Hakkında Lahey Sözleşmesi<sup>41</sup> bu yöndeki iradenin savaş ilanı ile muhataplara duyurulması gerektiğini öngörmüştür. Bununla birlikte, doktrinde yazarlar savaş ilanı yapmaksızın başlatılan bir

<sup>37</sup>*Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, Judgment, Appeals Chamber, Case No: IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 June 2002, parag. 57, s.17.

<sup>38</sup>*Prosecutor v. Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, Case No: IT-94-1, parag. 67.

<sup>39</sup> 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s.2.

<sup>40</sup> Marco Roscini & Leverhulme Trust, s.121.

<sup>41</sup>Convention (III) relative to the Opening of Hostilities. The Hague, 1. madde, 18 October 1907.

savaşın anılan Sözleşmeye taraf devletler için sadece bir antlaşma ihlali teşkil edeceğini, ancak savaş halinin hukuken var olması bağlamında bir sonuç doğurmayacağını, savaş halini başlatma yönündeki bir *animus bellandinin* varlığının bunun için yeterli olacağını savunmaktadırlar.<sup>42</sup>

Bu anlatılanlar ışığında, bir devletin savaş halini başlatma yönündeki iradesini içeren ilanını müteakip söz konusu savaşan devletin, kinetik bir düşmanlık sergilemeksizin siber saldırı veya siber istismar faaliyetlerine başlaması ile *jus in bello* hükümleri uygulanabilir hale gelecektir.

### 3.1.2.Süregelen bir Uluslararası Çatışmayla Eşzamanlı Sürdürülen Siber Faaliyetler

Devam eden bir silahlı çatışma kapsamında, savaşan tarafın kinetik nitelikteki saldırılarına ek olarak karşı tarafın stratejik iletişim ağlarını kapatma, medya internet sitelerine saldırma gibi siber faaliyetlerde bulunması mümkündür. Bu bağlamda, süregelen bir silahlı çatışma kapsamında tüm savaşan taraflarca yürütülen siber faaliyetler silahlı kuvvet kullanımı niteliğinde olmasa bile uluslararası insancıl hukukun kapsamında olacaktır.<sup>43</sup> Burada dikkat edilmesi gereken temel unsurlar siber saldırının söz konusu faaliyeti yürüten devlete atfedilebilir olması, kendisine karşı husumet beslenen tarafa yönelmiş bulunması ve siber faaliyet ile süregelen silahlı çatışma arasında bir bağlantı bulunmasıdır.<sup>44</sup> Nitekim siber faaliyetin savaşan tarafa atfedilebilir olmadığı durumlarda silahlı çatışma ile siber faaliyet arasındaki bağlantıyı tespit etmek zordur. EYUCM *Kunarac* kararında bireysel yerel suç ile savaş suçu arasındaki ayrımı çizerken, suç failinin fiili ile silahlı çatışma arasındaki söz konusu bağlantıya atıfta bulunmakta ve suç failince suçun işlenmesinde silahlı çatışmanın varlığının kayda değer etkisinin bulunması gerektiğini vurgulamaktadır.<sup>45</sup> Yerel hukuk kapsamında bir suç ile silahlı çatışma arasındaki bağlantının dar yorumlanması gerektiği sonucuna varan Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi de, suç failinin silahlı çatışma kapsamında savaşan askeri erkin bir parçası veya askeri erke yakın ilişki içinde olması gerektiğine ve savaşta kullanılacak yöntemin belirlenmesinde dahlinin olması veya kullanılacak araçlara erişiminin bulunması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>46</sup>

<sup>42</sup>Marco Roscini & Leverhulme Trust, 2014, s.122; Quincy Wright, "When Does War Exist?", *American Journal of International Law*, Vol. 26, No. 2, April 1932, s.363.

<sup>43</sup>Marco Roscini & Leverhulme Trust, s.124.

<sup>44</sup>*Ibid.*

<sup>45</sup>Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic, 2002, parag. 58, s.17.

<sup>46</sup>Prosecutor v. Rutaganda, Judgment, Appeals Chamber, Case No. ICTR-96-3-A, 26 May 2003, parag. 570.

Yukarıda yer verilen kriterler muvacehesinde, savaş hali esnasında yürütülen bir siber faaliyete *jus in bellonun* uygulanması sonucunu doğuracak silahlı çatışma-siber saldırı bağlantısının tespit edilmesinde ‘siber saldırı failinin savaştan statüsü, siber saldırı failince söz konusu suçun resmi görev kapsamında işlenip işlenmediği, hedef ve mağdurun sivil niteliği ve düşman tarafla olan bağı, siber faaliyetin genel askeri harekâta ne derece yarar sağladığı’<sup>47</sup> gibi hususlar önem arz etmektedir.

### 3.1.3.Müstakilen Uluslararası Silahlı Çatışma Niteliğindeki Siber Faaliyetler

Savaştan tarafların kinetik bir düşmanlık sergilemeksizin, birbirlerine karşı siber faaliyet yürütmeleri halinde uluslararası insancıl hukukun ne şekilde uygulanabilir olacağı konusu ayrı bir değerlendirme gerektirmekte olup, istisnai niteliğinden ötürü devletlerin gelecekteki eylem ve tutumları ile şekillenecek niteliği haizdir.

Lahey Sözleşmelerindeki ‘savaş’ teriminin bilinçli olarak terkedildiği ve daha geniş bir yoruma kapı aralamak amacıyla ‘silahlı çatışma’ ifadesinin tercih edildiği 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinde silahlı çatışmanın ne olduğu tanımlanmamış ve bu husus içtihat ile doktrine bırakılmıştır. Cenevre Sözleşmelerine Ek I No’lu Protokol’ün 1. maddesinin şerhinde, savaştan tarafların silahlı çatışmaya girme niyetlerini gösteren *animus bellandiye* atıf yapılmaksızın iki öge uluslararası silahlı çatışmanın varlığı için yeterli görülür: Bahse konu ögeler en az iki devlet arasındaki anlaşmazlığın varlığı ile silahlı kuvvetlerin müdahalesidir.<sup>48</sup> Keza, EYUCM *Tadic* kararında uluslararası silahlı çatışmayı “devletler arasında silahlı kuvvete başvurma” olarak tanımlayarak benzer sonuca varmıştır.<sup>49</sup> Bu bağlamda, silahlı çatışmanın tanımında yer alan iki ögenin siber faaliyet kapsamına oturtulması, söz konusu ögelerin ayrıca irdelenmesini gerektirmektedir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi *Nikaragua* kararında, kuvvet kullanımına ne zaman başvurulabileceğini düzenleyen *jus ad bellum* kapsamındaki kuvvet kullanımı ile kuvvet kullanımına nasıl başvurulabileceğini düzenleyen *jus in bello* kapsamındaki kuvvet kullanımını ayırt etmekte, her tür kuvvet kullanımının *jus in bello* kurallarını cari kılacak bir silahlı çatışma olmadığını belirtmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, sırf silahlı grupların silahlandırılması

<sup>47</sup>Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic, 2002, parag. 59, s.17.

<sup>48</sup>Yves Sandoz, Cristophe Swinarski, Bruno Zimmerman, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva 1987, 1. Madde, parag. 62, s.40.

<sup>49</sup>Prosecutor v.Tadic, 1995, parag. 70.

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

veya eğitilmesi şeklindeki dolaylı kuvvet kullanımını *jus in bello* kapsamında bir kuvvet kullanımı olarak değerlendirmemektedir.<sup>50</sup> Yine, *Tadic* temyiz kararında EYUCM bir devlet tarafından diğer bir devlete karşı başkaldıran gruba askeri malzeme, eğitim veya para yardımı yapılmasını uluslararası silahlı çatışma olarak değerlendirmemiştir.<sup>51</sup> Saldırının Tanımı Üzerine BM Genel Kurulu Bildirisi ise kabul eden devletin sınırlarında kabul eden devletle akdedilen bir anlaşma çerçevesinde bulunan diğer bir devletin bahse konu anlaşmayı ihlal eden eylemleri ile BM Şartı'nın 2(4) maddesi kapsamındaki tehditlerin uluslararası silahlı çatışma olarak kabul edilmeyeceğini öngörmektedir.<sup>52</sup>

Yukarıda yer verilen silahlı çatışma tanımına paralel olarak, Siber Savaş Hakkında Tallinn Manuel'in 22. Kuralında devletlerarası muhasamatin (karşılıklı husumet), savaşın yöntem ve araçlarının topyekûn kullanımına eşdeğer nitelikte siber faaliyetler şeklinde yürütülmesi halinde uluslararası silahlı çatışmanın var olacağı öngörülmektedir.<sup>53</sup>

Uluslararası Kızılhaç Komitesi siber teknolojinin kullanıldığı yeni savaş araç ve yöntemlerinin, ilk defa kullanılan herhangi yeni bir silahta olduğu gibi, uluslararası insancıl hukuka tabi olacağını belirtmektedir.<sup>54</sup> Nitekim hava trafik kontrol sisteminin manipülasyonu neticesinde sivil bir uçağın düşmesine sebebiyet veren bir siber faaliyeti silahlı çatışmada savaş aracı olarak görmek ve söz konusu eylemi uluslararası insancıl hukukun öngördüğü yasaklara tabi kılmak gayet doğaldır. Yine, Uluslararası Adalet Divanı *Nükleer Silah Tehdidi ya da Kullanımı* kararında her türlü savaş hali ile geçmişin, şimdinin ve geleceğin silahlarının, geleneksel silahlardan niteliksel veya niceliksel olarak ne kadar farklı olsa da uluslararası insancıl hukuka tabi olacağına hükmetmiştir.<sup>55</sup>

Hangi sonuçları doğuran siber faaliyetlerin uluslararası insancıl hukuka tabi olacağına dair kriterleri gözden geçirmek konuyu vuzuha

<sup>50</sup>Nicaragua v. USA, Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Merits, Judgement of 27 June 1986, International Court of Justice, parag. 228, s.118-119,

<sup>51</sup>Prosecutor v. Tadic, Judgement of 15 July 1999, Appeals Chamber of ICTY, Case No: IT-94-1-A, parag. 137, s.58-59.

<sup>52</sup> Definition of Aggression, General Assembly Resolution 3314 (XXIX), 14 December 1974.

<sup>53</sup> Michael N. Schmitt, *Tallinn Manuel on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press, New York, 2013, Rule 22, s.79-80.

<sup>54</sup> International Committee of the Red Cross, *International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts*, Report Document, 31IC/11/5.1.2, Geneva, October 2011, s.36.

<sup>55</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, International Court of Justice, parag. 86, s.37.

kavuşturacaktır. Mülkiyete zarar veren, insanı yaralayan ya da öldüren siber faaliyetler ile söz konusu zarar, yaralama ve ölüm sonuçlarını doğurma kapasitesine sahip olan siber faaliyetlere ilaveten; düşmanın askeri yeteneklerini veya kritik sivil altyapıların düzenli işleyişini önemli derecede bozan ve bu suretle ulusal güvenlik ve kamu düzenine zarar veren siber faaliyetler *jus in bello* kapsamında değerlendirilmelidir.<sup>56</sup> Söz konusu ölçütlere ilaveten, siber faaliyetin ülkenin temel görevlerini yerine getirme kabiliyetlerine ciddi ölçüde zarar vermesini ve ülkenin ve halkın ekonomik-finansal istikrarında kalıcı etkiler doğurmasını da bu meyanda zikredebiliriz.<sup>57</sup> Burada şu vurgulanmalıdır ki, siber faaliyetlerin söz konusu sonuçları meydana getirmesi ya da meydana getirebilecek potansiyelde olması, silahlı kuvvet kullanımını uluslararası silahlı çatışma haline getirmemekte, ancak siber faaliyeti silahlı kuvvet kullanımı vasfına sokmaktadır.<sup>58</sup> Bu bağlamda, Stuxnet olayında Natanz'daki gaz santrifüjlerinin siber faaliyet sonrası ciddi oranda maddi zarara uğraması söz konusu olayı silahlı çatışma eşiğine yükseltmemekte, ancak siber faaliyete başvurmayı silahlı kuvvet kullanımı niteliğine sokmaktadır.

Uluslararası silahlı çatışmanın varlığından bahsedebilmek için bir devletin resmi ya da fiili organlarının veya kendi kontrolü altındaki bireylerin diğer bir devlet aleyhine silahlı kuvvete başvurması gerekmektedir.<sup>59</sup> Diğer bir deyişle, sivil kişi ya da organların başka bir devlete karşı silahlı kuvvet kullanmaları, zararın ne kadar büyük olduğuna bakılmaksızın uluslararası silahlı çatışma teşkil etmeyecektir. Siber faaliyetlerin genelde sivil görünümü kişilerin tarafından gerçekleştirilmesi ve tam olarak nereden kaynaklandığının tespit edilememesi, siber faaliyetin sorumlu devlete atfedilebilir kılınmasında en büyük problemi oluşturmaktadır. Keza, uluslararası silahlı bir çatışmanın varlığından bahsedebilmek için bir devletin kendisine karşı kullanılan silahlı kuvvete, silahlı kuvvetle cevap vermesi şart değildir.

Yine, bir devletin diğer bir devlete karşı başkaldıran silahlı gruba destek olması halinde dahi söz konusu devletler arasında uluslararası silahlı çatışmadan bahsedebilmek için, EYUCM tarafından verilen *Tadic* kararındaki şu ölçütler öne çıkmaktadır: Bir devletin diğer bir devletteki silahlı grup üzerinde etraflı kontrolü olmalı ve silahlı grup örgütlü ve hiyerarşik yapıyı haiz bulunmalı. Bu ölçütlerin yerine getirilip getirilmediği ise Mahkemece devletin söz konusu grubun askeri eylemlerini planlaması,

<sup>56</sup> Marco Roscini & Leverhulme Trust, 2014, s.133.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> *Ibid.*, s.137.

<sup>59</sup> *Ibid.*, s.138.



organize ve koordine etmesi, grubu eğitmesi, finanse etmesi ve askeri operasyonel destek ve ekipman sağlaması ile test edilmektedir.<sup>60</sup>

Bir devlet ile o devletin sınırları içindeki isyancı bir grup arasında uluslararası silahlı çatışmanın varlığından bahsedebilmek için ise isyancı grubun hükümet tarafından savaştan statüsünün tanınması ve Ek I No'lu Protokol'ün 1(4) maddesinde kayıtlı durumların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bir isyancı grubun savaştan statüsünün hükümet tarafından tanınmasını düzenleyen geleneksel uluslararası hukuk kuralları uyarınca da, ülke içinde silahlı çatışma sürmeli, isyancılar ülkenin önemli bir bölümünü işgal etmiş olmalı ve muhasamat silahlı örgüt üzerinden savaş hukuku çerçevesinde yürütülmelidir.<sup>61</sup> Sadece geleneksel silahlı grupların bu koşulları sağlayabileceği düşünülüğünde, internet ağları üzerinden örgütlenen siber bir topluluğun bahse konu koşullar çerçevesinde savaştan statüsünün tanınması zor görünmemektedir.

Bununla birlikte, Ek I No'lu Protokol'ün 1(4) maddesi uyarınca ulusal özgürlük savaşları, devlet ile devlet dışı aktör arasında olsa bile uluslararası silahlı çatışma statüsündedir.<sup>62</sup> Bu bağlamda, ulusal özgürlük hareketlerinin sömürge tahakkümü, ırkçı rejim ya da yabancı işgaline karşı silahlı kuvvet kullanımı niteliğindeki siber faaliyetleri Ek I No'lu Protokol kapsamına girecektir. Ancak, anılan Protokol'ün 96. maddesi devlet dışı aktörün, halkı temsil eden bir otorite olması gerektiğini öngördüğünden ve söz konusu aktörün devlet benzeri bir örgütsel yapıyı haiz olması gerektiğini varsaydığından,<sup>63</sup> varlığını çevrimiçi (online) olarak sürdüren ve faaliyet gösteren bir yapının ne derece bu kapsama gireceği tartışmalıdır.

### 3.2. Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışma Olarak Siber Faaliyetler

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar devletler arasında yürütülmeyen, ancak *jus in bellonun* kapsamına girmeyen iç kargaşa veya iç gerilim olarak da tanımlanamayacak silahlı çatışmalardır. Geleneksel uluslararası olmayan silahlı çatışmayla eş zamanlı olarak yürütülen siber faaliyetlerin uluslararası insancıl hukuk kapsamında sayılabilmesi, siber faaliyetlerin hâlihazırda mevcut muhasamatla olan bağlantısına vabestedir. Bu noktada, uluslararası olmayan silahlı çatışmaları, uluslararası silahlı çatışmalardan ayıran husus süregelen muhasamat ile siber faaliyetler arasındaki bağlantının ispatının daha güç olmasıdır.

<sup>60</sup>Prosecutor v. Tadic, 1999, Judgement of Appeals Chamber, parag. 137, s.59.

<sup>61</sup>Hersch Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1947, s.175-176.

<sup>62</sup> 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s.180.

<sup>63</sup>*Ibid*, s.248.

1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin Genel Hükümlerinde yer alan ve uluslararası teamül normu olarak kabul edilen<sup>64</sup> Ortak 3. maddesi, hükmün uluslararası evsafıta olmayan ve bir ülke sınırları içerisinde meydana gelen silahlı çatışmalara da uygulanacağını öngörmektedir.<sup>65</sup> Siber faaliyetlerin siber alanda yürütüldüğü, bu gerekçeyle bir ülke sınırları içinde ve üzerinde meydana gelmediği iddiasının bu bağlamda yersiz ve dar bir yorum olduğu değerlendirilmektedir.<sup>66</sup>

Her ne kadar Ortak 3. maddenin uygulanabilir olduğu silahlı çatışmaların belirli bir yoğunlukta sürdürülmesi gerektiği ifade edilse de, maddede buna ilişkin bir ölçüt bulunmamakta; ancak maddenin şerhinde bağlayıcı olmayan birtakım kriterler yer almaktadır. Bu kapsamda, resmi hükümete karşı başkaldıran tarafın örgütlü askeri kuvvete sahip olması, eylemlerinin sorumluluğunu üstlenen bir idari yapıya sahip olması, *jus in bello* hükümlerini gözetilen ve riayet eden araçlara sahip olması, devlet benzeri örgütsel bir yapıya sahip olması, belirli bir sınıra hâkim olması, resmi hükümetin isyancı gruba karşı düzenli askeri kuvvetlerini kullanıyor olması, isyancı grubun savaştan statüsünü tanıması gibi kriterler bu meyanda zikredilebilir.<sup>67</sup>

EYUCM'nin *Tadic* kararı, Uluslararası Kızıl Haç Komitesi'nin 2008 Düşünce Notu ve meseleyi siber bağlamda ele alan Tallinn Manuel'in 23. kuralı uluslararası olmayan silahlı çatışmaların tanımına ilişkin olarak benzer tutum içerisindedir.<sup>68</sup> Söz konusu metinler çerçevesinde uluslararası olmayan silahlı çatışmaları, yerel hukuk kapsamında ele alınması gereken haydutluktan, kısa süreli kargaşalardan veya terörist faaliyetlerden ayıran ölçütleri havi tanım şudur: Uluslararası olmayan silahlı çatışma, "hükümet ile 'organize' silahlı gruplar arasında veya 'organize' silahlı grupların kendi aralarında" meydana gelen "uzun süreli" "silahlı şiddettir."<sup>69</sup> Bununla birlikte, silahlı grupların söz konusu eylemlerinin arkasındaki motivasyonun, silahlı çatışmanın 'uluslararası/uluslararası olmayan' niteliğine bir etkisi

<sup>64</sup> Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, s.1 ve 12.

<sup>65</sup> 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s.2.

<sup>66</sup> Marco Roscini & Leverhulme Trust, 2014, s.145.

<sup>67</sup> ICRC Commentary of Art. 3 of Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949, parag.50.

<sup>68</sup> Prosecutor v. Tadic, 1999, Judgement of Appeals Chamber, parag. 70, s.30; International Committee of the Red Cross, *How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?*, Opinion paper, March 2008, s.5; Schmitt, *Tallinn Manuel on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, 2013, Rule 23, s.88-89.

<sup>69</sup> Marco Roscini & Leverhulme Trust, 2014, s.147.

bulunmamaktadır.<sup>70</sup> Bu bağlamda, Estonya'ya karşı yürütülen 2007 DDoS saldırılarında hekırların (hacker) yeterli oranda örgütsel bir düzeye sahip oldukları ve siber faaliyetlerin uzun süreli silahlı şiddet teşkil ettiği ispat edilmedikçe, politik amaçlarla gerçekleştirilmelerinin söz konusu saldırıları silahlı çatışma kapsamına sokmada hiçbir etkisi yoktur.

EYUCM *Haradinaj* kararında 'uzun süreli silahlı şiddet' ifadesinden çatışmanın süresinin değil, yoğunluğunun anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>71</sup> Kararda geçen 'yoğunluk' bünyesinde zaman unsurunu barındırır da, söz konusu yoğunluğun münhasıran süreklilik anlamına gelmeyeceği açıktır. EYUCM aynı kararında silahlı şiddetin yeterince yoğun olup olmadığını "müşahhas çarpışmaların sayısı, süresi ve yoğunluğu, kullanılan silah ve diğer askeri teçhizatın türü, kullanılan mühimmatın çapı, çarpışmaya katılan kişilerin sayısı ve kuvvetlerin türü, oluşan maddi zararın büyüklüğü, BM Güvenlik Konseyi'nin çatışmaya müdahalesi" gibi kriterlere tabi tutmaktadır.<sup>72</sup> Stuxnet olayı neticesinde her ne kadar bazı santrifüjler maddi zarara uğramış olsa bile, anılan kriterler çerçevesinde söz konusu siber faaliyetin uluslararası olmayan silahlı çatışma niteliğinde olması için yeterince yoğun olmadığına dair değerlendirmeler mevcuttur.<sup>73</sup> Yine Tallinn Manuel'in 23. kuralının şerhinde sürekli olmasa da belirli bir zaman aralığında sık bir biçimde gerçekleşen siber saldırıların 'uzun süreli' sayılacağı belirtilmektedir.<sup>74</sup> Son olarak şu da belirtilmelidir ki, uluslararası silahlı çatışmaların aksine, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda karşılıklı çarpışma meydana gelmelidir.<sup>75</sup> Yoksa silahlı bir tepki almaksızın tek taraflı yürütülen silahlı eylemler uluslararası olmayan silahlı çatışma vasfına bürünemeyecektir.

Diğer bir konu, Ortak 3. maddenin uygulanabilmesinin silahlı grubun belli bir örgütsel düzeye sahip olmasına vabeste olduğudur. *Limaaj* kararında EYUCM ile *Abella* kararında Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Ortak 3. maddenin uygulanabilmesi için silahlı grubun belirli bir örgütsel düzeyde saldırılarını planlı ve koordineli yürütmeleri gerektiğine

<sup>70</sup> International Committee of the Red Cross, *International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts*, 2011, s.11.

<sup>71</sup> Prosecutor v. Haradinaj, Balaj, Brahimaj, Trial Judgement of ICTY, 3 April 2008, IT-04-84-T, parag. 49, s.27.

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> Robin Geiss, "Cyber Warfare: Implications for Non-international Armed Conflicts", *International Law Studies*, Volume 89, 2013, s.633.

<sup>74</sup> Michael Schmitt, *Tallinn Manuel on the International Law Applicable to Cyberwarfare*, 2013, Rule 23, s.88.

<sup>75</sup> Marco Roscini & Leverhulme Trust, 2014, s.150.

hükmetmişlerdir.<sup>76</sup> Yine, EYUCM silahlı bir grubun yeterince örgütlü olup olmadığını tespit etmede “komuta kademesi ile disiplin kuralları ve disiplin mekanizmasının varlığı, grubun belirli topraklarda hâkimiyeti, grubun genel merkezinin olup olmadığı, grubun uluslararası insancıl hukuku uygulayacak araçlara sahip olup olmadığı, grubun silah ve askeri mühimmata erişimi, askeri eylem gerçekleştirme kabiliyeti, bütünleşik bir askeri strateji belirleme yeteneği, müzakere etme ve ateşkes gibi anlaşmaları sonuçlandırabilme yeteneği” ölçütlerini ortaya koymuştur.<sup>77</sup> Bu çerçevede, finansal çıkar amacıyla siber suç işleyen bir şirket olan “Rus Ticari Ağı (RBN)”nın çıkar güdüsüyle bu işi yapıp yapmadığı değil, yeterli örgütsel düzeye erişip erişmediği Ortak 3. maddenin uygulanması bağlamında önem arz etmektedir.

Son olarak şu vurgulanmalıdır ki, bir siber grubun yeterli düzeyde örgütsel yapıya sahip olması, ancak siber faaliyetlerinin, kritik altyapıları yıkma veya işleyişini önemli ölçüde aksatma gibi silahlı şiddet teşkil edecek yoğunlukta olmaması veya olsa bile silahlı şiddetin uzun süreli olmaması, söz konusu siber grubun faaliyetlerinin Ortak 3. maddenin uygulanması kapsamında uluslararası olmayan silahlı çatışma teşkil etmesinin önüne geçecektir.

### 3.3. Muhasamat Hukuku ve Siber Faaliyetler

Bir anlaşmazlığın silahlı çatışma olup olmadığının saptanması, silahlı çatışma ise uluslararası silahlı çatışma mı, uluslararası olmayan silahlı çatışma mı olduğunun belirlenmesi, söz konusu silahlı çatışmaya uygulanacak muhasamat (karşılıklı husumet) kurallarının tespit edilebilmesi bakımından önem arz etmektedir. Savaşta hangi yöntem ve araçların hukuka uygun ve hangilerinin yasak olduğu ile hangi kişi ve nesnelerin hedef alınabileceği gibi muhasamatın yürütülmesine ilişkin söz konusu kurallar, uluslararası silahlı çatışma özelinde 1899 ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmeleri, 1949 tarihli Savaş Mağdurlarının Korunması Hakkında Cenevre Sözleşmeleri ile 1977 tarihli Ek I No’lu Protokol’ünde; uluslararası olmayan silahlı çatışma özelindeyse Cenevre Sözleşmelerinin Ortak 3. maddesi ile Ek II No’lu Protokol’ünde düzenlenmiştir.

Siber faaliyetlerin uzaktan kontrol edilme, sonuçlarını eş zamanlı meydana getirme, siber yeteneklerin askeri yeteneklere göre daha kolay erişilebilir olması gibi kendine özgü nitelikleri, uluslararası insancıl hukukun siber kapsama oturtulması konusunu ayrıca ele almayı gerektirmektedir. Bu kapsamda, Uluslararası Kızıl Haç Komitesi genel olarak siber faaliyetin araç ve yöntemlerine başvuran tüm çatışma taraflarına ayırt etme, orantılılık ve

<sup>76</sup> *Ibid.*, s.151.

<sup>77</sup> Prosecutor v. Haradinaj, Balaj, Brahimaj, 2008, Trial Judgement of ICTY, parag.60, s.33. *YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

önlem ilkeleri dâhil uluslararası insancıl hukuku gözetmeleri gerektiğini vurgulamaktadır.<sup>78</sup>

### 3.3.1. Siber Savaş Yöntem ve Araçlarının Hukukiliği

Uluslararası Kızıl Haç Komitesi, silahlı çatışmada taraflardan biri tarafından siber teknolojinin kullanıldığı savaş yöntem ve araçlarının, tıpkı her hangi bir yeni silah ya da gönderi sisteminde olduğu gibi uluslararası insancıl hukuka tabi olacağını belirtmektedir.<sup>79</sup>

Siber savaşın yöntemini tanımlayan Tallinn Manuel'in 41. kuralına göre siber savaş yöntemi muhasamatın yürütüldüğü taktik, teknik ve usullerin bütünüdür.<sup>80</sup> Anılan kural uyarınca siber savaş yöntemi, saldırı olarak vasıflandırılabilir faaliyetin ötesine geçerek, düşmanın iletişim yeteneklerini aksatan faaliyetleri, bir ağın kontrolünü ele geçirmek amacıyla sistemlere yapılan DoS veya DDoS saldırılarını ve siber sömürü veya siber blokaj kullanılarak istihbarat elde etme ya da psikolojik savaş yürütmeyi de kapsamaktadır.

Tallinn Manuel'in aynı kuralı siber savaş araçlarını tanımlarken, siber silah ve bağlantılı sistemleri de dâhil olmak üzere, siber saldırı amacıyla dizayn edilen ya da kullanılan her türlü siber aygıt, malzeme, mekanizma, teçhizat ve donanımdan bahseder.<sup>81</sup> Söz konusu kuralın şerhi ise kuralda kayıtlı tanımı ayrıntılandırmakta ve siber faaliyeti saldırı olarak nitelendirecek düzeyde, insanların ölüm ya da yaralanması veya nesnelerin tahrip ya da zarar görmesi sonucunu doğurmaya etkili olarak dizayn edilen veya kullanılan siber savaş araçlarını da siber silah olarak kabul etmektedir.<sup>82</sup>

Ek I No'lu Protokol'ün uluslararası teamül normunu yansıtan<sup>83</sup> 36. maddesine göre "Bir Yüksek Akit Taraf, yeni bir silahın, savaş aracının ya da yönteminin üzerinde çalışmalar yapması, geliştirmesi, elde etmesi ya da benimsemesi durumunda bunun kullanımının işbu Protokol ya da ilgili Yüksek Akit Tarafı bağlayan herhangi bir uluslararası hukuk kuralıyla her koşulda ya da bazı hallerde yasaklı olup olmadığını belirlemek yükümlülüğü altındadır." Bu çerçevede, siber savaşta kullanılan bir yöntem ya da aracın

<sup>78</sup> Marco Roscini & Leverhulme Trust, 2014, s.173.

<sup>79</sup> International Committee of the Red Cross, *International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts*, 2011, s.36.

<sup>80</sup> Michael Schmitt, *Tallinn Manuel on the International Law Applicable to Cyberwarfare*, 2013, Rule 41, s.141-142.

<sup>81</sup> *Ibid.*, s.142

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> Duncan Blake & Joseph S Imburgia, "Bloodless Weapons"? The Need to Conduct Legal Reviews of Certain Capabilities and the Implications of Defining Them as "Weapons", *Air Force Law Review*, Vol. 66, 2010, s.159.

yasal olup olmadığını tespit etme yükümlülüğü altında olan tüm çatışma tarafları, bu amaçla ilgili antlaşma ya da uluslararası teamül hukuku kurallarına bakmalıdır. Bu bağlamda, ilgili savaş yöntem ve araçları muharipler için gereksiz yara ve acıya sebep oluyorsa, bizzat veya sonuçları itibariyle ayırım gözetmiyorsa ya da doğal çevreye yaygın, uzun süreli ve ağır hasar veriyor veya vereceği tahmin ediliyorsa, söz konusu araç ve yöntemlerin kullanılması yasaktır.

Gereksiz acı ya da yaraya sebep olan savaş araç ve yöntemlerinin kullanılmasının yasak olması kuralı, 1899 ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmelerinin/Düzenlemelerinin 23(e) maddesi ile Ek I No'lu Protokol'ün 35(2) maddesinde, siber faaliyetler kapsamında ise Tallinn Manuel'in 42. kuralında öngörülmüş olup, uluslararası olan ve olmayan silahlı çatışmalar için uluslararası teamül normu haline dönüşmüş durumdadır.<sup>84</sup> Kullanılan araç ya da yöntemin gereksiz acıya sebep olduğu sonucuna varılmasında, daha az acı veren ve düşman muhariplerin savaş dışı bırakılması için yeterli görülen sair askeri araçların bulunması, silahın ölüm ya da kalıcı maluliyete sebep olmasının kaçınılmaz olması gibi kriterler göz önünde bulundurulmaktadır.<sup>85</sup>

Ek I No'lu Protokol'ün uluslararası olan ve olmayan silahlı çatışmalar için uluslararası teamül normunu yansıtan<sup>86</sup> 51(4) maddesi ayırım gözetmeksizin yapılan saldırıların yasak olduğunu öngörmekte, ayırım gözetmeksizin yapılan saldırılar olarak “a) Belirli bir askeri hedefe yöneltilmemiş saldırılar, b) Belirli bir askeri hedefe yönlendirilemeyen savaş yöntemleri ve araçlarının kullanıldığı saldırılar, c) Bıraktıkları etkiler bu Protokolce öngörüldüğü şekilde sınırlandırılmayan savaş yöntemlerinin ve araçlarının kullanıldığı saldırılar; ve netice olarak, böyle her bir durumda, hiç bir ayırım gözetmeksizin askeri hedefleri ve sivilleri ve sivil malları vurma özelliğine sahip yöntemlerin kullanıldığı saldırılar” olarak saymaktadır. Bu çerçevede, Uluslararası Adalet Divanı *Nükleer Silahlar* kararında devletlerin sivilleri saldırı hedefi yapmamaları ve sivil ile askeri hedef ayırımı gözetme kabiliyetinden yoksun silahları asla kullanmamaları gerektiğini vurgular.<sup>87</sup> Benzer şekilde, Tallinn Manuel'in 43. kuralı ise sivil objelerin siber saldırıda

<sup>84</sup> Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, 2005, Rule 70, s.237.

<sup>85</sup> *Ibid*, s.241.

<sup>86</sup> *Ibid*, Rule 71, s.244.

<sup>87</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 1996, Advisory Opinion of International Court of Justice, parag. 78, s.35.

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

hedef alınamayacağını; bilgisayar, bilgisayar ağları ve siber altyapıların ancak askeri hedef iseler siber saldırının objesi olabileceğini öngörmektedir.<sup>88</sup>

Keza, Ek I No'lu Protokol'ün 35(3) maddesine göre “doğal çevreye, geniş alanda etkili, kalıcı ve ciddi hasar vermesi amaçlanan ya da vereceği tahmin edilen savaş yöntemlerini ve araçlarını kullanmak yasaktır.” Anılan madde, Protokolün 55(1) maddesinde kayıtlı şu hüküm ile tamamlanmaktadır: “Muharebe sırasında doğal çevre, kalıcı, yaygın, ciddi zararlara karşı korunacaktır. Bu koruma, doğal çevreye zarar getirmesi ve böylece halkın sağlığını ya da yaşamını devam ettirmesini tehlikeye sokması beklenen ve bu amaçla geliştirilmiş savaş araçlarının ve yöntemlerinin kullanılması yasasını içermektedir.”

Siber faaliyetlerin doğası gereği ayırım gözetmeyen nitelikte olduğu, gereksiz acıya sebebiyet verdiği ya da doğal çevreye yaygın, uzun süreli ve ağır hasar verdiği yönünde soyut bir değerlendirme yapmak yerine, her olaya kendi müşahhas koşulları çerçevesinde yaklaşmak isabetli olacaktır. Örneğin, Stuxnet virüsü (worm) ayırım gözetmez nitelikte olmasına karşın, İran'ın Natanz uranyum zenginleştirme tesislerinde belirli bir Siemens yazılımı kullanmayan virüs bulaşmış bilgisayarlarda kendini askıya almış, her bir virüs bulaşmış bilgisayarı virüsü en fazla üç farklı bilgisayara bulaştırmakla sınırlandıran güvenceler içermiş, kendini sınırsız sayıda kopyalama yeteneğinden yoksun bırakılmış ve kendini 24 Haziran 2012 tarihinde imha etmiştir.<sup>89</sup> Yine, DDoS saldırıları, sadece hedeflenen sistemi etkilemesi bağlamında ayırım gözetilen bir siber savaş yöntemidir.<sup>90</sup> Bununla birlikte, tedavi gören askerlerin tıbbi kayıtlarını tahrip eden ya da değiştiren bir siber saldırı, askerlere gereksiz acı yaşatacak niteliktedir.<sup>91</sup> Nükleer reaktörün soğutma sistemlerine zarar vererek sızıntıya yol açan ve dolayısıyla doğal çevrenin zarar görmesine sebebiyet veren bir siber savaş yöntemi hakeza Ek I No'lu Protokol'ün 35(3) maddesini ihlal eder niteliktedir.<sup>92</sup>

### 3.3.2. Siber Savaşta Hedef Belirleme Hukuku

Ek I No'lu Protokol'ün 51(1) maddesi sivil halk ve bireysel olarak sivillerin, askeri operasyonlardan doğan tehlikelere karşı genel bir korumadan yararlanacaklarını düzenlerken, anılan Protokol'ün 48. maddesi çatışmanın

<sup>88</sup> Michael Schmitt, *Tallinn Manuel on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, 2013, Rule 43, s.145-146.

<sup>89</sup> Marco Roscini & Leverhulme Trust, 2014, s.175.

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> Michael Schmitt, *Tallinn Manuel on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, 2013, Rule 43, s.146.

<sup>92</sup> *Ibid.*

taraflarına daima sivil halk ile muharipleri, sivil mallar ile askeri hedefleri birbirinden ayırt etme ve buna uygun olarak operasyonlarını sadece askeri hedeflere yöneltme gibi temel bir yükümlülük öngörmektedir. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için benzer bir yükümlülük, muhasamata doğrudan doğruya iştirak etmeyen kişilere karşı şiddeti yasaklayan Ortak 3. madde ile Ek II No'lu Protokol'de yer almaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 8(2) maddesi uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda, muhasamata doğrudan iştirak etmeyen sivillerin ve sivil halkın kasten saldırı hedefi haline getirilmesini yasaklamıştır.<sup>93</sup> Bu bağlamda, Uluslararası Adalet Divanı *Nükleer Silah Kullanımı veya Tehdidinin Yasallığı* konulu tavsiye kararında muharip ile muharip olmayanın ayırt edilmesi yükümlülüğünün, ilgili Sözleşmeleri imzalamasından bağımsız olarak tüm devletlerce gözetilmesi gereken bir uluslararası teamül normu olduğunu belirtmiştir.<sup>94</sup> EYUCM ise bu yükümlülüğü evrensel düzeyde tanınan bir ilke olarak tanımlamaktadır.<sup>95</sup>

Ek I No'lu Protokol'ün sivil halk ve bireysel olarak sivillerin saldırı hedefi olamayacağını öngören 51(2) ve 52(2) maddeleri ile Uluslararası Kızıl Haç Komitesi'nin Uluslararası İnsancıl Teamül Hukuku Çalışması'nın ayırım gözetme ilkesini düzenleyen ve 'saldırı'ya atıfta bulunan 1. kuralı göz önünde bulundurulduğunda; ayırım gözetme ilkesine tabi tutulacak siber faaliyetlerin Ek I No'lu Protokol'ün 49(1) maddesi bağlamında 'saldırı' niteliği teşkil etmesi gerekmektedir. Anılan maddede "saldırı"lar" hücum ya da savunma nitelikli olan ve düşmana karşı yöneltilen şiddet eylemleri olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda, Tallinn Manuel'in 30. kuralına göre siber saldırılar, hücum ya da savunma nitelikli olan, insanların ölüm ya da yaralanmasına veya malın tahrip olmasına ya da zarar görmesine sebebiyet veren siber faaliyetlerdir.<sup>96</sup> Her ne kadar sistemin çalışmasını aksatan siber faaliyetler tanımın kapsamı dışında bırakılmış gözükse de, Manuel'i hazırlayan uzmanların çoğu, işlevselliğin tekrar sağlanması için bir takım fiziksel bileşenlerin değiştirilmesini gerektiren aksatıcı siber faaliyetlerin saldırı niteliğinde olduğunda mutabıktırlar.<sup>97</sup> Bu tanımsal çerçeve

<sup>93</sup> Rome Statute of the International Criminal Court, Document A/CONF.183/9 of 17 July 1998, Art. 8(2).

<sup>94</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 1996, Advisory Opinion of International Court of Justice, parag. 78-79, s.35.

<sup>95</sup> Prosecutor v. Kupreskic, Trial Judgment of ICTY, 14 January 2000, IT-95-16-T, parag. 521, s.204.

<sup>96</sup> Michael Schmitt, *Tallinn Manuel on the International Law Applicable to Cyberwarfare*, 2013, Rule 30, s.106.

<sup>97</sup> *Ibid*, s.108.



muvaahesinde, Stuxnet'in yürütülen uluslararası bir silahlı çatışma kapsamında kullanıldığı ön kabulüyle, söz konusu siber faaliyet Natanz uranyum zenginleştirme tesislerindeki santrifüjlerin zarar görmesi nedeniyle saldırı niteliğindedir.<sup>98</sup>

Bireysel sivillerin ve sivil halkın saldırı hedefi olamayacağını öngören ayırım gözetme ilkesine göre saldırıların münhasıran askeri hedeflere yönlendirilmesi gerekmektedir. 1923 tarihli Hava Savaşı Üzerine Lahey Düzenlemelerinin 24. maddesinde askeri hedef tamamen veya kısmi tahribi savaşı için açık bir askeri avantaj sağlayan hedef olarak tanımlanmaktadır.<sup>99</sup> Ek I No'lu Protokol'ün, uluslararası olmayan çatışmalara da şamil olmak üzere uluslararası teamül normunu yansıtan<sup>100</sup> 52(2) maddesindeki tanım ise askeri hedefleri, "doğaları, konumları, amaçları ya da kullanımları gereği askeri eylemlere etkin bir katkıda bulunan ve tamamen ya da kısmen yok edilmesi, ele geçirilmesi ya da etkisiz hale getirilmesi durumunda, mevcut koşullar altında, kesin bir askeri avantaj sağlayan objeler olarak nitelendirilmektedir." Bu açıklamalar ışığında, bir siber faaliyetin askeri eylemlere etkin katkıda bulunan ve etkisiz hale getirilmesi veya yok edilmesi halinde kesin bir askeri avantaj sağlayacak olan data, yazılım, ağ, sistem, donanım, bilgisayar, hizmet sağlayıcı, fiber-optik kablo, uydu, kritik altyapı veya teknik ekip gibi siber hedeflere yönelmesi mümkündür. Bu meyanda, Uluslararası Kırmızı Haç Komitesi askeri hedefler listesine iletişim hatları ve araçları, yayın teçhizatı, televizyon istasyonu ile askeri önemi haiz telefon ve telgraf santrallerini de dahil etmiştir.<sup>101</sup>

### 3.3.2.1. Hedef Alınabilir Bireyler

Siber faaliyetin yürütülmesine farklı düzey ve rollerde katılan hangi bireylerin muharip oldukları ve ayırım gözetme ilkesine uygun olarak hedef alınabilecekleri konusu ayrıca ele alınmalıdır.

Ek I No'lu Protokol'ün 43(1) maddesi uyarınca silahlı kuvvetler "astlarının davranışlarından çatışmanın tarafına karşı sorumlu bir komutanlığın emri altında bulunan bütün organize silahlı kuvvetlerden, gruplardan ve birimlerden oluşur. Bu silahlı kuvvetler, silahlı çatışmalarda uygulanan uluslararası hukuk kurallarına uyulmasını sağlayacak bir iç disiplin sistemine tabi olacaktır." Bu bağlamda, silahlı kuvvetin bir parçasını oluşturan veya bir silahlı kuvvete dahil olan siber birimler, ayırım gözetme ilkesine uygun olarak hedef alınabilir bireylerdir. Devletler ABD'nin

<sup>98</sup> Marco Roscini & Leverhulme Trust, 2014, s.179.

<sup>99</sup> The Hague Rules of Air Warfare, The Hague, December 1922-February 1923, Art. 24.

<sup>100</sup> Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, 2005, Rule 8, s.29.

<sup>101</sup> Marco Roscini & Leverhulme Trust, 2014, s.191.

USCYBERCOM alt komuta birimi örneğinde olduğu gibi, silahlı kuvvetlerinin bünyesinde siber faaliyetlerden sorumlu özel birimler ihdas etmektedirler. Muharip statüsüyle söz konusu askeri siber birim personeli ile karargahları, savaş dışı (*hors de combat*) kalmadıkları sürece askeri obje ve saldırı hedefi olma özelliklerini sürdürmektedirler.

Düzenli ordu benzeri silahlı ve örgütlü olmak ve çatışmada bir tarafa bağlı bulunmak kaydıyla, direniş hareketleri dahil milis kuvvetler ile gönüllü birlik mensupları, devletin silahlı kuvvetlerine eklenmemiş olsa bile muharip statüsündedir.<sup>102</sup> Cümlede geçen ‘çatışmada bir tarafa bağlı’ olmak ifadesinden, milis kuvvetlerin eylemlerinin savaşan taraflardan birine devlet sorumluluğu hukuku uyarınca atfedilebilir olması kastedilmektedir.<sup>103</sup> Kara Savaşlarında Kanun ve Teamül Kurallarına Uyulması Hakkında Lahey Sözleşmesi’nin<sup>104</sup> 1. maddesi ile Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile ilgili Cenevre Sözleşmesi’nin<sup>105</sup> 4(A) maddesi birlikte değerlendirildiğinde, milis kuvvetleri ile gönüllü birlik mensuplarının a) başlarında astlarından sorumlu bir kişinin bulunması, b) sabit ve uzaktan seçilebilir bir alametlerinin bulunması, c) açıkça silah taşımaları, d) savaş kanun ve teamüllerine riayet etmeleri gerektiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Ek I No’lu Protokol’ün 44. maddesi milis mensupları ile gönüllü birlikler için sabit ve uzaktan seçilebilir bir alametlerinin bulunması ve savaş kanun ve teamüllerine riayet etmeleri şartlarını öngörmemektedir. Doktrinde siber faaliyet yürüten milislerin muharip statülerinin tanınması için birtakım özel görülebilirlik standartlarına veya uluslararası düzeyde tanınan elektronik tanıtıcılara sahip olmaları gerektiği yönünde öneriler mevcuttur.<sup>106</sup>

Ek I No’lu Protokol’ün 50. maddesine göre sivil, Üçüncü Cenevre Sözleşmesi’nin Madde 4(A) (1), (2), (3) ve (6) hükümlerinde ve anılan Protokol’ün 43. maddesinde sözü edilen kişi kategorilerine girmeyen kişilerdir. Uluslararası Kıızıl Haç Komitesi Uluslararası İnsancıl Teamül Hukuku Çalışması’nın 5. kuralında sivilleri, uluslararası olan ya da olmayan silahlı çatışmalarda silahlı kuvvet mensubu olmayan kişiler olarak

<sup>102</sup> Melike Batur Yamaner, A. Emre Öktem, Bleda Kurtarcan, Mehmet C. Uzun, 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Madde 4(A)(2), s.51.

<sup>103</sup> Nils Melzer, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, International Committee of the Red Cross, May 2009, s.23.

<sup>104</sup> Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907, Art. 1.

<sup>105</sup> Melike Batur Yamaner, A. Emre Öktem, Bleda Kurtarcan, Mehmet C. Uzun, 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Madde 4(A), s.50.

<sup>106</sup> Marco Roscini & Leverhulme Trust, 2014, s.198-199.

tanımlamaktadır.<sup>107</sup> Ek I No'lu Protokol'ün 51(3) maddesi ile Ek II No'lu Protokol'ün 13(3) maddesi ve siber faaliyetler özelinde Tallinn Manuel'in 29. kuralı sivillerin doğrudan doğruya muhasamata iştirak etmelerinin yasak olduğuna dair bir hüküm içermese de, iştirak etmeleri halinde saldırı hedefi olmama yönündeki bağışlıklarının kalkacağını düzenlemektedir.<sup>108</sup> Uluslararası Kızıl Haç Komitesince kaleme alınan Uluslararası İnsancıl Teamül Hukuku Çalışması'nın 6. kuralında yer verilen söz konusu düzenleme, bahse konu kuralda uluslararası olan ve olmayan her iki silahlı çatışma için uluslararası teamül normu olarak kabul edilmektedir.<sup>109</sup> Bu çerçevede, savaşıyan tarafın yönlendirmeleri altında veya bu yönlendirmeden bağımsız olarak onu desteklemek amacıyla, muhasamata siber faaliyet yürütmek suretiyle doğrudan doğruya iştirak eden siviller, sivil olmanın getirdiği bağışlıktan yararlanamayacaklardır.

### 3.3.2.2. Siber Saldırılarda Ayrım Gözetme ve Orantısallık İlkeleri

Ek I No'lu Protokol'ün uluslararası teamül normu teşkil eden<sup>110</sup> 51. maddesine göre ayrım gözetmeyen saldırılar

*“4. ...a) belirli bir askeri hedefe yöneltilmemiş saldırılar,*

*b) belirli bir askeri hedefe yönlendirilemeyen savaş yöntemleri ve araçlarının kullanıldığı saldırılar; ya da*

*c) bıraktıkları etkiler bu Protokolce öngörüldüğü şekilde sınırlandırılmayan savaş yöntemlerinin ve araçlarının kullanıldığı saldırılar;*

*ve netice olarak, böyle her bir durumda, hiç bir ayrım gözetmeksizin askeri hedefleri ve sivilleri ve sivil malları vurma özelliğine sahip yöntemlerin kullanıldığı saldırılardır.*

*5. Aşağıdaki saldırı tipleri bunlarla sınırlı olmaksızın ayrım gözetmeyen saldırılar olarak kabul edilmektedir:*

*a) Bir şehir, kasaba ya da benzer şekilde sivil kişilerin ya da sivil nitelikli malların yoğun bulunduğu bir alanda bulunan ancak, birbirlerinden açık şekilde ayrı bulunan ve bağımsız bir miktar askeri hedefi tek bir askeri hedef gibi kabul eden, yöntem ya da kullanılan araç fark etmeksizin bombardıman şeklinde yapılan saldırılar;*

*b) Elde edilmesi beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja kıyasla aşırı olarak kabul edilecek miktarda sivil halkta insan hayatının kaybına,*

<sup>107</sup> Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, 2005, Rule 5, s.17.

<sup>108</sup> Michael Schmitt, *Tallinn Manuel on the International Law Applicable to Cyberwarfare*, 2013, Rule 29, s. 104.

<sup>109</sup> Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, 2005, Rule 6, s.19-20.

<sup>110</sup> *Ibid.* s.29, 37 ve 43.

*yaralanmalara ve sivil nitelikteki mallara zarar verilmesine ya da bu kayıp ve zararların hepsinin birlikte oluşmasına arızı şekilde sebep olması beklenebilecek saldırılar.”*

Ayrım gözetme ilkesine ilişkin söz konusu hükümler saldırı düzeyindeki siber faaliyetlere de uygulanabilir. Bu kapsamda sivil ya da askeri niteliği haiz bir doğaya, kullanıma, amaca veya coğrafyaya sahip olup olmadığına bakılmaksızın düşman bilgisayarlara karşı yürütülen siber saldırılar ayrım gözetmeyen saldırılardır.<sup>111</sup> Tallinn Manuel'in 49. kuralı uyarınca bir saldırının ayrım gözetmez vasfı, saldırılan sistemin niteliği, kullanılan araç ve yöntemler, yapılan planın kapsam ve inceliği gibi ölçütler çerçevesinde değerlendirilmektedir.<sup>112</sup>

Orantısallık ilkesi ise askeri bir hedefe yönlendirilen ancak bu arada siviller ve sivil objeler için tali sonuçlar doğuran saldırılarda gözetilmesi gereken ilkedir.<sup>113</sup> Bu kapsamda, saldırılar elde edilmesi beklenen somut ve doğrudan askeri avantajla orantısız olarak kabul edilecek miktarda sivil kayba, yaralanmalara ve/veya sivil nitelikteki mallara gelen zarara arızden sebep olmalıdır.<sup>114</sup> Orantısallık ilkesinde 'arızı zarar' ile 'somut ve doğrudan askeri avantaj' arasında bir denge gözetilmeli, beklenen arızı zarar tahmini askeri avantaja kıyasla aşırı olmamalıdır.<sup>115</sup> Örneğin, askeri elektronik sistemi bozma amacıyla yapılan siber saldırılar sivil altyapıda tamir edilmez zararlar doğurur ise, söz konusu saldırılar orantısallık ilkesi bağlamında aşırı olarak nitelendirilebilir.<sup>116</sup> Çoğu bilişim ve bilgi altyapısının hem sivil ve hem de askeri kullanıma tahsisli olduğu, dolayısıyla potansiyel askeri hedef olarak gözetilebileceği düşünülürse, sivillerin korunmasında orantısallık ilkesi ayrım gözetme ilkesine oranla siber kapsamda çok daha önem arz etmektedir.<sup>117</sup> EYUCM bir saldırının orantısız olup olmadığını, "suç failinin içinde bulunduğu şartlarda gerekli ve ilgili tüm bilgiye erişebilen makul, mantıklı ve donanımlı bir kişi, meydana gelen aşırı sivil zayiata sebebiyet vermiş söz konusu saldırıyı gerçekleştirir miydi" sorusuna tabi tutmaktadır.<sup>118</sup> Siber kapsamda söz konusu kişiden siber faaliyetlerde kullanılan teknik bilgi ve donanıma sahip olması beklenmelidir.<sup>119</sup> Stuxnet virüsünün (worm)

<sup>111</sup> Marco Roscini & Leverhulme Trust, 2014, s.225.

<sup>112</sup> Michael Schmitt, *Tallinn Manuel on the International Law Applicable to Cyberwarfare*, 2013, Rule 49, s. 156.

<sup>113</sup> Marco Roscini & Leverhulme Trust, 2014, s.226.

<sup>114</sup> 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s.214.

<sup>115</sup> Marco Roscini & Leverhulme Trust, 2014, s.236.

<sup>116</sup> *Ibid.* s.237.

<sup>117</sup> *Ibid.*

<sup>118</sup> Prosecutor v. Galic, Trial Judgment of ICTY, 5 December 2003, IT-98-29-T, parag. 58.

<sup>119</sup> Marco Roscini & Leverhulme Trust, 2014, s.236.

İran'ın Natanz uranyum zenginleştirme tesislerinde belirli bir Siemens yazılımı kullanmayan virüs bulaşmış bilgisayarlarda kendini askıya almış olması, her bir virüs bulaşmış bilgisayarı virüsü en fazla üç farklı bilgisayara bulaştırmakla sınırlandıran güvenceler içermesi, kendini sınırsız sayıda kopyalama yeteneğinden yoksun bir dizayna sahip olması ve kendini 24 Haziran 2012 tarihinde imha etmiş olması göz önünde bulundurulduğunda,<sup>120</sup> söz konusu siber faaliyetin yöneldiği askeri hedef haricindeki sivil objelere verdiği arızı zararın asgari düzeyde tutulması için çaba sarf edildiği, bu cihetle aşırı olarak nitelendirilemeyeceği ve orantısız olduğu düşünülebilir.

#### 4. Sonuç

Devletlerin siber yeteneklerini geliştirerek artırmaları, bizzat silahlı kuvvetleri bünyesinde siber birimler ihdas etmeleri, bir takım vekil aktörleri kendileri adına siber saldırılar gerçekleştirmesi konusunda desteklemeleri, benzer şekilde sivil direniş veya terör gruplarının artan oranda siber yeteneklere yatırım yapması, konunun mevcut kuvvet kullanma hukuku ve uluslararası insancıl hukuk hükümleri çerçevesinde irdelenmesi ve söz konusu hükümlerden elde edilen ölçüt ve koşulların siber kapsama oturtulmasının önemine işaret etmektedir. Uluslararası hukuk hızla gelişen teknolojik gelişmelere kendisini adapte edebilecek bir hüviyette olup, dinamik ve yaşayan bir yapıyı haizdir.<sup>121</sup> Bu durum, uluslararası aktörlerin, siber uzayın sunduğu imkânlardan yararlanarak birbirlerine olan rekabet ve husumetlerini yeni yöntemlerle tevcih etmesi durumu için de geçerlidir. Nitekim, Uluslararası Adalet Divanı *Nükleer Silah Tehdidi ya da Kullanımı* kararında *jus in bellonun* geçmişin ve şimdinin silahlarına uygulandığı gibi, geleceğin silahlarına da uygulanacağına belirterek, uluslararası hukukun bu özelliğine dikkatleri çekmektedir.

Siber saldırıların BM Şartı'nın 51. Maddesi kapsamında meşru müdafaa hakkı doğuran silahlı saldırı niteliğinde olup olmadığı konusu, saldırıda kullanılan aracın silah niteliğine ve saldırının etki ve boyutuna ilişkin bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Etki ve boyutu itibariyle kinetik saldırıların neden olacağı yıkıcı sonuçlarla benzerlik taşıyorsa siber saldırının, silahlı saldırı olarak nitelendirilebileceği değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, saldırıya uğrayan devletin BM Şartı'nın 51. maddesinde kayıtlı meşru müdafaa kapsamında kuvvet kullanma hakkı vardır. Ancak, kuvvet kullanımına başvuracak devletin bu eylemi, kendisine yönelmiş tehlike ve

<sup>120</sup> *Ibid.*,s.175.

<sup>121</sup> Solon Solomon, "The Dynamic Law of Occupation: Inaugurating International Thematic Constitutionalism", *Harvard International Law Journal*, December 2012, Volume 54, s.59.

tehdidi alternatif bir yöntemle bertaraf edemeyeceği düzeyde “gerekli” ve saldırı ile “orantılı” olmalıdır.

Uluslararası insancıl hukukun devletlerarası siber faaliyetler kapsamında uygulanabilmesi için, siber faaliyete savaş ilanını müteakip başvurulması, hali hazırda devam eden uluslararası bir silahlı çatışmaya eklenilerek başvurulması veya siber faaliyetin başı başına bir uluslararası silahlı çatışma teşkil edecek düzeyde nitelikli olması gerekmektedir. *Jus in bellonun* uluslararası olmayan silahlı çatışmalar özelinde uygulanabilmesi için ise, süregelen bir silahlı çatışma kapsamında başvuru siber faaliyet ile silahlı çatışma arasındaki bağlantının önemli ölçüde güçlü olması, siber faaliyet yürüten silahlı grubun belirli bir örgütsel yapıya sahip olması ve siber faaliyetin belirli bir yoğunlukta ve uzun süreli yürütülmesi gerekmektedir. Yürütülen siber faaliyetin uluslararası silahlı çatışma ya da uluslararası olmayan silahlı çatışma olarak nitelendirilmesi, her iki çatışma türüne bağlanan muhasamat hukuku hükümlerini tespit etmede önem arz etmektedir. Muhasamat hukuku çerçevesinde, siber faaliyetler yürütülürken kullanılan araç ve yöntemlerin doğası gereği ayırım gözetmez nitelikte olmaması, gereksiz acıya sebep olmaması ve doğal çevreye yaygın, uzun süreli ve ağır hasar vermemesi gerekmektedir. Ayırım gözetme ilkesi bağlamında, siber saldırılar münhasıran muharip statüsündeki kişi ve askeri hedeflere yönelmeli, muhasamata doğrudan iştirak etmeyen siviller ile sivil objeleri hedef almamalı; siviller ile sivil objeleri hedef alsın bile bunlara ika edilen arızı zarar ile elde edilen somut ve doğrudan askeri avantaj arasındaki orantısallık gözetilmelidir.

### KAYNAKÇA

Abass, A., *Complete International Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, New York 2012.

Arend Anthony, "International Law and the Preemptive Use of Military Force", *The Washington Quarterly* 26(2), 2003.

Blake Duncan & Imburgia Joseph, "'Bloodless Weapons'? The Need to Conduct Legal

Reviews of Certain Capabilities and the Implications of Defining Them as 'Weapons'", *Air Force Law Review*, Vol. 66, 2010.

Birleşmiş Milletler Antlaşması,  
<http://www.ombudsman.gov.tr/D732173C-78B5-46FD-BDAC-E5A94E1EB49C/FinalDownload/DownloadId-C1C6CFA9EA554A0925FF14D5F9C6E2D1/D732173C-78B5-46FD-BDAC-E5A94E1EB49C/contents/files/35501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf>, Erişim: 20 Mayıs 2014.

Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex:

Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 29 July

1899, <http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=CD0F6C83F96FB459C12563CD002D66A1&action=openDocument>, Erişim: 26 Mayıs 2014.

Convention (III) relative to the Opening of Hostilities. The Hague, 18 October 1907,

<http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=BD56907463617993C12563CD002D6774&action=openDocument>, Erişim: 26 Mayıs 2014.

Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October

1907, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/385ec082b509e76c41256739003e636d/1d1726425f6955aec125641e0038bfd6>, Erişim: 21 Mayıs 2014.

Definition of Aggression, General Assembly Resolution 3314 (XXIX), 14 December 1974.

Dinstein Yoram, *War, Aggression And Self-Defence*, Grotius Publications Limited, Cambridge.

Establishment of the US Cyber Command, US Army Cyber Command, [http://www.arcyber.army.mil/history\\_arcyber.html](http://www.arcyber.army.mil/history_arcyber.html), Erişim: 21 Mayıs 2014.

Gorman Siobhan & Barnes Julian, "Cyber Combat: Act of War Pentagon Sets Stage for U.S. to Respond to Computer Sabotage With Military Force",

*the Wall Street Journal*,

<http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052702304563104576355623135782718?mg=reno64-wsj&url=http%3A%2F%2Fonline.wsj.com%2Farticle%2FSB10001424052702304563104576355623135782718.html>, Erişim: 20 Mayıs 2014.

Gray Christine, *International Law and Use of Force*, Oxford University Press, Third Edition, 2004.

Geiss Robin, “Cyber Warfare: Implications for Non-international Armed Conflicts”, *International Law Studies*, Volume 89, 2013.

Grisham Lori, “North Korea and the Sony Pictures hack”, *USA Today*, 18.12.2014,

<http://www.usatoday.com/story/news/nation-now/2014/12/18/sony-hack-timeline-interview-north-korea/20601645/> Erişim: 01.04.2017

Hathaway Oona, Crootof Rebecca, Levitz Philip, Nix Haley, Nowlan Aileen, Perdue William & Spiegel Julia, “The Law of Cyber Attack”, *California Law Review*, Vol. 100, 2012, s.817-886.

Henckaerts Jean-Marie & Doswald-Beck Louise, *Customary International Humanitarian Law, Volume I, Rules*, International Committee of the Red Cross, Cambridge, 2005.

Henckaerts Jean-Marie & Doswald-Beck Louise, *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt I: Kurallar*, Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 66, İstanbul, 2005.

ICRC Commentary of Art. 3 of Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949  
<http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?viewComments=LookUpCOMART&articleUNID=BAA341028EBFF1E8C12563CD00519E66>, Erişim: 21 Mayıs 2014.

International Committee of the Red Cross, *International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts*, Report Document, 31IC/11/5.1.2, Geneva, October 2011.

International Committee of the Red Cross, *How is the Term “Armed Conflict” Defined in International Humanitarian Law?*, Opinion paper, March 2008, [www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf); Erişim: 22 Mayıs 2014.

Jones Sam, “Cyber warfare: Iran opens a new front” *FT Times*, 26.04.2016. <https://www.ft.com/content/15e1acf0-0a47-11e6-b0f1-61f222853ff3>Erişim: 01.04.2017

Lauterpacht Hersch, *Recognition in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1947.



*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, International Court of Justice, <http://www.icj-cij.org/D732173C-78B5-46FD-BDAC-E5A94E1EB49C/FinalDownload/DownloadId-82DC79C01083F6D7925F222B1C7E239E/D732173C-78B5-46FD-BDAC-E5A94E1EB49C/docket/files/95/7495.pdf>, Erişim: 21 Mayıs 2014.

Lobel Hannah, “Cyber War Inc.: The Law of War Implications of the Private Sector’s Role in Cyber Conflict”, *Texas International Law Journal*, Volume 47, Issue 3, s.617-640, 2012.

Melzer Nils, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, International Committee of the Red Cross, May 2009, <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf>, Erişim: 20 Mayıs 2014.

National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012, One Hundred Twelfth Congress of the United States of America, H. R. 1540, <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr1540enr/pdf/BILLS-112hr1540enr.pdf>, Erişim:22 Mayıs 2014.

Nicaragua v. USA, Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Merits, Judgement of 27 June 1986, International Court of Justice, <http://www.icj-cij.org/D732173C-78B5-46FD-BDAC-E5A94E1EB49C/FinalDownload/DownloadId-A81FE189F4F8B13301BFD5A1524DE042/D732173C-78B5-46FD-BDAC-E5A94E1EB49C/docket/files/70/6503.pdf>, Erişim: 21 Mayıs 2014.

Prosecutor v. Galic, Trial Judgment of ICTY, 5 December 2003, IT-98-29-T, <http://www.icty.org/x/cases/galic/tjug/en/gal-tj031205e.pdf>, Erişim: 20 Mayıs 2014.

Prosecutor v. Haradinaj, Balaj, Brahimaj, Trial Judgement of ICTY, 3 April 2008, IT-04-84-T, <http://www.icty.org/x/cases/haradinaj/tjug/en/080403.pdf>, Erişim: 21 Mayıs 2014.

Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic, Judgment, Appeals Chamber, Case No: IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 June 2002, <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>, Erişim: 21 Mayıs 2014.

Prosecutor v. Kupreskic, Trial Judgment of ICTY, 14 January 2000, IT-95-16-T, <http://www.icty.org/D732173C-78B5-46FD-BDAC-E5A94E1EB49C/FinalDownload/DownloadId-7469B5A933F9D6A001F54482B6B351FD/D732173C-78B5-46FD->

BDAC-E5A94E1EB49C/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf, Erişim: 21 Mayıs 2014.

Prosecutor v. Rutaganda, Judgment, Appeals Chamber, Case No. ICTR-96-3-A, 26 May 2003, <http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/Rutaganda/decisions/030526.pdf>, Erişim: 26 Mayıs 2014.

Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, Case No: IT-94-1, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>, Erişim: 26 Mayıs 2014.

Prosecutor v. Tadic, Judgement of 15 July 1999, Appeals Chamber of ICTY, Case No: IT-94-1-A, <http://www.icty.org/D732173C-78B5-46FD-BDAC-E5A94E1EB49C/FinalDownload/DownloadId-52572149B1D62B21E07C313A607D3386/D732173C-78B5-46FD-BDAC-E5A94E1EB49C/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>, Erişim: 26 Mayıs 2014.

Richter Chris, “Pre-emptive Self-Defence, International Law and US Policy”, *Dialogue* (2003) 1:2.

Riley Michael & Robertson Jordan, “Cyberspace Becomes Second Front in Russia’s Clash With NATO”, Bloomberg, 14.10.2015. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2015-10-14/cyberspace-becomes-second-front-in-russia-s-clash-with-nato>, Erişim: 01.04.2017.

Rome Statute of the International Criminal Court, Document A/CONF.183/9 of 17 July 1998, <http://legal.un.org/icc/statute/rome fra.htm>, Erişim: 22 Mayıs 2014.

Roscini Marco & Trust Leverhulme, *Cyber Operations And the Use of Force in International Law*. Oxford University Press, 2014.

Ruus Kertu, “Cyber War I: Estonia Attacked from Russia”, *European Affairs*: Volume number 9, Issue number 1-2, 2008, s.3.

Sandoz Yves, Swinarski Cristophe & Zimmerman Bruno, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva 1987.

Schaap Arie, “The Development of Cyber Warfare Operations and Analyzing Its Use Under International Law”, *The Airforce Law Review Cyber Law Edition*, USAF, Volume 64, 2009.

Schmitt Michael, *Computer Network Attack and the Use of Force in International Law:*

*Thoughts on a Normative Framework*, Research Publication 1, Information Series, June 1999, <http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA471993>, Erişim: 20.05.2014.

Schmitt Michael, *International Law in Cyberspace: The Koh Speech and Tallinn Manual Juxtaposed*, *Harvard International Law Journal*, Online Volume 54, December 2012, s.13-37.

Schmitt Michael, *Tallinn Manuel on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press, New York, 2013.

Shaw Malcolm, *International Law*, Cambridge University Press, Sixth Edition, New York 2008.

Solomon Solon, "The Dynamic Law of Occupation: Inaugurating International Thematic Constitutionalism", *Harvard International Law Journal*, December 2012, Volume 54

Solomon Brian, "Hacked Cameras Were Behind Friday's Massive Web Outage", *Forbes*, 21.10.2016, <https://www.forbes.com/sites/briansolomon/2016/10/21/hacked-cameras-cyber-attack-hacking-ddos-dyn-twitter-netflix/#392d75624fb7> Erişim: 01.04.2017

Şentürk H., Çil Z., Sağıroğlu Ş., "Siber Güvenliğin Taarruzi Boyutu ve Uluslararası Hukuk Kurallarının Uygulanabilirliği", *Bildiriler Kitabı*, 6. Uluslararası Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı, Eylül 2013, Ankara, s.46-52.

Taşdemir Fatma, *Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi*, USAK Yayınları: 10 Uluslararası Hukuk Serisi:3, Ankara Nisan 2006.

The Hague Rules of Air Warfare, The Hague, December 1922-February 1923, [http://lawofwar.org/hague\\_rules\\_of\\_air\\_warfare.htm](http://lawofwar.org/hague_rules_of_air_warfare.htm), Erişim: 20 Mayıs 2014.

Wilmshurst, Elizabeth, "The Chatham House Principles of International Law on the Use of Force in Self-defence." *International and Comparative Law Quarterly* 55.04 (2006): 963-972.

Wright Quincy, "When Does War Exist?", *American Journal of International Law*, Vol. 26, No. 2, April 1932.

Vandiver John, "Cyberspace: A new front-line fight for NATO", *Stars and Stripes*,

14.06.2016. <https://www.stripes.com/news/cyberspace-a-new-front-line-fight-for-nato-1.414601#.WN9m9rdSDIV> Erişim: 01.04.2017.

Yamaner Melike Batur, Öktem Emre, Kurtarcan Bleda, Uzun Mehmet, “12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları:42*, <http://www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/files/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf>, Erişim: 18 Mayıs 2014.

Yayla Mehmet, “Hukuki bir Terim Olarak ‘Siber Savaş’”, *TBB Dergisi* 2013 (104), s.177-202.

Yayla Mehmet, “Uluslararası Hukukta Siber Saldırlara Karşı Kuvvet Kullanma”, *TBB Dergisi* 2013 (107).

Ziolkowski Katharina, “Ius Ad Bellum in Cyberspace – Some Thoughts on the ‘Shmitt Criteria’ for Use of Force”, *2012 4th International Conference on Cyber Conflict*, C. Czosseck, R. Ottis, K. Ziolkowski (Eds.), s.295-310.

**CİNSİYET GEÇİŞ SÜRECİNİN HUKUKİ VE TOPLUMSAL  
BOYUTU: HAKLAR ve İHLALLER**  
(*LEGAL AND SOCIAL DIMENSION OF GENDER TRANSITION PERIOD:  
RIGHTS AND VIOLATIONS*)

**Ar. Gör. / Res. Asst. Serhat Özkan\***

**ÖZET**

Bu çalışmada, “cinsiyet” kavramı feminist ve Queer teoriler çerçevesinde incelenmiş, ardından, “cinsiyet geçiş süreci” insan hak ve hürriyetleri temelinde ele alınmıştır. Son olarak, Türkiye'nin cinsiyet geçiş süreci politikası Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ışığında değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Cinsiyet, Cinsiyet Geçiş Süreci, Feminizm, Transseksüel, Toplumsal Cinsiyet, Queer Teori

**ABSTRACT**

In this study, the concept of "sex" was examined within the framework of feminism and queer theories. Then, the "gender transition process" was dealt with on the basis of human rights and freedoms. Finally, Turkey's policy of gender transition process is examined in the light of decisions of the European Court of Human Rights.

**Key Words:** Feminism, Gender, Process of Sex Reassignment, Queer Theory, Sex, Transsexual

**I -Hukuki Boyutuyla Cinsiyet Geçiş Süreci<sup>1</sup>**

Kaynağı ister din, ister ahlak veya gelenek olsun hukuku konuştuğumuz her an, iktidar yarattığı bir dili, medyayı, ekonomiyi ve siyasal ideolojileri de konuşmuş oluyoruz. Hukukun bağımsız bir varlığı yoktur. Hukuk, kendisinin oluşumuna dayanak teşkil eden siyasa ya bağlı kalır ve sağladığını iddia ettiği “düzen” tasarımına uygun bir toplumsal yapı hedefler. İçinden çıktığı toplumun yaşayış ve inanç sistemini yansıtırken, bir yandan da yaptırım fonksiyonuyla sosyal-siyasi düzenin koruyucusu olarak işlev görür. Egemenliği altındaki bireyleri devletin arzusuna göre şekillendirir. Bu nedenle, hukukun neyi-kimi koruduğunun afişe edilmesi için beslendiği olumlu

---

\* Ar. Gör, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> ‘Cinsiyet değişikliği’ yerine, hak savunucularının tercih ettiği *cinsiyet geçişi* ifadesini kullanmayı yeğledik.

algıdan sıyrılması, yalnızca bir politikanın kabul görmüş hali olarak ele alınması gerekir.

İktidarlar, kuşkusuz, saf değildir. İnsanların davranışlarını etkilerken ve yönlendirirken bir ideolojinin eserini ihtiyacın eseri veya doğal olanın gereği olarak göstermeyi başaramışlardır. İktidar dediğimiz güç boşluk kaldırmaz, onun hedefi daima kendi sürekliliğidir. Sürekliliğin sağlanması bir yeniden üretim faaliyetidir; iktidar kendisini yeniden üretmeden iktidarda kalmaz. İktidar tahakküm altında aldığı bireylerin yaşamını, zihinsel dünyasını bireyin özerkliğine yer bırakmayacak şekilde düzenlediği için hepimizi kendi parçası haline getirir ve bizler de iktidarın diliyle konuşur, düşünürüz. Bu dil aracılığıyla sadece olanı adlandırmayız, kategoriler de yaratırız, yarattığımız kelimelerle yaralarız. İktidarın yürüttüğü politikayı kullandığımız dil aracılığıyla dolaşıma sokarız, ister istemez, sözcükleri iktidarın verdiği anlamla kullanırız ve eleştirel düşünce geliştirmeye çalışırken eleştirdiğimiz fikri ya da kurumu perçinleyebiliriz. Bu yüzden yerleşik olana karşı çıkma faaliyeti, her şeyden önce alternatif bir dil ya da anlam geliştirme faaliyetidir. Öncelikle, kullanacağımız kelimelerin mevcut anlamları ve bu anlamların yarattığı güç ilişkileri incelenmelidir.

### 1) Genel olarak cinsiyet

“Cinsiyet” kategorisini neyin oluşturduğu ya da oluşturmadığı konusundaki görüşler muhtelifdir. Türk Dil Kurumu cinsiyeti “Bireye, üreme işinde ayrı bir rol veren ve erkekle dişi ayırt ettiren yaradılış özelliği, eşey, cinsilik”<sup>2</sup> olarak tanımlamıştır. Yaygın kabul gören tanıma göre; bir insan XY kromozomları, testisler ve yüksek oranda androjen hormonuna sahipse “erkek”; XX kromozomları, yumurtalık ve yüksek oranda östrojen hormonuna sahipse “dişi”dir. Bilimsel görüşlerin toplumsal cinsiyetle ilgili varsayımlardan etkilenme riski vardır. Bu nedenle, biyolojik cinsiyetin ne olduğuyla ilgili o günün bilimsel görüşlerini mutlak doğru olarak kabul etmek problemlidir. Örneğin, Antik Yunan’dan 18. yüzyılın sonlarına kadar Thomas Laqueur’ın *tek cinsiyet modeli* geçerliydi. Bu görüşe göre, dişi genital organı erkeklerinkiyle aynıydı, ancak bu organ bedenin içindeydi. Diğer bir deyişle, vajinanın içsel bir penis olduğu düşünülüyordu. Bilim, 18. yüzyılın sonlarında “tek cinsiyet modeli” yerine “iki-cinsiyet modeli”ne geçti. Bu anlayışa göre, erkek ve dişi bedeni birbirinden tamamen farklıdır ve cinsiyetlerin anatomik özellikleri bu farkı yansıtır. Londa Schiebinger’e göre, Fransız Devrimi’nin getirdiği “özgür” tartışma ortamı, toplumun Tanrıdan başlayan sabit bir

hiyerarşik düzeni olduğu ve bu düzen içinde kadınların erkeklere tabi olması gerektiğine dair inancı yıktı. Artık kadınların ikincil konumunu sürdürmek için yeni gerekçeler bulmak gerekti. Bu nedenle, bilim insanları, kadınların evde çocuk bakmasını haklılaştırmak için kadın iskeletlerini çizerken büyük leğen kemiğe sahip iskeletleri seçtiler. Bilim insanları araştırmalarını toplumsal cinsiyetin biyolojik cinsiyetten kaynaklandığı niyetiyle yaptığı için, araştırma sonuçları erkekler ve kadınlarla ilgili geleneksel varsayımları yansıtıyordu.<sup>3</sup>

Özetle, *biyolojik cinsiyet* “erkek” veya “kadın” olarak kabul edilmiştir. Cinsiyetin biyolojik olduğu görüşünden hareketle, hukuk sistemi cinsiyetçi bir rejim üzerine kurulmuş, insanları kadın veya erkek olarak varsaymıştır.

İktidar, kadın ve erkek cinslerini kendine tabi kıldığı için özne kabul eder. Özne olmak; varoluş biçiminin egemenlerce kabul edilmesi, hak ve borçlara sahip olabilme, yaşayabilme ve ölüm halinde yası tutulabilir olma durumudur. Hangi hayatların hayattan kabul edileceği iktidara tabi olmaya bağlıdır.<sup>4</sup> Özne olarak tanınmayanlar ise yok sayılır. Bu kasıtlı inkâr hali, tüm bir hukuk, eğitim, finans, sigorta sisteminin kadın-erkek ikiliği üzerine bina edilmesinde kendini gösterir.<sup>5</sup> Ancak cinsiyet yalnızca biyolojik temelde düşünülemez. Cinsiyeti organlardan sıyrmanın geleceği yer toplumsal cinsiyettir.

## 2) Toplumsal Cinsiyet ve Feminizm

Toplumsal cinsiyet, genel olarak toplumun cinsiyetlere yüklediği roller, görevler ve sorumlulukların yanı sıra, bireylerin bu beklentiyle geliştirdiği davranış kalıpları ve kendilik anlayışları olarak tanımlanabilir. “Cinsiyet” ile “toplumsal cinsiyet” arasındaki ilk ayrım, 1960’larda psikologların yazılarında yer aldı. Feministler toplumsal cinsiyet kavramını faydalı buldu, çünkü cinsiyet rollerinin toplumsallaşma süreciyle edinildiği fikri, o güne dek geçerli olan biyolojik belirlenimcilik tezine meydan okuyordu. Biyolojik belirlenimcilik, biyolojinin toplumsalı yansıttığı görüşüydü. Bu görüşe göre, erkeklerin rasyonel olması ve kamusal alanda görev alması ile kadınların duygusal ve şefkatli olması ve özel alan olarak tabir edilen aile içerisinde konumlandırılması, her iki cinsin doğasıyla ilgili bir durumdur. O halde, bu düzene karşı mücadele etmek anlamsızdır.<sup>6</sup> Çünkü bir hususun doğal

<sup>3</sup> Alison Stone, *Feminist Felsefeye Giriş*, Çev. Yonca Cingöz, Bilge Tanrısever, Otonom Yayıncılık, 2016, s.58-65

<sup>4</sup> Hülya Durudoğan, “Judith Butler ve Queer Etiği” *Cogito Dergisi* (Bahar 2011)

<sup>5</sup> R.W.Connell, *Toplumsal Cinsiyet ve İktidar* (Çev. Cem Soydemir), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017, s.178

<sup>6</sup> Stone, s.53-57

olduğunu iddia etmek, onun değişmeyeceğini iddia etmektir: Doğal olan bir durum sabit ve değişmezdir, kendisini sürekli yeniden üretir. Ancak politik veya kültürel olan bir husus her zaman eleştiriye açıktır, zamanla değişebilir.

Bunun dışında, iddia edildiği gibi, doğası gereği bir cins ötekenden daha üstün veya güçlü ise, o doğal üstünlük korunmaya değer midir? Fizyolojik farklılıklar hak sahibi olmada bir farklılığa sebep olmalı mıdır? Doğal addedilen düzenin sürdürülmesinde kimin, nasıl bir menfaati vardır? Rousseau'nun belirttiği gibi, olayların gücü eşitsizliği doğuracak yönde ise, yasaların gücü eşitliği sağlayamaya dönük olmalı mıdır?<sup>7</sup> Çağdaş insan hakları teorisinin geldiği noktada, eşitlik karşıtı-ayrımcı bir görüşü savunmak güçtür. Nitekim John Stuart Mill, 19. yüzyılda "Tabii olan şey alışlagelmiş olan şeydir, gayri tabii olan şey ise alışılmamış olan şeydir. Kadınların erkeklere bağımlılığı evrensel bir yazgı olunca, bu gelenekten her türlü sapma doğaya aykırı diye damgalanıyor" diyebilmiştir.<sup>8</sup>

Feministler, toplumsal cinsiyet rollerinin biyolojinin bir sonucu olduğu görüşüne şiddetle karşı çıkarlar. Cinsiyetlere atfedilen özelliklerin ve rollerin kültürel bir inşa olduğunu, bireylerin erkek veya kadın olmayı toplumsallaşma sürecinde öğrendiğini savunurlar. Toplumsal cinsiyet, kendi içerisinde istikrarlı olduğu kabul edilen iki cinsle yüklenen farklı görev ve sorumluluklar üzerinden yaratılır. İktidar tarafından birbirine tensel olarak uzaklaştırılan bu iki cins, meslek seçimi, özel-kamusal alan ayrılığı, renkler, kıyafet ve koku rejimi, davranış kalıpları şeklinde idealize edilmiş ikili kapsüllerin içine yerleştirilir. Bu sayede, cinsler arasında özde az olan farklılıklar abartılır, derinleştirilir.

Connell'in belirttiği gibi aynı cinsin üyeleri arasında da duygusal, fiziksel farklılıklar bulunmaktadır. Bu nedenle, kadın ve erkek arasında ortalama bir farklılık, kategorik bir farklılığa dönüştürülmemelidir. Cinsiyetler arasındaki farkların büyüklüğü doğal ise bu farkın neden her fırsatta saplantılı bir şekilde vurgulandığı sorgulanmalıdır. Bununla birlikte, cinslere dair neyin doğal neyin kültürel olduğuna ilişkin kavrayışımızın kendisi de kültürel bir oluşumdur.<sup>9</sup> Toplumun cinsiyetlerden beklentileri farklı olduğu için, çocuklar bu farklılığa göre yetiştirilir. Tüm bir hukuk ve eğitim sistemi, medya, dini yapılar, moda otoriteleri erkek veya kadın olmayı öğretir. Gayle Rubin'e göre, kişiye özel toplumsal cinsiyet kimliği, farklılıkların öne çıkarılmasının

<sup>7</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, Kültür Yayınları, 2016, s. 49

<sup>8</sup> John Stuart Mill, *The Subjection of Women*, Every Library, 1970 (1986), s. 238'den aktaran Fatmagül Berktaş, *Tarihin Cinsiyeti*, Metis Yayınları, 2015 s. 42; Connell, s.54

<sup>9</sup> Connell, s.127



yanında benzerliklerin bastırılması olarak da ortaya çıkar.<sup>10</sup> Cinsiyetlerle ilişkilendirilen özellikler, görevler ve sorumluluklar politiktir.

Biyolojik cinsiyet-toplumsal cinsiyet ilişkisine dair görüşler muhtelifdir. Feminist hareket, biyolojik cinsiyetin mevcut olduğu ancak cinsiyetlere yüklenen rollerin kültürel olduğunu, doğal olmadığını iddia eder. İster liberal isterse radikal veya Marksist feminizm olsun, tüm feminizm türleri kadının erkeğe tabi, ikincil statüsünü sorgular. Feminizmin ana hedefi kadının eşitsiz konumunu iyileştirmek ve kadını özgürleştirmektir. Bu nedenle, hedef tahtasına oturtulan sistem erkek egemen (patriarkal) sistemdir. Erkeğe üstün ve ayrıcalıklı bir değer atfeden geleneksel ataerkil kültürden türetilen toplumsal yapının değişebilir olduğu, kader olmadığı, insanlığın kendisi için iyi olanı -cinsiyet eşitliğini- seçebileceği ileri sürülür.

Diğer yandan, feministler kadının erkek üzerinden tanımlanmasına, erkeğe ait bir değer olarak görülmesine şiddetle karşıdır. Türkan Yalçın Sancar'ın kadın mücadelesini 'var olmakla ait olmak' arasında geçen bir mücadele olarak tanımlayışı bu yaklaşımın bir işaretidir.<sup>11</sup> Feminizm, tek ve genel geçer bir kadın kategorisinin bulunup bulunmadığını, kadınlar arasındaki etnik, dil, renk ve cinsel yönelim çeşitliliğinden kaynaklanan farklı kadınlık deneyimlerinin kadın kimliği karşısındaki konumunu da tartışmaya açar. Trans kadınların 8 Mart gösterisinden dışlanması bu tartışmayı ateşlemiştir. Özkazanç'a göre, 8 Mart bildirisinde geçen "sakallı ve penisli kadınlar vardır" ifadesi kadın kimliğinin sınırlarını bulanıklaştırdığı için eleştirilebilir, ancak toplumsal cinsiyet sorunu ırksal, sınıfsal ve diğer iktidar ilişkileriyle bağlantılı olduğundan, kadınların kendi aralarındaki farkları da dikkate alması feminist hareketin iddiası ve kapsayıcılığının bir gereğidir.<sup>12</sup> Butler da, feminizmi cinsel kimlik ve toplumsal cinsiyete ilişkin normatif kısıtlamalarla mücadele eden yeni sosyal hareketlerin bir parçası olarak görür.<sup>13</sup>

### 3) Queer Kuram

"Toplumsal cinsiyet" kavramının belirli durumları açıklamakta yetersiz kalması, Queer kuramın geliştirilmesine sebep olmuştur. Queer kuram, iddialı biçimde, yalnızca toplumsal cinsiyetin değil, biyolojik cinsiyetin de kültürel olarak inşa edildiğini savunur. Esasında, biyolojik cinsiyet yoktur, cinsiyet

<sup>10</sup> Connell, s.128

<sup>11</sup> Türkan Yalçın Sancar, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.1

<sup>12</sup> Alev Özkazanç, *Feminizm ve Queer Kuram*, Dipnot Yayınları, 2015, s.202-204; <https://yesilgazete.org/blog/2013/03/14/herkes-icin-feminizm-herkesle-feminizm-alev-ozkazanc/> (Erişim Tarihi: 19.12.2017)

<sup>13</sup> Patricia Elliot, *Debates in Transgender, Queer and Feminist Theory: Contested Cites*, Roudledge, New York, s.17

her zaman kültürel olarak inşa edilen toplumsal cinsiyettir. Toplumsal cinsiyet, bir kimlik üzerine kurulmaz, performatiftir. Bir yapma edimdir. Var olan yapılan fiildir, edimin ardında bir özne yoktur.<sup>14</sup> Haz almak için teşvik edildiğimiz pratikler, toplumsallaşma sürecinde öğrendiğimiz edimler bizi belirli bir cinsiyet yapar.

George Chaunsey'e göre, 20. yüzyılın başında eşcinsel erkekler, cinsel yönelimleri nedeniyle kendilerini "queer" olarak tanımlıyordu.<sup>15</sup> İlk zamanlarda, eşcinsel kurtuluş mücadelesiyle özdeşleştirilen *Queer* olumsuz çağrışımlara sahip bir sözcüktü. Zamanla, bu olumsuz anlamdan sıyrılmış, cinsel azınlıklarla ilgili şemsiye bir terim haline gelmiştir. Ancak Queer bir cinsel kimlik olmadığı gibi, bir yönelim de değildir. Bir teorinin, siyasi görüşün, cinselliğe dair derin bir sorgulayışın adıdır. Bir *kimliksizleştirme* hareketidir. Türkçeye "acayip", "tuhaf", "sıra dışı" şeklinde çevrilebilir. Kuram, kadını özgürleştirmekten çok, kişinin cinselliğini toplumun oluşturduğu kategorilerden bağımsız bir biçimde yaşamasını sağlamaya çalışır, kimlik politikalarının geçerliliğini ve yararlarını sorgular. Bir kimliksizleştirme hareketi olarak Queer, norm ve normalliğe karşıdır. Jagose'ye göre, Queer'in net bir tanımını vermek mümkün değildir; belirsizlik kuramın özelliklerinden biridir.<sup>16</sup>

Bazı belirsizliklerine rağmen, genel itibariyle, Queer kuram, kimlik politikaları ve geleneksel etiketlerin (kadın, erkek, heteroseksüel, homoseksüel gibi) varoluşu ve arzuyu tarif etmekte yetersiz kaldığını ileri sürer. Bu kimliklerin sabitlenmesinin insanlar arasına yapay sınırlar koyduğunu vurgular. Sınırların koyulması ve sürdürülmesiyle, heteroseksist sistemin yeniden üretilmesine hizmet eder. Kuramın 'doğal' ve 'meşru' diye tarif edilen herhangi bir cinselliği merkeze almayı, herkesin her rengi kucaklayabileceği fikri, kişinin kendisini farklı olarak tanımlayabilmesini güçleştirir. Çünkü farklı olabilmek için bir 'aynı'ya ihtiyaç duyulur ve bu da bir çeşit normalleşmeye götürür. Her "normal" tanımı bir "anormal" tanımı üretir. Yapılan her tanım bir sınır çizer ve kontrol mekanizması yaratır. O halde, bu tanımların doğallığı ve yararı tartışılır. Queer teori, bireyin arzusunun mutlak olmadığını savunur, bu savunu da üst yapı kurumlarının çizdiği sınırların ve kalıpların reddi anlamına gelir. Özetle, kimliğin kaygan ve parçalı oluşundan hareketle, queer kuram yönetilebilir olmaya ve her türlü kontrol mekanizmasına karşıdır. Herhangi bir bedenden haz alma hali genel bir kimlik kategorisi olarak sabitlenmemelidir, haz akışkandır. Kimlik

<sup>14</sup> Judith Butler, *Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi*, (Çev. Başak Ertür), Metis Yayınları, İstanbul, 2016 s.77

<sup>15</sup> Annamarie Jagose, *Queer Theory*, Melbourne University Press, 1996, s.74

<sup>16</sup> Jagose, s.3

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

kurmak dışlayıcı bir pratiğe sebep olur. Feminizmden farklı, olarak queer kuram, ataerkiyle salt cinsiyet eşitliğini sağlamak için kavga etmez, ataerki ve heteronormatif zihniyetin sirayet ettiği tüm bir toplumsal hayatın değiştirilmesi için mücadele eder.<sup>17</sup>

Butler, Queer kuramın öncü metinlerinden biri olan ‘*Cinsiyet Belası*’ isimli eserinde, biyolojik cinsiyet ile toplumsal cinsiyet arasında bir ayrım olmadığını, biyolojik cinsiyetin de toplumsal bir inşa olduğunu savunmuştur. Toplumsal cinsiyet (gender) cinsiyetin (sex) bir yorumu değil, kendisidir. Cinsiyet ikiliği “söylemsellik öncesi bir alana” atfedilemez. Başka bir deyişle, kültür öncesi cinsiyetlendirilmiş doğal beden (biyolojik cinsiyet) yoktur. Cinsiyetin kendisi kültürel bir kurgudur. Bu durumda, toplumsal cinsiyet akışkan hale gelir, “erkek” dişil bir bedeni, “kadın” da eril bir bedeni işaret edebilir.<sup>18</sup>

Diğer yandan, Butler var olmak için dile ihtiyaç duyduğumuzu ileri sürmüştür. Özne olmak, bir öteki tarafından çağırılmaya bağlıdır ve özne olmak için önce iktidara tabi olmak gerekir. İktidar, kadın ve erkek kimliklerini kendine tabi kılmadan özne olarak kabul etmez. Dolayısıyla, özneleşme süreci toplumun oluşturduğu kategorilere bir teslimiyettir.<sup>19</sup>

Kendisini radikal lezbiyen olarak tanımlayan Monique Witting’in<sup>20</sup> dediği gibi, “cinsiyet kategorisi, toplumu heteroseksüel olarak kuran siyasal bir kategoridir.”<sup>21</sup> Çünkü cinsiyet kimliği üremenin gerçekleştirilmesi üzerinden yaratılır. Heteroseksüel sözcüğünün içinde geçen ‘hetero’ ‘farklı iki’ye tekabül eder. Cinsel farklılık fikri, doğal olduğunu ileri sürerek insanların üzerindeki sosyal baskıyı görünmez kılar. İki kutuplu cinsiyet fikri, cinslerden birinin varlığını, diğer cins için koşul sayar: Erkek yoksa, kadın da yoktur. Erkeksi- kadınsı diye tabir edilen kategoriler ekonomik, siyasi ve ideolojik düzene aittir.<sup>22</sup> Eşcinsel-karşı cinsel diye saptığımız kimlikler, arzuyu özgürleştiremeyişimizden ileri gelir. Arzu kendisini özgürleştirebilseydi, cinslere dayanarak tarif edilmezdi<sup>23</sup>

<sup>17</sup> İlkay Özküraplı, ‘Queer Teori’, “*Toplumsal Cinsiyet Tartışmaları*” içinde, (Haz. Feryal Saygılıgil), Dipnot Yayınları, 2016, s. 223; Thamsin Spargo, *Foucault and Queer Theory*, s. 8-9; *Jagose* s. 3-4

<sup>18</sup> Butler, s.50-53

<sup>19</sup> Butler, s.44; Özkazanç, s.46

<sup>20</sup> Witting, heteroseksizmi yalnızca cinsellik olarak değil, politik bir rejim olarak da sorgulayan ilk feminist teorisyenlerden birisidir.

<sup>21</sup> Judith Butler, s.43

<sup>22</sup> Monique Witting, *Gender Issues*, Volume 2, Issue 2, June 1982, pp 63-68 <https://link.springer.com/article/10.1007%2F02685553> (Erişim Tarihi:10.12.2017); Butler, s.30

<sup>23</sup> Butler, s.78

Queer teorinin gelişimi için bir katalizör rolü oynayan Foucault da cinsiyetin doğal olmaktan çok tarihi, sosyal ve kültürel bir kategori olduğunu ileri sürer.<sup>24</sup> Kendisini “kadın” olarak tanımlamakta sakınca görmeyen Beauvoir ise, feminizmin şiarı haline gelen “kadın doğulmaz, kadın olunur”<sup>25</sup> sözüyle varoluşçulukla harmanladığı feminizm anlayışını ortaya koyar. Ona göre kadınlığın bir özü yoktur, insanlar yaptıkları seçimlerle kadınlığını yaratırlar. Erkeklerin sizden olmanızı istediği şeyi olmak bir seçimdir, kadınlar farklılaştırıldığı için farklıdır. Burada bahsedilen kadın, bir dişi olmak zorunda değildir.<sup>26</sup>

Queer kuramın yalnızca cinsel kimlik, yönelim-tercih ve heteroseksüel sistemin işleyişi ile ilgilendiği düşünülmemelidir. Haklarından mahrum edilmiş tüm azınlıklar özgür olmadan haklarından mahrum edilmiş hiçbir azınlığın özgür olamayacağını savunan Butler’ın sorunsallaştırdığı husus, sadece azınlıkta kaldığı iddia edilen cinsellikler değil, kadın düşmanı, ırkçı, engelleyici ve etnosantrik nefrettir.<sup>27</sup> Queer teorinin kapsamı cinsel azınlıklarla sınırlı değildir.<sup>28</sup>

#### 4) Kadının Özgürleşememe Sorunu ve Toplumsal Erkeklik

Erkeklerin de geleneksel ataerkil düzenden zararlı çıktığı aşikâr olsa da, erkek ve kadın arasındaki asimetrik ilişkinin çoğu kez kadınların ezilmesiyle sonuçlandığı bir gerçektir. Neticede, tarih boyunca kamusal alandan dışlanan, siyaset yapmasına izin verilmeyen kadınlardı. Ortaçağ’da cadılık suçlamasıyla yakılanlar kadınlardı. Fransız Devrimi’nin getirdiği eşitlik, özgürlük, kardeşlik sadece erkeklerin erkekler için ortaya koyduğu değerlerdi. “Kadınların giyotine gitme hakları varsa kürsüye çıkma hakları da olmalıdır” diyen Fransız devrimci Olympe de Gouges idam edildi. Kadının insan hakları deyimi bile insan haklarının evrenselliği iddiasını çürütüyordu, çünkü insan hakları düşüncesi insan olarak erkeğe atıf yapıyordu.<sup>29</sup> Hâkim anlayışa göre, kadın bağımlı, duygusal ve zekâsı gelişmemiş varlıktı. Erkeğin korumasına muhtaçtı. 20. yüzyılın başlarından sonra bu görüş aşıldı, kadın hareketinin örgütlü mücadelesiyle kadınlar oy hakkı, velayet hakkı gibi bir takım taleplerini kabul ettirmeyi başarabildi. Ancak derin ataerkil zihniyet varlığını hep korudu; hem tarih yazımında, hem de hukuk yaratımında

<sup>24</sup>Thamsin Spargo, *Foucault and Queer Theory*, Icon Books, 2000, s.12

<sup>25</sup> Simone de Beauvoir, *Second Sex*, Vintage Books, 1997, s.295

<sup>26</sup> Beauvoir, s.351-392; Stone, s.185

<sup>27</sup> Butler’ın “Queer Yoldaşlığı ve Savaş Karşısı Siyaset” başlıklı konuşması, <http://kaosgl.org/sayfa.php?id=20901> (Erişim Tarihi: 10.12.2017)

<sup>28</sup> Özkazanç, s.94

<sup>29</sup> Berktaş, s. 40

kadınlar neredeyse yoktu. Bu nedenle kadınların talepleri ve deneyimleri marjinalleştirildi. Kemalist modernleşme bile, ulusun anaları kurgusuyla ataerkiyle köklü bir hesaplaşmaya girmeden kadınlar için sınırlı bir reform yapmakla yetindi.<sup>30</sup> Bugünlere gelindiğinde ise, halen zihinlerde eşitlik sağlanamasa da, 2000’li yılların başında tümünden değiştirilen kanunlarımızda ayrımcılık karşıtı pek çok hüküm ya kaldırıldı ya da farklı bir biçimde yeniden düzenlendi. Sonuç olarak, AİHM’nin soyadına ilişkin Ünal Tekeli/Türkiye<sup>31</sup> kararına rağmen Medeni Kanun’da soyadına ilişkin arkaik hüküm, İş Kanunu’ndaki ayrımcı hükümler ve TBK (Türk Borçlar Kanunu)’da ‘adam çalıştırmanın sorumluluğu’ ifadeleri hariç, uzun yıllar süren mücadelelerin meyvesi olarak normatif düzlemde eşitlik sağlandı.

Bugüne dek egemen erkeklik değerleriyle kuşatılan ‘penis’li beden, kendisine bahşedilmiş iktidarın hükümlerini sürmenin yanında, iktidar olmanın bedelini de, her zeminde erkekliğini kanıtlamak zorunda kalarak ödemiştir.<sup>32</sup> Öyle ki, ikincil olarak görülen kadınlardan farklı olarak, erkekler ‘kız gibi’ davranma lüksüne sahip değildir. Zaaflarını, korkularını ve duygularını belli edemez. Hiç ağlamamak ve her daim güçlü olmak zorundadır. Askerlik yapmak zorundadır. Cinselliğini ancak bir uzvunu penetre ederek cinsiyetçi ve baskıcı bir biçimde yaşamak durumundadır, başka bir fantezi tahayyül etmesine izin verilmez. Bir ‘erkeklik’ göstergesi olarak cinselliğini, etleştirdiği kadın bedeninde kurduğu egemenlikle yaşar,<sup>33</sup> salt kendi bedeninin varoluşunun hazzını duyamaz. Çünkü en özel diye addedilen mekânlarda bile, erkeğin ‘erkekliği’ test altındadır. Bağımlı olma halinden zevk almaya zorlanan ve özünde sado-mazoşist olduğu iddia edilen kadın cinsiyetiye, ancak kendi iradesini sakatlayıp bedenini etleştiren bir erkekle vajinal birleşme sağladığında ‘kadın’lığı deneyimleyebilir. Ataerki ideoloji, kadını özne olmaktan çıkarmanın yanında, erkeği de kendi bedenine karşı yabancılaştırır.

### 5) Cinsel Kimlik ve Politika

İktidar, disipline edilmek istemeyen cinsellikleri ve cinsel kimlikleri ötekileştirerek dayattığı meşruiyet algısını güçlendirir. *Hegamonik erkeklik*,

<sup>30</sup> Berktaş, s.30; Özkazanç, s. 40; Serpil Çakır, *Erkekler Kulübünde Siyaset: Kadın Parlamentelerle Sözlü Tarih*, Versus Kitap, 2013, s.142-152

<sup>31</sup> AİHM Ünal Tekeli / Türkiye, başvuru no: (29865/96), 16.11.2004.

<sup>32</sup> Hale Boratav, Güler Okman Fişek, Hande Eslen Ziya, *Erkekliğin Türkiye Halleri*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 345-358

<sup>33</sup> Cemal Bali Akal, *Siyasi İktidarın Cinsiyeti*, Dost Kitabevi Yayınları, 2009, s. 270

<sup>34</sup> toplumsal cinsiyet hiyerarşisinde en üstte kalabilmek için nasıl kadınları ikincilleştiriyorsa, eşcinselleri de kadınsılaştırır.<sup>35</sup> Muktedir olma hali bir madunun yaratılmasını gerekli kılar ve iktidar bu öteki üzerinden iktidarını kurar. Madun kimlik olabildiğince farklılaştırılır ve tek tipleştirilir. Toplumun “farklı” cinsel yönelim ve kimlikleri tek tipleştirmesinin altında, o tipe uymayan insanları iştahla heteroseksüel varsayma isteği yatar.

Türkiye’de uzun yıllar transseksüellerle ilgilenen Cinsel Eğitim Tedavi ve Araştırma Derneği (CETAD) kurucu üyesi, Prof. Dr. Şahika Yüksel, bir röportajında transseksüelliğin oranını binde 6 olarak açıklamıştır.<sup>36</sup> Bu rakamın gerçeğin küçük bir bölümünü yansıttığı kanısındayız. Çünkü modern kapitalist ulus devlet sınıf, kimlik, yönelim ve emek körü olduğu için, farklılaştırdığı bireylerin görünürlüğünü açık ve/veya örtülü yaptırıma bağlar. Bu nedenle, görünürlük varoluşun göstergesi değildir. Görünürlüğün varoluşu yansıttığına dair kabul, zihinsel tembellikle uyduğu için kolaylıkla benimsenir. Bu ön kabul mevcut cinsiyetçi sistemin saç ayağını oluşturur, hak ihlallerine zemin hazırlar.

## II - Transgender, Cisgender ve İntersex Kavramları

Transseksüellik ve travestilik kavramlarını Alman seksolog Magnus Hirschfeld 20. yüzyılın başlarında literatüre kazandırmıştır. İlk cinsiyet geçiş ameliyatı 1930 yılında Hirschfeld’in kurduğu Berlin Enstitüsü’nde Dr. Felix Abraham tarafından gerçekleşmiştir.<sup>37</sup> İngilizcenin ise transseksüel ve transgender terimlerini karşılması 1949 ve 1971 yıllarında oldu.<sup>38</sup> Hemen her tarihi dönemde ve her coğrafyada gözlenen ‘trans’ bireyleri, toplumlar kendi terminolojilerini kullanarak tanımladı. Söz gelimi Hindistan’da *hijra*, Yeni Zelanda’da *takatapui*, Tayland’da ise *ladyboy* kullanıldı.<sup>39</sup>

**Travesti**, transseksüel, cisgender ve transgender terimleri arasındaki anlam ayrımına gelince: *Transgender* bir şemsiye terim olarak travesti ve transseksüelliği kapsar. Travestilik (cross-dresser) bir cinsel kimlik olmadığı gibi, cinsel yönelim de değildir; karşı cins gibi giyinmektir. Travesti, bir

<sup>34</sup> R.W.Connell’in Antonio Gramsci’den aldığı hegemonya kavramıyla ürettiği ‘hegamonik erkeklik’ tabiri rasyonel, saldırgan, rekabetçi, cinselliğine düşkün ve heteroseksüel olarak ifade edilebilir.

<sup>35</sup> Connell, s. 128

<sup>36</sup> <http://www.hurriyet.com.tr/transseksuellik-ne-bir-hastalik-ne-bir-tercih-ne-de-bir-heves-22719921> (Erişim Tarihi: 09.12.2017)

<sup>37</sup> Dennish Girl (Danimarkalı Kız) isimli biyografik film, cinsiyet geçiş ameliyatı olan ilk trans ‘kadın’ Lilly’ nin yaşamını anlatmaktadır.

<sup>38</sup> <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2010/jun/02/brief-history-transgender-issues> (Erişim Tarihi:09.12.2017)

<sup>39</sup> James I. Martin and D.R. Yonkin, *Transgender Identity*, Colombia University Press, 2006 *YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

homoseksüel olabileceği gibi, biseksüel veya heteroseksüel de olabilir. Benjamin'e göre, erkek travestilerin çoğu heteroseksüeldir ve evlidir.<sup>40</sup> **Transseksüellik** ise 'karşı cins gibi' hissetmek, kişinin kendisine dair içsel algısıyla fiziki durumu arasında yaşadığı çatışma, anatomik durum ile toplumsal cinsiyetin uyuşmaması hali olarak ifade edilebilir.

**Cisgender** terimi transgender'ın tersidir. Kişinin doğumla atanan cinsiyeti ile toplumsal cinsiyetinin uyuşması halidir. Baştaki "cis" ön eki "bu tarafta" anlamına gelir. Cisgender terimi cis-trans ayrımı yarattığı için eleştirilmiştir. Cis ve trans ikiliği maskülen-feminen ikiliği kadar sorunludur. Çünkü heteronormatif ve ataerkil düzenin dışında kalan LGB'yi heteroseksüellerle birleştirerek T'ye karşı konumlandırır. LGB bireylerden ve heteroseksüellerden oluşan tüm trans harici kimliklerin doğumla atanmış cinsiyetleriyle toplumsal cinsiyetinin uyuştuğunu iddia eder.<sup>41</sup> Glosswitch, ikili cinsiyetlendirilmiş sistemin kendisi bir kültürel oluşum ise, doğumla atanmış cinsiyetin toplumsal cinsiyetle eşleşmesindeki eşleşmenin ne anlama geldiğini sorar. Zihnimizdeki suni cinsiyetlendirilmiş algıyla, vücudumuza ilişkin algı arasında boşluk bulunmayışının kişinin kendini keşfini güçleştirdiğini belirtir.<sup>42</sup> Interseks aktivist Dr. Cary Gabriel Costello, cisgender terimi yerine ipso-gender'ı önermiştir.<sup>43</sup>

Kimi transseksüeller cinsel organını vücudunun bir parçası olarak değil, taşıması gereken bir yük olarak görmektedir, kimileriye genital bölgesinden bir rahatsızlık duymamakla birlikte kendini 'karşı cinse ait biri gibi' görmekte ve hissetmektedir.<sup>44</sup> Transseksüeller, herhangi bir organa sahip olma ya da olmamanın bir kimlik krizini gerektirmediğini düşünmektedir.

**İnterseks** ise, iki cinsiyetin 'biyolojik' özelliklerini taşıyarak doğma durumudur. Bu kişilerin çift cinsiyetli olması gerekmez. İnterseks birey, dişil ve eril beden tipik formlarına yerleştiremediklerimizdir. Hem transseksüel, hem de interseks bireyler vardır. İnterseks, cinsiyet çeşitliliğinin içindeki tüm karakterleri karşılayan şemsiye bir terim olarak kullanılır.<sup>45</sup> Hermafrodit olarak da isimlendirilen interseks kimliği, bu tabiri patolojikleştirici bir

<sup>40</sup> İbid, Stone, s.69

<sup>41</sup> <https://en.wikipedia.org/index.php?q=aHR0cHM6Ly9lbi53aWtpcGVkaWEub3JnL3dp2kvQ2lzZ2VuZGVyI2NpdGVfbm90ZS0zMw> (Erişim Tarihi: 09.12.2017)

<sup>42</sup> <https://www.newstatesman.com/lifestyle/2014/02/i-dont-feel-i-match-my-gender-so-what-does-it-mean-be-called-cis> (Erişim Tarihi: 10.12.2017)

<sup>43</sup> <http://lgbtweekly.com/2014/09/18/ipso-gender-a-third-term-for-intersex-people/> (Erişim Tarihi: 10.12.2017)

<sup>44</sup> Selin Berghan, *Lubunya: Transseksüel Kimlik ve Beden*, Metis Yayınları, 2007, İkinci Bölüm, s.67 vd.

<sup>45</sup> Human Rights and Intersex People, Council of Europe Commissioner for Human Rights prepared by Silvan Agius, June 2017; Stone, s.65

anlama sahip olduğu için reddetme eğilimindedir. İnterseksler, ikili cinsiyetlendirilmiş kategorilere aykırı düştüğü için, tıp tarafından hayati bir risk taşımamalarına rağmen süratle ‘normal’leştirilir. Bazı aileler interseks değil, anormal bir çocuğa sahip olduğunu düşünerek çocuğun rızası olmadan cerrahi müdahaleye onay vermektedir. Kanımızca, ‘farklılık’ kişinin insanlığının bir uzantısı, parçası olarak düşünölmeli, düzeltilmesi gereken bir durum olarak değerlendirilmemelidir. Tıbbın da bir ideolojisinin bulunduğu, beyaz-heteroseksüel-erkek egemen bir zihniyete sahip olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

2013 yılında ILGA’nın desteğiyle Malta’da toplanan interseks örgütler *Malta Deklarasyonu* olarak anılan, hak ihlallerini ve taleplerini içeren bir bildiri yayımladı.<sup>46</sup> İnterseks bireylerin cerrahi operasyona zorlanmasına, kısırlaştırılmasına ve tedavi edilmesine son verilmesi gerektiği kaydedildi. Bildirideki en çarpıcı ifade, gelecekte doğum ve kimlik belgelerinde etnik kimlik ve din gibi cinsiyet kısmının da kaldırılacağına ilişkin öngörüdür.<sup>47</sup> Avrupa Konseyi Eşitlik ve Ayrımcılıkla Mücadele Komisyonu, interseks çocuklara hayati risk durumu hariç normalleştirme adına uygulanan cerrahi operasyonu, kısırlaştırılmayı ve diğer tedavi yöntemlerini yasaklamıştır.<sup>48</sup> 2017 yılının sonlarında, Almanya Federal Mahkemesi bir bireysel başvuruya ilişkin aldığı kararla interseks kimliğin tanınmamasının ayrımcılık oluşturduğuna hükmetti. Karara göre, yasal düzenleme yapılamayacak kadar interseksler için kadın ya da erkek cinsiyet kimliği dayatılamayacak.<sup>49</sup> Böylece, Almanya, kadın-erkek ikiliği üzerine kurulu cinsiyetçi rejimi parçalayan ilk Avrupa ülkesi oldu. Ancak interseksler kendi içerisinde çeşitlilik gösterdiğini söyleyerek yeni bir toplayıcı kimlikle kuşatılmak istememektedir; çünkü bazı interseksler kendilerini kadın veya erkek olarak, diğer bazıları da her iki cins olarak tanımlamaktadır.<sup>50</sup>

Transseksüelliğe gelince, transeksüalite 2013 yılında değişen DSM-5 tanı kılavuzunda daha az patolojikleştirici bir biçimde *Cinsel Kimlik Bozukluğu* (Gender Identity Disorder)’ndan, *Cinsiyet Hoşnutsuzluğu* (Gender Dysphoria)’na evirilmiştir. Ancak hala zihinsel bir hastalık (mental disorder)

<sup>46</sup> <https://oiiurope.org/malta-declaration/> (Erişim Tarihi: 21.12.2017)

<sup>47</sup> “In the future, as with race or religion, sex or gender should not be a category on birth certificate for identification documents for any body.”

<sup>48</sup> Parliamentary Assembly, Committee on Equality and Non-Discrimination, Resolution (2191), 12. 10. 2017

<sup>49</sup>

[http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/dunya/862253/Almanya\\_\\_ucuncu\\_cinsiyet\\_i\\_resmen\\_tanidi.html](http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/dunya/862253/Almanya__ucuncu_cinsiyet_i_resmen_tanidi.html) (Erişim Tarihi: 09.12.2017)

<sup>50</sup> Human Rights and Intersex People, Council of Europe Commissioner for Human Rights, prepared by Silvan Agius, June 2017

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*



olarak görülmektedir. ICD'ye göre de transseksüellik zihinsel bir bozukluk olarak görülmektedir.<sup>51</sup>

STP (International Campaign Stop Trans Pathologization), trans kimliklerin hastalık sınıflandırılmasından çıkarılması için kampanya yürütmekte, hastalık olarak tanımlanmasına gerek olmaksızın sürecin devlet tarafından finanse edilmesini ve transseksüel bireylerin sağlık hakkına erişiminin önündeki engellerin kaldırılmasını talep etmektedir. STP, bu taleplerin yanı sıra, cinsiyet geçişinin tanınması için şart koşulan cerrahi müdahale, hormon tedavisi, kısırlaştırma, yaş ve evli olmama gibi şartları hak ihlallerine sebebiyet verdiği için kaldırmaya çalışmaktadır.<sup>52</sup>

Bu aşamada, cinsel kimlik ve yönelime ilişkin bir insan hakları belgesinden söz etmemiz gerekir: *Yogyakarta İlkeleri* adıyla bilinen, 29 uzman tarafından 2006 yılında Endonezya'da hazırlanan bu metin, cinsel kimlik ve yönelim temelinde insan haklarının uygulanmasına dair önemli ilkeler içerir.<sup>53</sup> Belgenin devletlerin uyması gereken yükümlülükler getirdiği, çağdaş gelişmeleri yansıttığı, etik açıdan Türkiye için bağlayıcılığının bulunduğu söylenebilir. AİHM de bir kararında bu ilkelere atıf yapmıştır.<sup>54</sup>

### III - AİHM Kararları Çerçevesinde Türk Hukukunda Cinsiyet Geçiş Süreci

#### 1) Türk Hukukunda Cinsiyet Geçiş Süreci

Türk hukukunda cinsiyet değişikliği; 1988 öncesi dönem, 1988-2002 arası dönem ve son olarak da 2002 sonrası dönem şeklinde üç parçaya ayrılarak incelenebilir.

1988 öncesi dönemde, Medeni Kanun'da konuya ilişkin hiçbir hüküm bulunmamaktaydı. Transseksüeller intersekslerle ilgili hükümden yararlanıyordu.<sup>55</sup> Cinsiyet geçişi ile ülkemiz, kadınlığını kabul ettirmek için büyük mücadeleler veren *Bülent Ersoy* sayesinde tanışmıştır. Yurt dışında ameliyat olan Ersoy, Türkiye'de pembe kimlik almak istemiş, ancak Yargıtay, cinsiyetçi bir bakışla hareket ederek bilimsel ve sosyal gerçeklerle örtüşmesi imkânsız gerekçeler ileri sürüp, Ersoy'un talebi reddetmiştir:

*"Kişi, iradi olarak cinsiyetini değiştirmesine cevaz verilecek olursa, kanuna karşı hilelere kapı aralanmış olunur. Eşinden boşanamayan kişi*

<sup>51</sup> [http://www.stp2012.info/STP\\_Press\\_Release\\_October2017.pdf](http://www.stp2012.info/STP_Press_Release_October2017.pdf) (Erişim Tarihi: 21.12.2017)

<sup>52</sup> Ibidem

<sup>53</sup> <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/yp10/> (Erişim Tarihi: 21.12.2017)

<sup>54</sup> Hamalainen/Finlandiya, Başvuru no: (37359/09), 16.07.2014

<sup>55</sup> <http://t24.com.tr/haber/korkma-dinle-anla-sahika-hoca-transseksuelleri-anlatiyor,260612> (Erişim Tarihi:09.12.2017)

*cinsiyetini değiştirerek eşcinsel evlilik olmaz kuralına dayanarak evlilik bağına çözme imkânı elde eder. Erkeklerle özgü olan askerlik yükümlüğünden kurtulma ya da kadınlar için tanınan erken emeklilik hakkı elde etmeye, benzeri başka haksız yararlar sağlamaya imkân bulur. Kişi, psikolojik yapısında ne gibi değişiklik meydana gelirse gelsin, hangi cinsel duygular içinde bulunursa bulunsun, özgür iradesiyle yok ettiği cinsiyetine dayanarak karşı cinsten olduğunun tespitini isteyemez. Herkes yanlış eylemlerinin sonuçlarına katlanmak zorundadır. Mahkemenin davayı esastan reddetmesi doğrudur.”<sup>56</sup>*

Yukarıda “hukuki” gerekçelerle cinsiyet geçiş sürecine bakışını ortaya koyan Yargıtay’ın, fobisini duyduğu durumun ne olduğunu bile bilmediği anlaşılmaktadır. Büyük risk taşıyan cinsiyet geçiş ameliyatı olmuş şahsın, transseksüel yapıda olması kuvvetle muhtemeldir. Yargıtay kararında ise, cinsiyet geçişinin düşünmeden veya keyfi olarak yapıldığı savunulmaktadır. Mahkemenin, kararında Anayasa’daki eşitlik ilkesine hiç yer vermemiş olması dikkat çekicidir; kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına atıf yaptıktan sonra, gereksiz bir şekilde Türk toplumunun temelini aile olduğunu vurgulamıştır. Bu kararıyla, bireye aile dışında bir alan tanımayan Mahkemenin, kişisel özerklik ile fiziksel ve manevi bütünlük hakkını reddettiği söylenebilir. Kaldı ki, kutsal addedilen aile kurumunun yalnızca tek eşli ve heteroseksüel aile ile sınırlı oluşu, yargının ve toplumun çifte standardını göstermektedir. Yargıtay, ayrıca, davacının görüntüsüyle kimliği arasındaki uyumsuzlıktan dolayı karşılaşılabileceği sorunları hiç nazara almamış, ameliyatın gerçekleştirilmiş olmasını ise ‘yanlış’ olarak nitelendirmiştir.

Bülent Ersoy kararından sonra, 1988 yılında cinsiyet değişikliğine ilişkin ilk düzenleme Medeni Kanun’a eklenen bir fıkra ile yapılmıştır. Ancak 2002 yılında yürürlüğe giren yeni Medeni Kanun’un 40. maddesi, cinsiyet değişikliğini ayrıntılı düzenlediğinden, mülga kanunu değil, artık yürürlükte bulunan yeni hükmü referans alacağız.

## 2) İlgili Mevzuat

Cinsiyet geçişi ile ilgili hükümler Anayasamızda, tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Medeni Kanunumuzda bulunmaktadır.

Anayasamızın *Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı* kenar başlığını taşıyan 17. maddesi, “herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” diyerek, kişinin kimliği ve varoluşunu

<sup>56</sup> Yarg. 2.HD, 1986/651 E.1986/3256 K.27.03.1986  
YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)

istediği gibi tanzim edebileceğini belirtmektedir. Ayrıca, Anayasa'nın özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddesi 1. fıkrasında, “herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir” hükmü bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, *özel ve aile hayatına saygı hakkı* başlığını taşıyan 8. maddesinde, “herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir” hükmünü getirmiştir. “Madde 8 çerçevesinde korunan kişisel alanın önemli bir parçasını bireyin cinsel hayatı oluşturmaktadır. Cinsel hayat; cinsel yönelim, transeksüalizmin ve sonuçlarının tanınmaması ya da sınırlı tanınması, çeşitli cinsel ilişki yasakları ve kürtaj yasağı gibi görünümlere sahiptir. Bireyin başta cinsel yönelimi olmak üzere, cinsel hayatı onun cinsel kimliğini oluşturmaktadır ve bu kimliğe ilişkin herhangi bir düzenleme, kural olarak, AİHS madde 8’e bir müdahale teşkil edecektir.”<sup>57</sup>

Medeni Kanun’un bu konuyu düzenleyen 40. maddesi şöyledir:

*“Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transeksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve “üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu”<sup>58</sup> bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır.*

*Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.”*

Cinsiyet geçiş sürecini başlatmak isteyen kişinin, önce mahkemeden<sup>59</sup> izin alması gerekir. Mahkeme, başvurandan, transeksüel yapıda oluşunu ve cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu bulunduğunu belirten resmi sağlık kurulu raporu ile belgelemesini ister. Mahkeme açısından asıl önem arz eden, eğitim ve araştırma hastanesi tarafından verilen resmi sağlık kurulu raporu olacaktır. Mahkemeden cinsiyet değişikliğine ilişkin izin kararı alındıktan sonra ameliyat olunabilir. Cinsiyet geçiş ameliyatı olduktan sonra,

<sup>57</sup> Gülay Arslan Öncü, *Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, Beta, İstanbul, 2011, s.206

<sup>58</sup> Anayasa Mahkemesi tarafından somut norm denetimi yoluyla iptal edilmiştir.

<sup>59</sup> Burada kastedilen mahkeme özel kanun gereği asliye hukuk mahkemesidir. Özel kanun nedeniyle (**Nüfus Hizmetleri Kanununun 36. maddesi 1/a**) davacının talebi çekişmesiz yargı işi olarak görülemeyeceği Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25. 12. 2013 gün ve 2013/18-464 E., 2013/1698 K. sayılı ilamıyla da benimsenmiş olup, bu sebeple uyuşmazlığın **asliye hukuk** mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir.

isim tashihi ve/veya cinsiyet değişikliği nedeniyle nüfus kaydının düzeltilmesi davası açılması gerekir. Bu dava, kimliğin renginin değişmesi ve nüfus sicilindeki cinsiyetin “erkek” ya da “kadın” olarak görülmesiyle ilgilidir. Eğer yurtdışında ameliyat olunmuş ise, doğrudan Asliye Hukuk Mahkemesinde ‘Cinsiyet Değişikliği Nedeniyle Nüfus Kaydının Düzeltilmesi Davası’ açılabilir. Kesinleşmiş karar ile birlikte Basın İlan Kurumu aracılığıyla gazeteye ilan verilir ve bürokratik işlemlerden sonra İlçe Nüfus Müdürlüğü’nden yeni kimlik alınır.<sup>60</sup>

Türk ulusal mevzuatında cinsiyet geçişi ve tanınması yukarıda özetlendiği gibidir. Bu süreçte, gerek Medeni Kanun’un aradığı şartlar ve hastanelerin “ahlaki” nedenlerle ameliyatı yapmaya yanaşmaması,<sup>61</sup> gerekse kamu görevlilerin ön yargıdan kaynaklanan ayrımcı tutumları<sup>62</sup> nedeniyle transseksüeller en dezavantajlı kesimlerden birini oluşturmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin transseksüel bireylerin durumuna ilişkin kararları, Avrupa Konseyi’nin diğer organlarının konuya ilişkin görüşleri ve insan hakları örgütlerinin çalışmaları ve talepleri bilimsel sosyal siyasal gelişmelerle birlikte değerlendirildiğinde cinsiyet geçiş süreci için 40. maddede öngörülen şartlar transseksüel bireylerin hak ve özgürlüklerini ihlal etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında cinsiyet geçiş sürecini bireysel kendi kaderini tayin hakkının pozitif dayanağı olan ‘özel hayatın gizliliği’ kapsamında değerlendirmiş ve transseksüelliğin tartışmasız bir biçimde ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddenin koruması altında olduğunu vurgulamıştır.<sup>63</sup>

Anayasamızın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesi<sup>64</sup> cinsiyeti dil, ırk, renk, mezhep gibi ayrımcılık yapılamayacak toplumsal kategorilerden biri

<sup>60</sup> <http://www.spod.org.tr/docs/SPoD-cinsiyet-gecis-sureci.pdf> (Erişim Tarihi: 21.12.2017)

<sup>61</sup> [http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/saglik/751942/Homofobik\\_karar.html](http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/saglik/751942/Homofobik_karar.html) (Erişim Tarihi: 21.12.2017)

<sup>62</sup> <http://t24.com.tr/haber/trans-hastayi-tedavi-etmeyen-ayrimci-doktora-ceza,326897> (Erişim Tarihi:21.12.2017) Genel Cerrahi Ünitesi’nde bir kadın, transfobik bir jinekolog tarafından “durumu tasvip edilmediği” gerekçesiyle reddedildi.

<sup>63</sup> AİHM, 2002 yılına kadar, önüne gelen davalarda, transseksüellerin yeni cinsel kimliklerinin tanınması hakkını madde 8 kapsamında görmemiştir. Mahkeme, *Christine Goodwin / UK* kararıyla birlikte, transseksüellerin yeni cinsiyetlerinin hukukun tam olarak tanınması gerektiği sonucuna varmıştır. “Mahkeme, yirmi birinci yüzyılda transseksüellerin kişisel gelişimi ile fiziksel ve zihinsel güvenliğinin zamanın geçmesi ile netleşecek bir uyumsuzluk konusu olarak değerlendiremeyeceğini belirterek transseksüellerin arada kalmış durumlarının artık sürdürülemeyeceğini vurgulamıştır. Mahkeme, büyük kişisel bedel karşılığı seçtikleri cinsel kimliklerine göre onur içinde yaşamalarına toplumun tolerans göstermesinin beklendiğini ifade etmiştir.” Öncü, s.218

<sup>64</sup> “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.”  
YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)

olarak saymıştır. Bizim katıldığımız görüşe göre, transseksüelleri güvence altına almak için 10. maddeye ‘cinsiyet kimliği’ ibaresinin eklenmesine gerek yoktur. *Cinsiyet* ifadesi zaten cinsel kimliği, cinsel yönelimi ve tercihi kapsar.<sup>65</sup> Cinsiyetin geniş değil, olağan yorumu bile bu kapsayışı zorunlu kılar. Cinsiyetten yalnızca geleneksel olarak toplumsal cinsiyet rolleriyle uyumlu “biyolojik” kadın ve erkeğin anlaşılması, iki kutuplu heteronormatif sistemin dayattığı düzenin mutlak doğru olduğu varsayımı ile sonuçlanır. Ayrıca, maddede geçen “*ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin*” ifadesi de eşitlik ilkesinin dinamik kalmasını sağlar. Bu ifade ile anayasa koyucu, sosyal-siyasal yaşamın değiştiğinden hareketle gelecekte ayrımcılığa sebep olabilecek başka bir toplumsal kategori doğarsa, bunun 10. madde kapsamında yorumlanabilmesini istemiştir. Ne yazık ki, hayatın gerçeği ile normatif düzlemde hedeflenen eşitlik prensibi örtüşmemektedir. Bu nedenle, sivil toplum örgütlerinin haklı ve ısrarlı bir biçimde talep ettiği<sup>66</sup> *cinsiyet kimliği* ve *cinsel yönelim* ifadelerinin Anayasa’ya ve kanunlara geçmesi bireyin onurunun ve özerkliğinin korunduğu demokratik, çoğulcu-özgürlükçü bir toplum için hayattır.

### 3) AİHM Kararları Çerçevesinde Cinsiyet Geçiş Süreci

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Y.Y/Türkiye* kararında,<sup>67</sup> transseksüel bir başvurana cinsiyet geçiş ameliyatı için izin vermeyen Türk kamu makamlarının özel hayatın gizliliği hakkını ihlal edip etmediğini incelemiştir. Dışilden erile transseksüel olan başvuran, cinsiyet geçiş ameliyatına izin verilmesi amacıyla 30 Eylül 2005 tarihinde Mersin Asliye Hukuk Mahkemesi’ne (AHM) başvurmuştur. Mahkeme, diğer şartlarla birlikte başvuranın üreme yeteneğine sahip olup olmadığına ilişkin hastaneden bilgi talep etmiştir. Başvurayı muayene eden görevli iki doktor, başvuranın üreme yetisi olduğu sonucuna varmıştır. AHM, sürekli biçimde üreme yetisinden yoksun bulunmadığı, dolayısıyla talebin Medeni Kanun’un 40. maddesindeki şartlardan birini sağlamadığı gerekçesiyle cinsiyet geçiş ameliyatına izin talebini 27.06.2006 tarihinde reddetmiştir. Başvuran, temyiz başvurusunda, üreme yeteneğinin olmasının kendisini ‘erkek gibi’ hissetmesini engellemediğini, doğasına bağlı kontrol edemediği bir durumun bulunduğunu

<sup>65</sup> ‘Cinsel tercih’ dürtünün dönük olduğu cinsiyetin değişebileceğini ifade ettiği için haklı olarak pek kullanılmak istenmese de arzunun dalgalı ve akışkan olduğu, kimliklerin üzerinde ve ötesinde parçalı bir yapıya sahip olduğu, arzunun cinslere dayanarak tarifelenmesinin (söz gelimi karşı cinsel, eşcinsel) arzunun özgürleşmesini engellediği yönünde görüşler de mevcuttur.

<sup>66</sup>

<https://lgbtnewsturkey.files.wordpress.com/2014/11/epi-lgbt.pdf>;

<http://kaosgl.org/sayfa.php?id=12805> (Erişim Tarihi 10.12.2017)

<sup>67</sup> AİHM Y.Y / Türkiye, Başvuru no: (14793/08), 10.03.2015

ileri sürmüştür. Cinsiyet değiştirme ameliyatına başvurmadan önce evlenen ve hatta çocuk sahibi olan transseksüel insanların varlığını örnek göstermiştir.<sup>68</sup> Ancak Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararını onamış, karar düzeltme talebini de 18.10.2007 tarihinde reddetmiştir.<sup>69</sup>

AİHM’deki başvurunun hükümete tebliğ edilmesinden sonra, başvuran 05.03.2013 tarihinde cinsiyet geçiş ameliyatı için yeniden mahkemeye izin talebiyle başvurmuştur. Başvuranın iddialarına göre kendisi bu süreçte hormon ilaçları kullanmış, ‘hissettiği kimliğin fiziki görünümüne uygun’ olmak için tehlikeli yollara başvurmuş, çeşitli yerlerde kimlik ibraz etmesi gerektiğinde dış görünüşüyle kimlik belgesindeki cinsiyeti arasında ‘farklılık’ olması sebebiyle küçültücü ve aşağılayıcı muamelelere maruz kalmıştır. Hastane yine üreme yeteneğinden yoksun olmadığı yönünde rapor verse de, bu defa Mersin AHM 21.05.2013 tarihinde başvuranın talebini haklı bulmuş ve ameliyatın gerçekleşmesi için izin vermiş ve bu karar kesinleşmiştir.<sup>70</sup>

AİHM tarafların iddialarını tartıp karar vermeden önce, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi, Parlamenterler Meclisi, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri gibi konseyin diğer organlarının kararlarını ve konseye üye devletlerdeki cinsiyet geçişine ilişkin mevzuatı gözden geçirmiştir. Sözleşmenin yaşayan bir belge olduğuna inanan AİHM, hak ve özgürlüklerin “*bugünkü hayat şartları ışığında*” değerlendirilmesi gerektiği kanısındadır.<sup>71</sup>

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, tavsiye kararının ekinde, üye devletleri cinsiyet geçişi için kısırlaştırma, hormon tedavisi, uzun süre yaşama kabiliyeti kanıtı gibi prosedürleri gözden geçirme ve orantısız şartları kaldırmaya davet etmiştir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Tavsiye Kararında, cinsiyet geçiş ameliyatı, kısırlaştırma ve hormon tedavisi dâhil olmak üzere tıbbi yükümlülükler olmaksızın bireyin tercih ettiği cinsiyete dair kimliğin verilmesini uygun görmüştür. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri de, cinsiyet kimliğinin tanınması için yasal gerekçe yapılan kısırlaştırma ve diğer zorunlu tıbbi tedavilerin bireyin esenliğine ve özerkliğine zarar verdiği gerekçesiyle kaldırılmasını istemiştir. Ayrıca, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komiseri, cinsiyet değiştirmenin yasal olarak tanınmasını kolaylaştıran yasaların kabul edilmesinden memnuniyet duyacağını kaydetmiştir. Avusturya, Hırvatistan, Birleşik Krallık ve Portekiz gibi Avrupa Konseyine üye bazı devletlerde cinsiyet geçişinin tanınması için

<sup>68</sup> *Hamalainen/Finlandiya* (37359/09) ve *Christine Goodwin/Birleşik Krallık* (28957/95) davalarına konu olan başvurular evli ve çocukludur.

<sup>69</sup> AİHM Y.Y/Türkiye, para.19-21

<sup>70</sup> AİHM Y.Y/Türkiye, para.22-25

<sup>71</sup> AİHM Y.Y/Türkiye, para.104

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

cerrahi operasyon, hormon tedavisi ve sterilizasyon şart değildir. Söz konusu davada cinsiyet geçiş ameliyatı için aranan şartların 8. maddeye uygunluğu ele alınmaktadır.<sup>72</sup>

Başvurana göre, gerçekten çok az transseksüel üreme yeteneğinden yoksun bulunmaktadır. Kanun deneme sürecine, hormon tedavisine dair hiçbir hususu belirtmeden yalnızca cerrahi operasyona verilecek izni esas almıştır. 40. madde transseksüellerin hiçbir ihtiyacını karşılamamaktadır. Başvuran yıllardır toplumsal olarak erkek duruşu ve görüntüsü ile yaşamakta, uzun süredir zaten cinsiyet geçiş sürecinde bulunmaktadır. Yerel mahkeme ameliyat iznini reddederek başvurunu, kendisini kabul ettiği cinsel kimlik ile biyolojik gerçeklik arasında meydana gelen uyumsuzluğu çözme fırsatından yoksun kılmıştır.<sup>73</sup>

Hükümet 8. maddenin kendisine getirdiği pozitif yükümlülükler gereğince cinsiyet geçiş ameliyatı geçirmiş trans kişilerin yeni kimliklerini ve bu durumdan doğacak sonuçları tanıdığını bildirmiştir. Ancak başvuran henüz ameliyat için izin alamamış bir başvurandır. Hükümet cinsiyet geçiş ameliyatının ciddiyeti, geri dönüşü olmaması, bu cerrahi müdahalelerin suiistimal edilmesi, fuhuş ve sapkınlıklar<sup>74</sup> ve bu türden müdahalelerin sıradanlaşmasının önlenmesi gibi gerekçelerle cinsiyet geçişi konusunun düzenlenmesi ve ameliyat öncesi gerekliliklerin tespiti için devlete geniş bir takdir yetkisi bırakılması gerektiğini savunmuştur. Hükümet, 8. maddenin kendisine getirdiği pozitif yükümlülükler gereğince cinsiyet geçiş ameliyatı geçirmiş trans kişilerin yeni kimliklerini ve bu durumdan doğacak sonuçları tanıdığına hükmetmiştir. Ayrıca, Hükümet'e göre, başvuranın cinsiyet geçiş ameliyatına erişmesi için sterilizasyona tabi tutulması ve hormon tedavisi zorunlu değildir.<sup>75</sup>

AİHM ise, biyolojik olarak üreme yetisi olan transseksüellerin 'sürekli üreme yeteneğinden yoksunluk' şartını nasıl yerine getireceğini anlayamamaktadır. Mahkeme, hükümetin gerekçelerinin 8. maddenin 2. fıkrasındaki sınırlama sebeplerinden biriyle uyumlu olmadığı kanısındadır. Mahkemenin yerleşik içtihadı, hakkın sınırlanması için zorunlu bir sosyal ihtiyacın varlığını gerekli kılar. Devletin takdir hakkına ilişkin olarak mahkeme, bir bireyin kimliği ya da varoluşuyla ilgili bir durum söz konusu

<sup>72</sup> AİHM Y.Y/Türkiye, para.29-42

<sup>73</sup> AİHM Y.Y/Türkiye, para.81-87

<sup>74</sup> Selin Berghan'ın mülakat yaptığı seks işçisi transseksüellerden birisi müşterilerin penisli bir beden istediği gerekçesiyle ameliyat olmak istemediğini söyledi. Hükümetin fuhuşu önlemek için cinsiyet geçiş ameliyatı için izin alınmasını zorlaştırması anlamsızdır. Bkz. Berghan s.38

<sup>75</sup> AİHM Y.Y/Türkiye para. 91

ise, devletlerin takdir hakkının son derece sınırlı olduğu kanısındadır. Mahkeme, somut olayda, cinsiyet geçiş fiziki sürecine tabi tutulmanın öncesinde neden üreme yeteneğinden yoksun olunması gerektiğini anlamlandıramamıştır. Sonuç olarak Mahkeme, oybirliği ile Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

Son olarak, *Y.Y/Türkiye* kararına ilişkin belirtmek gerekir ki, Türkiye, örtülü bir şekilde transseksüeller arasında sınıf farkı temelinde ayrımcılık yaptığını itiraf etmiştir. Hükümet, başvuranın tezlerine karşı yaptığı savunmasında, yurtdışında ameliyat olmuş transseksüellerin yasal cinsiyet tanınması taleplerini gerçekleştirdiği söylemiştir. (Christine Goodwin kararı gereği zaten yeni cinsel kimliğini tanınması gerekiyor) Bu durumun yurtdışına çıkıp ameliyat olacak ekonomik güçten yoksun transseksüel bireyler için Türkiye'deki kanunun değişmesini beklemek anlamına geldiğini hiç nazara almamıştır. Zira yeterli ekonomik olanağa sahip transseksüel bireyler yurtdışında süreci tamamlayıp, Türkiye'de yeni cinsiyetini tanıyan kimliği alabiliyordu.<sup>76</sup>

AİHM cinsiyetin tanınması ile ilgili *A.P, Garçon ve Nicot/France* kararındaysa, yine fiziksel bütünlük ve cinsel kimlik söz konusu ise devletlerin takdir hakkının sınırlı olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, kişinin iradesi hilafına cinsiyetin tanınması için kısırlaştırma veya operasyon geçirme zorunluluğunu fiziksel bütünlüğe saygı hakkını ortadan kaldırdığına, fiziksel görünümün döndürülemez bir biçimde değiştirilmesi şartının devletin 8. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüğünün ihlali anlamına geldiğini saptamıştır. Fransa tarafından cinsiyet geçişi için dayatılan cinsel kimlik 'bozukluğu' yaşama ve cinsiyetinden elem duyma gibi şartların, özel hayatın çekirdek alanı olan cinsel kimlik söz konusu olsa da, devletin pozitif yükümlülüğüne aykırı olmadığını kaydetmiştir.<sup>77</sup>

Bu kararlar birlikte, iç hukukta cinsiyet geçiş ameliyatına izin vermek için kanunun aradığı ve zorunlu kısırlaştırmaya sebep olan 'üreme yeteneğinden yoksunluk' şartının değişmesi gerekir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi bu şartı Anayasa'ya aykırı bularak iptal etti ancak 40. maddenin ikinci fıkrasındaki cinsiyetin yasal tanınması için cinsiyet geçiş ameliyatı olma şartının iptal istemini ise reddetti. Oysaki, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi yasal cinsiyet tanınması için ameliyatın şart koşulmaması gerektiğini belirtmişti. AYM bu kararlar transseksüeller için hak ihlali oluşturan şartı iptal ederek olumlu ama yetersiz bir adım atmıştır. İkinci fıkranın da iptali gerekirdi.

<sup>76</sup> AİHM *Y.Y/Türkiye*, para.88-90

<sup>77</sup> AİHM *A.P, Garçon ve Nicot/France* (başvuru no:79885/12, 52471/13, 52596/13) , Basın Özeti; [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"fulltext":\["79885/12"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{) (Erişim Tarihi: 21.12.2017)

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*



Mahkeme, kimlikteki cinsiyet ile kişinin fizyolojik durumunun ‘örtüşmesi’ gerektiğini düşünmekte, kadın ve erkek ‘cinsiyetini’ penis veya vajinaya sahip olmak gibi sabit bir kategoriye indirgemekte, cinsiyetin bedende değil, beyanda olabileceğini kabul edememektedir.

Oysa AİHM kararı çerçevesinde değinilen, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği himayesinde yayımlanan Avrupa’da Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcılık ve Cinsiyet Kimliği adlı rapor, yasal cinsiyetin tanınması için cerrahi müdahale şartını reddetmektedir. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği ise, cinsiyet tanınmasını kolaylaştıran yasaların kabul edilmesinden memnuniyet duyacağını belirtmişti. Bu gelişmeler ışığında, AYM’nin çağdaş insan hakları hukukunun geldiği noktayı yakaladığını söyleyemeyiz.

Cinsiyet değiştirme ameliyatı olabilmek için Medeni Kanununun 40. maddesinin aradığı bir diğer unsur olan *evli olmama şartı* da eleştiriye açıktır. Kanunun gerekçesi bu şartı ‘kutsal’ aile kurumuna başvurarak açıklamakta, ‘ahlaki’ terslikleri engellemekten bahsetmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Rees/United Kingdom* (başvuru no: 9532/81), *Cossey/United Kingdom* (başvuru no: 10843/84) ve *Sheffield and Horsham/Birleşik Krallık* (22985/93, 23390/94) kararlarında, evliliği geleneksel evlilik olarak kabul etmiş ancak biyolojik kadın ve erkeğin evlenebileceğini saptamıştır. Devletlerin evlenme hakkının kullanılmasında cinsiyeti saptarken biyolojik kriteri referans almasının hakkın özünün sınırlanması anlamına gelmeyeceğini kaydetmiştir. Ancak, *Sheffield and Horsham/Birleşik Krallık* davasının karşı oy yazısında, iki yargıç, evlenmede biyolojik kriterle hareket edilmesinin transseksüellerin evlenme hakkını kullanamaz hale getirdiğini, sözleşmenin 17. maddesine atfen devletin sözleşmede öngörülen bir hakkın özünü sınırlandıramayacağını, devletlerin takdir marjının ancak ulusal mevzuatların transseksüel bireylere evlilik özelinde bir çözüm sunarken yöntem ve şartlar bakımından farklılaşmasına sebebiyet vereceğini söyleyerek 12. maddenin ihlal edildiğini kaydetmiştir.<sup>78</sup>

*Cossey* davasının muhalefet şerhinde, yargıçlar erilden dişile bir transseksüel olan başvuranın durumunu değerlendirirken çoğunluk görüşünün transseksüel başvuranın evlenme hakkına ilişkin ‘biyolojik kriter’ olmak üzere tek bir argümanı olduğunu saptamıştır. Muhalif yargıca göre, başvuranın bir erkekle evlenmesinin önündeki engel biyolojik olarak kadın doğması olamaz. Çünkü başvuran tıbbi operasyondan sonra erkek olarak kabul edilemez, bu durumda tek insani çözüm başvuranın kadın cinsiyetinden olduğuna ilişkin hissiyatına, geçirdiği ameliyata saygı duymak ve sosyal

<sup>78</sup> AİHM *Sheffield ve Horsham/Birleşik Krallık*, Başvuru no: (22985/93, 23390/94), 30.07.1998

olarak gördüğü onaya paralel bir şekilde fizyolojik olarak da kadın cinsiyetinden olduğunu kabul etmektir. Sonuç olarak, başvuranın kadın cinsiyeti hukuken tanınmadığı için erkeklerle evlenmesi mümkün değildir, doğumda atanmış cinsiyetine göre karşı cins olan kadın cinsiyeti ile yapacağı evlilik ise meşru olmayacağı için başvuranın evlenme hakkı ve özel hayata saygı gösterilmesi hakkı ihlal edilmiştir.<sup>79</sup> Ancak çoğunluk görüşü geçerli olduğundan, AİHM'ye göre, bu üç davada ne 12. madde ne de 8. madde ihlal edilmiştir.

AİHM, ilk kez *Christine Goodwin* kararıyla, Birleşik Krallığı ameliyat geçirmiş (post-operative) transseksüelin cinsiyetinin yasal tanınmasını gerçekleştirmediği için 8. maddeyi ihlal ettiği gerekçesiyle mahkûm etmiştir. Erilden dişile bir transseksüel olan başvuran, kadınlar için geçerli emeklilik yaşında (60) emekli olamamış, 65 yaşına kadar sigorta payı ödemiş, benzer şekilde ücretsiz ulaşım imkânı için erkekler için öngörülen yaşı beklemek zorunda kalmış, sosyal güvenlik kayıtlarında erkek gözüktüğü için işten çıkarılmış ve 200 pound parası çalındığında erkek kimliği ortaya çıkacak endişesi ile şikâyetçi olamamıştır. Her bir hakkını kullanmak durumunda kaldığında geçmişini ifşa etmek zorunda kalmıştır. Mahkeme, transseksüelin cinsiyetinin yasal olarak tanınmasının kamu düzeni ve başkalarının hak ve özgürlükleri bakımından somut bir zarar doğurmayacağını saptamış ve bireyin onurlu bir yaşam sürmesi için devletin yeni cinsiyeti hukuken tanıma zahmetini tolere etmesi gerektiğini düşünmüştür. Sonuç olarak, Birleşik Krallık 8.,maddeyi ihlal etmiştir.<sup>80</sup>

Bu davada, 12. maddenin ihlali iddiasına ilişkin olarak, Mahkeme, transseksüellik gibi geleneksel evlilik kurumunun da büyük değişimlerden geçtiğinin farkında olduğunu bildirmiş, evlenme hakkının ulusal hukukta doğumla atanmış biyolojik cinsiyet esas alınarak yorumlanmasının hak ihlali oluşturduğuna, hiçbir gerekçeyle transseksüellerin evlenme hakkının engellenemeyeceğine hükmetmiştir. Sonuç olarak, 12. madde ihlal edilmiştir.<sup>81</sup> AİHM'ye göre, transseksüellerin yeni cinsiyet kimliğine göre karşı cins ile evlenmesi mümkündür.

Mahkeme, *Hamalainen/Finlandiya* (37359/09) kararında, hem evli kalmak isteyen hem de yeni cinsiyetinin tanınmasını isteyen bir transseksüelin durumunu incelemiştir. Başvuran erilden dişile bir transseksüeldir. Bu durumla baş etmeye karar vermiş, bir kadınla evlenmiş ve bir çocuk sahibi olmuştur. Daha sonra cinsiyet geçiş ameliyatı geçirmiş,

<sup>79</sup> AİHM *Cossey/Birleşik Krallık*, Başvuru no: (10843/84), 27.09.1990, Palm, Foighel and Pekkanen 'in ayrık görüşü

<sup>80</sup> AİHM *Cristine Goodwin/Birleşik Krallık*, Başvuru no: (28957/95), 11.07.2002

<sup>81</sup> AİHM *Cristine Goodwin/Birleşik Krallık*, para. 97-104

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

ismini değiştirmiş ancak kimlik numarasını değiştirememiştir. Kimlik numarası halen erkek olduğunu göstermektedir. Başvuranın cinsiyetinin yerel makamlar tarafından kadın olarak tanınması talebi reddedilmiştir. Çünkü Finlandiya’da mevzuat hemcins evliliğe izin vermemekte ancak kayıtlı birlikteliğe müsaade etmektedir. Trans başvuranın karısının rızasıyla evlilik kayıtlı birlikteliğe dönüştürülebilmektedir. Tam tersi bir şekilde, kayıtlı birliktelikten yararlanan hemcins çiftlerden biri cinsiyet değiştirmiş olsa diğer eşin rızasıyla kayıtlı birliktelik evliliğe dönüşebilmektedir. Ancak somut olayda, her ikisi de dini inançları gereği boşanmak veya birlikteliklerinin statüsünü değiştirmek istememektedir. Kayıtlı birliktelik ile evlilik benzer olsa da, kayıtlı birliktelik evliliğin sağladığı tüm güvenceleri sağlamamaktadır. Kayıtlı birliktelikte kadın eş doğum yaptığı zaman, evlilikte olduğu gibi her iki ebeveyn de otomatik olarak ebeveyn olamamaktadır. Ayrıca, ebeveynlerden birisi çocuğun biyolojik ebeveyni değilse evlat edinmek de mümkün değildir. Başvurucu ve ailesi kayıtlı birlikteliğe girmeyi kabul ederlerse, önemsiz olmayan bu haklarını kaybedeceklerdir. Hükümete göre ise, başvuran evliliğin sembolik önemine dayanmıştır. Evlilik kayıtlı birlikteliğe dönüşse de kişinin ebeveyn olma vasfı devam etmekte, çocuğu üzerindeki hak ve yükümlülükleri kaybolmamaktadır. Sorun, devletin 8. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüğünün başvurucunun hem evli kalmasına hem de yeni cinsiyetinin tanınmasına izin verilmesini kapsayıp kapsamadığıdır. AİHM, *Schalk ve Kopf/Avusturya* (30141/04) kararında hemcins birlikteliği de aile olarak tanımlamasına rağmen 12. maddenin 8. ve 14. maddelerle birlikte değerlendirilmesinin devletlere hemcins evliliği yasalaştırmak gibi bir yükümlülük gerektirmediğini kaydetmiştir.<sup>82</sup>

Mahkeme, *Hamalainen* kararında, bu içtihadından dönmesini gerektirecek bir durum olmadığı kanısındadır.<sup>83</sup> Hemcins evliliklerin yasalaşmasına dair Avrupa’da genel bir uzlaşmanın yokluğunu ve meselenin etik değerleri ilgilendirmesini göz önüne alarak devletin takdir payının geniş olduğunu vurgulamıştır. Başvuranın kadın cinsiyetinden olduğunun tanınması için ya boşanmak ya da diğer eşin rızası ile evliliği kayıtlı birliktelik statüsüne dönüştürmek gerekmektedir. AİHM, bu şartların orantısız olmadığını saptamıştır. Sonuç olarak, mahkeme, oy çokluğu ile 8. maddenin ihlal edilmediğine, 12. maddenin ise incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir.<sup>84</sup>

<sup>82</sup>AİHM *Hamalainen/Finlandiya*, para.1-71

<sup>83</sup>Aynı karar, para.74

<sup>84</sup>Aynı karar, para.69-89, 107-113

Kanımızca, *Hamalianen/Finlandiya* kararında mahkemenin ulaştığı sonuç, aynı cinsten çiftler ile karşı cins çiftler arasında ayrımcılık oluşturur. Çünkü evlilik - kayıtlı birliktelik dönüşümünde, hemcins çiftlerden birinin cinsiyet değiştirmesiyle, birliktelik eşin rızası ile daha güvenceli bir statüye (evliliğe) dönüşmektedir. Karşı cins çiftlerden biri cinsiyetini değiştirdiğinde ise, evliliğin eşin rızası ile daha az güvenceli olan kayıtlı birlikteliğe dönüşmesi söz konusu olmaktadır.

Muhalif yargıçlar karşı oy yazısında, mahkemenin politik kaygılarla devletin yerine getirmesi gereken pozitif ve negatif yükümlülükleri arasında bir sınır çizmekten bilinçli bir biçimde kaçındığını saptamıştır.<sup>85</sup> Azınlık görüşüne göre, devlet, başvuranın cinsiyet tanınma talebini reddederek, pozitif değil negatif yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Konuya ilişkin Avrupa'daki genel bir uzlaşının olup olmaması, devletlerin takdir yetkisini saptarken başvurulacak kriterlerden yalnızca biridir. Bir bireyin kimliği ve varoluşu söz konusu olduğu için, devletin takdir yetkisi son derece kısıtlıdır. Sözleşmedeki bir hakkın ayrıca önem taşıyan bir yönü söz konusu ise, mahkemenin çok sıkı bir inceleme yapması gerekir. Avrupa'da genel bir uzlaşının yokluğu, devletin sınırlı olan takdir yetkisini genişletemez. *Christine Goodwin* kararında saptadığımız gibi, sözleşmeciler devletlerin mevzuatları ve sistemleri çeşitlilik arz etse de, uluslararası alanda transseksüellerin cinsiyet tanınmasına ve sosyal kabulüne ilişkin artan bir eğilim vardır. Genel uzlaşma kriteri ötelenmelidir.<sup>86</sup>

Tüm bunlara binaen muhalif kalan yargıçlar, çoğunluk görüşünü, transseksüel başvuruları kadın cinsiyetinin tanınması ile evliliğini sürdürmek arasında iki haktan birini tercih etmeye zorladığı için eleştirmiş, mahkemenin başvuran ve eşinin derin dinsel inançlarını hesaba katmadığını vurgulamıştır. Zira, çift inançları gereği boşanmamakta, evliliğin hayat boyu süreceğine inanmaktadır. Evliliği medeni birlikteliğe dönüştürmek inançlarına aykırı olacaktır.<sup>87</sup>

Bir diğer husus, ahlaki kaygıların bir hakkı sınırlandırmak için yeterli gerekçe oluşturmayacağıdır. Uluslararası Af Örgütü, devletlerin haklara dair sahip olduğu belirli bir bakış açısının, o açıyı paylaşmayan kişilere dayatılmayacağını bildirmiştir. Trans başvuranın kadın cinsiyetinin tanınması ile birlikte evlilik bağı sürdürmesi başkalarının hak ve özgürlüklerini zedelemeyecektir. Başvuran ve eşi hali hazırda birlikte yaşamakta ve diğer insanların penceresinden hemcins çift görünümü sergilemektedir. O halde, yeni cinsiyetin tanınmasının kamuya nasıl bir ek

<sup>85</sup>Aynı karar, Ziemele'nin ayrık görüşü;

<sup>86</sup>Aynı karar, Sajo, Keller ve Lemmens'in ayrık görüşü, para.2-5

<sup>87</sup>Aynı görüş, 6.para

külfet getireceği belirsizdir.<sup>88</sup> Yargıçlar, Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin kararına atfen, ahlaki kaygıların devletin hâkim zihniyeti değiştirmek istememesinden ve 'farklı' cinsel kimlikleri ve yönelimleri kucaklamadaki isteksizliğinden kaynaklandığını vurgulamıştır.<sup>89</sup> 12. maddenin evliliğin salt kuruluş aşamasında değil sürdürülmesi aşamasında da geçerli olduğunu, taraflar evli kalmaya kararlıysa, eşlerden birinin cinsiyet geçiş ameliyatı olmasının evlilik bağının çözülmesi için haklı bir sebep oluşturmayacağını belirtmiştir.<sup>90</sup>

Bir başka husus, çocuklu bir transseksüelin evliliğinin herhangi bir şekilde son bulması halinde, çocuğun velayetinin kime verileceği tartışmasıdır. AİHM, *P.V/ İspanya*<sup>91</sup> kararında, trans bir ebeveynin çocuğuyla kişisel ilişki kurmasının kısıtlanmasını sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Mahkemeye göre, transseksüellik, tartışmasız bir biçimde ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. madde kapsamındadır. Trans ebeveynin çocuğuyla kişisel ilişki kurmasının kısıtlanması, onun duygusal ve psikolojik sorunlar yaşadığını belgeleyen uzman raporuna dayanmaktadır. AİHM, ulusal mahkemenin çocuğun yaşı gereği babasının sorunlarından etkilenme ihtimali olduğu savını haklı bulmuş ve 8. madde ile birlikte 14. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Velayet her iki eşe birden de verilebilir. Kanımızca, çocuğun üstün yararı gözetilmeli, ebeveyn ile çocuk arasındaki güçlü sevgi bağı esas alınmalıdır. Bir ebeveynin salt transseksüel olma halinden hareketle çocuğun velayeti diğer ebeveyne verilmemeli, çocukla kişisel ilişki kurma hakkı kısıtlanmamalıdır.

Danıştay, 1993 yılında verdiği bir kararında, erilden dişile bir transseksüel olan ve mahkemece cinsiyeti kadın olarak tashih edilerek nüfusa da tescil edilen davacının, emekli maaşı almakta iken ölen babasından kendisine yetim aylığı bağlanması için yaptığı başvurunun reddedilmesi üzerine, yasaların kadınlar için tanıdığı tüm haklardan yararlanması gerektiğine hükmetmiştir. Yüksek mahkeme yetim aylığının, davacının yetim aylığı için başvuruda bulunduğu tarihten itibaren ödenmesine karar vermiştir.<sup>92</sup>

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Konsey üyesi ülkelere, cinsiyet değiştirme prosedürlerinin trans kişiler için erişilebilir kılınmasını ve bu işlemlerin sağlık sigortası kapsamında devlet tarafından ödenmesinin

<sup>88</sup> Aynı görüş, 10-12.para

<sup>89</sup> Supreme Court of India, *National Legal Services Authority v. Union of India and Others*, WritPetition (Civil) No. 400 of 2012, judgment of 15 April 2014'nden aktaran aynı görüş, para. 13

<sup>90</sup> Aynı görüş, para.16

<sup>91</sup> AİHM *P.V/ İspanya*, Başvuru no: (35159/09), 30.11.2010

<sup>92</sup> Danıştay Kararı, 10.Daire 1992/4706, E.1993/5536, K.27.12.1993

güvence altına alınmasını tavsiye etmiştir.<sup>93</sup> Yukarıda sözü edilen Danıştay kararının uluslararası standartlara uyduğu söylenebilir.

#### IV -Sonuç

Cinsiyet geçişi için Medeni Kanun'un 40. maddesinde yer alan şartlar bireyin onuru ve özerkliğini zedeleyici niteliktedir. Özellikle, 'cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğu' son derece muğlak bir ifadedir. Bu şartın yerleşik toplumsal cinsiyet rollerini yeniden üreteceği kanısındayız. Çünkü transseksüel başvuran cinsiyet tanınma talebini kabul ettirebilmek için 'karşı cins' gibi giyinmek veya davranmak zorunda kalacaktır. Evli olmama şartı ile de kanun koyucu heteronormatif aile yapısını korumayı amaçlamıştır. Bu şartın evliliğin kuruluş aşamasında değil, sürdürülmesi sırasında uygulanışı bile sorunludur. *Hamalainen* kararına konu olayda görüldüğü gibi, evlilik birliğini korumak istemekle birlikte cinsiyet geçiş sürecine giren insanlar olabilmektedir. 40. maddenin ikinci fıkrasında geçen cinsiyet geçiş ameliyatı geçirmiş transseksüeller için nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılacağına ilişkin hüküm de özel hayata saygı hakkının ihlali niteliğindedir. Uluslararası eğilim, yasal cinsiyet tanınması için ameliyatın şart koşulmaması gerektiği yönündedir. Geleneksel aile kurumu ve yerel kültür, insan haklarının evrenselliği karşısında geri çekilmelidir.

İktidarın beden ve haz politikasının bir takım kimlikler, arzulanan erkeklikler ve kadınlıklar yarattığını, 'ideal' tipe uymayan var olma biçimlerini tıp aracılığıyla patolojikleştirdiğini, hukuk yoluyla cezalandırdığını, bu politikanın heteroseksüel olmayan hiçbir ögeye tahammülü olmadığını görüyoruz. Yine de hakkını vermek gerekir ki başta trans kimlikler olmak üzere tüm 'kenara itilmişler'in salt varoluşu bile ataerkil ve heteronormatif düzene başkaldırıdır. Trans kimlikler iki kutuplu cinsiyetçi düzenin doğal değil, ideolojik olduğunun göstergesidir. Öte yandan, çoğunlukla, trans erkeklerin sosyal kabulünün görece daha kolay olması, kadın cinsiyetini değersizleştiren ataerkil kültürün bir yansımasıdır. Eğer gerçekten de cinsiyetlere dair kavrayışımızın kendisi bir kültürel oluşum ise, kadınlık ve erkekliğin toplumsallaşma ile yaratıldığını kabul etmemiz gerekir. Bu muhakemenin mantıklı sonucu, cinsiyetin var olmadığıdır. Cinsiyet yoksa, cinsiyet geçişi de yoktur. 'Erkek' doğup 'kadın gibi' hissedene ya da 'kadın' doğup 'erkek gibi' hissedene bireyler için kullandığımız transseksüel kelimesi de, ikili sınıflandırmaya dayanan cinsiyetçi düzeni tüm bir toplumsal yaşamın merkezine alışımdan doğuyor. Devlet ve toplum, şekillendiremediği benliklere transseksüel diyor. Bu nedenle, yasada geçen

<sup>93</sup> Y.Y / Türkiye, para.31  
YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)

“transseksüel yapıda olma” ifadesi, hukukun daha doğduğumuz anda sahip olduğumuz organa göre üzerimize geleneksel cinsiyet rollerini yığdığını kanıtlıyor. ‘Erkek gibi’ ya da ‘kadın gibi’ hissetmekteki erkeğin ve kadının ne olduğundan emin değiliz. O halde, karşı cinse özgü addedilen kıyafetleri giymek istemenin veya herhangi bir bedenden romantik çekim alma halinin bizi erkek, kadın ya da başka bir şey yapmayacağı kanısındayız. Ancak bedenini bir hapisane olarak gören bireyler için sağlıklı, ücretsiz ve erişilebilir geçiş, cerrahi operasyon geçirmek istemeyenler içinse kendilerini tanımladığı cinsiyete uygun kimliği alma imkânı sağlanmalıdır. Tekrara düşmek pahasına da olsa hatırlatılmalıdır ki, eğer bir cinsiyet varsa, o bedende değil, beyandadır.

### KAYNAKÇA

- AKAL, Cemal Bali, *Siyasi İktidarın Cinsiyeti*, Dost Yayınları, Ankara, 2009
- BERGHAN, Selin, *Lubunya: Transseksüel Kimlik ve Beden*, Metis Yayınları, İstanbul, 2007
- BERGHAN, Selin, “Transfeminizm”, *Cogito Dergisi*, Yapı Kredi Yayınları, Sayı 65-66, Bahar 2011
- BERKTAY, Fatmagül, *Tarihin Cinsiyeti*, Metis Yayınları, İstanbul, 2015
- BORATAV, Hale Bolak / FİŞEK, Güler Okman / ZİYA, Hande Eslen, *Erkeklığın Türkiye Halleri*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017
- BUTLER, Judith, *Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi*, (Çev. Başak Ertür) Metis Yayınları, İstanbul, 2016
- CONNELL, Raewyn, *Toplumsal Cinsiyet ve İktidar*, (Çev. Cem Soydemir) Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017
- ÇAKIR, Serpil, *Erkek Kulübünde Siyaset: Kadın Parlamenterlerle Sözlü Tarih*, Versus Kitap, İstanbul, 2013
- DURUDOĞAN, Hülya, “Judith Butler ve Queer Etiği”, *Cogito Dergisi*, Sayı: 65-66, Bahar 2011
- ELLIOT, Patricia, *Debates in Transgender, Queer, and Feminist Theory*, Routledge, 2016
- GÜLTEKİN, Lerzan / GÜNEŞ, Gül / ERTUNG, Ceyan / ŞİMŞEK, Aslı (Editörler), *Toplumsal Cinsiyet Yansımaları*, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2013
- JAGOSE, Annamarie, *Queer Theory*, Melbourne University Press, 1996
- MARTIN, James I / YORKİN, D.R, *Transgender Identity*, Columbia University Press, 2006
- ÖNCÜ, Gülay Arslan, *Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, Beta, İstanbul, 2011
- ÖZKAZANÇ, Alev, *Feminizm ve Queer Kuram*, Dipnot Yayınları, Ankara, 2015
- PEKKAN, Birce, “Spor, Medya ve Arzulanan Erkeklikler”, *Kaos GL Dergisi*, Sayı: 153, Mart-Nisan 2017
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Toplum Sözleşmesi*, (Çev. Vedat Günyol) Kültür Yayınları, İstanbul, 2016
- SANCAR, Türkan, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013
- SAYGILIGİL, Feryal (Haz.), *Toplumsal Cinsiyet Tartışmaları*, Dipnot Yayınları, Ankara, 2016
- SPARGO, Thamsin, *Foucault and Queer Theory*, Icon Books, London, 2000
- STONE, Alison, *Feminist Felsefeye Giriş*, (Çev. Yonca Cingöz, Bilge Tanrısever) Otonom Yayıncılık, İstanbul 2016



### **Diğer Kaynaklar**

<https://tr.0wikipedia.org/index.php?q=aHR0cHM6Ly90ci53aWtpcGVkaWEub3JnL3dpa2kvQ2luc2l5ZXQjQ2luc2l5ZXRFa2ltbGkuQzQuOUZp> (Erişim Tarihi:09.12.2017)

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a109c6c012b41.82810298](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a109c6c012b41.82810298) (Erişim Tarihi:09.12.2017)

<https://tr.0wikipedia.org/index.php?q=aHR0cHM6Ly9lbi53aWtpcGVkaWEub3JnL3dpa2kvSGV0ZXJvbm9ybWF0aXZpdHk> (Erişim Tarihi:09.12.2017)

<https://link.springer.com/article/10.1007%2FBF02685553> (Erişim Tarihi:09.12.2017)

<http://kaosgl.org/sayfa.php?id=20901> (Erişim Tarihi: 09.12.2017)

<http://www.hurriyet.com.tr/transseksuellik-ne-bir-hastalik-ne-bir-tercih-ne-de-bir-heves-22719921> (Erişim Tarihi: 09.12.2017)

<https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2010/jun/02/brief-history-transgender-issues> (Erişim Tarihi: 09.12.2017)

<https://en.0wikipedia.org/index.php?q=aHR0cHM6Ly9lbi53aWtpcGVkaWEub3JnL3dpa2kvQ2luc2l5ZXQjQ2luc2l5ZXRFa2ltbGkuQzQuOUZp> (Erişim Tarihi:09.12.2017)

<http://lgbtweekly.com/2014/09/18/ipso-gender-a-third-term-for-intersex-people/> (Erişim Tarihi: 09.12.2017)

[http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/dunya/862253/Almanya\\_\\_ucuncu\\_cinsiyet\\_i\\_resmen\\_tanidi.html](http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/dunya/862253/Almanya__ucuncu_cinsiyet_i_resmen_tanidi.html) (Erişim Tarihi: 09.12.2017)

<http://t24.com.tr/haber/korkma-dinle-anla-sahika-hoca-transseksuelleri-anlatiyor,260612> (Erişim Tarihi: 09.12.2017)

<https://www.newstatesman.com/lifestyle/2014/02/i-dont-feel-i-match-my-gender-so-what-does-it-mean-be-called-cis> (Erişim Tarihi: 10.12.2017)

[http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/saglik/751942/Homofobik\\_karar.html](http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/saglik/751942/Homofobik_karar.html) (Erişim Tarihi: 21.12.2017)

<http://t24.com.tr/haber/trans-hastayi-tedavi-etmeyen-ayrimci-doktora-ceza,326897> (Erişim Tarihi:21.12.2017)

<https://lgbtnewsturkey.files.wordpress.com/2014/11/epi-lgbt.pdf> (Erişim Tarihi :21.12.2017)

<http://kaosgl.org/sayfa.php?id=12805> (Erişim Tarihi: 21.12.2017)

<http://www.spod.org.tr/docs/SPoD-cinsiyet-gecis-sureci.pdf> (Erişim Tarihi: 21.12.2017)

<https://bianet.org/kadin/lgbti/192050-aym-cinsiyet-gecisinde-uremeden-yoksun-olma-sartini-kaldirdi> ( Erişim Tarihi: 09.12.2017)

[https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"fulltext":\["79885/12"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{) (Erişim Tarihi: 21.12.2017)

<http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/yp10/> (Erişim Tarihi: 21.12.2017)

[http://www.stp2012.info/STP\\_Press\\_Release\\_October2017.pdf](http://www.stp2012.info/STP_Press_Release_October2017.pdf) (Erişim Tarihi: 21.12.2017)

<https://yesilgazete.org/blog/2013/03/14/herkes-icin-feminizm-herkesle-feminizm-alev-ozkazanc/> (Erişim Tarihi: 19.12.2017)

<https://oiieurope.org/malta-declaration/> (Erişim Tarihi: 21.12.2017)

# ROMA HUKUKUNDA SİGORTA

## (INSURANCE IN ROMAN LAW)

Prof.Dr. Diler Tamer\*

### ÖZET

Livius'un "*Ab Urbe Condita*" adlı eserindeki, zorunlu askeri ihtiyaçları karşılamak üzere gönderilen malların devlet tarafından güvence altına alınmasına ilişkin parçalar (XXIII.48,49 ve XXV.3) sigorta kavramının Roma'da bilindiğini göstermektedir. Metinler "prim"den söz edilmemekle beraber sigorta kavramının bilindiğini göstermesi bakımından önemlidir. "*Premium*" sözcüğü 17. yüzyılda ortaya çıkmış olmakla beraber, "*pretium periculi*"nin Roma'da risk bedelini ifade etmek için kullanıldığı kabul edilmektedir. *Sigorta güvencesi Roma'da başlangıçta stipulatio ile sağlanmıştır.* Deniz sigortasının kaynağı, klasik devirde *pecunia traiecticia*, Iustinianus devrinde *fenus nauticum* olarak bilinen ve deniz ticaretine katılan tüccara malları finanse edebilmesi için verilen ödünçtür.

*Anahtar Kelimeler:* Sigorta, riziko, prim, praemium periculi, fenus nauticum, pecunia traiecticia

### ABSTRACT

The parts (XXIII.48,49 and XXV.3) of the Livius Work "*Ab Urbe Condita*" are explaining the guarantee of the government for the shipping military goods. Although the work does not mention the premium, it is still important since it proves that the concept of insurance was known at that time. Though the word "*Premium*" was firstly used at the end of 17. century, "*pretium periculi*" is considered to used as price risk at Rome. Initially insurance was assured in Rome by *stipulate*. Resource of the maritime insurance was in the classical period *pecunia traiecticia* which was known as *fenus nauticum* at the Iustinianus's era.

*Keywords:* Insurance, premium, praemium periculi, fenus nauticum, pecunia traiecticia

Hayatta karşılaşılması muhtemel tehlikelerin (riziko) ekonomik sonuçlarını önceden giderebilmek için başkalarının malvarlığına başvurmak zorunlu görülmüş ve fertlerin hayatta bazı şartlar altında karşılaşacakları, zarar ve masrafa sebep olan olayların ekonomik sonuçlarından kendilerini

---

\* Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı / Yeditepe University Faculty of Law Department of Legal History

korumak için önceden tedbir alma ihtiyaçları sigorta fikrini ortaya çıkarmıştır.<sup>1</sup> Günümüzde, sigorta kavramından söz edilebilmesi için, rizikoya maruz kişilerin teşkil ettiği bir topluluğun, rizikonun, topluluğu teşkil eden kişilerin maruz buldukları rizikoların benzerliğinin, rizikonun gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkan ihtiyacın karşılanmasının, sigorta himayesinin bir karşılığa (prim) tabi olmasının ve sigorta ettirenin bu himayeyi elde edebilmek için talep hakkına sahip olmasının gerektiği kabul edilir.<sup>2</sup> Bu şekilde sigorta sözleşmesi bir tarafın diğer tarafın riskini üstlendiği bir anlaşmadır.<sup>3</sup>

Dünyada sigortacılığa benzer ilk uygulamalara günümüzden yaklaşık 4000 yıl önce Babil’de rastlanmaktadır. Zamanın ticaret merkezi durumundaki Babil’de, tüccarlara borç verenler, kervanların soyulması veya fidye ödeme durumuyla karşılaşmaları halinde tüccarların borçlarını silmekte, ancak borcu tüccarlardan geri alabildikleri takdirde, taşıdıkları riskin karşılığı olarak ana borç miktarı üzerinden bir miktar ilave para da almaktaydılar. Bu uygulamanın MÖ 1760’da düzenlenen Hammurabi Kanunlarına yansısıyla, haydutların saldırısına uğrayan kervanların zararlarının bütün diğer kervanlar arasında paylaşılması öngörülmüştür. Bu, tehlike paylaşımının kara taşımacılığındaki ilk örneğidir. Riski aktarma veya dağıtma konusunun Çinli tüccarlar tarafından M.Ö.3000’den beri düşünüldüğü, tehlikeli akarsularla seyahat eden tüccarların, tek bir geminin zarar görmesi durumunda kaybı yayabilmeleri için mallarını birden fazla gemiyle gönderdikleri de bilinmektedir. MÖ. 6.yy’da Hindu’lar sigorta özelliği taşıyan kredi anlaşmaları yapmaya başlamış, basit içerikli bu anlaşmalar, toplumlardaki sigorta düşüncesini geliştirerek, sigortacılıkta ilk adımların atılmasını sağlamıştır. Bu tür kredi anlaşmaları ortaçağda da gelişerek deniz ödücü ve nakliyat sigortalarının temelini oluşturmuştur.

Sigortaya benzer uygulamalar özellikle deniz ticaretinin geliştiği yerlerde görülmektedir. Kartacalılar, Romalılar ve Yunanlılar, geminin limana varamaması riskini üstlenerek, gemi salimen limana döndüğünde, hem verdikleri borç miktarını, hem de taşıdıkları riziko karşılığında faiz niteliğinde ilave pay alacaklarını kararlaştırarak ödünç vermekteydiler. Sigorta’nın Roma’da var olduğu hipotezini Livius’un “*Ab Urbe Condita*”

<sup>1</sup> Kender, R., *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, 2015, s.1

<sup>2</sup> (Gefahren Gemeinschafts Theorie-Tehlike İştiraki Teorisi), Kender, s.2 vd.

<sup>3</sup> Thomas,P.J., *Insurance in Roman Law: Martialis Epigrammaton III 52*, TSAR 2009-2, s.264 dip.3; Krückmann,P., “*Versicherungshaftung im römischen Recht*”, 1943 Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (ZSS), s. 1 vd.  
*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

eserindeki parçalar da (XXIII.48,49 ve XXV.3) desteklemektedir. İlk fragmanda Livius, Cannea savaşı sonrasında (MÖ216) Publius ve Gnaeus Scipio'nun Senatus'ta İspanya'daki başarılı kampanyalarından söz ederek, ordunun paraya, malzemeye ve yiyeceği ihtiyacı olduğunu belirtmeleri üzerine, Senatus'un Praetor'dan halk meclisini toplantıya çağırmasını ve İspanyadaki ordunun desteklenmesi için devlet işadamları ortaklığını teklif etmesini istediğini, kredinin, ancak devletin denizdeki tehlikelere ve korsan saldırılarına karşı onların kargoları için sigorta güvencesi sağlaması şartıyla sağlanabileceğinin teklif edildiğini anlatmaktadır<sup>4</sup>. Diğer metin ise birkaç yıl sonra Marcus Postumus ve Titus Pomponius Veientanus tarafından MÖ 212 senesinde gerçekleştirilen sigorta dolandırıcılığı ile ilgilidir. Devlet orduya gönderilecek kargoyu sigortalamış, ancak girişimciler İspanya'ya belirtilenden çok az değerinde bir yük ile hasarlı eski gemiler göndermiştir. Gemiler önceden belirlenen yerde battığında gemiciler küçük botlarla toplanmış ve malikler şişirilmiş taleplerde bulununca, 2 tribunus plebis halk meclisinde suçlulara 200000 as ceza verilmesini önermiştir.<sup>5</sup>

Metinler devlet tarafından zorunlu askeri ihtiyaçlar nedeniyle riskin üstlenilmesi ile ilgilidir. Burada prim ödenmesi söz konusu değildir ancak sigorta kavramının bilindiğini göstermesi bakımından önemlidir. Sigorta dolandırıcılığı için sigortanın varlığı ön koşuldur. Benzer şekilde Marcus

<sup>4</sup> Thomas, s. 271; Shelton, J-A., *As the Romans Did-A Sourcebook in Roman Social History*, 1997, s.142; XXIII.48.4-6,10-12... "*Exitu aestatis eius qua haec gesta perscripsimus litterae a P et Cn Scipionibus venerunt quantas quamque prosperas in Hispania res gessissent; sed pecuniam in ipendium vestimentaue et frumentum exercitui et sociis navalibus omnia deesse. Quod ad stipendium attineat, si aerarium inops sit, se aliquam rationem inituros quomodo ab Hispanis sumatur; cetera utique ab Roma mittenda esse, nec aliter aut exercitum aut provinciam teneri posse.*"

<sup>5</sup> Shelton, s. 143; XXV.3...*publicanus erat Postumius, qui multis annis parem fraude avaritiaue neminem in civitate habuerat praeter T Pomponium Veientanum, quem populantem temere agros in Lucanis ductu Hannonis priore anno ceperant Carthaginienses. hi, quia publicum periculum erat a vi tempestatis in iis quae portarentur ad exercitum et ementiti erant falsa naufragia et ea ipsa quae vera renuntiauerant fraude ipsorum facta erant, non casu. in veteres quassasque naves paucis et parvi pretii rebus impositis, cum mersissent eas in alto exceptis in praeparatas scaphas nautis, multiples fuisse merces ementiebantur. ea fraus indicata M Aemilio praetori priore anno fuerat ac per eum ad senatum delata nec tamen ullo senatus consulto notata, quia patres ordinem publicanorum in tali tempore offensum nolebant. populus severior vindex fraudis erat; excitatiue tandem duo tribuni plebis, Spet L Caruilii, cum rem invisam infamemque cernerent, ducentum milium aeris multam M Postumio dixerunt.*

Valerius *Martialis*'e (MS 41-104) ait metin sigortanın Roma'da bilindiği görüşünü desteklemektedir.<sup>6</sup>

Yunanlılar ve Romalılar, sağlık ve hayat sigortalarına benzer uygulamaları MS 6. yüzyılda başlatmışlardı. *Sodalitates*, *Collegia* ve benzeri topluluklar üyelerinin seyahat ve cenaze töreni-*funeraticium* masraflarına katkı sağlamış, bu fayda karşılığında da, topluluk üyelerinden düzenli katkı talep etmişlerdir.<sup>7</sup> Tüm bu örnekler, karşılıklı yardım kavramını etkilemiş ve orta çağda Avrupa ve İngiltere'de var olan lonca benzeri dernekler ortaya çıkmıştır. Bu dernekler, yangın, batık, hırsızlık, hastalık veya ölüm gibi tehlikelerin yol açtığı zarar durumunda üyelere veya bakmakla yükümlü oldukları kişilere yardım etmeyi amaçlamıştır. Üyelerin düzenli olarak yaptıkları yardım karşılığında, zora düşüklerinde yardım talep edebilmeleri yasal bir hak olarak kabul edildikten sonra, sigortaya yönelik gelişme tamamlanmıştır.

Sigorta güvencesi karşılığı olarak alınan ek primin yüksekliği sonraki yüzyıllarda Kilise tarafından hoş görülme, bir süre sonra yasaklanmış, bu yasak, olabilecek tehlikelere karşı önceden bir prim alma biçimine, dolayısıyla da sigorta fikrinin doğmasına yol açmıştır. Prim esaslı sigorta yaklaşık M.S.1250 yıllarında Venedik, Floransa ve Cenova şehirlerinde görülür. Yine de bugünkü anlamda sigortadan söz edilebilmesi için 14. yy'ı beklemek gerekir. Ekonomik koşulların değişmesi ile ticaret, 14.yy'dan başlayarak çok önemli gelişmeler göstermiş, öncelikle İtalya'da sigortaya duyulan gereksinim deniz sigortası kavramını ortaya çıkarmıştır.<sup>8</sup> İlk sigorta poliçesi olarak kabul edilen 23 Ekim 1347 tarihli anlaşma, İtalya'nın Cenova Limanı'ndan Mayorka'ya gidecek olan "Santa Clara" adlı geminin yükünü güvence altına almak amacıyla düzenlenmiştir. İlk sigorta şirketi de 1424 yılında, yine Cenova şehrinde kurulmuştur. Sigorta konusunda ilk yasal düzenleme 1435 yılında yayınlanan Barselona Fermanı'dır. 1436, 1453 ve 1461'de tadil edilmiş ve sonra yerini 1484 tarihli Ordonnance de Barcelone almıştır. Ekonomik şartların zorlamasıyla Avrupa'da 14. yüzyıldan itibaren

<sup>6</sup> Shelton, s.85; Epigrams III.52 "*Empta domus fuerat tibi, Tongiliane, ducentis: abstulit hanc nimium casus in urbe frequens. Conlatum est deciens. Rogo, non potes ipse uideri incendisse tuam, Tongiliane, domum?*" "Tongilianus evini 200000 sesterse aldım. Şehirdeki bir kaza evini mahvetti. Sen 1 milyon sesters aldın. Şimdi sana soruyorum Tongilianus, evindeki yangını senin çıkarmış olman mümkün görünmüyor mu?"; D.45.1.84; D.45.1.95; D.45.1.124; D. 45.1.137.3.

<sup>7</sup> Kender, s.18 vd.

<sup>8</sup> Kender, s.19 dip.36

ticaret hayatında görülen ilerlemeler sigorta kurumuna ihtiyacı ve deniz sigortası kavramını ortaya çıkarmıştır. Kara sigortaları ise İngiltere’de 1666 yılında yaşanan büyük Londra yangını sonrasında ortaya çıkmıştır. Bu yangın pek çok sigorta şirketinin yangına karşı sigorta sözleşmeleri düzenlemesine yol açmış, bunları hayat sigortaları takip etmiştir.<sup>9</sup>

Sigorta güvencesinin kumar olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusu Roma’da da tartışılmıştır.<sup>10</sup> Sigortanın kumar, bahis ve piyango gibi şans oyunlarından kesinlikle ayrılması gerekir. Kumar, bahis ve piyangoda bir kimse tamamen şansına bağlı olarak birçok kişi tarafından aynı kazancı elde etme arzu ve ümidiyle verilmiş olan paraların toplamını almaktadır. Böylece kazanan şahsın malvarlığında bir artma, bir kazanç ortaya çıkmaktadır. Hâlbuki sigortanın amacı sigortalı şahısların malvarlıklarında ortaya çıkabilecek azalmaların karşılanmasıdır. Bu nedenle bir artış söz konusu değildir. Sigortayı şans oyunlarından ayıran fark istatistik ilmi esaslarına dayanarak primin hesabı ile sigortalı rizikoların karşılanması, rizikoların gerçekleşmesi ile ortaya çıkacak zararın tazminidir.<sup>11</sup>

Sigorta güvencesinin, kumar ve tefeciliğe ilişkin yasaklardan kurtarılabilmesi için geç ortaçağda *fenus nauticum, emptio venditio, du et des* kavramlarından yararlanılmıştır.<sup>12</sup> Sigortalı tarafından risk karşılığında ödenen prim “*Premium*” sözcüğü 17. yüzyılda ortaya çıkmış olmakla beraber, “*pretium periculi*”nin Roma’da risk bedelini ifade etmek için kullanıldığı kabul edilmektedir.<sup>13</sup> “*Pretium periculi*” kavramının kazanç ve kayıplar için kumar masasındaki örtü olarak kullanılmış olabileceğine dikkat çeken Scaevola<sup>14</sup> “*si moda in aleae speciem non cadat*”<sup>15</sup> nitelemesi kumar ile risk varsayımı arasındaki farkı ortaya koymuştur.

<sup>9</sup> Kender, s.19

<sup>10</sup> Thomas, 269,270

<sup>11</sup> Kender, s.5,6; Thomas, s.265

<sup>12</sup> *The Catholic Encyclopedia* (1912) 235 vd.

<sup>13</sup> Thomas, s.268

<sup>14</sup> D.22.2.5 (Scaev.6 Responsa) “*Periculi pretium est et si condicione quamvis poenali non existente recepturus*

*sis quod dederis et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in aleae speciem non cadat; veluti ea, ex quibus conditiones nasci solent, ut ‘si non manumittas’, ‘si non illud facias’, ‘si non convaluero’ et cetera. Nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatus plurimum pecuniae dederim, ut, si cepisset, redderet, et athletae, unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet. In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest.”*

<sup>15</sup> “Avantajın zardan düşmemesi”

Ödünç “*stipulatio*” ile “eğer geri alamazsam” şartıyla verilmektedir. Scaevola bu *stipulatio*’ların dava edilebilir olduğunu ve ödenmesi kararlaştırılan ilave tutarın alacaklı tarafından üstlenilen riskin bedeli olduğunu kabul etmiştir. *Stipulatio*’nun<sup>16</sup> esnek yapısı ile uyumlu biçimde ödemeye karşı riskin devri kabul edilmiş ve sigorta güvencesi sağlanmıştır. Bu şekilde yasadışı ve ahlaka aykırı olmayan pek çok talep *stipulatio* ile karşılanabilmiştir.<sup>17</sup> D.22.2.5 bu görüşü destekler. Balıkçıya veya atlete verilen ödünç ile hem para borçlanılmış hem de riskin değeri üzerine anlaşılması olan primin, *condictio*<sup>18</sup> ile dava konusu yapılabileceği kabul edilmiştir.<sup>19</sup> Faize ilişkin sınırlardan söz edilmemesi alınan ek tutarın faiz olarak değerlendirilmediğinin de göstergesidir. D.18.1.8.1 ise şans içeren her anlaşmanın yasaklanmamış olduğunu söyleyerek *emptio spei*<sup>20</sup>’ye işaret eder.<sup>21</sup> Eğer balıkçı avlarsa ve ödünç veren parasını geri alabilirse ek olarak kararlaştırılan tutarı riskin bedeli olarak alabilecektir. Para için oyun oynanması bir *senatus consultum* ile yasaklanmıştır ancak sportif yarışlarda bahse izin verilir.<sup>22</sup> Roma hukukunda şans oyunlarına dayalı bahis ile sportif olayların sonuçları karşılaştırıldığında hem katılanlara hem üçüncü kişilere açık bahislerin farkı görülecektir. Marcianus *sponsio* yoluyla bahsin sportif tipinin gerçekleştiğini açıklar<sup>23</sup>. Scaevola geleceğe belirsiz olaylara bağlı sözleşmelerin de kumar olarak nitelendirilmedikleri sürece geçerli olduğunu kabul eder.<sup>24</sup>

<sup>16</sup> D 45 1 5 pr: “*conventionales sunt, quae ex conventione reorum fiunt, quarum totidem genera sunt, quot paene dixerim rerum contrahendarum: nam et ob ipsam verborum obligationem fiunt et pendent ex negotio contracto.*”

<sup>17</sup> Buckland, *A Text-Book of Roman Law*, 1931, s. 434 vd; Kaser, M., *I Das römische Privatrecht*, 1971, s. 538 vd.; Zimmermann, s. 68vd.

<sup>18</sup> Klasik devirde verme borcuna ilişkin dar hukuk davalarına verilen isim. Umur, Z., *Roma Hukuku Lügatı*, 1983, s.43

<sup>19</sup> Zimmermann, R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1995, s. 247; I.3.23.3.; D.18.6.7

<sup>20</sup> Gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmamakla beraber, bir ihtimali göze alarak yapılan alım satım. Şans alım satımı, Umur, s.64

<sup>21</sup> Thomas, s.268; D.18.1.8.1 “*Alquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est*”; D 18 4 7

<sup>22</sup> D.11.5.2.1; Kaser, s.539

<sup>23</sup> D.11.5.3 “*in quibus rebus ex lege Titia et Publicia et Cornelia etiam sponsonem facere licet: sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet.*”

<sup>24</sup> Zimmermann, s.722.



Romalı hukukçuların risk kavramını bildiklerinde kuşku yoktur.<sup>25</sup> Hasar “zor” sonucu bir şeyin tahrip olması, ortadan kaybolması sonucunda katlanılan muhtemel maddi kaybı gösterir. “*Periculum rei*”, “*casum sentit dominus*” ya da “*res perit domino*” olarak formüle edilmiştir.<sup>26</sup> Bununla beraber kayıp bazı durumlarda başkası üzerine kaydırılır. Bu durum sözleşmeden, haksız fiilden,<sup>27</sup> yetkisiz kullanmadan<sup>28</sup> veya temerrüitten<sup>29</sup> kaynaklanan olumsuzluğu gösterir<sup>30</sup>. Sözleşmenin tarafları sözleşmenin sorumluluk derecesini değiştirme hakkına sahiptir<sup>31</sup>. Emanet alan, vekil<sup>32</sup>, ödünç alan<sup>33</sup>, kiracı<sup>34</sup>, *aestimatum*'da komisyoncu<sup>35</sup> ve yüklenici riski üstlenip her alanda sorumlu kabul edilebilirler<sup>36</sup>. Bu şekilde Roma hukukunda risk kavramının bilindiği ve riskin yerini değiştiren yöntemlere izin verildiği görülmektedir.<sup>37</sup> Gemilerin küçük, korsanlığın yaygın, haritaların yetersiz olması ve hava tahmin bilgisinin bulunmaması nedeniyle deniz sözleşmeleri

<sup>25</sup> MacCormack, J., “*Periculum*” 1979 ZSS 129-172, ; Kaser, s.512; Gai.2.181; I.2.16.3; I.3.3.4; I.4.3.2; D.5.3.40pr; D.16.3.1.3; D.17.2.29.1; D.19.2.27. 1; D.39.2.38.1; C.1.55.6; C.2.4.13 pr; C.6.35.12 pr; C.8.17.12.5; C.8.55.10 pr; C.12.21.6

<sup>26</sup> I.3.24.5; D.6.1.15.3; D.20.1.21.2; D.24.1.28 pr; D.50.17.23; C.4.24.9; Wacke, A., “*Casum sentit dominus: Liability for accidental damages* in Roman and modern German law of property and obligation” 1987 TSAR 318-331; Joubert, D.J., “*Casum sentit dominus: Liability for accidental damages* in Roman-Dutch and modern South African law” 1987 TSAR 332-335.

<sup>27</sup> D.6.1.16.1; D.9.2.52.4; D.13.6.5

<sup>28</sup> D.13.6.5.7; D 13 6 18 pr; D.44.7.1.4

<sup>29</sup> D.6.1.15.3; D.30.47.6; D.13.1.20

<sup>30</sup> Zimmermann, s.790 vd.; Buckland, A *Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian*, 1963, s.550 ; Ancak *periculum emptoris est* kuralında durum farklıdır. Zimmermann, s.281 vd.

<sup>31</sup> D.50.17.23 ....*sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (legem enim contractus dedit;* C.4.23.1

<sup>32</sup> D.2.14.7.15 ....*item si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet, Pomponius ait pactionem valere nec quasi contra iuris formam factam non esse servandam; D 13 6 5 2....[a]ut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur; D 17 1 39...Et Aristoni et Celso patri placuit posses rem hac condicione deponi mandatum suscipi, ut res periculo eius sit qui depositum vel mandatum susceperat: quod et mihi verum esse videtur. ,*

<sup>33</sup> D.13.6.5.3.....[e]t, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum receperat; C.4.23.1; Zimmermann, s. 197.

<sup>34</sup> D.19.2.9.2....*Julianus libro quinto decimo digestorum dicit, si quis fundum locaverit, ut etiam si quid vi maiori accidisset, hoc ei praestaretur, pacto standum esse; D.19.2.30.4*

<sup>35</sup> D.19.3.1.1....*Aestimatio autem periculum facit eius qui susceperat*

<sup>36</sup> D 19.2.13.5.....*uic sententiae addendum et, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio.”; Thomas, s.266*

<sup>37</sup> Krückmann, s. 1 vd..

antik çağda pek çok tehlike içerdiğinden sigortalama ihtiyacı ortaya çıkmış, riskin üçüncü şahıslara kaydırıldığı anlaşmalar yolculuk güven içinde tamamlandığında ödenecek bir prim karşılığında yapılmıştır.<sup>38</sup> *Emptio spei*'nin kabul edilmesiyle sadece gelecek yılın ürününün çiftçiden indirimli toptan götürü usulüyle alınması mümkün olmuş, benzer şekilde tahıl, şarap ve et gibi ürünlerin geleceğinin satımına izin verilmiştir.<sup>39</sup> Bu şekilde, çiftçi acil para ihtiyacı nedeniyle ödünç alırken, düzenli olarak Roma'yı tahrip eden yangınlara, kötü hava koşullarına, haşerelere, savaşlara ve piyasa koşullarına karşı güvence sağlamıştır.<sup>40</sup> Bir balıkçıya alet alımı için ödünç verilmesi durumunda, balık olmadığında ödünçün geri alınamaması, ancak yakalanabilmişse ödünce ek olarak risk için verilen primin de ek olarak talep edilmesi mümkün olduğu gibi, bir atlete yaşaması ve eğitim harcamaları için verilen ödünç için de aynı koşulların kabul edilmesi mümkün olmuştur. Sporda başarı ve prestij kazanmak veya sosyal ve ekonomik ilerleme sağlamak için sporculara bu şekilde ödünç verilmesi teşvik edilmiştir<sup>41</sup>. Sporda başarılı olma uzun yıllar boyunca eğitim ve çalışmayı gerektirdiğinden gençler için sponsor bulmak da çok önemlidir. Ancak sadece birincilere ödül verildiğinden bu çabanın tümüyle sonuçsuz kalma ihtimali de çok yüksektir. Bu nedenle ödünç verenler *stipulatio* ile kabul edilme zorunluluğu bulunmaksızın geçerli oranlardan yüksek bir bedel "*praemium periculi*" talep edebilmiştir.<sup>42</sup> Sporcuların ödünç tutarına ek olarak faiz ödemek zorunda kalmamak için mücadeleden kaçınmaları, hatta rakiplerinden rüşvet dahi kabul etmeleri mümkün olduğundan desteğin aptalca ve boş olarak değerlendirilmesi de mümkündür. Ancak yine de,

<sup>38</sup> D.47.9.10; Horace I Sermones– Satyra 2 12-18. "*Fufidius vappae famam timet ac nebulones (dives agris, dives positus in fenore nummis): quinas hic capiti mercedes exsecat atque quanto perditior quisque est, tanto acrius urget; nomina sectatur modo sumpta veste virili sub patribus duris tironum. 'maxime' quis non 'Juppiter' exclamat simul atque audivit.*" Fulfidius malca zengindir, paraca zengindir faizle para verdiği için alçak ve değersiz olarak nitelendirilmekten de korkardı. Ödünç verdiği parayı 5 misliyle geri alırdı, daha vahimi şevkatsizce acımasızca zarar verirdi. Genç insanları borçlusu yapmaya çalışırdı. Kim bunları duyduğu zaman "Ulu Jüpiter" demez....

<sup>39</sup> Daube, D., "*Certainty of price*", Studies in the Roman Law of Sale in Memory of Francis de Zulueta (1959), s.12; Zimmermann, s.247

<sup>40</sup> D.18.1.8.1....*Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est; D.18.4.11...Nam hoc modo admittitur esse venditionem 'si qua sit hereditas, est tibi empta', et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus.; Buckland , s. 483; Kaser s. 549 ; Zimmermann, s. 245 vd..*

<sup>41</sup> Zimmermann, s.187

<sup>42</sup> D.4.2.32.2; D.22.2.5.1

Roma'da atletlerin değerli bir amaca sahip oldukları, olmaları gerektiği her zaman kabul edilmiştir.<sup>43</sup>

Deniz sigortasının kaynağı deniz ticaretine katılan tüccara malları finanse edebilmesi için verilen ödünç, *fenus nauticum*'dur.<sup>44</sup> Deniz ödünçü Roma hukukuna Yunan hukukundan alınmıştır. Ancak diğer hukuk sistemlerinde de kökleri olduğu bilinir. Kavram Roma'da ilk olarak 3. yüzyılda kullanılmıştır. Klasik Roma *hukukunda pecunia traiecticia* olarak adlandırılmışken, post klasik devirde ve ortaçağda daha ziyade *fenus nauticum* olarak ifade edilmiştir. *Pecunia traiecticia* olarak adlandırıldığı klasik devirde bile *stipulatio* ile kararlaştırma zorunluluğu bulunmaksızın, yalnızca anlaşma ile yüksek faiz talep edilebilirken, risk (hasar) ödünç verene ait olmuştur.<sup>45</sup> Bu ödünç ile ihraç etmek için mal alınması, geminin donatılması, alınan malın satışından elde edilecek gelirle yeniden mal alınarak getirilmesi sağlanır. Verilen ödünçün faiziyle birlikte geri alınabilmesi ancak sağ salim geri dönebilmekle mümkündür (*si navis intra certum tempus perverest in portum*).<sup>46</sup> Romalılar muhtemelen çift veya tek yönlü yolculuk için olmak üzere iki tür olan deniz ödünç uygulamasını kabul etmişlerdi. Tüccar ödünç aldığı tutarı satmak için mal almak üzere kullanır, gittiği yerde malı satar, elde ettiği para ile yeniden mal alıp Roma'ya getirirdi. Anlaşmanın gemi ve kargonun tümünü veya sadece birini kapsamaması<sup>47</sup> veya alacaklının riski tüm yolculuk için, sadece belli bir güne kadar veya özel şartlar gerçekleşinceye kadar üstlenmesi mümkün olabilmıştır. Alacaklının üstlendiği risk karşılığında ödenecek yüksek faizin, deniz sigortalarında ödenen prime karşılık olduğu kabul edilebilir.<sup>48</sup> Primin faiz olarak ödenmiş olduğu kabul edilse dahi, her zaman normal faizden yüksek oranların kararlaştırıldığı, riskin menfaatten yüksek olması sebebiyle faizin sınırsız olduğu kabul edilmektedir. Bu anlaşmalar kumar niteliği kazanmamış (*si modo in alea speciem non cada(n)t.*, D.22.2.5 pr.) tümüyle geçerli kabul edilmiştir. Riskin yolculuk süresince borç verende olduğu kabul edilirken, Iustinianus devrine kadar faiz oranı sınırlanmamış, yüksek faiz oranına itiraz edilememiş ve

<sup>43</sup> Thomas, s.270; D.9.2.7.4 ve D.3.2.4

<sup>44</sup> Thomas, s.267; Berger, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, 1991, s.469; Zimmermann, s.181 vd.; Zimmerman, R., "Non-Recourse-The most Condemnable of Loan Transactions", Project Finance International, Issue 100 July 3,1996 62/3; D.22.2; C.4.33

<sup>45</sup> Marzo di S., *Roma Hukuku*, 1959, s.413; C.4.33.2, C.4.32.26.2; Buckland, W.W., *A Text-Book of Roman Law*, 1931, s.466, 477

<sup>46</sup> Buckland, W.W., *Roman Law and Common Law, A Comparison in Outline*, 1952, s.318; D.45.1.122.1

<sup>47</sup> D.22.2.4

<sup>48</sup> Zimmermann, s. 182.

yüksek faiz yalnızca sermayenin kullanımını için bir tazminat değil, denizdeki çeşitli tehlike riskinin varsayımı için eşdeğer bir *prim periculi* olarak kabul edilmiştir.<sup>49</sup> Ancak Iustinianus bu sınırı % 12 olarak belirlemiştir<sup>50</sup>. Bununla beraber yüksek faiz oranı yalnızca geminin denizde olduğu sürede geçerlidir, limandayken uygulanması söz konusu değildir.<sup>51</sup> Borçlu ödünçü geri verme yükümünden yalnızca yük tipik bir deniz kaynaklı nedenden yok olduysa kurtulabilir.<sup>52</sup> Diğer kaza veya borçludan kaynaklanan zarar hallerinde borcundan kurtulması mümkün değildir. Tüccarlar elbette elde ettikleri gelirin büyük bir bölümünü borç verene ödemek zorunda kalmamak için gemilerini kasten batırabileceklerinden, bu tür sorunlardan kaçınmak için borç verenler kölelerinden birini yolculuğun güven içinde sürdürüldüğünü gözlemek üzere gemi ile birlikte göndermiştir. Roma'da ödünç verenin korunabilmesi için, ödünç verilen para ile alınan mal üzerinde hak kazandığı da kabul edilmiş, yük ödünç verene rehinli sayılmıştır. Eğer yük deniz yolculuğu sırasında kaybolurlarsa alacaklı, borçlunun sorumlu olduğu nesneyi kaybetmiş olması nedeniyle geri ödemeyi talep hakkını da kaybetmiş olacaktır.

D.45.1.122.1 deniz ödünçü konusunda ayrıntılı bilgi veren bir metindir. Scaevola, Stichus'un tefecinin kölesi Callimachus'a Berytus'ta ödünç olarak para verdiğini, verilen para ile alınan malın varma limanında satışından elde edilen para ile yeniden mal alınarak Berytus'a getirileceğinin, hem Berytus'ta alınmış mallar hem Brentesium'da alınacak mallar üzerinde Stichus'un rehin hakkı olduğunun ve riskin de ona ait olacağını kararlaştırıldığını, ödünç verenin kölesi Eros'un nakliyyeye eşlik edeceğini, ödünçün Callimachus'a en çok 200 gün için verildiği, sözleşmenin *stipulatio* yoluyla sağlandığını, varma limanına zamanında ulaşmaya ilişkin bir *stipulatio poenae* yapıldığını ve eğer Callimachus 14 Eylül'de Brentesium'da olabilse ödünç tutarının tamamına ek olarak faizin de kesin olarak ödenmesinin gerekeceğini ancak Callimachus'un seyahatine zamanında başlayamadığını, 13 Eylülde Brentesium'dan ayrıldığını, Eros'un da onun gecikmiş yolculuğuna katıldığını, bu yüzden pek çok sorun doğduğunu anlatmıştır. Metinde *fenus nauticum*'a ilişkin pek çok özelliği bir arada görmek mümkündür.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> D.22.2.5 pr.; Paul.Sent.II,XIV,3

<sup>50</sup> C.4.33.2; C.4.32.26.2; Paul.Sent II,XIV.3

<sup>51</sup> D.22.2.1; D.22.2.3; Paul.Sent.II,XIV,3

<sup>52</sup> *marina tempestas* C.4.33.4; *naufragium* C.4.33.5; *piratarum insidiae* D.13.6.18 pr.

<sup>53</sup> (Scaevola 28 Dig.) *Callimachus mutuam pecuniam nauticam accepit a sticho servo seii in provincia syria civitate beryto usque brentesium: idque creditum esse in omnes navigii dies ducentos, sub pignoribus et hypothecis mercibus a beryto comparatis et brentesium* YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)

Her ne kadar Roma'da sigorta güvencesi sağlanırken, maruz kalılabilecek kayba karşılık önceden bir bedel (prim) ödendiğine ilişkin kaynaklarda delil bulunmasa da, Romanın canlı sosyal yaşamı ve tüm Akdeniz çevresine yayılan ticari faaliyeti, sigorta kavramının gelişmesine neden olmuştur. Bugün sigorta kurumu ile sağlanan güvencenin Roma'da isimli bir sözleşmeye konu olmamakla birlikte, farklı biçimlerde *stipulatio* yoluyla, yangın, deniz kazası, korsanlık benzeri durumlara karşı borçlulara sağlandığı kabul edilmelidir.

---

*perferendis et quas brentesio empturus esset et per navem beryto investurus: convenitque inter eos, uti, cum callimachus brentesium pervenisset, inde intra idus septembres, quae tunc proximae futurae essent, aliis mercibus emptis et in navem mercis ipse in syriam per navigium proficiscatur, aut, si intra diem supra scriptam non reparasset merces nec enavigasset de ea civitate, redderet universam continuo pecuniam quasi perfecto navigio et praestaret sumptus omnes prosequentibus eam pecuniam, ut in urbem romam eam deportarent: eaque sic recte dari fieri fide roganti sticho servo lucii titii promisit callimachus. et cum ante idus supra scriptas secundum conventionem mercibus in navem impositis cum erote conservo stichi quasi in provinciam syriam perventurus enavigavit: quaesitum est nave submersa, cum secundum cautionem callimachus merces debito perferendas in nave mansisset eo tempore, quo iam pecuniam brentesio reddere romae perferendam deberet, an nihil prosit erotis consensus, qui cum eo missus erat, cuique nihil amplius de pecunia supra scripta post diem conventionis permissum vel mandatum erat, quam ut eam receptam romam perferret, et nihilo minus actione ex stipulatu callimachus de pecunia domino stichi teneatur. respondit secundum ea quae proponerentur teneri. item quaero, si callimacho post diem supra scriptam naviganti eros supra scriptus servus consenserit, an actionem domino suo semel adquisitam adimere potuerit. respondit non potuisse, sed fore exceptioni locum, si servo arbitrium datum esset eam pecuniam quocumque tempore in quemvis locum reddi.*

## KAYNAKÇA

- Berger, A., **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, 1991
- Buckland, A **Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian**, 1963
- Buckland, W.W., **Roman Law and Common Law, A Comparison in Outline**, 1952
- The Catholic Encyclopedia** , (1912)
- Daube, D., “**Certainty of price**”, Studies in the Roman Law of Sale in Memory of Francis de Zulueta (1959)
- Joubert, D.J., “**Casum sentit dominus: Liability for accidental damages in Roman-Dutch and modern South African law**” 1987 TSAR
- Kaser, M., **I Das römische Privatrecht**, 1971
- Kender, R., **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, 2015
- Krückmann, P., “**Versicherungshaftung im römischen Recht**”, 1943 Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (ZSS)
- MacCormack, J., “**Periculum**” 1979, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (ZSS),129
- Marzo di S., **Roma Hukuku**, 1959, s.413; C.4.33.2, C.4.32.26.2
- Shelton, J-A., **As the Romans Did-A Sourcebook in Roman Social History**, 1997, s.142;
- Thomas, P.J., **Insurance in Roman Law: Martialis Epigrammaton III 52**, TSAR 2009-2,
- Umur, Z., **Roma Hukuku Lügatı**, 1983
- Wacke, A., “**Casum sentit dominus: Liability for accidental damages in Roman and modern German law of property and obligation**” 1987 TSAR
- Zimmermann, R., **The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition**, 1995
- Zimmermann, R., “**Non-Recourse-The most Condemnable of Loan Transactions**”, Project Finance International, Issue 100 July 3,1996 62/3

**KATALONYA’NIN BAĞIMSIZLIK TALEBİNİN ULUSLARARASI  
HUKUKTA SELF-DETERMİNASYON VE AYRILMA HAKKI  
KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**  
*(THE EVALUATION OF CATALONIA’S INDEPENDENCY DEMANDS  
ACCORDING TO THE RIGHT OF SELF-DETERMINATION AND  
SECESSION UNDER INTERNATIONAL LAW)*

**Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Semin Töner Şen\***

**Özet /Öz**

Self determinasyon ve ayrılma hakkı kavramları uluslararası hukuk sisteminin en tartışmalı ilkelerindedir. Self determinasyon, bir halkın coğrafi sınırlarını, politik durumunu veya kendi geleceğini diğer devletlerden bağımsız olarak kendisinin özgürce belirlemesi olarak tanımlanmakta iken; ayrılma hakkı, sonuçları uluslararası kurallarla düzenlenen, uluslararası hukuka göre ne hukuka aykırı ne de hukuki bir fiil olarak tanımlanmaktadır.

Bu çalışmada, ilk olarak self determinasyon ilkesi, ilkenin tanımı, tarihçesi ve çeşitleri Milletler Cemiyeti, Birleşmiş Milletler dönemi ve kararları ve diğer uluslararası belgeler açısından kısaca değerlendirilmektedir. İkinci olarak ayrılma hakkı, tarihçesi ve uluslararası hukuktaki yeri bakımından değerlendirilerek, iki kavramın uluslararası hukuktaki kullanımına ilişkin değerlendirmeler yapılmakta, örnekler verilmektedir. Self- determinasyon genellikle pozitif bir ilke olarak kabul edilirken; ayrılma hakkı şiddet, kaos, istikrarsızlık ve yıkıcılıkla ilişkilendirilen negatif bir kavram olarak görülmektedir. Uluslararası hukukta, geleneksel anlayış çerçevesinde tek taraflı ayrılma olaylarına karşı, toprak bütünlüğü ilkesine üstünlük tanırken, çağdaş hukuk anlayışında tek taraflı ayrılma talepleri, farklı bağımsız devletlerin uluslararası arenada yer bulması ile sonuçlanmaktadır. Katalanların siyasi tarihine de baktığımızda bağımsızlık taleplerinin kökeni uzun bir geçmişe dayanmaktadır. Son olarak, bu çalışmada, Katalanların bağımsızlık talepleri, İspanya’nın tarihi geçmişi ve Katalanların özel statüsü çerçevesinde kısaca değerlendirilerek hukuki veya siyasi olarak self-determinasyon ilkesi kapsamında ayrılma hakkına sahip olup olmadıkları tartışılmaktadır.

---

\* Yard. Doç. Dr. / Assistant Professor, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku ABD / Yeditepe University Faculty of Law Department of Public International Law

**Anahtar Kelimeler:** *Self-determinasyon, Ayrılma hakkı, Bağımsızlık, Uluslararası hukuk*

### **Summary/Abstract**

Self-determination and secession are one of the most controversial terms of international law system. Self-determination is defined as the freedom of the people of a given territory to determine their own political status or independence from their current state. In other words, it is the right of the people of a certain nation to decide how they want to be governed without the influence of any other country.

Firstly, self determination principle, has been evaluated in this study in context of unilateral declaration of independence, the definition of principle, history and kinds of the concept, through the period of League of Nations, the United Nations, resolutions and in other international documents. Secondly, this article will examine the right to secede, history of the concept and where it stands in international law, the evaluation of two terms and giving examples that are practiced. Self-determination, is generally accepted as a positive principle whereas the right to secession is a negative concept associated with force, chaos, instability and destructiveness. In international law, according to the traditional approach cases of unilateral secession stood the principle of territorial integrity was recognised as superior. Except for colonialism, self-determination that is not accepted the right to independence is approved the autonomy application in an existing state. According to modern or contemporary approach, unilateral declaration of independence has generally occurred and lasted with the recognition of newly born independent states. Catalan's independence claims have a long history through time. At the end, we have discussed the independency claims of Catalan's throughout their history and separate status according to right of self-determination and secession.

**Key Words:** *Self-determination, Secession, Independence, International law*

### **Giriş**

Devletler, uluslararası hukukun en önemli sùjeleridir. Yeni doğan devletler, birçok farklı yolla dünya sahnesinde yerlerini almaktadırlar. Bu yollardan biri bazen büyük ÷lkesel bir birimin bölünmeye karar vermesidir. Örneğın, 1905 yılında Norveç ve İsveç bölünerek iki ayrı devlet oluştururken, yine 1993 yılında Çekoslovakya, barışçıl yollarla bölünerek Çek Cumhuriyeti ve Slovakya olarak iki ayrı yeni devlet oluşturmuşlardır. Bazen de bir devlet



çok fazla parçaya bölünerek birbirinden ayrı birçok küçük devletin oluşmasını neden olur. Yugoslavya'nın 1990'lı yıllarda bir iç savaş ardından bölünmesi ile altı yeni devletin; Bosna-Hersek, Hırvatistan, Makedonya, Sırbistan- Karadağ, Slovenya, oluşması buna örnek gösterilebilir. 2008 yılında bağımsızlığını ilan eden Kosova, 100 den fazla devlet tarafından tanınmış olmasına rağmen, statüsü uluslararası hukukta tam belirlenmemiştir. Sovyetler Birliği'nin dağılmasının ardından oluşan 12 cumhuriyet ve üç Baltık devleti, Mayıs 1992'de Birleşmiş Milletler'e bağımsız üye devletler olarak katılmışlardır.

Yeni devletlerin oluşumu sürecinde daha zorlu süreçler ise, büyük bir devletten ayrılma hakkının kullanılması durumunda yaşanmaktadır. Ayrılıkçı hareketler her zaman silahlı çatışma veya iç savaş nedeniyle gerçekleşmez, ancak ayrılmayı talep eden taraflar genellikle uzun süreden beri adaletsiz muameleye maruz kaldıklarını iddia ederek, ayrılma hakkını talep etmektedirler. Güney Osetya ve Abhazya-Rusya, Hindistan yönetiminde olan Kaşmir, İspanya-Bask yönetimi, Quebec-Kanada, Çeçenistan-Rusya, Uygur bölgesi-Çin arasındaki durumlar bu zorlu sürece örnek teşkil eder. 1993 yılında Etiyopya'dan ayrılarak bağımsızlığını ilan eden Eritre ve Endonezya'dan ayrılarak bağımsız olan Doğu Timor'da yaşananlar gibi, insanlık adına ve maddi anlamda ağır bedeller ödenmesine neden olan savaşlar da ayrılıkçı hareketler için kullanılan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>1</sup> Soğuk savaş, ve dekolonizasyon dönemi sonrası dünyanın çeşitli bölgelerinde ortaya çıkan ayrılıkçı hareketler, yukarıda da örneklemeler ile değinildiği gibi, genel olarak çatışmacı ya da kimi zaman müzakereci, uzlaşmacı bir yöntem izlemişlerdir.

### **Self-determinasyon Kavramının Ortaya Çıkışı ve Tarihsel Süreç**

Self-determinasyon, ilk olarak ortaçağda dinsel inançlar çerçevesinde kendi mezheplerini serbestçe belirleme hakkı olarak ortaya çıkmış<sup>2</sup>, ardından süregelen aydınlanma çağında ise bireyin kendi kaderini kendisinin belirleme hakkı olarak kavramsallaşmıştır. Uluslararası hukuk bakımından kökeni, ulus

<sup>1</sup>Valerie Epps, Lorie Graham, International Law, Examples&Explanations, Second Edition, Wolters Kluwer, 2015, s.74.

<sup>2</sup>Volkan Tatar, Nuri Gökhan Toprak, "Kendi Kaderini Kendi Tayin Kavramının Hukuki ve Siyasi Yönleri Üzerine Bir İnceleme", Bilge Strateji, Cilt 7, Sayı 13, Güz 2015:55-69, s. 56. (dipnot) Çevrimiçi: [www.dergipark.ulakbim.gov.tr](http://www.dergipark.ulakbim.gov.tr), 27.11.2017. Self-determinasyon kavramı 'kişinin kendi mezhebinin serbestçe belirtme hakkı' çerçevesinde ele alarak kavramın tarihsel köklerini orta çağa dayandıran düşünürlere örnek olarak bkz. Phili Allott "Absolute Right or Social Poetry?", Modern Law of Self-Determination, ed. Christian Tomuschat, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993: 183-188.

ve devleti özdeşleştiren 1789 Fransız devrimine<sup>3</sup> kadar dayandırılan kavram, devrimden sonra yoğun bir şekilde kullanılmış, 1688 İngiliz devriminde ve Amerikan kolonilerinin bağımsızlık mücadelesinde ise ilk kez bugünkü şekliyle kullanılmıştır.<sup>4</sup>

Self-determinasyon hakkını, uluslararası hukuk prensibi olarak ilk Bolşevik doktrin yorumlamıştır. Stalin, 1913'te 'Marksizm ve Milli Mesele' isimli kitabında, self determinasyon hakkının, bir ulusa, ana devletten tam ayrılma ya da özerklik hakkı verdiğini savunmuştur.<sup>5</sup> Self-determinasyon kavramı, sonraları Stalin tarafından farklı amaçlarla sıkça kullanılmış; kavram, ulusların egemenlik hakkı ve hatta halkların egemenliği altında yasadıkları devletten ayrılma hakkı olarak savunulmuştur.<sup>6</sup> Lenin de kavramı kendi komünist bakış açısına göre yorumlamıştır.<sup>7</sup>

20. yüzyılda ise kavram önce ABD Başkanı Woodrow Wilson tarafından kullanılmıştır. Self Determinasyon hakkı, Wilson tarafından, I. Dünya Savaşı ardından, kazanan devletlerin Avusturya–Macaristan İmparatorluğu ve Osmanlı İmparatorluğunun parçalanması ve yeniden şekillenmesi ile meşgul iken ortaya attığı bir kavramken, tarihsel süreç içerisinde hatırı sayılı bir dönüşüme uğramıştır.<sup>8</sup> Wilson, 18 Ocak 1918' de yayınladığı 14 ilkesinde, devrimsel olmayan bir self-determinasyon kavramını ileri sürmüştü, ve ortaya

<sup>3</sup> Ali L. Karaosmanoğlu, “Kendi Kaderini Tayin, Ülke Bütünlüğü, Uluslararası İstikrar ve Demokrasi”, Doğu-Batı, (Savaş ve Barış) Yıl: 6, Sayı: 24, Ağustos, Eylül, Ekim 2003, s. 148. Temeli ‘toplum sözleşmesine’ dayanan Fransız ihtilali ‘Milliyetler İlkesinin’ ortaya çıkmasında önemli rol oynamıştır. Bu prensip millet niteliği kazanan her toplumun bağımsız bir devlet kurabileceğini söyler. O dönemde devletlerarası ilişkilerde bağlayıcı bir kural olmasa dahi ilişkileri sarsıcı bir etkisi olmuştur.

<sup>4</sup> Abdulla Uz., “Teoride ve Uygulamada Self Determinasyon”, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, Cilt:3 No:9, 2007: 60-81, s. 69. Çevrimiçi: www.xa.yimg.com , 25.11.2017.

<sup>5</sup> Ayşe. Füsün Arsava, “Self Determination Hakkının Tarihi Gelişimine Bir Bakış ve Aaland Sorunu”, Seha L. Meray’a Armağan, Ankara, AÜSBF. Cilt. 1, 1981: 55-68, s.59. Çevrimiçi: www.kitaplar.ankara.edu.tr, 27.11.2017

<sup>6</sup> Agm. Ayşe Füsün. Arsava, s.66.

<sup>7</sup> Self determinasyon kavramı Marksist düşünce sisteminde de önemli bir yere sahipti. Lenin ‘On İmperyalizm’ isimli eserinde konuyla ilgili düşüncelerini şöyle açıklamıştır; self-determinasyon üç unsuru içermektedir, 1. Etnik ve ulusal grupların kendi gelecekleri konusunda özgürce karar verebilmelidir 2. Askeri uyumsuzluklar sonrasında egemen devletler arasında toprak bölüşümünde bir prensip olarak başvurulabilir. 3. Sömürge altındaki devletlerin özgürlüklerini kazanmalarına öncülük eden antiempyalist bir varsayıma dayanan bir kavramdır. Antonio Cassese, Self Determination of Peoples, Cambridge University Press, 1995, s. 16.

<sup>8</sup> Age. Valerie Epps, Lorie Graham.

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

koyduğu liberal ilkeler doğrultusunda halkların kendi kaderini tayin haklarının olduğunu vurgulamıştır.<sup>9</sup>

I. Dünya Savaşı sonrası dönemde Birleşmiş Milletlerin(BM) kuruluşunu takip eden süreçte, self-determinasyon ilkesi siyasi bir önerme olmaktan çıkarak uluslararası hukuk normlarının bir parçası haline gelmeye başlamıştır.<sup>10</sup> Tarihsel süreç içerisinde self-determinasyon hakkına yer veren ilk hukuksal metin BM Antlaşması olmuştur. Ancak, kavram genel hatlarıyla belirtilse de açıkça tanımlanmamıştır. Antlaşmanın birinci maddesinde; self-determinasyon hakkına değinilmiş, ve dostça ilişkilerin temellerinden biri olarak değerlendirilmiştir. Yine elli besinci maddede self-determinasyon terimi, “kendi yazgılarını kendilerinin belirlenmesi” anlamında kullanılmıştır. Bu maddede kavram, barış, ve dostça ilişkilerin temellerinden biri olarak belirtilmiştir. Yetmiş, altıncı maddede ise self-determinasyon ilkesine dolaylı bir referans yapılmak suretiyle özerk olmayan bölgelere değinilmiştir. Self-determinasyon ilkesinde asıl değişim ise 1960’da sömürge yönetimi altındaki bölge ve halklara bağımsızlık verilmesine ilişkin süreçle hızlanmıştır. Bu süreçte self-determinasyon hakkının öznesi ve içeriği belirlenmiştir.<sup>11</sup>

II. Dünya Savaşı henüz devam ederken, 1941 yılında imzalanan Atlantik Şartı’nda, self-determinasyon ilkesi yer almaktadır. Buna göre, toprak değişimlerinin, söz konusu olan bölgede yaşayanların rızasının aksine olamayacağı, bütün halkların kendi yönetim biçimlerini oluşturmalarına saygı gösterileceği ve egemenliklerinden zorla mahrum bırakılan halklara geri verileceği ifade edilmektedir.<sup>12</sup> Birleşmiş Milletlerin ilk sözleşmesi olarak kabul edilen Dumbarton Oaks tekliflerinde self-determinasyon

<sup>9</sup> War Aims of Germany and Austria, in 3 The Public Papers of Woodrow Wilson: War and Peace 177(Ray Stannard Baker& William E. Dodds eds.1927) Wilson İlkeleri Nelerdir? , “Başkan Wilson: Milli görüşler saygıyla karşılanmalıdır; insanlar artık yalnızca kendi rıza ve onayları ile kontrol edilip, yönetilebilir. Self-determinasyon yalnızca bir kavram değildir. Devlet adamlarının bundan sonra reddedemeyecekleri, zorunlu bir eylem ilkesidir.” Wilson’ın bakış açısı yönetenlerin, yönetilenlerin rızasına dayanması yönündedir. Çevrimiçi: [www.sessiztarih.net](http://www.sessiztarih.net) , 27.11.2017.

<sup>10</sup> Fatma Taşdemir, “Uluslararası Hukukta Toprak Bütünlüğü İlkesi, Tanıma Doktrini ve Bir Norm Olarak Ayrılma Hakkı”, Gazi, Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı:18, No:3: 644-668, s.650.

Çevrimiçi: <http://iibfdergisi.gazi.edu.tr/index.php/iibfdergisi/article/view/1130/692> , 26.11.2017.

<sup>11</sup> Ceren Gürseller, “Kırım’ın ‘Self –Determinasyonu’ Nasıl Yorumlanabilir?”, Karadeniz araştırmaları, S. 43, 2014:87-115, s.95-96.

<sup>12</sup> Doğan Kılınç, “Self Determinasyon Hakkının Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C XII, Y. 2008,. S. 1-2, s: 950.

Çevrimiçi: [webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/12\\_36.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/12_36.pdf) , 20.11.2017.

hakkından bahsedilmezken, BM Antlaşması'nın son şeklini aldığı San Fransisko görüşmelerinde Sovyetler Birliği'nin ısrarları üzerine self-determinasyon hakkı antlaşmaya eklenmiştir.<sup>13</sup> Birleşmiş Milletler'in kurucu belgesi olan BM Antlaşması'na ilkenin eklenmesi, bu ilkenin artık yalnızca siyasi bir hak olmadığı aynı zamanda, artık uluslararası hukukun tanıdığı bir hak olduğuna da işaret etmektedir.<sup>14</sup> BM Antlaşması'nın amaç ve prensipleri düzenleyen birinci bölüm madde 1/2. fıkrası ile ekonomik ve sosyal işbirliğinin düzenlendiği 55. maddesinde self-determinasyon kavramına açıkça yer verilmiştir. Ancak ilke, Antlaşma'da uygulama alanı ve sınırları kesin olarak belirlenmiş bir hak olarak değil, BM'nin gerçekleştirmeyi hedeflediği amaçlarından biri, barışçıl ve dostça ilişkilere katkıda bulunacak bir unsur olarak yer almıştır.<sup>15</sup> Sınırları kesin belirlenmemiş bir ilke olarak uluslararası hukukta yer alan self-determinasyon hakkının sınırlarını da dolaylı yoldan ifade edebilen, hakkın kullanımına ilişkin birçok BM Genel Kurul kararı da bulunmaktadır.<sup>16</sup> Self-determinasyon hakkı, BM Genel Kurul kararları ve uygulamalarında, ülkelerin toprak bütünlüğü ilkesi çerçevesinde, uluslararası barış ve güvenliğin bozulmasının önüne geçilmesi amacıyla, istisnalar hariç, yalnızca sömürgeci devletlerden bağımsızlığını kazanan koloni devletlerine uygulanmıştır.

1966 yılında, insan haklarına ilişkin ikiz sözleşmeler olarak da adlandırılan, 'Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme' ve 'Ekonomik, Sosyal ve kültürel Haklara ilişkin Milletlerarası Sözleşme' kabul edilmiş, 1976 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmelerde ortak maddelerde self-determinasyon hakkına açıkça yer verilerek, 1948'de yayınlanan İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde açıkça yer almayan kavrama,<sup>17</sup> bağlayıcı bir

<sup>13</sup>Mustafa Şahin, Avrupa Birliği'nin Self -Determinasyon Politikası, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2010, s.14. BM in Şartı'nda yer alan self-determinasyon ilkesinin kullanımı doğrudan ve dolaylı olarak iki şekilde gerçekleşmiştir. Şartın bazı maddelerinde self-determinasyon kavramı açıkça yer alırken diğerlerinde ise düzenlemenin içeriğinde kullanılan ifadelerden anlaşılmaktadır. Ali Hüseyin Ali, Uluslararası Hukukta Kendi Geleceğini Belirleme (Self-determinasyon) Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013, s. 25. Çevrimiçi: [www.acikarsiv.ankara.edu.tr](http://www.acikarsiv.ankara.edu.tr), 28.11.2017.

<sup>14</sup>Berdal Aral, Üçüncü Kuşak İnsan Hakları Olarak Kollektif Haklar, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2010, s. 28.

<sup>15</sup>Fatma Taşdemir, "Yeni Dünya Düzeninde Self Determinasyon", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi, Ankara, 1999, s.15. [www.acikarsiv.ankara.edu.tr](http://www.acikarsiv.ankara.edu.tr), 20.1.2017. Berdal Aral, age., s.28.

<sup>16</sup>Örneğin 1960, 1514 (XI) Sömürgelerin Tasviye ve Sömürge Ülkelerine ve Halklarına Bağımsızlık Tanınması Kararı., 2625 (XXV) Kararı(ilkeler içinde yer alan 5.ilke) Çevrimiçi:[www.un.org/en/sections/documents/general-assembly-resolutions](http://www.un.org/en/sections/documents/general-assembly-resolutions) , 28.11.2017.

<sup>17</sup> Enver Bozkurt, M. Akif Kütükçü, Yasin Poyraz, Devletler Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 185-186.

uluslararası hukuk normu karakteri ve daha kapsamlı bir geçerlilik kazandırılmıştır.<sup>18</sup>

Self-determinasyon hakkının bir uluslararası hukuk normu olarak gelişmesinde, BM Antlaşması, BM Genel Kurul Kararları ve ikiz sözleşmeler gibi uluslararası belgelerin yanı sıra diğer uluslararası ve bölgesel kuruluşların da önemli katkıları olmuştur. Self-determinasyon hakkı, 1975 yılında kurulan Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın<sup>19</sup> temel belgesi olan Helsinki Nihai Senedi'nde, devletlerarası ilişkilerin yürütülmesinde önemli rol oynayan on temel ilkedен biri olarak yer almıştır. Helsinki Nihai Senedi'ndeki düzenleme doğrultusunda, self-determinasyon hakkı, koloniyel bağlamın ötesinde de uygulanabilecek bir duruma gelmiştir.<sup>20</sup> Afrika İnsan ve Halkların Şartı bu belgelerden bir diğeri olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>21</sup>

### **Self-determinasyon Kavramının Anlamı ve Açılımı**

Self-determinasyon kavramı, 20. yüzyılın basından bu yana, en çok tartışılan ve dünyada pek çok gelişmeye kaynaklık eden bir kavramdır.<sup>22</sup> Önceleri uluslararası toplum düzeyinde halkların hak eşitliği ve kendi geleceklerini kendilerinin tayini, ulusların barış, özgürlük ve güven içinde yaşamalarını sağlayacak bir uluslararası hukuk kavramı, hatta insan hakları kapsamında değerlendirilmesi mümkün görünen bir kavram olarak ortaya çıkan self-determinasyon ya da kendi kaderini tayin konusu, uluslararası ilişkileri etkilemeye başladığı günden bu yana çeşitli şekillerde tanımlanmış ve yorumlanmıştır. Bu nedenle de uluslararası hukuk sisteminin en tartışmalı konularından biri olmuştur. Uluslararası hukukta, henüz tüm devletler tarafından üzerinde uzlaşmış kesin bir içeriği olmasa da yapılan birçok tanımdan biri olarak genel anlamda Self-determinasyon, bir halkın coğrafi sınırlarını, politik durumunu veya kendi geleceğini diğer devletlerden bağımsız olarak kendisinin özgürce belirlemesi ya da bir ülkede yaşayan

<sup>18</sup> Ayşe Füsün Arsava, "Azınlıklar Kavramı ve Azınlıkların Uluslararası Belgeler ve Özellikle medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 27. Maddesi Işığında İncelenmesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1993, s.34.

<sup>19</sup> 1994 yılına kadar Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı olarak anılmıştır.

<sup>20</sup> Martti Koskeniemi, 'Günümüzde Milli Self-determinasyon: Hukuki Teori ve Uygulama Sorunları', çev. Mesut Hakkı Çaşın, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt I, Sayı I, 1997, s. 287. Çevrimiçi: [webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1\\_1\\_16pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_1_16pdf). 28.11.2017.

<sup>21</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, Cilt III, İstanbul, 2004, s.229.

<sup>22</sup> Agm. Abdullah Uz.

halkın başka bir devletin etkisi, baskı ve şiddet olmaksızın kendi yönetimi hakkında karar vermesi olarak tanımlanabilir.<sup>23</sup>

Kavramın, ne kadar yıkıcı ve tehlikeli olduğu, bu ilkenin tarih sahnesine çıkışı ile özellikle, ulus-devlet yapılarının parçalanma sürecinin başlamasından anlaşılabilir. Diğer yandan self-determinasyon ilkesi, kaderine terk edilmiş ve özgürlükleri kısıtlanmış halklar için ise hayati bir öneme sahiptir. Bu durum, kavramın uluslararası yasal düzenlemelerde yer alması konusunda devletleri kararsızlığa itmektedir. Ancak, bazı insan hakları belgelerinde self-determinasyon ilkesi yer almaktadır. Devletler, kavramın birçok olayda kötüye kullanılabileceği gerekçesi ve endişesi ile birçok insan hakları belgesinde de yer alan bu kavramın, salt insan hakkı olarak değerlendirilmesine karşı durmuşlardır.

Self-determinasyon, 21. yüzyılda ise uluslararası hukukta ayrılıkçı bağımsızlık hareketleri kapsamında sıkça başvurulanan kavramlardan birisi haline gelmiştir. Ancak devletler, bu hareketler çerçevesinde devletlerarası ilişkilerinde bu kavramı çoğunlukla siyasi amaçlarına uygun olarak yorumlama eğilimi göstermişlerdir. Zaman zaman self-determinasyon hakkının kimi devletlere tanınıp kimi devletlere tanınmaması, kavramı güçlü devletlerin yeni doğan devletler üzerinde uyguladığı güç politikasının bir aracı haline getirmektedir. Uluslararası hukukça tanınan self-determinasyon hakkı, görünüşteki yaygınlığına rağmen, uygulamada, ülke bütünlüğü ve uluslararası istikrar kavramları göz önünde tutularak son derece sınırlı bir hak olarak kabul edilmektedir.<sup>24</sup>

Self-determinasyon hakkı uygulamada, siyasi ve akademik tartışmalarda içsel ve dışsal olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Ayrıca ekonomik self-determinasyon olarak yeni bir kategorinin varlığı da kabul edilmeye başlanmıştır. Dışsal self-determinasyon, bir halkın yahut milli bir grubun halk oylaması ile mevcut ülkeden ayrılması ve aynı etnik kökenden gelen bir devlet ile birleşmesi veya kendi bağımsız devletini kurması olarak

<sup>23</sup>Görüldüğü üzere tanımlarda 'halk' kavramından bahsedilmektedir. Ancak kullanılan halk terimi belirsizdir, uluslararası belgelerde üzerinde uzlaşmış bir halk kavramı bulunmamaktadır. Bu nedenle self-determinasyon tanımı da muğlaklaşmakta ve içinde yaşadığı devletin baskı ve zulmüne maruz kaldığını iddia eden pek çok halk hareketi, bu ilkeye dayanarak ulusal kurtuluş mücadelesi yürüttüğünü iddia edebilecektir. 1981 yılında yayınlanan BM Raporu halk kavramından ne anlaşılması gerektiğini genel olarak belirlemiştir. Buna göre bir topluluğun halk olabilmesi için gerekli şartlar: ayrı bir kültür, dil ya da din, ortak bir tarih hissi, toplumsal kimliği sürdürme isteği ve tanımlanmış bir toprakta bütünleşmedir. Aureliu Cristescu, *The Right to Self Dtermination, Historical and Current Developments On the Basis on United Nations Instruments*, United Nations, 1981. Çevrimiçi:<http://www.cetim.ch/legacy/en/documents/cristescu-rap-ang.pdf>, 27.112017.

<sup>24</sup>Agm. Ali L. Karaosmanoğlu, s.147.

tanımlanmaktadır.<sup>25</sup> Bu fiil ile yeni kurulan devlet için uluslararası bir statü belirlendiğinden bu konu devletlerarası bir konudur ve dışsal boyutu vardır. Self-determinasyon hakkının içsel boyutu, devletlerin iç örgütlenmelerine ilişkindir. İçsel self-determinasyon, halkın hiçbir baskı altında kalmadan, içinde bulunduğu siyasal ve sosyal yapıyı etkileyerek istediği yönetim biçimini seçebilmesidir. İçsel self determinasyon, bir ülkedeki etnik ve ulusal azınlıklar için de anlam ifade ederken, genellikle demokratik yönetim, kültürel haklar, özerklik gibi kavramlar çerçevesinde uygulama alanı bulmaktadır.<sup>26</sup>

Self-determinasyon ilkesi, uluslararası hukukta; anlaşmalar, kararlar çerçevesinde tanımlanırken genellikle, sömürge altındaki halkların başvurabileceği ve onların bağımsızlığını kazanmakta kullanacağı bir hak olarak sınırlarını çizilmiştir. Sınırlar tespit edilirken bu hakkın bir defa kullanılmakla tükeneceği de belirtilmektedir. Ancak Sovyetler Birliği'nin 1991, Yugoslavya'nın 1992 yılında bu hakka başvurarak dağılması ile birlikte bu hakkın sömürge devletler dışında da kullanılması gündeme gelmiştir.<sup>27</sup> Ancak bu devletler daha önce federal bir yapının federe kanatlarını oluşturduklarından ve anayasaları ile self-determinasyon hakkı kendilerine tanınmış olduğundan özel bir yapıya sahiptirler. Bu nedenle, yine yalnızca bu uygulamalara bakılarak uluslararası hukukta bütün toplulukların self-determinasyon hakkına sahip olduklarını söyleyemez.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Agm. Füsun Arsava, (1993), s. 77.

<sup>26</sup> Cevad Abdullahzade, "Self-determinasyon ve Ayrılma Açısından Kırım Sorunu", TAAD Dergisi, Yıl:5, S. 19, Ankara, 2014, s.165-166. Çevrimiçi: [www.taa.gov.tr/.../self-determinasyon-ve-ayrilma-acisindan-kirim-s..](http://www.taa.gov.tr/.../self-determinasyon-ve-ayrilma-acisindan-kirim-s..), 23.11.2017.

<sup>27</sup> Özer Binici, "Kosova'nın Bağımsızlık Süreci ve Uluslararası Ortamda Yankıları", 27.10.2013. Çevrimiçi. <http://akademik.perspektif.com/2013/10/21/kosovaniin-bagimsizlik-sureci-ve-uluslararsi-ortamda-yankilari> 20.11.2017. "İspanya, Bask Bölgesi ve Katalonya'nın benzer şekilde bağımsızlık ilan etmesinden korktuğu için Kosova'nın bağımsızlık ilanını tanımamıştır. Rusya Kosova'yı tanımaması konusundaki mazeretini, İspanya'nın tam tersine, batılı devletlerin diğer yeni bağımsız olan ülkeleri (Abhazya, Güney Osetya, KKTC ) tanımayarak uyguladıkları çifte standarda vurgu yaparak belirtmektedir. Rusya devlet başkanı Putin, KKTC'nin 40 yıldır tanınmadığı halde batılı devletlerin Kosova'yı hemen bağımsız hale getirmelerini sağladıkları için batılı devletleri 'ikiyüzlü' olarak nitelemiştir. Ve 'bundan utanmalısınız ' demiştir. Kosova, 17 Şubat 2008 günü bağımsızlığını ilan etmiştir. Yunanistan ise Makedonya bölgesindeki bağımsızlık taleplerinin şiddetlenmesinden endişe duyması nedeniyle tanımamak konusunda ısrarcıdır. Yemen de 2013 yılında Kosova'nın bağımsızlığını tanıyarak, Kosova'yı tanıyan 100. ülke olmuştur. "

<sup>28</sup> Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, 2. Kitap, Turhan Kitabevi, 9. Baskı, Ankara, 2013, s. 10-13.

### Ayrılma Hakkı

Ayrılma hakkı kapsamında Prof. Hersch Lauterpacht ‘uluslararası hukuk, bağımsızlık kazanmayı hedefleyen ayaklanma ve ayrılıkçı hareketleri yasaklamaz’ görüşünü benimsemektedir. Bu görüş, Prof. James Crawford tarafından da ‘ayrılma, sonuçları uluslararası kurallarla düzenlenen, uluslararası hukuka göre ne hukuka aykırı ne de hukuki bir fiildir.’ şeklinde yorumlanarak desteklenmektedir. Ayrılma, Crawford’a göre, ‘yeni devletin kurulmasının, önceki egemenin rızası olmadan, kuvvet kullanımı ya da tehdidi ile gerçekleşmesi’ olarak tanımlanmaktadır.<sup>29</sup> Ayrılma hakkı bakımından birçok görüş kavramı tanımlamaya çalışmış olsa da sınırları açıkça çizilmiş bir tanım henüz bulunmamaktadır. Otoritelerin konu hakkındaki bu görüşlerinin tartışmaları sona erdirdiği düşünülse de ayrılma kavramı, henüz kavram olarak tanımı ve sınırları kesin olmayan, ancak ayrılma hakkına göre daha hukuki bir kavram olan self-determinasyon kavramının içine sızarak, zaman içinde hukuki meşruluk kazanmaya başlamıştır.<sup>30</sup>

Uluslararası hukukçu Antonio Cassese, “Bir ırki veya dini grup dış self-determinasyonun bir şekli olan ayrılma (secession), iç self-determinasyonun kesinlikle erişilmez olduğu durumlarda, teşebbüs edilebilir. Aşırı veya sonu gelmez zulüm ve makul bir şekilde barışçıl muhalefet etme ümidinin bulunmaması ayrılmayı meşru kılabilir. Bir ırki veya dini grup iç self-determinasyonu başarmak için tüm çabalarının başarısız olduğu veya başarısız olmaya mahkum olduğu açık olduğunda, dış self-determinasyonun en radikal şeklini böylelikle uygulamış olarak ayrılabilir.” diyerek ayrılmayı self-determinasyonun bir alt başlığı olarak tanımlamıştır.<sup>31</sup>

Birçok tanımdan biri olarak ayrılma, Anderson’a göre, yeni bir devlet kurmak için mevcut bir devlet parçasından toprağın (sömürge ya da sömürge olmayan) geri alınması (çekilmesi) olarak tanımlanırken,<sup>32</sup> Marcello Kohen ayrılmayı, ‘yalnızca yalın bir gerçeklik olarak değil, nihayetinde yeni bir devletin kurulması ya da kurulmaması ile sonuçlanacak, birçok iddia ve kararı içeren, içinde mücadele ve müzakereyi barındıran, karmaşık bir süreç’

<sup>29</sup> Glen Anderson, Secession in International Law and Relations: What Are You Talking About?, Loyola Marymount University and Loyola Law School Digital Commons, 35 Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, 2013, s.349.

<sup>30</sup>Age. Valerie Epps, Lorie Graham.

<sup>31</sup>Age. Mustafa Şahin, s. 41.

<sup>32</sup>Age Glen Anderson, s. 344-345.

Çevrimiçi: <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1694&context=ilr>, 25.11.2017.

YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)



olarak ele almaktadır.<sup>33</sup> Ayrıca kavramın etimolojik olarak Latince kökenine bakıldığında ayrı düşme ve çekilme anlamlarına geldiği görülmektedir.<sup>34</sup>

Uluslararası hukukta uygulamalar bakımından ayrılma hakkı genel anlamda metodolojik olarak ikiye ayrılabilir. Bunlardan biri tek taraflı ayrılma hakkı, diğeri ise rızaya dayalı ayrılma hakkı olarak belirtilmiştir. Rızaya dayalı ayrılma hakkı, müzakereye dayalı ayrılma hakkı ve anayasaya bağlı ayrılma hakkı olarak da ikiye ayrılmaktadır. Tek taraflı ayrılma hakkı Crawford'un tanımında olduğu gibi, mevcut devletin rızası olmaksızın kuvvet kullanma ya da tehdidi yolu ile ayrılma hakkının kullanılmasıdır. Bu durum, genellikle, ayrılma hakkının anayasal olarak verilmediği ya da verilmiş olsa bile siyasi müzakerelerin olmadığı ya da başarısızlıkla sonuçlandığı zamanlarda ve genellikle de uzun soluklu iç çatışmalar ve huzursuzluk neticesinde gerçekleşmektedir. Rızaya dayalı ayrılma hakkı kapsamında müzakereci yolla ayrılma süreci, anayasal ön şartlara tabii olmaksızın yine anayasada yer alan hakka göre ayrılığın gerçekleşmesi olarak ifade edilmektedir. Quebec'in Kanada'dan ayrılma talebi<sup>35</sup> 1922'de Güney İrlanda'nın Birleşik Krallık'tan, 1960 Senegal'in Mali Federasyonu'ndan, 1961 Suriye'nin Birleşik Arap Cumhuriyeti'nden, 1965 Singapur'un Malezya Federasyonu'ndan, 1991 Baltık Cumhuriyetleri'nin SSCB'den ayrılması bu şekilde gerçekleşen ayrılmalara örnek gösterilebilir. Rızaya dayalı ayrılmanın diğer bir alt başlığı olan anayasaya bağlı ayrılma hakkında ise, var olan devletin anayasasında özel olarak ayrılma süreçleri ve belirli şartlar altında ayrılma hakkının tanımlandığı maddeler bulunmaktadır. Bu durumun örneklerine ise, 1921 Liechtenstein Anayasası, 1931 Çin Anayasası ve 1947 Burma Anayasası'nda rastlanmaktadır.<sup>36</sup>

Ayrılma hakkı uluslararası hukukun, devletlerarası ilişkilerin düzenlenmesi hususundaki en önemli ilkeleri olan egemenlik hakkı ve ülkelerin toprak bütünlüğü ilkeleri ile çelişmektedir. Ayrıca, ayrılma hakkı self-determinasyon hakkı ile birlikte değerlendirildiğinde, bu hakkın self-

<sup>33</sup> Age. Glen Anderson, s.349. Asıl kaynak Marcelo G. Kohen (ed. By.), *Secession International Law Perspectives*, Cambridge University Press, New York, 2006, 'Introduction', s. 1-20. Çevrimiçi: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32589.pdf>, 25.11.2017.

<sup>34</sup> Latince 'se' kökünden türeyen secession kelimesi, 'apart' ve 'cedere' anlamına gelmektedir. Age. Glen Anderson, s. 342

<sup>35</sup> David Cameron, *Self-Determination: Canada and Quebec*, Conflict Prevention and Peace Forum (CPPF), CPPF working papers on models of autonomous rule no:1, social Science Research Council, 2017. Ayrılma, uluslararası alanda yeni bir ülke kurmak amacı ile belli bir grup veya bölümün kendini mevcut devletin politik ve anayasal otoritesinden çekme çabası olarak tanımlamıştır. Johan D.Van Der Vyevever, "Self-Determination of Peoples of Quebec Under International Law," *Transnational Law&Policy* vol:10:1, Fall 2000, s. 21-27.

<sup>36</sup> Age. Glen Anderson, s. 351-353.

determinasyonun kapsamında bir alt başlık olarak mı, ya da tamamen bağımsız bir kavram, farklı ilke olarak mı değerlendirileceği de tartışmalı bir konudur. Bu konuda pek çok görüş vardır. Ancak genellikle ulusal self-determinasyon hakkı, pozitif bir ilke olarak kabul edilirken, ayrılma hakkı, negatif ve yıkıcı bir ilke olarak görülmektedir.<sup>37</sup> Ayrılma hakkının self-determinasyon ilkesi ile birlikte ayrılmaz bir bütün olarak değerlendirenler, ayrılma hakkı olmaksızın self-determinasyon ilkesinin anlamsız olacağını belirtmektedirler. Çünkü self-determinasyon hakkı kullanıldığında ayrılma hakkı eş zamanlı olarak kullanılmış olacaktır.

Ayrılma hakkının kullanımına ilişkin literatürde çeşitli çalışmalar olmakla beraber bunlardan üç tanesi ön plana çıkmaktadır. Bu teorilerden ilki olan, Ulusal Kendi Kaderini Tayin Teorisi, ulusların ayrılmalarını ve kendi devletlerini kurmalarını savunmaktadır. Ayrılmanın haklı bir nedene dayandırılması gerekliliğini ortaya koyan, uluslararası hukuku etkisi altında bırakan ikinci teori ise İyileştirici Haklar Teorisi olarak adlandırılmaktadır. Bu teoriye göre ayrılma hususunda dayanılacak iki haklı neden olabilir; biri işgal edilme veya yasal olmayan yollardan bir devletle birleştirilme, diğeri ise ülkede belirli bir grubun sistematik olarak ayrımcılığa uğraması, insan haklarının ciddi ve ısrarlı bir şekilde ihlali.<sup>38</sup> Ön plana çıkan üçüncü teori ise, sadece belirli koşullar altında her toprağa dayalı gruba ayrılma izni verilebilir diyen Tercih Teorisidir. Bu teori, İyileştirici Haklar Teorisi ile ‘belirli koşullar ‘ve ‘haklı nedenler’ bağlamında benzeşen bu teori, insan hakları ihlallerini, ayrılma hakkı için ne gerekli, ne de yeterli şart olarak kabul etmemesi noktasında İyileştirici Haklar Teorisinden ayrılmakta, ancak ‘çoğunluk kararı’ gibi bir nedeni, belirli şartlar kapsamında yorumlayan esnek tavrı ile de sınırsız siyasal parçalanmaya yol açabileceği eleştirisi ile karşılaşmaktadır.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Age. Abdurrahman Uz, s. 72. Farklı görüşlere göre, Lenin 1917 öncesi ayrılma hakkını şiddetle desteklerken, Jefferson, Lincoln ve Wilson self-determinasyon hakkına dayanarak ayrılma hakkının kullanılmasına karşı çıkmıştır.

<sup>38</sup> Ancak ağır insan hakları ihlalleri dahi bir devletin toprak bütünlüğüne ilişkin temel hakkını ortadan kaldıramaz. Ayrılma hakkı BM Andlaşmasının öngördüğü çerçevede yalnızca sömürge devletlerin bağımsızlığını elde etmesi bağlamında kabul edilmektedir. Agm Fusun Arsava. Dünya İnsan hakları Viyana Bildirisi’nde BM andlaşmasına atıf yaparak self-determinasyon hakkının varlığı ve ihlal edilemeyeceği kabul edilmiş ancak bu hakkın kullanımını sınırlanarak, toprak bütünlüğünü bozacak şekilde ayrılma hakkı olarak kullanılamayacağını belirtmiştir. Baskın Oran, Küreselleşme ve Azınlıklar, İmaj Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, 2009, s.115-116.

<sup>39</sup> Age. Ali Hüseyin Ali, s.113-114.

Hüseyin Kalaycı, “Kanada-Quebec Sorunu, Çok Kültürcülük, Kendi Kaderini Tayin, Milliyetçilik ve Federalizm,” Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2007, s. 200-208.

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

Uluslararası ilişkilerin ve güvenliğinin temelini oluşturan devletlerin egemenliği ve ülke bütünlüğü ilkelerinin ışığında self-determinasyon hakkının uygulanması, hakkın içsel, dışsal ve ekonomik boyutlarının bulunması, diğer uluslararası hukuk ilkeleri ile yorumlanması söz konusu olsa da, nüfusun tamamını temsil eden bir yönetime sahip olan bir devletten ayrılma ve devletin toprak bütünlüğünü parçalama uluslararası hukukta hiçbir zaman kabul edilmemiştir.<sup>40</sup>

Nitekim, Birleşmiş Milletler uygulamalarına baktığımızda, ayrılma konusu 1514<sup>41</sup> ve 2625 no'lu<sup>42</sup> kararlarında Genel Kurul tarafından açıklığa kavuşturulmuştur. 1514 no'lu karar açıkça, “ülkenin toprak bütünlüğü ve ulusal bütünlüğünü kısmen ya da tamamen yok etmeye yönelik girişimler, BM Şartı'ndaki ilkelerin hedefleri ile bağdaştırılamaz.” denilerek mevcut devletten ayrılma yasaklanmıştır. Aynı şekilde; 24.10.1970 tarihli ve 2625 (XXV) no'lu Dostane İlişkiler Bildirisi'nde, devletlerin ülkesinin bölünmezliği ilkesine, self-determinasyon ilkesine nazaran daha fazla ağırlık verilerek, daha geniş bir düzenleme getirmiş, “Her devlet, diğer herhangi bir devletin ulusal ve ülke bütünlüğünü kısmen veya tamamen yok etmeye yönelik eylemlerden kaçınacaktır” ifadesine yer verilerek, asıl amaç değiştirilmemiştir<sup>43</sup>. BM kararlarına göre, self-determinasyon hakkının aksine, uluslararası hukuk ayrılma hakkını açıkça tanımamaktadır ve uluslararası hukuka göre self-determinasyon hakkı ise, uti possidetis juris (toprak bütünlüğüne saygı) ilkesinin sınırları içerisinde geçerlidir.

### **İspanya Siyasi Tarihi**

İspanya'nın siyasi tarihine kısaca bir göz atacak olursak, İspanya, bugünkü sınırlarına 15. yüzyılın sonlarında, Aragonlu II. Fernando ile Kastilyalı I. Isabel'in evlenmesi nedeniyle tek bir taht altında birleştirilmesi ile ulaşmıştır. İspanya 16. yüzyılda Avrupa'daki en büyük güç haline gelmiş ve bu dönemden 18. yüzyıla kadar bu güçlü dönem devam etmiştir. Yinelenen siyasi kararsızlık, siyasete askeri müdahaleler, sık sık ortaya çıkan iç savaşlar

<sup>40</sup>Agm. Abdullah Uz. 2625 sayılı Dostane İlişkiler Bildirisi: “Eğer bir devlet ülkesindeki herkesi renk, ırk, dil, din ayrımı gözetmeksizin bütünüyle temsil eden bir yönetime sahipse, devletin ulusal ve ülke bütünlüğünü ihlal edecek bir şekilde self-determinasyon hakkının kullanımı kabul edilemez.” ifadesine yer vermektedir. Çevrimiçi: <http://uhdigm.adalet.gov.tr>, 20.11.2017.

<sup>41</sup>Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı No:1514 (Yıl 1960), çevrimiçi: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/152/88/IMG/NR015288.pdf?OpenElement>, 20.11.2017.

<sup>42</sup> Birleşmiş Milletler Dostane İlişkiler Bildirisi, çevrimiçi: <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>, 20.11.2017.

<sup>43</sup> Agm. Abdullah Uz.

ve baskıcı hükümetlerin hüküm sürmesi modern İspanyol tarihini oluşturan olaylardır. 1936-1939 yılları arasında devam eden, 500.000'den fazla kişinin öldüğü İspanyol İç Savaşı, nesillerdir süregelen anlaşmazlıkları daha geniş bir boyutta ve daha kanlı bir şekilde yeniden gözler önüne sermiştir. Katolik Kilisesi'nin sosyal ve siyasi rolü, sınıf farklılıkları, Bask ve Katalan milliyetçilerinin cephesinde bölgesel özerklik savaşı merkezli bu anlaşmazlıklar milliyetçi lider Generalissimo Francisco Franco y Bahamonde (1939-1975) liderliğinde bastırılmış fakat tam olarak ortadan kaldırılamamıştır. General Franco'nun 36 yıllık diktatörlüğü 20 Kasım 1975'te ölümüyle sona ermiş ve iki gün sonra Bourbon Hanedanı'ndan I. Juan Carlos İspanya tahtına çıkmıştır. Franco'nun ölmesi üzerine İspanya tahtına geçen I. Juan Carlos'un İspanya'yı demokratik bir ülke haline getireceği yönünde çok az belirti olmasına karşın, o ve Başbakan Adolfo Suarez Gonzalez (1976-1981) İspanya'yı üç yıl içinde şiddete başvurmadan diktatör bir rejimden çoksesli bir parlamenter demokrasiye geçirmiştir. Bu başarı, İspanya'nın tarihi bölünmüşlüğü'nün iyileşmesi yönünde ilk kilometre taşını oluşturmuştur.<sup>44</sup> İspanya Kralı I. Juan Carlos, 2 Haziran 2014 tarihinde, oğlu Veliiaht Prens Felipe lehine tahttan feragat etmiştir. Veliiaht Prens, Kral VI. Felipe ismiyle 19 Haziran 2014 tarihinde tahta çıkmıştır.<sup>45</sup>

İspanya'nın yönetim şekli parlamenter demokrasiye dayalı monarşidir. İspanya'nın devlet yapısı asimetrik federalizmin bir örneğidir. Federal bir devlet olmamakla birlikte her biri kendi yetki alanına sahip farklı özerk bölgelerden oluşan idari yapısı nedeniyle fiili olarak asimetrik bir nitelik arz etmektedir.<sup>46</sup> Kral'ın yetkileri büyük ölçüde semboliktir. Esas yetki Kral'ın atadığı hükümete aittir. Ancak kral, yasama organını feshetme ve anayasada belirtilen koşullarda halkoyuna başvurma yetkisine sahiptir.<sup>47</sup>

<sup>44</sup>İspanya Tarihi /IPFS

Çevrimiçi:[https://ipfs.io/ipfs/QmT5NvUtoM5nWFfrQdVrFtvGfKFmG7ahe8p34isapyhCxX/wiki/İspanya\\_tarihi.html](https://ipfs.io/ipfs/QmT5NvUtoM5nWFfrQdVrFtvGfKFmG7ahe8p34isapyhCxX/wiki/İspanya_tarihi.html) , 29.11.2017.

<sup>45</sup>Çevrimiçi: [http](http://) , 28.11.2017.

<sup>46</sup> Bu asimetrinin kökleri İspanya'da yer alan özerk bölgeler, Bask, Katalonya ve Galiçya ve merkez Madrid arasındaki ilişkinin tarihine dayanır. İspanya, bu tarihsel ilişkiler nedeniyle, Franco dönemi dışında bir ulus-devlet görünümü çizememiştir. Elçin Aktoprak , “Ulus-Devletin Dönüşümünde İspanya Modeli ve Katalonya Örneği”, *Dipnot Dergisi*, S. 6, 2011, s. 21-23.

Çevrimiçi:[http://www.academia.edu/4768693/ULUS-DEVLETİN\\_DÖNÜŞÜMÜNDE\\_İSPANYA\\_MODELİ](http://www.academia.edu/4768693/ULUS-DEVLETİN_DÖNÜŞÜMÜNDE_İSPANYA_MODELİ), 20.11.2017.

Ela Bilgen, “Bağımsızlık ve Devlet İkileminde Katalonya”, *Birikim Dergisi*, 2017. Çevrimiçi:[http://www.birikimdergisi.com/haftalik/8547/bagimsizlik-ve-devletlilik-ikileminde-katalonya#.WiP\\_yld0WgQ](http://www.birikimdergisi.com/haftalik/8547/bagimsizlik-ve-devletlilik-ikileminde-katalonya#.WiP_yld0WgQ) , 20.11.2017.

<sup>47</sup> Çevrimiçi:<http://www.mfa.gov.tr/ispanya-siyasi-gorunumu.tr.mfa> , 28.11.2017.

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

Tüm siyasi partilerin katıldıkları serbest bir seçimin ardından ülkenin yeni siyasi düzenini belirleyen anayasa 1978 yılında halkın çoğunluğu tarafından kabul edilmiş ve kral'ın onayıyla yürürlüğe girmiştir. 1978 Anayasası İspanya'yı oluşturan etnik grupların ve bölgelerin özerkliğini tanımakta ve haklarını teminat altına almaktadır. Anayasaya göre 17 özerk bölge ve 2 özerk şehir bulunmaktadır. Bu bölgeler arasında, diğerlerine göre nispeten daha güçlü olan Galiçya, Bask ve Katalonya bölgelerine diğerlerinden daha fazla özerklik yetkisi tanınmıştır<sup>48</sup> Katalonya, Bask ve Galiçya, 1978 Anayasası hazırlanmadan önce de özerklik statüsünü elde etmiş olduklarından, "Tarihsel Özyönetimler" olarak adlandırılmışlardır.<sup>49</sup> Anayasa'nın ilgili hükümleri dışında, 17 bölgeden her birinin kendisine ait özerklik yasası bulunmaktadır. 1978 Anayasası ile özerk bölgelerin sınırları belirli şekilde tanımlanmıştır. İspanya, anayasa ile bu tarihten itibaren modern bir sosyal ve ekonomik yapı kursa da özerklik yetkileri nedeniyle tam anlamıyla bütünleşmemiştir.

Bölgelerin kendi parlamento ve yürütme organları vardır. Resmi dil "Castellano" (İspanyolca) olmakla birlikte, özerk yönetimlerde ikinci bir resmi dil de kabul edilebilmekte ve bu yönetimler ulusal bayrak yanında kendi bölgesel bayraklarını da kullanabilmektedir. Katalonya, Valensiya, Balear Adaları, Bask ülkesi ve Galiçya özerk yönetimlerinde İspanyolca'nın yanı sıra ikinci resmi dil kullanılmaktadır.<sup>50</sup> Zaman içinde diğer bazı özerk yönetimler de statülerine "tarihsel özyönetim" ibaresi eklemiştir. 17 özerk bölgenin tümü aynı yetkilere sahip değildir. 1978'den bu yana her özerk

<sup>48</sup> Agm. Ela Birgen. Bu bölgeler, yerel yönetimlerle karşılaştırıldığında önemli yetkilere sahiptirler. Hatta yasama yetkisini de kullanarak, siyasal karar merkezi olarak da yönetimde yer almaktadırlar. Ancak bu yasama yetkisi sadece anayasaya uygunluk açısından denetime tabii olabilmektedir. Berkan Demiral, "Avrupa Birliği ve Türkiye'de Bölge, Bölgeselleşme, Bölgecilik ve Bölge Yönetimleri", Avrupa Perspektifinde Yerel Yönetimler, Ed. Hüseyin Özgür ve Bekir Parlak, Alfa Aktüel, Bursa, 2006, s. 129-169.

<sup>49</sup> Çevrimiçi: <http://www.mfa.gov.tr/ispunya-siyasi-gorunumu.tr.mfa> , 28.11.2017.

<sup>50</sup> Katalanların anayasa ile güvence altına aldığı en önemli hususlardan bir tanesi de dildir. Dil Katalan milliyetçiliğinin en önemli araçlarından biridir. 2006 yılındaki özerklik statüsünün yenilenmesi sırasında da 'lengua propia' (Katalanca), Katalanların asıl dili olarak açıklanmıştır. Katalanca öğrenmek, her Katalan'a sadece hak olarak değil aynı zamanda da görevi olarak tanımlanmıştır. Ayrıca resmi devlet daireleri de vatandaşın seçtiği dilde hizmet vermek zorundadır. Bu tür özerklikler muhafaza edildiği sürece de merkezi devlet ilerde söz konusu olabilecek ayrılık talepleri ile yüzüze kalmama konusunda kendini daha güvende hissedecektir. Katalan milliyetçiliği, etnik bir temelden ziyade dilsel ve kültürel bir aidiyet bağı ile ilişkilendirilen, politik veya tam bağımsızlık isteyen bir siyasi hareket olarak tanımlanabilir. Katalan milliyetçiliği, yerel orta sınıflara, küçük kasaba eşrafına ve entelektüellere özgü harekettir. Thomas Benedikter, Modern Özerklik Sistemleri, Çeviren: Hülya Türker, Ümit Kaya, Özgür Demirel, Yasemin Salar, Mehmet Salim, Nika Yayınevi, Ankara, 2014, s.164-165.

yönetimin yetkilerinde ve statüsünde değişiklik olmuştur. Ülkenin toprak bütünlüğünü bozmaya yönelik emelleri önlemek amacıyla, özerk bölgelerin federasyon oluşturamayacakları hususu Anayasa’da açıkça hükme bağlanmıştır.<sup>51</sup> 1978 Anayasası ile farklı kimliklere saygı duyan ve tanıyan bir devlet yapısına vurgu yapılmaktadır. Ancak bu vurgu, İspanyanın çeşitli farklı temellere dayanan ulus devleti ideolojisinden çıkması şeklinde daha geniş yorumlanmamalı, üniter devlet bütünlüğüne saygı duyulmalıdır.<sup>52</sup>

Özerklik, 2006 yılında yapılan referandum ve yine aynı yıl İspanya Parlamentosu tarafından kabul edilen yeni özerklik yasası ile Katalonya için daha da genişlemiştir.<sup>53</sup> Ancak, Katalanlar için eğitim ve dil alanlarında, 2010’daki Anayasa Mahkemesi kararı ile yeni sınırlar getirilmiştir.<sup>54</sup>

Katalonya, bu özerklik yetkilerini yeterli görmeyerek bağımsızlık talebinde bulunmaktadır. Katalonya’nın talebi esasen yukarıda tartışılan üç temel argümana dayanmaktadır. Bunlardan biri Katalan kültürü ve dilidir. Katalanca, Katalonya, Valencia ve Balear Adaları, Andorra Prensiği olan

<sup>51</sup>Çevrimiçi: <http://www.mfa.gov.tr/ispunya-siyasi-gorunumu.tr.mfa>, 28.11.2017.

<sup>52</sup> Selin Esen, 1978 İspanyol Anayasası: Ulus Devlet Modelleri ve İspanya Örneği, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi., Ankara, 2011, s.118. Yüksel Metin, Burak Erece, Bölge Devlet ve Federal Devlet Mukayesesi: İspanya ve Federal Almanya Örneği,

Çevrimiçi:<http://dergi.uyusmazlik.gov.tr/umd/yedincisayi/25metinyuksel.pdf> , 20.11.2017.

İspanya Anayasası Madde 2: (Milletin Birliği ve Özerklik Hakkı) “Anayasanın temeli, İspanyol milletinin ayrılmaz birliği, tüm İspanyolların ortak ve bölünmez ülkesidir.”

Çevrimiçi:<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/14-İSPANYA%20533-584.pdf>, 20.11.2017. Anayasaya göre ülke özerk bölgelerden oluşmakta, özerk bölgelerin özerkliklerinin tanınması güvence altına alınmakta, aralarında dayanışma garantilenmekte, ancak birlik ve bölünmez bütünlüğe vurgu yapılarak üniter devlet niteliği açıkça ortaya konmaktadır. Anayasanın 11. maddesinde ise, vatandaşlık haklarından bahsedilmektedir, ancak vatandaşlığın İspanya merkez idaresine mi, yoksa özerk bölge idarelerine bağlı olarak nitelendiği açıkça belirtilmemiştir.

<sup>53</sup> Eric John Hobsbawn, Milletler ve Milliyetçilik, çeviren: Osman Akınbay, Ayrıntı Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2014, s.168.

‘The Spanish Court Decision That Sparked The Modern Catalan Independence Moment’

Çevrimiçi: <https://www.theatlantic.com/international/archive/2017/10/catalonia-referendum/541611/> , 19.11.2017

<sup>54</sup>Eva Pons Parera, “The Effect of Constitutional Court ruling 31/2010 dated 28.June.2010 on the Linguistic Regime of the Statute of Catalonia”, Catalan Social Sciences Review, 3,2013, s.67-92,

Çevrimiçi: <https://publicacions.iec.cat/repository/pdf/00000200/00000012.pdf> , 19.11.2017.

Joan Vintro, ‘Legality and The Referandum on Independence of Catalonia, Institut De Dret Public’, [http://idpbarcelona.net/docs/blog/legality\\_referendum.pdf](http://idpbarcelona.net/docs/blog/legality_referendum.pdf) , 19.11.2017.

Constitutional Court Judgment, No 31/2010, of June 28 (Unofficial Translation), Çevrimiçi:<https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/31-2010,%20of%20June%2028.pdf> , 19.11.2017

YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)

Aragon'un doğu kesiminde, toplumun her seviyesinde yaygın bir şekilde konuşulmaktadır. Katalanlar eğitimde ve resmi dairelerde dil kullanımı konusunda baskı görmek istememekte ve hatta İspanya'da Katalanca'nın resmi dillerden biri olarak kabul edilmesini talep etmektedirler. İkinci argüman, uzun bir geçmişe sahip olarak, tarihi ve kültürel geçmişleri ile tek başına bağımsız siyasi bir varlık kazanabilecek olmalarına duydukları inançlarıdır. Katalanlar, kendi kendilerini, Avrupa Birliği ve Birleşmiş Milletler gibi yapılarda temsil etme hakkı ve kabiliyetine sahip olduklarını belirtmektedirler. Son olarak, ekonomi kaynaklı sorunlar en önemli argüman olarak karşımıza çıkmaktadır. Ekonomik kaynaklı tartışmaların sebebi ise vergidir. İspanya merkezi hükümeti vergi tahsilatını kontrol etme ve ülke çapında mali gelir dağılımını belirleme yetkisine sahiptir. Merkezi hazine ve idari düzenlemelerden kaynaklanan, bürokrasiye, kazandığından çok daha fazla ve aşırı ödeme yapılmasına neden olan bu uygulamalar, ayrılma konusunda en önemli gerekçeyi oluşturmaktadır. Katalonya, sağlıklı bir ekonomik altyapıya sahiptir. İspanya'nın toplam vergi hasılatının yaklaşık %25 ine katkı sağlamakta, ancak merkezi hükümetin kamu yatırımları ve harcamaları Katalonyalılar için 'mali açık' oluşturacak kadar, kendilerinden toplanan vergilere oranla sınırlı kalmaktadır.<sup>55</sup>

### **Katalonya Self-Determinasyon Hakkını Kullanarak Tek Taraflı Bağımsızlık İlanı ile Bağımsız Olabilir mi?**

Siyasi tarihine baktığımızda, Katalonya'nın bağımsızlık mücadelesi Aragon Krallığı'na karşı başkaldırdığı 15. yüzyılın başlarına kadar uzanmaktadır. Kastilya kraliçesi Isabel ve Aragon kralı Ferdinandın evlenerek Katalonya'nın İspanya'nın bir parçası haline gelmesi dahi bu bağımsızlık arzusunu sona erdirememiştir. Katalonya'nın 17. yüzyıl ortalarındaki başarısız başkaldırısı, Katalan anayasası ve özerkliğinin feshedilmesi ile sonuçlanmıştır. 19. yüzyıl ortalarında ise Katalan dilinin kültürel kimlik farklarını daha da derinleştirmesi nedeniyle milli ayrılık hareketi tekrar ortaya çıkmıştır. Katalan milliyetçi hareketi 20. yüzyıla gelindiğinde tekrar hız kazanmış ve nihayet 1932 yılında Katalonya'nın özerkliği İspanya tarafından hukuki olarak tanınmış, 1979 yılında ise yapılan anayasal düzenlemelerle tam bir özerklik elde edilmiştir. 2010 yılına gelindiğinde ise anayasal çerçevede Katalonya'ya özerklik tanıyan statü, Katalanlara ayrı bir millet olmamalarına rağmen milliyet(uyruklu) statüsü kazandıracak şekilde değiştirilmiştir. Günümüzde Katalonya İspanya'nın

<sup>55</sup> Josep Desquens, "Affairs 'Europe's Stateless Nations in The Era of Globalization The case for Catalonia's Secession from Spain", Journal of International, 2003.

Çevrimiçi: [Hhttp://www.jhubc.it/bcjournal/articles/desquens.cfm](http://www.jhubc.it/bcjournal/articles/desquens.cfm) , 20.11.2017.

ekonomik ve sosyal olarak en gelişmiş bölgelerinden biridir. En gelişmiş bölgelerden biri olmasına karşın, İspanya'nın tatminden uzak finans politikaları neticesinde bağımsızlık hareketleri artarak devam etmektedir. Bu hareketler, 2014 yılında resmi olmayan ve yine 2017 Kasım ayında yapılan resmi bir referandum ile sonuçlanmıştır. Son yıllarda dünyada, Katalonya'nın da bir örneğini oluşturduğu gibi bağımsızlık hareketlerinde bir dalgalanma yaşanmaktadır. Örneğin Irak Kürtleri'nin bağımsızlık talepleri, 2014 yılında İskoçya'nın Birleşik Krallık'tan ayrılmak üzere yapmış olduğu bağımsızlık referandumu gibi.

Tek yanlı bağımsızlık taleplerinin hukuki meşruluğu, devletin anayasal hukuku gibi hem iç hukuk, hem de uluslararası hukuku ilgilendiren iki yanlı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde tek yanlı bağımsızlık ilanı ile ayrılma hakkının kullanılmasının meşruluğu, görünenden daha karmaşık bir konudur. Karmaşıklığın kaynağı, self-determinasyon hakkı ve ülkesel bütünlük ilkesi arasındaki çelişkili ilişkide yatmaktadır. BM Uluslararası Adalet Divanı kararları incelendiğinde bu konu bağlamında 2010 yılında verilmiş önemli kararlardan bir tanesi olan Kosova'nın bağımsızlık ilanına ilişkin tavsiye kararda, tek yanlı bağımsızlık ilanının hukuki meşruluğuna ilişkin değerlendirme yapmanın ne kadar zor olduğu görülmektedir. Uluslararası Adalet Divanı 22 Temmuz 2010 tarihli söz konusu kararını, BM Genel Kurulu'nun 8 Ekim 2008 tarihli bir kararına istinaden Genel Sekreter'in 9 Ekim 2008 tarihli başvurusu üzerine almıştır. Kosova Meclisi'nin, 17 Şubat 2008 tarihinde bağımsızlık ilân etmesinin ardından, BM Genel Kurulu Adalet Divanı'ndan bu bağımsızlık ilanı hakkında "Kosova Geçici Özerk Kurumları tarafından alınan tek taraflı bağımsızlık ilânı uluslararası hukuka uygun mudur?" sorusu ile istişari görüş talep etmiştir. Bu kararda, Uluslararası Adalet Divanı, sorunu, Kosova'nın tek yanlı bağımsızlık ilan etme hakkı olup olmadığına dair değil, uluslararası hukukun böyle bir durumu yasaklayıp yasaklamadığı çerçevesinde değerlendirmek yönüne gitmiştir.<sup>56</sup> Kararın 79. Paragrafında, Divan, "bağımsız olmayan ülke milletleri ile baskı altında kalan, istismar edilen halkların" self-determinasyon hakkını tanıırken, bu hakların genellikle sömürge devletlere tanınan haklar olduğunu belirtmekte, ancak 84. paragrafta ise BM Güvenlik Konseyi'nin yalnızca uluslararası hukuka aykırı olarak

<sup>56</sup> Birgül Demirtaş Coşkun, "Kosova'nın Bağımsızlığı ve Türk Dış Politikası(1990-2008)", Uluslararası İlişkiler, Cilt 7, Sayı 27, Güz 2010, s.51-86. Çevrimiçi: [www.uidergisi.com.tr/wp-content/.../02/kosova-bagimsizligi.pdf](http://www.uidergisi.com.tr/wp-content/.../02/kosova-bagimsizligi.pdf), , 20.11.2017.

İrfan Kaya Güler, "The Analysis of Kosova's Independence within The Framework of Self-Determinasyon", KOSBED, S. 31, 2016, s. 39-64.



kuvvet kullanma yolu ile gerçekleştirilen tek taraflı bağımsızlık ilanlarını yasakladığını belirterek, ancak bu tür bağımsızlık ilanlarının yalnızca bunlarla sınırlı tutulamayacağını, uluslararası hukukun bu fiilleri tümünden yasaklamadığını da beyan etmektedir. Yine 80. paragrafta ülkesel bütünlük ilkesine ilişkin değerlendirme yaparak, bu ilkenin yalnızca diğer devletlerin siyasi bağımsızlık ve egemenliklerini ihlal edecek şekilde iç işlerine karışmama yükümlülüğünü ifade ettiğini, tek yanlı bağımsızlık ilanlarını yasaklamadığını belirtmektedir. Tarihe bakıldığında, 20. yüzyılın ikinci yarısında self-determinasyon hakkına ilişkin, uluslararası hukuk kendisini yönetmeyen bölgelerin halkları veya yabancı hâkimiyetindeki halklar için bağımsızlık hakkı yaratacak şekilde gelişmiştir. Pek çok yeni devlet bu hakkın kullanılmasının sonucu olarak doğmuştur. Uluslararası hukuk düzeninin önemli bir parçası olan “ülke bütünlüğü” ilkesi BM Antlaşması 2. maddesi ile güvence altına alınmış olmakla birlikte, bu ilkenin kapsamı devletler arasındaki ilişkiler alanıyla sınırlı tutulmaktadır. Bu ilke, sadece, BM Genel Kurulu’nun muhtelif kararlarında teyit edildiği üzere, devletlerin başka bir devletin ülke bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı güç kullanmaktan veya güç tehdidinde bulunmaktan kaçınmalarını gerektirmektedir. Dolayısıyla Divan kendisine sorulan soruyu cevaplarırken bu yaklaşımı benimsemiştir.<sup>57</sup> Divan bu somut olayda -ister self-determinasyon hakkının bir ifadesi olarak, isterse “iyileştirici ayrılma” (remedial secession) hakkının bir sonucu olarak gerekçelendirilsin- Kosova halkının bağımsız bir devlet kurma hakkına sahip olup olmadığı sorununu değil, kendisine sorulduğu üzere tek taraflı bağımsızlık ilânının uluslararası hukuka uygun olup olmadığını cevaplamaktadır. Ayrıca, Divan, Kosova’nın bağımsızlık ilanını, 1999 tarihli 1244 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararları ve Kosova’da kurulması kararlaştırılan Sivil Yönetim Birimi (UNMIK) açısından da değerlendirerek, Kosova’nın anayasal statüsüne de atıflar yaparak, ne BM kararlarına, ne de anayasal statüye aykırı olmamasından ötürü, Kosova’nın bu şekildeki tek taraflı bağımsızlık ilanının uluslararası hukuku ihlal etmediğini açıkça beyan etmektedir.<sup>58</sup>

Divanın, Kosova’nın bağımsızlık ilânının uluslararası hukuka aykırı

<sup>57</sup>Tarihe baktığımızda, BM Güvenlik Konseyi, Güney Rodezya (1965), Kuzey Kıbrıs (1983) ve Republika Srpska (1992) gibi örneklerde bağımsızlık ilânlarını kınayan kararlar vermiştir, ancak bu örneklerde bağımsızlık ilanlarının hukuksuzluğu, bunların tek taraflı olmasından değil hukuka aykırı olarak güç kullanılmasından veya uluslararası hukukun -özellikle de onun emredici hükümlerinin- şu veya bu şekilde ağır ihlâlinden kaynaklanmaktadır.

<sup>58</sup> Uluslararası Adalet Divanı’nın 2010 Kosova Kararı: Çevrimiçi: [www.icj-cij.org/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf](http://www.icj-cij.org/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf) , 27.11.2017.

UN Documents for Kosovo, Çevrimiçi: <http://www.securitycouncilreport.org/un-documents/kosovo/>, 14.12.2017.

olmadığına ilişkin hukuki kararı, ne self-determinasyon hakkının kapsamı hakkında bir yorum, ne de ayrılma hakkının teorik tartışmasını yapmayarak, ilk bakışta, ülke bütünlüğüne saygının anlamı dışında, yerleşik anlayışları kökten değiştirebilen bir niteliğe sahip görünmemektedir. Bununla birlikte, uluslararası hukukun yerleşik bir ilkesi olan ülke bütünlüğüne saygıyı, Divan'ın yorumlama biçiminin ayrılma hakkıyla ilgili önemli sonuçlarının olduğu da ortadadır. Buna göre, ülke bütünlüğüne saygı, bir devletin başka bir devletin ülke bütünlüğünü ihlâl etmesi kapsamında ve bu fiilin yasaklanması şeklinde değerlendirilebilen, ancak devletler arasında geçerli olan bir ilkedir. Dolayısıyla, bir devletten tek taraflı bağımsızlık ilân ederek ayrılan bir topluluk veya toplum bu ilkenin kapsamında değildir. Bu yaklaşımdan, ayrılmanın genel bir hak olduğu sonucu çıkarılamaz ise de, kuvvete başvurmadan gerçekleşen bir ayrılmanın kendisinden ayrılan devletin ülke bütünlüğünü ihlâl etmiş olarak kabul edilemeyeceği anlamı çıkartılabilmektedir. Öte yandan, karara bakıldığında, Divana göre, bağımsızlık ilânının tek taraflı olması onu otomatik olarak uluslararası hukuka aykırı yapmamaktadır. Bu şu anlama gelmektedir; başka şartlar saklı kalmak kaydıyla, bağımsızlık ilânının geçerli olması için kendisinden ayrılan devletin rızası şart değildir, aranmamaktadır. Bu şartların başında, kuvvet kullanılmaması ve uluslararası hukukun başka emredici hükümlerinin ihlâl edilmemesi gelmektedir, ancak Divan'ın kararında bu diğer emredici hükümlerin neler olduğu açıkça belirtilmemektedir. Sonuç olarak, kendisinden bağımsızlaşan devlet onaylamasa da durumun özelliklerine bağlı olarak bağımsızlık ilânı geçerli olabilmekte, ayrılan topluluk veya toplumun kendisi kuvvete başvurmadığı sürece, başta kendisinden ayrılan devlet olmak üzere, ona karşı kuvvet kullanması da meşru olarak kabul edilmemektedir. Divan, kararında, ayrılma, genel bir haktır demese de, ayrılmanın, bazı durumlarda meşru olabileceğini kabul etmekte ve bunun yerleşik uluslararası hukuk anlayışında hatırı sayılır bir değişiklik yaptığı da açıkça görülmektedir. Ancak, şu da gözden kaçırılmamalıdır ki, Divan'ın bu somut olayı yorumlayış tarzı, onun meşru bir ayrılmanın bağlı olduğu şartları, her somut durumda yeniden yorumlama yetkisini saklı tutmak istediği izlenimi de vermektedir.<sup>59</sup>

<sup>59</sup>Ayrıca, bu somut olayda görülen, tek taraflı bağımsızlık ilanı, tam bir devletten ayrılma durumu olarak değerlendirilemeyebilir. Bu olayda, Kosova, zaten, Birleşmiş Milletlerin kendisine tanıdığı özerk bir statü ve yönetime sahiptir. Bu olaydaki, bağımsızlık ilanı geri dönülemez şekilde fiili olarak zaten mevcut olan bir durumu, nihai olarak onaylanması şeklinde yorumlanabilir. Bu nedenle, Divan'ın başka somut örneklerde tek taraflı bağımsızlık ilanı ile ayrılma taleplerine aynı anlayış ile yaklaşıp yaklaşmayacağı yoruma açık bir şekilde belirsizdir.

Konunun karmaşıklığının daha iyi anlaşılabilmesine ilişkin diğer bir örnek ise Quebec'in Kanada'dan tek yanlı ayrılma talebidir. Kanada Yüksek mahkemesi, "eğer bir devlet ülkesindeki herkesi renk, ırk, dil, din ayrımı gözetmeksizin bütünüyle eşit temsil eden bir yönetime sahipse, self-determinasyon ilkesini uluslararası hukuka uygun şekilde tanıyıp, saygı gösteriyorsa, devletin ulusal ve ülke bütünlüğünü ihlal edecek bir şekilde self-determinasyon hakkının kullanımının kabul edilemeyeceğini belirterek, Quebec'in, sosyal, ekonomik ve kültürel gelişiminin siyasi açıdan temsil edildiğini vurgulayarak", bağımsızlık ve ayrılma talebini reddetmiştir.<sup>60</sup> Kanada Mahkemesi bu kararı ile Uluslararası Adalet Divanı'nın aksine tek yanlı bağımsızlık ilanının, ayrılma hakkının kullanımı anayasal bir hak olarak tanınmaması ise ülkesel bütünlük ilkesini ihlal ettiğini belirtmektedir.

Self-determinasyon hakkının kullanımının sınırları uluslararası hukukta kesin olarak çizilmiş olmasa da, halkların tam anlamıyla temsili, yönetimde yer alması, ve eşit şekilde davranılması ve haklarının korunması gibi genel olarak kabul edilen ve üzerinde uzlaşılan bazı hususlar bakımından, İspanya'nın, 1978 Anayasası ile kabul etmiş olduğu yükümlülükleri yerine getirmekte isteksiz olması, Katalanların self-determinasyon hakkını kullanarak bağımsızlık elde etme taleplerini kuvvetlendirmektedir. Bu sorun, kendi kendini yönetim, temsil edilme, (karar alma, yönetim, uluslararası ilişkiler bakımından) süreçlere dâhil edilme ve kendilerini ifade edebilme imkânları olarak üç bakımdan incelenebilir.<sup>61</sup>

Öncelikle, Katalanların kendi kendini yönetebilme süreçleri, 1978 İspanyol Anayasası ile tanınmış olsa da Katalanların aktif olarak siyasete katılmaları, bundan hemen hemen iki yıl sonra sona ermiştir. Anayasası'nın tanımış olduğu statünün 1981 yılındaki başarısızlığının ardından, Katalanların kendi yönetimlerinde yer almaları, 2006 yılında gerçekleştirilen referandum ve Katalan ve İspanyol Parlamentoları tarafından kabul edilen Özerklik Statüsü ile pekiştirilerek geliştirilmiştir. Ancak 2010 yılında İspanyol Anayasa Mahkemesi'nin yapmış olduğu değişiklikler ile Katalonya daha az gerçek ve etkin kuvvetlerle baş başa bırakılmıştır. Bu da Katalanların kendi kendini yönetim konusunda ne kadar az garantiye sahip olduklarını göstermektedir.

İkinci olarak temsil edilebilme konusuna değinecek olursak, Katalanların devlet kurumlarındaki temsili Katalanların sosyal ve siyasal olarak sahip

<sup>60</sup> Reference RE Secession of Quebec Kanada Yüksek mahkemesi Kararı, Çevrimiçi: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do> , 27.11.2017.

<sup>61</sup>Josep Costa, "Does Catalonia Have The Right of Self-Determination?," Catalonia Background Information, Series E, 2.1, en, 2017. Çevrimiçi: [https://www.elconfidencialdigital.com/LINK\\_ECDFIL20170927\\_0002.pdf](https://www.elconfidencialdigital.com/LINK_ECDFIL20170927_0002.pdf), 20.11.2017.

oldukları demografik yapı ile ters orantılıdır. Kanada ve Quebec örneğinde gördüğümüz, devlet kurum ve organlarında etkin temsil edilme, İspanya için pek de geçerli görünmemektedir. Katalanlar neredeyse 150 yıldır hiçbir önemli otorite veya kuruma başkanlık etmemektedirler. Katalanlara tanınan daha alt seviyedeki temsil ise onların neden ayrımcılığa uğramış, dışlanmış ve kötü muamele görmüş, aldatılmış ve İspanyol kurumlarının eziyetine uğramış gibi hissettiklerini açıklamaktadır.

Son olarak, Katalan Parlamentosu'nun % 86 oranla reddetmesine rağmen, Katalanların self-determinasyon taleplerine bir çözüm bulma konusunda Anayasa Mahkemesi'nin Özerklik Statüsüne ilişkin düzenlemeleri, Katalanların süreçlere dâhil edilme ve kendilerini ifade edebilmeleri konusundaki çelişkileri göstermektedir. Katalanların kendilerini, ne seçilmiş temsilcileri aracılığıyla, ne de demokrasinin en önemli ve temel araçlarından biri olan referandum yolu ile ifade etmelerinin önüne geçilmesi, siyasi ve hukuki süreçlere dâhil edilmedikleri anlamına gelmektedir.

Katalonya'nın bağımsızlık sorunsalı, bu değerlendirmeler ışığında incelendiğinde kendine özgü karakteri ile milliyetçi ve ekonomik bir düzlemde ilerleyen bir sorun olarak dikkati çekmektedir. Self-determinasyon veya ayrılma hakkının kullanımı bakımından, 1978 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi'nin almış olduğu son kararlar, uluslararası hukukun temel ilkelerinden toprak bütünlüğü prensibi, Katalonya'nın bağımsızlığının önündeki engeller olarak karşımıza çıkarken, uluslararası hukukta self-determinasyon hakkının tüm halklara tanınmış olması ve hakkın kullanımını etkileyen faktörlerin bir kısmının Katalanlara göre İspanya tarafından karşılanamıyor olması, bu hakkın kullanımında, Katalanları destekleyen unsurlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

## Sonuç

Katalonya'nın durumu benzer şartlar altında değerlendirildiğinde, tek taraflı bağımsızlık ilanı, tek başına uluslararası hukukun ihlali olarak kabul edilmese bile Katalonya'nın bu yolla İspanya'dan ayrılması, hukuki olarak pek mümkün gözükmemektedir. Katalonya, uzun süren bir tarihi bağımsızlık mücadelesi geçirmiş olmasına rağmen, ne sömürgeleştirilmiş ne de mazlum durumuna düşmüş; aksine kendisine, İspanya hükümetince en geniş yetkilerle özerklik statüsü tanınmıştır. Kendisine tanınan bu özerklik statüsü çerçevesinde uluslararası hukukun belirli şartlar altında meşru kabul ettiği self-determinasyon hakkına başvurması pek de mümkün gözükmemektedir. Katalonya'nın bağımsızlığını kazanabilmesi, Quebec örneğinde de olduğu gibi ancak İspanya merkez hükümetinin bu durumu hukuki kabul edip, tanınması ile mümkün gözükmemektedir. Ancak İspanyol Mahkemeleri'nin

Katalonya'nın ayrılık taleplerini onaylamadığı kararlarından açıkça anlaşılmaktadır. Ayrıca, Katalonya'nın bağımsızlık talebini Kosova örneği ile karşılaştıracak olursak, Yugoslav Anayasası ve Kosova için oluşturulmuş UNMIK statüsü, ayrılma hakkını kullanarak bağımsızlık ilanını yasaklamamakta,<sup>62</sup> ancak İspanyol Anayasası bu hakkı açıkça kabul etmemekte, ayrılma hakkını, özerk statüde yer alan bölgelere anayasal bir hak olarak tanımamaktadır. Yugoslav Anayasası ile İspanyol Anayasası arasındaki, hakların anayasal yolla tanınmasına ilişkin bu önemli fark nedeniyle, Katalonya'nın tek taraflı bağımsızlık ilanı ile İspanya'dan ayrılarak bağımsızlığını kazanması da pek mümkün gözükmemektedir.

İspanya merkez hükümeti ve Anayasa Mahkemesi'nin, Katalonya'nın bir millet ve bağımsız egemen karakterini ısrarla reddedişi ve karşı durmasına rağmen, 'Katalan halkı' özerk bir siyasi topluluk olarak tanınmaktadır. İspanyol Anayasası, 'tüm İspanyol halkının', insan hakları, kültür ve gelenekleri, dil ve kurumlarını korumak amacıyla var olduğunu açıkça beyan etmektedir. Aynı şekilde Katalan Özerklik Statüsü de Katalonya'yı milliyet olarak tanımlayarak, Katalan kamu kurumlarının hepsinin gücünü doğrudan Katalan halkından aldığını belirtmektedir.

Öte yandan Katalan Parlamentosu'nun 1989, 1998, 2010 ve 2011 yılında almış olduğu kararlarına göre Katalan halkı self-determinasyon hakkına sahiptir. İspanyol Anayasa Mahkemesi'ne göre bu kararların hiçbirinin siyasi veya hukuki bir etkisi yoktur. Bu bağlamda sorun, Katalanların uluslararası hukukta kabul edildiği şekilde bir halk olup olmadığı ve eğer self-determinasyon hakkına sahiplerse bu hakkı kullanıp kullanamayacaklarına ilişkindir.

Uluslararası hukuk çerçevesinde self-determinasyon ve ayrılma hakkının kullanımının meşruluğu, aslında, daha çok devletlerin bu hareketler karşısında alacağı tutuma bağlıdır. Günümüz hukuku ve devletleri, klasik egemenlik anlayışı, ülkesel bütünlük gibi temel uluslararası hukuk prensiplerinin tersine yeni doğan ülkeler çerçevesinde iki ülke arasındaki problemi, kimi zaman bölgesel kimi zaman da küresel ölçekte değerlendirerek, soruna hukukilikten çok siyasi olarak yaklaşmaktadırlar.

Bu kapsamda genel hatları ile değerlendirdiğimiz Katalonya'nın bağımsızlık sorunu, birçok açıdan hukuki değil siyasi gerekçelerle değerlendirilebilecek, uzun bir geçmişe sahip olmasına rağmen çok da kolay

<sup>62</sup> Seçil Şahin, Kosova'nın Bağımsızlık İlanının Uluslararası Adalet Divanı Kararı ve Self Determinasyon İlkesi Çerçevesinde İncelenmesi, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Ankara, 2015. Çevrimiçi: [www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/.../15.pdf](http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/.../15.pdf), 20.11.2017.

olmayan ve hızlı ilerleyemeyen<sup>63</sup> bir süreç olarak karşımıza çıkmaktadır. Birçok devlet bu sorunu kendi açılarından değerlendirdiğinde, kendi egemenliklerine ve toprak bütünlüklerine bir tehdit olarak görebilecekleri gibi, bazı topluluklar ise kendi geleceklerinin bu yolla şekil alabileceğini düşündüklerinden, bu hareketlerin kendilerine bir ışık tuttuğu gerekçesi ile bir emsal olarak kabul etmekte, umut olarak görmektedirler.

Katalonya'nın ayrılmayı süreklilik arz eden siyasi, ekonomik ve hukuki süreçlerle gündemde tutuyor olması, hem yerellik hem ulus devletlerin hukuki geleceği açısından önem arz etmektedir. Yukarıda da değindiğimiz gibi, self-determinasyon hakkının açıkça tanımlanmamış olsa da uluslararası hukuk tarafından genel kabul görmüş bazı unsurları bakımından, Katalanların, bu hakkı kullanabilmeleri konusunda haklı gerekçeleri kabul edilebilir görünmektedir. Ancak, uluslararası hukuk ilkelerinin varlığına rağmen, ayrılık hareketleri karşısında devletler tarafından takınılan farklı tutumlar göz önünde bulundurulduğunda, Katalonya'nın bağımsızlık talebinin nasıl sonuçlanacağını tahmini zor görünmektedir.

---

<sup>63</sup>Jaime Lluçh, "How Nationalism Evolves: explaining The Establishment of New Varieties of Nationalism within The National Movements of Quebec and Catalonia (1976-2005)," Nationalities Papers, C. 38, No: 3, 2010, s.358. Çevrimiçi: <https://nationalities.wordpress.com/nationalities.../jaime-lluch-how-nationalism-evolve...>

Avrupa Birliği ve diğer dünya devletlerinin ayrılıkçı hareketler karşısındaki git gelli durumu, Katalonya'nın karmaşık siyasi yapısı ve liderlik eksiği ve siyaseten birleşememe birlikte hareket edememesi gibi nedenlerle, mevcut süreç Katalanların bağımsızlığı bakımından ağır ilerlemektedir.

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

## **Kaynakça**

### **Kitap, Makale ve Tezler**

#### **Kitaplar**

Antonio Cassese, *Self Determination of Peoples*, Cambridge University Press, 1995

War Aims of Germany and Austria, in *3 The Public Papers of Woodrow Wilson: War and Peace 177*(Ray Stannard Baker& William E. Dodds eds.1927)

Baskın Oran, *Küreselleşme ve Azınlıklar*, İmaj Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, 2009

Berkan Demiral, *Avrupa Birliği ve Türkiye’de Bölge, Bölgeselleşme, Bölgecilik ve Bölge Yönetimleri*”, *Avrupa Perspektifinde Yerel Yönetimler*, Ed. Hüseyin Özgür ve Bekir Parlak, Alfa Aktüel, Bursa, 2006

Berdal Aral, *Üçüncü Kuşak İnsan Hakları Olarak Kollektif Haklar*, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2010

Eric John Hobsbawn, *Milletler ve Milliyetçilik*, çeviren: Osman Akınbay, Ayrıntı Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2014

Enver Bozkurt, M. Akif Kütükçü, Yasin Poyraz, *Devletler Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009

Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Kitap, Turhan Kitabevi, 9. Baskı, Ankara, 2013

Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, Cilt III, İstanbul, 2004

Marcelo G. Kohen (ed. By.), *Secession International Law Perspectives*, Cambridge University Press, New York, 2006

Mustafa Şahin, *Avrupa Birliği’nin Self -Determinasyon Politikası*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2010

Phili Allott “ Absolute Right or Social Poetry?”, Modern Law of Self-Determination, ed. Christian Tomuschat, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993

Thomas Benedikter, Modern Özerklik Sistemleri, Çeviren: Hülya Türker, Ümit Kaya, Özgür Demirel, Yasemin Salar, Mehmet Salim, Nika Yayınevi, Ankara, 2014

Valerie Epps, Lorie Graham, International Law, Examples&Explanations, Second Edition, Wolters Kluwer, 2015

### **Makaleler**

Ali L. Karaosmanoğlu, “Kendi Kaderini Tayin, Ülke Bütünlüğü, Uluslararası İstikrar ve Demokrasi”, Doğu-Batı, (Savaş ve Barış) Yıl: 6, Sayı: 24, Ağustos, Eylül, Ekim 2003

Abdulla Uz., Teoride ve Uygulamada Self Determinasyon, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, Cilt:3 No:9, 2007

Ayşe. Füsun Arsava, Self Determination Hakkının Tarihi Gelişimine Bir Bakış ve Aaland Sorunu, Seha L. Meray’a Armağan, Ankara, AÜSBF. Cilt. 1, 198

Ayşe Füsun Arsava, Azınlıklar Kavramı ve Azınlıkların Uluslararası Belgeler ve Özellikle medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 27. Maddesi Işığında İncelenmesi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1993

Birgül Demirtaş Coşkun, Kosova’nın Bağımsızlığı ve Türk Dış Politikası(1990-2008), Uluslararası İlişkiler, Cilt 7, Sayı 27, Güz 2010

Cevad Abdullahzade, Self-determinasyon ve Ayrılma Açısından Kırım Sorunu, TAAD Dergisi, Yıl:5, S. 19, 2014

Ceren Gürseller, Kırım’ın ‘Self –Determinasyonu’ Nasıl Yorumlanabilir?, Karadeniz Araştırmaları, Sayı 43, 2014

David Cameron, Self-Determination: Canada and Quebec, Conflict Prevention and Peace Forum (CPPF), CPPF working papers on models of autonomous rule no:1, social Science Research Council, 2017



Doğan Kılınc, Self Determinasyon Hakkının Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C XII, Y. 2008,. SA. 1-2

Eva Pons Parera, 'The Effect of Constitutional Court ruling 31/2010 dated 28.June.2010 on the Linguistic Regime of the Statute of Catalonia', Catalan Social Sciences Review, 3,2013

Elçin Aktoprak, Ulus-Devletin Dönüşümünde İspanya Modeli ve Katalonya Örneği, Dipnot Dergisi, S. 6, 2011, s. 21-23.

Ela Bilgen, Bağımsızlık ve Devlet İkileminde Katalonya, Birikim Dergisi, 2017

Fatma Taşdemir, Uluslararası Hukukta Toprak Bütünlüğü İlkesi, Tanıma Doktrini ve Bir Norm Olarak Ayrılma Hakkı, Gazi, Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı:18, No:3, 2016

Glen Anderson, Secession in International Law and Relations: What Are You Talking About?, Loyola Marymount University and Loyola Law School Digital Commons, 35 Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review

İrfan Kaya Güler, The Analysis of Kosova's Independence within The Framework of Self-Determinasyon, KOSBED, S. 31, 2016

Johan D.Van Der Vyever, Self-Determination of Peoples of Quebec under International Law, Transnational Law&Policy vol: 10:1, Fall 2000

Josep Costa, Does Catalonia Have the Right of Self-Determination?, Catalonia Background Information, Series E, 2.1, en, 2017

Josep Desquens, Affairs 'Europe's Stateless Nations in The Era of Globalization The case for Catalonia's Secession from Spain', Journal of International, 2003

Jaime Lluch, How Nationalism Evolves: explaining The Establishment of New Varieties of Nationalism within The National Movements of Quebec and Catalonia (1976-2005), Nationalities Papers, C. 38, No: 3, 2010

Karaosmanoğlu, Ali L., “Kendi Kaderini Tayin, Ülke Bütünlüğü, Uluslararası İstikrar ve Demokrasi”, Doğu-Batı, (Savaş ve Barış) Yıl: 6, Sayı: 24, Ağustos, Eylül, Ekim 2003

Marttı Koskenniemi, ‘Günümüzde Milli Self-determinasyon: Hukuki Teori ve Uygulama Sorunları’, çev. Mesut Hakkı Çaşın, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt I, Sayı I, 1997

Selin Esen, 1978 İspanyol Anayasası: Ulus Devlet Modelleri ve İspanya Örneği, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi., Ankara, 2011

Seçil Şahin, Kosova’nın Bağımsızlık İlanının Uluslararası Adalet Divanı Kararı ve Self Determinasyon İlkesi Çerçevesinde İncelenmesi, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Ankara, 2015

Volkan Tatar, Nuri Gökhan Toprak, Kendi Kaderini Kendi Tayin Kavramının Hukuki ve Siyasi Yönleri Üzerine Bir İnceleme, Bilge Strateji, Cilt 7, Sayı 13, Güz 2015

Yüksel Metin, Burak Erece, Bölge Devlet ve Federal Devlet Mukayesesi: İspanya ve Federal Almanya Örneği  
<http://dergi.uyusmazlik.gov.tr/umd/yedincisayi/25metinyuksel.pdf>

## **Tezler**

Ali Hüseyin Ali, Uluslararası Hukukta Kendi Geleceğini Belirleme (Self-determinasyon) Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013

Fatma Taşdemir, Yeni Dünya Düzeninde Self Determinasyon, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1999

Hüseyin Kalaycı, Kanada-Quebec Sorunu, Çok Kültürcülük, Kendi Kaderini Tayin, Milliyetçilik ve Federalizm, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2007

## **İnternet Kaynakları ve Diğer Kaynaklar (Kararlar, Raporlar)**

Uluslararası Adalet Divanı 2010 Kosova Kararı [www.icj-cij.org/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf](http://www.icj-cij.org/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf)

UN Documents for Kosovo, Çevrimiçi:

<http://www.securitycouncilreport.org/un-documents/kosovo/>

Reference RE Secession of Quebec Kanada Yüksek Mahkemesi Kararı,  
<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do>

The Spanish Court Decision That Sparked The Modern Catalan Independence Momente'

Çevrimiçi:

<https://www.theatlantic.com/international/archive/2017/10/catalonia-referendum/541611/>

1960, 1514 (XI) Sömürgelerin Tasviye ve Sömürge Ülkelerine ve Halklarına Bağımsızlık Tanınması Kararı., 2625 (XXV) Kararı(ilkeler içinde yer alan 5.ilke) :[www.un.org/en/sections/documents/general-assembly-resolutions](http://www.un.org/en/sections/documents/general-assembly-resolutions)

Aureliu Cristescu, The Right to Self Determination, Historical and Current Developments On the Basis on United Nations Instruments, United Nations, 1981

Özer Binici, Kosova'nın Bağımsızlık Süreci ve Uluslararası Ortamda Yankıları, (Misafir Kalem), 21 Ekim 2003,

<http://akademikperspektif.com/2013/10/21/kosovanin-bagimsizlik-sureci-ve-uluslararasi-ortamda-yankilari/>

War Aims of Germany and Austria, in 3 The Public Papers of Woodrow Wilson: War and Peace 177(Ray Stannard Baker& William E. Dodds eds.1927) Wilson İlkeleri Nelerdir? [www.sessiz tarih.net](http://www.sessiz tarih.net)

[www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr)

<http://uhdigm.adalet.gov.tr> ,

İspanya Tarihi /IPFS

[https://ipfs.io/ipfs/QmT5NvUtoM5nWFfrQdVrFtvGfKFmG7ahe8p34isapyhCxX/wiki/İspanya\\_tarihi.html](https://ipfs.io/ipfs/QmT5NvUtoM5nWFfrQdVrFtvGfKFmG7ahe8p34isapyhCxX/wiki/İspanya_tarihi.html)

<http://www.mfa.gov.tr/ispanya-siyasi-gorunumu.tr.mfa>

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/14-İSPANYA%20533-584.pdf>

Constitutional Court Judgment, No 31/2010, of June 28 (Unofficial Translation),  
Çevrimiçi:<https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/31-2010,%20of%20June%2028.pdf>

Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı No:1514 (Yıl 1960), çevrimiçi:  
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/152/88/IMG/NR015288.pdf?OpenElement> , 20.11.2017.

Birleşmiş Milletler Dostane İlişkiler Bildirisi (1970), çevrimiçi:  
<http://www.un-documents.net/a25r2625.htm> , 20.11.2017.

# FEMİNİST HUKUK TEORİSİ VE ÖZEN AHLAKI

## (ETHICS OF CARE IN FEMINIST LEGAL THEORY)

Prof. Dr. Oktay UYGUN\*

### Özet

Feminist düşüncenin bir hukuk teorisine sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, feminizmin hukuka ilişkin bazı eleştiri ve tespitleri vardır ama bunlardan bir hukuk teorisi ortaya çıkmaz. Çünkü bu tespitler bir hukuk teorisinin ele alması gerektiği bütün alanlara değil, yalnızca bunların küçük bir bölümüne ilişkindir. Diğer görüş ise, bir hukuk teorisinin mutlaka hukukun kaynağı, işlevi, amacı ve niteliği konusunda kapsamlı açıklamalar getirmek zorunda olmadığını belirtir. Hukukun bütün bu alanlarında kapsamlı ve ayrıntılı açıklamalar getirmese de, kendisini diğer teorilerden farklılaştıran noktaları açıklıkla ortaya koyan sistematik ve bütünlüklü görüşler de bir hukuk teorisi olarak kabul edilebilir. Feminizm, erken tarihlerden itibaren, hukukun kadın üzerindeki erkek tahakkümünü pekiştiren işlevini başarılı bir şekilde ortaya koymuş ve bu durumun değişmesi için mücadele etmiştir. Bu eleştirel yaklaşımın yanı sıra, feminist düşüncenin bir kolu, kadınların adil bir toplumsal düzenin temeli olabilecek farklı bir ahlaki bakış açısına sahip olduklarını ileri sürer. *Özen ahlakı* olarak adlandırılan bu farklı yaklaşım, erkeklerin *adalet ahlakı*ndan daha üstün görülür. İşte, bu güçlü iddiayla birleştirildiğinde, feminizmin, hukuka ilişkin eleştiri ve değerlendirmeleriyle, ortaya incelenmeye değer bir hukuk teorisi çıkardığını kabul etmek gerekir.

**Anahtar Kelimeler:** *adalet ahlakı, cinsiyet, hakkaniyet, hukuk teorisi, liberal feminizm, özen ahlakı, pozitif ayrımcılık, radikal feminizm, toplumsal cinsiyet*

### Abstract

Is there a feminist theory of law? This is a very controversial issue. In one view, there are some feminist critics of the law, but it cannot be said that these criticisms have turned into a comprehensive legal theory since these criticism relate only to a small part of them, not to all areas where a legal theory should be addressed. The other point of view is that a legal theory does not necessarily have to provide comprehensive explanations on the whole of the source, function, purpose and nature of law. Although the feminist point of

---

\* Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi Genel Kamu Hukuku ABD / Prof.Dr., Yeditepe University Department of General Public Law, Legal Philosophy and Sociology

view does not provide comprehensive and detailed explanations in all of these areas, the systematic and coherent opinions that openly express the points that differentiate it from the other theories can be considered as a unique theory of law. From an early date, feminism has found that the law reinforces male domination over women. In addition to this critical approach, a branch of feminist thinking suggests that women have a different moral perspective in which a fair society can be established. This different approach, called *ethics of care*, is seen as superior to men's *ethics of justice*. Now, when combined with this strong argument, it is necessary to acknowledge that feminist criticism and evaluation of the law has turned into a theory of law worthy of examination.

**Keywords:** *affirmative action, ethics of care, ethics of justice, equity, gender, legal theory, liberal feminism, radical feminism, sex*

### I - Feminist Düşüncenin Gelişimi

Kadınlar üzerindeki cinsiyetçi baskıyı sonlandırmayı amaçlayan feminist düşünce, ilk kez Fransız Devrimi sırasında ciddi siyasal taleplerle ortaya çıktı. Kuşkusuz, kadınların toplum içindeki rolünü ve haklarını güçlendirmeye yönelik görüşlerin çok daha eskiye uzanan bir geçmişi vardır. Ancak farklı çağlarda ve değişik kültür çevrelerinde izlerine rastlanan bu tür görüşler, 1840 ve 1850'lerde kadınların verdiği oy hakkı mücadelesine kadar geniş kitlelerin ilgisini ve desteğini çekmeyi başaramamıştı. O tarihlerden günümüze, bazı yönlerden birbiriyle çelişen bakış açılarına sahip farklı feminist gelenekler oluştu; liberal feminizm, radikal feminizm, sosyalist feminizm, kültürel feminizm, siyah feminizm gibi. Bütün çeşitliliğine ve dağınıklığına rağmen, 1970'lerin başında, bu görüşlerden bir *feminist felsefe* ortaya çıktı ve kendini felsefenin belli başlı alt disiplinlerinden biri olarak kabul ettirdi. Farklı feminist bakış açılarını birleştiren ortak yönlerden biri de, hukuk sistemine ilişkin saptamalarıdır: Hukuk ve siyasal kurumlar kadınları baskı altına almak için kullanılan etkin araçlar olarak görülür. Hukuk sisteminin eleştirisi üzerinde birleşen feminist görüşler, kadın üzerindeki erkek tahakkümünden kurtulmak amacıyla hukuki yapının nasıl dönüştürüleceği konusunda epeyce farklı yollar önerir.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Alison Stone, *Feminist Felsefeye Giriş* (Çev. Y. Cingöz, B. Tanrısever), Otonom Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.11-35; Andrew Heywood, *Siyaset* (Çev. B. Özipek, B. Şahin, M. Yıldız vd.), Liberte Yayınları, 2006, s.86-87

Siyasi bir terim olarak *feminizm* yirminci yüzyıl buluşudur. Bu kavram, on dokuzuncu yüzyılda tıbbi bir terim olarak kullanılıyordu. Feminizmin günlük konuşma dilinin yaygın bir terimi haline gelmesi ise, 1960'lardan sonra söz konusu olmuştur. Bkz: Andrew YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)

### Liberal Feminizm

Liberal feminizm olarak adlandırılan düşünce, 17. ve 18. yüzyıllarda aydınlanmanın, liberal ideolojinin ve doğal hukuk teorisinin etkisiyle şekillendi. O yüzyılların Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ve Amerikan Anayasası gibi önemli belgeleri kişilerin doğal haklarından söz etse de, bu haklar yalnızca özgür ve beyaz erkeklere tanınmıştı. Çünkü, yalnızca erkekler bu hakları kullanabilecek *rasyonel* düşünce tarzına sahipti. Kadınlar aklıyla değil, duygularıyla hareket eden *irrasyonel* varlıklar olarak kabul edilirdi.<sup>2</sup> On sekizinci yüzyıl feministlerinin temel iddiası, kadın ve erkek arasındaki bu farklılığın nedeninin akıl yetilerindeki farklılık olmadığıdır: Kadınlar, rasyonel düşüncenin geliştirilebileceği tüm alanlardan dışlanıp eve ve çocuk bakımına mahkûm edildiğinden bu konuda yetersiz görünmektedir.<sup>3</sup>

On sekizinci yüzyıl liberal feministlerinin tarihe geçen örnekleri arasında bir kaç isim sayabiliriz. *Olympe de Gouges*, Fransız Devrimi'nin erken safhalarında, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'ne alternatif bir kadın hakları bildirgesi kaleme aldı. Kadınların erkeklerle eşit haklara sahip olması gerektiği düşüncesi, o dönemin devrimcilerine fazla radikal ve zararlı görüldü; Gouges giyotinle idam edildi. Bir yıl sonra, 1792'de, *Mary Wollstonecraft*, feminist teori tarihindeki ilk önemli çalışma olan *Kadın Haklarının Müdafası*<sup>4</sup> adlı eserini yayımladı. Eserini Fransız bakan Talleyrand'a ithaf eden Wollstonecraft, kadınların erkeklerle eşit haklara sahip olmaması durumunda, Fransa'nın rejiminin tiranlık olarak kalmaya devam edeceğini belirtti. Ona göre, kadınların erkekler için yaratıldığını varsayan geleneksel düşünce, kadınların insanlığa ait tüm erdem ve yeteneklerden yoksun kılınmasıyla sonuçlanmıştır. Öyle ki, kadınların "artık tek gayeleri, saygınlık yerine şehvet uyandırmak için güzel olmaktır. Bu onursuz istek, tıpkı mutlak monarşilerdeki kölelik gibi, şahsiyetin bütün gücünü yerle bir eder. Özgürlük erdemlerin anasıdır; tabiatı gereği kadın köle ise ve özgürlüğün canlandırıcı keskin havasını solumasına izin verilmiyorsa, başka topraktan gelen bitki gibi çürümeye ve tabiattaki güzel kusurlar olarak görülmeye mahkûmdur."<sup>5</sup>

Heywood, *Siyasi İdeolojiler* (Çev. A. Bayram, Ö. Tüfekçi, H. İnaç vd.), Liberte Yayınları, 2014, s.235

<sup>2</sup> Bu bakış açısının eski Yunan uygarlığından günümüze felsefi düşüncedeki hâkimiyetini görmek için bkz: Genevieve Lloyd, "The Man of Reason", *Feminist Theory* (Ed. A. E. Cudd, R. O. Andreasen), Blackwell Publishing, 2005, s.177-187

<sup>3</sup> Stone 2016, s.24-26

<sup>4</sup> Mary Wollstonecraft, *Kadın Haklarının Müdafası* (Çev. K. Erol), Doruk Yayıncılık, İstanbul, 2012

<sup>5</sup> Wollstonecraft 2012, s.86

Fransız Devrimi'nin liderleri ve doğal hukuk teorisinin o dönemdeki teorisyenleri, bu feminist fikirleri kabul etmediler: Kadın, doğal yapısı gereği, eş ve anne olarak evine aitti; kamusal alandan ve siyasetten dışlanmasında yanlış olan bir şey yoktu. On yedinci ve on sekizinci yüzyılda neredeyse evrensellik kazanan bu düşünce, ancak on dokuzuncu yüzyılın başında aşılabilir ve kadınların bazı hakları, kısmen de olsa hukuki güvenceye kavuşturulacaktı. Bu konuda, feminist kampanyaların ilk hedefi oy hakkının elde edilmesiydi. Kadınlar Yeni Zelanda'da 1893'te, ABD'de 1920'de, Birleşik Krallık'ta 1928'de ve Fransa'da 1944'te oy hakkını kazandı. Liberal feminizm, oy hakkının kazanılmasından sonra, kadınların toplum içinde dezavantajlı olduğu diğer alanların iyileştirilmesi mücadelesine girişti. Özellikle ücretlerdeki eşitsizlikler, çeşitli ayrımcılık uygulamaları ve kadınların dışlandığı meslekler hedef seçildi.<sup>6</sup>

### Radikal Feminizm

Liberal feminist düşüncenin 1840'lar ve 1850'lerde kitle desteği kazanması, ilk dalga feminizm olarak adlandırılır. İkinci feminist dalga, fikri temelleri daha eski olmakla birlikte, 1960'lar ve 1970'lerde Kuzey Amerika'da yükseldi ve *radikal feminizm* olarak adlandırıldı.<sup>7</sup> Feminist düşünce, artık doğal hakların kadınlara da tanınması gibi çekingen bir duruş sergilemiyor, tersine, ataerkil toplumsal düzeni tümüyle mahkûm eden bir bakış açısını dile getiriyordu. Temel iddia, erkeklerin kadınlar üzerindeki tahakkümünün, sınıfsal, ırksal, dinsel vb. tüm tahakküm biçimlerinden daha yaygın ve daha baskıcı olduğudur.<sup>8</sup> Erkekler, bütün toplumsal kurumları kadınlar üzerinde bir baskı aracına dönüştürmüştür: Kültür, dil, din, hukuk, ahlak, gelenekler, aile... kısacası topluma özgü her şey, kadınları aşağı bir statüye mahkûm etmek için kullanılmaktadır. Tüm kadınlar, erkeklerin emeklerini sömürmesi bakımından baskı altına alınmıştır. Kadınlar ev işi, çocuk ve yaşlı bakımını

<sup>6</sup> Heywood 2014, s.235-6; Nicola Lacey, "Feminist Legal Theory and the Rights of Women", *Gender and Human Rights* (Ed. Karen Knop), Oxford University Press, 2004, s.19-22

<sup>7</sup> "İkinci dalga feminizmi, siyasi ve yasal hakların elde edilmesiyle kadın sorununun çözümediğini kabul etti.. 1963'te Betty Friedan'ın *Kadınlığın Gizemi* (1963) adlı eseri, feminist düşüncenin yeniden hareketlenmesine çok katkı sağladı... Kate Millet'in *Cinsel Siyaset* (1979) ve Germanie Gree'in *Hadım Edilmiş Kadın* (1970) gibi kitapları, kadının baskılanmasının kişisel, psikolojik ve cinsel yönlerine ilgiyi çekerek daha önceleri "siyasi" olarak ele alınan sınırları genişletmiştir. İkinci dalga feminizmin amacı, sadece siyasal özgürlük değil... kadının özgürleştirilmesi olmuştur. Böyle bir hedef, tek başına siyasi reformlar veya yasal değişikliklerle elde edilemezdi: Çoğu feministin ileri sürdüğü gibi radikal, belki de devrimci bir sosyal değişim süreci gerekliydi." Heywood 2014, s.236-237

<sup>8</sup> Lacey 2004, s.23



kocaları için ücretsiz yapar. “Kadınlar ev dışında ücretli işlerde çalışsalar bile, kocaları için yine de çalışmak zorundadır; tıpkı feodal toplumlarda her serfin derebeyi için çalışmaya mecbur olması gibi.”<sup>9</sup> Öyle ki, bu ataerkil kültürde, *erkek (man)* sözcüğü hem erkeği hem de insanlığın bütününe ifade eder durumdadır, tek tanrılı dinlerde tanrıların hepsi erkektir. 1969’da New York’ta *Redstockings Kadın Kurtuluş Hareketi* adıyla kurulan radikal feminist grup, aynı yıl yayımladığı bildiride görüşlerini şöyle ifade etmiştir:

*“Kadınlar baskı altına alınmış bir sınıftır. Hayatımızın her yönünü kuşatan bu baskı bütüncüdür: Birer seks objesi, damızlık, ev hizmetçisi ve ucuz işgücü olarak sömürülüyoruz. Yalnızca erkeklerin hayatını kolaylaştıran, aşağı statüde varlıklar olarak görülüyoruz. İnsanlığımız inkâr ediliyor. Mahkûm edildiğimiz bu statünün devamlılığı fiziksel şiddet tehdidiyle sağlanıyor. Üzerimizdeki baskının failleri erkeklerdir. Erkek üstünlüğü en eski, en temel tahakküm biçimidir. Diğer tüm sömürü ve baskı biçimleri (ırkçılık, kapitalizm, emperyalizm vb.) erkek üstünlüğünün uzantılarıdır... Erkekler tüm siyasi, ekonomik ve kültürel kurumları denetim altında tutmakta ve bu denetimi fiziksel şiddet ile sürdürmektedir. Tüm erkekler, erkek üstünlüğünden ekonomik, cinsel ve psikolojik faydalar sağlar... Şu aşamada temel görevimiz, deneyimlerimizi paylaşarak ve bütün kurumların cinsiyetçi temellerini ifşa ederek bir kadın sınıf bilinci geliştirmektir.”<sup>10</sup>*

Kadın üzerindeki erkek tahakkümü konusunda uzlaşan radikal feministler, bu tahakkümün nasıl sona erdirileceği konusunda farklı yaklaşımlar ortaya koymuştur. Bir kısmı, ataerkil kültürde kadına özgü nitelikler olarak belirlenen tüm unsurların ret edilmesi gerektiğini savundu. Buna göre, kadını tanımlayan duygusal, kibar, yardımsever, şefkatli, koruyucu gibi tutum ve davranış biçimleri, bir şekilde erkek üstünlüğünü perçinlediği için kabul edilemezdi. Diğer bir kısım ise, dışı biyolojisinin sonucu olan bu özellikleri dezavantaj olarak görmedi, tersine, kadınlara çocuk yetiştirme ve işbirliği yapma gibi üstün meziyetler kazandırdığını kabul etti. Bu nedenle, bu dışıl özellikler korunmalı ve ataerkil olmayan yeni bir toplumsal kültürün temeli haline getirilmeliydi. Bu kesim içinde bir grup, ayrılıkçı bir tavır sergileyerek, kadının erkek toplumundan tümüyle çekilmesi gerektiğini; yalnızca kadınlara

<sup>9</sup> Stone 2016, s.144

<sup>10</sup> Bildiri metninin tamamı için bkz: <http://www.redstockings.org/index.php/rs-manifesto> (01.08.2017)

açık alanlar ve kurumlar yaratarak kadınlara özgü yeni bir toplum kurulması gerektiğini savundu.<sup>11</sup>

Radikal feminizm, liberal feministlerin pek dokunmadıkları din ve evlilik gibi kurumlara el attı ve onlar için alternatifler düşündü. Din, ataerkil bir kültürde ölüm ve öte dünya merkezlidir. Bunun nedeni, tarihte erkeklerin ölümle kurdukları ilişkidir: İlkel toplumlarda erkekler avlanır ve savaşır, bir başka deyişle, hayatları diğer canlıları öldürerek geçer. Kadınlar ise çalışır ve çocuk doğurur; onların işi hayat almak değil, hayat vermektir. Bu nedenle, erkekler tanrıyı öfkeli, cezalandırıcı, kinci bir varlık olarak tahayyül etmişler, ölümü kutsamışlar, öldürmeyi kahramanlık saymışlardır. Kadınlar için tanrı, daha çok hayat veren, geçim imkânları sağlayan, koruyucu bir güçtür. Değerli olan öldürmek değil, hayat vermektir. Radikal feministler, kadınsı bakış açısının din dâhil bütün sosyal kurumlarda olumlu yönde köklü değişikliklere yol açabileceğini savundu.<sup>12</sup>

Liberal feminizm, ataerkil kültürün bütün kurumlarının kadınlara eşit ölçüde açık tutulması mücadelesini vermişti. Bu mücadele, daha çok, kadınların eşit eğitim alması, mülk edinmede, meslek sahibi olmada ve oy vermede eşitliğin sağlanmasını hedefliyordu. Radikal feministler ise, erkek tahakkümünün somutlaştığı kurumları temelden sorguladılar. Bu kurumlara eşit katılım bir seçenektir ama bazıları tümüyle yeniden yapılandırılmalı veya ortadan kaldırılmalıydı. Örneğin, çocuk doğurma ve çocuk bakımı kadının kamusal alana çıkışını engelleyen en önemli etkenlerden biriydi. Bu dezavantajı ortadan kaldırmak için rahim dışı dölleniş mümkün kılacak teknolojiler geliştirilmeli, çekirdek ailenin tasfiye edilmesi gerekliydi. Liberal feministler askerlik hizmetine kadınların erkeklerle eşit biçimde katılması gerektiğini savunurken, radikaller, askerliği feminizmin barışsever ve yaşatmayı üstün tutan değerler sistemine aykırı bularak tümüyle reddettiler.<sup>13</sup>

Feminist düşünce içinde bir grup, kadın üzerindeki erkek tahakkümünü Marksist ideolojinin temel ilkeleri açısından ele aldı ve yorumladı. **Sosyalist feminizm** olarak adlandırılan bu bakış açısı, kadının sömürülmesi ile kapitalizm arasındaki bağlantıları ortaya çıkarmaya çalıştı: Kadınlar ev işlerinde erkekten daha çok çalışmakta ve kapitalist işçi nesilleri yetiştirmektedir. Kadının özel alanda erkekten daha fazla baskı ve sömürüye maruz kalmasını

<sup>11</sup> Stone 2016, s.27-28

<sup>12</sup> Josephine Donovan, *Feminist Teori* (Çev. A. Bora, M. Gevrek, F. Sayılan), İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, s.99-103

<sup>13</sup> Stone 2016, s.196-198; Donovan 2015, s.130  
*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

kapitalizmin bir gereği olarak yorumladılar. **Siyah feministler** olarak adlandırılan bir başka grup, kadın üzerindeki baskının yalnızca ataerkil kültürden ve kapitalizmin koşullarından kaynaklanmadığını, ırksal baskının da içinde bulunduğu çok katmanlı bir baskı sisteminin söz konusu olduğunu dile getirdi. Üstelik, siyah kadınlar bir kaç farklı baskı sistemi altında ezilirken, yalnızca toplumsal cinsiyet tarafından baskılanan beyaz kadınlar ırksal sistemden fayda sağlarlar.<sup>14</sup>

## II - Biyolojik Cinsiyet ve Toplumsal Cinsiyet

Ataerkil kültür, erkek ve kadınların toplum içindeki rollerinin *doğal* olduğunu, diğer bir deyişle biyolojileri tarafından belirlendiğini ileri sürer. Bu bağlamda, kadının anatomisi ve fizyolojisi, onu toplum içinde erkeğin gerisinde durmaya ve evcil bir rol üstlenmeye yöneltir. Feminist hareket, kadının toplum içindeki konumu ile biyoloji arasında kurulan bu ilişkiyi reddeder. Kuşkusuz, çocuk doğurma, adet görme ve bebek emzirme kapasitesi yalnızca kadına özgüdür. Ancak bu kapasitenin varlığı, onların toplum içinde dezavantajlı bir konuma itilmelerini ve erkeğe bağımlı hale getirilmelerini zorunlu kılmaz. Çocuk doğurma kapasitesi, kadının ömür boyu kendini eve kapatmasını gerektirmez. Kadına ait kabul edilen bu yükler erkeklerle paylaşılabilir veya devlet desteği ile yürütülebilir.

Feminist hareket, ataerkil kültürün kadına yüklediği rolün, biyoloji bahane edilerek erkekler tarafından kurgulandığını belirtir ve onu *biyolojik cinsiyetten (sex)* ayrıştırmak için *toplumsal cinsiyet (gender)* olarak adlandırır. “Feministler, cinsiyet ve toplumsal cinsiyet arasında keskin bir çizgi çizerek, biyolojinin bir kader olduğu fikrine meydan okumuşlardır. Bu anlamda cinsiyet, erkek ve kadın arasındaki biyolojik farklara atıfta bulunur... Toplumsal cinsiyet ise kültürel bir kavramdır; bu kavram toplum tarafından erkek ve kadına biçilen rolleri çağrıştırır... Simon de Beauvoir’ın belirttiği gibi, *kadın doğulmaz, olunur*. Ataerkil fikirler, cinsiyet ve toplumsal cinsiyet arasındaki ayrımı bulandırıyor, erkek ve kadın arasındaki bütün sosyal ayrımların biyoloji ve anatomiden kaynaklandığını varsayıyor.”<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Stone 2016, s.28-31. Liberal feminizm ile radikal feminizm arasında *kültürel feminizm* akımının yerleştirilerek, feminist hareketin üç aşamalı olarak incelenmesi yaygın benimsenin bir tutumdur. Bazı yazarlar, feminist hareketi daha fazla kategorilere ayırarak incelemeyi tercih eder. Raymond Wacks’a göre, “en az beş büyük hukuki feminizm akımı vardır.” (Wacks 2015, s.103) Bu çalışmada, feminist hareketin iki ana kategoriye ayrılarak incelenmesi ve hukuka ilişkin görüşlerinin değerlendirilmesi pedagojik açıdan yararlı görülmüştür.

<sup>15</sup> Heywood 2014, s.241

Liberal feministler, yaygın kabul gören, kadının erkeğe göre daha az *rasyonel (akılcı)* bir varlık olduğu önyargısını yıkmak için mücadele etmişler ve kamusal alana çıkmalarına izin verildiğinde, kadınların da erkekler gibi “rasyonel” varlıklar olduklarını kanıtlayacaklarını savunmuşlardır. Radikal feministlerin bu konu hakkındaki kavrayışları çok daha derinliktir. Onlar, kadın ve erkek kimliklerinin, doğru ve makul olanı bulma kapasitesi olarak rasyonel (akılcı) davranışın derecesine göre biçimlenmediğini fark etmişlerdir. Erkeklik ve kadınlık, akılcılığın bir derecesi olarak *nicelik* farkı değildir; tersine, tarih boyunca erkeklik değerli, güçlü, mantıklı vb. olumlu niteliklerle, kadınlık ise bunların tersiyle tanımlandığı için iki kavram arasındaki fark *nitelik* farkıdır. Platon’dan Sartre’a kadar bütün filozoflar, akla uygun hareket etmeyi kişinin duygularına ve bedensel isteklerine üstün gelme çabası olarak görmüşler ve erkekliği de bu karakter özelliği ile tanımlamışlardır. Duygusal olmak ve bedensel isteklere yönelmek kadınsı bir özellik olarak görüldüğünden, *akılcılık* ve *erkeklik* kavramları adeta özdeşleşmiştir.<sup>16</sup>

Düşünce tarihi incelendiğinde, “erkek” ve “kadın” kavramlarının, her şeyden önce bir değer yargısı olarak kullanılageldiği görülecektir. Feminist düşüncenin doğuşuna kadar, ataerki kültürün biçimlendirdiği “kadın” kimliği, rasyonel olmadığı için dışlanan ve değersizleştirilen tüm özelliklerin toplamı gibidir. Bu durumda, kadınların da erkekler gibi rasyonel varlıklar olduğunun savunulması ve kamusal alanda görünür kılınmalarının sağlanması ile sorun çözümlenemeyecektir. Böyle yapıldığında, tarih boyunca kadınlıkla ilişkilendirilen tüm kişilik özellikleri ve davranış biçimlerinin değersiz olduğu; değerli olan tüm erdemlerin ise yalnızca erkeklikle ilişkilendirilenlerden ibaret olduğu onaylanmış olacaktır. Radikal feministler, binlerce yıldır “kadınsı” veya “kadına özgü” diye nitelendirildiği için ciddiye alınmayan ve dışlanan kişilik özellikleri, etkinlikler ve fikirlerin yeniden değerlendirilmesini savunmuşlardır.

### **Kadın Bedeninin Dönüştürülmesi**

Hukukçu feminist Mary Joe Frug, hukuk kurallarının ve bunların erkek hukukçular tarafından toplumsal cinsiyet rolleriyle uyumlu yorumunun, kadın bedenini erkek bedeninden farklılaştırarak üç açıdan dönüşüme uğrattığını belirtir. İlk olarak, kadın bedeni cinsel bir obje olarak kabul edilir: Hukuk, kadın cinselliğinin erkeklerin hoşuna giden bir modelini tanır ve teşvik

<sup>16</sup> Bu konuda zihin açıcı bir çalışma için bkz: Genevieve Lloyd, *Erkek Akıl* (Çev. M. Özcan), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2015  
YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)

eder. Bu modelde “uygun cinsellik”, evlilik içi, yalnızca kocayla sınırlı, zamanına ve biçimine kocanın karar vereceği ve kadını pasifize eden bir rol olarak tanımlanır. Aynı hukuk kuralları, erkeklerin hoşuna gittiği için pornografiyi, erotize reklamcılık ve eğlenceyi ve hatta fahişeliği dolaylı olarak korur. İkinci olarak, kadın bedeni, üzerinde şiddet uygulanan bir nesne olarak görülür. Kadına yönelik fiziksel şiddet aile içinde, sokakta ve hayatın her alanında yaygın olmakla birlikte, özellikle seks işçileri söz konusu olduğunda, patronları ve müşterileri tarafından gerçekleştirilen günlük standart rutine dönüşür. Kadın bedenini bu tür fiziksel şiddetten korumak için hukuk çok yetersizdir. Üçüncü olarak, kadın bedeni annelik hizmeti veren bir organ olarak kabul edilir. Hukuk kuralları, bazı durumlarda, kadınları kendi iradelerine aykırı biçimde hamileliği sürdürmeye ve doğurmaya zorlar, çocuk bakımına ilişkin erkeğin de üstlenebileceği iş ve sorumlulukların tümünü kadına yükler.<sup>17</sup>

Pek çok feminist, erkek ve kadın arasındaki cinsiyet farklılıklarının küçük olduğunu ve bunların kadınların toplum içindeki dezavantajlı konumunu ne açıklayabildiği ne de haklılaştırabildiğini savunur. Bu nedenle, erkekler ve kadınlar, toplumsal rolleri bakımından cinsiyetlerine vurgu yapmayan bireyler olarak görülmelidir. *Farklılık feministleri* olarak adlandırılan bir kesim ise, cinsiyet farklılıklarının önemli olduğunu savunur. Erkeklerin saldırgan ve rekabetçi doğası ile kadınların yaratıcı ve empatiye yakın karakterlerinin kültürel bir kurgu olmaktan çok hormonal ve genetik farklılıklardan kaynaklandığını belirtir. Kadınlar, bu farklılıklarının bilincine varmalı ve onlarla övünmelidir. Kadına özgü nitelikler, toplum içindeki dezavantajlı konumun gerekçesi olmamalı, tersine, daha adil bir toplum düzeninin kurulması için desteklenmelidir.<sup>18</sup>

## II - Özen (Bakım) Ahlakı ve Adalet Ahlakı

Feminist hareketin tarihsel aşamalarına kısaca göz attıktan sonra, şimdi, feminizmin hukuka ve siyasete bakışını önemli ölçüde biçimlendiren bir konuyu ele alacağız. Batı düşünce tarihinde, ataerkil toplumsal yapıda kadınların kamusal alandan dışlanıp özel alana hapsedilmesinin, cinsiyetler arasında önemli zihinsel ve duygusal farklılaşmaya yol açtığı kabul edilir. Segal'e göre; “Kadınların birçok durumda erkeklerden daha sıcak, daha duyarlı ve başkalarına karşı daha ilgili oldukları tabii ki gerçektir; kadınlar

<sup>17</sup> Mary Joe Frug, *Postmodern Legal Feminism*, Routledge, 1992, s.128-145

<sup>18</sup> Heywood 2014, s.243; Ann E. Cudd, Lesli E. Jones, “Sexism”, *Feminist Theory* (Ed. A. E. Cudd, R. O. Andreasen), Blackwell Publishing, 2005, s.80-82

çoğunlukla erkeklerden daha az saldırgan ve rekabetçi gibi görünürler. Erkekler de, bizlere her zaman böyle olduğumuzu söylemişlerdir... Hepimizin kabul edeceği gibi, kadınların daha iyi sayılması inancı ve gerçeği, kadınların başkalarına annelik etmek ve bakmak gibi temel eğilimlerine yakından bağlıdır. Ama kadınların genelde hor görülmesinde ve ekonomik bağımlılıklarının sürdürülmesinde tayin edici rolü de, zaten bu annelik ve çocuk büyütme ile bu etkinlikleri destekleyen toplumsal inançlar oynar.”<sup>19</sup>

Kadınlar, ev ve aile hayatı için gerekli olduğu düşünülen *sezgisel, duygusal ve ayrıntılara önem veren* düşünme formları geliştirmiştir. Erkekler ise, kamusal alanda gerekli olduğu kabul edilen *akılcı, tarafsız ve serinkanlı* düşünme formlarını takip eder. Açıkçası, cinsiyete veya cinsiyete dayalı işbölümüne göre şekillenen iki farklı *ahlaki kapasite* söz konusudur. Erkekler, kadınların ahlaki kapasitesinin kamusal hayat için gerekli görülen kriterleri karşılamadığını, bu nedenle de kamusal hayattan dışlanmalarının doğal bir durum olduğunu savunurken, ilk feministler, bu ayrımın nedeninin kadınların kamusal alandan dışlanmasından kaynaklandığını; kadınların akılcı becerilerini bu nedenle geliştiremediklerini ileri sürdüler. Kamusal alanda eşit imkânlar tanındığında, kadınlar da akılcı, tarafsız ve serinkanlı düşünme biçimleri geliştirebilir. Radikal feminizmin bir kolu, kadınların farklı bir ahlaki kapasitesinin bulunduğu görüşünü kabul eder ve bu kapasitenin varlığını bir avantaj olarak değerlendirir. Çünkü, kadınların kullandığı sezgici, duygusal ve ayrıntıci düşünme biçimi, erkeklerin kamusal alanda kullandığı akılcı ve tarafsız düşünme biçiminden daha iyi bir ahlaktır.<sup>20</sup>

Kadınların erkeklerden ayrı bir ahlaki kapasiteye sahip olduğu görüşünün dişil cinsiyete özgü biyolojik temelini olup olmadığı halen tartışılan bir konudur. Feministlerin, cinsiyete göre farklılaşan ahlaki kapasitelerin bulunduğu görüşü, büyük ölçüde Carol Gilligan'ın (1936-) kadınların ahlaki gelişimi üzerine yaptığı çalışmalara dayanır.<sup>21</sup> Gilligan, kadınların ahlaki kapasitesini *özen ahlaki (ethics of care)*, erkeklerinkini *adalet ahlaki (ethics of justice)* olarak adlandırır. Ona göre, erkekler ahlaki akıl yürütmeye uğraştıklarında, adalete ve eylemi yönlendiren tarafsız veya evrensel kurallar bulmaya odaklanırlar. Kadınlar ahlaki akıl yürütmeye uğraştıklarında, somut bir olayda tekil bireylerin ihtiyaçlarının nasıl karşılanabileceği ve aralarındaki

<sup>19</sup> Lynne Segal, *Gelecek Kadın mı?* (Çev. S. Öncü), Afa Yayınları, 1990, s.23

<sup>20</sup> Kymlicka 2004, s.556-557

<sup>21</sup> Carol Gilligan, *In a Different Voice*, Harvard University Press, 2001. Gilligan'ın özen ahlakına ilişkin tezlerinin farklı değerlendirmeleri için bkz: Mary Joe Frug, *Postmodern Legal Feminism*, Routledge, 1992, s.38-49  
YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)

ilişkinin nasıl korunabileceğini görmeye çalışırlar. Kadınların aile üyelerine bakmak gibi özel bir sorumlulukları olduğundan, erkeklerden farklı değerleri ve *farklı bir ahlaki sesi* vardır. Örneğin, eşi ağır hasta olan yoksul bir insanın, parası olmadığı için eczaneden çok pahalı bir ilacı çalıp çalmaması ikileminde, erkek bakış açısı, konuyla ilgili evrensel ilkeyi bulmaya ve ilgili hakları karşılaştırmaya odaklanır: Hırsızlığı yasaklayan ve değişik biçimlerde formüle edilen evrensel ahlak ilkeleri hatırlanır. Olayda bu tür bir ilkeye uymayı zorlaştıran ve ivedilikle çözülmesi gereken bir sorun olduğu için, çatışan haklara bakılacaktır. Hastanın yaşam hakkı eczacının mülkiyet hakkından üstün görülerek ahlaki ikilemi aşacak bir çözüm üretilecektir. Aynı olaya kadın bakış açısı çok farklıdır: Bu ikilemin hangi evrensel ahlaki ilkeyle aşılabileceğine değil, olaydaki insanların somut sorununun nasıl çözülebileceğine odaklanılır. Çatışan hakların (yaşam hakkı ve mülkiyet) karşılaştırılması yapılmaz, ihtiyaçların ve ilişkilerin değerlendirilmesi yapılır. Hastanın yaşaması için ilacın çok gerekli olduğu görülür ama bununla birlikte, tasarlanan eylemin kişi ile eczacı arasındaki ilişkiye zarar vereceği de değerlendirilir. Söz konusu ilacın ödünç para bulunarak satın alınmasının yolları araştırılır. Bir kadın için insan hayatı, sağlığı ve çevresindekilerle ilişkisi temel ahlaki ilkeler üzerine kafa yormaktan daha önemlidir. Daha insani olduğu kabul edilen bu yaklaşımın, sorunların çözülmesinde ve sevgi dolu barışçıl ilişkilerin sürdürülmesinde de daha başarılı olduğu kabul edilir.<sup>22</sup>

### Farklı Ahlaki Sesin Analizi

Feministlerin bir kısmı, özen ahlakının değerinin ve öneminin henüz yeterince kavranamamış olduğunu, hukuk dâhil tüm sosyal davranış kurallarının bu ahlaki anlayışa göre biçimlendirildiğinde daha iyi bir toplumsal düzene

<sup>22</sup> Gilligan 2001, s.25-32; Stone 2016, s.37-39, 198-200; Annette Baier, “The Need for More Than Justice”, *Feminist Theory* (Ed. A. E. Cudd, R. O. Andreasen), Blackwell Publishing, 2005, s.243-250.

Segal, Gilligan’ı, araştırmalarında erkeklerle kadınlar arasındaki farklılıkları abartıp benzerlikleri görmezlikten gelen bir yöntem kullandığı için eleştirir: “1984’te MS dergisinde Yılın Kadını seçilen Carol Gilligan, *In a Different Voice* adlı kitabında, kadınların ahlaksal gelişiminin erkeklerinkinden belirgin biçimde farklı olduğunu iddia ediyor. Buna göre, kadınlar... herhangi bir dava ya da ilke karşısında bireye daha çok önem veriyorlar. Başkalarının duygularını daha yoğun biçimde paylaşıp onlara daha çok ilgi gösterebiliyorlar... Acaba, gerçekten, her zaman mı? İnsan, Birinci Dünya Savaşı sırasında yüreksiz savaşçılara beyaz tüyler takan kadınların ne yapmaya çalıştıklarını merak ediyor; 1930’larda altın nişan yüzüklerini silah yapımı için eritmek üzere sevinçle Mussolini’ye veren ve oğullarını anayurt uğruna gururla feda eden yüzbinlerce kadının davranışı, bu çözümlemeye göre oldukça anlaşılabilir görünüyor.” Segal 1990, s.192

kavuşacağımızı kabul eder. Gelişen teknolojimize rağmen, binlerce yıldır erkeklerin yönettiği dünyamıza açlık, yoksulluk, savaş, baskı, işsizlik ve eşitsizlik gibi olumsuz özellikler hâkimdir. Kadınların yönetimde eşit söz sahibi olduğu bir dünyada, bütün bu olumsuz özellikleri ortadan kaldırma imkânı doğabilir. Bunu mümkün kılacak olan, daha barışçıl ve daha insani nitelikler taşıyan özen ahlakıdır. Özen ahlakı ile adalet ahlakının farklılığı üç noktada gözlenebilir:<sup>23</sup>

1) Ahlaki Beceriler: Erkekler ahlaki ilkeleri öğrenmeye, kadınlar ise ahlaki bir mizaç geliştirmeye çalışır. Feminist teoriye göre, ahlaklı bir insan olmak, doğru ilkeleri bilmekten çok, doğru niteliklere sahip olma sorunudur. Kant'ın veya bir başka filozofun sıraladığı temel ahlak ilkelerini bilmek, somut bir olay karşısında adil bir yargıya ulaşmayı garanti etmez. Bunun için, kişinin, olaya dâhil olan tarafların amaçlarına, çıkarlarına ve beklentilerine incelik ve duyarlılıkla yaklaşabilmesi, sezgisel, duygusal ve hayal gücüne dayalı bir algılama gerçekleştirilmesi gerekir. Bu tür becerileri etkin biçimde kullanamayan bir kişinin, güçlü bir adalet duygusu geliştirebilmesi düşünülemez. Oysa, mevcut hukuk ve adalet teorileri konunun bu yönü üzerinde pek durmazlar; insanların bu becerilere sahip olduklarını ve yalnızca ilkeleri bilmekle ahlaki bir davranış sergileyebileceklerini varsayarlar. Gerçekte ise, bu kapasite sezgici, duygusal ve ayrıntıya önem veren düşünme biçimine sahip kadınlarda vardır. Diğer bir deyişle, kadınların ahlaki kapasiteleri erkeklerden yüksektir.

2) Ahlaki Akıl Yürütme: Ahlaki sorunların çözümünde, erkekler olaya uygulanabilecek evrensel ilkeleri bulmaya çalışır; kadınlar ise somut olaya uygun düşecek somut çözümler için uğraşır. Çatışmalarda bir çözüme varmak için ilkelere başvurma eğilimi, çoğu kez çatışmaların aşılabacağı çözümler geliştirmeyi engeller. Çünkü, gerçek çözüm olayın ayrıntılarına inmeyi, kişilerin amaçlarını ve çıkarlarını gözetmeyi gerektirir. Gilligan, çalışmalarında, kız çocuklarının belli bir durumda herkesin gereksinimini karşılayan bir çözüm bulurken, erkek çocukların, çatışmanın ilkeli bir biçimde karara bağlanması telaşı içinde bu çözümü gözden kaçırdığı pek çok örneğe işaret eder.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Kymlicka 2004, s.556-592

<sup>24</sup> Kymlicka 2004, s.562-564. Bu bakış açısı eleştiriye açıktır: “İlkeler, özellikleri incelemekten kaçınmamızı isteyen birtakım yönergeler değil, ilgilendiğimiz durumun çeşitli yönlerinde neyi arayacağımıza ilişkin bilgilerdir. *On Emir* gibi üzerinde fazla düşünmeden uygulamaya yönelik bir rehber olmayı amaçlayan ‘kurallar’ın tersine, ilke...  
*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*



3) Ahlaki Kavramlar: Erkeklerin ahlaki akıl yürütmesinde *hak ve adalet*, kadınlarınkinde *sorumluluk ve ilişki* kavramları öne çıkar.<sup>25</sup> Adalet ahlaki evrenselliği ve tarafsızlığı, özen ahlaki ise süregiden ilişkileri korumaya çalışır. Özen ahlakında, belli insanlarla kurulmuş ilişkileri ve bağlılıkları dile getirmek ve korumak ahlaki bir eylem olarak görülür. Kişinin ailesiyle, mahallesiyle, meslektaşlarıyla veya hemcinsleriyle olan ilişkisi gibi. Oysa, adalet ahlakında, bu ilişkilere dışarıdan bakılarak evrensel bir ilkeye göre hareket etmek ahlaki açıdan doğru gözüktür. Özen ahlakının bir sakıncası, kişiler arasındaki bizim için anlamlı ilişkilere değer verip onları korumaya çalışırken, bu ilişkiler ağının dışında kalanların taleplerini görmezden gelmesidir. Buna karşılık, Kantçı evrensellik ilkesi, bütün insanların eşit ahlaki değere ve saygınlığa sahip olduğunu kabul ederek kimseyi dışarıda bırakmaz. Adalet ahlakında, adil yaklaşımın evrensel olarak insanlığımızı paylaşan herkese bir cevap vermesi beklenir; evrenselleştirilemeyen bir yaklaşımın ahlaki olamayacağı düşünülür. Özen ahlakında ise, bireyselliğe saygı ön plandadır; somut olayda “anne”, “işçi”, “kiracı” gibi somut insanların taleplerine bir cevap aranır. Başkalarını dikkate almak, adalet ahlakında onların hak taleplerine saygı göstermek; özen ahlakında ise, sorumluluk üstlenmek olarak değerlendirilir.

Adalet ahlakında haklardan söz etmek daha çok bireysellik ve bencilliği çağrıştırdırken, özen ahlakında sorumluluk üstlenmek ve başkaları için olumlu düşüncelere sahip olmayı gerektirir. “Örneğin, erkekler, kişinin kendi ihmalinden doğan öznel incinmeleri sağaltma konusunda daha az ahlaki sorumluluk duyma eğilimindedirler. Çünkü bunları kişinin kendi yanlışı olarak görürler... Arkadaşlarının gereksinimi olduğunda zaman ve para bakımından cömertçe davranan ama harcamalarında aşırı ölçüde savruk olan birini düşünün. Sonuçta, genellikle yardıma muhtaç durumda kalacak ve kendisini akılsızlığının sonuçlarından kurtarmaları için başkalarına yaslanacaktır. Başkalarının ona yardım etmesi yönünde meşru bir beklentisi olabilir mi? Onu dikkatsizliğinin sonuçlarından korunmak için ahlaken kendimizi sorumlu hissetmeli miyiz? (Özen ahlaki) onun acılarına duyarsız kalırsak sorumsuzluk göstermiş olduğumuzu savunur. Öznel bir incinme hissediyorsa, bu incinme onun dikkatsiz planlaması ya da savurganlığının bir sonucu olsa bile, ona ilgi göstermemiz gerekir. Ama adalet ahlaki, acılarına ilgi göstermemizi bekleyerek asıl onun sorumsuzluk göstermekte olduğunu söyler.

düşünmeye çağırır. Çünkü ilke, kişinin doğru olan şeyin ne olduğuna karar verirken dikkate almaya değer bulunduğu genel bir değerlendirmedir.” Aynı yerde, s.564

<sup>25</sup> Gilligan 2001, s.19

Eylemleri onun kendi sorumluluğudur ve kendi dikkatsizliğinin bedelini başkalarının ödemesini istemek gayrı ahlakidir... Sonuçta, dikkatsiz ve savurgan bir insan, daha sorumlu davrananların onun akılsızlığının bedelini ödemelerini bekleyemez.”<sup>26</sup>

Özen ahlakının adalet ahlakından üstün olduğunu savunan feministlerin karşılaştıkları bir sorun, bu yaklaşımın ataerkil toplumda kadına biçilen rolü pekiştirebileceği tehlikesidir. Adalet ahlakından üstün olduğu düşünülen bu *farklı ahlaki ses*, kadınların kamusal yaşamdan dışlanmış ve evdeki kişisel ilişkilere odaklanmaya zorlanmış geleneksel konumlarından kaynaklanır. “Eğer kadınların benimsedikleri değerler ve ahlaki sesleri değerliyse, buna bağlı olarak, bu değerleri ve sesi açığa çıkaran marjinal konum da değerlidir ve olduğu gibi muhafaza edilmelidir.”<sup>27</sup>

Cinsiyete göre farklılaşan iki ayrı ahlaki sesin var olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konuda, başta psikoloji ve nöroloji olmak üzere çeşitli bilim dallarının araştırmaları devam ediyor. Günümüzde yaygın görüş, iki farklı sesin biyolojik temelini olmadığı; kadın ve erkek arasındaki işbölümünden kaynaklandığıdır. Erkeklerin ev işleri ve çocuk bakımını üstlendiği durumlarda özen ahlakını, kadınların erkeklere özgü kabul edilen görevleri üstlendiği durumlarda da adalet ahlakını geliştirdikleri gözlenebilmektedir. “Erkekler ve kadınlar, büyük olasılıkla, farklı düşündükleri için değil, erkekler adalet ve haklarla, kadınlar da toplumsal ilişkileri korumakla ilgilenmeleri gerektiğini düşündükleri için farklı seslerle konuşurlar.”<sup>28</sup>

#### IV - Ortak Bir İnsanlık Ahlakı!

Feminizmin, adalet ahlakına karşı özen ahlakını öne çıkarması, ileride kadın ve erkek için ortak bir ahlaki bakış açısının geliştirilmesinin yolunu açabilir. Özen ahlakı kavramını feminist felsefenin gündemine sokan Gilligan da iki farklı bakış açısının birleşmesini, kendi deyimiyile *evliliğini* gerekli görmektedir. “Eğer o (Gilligan), kadına özgü bir ahlaki yeteneğin varlığı konusunda haklıysa, evlilik teklifini büyük olasılıkla kadınlar yapacaktır. Çünkü kadınların empati yetenekleri daha fazla, diplomatik becerileri daha

<sup>26</sup> Kymlicka 2004, s.574-577

<sup>27</sup> Stone 2016, s.200. “Bu bağlamda, ilginç bir şekilde, Virginia Askeri Enstitüsü, kadınları işe almama politikasını savunmak için Gilligan’ın çalışmasını kullandı. Enstitü, kadınların özel ahlaki sesinin onları kendi liderlik eğitimi programlarına başvuru için uygunsuz kıldığını savundu.” Aynı yerde, s.200

<sup>28</sup> Kymlicka 2004, s.558

iyi, sorumlulukları omuzlama ve ahlaki inisiyatif alma eğilimleri daha yüksek ve karşı tarafın nasıl hissettiğine daha duyarlıdırlar.”<sup>29</sup>

Hiç kuşkusuz, ortak bir insanlık ahlakının oluşturulması kolay bir iş değildir. Çünkü, konu yalnızca iki farklı bakış açısının uzlaştırılmasından ibaret değildir. Bundan önce, ahlak teorisinin temel dayanaklarının cinsiyetçi bakış açısından kurtarılması gerekir. Bu bağlamda, insan olmanın anlamına ilişkin, kadını ve erkeği eşit ölçüde içeren yeni bir kavrayışa ihtiyaç vardır. Cinsiyetçi bakış açısının değiştirilmesindeki zorluğu görmek için, gelişim psikoloğu Lawrence Kohlberg’in görüşleri iyi bir örnektir. Kohlberg’e göre, ahlaki bilinçaltı katmanlıdır. Çok az insanın (erkeğin) ulaşabileceği altıncı ve son basamak, evrensel bir adaleti temsil eden özerk vicdanın katmanıdır. Kadınlar, bu sıralamada üçüncü basamaktan öteye geçemezler.<sup>30</sup> Bu bakış açısından, kadın *tam insan* değildir. Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi’nin, insanı *akıl ve vicdan* sahibi varlık olarak tanımlayıp (md.1) bu özelliği nedeniyle hak sahibi kıldığını düşünürsek, Kohlberg’in yaklaşımıyla, akli ve vicdani kapasitesi eksik olan kadınları haklar ve özgürlükler bakımından erkeklerle eşitlemek mümkün olmayacaktır. Kadını eksik insan olarak kabul eden bu tür görüşler politikada, bilimde, sanatta, mesleki hayatta hala yaygındır. Bu nedenle, insan olmanın anlamı üzerinde yeni bir kavrayışın geliştirilmesi öncelikli hedef olmalıdır. İnsan kimliğinin, eril ve dişil özelliklerin sentezi biçiminde, cinsler üstü bir kimlik olarak yeniden tasarlanması her iki cinsin ortak sorumluluğudur.

Kadın ve erkek cinsi için ortak bir ahlaki bakış açısı, uzmanların masa başında gerçekleştirebilecekleri bir iş değildir. Böyle bir bakış açısı, gündelik hayatta, kadınların ve erkeklerin karşı cinsin deneyimlerini yaşamasına bağlıdır. Bunun için, kadınlara ve erkeklere özgü geleneksel roller sorgulanmalı ve her iki cinse açık hale getirilmelidir. Kadınların annelik ve bakım gibi rollerini erkeklerle; erkeklerin de kamusal alanda yaptıkları işleri kadınlarla paylaşmaları durumunda, her iki cinsin bu iki farklı ahlaki bakışı deneyimlemesi mümkün olabilecektir. Söz konusu ahlaki bakış açılarının ikisi de temel insani etkinliklerden kaynaklandığı için, birinin diğerinden üstün olduğunu düşünmemizi gerektirecek bir durum yoktur. Kadınlar ve erkeklerin

<sup>29</sup> Baier 2005, s.250

<sup>30</sup> Pieper 1999, s.260. Yazarın şu kitabına referans verilmektedir: *The Philosophy of Moral Development: Moral Stages and the Idea of Justice* (San Fransisko, 1981). Kohlberg’in ahlaki gelişimin altı aşamalı derecelendirmesi ve farklı toplumlar bakımından önemi için bkz: Vago 2012, s.334-335

kamusal ve özel alandaki rolleri eşitlendiğinde, ortak bir ahlaki sese ulaşmaları söz konusu olabilecek; adalet ahlakıyla özen ahlakının sentezinden daha yüksek bir ahlaki düzen doğabilecektir.

Son yıllarda, kadınların “erkek işi” olarak görülen pek çok alanda varlık gösterdiğini ve başarılı olduğunu gözlemliyoruz. Ancak bunun tersi doğru değildir; erkeklerin, henüz geleneksel kadın işi olarak görülen çocuk bakımı, yaşlı bakımı, ev işi gibi alanlarda deneyim kazanacak ve özen ahlakını içselleştirecek derecede varlık gösterdikleri söylenemez. Kadınların kamusal alandaki varlıklarının yeterince güvenceli olmaması, başka bir sorundur. Çünkü kadın, kamusal alanda erkeklerle aynı işi yapsa bile, özel alandaki “özel” sorumlulukları halen devam etmektedir. İster kamuda ister özel sektörde olsun, işyerleri, iş programlarını çalıştırdıkları kişilerin ev işi, yaşlı ve çocuk bakımı gibi sorumlulukları olmadığı varsayımına göre düzenlemektedir. Bunun sonucunda, kadın, adalet ahlakını kavrayabileceği bir alanda varlık göstermek için büyük bir bedel öderken, erkek, özen ahlakını kavrayabileceği alana neredeyse hiç girmemektedir. Özel alanda, geleneksel olarak kadına ait olduğu kabul edilen sorumlulukların kadın ve erkek cinsi için ortak olduğunu belirten ve tüm işyerlerini bu sorumlulukları dikkate alan iş programları yapmakla yükümlü kılan bir yasal düzenleme, ortak bir insanlık ahlakı geliştirmek için iyi bir başlangıç olabilir.

## V - Yeni Bir Hukuk Politikası

Feminizmin on dokuzuncu yüzyıldan itibaren hukuk sistemindeki cinsiyetçi yapıları ortaya çıkarması ve kadınlara karşı ayrımcılığa yol açan kuralları eleştirmesi, geç de olsa önemli sonuçlar doğurmuştur. Feminist felsefe, feminist hukuk ve ahlak teorisi pek çok üniversitede müfredata girmiştir. Aile içi şiddet, tecavüz, mobbing, kürtaj gibi pek çok konuda kadınların haklarını güvence altına alan yasal düzenlemeler gerçekleştirilmiştir. Kadına yönelik ayrımcılığı önleyen ve kadının insan haklarını güvence altına alan çok önemli uluslararası sözleşmeler yürürlüğe girmiştir. Hukuk sisteminden kadını baskılayan ve aşağılayan kuralların ayıklanmasının çarpıcı bir örneği, evlilik içi tecavüzün suç sayılmasıdır. İngiltere ve Amerika’da yüzyıllardır uygulanan *Common Law* ilkesi gereği, kadının cinsel ilişkiye rızası olmasa bile, koca karısına tecavüzden yargılanamazdı. Çünkü, evlilik nedeniyle kadının baştan bu rızayı verdiği kabul edilirdi.<sup>31</sup> Son yıllarda, pek çok ülkede ya mahkeme içtihatlarıyla ya da yeni yasal düzenlemelerle rızaya dayanmayan evlilik içi cinsel ilişki “tecavüz” olarak tanımlandı ve suç sayıldı. Türk

<sup>31</sup> Wacks 2015, s.103

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

Ceza Kanunu'nun 102. maddesi, eşe karşı cinsel saldırı suçu için beş yıldan on yıla kadar hapis cezası öngörmektedir.

Kadına karşı ayrımcılık oluşturan düzenlemelerin hukuk sisteminden kaldırılması çabası, bazı durumlarda, kadına özel bir koruma getiren düzenlemelerle desteklenmiştir. Kanun önünde eşitlik düşüncesi çağdaş demokrasilerin temel bir ilkesi olmakla birlikte, kadına yönelik binlerce yıllık ayrımcılığın bu ilkenin kabul edilmesiyle, bir anda sona ereceği düşünülemez. O nedenle, cinsler arasında gerçek ve fiili bir eşitliğin sağlanmasına kadar, kadın lehine bazı destekleyici önlemlerin alınması gerekli görülür. Bu özel destekleme durumu, günlük konuşma dilinde *pozitif ayrımcılık* olarak adlandırılır. Kadın lehine pozitif ayrımcılığın eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağı, pek çok demokratik ülkede hukuki düzenlemeye konu olmuştur. Ülkemizde, kanun önünde eşitliği düzenleyen anayasanın 10. maddesine 2004 yılında *kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür* hükmü, 2010 yılında da, *bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz* ifadesi eklenmiştir.

Kadınlar lehine getirilen özel düzenlemelerin, gerçekten fiili eşitsizlikleri azaltmaya mı, yoksa cinsler arasındaki eşitsizliği pekiştirmeye ve meşrulaştırmaya mı yaradığı sorgulanmalıdır. Çalışan kadınların doğum izni alması, doğurma kapasitesine yalnızca kadın sahip olduğundan doğal ve gerekli görülürken,<sup>32</sup> çocuk bakımı için tanınan izin, bu sorumluluğun yalnızca kadına ait olduğu yargısını pekiştirmektedir. Ülkemizde, belirli işyerlerine, 0-6 yaş arası çocukları olan kadın çalışanlar için emzirme odası ve bakım yurdu kurma zorunluluğu getiren yönetmelik<sup>33</sup> bunun tipik örneklerinden biridir. Yönetmelik, 0-6 yaş arasında çocuğu bulunan kadına önemli imkânlar sağlarken, çocuk bakım işinin yalnızca kadına ait bir sorumluluk olduğunu da vurgulamış olmaktadır. Yönetmeliğe göre (md 13/5), erkeğin çocuk bakma yükümlülüğü, ancak anne ölmüşse veya çocuğun velayeti babaya verilmişse

<sup>32</sup> Anayasa Mahkemesine göre, “kadın – erkek eşitliğinin amacı, her iki cinsin benzer ancak eşit olmayan yönlerinin olumlu doğrultuda hukuksal olarak eşit duruma getirilmesidir. Kuşkusuz, benzemeyen yönleri için yapılan farklı hukuksal düzenlemeler - örneğin kadına doğum izni verilmesi gibi - bu eşitliği zedelemeyiz. Zira, kadın ve erkeğin benzemeyen yönlerine ilişkin hukuk kurallarının amacı, eşitliği sağlamak değil; her iki cinsin farklı özelliklerine hukuksal alanda çözüm üretmektir.” E. 1990/30, K. 1990/31, K.T. 29.11.1990, R.G. 02.07.1992 (21272)

<sup>33</sup> 16.08.2013 tarih ve 28737 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan *Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik*

söz konusu olabilir.

Kadınlar lehine getirilen özel destekleyici düzenlemelerin fiili eşitsizliği pekiştirmesine daha çarpıcı bir örnek, İş Kanunu'nun 72. maddesidir. *Yer ve su altında çalıştırma yasağı* başlığını taşıyan bu maddeye göre, “maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır.” Söz konusu yasa, kadınları erkeklerle eşit haklara sahip bireyler olarak değil, toplum içinde *korunmaya muhtaç bir kesim* olarak görmektedir. Günümüzde, pek çok mühendislik faaliyetinin yer altında veya su altında gerçekleştirildiği düşünülürse, kadınların bu alanlarda çalışma hakkı ellerinden alınmış olmaktadır. Eşitlikçi bir anlayış, bu alanda kadına çalışma yasağı getirmek yerine, çalışma ortamını her iki cins için güvenli tutmayı hedeflemelidir.<sup>34</sup>

### **Takdir Yetkisi ve Hakkaniyet İlkesi**

Feminist teorinin adalet ahlakına karşı öne çıkardığı özen ahlakı, hukuk sistemini dolaylı biçimde etkilemiştir. Feminist hukuk teorisi, özen ahlakını ceza hukuku, iş hukuku, borçlar hukuku, usul hukuku gibi alanlarda somutlaştıran alternatif ilkeler üretmiş değildir. Zaten, temel iddia, özen ahlakının bu tür genel ilkelerden hareket etmek yerine, olayın ayrıntılarına odaklanmayı, tarafların amaçlarını, çıkarlarını, ilişkilerini ve duygularını incelemeyi daha önemli görmesidir. Yargısal süreçte böyle ayrıntılı bir inceleme, yargıca geniş takdir yetkisi verilmesiyle sağlanabilir. Çağdaş hukuk sistemleri, yargıca geniş takdir yetkisi tanıma eğiliminde olduğu gibi, bu yetkinin hakkaniyet ilkesi çerçevesinde kullanılacağını da belirtmiştir. Birinci bölümde gördüğümüz gibi, adalet türleri içinde yalnızca “hakkaniyet” özen ahlakının aradığı nitelikte ayrıntılı bir inceleme ve değerlendirme süreci içermektedir. Yargıç, bazı ceza davalarında, hakkaniyet gerektirdiğinde cezayı en üst veya en alt sınırdan verebileceği gibi, paraya çevirebilir veya erteleyebilir. Tazminat davalarında, yine hakkaniyet gereği, tazminat miktarı indirilebilir veya ödenmesi taksite bağlanabilir. Kuşkusuz, erkek yargıçların takdir yetkilerini kullanırken, dava konusu olaya adalet ahlakının yanı sıra özen ahlakı bakış açısıyla da yaklaşımları ancak zamanla güçlenebilecek bir eğilimdir. İddia edildiği gibi, özen ahlakı erkeklerin görmekte veya anlamakta zorlandığı bir

<sup>34</sup> Kadınlar lehine getirilen bazı yasal düzenlemelerin cinsiyet eşitsizliğini pekiştirdiğine ilişkin diğer örnekler için bkz: Nazlı Hilal Demir, *Feminist Perspektiften Düşünce Tarihinin Köşe Taşları ve İdeal Bir Hukuk Anlayışı*, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Programı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2016, s.198-215  
YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)

bakış açısıysa, yargılama faaliyetinde kadın hukukçuların sayısının artması, bu eğilimin kısa sürede güçlenmesine katkı yapabilir.

### **Hukuk Dilinin Cinsiyetçi Yorumu**

Feminist hukuk teorisinin önemli iddialarından biri, kanun metinlerinde nötr veya tarafsız gibi görünen bazı kavram ve ilkelerin, uygulamada erkek üstünlüğünü pekiştiren biçimde yorumlandığıdır. Bu tür kavram ve ilkelere karşı çıkmanın zorlukları vardır, çünkü sorun kavramları oluşturan sözcüklerde değil, onu cinsiyetçi biçimde yorumlayan erkek hukukçulardadır. Örneğin, yargıçlar çoğu kez, belirli bir olayda *makul insan* davranışının ne olacağını dikkate alarak davalı veya davacının eylemine değer biçer. Fakat, bu makul insan davranışı, aslında *makul erkek* davranışdır ve bunun kadın için de makul olması her zaman söz konusu değildir. Çünkü, hukuk sistemi erkekler tarafından, erkeklerin deneyimleri doğrultusunda, erkeklerin çıkarları gözetilerek yapılmıştır. Hukuk kurallarının “makul insan”, “basiretli tacir”, “iyiniyetli kişi” gibi kavramlar kullandığında, standart ölçü olarak erkeklerin akla gelmesi şaşırtıcı değildir. Tecavüz davalarında kadının rızasının bulunup bulunmadığı, çoğu kez kadına biçilen geleneksel role göre belirlenir: Kadının gece dışarıda dolaşması, misafirliğe gittiği evde alkol alması, giyim tarzı hatta kahkaha atması bile bazı erkek yargıçların gözünde “örtülü rıza” ifadesi olarak yorumlanabilmektedir. Yargıcın takdir yetkisinin bu tür cinsiyetçi önyargılardan arındırılarak kullanılması çok önemlidir. Bu konuda da, kadın yargıçların yüksek mahkemeler dâhil önemli yargısal pozisyonlarda erkeklerle eşit temsili yararlı sonuçlar doğurabilir.

Kadın – erkek eşitliğinin fiilen sağlanması bakımından, kadınların yalnızca yargı organlarında değil, diğer bütün önemli kamusal organlarda da eşit temsil edilmesi önemlidir. Diğer kamusal organlar dendiğinde, akla ilk gelen parlamentodur. Yasama faaliyetini gerçekleştiren bu kurumda, dünya genelinde kadınların temsili zayıftır. Alınan bütün önlemlere rağmen, ülkemizin durumu uyar ülkelerin standartlarının çok altındadır. Bu nedenle, parlamento için kota uygulamasına gidilmesi ve her iki cinsin temsiline belirli bir oranın altına düşmeyeceğinin garanti edilmesi yararlı olacaktır. Günümüzde, bir ülkenin hukuk politikasına, parlamentodan önce hükümet ve siyasal partiler tarafından yön çizilir. Bu süreçte, meslek kuruluşları ve sivil toplum kuruluşlarının da etkisi olur. Böyle bakıldığında, kadınların eşit temsiline daha geniş ölçekte düşünmek gerekir. Türkiye Barolar Birliği, 2007 tarihli anayasa önerisinde, üyeleri atama veya seçimle belirlenen tüm kamusal organların oluşturulmasında kadınlar ve erkeklerin eşit temsiline sağlayacak düzenlemeler önermiştir. TBB metnindeki düzenlemeler, kadın-erkek eşitliği

konusunda, devletin altına inemeyeceği asgari düzeyi göstermektedir. Her iki cinsin kamusal alanda temsili, ilgili kurumun niteliğine göre değişen oranlarda (% 30, % 40, en az 2/3 vb.) asgari düzey gösterilerek belirtilmiştir. Amaç her alanda kadın ve erkeklerin temsiliinde tam eşitlik sağlamaktır. Nitekim eşitlik ile ilgili maddede bu durum, üyeleri atama veya seçimle belirlenen tüm kamusal organların oluşturulmasında kadınlar ve erkeklerin eşit temsil ilkesinin öncelikle gözetileceği şeklinde vurgulanmıştır. Yasa koyucu bu anayasal ilkeyi somutlaştırmak için, her iki cinsin tüm kamusal organlarda tam eşitliğini amaçlayan düzenlemeler yapacak, ama her halükarda anayasada gösterilen oranların altına inemeyecektir.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Bkz: *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi* (Haz: Rona Aybay, Fazıl Sağlam, Süheyl Batum, Oktay Uygun, Korkut Kanadoğlu, Ece Göztepe, Faruk Bilir, Teoman Ergül), TBB Yayını, Ankara, 2007. TBB metninde, kadınların kamusal alandaki faaliyetlerinin ve kamu kurumlarındaki temsiliinin erkeklerle eşitlenmesine yönelik diğer önerileri şöyledir:

*Madde 92/2:* Kadınlar ve erkeklerin Türkiye Büyük Millet Meclisinde temsili, yüzde kırktan az olmayacak biçimde kanunla düzenlenir.

*Madde 139/3:* Kadınlar ve erkekler, il genel meclisi, il belediye meclisi ve büyükşehir belediye meclislerinde en az yüzde otuz oranında temsil edilir.

*Madde 144/3:* Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile bunların üst kuruluşlarının yönetim organlarında kadınlar ve erkekler, söz konusu kurumlardaki sayılarının en az üçte ikisi oranında temsil edilir

*Madde 45/3:* Siyasal partilerin genel merkez ve il örgütlerinin yönetim organlarında, kadınlar ve erkekler en az yüzde otuz oranında temsil edilir.

*Madde 59/6:* Kadınlar ve erkekler, üye oldukları sendika ve üst kuruluşlarının yönetim organlarında kendi sayılarının en az üçte ikisi oranında temsil edilir.

*Madde 141/ 6:* Üniversitelerin yönetim organlarında kadınlar ve erkekler, söz konusu kurumlardaki sayılarının en az üçte ikisi oranında temsil edilir.



**Kaynaklar**

Annette C. (2005) “The Need for More Than Justice”, *Feminist Theory* (Ed. A. E. Cudd, R. O. Andreasen), Blackwell Publishing, s.243-250

Cudd, Ann E. - Jones, Lesli E. (2005) “Sexism”, *Feminist Theory* (Ed. A. E. Cudd, R. O. Andreasen), Blackwell Publishing, s.73-83

Demir, Nazlı Hilal (2016) *Feminist Perspektiften Düşünce Tarihinin Köşe Taşları ve İdeal Bir Hukuk Anlayışı*, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Programı, Yayınlanmamış Doktora Tezi

Donovan, Josephine (2015) *Feminist Teori* (Çev. A. Bora, M. Gevrek, F. Sayılan), İletişim Yayınları, İstanbul

Frug, Mary Joe (1992) *Postmodern Legal Feminism*, Routledge

Gilligan, Carol (2001) *In a Different Voice*, Harvard University Press

Heywood, Andrew (2006) *Siyaset* (Çev. B. Özipek, B. Şahin, M. Yıldız vd.), Liberte Yayınları

Heywood, Andrew (2014) *Siyasi İdeolojiler* (Çev. A. Bayram, Ö. Tüfekçi, H. İnaç vd.), Liberte Yayınları

Kymlicka, Will (2004) *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş* (Çev. E. Kılıç), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları

Lacey, Nicola (2004) “Feminist Legal Theory and the Rights of Women”, *Gender and Human Rights* (Ed. Karen Knop), Oxford University Press

Lloyd, Genevieve (2005) “The Man of Reason”, *Feminist Theory* (Ed. A. E. Cudd, R. O. Andreasen), Blackwell Publishing, s.177-187

Lloyd, Genevieve (2015) *Erkek Akıl: Batı Felsefesinde Erkek ve Kadın* (Çev. M. Özcan), Ayrıntı Yayınları, İstanbul

MacKinnon, Catharine A. (2015) *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru* (Çev. T. Yöney, S. Yücesoy), Metis Yayınları, İstanbul

Pieper, Annemarie (1999) *Etiğe Giriş* (Çev. V. Atayman, G. Sezer), Ayrıntı Yayınları

Segal, Lynne (1990) *Gelecek Kadın mı?* (Çev. S. Öncü), Afa Yayınlar

Stone, Alison (2016) *Feminist Felsefeye Giriş* (Çev. Y. Cingöz, B. Tanrısever), Otonom Yayıncılık, İstanbul

Vago, Steven (2012) *Law and Society*, Prentice Hall

Wacks, Raymond (2015) *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş* (Çev. E. Arıkan), Tekin Yayınevi, İstanbul

Wollstonecraft, Mary (2012) *Kadın Haklarının Müdafası* (Çev. K. Erol), Doruk Yayıncılık, İstanbul

# 7061 SAYILI KANUN İLE GETİRİLEN VERGİ DEĞİŞİKLİKLERİ (TAX AMENDMENTS MADE THROUGH THE ACT 7061)

**Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK\***

*Değerli akademisyen Dr. Murat Tahsin Yörüng (28.11.1956 – 22.8.2017)  
anısına...*

## **Özet**

7061 sayılı “Bazı Vergi Kanunları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” 5.12.2017 tarih ve 30261 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı. Bu Kanun kapsamında Türk Vergi Sistemi’nde yer alan çeşitli vergilerle ilgili değişiklikler yapıldı.

**Anahtar kelimeler:** *Vergi, Vergi Değişiklikleri, 7061 sayılı Kanun, Türk Vergi Sistemi*

## **Abstract**

The Act numbered 7061 on Amendment of Certain Taxes and Laws and Other Acts came into effect, being published on the official gazette dated 5.12.2017 and numbered 30261. In accordance with the aforementioned Act, there are some amendments are made in various taxes placed within Turkish Tax System.

**Keywords:** *Tax, Tax Amendments, Act 7061, Turkish Tax System.*

## **Giriş**

Uygulamada Torba Kanun olarak adı geçen 28.11.2017 tarihli ve 7061 sayılı “Bazı Vergi Kanunları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” 5.12.2017 tarih ve 30261 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.

Bu kapsamda getirilen değişiklikler ve bağlantılı oldukları Kanun aşağıda yer almaktadır.

## **Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Değişiklikleri**

1. 7061 sayılı Kanun’un 7. maddesi ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 22/A maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

---

\*Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı

“MADDE 22/A- Maliye Bakanı, aşağıdaki ödeme ve işlemlerde, Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerine vadesi geçmiş borcun bulunmadığına ilişkin belge aranılması ve yapılacak ödemelerden istihkak sahiplerinin amme borçlarının kesilerek ilgili tahsil dairesine aktarılması zorunluluğu ile kesintilere asgari tutar ve oran getirmeye, kapsama girecek amme alacaklarını tür, tutar, ödeme ve işlemler itibarıyla topluca veya ayrı ayrı tespit etmeye, zorunluluk getirilen ödeme ve işlemlerde hangi hallerde bu zorunluluğun aranılmayacağını ve uygulamaya ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.

1. 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa tabi kamu idareleri ile bu idarelere bağlı döner sermaye işletmelerinin yapacağı her türlü ödemelerde,

2. 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamına giren kurumlar ile kamu tüzel kişiliğini haiz kurum ve kuruluşların (meslekî kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) mal veya hizmet alımları ile yapım işleri nedeniyle hak sahiplerine yapacakları ödemelerde,

3. Kanun, kararname ve diğer mevzuatla nakdi olarak sağlanan Devlet yardımları, teşvikler ve destekler nedeniyle yapılacak ödemelerde,

4. 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununa ekli tarifelerde yer alan ticaret sicil harçlarından kayıt ve tescil harçları, noter harçlarından senet, mukavelename ve kâğıtlardan alınan harçlar, tapu ve kadastro harçlarından tapu işlemlerine ilişkin alınan harçlar, gemi ve liman harçları ile (8) sayılı tarifeye konu harçlar (diploma harçları hariç) ve trafik harçlarına mevzu işlemlerde,

5. 26/5/1981 tarihli ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununda yer alan bina inşaat harcı ve yapı kullanma izin harcına mevzu işlemlerde.

Bu madde kapsamında zorunluluk getirilen ödemelere ilişkin olarak işçi ücreti alacakları hariç olmak üzere, yapılacak her türlü devir, temlik ve el değiştirme, Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerine vadesi geçmiş borcu karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra kalan kısım üzerinde hüküm ifade eder. Şu kadar ki bu hükmün uygulanmasında diğer kamu idarelerinin alacaklarına karşılık kesinti yapılması gereken hallerde kesinti tutarı garameten taksim olunur.

Takibata salahiyetli tahsil dairesince, bu madde kapsamında getirilen zorunluluğa rağmen borcun olmadığına dair belgeyi aramaksızın ödeme yapanlara ve işlem tesis eden kurum ve kuruluşlara dört bin Türk lirası idari para cezası verilir. İdari para cezası, ilgisine tebliğ tarihinden itibaren bir ay

içinde ödenir. İdari para cezasına karşı tebliğ tarihini takip eden otuz gün içinde idare mahkemesinde dava açılabilir.”

2. 7061 sayılı Kanun’un 8. maddesi ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 41. maddesinin sekizinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “kredi kartı ile ödenmesi” ibaresi “kredi kartı, banka kartı ve benzeri kartlar ile ödenmesi” şeklinde ve ikinci cümlesinde yer alan “kredi kartı kullanılmak” ibaresi “kredi kartı, banka kartı ve benzeri kartlar kullanılmak” şeklinde değiştirilmiştir.

3. 7061 sayılı Kanun’un 9. maddesi ile 6183 sayılı Kanununun 15, 55, 56 ve 60. maddelerinde ve 58. maddesinin birinci ve yedinci fıkralarında yer alan “7” ibareleri “15” şeklinde değiştirilmiştir.

### **Gider Vergileri Kanunu’ndaki Değişiklikler**

1. 7061 sayılı Kanun’un 10. maddesi ile 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu’nun 39. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan %25, (b) ve (d) bentlerinde yer alan %15, (c) bendinde yer alan %5 ibareleri %7,5 şeklinde, yedinci fıkrasında yer alan “Birinci fıkradaki %25 ve %15 oranlarını ayrı ayrı veya birlikte %5’e, %5 oranını ise sifıra kadar indirmeye ve bu oranları kanuni oranlarına kadar artırmaya” ibaresi “Birinci fıkradaki oranları ayrı ayrı veya birlikte sifıra kadar indirmeye, iki katına kadar artırmaya” şeklinde değiştirilmiştir.

2. 7061 sayılı Kanun’un 11. maddesi ile 6802 sayılı Kanununun 29. maddesinin birinci fıkrasının (p) bendinde yer alan “Türkiye’de kurulu borsalarda gerçekleştirilen” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

### **Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu Değişikliği**

7061 sayılı Kanun’un 13. maddesi ile 7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanununun 16. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan %10 ibaresi %20 olarak değiştirilmiştir.

### **Gelir Vergisi Kanunu Değişiklikleri**

1. 7061 sayılı Kanun’un 14. maddesi ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 74. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan %25’ini ibaresi %15’ini şeklinde değiştirilmiştir.

2. 7061 sayılı Kanun’un 15. maddesi ile Gelir Vergisi Kanunu’na geçici 87. madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 87- 2017 yılı Eylül, Ekim, Kasım ve Aralık aylarına ilişkin net ücretleri bu Kanunun 103 üncü maddesinde yazılı tarife nedeniyle

32 nci maddedeki esaslara göre sadece kendisi için asgari geçim indirimi hesaplanan asgari ücretlilere 2017 yılı Ocak ayına ilişkin ödenen net ücretin altında kalanlara, bu tutar ile 2017 yılı Eylül, Ekim, Kasım ve Aralık aylarına ilişkin olarak aylık hesaplanan net ücreti arasındaki fark tutar, ücretlinin asgari geçim indirimine ayrıca ilave edilir. Bu fıkrada geçen net ücret, yasal kesintiler sonrası ücret tutarına asgari geçim indiriminin ilavesi sonucu oluşan ücreti ifade eder.

Bu Kanunun bu maddeye aykırı olan hükümleri 2017 yılı Eylül, Ekim, Kasım ve Aralık ayları için uygulanmaz.

Bu maddenin yayımlandığı tarih itibarıyla birinci fıkrada yer alan dönemlere ilişkin olarak verilmiş olan muhtasar beyannamelerde beyan edilen ve birinci fıkra hükmü kapsamında ilave asgari geçim indirimi uygulanmaması nedeniyle çalışanlarca fazla ödenen vergiler, bunlara iade edilmek üzere, vergi sorumlularınca bu maddenin yayımı tarihinden sonra verilecek muhtasar beyannameler üzerinde hesaplanan vergiden mahsup edilmek suretiyle reddolunur.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar ile mahsup şeklini ve dönemini belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

### **Vergi Usul Kanunu Değişiklikleri**

1. 7061 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 101. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 101- Bu Kanuna göre bilinen adresler şunlardır:

1. Mükellef tarafından işe başlamada veya adres değişikliğinde bildirilen işyeri adresleri,
2. Yoklama fişinde veya ilgilinin imzası bulunmak şartıyla yetkili memurlar tarafından bir tutanakla tespit edilen işyeri adresleri,
3. 25/4/2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununa göre oluşturulan adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi.

Birinci fıkranın (1) ve (2) numaralı bentlerinde yazılı bilinen adreslerden tarih itibarıyla tebligat yapacak makama en son olarak bildirilmiş veya bu makamca tespit edilmiş olanı dikkate alınır ve tebliğ öncelikle bu adreste yapılır.

İşyeri adresinde tebliğ yapılacak olanların bu adresinde bulunamaması, işin bırakılması veya işin bırakılmış addolunması hallerinde tebliğ, gerçek kişilerde kendisinin, tüzel kişilerde bunların başkan, müdür veya kanuni

temsilcilerinden birinin, tüzel kişiliği olmayan teşekküllerde ise bunları idare edenler veya varsa temsilcilerinden herhangi birinin adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresinde yapılır.

İşyeri adresi olmayanlara tebliğ, doğrudan adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresinde yapılır.”

2. 7061 sayılı Kanun’un 17. maddesi ile 213 sayılı Kanunun 102. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 102- Tebliğ olunacak evrakı içeren zarf posta idaresince muhatabına verilir ve bu durum muhatap ile posta memuru tarafından tebliğ alındısına tarih ve imza konulmak suretiyle tespit olunur.

Muhatap imza edecek kadar yazı bilmez veya herhangi bir sebeple imza edemeyecek durumda bulunursa sol elinin başparmağı bastırılmak suretiyle tebliğ edilir.

Muhatap tebellüğden imtina ederse, tebliğ evrakının gönderildiği idareden alınabileceği şerhini içeren bir pusula kapıya yapıştırılır. Posta memuru, durumu tebliğ alındısı üzerine şerh ve imza ederek, tebliğ olunacak evrakı tebliği yaptıran idareye teslim eder. Bu durumda tebliğ, pusulanın kapıya yapıştırıldığı tarihte yapılmış sayılır.

Bu Kanunun 101 inci maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentlerinde sayılan işyeri adreslerine tebliğe çıkılan hallerde, tebliğ yapılacak olanların bu adreste bulunamaması durumunda (Bulunamama durumu o adresten geçici ayrılmaları da kapsar.) durum, posta memuru tarafından tebliğ alındısı üzerine şerh ve imza edilerek, tebliğ evrakı gönderildiği idareye iade edilir. Bu durumda bu Kanunun 101 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre işlem yapılır.

Bu Kanunun 101 inci maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinde sayılan adrese tebliğe çıkılan hallerde, tebliğ yapılacak kişinin adresinde bulunamaması durumunda (Bulunamama durumu o adresten geçici ayrılmaları da kapsar.) durum, posta memuru tarafından tebliğ alındısı üzerine şerh ve imza edilerek, tebliğ evrakı gönderildiği idareye iade edilir. Bunun üzerine tebliği çıkaran merci tarafından tayin olunacak münasip bir süre sonra yeniden tebliğ çıkarılır. İkinci defa çıkarılan tebliğ evrakı da aynı sebeplerle tebliğ edilemezse, tebliğ evrakının gönderildiği idareden alınabileceği şerhini içeren bir pusula kapıya yapıştırılır. Bu durum, posta memuru tarafından tebliğ alındısı üzerine şerh ve imza edilerek, tebliğ evrakı, gönderildiği idareye iade edilir. Tebliğ evrakının pusulanın yapıştırıldığı

tarihten itibaren on beş gün içerisinde muhatabı tarafından alınması hâlinde alındığı günde, bu süre içerisinde alınmaması hâlinde ise on beşinci günde tebliğ yapılmış sayılır.

Maliye Bakanlığı, bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.”

3. 7061 sayılı Kanun’un 18. maddesi ile 213 sayılı Kanunun 103. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 103- Aşağıda yazılı hallerde tebliğ ilan yoluyla yapılır:

1. Muhatabın bu Kanunun 101 inci maddesi kapsamında bilinen adresi yoksa,
2. Bu Kanunun 101 inci maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentlerinde sayılan bilinen adreste tebliğ yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde kayıtlı bir adresi bulunmazsa,
3. Yabancı memleketlerde bulunanlara tebliğ yapılmasına imkân bulunmazsa,
4. Başkaca nedenlerden dolayı tebliğ yapılmasına imkân bulunmazsa.”

4. 7061 sayılı Kanun’un 19. maddesi ile 213 sayılı Kanunun mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (4) numaralı bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, aynı fıkraya aşağıdaki bent eklenmiş ve beşinci fıkrasının birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“4. Bu Kanunun 149 uncu maddesine göre devamlı bilgi vermek zorunda olanlardan istenilen bilgiler ile beyanname, bildirim, yazı, dilekçe, tutanak, rapor ve diğer belgelerin, şifre, elektronik imza veya diğer güvenlik araçları kullanılmak suretiyle internet de dâhil olmak üzere her türlü elektronik bilgi iletişim araç ve ortamında verilmesine, beyanname, bildirim, yazı, dilekçe, tutanak, rapor ve diğer belgelerin yetki verilmiş gerçek veya tüzel kişiler aracı kılınarak gönderilmesi hususlarında izin vermeye, standart belirlemeye veya zorunluluk getirmeye, beyanname, bildirim, yazı, dilekçe, tutanak, rapor ve diğer belgeler ile bilgilerin aktarımında uyulacak format ve standartlar ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları tespit etmeye, bu zorunluluk veya standartları beyanname, bildirim, yazı, dilekçe, tutanak, rapor ve diğer belgeler veya bilgi ve işlem çeşitleri, mükellef grupları ve faaliyet konuları itibarıyla ayrı ayrı uygulatmaya ya da belirlemeye, kanuni süresinden sonra kendiliğinden veya pişmanlık talepli olarak verilen beyannameler üzerine düzenlenen tahakkuk fişi ve/veya ihbarnameler ile süresinden sonra verilen bildirim, yazı, dilekçe, tutanak, rapor ve diğer belgelere istinaden düzenlenen



ihbarnameleri, mükellefe, vergi sorumlusuna veya bunların elektronik ortamda beyanname, bildirim, yazı, dilekçe, tutanak, rapor ve diğer belgeleri gönderme yetkisi verdiği gerçek veya tüzel kişiye elektronik ortamda tebliğ etmeye, bildirim, yazı, dilekçe, tutanak, rapor ve diğer belgelere ilişkin yapılan işlemlerin sonuçlarını internet de dâhil olmak üzere her türlü elektronik bilgi iletişim araç ve ortamında ilgili kişilere göndermeye ve bunların uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye,”

“7. Elektronik ticarete vergi güvenliğini sağlamak amacıyla elektronik ortamda ticari faaliyette bulunan gerçek ya da tüzel kişi hizmet sağlayıcılara ve/veya başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişi aracı hizmet sağlayıcılara ticari faaliyetlerine ilişkin bildirim verme yükümlülüğü getirmeye, bildirim içeriği, format, standart, verilme süresi ve yöntemini belirlemeye, bunlarda değişiklik yapmaya, bildirim verme yükümlülüğünü iş hacmi, sektör, mükellef grupları, alış-satış tutarı, alım satım konu mal ve hizmet türleri itibarıyla belirlemeye, başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına ilişkin bildirim konu bilgilerin aracı hizmet sağlayıcıları tarafından alınması zorunluluğunu getirmeye, bu bent kapsamındaki bilgi ve bildirimlerin elektronik ortamda muhafaza ve ibraz edilmesi yükümlülüğü getirmeye ve uygulamaya ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye,”

“Kanuni süresi geçtikten sonra kendiliğinden veya pişmanlık talepli olarak verilen beyannamelerin elektronik ortamda gönderilmesi üzerine elektronik ortamda düzenlenen tahakkuk fişi ve/veya ihbarnameler ile elektronik ortamda verilme zorunluluğu getirilen bildirim, yazı, dilekçe, tutanak, rapor ve diğer belgelerin süresinden sonra verilmesi üzerine elektronik ortamda düzenlenen ihbarnameler mükellef, vergi sorumlusu veya bunların elektronik ortamda beyanname, bildirim, yazı, dilekçe, tutanak, rapor ve diğer belgeleri gönderme yetkisi verdiği gerçek veya tüzel kişiye elektronik ortamda iletilir.”

5. 7061 sayılı Kanun’un 20. maddesi ile 213 sayılı Kanununun 157. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “veya ikamet” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

### **Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu Değişiklikleri**

1. 7061 sayılı Kanun’un 22. maddesi ile 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiştir.

“20- Taşıtların değeri: Taşıtların teslimi, ilk iktisabı ve ithalinde, katma değer vergisi matrahını oluşturan unsurlardan (vade farkı ile hesaplanan özel tüketim vergisi hariç) teşekkül eden değeri ifade eder.”

2. 7061 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile 197 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinin birinci fıkrasından sonra gelen (I) sayılı tarifenin "1- Otomobil, kaptıkaçtı, arazi taşıtları ve benzerleri" başlıklı bölümü iki sütun eklenmek suretiyle aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, aynı tarifenin "2- Motosikletler" başlıklı bölümünden önce gelmek üzere aşağıdaki satır eklenmiş, anılan tablodan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş, mevcut ikinci fıkra aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve aynı maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

Motor Silindir Hacmi (cm <sup>3</sup> )	Taşıt Değeri (TL)	Satır Numarası	Taşıtların Yaşları ile Ödenecek Yıllık Vergi Tutarı (TL)				
			1 – 3 yaş	4 – 6 yaş	7 – 11 yaş	12 – 15 yaş	16 ve yukarı yaş
1- Otomobil, kaptıkaçtı, arazi taşıtları ve benzerleri							
1300 cm <sup>3</sup> ve aşağısı	40.000'i aşmayanlar	1	743	518	290	220	78
	40.000'i aşmış 70.000'i aşmayanlar	2	817	570	319	242	86
	70.000'i aşanlar	3	892	622	348	264	94
1301 – 1600 cm <sup>3</sup> e kadar	40.000'i aşmayanlar	4	1.294	970	563	398	153
	40.000'i aşmış 70.000'i aşmayanlar	5	1.423	1.067	619	437	168
	70.000'i aşanlar	6	1.553	1.164	675	477	183
1601 – 1800 cm <sup>3</sup> e kadar	100.000'i aşmayanlar	7	2.512	1.964	1.156	705	274
	100.000'i aşanlar	8	2.741	2.142	1.262	770	299
1801 – 2000 cm <sup>3</sup> e kadar	100.000'i aşmayanlar	9	3.957	3.048	1.792	1.067	421
	100.000'i aşanlar	10	4.317	3.326	1.955	1.164	459
2001 – 2500 cm <sup>3</sup> e kadar	125.000'i aşmayanlar	11	5.936	4.309	2.692	1.609	637
	125.000'i aşanlar	12	6.476	4.701	2.937	1.755	695
2501 – 3000 cm <sup>3</sup> e kadar	250.000'i aşmayanlar	13	8.276	7.200	4.498	2.420	888
	250.000'i aşanlar	14	9.029	7.854	4.907	2.640	969

3001 – 3500 cm <sup>3</sup> e kadar	250.000'i aşmayanlar	15	12.603	11.340	6.831	3.410	1.251
	250.000'i aşanlar	16	13.749	12.371	7.452	3.720	1.365
3501 – 4000 cm <sup>3</sup> e kadar	400.000'i aşmayanlar	17	19.815	17.111	10.077	4.498	1.792
	400.000'i aşanlar	18	21.617	18.666	10.994	4.907	1.955
4001 cm <sup>3</sup> ve yukarısı	475.000'i aşmayanlar	19	32.431	24.320	14.403	6.474	2.512
	475.000'i aşanlar	20	35.379	26.531	15.713	7.062	2.741
			Taşıtların Yaşları ile Ödenecek Yıllık Vergi Tutarı (TL)				
			1 – 3 yaş	4 – 6 yaş	7 – 11 yaş	12 – 15 yaş	16 ve yukarı yaş

“(I) sayılı tarifede yer alan otomobil, kaptıkaçtı, arazi taşıtları ve benzerlerinde, ilk kayıt ve tescil edildiği tarih itibarıyla taşıt değerine isabet eden satır, sonraki yıllarda da bu taşıtın vergi tutarlarının belirlenmesinde esas alınır.”

“(I) sayılı tarifede yer alan otomobil, kaptıkaçtı, arazi taşıtları ve benzerlerine ait vergi tutarlarının Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği tarafından her yılın ocak ayında ilan edilen kasko sigortası değerlerinin %10'unu aşması halinde, taşıtlara ait vergi tutarlarını, bir önceki satırdaki aynı yaş grubunda bulunan taşıtlara isabet eden vergi tutarı olarak belirlemeye, bu oranı %4'e kadar indirmeye ve kanuni oranına kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir.”

“Bu maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

3. 7061 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile 197 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları ile 14 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan “(I)” ibareleri “(I), (I/A),” şeklinde değiştirilmiştir.

4. 7061 sayılı Kanun'un 25. maddesi ile 197 sayılı Kanununun 10. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “önceki yılda uygulanan” ibaresinden sonra gelmek üzere “taşıtların değerleri ve” ibaresi, üçüncü fıkrasının (a) bendinin sonuna “taşıtların değerlerini ayrı ayrı veya birlikte yeniden belirlemeye,” ibaresi eklenmiş ve dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Taşıt değerlerinin hesabında yüz Türk lirasına, ödenmesi gereken vergi miktarlarında ise bir Türk lirasına kadar olan kesirler dikkate alınmaz.”

5. 7061 sayılı Kanun’un 26. maddesi ile 197 sayılı Kanun’a aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 8- 31/12/2017 tarihinden (bu tarih dahil) önce kayıt ve tescil edilen otomobil, kaptıkaçtı, arazi taşıtları ve benzerleri aşağıdaki (I/A) sayılı tarife göre vergilendirilir.

### (I/A) SAYILI TARİFE

Motor Silindir Hacmi (cm <sup>3</sup> )	Taşıtların Yaşları ile Ödenecek Yıllık Vergi Tutarı (TL)				
	1-3 yaş	4-6 yaş	7-11 yaş	12-15 yaş	16 ve yukarı yaş
Otomobil, kaptıkaçtı, arazi taşıtları ve benzerleri					
1300 cm <sup>3</sup> ve aşağısı	743	518	290	220	78
1301 – 1600 cm <sup>3</sup> e kadar	1.294	970	563	398	153
1601 – 1800 cm <sup>3</sup> e kadar	2.284	1.785	1.051	641	249
1801 – 2000 cm <sup>3</sup> e kadar	3.598	2.771	1.629	970	383
2001 – 2500 cm <sup>3</sup> e kadar	5.396	3.918	2.448	1.463	579
2501 – 3000 cm <sup>3</sup> e kadar	7.524	6.545	4.089	2.200	808
3001 – 3500 cm <sup>3</sup> e kadar	11.458	10.309	6.210	3.100	1.138
3501 – 4000 cm <sup>3</sup> e kadar	18.014	15.555	9.161	4.089	1.629
4001 cm <sup>3</sup> ve yukarısı	29.483	22.109	13.094	5.885	2.284

Yukarıdaki tarifede yer alan taşıtlara ait vergi tutarlarının Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği tarafından her yılın ocak ayında ilan edilen kasko sigortası değerlerinin %5’ini aşması halinde taşıtlara ait vergi tutarları, bir önceki satırdaki aynı yaş grubunda bulunan taşıtlara isabet eden vergi tutarı olarak esas alınır.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce iktisap edilmiş ancak çeşitli nedenlerle kayıt ve tescil edilmemiş otomobil, kaptıkaçtı, arazi taşıtları ve benzeri taşıtlar 1/1/2018 tarihinden sonra ilk defa kayıt ve tescil edildiği takdirde bu maddede yer alan tarifeye göre vergilendirilir.”

### **Değerli Kâğıtlar Kanunu Değişikliği**

7061 sayılı Kanun’un 27. maddesi ile 210 sayılı Değerli Kâğıtlar Kanununun 3. maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Bu kâğıtların, Maliye Bakanlığının muvafakati ile ilgili bakanlık, daireler veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından hazırlanıp bastırılması veya elektronik belge olarak düzenlenmesi mümkündür.”

### **Gümrük Giriş Tarife Cetveli Hakkında Kanun Değişikliği**

7061 sayılı Kanun’un 28. maddesi ile 474 sayılı Gümrük Giriş Tarife Cetveli Hakkında Kanun’un 2. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi aşağıdaki şekilde ve aynı Kanunun eki Gümrük Giriş Tarife Cetvelinde yer alan eşyalardan gümrük vergi had ve nispetleri “muaf” olanların gümrük vergisi had ve nispetleri “0” şeklinde değiştirilmiştir.

“Bakanlar Kurulu, bu Kanunun eki Gümrük Giriş Tarife Cetvelinde yer alan eşyaların gümrük vergisi had ve nispetlerini 50’ye kadar yükseltebilir, sifıra kadar indirebilir veya bu Cetveldeki had ve nispetleri %50’sine kadar artırabilir.”

### **Damga Vergisi Kanunu Değişiklikleri**

1. 7061 sayılı Kanun’un 29. maddesi ile 488 sayılı Damga Vergisi Kanununun mükerrer 30. maddesinin dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Bakanlar Kurulu, bu Kanuna ekli (1) sayılı tabloda yer alan maktu vergileri veya bu vergilerin yeniden değerlendirme oranı uygulanmak suretiyle belirlenmiş olan tutarlarını (maktu ve nispi vergilerin asgari ve azami miktarlarını belirleyen hadler dâhil) ve nispi vergileri, kâğıt türleri itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte olmak üzere; maktu vergilerde on katına, nispi vergilerde ise bir katına kadar artırmaya, uygulanmakta olan maktu vergileri yarısına kadar, nispi vergileri ise sifıra kadar indirmeye, bu had ve miktarlar arasında yeni had, miktar ve nispetler tespit etmeye yetkilidir.”

2. 7061 sayılı Kanun’un 30. maddesi ile 488 sayılı Kanuna ekli (2) sayılı tablonun “IV- Ticari ve medeni işlerle ilgili kâğıtlar” başlıklı bölümüne aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“54. Kamu özel iş birliği projelerinin finansmanı için yurt dışında ihraç edilen menkul kıymetler karşılığında fon temin etmek üzere kurulan özel

amaçlı kuruluşların, bu fonları proje yüklenicisi firmalara kullandırmasına ilişkin olarak düzenlenen kâğıtlar ile bunların teminatı ve geri ödenmesine ilişkin işlemler nedeniyle düzenlenen kâğıtlar.”

### **Harçlar Kanunu Değişiklikleri**

1. 7061 sayılı Kanun’un 31. maddesi ile 492 sayılı Harçlar Kanununun 123. maddesine on birinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Kamu özel iş birliği projelerinin finansmanı için yurt dışında ihraç edilen menkul kıymetler karşılığında fon temin etmek üzere kurulan özel amaçlı kuruluşların, bu fonları proje yüklenicisi firmalara kullandırmasına ilişkin işlemler ile bunların teminatı ve geri ödenmesine ilişkin işlemler, yargı harçları hariç, bu Kanunda yazılı harçlardan müstesnadır.”

2. 7061 sayılı Kanun’un 32. maddesi ile 492 sayılı Kanuna bağlı (8) sayılı Tarifenin “XII- Transfer fiyatlandırması ile ilgili yöntem belirleme anlaşması harçları:” başlıklı bölümü yürürlükten kaldırılmıştır.

### **Emlak Vergisi Kanunu Değişikliği**

7061 sayılı Kanun’un 35. maddesi ile 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununa aşağıdaki geçici madde ilave edilmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 23- Takdir komisyonlarınca 2017 yılında 2018 yılı için takdir edilen asgari ölçüde arsa ve arazi metrekare birim değerleri, 2017 yılı için uygulanan birim değerlerinin %50’sinden fazlasını aşması durumunda, 2018 yılına ilişkin bina ve arazi vergi değerlerinin hesabında, 2017 yılı için uygulanan asgari ölçüde arsa ve arazi metrekare birim değerlerinin %50 fazlası esas alınır. Takip eden 2019, 2020 ve 2021 yıllarında 29 uncu madde kapsamında bina ve arazi vergisi matrahları ile asgari ölçüde arsa ve arazi metrekare birim değerleri bu şekilde belirlenen değerler üzerinden hesaplanır.

Emlak vergi değeri veya asgari ölçüde arsa ve arazi metrekare birim değerleri esas alınarak uygulanan vergi, harç ve diğer mali yükümlülükler için de birinci fıkra hükümlerine göre belirlenen değerler dikkate alınarak uygulanır.

Bu maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

### **Katma Değer Vergisi Değişiklikleri**

1. 7061 sayılı Kanun’un 41. maddesi ile 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasına aşağıdaki cümleler eklenmiştir.

“Şu kadar ki Türkiye’de ikametgâhı, işyeri, kanuni merkezi ve iş merkezi bulunmayanlar tarafından katma değer vergisi mükellefi olmayan gerçek kişilere elektronik ortamda sunulan hizmetlere ilişkin katma değer vergisi, bu hizmeti sunanlar tarafından beyan edilip ödenir. Maliye Bakanlığı elektronik ortamda sunulan hizmetlerin kapsamı ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.”

2. 7061 sayılı Kanun’un 42. maddesi ile 3065 sayılı Kanununun 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasına (c) bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki bent eklenmiş ve aynı fıkranın (r) bendinin birinci paragrafında yer alan “bankalara” ibareleri “bankalara, finansal kiralama ve finansman şirketlerine” şeklinde değiştirilmiş, “devir ve teslimleri” ibaresinden sonra gelmek üzere “ile bu taşınmaz ve iştirak hisselerinin finansal kiralama ve finansman şirketlerince devir ve teslimi” ibaresi eklenmiştir.

“ç) Uluslararası roaming anlaşmaları çerçevesinde yurt dışından alınan roaming hizmetleri ile bu hizmetlerin Türkiye’deki müşterilere yansıtılması,”

3. 7061 sayılı Kanun’un 43. maddesi ile 3065 sayılı Kanununun geçici 37. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “2017 yılında” ibaresi “2017 ve 2018 yıllarında”, “2017 yılının” ibaresi “2017 ve 2018 yıllarının” şeklinde ve aynı fıkranın (b) bendinde yer alan “2017 yılında” ibaresi “2017 ve 2018 yıllarında”, “2017 yılı” ibaresi “2017 ve 2018 yılı” şeklinde değiştirilmiştir.

4. 7061 sayılı Kanun’un 44. maddesi ile 3065 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 38- Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren düzenlenen sözleşmelere istinaden Millî Eğitim Bakanlığı tarafından Eğitimde Fırsatları Artırma ve Teknolojiyi İyileştirme Hareketi (FATİH) Projesi kapsamında yapılan mal ve hizmet alımlarında uygulanmak üzere;

a) Proje bileşenlerine ilişkin olarak; Millî Eğitim Bakanlığınca yapılan ithalatlar ile bu Bakanlığa yapılan mal teslimleri ve hizmet ifaları katma değer vergisinden müstesnadır (Bu kapsamda yapılan mal teslimleri ve hizmet ifaları nedeniyle yüklenilen vergiler, vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan vergiden indirilir. İndirim yoluyla telafi edilemeyen vergiler bu Kanununun 32 nci maddesi hükmü uyarınca istisna kapsamında işlem yapan mükellefin talebi üzerine iade edilir. Maliye Bakanlığı istisna ve iadeye ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.).

b) Proje bileşenleri için belirlenen internet kullanımlarına mahsus olan mobil telefon aboneliğinin ilk tesisi ile Proje bileşenlerine ilişkin verilen elektronik haberleşme hizmetleri, 6802 sayılı Kanununun 39 uncu maddesine göre alınan özel iletişim vergisinden müstesnadır (Bu kapsamda verilen elektronik haberleşme hizmetleri nedeniyle yüklenilen vergiler, vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan vergiden indirilir. İndirim yoluyla telafi edilemeyen vergiler istisna kapsamında işlem yapan mükellefin talebi üzerine iade edilir. Maliye Bakanlığı istisna ve iadeye ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.).

c) Proje bileşenlerine ilişkin mal ve hizmet alımları ile ilgili olarak düzenlenen idare ve/veya proje yüklenicilerinin taraf olduğu kâğıtlar, 1/7/1964 tarihli ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa göre alınan damga vergisinden müstesnadır.

ç) Millî Eğitim Bakanlığı veya bu Bakanlık adına Proje yüklenicileri ile alt yükleniciler tarafından serbest dolaşıma sokulacak her türlü araç, gereç, malzeme, makine, ürün ve bunların yedek parçaları, 4458 sayılı Kanuna göre alınan gümrük vergilerinden, fonlardan, bu ithalata ilişkin düzenlenen kâğıtlar damga vergisinden, yapılacak işlemler harçlardan müstesnadır (Proje yüklenicileri ile alt yükleniciler tarafından serbest dolaşıma sokulacak eşyanın bu Projeye uygunluğunu tevsik edici belgeleri düzenlemeye Millî Eğitim Bakanlığı yetkilidir.).

d) Proje bileşenlerine ilişkin olarak 4760 sayılı Kanuna ekli (IV) sayılı listede yer alan malların, Millî Eğitim Bakanlığına ya da proje yüklenicisine teslimi veya bunlar tarafından ithali özel tüketim vergisinden müstesnadır (Maliye Bakanlığı istisnaya ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.).

e) 406 sayılı Kanun uyarınca Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuyla görev veya imtiyaz sözleşmesi imzalamak suretiyle veya 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu uyarınca bu Kuruma bildirim yapılması veya bu Kurumca kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirilen veya yetkilendirilmiş sayılan işletmecilerin Millî Eğitim Bakanlığı ya da proje yüklenicisi işletmelere yapmış oldukları mal teslimleri ve hizmet ifaları dolayısıyla elde ettikleri gelirler, bu işletmecilerden 406 sayılı Kanununun 37 nci maddesine göre alınan Hazine payının ve Kurum masraflarına katkı payının, 16/6/2005 tarihli ve 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanununun 6 ncı maddesine göre alınan evrensel hizmet gelirlerinin, 5809 sayılı Kanunun 11 inci maddesine göre alınan idari ücret ile aynı Kanununun 46 ncı maddesinin (7) numaralı fıkrasına göre alınan telsiz ücretinin hesaplanmasına dâhil edilmez.



f) Proje bileşenlerine ilişkin olarak temin edilecek bilgisayar ve tablet bilgisayarlar ile etkileşimli tahtalar için 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 44 üncü maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen kesintiler yapılmaz (Millî Eğitim Bakanlığı bu kapsamda temin edilen mallardan kesinti yapılmamasını sağlayan belgeleri düzenlemeye yetkilidir.).

g) Proje bileşenlerine ilişkin olarak temin edilecek bilgisayar ve tablet bilgisayarlar ile etkileşimli tahtalardan, 4/12/1984 tarihli ve 3093 sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Gelirleri Kanununun 4 üncü maddesinin (a) fıkrasında yer alan bandrol ücreti alınmaz (Millî Eğitim Bakanlığı bu kapsamda temin edilen mallardan bandrol ücreti alınmamasını sağlayan belgeleri düzenlemeye yetkilidir.).

ğ) Proje bileşenlerine ilişkin olarak tesis edilen aboneliklere ait telsiz cihaz ve sistemlerinden, 5809 sayılı Kanunun 46 ncı maddesinde yer alan telsiz ruhsatname ve yıllık kullanım ücretleri alınmaz.

h) Proje kapsamında yapılacak mal ve hizmet alımlarında Proje bileşenlerine ilişkin ihale yüklenicisinin bu Proje ile ilgili faaliyette bulunmak üzere özel amaçlı şirket kurması halinde bu şirket, yalnızca ilgili mevzuatına göre kendi ödemesi gereken vergi ve mali yükümlülüklerden sorumlu olup, ihale yüklenicisinin ödemesi gereken Hazine payı, Kurum masraflarına katkı payı, evrensel hizmet katkı payı, idari ücret, özel iletişim vergisi ve telsiz ücretlerinden sorumlu tutulmaz.”

### **Özel Tüketim Vergisi Kanunu Değişiklikleri**

1. 7061 sayılı Kanun'un 72. maddesi ile 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 7 nci maddesinin birinci fıkrasının; (2) numaralı bendinin (a) ve (c) alt bentlerinin parantez içi hükümlerinde yer alan “motor silindir hacmi 1.600 cm<sup>3</sup>’ü aşanlar” ibaresi “hesaplanması gereken özel tüketim vergisi ve diğer her türlü vergiler dahil bedeli 200.000 TL’yi aşanlar” şeklinde, (6) numaralı bendinin köşeli parantez içi hükmünde yer alan “ile (7) numaralı fıkrası” ibaresi “ve (7) numaralı fıkrası kapsamında ithal edilen eşya ile (12) numaralı fıkrasının (a) bendi kapsamında ithal edilen bu Kanuna ekli (II) sayılı listenin 87.03 G.T.İ.P numarasında “-Diğerleri” satırı altında yer alan mallardan özel tüketim vergisi ve katma değer vergisi dahil gümrük vergilerine ilişkin istisna uygulanmaması durumunda belirlenecek gümrüklenmiş değeri 200.000 TL’yi aşanlar” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Birinci fıkranın; (2) numaralı bendinin (a) ve (c) alt bentleri ile (6) numaralı bendinde yer alan tutarlar, her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak 213

sayılı Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırılmak suretiyle uygulanır. Hesaplanan tutarın 100 lirayı aşmayan kesirleri dikkate alınmaz. Bakanlar Kurulu, bu şekilde tespit edilen tutarı %50'sine kadar artırmaya yetkilidir.”

2. 7061 sayılı Kanun'un 73. maddesi ile 4760 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan “perakende satışa sunulan sigaraların birim ambalajı içinde yer alan her bir sigara,” ibaresi “perakende satışa sunulan sigaraların ve makaronların birim ambalajı içinde yer alan her bir sigara veya her bir makaron,” şeklinde ve “20 adet sigaradan” ibaresi “20 adet sigaradan, 50 adet makarondan” şeklinde değiştirilmiştir.

3. 7061 sayılı Kanun'un 74. maddesi ile 4760 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan “her bir sigara adedi” ibaresi “her bir sigara veya makaron adedi” şeklinde değiştirilmiştir.

4. 7061 sayılı Kanun'un 75. maddesi ile 4760 sayılı Kanunun ekinde yer alan (III) sayılı listenin;

1. a)(A) cetveline aşağıdaki mallar eklenmiştir.

G.T.İ.P. NO	Mal İsmi	Vergi Oranı (%)	Asgari Maktu Vergi Tutarı (TL)
20.09	Meyve suları (üzüm sırası dâhil) ve sebze suları (fermente edilmemiş ve alkol katılmamış), ilave şeker veya diğer tatlandırıcı maddeler katılmış olsun olmasın (Yalnız ambalajlanmış olanlar ve/veya toptan teslimatı konu edilenler) (Sebze suları ve Türk Gıda Kodeksine göre % 100 meyve suyu sayılanlar hariç)	10	–
22.02	Sular (mineral sular ve gazlı sular dâhil) (ilave şeker veya diğer tatlandırıcı maddeler katılmış veya aromalandırılmış) ve alkolsüz diğer içecekler (20.09 pozisyonundaki meyve ve sebze suları hariç) (Yalnız ambalajlanmış olanlar ve/veya toptan teslimatı konu edilenler) (Doğal mineralli doğal maden suyu ile üretilmiş, tatlandırılmış, aromalandırılmış meyveli gazlı içecekler ile 2202.10.00.00.11, 2202.10.00.00.12, 2202.10.00.00.13, 2202.91.00.00.00 hariç)	10	–
2202.10.00.00.11	Sade gazozlar	10	–
2202.10.00.00.12	Meyvalı gazozlar	10	–
2202.91.00.00.00	Alkolsüz biralar	10	–

1. b) (B) cetveline aşağıdaki mal eklenmiştir.

G.T.İ.P. NO	Mal İsmi	Vergi Oranı (%)	Asgari Maktu Vergi Tutarı (TL)
4813.10.00.80.00	Diğerleri (Makaron)	65,25	0,0994

### **Kurumlar Vergisi Kanunu Değişiklikleri**

1. 7061 sayılı Kanun'un 88. maddesi ile 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (k) bendinde yer alan parantez içi hüküm yürürlükten kaldırılmış ve aynı bendin sonuna aşağıdaki parantez içi hüküm eklenmiştir.

“(Kooperatiflerin ortakları dışındaki kişilerle yaptıkları işlemler ile kooperatif ana sözleşmesinde yer almayan konularda ortakları ile yaptıkları işlemler “ortak dışı” işlemlerdir. Kooperatiflerin faaliyetin icrasına tahsis ettikleri ve ekonomik ömrünü tamamlamış olan demirbaş, makine, teçhizat, taşıt ve benzeri amortismanına tabi iktisadi kıymetleri elden çıkarmaları ile yapı kooperatiflerinin kendilerine ait arsalarını kat karşılığı vererek her bir hisse için bir işyeri veya konut elde etmeleri ortak dışı işlem sayılmaz. Kooperatiflerin ortak dışı işlemleri nedeniyle kooperatif tüzel kişiliğine bağlı ayrı bir iktisadi işletme oluşmuş kabul edilir. Kooperatiflerin, iktisadi işletmelerinden ve tam mükellefiyete tabi başka bir kurumun sermayesine katılımlarından kazanç elde etmelerinin ve bu kazançların daha sonra ortaklara dağıtılmasının muafiyete etkisi yoktur. Ortak dışı işlemlerden elde edilen kazançların vergilendirilmesine ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir.”

2. 7061 sayılı Kanun'un 89. maddesi ile 5520 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının;

a) (e) bendinin birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Kurumların, en az iki tam yıl süreyle aktiflerinde yer alan iştirak hisseleri ile aynı süreyle sahip oldukları kurucu senetleri, intifa senetleri ve rüçhan haklarının satışından doğan kazançların %75’lik kısmı ile aynı süreyle aktiflerinde yer alan taşınmazların satışından doğan kazançların %50’lik kısmı.”

b) (f) bendinde yer alan “Bankalara borçları” ibaresi “Bankalara, finansal kiralama ya da finansman şirketlerine borçları” şeklinde, “bankalara veya” ibaresi “bankalara, finansal kiralama ya da finansman şirketlerine veya”

şeklinde değiştirilmiş ve aynı bende “bankaların” ibaresinden sonra gelmek üzere “, finansal kiralama ya da finansman şirketlerinin” ibaresi eklenmiş ve “söz konusu kıymetlerin satışından doğan kazançların %75’lik kısmı” ibaresi “söz konusu kıymetlerden taşınmazların (6361 sayılı Kanun kapsamında yapılan finansal kiralama işlemlerinde kiracının temerrüdü sebebiyle kanuni takipteki finansal kiralama alacakları karşılığında tarafların karşılıklı mutabakatıyla kiralayanın her türlü tasarruf hakkını devraldığı finansal kiralama konusu taşınmazlar dâhil) satışından doğan kazançların %50’lik, diğerlerinin satışından doğan kazançların %75’lik kısmı” şeklinde değiştirilmiştir.

c) (i) bendinin birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Kooperatif ortaklarının yönetim gideri karşılığı olarak ödedikleri paralardan harcanmayarak iade edilen kısımlar ile tüketim kooperatiflerinin, ortaklarının kişisel ve ailevi gıda ve giyecek ihtiyaçlarını karşılamak için satın aldıkları malların değerine göre hesapladıkları risturnlar.”

3. 7061 sayılı Kanun’un 90. maddesi ile 5520 sayılı Kanunun geçici 9 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan “2017 takvim yılında” ibaresi “2017 ve 2018 takvim yıllarında” şeklinde değiştirilmiştir.

4. 7061 sayılı Kanun’un 91. maddesi ile 5520 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 10- (1) Bu Kanunun 32 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan %20 oranı, kurumların 2018, 2019 ve 2020 yılı vergilendirme dönemlerine (özel hesap dönemi tayin edilen kurumlar için ilgili yıl içinde başlayan hesap dönemlerine) ait kurum kazançları için %22 olarak uygulanır.

(2) Bakanlar Kurulu, birinci fıkrada yazılı %22 oranını %20 oranına kadar indirmeye yetkilidir.”

### **Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu Değişikliği**

7061 sayılı Kanun’un 106. maddesi ile 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununun 16. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(2) Finansal kiralama ve finansman şirketleri tarafından bu madde uyarınca ayrılan özel karşılıkların tamamı, ayrıldıkları yılda kurumlar vergisi matrahının tespitinde gider olarak kabul edilir.”

## Yürürlük Tarihleri

Bu Kanunun;

a) 1 inci, 3 üncü ve 82 nci maddeleri yayımlandığı ayın son günü,

b) 7 nci, 9 uncu, 10 uncu, 16 ncı, 17 nci, 18 inci, 22 nci, 23 üncü, 24 üncü, 25 inci, 26 ncı maddeleri, 42 nci maddesi ile 3065 sayılı Kanunun 17 nci maddesinin (4) numaralı fıkrasının (r) bendinin birinci paragrafında yapılan değişiklik, 67 nci ve 72 nci maddeleri, 75 inci maddesi ile 4760 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı listenin (A) cetvelinde yapılan değişiklik, 86 ncı, 88 inci, 89 uncu maddesi ile 5520 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde yer alan “Bankalara borçları”, “bankalara veya” ibarelerine yönelik değişiklik ile “söz konusu kıymetlerin satışından doğan kazançların %75’lik kısmı” ibaresine yönelik değişikliğin parantez içi hükmü, “bankaların” ibaresinden sonra eklenen hüküm ve (i) bendinde yapılan değişiklik, 98 inci maddesi ile 5809 sayılı Kanunun 46 ncı maddesinin ikinci fıkrasına eklenen cümle ve geçici 2 nci maddesi 1/1/2018 tarihinde,

c) 11 inci, 13 üncü ve 41 inci maddeleri, 42 nci maddesi ile 3065 sayılı Kanunun 17 nci maddesinin (4) numaralı fıkrasına eklenen (ç) bendi ve 83 üncü maddesi yayımlandığı ayı izleyen ay başında,

ç) 14 üncü maddesi 1/1/2017 tarihinden itibaren elde edilen gelirlere uygulanmak üzere yayımı tarihinde,

d) 15 inci maddesi 1/9/2017 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde,

e) 62 nci maddesi ile 4733 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin dokuzuncu fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen onuncu fıkrası, 63 üncü maddesi ile aynı Kanunun 8 inci maddesinin beşinci fıkrasının (h) bendinin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin değişiklik ve 93 üncü maddesi 1/7/2018 tarihinde,

f) 76 ncı maddesi 1/1/2018 tarihinden itibaren tahsil edilen gelirlere uygulanmak üzere aynı tarihte,

g) 97 nci maddesi ve 98 inci maddesi ile 5809 sayılı Kanunun 46 ncı maddesine eklenen yedinci fıkrası 1/1/2018 tarihinden itibaren elde edilecek net satışlara uygulanmak üzere aynı tarihte,

ğ) 106 ncı maddesi 1/1/2019 tarihinde,

h) Diğer hükümleri yayımı tarihinde, yürürlüğe girer.

## Değerlendirmeler

Yapılan değişiklikler kapsamında temel alanlarla ilgili bazı değerlendirmeler şu şekilde yapılabilir:

1. Kurumlar vergisi oranı %20’den %22’ye yükseldi. Yeni oran 2018 yılı kazançlarına uygulanacak. Dünyada vergi indirimlerine gidilen bir dönemde kurumlar vergisi oranının artması tamamen bütçe gerekçeli. Kısa

vadede gelir artışı sağlama ihtimali olsa da uzun vadede hem yeni yatırımlar hem vergi tahsilat oranları bakımından olumsuzluklar yaşanması kaçınılmaz gözükmektedir.

2. Oranlar bakımından yapılan bir başka değişiklik ise kurumların iki tam yıl aktifinde yer alan ve sonra satılan gayrimenkullerden sağladıkları kazançlara uygulanan %75 oranındaki istisnada yapılarak bu oran %50'ye indirildi. Söz konusu oran değişikliği yayın tarihi olan 5.12.2017 tarihinden sonra yapılan satışlarda uygulanacaktır.

3. Gelir Vergisi Kanunu kapsamında gayrimenkul sermaye iratları ile ilgili yapılan değişiklikle götürü gider yöntemini seçenlerin uyguladığı %25'lik oran %15'e indirildi. Bu değişiklik Mart 2018'de verilecek 2017 senesi yıllık gelir vergisi beyannamesinde uygulanacak. Bu açıdan söz konusu usulü oran %25 olduğu için seçenler bakımından olumsuz bir durum yaratılmış oldu. Planlamasını buna göre yapıp gerçek giderleri %15'in üzerinde olanlar bakımından bu giderlerin belgelenmesi konusundaki problemler de dikkate alınınca düzenleme bir dezavantaj olmaktadır.

4. En önemli değişikliklerden biri Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun kapsamında yapılan ve 1.1.2018 tarihinden itibaren uygulanacak olan düzenlemedir. Söz konusu 6183 sayılı Kanun'da yer alan ihtiyati haciz, ihtiyati tahakkuk, ödeme emri, mal bildiriminde bulunma, teminatlı alacaklarda teminatın paraya çevrilmesi işlemleri kapsamındaki 7 günlük süreler 15 güne çıkartıldı. Uzun yıllardan beri kısa olması sebebiyle çokça eleştirilen fakat nedense bu durum çok iyi bilinmesine rağmen hiçbir şekilde değişiklik yapılmayan yedi günlük sürenin artması doğru olmuştur. Bununla birlikte vergi sistemimizdeki süreler konusundaki karmaşa halen devam etmektedir.

5. 7061 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile getirilen düzenleme ile kanun ile düzenlenmesi gereken birçok husus Maliye Bakanı'na bırakılmıştır. Bu yaklaşım doğru ve hukuki değildir.

6. Sıfıra indirme yetkisi hukuken doğru olmamasına rağmen birçok Kanun'da ve yeni düzenlemelerde de uygulanmaya devam etmektedir. Keza %50 arttırma yetkisi de hukuken tartışmalı bir yetkidir.

7. Maliye Bakanlığı'na usul yanında esas konusunda değişiklik yapma yetkisi verilmesi hukuka aykırıdır.

8. 7061 sayılı Kanun ile Vergi usul Kanunu'nda tebligat sisteminde çok sayıda değişiklik yapılmıştır. Bilinen adresler, tebligat usulleri, ilan tebligat, elektronik tebligat konularında çeşitli değişiklikler getirilmiştir. Vergilerde tebligat konusu ve özellikle elektronik tebligat çok sayıda problem yaratan alanlardan olup, diğer ülkelerde tartışılan hususlar henüz ülkemizde tartışılmaya başlanmamıştır. Diğer hukuk alanları vergi hukuku alanında tebligat düzenlemeleri bakımından fark yaratmak yerine mevcut Tebligat Kanunu hükümleri esas alınmak suretiyle problemlerin çözümü daha akılcı ve pratik gözükmektedir.

9. Motorlu Taşıtlar Vergisi bakımından ilk zamandan beri mevcut olan farklı kriterlere bağlı vergilendirme esası ve servet vergisi görüntüsü sebebiyle mevcut hukuka aykırılıklar devam etmektedir. Çağdaş ülke yaklaşımlarının dikkate alınması gerekmektedir. Ayrıca artık farklı bir düzenleme kapsamındaki deniz taşıtlarındaki problemler de devam etmektedir. Değişiklikler de gelir artırma amaçlıdır olup oldukça yüksek seviyelerde belirlenmiştir. kamuoyunda bu konudaki yoğun tartışmalar da bazı değişikliklere rağmen bu yüksek oranın düşmesini sağlamamıştır.

10. Emlak vergisi ile ilgili olarak getirilen düzenlemelerdeki %50 esas alınması düzenlemesi de söz konusu değerlerin gerçek değeri yansıtıp yansıtmadığı problemi sebebiyle oldukça yüksek kalmaktadır.

11. Katma Değer Vergisi Kanunu ile ilgili olarak getirilen “Türkiye’de ikametgâhı, işyeri, kanuni merkezi ve iş merkezi bulunmayanlar tarafından katma değer vergisi mükellefi olmayan gerçek kişilere elektronik ortamda sunulan hizmetlere ilişkin katma değer vergisi, bu hizmeti sunanlar tarafından beyan edilip ödenir.” ibaresi sebebiyle çok sayıda problem yaşanacaktır.

12. Özel tüketim vergisi kapsamında türün kullanıcılarının alışkanlıklarının vergiler sebebiyle değişmesi ve Maliye'nin bu değişiklikleri de kapsama almak amacıyla makaron (sigara kağıdı) düzenlemesi getirmesi mükellef-idare ikileminin tipik bir göstergesidir. Sonraki hamlelere göre yeni düzenlemeler gerekeceği aşikârdır.

13. Özel tüketim vergisi kapsamındaki bazı içeceklerin kapsama alınması yine ek vergi tahsilatı amaçlı olup, özel tüketim mantığını her geçen gün biraz daha bozmaktadır.

14. Kurumlar vergisindeki kooperatiflerle ilgili düzenlemede yer alan iktisadi işletmeler bakımından yer alan ifadeler mantık ve hukuk bakımından

tekrar gözden geçirilmelidir. Maliye Bakanlığı'na verilen yetki tamamen hukuka aykırıdır.

15. Veraset ve İntikal Vergisi Kanununun 16. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan %10 ibaresi %20 olarak değiştirilmesi de şans oyunları ile gerçek ve tüzel kişilerce düzenlenen yarışma ve çekilişlerde kazanılan ikramiyeleri kapsamaması nedeniyle gelir arttırıcı önlemlerdir.

16. Özel Tüketim Vergisi kapsamında 2018 yılı başında itibaren engelliler, motor silindir hacmi ne olursa olsun, bedeli vergiler dahil 200 bin lirayı aşmayan binek otomobillerini ÖTV'siz alabilecekler. Uygulamada çok sayıda yüksek fiyatlı araç almak isteyen kişiler tarafından kötüye kullanmayı engellemek amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir.

17. Ayrıca Mobil haberleşme hizmetleri ve mobil internet servis sağlayıcılığı hizmetlerinde özel iletişim vergisi oranı 1.1.2018'den itibaren % 7,5 olarak belirlendi. Daha önce 5,15 ve 25 gibi farklı oranlar tek bir oranda birleştirilmiş oldu. Değişikliklerle Türkiye'de yoğun şekilde gerçekleşen cep telefonu konuşmanın vergisi düşerken, daha önce artmayacağı vaat edilen internetin vergisi artmış bulunmaktadır.

18. Finansal kiralama ve finansman şirketleri, 2019 senesinden itibaren, ayırdıkları özel karşılıkların tamamını ayırdığı yılda kurumlar vergisi matrahının tespitinde gider olarak dikkate alabilecekler. Bununla birlikte, söz konusu düzenleme, factoring şirketlerinin leasing ve finansman şirketleriyle aynı mevzuat kapsamında ayırdıkları özel karşılıkları kapsamamaktadır.

19. Transfer fiyatlandırması kapsamında uygulamasında, Maliye Bakanlığı ile yapılan peşin fiyatlandırma anlaşmalarında ödenmesi gereken başvuru harcı ve yenileme harcı 5.12.2017 tarihinden itibaren kaldırıldı. Bu çerçevede az olan başvuru sayısının artması beklenebilir.

20. Milli Eğitim Bakanlığı'nın FATİH (Eğitimde Fırsatları Artırma ve Teknolojiyi İyileştirme Hareketi) Projesine ilişkin olarak KDV, özel iletişim vergisi, gümrük vergisi, özel tüketim vergisi, damga vergisi ve harç istisnaları getirildi.

## **Sonuç**

7061 sayılı Torba Kanun içinde bazı yapısal değişiklikleri de barındırmasının yanında temel olarak gelir arttırıcı bir çabanın ürünü olarak görülmektedir. Bunun sonuç verip vermeyeceği gelecek dönemlerde



anlaşılacaktır. Bununla birlikte bu düzenleme ve mevcut sistem sorunları dikkate alındığında vergi sistemimizdeki yapısal ve hukuki sorunların devam ettiği görülmektedir.

# BOLİVYA ANAYASASINDA ÜLKESEL HAKLAR\*

## (LAND RIGHTS IN THE BOLIVIAN CONSTITUTION)

**Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Nihan YANCI ÖZALP\***

### ÖZET

Bu makalede ekolojik anayasacılığın en önemli örneklerinden birisi olan Bolivya Anayasasının çevresel haklara bakış açısı, dolayısıyla da ülke kavramını diğer anayasalardan nasıl farklı okuduğu incelenmiştir.

Çevre hakkı 20. yüzyıl sonu ve 21. yüzyıl anayasacılığına damgasını vurmuş bulunmaktadır. Son yıllarda yeni bir anayasa yapan ya da anayasalarında değişiklik yapan devletler genellikle anayasalarına çevre korumacılığına ilişkin hüküm koymayı ihmal etmemişlerdir. Ancak son dönemlerde özellikle Güney Amerika ülkelerinde ortaya çıkan yeni bir anayasacılık akımı artık temel hak ve özgürlüklere farklı bir nitelik tanımaya ve anayasalarına farklı bir özneyi daha dâhil etmeye başlamışlardır. Anayasalara birey, toplum ve devletten sonra dâhil edilen özne “doğa”, aynı zamanda ekolojik hakların da öznesi konumuna gelmiştir. Bu çerçevede anayasalarda genellikle ülkesel bütünlük ve egemenlik kapsamında düzenlenen ülke artık niteliği boyutuyla da ekolojik anayasalarda en önemli yeri almaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** *Ekolojik anayasacılık, Bolivya Anayasası, Çevre hakkı, Katılım, Toprak Ana*

### ABSTRACT

This article examines the point of view of the Bolivian Constitution, one of the most important examples of ecological constitutionalism, to environmental rights and therefore its understanding of the land concept differently from other constitutions.

Right to environment is stamped on the constitutionalism of the late 20th century and the 21st century. States that have made a new constitution or amended their constitutions in recent years have generally not neglected to add the environmental protection rules to their constitutions. However, a new constitutional movement that has recently emerged, especially in the South American countries, has now begun to recognize a different characteristic to

---

\* Bu makale 10 Kasım 2012 tarihinde İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi’nde düzenlenen “1982 Anayasası’nın 30. Yıl Bilançosu” Sempozyumunda sunulan ve Sempozyumla aynı adı taşıyan bildiri kitabında yer alan, “Türkiye, Ekolojik Anayasacılığın Neresinde?” başlıklı tebliğ değiştirilip, geliştirilerek yazılmıştır.

\* Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

fundamental rights and freedoms and to incorporate another subject into their constitutions. The nature that is incorporated into constitutions after the individual, the society and the state has also become the subject of ecological rights. In this framework, the land, which is generally contextualized under independence and sovereignty rights in constitutions, has taken the most prominent place in the ecological constitutions with its nature.

**Key Words:** *Ecological constitutionalism, Bolivian Constitution, Right to environment, Participation, Mother Earth,*

## GİRİŞ

Klasik anayasalar birey, toplum ve devlet ilişkilerini düzenleme altına alırlar. Ancak günümüzde Latin Amerika ülkelerinde ortaya çıkan ekolojik anayasalar ise doğayı da dördüncü bir özne olarak bu ilişkiler yumağına katmaktadırlar. İnsanoğlu nasıl birkaç yüzyıl önce bir sözleşme imzalayıp, anayasalarını toplum sözleşmesi olarak ortaya çıkarmışsa; günümüzde artık aynı sözleşmeyi doğayla da imzalamak ve anayasalarına birer toplum sözleşmesi olmalarının yanı sıra, doğa sözleşmesi olma özelliğini de eklemek zorunda bulunmaktadır.

Temel hak ve özgürlüklerin gelişimi sürecinde şu ana kadar üç kuşak bulunmaktadır. Üçüncü kuşak dediğimiz dayanışma hakları kuşağı ile birlikte insan hakları alanında iki yönlü bir gelişme olmuştur. Öncelikle 2. Dünya Savaşı sonrasında insan haklarının korunmasının devletlerin iç sorunu olmayıp, tüm insanlık ailesinin ortak sorunu olduğu gerçeği anlaşılmıştır. Zira temel hak ve özgürlüklerin korunması sadece devletlerin tekeline bırakılırsa, Nazi Dönemi Almanya'sında olduğu gibi en büyük insan hakları ihlalleriyle karşı karşıya kalınabilir. Bu olgudan hareketle de 3. Kuşakta temel hak ve özgürlüklerin ulusal-üstü ölçekte korunması ve güvence altına alınması gereği ortaya çıkmıştır. Bu dönemde insan hakları alanındaki ikinci gelişme ise, yeni bir hak kuşağının ortaya çıkmasıdır. Bu da çevre, barış ve gelişme haklarını kapsamına alan dayanışma haklarının temel hak ve özgürlükler listesine dâhil edilmesiyle sonuçlanmıştır.<sup>1</sup>

Temel hak ve özgürlüklerdeki ve anayasacılık akımlarındaki son gelişme ise, ekolojik anayasaların ortaya çıkması ve artık ekolojik haklar konusunda doğanın da hak sahibi olarak tanımlanması, ekolojik vatandaşlık önerilerinin ortaya atılmasıdır.

2008'de Ekvador, 2009'da Bolivya'da kabul edilen ve ekolojik anayasa olarak adlandırılan bu anayasalar bazı yazarlarca Latin Amerika

<sup>1</sup> İbrahim Kaboğlu, Çevre Hakkı, 3. Baskı, Ankara, Nisan 1996, s. 9-12.

Anayasacılığında dördüncü dalga,<sup>2</sup> bazı yazarlarca da And Anayasacılığı olarak adlandırılmaktadır.<sup>3</sup> Bazı yazarlar da Güney Amerika Anayasacılığının radikal bir demokratik anayasal düzen kurduğunu ifade etmektedir.<sup>4</sup>

Bu çalışmada ekolojik anayasacılığın en önemli örneklerinden biri olan 2009 Bolivya Anayasasının çevresel haklara yaklaşımı incelenmiştir. Toplam 411 madde ve 10 geçici hükümden oluşan Bolivya Anayasası demokratik, katılımcı ve ekolojik bir anayasa olmasıyla dikkat çekmektedir. Bir diğer önemli özelliği ise Bolivya Anayasasının, toplumun geniş bir oydaşması sonucu yazılmış olmasıdır. Anayasayı mevcut meclis değil, anayasa yapımı için seçilmiş bir kurucu meclis yapmıştır ve anayasa yapımı toplumsal grupların talepleri üzerinde şekillenmiştir. Anayasa yapım sürecinde mümkün olduğunca demokratik anayasa yapım usulleri uygulanmaya çalışılmıştır. Özellikle anayasa yapım sürecinde yerli halkın etkili katılımı anayasanın sözleşme olma özelliğini güçlendirmektedir. Zaten Anayasaya ekolojik anayasa niteliğini büyük ölçüde kazandıran da, anayasa yapımına mümkün olduğunca yerli halkı katma çabası olmuştur. Zira Toprak Ana (Pachamama) anlayışı Bolivya'nın yerli halkının kültüründe öteden beri süregelen bir uygulamadır.

Öncelikle ekolojik anayasacılığın temelinde doğanın haklarını tanımak yatar. Doğanın hak öznesi olarak tanımlanması yeni bir vatandaşlık açılımını da beraberinde getirecektir: Ekolojik vatandaşlık. Doğaya hak tanınabilir mi? Eğer doğaya hak tanınırsa, bu haklar kim tarafından ve nasıl kullanılır? Ekolojik anayasacılığa en büyük itirazlar bu noktalardan gelmektedir.

## **I-LATİN AMERİKA ANAYASACILIĞINDA ORTAK ÖZELLİKLER**

1980'li yılların ortalarından beri Latin Amerika'da çok yoğun bir anayasal değişim süreci yaşanmaktadır. Çoğu ülke, Bolivya ya da Ekvador gibi, ya yeni bir anayasa kabul etmiş, ya da Arjantin, Meksika ve Kosta Rika'da olduğu gibi mevcut anayasasında çok önemli değişiklikler yapmışlardır. Latin

<sup>2</sup> Roberto Gargarella, *Constitutional Changes and Judicial Power in Latin America*, s.8. <https://www.sas.upenn.edu/andrea-mitchell-center/sites/www.sas.upenn.edu.dcc/files/uploads/Gargarella%20-%20Constitutional%20Change.pdf>

<sup>3</sup> Illan rua Wall, *Constituent Power and the Question of Andean Constitutionalism*, [https://www.academia.edu/5472698/Constituent\\_Power\\_and\\_the\\_Question\\_of\\_Andean\\_Constitutionalism](https://www.academia.edu/5472698/Constituent_Power_and_the_Question_of_Andean_Constitutionalism)

<sup>4</sup> Javier Couso, *Radical Democracy and the "New Latin American Constitutionalism"*, [https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13\\_Couso\\_CV\\_Eng\\_20130516.pdf](https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Couso_CV_Eng_20130516.pdf)

Amerika Anayasalarındaki dönüşüm birbirinden farklı olmakla birlikte benzer ortak özellikler taşımaktadır. Örneğin Bolivya Anayasasında da olduğu gibi ulusal birliğin sağlanması, kültürel farklılıkların daha geniş tanınması yoluyla gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Böylece anayasalarda çok etnikli ve çok kültürlü yapı açıkça tanınmış ve çeşitliliğin desteklenmesi anayasal ilke olarak düzenlenmiştir. Bununla bağlantılı olarak bir diğer ortak nokta geleneksel ayrımcılık hedefinde yer alan yerli gruplara özel güvence sağlamaktır. Hatta Bolivya gibi bazı ülkeler bu grupların dillerini resmi dil olarak tanıyarak ve hatta kendi bölgelerinde tam yargı yetkisi sağlayarak, bu gruplar için özel bölgeler oluşturarak, farklılaşmış vatandaşlık tanımaktadır. Çoğulculuğun kabulü ve yerli topluluklar için haklar tanınması yolundaki bu eğilim Bolivya ve Ekvador Anayasalarında daha da belirgindir. Hatta bu iki anayasada yerli geleneklerine ait bazı kavramlar anayasallaştırılmaktadır.<sup>5</sup> Toprak Ananın hakları da bunların en önemlilerindedir.

Anayasal reformların bir diğer ortak özelliği, özgürlükler bakımından oldukça geniş olması, hatta dayanışma haklarına da yer vermiş olmasıdır. Yine uluslararası insan hakları hukukuna açıklık, Latin Amerika Anayasalarının bir diğer ortak özelliğidir. Ayrıca temel hak ve özgürlükler alanındaki cömertlik anayasada sadece lafzi olarak yer almamakta, temel hak ve özgürlükleri koruyucu ve geliştirici mekanizmalara da önemli bir yer ayrılmaktadır.<sup>6</sup>

Demokrasi ve katılımı güçlendirme eğilimi de bu anayasalarda bir ortak özellik olarak ortaya çıkmaktadır. Özellikle Bolivya ve Ekvador Anayasaları yeni katılım biçimlerini teşvik etmeleri ve yerli halklar tarafından geliştirilen topluluk demokrasisinin tanınmasını içermeleri bakımından anlamlıdır. Bu çerçevede bazı doğrudan demokrasi araçlarının kabulü ve kamusal işleri yurttaş kurulları oluşturarak denetlemek Latin Amerika Anayasalarının spesifik özellikleridir.

Yine yerelleşme yolundaki eğilimler bu ülkelerde adem-i merkeziyetçiliği güçlendirmiştir.

Denetim de, bu anayasaların en önem verdiği konulardan biridir. Özellikle kamusal işler ve kaynaklar konusundaki bu sivil denetimi, yargısal sistemi güçlendirme çabası izlemektedir. Yargının güçlendirilmesi için ise özellikle

---

<sup>5</sup> Latin Amerika anayasalarının ortak özellikleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Rodrigo Uprimny, "The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges" Texas Law Review, Volume 89, 2011, pp. 1587-1609 (Çeviren: Emine Karacaoğlu, "Amerika'da Yeni Anayasa Hukuku Dönüşümleri: Eğilimler ve Sorunlar", Küresel Bakış, Yıl:2, Sayı:5, Nisan 2012, s.1-26.).

<sup>6</sup> Uprimny, s. 8-9.

yargı bağımsızlığının sağlanmasına yönelik önemli önlemler içermektedir bu Latin Amerika anayasaları.

Bir diğer önemli nokta olarak, özerk devlet kurumlarının tanınması, diğer organlardan gelecek hak ihlallerini azaltıcı niteliktedir.

Bazı yazarlar yeni Latin Amerika Anayasaları için, dünyadaki en ileri anayasal formülasyonlardan birisini yaratan, temsili demokrasiyi, katılımcı ve komünal demokrasi ile bir araya getiren anayasalar gibi nitelemeler kullanmaktadırlar. Hatta demokratik çeşitlilik veya kültürler-arası demokrasi kavramları bu anayasalar için kullanılmaktadır.<sup>7</sup>

Latin Amerika ülkelerinden bazılarında (Ekvador ve Bolivya gibi) göze çarpan bir diğer özellik ise ekolojik anayasacılığın örneklerini oluşturmalarıdır. Ekolojik anayasacılık yaklaşımı insan için çevresel haklar tanıyarak bunu güvence altına alan Avrupa anayasacılığından çok daha farklıdır.

Avrupa anayasacılığına baktığımızda, Avrupa anayasalarının neredeyse hepsinde çevre korumacılığına ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu arada çevre korumacılığını anayasalarında düzenlemeyip, yasalarına koyan ülkeler de var. Mevcut anayasal düzenlemelerde ise şu göze çarpmaktadır: Evet bugün batılı ülkelerin çoğu çevre hakkını tanımaktadır. Ancak bu anayasaların en büyük eksiklikleri, insan için çevre korumacılığı anlayışından yola çıkıyor olmalarıdır. Bütün modern anayasalar insan merkezidir. Ekolojik anayasalar ise doğa merkezidir.

Artık günümüzde özellikle Latin Amerika ülkelerinde başlayan yaklaşımla, insan merkezci anlayış terk edilerek, doğa merkezci anlayış önem kazanmaya başlamıştır. Özellikle çok kültürlülüğün ve çeşitliliğin desteklenmesi Latin Amerika anayasalarında anayasal ilke olarak düzenlenmektedir. Doğayı merkeze koyan anayasacılık anlayışında da özellikle, batılı büyük şirketlerce doğanın tahrip edilerek insanların yaşam alanlarının yok edilmeye başlandığı Bolivya ve Ekvador başı çekmektedir. Bolivya ve Ekvador Anayasaları ekolojik çeşitliliği de çok kültürlülüğün korunmasıyla aynı nitelikte görmektedir. Örneğin Bolivya Anayasasının diğer dünya anayasalarında görülmeyen çok destansı bir dibacesi var:

*“Eski zamanlarda dağlar yükseldi, nehirler bir yerden diğer bir yere uzandı, göller oluştu. Bizim Amazonumuz, Chaco'muz, yaylalarımız, ovalarımız ve vadilerimiz yeşilliklerle ve çiçeklerle kaplandı. Sonra biz kutsal yeryüzünü farklı yüzlerimizle şenlendirdik ve o zamandan beri her şeyde, insanoğlunun varlığında ve kültüründe bulunan çoğulculuğu fark ettik. Böylece bizim halkımız oluştu...”*

<sup>7</sup> Umprimny, s.17.

YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)

Aslında bu çok anlamlı bir anayasa dibacesi. Çünkü birkaç önemli vurgu var burada. Öncelikle çoğulculuğu sadece kültürel çoğulculuk olarak algılamıyor. Bizim klasik olarak bildiğimiz kültürel, siyasal, dinsel ve düşünsel çoğulculuğa yeni bir açılım getiriyor: ekolojik çoğulculuk ya da türlerin çoğulculuğu. Bu metindeki ikinci önemli vurgu ise, insanoğlunun doğanın bileşenleriyle birlikte bir bütün olduğunu, insanoğlunun doğanın bir parçası olduğunu ilan etmesi.

## II-İNSAN MERKEZLİ YAKLAŞIMDAN DOĞA MERKEZLİ YAKLAŞIMA

Çevresel haklar yalnızca insan hakkı değildir. Bu hak, insan dışındaki diğer canlı varlıklara da aittir. Bugüne kadar güvence altına alınmış olan haklar, özü itibarıyla insanı hedef aldıkları için insan merkezlidirler. Ancak ekolojik haklar insan merkezli değil, doğa merkezlidirler.<sup>8</sup>

Günümüzde çevresel hakların varlığı genel kabul görmektedir. Yeni anayasa yapan ya da anayasasında değişiklik yapan devletler de çevreyi korumaya yönelik hükümleri anayasalarına geçirmektedirler. Bu konudaki anayasal düzenlemeler her ülkede farklılaşmaktadır. Bazı anayasalar çevre korumacılığını bir ödev olarak düzenlerken, bazı anayasalar çevre hakkını tanımaktadır. Bu konudaki en etkili düzenleme ise sağlıklı bir çevrede yaşamayı herkese hak olarak tanımanın yanı sıra, çevreyi koruma ve kirlenmeyi önleme ödevini devlete ve bireylere yüklemektir. 1982 Anayasası da çevre korumacılığını hak-ödev diyalektiğiyle düzenleme altına almıştır.<sup>9</sup> Ancak bütün bu düzenlemelerde göze çarpan husus çevre hakkının doğa merkezli değil, tamamen insan merkezli olarak ele alınmış olmasıdır. Güney Amerika ülkelerinde ortaya çıkan ekolojik anayasalar ise insan merkezlilikten uzaklaşan anayasalardır. Bu anayasaların özelliği ekolojik haklar konusunda doğayı veya bütün canlı varlıkları hak öznesi olarak tanımlamalarıdır.

Ekolojik anayasaya karşı olanların ileri sürdükleri başlıca argüman, doğayı hak sahibi kılmamanın bugüne kadar hak ve özgürlükler alanında yapılan tanımlama ve belirlemeleri tamamen değiştireceği yolundadır. Ayrıca böyle bir hakkın varlığı kabul edilirse, hakkın ihlali halinde, bunu kimin, nasıl koruyacağı da en sorunlu alanlardan bir diğeridir.<sup>10</sup> Aslında özgürlüklerin sayısı ve kapsamı zamana ve ihtiyaçlara göre genişlediği gibi, hak ve özgürlüklerin öznesi de genişleyebilir. Hak ve özgürlükler dinamik, yaşayan

<sup>8</sup> Kaboğlu, s. 55.

<sup>9</sup> Çevre hakkı konusundaki düzenlemeler için bkz. Kaboğlu, s. 35-42.

<sup>10</sup> Bu konudaki görüşler için bkz. Ekolojik Anayasacılık; Barış Gençer Baykan: "İnsanın Çevre Hakkından Doğanın Haklarına: Ekolojik Anayasa", Betam Araştırma Notu 12/132, www.betam.bahcesehir.edu.tr.

ve sürekli gelişen kavramlardır. Bir zamanlar hayvan hakları da çok tartışılmakta ve eleştirilmekteydi. Ancak artık bugün hayvan hakları dünyada genel kabul görmüş bulunuyor.<sup>11</sup>

Bir diğer ekolojik anayasa örneği olan Ekvador Anayasası II. Başlığının 2. Bölümünü iyi yaşama haklarına özgülemiştir. Su ve gıda, sağlıklı çevre ve doğa hakları iyi yaşama hakları başlığı altında yer almaktadır. Bolivya Anayasasından farklı olarak Ekvador Anayasası açıkça doğa haklarına yer vermiştir. Doğa hakları Anayasada 4 madde halinde düzenlenmiştir. 71. maddeye göre, “Hayat doğa ya da Doğa Ana sayesinde gelişir ve yeniden üretilir. Doğanın hakları; hayati döngüsünün, yapısının, gelişme sürecinin ve işlevinin muhafaza edilmesine ve bütüncül bir şekilde varlığının korunmasına dayanır.

*Tüm kişiler, topluluklar, halklar ve milletler idari makamlardan doğa haklarının yerine getirilmesini talep edebilir. Bu hakların uygulaması ve yorumuna yönelik esaslar Anayasa'nın gerekli maddelerinde belirtilmiştir.*

*Devlet, gerçek, tüzel kişileri ve toplulukları doğayı korumaları için teşvik eder, ekosistemi oluşturan tüm bileşenlerin korunmasına öncülük eder.”*

72. maddeye göre ise, “Doğanın yenilenme (restorasyon) hakkı mevcuttur. Bu yenilenme tahrip edilmiş doğal alanlarda yaşayan kişi ve toplulukların zararını karşılamakla yükümlü olan devletten, gerçek ve tüzel kişilerden bağımsızdır.

*Çevresel etkilerin ciddi ve daimi olduğu durumlarda (yenilenemeyen doğal kaynakların sömürüsünün söz konusu olduğu vakalar dâhil), yenilenmenin en verimli şekilde yapılabilmesi için devlet gerekli mekanizmaları devreye sokar, olumsuz çevresel etkileri ortadan kaldırmak ve gidermek için gerekli önlemleri alır.”*

71. maddede doğanın varlığının bütüncül bir şekilde korunması ve Anayasanın 72. maddesinde de doğanın yenilenme hakkı insan merkezli olarak değil, doğa merkezli olarak düzenlenmiştir.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Doğanın hak sahibi öznesi olması konusundaki görüşler için bkz. Ekolojik Anayasa (Ed. Mahmut Boynudelik, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul, 2011.

<sup>12</sup> Şirin bu konuda Bolivya Anayasasını doğa merkezli olarak değil insan merkezli olarak nitelendirmektedir. Bu konuda bkz. Tolga Şirin, “Gelecek Kuşaklardan Doğanın Haklarına: Bolivya ve Ekvador Anayasaları”, Türkiye Barolar Birliği II. Çevre ve Kent Hukuku Kurultayı, 4,5.06.2014, s. 57 vd. Kanımca doğanın haklarına Ekvador Anayasası gibi açıkça yer vermemiş olmasını insan merkezcilik olarak değerlendirmek Bolivya Anayasasına haksızlık olur. Zira Bolivya Anayasası sağlıklı bir çevreyi bugünkü ve gelecek kuşakların yanı sıra tüm canlılara tanımaktadır. Üstelik Bolivya Anayasası doğa haklarının savunuculuğunu yapmak üzere son derece örgütlü bir yapıya da işaret etmektedir. Hatta Bolivya Anayasası bu konuda yani doğa haklarının hayata geçirilmesi konusunda Ekvador Anayasasından daha etkili ve ayrıntılı hükümler içermektedir.

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*



Bu hakların ihlali halinde kim tarafından, nasıl savunulacağı ise çok karmaşık bir sorun olmasa gerek. Tıpkı aşağıda inceleyeceğimiz Bolivya Anayasasında olduğu gibi halk davalarını ve kamu denetçiliği kurumunu mevzuata koyarak, çevre mahkemelerini kurarak, ceza yasasına doğanın haklarının ihlaline ilişkin suç ve etkili cezaları dâhil ederek ve idari usul yasasında, doğada tahribata yol açacak bir işlem, eylem veya eylemsizlik halinde, bireylerin ve gurupların dava açabilmelerine ilişkin değişiklikleri gerçekleştirerek, bu konuda anayasa yargısını da etkili bir hale getirerek sorunun aşılabilmesi mümkün.

Bu konuda somut bir örnek olarak, Ekvador'da gerçekleşen bir hukuk mücadelesi verilebilir. Söz konusu dava Vilcabamba Nehri'nin haklarını korumaya yöneliktir ve başvurucular Vilcabamba Nehri için dava açarak nehrin haklarının korunmasını talep etmişlerdir. Başvurucular Ekvador Anayasasının başlangıcında yer alan bireylerin doğayla bir arada yaşayacaklarına ilişkin ifadelerle, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına (m. 175/3), doğaya bütüncül olarak yaşam döngüsü içinde saygı duyulması ve aynı zamanda doğanın iyileştirilmesine yönelik 10, 71-73. maddelerine ve suyu doğanın kritik unsuru olarak tanıyan 318. maddesine dayanmışlardır. İlk derece mahkemesi davayı ehliyetsizlik nedeniyle reddetmesine karşılık temyiz mahkemesi emsal oluşturacak nitelikte bir karar vermiştir. Mahkeme, anayasal hükümlere işlevsellik kazandırılması için ekolojik tahribatın giderilmesi gerektiğine ve bu giderimin de doğanın yok sayılamayacak öneminin farkında olarak gerçekleştirilebileceğine karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının diğer haklardan daha öncelikli olduğunu da belirtmiştir. Davada idare tarafından ileri sürülen yol ihtiyacı iddiası da bu noktada anlamsız bulunmuştur. Mahkeme, uyuşmazlık konusunun karayolunun genişletilmesi olmadığını, doğanın haklarının korunmasına ilişkin bir uyuşmazlığın söz konusu olduğunu kararında belirtmiştir. Karardaki bir diğer önemli nokta ise, doğanın sadece kesin tahribatlara karşı değil, tahribat ihtimaline karşı da korunması gerektiğine hükmedilmiş olmasıdır. Bir projenin belli bir tehlike yaratma ihtimalini dahi bünyesinde taşıması halinde, yargıçların tehlikeyi önlemek adına yapılması gerekenleri ortaya koymaları ve doğanın hukuki vasisi olmaları gereği hüküm altına alınmıştır.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Söz konusu kararın ayrıntıları için bkz. Sofia Suárez, Defending nature: Challenges and obstacles in defending the rights of nature Case Study of the Vilcabamba River, CEDA, Friedrich Ebert Stiftung, 2013, belgeye <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/10386.pdf> sitesinden erişilmiştir.

### III-BOLİVYA ANAYASASI VE ÜLKE KAVRAMI

Ülke de anayasaların düzenleme konularından bir tanesidir. Ancak klasik anayasacılık ülkeyi daha çok toprak bütünlüğü ve egemenlik kapsamında ele almakta, ülkenin niteliksel boyutunu oluşturan nitelikli çevreyi ise sadece çevresel haklar kapsamında sınırlı olarak düzenlemektedir. Ülke denildiğinde akla gelen ilk şey ülke sınırları ve ülke topraklarının bütünlüğünü korumaktır. Türkiye’de ve genel olarak dünya anayasacılığında hâkim olan anlayış da budur. Ülke sınırları içindeki toprakların, doğal, tarihi ve kültürel değerlerin tahribi ise, üzerinde fazlaca durulmayan ya da ekonomik kalkınmaya kurban edilen konulardır. Ancak günümüzde, toprak bütünlüğünü korumanın yanı sıra, bu sınırlar içerisindeki toprakların niteliğini korumak daha da büyük önem taşımaktadır.

Bolivya Anayasasının en önemli özelliklerinden birisi de ülke kavramına farklı bir bakış açısıyla yaklaşmasıdır. Bolivyalılar ülkeyi sadece belli bir toprak parçasının bütünlüğü olarak görmüyorlar. Anayasa, ülkenin bütün halkın ortak malvarlığı olduğunu ilan ediyor. Ülkenin ve bölgelerin, ayrıca doğal ve kültürel varlıkların kolektif mülkiyetinden söz ediliyor. Anayasada ülke topraklarının niteliksel özelliklerinin korunması ve geliştirilmesi gereğine de atıfta bulunuluyor. Hatta uluslararası ilişkilerde dahi çevresel hakların korunması gereği 255. maddede öncelikli ilkelerden birisi olarak belirtilmektedir. Devletin sınırlarını düzenleyen maddelerde, sınırlarda yaşayan halkın yaşam koşullarının geliştirilmesi amacıyla, sınırların sürdürülebilir ve kapsamlı gelişimi için devletin sürekli bir politika oluşturacağı ve silahlı kuvvetlerin de bu kapsamlı ve sürdürülebilir gelişme politikalarına katılacağı ifade ediliyor. Yani ordunun görevi sadece ülke sınırlarını korumak değil, aynı zamanda sürdürülebilirliği ve gelişmeyi de sağlamak (madde 263 ve 264).<sup>14</sup> Bunun yanı sıra ülkesel varlıkları korumak Bolivyalıların görevleriyle de pekiştirilmiştir. 108. maddede, Bolivya’nın doğal, ekonomik ve kültürel mirasını savunmak ve korumak Bolivya Halkının görevleri arasında sayılmıştır. Bunun yanı sıra doğal kaynakları korumak,

<sup>14</sup> Madde 263. Sınırların Korunması

Sınır güvenliği bölgelerini savunmak ve denetlemek Silahlı Kuvvetlerin temel görevidir. Silahlı Kuvvetler bu bölgelerin kapsamlı ve sürdürülebilir gelişmesini sağlayan politikalara katılır ve fiziksel olarak da bu bölgelerde varlığını garanti eder.

Madde 264. Diğer Hükümler

I.Devlet bu bölgelerde yaşayan nüfusun, özellikle de yerli ulusların ve halkların yaşam koşullarını geliştirmek amacıyla, sınırların uyumlu, kapsamlı, sürdürülebilir ve stratejik gelişmesi için kalıcı bir politika oluşturur.

II.Sınır bölgelerindeki doğal kaynakların koruma ve denetimine ilişkin politikalar geliştirmek devletin görevidir.

III.Sınır sistemi düzenlemeleri yasa ile yapılır.

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

savunmak ve gelecek kuşakların haklarının korunması için bunların sürdürülebilir kullanımına katkı sağlamak ve canlıların gelişimine uygun bir çevreyi korumak ve savunmak da Bolivyalıların görevleri arasında yer almaktadır.

Bunun yanı sıra Bolivia Anayasasında doğal kaynakların korunması konusuna da büyük önem verilmektedir. Doğal varlıklar başlığını taşıyan 346. maddeye göre, doğal varlıklar sürdürülebilir kalkınma konusunda stratejik bir nitelik ve kamusal bir önem taşır ve doğal kaynaklar üzerindeki egemenlikten taviz verilemez.<sup>15</sup> Böylece Bolivia anayasasında ülke sınırları içerisindeki doğal kaynakların korunması, egemenliğin korunmasının bir parçası olarak da algılanıyor.

Ayrıca Türkiye ve Bolivia'nın ülke kavramına bakış açılarının ne kadar farklı olduğunu ortaya koyması bakımından şu örnek de vurgulanmaya değer: Bolivia Anayasası, uluslararası sözleşmelerin onaylanmasından önce anayasaya uygunluğunun denetlenmesini öngörüyor. Bizde ise uluslararası sözleşmelerin anayasaya uygunluğun Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi anayasal olarak mümkün değil. Böylece her türlü yargısal denetimden muaf olmak için, başka devletlerle uluslararası sözleşmeler akdedilerek ülkede nükleer santral kurulması yoluna gidiliyor. Ülke topraklarının niteliğinin korunması biryana, bizzat devlet kendisi çevre hakkını ihlal edici işlemlerde bulunuyor.

#### **IV- EKOLOJİK ANAYASALAR VE DAYANIŞMA HAKLARI**

Ekolojik anayasalarda çevresel haklarla birlikte ve hatta ondan da önce dayanışma hakları grubunda yer alan barış ve gelişme haklarının güvence altına alınması gerekmektedir. Ekolojik anayasacılık için sadece çevresel hakların düzenlenip, güvence altına alınması yeterli değildir. Çevre hakkının da içinde bulunduğu dayanışma hakları grubunda yer alan diğer haklar da, yani barış ve gelişme hakları da tanınmalı ve güvencelenmelidir. Zira savaş ve terör ortamında ne çevre hakkından, ne insan haklarından, ne de doğanın haklarından söz edilebilir. Ayrıca topluluklara ve ülkelere eşit gelişme olanakları sunulmadığı sürece, az gelişmiş ülkeler ve toplumlarda çevre hakkı güvencelenemez. Çünkü gelişmiş ülkeler az gelişmiş ülkelerin doğal

<sup>15</sup> Madde 346. Doğal Varlıklar

Doğal varlıklar ülkedeki sürdürülebilir kalkınma konusunda stratejik bir nitelik ve kamusal önem taşır. Koruma ve nüfus yararına kullanımları devletin sorumluluğu ve münhasır yetkisi altındadır ve doğal kaynaklar üzerindeki egemenlikten taviz verilemez. Yasalar, yönetimin yapısı ve temel ilkelerini düzenler.

kaynaklarını sömürmek ve tüketmek konusunda son derece istekli davranmaktadırlar.

### 1-BARIŞ HAKKI

Bolivya Anayasasına baktığımızda, öncelikle devlet tanımlanırken Bolivya'nın barışçıl bir devlet olduğu nitelemesi yapılmaktadır. Anayasanın 10. maddesine göre:

*“Bolivya, barış kültürünü ve barış hakkını, bunun yanı sıra bölge ve dünya halkları arasında karşılıklı birbirini tanıma, adil gelişme ve çok kültürlülüğü destekleme amacıyla devletlerin egemenliklerine tam saygı çerçevesinde işbirliğini teşvik eden barışçı bir devlettir.”*

Anayasa aynı zamanda meşru müdafaa hali dışında, devletler arasındaki uyuşmazlıkları ve farklılıkları çözme aracı olarak her türlü savaşı reddetmektedir (madde 10/II). Ayrıca Bolivya halkını da, barış hakkını savunmak ve desteklemek, barış hakkına katkıda bulunmak ve barış kültürünü özendirmekle görevlendirmektedir (madde 108).

### 2-GELİŞME HAKKI

Anayasada barış hakkının yanı sıra gelişme hakkı da bireysel, toplumsal ve ulusal boyutlarıyla tanınıp düzenlenmiştir. Anayasada özellikle kültürel, dilsel, siyasal ve ekolojik çoğulculuk vurgusu ön plana çıkmaktadır. Anayasadaki bir diğer yenilik ise gelişme hakkının örtülü olarak doğaya da tanınıyor olmasıdır.

1982 Anayasasını, çevre hakkı dışındaki dayanışma hakları açısından irdelediğimizde ise, barış hakkından hiç söz edilmediği, gelişme hakkına ise sadece bireysel boyutuyla yer verilmiş olduğu tespitini yapabiliriz. Gelişme hakkının düzenlendiği tek madde olan 1982 Anayasasının 17. maddesine göre:

*“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir...”*

Bolivya Anayasasında gelişme hakkının bireysel boyutu 15. maddede düzenlenmekteken<sup>16</sup>; yerli halkların gelişme haklarına 30. maddede yer

<sup>16</sup> Madde 15.

I.Herkes yaşama, fiziksel, psikolojik ve cinsel bütünlüğünü koruma hakkına sahiptir. Kimseye işkence yapılamaz, kimse acımasız, insanlık dışı, onur kırıcı veya aşağılayıcı muameleyle tabi tutulamaz. Ölüm cezası yoktur.

II.Herkes, özellikle de kadınlar, hem aile içerisinde, hem de toplum içerisinde fiziksel, cinsel veya psikolojik şiddete maruz kalmama hakkına sahiptir.

III.Devlet cinsiyet ve nesillere uygulanan şiddeti bunun yanı sıra hem genel hem özel kapsamda insanlık onurunu aşağılama amacı güden, ölüme, ağrıya ve fiziksel, cinsel ya da

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

verilmektedir. Bu çerçevede kültürel kimlik, dini inanç, maneviyat, gelenek ve görenekler, kendi dünya görüşüne sahip olma ve özgürce var olma hakkı ve kendi kendini idare etme hakkı yerli halklara tanınmıştır. Yine kültürel çeşitliliğin, komüniter, çok uluslu devletin başlıca esası olduğu, Devletin farklılıklara ve koşul eşitliklerine saygıyla yaklaşacağı vurgulanmış ve ülkede mevcut olan kültürleri korumak, geliştirmek ve savunmak devletin sorumluluğu altına verilmiştir (madde 98). Böylece bireysel gelişme hakkı, gelişmenin toplumsal boyutuyla tamamlanmıştır. Ulusal gelişme hakkı ise Anayasanın çeşitli maddelerinden, özellikle de ülke üzerindeki haklardan çıkarılabileceği gibi, uluslararası ilişkileri düzenleyen maddelerde de yer almaktadır. Böylece aslında doğa haklarının üstünlüğü prensibi çerçevesinde doğanın gelişme hakkı ile ulusal gelişme hakkı çakışmaktadır. Zira her ikisi de gelişmiş devletlerin doğal kaynaklar üzerindeki sömürsünü reddeder.

### 3-ÇEVRE HAKKI

Çevresel haklar konusunda ise, Boliviya Anayasasına önemli bir eleştiri yöneltmek gerekiyor. O da Boliviya Anayasasının sistematığının çok kötü olması. Anayasada çevresel haklar, hem ekonomik ve sosyal haklar başlığı altında düzenleniyor; hem de çevre; çevrenin bileşenleri ve doğal kaynakların yönetimi, ekonomi politikalarının oluşturulmasında en üst yere oturtuluyor. Ulusların ve kırsal yerli halkların hakları sayılırken de çevre hakkına ayrıca yer veriliyor. Bu dağınıklık, tekrarlar ve bir anayasada bulunması gereğinden fazla ayrıntı, aslında Boliviya Anayasasının, özellikle doğal kaynaklarının yıllarca sömürülmesi karşısında, bir tepki anayasası olmasından ileri geliyor. Anayasa tekniği açısından çevresel hakların diğer dayanışma haklarıyla birlikte, sosyal ve ekonomik haklar arasında değil de, dayanışma hakları başlığı altında ayrıca ve toplu olarak düzenlenmesi hem anayasa tekniğine daha uygun hem de dayanışma hakları açısından daha güvenceli olacaktır.

Öncelikle Anayasada herkesin sağlıklı, dengeli ve korunmuş bir çevre hakkına sahip olduğu, çevrenin kalıcı gelişimi için bu hakkın uygulanmasının bugünkü ve gelecek kuşak bireylere, guruplara ve diğer canlı varlıklara güvencelenmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>17</sup> Görüldüğü gibi maddede yalnızca bireyler değil, bugün yaşayan kuşak da değil; topluluklar, gelecek

psikolojik acıya neden olan tüm eylem ve ihmalleri önlemek, ortadan kaldırmak ve cezalandırmak üzere gerekli önlemleri alır.

IV. Hiç kimse hiçbir koşul altında zorla ortadan kaybolmaya maruz bırakılamaz.

V. Hiç kimse cebri hizmet ve köleliğe tabi tutulamaz. İnsan ticareti yapmak yasaktır.

<sup>17</sup> Madde 33. Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı

Herkes, sağlıklı, korunan ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanımı, şimdiki ve gelecek kuşaklara mensup bireyler ve topluluklar ile diğer canlıların normal ve sürdürülebilir şekilde gelişimlerini sağlayabilecekleri şekilde olmak zorundadır.

kuşaklar, en önemlisi de insandan başka diğer canlı varlıklar da hakkın öznesi olarak gösterilmektedir.

Çevre hakkına aynı zamanda ulusların ve kırsal yerli halkların hakları sayılırken ayrıca yer verilmektedir. Sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı yanında, bölgelerin doğal kaynaklarının işletilmesine katılma hakkı, ülkenin ve bölgelerin kolektif mülkiyeti hakları da uluslara ve kırsal yerli halklara tanınıyor.<sup>18</sup>

Bolivya Anayasasında sağlıklı bir çevrede yaşama insanın ve doğanın hakkı olarak düzenlenirken, aynı zamanda çevresel değerlerin korunması hem Bolivya halkına, hem de devlete görev olarak yüklenmiştir. Anayasada çevresel sürdürülebilirlik devlete görev olarak verilirken<sup>19</sup>; öte yandan Bolivyalılar da çevresel değerleri korumak ve savunmak konusunda görevlendirilmiştir.<sup>20</sup> Dengeli bir çevre ve bio-çeşitlilik sağlamanın yanı sıra, doğal kaynakları sürdürülebilir bir şekilde kullanmak ve korumak da devletin ödevleri arasında sayılmaktadır. Böylece çevre korumacılığının ayrılmaz bir parçası olan sürdürülebilir gelişme devletin temel sorumluluk alanına konulmuştur (madde 342).

1982 Anayasasına baktığımızda ise; sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, Sosyal ve Ekonomik Haklar bölümü altında 56. maddede düzenlenmektedir. Madde sağlıklı bir çevrede yaşamayı herkese hak olarak tanıırken, aynı zamanda çevre korumacılığını devlete ve bireylere görev olarak yüklüyor. Ancak 82 Anayasasındaki yaklaşım da tıpkı diğer Avrupa Anayasalarında olduğu gibi insan merkezlidir.

<sup>18</sup> Madde 30. Özgün Yerli Köylü Uluslar ve Halkların Tanımı

II.Devletin üniter yapısı çerçevesinde ve Anayasaya uygun olarak, özgün yerli köylü uluslar ve halklar aşağıdaki haklardan faydalanırlar:

10. Ekosistemin uygun bir biçimde yönetilmesi ve kullanılmasıyla sağlıklı bir çevrede yaşama.

16. Kendi bölgelerindeki doğal kaynakların kullanımından doğan menfaatlere katılma.

17. Özerk yerli bölge yönetimi ile üçüncü kişiler tarafından yasal biçimde edinilmiş haklara zarar vermeden, bölgelerindeki yenilenebilir doğal kaynakların ayrıcalıklı kullanımı.

Madde 342. Çevresel Sürdürülebilirlik

Nüfusun korunması, dengeli bir çevre ve bio-çeşitlilik sağlamanın yanı sıra, doğal kaynakları sürdürülebilir bir şekilde kullanmak ve korumak devletin görevidir.

Madde 108. Bolivyalıların Görevleri

Bolivyalıların görevleri şunlardır:

14. Bolivya'nın doğal, ekonomik ve kültürel mirasını savunmak ve korumak.

15. Doğal kaynakları korumak, savunmak ve gelecek kuşakların haklarının korunması için bunların sürdürülebilir kullanımına katkı sağlamak.

16. Canlıların gelişimine uygun bir çevreyi korumak ve savunmak.

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

Ayrıca Bolivya Anayasasında dikkat çeken bir diğer konu çevresel zararlar da sorumluluk konusunun bizzat anayasada düzenlenmiş olmasıdır<sup>21</sup>.

Bizde yasa konusu olan çevresel sorumluluk, böylece anayasal düzenlemeyle en üstün norm niteliğini kazanmıştır.

Bolivya Anayasasında doğanın ve doğal kaynakların korunması aynı zamanda devletin ekonomik yapılanması ve ekonomi politikalarının oluşturulmasında önemli bir unsur ve sınır olarak karşımıza çıkmaktadır. 1982 Anayasası ise, çevreyi ekonomi politikalarına dâhil etmek bir yana, tam tersine ekonomik kaynakları, çevreyi koruma görevinin bir sınırı olarak ortaya koymaktadır. Devletin sosyal ve ekonomik ödevlerinin sınırları başlıklı 65. maddeye göre, devlet sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirecektir. Madde 2001 yılında değiştirilmeden önceki haliyle çevre açısından çok daha olumsuz sonuç doğuracak bir düzenleme içeriyordu. Devletin ekonomik ve sosyal haklar konusundaki görevlerini, ekonomik öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği hüküm altına alınıyordu. Böylece çevre konusunun ekonomi politikalarının oluşturulmasına dâhil edilmesi bir tarafa, çevre hakkı ekonomik kaygılarla ikinci plana atılabilmekteydi.

1982 Anayasasında ekonomik hükümler bölümünde de, ne planlama maddesinde, ne de tabii servet ve kaynakların aranması ve işletilmesi maddesinde çevre konusuna bir vurgu yapılmamaktadır. Bolivya Anayasası çevre ve doğal kaynakların iyi kullanımını ekonomik planlamanın her aşamasına dâhil ederken, bizde ise sürekli ve herzeye rağmen ekonomik gelişme ön plana çıkarılmaktadır.

Bütün bu olumlu söylenenlere karşılık, Bolivya Anayasasının çok ayrıntılı bir anayasa olması bir başka eleştiri noktasıdır. Günümüzde kazüistik anayasacılık anlayışı daha yaygın olmasına karşılık, Bolivya Anayasasında kazüistiklik çok fazla ileri götürülmüş durumda. Bu da Bolivya Anayasasının, uzun yıllar boyunca doğal kaynaklarının gelişmiş ülkeler tarafından sömürülmüş olması olgusu karşısında, bir tepki anayasası olmasından kaynaklanıyor. Örneğin çevrenin bileşenleri olarak kültür ve tabiat varlıkları,

---

Madde 347. Çevreye Zarar Verme

I.Devlet ve toplulu, ülkeyi etkileyen zararların ve çevre kirliliğinin çevre üzerindeki zararlı etkilerinin azaltılmasına önyak olur. Tarihi çevreye zarar vermek nedeniyle sorumluluk bildirilir ve çevre suçlarında sorumluluk devredilemez.

II.Çevreyi etkileyecek faaliyette bulunanlar, bütün üretim aşamalarında çevre ve insan sağlığında ortaya çıkacak zararları en aza indirgemeli, azaltmalı, onarmalı, iyileştirmeli ve telafi etmeli; çevresel zarar ile kirliliğin olası etkilerini nötralize etmek için gerekli güvenlik önlemlerini almalıdır.

doğal kaynaklar, hidrokarbonlar, maden, su kaynakları ve su hakkı, enerji, bio-çeşitlilik, koka bitkisi, sit alanları, orman kaynakları, Amazon ve kamusal mülkiyet konuları, bir anayasadan beklenmeyecek, yasal düzenlemeye konu olacak ayrıntılarla Anayasada düzenleniyor<sup>22</sup>.

## V-UYGULAMA ARAÇLARI

Bolivya Anayasası belli bir sistematiğinden yoksun olarak yazılmış ve yer yer bir anayasadan beklenmeyecek ayrıntılara girmiş de olsa, çevre hakkını doğayı merkez alarak tanımlamakta ve çevreyi, tüm bileşenlerini de içerecek biçimde düzenlemektedir. Bu anlamda ekolojik anayasacılığın en güzel örneklerinden bir tanesidir. Ancak bu düzenlemeler ütopyik midir, sadece bir temenniden mi ibarettir, yoksa anayasa, düzenlenen konuları uygulamaya geçirecek araçlara da yer vermiş midir?

Bilgilenme, katılım ve başvuru hakları çevre hakkının ve gerçek anlamda çevre korumacılığının araçlarıdır. Bu haklar güvencelenmezse çevre hakkının gerçekleştirilmesinden de söz edilemez. O nedenle bu güvencelerin varlığı yönünden de Bolivya Anayasasını analiz etmek gerekir.

## 1-BİLGİLENME HAKKI

Anayasada bilgilenme hakkı genel bir biçimde 21. maddede kişi hakları arasında yer almaktadır. Anayasa, bilgiye, onun yorumu, analizi ve iletişimine bireysel ve toplu olarak ücretsiz erişim hakkı tanımaktadır.

Yine ekonomik yapılanma ve planlama bölümünde de, halkın çevrenin yönetimine katılma hakkı ve çevrenin niteliğini etkileyecek her karar almadan önce bilgilendirilme ve danışılma hakkı olduğu ifade edilmektedir<sup>23</sup>. Ayrıca kamu yönetiminin bütün alanlarındaki bilgi kaynaklarını kullanmak, kamu denetimi ve katılım için gerekli bir hak olarak görülmektedir. Etkili bir kamu gözetimi için de, talep edilen bilginin devlet tarafından reddedilemeyeceği ve bilginin eksiksiz, doğru, yeterli ve uygun bir biçimde verilmesi gereği de anayasanın amir hükümlerindedir (madde 242).<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Bu konuda Tolga Şirin, “anayasa metninin bu kadar ayrıntılı olmasının sebebi, şüphesiz yeni anayasayı hazırlayan iradenin mevcut siyasal, ekonomik, sosyal ve hukuki düzeni değiştirme ve dönüştürücü anayasa hazırlama niyeti taşımasıdır.” nitelemesini yapmaktadır. Bkz. Tolga Şirin, “Yeni Bolivya Anayasası Üzerine Bazı Notlar”, Bolivya Anayasası Hukuk, Demokrasi, Özerklik (Editörler: Mahmut Fevzi Özlüer, Ilgın Özkaya Özlüer, Tolga Şirin, Nazım Odabaşı), Ankara 2012, s. 21.

<sup>23</sup> Madde 343. Halk çevre yönetimine katılma ve çevreyi etkileyebilecek kararlarda öncelikli olarak bilgilenme ve müzakere hakkına sahiptir.

<sup>24</sup> Ayrıca iletişim ve bilgi hakkı başlığını taşıyan 106. maddede de, Devlete iletişim hakkı ve bilgi hakkını güvence altına alma ödevi yüklenmiştir.



## 2-KATILMA HAKKI

Katılım konusuna baktığımızda ise; katılım hem ulusların ve yerli halkların devletin organ ve kurumlarına katılma hakkı çerçevesinde siyasal katılımı; hem de doğal kaynakların kullanımıyla ilgili ilkelerin belirlenmesine ilişkin olarak siyasal ve sosyal katılım haklarını içermektedir. Özellikle çevreyi etkileyebilecek politikaların oluşturulmasında halk etkin ve aktif bir konuma getirilmiştir.

Anayasanın 242. maddesi katılım biçimlerini düzenlemektedir. Buna göre bireyler yürütme işlerine, devlet politikalarının belirlenmesine katılma ve faaliyetlerini denetleme şeklinde katılabilecekleri gibi; yasaların hazırlanmasında yasama işlerine de katılacaklardır. Devletin ekonomik görevlerinin düzenlendiği 309. maddede de devlet, ekonominin örgütlenmesi ve yönetiminde halkın katılım ve kontrolünü sağlamakla görevlendirilmiştir.

Anayasada çevre yönetimi ile ilgili politikaların kamusal denetime de tabi olacağı ve katılımcı bir çevre planlama ve çevre yönetimi gerçekleştirileceği ifade edilmektedir. Bu anlamda çevresel katılım hakkı da genel anlamda katılım hakkının yanında özel olarak düzenlenmiştir. Çevresel etki değerlendirmesi ve çevresel nitelik denetim sistemlerinin anayasal düzenlemeye kavuşturulması son derece anlamlıdır. En önemli hükümlerden birisi de, çevreye zarar veren her türlü faaliyete karşı yasal sorumluluğun geliştirilmesi ve çevrenin korunması ile ilgili normların ihlalinin hukuki, cezai ve idari müeyyidelere bağlanmasının, çevre yönetimi ile ilgili politikalarından olduğunun belirtilmesidir.<sup>25</sup>

Bunun yanı sıra yerli köylü uluslar ve halkların hakları arasında kendilerini etkileyecek kararlara katılma hakları da tanınmaktadır.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Madde 345.Çevresel Yönetim Politikaları

Çevresel yönetim politikaları aşağıdakilere dayanır:

1.Kamu denetimi aracılığıyla katılımcı planlama ve yönetim  
2.Çevreyi ve doğal kaynakları etkileyecek veya değiştirecek hizmet ve malların üretim faaliyetlerinde çevresel etki değerlendirme ve çevre kalite kontrol sistemlerinin dikkatlice ve istisnasız uygulanması.

3.Çevreye zarar veren her türlü faaliyetin yürütülmesinde, çevre koruma normlarının emredici hükümlerine aykırılık nedeniyle uygulanacak özel, cezai ve idari yaptırımlar.

<sup>26</sup> Madde 30. Özgün Yerli Köylü Uluslar ve Halkların Tanımı

...15. Yasal ya da idari uygulamaların kendilerini etkileyebileceği her durumda, uygun bir biçimde ve özellikle kendi kurumları aracılığıyla kendilerine danışılması. Bu çerçevede yaşadıkları bölgelerde yenilenmesi mümkün olmayan doğal kaynakların kullanılması konusunda devletin zorunlu olarak ön danışması hakkına, iyiniyet ve mutabakat ilkeleri uyarınca saygı gösterilir ve güvence altına alınır.

Ayrıca kendi bölgelerindeki doğal kaynakların kullanımından doğan menfaatlere katılma hakkı ve bazı koşullarla bölgelerindeki yenilenebilir doğal kaynakların ayrıcalıklı kullanımı hakkı da özgün yerli halklara tanınmıştır.

Ayrıca Anayasada sivil toplum örgütlerini oldukça etkin konuma getiren bir madde yer almaktadır. 241. maddede, sivil toplum örgütlerinin kamu politikalarının oluşturulmasına katılma ve bütün alanlardaki kamu yönetimi politikalarını ve kamusal kaynakları işleten tüzel kişilerin girişimlerini ve kamu hizmetlerinin kalitesini izleme hakkı ve ödevi düzenlenmektedir. Bunun yanı sıra devletin bu konuda denetleme ve katılım olanakları ve araçları yaratma görevi olduğu da belirtiliyor. Böylece sivil toplum örgütleri, devlet politikalarının oluşturulmasına katılmak ve devletin bütün yönetim kademeleri üzerinde siyasal gözetim geliştirmek yoluyla adeta yeni bir kuvvet olarak Anayasada yerini almaktadır.

Böylece vatandaşlar katılma haklarını bireysel olarak kullanabilecekleri gibi, toplu olarak STÖ'ler aracılığıyla da daha etkili bir biçimde kullanabileceklerdir.

### 3-BAŞVURU HAKKI

Başvuru konusunda ise Anayasanın çok yönlü ve kapsamlı düzenlemeler getirdiğini görüyoruz. Her şeyden önce çevresel haklara ilişkin başvuru 34. maddede düzenleniyor ve herkesin kendi adına veya topluluk yararına, çevresel saldırılar söz konusu olduğunda, çevresel hakları savunmak için gerekli yasal önlemleri almakla yetkili olduğu belirtiliyor.

Bireylerin doğanın hakları adına dava açabilmesinin yolunu açan bu hüküm, yine Anayasada düzenlenen halk davası yoluyla somutlaştırılıp, pekiştirilmiştir. Halk davaları, bireylerin veya grupların veya yetkililerin, diğer sayılanlar yanında, çevresel hakları ve benzeri hak ve kolektif çıkarları ihlal eden veya ihlal tehdidi yaratan eylem veya eylemsizliklerine karşı açılabilir. Herhangi bir kişi kendi adına veya topluluk adına bu davayı açabilir. Eğer savcılar kurulu veya bir hâkim görevlerini yerine getirirken böyle bir ihlal veya ihlal tehdidini far kederse bunlar için halk davası açmak ise zorunlu hale gelmektedir (madde 135 ve 136).

Yine Anayasada düzenlenen anayasal koruma davası ve anayasaya aykırılık davası da yargısal başvuru konusunda çevre korumacılığını destekleyen dava türlerini oluşturmaktadır. Anayasal koruma davası (madde 128), kamu görevlilerinin, bireylerin veya grupların yasaya aykırı veya haksız eylem veya ihmallerine karşı açılabilir ki, bu eylem veya ihmal, anayasa ve hukukla tanınmış hakları sınırlayan veya engelleyen ya da bu tehdidi taşıyan bir nitelikte olsun. Anayasal koruma davası ihlalden etkilenen kişi tarafından açılabileceği gibi, halkın avukatı tarafından da açılabilmektedir. Bu dava bir yönüyle bizdeki bireysel başvuru yoluna benzemekle birlikte; çevre hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde doğrudan düzenlenmemiş olması nedeniyle, bireysel başvuru yoluyla korunup korunamayacağı konusu

şüphelidir. 2010 değişikliğiyle 1982 Anayasasına dâhil edilen Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru mekanizması, bütün hak ve özgürlüklere ilişkin güvence getirmemesi, ayrıca yasalara ve yönetsel düzenleyici işlemlere karşı doğrudan başvuru olanağının Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun uyarınca bulunmaması nedeniyle, özellikle çevresel haklar için eksik güvence niteliğindedir.

Anayasaya aykırılık davası, anayasaya aykırı bir hukuki normdan etkilenen herhangi bir kişi veya grup tarafından açılabilir. Bu dava sonucunda bir kanunun, yönetmeliğin veya yargı kararı olmayan bir kararın Anayasaya aykırılığı tespit edilirse söz konusu norm hükümsüz sayılır ve bu herkesi bağlar (madde 132 ve 133).

Yasaya uygunluk davasına ise kamu görevlileri tarafından anayasanın veya hukukun kurallarına uyulmaması durumunda başvurulur ve bu dava normların yürürlüğünün somut güvencesidir. (madde 134)

1982 Anayasasının güvence araçlarına baktığımızda ise, Anayasa özgül olarak çevresel bilgilenme, katılım ve başvuruya ilişkin bir hüküm içermemektedir. Genel anlamda bilgilenme hakkı Anayasanın 74. maddesine 2010 yılında yapılan değişiklikle eklenmiştir.<sup>27</sup> Çevre korumacılığına yönelik katılım ve başvuru hakları ise ancak genel olarak Anayasada düzenlenen kapsamda kullanılabilir. Bu konuda 1982 Anayasasının getirdiği olanaklar ise son derece kısıtlıdır. Kamu denetçiliği kurumu ise Bolivya Anayasasının sunduğu güvencelerle karşılaştırıldığında son derece yetersizdir.

Bolivya Anayasası kurumsal olarak da birtakım güvenceler sunmaktadır. Toplumun genel menfaatlerini ve temel hak ve özgürlükleri savunmak üzere birer bağımsız idari otorite olan halkın avukatı ve kamu bakanlığı kurumları oluşturulmuştur. Bunlar görevlerini yerine getirirken çevreye zarar verici eylem veya ihmalden haberdar olmaları durumunda halk davası açmakla yükümlüler. Ayrıca halk davası açmak için idari veya yargısal yolları tüketmek gerekiyor.

Halkın Avukatı, bireysel ve kolektif hakların uygulanması ve geliştirilmesi için bir yandan Bolivyalıların haklarının savunuculuğunu yaparken, öte yandan tüm kamu sektörü ve kamu hizmeti sağlayan özel kuruluşlar üzerinde

<sup>27</sup> 1982 Anayasasının 74. maddesi dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı başlığını taşımaktadır. Eskiden sadece dilekçe hakkını düzenleyen maddeye 2010 anayasa değişikliği ile, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakları eklenmiştir. 2010 değişikliğiyle eklenen fıkralara göre:

“...Herkes bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.”

denetim yapmakla yetkilendirilmiştir. Bu çerçevede talep üzerine harekete geçebileceği gibi, kendiliğinden de harekete geçebilmektedir. Çevre korumacılığı açısından en önemli görevleri ise anayasaya aykırılık davası, anayasal koruma davası, halk davası, yasaya uygunluk davası ve iptal davalarını doğrudan açabilmesidir. Yani bizdeki kamu denetçiliği kurumundan çok daha etkili bir kurum özelliği taşımaktadır.

Ayrıca halkın avukatı, bireysel ve kolektif hakların ihlaline ilişkin ihmal veya eylemleri de araştırmakta ve bu konuda yasal sürecin başlatılmasını Kamu Bakanlığında talep etmektedir. Yine devletin bütün organ ve kurumlarına düzeltici önlemlerin acil kabulü için tavsiyelerde bulunur, öneriler sunar ve onlara yasal görevlerini hatırlatır, bunlara aykırı davranışlar hakkında kamu kınaması yayınlar. İnsan haklarının durumuyla ilgili bir raporu da Çok Uluslu Yasama Meclisine sunar.

225. maddede düzenlenen Kamu Bakanlığı ise, hukuku ve toplumun genel menfaatlerini savunmakta ve kamusal ceza davalarını açmaktadır.

Bolivya Anayasası ayrıca çevre konusunda uzmanlaşmış bir Tarım ve Çevre Mahkemesi de oluşturmuştur. Bu Mahkeme ormancılık, çevre, su, biyolojik çeşitlilik, ekosistem ve daha bununla ilgili birçok konuda karar vermekle yetkilidir.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Bolivya Anayasası Tarım-Çevre yargısını Anayasanın 186-189. Maddeleri arasında düzenliyor.

Madde 186. Tarım ve Çevre Mahkemesi

Tarım-Çevre Mahkemesi, tarım-çevre yargısı alanındaki en yüksek mahkemedir. Özellikle sosyal yardım, bütünlük, doğrudanlık, sürdürülebilirlik ve kültürlerarasılık ilkeleri uyarınca yönetilir.

Madde 187. Tarım ve Çevre Mahkemesinin Üyelerinin Niteliği

Tarım-Çevre Mahkemesinin hâkim üyesi olarak seçilecek kişi, Yüksek Adalet Mahkemesi üyelerinin tabi olduğu koşulları yerine getirir durumda olmalı ve bunun yanı sıra sekiz yıl boyunca, tarım yargısında, ya da bu alanda bağımsız bir meslek sahibi ya da üniversite öğretim üyesi olarak, onurlu ve ahlaklı bir biçimde görev alarak deneyim kazanmış olmalıdır. Kadın ve erkek adayların belirleneceği ön seçimde, çok ulusluluk kriteri göz önünde bulundurularak, çoğulcu bir bileşimin yaratılması güvence altına alınmalıdır.

Madde 188. Tarım ve Çevre Mahkemesi Üyelerinin Seçimi

I. Tarım-Çevre Mahkemesinin kadın ya da erkek hâkim üyeleri genel oy ilkesi uyarınca ve Yüksek Adalet Mahkemesi üyelerinin seçiminde uygulanan usullere göre seçilirler.

II. Tarım-Çevre Mahkemesinin kadın ya da erkek hâkim üyelerine uygulanan yasaklar ve görevleriyle bağdaşmayan haller konularında, kamu görevlilerinin tabi olduğu kurallar uygulanır.

III. Görev süresi, devamlılığı ve görevin sona ermesi halleri konularında, Yüksek Adalet Mahkemesi üyelerine uygulanan kurallar, Tarım-Çevre Mahkemesi üyelerine de uygulanır.

Madde 189. Tarım Çevre Mahkemesinin Yetkileri

Yasada belirtilenlerin yanı sıra, Tarım-Çevre Mahkemesinin yetkileri şunlardır:

*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

Görüldüğü üzere Bolivya Anayasası çevrenin doğa adına korunması için çok önemli yargısal araçları devreye sokmaktadır.

## SONUÇ

Latin Amerika Anayasacılığı bugün dünyada yeni bir anayasacılık hareketinin temellerini atmaktadır. Özellikle Venezüella, Ekvador ve Bolivya gibi Güney Amerika ülkelerinin başını çektiği bu çağ ekolojik anayasacılık olarak adlandırılmaktadır. Çevrenin korunmasını bir insan hakkı olarak gören Avrupa anayasacılığının çok ötesinde, doğayı tüm yaşayan varlıklarıyla birlikte anayasanın öznesi haline getiren Bolivya Anayasasının bu konuda getirdiği düzenlemeler gerek diğer Avrupa ülkelerinden, gerekse Türkiye'den oldukça ileridir. Bir kere ekolojik anayasacılıkta temel olan ülkenin kolektif malvarlığı olduğunu her vesileyle hatırlatan Anayasa, çevrenin korunması konusunda getirdiği dava hakkı, aktif sivil toplum örgütlenmeleri, etkili bir kamuoyu denetimi ve devlet organlarına da bu konuda yüklediği somut yükümlülükler yoluyla doğayı gerçek anlamda bir hak öznesi haline sokmaktadır.

1982 Anayasası ise bir insan hakkı olarak çevreyi koruma işlevinden bile son derece uzakken, ekolojik anayasacılık yolunda ise daha ilk adımını bile atmış değildir. Yeni anayasa çalışmalarında ise çevrenin etkin korunması gündeme bile gelmemektedir. Şu aşamada Türkiye için doğanın hak sahibi kılınması mümkün gözükme bile bir insan hakkı olarak çevrenin etkin bir biçimde güvenceye kavuşturulması, bu yolda çevrenin güvenceleri olan bilgilenme, katılım ve başvuru olanaklarının geliştirilmesi ve güvencelenmesi, çevrenin korunmasına yönelik olarak açılacak davalarda menfaat tanımının herkesin dava açabileceği şekilde genişletilmesi, halk davaları ve halkın avukatı gibi kurumların bizde de geliştirilmesi, özellikle

- 
1. Tarım, ormancılık, çevre, su, yenilenebilir doğal kaynakların kullanım hakları ve değerlendirilmesi, tatlı su ve orman kaynakları ve biyolojik çeşitlilik konularındaki temyiz ve hükümsüzlük başvurularını karara bağlamak; flora, fauna, su ve çevreyi tehlikeye atan uygulamalar hakkındaki şikâyetleri karara bağlamak; ekolojik sistemi ve türlerin ya da hayvanların korunmasını tehlikeye atan uygulamalar hakkındaki şikâyetleri karara bağlamak.
  2. Kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik başvurularını ilk derece mahkemesi olarak ele almak ve karara bağlamak.
  3. Yenilenebilir doğal kaynakların kullanım haklarını ilgilendiren sözleşmeler, yetkilendirmeler, izinler, dağıtım ve yeniden dağıtımlardan kaynaklanan idari çekişmeli süreçleri ve diğer idari işlemler ve kararları, ilk derece mahkemesi olarak ele almak ve karara bağlamak.
  4. Tarım-Çevre Mahkemelerini organize etmek.

merkezileşmenin kırılarak yerel yönetimlerin güçlendirilmesi bu konuda atılacak en önemli adımlar olacaktır.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Türkiye için ekolojik anayasa önerileri konusunda bkz. Ekolojik Anayasa, ed.: Mahmut Boynudelik, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 109-115.  
*YÜHFD Cilt: XIV Sayı: 1 (2017)*

**KAYNAKÇA**

Baykan, Barış Gençer: İnsanın Çevre Hakkından Doğanın Haklarına: Ekolojik Anayasa, Betam Araştırma Notu 12/132, [www.betam.bahcesehir.edu.tr](http://www.betam.bahcesehir.edu.tr).

Couso, Javier: Radical Democracy and the “New Latin American Constitutionalism”, [https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13\\_Couso\\_CV\\_Eng\\_20130516.pdf](https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Couso_CV_Eng_20130516.pdf)

Ekolojik Anayasa, (ed. Mahmut Boynudelik), Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul, 2011

Gargarella, Roberto: Constitutional Changes and Judicial Power in Latin America, <https://www.sas.upenn.edu/andrea-mitchell->

Kaboğlu, İbrahim: Çevre Hakkı, 3. Baskı, Ankara, Nisan 1996

Suarez, Sofia: Defending nature: Challenges and obstacles in defending the rights of nature Case Study of the Vilcabamba River, CEDA, Friedrich Ebert Stiftung, 2013, <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/10386.pdf>

Şirin, Tolga: “Yeni Bolivya Anayasası Üzerine Bazı Notlar”, Bolivya Anayasası Hukuk, Demokrasi, Özerklik (Editörler: Mahmut Fevzi Özlüer, Ilgın Özkaya Özlüer, Tolga Şirin, Nazım Odabaşı), Ankara 2012

Şirin, Tolga Şirin: “Gelecek Kuşaklardan Doğanın Haklarına: Bolivya ve Ekvador Anayasaları”, Türkiye Barolar Birliği II. Çevre ve Kent Hukuku Kurultayı, 4,5.06.2014,

[https://www.academia.edu/21718107/GELECEK\\_KU%C5%9EAKLARDA\\_N\\_DO%C4%9EANIN\\_HAKLARINA\\_BOL%C4%B0VYA\\_VE\\_EKVADOR\\_ANAYASALARI](https://www.academia.edu/21718107/GELECEK_KU%C5%9EAKLARDA_N_DO%C4%9EANIN_HAKLARINA_BOL%C4%B0VYA_VE_EKVADOR_ANAYASALARI)

Uprimny,Rodrigo: “The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges” Texas Law Review, Volume 89, 2011, pp. 1587-1609 (Çeviren: Emine Karacaoğlu, “Amerika’da Yeni Anayasa Hukuku Dönüşümleri: Eğilimler ve Sorunlar”, Küresel Bakış, Yıl:2, Sayı:5, Nisan 2012, s.1-26.)

Wall, Illan rua: Constituent Power and the Question of Andean Constitutionalism,

[https://www.academia.edu/5472698/Constituent\\_Power\\_and\\_the\\_Question\\_of\\_Andean\\_Constitutionalism](https://www.academia.edu/5472698/Constituent_Power_and_the_Question_of_Andean_Constitutionalism)