



**İSLAM HUKUKUNDA VE 1869 TARİHLİ TABİİYET-İ OSMANİYE KANUNNAMESİ'NDE  
ÇOCUKLARIN VATANDAŞLIK DURUMU**  
**CITIZENSHIP STATUS OF CHILDREN IN ISLAMIC LAW AND OTTOMAN NATIONALITY LAW OF  
1869**

**Ali Aslan TOPÇUOĞLU\***

**Öz**

Çocukların vatandaşlık statüsünün kapsamı ve içeriği, tarih boyunca uluslararası hukuktaki gelişmelere paralel bir şekilde ilerleme kaydetmiştir. Şüphesiz ki bu süreçte dönemsel şartların ve devletlerin ihtiyaçlarının bu değişim ve gelişimi gerekli kıldığı bir gerçektir. Bu çerçevede asli vatandaşlığın kazanılmasında eski dönemlerde kan esaslı temel kıstas olarak alınırken, sonraki dönemlerde o dönem ihtiyaçları doğrultusunda toprak esaslı, yani çocuğun doğduğu yer dikkate alınarak ona vatandaşlık tesis edilmesi cihetine gidilmiştir. Bu anlayışın daha sonraki zamanlarda ihtiyaçları karşılayamaz boyuta ulaşması üzerine karma sistem denilen kan ve toprak esaslı birlikte çocukların vatandaşlığı konusunda belirleyici rol oynamaya başlamıştır.

İslam hukuku, çocukların vatandaşlığı konusuna dönemsel şartlar ve ihtiyaçlar çerçevesinde bir düzenleme getirmiştir. Buna göre çocukların vatandaşlığı hususunda kan esaslı, yani nesil esaslı temel ölçüt olarak alınmıştır. Dolayısıyla çocuklar, bulduğu çağına kadarki dönemde iradelerini beyan edebilecek bir akli olgunluğa sahip olmadıkları için anne ve babalarına veya bunlardan birine tabi olarak Müslüman sayılmış ve böylece İslam devletinin vatandaşlığını elde etmişlerdir. Bu esasın gerçekleşmediği durumlarda da, örneğin buluntu çocuklar konusunda, toprak esaslı prensibi benimsenerek çocuk, bulunduğu ülkenin vatandaşlığını elde etmiştir ki bu yaklaşım, o dönem şartları dikkate alındığında oldukça ileri bir merhaleyi ifade etmektedir. İslam tarihinde ilk vatandaşlık kanunu olan 1869 Tarihli Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi ise teorik ve pratik bakımdan İslam hukukunda benimsenen bu esasları kanunlaştırmıştır. Şu an yürürlükte olan Türk Vatandaşlık Kanunu'nda ve İslam ülkelerinin vatandaşlık kanunlarında da çocukların vatandaşlığında aynı sistemin benimsendiği görülmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İslam Hukuku, Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi, Çocuk, Vatandaşlık.

**Abstract**

The content and nature of the citizenship status of children have evolved throughout history in tandem with developments in international law. This transformation has undoubtedly been affected by changing conditions and needs. In the past, citizenship was determined by blood. However, in later periods, it was granted based on land, that is, place of birth. Yet, this land-based system also fell short of meeting needs, and therefore, the citizenship status of children started to be determined by both blood and land, referred to as a "mixed system."

Islamic Law has introduced a regulation on the citizenship status of children within the framework of the conditions of the age. According to the regulation, children are granted citizenship based on blood, that is, descent. Since children are not mentally mature or capable enough to fully understand the consequences of their own decisions, they were considered Muslims as dependents of either the mother or the father or both and were granted the citizenship of the Islamic State. In cases where this condition was not met (such as in the case of orphans), land-based citizenship regulation was implemented, and children were granted citizenship by the country they were living in. Considering the conditions of the period, we can state that this approach was progressive. The Ottoman Nationality Law of 1869, which is the first nationality law in Islamic history, enacted these principles, which are both theoretically and practically adopted in Islamic Law. The same system has also been adopted in the Turkish Citizenship Law and the nationality laws of Islamic countries, which are currently in force.

**Keywords:** Islamic Law, Ottoman Nationality Law, Children, Citizenship.

**GİRİŞ**

Devletler hukukunun tarihi süreci incelendiğinde eski dönemlerden itibaren gelişim süreci geçirerek günümüzdeki anlam ve mahiyetine kavuştuğu görülmektedir. Dolayısıyla devletler özel hukukunun bir konusu olan vatandaşlık anlayışının da bu tarz bir gelişim ve değişim evreleri geçirdikten sonra bugünkü formatına kavuştuğunu söylemek mümkündür (Fişek, 1959, 3). Bu gelişimin sonucu olarak günümüz modern hukuk sisteminde yapılan tasnife göre, vatandaşlık, iki şekilde ele alınmaktadır. Bunlardan biri, kişinin doğduğu andan itibaren sahip olduğu vatandaşlıktır ki buna 'asli vatandaşlık'; diğeri ise kişinin haiz olduğu vatandaşlığı bir takım sebep ve hallerden dolayı değiştirerek yeniden kazandığı niteliği ifade eden bir vatandaşlık anlayışıdır ki onun için 'sonradan kazanılmış vatandaşlık' tabiri kullanılmaktadır (Seviğ,

\* Dr. Öğr. Üyesi, Trabzon Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, aatopcuoglu@hotmail.com



1983, 77).<sup>1</sup> Tüm devletlerin hukuklarında vatandaşlığın kazanılmasında uygulanan çeşitli sebepler içerisinde en önemlisi ve en çok kabule şayan görüleni doğum yoluyla olmaktadır. Bu kapsamda prensip olarak vatandaşlığın kazanılma zamanı doğum olarak benimsendiği için dünyaya geliş, bir insana vatandaşlık verilmesinde kesin bir sebep olarak kabul edilmektedir(Erdem, 2011, 79).

Bu nedenle kişinin, doğum olgusuna dayanarak kazandığı vatandaşlık, aslî vatandaşlık olarak isimlendirilmekte ve bu yönüyle de sonradan kazanılan vatandaşlıktan ayrılmaktadır. Doğum olgusu, ya doğum nedeniyle ortaya çıkan nesep ilişkisi bakımından ya da doğum yeri bakımından doğan kişinin vatandaşlığını belirler (Aybay, 2010, 103). Buna göre modern kanunlarda aslî vatandaşlığın tayininde iki temel unsur göze çarpmaktadır ki bunlardan biri kan bağı, başka bir ifadeyle nesep ilişkisi; diğeri ise toprak esasıdır(Berki, 1959, 37-38). Kan esasına göre bir kişi, doğumu nedeniyle nesep bağı ile bağlandığı anne veya babasının ya da her ikisinin tabiiyetini alır. Bu kişinin doğumunun anne veya babasının mensup olduğu devlet ülkesinde veya yabancı bir ülkede meydana gelmesi aslî tabiiyetin oluşmasına olumsuz bir etki doğurmaz. Toprak esasında ise bir şahsın tabiiyet kazanmasında anne ve babasının tabiiyetinin hiçbir önemi yoktur. Dolayısıyla anne ve babanın tabiiyeti ne olursa olsun kişi, toprağı üzerinde doğduğu devletin tabiiyetini alır(Fişek, 1959, 15; Seviğ, 1983, 13-14).

Modern hukukta genellikle bir şahsın doğum yerini dikkate almadan anne ve babasının vatandaşlığını kazanmasını sağlayan sistem, 'kan esas'ı tabiriyle(Birsen, 1936, I, 18) ifade edilmekle birlikte Türk hukuk literatüründe bu kavram yerine terminolojik manada nesil esas'ı(Hasan Sırrı, 1314, 19, 24-25; Himayak Hüsrevyan, 1331, 29), doğum esas'ı veya nesep esas'ı tabirlerine de yer verilmekte Fişek, 1959, 25; Berki,1959, 37). Yeni Türk Medeni Kanunu'nda ise bu kavramların yerine soybağı terimi kullanılmaktadır ki bununla geniş anlamıyla bir kişi ile onun üstsoyu arasındaki biyolojik ve doğal bağlantı ifade edilir. Dar anlamında ise soybağı, sadece çocuk ile ana ve babası arasındaki bağlantıyı, başka bir ifadeyle çocuğun ana ve babasına nispetini ifade eder. Türk Medeni Kanunu'nun aile hukuku bölümünde düzenlemiş olduğu soybağı, dar anlamda kullanılan soybağına ifade etmektedir(md. 282 vd.).<sup>2</sup>

Bir çocuğun anne ve babasının vatandaşlığını alabilmesi için çocuğu anne ve babaya bağlayan bağın hukuken mevcut olması, yani çocuğun nesebinin tahakkuk etmesi gerekir. Vatandaşlığın izafesi nesep bağı ile çok yakından ilgili olduğu için kavramsal anlamda nesep esasının<sup>3</sup> kullanımı daha yaygındır(Fişek, 1959, 25). Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeden de çocuğun vatandaşlığında nesebin, yani soybağının esas alındığı görülmektedir.<sup>4</sup> Çocuk ile ana arasında soy bağına normal ve en tabii kaynağı ise doğumdur(Akıntürk-Ateş, 2017, 327-328). Bu itibarla çocuğun doğduğu kadınla hısımlık münasebeti sabit olur. Bunu ispat için başka bir vasıtaya ihtiyaç olmadığı gibi doğuran kadının çocuğu reddetme imkânı da yoktur(Karaman, 2013a, I, 393). Türk Medeni Kanunu'nda "*çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur*"(md. 282/1) şeklinde yer alan hüküm de bu durumu ifade etmektedir. Dolayısıyla çocuğu doğuran kadının tespit edilmesi, annenin belirlenmesi için yeterli ve tek sebeptir. İlahi yaratılış gereği bir çocuk, mutlaka bir anneden doğacağına göre çocuğu doğuran kadının anne olmadığına iddia edilmesi mümkün değildir. Çünkü anne tarafından çocuğun doğurulmuş olması, anneliğin sübutu noktasında güçlü bir karinedir (Akıntürk-Ateş, 2017, 327-328).

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise kişinin vatandaşlığa geçmede ehliyet şartına haiz olmasıdır. Bu şart, günümüzde tüm devletlerin vatandaşlık kanunlarında kabul edilen genel esaslardan biri olan her şahsın vatandaşlığını değiştirebilmesinde serbestliğe sahip olması kapsamında ele alınan bir meseledir(Birsen, 1936, 16-17; Fişek, 1959, 19; Berki, 1959, 35). Çocukların yaşı, fiil ehliyetine tesir eden önemli bir faktördür. Fiil ehliyeti, başka bir ifadeyle eda ehliyeti, yaşın ilerlemesiyle birlikte tedrici bir şekilde kazanılır ve yaşın ilerlemesiyle birlikte irade ve sorumluluk duygusu da olgunlaşır(Tahiroğlu-Erdoğan, 2012, 185). Bu itibarla İslam hukukunda gayr-i mümeyyiz çocuk,<sup>5</sup> bulûğ çağına kadarki dönemde kendi iradesini beyan edebilecek bir ehliyete sahip olmadığı için(Bilmen,1992,VII, 280) anne ve

<sup>1</sup> Şu an yürürlükte olan 12. 06. 2009 Tarihli ve 5901 Sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'na göre "*Türk vatandaşlığı, doğumla veya sonradan kazanılır.*"(md. 5) şeklinde hüküm yer almaktadır.

<sup>2</sup> Bkz. (Akıntürk-Ateş, 2017, 321).

<sup>3</sup> İslam hukuku literatüründe anne ve baba yönünden olan bağı ifade etmekle birlikte daha çok baba tarafından olan akrabalık için kullanılan nesep terimi, iki kısma ayrılır. Bunlardan biri, Neseb bi't-tül veya dikey nesep ki babalar ve babaların yukarıya doğru babaları ile aşağıya doğru oğullar ve oğulların aşağıya doğru oğulları arasındaki bağı ifade eder. Diğeri ise nesep bi'l arz veya yatay nesep ki bu da erkek kardeşler ile bunların oğulları ve amcaoğulları arasında olan bağıdır. Bkz. (Erdoğan, 2005, 452).

<sup>4</sup> Karşılaştırmalı bkz. "*Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. Bu süre geçtikten sonra çocuğun kocaya bağlanması ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla mümkündür. Kocanın gaipliğine karar verilmesi hâlinde üç yüz günlük süre, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden işlemeye başlar*"(md.285).

<sup>5</sup> Gayr-i mümeyyiz: Temyiz kudretini haiz olmayan yani yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ya da zayıflığı gibi bir sebeplerle makul surette hareket edemeyecek nitelikte olan kişileri ifade etmek için kullanılan bir terimdir. Bkz. (Bilmen, 1992, VII, 280 vd.; Erdoğan, 2005, 156).



babası veya bunlardan birine tabi olarak Müslüman sayılmakta ve dolayısıyla da vatandaşlık kazanmaktadır (Nevevî, 2003, IV, 495). Bu nitelikteki çocukların durumu, Türk Medeni Kanunu'nda ise "Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur"(md.14) şeklinde ifade edilmektedir. Daha sonraki maddede ise kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiillerinin hukukî sonuç doğurmayacağı(md.15) ve ehliyetleri bulunmaması nedeniyle yaptıkları işlemlerin geçersiz olduğunu belirtmiştir. Mümeyyiz çocuklar<sup>6</sup> konusunda ise İslam hukuku kaynaklarında farkı görüşler bulunmakla birlikte anne ve babalarına tabi oldukları görüşü tercihe şayan görülmüştür. Bulûğ çağı ve sonrasında ise bu çocuklar, kendi irade beyanıyla Müslüman oldukları takdirde zaten doğrudan vatandaşlık hakkı elde edebilirler(Nevevî, 2003, IV, 495). Gayrimüslimler ise İslam devletiyle yapacakları zimmet akdi<sup>7</sup> ile vatandaşlık hakkı kazanarak İslam devletinin gayrimüslim vatandaşı sayılırlar. Bu nitelikteki gayrimüslimlerin çocukları da anne ve babalarına tabi olarak aynı statüye dâhil olurlar(Serahsî,2000, X, 106; Zeydan, 2014, 45). Bu itibarla İslam devleti, kendi vatandaşı olan Müslümanların mallarını, canlarını ve namuslarını koruduğu gibi bu gayrimüslim vatandaşların da haklarını korumakla yükümlüdür(Bilmen, 1992, III, 426-427). Daha önce belirtildiği gibi çocukların aklı düzeyleri çerçevesinde farklı kategoride ve farklı isimlerle yer almış olması, onların söz ve davranışlarının hukukî anlamda farklı sonuçlar doğurduğundan kaynaklanmaktadır. Zaten her devletin hukuk düzeni muhtemel yaş kademelerine değişen sonuçlar bağlamış oldukları da bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Örneğin Roma'da çocukların akli yetkinliği ekseninde terim ve hukukî sonuç doğurma noktasında bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Roma hukukunu ulusal hukuk sistemlerinde esas alan Avrupa ülkelerinde de yaş gruplamalarında bu farklılığı görmek mümkündür.<sup>8</sup>

Buraya kadar ön bilgi mahiyetinde vermeye çalıştığımız malumatla iktifa edip, kavramsal planda bir karışıklığa mahal bırakmamak adına şunu da belirtelim ki İslam hukuku terminolojisinde bir devlete tabiiyet bağı ile bağlı olan şahsa tebaa denilmekle birlikte bu kavramın yerine günümüzde vatandaşlık terimi kullanılmaktadır. Bir kişinin vatandaşlığı ifade etme noktasında iki kavram arasında bir fark bulunmaması hasebiyle çalışmada yerine göre bazen tabiiyet bazen de vatandaşlık kavramları kullanılacaktır. Ayrıca yürürlükte olan Türk Vatandaşlık Kanunu'nda yer alan hükümlere de müstakil başlık açmadan metin içinde ilgili kısımlarda temas edilecektir.

### I. Modern Hukukta Çocuklarla İlgili Vatandaşlığın Gelişimi

İlk Çağ uygulamalarına bakıldığında Atina ve Roma'da vatandaşlık, hukukî olmaktan ziyade dinî bir mahiyet arz etmiş, dolayısıyla dinî merasime katılmaya ehliyetli olan kişiler, vatandaşlık niteliği kazanmıştır. Bu dönemde din, vatandaşı yabancidan ayıran bir faktör olmuştur(Fişek, 1959, 3). Vatandaşlık vasfı konusunda bu dönemde ırkın saflığını koruma endişesi hâkim olması münasebetiyle(Seviğ, 1983, 78) yerli ile yabancıyı birbirinden ayırt etmek üzere genelde 'kan esası' prensibi benimsenmiştir. Bir ırktan gelenler, günümüzde bir aileden gelenler gibi, o aileye nispet edilerek bunların dışındakiler yabancı sayılmışlardır(Birsan,1936, I, 18). Buna göre tesadüfen aralarında doğmuş olan kişileri kendilerinden sayarak bu saflığı bozmak istememişlerdir. Bu topluluklarda devlet, genel ölçekte bir aile anlamı taşıdığı için devlet de aile gibi fertlerin gelenek ve dindeki birliklerine dayanmıştır. Örneğin Eski Yunan'da,<sup>9</sup> Yunanlı olabilmek için Yunanlı bir anne ve babadan doğmak gerekli görülmüştür(Seviğ, 1983, 78).

Roma'da<sup>10</sup> ise çocuk, anne rahmine düştüğünde babası Romalı ve kendisi medeni nikâh mahsulü ise Romalı sayılmıştır. Bununla birlikte çocuk medeni nikâh mahsulü değilse annesinin doğum zamanındaki niteliği vatandaşlık statüsü kazanmada belirleyici olmuştur( Seviğ, 1983, 78; ayrıca bkz. Karadeniz - Çelebican, 2013, 147). Romalı bir kadın, bir yabancı ile evlendiği takdirde ise bu evlilik, Roma hukukuna göre geçerli sayılmadığı için ilk zamanlarda annenin durumu esas alınarak çocuğun vatandaş sayılacağı

<sup>6</sup> İslam hukuku literatüründe İnsanın söz ve davranışlarının sebep ve sonuçlarını idrak edebilme ve bu idrake uygun biçimde iradesini kullanabilme gücünü ifade etmek üzere "temyiz" terimi kullanılmakta, temyiz kudretine sahip kişiye de 'mümeyyiz' denilmektedir(Dönmez, 2001, XXXX, 437). Başka bir ifadeyle bir kişide basit de olsa bir şuur ve anlayışın başlaması, hareketlerinin neticesini idrak etme düzeyine gelmiş olan çocuklar için kullanılan terimdir(Bkz. Karaman, 2013, I, 256). Türk Medeni Kanunu'na göre, bu nitelikteki çocuk için şu hüküm yer almaktadır: "Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir."(md. 13).

<sup>7</sup> Zimmet akdi: bir gayrimüslime sürekli olarak Müslümanların himayesinde olmayı ve İslâm ülkesinde devamlı oturmayı sağlayan anlaşmadır(Zeydan, 2014, 20).

<sup>8</sup> Karşılaştırmalı bkz. (Tahiroğlu-Erdoğan, 2012, 185-186).

<sup>9</sup> Eski Yunan: M.Ö. 20. Yüzyıl civarı, kuzeyden gelerek Ege çevresine yerleşmeye başlayan Helen kavimlerinin yerli ve Egeli uygarlıklarla kaynaşmasıyla oluşmuş bir uygarlıktır(detaylı bkz. <https://eksisozluk.com/eski-yunan-581195>).

<sup>10</sup> Roma: Romanın siyasi tarihi bugünkü İtalya Cumhuriyeti'nin başkenti olan Roma şehrinin kuruluşu ile başlar. M.Ö. 754-753 yıllarında gerçekleşen bu kuruluşta Romalılar özel bir önem vermiş ve bunu tarihlerine başlangıç yapmışlardır(ayrıntılı bkz. Tahiroğlu - Erdoğan, 2012, 1).



kabul edilmiş olmasına rağmen, sonraki dönemlerde babaları yabancı olan çocukların da yabancı statüde sayılacağı kuralı konmuştur (Karadeniz-Çelebican, 2013, 147). Bu bilgilerden hareketle kadim devletlerde vatandaşlık anlayışında cari olan usulün kan esası yani nesep bağı olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır (Berki, 1959, 38). Germenler<sup>11</sup> ise göçebe hayat yaşadıkları sürece vatandaşlık konusunda ne kan esasına ne de doğum yeri esasına önem vermemişlerdir. Germen olabilmek için kabilelerden birine dâhil olma şartı getirilmiştir. Bunu yerine getirmeyenler, Germen anne ve babadan ve Germenler arasında doğmuş olsa bile, yabancı kabul edilmiştir. Bununla birlikte her kabile, bir ülkede istikrar sağladıktan sonra mülki hâkimiyeti tesis etmek üzere ülke içinde doğanları kendinden saymıştır (Seviğ, 1983, 78).

Toplumların gelişmesi ve genişlemesi dolayısıyla kan esası, yerli- yabancı ayrımı noktasında yetersiz kalmaya başlamıştır. Toplulukların bir toprak parçası üzerinde sürekli olarak oturma zorunluluğu, kan esasının yanında 'toprak esası' anlayışını ortaya çıkarmıştır. Buna göre aynı toprak üzerinde doğan ve ikamet eden kişiler, birbirlerinin yabancı sayılmamaya başlanmıştır (Birsen, 1936, I, 18). Kanunların şahsiliği yerine mülkiliği kaim olunca bunun vatandaşlık alanına yansması olmuştur. İşte bu anlayış temelinde gelişen toprak esası, derebeylik zamanında kurulmuştur. Çünkü derebeylik usulü, toprağa ehemmiyet verdiği için her şeyi toprağa bağlayarak o yerde doğan her şahsı mahalli kanuna tabi tutmaya başlamıştır (Seviğ, 1983, 79). Bu dönemde bir kişi, adeta toprağa bağlı bir bitki şeklinde telakki edilmiştir. Krallıklar zamanında ırk yerine toprak esası kabul edildiği için anne ve babaları yabancı bir devlet vatandaşlığında olsa da çocuklar, doğduğu ülkenin vatandaşlığını kazanmıştır (Berki, 1959, 38).

Modern devletlerde hâkimiyet anlayışında meydana gelen değişim neticesinde toprak esasına bir reaksiyon olarak önceki dönemlerde cari olan kan esası prensibine dönüş olmuştur. XVIII. yüzyıla kadar bu hâkimiyet anlayışı mahalli nitelik taşıırken bu yüzyıldan sonra şahsi bir nitelik kazanmış ve kanun koyucular da toprak esasını kabul etmemişlerdir. Bu dönemde büyük devletler, henüz savaflara maruz kalmamış ve buralardan dışarıya göç devam ettiği için kan esasına bağlı kalmada bir sakınca görmemişlerdir. Bunun içindir ki İngiltere dışında tüm Avrupa ülkelerinde çocukların vatandaşlığını belirlemede toprak esası yerine, kan esası benimsenmiştir. Bununla birlikte XIX. yüzyılda toprak anlayışı esasının yeniden doğuşu söz konusu olmuştur. Ancak bu, feodalite anlayışının bir takviyesi niteliğinde olmayıp, nüfusu az olan Amerika Devletleri'nin gelişebilmesi ve refaha kavuşabilmesi için dışarıdan göç alabilmek amacıyla kabul edilmiştir. Böylece Amerika Devletleri topraklarında yabancı ülke vatandaşlarından doğan çocukların doğdukları yer, vatandaşlık statülerini belirleyici olması sebebiyle bu ülkenin vatandaşı kabul edilmiştir (Berki, 1959, 38). Sonraki dönemlerde ise kan ve toprak esaslarının müstakil olarak ve mutlak bir biçimde uygulanması durumunda bazı kişilerin tabiiyetsiz duruma düşmeleri ihtimali, kan ve toprak esaslarına aynı zamanda yer veren karma sistemlerin doğmasına neden olmuştur (Fişek, 1959, 14). Bunlardan kan esası, ırkın saflığını, temizliğini korumak kaygısı nedeniyle ön plana çıkarılırken, toprak esası da nüfusun artırılması yönünde kullanılmak üzere elde tutulmuştur (Birsen, 1936, I, 18).

Günümüz genel anlayışına göre, aslı vatandaşlığın tesis edilmesinde devlet ile siyasi ve hukukî yönden bir bağ kurulması noktasında kan esası, bir yerde tesadüfen doğmuş olma olayından daha öncelikli görülmüştür. Çünkü büyük bir aile anlamı taşıyan vatana bağlılık duygusu, aile gelenekleri, eğitim ve akrabalar arasında ortak menfaatlerle meydana gelir (Seviğ, 1983, 79). Bu prensibi savunanlar, görüşlerine dayanak olarak insanlar arasında müşterek duygu ve fiillerin temelini aile terbiyesinde yattığını ileri sürmüşlerdir (Berki, 1959, 39). Diğer taraftan doğum yeri yani toprak esasında ise anne ve baba ile çocukların farklı vatandaşlık durumları ortaya çıkar ki bu durum, çeşitli sıkıntılar ve ihtilaflar doğurucu niteliği taşır. Ancak şu var ki bir çocuğun yabancı bir ülkede doğmuş olduğu her zaman tesadüf eseri değildir. Muhtemelen babası görev gereği bir yere gitmiş orada ikamet etmeye başlamış ve dolayısıyla çocuk orada doğmuş ve eğitim görmüştür. Böyle bir durumda çocuğun da menfaati o ülkenin vatandaşlığını kazanmasındadır. Bundan dolayı da kan esasının prensibinden mutlak manada vazgeçilerek böyle çocuklara doğduğu ülkeye göre vatandaşlık verilmesi daha makul görülmüştür (Seviğ, 1983, 79).

Bu kapsamda çocukların vatandaşlık kazanmasında kan esası veya toprak esasından hangisinin tercih edileceği oldukça zor bir meseledir. Çünkü söz konusu iki esas, dönemsel şartlara ve ihtiyaçlara bağlı olarak farklılık gösterebilir. Nitekim günümüz yabancı devletler mevzuatına bakıldığında farklı uygulamaların mevcut olduğu görülmektedir. Çocuğun vatandaşlığını belirlemede esas alınacak kriter ile ilgili bazı devletler sadece kan bağı, yani nesil esasını kabul ederken; bazı devletler de sadece toprak, yani doğum yerini esas almışlardır. Ayrıca vatandaşlığa kabul işleminde bu iki yaklaşımı birlikte ele alan

<sup>11</sup> Germenler: M.S. 5. Yüzyıl civarında Roma İmparatorluğunun paganlıktan Hıristiyanlığa geçtiği zamanlarda Ren ve Tuna'nın güneyine geçerek Batı Roma İmparatorluğu'nu sona erdiren kavimlere verilen isimdir (Bkz. <https://www.uludagsozluk.com/k/germenler>).





devletler de bulunmaktadır. Bunların da bir kısmı, doğum yerini esas almakla birlikte kan esasına kısmen yer verirken, diğer bir kısmı da kan esasını asıl olarak kabul etmekle birlikte toprak esasına yer vermişlerdir (ayrıntılı bkz. Hasan Sırrı, 1314, 26-30; Berki, 1959, 39-40). Şu anda yürürlükte olan 12.06.2009 Tarihli ve 5901 Sayılı Türk Vatandaşlık Kanununa göre doğumla kazanılan Türk vatandaşlığının, soy bağı ve doğum yeri esasına göre kendiliğinden kazanılması esas olarak kabul edilmiştir.<sup>12</sup>

Modern kanunlarda aslı vatandaşlığın tayininde iki önemli unsur göze çarpmaktadır. Bunlardan biri kan esasını yani nesil bağına bakılarak çocuğa annesinin ve babasının haiz olduğu vatandaşlığı ya da toprak esasının ön planda tutarak çocuğun doğduğu memleketin vatandaşlığını vermişlerdir. Bazıları da nesil ve toprak esasından birini tercih etmekle beraber diğerini de göz önünde bulundurmıştır (Berki, 1959, 37-38). Bu bağlamda söylenebilir ki mutlak anlamda aslı vatandaşlığın tesisinde kan esasını veya toprak esasından hangisinin tercih edileceği, dönemsel şartlara ve ihtiyaçlara bağlı olarak değişiklik gösterebilir. Buna göre her devlet, egemenlik hakkının bir gereği olarak ve kendi menfaatlerini göz önünde tutarak aslı vatandaşlık ile ilgili kuralları serbestçe tayin edebilir ve dolayısıyla devletler hukukunun gelişim seyrine göre bu kuralları güncelleyebilir.

## II. İslam Hukuku ve Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi'nin Konuya Yaklaşımı

### A. Genel Olarak

İslâm hukukunda vatandaşlık anlayışı din ile devleti birbirine bağlayan devlet telakkisinden dolayı din ve vatandaşlık kavramları aynı formda değerlendirilmiş,<sup>13</sup> dolayısıyla devletlerin siyasî sınırlarına bakılmaksızın, Müslümanlar dünyanın neresinde olursa olsunlar tek bir ümmet veya millet kabul edilerek İslam ülkesinin<sup>14</sup> vatandaşı sayılmışlardır (Turnagil, 1993, 70). Ümmet veya millet terimleriyle belirli bir ülkeden ziyade belirli bir dine bağlılık benimsendiği için günümüzdeki anlam ve mahiyette bir vatandaşlık anlayışından farklı bir vatandaşlık esasını söz konusudur.

İslam'ın yayılmaya başladığı dönemlerde dinin insanlara tebliği ön planda tutulduğundan insanlar arasında "vatandaş-yabancı" ayrımı yerine "Müslüman-gayrimüslim" ayrımının yapılması daha makul ve realiteye uygun görülmüştür (Armağan, 1992, 191). Aslında İslam'ın temel kaynakları Kur'an ve Sünnet'te yer almamakla birlikte (Zuhayli, 2009, 211) klasik dönem İslam hukukçuları, yaşadığı dönem koşullarının sevgiyle Müslümanların yaşadığı yerleri dârulislâm, bunun dışında kalan yerleri ise dâruharb terimiyle ifade edip, vatandaşlık anlayışını da bu zeminde ele almışlardır (Serahsî, 2000, VIII, 105; X, 143, 196; Udeh, 2013, I, 348). Bu bağlamda İslam hukuku literatüründe "ehlü dari'l-İslâm" (Serahsî, 2000, VIII, 105; X, 106, 115; Udeh, 2013, I, 348) terimi, hem Müslümanları hem de gayrimüslim vatandaşları kapsamına almaktadır. Ayrıca sadece gayrimüslim vatandaşları ifade etmek için de "ehlü'z-zimme" (Zeydan, 2014, 20) tabiri kullanılmıştır. Söz konusu zimmet kapsamında olmayan gayrimüslimler ise "ehlü'dâri'l-harb" diye nitelendirilen gayrimüslim ülke vatandaşları (Serahsî, 1971, V, 1869; Merğînânî, 1990, II, 445-446; Zeydan, 2014, 35-36). İslam ülkesine emân<sup>15</sup> olarak giriş yapan yabancılar ki bunlar, müste'men olarak isimlendirilmiştir (Bilmen, 1992, III, 434).

Bu kapsamda gelişen vatandaşlık anlayışı, aynı yerde doğma, renk, müşterek dil ve ülkeyi değil, sadece inanç birliğini ifade etmek üzere kullanılan bir kavram olmuştur (Hamidullah, 1998, 392-393)<sup>16</sup> Bu bakımdan çocuğun dini hükümlerden hangisine tabi olacağını tespit etmek için öncelikle onun hangi dine mensup olduğunun belirlenmesi gerekli görülmüştür (Çeker, 2015, 154). İslam hukukçuları, çocuğun dinini belirlemede farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Hanefî, Şafii ve Hanbelilere göre çocuğun maslahatı ön planda tutularak anne ve babasından hangisinin dini, İslam nazarında üstünse çocukta o dinin mensubu sayılmıştır. Buna göre anne veya babadan herhangi birisi Müslüman olsa çocuklar da ona tabi olarak Müslüman kabul edilir. Anne veya babadan biri ehl-i kitap, diğeri Mecusî olması hâlinde de ehl-i kitabın İslâm'ın hükümlerine daha yakın olması nedeniyle çocuk, ehl-i kitap kabul edilir. Çünkü İslâm'da ehl-i kitap birinin kestiği hayvanın etinin yenmesine ve ehl-i kitap kadınla evlenilmesine cevaz verildiği halde Mecusî ile ilgili hükümler ise bunun aksi yöndedir (Kâsânî, 1986, VI, 68; İbn Rüşd, 2013, 753; Mevsîlî, 1991, III, 112-113). Bu konuya farklı yaklaşan Malikîlere göre ise çocuk, din yönünden babasına tabidir. Dolayısıyla babası

<sup>12</sup> "Doğumla kazanılan Türk vatandaşlığı, soy bağı veya doğum yeri esasına göre kendiliğinden kazanılır. Doğumla kazanılan vatandaşlık doğum anından itibaren hüküm ifade eder." (md. 6).

<sup>13</sup> Bkz. (Fişek, 1959, 5).

<sup>14</sup> İslam hukukunda vatandaşlık, dâruislâm esasına dayandığı ile ilgili bkz. (Udeh, 2013, I, 348).

<sup>15</sup> Emân: İslam hukuku literatüründe yabancı ülke vatandaşı olan bir gayrimüslime İslâm ülkesinde güvence veren işlem için kullanılan bir terimdir (bkz. Merğînânî, 1990, II, 445).

<sup>16</sup> Bununla birlikte 1789 Fransız ihtilalinden sonra din işleriyle devlet işlerinin birbirinden ayrılması neticesinde nesil, toprak ve din esasını şeklinde çeşitli evreler geçiren tabiiyet anlayışının temeli son olarak milliyet prensibine dayanmıştır (bkz. Birsen, 1936, I, 20).



Müslüman olan çocuğun Müslüman olduğuna hükümlenir (İbn Rüşd, 2013, 753; Udeh, 2013, I, 350) ve çocuk, bu şekilde İslam devleti vatandaşlığını kazanır.

Bu konunun belirlenmesinde bir takım zorluklar bulunmakla birlikte yine de çocuğun menfaati ve maslahatı temelinde meseleye yaklaşılarak hangi dine veya statüye tabi olmak çocuğun lehine ise çocuk ona dâhil edilmiştir. Bundan dolayı İslam topraklarında terk edilmiş bir çocuk ile anne ve babadan birinin Müslüman olması hâlinde çocuk Müslüman; anne ve babadan biri İslam devletinin gayrimüslim vatandaşı, diğeri de gayrimüslim ülke vatandaşı ise çocuğun gayrimüslim vatandaşı olduğu kabul edilmiştir. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki aksi yönde ortaya konabilecek delillerle bu yaklaşımlar işlevsiz hale gelebilir (Bilmen, 1992, II, 104; Hamidullah, 1998, 393; Uşrüşenî, 1984, 154). İslam dininde anne ve babanın çocuğunu iyi bir Müslüman birey olarak yetiştirmesi için kendilerine bazı haklar verilmiş olduğu görülmektedir (Köse, 2018, 97). Bu itibarla din, insanın başta gelen haklarından biridir. Aynı zamanda din, bir toplumda mensubiyeti ifade ettiği için bu nispete göre insan, çeşitli hükümlere tabi olur (Çeker, 2015, 154). Buna göre İslam hukukunda vatandaşlık anlayışı, din eksenli gelişmesi hasebiyle bu din mensupları aynı zamanda İslam devletinin vatandaşı olarak kabul edildiği gibi bunların çocukları da haliyle anne ve babalarının tabiiyetine bağlı olarak İslam ülkenin vatandaşı sayılmışlardır. Diğer yandan zimmet akdi dolayısıyla İslam devletinin gayrimüslim vatandaşı statüsü kazanmış olan gayrimüslimlerin çocukları ise anne ve babalarının zimmet akdine tabi olarak İslam devletinin gayrimüslim vatandaşı sıfatını kazanmışlardır.

Osmanlı Devleti'nde uygulamada İslam hukuku benimsendiği için (Birsen, 1936, I, 18) 1869 Tarihli Tabiiyet Kanunu öncesinde öteden beri cari olan usul, temelde kan esaslı yani nesil esaslı olmuştur. Bunun için her nerede doğarsa doğsun Osmanlı Devleti vatandaşının çocuğu, bu ülkenin vatandaşı olarak kabul edilmiştir. Ancak bir yabancının Osmanlı ülkesinde doğmuş olan çocuğu ise Osmanlı vatandaşı sayılmamıştır. Tabiiyet kanunu bu usulü kabul etmekle beraber Osmanlı Devleti'nde doğmuş olan yabancıların sonradan bu ülke vatandaşlığına geçmesini kolaylaştırmıştır. Ancak doğum yeri esasına daha fazla yer verilmesi kapitülasyonlar yüzünden mümkün olamamış ve Osmanlı Devleti, birkaç nesilden beri kendi ülkesine yerleşmiş ve vataniyle ilişkisi gevşemiş olan yabancıları bile doğrudan doğruya Osmanlı vatandaşlığına alamamıştır. Bu durum, ancak 1929 tarihli Vatandaşlık Kanunu ile sağlanabilmiştir (Seviğ, 1983, 79; Berki, 1959, 40).

### B. Evlilik Neticesinde Doğan Çocukların Vatandaşlığı

Ailenin temeli olan evlilik, bir erkekle kadının hayat boyu beraber yaşama gayesiyle meydana getirdikleri meşru birlikteliği ifade eder (Acar, 2018, 17). İslam'da aile bağı ise nesep ile gerçekleşir. Anne-baba ve çocuklar arasındaki bağdan ibaret olan nesebin ölçüsü ise meşru evliliktir. Nesep ise ancak meşru bir evlilik içinde gerçekleşen doğum ile mümkündür (Karaman, 2013b, II, 61). Çocuğun doğumuyla gerek aile içinde gerekse aile dışında çocuğun hukuku da gündeme gelmiş olmaktadır ki bu bağlamda ilk akla gelen çocuğun nesebidir (Kahveci, 2014, 150). Bir çocuğun nesebinin bir erkekten sübutu için annesiyle o erkek arasında evlilik bulunması gerekir. Dolayısıyla o kadın bu erkek ile sahih nikâh<sup>17</sup> ile ya da fasit nikâh<sup>18</sup> ile veya aralarında mülkî yemin ile veya mazeret teşkil edecek bir şüphe ile münasebet vuku bulmuş olmalıdır. Bu evlilik neticesinde dünyaya gelen çocukların anne ve babaları ve diğer akrabaları ile çeşitli hukukî ve ahlâkî münasebetleri söz konusu olmaktadır ki işte nesep bağı da bunlardan birini teşkil etmektedir. Nesep bağı, geniş anlamda bir kişinin geldiği soy ile münasebetini, kan ve hısımlık bağı; dar manada ise çocuğun anne ve babasıyla hısımlık münasebetini ifade etmekle birlikte özellikle babaya nispet edilir (Bilmen, 1992, II, 397-398; Erturhan, 2017, 138).

Başka bir ifadeyle nesep, çocukla ana-baba arasında doğumla meydana gelen tabii ve hukukî bağı ifade etmektedir (Yaman, 2011, 65). Hz. Peygamber'in *Çocuk yatağa aittir*<sup>19</sup> sözü, nikâh ve evlilik bağı anlamına geldiği için evlilik içinde doğan çocuğun nesebi, kadının evli bulunduğu erkeğe aittir (Karaman, 2013a, I, 394). Zaten nesep konusunda asıl önemli olan husus, çocuğun babası ile olan bağının tespitidir. Bu çerçevede ilke olarak, evlilik içinde doğan çocuk, o evlilikteki kocaya bağlanır (Yaman, 2011, 66). Ancak

<sup>17</sup> Sahih nikâh: Unsur ve şartları tam olarak mevcut bulunan evlenme akdidir. Akdin kuruluş şartlarında hiçbir eksiği bulunmayan böyle bir akit, evliliğin bütün sonuçlarını doğurur (Çolak, 2017, 134).

<sup>18</sup> Fasit: Aslında meşru olduğu halde gayr-i meşru bir şeye ilişkili olma sebebiyle meşruiyetten çıkan fiildir (Bilmen, 1992, I, 35). Fasit nikâh ise Hanefî hukukçulara göre, kuruluş şartları tam olmasına rağmen sıhhat yani geçerlilik şartlarında eksiklik olan nikâh akdini fasit nikâh akdi olarak tanımlanmaktadır. Buna karşın diğer mezhepler bunun yerine batıl evlilik terimini kullanırlar (bkz. Karaman, 2013, I, 342). Ayrıca fasit nikâh sonucu doğan çocuğun nesebinin babaya bağlanabilmesi için karı-koca arasında birleşme olması ve zifaktan en az altı ay sonra doğmuş olması gerekir (Erturhan, 2017, 138).

<sup>19</sup> "الولد للفراش..." bkz. (Buhârî, 1422, *Buyu'*, 3; Müslim, 1956, *Reda'*, 10, no:1457; Ebû Dâvûd, 1997, *Talak*, 34, no:2273; Tirmizî, tsz., *Reda'*, 8, no:1157).



bunun gerçekleşmesi iki şarta bağlıdır. Bunlardan biri evlilik akdi üzerinden hamileliğin asgari müddeti olan altı aylık sürenin geçmiş olması<sup>20</sup>, diğeri de karı-kocanın bir araya gelmemiş oldukları kesin olarak sabit olmamasıdır. Ancak babaya aidiyetinin tespit edilemediği durumlarda çocuğun nesebi ikrar ve dava ile sabit olur (İbn Rüşd, 2013, 799; Bilmen,1992, II, 400-401; ayrıca bkz. Karaman, 2013a, I, 395-396). Bir şahsın anne-babasının vatandaşlığını alması kan esası olarak adlandırılması hasebiyle çocuğu, anne-babaya bağlayan bağın hukuken mevcut olması, başka bir ifadeyle çocuğun nesebinin tahakkuk etmesi gerekir. Bunun içindir ki bu sistemde vatandaşlığın izafesi nesep bağı ile çok yakından ilişkilidir(Fişek, 1959, 25).

İslam'ın vatandaşlık anlayışında Müslümanlar nerede olursa olsunlar İslam devletinin vatandaşı sayıldığı için bunların çocukları da İslam devletinin vatandaşı kabul edilmiştir(Turnagil, 1993, 70; Birsen, 1936, 22). Çünkü İslam hukukunda çocukların anne ve babalarına dinî bakımdan tabi oluşu genel kural niteliğindedir (Kâsânî, 1986, VI, 67; Mevsîlî, 1991, III, 112). Buna göre evlilik birliği içinde doğan çocuklar, anne ve babalarının vatandaşlığını alırlar(Serahsî, 2000, XVII, 284). Çocuğun anne- babasından birinin Müslüman olması durumunda ise çocuk, "hayru'l ebeveyn"e, yani Müslüman olana tabi olarak İslam devletinin vatandaşlığını kazanır (Kâsânî, 1986, VI, 68; Merğînânî, 1990, I, 99; Mevsîlî, 1991, III, 112). İslam devletinin gayrimüslim vatandaşları olan zimmîlerin çocukları da anne ve babalarına tabi olarak zimmet akdi kapsamına dâhil edilerek İslam ülkesinin vatandaşı sayılmışlardır (Serahsî, *Mebûsût*, X, 107; Zeydan, 32). Çünkü akit yapabilmeleri için ehliyet şartının olması gerekir. Oysaki çocuklar ve akıl hastaları ehliyetli bir kişilik kabul edilmediği için onların yapacakları akit hukuken muteber görülmez (Merğînânî, III, 200; Bilmen, 1992, VII, 280-281). Bu itibarla anne ve babalarının zimmet akdine dâhil edilmişlerdir. Bu konuya Hz. Peygamber'in "Üç grup kişiden kalem(sorumluluk) kaldırılmıştır: Uyanıncaya kadar uyuyandan, bulûğ çağına ulaşıncaya kadar çocuktan ve temyiz kudretine kavuşuncaya kadar akıl hastasından"<sup>21</sup> hadisi kapsamında yaklaşıldığı görülmektedir.

Buna göre gayrimüslim ülke vatandaşı olan bir kişi, emân olarak eşi, küçük ve büyük çocukları ile birlikte İslam ülkesine girdiğinde, bu çocukların anne veya babalarından biri Müslüman olduğu takdirde küçük çocuklar, "hayru'l ebeveyn" e tâbi olarak Müslüman kabul edilerek(Serahsî, 2000, X, 107; Kâsânî, 1986, VI, 68; Merğînânî,1990, I, 99) İslam devletinin vatandaşlığını kazanırlar. Çünkü İslam vatandaşlığı daima yücedir. Bu çerçevede Hz. Peygamber'in "İslam daima yücedir. Kendisine hiçbir şey üstün tutulamaz"<sup>22</sup> şeklindeki sözü bu konuda yol gösterici niteliktedir(Kâsânî, 1986, VI, 68). Ayrıca çocuk anne ve babası veya bunlardan biri ile birlikte İslam ülkesine geldiğinde onu Müslüman kabul etme imkânı olmadığı için İslam devleti vatandaşı da kabul edilmezler. Çünkü bu konudaki asıl kural, çocukların dinî açıdan anne ve babalarına tâbi olduklarıdır(Serahsî, 2000, X, 106; Kâsânî, 1986, VI, 68). Bu konuda Hz. Peygamber'in "Her doğan çocuk, İslam fitratı üzere doğar. Ancak anasıyla babası onu Yahudi, Hristiyan ya da Mecûsi yapar"<sup>23</sup>sözünden ilham alınarak ulaşıldığını söylemek mümkündür.

Bununla birlikte gayrimüslim anne ve babadan biri kendi ülkelerinde Müslüman olduklarında bunların çocuğu/çocukları da ona tabi olarak Müslüman sayılır ve İslam devletinin vatandaşı olur (Kâsânî, 1986, VI, 68; Merğînânî, 1990, I, 99).<sup>24</sup> Aynı şekilde çocuk, anne-babası veya ikisinden biri yanında olmadığı halde İslam ülkesine geldiğinde anne- babasıyla irtibatı kesildiği için bulunduğu ülkeye tabi olarak Müslüman kabul edilip İslam devletinin vatandaşı sayılır. O halde anne ve babanın tabiiyetini alma imkânı varken toprak esasına göre ülke tabiiyetini alma mevzubahis edilemez.<sup>25</sup> Bu temel prensip çerçevesinde İslam ülkesinde yaşayan gayrimüslim vatandaşların çocukları da anne ve babalarına tâbi oldukları için onların statüsünü kazanarak İslam ülkesinin vatandaşları sayılmışlardır. Bu konuda çocukların anne ve babalarına tâbi oluşları temel prensip olmakla birlikte çocukların doğdukları yer veya ülke ise ihtilaf anında

<sup>20</sup> Hamilelik süresinin en kısa süresi ile ilgili kesin bir dinî metin bulunmamakla birlikte İslam hukukçuları hamilelik müddetini Ahkâf(46/15) ve Lokman(31/14) surelerindeki ayetlerin değerlendirilmesi sonucu altı ay olarak tespit etmişlerdir(Çolak, 2017, 180).Buna göre, Ahkâf süresi 15. âyet, hem hamileliğin hem de süttten kesilmenin 30 ay olduğunu, Lokman süresi 14. âyet ise süttten kesilmenin 24 ay olduğunu belirtir. Dolayısıyla bu iki ayette işaretin delaletiyle hamilelik süresinin 6 ay olduğu belirlenmiş olur(Şa'ban, 2013, 397-398; ayrıca detaylı bkz. Acar, 2018, 181-182).

<sup>21</sup> Bkz. (Ebû Dâvûd, 1997, *Hudud*, 16, no:4398-4403; Tirmizî, tsz., *Hudud*, 1, no:1423).

<sup>22</sup> "...الإسلام بَعْلُو وَلَا يَغْلَى..." Bkz.(Buhârî, 1422, *Cenâiz*, 79; Dârekutnî, 2004, no: 3620).

<sup>23</sup> "...مَا مِنْ مَوْلُودٍ إِلَّا يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ فَأَبْوَاهُ يَهُودِيَّةٍ أَوْ نَصْرَانِيَّةٍ أَوْ مَجَسَانِيَّةٍ..." Bkz. (Buhârî, 1422, *Cenâiz*, 80; Müslim, 1956, *Kader*, 22, no:2658; Ebû Dâvûd, 1997, *Sünnet*, 18, no:4714; Hadisin farklı lafızlarla, ancak aynı anlamı için bkz. Ahmed b. Hanbel, 1995, XIII, 138, no:7712; XV, 50, no:9102;XVI, 173, no:10241; XXIII, 113, no14805; ayrıca annesi ve babası onu müşrik yapar (وَيُشْرِكَايَ) ibaresi için bkz. Müslim, 1956, *Kader*, 22, no:2658; Ahmed b. Hanbel, 1995, XV, 185, no:9317).

<sup>24</sup> Malikîler göre ise çocuk babasına tabidir(bkz. İbn Rüşd, 2013, 753).

<sup>25</sup> "...وَلَا عَيْتَةٌ بِالْأُمَّةِ مَعَ وُجُودِ الْإِبْرَاهِيمِيِّينَ أَوْ أَحَدِهِمَا..." bkz. (Kâsânî, 1986, VI, 68); daha detaylı bkz. (Merğînânî,1990, I, 99).



dikkate alınan bir ölçüt olarak kabul edilmiştir.<sup>26</sup> Nitekim bulunmuş olan çocukların durumu dikkate alındığında anne ve babalarından biri veya her ikisi mevcut olmadığı için buldukları ülke vatandaşlığına dâhil edilirler(Kâsânî, 1986, VI, 68; İbn Rüşd, 2013, 753). Buradan anlaşılmaktadır ki İslam hukukunda vatandaşlıkta öncelikli olarak kan esası yani nesil esası temel kıstas olarak alınmıştır, ancak bununla vatandaşlık belirleme işlemi yetersiz kalması hâlinde toprak esası, yani yaşadığı ülke tabiiyetini alma vatandaşlık işleminde esas alınmıştır.

Çocukların vatandaşlık konusuyla ilgili şunu belirtelim ki vatandaşlık değişikliği üst tabiiyetten aşağı tabiiyete doğru ise mümeyyiz olmayan çocuklar anne ve babalarının tabiiyetlerine bağlı olmayarak ilk vatandaşlıklarında kalırlar. Örneğin, Müslüman karı-koca İslam'dan çıkarak yabancı ülke vatandaşı olmaları durumunda onların mümeyyiz olmayan çocukları Müslüman olarak kalırlar. Anne ve babadan sadece birisi İslam dininden çıksa da hüküm yine aynıdır (Udeh, 2013, I, 350)<sup>27</sup> Diğer taraftan anne ve babasından bağımsız bir şekilde olduğu halde bir Müslüman tarafından esir alınan çocuğun Müslüman olduğuna hükmolunur ve dolayısıyla İslam devletinin vatandaşlığını kazanır. Çünkü burada Müslüman bir kişinin velayeti altındadır ki bu da adeta kendi babasının velayeti altında olduğu gibidir. Ancak anne ve babasıyla birlikte olduğu takdirde, çocuk onların tabiiyetindedir (Nevevî, 2003, IV, 497; Şirbîni,1997, II, 547; Bilmen, 1992, III, 427). İslam devletinin gayrimüslim vatandaşı olan bir kişi tarafından anne ve babasından bağımsız esir alınan çocuk konusunda klasik kaynaklarda her ne kadar iki farklı görüş bulunmakla birlikte tercih edilen görüş, bu çocuğun Müslüman sayılmayacağı yönündedir (Nevevî, 2003, IV, 498). Diğer taraftan bulûğ çağıyla birlikte çocukların anne veya babalarına tabi olarak vatandaşlık kazanmaları son bulduğu için(Merğînânî, 1990, II, 448; Bilmen, 1992, III, 434) bu dönemden itibaren erkek olsun kız olsun artık büyük hüviyeti kazanmış olan bu çocuklar, kendi ülkelerine dönmek istedikleri takdirde anne-babaları buna engel olamaz(Serahsî, 1971, V, 1869; Bilmen, III, 434).

Buradan ergenlik dönemini geçmiş olan çocukların anne ve babalarının vatandaşlığına tabi olma durumunun söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca yabancı ülke vatandaşı olan gayrimüslim biri, eşi ve çocuklarıyla birlikte İslam ülkesine geldiğinde anne ve babadan biri zimmet akdi yaparak gayrimüslim vatandaş statüsüne geçmesi hâlinde henüz ergenlik çağına gelmemiş olan küçük çocuklar ona tabi olurlar(Merğînânî, II, 448; İbn Kudâme, 1997, XIII, 217; Udeh, 2013, I, 349). Çünkü zimmet akdinde muamelat konularında İslam'ın hükümlerine tabi olma söz konusudur. Bu gibi durumlarda küçükler, anne ve babanın en hayırlı olanına tabidir(Serahsî,2000, X, 107). Nitekim anne ve baba Mecusi ise onlardan birinin Hıristiyanlığı kabul etmesi halinde küçük çocuklar, Hıristiyanlığı kabul edene tabi oldukları için onların kestikleri hayvanın eti yenilmektedir. Aynı şekilde onlardan biri, zimmet akdiyle İslam ülkesinin vatandaşı olmayı kabul ettiğinde bunu kabul edenin erkek veya kadın oluşuna bakılmaksızın küçükler ona tabi olarak İslam devletinin vatandaşlığını kazanırlar. Diğer yandan emân olarak İslam ülkesine girmiş olan bir yabancı, İslam'ı kabul etmesi durumunda gayrimüslim ülkede bulunan küçük çocukları kendisine tabi olarak İslam'a girmiş sayılmayıp buldukları ülkenin vatandaşlarıdır (Serahsî, 1971, V, 1870). Çünkü İslam hukukunda ülke farklılığı, vatandaşlığa engel teşkil etmektedir.<sup>28</sup> Ancak bu çocuklar, babalarının vefatından önce İslam ülkesine geldiklerinde o zaman söz konusu ülke farklılığına dayalı engel ortadan kalktığı için babalarının vatandaşlığına dâhil edilirler(Bilmen, 1992, III, 434).

Küçük bir çocuk, abisi veya amcası tarafından emân alınarak İslam ülkesine getirildikten sonra bu kişilerin İslam'ı kabul etmeleri hâlinde çocuk, bunlara tâbi olarak Müslüman sayılmaz. Bu çocuk, bulûğ çağına ulaştığında kendi özgür iradesiyle karar vererek Müslüman olabilir, zimmet akdi yaparak gayrimüslim vatandaş statüsüne geçebilir veya kendi ülkesine dönebilir. Dolayısıyla çocuk, kardeşine veya amcasına tâbi olarak Müslüman olup vatandaşlık kazanması söz konusu olmadığı gibi onların zimmet akdine tâbi olarak İslam ülkesinin gayrimüslim vatandaşlığını elde etmesi de mevzubahis değildir(Serahsî, 1971, V, 1870). Çocuğun baba tarafından dedesi, emân olarak onu İslam ülkesine getirmişse ve sonra Müslüman olmayı veya zimmi, yani İslam devletinin gayrimüslim vatandaşı olmayı kabul etmişse -çocuğun babası ister hayatta olsun ister ölmüş olsun- çocuk, dedesinin Müslüman olmasıyla Müslüman olmayacağı gibi dedesinin vatandaşlığına da tâbi değildir.<sup>29</sup>

İslam devletiyle zimmet akdi yaparak vatandaşlık hakkı kazanan gayrimüslim vatandaşların çocukları, bulûğ çağına ulaşınca yeni bir zimmet akdi yapmalarının gerekli görülmediği şeklinde yukarıda

<sup>26</sup> Ayrıntılı bkz. "... فكان التبائة للأبوين أصلاً والدار في حكم الخلف فلا يظهر الخلف مع قيام الأصل..." (Serahsî, 2000, X, 106).

<sup>27</sup> Ürdün Vatandaşlık Kanunu'nda bu hükmün benzeri görülmektedir: " Babasının yabancı ülke vatandaşlığına geçmesi halinde çocuk, Ürdün vatandaşlığında kalmaya devam eder"(md. 10).

<sup>28</sup> "... واختلاف الدار يمنع التبعية في الأحكام الشرعية..." Bkz. (Kâsânî, 1986,VI, 68).

<sup>29</sup> Bu konuda çocuk, babasının Müslüman olmasıyla Müslüman olduğu gibi dedesinin Müslüman olmasıyla da Müslüman olur görüşü Ebû Hanife'den nakledilmiştir(Serahsî, 1971, V, 1871).





belirtilen Hanefî yaklaşımı ile aynı görüşü paylaşan Hanbelîlere göre ise İslam ülkesinin gayrimüslim vatandaşı olan bir zimmî ailenin çocukları, bulûğ çağına erince veya akıl hastası olmaları hâlinde temyiz kudretine kavuşunca ailesinin İslam devleti ile yapmış olduğu zimmet akdi, bu çocuklar için de geçerliliğini devam ettirdiği kabul edilerek bunların yeni bir akit yapmalarına gerek olmadığı görüşü hâkimdir (İbn Kudâme, 1997, XIII, 217; Buhûti, tsz., II, 436). Nitekim Hanbelî hukukçulardan İbn Kudâme(ö. 620/1223), Hz. Peygamber ve Hulefa-i Raşidîn döneminde bu çocukların yeniden bir zimmet akdi yapmaları gerektiği hususunda bir malumat bulunmadığını ifade etmektedir. Kaldı ki zimmet akdinin, bir akit olması hasebiyle ancak akit yapma ehliyetini haiz kişilerce yapılması gerekir. Çocuklar ise akit yapmaya ehliyetli olmadığı için bu akit, onların aileleriyle yapılarak çocuklar da bu kapsama dâhil olurlar. Söz konusu akit, gayrimüslimlere İslam ülkesinin vatandaşı sayılmaları sonucunu doğuran bir anlaşma niteliğindedir. Bu bakımdan bulûğ çağına erince, akıl hastası olanlar da akli dengesine kavuşunca ailelerinin daha önce yapmış olduğu zimmet akdi onlar için de geçerli kabul edilerek bu akdi yenilemelerine gerek olmadığı yönündeki görüş kabul edilmiştir (İbn Kudâme, 1997, XIII, 217).

Malikiler ise genel manada konuya yaklaşımı Hanefî ve Hanbelîler gibidir. Nitekim Malikî hukukçulardan İbn Cüzey(ö. 741/1310)'in, kimlerin cizye mükellefiyeti olup olmadığı konusunda ele alırken bu meseleye de değindiği görülmektedir ki onun görüşü şu şekildedir: "Zimmet akdini yapma yetkisi devlet başkanına aittir. Buna göre zimmet akdi, gayrimüslim, hür, bulûğ çağına ulaşmış erkek için söz konusudur. Kadın ve çocuk ise cizye mükellefiyeti dışındadır. Dolayısıyla kadın kocasına, çocuklar da anne ve babasına tabidir." <sup>30</sup> Bu görüş her ne kadar cizye konusunda geçmiş olsa da çocukların anne- babalarına tabi olarak vatandaşlık hakkı kazanıp kazanmayacağı konusunda da kapsadığı söylenebilir.

Şafiîlere göre ise gayrimüslim vatandaşın çocuğu bulûğ çağına ulaştığında daha önce kendisine verilen emânın devam ettiği kabul edilmekle birlikte bu çocuğun zimmet akdine dâhil olup olmadığı konusunda iki tercih arasında muhayyerdir. Bunlardan biri çocuğun bulûğ çağına kadar babasına tabi olarak zimmet akdi kapsamında değerlendirilir. Bulûğdan sonra ise bu akdin çocuk tarafından yenilenmesi gerekir. Diğer görüşe göre ise zimmet akdini yenden başlatmasına gerek yoktur. Çünkü çocuk, babasına İslam devletince verilen güvencede olduğu gibi zimmet konusunda da babasına tabi olur (Şirâzî, tsz., II, 252). Dolayısıyla bu çocuklar, anne ve babasının zimmet akdine dâhil olmayı isteyebilecekleri gibi güvenli bir yere gitmeyi de talep edebilirler. Zimmet akdini tercih etmeleri hâlinde ise onlarla zimmet akdi yapılır. Aksi takdirde güvenli bir yere ulaştırılırlar (Nevevî, 2003, VII, 409; Şirbînî, 1997, IV, 325-326; ayrıca bkz. İbn Kudâme, 1997, XIII, 217).

Osmanlı devletinde 1869 Tarihli Tabiiyet-i Osmanlı Kanunnamesi yayımlanuncaya kadar vatandaşlık konularında daha önce belirttiğimiz klasik dönem uygulamalı yürürlükte olmuştur. Ancak sonraki dönem siyasal, sosyal ve ekonomik vb. nedenlerle Osmanlı Devleti'nde gayrimüslim vatandaşlar, kapitülasyonlardan yararlanmak amacıyla meşru olmayan yollardan menfaat sağlamak için kolaylıkla yabancı devlet vatandaşlığına geçmekte ve bu yabancı vatandaşlık durumunu gerektiğinde Osmanlı Devleti'nde kullanmaya başlamışlardır. Bu durumun kontrolden çıkması üzerine Osmanlı Devleti, ilk defa Osmanlı vatandaşlığını kanunî bir düzenlemeye tabi tutmaya zaruri bir ihtiyaç duymuş ve 8 Nisan 1284/23 Ocak 1869 tarihli Tabiiyet-i Osmaniye'ye Dair Nizamnâme'yi neşretmiştir (Nomer, 1976, 34; Uluocak, 1984, 19). Bu kanunnameye göre çocukların vatandaşlığını belirleme hususunda kabul edilen esas, kan bağı itibarıyla olan vatandaşlık olmakla birlikte kısmen doğum yeri, yani toprak esası olmuştur (Hasan Sırrı, 1314, 24-25).

Çocukların vatandaşlık statüleri ile ilgili 1869 Tarihli Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi birinci maddesinde "Valideymi veyahut yalnız validi tabiiyeti devleti Aliyyede bulunduğu halde tevellüd eden eşhas Devlet-i Aliyye tebaasından mâduttur" (Hasan Sırrı, 1314, 19; Unat, 1966, 8) hükmü yer almaktadır. Bu maddeye göre anne ve babası veya sadece babası Osmanlı vatandaşı olan çocuklar, Osmanlı vatandaşı kabul edilmiştir (Nomer, 1976, 34-35). Bu maddede görüldüğü üzere ilgili kanunnamede aslı vatandaşlığın belirlenmesinde kan bağı temel kıstas olarak alınmıştır (Hasan Sırrı, 1314, 18-19; Himayak Hüsrevyan, 1331, 39). Bu madde hükümlerine göre, Osmanlı ülkesi içinde veya dışında doğduklarına bakılmaksızın bu ülke tabiiyetinde olan anne ve babanın çocukları, Osmanlı vatandaşı sayılır. Eğer çocuğun annesi gayrimüslim ülke vatandaşı ise babasının Osmanlı vatandaşlığında bulunması hukuken çocuğun Osmanlı vatandaşı sayılması için yeterli görülmüştür (Hasan Sırrı, 1314, 19; Fişek, 1959, 25). Ancak şu var ki söz konusu kanunda sadece annenin Osmanlı vatandaşı olması hâlinde çocuğun vatandaşlığı ile ilgili bir hüküm sevk edilmiş değildir. Yabancı ile evlenen Osmanlı kadınların tabiiyetlerini kaybedecekleri ilgili kanununun

<sup>30</sup> " ... "ألمزأة والعبد والصبي فيهم أتباع ولا جزية عليهم..." bkz. (İbn Cüzey, tsz., 104; Zeydan, 2014, 32-33).



yedinci maddesinde<sup>31</sup> anlaşıldığı gibi Osmanlı kadının yabancı erkekle evli bulunamayacağı ve bu sebeple kanunun birinci maddesindeki hükmünün ihtiyacı karşılamak için yeterli olamayacağı ileri sürülebilir. Oysaki evlenme anında eşlerin Osmanlı tabiiyetinde bulunmasına rağmen çocuğun doğumundan önce sadece babanın Osmanlı tabiiyetini kaybetmesi neticesinde, kadının tabiiyetinde bu sebeple değişiklik olmayacağına göre, yabancı erkekle evli olan Osmanlı kadın çerçevesinde meseleye bakmak söz konusu ihtilafı da bertaraf edebilecek niteliktedir. Böyle bir durumda kanunun birinci maddesinin sarih ifadesine binaen Osmanlı anne ve yabancı babadan doğan çocuğun Osmanlı addedilmesi gerekeceği açıktır (Fişek, 1959, 25).

Bununla birlikte Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi'nin ikinci maddesinde<sup>32</sup> anne- babası yabancı olduğu halde Osmanlı Devleti'nde doğmuş olan çocuklara reşit olmalarından itibaren üç yıl içinde Osmanlı tabiiyetini kazanmak için başvurma imkânı tanıyarak, kısmen toprak esasına göre de vatandaşlığın kazanılmasını kabul etmiştir. Oysaki üçüncü madde de<sup>33</sup> rüş çacağına ulaşan bir yabancı, Osmanlı Devleti'nde aralıksız beş yıl ikamet ettiği halde bizzat veya bilvasıta dışişleri bakanlığına başvuru yaparak Osmanlı Devleti vatandaşlığını kazanabilir. Buna göre bir yabancının Osmanlı vatandaşlığını kazanabilmesi için bu ülkede beş yıl ikamet etmesi gerekli görülmesine rağmen bu yabancı kişi, Osmanlı ülkesinde doğmuş ise sadece üç yıl ikamet şartı yeterli görülmüştür (Hasan Sırrı, 1314, 25). Dolayısıyla ilgili kanun, birinci madde de görüldüğü üzere prensip olarak Osmanlı ülkesinde doğmuş olmayı esas almakla birlikte ikinci maddede ise istisnai olarak toprak, yani doğum yeri esasını kabul etmiştir. Ayrıca Osmanlı tabiiyetindeki kadının, herhangi bir ülke vatandaşı olmayan biriyle evlenmesi halinde bunların Türkiye'de doğan çocuklarına ne şekilde vatandaşlık tesis edileceği noktasında ilgili kanunda sarih bir hüküm yoktur. Bu hususta Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi'nin dokuzuncu maddesinin<sup>34</sup> tatbiki gerekir (Fişek, 1959, 25).

İslam hukukunun bu hükümlerinin günümüz İslam devletleri uygulamalarında yansımalarını görmek mümkündür. Nitekim Irak Vatandaşlık Kanunu'nda şu hüküm yer almaktadır: Yabancı biri, Irak vatandaşlığını kazandığında onun küçük çocukları da babasıyla birlikte Irakta ikamet etmeleri şartıyla Irak vatandaşı sayılırlar<sup>35</sup> Bu görüş, Hanefi ve Hanbeli yaklaşımını anımsatmaktadır. Suudi Arabistan Vatandaşlık Kanununda ise yabancı bir kimse bu devletin vatandaşlığını kazandığında, ikametleri bu ülkede olması halinde küçük çocukları, buluş çacağına ulaşınca asli vatandaşlığını seçme hakkı saklı kalmak kaydıyla, ona tabi olarak vatandaşlık hakkı kazanır. Ancak eğer ikametleri bu ülke dışında ise yabancı sayılmakla birlikte buluş çacağına erişince babasının asli vatandaşlığını seçme hakkı bulunmaktadır.<sup>36</sup> Mısır Vatandaşlık Kanununda ise yabancı bir kişi, bu ülkenin vatandaşlığını kazanırsa, onun küçük çocukları, ona tabi olarak vatandaşlık hakkı kazanır. Ancak çocukların ikametleri başka bir ülkede ise vatandaşlıkları orada devam eder. Dolayısıyla babalarının asli vatandaşlığının bulunduğu yerin hukukuna uymalarının bir gereği olarak ikametlerinin bulunduğu ülke vatandaşlığına dâhildirler. Rüş çacağına ulaştıklarında ise kendi asli vatandaşlıklarını seçme hakkına sahip olurlar.<sup>37</sup> Suudi Arabistan ve Mısır'ın bu konudaki uygulamaları, Şafiilerin bu konuda ileri sürdükleri görüşü yansıtmaktadır (Zeydan, 2014, 33).

### C. Evlilik Dışında Doğan Çocukların Vatandaşlığı

Hukuk literatüründe evlilik dışı dünyaya gelen çocuklar, neseb-i gayr-i sahih olarak ifade edilmektedir (Seviş, 1983, 83; Erdoğan, 2015, 452). Türk Medeni Kanunu'nda "Evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babasının birbiriyle evlenmesi hâlinde kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tâbi olur" (md. 292). İslam hukukunda ise evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun nesebini tashihe cevaz verilmemektedir. Ancak ikrar<sup>38</sup> suretiyle neseb ve veraset sabit olur.<sup>39</sup> Bununla birlikte çocuğun vatandaşlığını belirleme

<sup>31</sup> "Tebaa-i Deolet-i Aliyyeden iken ecnebi ile tezevviç eden kadın zevcinin vefatı tarihinden itibaren üç sene zarfında istida ederse tâbiyyet-i asliyesine ric'at edebilir. Bu maddenin hükmü şahsa şâmilidir. Tasarruf-u emlak ve arazi maddesi nizamât ve kavânin-i umumiyesine tâbidir" Bkz. (Hasan Sırrı, 1314, 51. Unat, 1966, 10).

<sup>32</sup> " Valideyni ecnebi olduğu halde Memalik-i Şahanade mütevellid olan şahıs sinn-i rüşde vüsulü tarihinden bed ile üç sene zarfında tabiiyet-i Deolet-i Aliye'yi bihakkın talep edebilir" Bkz. (Unat, 1966, 8).

<sup>33</sup> " Sinn-i rüşde vasil olan bir ecnebi Memalik-i Osmaniyyede alettevali beş sene ikamet eylediği halde bizzat veya bilvasıta Hariciye Nezaret-i Celilesine bir istida takdimiyle tabiiyet-i Deolet-i Aliyyeyi istihsal edebilir" Bkz. (Hasan Sırrı, 1314, 25; Unat, 1966, 8).

<sup>34</sup> "Memalik-i Mahrusa-i Padişahîde ikamet eden her şahıs, tebaa-i Deolet-i Aliyyeden mâdüt olup hakkında Deolet-i Aliyye tabii muamelesi icra olunur. Eğer kendisi tebaa-i ecnebiyeden ise tabiiyetini usulen ispat etmesi gerekir." Bkz. (Unat, 1966, 10).

<sup>35</sup> المادة:14/1, قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006

<sup>36</sup> المادة:14, نظام الجنسية العربية السعودية

<sup>37</sup> المادة:6, قانون الجنسية المصري

<sup>38</sup> İslam hukuku literatüründe ikrar: Hür, ergenlik çacağına gelmiş ve akıllı bir kimse, bilinen ve bilinmeyen bir hakkı ikrar ederse, ikrarının gereğinin yapmak zorundadır. Bu bakımdan ikrar, bir hakkın sabit olduğunu haber vermek olup delil teşkil ettiğinden dolayı bağlayıcıdır. Bkz. (Merğînâni, 1990, III, 200).

<sup>39</sup> Neseb ikrarı, bir kişinin, başka birinin nesebini kendisine izafe etmesi anlamına gelir (Merğînâni, 1990, III, 197; Karaman, 2013, I, 395. Erdoğan, 2005, 452-453).



aşamasında anne ve babadan birinin tabiiyeti, ikisinin aynı tabiiyette olması yerine geçer.<sup>40</sup> Buna göre çocuk, anne ve babası veya bunlardan birinin vatandaşlığına tâbi olması yönündeki yaklaşım, vatandaşlık işleminde belirleyici olmuştur. Örneğin kadının elindeki bir çocuk için bir kişi bu çocuğun zinadan olduğunu iddia etse, kadın ise bunun kabul etmeyip nikâh mahsulü olduğunu söylemesi halinde çocuk annesinin vatandaşlığını alır(Serahsî, 2000, XVII, 284) Ayrıca gayrimüslim vatandaş bir kadın, zina dolayısıyla bir çocuk doğurduğunda bu çocuk, dinî mensubiyette ona tâbi olur ve onun statüsünü kazanmış olur. Teorik ve pratik bakımdan İslam'da vatandaşlık, din temelinde geliştiği için de bu çocuk, annesinin vatandaşlığını alır. Bu konuda babanın vatandaşlığına tâbi olma söz konusu değildir. Buna göre çocuğun vatandaşlığını tespit noktasında ikisinden birinin tabiiyeti yeterli görülmüştür (Serahsî, 2000, X, 106).

Bu bağlamda İslam hukukçularının çoğunluğu, zina mahsulü olan çocukların babalarına nispet edilemeyeceğinde ittifak etmişlerdir(İbn Rüşd, 2013, 799) ki görüşlerini de "Hz. Peygamber, mülâane edilen kadının çocuğunu annesine ilhak etmiştir"<sup>41</sup> ve "Kadın, -azat ettiği köle, yerde bulup aldığı ve besleyip büyüttüğü çocuk ve üzerinde kocası ile mülâane ettiği çocuğu olmak üzere- üç kimsenin mirasına ortaksız olarak sahiptir"<sup>42</sup> şeklindeki hadislerle dayandırmışlardır Nitekim Maliki hukukçulardan İbn Rüşd(ö. 595/1198), İslam hukukçularının çoğunluğunun Kuran'ın hadis ile tahsis edilebileceğini kabul etmesinden hareketle bu hadislerle Kuran'ın umumu tahsis edildiğini ifade etmiştir. Buna göre mülâane edilen kadının, çocuğunun tek varisi anne olduğu ve çocuktan kalan malın hepsinin kendisine düştüğü görüşü İbn Abbas ve Hz. Osman'dan da rivayet olunmuştur ki sahabe dönemindeki uygulama da bu yönde olmuştur(İbn Rüşd, 2013, 797-798).<sup>43</sup> Çünkü böyle bir durumda kadının doğurma eylemi, meşru bir münasebet neticesinde olmasa da bir çocuğun nikâhı herhalde kendisini doğuran kadından sabit olduğunda şüphe yoktur(Bilmen, 1992, II, 398). Bunu ispat için başka bir vasıtaya ihtiyaç olmadığı gibi doğuran kadının çocuğu reddetme imkânı da yoktur(Karaman, 2013a, I, 393) ve çocuğu doğuran kadının ana olmadığını iddia edilmesi de söz konusu edilemez. Çünkü çocuğun anne tarafından doğrulması güçlü bir karinedir(Akıntürk-Ateş, 2017, 327-328). Nitekim Türk Medeni Kanunu bu durumu "çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur"(md.282/1) şeklinde çok açık bir biçimde ifade etmektedir. Bununla birlikte çocuğun babasıyla olan hısımlık münasebetinin tespiti ise fasit veya sahih evlilik, evlilik şüphesiyle birleşme ve ikrar yoluyla olabilmektedir(Karaman, 2013a, I, 393).

Gayr-i meşru ilişki sonucu dünyaya gelen çocuklar için nesil esasına binaen vatandaşlığı belirlemek olsa da bunda diğerine nispetle bir fark vardır ki o da çocuğun resmen tanınmış olmasıdır(Hasan Sırrı, 1314, 23). Eğer çocuk, babası tarafından itiraf olunmuş ise tabii olarak babasının tabiiyetini alır, ancak babası tarafından kabul edilmediği takdirde yalnız annesinde kalmış olursa o zaman babası meçhul kalacağından zaruret prensibi gereği annesinin bulunduğu tabiiyette addolunur. Çünkü genellikle babası meçhul olan çocuklar nesil esasıyla tabiiyetlerin tayin edilmesi usulü cari olan mahallerde annelerinin mensup oldukları tabiiyete tabidirler. Bununla birlikte babanın bu yolda gayr-i meşru olarak tevellüt eden bir çocuğu kendinin olmak üzere itiraf etmesi ve bunun neticesi olarak çocuğun, o babanın çocuklarından sayılması annesinin o şahıstan başka kimse ile münasebette bulunmamış olduğu kanun nazarında dikkate alınır. Bu halde annenin diğer bir şahıs ile münasebette bulunmaksızın yalnız o şahıstan hamile kaldığı ispat edildiği takdirde baba itiraf etmemiş olsa da yine çocuk, kendi çocuğu addolunur. Bu şekilde çocuk, onun hem mallarına varis olur hem de bulunduğu tabiiyete mensup olur. Fakat annesinin diğer şahıslar ile de münasebette bulunduğu malum olursa çocuğun babası meçhul addolunarak kendisi annesinin bulunduğu tabiiyete kalır(Hasan Sırrı, 1314, 23-24).

Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi'nde Osmanlı tabiiyetinin kan esasına göre izafesini düzenleyen hükümlere sadece birinci maddede yer verildiği halde evlilik dışı çocuklar hakkında bu kanunda herhangi bir hüküm konulmamıştır. Bu konuda bir yasal boşluk bulunması nedeniyle Osmanlı Hariciye Vekâleti, evlilik dışında doğmuş bir çocuğun babasının tabiiyetini alamaması halinde anasına tebaan tabiiyet kazanacağı görüşünü kabul etmiştir. Bu görüş, 31 Aralık 1914 tarihinde zikredilen vekâletin Tabiiyet Dairesi'nin mütalaası ile değiştirilmiştir ki buna göre yabancı baba ve Osmanlı anadan doğan evlilik dışı çocuk Osmanlı tebaası olacaktır(Fişek, 1959, 26). Türk Vatandaşlık Hukuku ise evlilik dışı doğan çocuğa uygulanacak prosedürü iki kısım halinde ayrıntılı ele alarak şu şekilde düzenlemiştir: "Türk vatandaşı ana ve yabancı babadan evlilik birliği dışında doğan çocuk Türk vatandaşıdır. Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik

<sup>40</sup> Bkz. "...أخذ الأبوين في هذا الحكم بمنزلةتهما..." (Serahsî, 2000, X, 106).

<sup>41</sup> "...والحق الولد بأبيه..." bkz. (Müslim, 1956, Lian 8, no.1494). Diğer bir hadiste ise Hz. Peygamber, "Kendisiyle mülâane edilen kadının oğlunun mirası, annesi ile varislerindir." Bkz. (Ebû Dâvûd,1997, Feraiz 9, no:2907).

<sup>42</sup> "المرأة تحوز ثلاثة موارث عيشتها ولقبطها وولدها الذي لا عشت عنه" Bkz. Ebû Dâvûd, Feraiz 9, no:2906; Tirmizî, Feraiz 23, no:2115; Ahmed b. Hanbel, 1995, XV, 385, no: 16004.

<sup>43</sup> Türk Medeni Kanunu'na göre ise din ve tab'alık farkı varis olmaya engel değildir. Bkz. (md. 520).





birliği dışında doğan çocuk ise soybağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır" (md. 7/2-3).

#### D. Çocukların Vatandaşlığının Başlangıç Zamanı

Çocukların vatandaşlığını ana rahminde iken mi yoksa doğum anından itibaren mi belirlemek gerekeceği<sup>44</sup> ile ilgili modern hukukta iki yaklaşım bulunmaktadır. Bunların birincisine göre, çocuğun anne rahmine düşmesinden itibaren vatandaşlığın tayin edilmesi gerektiği söylenmiştir. Bu görüşlerine dayanak olarak ise şu gerekçeler ileri sürülmüştür: Bir kadın hamile kaldıktan sonra kocası vefat ettiğinde başka bir ülke tabiiyetindeki biriyle evlendiğinde çocuk dünyaya geldiğinde önceki eşinin tabiiyetine bağlı olduğu kabul edilir (Hasan Sırrı, 1314, 19). Örneğin, Roma'da bu hususta çocuk ana rahmine düştüğünde babası Romalı ve kendisi medeni nikâh mahsulü ise Romalı sayılmıştır (Seviğ, 1983, 78). İkinci yaklaşıma göre ise çocuk, anne rahmine düştüğü zamanı tam anlamıyla belirleme imkânı zor olduğu için bunun akabinde annenin başka bir kişiyle evlilik yapma ihtimali dikkate alınarak çocuğun babasının kim olacağı halledilmesi zor bir durum olacağı gerekçesiyle bunun önceki eşin mensup olduğu tabiiyette sayılması caiz olmayacağı anlayışı kabul edilmiştir. O halde bir çocuk, doğduğu zaman annesi kimin nikâhı altında bulunuyorsa o kişinin mensup olduğu tabiiyette olması gerekir (Hasan Sırrı, 1983, 19-20). Örneğin Eski Yunanda Yunanlı olabilmek için Yunanlı anne ve babadan doğmak gerektiği anlayışı kabul edilmiştir (Seviğ, 1983, 78).

İslam hukukçularına göre bir kişinin şahsiyeti takdirenden de olsa sağ doğmak şartıyla ana karnına düştüğü andan itibaren başlar. Günümüzde genellikle modern hukuk sistemlerinde de insan olarak doğmuş bulunmak, şahıs sayılmak ve haklardan istifade etmek için yeterli görülmüştür (Karaman, 2013a, I, 247-248). Bu itibarla İslam hukukunda hamilelik döneminde anne ve babanın veya bunlardan birinin Müslüman olması halinde çocuğun da bunlara tabi olarak Müslüman olduğu kabul edilir. Çünkü bahse konu olan çocuk Müslüman bir kişinin parçası durumundadır. Bununla birlikte hamilelik döneminde çocuğun anne ve babası gayrimüslim iken çocuğun doğumundan bulûğ çağına kadarki dönemde bunlardan her ikisinin veya birinin Müslüman olması durumunda ise anne ve babanın o andaki durumu göz önünde bulundurularak çocuk, Müslüman sayılıp haliyle İslam devletinin vatandaşlığını kazanmış olur (Nevevî, 2003, IV, 496; Şirbinî, 1997, II, 546-547). Bu durumda çocuğun babası hayatta değilse çocuğun baba veya anne tarafından dedesi Müslüman olduğunda çocuk ona tabi olur (Nevevî, 2003, IV, 496). Burada eşlerden birinin doğumdan önce ve sonra Müslüman olması veya çocuğun gayr-i mümeyyiz ya da mümeyyiz oluşu mevcut durumda bir değişiklik meydana getirmez (Şirbinî, 1997, II, 546-547). Bunun dayanağı ise Kur'an'da " İman eden ve soylarından gelenlerde, imanda kendilerine tâbi olanlar (var ya)! İşte biz, onların nesillerini de kendilerine kattık..." (Tür, 52/21) ayetidir. Buna göre İslâm hukukunda Müslüman anne ve babanın çocukları doğumdan itibaren vatandaşlık hakkı kazandığı gibi, gayrimüslim vatandaşların doğan çocukları da doğumdan sonra zimmet konusunda kendilerine tâbi olur (Serahsî, 2000, X, 106; Zeydan, 2014, 45).

1869 Tarihli Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi'nde ise "Valideyni veyahut yalnız validi tabiiyeti devleti Aliyyede bulunduğu halde tevellüd eden eşhas Devlet-i Aliyye tebaasından mâduttur" (Unat, 1966, 8) ibaresiyle çocuğun doğduğu zaman babasının mensup olduğu tabiiyette sayılması lazım geleceği belirtilmektedir. Burada iki ihtimal vardır: Bunlardan biri, kadın hamile kaldıktan sonra kocanın vefatı ile veyahut talak dolayısıyla ayrılması münasebetiyle diğer koca ile evlenir yahut koca, eşi hamile kaldıktan sonra tabiiyet değiştirerek çocuğun doğum anında bir başka tabiiyete girmiş bulunur (Hasan Sırrı, 1314, 22). Birinci ihtimalde, yani kadının diğer bir kocayla evlenmesi halinde şer'an lazım gelen müddeti bekleyerek o müddetin bitiminde evlenebileceğinden o müddet zarfında kendisinin hamile olduğu tahakkuk ederse çocuk, önceki kocanın olur. Binaenaleyh çocuğun babası annesinin önceki kocası olduğundan onun tabiiyeti ne ise çocuğunda o tabiiyette bulunması tabiidir. Şu halde ilgili kanunun ibaresindeki tevellüt (doğum) tabirinin bu ihtimalde hükmü ve tesiri yoktur (Hasan Sırrı, 1314, 22). Bu tabirin ikinci planda dikkate alınması gerekir. O halde bir kadının kocası, çocuğun ana rahmine düşmesinden sonra tabiiyet değiştirmiş olsa da doğduğu zaman başka tabiiyette bulunsun çocuğun tayin tabiiyeti için babasının (Hasan Sırrı, 1314, 22) önceki tabiiyeti dikkate alınmaz. Çocuk babasının yeni tabiiyetinde sayılır.

Konuyu daha ayrıntılı bir şekilde doğumla kazanılan vatandaşlık bölümünde ele alan Türk Vatandaşlık Kanunu ise ilgili hükmü şu şekilde düzenlemiştir: "Doğumla kazanılan Türk vatandaşlığı, soybağı veya doğum yeri esasına göre kendiliğinden kazanılır. Doğumla kazanılan vatandaşlık doğum anından itibaren hüküm ifade eder" (md. 6/1). Diğer maddede ise "Türkiye içinde veya dışında Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliği içinde doğan çocuk Türk vatandaşıdır" (md. 7/1) hükmü yer almaktadır. Buradan anlaşıldığına göre hem nesep

<sup>44</sup> Eski Yunanda Yunanlı olabilmek için Yunanlı anne ve babadan doğmak gerektiği anlayışı kabul edilmiştir. Roma'da ise bu hususta çocuk ana rahmine düştüğünde babası Romalı ve kendisi medeni nikâh mahsulü ise Romalı sayılmıştır. Bkz. (Seviğ, 1983, 78).





yoluyla hem de doğum yeri dolayısıyla kazanılmış olan vatandaşlık, doğum anından itibaren kazanılmış sayılır (Aybay, 2010, 103).

#### E. Bulunmuş Çocukların Vatandaşlığı

Bulunmuş çocuklar, ana veya babalarının hüviyetlerini tespiti yarayacak herhangi bir emare mevcut olmaksızın, terk edilmiş ve sonradan bulunmuş çocuklardır (Fişek, 1959, 42). İslam hukuku terminolojisinde "lakit" olarak adlandırılan buluntu çocuk/çocuklar, ailesinin fakirlikten veya zina suçlaması altında kalmaktan korkarak terk ettiği yeni doğmuş çocuk anlamında kullanılan bir kavramdır (Serahsî, 1990, X, 361). Ayrıca yitirilmiş diri ya da ölü çocuk için de bu kavram kullanılır (Erdoğan, 2005, 325; Bağdatlı, 2012, 416). Aynı zamanda nesebi meçhul (Kâsânî, 1986, V, 291; Bilmen, 1992, VII, 237) veya anne ve babası meçhul olarak da nitelenen (Hasan Sırrı, 1314, 24) bu çocuklar, devletin himayesinde öncelikli olarak bulan kişinin elinde hâkimin denetimi altında büyütülür. Çocuğu bulup onu koruması altına alan kişi, onun yararına olan şeyleri yapma yetkisine sahiptir. Çocuğun yararına olan şey ise onun korunması ve eğitilmesidir. Bunun dışında çocuğu bulan kişi, onun üzerinde velayet hakkına sahip değildir.<sup>45</sup> Bu çocukların velisi bulunmadığı için "Velisi olmayanın velisi sultandır"<sup>46</sup> hadisi çerçevesinde herhangi bir malları bulunmaması hâlinde nafakaları devlet tarafından karşılanır. Aynı zamanda borçlarını ve işlediği cinayetin diyetini devlet hazinesi karşılar, vefat ettiğinde ise ona varis olur, yani bu çocuğun mal varlığı hazineye geçer. Çünkü nimet külfet karşılığındadır.<sup>47</sup> Bu uygulama "el-Harâcu bi'd-damân"<sup>48</sup> hadisinde ifade edilen 'yarar ve hasarın dengelenmesi' (Şa'ban, 2013, 90) veya başka bir ifadeyle 'bir şeyin ceremesi kime aitse semeresi de ona ait olduğu'<sup>49</sup> anlamındaki genel ilkeye dayanmaktadır (Kâsânî, 1986, V, 292).<sup>50</sup>

İslam hukukunda buluntu çocuğun Müslüman sayılıp sayılmaması hususunda bulunduğu yere itibar edilir. Dolayısıyla Müslümanların veya gayrimüslim vatandaşların oturduğu İslam şehirlerinde veya köylerinde nüfus yoğunluğuna bakılarak hüküm verilir. Buna göre Müslümanların çoğunlukla ikamet ettiği yerlerde bulunan çocuğun Müslüman olduğu, gayrimüslim vatandaşların yoğun olarak yaşadığı yerlerde ise çocuğun gayrimüslim vatandaş olduğu kabul edilir. Müslümanların bulunmadığı gayrimüslim bir ülkede bulunmuş çocuk ise gayrimüslimdir ve bulunduğu ülkenin vatandaşı sayılır (Nevevî, 2003, IV, 500-501; İbn Kudâme, 1997, VIII, 351; Şirbînî, 1997, II, 545). Klasik kaynaklarda İslam ülkesinde bulunmuş olan çocuklar, Müslüman kabul edilip (İbn Rüşd, 2013, 753; Bilmen, 1992, VII, 237) toprak esas prensibi gereği İslam devletinin vatandaşı sayılacağı şeklindeki yukarıda belirtilen genel yaklaşıma rağmen Hanefî kaynaklarında bu konunun ayrıntılı bir şekilde ele alındığı görülmektedir. Buna göre bir çocuk, Müslümanların yaşadığı bir şehirde veya köyde bulunduğu halde İslam devletinin gayrimüslim vatandaşı olan bir kimse bu çocuğun kendine ait olduğunu iddia ederse, bu dâva ile çocuğun nesebi sabit olmakla birlikte İslam toprağında doğması münasebetiyle Müslüman olduğuna hükmedilerek (Merğînânî, 1990, II, 468) İslam devletinin vatandaşı olur. Burada böyle bir çocuğun nesebi gayrimüslim vatandaş olan bir kişi tarafından iddia edilmesi, iki şeyi ihtiva etmektedir. Bunlardan biri çocuğun nesebinin sabit olmasıdır ki bu çocuk lehine olan bir durumdur. Diğeri de çocuğun gayrimüslim olmasıdır ki bu onun aleyhinedir. Bu itibarla onun lehine olabilecek olan tercih edilerek Müslüman olarak kabul edilmiştir (Serahsî, 2000, X, 371; Kâsânî, 1986, V, 291; Merğînânî, 1990, II, 468).

Şunu belirtmek gerekir ki böyle bir durumda çocuğun babasının gayrimüslim olması, onun da gayrimüslim olmasını gerektirmez. Çünkü bu çocuğun annesinin Müslüman olması ihtimali bulunmaktadır. Ayrıca sokağa bırakılmış bir çocuğu Müslüman biri bulup aldıktan sonra Hıristiyan biri, bu çocuğun nesebinin kendine ait olduğunu iddia ettiğinde çocuğun nesebi sabit olur, ancak çocuk İslam toprağında bulunduğu için Müslüman olarak kabul edilir. Ancak çocuğun üzerinde Hıristiyanlığa ait kıyafet veya herhangi bir dinî sembol bulunması hâlinde Hıristiyan olarak kabul edilir (Mevsîlî, 1991, III, 31). Çünkü Hz.

<sup>45</sup> "... لا ولاية للملقط على القبط ، وإنما له حق الحفظ والتربية لكونه منعمة غضة في حقه..." Bkz. (Serahsî, 2000, X, 370; Merğînânî, 1990, II, 467 vd.; ayrıca bkz. Uşrüşeni, 1984, 165).

<sup>46</sup> "قال سلطان ولي من لا ولي له" ayrıntılı bkz. (Ahmed b. Hanbel, 1995, XXXX, 243, no: 24205).

<sup>47</sup> "... عقل جناحه ، ونفقته على نبت المال لأن الغنم مثقال بالعم..." Bkz. (Serahsî, 2000, X, 369-370; ayrıca bkz. Kâsânî, 1986, V, 292-293; Merğînânî, 1990, II, 467 vd.; Mevsîlî, 1991, III, 30).

<sup>48</sup> "الخراج بضمان" Bkz. (Ebû Dâvûd, 1997, İcâre, 73, no: 3508, 3509, 3510; Tirmizî, tsz., Buyu', 53, no: 1285, 1286; Nesâî, 1991, Buyu', 14, no: 6081; Ahmed b. Hanbel, 1995, XXXX, 272, no: 24224; XXXXIII, 137, no: 25999).

<sup>49</sup> Bir şey helak olduğunda kişinin hesabından gidecekse, o şeyin getirisi de o kimseye aittir. Bkz. Erdoğan, 2005, 179.

<sup>50</sup> Söz konusu hadisteki genel prensipten ilham alınarak geliştirilen Mecelle külli kaidelerinde benzer hükümler şu şekilde ele alınmıştır: "Bir şeyin nef'i damâmî mukabelesindedir" (Mecelle, md. 85). "العزم بغيره" "Mazarrat, menfaat mukabelesindedir." (md. 87). Bu anlamda başka bir maddede de "العزم بغيره" veya "العزم بغيره" "Külfet, nimete ve nimet külfete göredir" (md. 88).



Peygamber'in "Çocuk yatağa aittir"<sup>51</sup> hadisine dayanılarak bu çocuğun Hıristiyan çocuğu olduğu kabul edilir. Bu tarz durumlarda vatandaşlık tespitinde toprak esasından ziyade kan esası, başka bir ifadeyle nesil esası dikkate alındığı görülür. Bununla birlikte buluntu çocuk, ergenlik çağına girmeden öldüğü takdirde, yaşadığı yere bağlı olarak Müslüman olduğuna hükmedildiği için onu bulan kişinin Müslüman veya gayrimüslim olduğuna bakılmaksızın, Müslüman kabul edilir<sup>52</sup> ki burada da toprak esasının ön plana çıktığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan Müslümanların ikamet etmediği (Kâsânî,1986, V, 291) buna karşın gayrimüslim vatandaşların yaşadığı bir şehirde veya köyde ya da bir havra veya kilisede bulunan çocuk ise bulunduğu yer, yani toprak esası dikkate alınarak gayrimüslim vatandaş sayılıp,<sup>53</sup> anne ve babasının zimmet akdine dâhil edilerek İslam devletinin vatandaşlığını kazanır. Buna göre çocuk, gayrimüslim biri tarafından Müslümanlara ait bir yerde bulunması veya bu çocuğu Müslüman bir kişinin gayrimüslimlere ait bir yerde bulması hâlinde çocuğun bulunduğu yere itibar edilir.<sup>54</sup> Buna göre Müslüman bir kişinin gayrimüslim ülkede bulduğu çocuk Müslüman sayılamaz (Mevsili, 1991, III, 31). Tüm bu bilgilerden hareketle İslam hukukunda aslî vatandaşlığın kazanılmasında buluntu çocuğun hangi din mensubuna ait olduğu tespit edilebildiği durumda kan, yani nesil esası prensibinin; aksi bir durumda ise bulunduğu yer, yani toprak esasının dikkate aldığı söylenebilir.

Bu çocukların anne- babaları belirlenemediği ve kendileri de nesil esasına göre tabiiyet isnadı kabul olamayacağı cihetle her ülkede buldukları ülke kanununa tabi tutularak o devletin vatandaşı sayılırlar. Osmanlı Devleti'nde bulunan bu gibi çocuklar, tabii olarak Osmanlı vatandaşı olarak kabul edildiği gibi kendilerinin hangi mezhebe mensup olduklarına dair bir emare bulunursa o mezhep mensupları zümresine teslim olunacağı yönünde hükümler verilmiştir. Bu yolda emarenin bulunmaması halinde şahitler vasıtasıyla Müslüman veya gayrimüslim oldukları ispat olunduğunda da İslam ümmetine veya gayrimüslim cemaate teslim edilmiştir. Hiçbir mezhebe mensubiyetleri ispat olunamadığı durumda ise bu çocuklar, Müslüman sayılarak (Hasan Sırrı, 1314, 24) İslam devletinin vatandaşı kabul edilmiştir. Gayet açık görülmektedir ki bu hükümler, klasik dönem İslam hukuku hükümlerinin birer uygulamasından ibarettir.

Türk vatandaşlık Hukuku'na göre ise Türkiye'de doğan ve yabancı ana ve babasından dolayı doğumla herhangi bir ülkenin vatandaşlığını kazanamayan çocuk, doğumdan itibaren Türk vatandaşı kabul edilir. Öte yandan Türkiye'de bulunmuş çocuk aksi sabit olmadıkça Türkiye'de doğmuş sayılır (Türk Vatandaşlık Kanunu md. 8/1-2). Bu Kanun maddesinde de görüldüğü gibi Türkiye'de bulunmuş olan çocukların, ister gerçekten Türkiye'de doğmuş olsun isterse doğduktan sonra Türkiye'ye getirilmiş olsun, aksi ispatlanmadıkça Türkiye'de doğdukları kabul edilmiştir (Erdem,2011, 94). Ayrıca İslam ülkeleri vatandaşlık kanunları incelendiğinde bulunmuş çocuk ile ilgili benzer yaklaşımı görmek mümkündür. Örneğin Ürdün Vatandaşlık Kanunu (md.3/5), Mısır Vatandaşlık Kanunu (md. 2/5) ve Irak Vatandaşlık Kanunu (md.3) hükümlerinde belirtildiği üzere aksi ispat edilmediği sürece çocuk, bulunduğu ülkenin vatandaşı sayılmıştır.

Buraya kadar verilen tüm malumattan hareketle bulunmuş çocukların vatandaşlığında dikkate alınması gereken prensip konusunda hem İslam hukukunda hem de Türk vatandaşlık Kanunu ve İslam ülkeleri vatandaşlık kanunlarında toprak esasının kabul edildiği anlaşılmaktadır.

## SONUÇ

Tarihin eski devirlerinden itibaren sürekli olarak gelişim ve değişim geçirerek bu günkü düzeyine ulaşmış olan devletler hukuku anlayışına paralel bir şekilde vatandaşlık hukukunun da çağın ihtiyaçları ve şartlarının sevgiyle gelişim kaydettiği belirtmek gerekir. Başlangıçta kan esası, çocukların vatandaşlığında ön plana çıkarken, sonraları kan esası yerini toprak esasına bırakmış ve nihayetinde de kan ve toprak esaslarının tek başına uygulanması hâlinde, bazı kişilerin tabiiyetsiz duruma düşmeleri ihtimali göz önünde bulundurulurken kan ve toprak esaslarına aynı zamanda yer veren karma diye adlandırılan sistemlerin doğmasına neden olmuştur. İslâm hukukunda din ile devleti birbirine bağlayan devlet telakkisi münasebetiyle vatandaşlık anlayışı, din eksenli olarak gelişmiştir. Buna göre Müslümanlar, dünyanın

<sup>51</sup> "...أَوْلَادُ الْفَرَّاسِ ..." Bkz. (Buhârî, 1422, *Buyu'*, 3; Müslim, *Reda'*, 10, no:1457; Ebû Dâvûd, 1997, *Talak*, 34, no:2273; Tirmizî, tsz., *Reda'*, 8, no:1157).

<sup>52</sup> "...لَأَنَّ حَكْمَ رَسُولِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ..." Bkz. (Serahsî, 2000, X, 371).

<sup>53</sup> Bu konuda iki farklı rivayet bulunmaktadır. Bunlardan birine göre çocuğun bulunduğu yere; diğerine göre de çocuğu bulan kişiye bakılır. Ancak çocuk ister Müslümanların isterse gayrimüslim vatandaşların oturduğu yerde bulunsun her durumda çocuğun menfaati yönünde hüküm verileceği Muhammed b. Hasen (ö. 189/805)'den rivayet edilmiştir. Bkz. (Serahsî, 2000, X, 371; Kâsânî, 1986, V, 291; Merginânî, 1990, II, 468).

<sup>54</sup> "...وَإِذَا تَبَيَّنَ الْمَكَانُ..." Bkz. (Serahsî, 2000, X, 372. Ayrıca çocuğun bulunduğu yerin dikkate alınmasıyla ilgili "...وَإِذَا تَبَيَّنَ الْمَكَانُ..." şeklinde benzer ifadeler için bkz. (Kâsânî, 1986, V, 291).



neresinde olursa olsunlar, İslam devletinin vatandaşı sayılmış, gayrimüslimler ise İslam devleti ile yaptıkları zimmet akdi sayesinde sürekli ikamet hakkı ve dolayısıyla vatandaşlık hakkı elde etmişlerdir. Bu tarz bir vatandaşlık anlayışı, günümüzdeki vatandaşlık anlam ve muhtevasından farklı bir yapıyı ifade etmektedir.

İslam hukukunda çocuklar, henüz akli melekeleri bakımından tam manasıyla gelişmediği için bulûğ çağına kadar anne ve babalarına tabi oldukları kabul edilmektedir. Ancak bu şekilde tabiiyetin oluşabilmesi için anne ve babalarının meşru bir evlilik akdiyle evli olmaları ön şart olarak kabul edilir. Aksi takdirde gayr-i meşru ilişki sonucunda çocukların anne ve babalarına tabi oluşları farklı hukukî sonuçlar doğurmaktadır ki bunun sonucunda çocuk, sadece anneye nispet edilerek onun tabiiyetini alır. Çünkü doğum ile annenin çocukla olan akrabalık ilişkisi kesin olarak sabit olur. Bu yaklaşım, çocuğun vatandaşlığını belirlemede kan bağı, yani nesep esasının dikkate alındığı anlamına gelmektedir. Bu tarz nesep bağının tespit edilemediği hallerde ise toprak esasının kabul edildiği görülmektedir ki 1869 Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesinde bu uygulama aynen devam etmiştir. İslam hukukunda mevcut bu ilkeler, genellikle günümüz modern kanunların vatandaşlık konularında da aynen benimsenmiş olduğu görülmekte ve küçük çocukların anne-babalarının veya bunlardan birinin vatandaşlığına tabi olmaları ise genel prensip halini almıştır.

Günümüzde ise modern dönemlerin şartları ve ihtiyaçları kapsamında önceki uygulamalarda bir güncellemeye gidilerek çağın ihtiyaçlarına cevap verebilecek nitelikte yeni vatandaşlık kanunları va'z edilmektedir. Gayet tabiidir ki günümüz İslam devletlerinin de böyle bir gelişimin dışında kendilerini tutmaları tüm yönleriyle gelişmiş bir dünya düzleminde pek mümkün değildir. Nitekim İslam ülkelerinin de bu süreçte gelişimin karşısında değil de yanında yer aldığı uygulamalarda göze çarpmaktadır. Bu bağlamda başta Türkiye olmak üzere diğer İslam ülkeleri vatandaşlık kanunlarına bakıldığında gelişen bu anlayıştan etkilenmekle birlikte kendine özgü yapılarını da dikkate alarak vatandaşlık kanunlarını düzenlemişlerdir. Çocukların vatandaşlığı konusunda başta Türk Vatandaşlık Kanunu'nda ve İslam ülkelerinin vatandaşlık kanunlarında kabul edilen esas, İslam hukuku hükümlerinin bir benzeridir. Bu durum ise İslam hukukunun her sahada olduğu gibi çocukların vatandaşlığını belirlemede de oldukça isabetli, uygulanabilir nitelikte hükümler ihtiva etmesi yanında onun dinamizmini ortaya koymaktadır.

Çağımızda her alanda meydana gelen baş döndürücü gelişmeler ve değişimler devletlerin mevcut durumlarını güncellemelerini gerekli kılmaktadır. Bu bakımdan devletlerin konuya yaklaşımına bakıldığında her birinin ihtiyaçları diğerinden farklı olabilmekte, bu durum ise çocukların vatandaşlık konusu dâhil olmak üzere her konuda kendi ihtiyaçlarının sevgiyle kanuni düzenlemeler yapma ve bu düzenlemelerde esas alınacak temel prensibi belirleme gereği hâsıl olmaktadır. İşte konuya farklı yaklaşımın sebebi de burada yamaktadır. Ancak tüm devletlerin müşterek oldukları bir husus vardır ki o da çocuğun tabiiyetsiz kalmamasıdır. Bu durum ise İslam hukukunun "def-i mefasid celb-i menafiden evladır" ilkesinin işletilmesinden başka bir şey değildir.

#### KAYNAKÇA

- Acar, Halil İbrahim (2018). *İslâm Aile Hukuku*. İstanbul: Ensar Neşriyat Tic. A.Ş.
- Ahmed b. Hanbel (1995). *el-Müsned (I-XXXXX)*. Thk: Şuayb Arnavud-'Adil Mürşid. Beyrut: Müessesetü'r Risâle.
- Akıntürk, Turgut -Ateş, Derya (2017). *Türk Medenî Hukuku (Aile Hukuku)*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Armağan, Servet (1992). *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları.
- Aybay, Rona (2010). *Yabancılar Hukuku*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Bağdatlı, Selahattin (2012). *Hukuk Sözlüğü*. İstanbul: Derin Yayınları.
- Berki, Osman Fazıl (1959). *Devletler Hususi Hukuku*. Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası.
- Bilmen, Ömer Nasuhi (1992). *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstîlâhâtı Fıkhiyye Kâmusu (I-VIII)*. İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi.
- Birsan, Kemalettin (1936). *Devletler Hususi Hukuku*. İstanbul: Bozkurt Matbaası.
- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail (1422). *el-Câmiu's-Sahîh (I-IX)*. by: Dâru Tâku'n Necât.
- Buhûti, Mansûr b. Yunus b. Selahiddin b. İdris (tsz). *Keşşâfu'l-Kınâ' an Metni'l-İknâ' (I-V)*. Thk: Muhammed Emin Zinnavî. Beyrut: Âlemü'l Kütüb.
- Çeker, Orhan (2015). *İslam Hukukunda Çocuk*. Konya: Tekin Kitabevi.
- Çolak, Abdullah (2017). *İslam Aile Hukuku*. Çorum: Öncü Basım Yayım Tan. Ltd. Şt.
- Dârekutnî, Ali b. Ömer (2004). *es-Sünen (I-V)*. Beyrut: Müessesetü'r Risâle.
- Dönmez, İbrahim Kâfi (2001). Temyiz. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (c. XXXX, 437-439)*. İstanbul: Diyanet Vakfı Yayınları.
- Ebû Dâvûd, Süleyman b. Eş'as b. İshâk el-Ezdî, es-Sicistânî (1997). *es-Sünen (I-V)*. Ta'lik: İzzet Ubeyd-Âdil es-Seyyid. Beyrut: Dâru'l-Hazm.
- <https://eksisozluk.com/eski-yunan-581195>.
- Erdem, B. Bahadır (2011). *Vatandaşlık Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Erdoğan, Mehmet (2005). *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Ensar Neşriyat.
- Erturhan, Sabri (2017). *Temel Fıkıh Bilgileri*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları.
- Fişek, Hicri (1959). *Türk Vatandaşlık Hukuku*. Ankara: Güzel İstanbul Matbaası.
- Hamidullah, Muhammed (1998). *İslam'da Devlet İdaresi*. çev. Hamdi Aktaş. İstanbul: Beyan Yayınları.
- Hasan Sırrı (1314/1898). *Hukuk-ı Hususiye-i Düvel*. İstanbul: Âlem Matbaası.
- Himayak Hüsrevyan (1331). *Hukuk-ı Hususiye-i Düvel*. İstanbul: Dersaadet.



- İbn Cüzey, Ebu'l Kasım Muhammed b. Ahmed (tsz.). *el-Kâvânînu'l Fıkhiyye*. Beyrut: el- Mektebetü's Sekâfiyye.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed (1997). *el-Muğnî (I-XV)*. Thk: Abdullah b. Abdul Muhsinet-Türkî-Abdulfettah Muhammed el-Hulvî. Riyad: Dâru'l Âlemu'l Kütüb.
- İbn Rüşd, Ebu'l Velîd Muhammed b. Ahmed el-Kurtûbî el-Hafîd (2013). *Bidâyetü'l müctehid ve Nihâyetü'l muktesîd*. Beyrut: Müessesetü'r Risâle.
- Kahveci, Nuri (2014). *İslâm Aile Hukuku*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları.
- Karadeniz - Çelebican, Özcan (2013). *Roma Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Karaman, Hayreddin (2013a). *Mukayeseli İslâm Hukuku (I-III)*. İstanbul: İz Yayıncılık.
- (2013b). *Anahtarlarıyla İslâm Hukuku (I-III)*. İstanbul: Ensar Neşriyat Tic. A.ş.
- Kâsânî, Alâuddin Ebû Bekr b. Mes'ud (1986). *Bedâiu's-Sanâî fi Tertibi's-Şerâyi (I-VI)*. Beyrut: Dâru'l Kütübî'l İlmiyye.
- Köse, Saffet (2018). *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları.
- Merginânî, Burhânuddin Ebu'l-Hasen Ali b. Ebî Bekr b. Abdilcelil (1990). *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedî (I-IV)*. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye.
- Mevsîlî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd (1991). *el-İhtiyârî Ta'lîlî'ı-Muhtâr (I-V)*. Ta'lik: Şeyh Mahmud Ebû Dakika. İstanbul: Çağrı Yayınları.
- Müslim b. el-Haccâc, Ebu'l-Huseyn el- Kuşeyrî (1956). *Sahîhu Müslim (I-V)*. Thk. Muhammed Fuâd Abdulbakî. Mısır: Dâru'l-İhya'il-Kütübî'l Arabiyye.
- Nesâî, Ebû 'Abdirrahman Akmed b. Şuayb (1991). *es-Sünen (I-IV)*. Thk: Abdulğaffâr Süleyman el-Bündârî-Seyyid Kesrevî Hasan. Beyrut: Dâru'l Kütübî'l İlmiyye.
- Nesefî, Ebu'l Berakât Abdullah b. Ahmed (2017). *el-Mustasfa fi Şerhi'n Nafi' (I-III)*. Thk. Hasan Özer-Mehmet Caba, İstanbul: Mektebetül İrşadiyye.
- Nevevî, Ebû Zekerîyya Muhyiddin b. Şeref (2003). *Ravdatü't-Tâlibîn (I-VIII)*. Thk: Adil Ahmed Abdülmevcûd-Ali Muhammed Mu'avvad. Beyrut: Dâru'l Kütübî'l İlmiyye.
- Nomer, Ergin (1976). *Vatandaşlık Hukuku Dersleri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Serahsî, Şemsu'l-Eimme Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl (2000). *el-Mebsût (I- XXX)*. Thk. Halil Muhyiddin el-Meys, Beyrut: Dâru'l Fikr.
- (1971). *Şerhu's-Siyerî'l-Kebir (I-V)*. Thk., Selâhuddin el-Müneccid. Kahire: by.
- Seviğ, Muammer Raşit (1983). *Devletler Hususi Hukuku (Giriş- Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku)*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Şirâzî, Ebû İshak İbrahim b. Ali el-Firûzâbâdî (tsz.). *el-Mühezzeb fi Fikhi'l- imâm eş-Şâfi'î (I-II)*. Beyrut: by.
- Şa'ban, Zekiyyüddin (2013). *İslâm Hukuk İlminin Esasları*. çev. İbrahim Kâfi Dönmez. Ankara: Diyanet Vakfı Yayınları.
- Şirbînî, Şemsuddin, Muhammed b. Muhammed el-Hatîb (1997). *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Maâni Elfâzi'l-Minhâc (I-IV)*. Thk: Muhammed Halil İ'tânî. Beyrut: Dâru'l Marife.
- Tahiroğlu, Bülent-Erdoğan, Belgin (2012). *Roma Hukuku Dersleri*. İstanbul: Der Yayınları.
- Tirmizî, Ebû İsa Muhammed b. İsa b. Serve (tsz.). *el-Câmi'u's-Sahîh (I-V)*. Thk. Ahmed Muhammed Şakir. Mısır: by.
- Turnagil, Ahmed Raşid (1993). *İslâmiyet ve Milletler Hukuku*. İstanbul: Sebil Yayınevi.
- Udeh, Abdulkadir (2013). *et-Teşrî'u'l-cinâî el- İslâmî mukâranen bi'l- kânûni'l- vadî (I-II)*. Beyrut: Müessesetü'r Risâle. <https://www.uludagsozluk.com/k/germenler>.
- Uluocak, Nihal (1984). *Türk Vatandaşlık Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Unat, İlhan (1966). *Türk Vatandaşlık Hukuku*. Ankara: Sevinç Matbaası.
- Uşruşeni, Muhammed b. Mahmud (1984). *Ahkâmü's Sigâr*. Çev. İbrahim Canan. İstanbul: Cihan Yayınları.
- Yaman, Ahmet (2011). *İslâm Aile Hukuku*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları.
- Zeydan, Abdülkerim (2014). *Ahâkmu'z-Zimmiyyînve'l-Müste'minîn fi Dari'l-İslâm*. Beyrut: Müessesetü'r Risâle.
- Zuhaylî, Vehbe (2009). *Âsâru'l-Harb fi'l Fikhi'l İslâmî*. Dimeşk: Dâru'l-Fikr.