

TEKİRDAĞ NAMIK KEMAL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Yıl: 2021 Aralık Cilt: 2 Sayı: 2



İmtiyaz Sahibi Prof. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Editör
Dr.Öğr.Üyesi Gülşah Sinem AYDIN
(T.C. Tekirdağ Namık Kemal
Üniversitesi)

Editörler
Baş Editör
Dr.Öğr.Üyesi Fatih SERBEST
(T.C. Tekirdağ Namık Kemal
Üniversitesi)

Editör
Dr.Öğr.Üyesi Gülçin ÇAM
(T.C. Tekirdağ Namık Kemal
Üniversitesi)

Editör Yardımcısı Ar. Gör. Oğuz ERSÖZ

Teknik Asistan Abdurrahman ÖZDEMİR

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Doç. Dr. Mutlu KAĞITCIOĞLU (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Orhan KUZU (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Seda Şehriban GÜNGÖR (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi M. Cahit GÜNEL (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa KILIÇOĞLU (T.C. Başkent Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ezgi CANKURT (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)

Danışmanlar Kurulu

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER (T.C. Selçuk Üniversitesi)
Prof. Dr. Cemal ŞANLI (T.C. İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi)
Prof. Dr. Halil AKKANAT (T.C. Türk-Alman Üniversitesi / İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Halil KALABALIK (T.C. İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi)
Prof. Dr. Arslan KAYA (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (T.C. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)
Prof. Dr. Şaban KAYIHAN (T.C. İstanbul Medeniyet Üniversitesi)
Prof. Dr. Abdurrahman EREN (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (T.C. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN (T.C. İbn Haldun Üniversitesi)
Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ (T.C. Türk-Alman Üniversitesi)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (T.C. Sakarya Üniversitesi)
Prof. Dr. Zekeriya KURŞAT (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Özlem SÖĞÜTLÜ (T.C. TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI (T.C. İstanbul Medeniyet Üniversitesi)
Prof. Dr. Fulya ERLÜLE (T.C. Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (T.C. Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi)
Prof. Dr. Naim DEMİREL (T.C. Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi)
Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR (T.C. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (T.C. Selçuk Üniversitesi)
Prof. Dr. Zekeriyya ARI (T.C. Bursa Uludağ Üniversitesi)
Prof. Dr. Sezer ÇABRİ (T.C. İstanbul Medeniyet Üniversitesi)
Prof. Dr. Mustafa ERKAN (T.C. Marmara Üniversitesi)

Doç. Dr. Arzu GENÇ ARIDEMİR (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Doç. Dr. İpek SAĞLAM (T.C. Marmara Üniversitesi)
Doç. Dr. Salih Önder YEŞİLTEPE (T.C. İstanbul Medipol Üniversitesi)
Doç. Dr. Birgül SOPACI ÖZTUNA (T.C. Marmara Üniversitesi)
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Doç. Dr. Erdal YERDELEN (T.C. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)
Doç. Dr. Canan YILMAZ (T.C. Marmara Üniversitesi)
Doç. Dr. Hakan ÇEBİ (T.C. Kocaeli Üniversitesi)
Doç. Dr. Seda ÖKTEM ÇEVİK (T.C. Bahçeşehir Üniversitesi)
Doç. Dr. Sinan BAYINDIR (T.C. Piri Reis Üniversitesi)
Doç. Dr. Mustafa YASAN (T.C. Sakarya Üniversitesi)
Doç. Dr. Selman KARAKUL (T.C. İstanbul Medipol Üniversitesi)
Doç. Dr. Gülşen GEDİK (T.C. Bursa Uludağ Üniversitesi)
Doç. Dr. Özcan GÜNERGÖK (T.C. Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi)
Doç. Dr. Ömer BAĞCI (T.C. Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi)
Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL (T.C. Selçuk Üniversitesi)

İletişim

Web sitesi: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk>
E-mail: nkuhukuk@nku.edu.tr
Tel: 0282 252 62 10

Yayına Hazırlayan

Armoni Nüans Görsel Sanatlar ve İlt. Hiz. San. ve Tic. A.Ş.
E-mail: grafik2@armoninuan.com
Tel: 0216 540 36 11

NKUHUKUK YAYIN İLKELERİ

1. T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NKUHUKUK) yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir.
2. Derginin yazı dili Türkçedir. Türkçe dilinin yanı sıra İngilizce ve Almanca dilinde akademik çalışmalar yayımlanmaktadır. Dergiye gönderilen yazının dili ayırt edilmeksizin, yazının Türkçe ve İngilizce başlığının, Türkçe ve İngilizce özetinin (en az 150, en çok 200 kelime) ve her iki dilde beşer anahtar kelimenin, akademik çalışmanın başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.
3. Dergide çeviri yazı yayımlanabilir. Çevirilerin, yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile çalışma sahibinin izninin birlikte gönderilmesi gerekir.
4. Dergiye gönderilen yazılar daha önce yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere başka bir yayımcıya gönderilmemiş olmalıdır. Gönderilen yazı kabul edildiği andan itibaren yayın haklarının tamamı dergiye ait olur ve derginin izni olmadan yazı başka bir yerde yayımlanamaz.
5. Dergide yayımlanan çalışmaların içeriklerinden yazarları sorumludur. Yayın Kurulunun, çalışmaların içeriklerinden aslen veya müteselsilen hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır.
6. Yazılar, DergiPark aracılığıyla gönderilir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını, e-posta adreslerini ve <https://orcid.org/register> adresi üzerinden alacakları bilimsel araştırmacı numarasını (ORCID bilgisini) “DergiPark” sistemi üzerinden iletilmelidirler.
8. Çalışma sahibi, çalışmasındaki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Dergiye yazı gönderenler ‘Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri’ni kabul etmiş sayılırlar. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması hallerinde yazı Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiğiyle ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da reddine karar verilir. Bu raporlar en kısa sürede yazara gönderilir. Yazar, sadece raporda belirtilen kısımlarda değişiklik yapabilir. Hakem raporlarının biri kabul, diğeri ret ile sonuçlanırsa üçüncü hakem atanabilir ya da üçüncü hakem atanması yoluna gitmeden yayın kurulu ve editörler yazının yayımı hakkında karar verebilir. Çeviriler de aynı doğrultuda hakem değerlendirmesine tabidir.
9. Yayımlanmasına karar verilen yazının sahibi/sahipleri tüm telif haklarını dergiye devrettiğini kabul ederler. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.
10. Yazının dergiye gönderilmesinden itibaren derginin çıkacak ilk sayısında yayımlanacak yazıların sayısı ve konu çeşitliliği dikkate alındığında, kabul edilen yazının bir sonraki sayıda yayımlanması hakkı saklıdır. Yayın Kurulu bu hususta takdir yetkisine sahiptir. Yazının bir sonraki sayıda yayımlanması kararı verilirse durum yazara bildirilir.
11. Yayınların resmi internet erişim adresi <https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk>

NKUHUKUK YAZIM VE İMLA KURALLARI

1. Derginin yazım ve imla kurallarında Türk Dil Kurumunun yayınları esas alınmaktadır.
2. Dergiye gönderilen yazı kural olarak dipnotlar dahil 3.000 kelimedenden az olmamalıdır.
3. Çalışmaların, özet ve kaynakça hariç en fazla 10.000 kelime olmalı ve sayfa numaraları sayfanın altında ve ortada yer almalıdır.
4. Yazılar "Microsoft Word" programında, times new roman yazı karakteriyle, ana metin 12 punto ve 1,5 satır aralığı, dipnotları 10 punto ve tek satır aralığı olarak (.doc) veya (.docx) formatıyla hazırlanmalıdır. Dipnotlar sayfa altında gösterilir. Dipnot sayısı metin içinde noktalama işaretlerinden önce konulmalıdır.
5. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı, e-posta adresi ve ORCID bilgisi belirtilmelidir.
6. Yazının giriş ve sonuç bölümlerine başlık numarası verilmemelidir. Metin içerisindeki diğer başlıkların numaralandırılmasında ise izlenmesi gereken sistem şöyledir:

I. KOYU (BOLD) VE TAMAMI BÜYÜK HARF

A. KOYU (BOLD) DEĞİL VE SADECE TAMAMI BÜYÜK HARF

1. Koyu (Bold) ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Koyu (Bold) Değil ve Sadece İlk Harfler Büyük

Dipnot ve kaynakçalarda "The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities" (OSCALA) atf sistemi benimsenmiştir. Çalışmalarda, sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır. Yazar, dipnot yerine metin içinde yollama yapmayı tercih edemez. Bu atf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCOLA kaynak sitilinin 4. versiyonu kullanılmalıdır. OSCOLA 4. stili hakkında detaylı bilgi https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf sayfasında almaktadır. Aşağıda farklı nitelikteki kaynakların dipnotlarda atf olarak yazılış biçimleri örneklerle gösterilmiştir. Derginin bütünlüğü açısından aşağıda belirtilen atf kurallarına ve örneklere uyulmalıdır. Atf kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OSCOLA 4th Edition: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk/atifkurallari>

7. Yazının sonuna "Kaynakça" başlığı eklenmelidir. Kaynakçada çalışmada kullanılan kaynaklar, yazar soyadına göre alfabetik sırayla yazılır. Kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmelidir. Süreli yayınlarda yer alan eserlerin ilk ve son sayfa numaraları kaynakçada yer almalıdır. Kaynakçada öncelikle yazarın soyadı ardından adının ilk harfine yer verilmeli, adının ilk harfinden sonra da virgül konulmalıdır. Sonrasında eserin adı yazılarak açılan parantez içine kaçınıcı baskı olduğu, yayınevinin adı, yayın yılı yazılarak parantez kapatılmalıdır. Bulunduğu sayfa/sayfaların numarasına parantezden sonra yer verilmelidir.

Örnekler:

Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, Medeni Usûl Hukuku (2nd edn, Yetkin Yayınevi 2019)
Bahtiyar M ve Hamamcıoğlu E, 'Tüketiciin Kıymetli Evrak İle Borçlanması ve Sonuçları' (2015) 3 (1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 99-124
Bedük MN, Deniz İş Sözleşmesi, (1st edn, Ekin Yayınevi, 2012)
Söğütü Ö, Roma Özel Hukuku, (1st edn, Seçkin Yayınevi, 2020)

NKUHUKUK ATIF KURALLARI

1. Genel Hususlar

- Kısaltmalarda nokta kullanılmamalıdır.
- Bir dipnotta birden fazla esere atıf yapılıyorsa, her bir eser noktalı virgül ile ayrılmalıdır.
- Atıflarda supra, infra, ante, id, loc cit, op cit, contra kısaltmaları kullanılmamalıdır.
- İçindekiler kısmına yer verilmemelidir.
- Kısaltmalar cetveline yer verilmemelidir.

2. Öz/Abstract

Yazılarda 150-200 kelimedenden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmelidir.

3. Anahtar Kelimeler / Keywords

- Öz bölümünün altında Türkçe en az 3 en çok 5 anahtar kelime kullanılmalıdır.
- Abstract bölümünün altında İngilizce en az 3 en çok 5 keywords kullanılmalıdır.

4. Genişletilmiş Özet / Extended Summary

Türkçe makalelerde, makaleye yabancı yazarlar tarafından atıf yapılmasını sağlayacak ölçüde, makalede yer verilen bilgi ve görüşlerin derlendiği 700-1000 kelimedenden oluşacak İngilizce dilinde genişletilmiş özet (extended summary) yer almalıdır.

5. Mevzuata Yapılacak Atıf:

- Türk mevzuatına yapılan atıfta kanuna ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Kanunun adı, Kanunun Numarası, Kanunun Kabul Tarihi, Kanunun Yayınlandığı Resmi Gazete Tarihi, S. Resmi Gazete Sayısı.
Örnek: Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG. 14.02.2011, S. 27846
- Yabancı devlet mevzuatına ve AB mevzuatına yapılacak atıflar, OSCOLA'nın 2.4, 2.6.1 ve 2.8.2 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde yapılmalıdır.

6. Kitaplar: Kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, Kitap Adı (Kaçınca Bası Olduğu, Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek: [Tek yazarlı kitaplar]

Seda Şehriban Güngör, Türk Hukukunda Bankaların Birleşmesi (2nd edn, On İki Levha Yayınları 2011) 32

Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (6th edn, Vedat Yayınevi 2010) 70

Örnek: [Çok yazarlı kitaplar]

Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, Medeni Hukuk (25th edn, Vedat Kitapçılık 2019) 54

İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, Medenî Usûl Hukuku Dersleri (7th edn, Vedat Kitapçılık 2015) 15

7. Editörlü Kitap: Editörlü kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Eser (Bölüm) Adı' in Editör(ler) Adı (ed), Kitap Adı (Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa

Örnek:

Nuri Erişgin ve Zülal Denaux ve Özlem Söğütlü Erişgin, 'Justice or Efficiency: About economic analysis of law' in Marjorie G. Adams ve Abbass Alkhafaji (eds), Business Research Yearbook XIII (Publication of the International Academy of Business Disciplines 2006), 406-410

Fatih Serbest, Eğitim Hakkı' nın '2014 Yılı Hollanda İnsan Hakları Raporu İslamofobi ve Entegrasyon Arasında Azınlıklar' Kadir Canatan, Ahmet Yükleyen ve Fatih Okumuş (eds), (Elma Matbaası 2016) 78

8. Dergi Makaleleri: Makalelere yapılan atıflarda makaleye ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Makale Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan Sayfa

Örnek:

Gülşah Sinem Aydın ve Oğuz Ersöz, 'Akreditif Açtıran ile Akreditif Bankası Arasındaki İlişki' (2019) 19 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 521, 524

Ezgi Cankurt, 'TCK Bakımından Silah Kavramı' (2016) 2 (4) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 51, 65

9. Armağan Makaleleri: Armağan makalelere yapılan atıflarda makaleye ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Makale Adı (Yıl) Armağanın Adı, İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan Sayfa Armağan akademik dergi sayısı olarak çıkmışsa makale adından sonra (Yıl) Cilt (Sayı) eklenir.

Örnek:

Nuray Çelik ve Oğuz Ersöz, 'Kişilerin Organları ve Dokuları Üzerindeki Mülkiyet Hakkı' (2020) Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Vefa Andacı 634, 639

10. Yayınlanmamış Tezler: Yayınlanmamış bir teze atıfta bulunurken esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Tezin Başlığı' ve ardından parantez içinde (Tez türü, üniversite adı ve bitirme yılı).

Örnek:

Fatih Serbest, 'The law applicable to contracts with respect to sale of goods and documentary credits in EU and in the USA' (LLM Thesis, University of Essex, 2007)

11. Elektronik Kaynaklar/Online Dergiler: Elektronik kaynaklara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı <Linki> Erişim Tarihi

Örnek:

Süha Tanrıver, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk' (2006) 1(64) TBB Dergisi 151, 151 <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-64-227>> Erişim Tarihi 16 Ağustos 2020

12. Websiteleri ve Bloglar: Web sitelerine ve bloglara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (Web Sitesinin Adı, Eserin Yayın Tarihi) <Linki> Erişim Tarihi

Örnek:

Ahmet Kılıçoğlu, 'Hekimin Hukuksal Sorumluluğu' (1996) 4(1) Türkiye Klinikleri J Med Ethics 9, 9 <<https://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-hekimin-hukuksal-sorumluluğu-44451.html>> Erişim Tarihi 4 Ekim 2020

13. Aynı Esere Birden Fazla Atıf Yapılması: Aynı esere birden fazla atıf yapılması halinde, ilk dipnotta esere yapılan atıf tam olarak yazılırken, sonraki dipnotta ilk dipnota çapraz atıf yapılarak yazarın soyadından sonra ilk dipnot numarası “(n ...)” şeklinde yazılmalıdır. Daha sonraki atıfta ise “ibid” kullanılmalıdır.

Örnek:

Gülçin Çam, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler (1st ed. Seçkin Yayınevi 2019) 42

...

Çam, (n 4) 54

...

ibid 76

14. Aynı Yazarın Birden Fazla Eserine Atıf Yapılması: Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılması halinde, sonraki atıf yazarın soyadını ve eserin adını ya da eser adının kısa bir biçimini içermeli, bu esere verilen ilk dipnot numarası “(n ...)” şeklinde yazılmalıdır.

Örnek:

Mutlu Kağıtçıoğlu, Kamu Personel Hukukunda Geçici Personelin Hukuksal Statüsünün Dönüşümü (2019) On İki Levha Yayıncılık, 41

...

Mutlu Kağıtçıoğlu, Para Piyasası Kurumlarına Yönelik Ekonomik Kolluk Faaliyeti (2016) 122

...

Kağıtçıoğlu, ‘Geçici Personel’ (n 4) 68

...

Kağıtçıoğlu, ‘Kolluk Faaliyeti’ (n 5) 42

15. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atıf yapılırken;

- “accessed” yerine “erişim tarihi”
- “and” yerine “ve”
- “anonymous” yerine “Anonim
- “edited by” yerine “editör”
- “edition” yerine “baskı”
- “filmed” yerine “çekim”
- “in” yerine “iç.”
- “interview by” ifadesi yerine “röportajı yapan”
- “last modified” yerine “son değiştirilme”
- “PhD diss.” yerine “doktora tezi”
- “see” yerine “bkz.”
- “thesis” yerine “tez”
- “trans.” yerine “çev.”
- “translated by” yerine “çeviren”
- “unpublished” yerine “yayımlanmamış” veya “yayınlanmamış”
- “volume/vol.” yerine “Cilt.” ifadeleri kullanılmalıdır.
- Tarih belirtirken kullanılan ay isimleri Türkçe dilinde yazılmış; ancak yazım formatı korunmuştur. Örneğin; 8 Mayıs 2019 şeklinde yazılmalıdır.
- Dergi sayısını ifade eden “no.” ifadesi korunmuştur. Keza editörün kısaltılmasını ifade eden “ed.” ifadesi aynen korunmuştur.
- Sayfa sayısının ardından “vd.” kullanılmalıdır. Bunun yerine ilgili sayfa ile arasına boşluk konulmaksızın “ff.” ifadesi konulmamalıdır. Eğer “vd.”dan sonra “.” işareti gelecekse nokta kullanılmaz; ancak “;” veya “?” vb. işaret gelecekse bu noktalama işaretleri “vd.”deki noktaya bitişik yazılır.

16. Yargı Kararlarına veya Davalara Atıf: Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat veya mahkeme kararı kaynakçada gösterilmeyecektir. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır

- a. Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası, K. karar numarası, tarih [gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).
- b. Türk mahkeme kararları aşağıda yer alan tabloda gösterildiği şekilde kısaltılmalıdır.

Örnekler:

Anayasa Mahkemesi	AYM
Bireysel Başvuru	BB
Bölge Adliye Mahkemesi	BAM
Ceza Dairesi	CD
Ceza Genel Kurulu	CGK
Daire	D
Danıştay	Dan.
Esas	E.
Hukuk Bölümü	HukukB
Hukuk Dairesi	HD
Hukuk Genel Kurulu	HGK
İçtihadı Birleştirme Kurulu	İBK
İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu	İBK
İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı	İDDK
Karar	K.
Uyuşmazlık Mahkemesi	UM
Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı	VDDK
Yargıtay	Yar.

AYM, E. 2020/33, K. 2020/16, 25.06.2020

İzmir 2 BAM, E. 2020/4558, K. 2019/3543, 22.05.2019

Dan. 9 D, E. 2010/2247, K. 2011/5111, 25.11.2011 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

Yar. 4 HD, E. 2008/1699, K. 2008/13767, 10.11.2008, <<https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e-2008-1699-k-2008-13767-t-10-11-2008-noterin-kusursuz-sorumluluguna-dayali-tazminat-talebi/820621/>>

Yar. HGK, E. 2014/566, K. 2015/1339, 13.5.2015

<<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2014-566-k-2015-1339-t-13-5-2015>>

Rekabet Kurulu, 20-37/524-232, 13.08.2020, -

<<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=21be2d4b-28f0-4f92-b6fd-1d6ea2161f75>>

- a. Resmi Gazeteye yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir: RG. 21.10.2020, S. 31281
- b. Yabancı mahkeme kararlarına OSCOLA'nın 2.1 ile 2.3 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararlarına ise OSCOLA'nın 2.6.2 bölümünde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır.
- c. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına aşağıda yer alan örneklerde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnekler:

Johnston v Ireland (1986) Series A no 122

Osman v UK ECHR 1998–VIII 3124

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECtHR, 20 July 2004)

Omojudi v UK (2009) 51 EHRR 10.



NKUHUKUK İNTİHAL POLİTİKASI

Dergiye yayınlanmak üzere gönderilen eserler, ön inceleme aşamasında intihal açısından değerlendirilmektedir. Benzerlik raporu %20'den daha fazla olan eserler editör kurulu tarafından reddedilmektedir. Benzerlik raporu intihal.net, turnitin.com, ithenticate.com veya urkund.com adreslerinden alınmaktadır. Kaynakça ve tırnak içinde gösterilen ifadeler benzerlik oranının hesabında dikkate alınmamaktadır.

EDİTÖRLER KURULUNDAN

Kıymetli Okuyucular,

Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin üçüncü sayısını sizlere buluşturmanın heyecanını ve sevincini yaşıyoruz. Genç bir Hukuk Fakültesi tarafından kısa süre içinde bir fakülte dergisi çıkarılmasının, bu derginin tüm sayılarının titizlikle ve zamanında yayınlanmasının ve yine bu derginin kısa süre içinde Asos ve Index Copernicus indexlerinde taranmasının henüz 6. yaşını kutlayan bir Hukuk Fakültesi için ne denli önemli bir başarı olduğunu sizlerin takdirine bırakıyoruz.

Dergimizin bu sayısı, aynı zamanda tüm Dünyayı etkisi altına alan salgın döneminde çıkardığımız üçüncü sayımızdır. Tüm Dünya için sıkıntılı olan bu süreçte akademik çalışmalarını azimle sürdürerek, Dergimize değerli çalışmalarını gönderen tüm yazarlarımıza minnettarız. Ayrıca Dergimizde yer alan çalışmalara hiçbir karşılık beklemezsiniz yaptıkları özverili değerlendirmeleri ile desteklerini esirgemeyen saygıdeğer hakemlerimize de şükranlarımızı sunarız.

Bu sayımızda, Türkçe ve yabancı dilde hazırlanmış birbirinden değerli yedi (7) çalışma yer almaktadır. Bu çalışmaların beşi kamu hukukuna ilişkin olup, diğer iki çalışma ise özel hukuk alanındadır. Hukukun farklı konularına ilişkin olarak hazırlanmış birbirinden değerli makaleler, sizlerin de katkısı ile Dergimizin yayına çıktığı ilk günden bugüne kadar istikrarlı çalışmasının bir göstergesidir.

Son olarak, Dergimizin yayına hazırlanmasında emeği geçen tüm çalışma arkadaşlarımıza teşekkür eder ve Dergimizin siz okuyucularımız için faydalı olmasını temenni ederiz.

TNKU Hukuk Fakültesi Dergisi Editörler Kurulu

İÇİNDEKİLER

- Kat Mülkiyeti ve Hayvanlar: Bağımsız Bölümlerde Hayvan Bulundurulması ve İlgili Meseleler***307-338
Dr. Öğr. Üyesi Semih YÜNLÜ
- Nijerya ve Gambia'daki Anayasal Şeriat ve Kadı Mahkemelerinin Anayasaya Aykırılığı: Hukuk Mesleğinde Ayrımcı Araçlar***339-371
Öğr. Gör. Gloria AKPORE
- Azınlık Kimlikleri İçin Soyut, Somut ve Melez Anayasal Tanıma: Avrupa Anayasaları Üzerine Normatif Bir Çalışma***373-418
Dr. Öğr. Üyesi Hakan KOLÇAK
- Nefret ve Ayrımcılık Suçu***419-452
Araş. Gör. Gizem Kübra ÖZEN AYKUTALP
- Ceza Yargılamasında Duruşmada Hazır Bulunması Gerekenler ve Duruşma Düzeni***453-484
Av. Tuğçe KURTOĞLU
- Yoksulluk Nafakası ve Süre Sorunu***485-509
Doç. Dr. Sera REYHANİ YÜKSEL
- Toplumun ve Bireyin Bilgi Edinme Hakkı***511-527
Araş. Gör. Eda SERTKAYA ZORLU

CONTENTS

<i>Condominium and Animals: Keeping Animals in Independent Units and Related Issues</i>	307-338
Asst. Prof. Semih YÜNLÜ	
<i>Unconstitutionality of Constitutional Sharia and Cadi Courts in Nigeria and the Gambia: Discriminatory Tools in the Legal Profession</i>	339-371
Lec. in Law Gloria AKPORE	
<i>Abstract, Concrete and Hybrid Constitutional Recognition for Minority Identities: A Normative Study on European Constitutions</i>	373-418
Asst. Prof. Hakan KOLÇAK	
<i>Hate and Discrimination Crime</i>	419-452
Res. Asst. Gizem Kübra ÖZEN AYKUTALP	
<i>Subjects to Be Ready for the Hearing in Criminal Proceedings and the Hearing Order</i>	453-484
Attn. Tuğçe KURTOĞLU	
<i>Poverty Alimony and Duration Problem</i>	485-509
Assoc. Prof. Sera REYHANI YÜKSEL	
<i>Right to Information of the Public and Individuals</i>	511-527
Res. Asst. Eda SERTKAYA ZORLU	



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

KAT MÜLKİYETİ VE HAYVANLAR: BAĞIMSIZ BÖLÜMLERDE HAYVAN BULUNDURULMASI VE İLGİLİ MESELELER

*Dr. Öğr. Üyesi Semih YÜNLÜ**

ÖZET

Hayvan kavramı, son derece geniş bir canlı grubunu içine alır. İnsanların yaşamın büyük bir kısmını bu canlılar ile paylaşması ise hayvanların hukuki meseleler içerisinde sıklıkla yer almasına sebep olur. Öte yandan, kat mülkiyeti ilişkileri hemen hemen her boyutu ile hukuki meselelere konu teşkil etmektedir. Bu meselelerden birisi, kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümlerde hayvan bulundurulup bulundurulamayacağına ilişkindir. Kat mülkiyeti ilişkileri pratiği incelendiğinde, malik ve kiracıların konutlarda bulundurdukları hayvanlara ilişkin çok sayıda meselenin olduğu görülecektir. Kat Mülkiyeti Kanunu başta olmak üzere yasal düzenlemelerde, bağımsız bölümlerde hayvan bulundurmanın serbest veya yasak olduğuna ilişkin bir hüküm yoktur. Bu durumda, bahse konu meselenin çözümü için öncelikle malikler arasında özel bir anlaşma olup olmadığı incelenir. Özellikle yönetim planında yasaklayıcı bir hüküm bulunması durumunda buna uyulması gerekir. Yönetim planında yasaklayıcı bir hüküm olmaması veya doğrudan izin veren bir hüküm bulunması durumunda ise hayvan bulundurulması önünde bir engel olmadığı sonucuna varılır. Ancak her durumda, toplu yaşam kurallarını ihlal edecek hal ve hareketlerden kaçınılması gerekecektir.

Anahtar Kelimeler Hayvanlar, Kat Mülkiyeti, Bağımsız Bölüm, Yönetim Planı, Sorumluluk

CONDOMINIUM AND ANIMALS: KEEPING ANIMALS IN INDEPENDENT UNITS AND RELATED ISSUES

*Asst. Prof. Semih YÜNLÜ***

ABSTRACT

The concept of animal encompasses an extremely large group of living things. The fact that people share a large part of their life with these creatures causes animals to be frequently involved in legal matters. On the other hand, condominium relations are subject to legal issues in almost every aspect. One of these issues is whether animals can be kept in independent units subject to condominium ownership. When the practice of condominium relations is examined, it will be seen that there are many issues regarding the animals kept by the owners and tenants in the residences. There is no provision in the legal regulations, especially in the Condominium Ownership Law, that keeping animals in independent units is allowed or prohibited. In this case, it is first examined whether there is a special agreement between the owners in order to resolve the issue in question. Especially if there is a prohibitive provision in the management plan, it must be complied with. If there is no prohibitive provision in the management plan or there is a provision directly permitting, it is concluded that there is no obstacle to keeping animals. However, in any case, it will be necessary to avoid situations and actions that would violate the rules of collective life.

Keywords Animals, Condominium Ownership, Independent Unit, Management Plan, Liability

* Dr. Öğr. Üyesi, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi - Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD, syunlu@nku.edu.tr, ORCID 0000- 0002-2191-1482.

** Asst. Prof., Tekirdağ Namık Kemal University - Faculty of Law, Civil Law Dept., syunlu@nku.edu.tr, ORCID 0000- 0002-2191-1482.



Extended Summary

The concept of animal encompasses an extremely large group of living things. Many different[†] examples fall within the scope of this concept. These animals are legally and technically subject to classifications such as pets, wild animals, housepets, owned animals, stray animals, game animals, slaughter animals, controlled animals, and experimental animals. The fact that people share a large part of their life with these creatures causes animals to be frequently involved in legal matters.

It should be firstly stated that the legal status of animals is controversial. German and Swiss legislators have accepted that animals are not objects by issuing clear provisions. However, in cases where there is no special provision for animals, the provisions regarding goods will continue to apply. There is no clear regulation in Turkish law similar to that in German and Swiss law. On the other hand, it would be appropriate to apply the legal status regime in German and Swiss law in the same way in Turkish law. Because, considering animals, which are sentient beings, as ordinary objects, does not always give the right result. As a matter of fact, the special provisions introduced by the Animal Protection Law reveal that animals, which are living creatures, are given special importance.

On the other hand, condominium relations have an intense practice of legal disputes in almost every dimension. One of the most important reasons for this situation is the lack of clear regulation. So that there is no provision or the conditions thereof regarding whether it is possible to keep animals in areas such as independent units, accessories, and common areas. In this case, first of all, it is checked whether there is a special agreement between the floor owners. Especially if there is a prohibitive provision in the management plan, it must be complied with. However, a ban cannot be placed on small animals (parakeet, goldfish, hamster, cat, etc.) that do not normally have the potential to cause danger or discomfort.

If there is no provision in the management plan or if there is a provision that allows it explicitly, it is interpreted that there is no obstacle for keeping animals. However, wild animals, animals that are forbidden to be owned by law, and animals that are not suitable for keeping in the residence are exceptions. Likewise, animals[‡] that emit an undesirable odor, make noise, and pose a danger should not be kept in the independent units. The presence of animals that cannot be kept in the independent units will be strictly prohibited in the common areas.

Finally, animal owners are potentially liable to various norms and persons for the behavior and condition of their animals. In the evaluation of legal and penal liabilities, regulations such as the Condominium Law, Turkish Civil Code, Turkish Code of Obligations, Turkish Penal Code, and Animal Protection Law will be examined. For example, if the animal kept in the independent unit makes noise, emits an irritating odor, damages the elevator, doors, walls, cars in the garage, other floor owners or other persons such as guests, cargo carriers, etc. then this may create liability.

[†] A reptile such as a snake or lizard; a winged creature such as an eagle or a canary; a sea creature such as a goldfish or whale; a livestock/slaughter animal such as a sheep or a cow etc.

[‡] For example, animals such as lions, crocodiles, cows, sheep, chickens, deer, horses, donkeys or bees, or species that are prohibited on their own, such as Pitbull Terrier, Japanese Tosa, Dogo Argentino, Fila Brasileiro, etc. cannot be kept in the independent units.

I. GİRİŞ

Artan konut ihtiyacının bir karşılığı olarak başlangıçta şehirlerde ortaya çıkan ve insanların toplu halde yaşadığı yapılar, bugün en küçük yerleşim birimleri de dahil olmak üzere yaygın bir kullanıma sahiptir¹. Bilhassa ülkemiz uygulamasında son derece önemli bir yere sahip olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri vasıtasıyla, kat mülkiyetine tabi çok sayıda yapı inşa edilmektedir. Bu yapılarda kat malikleri ve kiracı komşular arasındaki ilişkiler çok çeşitli açılardan inceleme konusu edilmeye müsaittir.

Sıklıkla tecrübe edildiği üzere, toplu yaşamın sürdürüldüğü apartman sistemlerinde, bağımsız bölümlerde bulunduran hayvanlara ilişkin çeşitli uyuşmazlık ve meseleler yaşanabilmektedir. Bu noktada akla ilk gelecek ve somut uyuşmazlıkta en çok karşımıza çıkacak hayvanlar özellikle köpekler olmakla birlikte, bağımsız bölümlerde bulunduran hayvanlar bunlarla sınırlı değildir². Dolayısıyla, evde hayvan bulundurulup bulundurulamayacağı; eğer mümkünse hangi hayvanların evde bakılabileceği; evde bakımı mümkün olmayan veya yasak olan hayvanların neler olduğu; bağımsız bölümde hayvan bulundurulması için izin alınmasına gerek olup olmadığı; diğer kat maliklerinin hangi hallerde hayvan bulundurulmasına katlanmak durumunda oldukları; bağımsız bölüm veya eklentilerde hayvan bulunduran kimselerin sorumluluk çerçevesi gibi hususlar, kat mülkiyeti ilişkileri içerisinde hayvanlar eksenli olarak en sık karşılaşılabilecek noktalardandır.

Çalışmamızda, bilhassa yukarıdaki paragrafta işaret edilen sair hususların çeşitli açılardan incelenmesi suretiyle genel bir hukuki çerçeve çizilmesi amaçlanmaktadır. Bu kapsamda, ele alınabilecek hayvan türleri çok çeşitli olmakla birlikte, bilhassa örnekseme yapılan durumlarda köpekler gibi en çok karşılaşılan türlere ağırlık verilecektir. Ayrıca, farklı durumların izahı ve ayrık hususların örneklendirilmesi dışında, asıl olarak kat mülkiyetine bağlı yapılardaki bağımsız bölümlerde bulunduran hayvanlar ele alınacaktır.

¹ Kat Mülkiyeti kavramına yönelik tarihsel olarak kısaca inc. Selahattin Sulhi Tekinay, Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2) (1st edn, Filiz Kitabevi 1991) 1 vd.; Ebül'ulâ Mardin, Kat Mülkiyeti (1st edn, Cumhuriyet Matbaası 1948) 17 vd.; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku (22nd edn, Filiz Kitabevi 2020) pn. 2074 vd.; Kat irtifakı özelinde ayr. inc. Etem Sabâ Özmen ve Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Kat İrtifakı (3rd edn, On İki Levha Yayınları 2017) 6 vd.; Kanunun yapımı için bkz. Safa Reisoğlu, 'Kat Mülkiyeti Konusunda Yeni Gelişmeler' (1963) 18 (1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 287 vd. ve İsviçre Medeni Kanunu'ndaki Hükümler için bkz. a.e. 276 vd.

² Balıklar; başta muhabbet kuşu, kanarya, bülbül, papağanlar gibi kuş türleri; yılan, kaplumbağa, kertenkele, iguana, tarantula, bukalemun, kurbağa gibi sürüngenler; fare, tavşan, gine domuzu, hamster gibi canlıların ve hatta çeşitli böcek kolonilerinin evlerde beslenip bulundurulduğunu görmekteyiz.

I. HAYVANLAR VE HUKUKİ STATÜLERİ

A. GENEL OLARAK HAYVANLAR

Hayvanların kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümlerde (keza eklenti ve ortak alanlarda) bulundurulması ve bağlantılı meselelere girilmeden önce hayvanlar, türleri ve hukuki statüleri gibi ilgili temel hususların incelenmesi uygun olur.

Sözlükteki³ en basit ifadesiyle, *duygu ve hareket yeteneği olan, içgüdüleriyle hareket eden canlı yaratık* şeklinde tarif bulan hayvanların ne derece büyük bir çeşitliliğe, yaşam alanına, türe, sayıya ve elbette öneme sahip olduğunu belirtmek için detaylı bir bilimsel araştırma faaliyeti içine girmeye dahi gerek bulunmaz⁴. Zira, yaşamımızın her an ve alanını paylaştığımız hayvanların bilincinde olmak kaçınılmaz bir tecrübedir⁵. Elbette tüm hayvan türlerini basitçe sınıflandırmak ve sıralamak mümkün olmadığı gibi burada özel bir tür incelenmesine de girilmeyecektir. Ancak, özellikle 2004 tarih ve 5199 sayılı *Hayvanları Koruma Kanunu (HKK)* kapsamında tanım ve sınıflandırması yapılan hayvanlardan bazılarında işaret etmekte konumuz bakımından da fayda bulunur⁶.

Kanunda ele alınan tanımlardan *Evcil hayvan*, HKK md. 3/1/e'de *İnsan tarafından kültüre alınmış ve eğitilmiş hayvanlar* şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, insanlar tarafından kültüre alınmış ve eğitilmiş olmak koşuluyla, köpek, kedi, muhabbet kuşu, papağan, tavşan, gine domuzu, at, eşek, inek, koyun, tavuk, hindi, ördek, deve gibi çok sayıda hayvan evcil hayvan kategorisinde değerlendirilebilecektir. Ayrıca, HKK md. 3/1/f'deki, *Barınacak yeri olmayan veya sahibinin ya da koruyucusunun ev ve arazisinin sınırları dışında bulunan ve herhangi bir sahip veya koruyucunun kontrolü ya da doğrudan denetimi altında bulunmayan evcil hayvanlar* tanımlamasına göre *Sahipsiz hayvanlar* da bu kanunun sistematigi kapsamında üst kategori olarak evcil hayvanlar içerisinde yer almaktadır. Bu bakımdan, bir hayvanın bir

³ Bkz. TDK: <<https://sozluk.gov.tr>>

⁴ Hayvan kavramı için bkz. Alper Uyumaz, 'Bir Hukuk Sorunsalı Olarak Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye'de Hayvan Hakları' (2016) XX (3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 136 vd.

⁵ Öyle ki, hayvanların bir kısmı sahiplerine dostluk etmesi için beslenmekte; bir kısmı canlı ve yük taşımacılığında kullanılmakta; kimileri doğrudan insanların tarım ve hayvancılık amaçlarına hizmet edecek şekilde yetiştirilmekte ve dolayısıyla insan yaşamının çok büyük bir bölümünde hayvanlar yer almaktadır. Keza, suda ve/veya karada yaşayan hayvanlar, omurgalı-omurgasızlar, etçil-otçullar, memeliler, kemirgenler, kanatlılar, sürüngenler, büyükbaş-küçükbaşlar gibi biyolojik yönü göz önüne alınarak yapılan sınıflandırmalara veya evciller-yabaniler, sahipli-sahipsiz hayvanlar, kesim hayvanları gibi hukuki yönü dikkate alınarak yapılan değerlendirmelere yer vermek mümkündür.

⁶ Zira, hayvan kavramı tek bir üst başlık oluştursa da, somut uyuşmazlıkta ele alınan hayvanın türü ve nitelikleri de meselenin çözümünde rol oynar.

kişi veya kurum tarafından sahiplenilmemiş, kontrol altında tutulmamış olması evcil hayvan olarak değerlendirilmesini etkilemez.

Evcil hayvan tanımlamasının karşıtı olarak ifade edilebilecek bir kavram olan *Yabani hayvan*, HKK md. 3/1/h'de *Doğada serbest yaşayan evcilleştirilmemiş ve kültüre alınmamış omurgalı ve omurgasız hayvanlar* olarak zikredilmiştir. Buna göre, yabandomuzu, kurt, alageyik, vaşak, ayı, çakal gibi çok sayıda hayvan ise yabani hayvan olarak nitelendirilecektir⁷. Hemen belirtmek gerekir ki, hangi hayvanın hangi hukuki kategoriye dahil olduğunun tespiti de somut olaydaki meseleye doğrudan etki edebilecektir. Zira aşağıda yeri geldiğinde daha ayrıntılı olarak izah edileceği üzere, yönetim planı gibi bağlayıcı bir metinle yasaklanmayan, hatta açıkça izin verilen durumlarda bağımsız bölümlerde hayvan bulundurulabileceksede, bu paragrafta sayılan ayı, kurt gibi hayvanların bağımsız bölümlerde bulundurulması ise mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla somut meselenin çözümlenmesi noktasında hangi hayvanın ele alındığı, biyolojik özellikleri ve ilgili hukuki sınırlamalar bilhassa önem arz eder.

Bu noktada açıklanması gereken kavram ise *Ev Hayvanı* kavramıdır⁸. Zira, her evcil hayvan aynı zamanda ev hayvanıdır demek mümkün olmaz. Öyle ki, kanun koyucu HKK md. 3/1/ı'da bu kavramın sınırlarını çizerken, *Gerçek veya tüzel kişiler tarafından özellikle evde, iş yerlerinde ya da arazisinde özel ilgi ve refakat amacıyla muhafaza edilen, bakımı ve sorumluluğu sahiplerince üstlenilen her türlü hayvan* şeklindeki tanımlamayı kaleme almıştır. Bu durumda, konumuz itibarıyla ele alınan bir hayvanın, evde-iş yerinde bakılmaya müsait bir hayvan olması da gerekir. Dolayısıyla, bir deve evcil hayvan olarak nitelendirilebilirse de evde, bir apartman dairesinde bakılmaya müsait olmadığından ev hayvanı olarak düşünülemez. Buna karşılık, bir muhabbet kuşu, kedi, köpek, hamster gibi çeşitlendirilebilecek sair hayvanlar ise evde bakılmaya uygun olduklarından ev hayvanı olarak nitelendirilebilirler. Ev hayvanları içerisinde özel olarak değinilmesi gereken hayvanlar ise HKK md. 3/1/j'de *Bir kişi, kuruluş, kurum ya da tüzel kişilik tarafından sahiplenilen, bakımı, aşıları, periyodik sağlık kontrolleri yapılan işaretlenmiş kayıt altındaki ev hayvanları* şeklinde düzenleme bulan *Kontrollü hayvanlardır*⁹. Bu son tanımlamada daha önceden yer alan *ev ve süs hayvanları* ifadesindeki *süs* kelimesinin 2021 tarih ve 7332 sayılı *Hayvanları Koruma Kanunu İle Türk Ceza*

⁷ Yabani hayvanlar için bkz. Emre Cumalıoğlu, 'Medeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak' (2017) 19 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan 600 vd.

⁸ Ev hayvanları için ayr. bkz. Cumalıoğlu (n 9) 588 vd.

⁹ Kontrollü hayvan – başıboş hayvan ayrımı için bkz. Cumalıoğlu (n 9) 593 vd.

*Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*¹⁰ ile yapılan değişiklik vasıtasıyla tanımdan çıkarıldığını özellikle belirtebiliriz.

Konumuz kapsamında en önemli tanımlama ev hayvanlarına ilişkin olmakla birlikte, Hayvanları Koruma Kanunu'nda yapılan diğer farklı sınıflandırma ve tanımlara da rastlamak mümkündür. Örneğin, *Güçten düşmüş hayvan*¹¹, *Deney hayvanı*¹², *Kesim hayvanı*¹³ ve doğrudan tanımlamasına yer verilmemiş olmakla birlikte Kanunda geçen *Av hayvanı* ile *Binek ve Yük hayvanları* kavramlarına işaret edilebilir¹⁴. İncelediğimiz bu farklı tanımlama ve sınıflandırmalar göstermektedir ki, tıpkı hayvanları alelade birer eşya olarak nitelendiremediğimiz gibi, aynı şekilde bütün hayvan türlerine de aynı hükümleri bağlayamaz ve somut olayda aynı sonuca ulaşamayız.

Özetle, hayvanlar bahsinde çok sayıda tür ve hukuki sınıflandırmanın ele alınabileceğini, kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümlerde bulundurulması düşünülen hayvanlar için bu sınıflandırmaların yukarıdaki paragraflarda kısaca izah edildiği üzere teorik ve pratik açıdan önemli olduğunu belirtebiliriz.

B. HUKUKİ STATÜLERİ

Hayvanların bağımsız bölümlerde bulundurulup bulundurulamayacağı ve buna ilişkin hususların değerlendirmesi yapılmadan önce hayvanların hukuki statüsü meselesine de genel hatları ile yer vermek gerekir¹⁵. Hemen bu noktada hukukumuzdaki mevzuat hükümleri incelendiğinde, hayvanların hukuki statüsünün ne olduğuna ilişkin doğrudan ve açık bir düzenleme bulunmadığı anlaşılacaktır¹⁶. Buna karşılık, Kıta Avrupası hukuk sistemindeki Türk

¹⁰ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/07/20210714-9.htm>

¹¹ HKK md. 3/1/g: “*Bulaşıcı ve salgın hayvan hastalıkları haricinde yaşlanma, sakatlanma, yaralanma ve hastalanma gibi çeşitli nedenlerle fizikî olarak iş yapabilme yeteneğini kaybetmiş binak ve yük hayvanlarını,*”

¹² HKK md. 3/1/m: “*Deneyde kullanılan ya da kullanılacak olan hayvanı,*”

¹³ HKK md. 3/1/n: “*Gıda amaçlı kesimi yapılan hayvanları,*”; ayr. bkz. Cumalıoğlu (n 9) 599 vd.

¹⁴ Ayrıca Bu kapsamda 2003 tarih ve 4915 sayılı *Kara Avcılığı Kanunu* incelendiğinde av hayvanı, md. 2/1/4'te *Bu Kanun kapsamında avlanan, korunan ve Bakanlıkça belirlenen listede yer alan hayvanlar* şeklinde, ayrıca *Yaban hayvanı* ise md. 2/1/5'te *Sadece suda yaşayan memeliler dışında kalan ve Bakanlıkça belirlenen bütün memelileri, kuşları ve sürüngenler* şeklinde tanımlanmıştır. Bahsi geçen kanunda kara hayvanları ele alınmış olmakla birlikte, bu kanun kapsamı dışında bulunan hayvanlar ise 1971 tarih ve 1380 sayılı *Su Ürünleri Kanunu*'nda *Denizlerde ve içsularda bulunan bitkiler ile hayvanlar ve bunların yumurtaları* şeklinde tanımlanarak *Su ürünü* olarak nitelendirilmektedir.

¹⁵ Hayvanların hukuki statüsü hususunda ayrıntılı olarak bkz. Cengiz Koçhisarlıoğlu ve Özlem Söğütlü Erişgin, ‘Hayvanın Hukuki Konumu’, (2013) 2 (Özel Sayı), Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, 1691 vd.; Serdar Nart, ‘Ev ve Süs Hayvanlarının Konuttan Tahliye Edilmesi’ (2020) 22 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 130 vd.

¹⁶ Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (6. Bası, On İki Levha 2019) pn. 37; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 3) pn. 38; Zekiye Özen İnci, ‘Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvanların Ceza Hukuku Bakımından Korunması’ (2019) 5 (1) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7; Uyumaz (n 6) 145 vd.

hukuku ile ilintili bazı ulusal hukuklar incelendiğinde ise meselenin birer cümle ile açıklığa kavuşturulmaya çalışıldığı görülecektir.

Bu konuda Alman kanun koyucusunun iradesini tespit etmek için *Alman Medeni Kanunu*'na / *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* gidilmelidir. Öyle ki, *Hayvanlar* başlıklı BGB § 90a'da¹⁷ hayvanların eşya olmadığı; özel düzenlemeler kapsamında korundukları; ancak, aksine bir düzenleme olmayan durumlarda eşyalara ilişkin hükümlerin hayvanlar için de uygulama bulacağı kısaca ifade edilmiştir¹⁸. Türk hukukunda lafzi olarak buna benzer bir düzenleme yer almasa da, pratik olarak aynı sonuca ulaşabileceğini değerlendirebiliriz.

Benzer şekilde İsviçre kanun koyucusu ise *İsviçre Medeni Kanunu / Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB)* Art. 641a'da¹⁹, hayvanların eşya olmadığını; ancak, özel düzenlemenin bulunmadığı hususlarda eşyalara ilişkin uygun hükümlerin uygulama bulacağını belirtmiştir²⁰. Görüldüğü üzere, İsviçre kanun koyucusu da yukarıdaki paragrafta yer alan Alman hukuku düzenlemesine paralel bir hüküm tesis etmiştir.

Diğer ulusal hukuklardan Avusturya hukukuna gelindiğinde, *Avusturya Medeni Kanunu*'nun / *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)* § 285a'da²¹, hayvanların eşya olmadığı; özel düzenlemeler ile korunacakları; ancak uygun düşüğü taktirde eşyalara ilişkin hükümlerin onlar için de uygulama bulabileceği hükmünü kaleme aldığı görülecektir²². Keza,

¹⁷ BGB § 90a: “*Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist.*”

¹⁸ Semih Yünlü, Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (1st edn, On İki Levha Yayınları 2019) 119, dn. 258; inc. Christina Stresemann, ‘BGB § 90a’ (2018) Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, pn. 2-4; İlknur Serdar, ‘Ev Hayvanları Üzerindeki Paylı Mülkiyetin Kazaî (Yargısal) Paylaşım Yoluyla Sona Ermesi’, (Editörler: A. Hulki Cihan, Tuğçe Tuzcuoğlu), (2019) Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri – On İki Levha Yayınları, 594; Şeref Ertaş, Eşya Hukuku (14th edn, Fakülteler Yayınevi 2018) pn. 31; Özen İnci (n 18) 6; Uyumaz (n 6) 141; Koçhisarlıoğlu ve Söğütü Erişgin (n 17) 1705

¹⁹ ZGB Art. 641a: “*Tiere sind keine Sachen. Soweit für Tiere keine besonderen Regelungen bestehen, gelten für sie die auf Sachen anwendbaren Vorschriften.*”

²⁰ Yünlü (n 20) 119, dn. 258; Wolf Stephan, ‘Art. 641a’ (2016) ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar 3. Auflage, 1222-1223; Michel Margot ‘Chapter 4 Law and Animals: An Introduction to Current European Animal Protection Legislation’ (2015) Animal Law: Reform or Revolution?, Schriften zum Tier im Recht, 103; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 3) pn. 38; Lale Sirmen, Eşya Hukuku (8. Baskı, Yetkin Yayınevi 2020) 8; O. Gökhan Antalya, ‘Giriş, Temel Kavram ve İlkeler’ / Eşya Hukuku, Cilt IV/I, Yazarlar: O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz (3rd edn, Seçkin Yayıncılık 2019) pn. 63; Özen İnci (n 18) 7; Özgün Çelebi, ‘Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü’ (2018) 76 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası, 581; Serdar (n 20) 606; Uyumaz (n 6) 142; Koçhisarlıoğlu ve Söğütü Erişgin (n 17) 1706

²¹ ABGB § 285a: “*Tiere sind keine Sachen; sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Die für Sachen geltenden Vorschriften sind auf Tiere nur insoweit anzuwenden, als keine abweichenden Regelungen bestehen.*”

²² Uyumaz (n 6) 142; Koçhisarlıoğlu ve Söğütü Erişgin (n 17) 1705; Özen İnci (n 18) 6

Fransız hukukunda da konuya yaklaşımın yukarıda verilen diğer ulusal hukuklar ile aynı yönde olduğunu ifade etmek mümkündür²³.

Buna göre, ilgili düzenlemelerde hayvanlar salt eşya tanımlamasının bir parçası olmaktan çıkarılmış ise de, nitelikleri gereği aksi düzenlenmeyen durumlarda, eşyalara ilişkin hükümlere tabi olacaklardır. Dolayısıyla, işaret edilen hükümlerin hayvanları eşya statüsünden özel bir kişilik statüsüne taşıdığı veya hayvanlara hak ehliyeti bahsettiği şeklinde bir yorum yapılamayacağını peşinen ifade etmek gerekir²⁴.

Türk hukukunda yukarıda verilen yabancı hukuklardaki gibi hayvanların eşya olmadıkları ifadesini içeren açık bir hüküm bulunmamaktadır²⁵. Buna bağlı olarak farklı yaklaşım ve uygulamalara ulaşılabilecek olmakla birlikte, hukuki niteliğe ilişkin neticenin yukarıda somut düzenlemeye sahip olduğunu ifade ettiğimiz ulusal hukuklardan çok da uzak olmayacağını belirtebiliriz. Buna göre aynı prensiplerin Türk hukukunda da benimsenmesi uygun olacaktır²⁶. Dolayısıyla, hayvanların gerçek ve tüzel kişilerden farklı olarak kişilik sahibi olmadıkları²⁷; doğrudan alelade eşyalar olarak nitelendirilmemeleri; ancak, aksine düzenleme bulunmayan hallerde ve elbette niteliğine uygun düştüğü ölçüde eşya olmaya bağlı hukuki durum ve sonuçlara tabi olmaları kabul edilebilir²⁸.

Salt eşya olarak nitelendirilmeme asıl etkisini daha ziyade pratik sonuçları ile ortaya koymaya müsaittir. Bu pratik etkiler eşyaya bağlı olağan hakların sınırlanması şeklinde karşımıza çıkabilir. Örneğin, bir eşyaya malik olan kimsenin bu eşya üzerinde *usus/kullanma*,

²³ Bkz. Çelebi (n 22) 582; Özen İnci (n 18) 7; bkz. Fransız Medeni Kanunu / Code Civil Art. 515-14: “*Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens.*”; Diğer çeşitli ulusal hukuklar için bkz. Koçhisarlıoğlu ve Söğütü Erişgin (n 17) 1705

²⁴ İnc. Hüseyin Can Aksoy, ‘Türk ve İsviçre Hukuklarında Evcil Hayvanlara Verilen Zararlara İlişkin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluk’ (2017) (129) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 164

²⁵ Nomer ve Ergüne (n 18) pn. 37

²⁶ Nomer ve Ergüne (n 18) pn. 37; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 3) pn. 38; mevcut yapı itibarıyla açık düzenleme olmadıkça eşya olarak değerlendirilecekleri yönünde, Uyumaz (n 6) 146; hukuk öznesi olmaları, hak ehliyeti ve kişilik sahipliği kavramları ekseninde bkz. Koçhisarlıoğlu ve Söğütü Erişgin (n 17) 1702 vd.; Hayvanları Koruma Kanunu ile özel düzenleme getirildiğinden eşya olmaktan çıkarıldıkları yönünde bkz. Antalya (n 22) pn. 67; Hayvanların eşya statüsünden çıktığının kabulü için açık bir düzenlemenin gerektiği, Türk hukukunda hayvanların eşya sayılması gerektiği, ancak özel düzenlemeler ve niteliklerine göre özel statüye sahip (sui generis) eşyalar olarak ele alınabilecekleri yönünde bkz. Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, Şekli Eşya Hukuku (11th edn, Savaş Yayınları 2020) 25-27

²⁷ Uyumaz (n 6) 139; Halil Yılmaz, ‘Hayvan Haklarına Bakış’ (2006) (62) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 215.

²⁸ Ancak belirtmek gerekir ki, hayvan ifadesi sadece bir kediyi değil karıncayı da içine alır ve çok büyük bir kapsama sahiptir. Doktrinde “...*hayvanlar aleminin genişliği karşısında her türe uyacak bir niteleme yapmak boş bir çabadır. Gerçekçi bir bakış açısıyla, tüm canlıların çıkarlarını göz önünde bulundurarak, sürdürülebilir sağlıklı bir çevre esasından sapmadan, pozitif normları eleştirel bakışla yorumlayarak hukukun belirlediği hayvan sınıflarına özel niteleme yapmak zorunludur...*” ifadesiyle bu duruma işaret edildiğini de eklemeliyiz, bkz. Cumalıoğlu (n 9) 575

fructus/yararlanma ve *abusus/tasarruf* yetkileri bulunacaktır²⁹. Bu yetkiler, malikin eşya olarak nitelendirilen şeyi yok etmesini de kapsar. Satın alınan bir cep telefonunun bir başkasına satılması veya parçalanarak yok edilmesi malike tanınan yetkiler arasındadır. Ancak, hayvanların salt bir eşya olarak nitelendirilmek yerine birer canlı oldukları kabulü ile hareket edildiğinde, bir hayvan üzerinde mülkiyet hakkı söz konusu olabileceksede, hayvanın alelade bir eşya gibi yok edilmesi, kötü muameleye maruz bırakılması hukuk nazarında kabul edilebilir olmayacaktır³⁰. Bu durumda örneğin, kanundan doğan yetkinin kullanılması ve av hayvanları/kesim hayvanları/su ürünleri gibi canlılara ilişkin özel hükümler saklı olmak üzere bir hayvanın yaşamına keyfi olarak son verilmesi davranışı, mülkiyet hakkının sağladığı bir yetkinin kullanılması olarak değerlendirilemeyecektir. Keza, üzerinde paylı mülkiyet bulunan hayvanların paydaşlardan hangisinde bırakılacağı konusunda rızai bir paylaşım söz konusu olmadığı takdirde netice itibariyle kural olarak satış yapılacak olmakla birlikte (TMK md. 699); taraflarla arasında duygusal bağ bulunan bir ev hayvanı söz konusu olduğunda salt eşya değerlendirmesi yapılarak satış yoluna gidilmesi hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmayacaktır³¹. Bu durumda TMK md. 226/2'deki³² çözüme benzer şekilde, somut olayın özelliklerine göre ev hayvanının taraflardan birisinde bırakılması daha makuldür³³. Bunun gibi, hayvanlara alelade birer eşya nazarı ile bakılamayacak örnekler artırılabilir.

Öte yandan, birer canlı olmaları ve özel kanun hükümleri ile korunmaları, mevcut hukuki yapı ışığında hayvanların eşya hükümlerinden tümüyle bağımsız olmaları sonucunu da doğurmaz. Örneğin, gerçek veya tüzel kişiler tarafından mülkiyet altına alınabilirler; zilyetlik ve mülkiyetin korunmasına ilişkin kural ve hükümlere tabidirler. Keza kişi olarak değerlendirilmediklerinden, hak sahibi olamazlar ve borç altına giremezler. Sebep oldukları

²⁹ Nomer ve Ergüne (n 18) pn. 597; ayr. bkz. Türk Medeni Kanunu (TMK) md. 683: “*Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.*”

³⁰ Benzer şekilde bkz. Serdar (n 20) 589; Uyumaz (n 6) 143; Çelebi (n 22) 573 vd.

³¹ Paylı mülkiyetteki hayvanın kazai paylaşımına ilişkin ayr. bkz. Serdar (n 20) 602 vd.

³² “*Tasfiye sırasında, paylı mülkiyete konu bir mal varsa, eşlerden biri kanunda öngörülen diğer olanaklardan yararlanabileceği gibi, daha üstün bir yararı olduğunu ispat etmek ve diğerinin payını ödemek suretiyle o malın bölünmeden kendisine verilmesini isteyebilir.*”

³³ Ayrıca, meselenin ZGB Art. 651a'da, yatırım ve ticari amaçla edinilmiş olanlar dışındaki hayvanların, duruma göre ve hayvanın menfaatine daha uygun olan tarafa verilebileceği şeklindeki hüküm ile düzenleme bulunduğunu da ekleyebiliriz. Bkz. ZGB Art. 651a: “*Bei Tieren, die im häuslichen Bereich und nicht zu Vermögens- oder Erwerbszwecken gehalten werden, spricht das Gericht im Streitfall das Alleineigentum derjenigen Partei zu, die in tierschützerischer Hinsicht dem Tier die bessere Unterbringung gewährleistet.*

Das Gericht kann die Person, die das Tier zugesprochen erhält, zur Leistung einer angemessenen Entschädigung an die Gegenpartei verpflichten; es bestimmt deren Höhe nach freiem Ermessen.

Es trifft die nötigen vorsorglichen Massnahmen, namentlich in Bezug auf die vorläufige Unterbringung des Tieres.”; bu konuda inc. Serdar (n 20) 605 vd.

zararlardan dolayı hukuki veya cezai sorumlulukları da bulunmaz³⁴. Ancak bir borç ilişkisi içerisinde hak sahibi dışındaki konumlarda bulunmaları elbette mümkündür. Örneğin, bir satış sözleşmesinin konusunu oluşturabilirler veya malik ile bakımevi/veteriner arasındaki sözleşme uyarınca bakımevinin/veterinerin yükümlü olduğu bakım/tedavi/koruma edimine muhatap olabilirler.

Özetle, hayvanların canlı varlıklar olduklarını; birer canlı olmaları sebebiyle tümüyle ve aelade bir eşya olarak nitelendirilmelerinin çoğu durumda uygun olmayacağını; özel düzenlemeler uyarınca ayrıca korunduklarını; hayvanların eşya olmadıklarına ilişkin ulusal hukukumuzda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, özellikle Alman-İsviçre kanun koyucularının yukarıda işaret edilen düzenlemeler ile aldıkları pozisyonun Türk hukuku bakımından da takip edilebileceği kanaatinde olduğumuzu ifade etmek gerekir.

II. HAYVANLARI KORUMA KANUNU VE GÜNCEL GELİŞMELER

Yukarıda çeşitli noktalarda değinildiği üzere, hukukumuzda hayvanlara ilişkin özel bir düzenleme olarak 2004 tarihli Hayvanları Koruma Kanunu hükümlerini incelemekteyiz³⁵. Hayvanların rahat yaşamaları, iyi ve uygun muameleye tabi olmaları, acı, ıstırap ve eziyet gibi olumsuzluklara karşı korunmaları ve her türlü mağduriyetlerinin önlenmesi amaçlarını taşıyan Kanun, hayvanların sahiplenilmesi, bakımı ve korunması; cerrahi müdahaleler, yasak müdahaleler ve hayvan deneyleri; hayvanların ticareti ve eğitilmesi; hayvanların kesimi, öldürülmesi ve yasaklar; Mahallî Hayvan Koruma Kurulları teşkilât, görev ve sorumluluklar; denetim; idari ve adli cezalar ile diğer ilgili hükümlere ilişkin konu ve başlıkları kaleme almaktadır.

Öte yandan kamuoyunda kendisine uzun süre yer bulan toplumsal tartışma ve talepler neticesinde Hayvanları Koruma Kanunu'nda 14 Temmuz 2021 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan son derece önemli ve vurgulanması gereken çeşitli değişiklik ve eklemeler yapılmıştır. Önemi ve güncelliği sebebiyle bunlardan bazılarını şu şekilde değinilebilir:

İlk dikkati çeken noktalardan biri olarak, kanunun daha önceki metinlerinde yer alan *süs hayvanı* ifadesi, değişikliğin ruhuna uygun şekilde kanun metninden çıkarılmıştır. Mevcut durumda yalnızca *ev hayvanı* ifadesi kullanılacaktır. Ayrıca, *Ticarî amaç güdülmeyen bilhassa ev ve bahçesi içerisinde bakılan ev ve süs hayvanları sahiplerinin borcundan dolayı*

³⁴ Ayr. inc. aşağıda “IV. HAYVANLARDAN DOĞAN SORUMLULUK ÇERÇEVESİ”

³⁵ Hayvan haklarının kutsal kitaplar bağlamında dini ele alımı için ayrıntılı olarak bkz. Uyumaz (n 6) 147 vd.; yine modern hukuktaki hayvan haklarına ilişkin düzenlemeler için ayrıntılı olarak bkz. a.e. 161 vd.; Yılmaz (n 29) 218 vd.

haczedilemezler şeklindeki eski md. 5/5 hükmü de, *Ticari amaç güdülmeyen bakılan ev hayvanları sahiplerinin borcundan dolayı haczedilemezler* şeklinde değiştirilerek en azından lafzi olarak koruma kapsamı genişletilmiştir. Yine, hayvanların sokağa terk edilmeleri, kötü muameleye maruz bırakılmaları gibi durumlara engel olabilmesi beklenen bir diğer değişiklikte ise kedi ve köpek sahiplerinin hayvanları *dijital kimliklendirme* yöntemi ile kayıt altına almaları tercih olmaktan çıkarılarak yükümlülük haline getirilmiştir (md. 4/1/k³⁶). Bunun için hayvan sahiplerine Geçici md. 4³⁷ ile 31/12/2022 tarihine kadar süre tanınmıştır.

Keza 14. maddenin l) bendinde ismen sayılarak üretimi, satışı vs. yasaklanan türlere ilişkin tek tek sayma yöntemi yerine, *Bakanlıkça belirlenen tehlike arz eden hayvanları üretmek, sahiplenmek, sahiplendirmek, barındırmak, beslemek, takas etmek, sergilemek, hediye etmek ve bunların ülkemize girişini, satışını ve reklamını yapmak* ifadesi kullanılmış³⁸; bu şekilde hem yasaklanan fiillerin çevresi genişletilmiş hem de ihtiyaç halinde sayılan hayvanlarda gerekli değişikliklerin hızlıca yapılması imkanı sağlanmıştır. Bu noktada, sahiplenilmesi, beslenmesi, üretilmesi vs. yasak olduğu bu gibi bir açık hüküm ile yasak kılınmış olan hayvanların kat mülkiyeti ilişkileri içerisindeki konumunun da diğer hayvanlardan farklı olacağını; bilhassa hayvan bulundurulmasına cevaz verilen durumlarda dahi bu gibi hayvanların kapsam dışında tutulması gerekeceğini ifade etmeliyiz. Zira, bağımsız bölümde bulundurulabilecek hayvanların çerçevesi çizilirken nitelikleri gereği de bu alanda bulundurulmaya uygun hayvanları örneklemek mecburiyetindeyiz.

Hayvanlara ilişkin yasakları düzenleyen 14. maddede de muhtelif değişiklikler yapılmış; j) bendindeki *Hayvanlarla cinsel ilişkide bulunmak, işkence yapmak* ifadesi *Hayvanlara cinsel saldırıda bulunmak veya tecavüz etmek* şeklinde değiştirilmiştir. Keza bir diğer önemli ekleme ise yine yasakları düzenleyen 14. maddenin son bendine eklenen *Ev hayvanını terk etmek* ifadesidir. Bu hükümde de görüleceği üzere, bir hayvanın alelade bir eşyadan farklı olarak serbestçe terk edilebilmesi mümkün değildir.

³⁶ Eski hükümde (HKK md. 4/1/k) söz konusu hayvanlarını yavruvatmak isteyenlerin doğacak yavruları belediyece kayıt altına aldırarak bakmakla ve/veya dağıtımını yapmakla yükümlü oldukları ifadesi yer almaktayken; dijital kimliklendirme zorunluluğu zikredilmemekteydi. Hükmün güncel hali ise *Kontrolsüz üremeyi önlemek amacıyla, toplu yaşanan yerlerde beslenen ve barındırılan kedi ve köpeklerin sahiplerince kısırlaştırılması esastır. Kedi ve köpek sahipleri, hayvanlarını dijital kimliklendirme yöntemleriyle kayıt altına aldırarak yükümlüdürler. Dijital kimliklendirme yöntemlerine ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça yürürlüğe konulacak yönetmelikle belirlenir* şeklinde düzenlenmiştir.

³⁷ *Kedi ve köpek sahipleri, hayvanlarını en geç 31/12/2022 tarihine kadar dijital kimliklendirme yöntemleriyle kayıt altına aldırarak zorundadır* şeklindeki Geçici md. 4 hükmünde de görüldüğü üzere, özel olarak kedi ve köpekler ele alınmıştır.

³⁸ Ancak Geçici md. 3 uyarınca Pitbull Terrier, Japanese Tosa, Dogo Argentino, Fila Brasilario gibi türler, aksi düzenleme bulunmadığı müddetçe yasaklananlar listesinde yer alacaktır.

Yine, hayvanlara karşı gerçekleştirilen ve birçoğu sosyal medya yoluyla tespit edilen veya failer tarafından yayınlanan görüntülerin oluşturduğu yoğun ve uzun süreli kamouyu neticesinde, md. 28'deki idari cezalardan hemen sonra gelmek üzere 28/A³⁹ maddesi eklenmiş ve çeşitli adli cezalar düzenlenmiştir. Benzer ve bağlantılı şekilde, kamuoyundaki yoğun talep ve beklentilere paralel olarak *Türk Ceza Kanunu (TCK)* md. 151/2'de⁴⁰ düzenlenen mala zarar verme suçu kapsamına yalnızca sahipli hayvanları dahil eden hüküm kaldırılmıştır. Dolayısıyla, sahipli-sahipsiz hayvan ayrımı bu husus için sona erdirilmiştir.

Başlıca güncellemeler yukarıdakiler gibi olmak üzere, Kanunda çok sayıda ekleme, çıkarma ve değişikliklerin yapıldığını belirtmeliyiz⁴¹. Mevcut Kanun ve yapılan değişiklikler dikkate alındığında, hayvanların daha sıkı bir koruma rejimine alındıkları kolaylıkla teşhis edilebilir. Hatta, Hayvanları Koruma Kanunu dışında, örneğin eşya hukuku veya daha geniş bir ifade ile medeni hukuk nazarında da hayvanların alelade birer eşya olarak değerlendirilmelerini güçleştirecek çok sayıda mevcut hükmün bulunduğunu ifade edebiliriz. Öyle ki, ev hayvanlarının diğer eşyalar gibi haczedilememesi; malikin diğer eşyalarını serbestçe terk edebilmekle birlikte ev hayvanını bu şekilde terk edememesi; alelade bir eşyanın yok edilmesi malikin inisiyatifindeyken, bir ev hayvanı ve evcil hayvanların herhangi bir kimse tarafından (HKK md. 13⁴² dışında) kasten öldürülmesi veya sair kötü muameleye tabi tutulmasının ve ayrıca herhangi bir hayvanın cinsel saldırıya uğramasının cezai hükümlere tabi tutulmuş olması gibi hukuki kurallar da hukukumuzda hayvanların eşyalardan ayrı tutulduğu noktalardan birkaçıdır. Bu durumda, Alman-İsviçre hukuklarındaki gibi doğrudan ifade edilmiş

³⁹ Bu kapsamda, nesli yok olma tehlikesi altında olan bir hayvanı öldürmek; sayılan istisnalar dışında bir ev hayvanını veya evcil hayvanı kasten öldürmek; hayvanlara cinsel saldırıda bulunmak veya tecavüz etmek; bir ev hayvanına veya evcil hayvana işkence etmek veya acımasız ve zalimce muamelede bulunmak gibi sair hallerde cezai hükümler uygulama bulacaktır.

⁴⁰ TCK md. 151'in eski hali için bkz: “Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirlüten kişi, mağdurun şikayeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

Haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, işe yaramayacak hale getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi hakkında yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.”

⁴¹ Örneğin, Ek md. 1'de belediyelerin hayvan bakımevi kurma yükümlülükleri; sahiplsiz, güçten düşmüş veya tehlike arz eden hayvanların bu bakımevlerine götürülmeleri ve ilgili hususlar yer almıştır. Ek md. 2'de ise hayvanların kullanıldığı kara ve su sirkleri ile yunus parklarının kurulmasının yasak olduğu; on yılın sonunda mevcut işletmelerin faaliyetlerine son vereceği ve ilgili hususlar düzenlenmiştir.

⁴² “Kanunî istisnalar ile tıbbî ve bilimsel gerekçeler ve gıda amaçlı olmayan, insan ve çevre sağlığına yönelik önlenemez tehditler bulunan acil durumlar dışında yavrulama, gebelik ve süt anneliği dönemlerinde hayvanlar öldürülemez.

Öldürme işleminden sorumlu kişi ve kuruluşlar, hayvanın kesin olarak öldüğünden emin olunduktan sonra, hayvanın ölüsünü usulüne uygun olarak bertaraf etmek veya ettirmekle yükümlüdürler. Öldürme esas ve usulleri Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”

ayrı bir hüküm bulunmamakla birlikte, hayvanların hukuki statüsü bakımından aynı rejimin Türk hukukunda da benimsenmesinin mümkün ve uygun olduğunu yineleyebiliriz.

III. BAĞIMSIZ BÖLÜMLERDE HAYVAN BULUNDURULMASI

A. GENEL OLARAK

Hayvanlar karada, denizde, doğada ve şehirlerde, kısacası insanın olduğu ve olmadığı hemen her yerde kendine yaşam alanı bulur. Bunlardan bazıları sahipli birer ev hayvanı olarak insanlarla bir arada yaşamlarını sürdürmektedir. Özellikle kuş, balık, sürüngen ve kedi-köpek türleri somut olaylarda sıklıkla inceleme bulacaktır⁴³. Bu noktada çalışmamız içerisindeki asıl mesele, hayvanların kat mülkiyetine tabi yapılardaki bağımsız bölümlerde bulundurulup bulundurulamayacağı üzerinedir. Ancak aşağıda öncelikle, kat mülkiyetine tabi olmayan sair yapılardaki durumun genel hatlarına kısaca işaret etmek, kat mülkiyetine tabi yapılardaki farklı durumu daha iyi izah etmek bakımından faydalı olacaktır.

B. KAT MÜLKİYETİNE TABİ OLMAYAN YAPILARDAKİ DURUMUN GENEL ÇERÇEVESİ

Kat mülkiyetine tabi olmayan, müstakil ve bilhassa tek kişi kullanımındaki bir yapıda bulunan hayvanların durumu için yapılacak inceleme kat mülkiyeti ilişkileri bünyesindeki incelemeye nazaran daha yalındır⁴⁴. Hayvanların bu yapılarda bakılmalarına kural olarak olumlu yaklaşılr. Diğer bir ifade ile hukuki bir engel bulunmaz. Örneğin, sahip olduğu hayvana tek kişi mülkiyetindeki müstakil evinde bakan kimsenin davranışını engelleyen bir hukuk kuralı bulunmaz. Ancak bu ifadeden, kat mülkiyetine tabi olmayan veya tek kişinin mülkiyetinde bulunan yapılarda herhangi bir kural ve sınırlamaya tabi olunmaksızın hayvan bulundurulabileceği, tümüyle serbestçe hareket edilebileceği anlamını da çıkarmamak gerekir.

Öncelikle, her ne kadar aynı binada ikamet eden başka kimseler olmasa da, hayvan bulundurulan yapıya komşu olan kimselerle komşuluktan doğan hukuki ilişki ve yükümlülükler her somut olayda göz önüne alınacaktır. Örneğin, ev hayvanının yaptığı gürültü ile komşu taşınmazdaki kimseleri sürekli olarak rahatsız etmesi hukuk nazarında istenmeyen bir

⁴³ Ancak, nasıl ki evcil hayvanlar ile ev hayvanlarını ilgili kanundaki tanımlamalara uygun olarak ayırıyorsak, aynı şekilde konu kat mülkiyeti ilişkilerine geldiğinde ev hayvanlarını da bir bütün olarak irdelemek yerine somut olayda kendi içerisinde farklı yorumlar yapabiliriz. Örneğin, bağımsız bölümde yönetim planı gereği hayvan bulundurulmasının yasaklanmasına ilişkin mevcut olan hüküm, küçük bir akvaryum balığının da bu alana sokulmasını yasaklayabilir mi? Bu gibi sorular yanıtlanırken hayvan türlerinin genişliği ve her bir hayvanın niteliğinin nazara alınmasının ne derece önemli olduğu anlaşılacaktır. Yoksa, her ikisi de hayvan olsa da bir karınca ile ayıyı tümüyle aynı kapsamda değerlendiremeyiz.

⁴⁴ İnc. Nart (n 17) 147 vd.; Mertkan Uçkan, 'Ev ve Süs Hayvanlarının Konuttan Tahliye Edilmesi Hakkında Bir Değerlendirme' (2013) 8 (Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 2847 vd.

durumdur⁴⁵. Keza, bir şehirdeki birbirine yakın taşınmazlardan birinde koku ve ses yayan bir ahırın mevcudiyeti için de aynı hususu yineleyebiliriz⁴⁶. Ancak, birbirinden bağımsız komşu taşınmazlar arasında makul görülebilecek bir durum, bağımsız bölüm malikleri arasında hoş görülmeyebilir. Her bir somut durumun ayrı ayrı tespiti ve değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Öyle ki, komşu taşınmazlar arasındaki durumu çevreleyen değişkenleri irdelemek gerekir. Mutat şekilde hayvanların bulunduğu, şehir statüsünde olmayan küçük bir yerleşim yerinde müstakil yapı ve bahçe içerisinde beslenen hayvanların yaptığı/çıkardığı sesler ve yaydığı koku bir ölçüde kabul edilir sayılabilecekken; nüfusu az dahi olsa, şehirleşmiş ve yakın/bitişik yapıların bulunduğu bir bölgede farklı yorum yapılabilir⁴⁷. Ayrıca, rahatsızlık kavramının değerlendirilmesinde aşırı hassas veya duyarsız kimseler değil, kural olarak ortalama bir insan dikkate alınmalıdır⁴⁸.

Keza, kat mülkiyetine tabi olmayan, kat irtifakı da tesis edilmemiş ve malik ile malik olmayan kişiler tarafından kullanılan yapılarda, malik veya kullananlardan birisinin bulundurduğu hayvanların (komşu ya da aynı yapıdaki) diğer kimseleri rahatsız etmemesi gerekecektir⁴⁹. Bu bakımdan, taşınmazların uygun şekilde kullanılmasını dava edebilecek

⁴⁵ Nitekim “Herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür. Özellikle, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaktır. Yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan denkleştirmeye ilişkin haklar saklıdır.” şeklindeki TMK md. 737 hükmü, bu gibi bir durumda ele alınabilecek somut düzenleme içermektedir.

⁴⁶ Yarg. 14. HD, 20.10.2020 T., 2016/17880 E., 2020/6460 K.: “...Davaya konu olayda davacı, davalının komşu taşınmaz üzerine inşa ettiği ahırdan gelen kötü koku ile köpek ve hayvanların sesleri nedeniyle zarar gördüğünü belirterek davalının komşuluk hukukuna aykırı davranışının önlenmesini, gerekli tedbirlerin alınmasını istemiştir...

...mahkemece, davalının beslediği köpekler nedeniyle koku ve çevre kirliliği olduğu belirlendiğinden köpek beslenmesi ve yem vermenin önlenmesi şeklinde hüküm kurulması gerekmektedir...”

<<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>> (LHBS: Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

⁴⁷ İnc. Uçkan (n 46) 2850 vd.

⁴⁸ Bkz. Yarg. 14. HD, 20.10.2020 T., 2016/17880 E., 2020/6460 K.: “...Mahkemece yapılacak araştırmalarda somut olayın özelliği, komşu taşınmazların yerleri, nitelikleri, konumları, kullanma amaçları göz önünde tutularak, normal bir insanın hoşgörüsü ve tahammül sınırlarını aşan bir elatmanın bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Davacının sübjektif ve aşırı duyarlılığı ile değil, objektif her normal insanın duyarlılığına göre elatmaya katlanıp katlanamayacağı araştırılmalı; sonuçta katlanılabilir, hoşgörüsü sınırlarını aşan bir zarar veya elatmanın varlığı tespit edildiği takdirde mülkiyet hakkının taşkın olarak kullanıldığı sonucuna varılmalıdır...” (LHBS)

⁴⁹ Farklı bir mesele için ayrıntılı olarak inc. Yarg. 1. HD, 23.12.2010 T., 2010/12498 E., 2010/13946 K.: “...taşınmazda bulunan binada kat mülkiyeti ve kat irtifakı kurulmadığı, davacılar Ş.K.’ın taşınmazda paydaş olduğu, diğer davacılarla, davalının taşınmazda kayıttan ve mülkiyetten kaynaklanan bir haklarının bulunmadığı kayden sabittir. Ancak, davacı Ş. dışındaki davacılar dosyaya ibraz ettikleri satış vaadi sözleşmeleriyle taşınmazda bulunan bağımsız bölümleri kullandıklarını savunmuşlardır.

Davacıların, davalının taşınmazın ortak yeri olan çatı katında güvercin ve köpek beslediğini, davalının beslediği hayvanların pisliğinin çatıdan dairelerine sızarak zarar verdiğini, ortak yer olan çatıyı kullanmadıklarını, davalının çatının onarımına izin vermediğini, ortak asansörün de davalı tarafından kullanıldığını belirterek elatmanın önlenmesi ile çatının onarımı ve zararlarının tazmini isteği ile eldeki davayı açtıkları görülmektedir...

kişiler malikler ile sınırlı değildir. Dolayısıyla, kat mülkiyetine tabi olmayan bir yapıdaki maliklerin veya kiracı gibi kullanım hakkı sahiplerinin birbirlerine (ve diğer komşu yapılardaki kimselere) karşı herhangi bir sorumluluk altında olmadan serbestçe hareket edebileceklerini söylemek de mümkün olmayacaktır.

Bazı durumlarda, varsa komşu yapıdaki veya aynı binadaki kimselerin rahatsız edilip edilmediğinden bağımsız olarak, ilgili hayvanların bulundurulması başlı başına uygunsuzluk teşkil eder. Örneğin, ev ortamında bakılması doğası gereği kendisi için uygun olmayan bir hayvanın bu şekilde tutulması hayvana yapılmış bir kötü muamele olarak nazara alınabilir (bkz. HKK md. 14) ve Hayvanları Koruma Kanunu kapsamında ilgili yaptırımlar uygulanabilir (bkz. HKK md. 28). Aynı şekilde, bakılması, üretilmesi, bulundurulması vs. yasaklanmış olan hayvanların olduğu somut olaylarda da aynı sonuca ulaşılmalıdır. Dolayısıyla, kat mülkiyetine tabi olmayan yapılarda hayvan bulundurulması için kural olarak ayrıca izin alınmayacaksa da, yukarıda verilen örneklerde görüldüğü üzere, hayvan bulundurulmasının somut sınırlama ve sorumluluklara tabi olması olağandır.

C. KAT MÜLKİYETİ İLİŞKİLERİ ÇERÇEVESİNDEKİ DURUM

1. Genel Olarak

Yukarıda görüldüğü üzere, kat mülkiyetine tabi olmayan yapılardaki durum, istisnai haller dışında ilgili kişilerin maliki veya kullanım hakkı sahibi oldukları müstakil taşınmazlarda herhangi bir izne ihtiyaç duyulmaksızın hayvan bulundurulabilmeleridir. Ancak, *Bağımsız bölüm*⁵⁰, *Eklenti*⁵¹ ve *Ortak yer*⁵² kavramlarını içerisinde barındıran kat mülkiyeti ilişkilerinde hayvanların bulundurulması hususu ayrı bir inceleme arz eder.

...komşuluk hukukuna dayalı olarak açılacak elatmanın önlenmesi davaları taşınmaz maliki tarafından açılabileceği gibi malik olmayan, sınırlı aynı hak ya da kişisel hakka dayalı olarak taşınmazı kullanan kişiler tarafından da açılabileceği yargısal uygulamalar gereğidir.

Hal böyle olunca, taşınmazda paydaş olan davacı Ş.. dışında taşınmazda paydaş olmayan ancak taşınmazı sınırlı aynı hak ya da kişisel hakka dayalı olarak kullanan davacıların da dava açma haklarının bulunduğu gözetilerek iddia ve savunmaya ilişkin delillerinde değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken taşınmazda malik olmadıkları gerekçesiyle davalarının reddine karar verilmiş olması doğru değildir..." (LHBS)

⁵⁰ KMK md. 2: “*anagayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup, bu Kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümleri*”; Bağımsız bölüm kavramı için ayrıntılı olarak bkz. Arzu Genç Arıdemir, Kat Mülkiyeti I (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2021) 66 vd.; Ertaş (n 20) pn. 1971-1972

⁵¹ KMK md. 2: “*bir bağımsız bölümün dışında olup, doğrudan doğruya o bölüme tahsis edilmiş olan yerler*”; Eklenti kavramı için ayrıntılı olarak bkz. Genç Arıdemir (n 52) 103 vd.; Ertaş (n 20) pn. 1973 vd.

⁵² KMK md. 2: “*Anagayrimenkulün bağımsız bölümleri dışında kalıp, korunma ve ortaklaşa kullanma veya faydalanmaya yarayan yerler*”; Ortak yer kavramı için ayrıntılı olarak bkz. Genç Arıdemir (n 52) 114 vd.; Ertaş (n 20) pn. 1979 vd.

Bir malik veya kiracı gibi kimselerin kat mülkiyetine tabi yapıdaki bağımsız bölümde hayvan bulundurup bulunduramayacağı meselesine ilişkin olarak, öncelikle kat mülkiyeti ilişkilerini düzenleyen kanun olan Kat Mülkiyeti Kanunu incelenir⁵³. Ancak, doğrudan Kat Mülkiyeti Kanunu ve Türk Medeni Kanunu ile diğer kanunlar incelendiğinde, bağımsız bölümler ve eklentiler başta olmak üzere incelediğimiz fiziksel alanlarda hayvanların bulundurulmasının yasak veya caiz olduğu yönünde açık bir hükmün bulunmadığı görülecektir. Dolayısıyla, uygulamada bu meselenin çözümünde ilk olarak incelenen husus, yönetim planında buna ilişkin bir hükmün bulunup bulunmadığı, diğer bir ifade ile hayvan bulundurulmasının yönetim planı hükmüyle yasaklanıp yasaklanmadığıdır⁵⁴. Kanaatimizce de hayvanların gerek bağımsız bölümlerde gerek ortak alan ve eklentilerde bulundurulup bulundurulamayacağına ilişkin meselede öncelikle yönetim planı incelenmelidir⁵⁵. Bu sebeple aşağıda, bilhassa bağımsız bölümlerde bulundurulan hayvanlara ilişkin değerlendirmeler yapılacak; hayvanların bulundurulmasının hangi durumlarda uygun olup olmadığına ve sair hususlara değinilecektir.

2. Yönetim Planında Yasaklayıcı Bir Hüküm Bulunması

Kat Mülkiyeti Kanunu md. 12'ye göre, kat mülkiyetinin kurulması için istenen belgelerden birisi Yönetim Planı'dır⁵⁶. KMK md. 12/1/b ifadesiyle *Bağımsız bölümlerin kullanılış tarzına, birden çok yapının varlığı halinde bu yapıların özelliğine göre 28 inci maddedeki esaslar çerçevesinde hazırlanmış, kat mülkiyetini kuran malik veya malikler tarafından imzalanmış bir yönetim plânı* bulunmalı ve ibraz edilmelidir. O halde, kat

⁵³ Kat mülkiyeti meselelerine ilk olarak bu Kanunun emredici hükümleri; daha sonra Türk Medeni Kanunu ve diğer kanunların emredici hükümleri; ardından, malikler arasındaki anlaşma hükümleri; son olarak yine Kat Mülkiyeti Kanunu'na öncelik verilmek kaydıyla kanunların yedek hükümleri uygulanacaktır, bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 3) pn. 2105 vd., Genç Arıdemir (n 52) 453; KMK md. 9'da ise *Kat mülkiyetine veya kat irtifakına ait kütük kaydında veya kat malikleri arasındaki sözleşmede veya yönetim planında veya bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, kat mülkiyetinden doğan anlaşmazlıklar, Medeni Kanun ve ilgili diğer kanunlar hükümlerine göre karara bağlanır* hükmü bulunmaktadır.

⁵⁴ İnc. Uçkan (n 46) 2859 vd.; Alı Rıza İlgezdi, Adım Adım Kat Mülkiyeti Hukuku (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 336; yönetim planında hayvanların bulundurulmasına ilişkin yasaklayıcı bir hükmün düzenlenemeyeceği yönünde bkz. Nart (n 17) 159; ancak bu görüşte de, bağımsız bölüme ilişkin yasaklama olmayacaksa da ortak alanlar için yasaklayıcı hükümlerin düzenlenebileceği ifade bulunmaktadır, bkz. a.e. 159; ayrıca kat mülkiyetinde yönetim hususuna ilişkin inc. Murat Topuz, Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2020), 102 vd.

⁵⁵ Ancak farklı olarak, yönetim planına konulacak hükümle bağımsız bölümlerde hayvan bulundurulmasının yasaklanmasının uygun olmadığı, ortak alanlar içinse böyle bir yönetim planı hükmünün oluşturulabileceği de ifade edilebilmektedir, bkz. Uçkan (n 46) 2871 vd.; diğer görüşlerin ayrıntılı incelenmesi için ayr. bkz. a.e. 2861 vd.

⁵⁶ Yönetim Planı kavramı için ayrıntılı olarak bkz. Genç Arıdemir (n 52) 458 vd.; yönetim planının hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Haluk Nami Nomer, 'Kat Mülkiyetinde Yönetim Planının Hukuki Niteliği' (2013) Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, 827 vd.; ayrıca Türk öğretisinin eşyaya bağlı borç ilişkisi görüşünü benimsediği yönünde bkz. a.e. 828

mülkiyetine tabi bir yapının yönetim planını haiz olması beklenir. İlgili tüm kişileri bağlayıcı bir yapıya sahip olan yönetim planı, bağımsız bölümlerden ortak alanlara, yönetim ve yöneticilere kadar çok çeşitli hususlarda hükümler içeren bir unsurdur. Aynı kanunun 28. maddesinde de açıkça ifade edildiği üzere bütün malikleri ve hatta halefler ve yönetici gibi ilgili kişileri de bağlar⁵⁷. Bu sebeple, emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik hakkına veya genel olarak hukuka aykırı olmadığı müddetçe yönetim planı içerisinde yer alan düzenlemelere uyulmak gerekir⁵⁸. Dolayısıyla, usulüne uygun bir şekilde kaleme alınarak yönetim planı haline getirilmiş belgede yer alan hayvan bulundurulmasına ilişkin hükümler, burada saydığımız tüm ilgililer için bağlayıcı şekilde uygulanır.

Hemen akla gelebileceği üzere yönetim planında bulunmayan bir hususun sonradan eklenmesi, daha önceden cevaz verilen bir hususun daha sonradan yasaklanması, çeşitli değişikliklerin yapılması mümkündür. KMK md. 33'e dayalı başvuru imkanı baki olmak üzere⁵⁹, kural olarak 4/5 çoğunluk oyuyla ilgili değişiklik yapılabilecektir⁶⁰. Bu durumda,

⁵⁷ Uçkan (n 46) 2859; Abdülkadir Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim (2nd edn, Temel Yayınları 1994) 65; Yarg. 20. HD, 09.05.2017 T., 2017/836 E., 2017/4192 K.: "...Yönetim planının 9. maddesinin (e) bendinde, kendi bağımsız bölüm ve eklentisi ile ortak yerlerde, kat malikleri kurulunca müsaade edilmedikçe; kedi, köpek ve tavuk gibi hayvanlar besleyemezler, hükmü kararlaştırılmıştır. Kat malikleri kurulunca alınan aksi bir karar bulunmaması sonucu yönetim planı geçerlidir. Kat Mülkiyeti Kanununun 28. maddesi gereğince, yönetim planı bütün kat maliklerini, bunların külli ve cüzi haleflerini bağlayan bir sözleşme niteliğindedir. Yönetim planı değiştirilmedikçe bağımsız bölüm malikleri, külli ve cüzi halefleri ile yönetici ve denetçiler buna uymak mecburiyetindedir. Yönetim planında bağımsız bölüm maliklerinin kendi bağımsız bölümleri ile eklenti ve ortak yerlerde hayvan beslemeyecekleri kararlaştırıldığına göre bağımsız bölümde beslenen kedi ve köpek çevresine rahatsızlık vermemiş olsa dahi davalılarda bu yönetim planına uymak zorundadırlar. 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun da, ev ve süs hayvanları bakımından bunların bağımsız bölümlerde beslenebileceklerine dair bir hüküm mevcut olmadığı gibi, Türkiye'nin tarafı olduğu Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinde de buna imkan veren bir düzenleme bulunmamaktadır. Yönetim planının 9/e maddesinde kat malikleri kurulunca müsaade edilmedikçe anataşınmazın bağımsız bölüm, eklenti ve ortak yerlerinde kedi ve köpek beslenmesi yasaklanmış olduğundan, tüm bu olguların gözetilerek tarafteski sağlandıktan sonra ilk celsede davanın kabulü ile köpeğin bağımsız bölümden uzaklaştırılmasına karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir..." (LHBS); Yarg. 20. HD, 03.10.2017 T., 2017/4850 E., 2017/7206 K.

⁵⁸ Yönetim planının konu bakımından hükümsüzlüğüne ilişkin bkz. Genç Arıdemir (n 52) 562 vd.; ayrıca, bazı hükümlerin geçersizliğinin planın tümüne sirayet edip etmeyeceğine ilişkin farklı görüşlerin bulunduğu görülmektedir, bu hususta bkz. a.e. 568 vd.

⁵⁹ Esasen planın yapılması oybirliğine dayanmakta ise de değişiklik için 4/5 çoğunluk yeterlidir. Her durumda yeterli çoğunluğun sağlanamaması halinde md. 33'e dayalı mahkemeye başvuru haklı saklıdır, Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 3) pn. 2278; Sirmen (n 22) 509; Ayrıca, yönetim planının değiştirilmesi için kanunda öngörülen sayının Yargıtay'a göre emredici olduğu ve azaltma/artırmanın kanuna aykırı olacağına işaret edilmektedir, Ahmet Nar, 'Kat Malikleri Kurulu' (2018) XXII (1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 175 ve dn. 52 (Yarg. 18. HD, 10.06.2002 T., 2002/5684 E., 2002/6601 K.); Genç Arıdemir (n 52) 475

⁶⁰ Daha önceki düzenlemelerde oybirliği arandığı ifade edilmektedir, bkz. Arpacı (n 59) 60; Toplu yapılarda yönetim planı ve değiştirilmesi ise md. 70'de ayrıca düzenlenmiştir. Bkz. KMK md. 70: "Toplu yapı kapsamındaki yapı ve yerler için tamamını kapsayan bir tek yönetim planı düzenlenir. Yönetim planı, toplu yapı kapsamındaki bütün kat maliklerini bağlar. Yönetim planının değiştirilebilmesi için, toplu yapı temsilciler kurulu üyelerinin temsil ettikleri bağımsız bölümlerin tamsayısının beşte dördünün oyu şarttır. Geçici yönetimle ilgili yönetim planı hükümleri, toplu yapı alanındaki bağımsız bölüm maliklerinin beşte dördünün oylarıyla değiştirilebilir."

hayvan bulundurulmasına ilişkin meselenin çözümü için gerekli çoğunluğa uyularak karara bağlanmış bir plan değişikliği de yeterli olacaktır. Yönetim planının ilk hali gibi daha sonradan değiştirilmiş hali de gerek malikler (itiraz edenler dahil) gerek onların külli ve cüzi halefleri gerek yönetici ve denetçiler için aynı şekilde bağlayıcıdır. Öyle ki, plan ve varsa sonradan yapılan değişiklikler, kat mülkiyeti kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilecektir⁶¹. Her durumda, planda hüküm bulunmayan hallerde ise somut meseleler Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri başta olmak üzere genel hükümler yardımı ile çözüme kavuşturulacaktır.

Bu kapsamda, somut olaydaki uyuşmazlığı inceleyen mahkemenin de yönetim planını mutlaka nazara alması gerekir. Dolayısıyla, yönetim planında bağımsız bölümlerde hayvan bulundurulmasına ilişkin bir düzenleme bulunması durumunda bu düzenlemeye uyulmak gerekecektir. Örneğin, bağımsız bölümlerde bazı cins hayvanların bulundurulamayacağı; hayvan bulundurulmasına müsaade edilmesi için kat malikleri kurulundan belirli bir çoğunlukla izin alınması gerektiği; bulundurulacak azami hayvan sayısı⁶²; hayvanların ortak yerlerde bakılıp bakılmayacağı veya hangi gün ve saatlerde buna müsaade edileceği; hayvan bulundurulmasının uygun görüldüğü hallerde toplu yaşamla ilintili olmak üzere uyulması gereken diğer kurallar; varsa, ortak yaşam alanlarında hayvanların istifadesine tahsis edilmiş bölümler ve kullanım ilkeleri gibi sair düzenlemeler yapılabilecek ve bu düzenlemeler bağlayıcı olacaktır.

Kural olarak, yönetim planı ile hayvan bulundurulmasının yasaklandığı yapılarda hayvanların çevreye zarar verip vermediği, gürültü yapıp yapmadığı, koku yayıp yaymadığı gibi değişkenlerin incelenmesine gerek duyulmamaktadır⁶³. Diğer bir ifade ile, kat mülkiyeti

⁶¹ Buna karşılık, beyanlar hanesine kaydedilmemiş plan ve değişikliklerin cüzi halefleri bağlamadığı da ifade edilmektedir, Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 3) pn. 2276; Öte yandan, yönetim planında yapılan değişiklik beyanlar hanesine işlenmemiş olsa dahi cüzi halefler için de bağlayıcı olması gerektiği ifade bulunmaktadır, Ertaş (n 20) pn. 2116; aynı yönde ve “...Çünkü, zaten yönetim planı beyanlar hanesine yazılsa bile, cüzi halefler beyanlar hanesine bakarak yönetim planının içeriğine öğrenemeyecekler, yalnızca yönetim planının tarihine ve değişiklik yapıldıysa, değişiklik tarihini öğreneceklerdir...” şeklinde bkz. Ali Hulki Cihan, ‘Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı ve Hukuki Sonuçları’, Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri, Editör: Tuğçe Tuzcuoğlu ve Ali Hulki Cihan, (2018), On İki Levha Yayınları, 624

⁶² Yönetim planında genel bir hayvan bulundurma yasağı getirilmek uygun olmazsa da hayvan sayısı vb. gibi somut düzenlemelerin yapılabileceği hususunda bkz. Genç Arıdemir (n 52) 530

⁶³ İlgezdi (n 56) 336; Örn. Yarg. 20. HD, 30.04.2018 T., 2017/3515 E., 2018/3192 K.: “...Dava, mezkur hayvanların siteden uzaklaştırılması ve yapılan barınakların sökülerek eski haline getirme istemine ilişkindir. Kat Mülkiyeti Kanununun maddesine göre tüm kat maliklerini bağlayıcı sözleşme niteliğinde olan yönetim planında, bağımsız bölüm ve eklentilerinde kedi, köpek gibi hayvanların beslenmesi açıkça yasaklanmış ise bağımsız bölümde beslenen kedi ve köpek çevresine rahatsızlık vermemiş olsa dahi uyuşmazlık halinde mahkemece yönetim planının uygulanması zorunludur. Yönetim planının B-Kat Maliklerinin Hakları ve Borçları bölümünün .../b maddesinde "Kendi bağımsız bölümü ile ortak yerlerde kat malikleri kurulunca müsaade edilmedikçe kedi, köpek ve tavuk gibi hayvanlar beslenmesi yasaklanmış olduğundan davanın kısmen kabulü ile davalıların bahçe ve ortak alanda beslediği köpeklerin tahliyesine karar verilmesinde bir isabetsizlik

düzenindeki toplu yaşamın huzuru için son derece önemli olan hususları düzenleyen ve yönetim planı gibi bir esas sözleşmeyle belirlenmiş kurallara mutlak surette uyulmak gerekir. Bu noktada, yönetim planında yasaklama yönünde bir hüküm varsa, mahkemeler ve Yargıtay'ın ayrıca hayvanın bulunmasından dolayı mevcut bir rahatsızlık veya zarar aramadığına işaret edilmektedir⁶⁴.

Öte yandan, somut olaylarda bahse konu hayvanlar çoğunlukla köpekler olmakla birlikte, çalışmanın başlangıcında belirtildiği üzere hayvan türleri köpeklerle sınırlı değildir. Japon balığından köpek balığına, fareden aslana kadar geniş bir yelpaze ele alınmaya müsaittir. Bu noktada, mutad şekilde insanların bir arada yaşamaktan çekinmedikleri, çoğunlukla küçük boyutlu, olumsuz şartlarda dahi zarar verme potansiyeli bulunmayan, niteliği gereği gürültü-koku-saldırganlık-zarar verme gibi olumsuzlukları taşımayan hayvanları da kapsayacak şekilde genel ve mutlak bir yasaklama ise uygun olmaz. Örneğin, bir japon balığının ve muhabbet kuşunun insanlarla bir arada bulunması, üzerinde şüpheye yer bulunmayacak derecede mutad vaziyettedir. Bu gibi hayvanların durumu her bir somut olayda ayrı ayrı incelenecek olmakla birlikte, örnekteki gibi hayvanların bağımsız bölümlerde bulundurulmasının yasaklanması *dürüstlük kuralı*⁶⁵; *de minimis non curat lex*; *hayatın olağan düzeni*; *mülkiyet hakkı* gibi sair hukuki kural ve argümanlar ile karşılaşılabilecektir.

Keza, bağımsız bölümlerden bazısında hayvan bulundurulup, ismen sayılı bazı bölümlerde ise bulundurulamayacağına ilişkin bir düzenleme de (yapısal-hukuksal-mantıksal gerekçeleri ortaya konulmadığı sürece) kural olarak uygun olmaz. Benzer biçimde, yalnızca belirli bir tür hayvanın beslenmesine izin verilmesi ve (koku, saldırganlık veya gürültü yapma potansiyeli-büyüklik gibi mantıksal sebeplere dayanmayan) anlamsız ve düzen/huzur/yönetim saikine hizmet etmeyen sebeplerle diğerlerine izin verilmemesi de uygun olmayacak bir plan hükmü teşkil edecektir. Örneğin, van kedisi dışındaki kedi türlerini beslemenin yasak olması gibi.

İfade edildiği üzere Yargıtay uygulamasına göre, yönetim planında belirli hayvanların bulundurulmasının yasak olması halinde bu kural, bahse konu hayvanların ilgili bağımsız

görülmemiştir..." (LHBS); Yarg. 20. HD, 06.11.2017 T., 2017/4787 E., 2017/8934 K.; Yarg. 20. HD, 31.10.2017 T., 2017/1928 E., 2017/8646 K.

⁶⁴ Bkz. Nart (n 17) 125 vd.; Genç Arıdemir (n 52) 526; İlgezdi (n 56) 339; Uçkan (n 46) 2860 vd.; konuya ilişkin görüşlerin detaylı incelemesi için ayr. bkz. a.e. 2861 vd.; hayvanlara ilişkin yasağın ev hayvanı olmayan hayvanlar için geçerli olabileceği yönünde bkz. Ahmet Kemal Şenpolat, Evcil Hayvanlar ve Hukuksal Sorunlar' (2007) 81 (2) İstanbul Barosu Dergisi, 603

⁶⁵ TMK md. 2: "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.*

Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz."

bölümden hiç çıkmaması, henüz koku ve gürültü yapmaması, zarara sebebiyet vermemiş olması gibi durumlarda da aynen uygulanır. Diğer bir ifade ile, hayvanın henüz bir zarara sebebiyet vermemiş olduğu savunması yönetim planı hükmünün uygulanmaması, etkisiz kılınması sonucunu doğurmaz.

Ancak yine de, somut olayda dürüstlük kuralı başta olmak üzere sair sebeplerle hayvan bulunduran lehine yorumlanacak istisnai durumlara da ulaşılabilme ihtimali bulunabilir. Bunun için her bir somut olay titizlikle incelenmelidir. Örneğin, yönetim planında tüm köpeklere ilişkin genel bir yasaklama olmakla birlikte, somut olaydaki köpeğin biyolojik cinsi gereği oldukça küçük olması, makul ölçünün altında bir ses veya koku çıkarmaya dahi müsait olmaması, bağımsız bölüme girerken herhangi bir kimse ile temasının yapının durumu gereği mümkün olmaması gibi somut hallerin bir arada bulunduğu durumlarda, yönetim planı ile getirilen yasaklamanın amacının zedelenmediği sonucuna da varılabilir. Keza, birbirini tanıyan az sayıda malikten oluşan bir apartmanda, bulundurulduğu çok uzun sürelerdir bilinen ve memnuniyetle karşılanan hayvanın tahliyesinin, herhangi başka bir sebep bulunmaksızın yalnızca malikler arasında başka bir konudan kaynaklanan husumetten dolayı talep edilmesi durumunda da tahliye talebine olumsuz cevap verilebilir⁶⁶. Elbette bu ihtimallerin son derece istisnai durumlar olacağını, detaylı bir inceleme gerektiğini yinelemeliyiz.

Yine Yargıtay kararları incelendiğinde, *kat malikleri kurulu tarafından izin verilmediği sürece hayvan bulundurulmasının yasak olması...* şeklinde yönetim planlarının uygulamada yer aldığı görülmektedir⁶⁷. Bu gibi bir durumda yönetim planında izin için özel bir şart, oy oranı öngörülmediği sürece çoğunluk oyu ile hayvan bulundurulması mümkün olmalıdır. Yine hayvan bulundurulması için oybirliği arandığı bir örnekte⁶⁸ ise hükmün lafzıyla oybirliği

⁶⁶ İnc. Uçkan (n 46) 2875 vd.

⁶⁷ Bkz. Yarg. 20. HD, 17/1/2018 T., 2017/1186 E., 2018/204 K.: "...Site yönetim planı 20. maddesinde kat malikleri için "...Kendi bağımsız bölüm ve eklentileri ile ortak yerlerde, villa malikleri kurulunca müsaade edilmediği taktirde kedi, köpek ve tavuk gibi hayvanlar besleyemezler..." maddesi hükmüne göre yönetim planı tüm kat maliklerini bağlayan sözleşme niteliğinde bulunduğundan, davalı site yönetim planının 20. maddesinde kat maliklerinin kedi, köpek, tavuk gibi hayvan beslemelerinin yasaklandığı görülmekle, Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlar ile yasal gerektirici nedenlere göre site yönetim planının 20. maddesi ve Kat Mülkiyeti Kanununun 28. maddesi hükmüne uygun olarak karar verildiği anlaşıldığından, yerinde görülmeyen temyiz itirazının reddi ile usûle ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA..." (LHBS); Yarg. 20. HD, 02.04.2018 T., 2017/2855 E., 2018/2441 K.

⁶⁸ Yarg. 20. HD, 02.04.2018 T., 2017/2428 E., 2018/2429 K.: "...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasal gerektirici nedenlere ve özellikle anataşınmaz yönetim planı 50/e maddesinde; kendi bağımsız bölüm ve eklentisi ile blok ortak yerler ile toplu yapı ortak alanlarında toplu yapı yönetim kurulunca oybirliği ile karar kılınmadıkça kedi, köpek ve tavuk vs hayvanlar besleyemezler düzenlemesine yer verildiği, Kat Mülkiyeti Kanununun 28. maddesi gereğince de yönetim planı bütünü kat maliklerini, bunların külli ve cüzi haleflerini bağlayan bir sözleşme niteliğinde olup Yönetim planı değiştirilmedikçe bağımsız bölüm malikleri, külli ve cüzi halefleri ile yönetici ve denetçiler buna uymak mecburiyetindedir ve yönetim planında bağımsız bölüm maliklerinin kendi bağımsız bölümleri ile eklenti ve ortak yerlerde hayvan besleyemeyecekleri

aranacak olmakla birlikte, 4/5 çoğunluk sağlanarak gerçekleştirilen yönetim planı değişikliği ile mevcut plandaki oybirliği şartı etkisiz kılınabilecektir.

3. Yönetim Planında Yasaklayıcı Bir Hüküm Bulunmaması

a. Genel Olarak

Kat mülkiyetine tabi yapılarda hayvanların bulundurulması ile ilgili somut uyuşmazlıklarda ilk ve özellikle inceleme konusu edilecek husus yönetim planı içerisinde duruma ilişkin bir düzenleme bulunup bulunmadığıdır. Yukarıda izah edildiği üzere, malikleri, haleflerini ve ilgili tüm kişileri bağlayıcı yapıya sahip olan yönetim planında açık bir yasaklayıcı hüküm bulunması durumunda (hükümün kendisi hukuka aykırı olmadığı takdirde) buna göre hareket edilecektir. Ancak, somut olayda hayvanlara ilişkin hiç veya yeterli açıklıkta hükümler yer almaması veya doğrudan izin veren hükümlerin bulunması mümkündür. Bu sebeple aşağıda, kısaca bu ihtimaller üzerinde durulmak gerekir.

b. Herhangi Bir Hükümün Bulunmaması

Hemen belirtmek gerekir ki, yönetim planında hayvanların barınmasına müsaade edilip edilmediğine ilişkin bir hüküm yer almıyorsa, hayvan bulundurmanın yasak olduğu sonucuna varmak mümkün olmaz. Bu durumda, kural olarak bağımsız bölümde hayvan bulundurulmasına cevaz verilmek gerekecektir⁶⁹. Ancak, yasaklayıcı bir hükümün bulunmaması bağımsız bölüm maliklerinin veya kiracılar gibi kullanım hakkı sahiplerinin tamamen serbest şekilde hareket edebilecekleri anlamına da gelmeyecektir.

İlk olarak, planda yasaklayıcı bir hüküm bulunmasa bile bağımsız bölümde bulundurulan hayvanların koku yayma, gürültü yapma, saldırganlık ve hareketlilik neticesinde diğer kimseler üzerinde kabul görmeyen etkiler teşkil etmeleri hallerinde, yapıda bulunan diğer kimselerin hayvan bulunduran kimselerden buna ilişkin önlem alınmasını veya bu yeterli olmadığı / cevapsız kaldığı durumlarda hayvanın tahliye edilmesini isteme ve dava etme hakkı bulunacaktır. Örneğin, bağımsız bölümde bakılan köpeğin (sesle veya hareketle) sürekli olarak gürültü yapması durumu böyledir⁷⁰.

kararlaştırıldığından davalı da bu yönetim planına uymak zorunda olduğundan ve taşınmazda köpek beslediği anlaşılacakla kanıtların takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre sair temyiz itirazları yerinde değildir...” (LHBS)

⁶⁹ Uçkan (n 46) 2877

⁷⁰ Hayvanın yaptığı gürültünün tespitine ilişkin olarak bkz. Uçkan (n 46) 2855 vd.

Ayrıca, bulundurulmasına cevaz verilen hayvanların yalnızca bağımsız bölüm içerisindeki davranışlarının değil, aynı zamanda tüm ortak alanlardaki davranışlarının da somut olayda inceleme bulacağında şüphe yoktur. Örneğin, bağımsız bölüm içerisinde son derece sakin ve uyumlu olsa da ortak alanlarda çeşitli olumsuz davranışlar sergileyen hayvan için farklı yorum yapılması gerekir⁷¹. Bu noktada gerek kamuya açık alanlarda gerek kat mülkiyetine tabi ortak alanlarda olsun, hayvanın diğer kimseler ile temasının, bulduran kimsenin kontrolü dahilinde olması, özellikle diğer kimselerin rahatsız olması veya zarar görmesi tehlikesinin önlenmesi için gerekli özenin gösterilmesi, hayvan buldurandan beklenen makul davranışlar olacaktır. Örneğin, hayvanı başboş bırakmamak; tasma kullanmak; hayvanı kişilerin hareket alanlarını bloke edecek şekilde tutmamak; dışkılama gibi sebeplerle oluşacak kirlenmelere engel olmak makul davranışlardan bazıları olarak karşımıza çıkacaktır.

Keza, henüz mevcut bir rahatsız edici durum olmasa bile, toplu halde yaşanan bir yapı ve alan içerisinde bakılması uygun olmayan, yabani veya kanunen yasaklı hayvanların bulundurulmasına da olumsuz cevap verilmek gerekecektir. Diğer bir ifade ile, bu başlık altında ele alınan hayvan buldurma serbestisi ev hayvanlarını kapsar. Örneğin, bir kümes hayvanının veya çeşitli düzenlemeler uyarınca yasaklanmış Pitbull Terrier, Japanese Tosa, Dogo Argentino, Fila Brasileiro (bkz. HKK Geçici md. 3⁷²) gibi türlerin veya diğer yabani, yırtıcı hayvanların konut olarak kullanılan bir bölümde barındırılmasını, yönetim planında engelleyici hiçbir hüküm bulunmasa dahi olumsuz karşılamak gerekir. Zira, örneklenen hayvanların evde ve bilhassa kat mülkiyetine tabi bir yapı bünyesinde bulunan bağımsız bölümlerde bulundurulmaları nitelikleri gereği de uygun olmaz. Bu bakımdan, Hayvanları Koruma Kanunu sistemindeki ev hayvanı kavram ve sınırlaması içerisinde kalınmak gerekecektir.

Öte yandan, diğer kimseleri rahatsız eden bir hayvanın tahliyesinin talep edilebilmesi için bu hayvanın bağımsız bölüme malik veya kiracı tarafından sokulmuş olması gerekmez. Öyle ki, söz konusu bağımsız bölüm malikin hakimiyet alanı olarak nazara alınacağından, bu

⁷¹ Ayrıca, hayvanın vermiş olduğu rahatsızlığın her zaman aktif bir hareket, gürültü, koku, saldırganlık ile somutlaştırılması da gerekmez. Ortak alanda hayvan bulunmasına müsaade edilen bir durumda, apartman girişine, çocuk parkına, otoparka bağlanan hayvan herhangi bir taşkınlık yapmasa da diğer kimselerin bu alanları kullanmasına istemeden de olsa engel oluyor ise bulduran kimseden bunu önlemesi istenebilir. Diğer bir ifade ile, ortak alanda hayvan bulundurulmasının serbest olması, hayvan bulduranın sorumluluğundan ve kat mülkiyeti kurallarından bağımsız olmak anlamına gelmez.

⁷² “14 üncü maddenin birinci fıkrasının (1) bendi uyarınca, tehlike arz eden hayvanların belirlenmesine ilişkin Bakanlıkça yapılacak düzenleme yürürlüğe konuluncaya kadar; Pitbull Terrier, Japanese Tosa, Dogo Argentino, Fila Brasileiro türlerini veya bunların melezlerini üreten, sahiplenen, sahiplendiren, barındıran, besleyen, takas eden, sergileyen, hediye eden ve bunların ülkemize girişini, satışını ve reklamını yapana hayvan başına on bir bin Türk lirası idarî para cezası verilir. Bu hayvanlara el konulur ve bu hayvanlar belediyeler tarafından hayvan bakımevine götürülür.”.

alana bir şekilde giren hayvanların rahatsızlık vermemesi ve tahliyesi noktasında yine malike/bulundurana başvurulabilir. Örnekle açıklamak gerekirse, malikin, pencerelerini açık bırakarak bağımsız bölümünü terk etmesi akabinde içeriye giren kuş sürüsü sebebiyle gürültü, koku, bit-pire üremesi gibi olumsuzlukların yaşanması; yine giriş katta sahihsiz bırakılan dairenin içerisine yuva yapan hayvanların çeşitli istenmeyen durumlara sebebiyet vermesi örneklerinde, bahse konu olumsuzlukların giderilmesi gerekecek; kendisine buna ilişkin talepler yöneltilen kimse, söz konusu hayvanların kendisine ait olmadığı savunmasında bulunamayacaktır. Bu örneklerde hayvanların tahliye edilmesi yanı sıra, ilgili bağımsız bölüm malikin (veya somut olaydaki fiili kullananın) kusuru mevcut ise meydana gelen zararların tazmini de kendisinden istenebilir. Bilhassa mesele kendisine bildirilmesine rağmen gerekli önlemleri almayan kimsenin durumu böyledir. Örneğin, dairesinin camı başkası tarafından veya rüzgarın etkisiyle kırılmış olsa bile, bu durum kendisine iletilmesine rağmen uzun süreler önlem almayan malikin, kırılan camdan içeri giren hayvanların özellikle ortak alan ve diğer bağımsız bölümlere (dolayısıyla diğer malik ve kullanıcılara) verdiği zararlarda kusurlu olduğu kabul edilmelidir.

Hayvanların bağımsız bölümlerde ve ortak alanlarda bulunmasına ilişkin akla gelecek bir diğer husus veterinerlik faaliyeti yürütülmesidir. Öyle ki, yürütülen veterinerlik faaliyeti esnasında kısa süreli dahi olsa ilgili bağımsız bölümde hayvan bulundurulacak; söz konusu hayvanlar çoğu durumda giriş-çıkış yaparken ortak alanlardan geçecek ve bu alanları da kullanacaktır. Bu noktada, veterinerlik faaliyetlerinin yapılabilmesi için bir izin aranıp aranmayacağı ve varsa bu izin hangi niteliğe sahip olması gerektiği kısaca incelendiğinde ise Yargıtay'ın bu konuda oybirliği ile izin verilmesi gerektiği yönünde karar verdiği ifade edilecektir⁷³.

Son olarak, yönetim planında hayvan bulundurmaya ilişkin bir hüküm olmasa da, kat maliklerinin 4/5 çoğunluk oyuyla karar alabileceklerini; detaylarını düzenlemek de dahil olmak üzere belirsizliği gidermek amacıyla yönetim planını değiştirebileceklerini eklemek gerekir. Buna bağlı olarak ise yönetim planında hüküm bulunmadığı ve söz konusu hayvanların diğer kimselere zarar veya rahatsızlık vermediği durumlarda hayvan bulundurulmasının kat malikleri

⁷³ Genç Arıdemir (n 52) 700; Mustafa Karabay, '634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu Kapsamında Kat Maliklerinin Hak ve Borçları', (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2019) 94; "...Kat Mülkiyeti Yasasının 24. maddesine göre tapuda mesken olarak kayıtlı bağımsız bölümlerde hayvanların tedavi ve bakımlarının yapıldığı veterinerlik faaliyetlerinin yürütülebilmesi tüm kat maliklerinin oybirliğiyle verecekleri kararla mümkündür..." şeklindeki karar (Yarg. 18. HD, 25.05.2009 T., 2009/4897 E., 2009/5402 K.) için bkz. Genç Arıdemir (n 52) 700 ve <<https://ilkerduman.av.tr/?d=131>>

tarafından (plan değişikliği yapmadan) engellenip engellenemeyeceği akla gelecektir. Kural olarak, hayvan bulundurulmasının yasaklanması gibi bir karar için Kat Mülkiyeti Kanunu'nda özel bir çoğunluk aranmadığından, salt çoğunluğa göre karar alınması yönünde teorik bir engel bulunmadığı sonucuna varılabilir. Öte yandan, halihazırda yönetim planı gibi bağlayıcı bir hukuki metinle yapılacak yasaklamanın akıbetinin dahi (Yargıtay kararları istikrarlı olsa da) tartışmalı⁷⁴ olabildiği göz önüne alındığında, hayvan bulundurulmasının salt çoğunluk ile yasaklanması hususuna tereddüt ile yaklaşılabilir. Nitekim Yargıtay bir kararında, yönetim planında yasaklayıcı bir hüküm olmayan bir olayda kat malikleri tarafından alınan yasaklama kararının yönetim planını değiştiren bir etkiye sahip olmadığına hükmetmiştir⁷⁵. Bu durum, Yargıtay'ın hayvanlara ilişkin meselelerde yönetim planı kavramına mutlak surette önem atfettiğini veya meseleyi bu şekilde çözdüğünü göstermektedir.

Özetle, yönetim planında herhangi bir hüküm bulunmaması durumunda, bağımsız bölümde ev hayvanlarının bulundurulması olumlu karşılanmak durumundadır. Ancak, sair mevzuat hükümlerine aykırılık teşkil eden ve toplu yaşama kurallarını ihlal eden durumlara cevaz verilemeyecektir.

c. Açıkça İzin Veren Bir Hükümün Bulunması

Gerek tek kişi gerek birden fazla kişinin mülkiyetinde olsun, kat mülkiyetine çevrilmeye müsait bir yapı için yapılacak kuruluş başvurusuna (KMK md. 12 gereğince) eklenen yönetim planında, bahse konu yapıdaki bağımsız bölümlerde hayvan bulundurulabileceğine ilişkin doğrudan ve açık bir hüküm tesis edilmiş olabilir. Keza, başlangıçta yönetim planında herhangi bir hüküm bulunmadığı veya yasaklayıcı bir hüküm bulunduğu durumlarda da daha sonradan gerekli çoğunluk sağlanmak kaydıyla, hayvan bulundurulmasına cevaz veren ve ilgili hususları düzenleyen hükümler eklenebilir.

Yönetim planında, bağımsız bölümler içerisinde hayvan bulundurulmasına cevaz veren düzenleme mevcut ise kural olarak buna uyulmak gerekecektir. Bu düzenleme, malikler ve halefler dahil olmak üzere tüm ilgilileri bağlayacak; bir uyuşmazlık halinde hakim tarafından da mutlaka göz önüne alınacaktır. Bu kapsamda yönetim planındaki somut hükümde, bağımsız

⁷⁴ Bu kapsamda inc. Nart (n 17) 159; Genç Arıdemir (n 52) 530; Şenpolat (n 66) 603

⁷⁵ Bkz. Yarg. 18. HD, 20.09.2010 T., 2010/5825 E., 2010/11552 K.: "...Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinde davalının kat mülkiyetli anataşınmazda kat maliki olduğu, ana taşınmazın yönetim planında bağımsız bölümlerde köpek beslenmesini engelleyen bir hükmün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kat malikleri kurulunca 04.11.2005 tarihinde bağımsız bölümlerde köpek beslenemeyeceğine ilişkin karar alınmış ise de bu karar yönetim planını değiştirici nitelikte bir karar değildir. Buna göre sözü edilen kat malikleri kurulu kararına dayanılarak köpek beslenmesinin önlenmesine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir..." (LHBS)

bölüm, eklenti ve ortak alanlardan bazısı veya tamamında hayvanların bulundurulabileceği kararlaştırılabilir ve daha detaylı düzenlemeler de yapılabilir⁷⁶. Örneğin, hayvanların bağımsız bölümlerde bulundurulabileceği, ancak ortak alanlarda bulundurulamayacağı belirtilmiş olabilir. Bu durumda hayvan bulunduranın, söz konusu hayvanı bağımsız bölümüne sokarken ve çıkarırken mümkün olduğunca bu kurala uygun şekilde hareket etmesi; hayvanın boyutu müsait ise kafes kullanılması veya elde taşınması, değilse mutlaka tasma kullanılması gibi somut olayda incelenecek hususlara dikkat etmesi beklenir. Keza, bağımsız bölümde bulundurulabilecek azami hayvan sayısı; ortak alanlarda hareket edecek hayvanların uyması gereken kurallar ve benzeri hususlar ayrıca düzenlenebilir. Hatta bunların düzenlenmesi, toplu yaşama düzenindeki muhtemel uyuşmazlıkların önceden giderilmesi için son derece faydalı olacaktır.

Yine yönetim planında, ortak alanlarda bulunan ve özel olarak düzenlenmiş belirli bölgelerde hayvanların bulunabileceği, hayvan bulunduranların bu bölgelerden istifade edebilecekleri de düzenlenmiş olabilir. Bu istifadenin belirli saat dilimleri başta olmak üzere çeşitli özel şartlara tabi kılınması da mümkündür. Doğrudan hayvan bulundurulması için özel olarak projelendirilmiş ortak alan veya eklentilerin söz konusu olduğu somut olaylarda bu alanlardan da faydalanılabilir.

Diğer taraftan, hayvan bulundurulmasına açıkça müsaade edilmiş olması durumunda, hayvan bulunduranların Kat Mülkiyeti Kanunu bünyesindeki başta olmak üzere toplu yaşama ve hayvan bulundurmaya ilişkin sorumlulukları devam etmektedir. Örneğin, hayvanın gürültü yapması, koku ve hastalık yayması, çevreyi çeşitli şekillerde rahatsız etmesi, bina, mal veya insanlara zarar vermesi veya zarar verme tehlikesi oluşturması gibi hallerde toplu yaşama ilişkin çeşitli kuralların ihlal edildiği sonucuna varılmak mümkün olacaktır⁷⁷. Keza, yönetim

⁷⁶ Örneğin bkz. Yarg. 18. HD, 26.04.2010 T., 2010/3306 E., 2010/6247 K.: “...634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasasının 28.maddesine göre; Yönetim planı yönetim tarzını, kullanma maksat ve şeklini yönetici ve denetçilerin alacakları ücreti ve yönetime ait diğer hususları düzenler. Yönetim planı, bütün kat maliklerini bağlayan bir sözleşme hükmündedir. Yönetim planı hükümlerinin, kat malikleri arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümlenmesinde -yasanın emredici kurallarına açıkça aykırı olmadıkça veya mahkemece iptal edilmedikçe ya da kat malikleri kurulunca değiştirilmedikçe- öncelikle uygulanması esastır. Davalının, tapu kütüğünde tescilli olan yönetim planı hükmüne açıkça aykırı olan köpek besleme eyleminin önlenmesine karar verilmesi gerekirken, yasal olmayan gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir...” (LHBS)

⁷⁷ Bu gibi durumlarda (yerindeligi tartışılabilir olmakla birlikte) Yargıtay, diğer kat maliklerine rahatsızlık veren hayvanlara ilişkin kat malikleri kurulu karar ve tutanağını yeterli görmeyebilmekte ve keşif, tanık beyanları gibi sair delillerin araştırılması talep edilebilmektedir.; Örn. Yarg. 20. HD, 01.10.2018 T., 2017/2190 E., 2018/6103 K.: “...dava dilekçesinde Kat Mülkiyeti Kanununun 18. maddesi gereğince köpeğin bağımsız bölümden uzaklaştırılmasının talep edildiği ve yönetim planında da hayvan beslemeyi yasaklayıcı bir hüküm de bulunmadığı anlaşılmalı mahkemece her ne kadar kat malikleri kurulu toplantısında 2017/2190 - 2018/6103 köpek beslenmesine yönelik şikayetler olduğu ve bunun rahatsızlık verdiğini ispatladığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş ise de öncelikle köpeğin diğer bağımsız bölüm maliklerine

planı müsaade etse bile, ev hayvanı statüsünde olmayan veya bulundurulması yasaklanmış türdeki hayvanların da kat mülkiyeti alanında bulunmaması gerektiğini yinelemek mümkündür.

Son olarak, bağımsız bölümlerde hayvan bulundurulmasının caiz olduğu durumlarda⁷⁸, hayvanların sair geçerli sebeplerle tahliyesinin talep edilebilmesinin son çare olması gerektiğini belirtmeliyiz⁷⁹. Hakimiyeti altındaki kimseler ile çoğunlukla yoğun bir duygusal bağ bulunan ve herhangi alelade eşyalar gibi değerlendirilemeyecek birer canlı olan hayvanların bu durumu göz önüne alınmalıdır. Örneğin, hayvana ilişkin mesele bağımsız bölüme giriş ve çıkışlarda diğer malikler ile temas ederek onları rahatsız etmesi ise taşımada kafes kullanılması yoluyla mesele ortadan kaldırılabilir. Dolayısıyla, somut olayda diğer çözümlerin uygun olmadığı veya anlamsız olacağı anlaşıldığında ya da diğer maliklerin ihtarı veya başka bir hükme rağmen netice alınmaması durumunda tahliye talebi değerlendirmeye alınmalıdır. Ancak bu durumun hayvan bulundurmanın caiz olduğu ve hayvanın rahatsızlık verdiği haller için geçerli olduğunu yinelemeliyiz. Yoksa, hayvan bulundurmanın yönetim planı gereği yasak olduğu veya yasak bulunmamakla birlikte, beslenmek istenen hayvanın evcil hayvan olmadığı veya kanunen bulundurulmasının yasaklanmış olduğu gibi hallerde ise doğrudan tahliyenin talep edilebilmesi elbette mümkündür.

IV. KAT MÜLKİYETİ ALANINDA BULUNDURULAN HAYVANLARDAN DOĞAN SORUMLULUK ÇERÇEVESİ

Bu başlık altında kısaca, kat mülkiyeti düzeni içerisine dahil edilen hayvanlardan doğan sorumluluğa ilişkin yalnızca bir çerçeve çizmek suretiyle inceleme yapılması uygun olur. Buna göre söz konusu hayvanın, bağımsız bölüme, ortak alanlara, bağımsız bölüm malik ve kullanıcılarına, ses, koku ve fiziksel müdahale gibi şekillerde rahatsızlık ve zarar vermesi ihtimallerinde muhtemel sorumlu kişilere ve sorumluluk normlarına işaret edebiliriz.

İlk olarak, bulundurulması caiz olsun veya olmasın, bir kat maliki veya kiracı tarafından bulundurulan hayvanın kat mülkiyeti düzen ve ilişkilerine ait kurallara aykırılığa sebebiyet verecek hal ve hareketlerinin engellenmesi gerekmektedir. Malikler, maliki oldukları bağımsız bölümler ile eklenti ve ortak yerler gibi alanları kullanırken tamamen serbest olmayıp, doğruluk

rahatsızlık verdiğiğine ilişkin varsa delilleri toplanıp gerektiğinde keşif yapılmak ve tanık ifadelerine başvurulmak suretiyle bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılarak oluşacak sonuçta göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz araştırma ile davanın kabulüne karar verilmiş olması doğru görülmemiştir..." (LHBS); Yarg. 20. HD, 17.01.2019 T., 2018/6520 E., 2019/216 K.

⁷⁸ Diğer bir ifade ile, hayvan bulundurmanın yönetim planı veya bir yasa hükmü gibi somut sebeplerle yasaklanmadığı hallerde.

⁷⁹ Benzer şekilde inc. Genç Arıdemir (n 52) 530

kaidelerine uymak, bilhassa birbirini rahatsız etmemek, başta mülkiyet hakkı olmak üzere birbirlerinin haklarına hukuka aykırı şekilde müdahale oluşturmamak, yine genel olarak yönetim planında yer alan hükümlere riayet etmek gibi kanuni yükümlülükler altındadırlar⁸⁰. Hatta, Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamında yer alan ve yukarıda saydığımız bu yükümlülükler yalnızca malikler için değil, malikler dışındaki kiracı, oturma hakkı sahibi veya diğer faydalananlar için de geçerlidir; ki bu gibi yükümlülüklerle aykırı davranılması neticesinde oluşan durumdan malikler de bu kimselerle birlikte müteselsil olarak sorumludur⁸¹. Ayrıca, malikler anagayrimenkulün bakım, mimari durum, güzellik ve sağlığını titizlikle korumakla yükümlü oldukları gibi, gerek anagayrimenkul gerek diğer bağımsız bölümlere kusurları ile verilen zararlardan da sorumludurlar⁸².

Bağımsız bölüm, eklenti veya ortak alan gibi yerlerde bulundurulmuş ve hatta kat mülkiyetine tabi olmayan yapılardaki hayvanların yalnızca aynı yapı içerisindeki kimselere değil, bu yapıya komşu taşınmazlara da zarar ve rahatsızlık vermemesi gerekliliği asıldır. Zira TMK md. 737'ye göre de⁸³ herkesin, taşınmaz mülkiyetinden doğan haklarını kullanırken ve özellikle işletme faaliyetlerini sürdürürken komşuları rahatsız edecek (koku, duman, gürültü vs.) hareket ve durumlardan kaçınması gerekecektir. Gerek müstakil gerek kat mülkiyetine tabi bir taşınmazda bulunan hayvanların kötü koku, gürültü gibi etkenlerle komşu taşınmazlara rahatsızlık verici tesirlerde bulunması, söz konusu maddeye aykırılık teşkil edecektir⁸⁴.

Yukarıda işaret edilen müteselsil sorumluluk bağından doğan ilişki dışında, bağımsız bölümü (veya müstakil haldeki tüm yapıyı) kullanan kiracı gibi kimselere ait hayvanların bağımsız bölüme verdikleri zararlardan dolayı bu kimseler malike karşı da borca aykırılıktan doğan sorumluluk kapsamında sorumlu olacaklardır. Örneğin, bağımsız bölümde bakılan

⁸⁰ Bkz. KMK md. 18/1: “Kat malikleri, gerek bağımsız bölümlerini, gerek eklentileri ve ortak yerleri kullanırken doğruluk kaidelerine uymak, özellikle birbirini rahatsız etmemek, birbirinin haklarını çiğnememek ve yönetim planı hükümlerine uymakla, karşılıklı olarak yükümlüdürler.”

⁸¹ Bkz. KMK md. 18/2: “Bu kanunda kat maliklerinin borçlarına dair olan hükümler, bağımsız bölümlerdeki kiracılara ve oturma (Sükna) hakkı sahiplerine veya bu bölümlerden herhangi bir suretle devamlı olarak faydalananlara da uygulanır; bu borçları yerine getirmiyenler kat malikleriyle birlikte, müteselsil olarak sorumlu olur.”

⁸² Bkz. KMK md. 19: “Kat malikleri, anagayrimenkulün bakımına ve mimari durumu ile güzelliğini ve sağlığını titizlikle korumaya mecburdurlar... Her kat maliki anagayrimenkule ve diğer bağımsız bölümlere, kusuru ile verdiği zarardan dolayı diğer kat maliklerine karşı sorumludur.”

⁸³ “Herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür. Özellikle taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaktır. Yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan denkleştirmeye ilişkin haklar saklıdır.”

⁸⁴ Lale Sirmen, ‘Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratılan Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu’ (1988) 40 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 290

tavşanların ahşap kapıları kemirmesi; farelerin kablo sistemlerine zarar vermesi; kedi veya köpeklerin eşyalı olarak kiralanmış dairedeki mobilyalara zarar vermesi gibi olağan kullanım ölçüsü içerisindeki davranışlarla oluşması mümkün olmayan zararlardan dolayı hayvanı bulunduran kiracı sorumlu olacaktır⁸⁵. Öte yandan farklı bir ihtimalde, bağımsız bölüme zarar veren hayvanın kiracının misafirine ait olduğu bir durumda, misafir haksız fiil kuralları gereği ve hayvan bulunduran sıfatı ile sorumlu olacakken; bu kimseyi konuta rızası ile dahil eden kiracı ise (TBK md. 116) yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmü uyarınca sorumlu olabilecektir⁸⁶.

Yine genel olarak, hayvan bulunduranın sorumluluğuna sebebiyet verecek hallerde buna ilişkin sorumluluk normunun incelenmesi mümkün hale gelir. Örneğin, bakılan hayvanın (saldırma kastı olup olmadığından bağımsız olarak) komşulardan birinin vücut bütünlüğüne zarar vermesi; komşunun otoparkta bulunan arabasının kaportasını çizmesi gibi örneklerde hayvan bulunduran sorumluluk altında olacaktır⁸⁷. Öte yandan TBK md. 67 uygulanması için zarar görenin kat mülkiyeti ilişkisi içerisinde konumlandırılmasına gerek yoktur. Örneğin, diğer bir daireye misafir olarak gelen kimsenin, elektrik-su-doğalgaz sayacı okumak veya kargo teslim etmek için gelen kişilerin bir hayvanın saldırısı neticesinde uğradıkları zararlar da aynı sorumluluk normuna dayanarak talep ve tazmin edilebilir. Keza, yalnızca aynı taşınmaz içerisindeki kimse veya mallara değil, hayvanın komşu taşınmaza yönelik fiilleri de hayvan bulunduranın sorumluluğu içerisinde incelenir⁸⁸. Hayvanın yoldan geçen bir kimseye ve hatta diğer bir kat malikinin bulundurduğu hayvana saldırması halinde de hayvan bulunduran bakımından aynı sorumluluk normları işletilir. Özetle bu norm kapsamında, zarar gören bakımından özel bir sınırlama söz konusu değildir.

Öte yandan, bazı durumlarda bir bağımsız bölümde hayvan bulundurulması başlı başına sorumluluk teşkil edebilir, ki bu noktada hayvanların korunması olgusu gündeme gelir. Örneğin, ev ortamında bakılmaya müsait olmayan bir hayvanın bu şekilde yaşamak zorunda

⁸⁵ Bu örnekte hayvanın verdiği zarar için hayvan bulunduranın sorumluluğu yanı sıra, kiracı ile malik/kiraya veren arasındaki borç ilişkisi sebebiyle borca aykırılık hükümleri de incelenebilir.

⁸⁶ Burada yardımcı olarak ifade edilen hayvan değil, hayvanı bulundurandır. Hayvan bulunduran (misafir), kiracının *kullanma yardımcısı* sıfatını haiz olur. Konuya ilişkin ayr. bkz. Yünlü (n 20) 124

⁸⁷ Ayrıntılı olarak bkz. Yarg. 3. HD, 16.05.2019 T., 2017/13265 E., 2019/4609 K.: “...*Dava, hayvan bulunduranın sorumluluğuna dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir...*

...*Somut olayda, davalının evinin bahçesinde bulunan köpek ile yine bakım ve gözetimini yaptığı komşusunun köpeğinin saldırması sonucu, davacının kaçarken düşüp yaralandığı sabittir.*

Davalı yukarıda açıklanan yasal düzenleme gereğince kusursuz sorumlu olup, davacının davalının bahçesinde bulunması, davalının sorumluluğunun niteliği itibarıyla başlı başına illiyet bağımlı bir hareket olarak kabul edilemez...” (LHBS)

⁸⁸ Sirmen (n 86) 290

bırakılması hayvana kötü muamele olarak değerlendirilebilir. Bu bakımdan hayvanlara ilişkin yasaklara ve kurallara uyulmaması halinin Hayvanları Koruma Kanunu kapsamında idari ve cezai neticeleri olabileceğini de unutmamak gerekir.

Son olarak, gözetimi altında bulunan bir hayvanı başkalarının hayatı veya sağlığı için tehlike arz edecek biçimde serbest bırakan ya da kontrol altına alınma noktasında ihmal gösteren kimselerin altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağı TCK md. 177'de⁸⁹ hüküm altına alınmıştır⁹⁰. Dolayısıyla, hayvan bulduran bir kimsenin TBK md. 67'de düzenlenen hukuki sorumluluk dışında, cezai sorumlulukla karşı karşıya kalabileceğini de ekleyebiliriz.

SONUÇ

Çok geniş ve çeşitli bir canlı grubunu içerisine alan hayvan kavramı, hukukun çeşitli alanlarında ve bilhassa eşya hukuku-kat mülkiyeti hukuku içerisinde de kendine yer bulmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Alman-İsviçre kanun koyucularının yaptığı açık-somut düzenlemeler aksine, hukukumuzda hayvanların eşya olmadığına ilişkin doğrudan bir hüküm mevcut değildir. Bu açık hüküm eksikliğine rağmen hukukumuzda da aynı değerlendirmenin yapılabilmesi mümkün olmalıdır. Buna göre, hayvanların kural olarak alelade birer eşya olmadıkları, bununla birlikte niteliğine uygun düşen hallerde ve özel hüküm de bulunmamak kaydıyla, eşyalara ilişkin hükümlerin hayvanlara da uygulanabileceği kabulü ile hareket edilebilir.

Bir hayvanın kat mülkiyetine tabi yapıda buldurulup buldurulamayacağı meselesine gelindiğinde ise kanunlarda bu hususun düzenlenmediği görülür. Dolayısıyla, öncelikle bu hususa ilişkin bir yönetim planı olup olmadığı incelenmelidir. Yönetim planında yasaklayıcı bir hüküm bulunması durumunda buna riayet edilmek gerekecektir. Öyle ki, yönetim planında bir yasaklama mevcut ise buldurulan hayvanın bir zarara veya rahatsızlığa sebebiyet verip vermediği incelenmeyecektir. Ancak, kuş, balık, hamster gibi niteliği gereği koku, gürültü, saldırganlık ve rahatsızlık verme potansiyeli bulunmayan küçük ve insanlarla yaşaması mutlak kabul edilebilecek hayvanların yasaklanması uygun olmaz.

Yönetim planında herhangi bir hüküm bulunmayan veya açıkça serbesti tanınan hallerde ise kural olarak hayvan buldurulması önünde engel yoktur. Ancak bu, tümüyle serbestlik

⁸⁹ “Gözetimi altında bulunan hayvanı başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakan veya bunların kontrol altına alınmasında ihmal gösteren kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

⁹⁰ Uyumaz (n 6) 168

anlamına da gelmez. Toplu yaşamda barındırılmaya müsait olmayan (bilhassa bakılması yasak) hayvanların bulundurulması uygun olmaz. Keza, bulundurulan hayvanın koku, ses, gürültü, saldırganlık gibi rahatsızlık konusu davranışları da diğer malikler tarafından dava konusu edilebilir.

Son olarak, hayvan bulduran kimselerin bu hayvanların hal ve davranışlarından dolayı çeşitli norm ve kişilere karşı sorumlu olmaları mümkündür. Hukuki ve cezai sorumlulukların değerlendirmesinde Kat Mülkiyeti Kanunu, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Türk Ceza Kanunu, Hayvanları Korunma Kanunu gibi düzenlemeler incelenecektir.

KAYNAKÇA

- Aksoy H C, ‘Türk ve İsviçre Hukuklarında Evcil Hayvanlara Verilen Zararlara İlişkin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluk’, (2017) (129), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 161-194
- Antalya O G, ‘Giriş, Temel Kavram ve İlkeler’ / Eşya Hukuku, Cilt IV/I, Yazarlar: Antalya O G ve Topuz M, (3. Baskı, Seçkin 2019)
- Arpacı A, Kat Mülkiyetinde Yönetim (2. Baskı, Temel 1994)
- Cihan A H, ‘Kat Mülkiyetinde Yönetim Plânı ve Hukuki Sonuçları’, Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri, Editör: Tuzcuoğlu T ve Cihan A H, (2018), On İki Levha, 613-624
- Cumalıoğlu E, ‘Medeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak’, (2017) 19 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, 573-610
- Çelebi Ö, ‘Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü’, (2018) 76 (2), İstanbul Hukuk Mecmuası, 559-622
- Ertaş Ş, Eşya Hukuku (14. Baskı, Fakülteler Yayınevi 2018)
- Genç Arıdemir A, Kat Mülkiyeti I (1. Baskı, On İki Levha 2021)
- <https://ilkerduman.av.tr/?d=131>
- <https://www.lexpera.com.tr/ictihat> (LHBS: Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)
- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/07/20210714-9.htm>
- <https://sozluk.gov.tr> (TDK: Türk Dil Kurumu)
- İlgezdi A R, Adım Adım Kat Mülkiyeti Hukuku (1. Baskı, Seçkin 2019)
- Karabay M, ‘634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu Kapsamında Kat Maliklerinin Hak ve Borçları’, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2019)

- Koçhisarlıoğlu C ve Söğütlü Erişgin Ö, 'Hayvanın Hukuki Konumu', (2013) 2 (Özel Sayı), Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, 1691-1724
- Mardin E, Kat Mülkiyeti (1. Baskı, Cumhuriyet Matbaası 1948)
- Margot M, 'Chapter 4 Law and Animals: An Introduction to Current European Animal Protection Legislation', (2015), Animal Law: Reform or Revolution?, Schriften zum Tier im Recht, 87-116
- Nar A, 'Kat Malikleri Kurulu' (2018) XXII (1-2), Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 155-189
- Nart S, 'Ev ve Süs Hayvanlarının Konuttan Tahliye Edilmesi', (2020) 22 (1), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 123-170
- Nomer H N ve Ergüne M S, Eşya Hukuku (6. Bası, On İki Levha 2019)
- Nomer H N, 'Kat Mülkiyetinde Yönetim Planının Hukuki Niteliği', (2013), Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, 827-837
- Oğuzman M K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, Eşya Hukuku (22. Bası, Filiz 2020)
- Özen İnci Z, 'Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye'de Hayvanların Ceza Hukuku Bakımından Korunması', (2019) 5 (1), İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-24
- Özmen E S ve Vardar Hamamcıoğlu G, Kat İrtifakı (3. Bası, On İki Levha 2017)
- Reisoğlu S, 'Kat Mülkiyeti Konusunda Yeni Gelişmeler', (1963) 18 (1), Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 265-299
- Serdar İ, 'Ev Hayvanları Üzerindeki Paylı Mülkiyetin Kazaî (Yargısal) Paylaşım Yoluyla Sona Ermesi', (Editörler: A. Hulki Cihan, Tuğçe Tuzcuoğlu), (2019) Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri - On İki Levha, 587-611
- Sirmen L, 'Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratan Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu', (1988) 40 (1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 281-306
- Sirmen L, Eşya Hukuku (8. Baskı, Yetkin 2020)
- Stephan W, 'Art. 641a', (2016), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar 3. Auflage, 1222-1223
- Stresemann C, 'BGB § 90a', (2018), Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, pn. 2-7
- Şenpolat A K, 'Evcil Hayvanlar ve Hukuksal Sorunlar', (2007) 81 (2), İstanbul Barosu Dergisi, 601-610
- Tekinay S S, Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2) (1. Baskı, Filiz 1991)
- Topuz M, Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti (1. Baskı, Seçkin 2020)
- Uçkan M, 'Ev ve Süs Hayvanlarının Konuttan Tahliye Edilmesi Hakkında Bir Değerlendirme', (2013) 8 (Özel Sayı), Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 2845-2895

Uyumaz A, 'Bir Hukuk Sorunsalı Olarak Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye'de Hayvan Hakları', (2016) XX (3), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 133-184

Ünal M ve Başpınar V, Şekli Eşya Hukuku (11. Baskı, Savaş 2020)

Yılmaz H, 'Hayvan Haklarına Bakış', (2006) (62), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 212-229

Yünlü S, Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (1. Baskı, On İki Levha 2019)



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

UNCONSTITUTIONALITY OF CONSTITUTIONAL SHARIA AND CADI COURTS IN NIGERIA AND THE GAMBIA: DISCRIMINATORY TOOLS IN THE LEGAL PROFESSION

*Gloria Akpore**

ABSTRACT

The dichotomy of justiciability and non-justiciability of Preamble of a Constitution is resolved in Carl Schmitt's constitutional theory of absolute, relative and positive concepts of Constitution. These concepts established the constitutional theory: constitutional laws are valid first on the basis of the constitution and presuppose a constitution. This research synthesised the theory to realise the twin factors for validity of constitutional laws (constitutional provisions): peoples' participation and the Preamble – fundamental political decisions of the people. In addition, the juxtaposition of the twin factors vis-à-vis the constitutional provisions of Sharia and Cadi Courts in Nigeria and The Gambia revealed the following findings, that – constitutional provisions of Nigeria Sharia Courts of Appeal lack validity; The Gambia 1996 referendum exercised for Cadi Court establishment was in futility; constitutional provisions on expansion of Cadi Court's jurisdiction and establishment of Cadi Appeals Panel in 2001 lack validity; Nigeria is a secular state by virtue of her Preamble while The Gambia is a secular state on the basis of the constitutional theory; and, all legal practitioners in Nigeria and The Gambia are not equal before constitutional laws for qualifications for employment as Qadi or Cadi and Grand Qadi in the Sharia and Cadi Courts of both jurisdictions.

Keywords Constitution, Constitutional laws, Shari and Cadi Courts, Secularism, Equality

NİJERYA VE GAMBİA'DAKİ ANAYASAL ŞERİAT VE KADİ MAHKEMELERİNİN ANAYASAYA AYKIRILIĞI: HUKUK MESLEĞİNDE AYRIMCI ARAÇLAR

*Gloria Akpore***

ÖZET

Bir Anayasanın Önsözü'nün yargılanabilirlik ve yargılanamazlık ikiliği, Carl Schmitt'in anayasal teorisinde mutlak, göreceli ve pozitif Anayasa kavramlarıyla çözülür. Bu kavramlar anayasa teorisini oluşturmuştur: anayasaya dayanan kanunlar öncelikle anayasa temelinde geçerlidir ve bir anayasayı varsayarlar. Bu araştırma, anayasa yasalarının (anayasal hükümlerin) geçerliliği için iki faktörlülüğün yerine getirilmesi gereği teorisini sentezlemiştir: Halkın katılımı ve Önsöz – halkın temel siyasi kararı. Ek olarak, Nijerya ve Gambiya'daki Şeriat ve Kadı Mahkemelerinin anayasal hükümleri iki faktörlülük ilkesinin sentezlenmesi sonucunda şu bulgular ortaya çıkmıştır: Nijerya Şeriat Temyiz Mahkemelerinin anayasal hükümleri geçersizdir; 1996 yılında Kadı Mahkemeleri'nin kurulması için yapılan Gambiya referandumu amaçsızca yapılmıştır; 2001 yılında Kadı Mahkemelerinin yargı yetkisinin genişletilmesine ve Kadı Temyiz Heyetlerinin kurulmasına ilişkin anayasal hükümler geçersizdir; Nijerya, anayasasının Önsözünden dolayı laik bir devlettir, Gambiya ise anayasal teori temelinde laik bir devlettir; ve Nijerya ve Gambiya'daki tüm hukukçular, her iki yargı alanının Şeriat ve Kadı Mahkemelerinde Kadı veya Kadı ve Büyük Kadı olarak istihdam edilme nitelikleri bakımından anayasa ve kanunları önünde eşit değildir.

Anahtar Kelimeler Anayasa, Anayasa Hukuku, Şeriat ve Kadı Mahkemeleri, Laiklik, Eşitlik

* Lecturer, Faculty of Law, University of The Gambia goasilk@yahoo.com ORCID 0000-0003-1901-3533

** Öğretim Görevlisi, Gambia Üniversitesi Hukuk Fakültesi goasilk@yahoo.com ORCID 0000-0003-1901-3533



INTRODUCTION

Most famous of constitutional declarations are supremacy of Constitution¹, any law inconsistent with provisions of Constitution is void to the extent of inconsistency². Moreover, a declaration that Constitution is in conflict with constitution or that Constitution has violated constitution will present a case of ambiguity. However, it is not ambiguity but a practical case where codified Constitution is in breach of its constitutions³.

Act No.6 of 2001 amending Constitution of the Republic of The Gambia 1997, herein after referred to as 1997 Constitution, seeks to simultaneously insert the word ‘secular’ in section 1 (1) and establish a Cadi Appeals Panel as section 137A of the 1997 Constitution⁴. Also, in Nigeria, during drafting of 1979 Constitution, the inserting of constitutional provisions for establishment of Sharia Courts of Appeal were on the orders of Head of State, General Olusegun Obasanjo⁵. These contrasting acts of governments raise question of validity of constitutional laws that established Cadi Appeals Panel and Sharia Courts of Appeal in Nigeria and The Gambia.

In Carl Schmitt’s constitutional theory⁶, appendage of ‘Constitution’ after a proper noun to create a compound noun such as United States Constitution relates 3 (three) intertwined facets of ‘constitutions’. These facets: absolute concept of Constitution, relative concept of Constitution and positive concept of Constitution are crafted into the singular word with the capital ‘C’, Constitution. Thus, mention of United States Constitution or Nigeria Constitution or The Gambia Constitution, they are embodiment of absolute, relative and positive concepts with small ‘c’, constitution. Absolute concept of Constitution signifies an existing condition before the codified Constitution. Thus, absolute concept of Constitution means, first, political unity and social

¹ Constitution of the Federal Republic of Nigeria 1999, s.1; *United Democratic Party & Ors v The Attorney General & Anor* [2008] 4 CS 322, 325 ratio 6 (SC) <<https://static1.squarespace.com/static/5a7c2ca18a02c7a46149331c/t/5a7c76529140b7d749eafed2/1518106227310/The+Gambia+Law+Reports+2002+-+2008+Volume+1.pdf>> accessed 06 June 2021; Constitution of the Republic of The Gambia 1997, 4.

² *ibid* 4.

³ Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Trans/Ed Jeffrey Seitzer Duke University Press 2008) 59.

⁴ *Jammeh v Attorney General* [2001] 4 CS 839, 842-843 (SC).

⁵ Abdulmajeed Hassan-Bello, ‘Sharia in the Nigeria Constitutions: Examining the Constitutional Conferences and Sharia Debates in the Drafts’ (2019) vol 29 *Al-Ahkam* 1,10 <DOI:<http://dx.doi.org/10.21580/ahkam.2019.29.1.3158>> accessed 06 September 2021.

⁶ Schmitt (n 3).

order of a given nation⁷. The existing condition of political unity and social order of a state, such as The Gambia and Nigeria, before their codified Constitutions, is a constitution: a constitution of a people. Consequently, a nation is a constitution owing to her twin status of unity and order that allowed for its existence. The non-existence of this twin status (constitution) results in non-existence of a nation. Second, a distinct style of leadership such as monarchy, aristocracy or democracy that depicts supremacy and subordination is a constitution⁸. Apparently, this meaning of constitution is nation form. Thus, nation form – monarchy, aristocracy or democracy – is a constitution. Third, dynamic emergence of political unity is constitution. Here, nation is not seen as already existing but as something emerging, always arising anew⁹. This concept of constitution is in opposition to earlier two definitions of absolute concept of Constitution¹⁰.

Relative concept of Constitution means individual constitutional laws or constitutional details in constitutional text¹¹. Also, it is written constitution¹², a written contract, alterable by legislation and stands in opposition to customary law¹³. These constitutional laws, including amendment provisions, owe their validity to absolute concept of Constitution¹⁴. Positive concept of Constitution refers to decisions of constitution-making power¹⁵. The decisions are of political unity that doubles as bearer of constitution-making power¹⁶. Thus, positive concept of Constitution is prior to establishment of written formal Constitution, and it is ‘the fundamental political decision by bearer of constitution-making power’¹⁷. These fundamental political decisions, such as ‘German Reich is a republic’ are not constitutional laws¹⁸. Being substance of written Constitution, they are situated at Preamble (or with titles such as Preface or Forward) of Constitution¹⁹.

⁷ Schmitt (n 3) 59.

⁸ *ibid* 60.

⁹ *ibid* 61.

¹⁰ *ibid*.

¹¹ *ibid* 67-68.

¹² *ibid* 68.

¹³ *ibid* 69.

¹⁴ *ibid* 74.

¹⁵ *ibid* 75.

¹⁶ *ibid* 76.

¹⁷ *ibid* 77.

¹⁸ *ibid* 78.

¹⁹ *ibid* 78-79.

Hence, one will disagree with Shucheng Wang who claims that mention of Communist Party of China in Preamble of Constitution of People's Republic of China 1982 does not give legitimacy to Communist Party of China in the Constitution²⁰. In addition, in France, during her Third Republic of 1870 – 1940 where sovereignty of people was officially abandoned²¹, French National Assembly in her making of constitutional laws of 1875 was bereft of fundamental political decisions – decision by the people²². Furthermore, Liav Orgad, highlighted legal and social functions of Preamble amongst which are that Preamble specify reasons for a Constitution's enactment, and it is a 'national calling card'²³. Thus, contrasting acts of Nigeria and The Gambia governments that necessitate an enquiry into validity of constitutional Sharia and Cadi Courts in the jurisdictions signal the aim of this research: the absence of peoples' participation and their fundamental political decisions in formulation of constitutional laws of Sharia and Cadi Courts in Nigeria and The Gambia. Consequently, constitutional laws of Nigeria Sharia Courts of Appeal lack validity; The Gambia 1996 referendum exercised for Cadi Court establishment was in futility; constitutional laws on expansion of Cadi Court's jurisdiction and establishment of Cadi Appeals Panel in 2001 lack validity; Nigeria is a secular state by virtue of her Preamble while The Gambia is a secular state on the basis of the constitutional theory; and, all legal practitioners in Nigeria and The Gambia are not equal before constitutional laws for qualifications for employment as Qadi or Cadi and Grand Qadi in the Sharia and Cadi Courts of both jurisdictions.

The article is divided into six parts. Part I introduced the subject matter by explaining the 3 (three) components of a Constitution and essence of this research. Part II discussed criteria for validity of constitutional law based on constitutional theory. Part III delved on application of the constitutional theory to determine validity of Sharia and Cadi Courts provisions in Nigeria and The Gambia. Part IV considered secularity of Nigeria and The Gambia on basis of the constitutional theory. Part V explained discriminatory consequence of Sharia and Cadi Courts employment provisions to legal practitioners in both countries. Part VI is conclusion that revealed

²⁰ Shucheng Wang, 'Emergence of a Dual Constitution in Transitional China' (2015) vol 45 Hong Kong Law Journal 1,17 <<https://ssrn.com/abstract=2712042>> accessed 18 September 2021.

²¹ Karl Loewenstein, 'The Demise of the French Constitution of 1875' (1940) vol 34 The American Political Science Review 867,875 <<https://www.jstor.org/stable/1949213>> accessed 18 September 2021.

²² Schmitt (n 3) 82.

²³ Liav Orgad, 'The Preamble in Constitutional Interpretation' (2010) vol 8 International Journal of Constitutional Law 714,722 <<https://doi.org/10.1093/icon/mor010>> accessed 02 April 2021.

the connection between the Preambles and international laws when discrimination on basis of religion occurs.

1. VALIDITY OF CONSTITUTIONAL LAW: CONSTITUTIONAL THEORY

The interrelationship and interconnectedness of absolute, relative and positive concepts of Constitution by Carl Schmitt's constitutional theory established that 'constitutional laws are valid first on the basis of the constitution and presuppose a constitution'²⁴. While constitutional laws are the relative concept, the first 'constitution' is absolute concept and the second 'constitution' is positive concept. Thus, constitutional laws (such as Sharia and Cadi provisions in Nigeria and The Gambia Constitutions) require the simultaneous presence of absolute and positive concepts to attain validity²⁵. Invariably, peoples' participation and prior political decisions of the people are factors for validity of constitutional laws.

The peoples' participation for determination of validity of constitutional laws was enunciated in the words of Ringera J of Kenya's High Court,

'...the Constitution is not supreme because it says so: its supremacy is a tribute to its having been made by a higher power, a power higher than the Constitution itself or any of its creatures. The Constitution is supreme because it is made by they in whom the constituent power is reposed, the people themselves'²⁶

Thus, the constituent power inherent in the people is a source of the Constitution's validity and supremacy²⁷. Consequently, a Constitution cannot be made or remade without the exercise of constituent power²⁸. The people is the existing political unity and social order that make the nation in the absolute concept of Constitution.

²⁴ Schmitt (n 3) 76.

²⁵ *ibid.*

²⁶ *Njoya & Others v Attorney General & Others* [2004] LLR 4788 (HCK) Nairobi 15 cited in Richard Stacy, 'Constituent Power and Carl Schmitt's Theory of Constitution in Kenya's Constitution-Making Process' (2011) vol 9 *International Journal of Constitutional Law* 587,587-588 <doi:10.1093/icon/mor050> accessed 14 July 2021.

²⁷ Stacy (n 26) 606.

²⁸ *ibid.*

The second criteria for determinant of constitutional law's validity is a prior political decision of an existing political unity – political decision of the people who are bearers of the constitution-making power²⁹. Wherein, such prior political decision of the people, that is fundamental and created by unity, is found in Preamble or Forward or Preface of a Constitution – positive concept of the Constitution. At times, some Constitutions do lack a formal Preamble or Forward or Preface. In its place, substantive Preamble in body of constitutional text suffices³⁰.

James Monroe described the Preamble in these words ‘the key of the Constitution’³¹; Sanford Levinson brands it ‘the single most important part of the Constitution’³². Moreover, like other judges, Yacoob of Constitutional Court of South Africa employed Preamble in constitutional interpretation³³. The Preamble is regarded as an integral part of Irish fundamental constitutional legal framework³⁴. In Irish judicial process, from 1940 – 1993, the Preamble has been consulted in twenty-five legal suits³⁵. In addition, Indian Supreme Court held that Indian Constitution was framed in the auspices of the Preamble. Thus, the Preamble was realised by the Constitution³⁶. Furthermore, Nigeria Supreme Court states that the Preamble of a Constitution is applicable when there is ambiguity in the constitutional laws³⁷. The Gambia Supreme Court declared the status of Preamble in a Constitution to be the context in which constitutional laws are to be utilised³⁸. Hence, Preamble gives validity to constitutional laws.

The fundamental political decisions of the people, found in Preambles or its likes is inviolable. While constitutional laws can be suspended in times of emergency or amended by state,

²⁹ Schmitt (n 24).

³⁰ Constitution of Saudi Arabia, Article 1.

³¹ *The Writings of James Monroe* (vol III 1969) 356 cited in Orgad (n 23) 720.

³² *Our Undemocratic Constitution* (2006) 13 cited in Orgad (n 23) 721.

³³ *Government of the Republic of South Africa & Ors v Irene Grootboom & Ors* [2000] CCT 11/00 1 (CCSA) <https://www.escri-net.org/sites/default/files/Grootboom_Judgment_Full_Text_%28CC%29_0.pdf> accessed 02 September 2021.

³⁴ Teresa Iglesias, ‘The Dignity of the Individual in the Irish Constitution: The Importance of the Preamble’ (2000) vol 89 *An Irish Quarterly Review* 19,20 <<https://www.jstor.org/stable/30095321>> accessed 02 September 2021.

³⁵ *ibid.*

³⁶ *Kesavanada Baharati v State of Kerala* [1973] 4 SCC ratio 95 (SCI) <<https://indiankanoon.org/doc/257876/>> accessed 02 September 2021.

³⁷ *Chief Emmanuel Ogbonna v The Attorney General of Imo State & 3 Ors* [1992] 2 SC Pt III 1,10 (SC) <https://www.lawbreed.com/site/search-for-case/?case_ref=3531> accessed 02 September 2021.

³⁸ *The State v Yankuba Touray* [2020] CR/001/ 1,24 (SC).

fundamental political decisions are immune to these³⁹. The essence of the immutability is to preserve constitutional law. Hence, in The Gambia, amendment provisions of 1997 Constitution do not include the Preamble⁴⁰. Apparently, only the Gambian people, bearers of the constitution-making power, can alter the Preamble⁴¹. Australia is an example where a referendum was held to adopt a new Preamble⁴². In addition, United States court's rejection of Preamble as a source of constitutional right or limitation⁴³ is an exception to the constitutional theory⁴⁴. Furthermore, Preambles of Constitutions of Australia states of New South Wales and Queensland are non-justiciable⁴⁵. Thus failure to accord legal recognition to Preamble is a violation of a fundamental principle of constitutional law.

Amongst content of a Preamble is mention of God or religion. Essence of this provision in a Preamble, being fundamental political decisions, is to delineate a nation as secular or religious. This is one of main functions of a Constitution⁴⁶. Consequently, if it is the fundamental political decision of the people that the nation be secular or religious, it can be deduced from Preamble of the Constitution. Also, on the basis that constitutional laws owe their validity to these fundamental political decisions, the constitutional laws on God or religion in the constitutional text are subject to the Preamble. However, some countries, such as Greece, 'prevailing religion in Greece is that of the Eastern Orthodox Church of Christ'⁴⁷, Thailand, 'The State shall patronize and protect Buddhism and other religions'⁴⁸, Argentina, 'Federal Government supports the Roman Catholic Apostolic Faith'⁴⁹, have precise religions in their Preambles or operative part of their Constitution without adopting a State religion or established church⁵⁰. This does not stop the Preamble or

³⁹ Schmitt (n 3) 80.

⁴⁰ Constitution of the Republic of The Gambia 1997, s.226.

⁴¹ *ibid* s.102(d); Orgad (n 23) 729.

⁴² *ibid* 735.

⁴³ *Jacobson v Massachusetts* [1905] 197 11,11 (US) <<https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep197/usrep197011/usrep197011.pdf>> accessed 16 October 2021.

⁴⁴ Orgad (n 23) 715.

⁴⁵ Anne Twomey, 'The Application of Constitutional Preambles and the Constitutional Recognition of Indigenous Australians' (2013) vol 62 *The International and Comparative Law Quarterly* 317,324 <<https://www.jstor.org/stable/43301564>> accessed 10 October 2021.

⁴⁶ Dawood Ahmed, *Religion – State Relations* (International IDEA Constitution-Building Primer 8 2017) 3,4.

⁴⁷ Constitution of Greece 1975, art.3(1).

⁴⁸ Constitution of the Kingdom of Thailand 2007, 79.

⁴⁹ Constitution of the Argentina Nation 1994, art.2.

⁵⁰ United States Commission on International Religious Freedom, 'The Religion-State Relationship and the Right to Freedom of Religion or Belief: A Comparative Textual Analysis of the Constitutions of Majority Muslim Countries and Other OIC Members' (2012) Special Report 3,9 <

substantive Preamble from being ‘the national calling card’⁵¹, ‘the most important part of the Constitution’⁵², ‘the substance of the written Constitution’⁵³, when the need for a Constitution’s enactment arises. Hence, the varieties of constitutional practices with respect to religion contribute to infringement of the right to freedom of thought, conscience and religion or belief, and other human rights⁵⁴.

2. UNCONSTITUTIONALITY OF CONSTITUTIONAL SHARIA AND CADI COURTS IN NIGERIA AND THE GAMBIA

a. ABSOLUTE CONCEPT OF CONSTITUTIONS OF NIGERIA AND THE GAMBIA

On meanings of absolute concept of Constitution⁵⁵, the existing conditions of unity and order of the people, and their aspiration for representative democracy before their codified Constitutions spur absolute concept of Constitutions of Nigeria and The Gambia. This political unity and social order of absolute concept underscores government institutions’ simultaneous respect for diversity and promotion of equality in the state⁵⁶. Their failure of this necessitates judicial review⁵⁷. Simultaneous respect for diversity and promotion of equality can be seen in Islamic Republic of Pakistan where, 342 seats for Pakistan’s National Assembly members include seats reserved for women and non-Muslims⁵⁸. Thus, the pre-existing unity and order of Pakistan is reflected at her National Assembly, a creation of her codified Islamic Constitution.

[https://www.uscirf.gov/sites/default/files/resources/USCIRF%20Constitution%20Study%202012%20\(full%20Text\(2\)\).pdf](https://www.uscirf.gov/sites/default/files/resources/USCIRF%20Constitution%20Study%202012%20(full%20Text(2)).pdf) > accessed 10 October 2021.

⁵¹ Orgad (n 23).

⁵² Orgad (n 32).

⁵³ Schmitt (n 19).

⁵⁴ United States Commission on International Religious Freedom (n 50) 9-10.

⁵⁵ Schmitt (n 7, 8).

⁵⁶ Nora Hedling, *A Practical Guide to Constitution Building: Principles and Cross-cutting Themes* (International IDEA 2011) 1,20.

⁵⁷ *ibid.*

⁵⁸ The Constitution of the Islamic Republic of Pakistan 2012, s.51(1).

i.NIGERIA

Likewise, after 1914 amalgamation of Southern and Northern Protectorates of Nigeria⁵⁹, the existing political unity and social order of Nigeria was obvious in the midst of hostilities against the unity. Nigeria is made up of an actively increasing population⁶⁰ that occupies a landmass of 923,773 km square⁶¹. Aside English as official language, there are 250 indigenous languages and ethnic groups in Nigeria⁶². This is unlike England where dialect variations of English divided the people⁶³. North and South geopolitical diversity of people of Nigeria reflects Muslim and Christian religious stratification⁶⁴. Thus, ethno-religious crisis and ethnic militias are recorded in Nigeria⁶⁵. In midst of these diverse elements reflecting Nigerian people, willingness to sit together as one people and draft a Constitution for the wellbeing of all in the state called Nigeria is the existing political unity and social order. Carl Schmitt called this willingness for a common purpose the absolute concept of Constitution. The absence of this willingness as one people for a common purpose erodes the nation called Nigeria. Hence, the state is the constitution. Without the people, there cannot be a constitution⁶⁶. Nigeria civil war of 1967 – 1970 for creation of Biafra state could not break this existing political unity and social order⁶⁷. Moreover, translation of 1960 Independence 3 regions of Nigeria⁶⁸, with the addition of one region in 1963⁶⁹, into twelve states in 1967, then, nineteen in 1976, twenty-one in 1987, thirty in 1991, and thirty-six states in 1996⁷⁰ did not alter the existing political unity and social order that remains within the confines of the

⁵⁹ Ojong Echum Tangban, 'History and the Quest for Unity in Nigeria' (2014) vol 4 International Journal of Social Science and Humanity 378,378 < <http://www.ijssh.org/papers/382-C10008.pdf>> accessed 28 October 2021.

⁶⁰ Based on the 2006 census, Nigeria's population was 140 million.

⁶¹ Aregbeshola R Adewale, 'The Political Economic and Social Dynamics of Nigeria: A Synopsis' (2011) No.39 African Institute of South Africa Policybrief 1,1 <<https://media.africaportal.org/documents/No-39.-The-Political-Economic-and-Social-.pdf>> accessed 28 October 2021.

⁶² *ibid* 3.

⁶³ Frederick Pilkington, 'The Problem of Unity in Nigeria' (1956) vol 55 Oxford University Press 219,219 < <https://www.jstor.org/stable/718750>> accessed 28 October 2021.

⁶⁴ Adewale (n 61) 3.

⁶⁵ Tangban (n 59) 378-79.

⁶⁶ Schmitt (n 7, 8).

⁶⁷ Chuka Enuka and Ikenna Odife, 'The Nigerian Civil War as a Domestic Determinant of Nigeria's Foreign Policy 1967 – 1975' (2009) vol 10 Unizik Journal of Arts and Humanities 240,243 <<https://www.ajol.info/index.php/ujah/article/view/67018/55133>> accessed 29 October 2021.

⁶⁸ Gerald McLoughlin and Clarence J Bouchat, *Nigeria Unity: In the Balance* (Strategic Studies Institute and U.S. Army War College Press 2013) 1,5.

⁶⁹ Henry E Alapiki, 'State Creation in Nigeria: Failed Approaches to National Integration and Local Autonomy' (2005) vol 48 Cambridge University Press 49,50 <<https://www.jstor.org/stable/20065139>> accessed 15 October 2021.

⁷⁰ *ibid*.

landmass of 923,773 km square. They remain the Nigerian people. Furthermore, annulment of 12 June, 1993 presidential election results, that aborted a third republic after more than 23 years of military rule, by Head of State, General Ibrahim Babangida and numerous religious uprisings in North and Middle Belt did not demolish the existing political unity and social order that made the Nigeria state. Thus, constitution of Nigeria as a collection of her millions of people of Nigeria-decent remains intact.

However, constitution of Nigeria people who are bearers of the constitution-making power is absent in the symbolic and evidentiary political unity and social order of series of constitution-making bodies in Nigeria: Constituent Assemblies of 1977 and 1989, Constituent Conference of 1994 and Constitution Debate Committee of 1998. The essence of the people as bearers of the constitution-making power, constituent power, is reiterated in the words of Ringera J of Kenya's High Court of Kenya,

‘...the Constitution is not supreme because it says so: its supremacy is a tribute to its having been made by a higher power, a power higher than the Constitution itself or any of its creatures. The Constitution is supreme because it is made by them in whom the constituent power is reposed, the people themselves’⁷¹

Thus, the constituent power inherent in the people is a source of the Constitution's validity and supremacy. Consequently, a Constitution cannot be made or remade without the exercise of constituent power. Hence, Kenya's High Court granted application of Timothy Njoya that 2004 draft Constitution produced by Constitution of Kenya Review Commission and National Constitutional Conference lack validity because where a new Constitution was to be made, it can only be made by exercise of constituent power through a referendum⁷². Also, Colon-Rios, amongst his enumeration for the making of a new Constitution was popular participation that is not hindered by law or influenced externally⁷³.

⁷¹ Stacy (n 26).

⁷² *ibid* 606.

⁷³ Joel I Colon-Rios, ‘Notes on Democracy and Constitution-Making’ (2011) vol 9 *New Zealand Journal of Public and International Law* 17,19 < <https://www.wgtn.ac.nz/public-law/publications/nz-journal-of-public-and-international-law/previous-issues/volume-9-issue-1-june-2011/Colon-Rios.pdf> > accessed 09 September 2021.

Four Nigeria constituent assemblies and their two Constitutions (1979 and 1999 Constitutions) created during military regimes in Nigeria cannot be seen to have fulfilled these standards of Kenya High Court and democratic components of Colon-Rios. First, Constituent Assembly of 1977, even though it originated from democratic practice of election on basic principles of general and equal right to vote⁷⁴, the Constituent Assembly was not sovereign. After her debate on the draft Constitution, she submitted it to Head of State, General Olusegun Obasanjo, Chairman of Supreme Military Council (SMC)⁷⁵. The SMC enacted the 1979 Constitution into law, after her insertion of additional provisions, by virtue of Constitution of the Federal Republic of Nigeria (Enactment) Decree 1978⁷⁶. The SMC exercised sovereignty over the decisions of the Constituent Assembly⁷⁷. Sharia provisions in 1979 Constitution were creations of SMC⁷⁸. Debate on Sharia impeded a cordial and an even deliberation process in the evidentiary political unity and social order of Nigeria in 1977⁷⁹, and it occasioned an impasse that was resolved by SMC⁸⁰. Second, the existing political unity and social order was further rocked during making of 1989 Constitution of Nigeria⁸¹. The non-operation of this Constitution was due to the nullification of the 12 June, 1993 presidential election by military Head of State, General Ibrahim Babangida⁸². This Constituent Assembly was equally rocked by debate on Sharia and Federal Military Government issued an order debarring Constituent Assembly from further debate and discussion on clauses pertaining to Sharia⁸³. Third, Constitutional Conference of 1994 was established by Decree No.3 of 1994⁸⁴. It was not bedeviled by serious acrimonious debate on agenda of Sharia⁸⁵. This Conference produced the 1995 draft Constitution which was never promulgated into law due

⁷⁴ Schmitt (n 3) 132.

⁷⁵ FT Abioye, 'Constitution-Making, Legitimacy and Rule of law: A Comparative Analysis' (2011) vol 44 The Comparative and International Law Journal of Southern Africa 59,71 <<https://www.jstor.org/stable/23253114>> accessed 01 October 2021.

⁷⁶ *ibid.*

⁷⁷ Hassan-Bello (n 5) 8.

⁷⁸ *ibid.*

⁷⁹ Abdulummini Adebayo Oba, 'The Sharia Court of Appeal in Northern Nigeria: The Continuing Crises of Jurisdiction' (2004) vol 52 The American Journal of Comparative Law 859, 865 <<https://www.jstor.org/stable/4144468>> accessed 01 October 2021.

⁸⁰ Hassan-Bello (n 5) 10.

⁸¹ Constitution of the Federal Republic of Nigeria (Promulgation) Decree, 1989 (Decree No.12 of 1989).

⁸² Ignatius Akaayar Ayua and Dakas CJ Dakas, *Federal Republic of Nigeria* (International Association of Centers for Federal Studies) <http://www.forumfed.org/libdocs/Global_Dialogue/Book_1/BK1-C08-ng-AyuaDakas-en.pdf> accessed 13 October 2021.

⁸³ Oba (n 79) 866.

⁸⁴ Hassan-Bello (n 5) 16.

⁸⁵ *ibid.*

to sudden death of Military Head of State, General Sani Abacha in 1998⁸⁶. Fourth, while members of 1998 Constituent Debate Committee (CDC) were handpicked by military Head of State, General Abubakar Abdulsalami⁸⁷, CDC executed her mandate of organising a public debate and recommend a new Constitution based on 1995 draft Constitution of General Sani Abacha in few cities of Nigeria⁸⁸, CDC had less than 2 months to submit report⁸⁹. This military government through her Provisional Ruling Council, PRC, inserted new provisions into draft Constitution submitted by CDC before promulgating it as the Constitution of the Federal Republic of Nigeria, 1999⁹⁰. It is most likely that express order of Federal Military Government to 1989 Constituent Assembly to desist from further debate and discussion on Sharia was manifest in 1998 CDC. These acts of military governments abolished exercise of constituent power inherent in Nigeria people to validate Sharia provisions in 1979 and 1999 Constitutions.

This research establishes that absence of Nigerian people in determination or otherwise of Sharia provisions in Constitutions are a violation of first leg of constitutional theory: ‘constitutional laws are valid first on the basis of the constitution and presuppose a constitution’⁹¹. Therefore, Sharia provisions in subsisting Constitution of Federal Republic of Nigeria, 1999 lack validity; they are in conflict with political unity of Nigeria (absolute concept of Constitution) when military government unilaterally (not Nigerian people) dictated *modus operandi* of Sharia in Nigeria to Constituent Assembly of 1977 thereby ending impasse created by Sharia in Assembly⁹². Sharia provisions have violated the political unity of Nigeria by not being creations of Nigerian people⁹³. The import of this is evident in Kenya’s High Court judgement that held that 2004 Boma draft Constitution cannot become new Kenya Constitution without a referendum⁹⁴. Apparently,

⁸⁶ Chinelo Okekeocha, ‘Questioning the Constitutionality of Sharia Law in some Nigerian States’ (2014) vol 6 African Social Science Review 15,17

<<https://digitalscholarship.tsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=assr>> accessed 13 October 2021.

⁸⁷ Jacob O Arowosegbe, ‘Revisiting the Legitimacy Question of the Nigerian 1999 Constitution’ (2021) Cambridge University Press 1,7 < doi:10.1017/S2045381721000162 > accessed 12 November 2021.

⁸⁸ *ibid.*

⁸⁹ The text of a speech delivered by the Chairman of the CDCC, Justice Niki Tobi, while presenting the CDCC’s report to the Head of State, General Abdulsalami Abubakar 2 < http://constitutionnet.org/sites/default/files/presentation_of_the_report_of_cdcc_nigeria.pdf > accessed 10 October 2021.

⁹⁰ Abioye (n 75) 72-73.

⁹¹ Schmitt (n 24).

⁹² See n 77-80, 83.

⁹³ See n 90.

⁹⁴ Stacy (n 26) 597.

Kenya High Court advocated subjection of constitutional laws (relative concept) to the making of the people (absolute concept) for necessary validation. Thus, subsisting 1999 Constitution does not create a contract between Nigerian people and the constitutional provisions of Sharia on basis of their invalidity since they are unconstitutional.

ii. THE GAMBIA

The Gambia, a mini trading settlement and an independent colony in 1885, became independent from Britain on 18 February, 1965⁹⁵. Unlike Nigeria that has 250 ethnic groups⁹⁶, The Gambia has 10 ethnic groups based on 1993 census⁹⁷. Muslim adherents account for 85 percent of the 2,507,681⁹⁸ population while Christians and traditional believers are 15 percent⁹⁹.

Also, The Gambia is a nation almost immersed into Senegal. She shares her Northern, Eastern and Southern borders with Senegal while occupying a total area of 11,000 square kilometers¹⁰⁰. The people of the two nations are identical in appearance and ethnic composition¹⁰¹. Senegal is an ancestral home to all Gambian families¹⁰². Extensive sharing of borders with Senegal, a large nation compared to The Gambia that is one of smallest nations in Africa¹⁰³, has assisted preservation of the political unity and social order of The Gambia. This is evident in intervention of Senegal to quell Kukoi Samba Sanyang coup of 1981¹⁰⁴. Necessity for security from this gesture resulted in formation of the 1981 Senegambia Confederation: a confederation that did not demolish the existing political unity and social order of The Gambia¹⁰⁵. Moreover, the successful coup of 22 July, 1994 did not destroy the existing political unity. The existing political

⁹⁵ Arnold Hughes and David Perfect, *A Political History of The Gambia 1816-1994* (University of Rochester Press 2006) 6,53.

⁹⁶ See n 62.

⁹⁷ Hughes and Perfect (n 95) 10.

⁹⁸ <<https://worldpopulationreview.com/countries/gambia-population>> accessed 17/10/2021.

⁹⁹ Akpojevbe Omasanjuwa and Modu Lamin Tarro, 'A Week of Mayhem: The July 30 Insurgency in The Gambia' (2021) *Journal of Universal History Studies* 1,3 <DOI:10.38000/juhis.752635> accessed 22 October 2021.

¹⁰⁰ Hughes and Perfect (n 95) 6.

¹⁰¹ Omasanjuwa and Tarro (n 99) 20.

¹⁰² *ibid.*

¹⁰³ Hughes and Perfect (n 100).

¹⁰⁴ Omasanjuwa and Tarro (n 99) 22.

¹⁰⁵ Agreement Between the Republic of The Gambia and the Republic of Senegal Concerning the Establishment of a Senegambia Confederation (1982) vol 1261 United Nations Treaty Series 332,332 <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201261/volume-1261-I-20735-English.pdf>> accessed 28 September 2021.

unity and social order is evidentiary in April, 1970 referendum for a republican Gambia¹⁰⁶. In addition, it functioned via a referendum on 8 August, 1996 for promulgation of 1997 Constitution into law¹⁰⁷. In 2017, during Constitution (Amendment) Bill 2017 for change of retirement age and removal of age limit for presidential aspirants, the political unity was denied expression but for the timely intervention of the Attorney - General that made it possible for the participation of the people of The Gambia via a referendum¹⁰⁸.

With Gambians popular participation, through referendum, in issues of national concern since the 70s, it is a pointer to the fact that the political unity (Gambians) are perpetually conscious of their mandate on governance that sovereignty lies with the Gambian people. However, with regards to the subject matter of this research which seeks to establish the absence of Gambians' prior decision for establishment of Cadi Courts in the 1997 Constitution through the constitutional theory¹⁰⁹, it is apparent that exercise of constituent power, constitution-making power of Gambians on 8 August, 1996 towards the establishment of Cadi Court¹¹⁰ amongst other constitutional provisions, was exercised in vacuum. This is because there is no prior political decision of the Gambian people on Cadi Court in Preamble of 1997 Constitution. The interrelationship and interconnectedness of absolute, relative and positive concepts that established the constitutional theory is inseparable to justify Cadi constitutional provisions that lack prior decision of the Gambian people simply because there is exercise of constituent power through a referendum. Hence, on declaration of the Kenya's High Court that established exercise of constituent power through a referendum to hold that the Bomas draft, being a new Constitution, lacks popular participation¹¹¹, the referendum did not automatically justify the constitutional provisions to transform them into constitutional laws. Consequently, 2004 Kenya's draft Constitution was rejected at referendum¹¹². Precisely, it was constitutional laws (relative concept) that were rejected by constituent power (absolute concept). Thus, in 2004, in Kenya, the validity of the constitutional

¹⁰⁶ Ousman A S Jammeh, *The Constitutional Law of The Gambia: 1965 – 2010* (AuthorHouse Publishing 2011) 1,41.

¹⁰⁷ *ibid* 39.

¹⁰⁸ Gaye Sowe and Satang Nabaneh, 'The State of Liberal Democracy' Richard Albert and others (eds), *2017 Global Review of Constitutional Law* (I.CONnect and the Clough Center 2018)

<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3215613 > accessed 18 October 2021.

¹⁰⁹ See Schmitt (n 24).

¹¹⁰ Constitution of the Republic of The Gambia 1997, s.137.

¹¹¹ Constitution of Kenya Review Act 13 of 1997 (as amended) cited in Stacey (n 26) 597.

¹¹² *ibid*.

laws failed on the first leg, first constitution in the constitutional theory. Likewise, the evaluation for validity of Cadi Court provisions in the 1997 Gambian Constitution has failed on the first leg owing to the fact that the referendum was not exercised on Cadi provisions that lack prior political decision. Thus, the Gambian people exercised their constituent power on section 137 in 1997 Constitution in futility owing to lack of fundamental political decision (prior decision for such Court) in the Preamble.

On the other hand, in 2001, Constitution of the Republic of The Gambia 1997 (Amendment) Act, 2001 was before The Gambia Supreme Court on the basis that the Act did not comply with amendment section of 1997 Constitution. The Amendment Act is concerned with a long range of issues which falls under entrenched and unentrenched sections of 1997 Constitution¹¹³. For this essay, attention will be limited to amendment of section 1(1) – inserting the word ‘secular’, section 137 – new provisions on Cadi Court and 137A – establishment of Cadi Appeals Panel. At the end of counsels’ address, The Gambia Supreme Court held that,

‘The purported amendment to section 1(1) of the 1997 Constitution contained in the Schedule to the Constitution of the Republic of The Gambia, 1997 (Amendment) Act, 2001 (No.6 of 2001), and purporting to substitute for that section a new one declaring that: “The Gambia is a sovereign secular Republic”, is null and void and of no effect, by reason of non-compliance with the provisions of section 226(4) of the Constitution, which, required inter alia, the holding of a referendum on the Bill before it was passed by the National Assembly and presented to and assented by the President’¹¹⁴.

In addition, The Gambia Supreme Court applied the severability test to grant appeals from decisions of the Cadi Court to the Cadi Appeals Panel and for the establishment of the Cadi Appeals Panel being constitutional that does not require referendum¹¹⁵.

¹¹³ *Jammeh* (n 4) 852.

¹¹⁴ *ibid* 842.

¹¹⁵ *ibid* 852.

When on the absence of referendum, The Gambia Supreme Court declared the insertion of the word ‘secular’ null and void and applied the severability test to deny referendum for the expansion of Cadi Court’s jurisdiction and establishment of Cadi Appeals Panel, the Supreme Court unequivocally established The Gambia an Islamic state. Thus, The Gambia Supreme Court unilaterally declared the state to be an Islamic state contrary to meaning and implication of severability test; even though, Amendment Act is bereft of a severability clause. This unilateral declaration weighed heavily on members of the 2017 Constitutional Review Commission (CRC) that inserted provisions establishing Sharia High Court and Sharia Court without a prior political decision of the people¹¹⁶. However, amid several discrepancies in content of 2020 Draft Constitution by 2017 CRC, its bill, Constitution of The Gambia Promulgation Bill 2020, was rejected in its second reading at the National Assembly¹¹⁷.

On severability test, John Nagle stated its aim as a measure to determine ‘whether the legislature would have enacted the statutory provisions that survive after another part of the statute is held unconstitutional’¹¹⁸. The contradiction in the use of the word ‘secular’ and the expansion of jurisdiction of Cadi Court and establishment of Cadi Appeals Panel render the severability test inapplicable. This is because the principle of secularism spelt by the Preamble is antithetical to state’s religious mandate. Consequently, The Gambia Supreme Court was in error when she applied the severability test to claim that section 1(1) on inserting the word ‘secular’ is not ‘inextricably bound up with and had no linkage whatsoever’ with the Cadi provisions¹¹⁹. The provisions on expansion of Cadi Court’s jurisdiction and establishment of Cadi Appeals Panel being constitutional laws (relative concept) are subject to the making of the people (absolute concept). Thus, in the absence of referendum by virtue of section 102(d) of 1997 Constitution and an amendment of the 1997 Constitution’s Preamble by referendum, constitutional provisions on expansion of Cadi Court’s jurisdiction and establishment of Cadi Appeals Panel have failed the

¹¹⁶ 2020 Draft Constitution, s.187.

¹¹⁷ Sankulleh Gibril Janko, ‘Draft Constitution Rejected, Over D116m Wasted’ *The Point* (Kanifing, 23 September 2020) <<https://thepoint.gm/africa/gambia/headlines/draft-constitution-rejected-over-d116m-wasted>> accessed 23 September 2021.

¹¹⁸ John C Nagle, ‘Severability’ (1993) vol 72 North Carolina Law Review 203,206 <<https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3522&context=nclr>> accessed 03 October 2021.

¹¹⁹ *Jammeh* (n 4) 843.

validity test of the first leg of the constitutional theory (absolute concept). Consequently, they did not create any contract with the Gambian people owing to their invalidity.

b.POSITIVE CONCEPT OF CONSTITUTIONS OF NIGERIA AND THE GAMBIA

In 2014, Osita Ogbu asked, whether Nigeria is a secular state¹²⁰? The question can be asked of The Gambia on basis that while both countries are multi-ethnic and multi-religious¹²¹, both have similar constitutional provisions for secularity¹²², for establishment of Sharia and Cadi Courts¹²³ and are members of Organisation of Islamic Cooperation¹²⁴. Thus, are both countries secular states where secular means not spiritual; not ecclesiastical; relating to affairs of the present world¹²⁵? This segment looks at second leg of the theory where constitutional law (relative concept) is valid on basis of the presupposed constitution (positive concept): fundamental political decision of the people found in preamble, preface, forward or substantive part/s of Constitution.

In case of both countries, their fundamental political decisions are situated in their Preambles.

Both nations' highest courts, Supreme Courts, have supported this principle of constitutional laws receiving their validity from fundamental political decisions of the people encapsulated in their Preambles: when there is ambiguity in the constitutional laws¹²⁶; the context in which constitutional laws are utilised¹²⁷.

¹²⁰ Osita Nnamani Ogbu, 'Is Nigeria a Secular State? Law, Human Rights and Religion in Context' (2014) vol 1 Transnational Human Rights Review 1,10 <
<https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=thr>> accessed 28 September 2021.

¹²¹ See n 62 64 97-99.

¹²² Constitution of the Federal Republic of Nigeria 1999, s.10 'The Government of the Federation or of a state shall not adopt any religion as state religion; Constitution of the Republic of The Gambia 1997, s.100(2)(b) 'The National Assembly shall not pass a Bill to establish any religion as state religion'.

¹²³ Constitution of the Federal Republic of Nigeria 1999, ss. 262, 237(2)(b), 277; Constitution of the Republic of The Gambia 1997, ss. 137, 137A.

¹²⁴ United States Commission on International Religious Freedom (n 50) 2-4.

¹²⁵ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary* (4th edn West Publishing Co 1968) 1,1521.

¹²⁶ *Ogbonna* (n 37).

¹²⁷ *The State* (n 38).

Comparatively, applying content of Preambles to Sharia and Cadi Courts constitutional provisions, in accordance with constitutional theory and same approved by Supreme Courts, to establish their validity, it is obvious that –

There exist a contradiction in secularity sections and Sharia and Cadi sections. While, secularity sections provide that, ‘The Government of the Federation or of a state shall not adopt any religion as State Religion’¹²⁸; ‘The National Assembly shall not pass a Bill to establish any religion as state religion’¹²⁹, the same Constitutions provided for establishment of Sharia and Cadi Courts whose financial implications towards material and human resources are exclusive responsibilities of governments. The obvious ambiguity ushered the context in which the ambiguity can be resolved, the Preamble: ‘national calling card’¹³⁰, ‘the most important part of the Constitution’¹³¹, ‘the substance of the written Constitution’¹³².

Apparently, on grounds that the two nations are multi-ethnic and multi-religious, their Preambles did not make recognition of a particular religion to necessitate establishment of state religion as seen in Preambles of nations establishing state religion – ‘The kingdom of Saudi Arabia is a sovereign Arab Islamic State whose religion is Islam’¹³³; ‘Trusting in the omnipotence of Allah, the Mauritanian people ...’¹³⁴; ‘the Comorian people solemnly affirm their will to cultivate ..., a sole religion (Sunni Islam)’¹³⁵; ‘In the Name of the Most Holy Trinity, We, the people of Eire, humbly acknowledging all our obligations to our Divine Lord, Jesus Christ,’¹³⁶.

Mention of God in the two Preambles: ‘...to live in unity and harmony as one indivisible and indissoluble sovereign nation under God,...’¹³⁷ and ‘In the name of God, the Almighty’¹³⁸, are due recognition of theists nature of the political unity. Before advent of colonialism that ushered

¹²⁸ Constitution of the Federal Republic of Nigeria 1999, s.10.

¹²⁹ Constitution of the Republic of The Gambia 1997, s.100(2)(b).

¹³⁰ Orgad (n 23).

¹³¹ Orgad (n 32).

¹³² Schmitt (n 19).

¹³³ Saudi Arabia’s Constitution 1992, art.1.

¹³⁴ Preamble, Mauritania’s Constitution 1991, Preamble.

¹³⁵ Comoros Constitution 2018, Preamble.

¹³⁶ Ireland Constitution 1937, Preamble.

¹³⁷ Constitution of the Federal Republic of Nigeria 1999, Preamble.

¹³⁸ Constitution of the Republic of The Gambia 1997, Preamble.

in independence and propagation of democracy as a state form, peoples of Nigeria and The Gambia have actively been engaged in religious practices. Borno region of Northern Nigeria encountered Islam as early as eleventh century. In addition, Islam further gained much ground in Kano and Katsina in fifteenth century. During last quarter of eighteenth century, Islam had widely spread all over Northern Nigeria. At Southern Nigeria, Christian missionaries had contacts during nineteenth century before colonisation¹³⁹. For The Gambia, through Cassamance region of Senegal, spread of Islam coincided with European colonisation of Africa¹⁴⁰. Christianity got to The Gambia in 1456 through Portuguese sailors¹⁴¹. From these brief histories, it is certain that religious practices, amongst residents that translated into political unity of Nigeria and The Gambia, were an import. Meanwhile, before the import, residents had their customary practices peculiar to them in their respective domains. Subsequently, with much migration, other religious practices have been imported into the political unity of both countries. Thus, religious nature of the people of the states cannot be denied. They have always acknowledged existence of a supreme being in their lives. Apparently, when the word ‘God’ was used in their Preambles, it was used in the common noun sense where God does not mean a specific supreme being with specific name. It was used to refer to the Supreme Being that all religions have, to avoid discrimination. Thus in Australia, Constitutional Conventions of 1890s inserted an express provision prohibiting government from making any religion state religion and religious status as qualification for government appointments¹⁴² to restrain public petitions quest for the reference to God in the Preamble¹⁴³. Invariably, simultaneous preference for the word ‘God’ in their Preambles and charge of severing state from religion indicate the submission of the theist political unity to a Supreme Being, whoever they regard the Supreme Being to be, in their private capacity, while governance is divorced from religious ties in the state’s administration to prevent discrimination on basis of religion.

¹³⁹ Philip Osteien and Albert Dekker, ‘Sharia and National Law in Nigeria’, Jan Michiel Otto (ed), 2010 *Sharia Incorporated: A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, (Leiden University Press 2010) 17, 556.

¹⁴⁰ Bala S.K. Saho, ‘Appropriation of Islam in a Gambian Village: Life and Times of Shaykh Mass Kah, 1827 – 1936’ (2011) vol 12 African Studies Quarterly 1,2 <<https://asq.africa.ufl.edu/files/Saho-Vol12Is4.pdf>> accessed 06 September 2021.

¹⁴¹ Christians in Gambia <<http://www.accessgambia.com/information/christians-gambia.html>> accessed 20 October 2021.

¹⁴² Section 116, Australia Constitution 1901, s.116.

¹⁴³ Twomey (n 45) 319.

Consequently, by virtue of Preambles of both countries, Sharia and Cadi Courts constitutional provisions lack validity on the grounds that the Preambles, being the fundamental political decisions of the Nigerian and Gambian people, did not recognise a specific religion above other religions in the multi-ethnic and multi-religious countries. Also, the Preambles did not recognise Muslim religion above all other religions prevalent in both countries. However, the Preambles of both countries acknowledged the theist nature of citizens in their private capacity.

3. SECULARISM IN NIGERIA AND THE GAMBIA

Constitutional provisions on Sharia Courts made some Nigerians to regard her as a religious state¹⁴⁴. Also, scholars have branded Nigeria as Muslim country due to exclusive incorporation of Sharia into state law by some Northern states¹⁴⁵. Other scholars have, on basis of high population of Nigerian Muslims, grouped Nigeria Majority Muslim country¹⁴⁶. Other Nigerians, on absence of the word ‘secular’ in Constitutions of Nigeria, denied Nigeria to be secular¹⁴⁷. In addition, others have regarded Nigeria to be a Muslim state on basis that a Bill for removal of Sharia provisions in the Constitution will fail due to high number of National Assembly Muslim members¹⁴⁸.

Also, The Gambia is faced with fate of not being secular. In 2001, The Gambia Supreme Court rejected section of the Act that included the word ‘secular’ into section 1(1) of 1997 Constitution¹⁴⁹. In addition, the Chairperson of 2017 CRC, Justice Cherno Jallow, said ‘secularism has never been included in any of Gambia’s previous Constitutions’¹⁵⁰. This stands contrary to the CRC establishing Act which enjoins members of CRC to employ ‘The Gambia’s continued existence as a secular State (in which all faiths are treated equally and encouraged to foster national cohesion and unity)’¹⁵¹.

¹⁴⁴ *Jama’atu Nasril Islam*, ‘Text of Press Conference by the *Jama’atu Nasril Islam* (JNI) On The Nigerian Constitution and The Nigerian Muslim Ummah, February 13, 1999’, *The Guardian* (March, 15 1999) 16 cited in Ogbu (n 120) 11.

¹⁴⁵ Jan Michiel Otto ed, ‘*Sharia Incorporated: A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*’ (n 139) 12.

¹⁴⁶ United States Commission on International Religious Freedom (n 50) 3-4.

¹⁴⁷ Justice Bashir Sambo, Secretary-General of the *Jama’atu Nasril Islam* cited in Ogbu (n 120) 20.

¹⁴⁸ Prof. Mashood Baderin, SOAS University of London, Thirteenth SOAS Law PhD Colloquium 8 June 2021.

¹⁴⁹ See n 114.

¹⁵⁰ Omar Bah, ‘CRC Explains Controversial Absence of Secularism in Draft’ *The Standard* (Kanifing, 20 November 2019) <<https://standard.gm/crc-explains-controversial-absence-of-secularism-in-draft/>> accessed 22 October 2021.

¹⁵¹ The Constitutional Review Commission Act 2017, s.6(2)(d)(vi).

The constitutional provisions of, ‘The Government of the Federation or of a state shall not adopt any religion as State Religion’¹⁵²; and ‘The National Assembly shall not pass a Bill to establish any religion as state religion’¹⁵³, being constitutional laws (relative concept) are subject to constituent power, the people who are bearers of the constitution-making power (absolute concept) and the fundamental political decisions of the people contained in the Preamble (positive concept). Thus, are the secular provisions valid to grant Nigerians and Gambians secular contracts? The constitutional theory is used to resolve the quagmire on the secularity of both countries.

a.NIGERIA

The making of 1999 Constitution witnessed a defective democratic process: members of 1998 Constituent Debate Committee (CDC) were handpicked by military Head of State, General Abubakar Abdulsalami¹⁵⁴, CDC acted restrictedly to the neglect of active public participation¹⁵⁵, time frame for CDC to execute her mandate was short¹⁵⁶, military government under PRC inserted new sections into draft Constitution from CDC before promulgating it as Constitution of the Federal Republic of Nigeria, 1999¹⁵⁷. Consequently, the political unity, the Nigerian people who are the constituent power, the constitution-making power, never had input of their united purpose in 1999 Constitution of the Federal Republic of Nigeria. Ringera J of Kenya’s High Court, reiterated the essence of the people as the bearers of the constitution-making power, constituent power in these words,

‘...the Constitution is not supreme because it says so: its supremacy is a tribute to its having been made by a higher power, a power higher than the Constitution itself or any of its creatures. The Constitution is supreme because it is made by they in whom the constituent power is reposed, the people themselves’¹⁵⁸

¹⁵² Constitution of Federal Republic of Nigeria 1999, s.10.

¹⁵³ Constitution of the Republic of The Gambia 1997, s.100(2)(b).

¹⁵⁴ See n 87.

¹⁵⁵ See n 88.

¹⁵⁶ See n 89.

¹⁵⁷ See n 90.

¹⁵⁸ See n 26.

Apparently, when section 10: ‘The Government of the Federation or of a state shall not adopt any religion as State Religion’, lacked a higher power (they in whom the constituent power is reposed – the people themselves) it lost its validity. Section 10 cannot be made or remade without the exercise of constituent power – the Nigerian people. Thus, section 10 not being the creation of Nigerians lacks validity with respect to the first leg of the constitutional theory.

Next, presuppose a constitution (positive concept) – Preamble. The Preamble of 1999 Constitution is apt with section 10 on basis that religious matters are in private and not public domain. This is a reflection of Australia’s Constitutional Conventions of 1890s that recognised theist Australians in the Preamble and simultaneously inserted a provision to restrain religious practices in state affairs¹⁵⁹. Thus, when some Nigerians state that the word ‘secular’ had not featured in any Nigerian Constitution, they seem to be uninformed about the content and implication of Preamble in Constitution. Also, they seem to be unaware that the word ‘secular’ is an adjective which describes what is in existence: ‘The Republic of Turkey is a democratic, secular and social state governed by rule of law,....’¹⁶⁰; ‘The Gambia is a sovereign secular republic’¹⁶¹. Therefore being an adjective, it must be followed with a substantive provision in the text. A simple ‘secular’ in the Constitution will be vague without a substantive provision to explicate the nature of secularism in operation in the state. Hence, the adjective secular can be omitted as in Nigeria.

Consequently, section 10 has validity with respect to second leg of the constitutional theory. However, for the fact that absolute, relative and positive concepts are interrelated and inseparable to realise the validity of constitutional laws, section 10 being constitutional law must attain the simultaneous validity of absolute and positive concepts. Thus, with the absence of simultaneous validity, section 10 lacks validity to ascribe a secular state to Nigerians. Invariably, section 10 does not create a contract between it and Nigerians.

¹⁵⁹ See n 143.

¹⁶⁰ Constitution of the Republic of Turkey, art.2.

¹⁶¹ Constitution of the Republic of The Gambia 1997, s.1(1).

i. INTROSPECTION OF NIGERIA BEING A SECULAR STATE

The Preamble of 1999 Constitution is not constitutional law¹⁶². The interconnectedness, interrelationship and inseparability of absolute, relative and positive concepts in the constitutional theory are strictly for validity of constitutional laws. Thus, lack of validity of section 10 (a constitutional law) on basis of the constitutional theory does not erode the secular status of Nigeria. The Preamble: the national calling card¹⁶³, the most important document¹⁶⁴, the substance of the Constitution¹⁶⁵, the key of the Constitution¹⁶⁶ is the sole document that establishes the secular nature of the political unity called Nigeria with these words, ‘to live in unity and harmony as one indivisible and indissoluble sovereign nation ... on the principles of freedom, equality and justice, and for the purpose of consolidating the unity of our people’¹⁶⁷. Being multi-ethnic and multi-religious who is proud of her theist nature, Nigeria did not specify any religion to be prominent over others to ensure equality, unity, freedom and justice. By implication, governance should not be saddled with religious affairs that breed inequality, disunity, lack of freedom and injustice for sustenance of ‘one indivisible and indissoluble sovereign nation’.

Consequently, Nigeria’s secularity is by virtue of the Preamble which is not constitutional law¹⁶⁸ and inviolable¹⁶⁹.

b. THE GAMBIA

The Gambia remains an example of popular participation of constituent power in making of her indigenous Constitutions – 1970 and 1997 – by virtue of referendums. Thus, her secular provision of section 100(2)(b): ‘The National Assembly shall not pass a Bill to establish any religion as a State religion’ received the peoples input on 8 August, 1996. Consequently, The Gambia’s secular provision is valid on basis of first leg of the constitutional theory.

¹⁶² Schmitt (n 18).

¹⁶³ Orgad (n 23).

¹⁶⁴ Orgad (n 32).

¹⁶⁵ Schmitt (n 19).

¹⁶⁶ Orgad (n 31).

¹⁶⁷ Preamble, Constitution of the Federal Republic of Nigeria 1999, Preamble.

¹⁶⁸ Schmitt (n 18).

¹⁶⁹ Schmitt (n 39).

For second leg, presuppose a constitution (positive concept). The constitutional law, section 100(2)(b) is apt with Constitution. Being a people of multi-ethnic and multi-religious disposition, they ceased to make any religion dominant above others with these words,

‘The fundamental rights and freedoms enshrined in this Constitution, will ensure for all time respect for and observance of human rights and fundamental freedoms for all, without distinction as to ethnic considerations, gender, language or religion’¹⁷⁰.

Consequently, section 100(2)(b) has validity with respect to second leg of the theory. Thus, with simultaneous validity of absolute and positive concepts, there exists a secularity contract between the Gambian people and section 100(2)(b). Hence, it was an error of The Gambia Supreme Court¹⁷¹ to have applied severability test to nullify insertion of the word ‘secular’ in section 1(1) and justify expansion of jurisdiction of Cadi Court and establishment of Cadi Appeals Panel. The Court should have turned to the Preamble when faced with contradiction because she is alive to essence of the Preamble of a Constitution: the context in which constitutional laws are utilised¹⁷². Another slip was 2017 CRC’s establishment of new Sharia Courts¹⁷³ while relying on the errors of The Gambia Supreme Court.

Despite professions of Godliness, corruption and degrading human acts perpetrated by members of the theist societies are rampant in both countries. Here comes the questions whether the religiosity of Nigerians and Gambians are superficial or intended to make them better persons?

In 1998, as a mark of allegiance to the republic state form of Turkey, Turkish Constitutional Court upheld secularism law to dissolve a political party that seeks to establish a theocratic regime in Turkey¹⁷⁴. In 2003, European Court of Human Rights as a Grand Chamber unanimously upheld

¹⁷⁰ Constitution of the Republic of The Gambia 1997, Preamble.

¹⁷¹ *Jammeh* (n 115).

¹⁷² *The State* (n 38).

¹⁷³ See n 116.

¹⁷⁴ *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v Turkey*, Applications nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, European Court of Human Rights sitting as Grand Chamber, Strasbourg, 2003

this democratic principles in a republic state canvassed by Turkish Constitutional Court¹⁷⁵. Consequently, a peoples' constitutional declaration for democracy through republic state form implies a representation of popular sovereignty where this representation is a promise of obedience to civil authorities¹⁷⁶, and civil authorities respect for general will for equality and not for particular will for preferences¹⁷⁷.

4. SHARIA AND CADI COURTS: DISCRIMINATORY TOOLS IN THE LEGAL PROFESSION

Secularism in Nigeria and The Gambia, establishes general will of the sovereign people that religion must not be enmeshed in processes of government. Thus, law must have a secular purpose; its principle must be one that neither advances nor inhibits religion; it must not foster an excessive government entanglement with religion¹⁷⁸.

First, juxtaposing constitutional provisions for appointments of Cadis in Nigeria¹⁷⁹, and The Gambia¹⁸⁰, with the first criteria: law must have a secular purpose¹⁸¹, they reveal that provisions for appointments of Cadis in both countries are not for secular purpose but for religious purpose. Constitutional requirements of a recognised qualification in Islamic law and considerable experience in practice of Islamic law or a distinguished scholar of Islamic law are established religious requirements which is that they must be a *Mujtahid* (individual legal scholar)¹⁸², and a *faqih* (well versed in law)¹⁸³. They must be eligible for being an acceptable witness¹⁸⁴. Also, they must not be a non-Muslim because a non-Muslim is not *Kamal al-a hkam* (the conditions of being eligible to perform general religious duties, and these conditions are being an adult, sane, free and

¹⁷⁵ *ibid.*

¹⁷⁶ Luc Foisneau, 'Governing a Republic: Rousseau's General Will and the Problem of Government' (2010) vol 2 A Journal for the Study of Knowledge, Politics, and the Arts 93,99 <https://arcade.stanford.edu/sites/default/files/article_pdfs/roflv02i01_Foisneau_121510_0.pdf> accessed 19 September 2021.

¹⁷⁷ *ibid.*

¹⁷⁸ *Lemon et al v Kurtzman et al* [1971] US 403 (AP) 602,612-613.

¹⁷⁹ Constitution of the Federal Republic of Nigeria 1999, ss.260-264.

¹⁸⁰ Constitution of the Republic of The Gambia 1997, ss.137-137A.

¹⁸¹ *Lemon* (n 178) 612.

¹⁸² Ghulam Murtaza Azad, 'Qualifications of a Qadi' (1984) vol 23 Islamic Research Institute 249,249 <<https://www.jstor.org/stable/20847272>> accessed 11 October 2021.

¹⁸³ *ibid* 251.

¹⁸⁴ *ibid* 249.

a male¹⁸⁵. In addition, each Cadi functions within accepted Sharia law of his school (*Madhhab*) to perform independent reasoning (*ijtihad*) of content of Quran and Sunna to obtain God's will¹⁸⁶. Hence, duty of a Cadi is to his school of religious law that lacks a central authority and not to the republic state¹⁸⁷. This is because Sharia law is not man made law but from God¹⁸⁸. However, Professor Mashood Baderin is of the view that Nigeria Constitution did not expressly state that a Cadi should be a Muslim¹⁸⁹. Practically in Nigeria and The Gambia, Cadis are strictly Muslims.

Second, its principle must be one that neither advances nor inhibits religion¹⁹⁰. Owing to established facts that Sharia and Cadi Courts are for religious purpose, it is *res ipsa locitur* that creation and functioning of all Sharia and Cadi Courts in both countries are advancing Islamic religion above other religions while the States remain constitutionally secular and a republic.

Third, the law must not foster an excessive government entanglement with religion¹⁹¹. Infrastructure, human and financial resources of all Sharia and Cadi Courts of both countries are exclusively funded by governments.

Consequently, preferential will for Sharia against general will for secular courts and judges violates secularism which is an indispensable condition of democracy in a republic state. Thus, qualifications listed to be entitled for employment at Sharia and Cadi Courts are not objective on basis that they exhibit and promote inequality and discriminate amongst members of the legal profession in both countries where all are called to a single Bar – Nigeria Bar or The Gambia Bar not on basis of religion.

Apparently, where International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and African Charter on Human and Peoples' Rights (ACHPR) declare all persons equal before the law

¹⁸⁵ *ibid* 250.

¹⁸⁶ Tamir Moustafa, 'Islamic Law, Women's Rights and Popular Legal Consciousness in Malaysia' (2013) vol 38 Wiley 168,172 <<https://www.jstor.org/stable/23357742>> accessed 11 October 2021.

¹⁸⁷ Martin Shapiro, 'Islam and Appeal' (1980) vol 68 California Law Review 350,370 <<https://www.jstor.org/stable/3479990>> accessed 11 October 2021.

¹⁸⁸ Jan Michiel Otto, *Sharia and National Law in Muslim Countries* (Leiden University Press 2008) 5,7.

¹⁸⁹ SOAS University of London, Thirteenth SOAS Law PhD Colloquium 2021, 8 June, 2021.

¹⁹⁰ *Lemon* (n 178) 612.

¹⁹¹ *ibid* 613.

and entitled to equal protection by the law without discrimination on the basis of religion¹⁹², constitutional employment qualifications for Cadi at Sharia and Cadi Courts in both countries have declared all legal practitioners in both countries unequal and some without economic protection on being called to Bar. Consequently, non-Muslim legal practitioners are not given equal opportunity with Muslim legal practitioners. The constitutional provisions advance discrimination and guaranteed to Muslim legal practitioners effective protection for employment on ground of religion.

Thus, a Cadi employment accords a constitutional flavoured job where pension and other benefits are guaranteed to sustain social class and unequal earnings. This is unlike the private legal practice where a legal practitioner is his or her own pensioner. Thus, with this rare opportunity reserved for Muslim legal practitioners in both countries, there exist a wide and widening gap between socio-economic status of Muslim and non-Muslim legal practitioners and their families.

The constitutional employment provisions violate social right to work with equal pay for equal work¹⁹³, work for cohesion and respect for family¹⁹⁴, to pay taxes in the interest of society¹⁹⁵, of non-Muslim legal practitioners on basis of religion. While it is the law that religion shall not justify domination of a people by another¹⁹⁶.

CONCLUSION

On the basis of Carl Schmitt's constitutional theory where it is the people's participation and their prior political decisions, stipulated in the Preamble or substantive Preamble, that determine the validity of constitutional laws (constitutional provisions). This research revealed that the constitutional provisions of the Nigeria Sharia Courts of Appeal lack validity; The Gambia 1996 referendum exercised for Cadi Court establishment was in futility; the constitutional laws on expansion of Cadi Court's jurisdiction and establishment of Cadi Appeals Panel in 2001 lack validity; Nigeria is a secular state by virtue of her Preamble while The Gambia is a secular state

¹⁹² ICCPR, art.26; ACHPR, art.3.

¹⁹³ ACHPR, art.15.

¹⁹⁴ *ibid* art.29(1).

¹⁹⁵ *ibid* art.29(6).

¹⁹⁶ *ibid* art.19.

on basis of the constitutional theory; and, all legal practitioners in Nigeria and The Gambia are not equal before constitutional laws for qualifications for employment as Qadi or Cadi and Grand Qadi in the Sharia and Cadi Courts of both jurisdictions.

These findings justify the distinction between a formal Constitution and legislation. While a Constitution is the making of the people based on their prior political decisions, legislation is the making of the peoples' representatives. Hence, international law, such as the African Charter on Human and Peoples' Rights, are domesticated through legislation and not Constitutions. The Constitution remains the dictate of the people on how they should be governed. Consequently, where international law requires the consent of the peoples' representatives to be enforceable within a jurisdiction, the Preamble or substantive Preamble reflected in the Constitution and the constitutional laws which are details of the peoples' fundamental political decisions (Preamble), guide and regulate the peoples' representatives in accepting or refusing an international law.

Apparently, where international laws are found to be violated by Sharia and Cadi constitutional laws, in a multi-ethnic and multi-religious state, it erodes the need for domestication of international law for such international law to be enforceable in the state. This is because the international law is a true reflection of the people's fundamental political decision evidenced in their Preamble. Consequently, violation of the Preamble is *mutatis mutandis* violation of international laws of discrimination on basis of religion.

BIBLIOGRAPHY

Abioye FT, 'Constitution-Making, Legitimacy and Rule of law: A Comparative Analysis' (2011) 44 The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, 59-79

Adewale AR, 'The Political Economic and Social Dynamics of Nigeria: A Synopsis' (2011) (39) African Institute of South Africa, 1-7

Agreement Between the Republic of The Gambia and the Republic of Senegal Concerning the Establishment of a Senegambia Confederation (1982) 1261 United Nations Treaty Series

Ahmed D, Religion – State Relations (International IDEA Constitution-Building Primer 8 2017)

Alapiki HE, 'State Creation in Nigeria: Failed Approaches to National Integration and Local Autonomy' (2005) 48 Cambridge University Press, 49-65

Arowosegbe JO, 'Revisiting the Legitimacy Question of the Nigerian 1999 Constitution' (2021) Cambridge University Press, 1-28

Ayua IA and Dakas DCJ, Federal Republic of Nigeria (International Association of Centers for Federal Studies)

Azad GM, 'Qualifications of a Qadi' (1984) 23 International Islamic University, 249-263

Black HC, Black's Law Dictionary (4th edn West Publishing Co 1968)

Colon-Rios JI, 'Notes on Democracy and Constitution-Making' (2011) 9 New Zealand Journal of Public and International Law, 17-42

Enuka C and Odife I, 'The Nigerian Civil War as a Domestic Determinant of Nigeria's Foreign Policy 1967 – 1975' (2009) 10 Unizik Journal of Arts and Humanities, 240-250

Foisneau L, 'Governing a Republic: Rousseau's General Will and the Problem of Government' (2010) 2 A Journal for the Study of Knowledge, Politics, and the Arts, 93-104

Hassan-Bello A, 'Sharia in the Nigeria Constitutions: Examining the Constitutional Conferences and Sharia Debates in the Drafts' (2019) 29 Al-Ahkam, 1-26

Hedling N, A Practical Guide to Constitution Building: Principles and Cross-cutting Themes (International IDEA 2011)

Hughes A and Perfect D, A Political History of The Gambia 1816-1994 (University of Rochester Press 2006)

Iglesias T, 'The Dignity of the Individual in the Irish Constitution: The Importance of the Preamble' (2000) 89 An Irish Quarterly Review, 19-34

Jammeh OAS, The Constitutional Law of The Gambia: 1965 – 2010 (AuthorHouse Publishing 2011)

Justice Tobi N, The text of a speech delivered by the Chairman of the CDCC, while presenting the CDCC's report to the Head of State, General Abdulsalami Abubakar

Loewenstein K, 'The Demise of the French Constitution of 1875' (1940) 34 The American Political Science Review, 867-895

McLoughlin G and Bouchat CJ, Nigeria Unity: In the Balance (Strategic Studies Institute and U.S. Army War College Press 2013)

- Moustafa T, 'Islamic Law, Women's Rights and Popular Legal Consciousness in Malaysia' (2013) 38 Wiley, 168-188
- Nagle JC, 'Severability' (1993) 72 North Carolina Law Review, 203-259
- Oba AA, 'The Sharia Court of Appeal in Northern Nigeria: The Continuing Crises of Jurisdiction' (2004) 52 The American Journal of Comparative Law, 859-900
- Ogbu ON, 'Is Nigeria a Secular State? Law, Human Rights and Religion in Context' (2014) 1 Transnational Human Rights Review, 1-22
- Okekeocha C, 'Questioning the Constitutionality of Sharia Law in some Nigerian States' (2014) 6 African Social Science Review, 15-28
- Omar Bah, 'CRC Explains Controversial Absence of Secularism in Draft' The Standard (20 November 2019)
- Omasanjuwa A and Tarro ML, 'A Week of Mayhem: The July 30 Insurgency in The Gambia' (2021) Journal of Universal History Studies, 1-29
- Orgad L, 'The Preamble in Constitutional Interpretation' (2010) 8 International Journal of Constitutional Law, 714-738
- Osteien P and Dekker A, Sharia and National Law in Nigeria (Leiden University Press 2010)
- Otto JM ed, Sharia Incorporated: A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present (Leiden University Press 2010)
- Otto JM, Sharia and National Law in Muslim Countries (Leiden University Press 2008)
- Pilkington F, 'The Problem of Unity in Nigeria' (1956) 55 Oxford University Press, 219-222
- Saho BSK, 'Appropriation of Islam in a Gambian Village: Life and Times of Shaykh Mass Kah, 1827 – 1936' (2011) 12 African Studies Quarterly, 1-21
- Sankulleh Gibril Janko, 'Draft Constitution Rejected, Over D116m Wasted' The Point (23 September 2020)
- Schmitt C, Constitutional Theory, (Duke University Press 2008)
- Shapiro M, 'Islam and Appeal' (1980) 68 California Law Review, 350-381
- Sowe G and Nabaneh S, The State of Liberal Democracy (I.CONnect and the Clough Center 2018)

Stacy R, 'Constituent Power and Carl Schmitt's Theory of Constitution in Kenya's Constitution-Making Process' (2011) 9 International Journal of Constitutional Law, 587-614

Tangban OE, 'History and the Quest for Unity in Nigeria' (2014) 4 International Journal of Social Science and Humanity, 378-381

Twomey A, 'The Application of Constitutional Preambles and the Constitutional Recognition of Indigenous Australians' (2013) 62 The International and Comparative Law Quarterly, 317-343

United States Commission on International Religious Freedom, 'The Religion-State Relationship and the Right to Freedom of Religion or Belief: A Comparative Textual Analysis of the Constitutions of Majority Muslim Countries and Other OIC Members' (2012) Special Report, 3-155

Wang S, 'Emergence of a Dual Constitution in Transitional China' (2015) 45 Hong Kong Law Journal, 1-32

Constitutions

2020 Draft Constitution <https://www.moj.gm/download-file/dd9bb4d6-8ffa-11ea-837b-025103a708b7>

Australia Constitution 1901

https://www.constituteproject.org/constitution/Australia_1985.pdf?lang=en

Comoros Constitution 2018

https://www.constituteproject.org/constitution/Comoros_2018.pdf?lang=en

Constitution of Greece 1975

https://www.constituteproject.org/constitution/Greece_2008.pdf?lang=en

Constitution of Saudi Arabia 1992

https://www.constituteproject.org/constitution/Saudi_Arabia_2005.pdf

Constitution of the Argentina Nation 1994

https://www.constituteproject.org/constitution/Argentina_1994?lang=en

Constitution of the Federal Republic of Nigeria (Promulgation) Decree, 1989 (Decree No.12 of 1989) <https://gazettes.africa/archive/ng/1989/ng-government-gazette-supplement-dated-1989-05-03-no-29-part-a.pdf>

Constitution of the Federal Republic of Nigeria 1999

https://publicofficialsfinancialdisclosure.worldbank.org/sites/fdl/files/assets/law-library-files/Nigeria_Constitution_1999_en.pdf

Constitution of the Islamic Republic of Pakistan 2012

http://www.na.gov.pk/uploads/documents/1549886415_632.pdf

Constitution of the Kingdom of Thailand 2007

https://www.constituteproject.org/constitution/Thailand_2007.pdf

Constitution of the Republic of The Gambia 1997

<https://mofea.gm/downloads-file/constitution-of-the-gambia-1997>

Constitution of the Republic of Turkey

https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf

Ireland Constitution 1937

https://www.constituteproject.org/constitution/Ireland_2012.pdf

Mauritania Constitution 1991

https://www.constituteproject.org/constitution/Mauritania_2012.pdf?lang=en

Acts and Conventions

African Charter on Human and Peoples' Rights 1988

<https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49>

Constitution of Kenya Review Act 13 of 1997

<http://constitutionnet.org/sites/default/files/KEL97-005.pdf>

International Covenant on Civil and Political Rights 1966

<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

The Constitutional Review Commission Act 2017

https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=110054

Case Laws

Chief Emmanuel Ogbonna v The Attorney General of Imo State & 3 Ors [1992] 2 SC

https://www.lawbreed.com/site/search-for-case/?case_ref=3531

Government of the Republic of South Africa & Ors v Irene Grootboom & Ors [2000] CCT 11/00 1 (CCSA) https://www.escribnet.org/sites/default/files/Grootboom_Judgment_Full_Text_%28CC%29_0.pdf

Jacobson v Massachusetts [1905] 197 <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep197/usrep197011/usrep197011.pdf>

Jammeh v Attorney General [2001] 4 CS <https://www.lawhubgambia.com/sc-1-2002>

Kesavanada Baharati v State of Kerala [1973] 4 SCCA
<https://indiankanoon.org/doc/257876/>

Lemon et al v Kurtzman et al [1971] US 403 <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep403/usrep403602/usrep403602.pdf>

Njoya & Others v Attorney General & Others [2004] LLR 4788 (HCK) <http://ancl-radc.org.za/sites/default/files/Njoya%20v%20Attorney%20General%202004%20Kenya%20Referendum.pdf>

Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v Turkey, Applications nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98
<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-5004&filename=002-5004.pdf>

The State v Yankuba Touray [2020] CR/001/ 1,24 (SC)
https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2021/03/YANKUBA%20TOURAY%20JUDGMENT.pdf

United Democratic Party & Ors v The Attorney General & Anor [2008] 4 CS
<https://static1.squarespace.com/static/5a7c2ca18a02c7a46149331c/t/5a7c76529140b7d749eafed2/1518106227310/The+Gambia+Law+Reports+2002+-+2008+Volume+1.pdf>

Websites

<http://www.accessgambia.com/information/christians-gambia.html>

<https://worldpopulationreview.com/countries/gambia-population>



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

AZINLIK KİMLİKLERİ İÇİN SOYUT, SOMUT VE MELEZ ANAYASAL TANIMA: AVRUPA ANAYASALARI ÜZERİNE NORMATİF BİR ÇALIŞMA

*Hakan KOLÇAK **

ÖZET

Azınlık kimliklerine dair anayasal tanıma biçimlerine ilişkin olarak anayasa hukuku literatüründe bir eksiklik mevcut bulunmaktadır. Bu çalışma, söz konusu eksikliği gidermeyi amaçlamaktadır. Çalışmamızda yirmi beş Avrupa anayasası sistematik analizlere tabi tutulmakta ve siyasi teşkilatlanma yapısı yönünden mühim çıkarımlara ulaşılmaktadır. Azınlık kimliklerinin anayasal düzlemde tanınmasına yönelik toplumsal tabanı bulunan anayasal tartışmaları sürdüren devletlerin faydalanabileceği çalışmamıza göre; devletler, azınlık kimliklerini üç ayrı biçimden istifade ederek tanıyabilmektedir: 1) somut tanıma, 2) soyut tanıma ve 3) melez tanıma. Araştırmamız kapsamında incelenen devletlerin çoğunda soyut tanıma tercih edilmektedir. Soyut tanıma, üniter devletler arasında da ön plana çıkmaktadır. Somut ve melez tanımaya yönelik üniter devlet sayısı aynıdır. Soyut tanımanın baskınlığı federasyonlar özelinde daha da belirginleşmektedir. Araştırmamız dâhilinde incelenen federasyonların dörtte üçü soyut tanıma biçimini pratiğe dökmektedir. Söz konusu federasyonların dörtte birlik kısmı ise melez tanımaya yönelmektedir. Benzeri bir oran, melez tanımayı uygulayan üniter devletler için gözlemlenmektedir. Üniter devletlerin yaklaşık olarak dörtte biri tarafından tercih edilen somut tanıma, araştırmamız içeriğinde incelenen hiçbir federasyonda işlevsel kılınmamaktadır.

Anahtar Kelimeler Anayasal tanıma, Avrupa anayasaları, Azınlıklar, Çokkültürlülük, Etno-kültürel çeşitlilik.

* Dr. Öğr. Üyesi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, hakan.kolcak@erdogan.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1185-4055.



ABSTRACT, CONCRETE AND HYBRID CONSTITUTIONAL RECOGNITION FOR MINORITY IDENTITIES: A NORMATIVE STUDY ON EUROPEAN CONSTITUTIONS

*Hakan KOLÇAK ***

ABSTRACT

In the literature of constitutional law, there is a research gap on the forms of constitutional recognition for minority identities. This study seeks to fill the academic gap. It analyses twenty-five European constitutions in a systematic manner, paving the way for the creation of significant general arguments. It is argued that those states dealing with ongoing constitutional debates on how to recognise minority identities would benefit from the findings of this study. According to the study, there are three main forms of recognition that constitutions would take into account when recognising minority identities. These forms are listed as follows: 1) abstract recognition, 2) concrete recognition and 3) hybrid recognition. The study underscores that abstract recognition is the most preferred form among those states examined in this article. This form of recognition is popular among those unitary states analysed in the article. The number of unitary states utilising the form of concrete recognition is the same as that drawing on the form of hybrid recognition. It is underlined that the form of abstract recognition is more popular among those federations scrutinised in the article. Three-fourths of the federations benefit from this form whilst the rest (one-fourth) use its hybrid counterpart. A similar scenario is realised for those unitary states analysed in the article. To clarify, almost one-fourth of the unitary states draw on the form of hybrid recognition. It is also worth noting that almost one-fourth of the unitary states use the form of concrete recognition. This form is not embraced by any federations examined in the article.

Keywords Constitutional recognition, European constitutions, Minorities, Multiculturalism, Ethno-cultural diversity.

** Asst. Prof., Recep Tayyip Erdogan University, Faculty of Law, Department of Constitutional Law, hakan.kolcak@erdogan.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1185-4055.

Extended Summary

Treaties are those conventional tools utilised in recognising minority identities. There are also constitutional methods used in the contemporary era for the recognition of ethno-cultural diversity. Assimilation, integration and multiculturalism are the three main examples of such methods. Assimilation seeks to establish public and private areas dominated by majority identities whilst trying to eliminate all forms of minority identities. The method of integration enables minorities to protect and develop their identities in the private realm, but not in its public counterpart. It is possible for minorities to preserve and advance their identities in both public and private domains via the multiculturalist method of constitutional recognition.

The multiculturalist way has been followed by various sovereign states since the twentieth century. As a corollary of this trend, many states have incorporated several minority-specific identity rights into their constitutional systems. Numerous studies scrutinise such incorporation processes while many others are aimed at comprehending how states have constructed their constitutional regimes on the recognition of minority identities. However, there are few normative studies defining and explaining the forms of constitutional recognition for minority identities, leading to a significant research gap in the literature of constitutional law. This article aims to fill the research gap and eventually enable all states dealing with ongoing constitutional debates on the recognition of their ethno-cultural diversity to better understand how they would complete such recognition processes.

Twenty-five European states are examined in the article. Twenty-one of those states analysed in the article are formed in a unitary manner while the rest (4 out of 25) are federal. The article benefits from constitutions and other legal tools as primary sources. It draws on books, journal articles and other library-based materials as secondary sources. The article identifies three main forms of recognition that constitutions would take into consideration when recognising minority identities. The first is the form of abstract recognition. Those constitutions using this form impose a positive duty upon state organs to preserve and develop ethnic, linguistic, national and religious identities. This duty is then fulfilled by national legislatures that adopt acts dealing with all matters on the recognition of such identities. The second is the form of concrete recognition. Those constitutions drawing on this form directly recognise minority groups at the constitutional level and involve several articles or provisions on the maintenance and promotion of their features. The last is the form of hybrid recognition.

Those constitutions utilising this form develop an approach built on both abstract and concrete recognition. In other words, they directly recognise some minority communities at the constitutional level whilst empowering others to be recognised via the abstract form.

Abstract recognition is the most preferred form among those states analysed in the article. Fourteen states embrace this form in recognising minority identities. Six of the remaining states draw on the hybrid form while the rest (5 out of 25) benefit from its concrete counterpart. The abstract form of constitutional recognition is also popular among those unitary states scrutinised in the article. Eleven unitary states utilise the abstract form in the recognition of minority identities. The number of unitary states using the concrete form is the same as that embracing the hybrid form. To put it differently, five of the remaining unitary states adopt the concrete form whilst the rest (5 out of 21) embrace its hybrid counterpart. It is underscored that abstract recognition is more popular among those federations examined in the article. Three-fourths of such federations use the abstract form while the rest (one-fourth) benefit from its hybrid counterpart. It is underlined that no federation utilises the concrete form of constitutional recognition.

This article makes a crucial stride in filling the aforementioned research gap via its normative approach, coming up with comprehensive arguments on the forms of constitutional recognition for minority identities. It is worth noting that there are some weak muscles of the article. It does not analyse any African, American or Asian constitutions. Future research projects would turn their attention to these constitutions. They would not only create new forms of constitutional recognition but also strengthen all keystones of the arguments introduced by this article. It is also possible for such projects to examine which variables would stimulate sovereign states to embrace the above-mentioned forms of recognition, engendering a new atmosphere where the research gap would be filled in a complete manner.

GİRİŞ

Devletlerarası antlaşmalar, azınlık kimliklerinin tanınmasında yoğun istifade edilen geleneksel kaynaklar olarak ön plana çıkmaktadır¹. Mevzu bahis kimliklerin tanınması hususunda modern bir yöntem olarak; etnik yahut kültürel çeşitliliğe dair anayasal yönetim biçimleri de 20'nci yüzyıl itibarıyla işlevsel kılınmıştır². Asimilasyon, entegrasyon ve çokkültürleşme, bahsi geçen yönetim biçimlerinin üç temel örneğini oluşturmaktadır³. Asimilasyon, çoğunluk kimliğinin mutlak hâkimiyetine odaklanan ve azınlık kimliklerinin hem kamusal hem de özel alanda tamamen yok edilmesini amaçlayan yönetim biçimidir⁴. Entegrasyon, azınlık kimliklerinin özel alanda tanınmasını sorunsallaştırmamakla birlikte aynı tutumun kamusal alanda pratiğe dökülmesine olumlu bakmayan yönetim biçimidir⁵. Çokkültürleşme, azınlık kimliklerinin gerek kamusal gerekse özel alanlarda bütün bileşenleriyle beraber yaşatılmasını gaye edinmektedir⁶. Bu yönetim biçimi, azınlık kimliklerinin dezavantajlı durumlarının bertaraf edilmesi ve maddi eşitliğin net olarak tesis edilmesi için gerekli anayasal adımların atılmasına imkân sağlamaktadır⁷.

20'nci yüzyıldan itibaren birçok devlet, çokkültürleşme yönteminden faydalanarak ülkeleri üzerinde yaşayan azınlıklara ait kimliklerin tanınması için anayasal politikalar geliştirmiştir⁸. Bu politikaların doğal bir uzantısı olarak; pek çok devlet, azınlıklar için sayısız kimlik hakkını anayasal düzlemde tanıyıp güvence altına almıştır⁹. Azınlık kimliklerinin tanınmasını ve bu husustaki anayasal rejimlerin nasıl inşa edildiğini araştırma konusu yapan

¹ Söz konusu antlaşmaların birkaçına yönelik kısa bilgilendirme, bu çalışmanın birinci kısmında mevcuttur.

² Will Kymlicka, 'Minority Rights' in Robyn Eckersley ve Chris Brown' (eds), Oxford Handbook of International Political Theory (Oxford University Press 2018), 166-178

³ Brendan O'Leary, 'Nationalism and Ethnicity: Research Agendas on Theories of Their Sources and of Their Regulation' in Daniel Chirot ve Martin Selgman' (eds), Ethnopolitical Warfare: Causes, Consequences and Possible Solutions (American Psychological Association Press 2001), 42-44

⁴ John McGarry ve Brendan O'Leary, 'Federation as a Method of Ethnic Conflict-regulation' in Sid Noel (ed), From Power-sharing to Democracy: Post-conflict Institutions in Ethnically Divided Societies (McGill-Queens University Press 2005), 266-268

⁵ Brendan O'Leary, 'Analysing Partition: Definition, Classification and Explanation' (2007) 26(8) Political Geography, 895-896

⁶ Will Kymlicka ve Eva Pfösl, 'Introduction' in Will Kymlicka ve Eva Pfösl (eds), Multiculturalism and Minority Rights in the Arab World (Oxford University Press 2014), 1-24

⁷ Brendan O'Leary ve John McGarry, 'Regulating Nations and Ethnic Communities' in Albert Breton, Gianluigi Galeotti, Pierre Salmon ve Ronald Wintrobe (eds), Nationalism and Rationality (Cambridge University Press 1995), 263-270

⁸ Will Kymlicka, 'Liberal Multiculturalism and Human Rights' in Ferran Requejo ve Miquel Caminal (eds), Political Liberalism and Multinational Democracies (Routledge 2010), 3-92

⁹ Mevzu bahis kimlik haklarının somut örnekleri, bu çalışmanın ilerleyen kısımlarında yer almaktadır.

önemli sayıda çalışma bulunmaktadır¹⁰. Bu çalışmaların normatif bir yöntemle araştırma konusunu analize tabi tutmamaları, azınlık kimliklerinin anayasal düzlemde tanınmasına ilişkin genel çıkarımlara erişim hususunda zorlukları ve eksiklikleri beraberinde getirmiştir. Bu durum, mevcut literatürde var olan mühim bir boşluğu gözler önüne sermektedir.

Ülkelerinde yaşayan azınlık kimliklerine yönelik olarak çokkültürleşme yöntemini benimseyerek etno-kültürel çeşitliliklerinin anayasal yönetimine şekil veren devletler mevcuttur. Ancak, ilgili hususta toplumsal tabanı olan taleplerle karşılaşan ama henüz somut anayasal adımlar atmayan devletler de bulunmaktadır. Korsikan, Breton ve Oksitan azınlıklar, müstakil kimliklerinin 1958 Fransız Anayasası çerçevesinde tanınmasını amaçlayan aktif siyasi ve sosyal faaliyetler ile anayasal tartışmaları uzun süredir devam ettirmektedir¹¹. Benzeri tartışmalar, 2011-2013 yılları arasında mesai harcayan Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Uzlaşma Komisyonu'nun faaliyetleri döneminde Türkiye özelinde de gündeme gelmiştir¹².

¹⁰ Azınlık kimliklerini doğrudan araştırma konusu yapmamakla birlikte dünya anayasalarını vatandaşlık tanımları üzerinden öz bir şekilde inceleyerek ilgili konuya temas eden analizler için bkz. Levent Korkut, 'Siyasi Kimlik Olarak Vatandaşlık: Türkiye'de ve Dünya Devletlerinde Anayasal Vatandaşlık Tanımları' (2015) 1 (2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5-41. Azınlık kimlikleri odaklı bir perspektifle Balkan coğrafyasında yer alan bazı devletlerdeki müstakil rejimleri inceleyerek ilgili konuya temas eden analizler için bkz. Nihan Akıncılar-Köseoğlu, 'Batı Balkan Ülkelerinde Azınlık Hakları' (2020) 28 (1) Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, 147-177. İlgili konuyu Batı Trakya coğrafyasında yaşayan Türk azınlıkları odak noktası olarak belirleyerek inceleyen çalışmalar için bkz. Kâmil Kısa, 'Lozan'dan Günümüze Batı Trakya Türklerinin Hukuki Statüleri' (2018) 4 (2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 307-329. Konuya ilişkin diğer bireysel ve müstakil çalışmalar, bu araştırma kapsamında da incelemeye tabi tutulmuş olup, her birinin künyesine çalışma sonunda yer alan kaynakça kısmı irdelendiği takdirde ulaşılabilir.

¹¹ Söz konusu faaliyetlerin kapsamlı analizi için bkz. Anne Judge, *Linguistic Policies and the Survival of Regional Languages in France and Britain* (Palgrave Macmillan 2007) 61-145; Madeleine Adkins, 'Will the Real Breton Please Stand up? Language Revitalization and the Problem of Authentic Language' (2013) 223 *International Journal of the Sociology of Language*, 55-70; Michel Bert ve James Costa, 'What Counts as a Linguistic Border, for Whom, and with What Implications? Exploring Occitan and Francoprovençal in Rhône-Alpes, France' in Dominic Watt ve Carmen Llamas (eds), *Language, Borders and Identity* (Edinburgh University Press 2014) 186-205; André Fazi, 'How Language Becomes a Political Issue: Social Change, Collective Movements and Political Competition in Corsica' (2020) 261 *International Journal of the Sociology of Language*, 119-144; Sébastien Quenot, 'Public Policy for the Corsican Language: From Revitalisation to Normalisation?' (2020) 261 *International Journal of the Sociology of Language*, 145-162; François Viangalli, 'From Linguistics to Litigation: Reflections on the Legal Aspects of Reversing Language Shift' (2020) 261 *International Journal of the Sociology of Language*, 163-178

¹² Türkiye'de yaşayan etnik, kültürel ve dilsel toplulukların anayasal düzlemde kimliklerinin tanınıp tanınmaması hususunda kamuoyunun fikirlerini toplayan birçok araştırma ilgili dönemde yayınlanmıştır. Bu araştırmalar, Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı, Konda Araştırma ve Danışmanlık, Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı gibi kuruluşlar tarafından yürütülmüştür. Gerek bu kuruluşlar tarafından yürütülen araştırmalar gerekse mevzu literatürde yer alan diğer çalışmalardan istifade eden ve Türkiye özelinde tanıma meselesini etraflı bir şekilde inceleyen raporlar da Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği, Türkiye İnsan Hakları Vakfı ve İnsan Hakları Derneği gibi çeşitli sivil toplum kuruluşlarınca ilgili dönemde hazırlanmıştır. İlgili bütün çalışmalar hakkında daha fazla bilgi için bkz. Mustafa Erdoğan, 'Yeni Anayasa: Yol Haritası' (2012) 17 (66) *Liberal Düşünce Dergisi*, 23-29; Fazıl Hüsnü Erdem, 'Anayasal Vatandaşlık ve Yeni Anayasa' (2012) 17 (66) *Liberal Düşünce Dergisi*, 49-56; Naz Çavuşoğlu, 'Yeni Bir Anayasa İçin Somut Öneriler: "Yurttaşlık/Vatandaşlık"' (2012) 1 (1) *Anayasa Hukuku Dergisi*, 405-428; Sibel İnceoğlu, 'Yazılı Anayasa –

Azınlık kimlikleri için anayasal düzlemde işlevsel kılınan tanıma biçimlerine yönelik normatif bilgilendirme, bu tartışmaların zenginleştirilmesi ve geliştirilmesi sürecine potansiyel olarak katkı sunabilir. Çalışmamız, bahsi geçen katkıyı sunmayı hedeflemektedir. Yirmi beş Avrupa anayasası çalışmamız kapsamında normatif bir yöntemle incelenmektedir. Araştırma örneklemini olarak seçilen ve anayasaları çerçevesinde ülkelerinde yaşayan azınlıkların kimliklerini tanıyan devletlerin yirmi bir tanesi üniter devlet, kalan dördü ise federasyondur¹³.

Devlet anayasaları ile ilgili diğer mevzuat kaynakları, araştırma örneklemelerinin normatif analizi için birincil kaynak olarak kullanılmıştır. Kitap ve araştırma makalesi gibi genel kaynaklardan da ayrıca istifade edilmiştir. Yapılan analizler neticesinde; azınlık kimliklerinin anayasal düzlemde tanınmasının üç temel biçim aracılığıyla söz konusu olabileceği görülmüştür. Bu biçimler; (i) somut tanıma, (ii) soyut tanıma ve (iii) melez tanıma şeklinde isimlendirilebilir. Somut tanıma biçimini tercih eden anayasalar, azınlık kimliklerini anayasal hükümler çerçevesinde ismen zikrederek tanımaktadır. Soyut tanıma biçimini benimseyen anayasalar, ülke sınırları içerisinde mevcut bulunan ulusal, etnik, dilsel yahut dini azınlıkların kimliklerinin korunup geliştirilmesi hususunda devlet organlarına pozitif yükümlülük yüklemektedir. Bu anayasal görevin ifasını üstlenen yasama organları, ilgili kimlikleri barındıran azınlıkları ismen zikrederek ya da azınlık statüsünü elde etmek için gerekli olan şartları tespit ederek soyut tanıma biçimine kanunla şekil vermektedir. Melez tanıma biçimini pratiğe döken anayasalar ise hem somut hem de soyut tanımadan birlikte faydalanmaktadır. Bazı azınlık kimlikleri için tanımayı anayasal düzlemde somut bir şekilde yapan mevzu bahis anayasalar, diğer kimlikler için anayasal seviyede soyutlaştırma yoluna gitmektedir.

Yaşayan Anayasa, Anayasal Süreçte Kimlikler' (2012) 1 (2) Anayasa Hukuku Dergisi, 309-314; İbrahim Özden Kaboğlu, 'Yeni Anayasa: Süreç, İçerik ve Düzen' (2013) 2 (3) Anayasa Hukuku Dergisi, 7-30; Hakan Kolçak, 'Consociationalism under Examination: Is Consociationalism the Optimal Multiculturalist Approach for Turkey?' (2020) 29 (1) Digest of Middle East Studies 26, 26-52

¹³ Siyasal teşkilatlanma yapısı bakımından devletlerin üniter veya federasyon olarak nitelendirilmesi için çalışmamızın benimsediği yahut ürettiği müstakil tanımlar bulunmamaktadır. Üniterlik veya üniter devletin temel ilkeleri arasında sıralanan ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği ilkelerine anayasal hükümler doğrultusunda atıf yapan devletler, bölgesel bir yapıya bürünmüş olsa da çalışmamız kapsamında üniter olarak nitelendirilmiştir. Bu nitelendirmeye paralel bir şekilde, anayasal madde veya hükümler uyarınca devlet şeklinin federasyon olduğu belirtilen devletler ise çalışmamız tarafından federasyon olarak kabul edilmiştir. Saf (tek ulusçu) ve bölgesel çeşitleriyle birlikte üniter devlet ile federasyon ayrımı hususunda kapsamlı analizler için bkz. Daniel Elazar, 'Contrasting Unitary and Federal Systems' (1997) 18 (3) International Political Science Review, 237-251; Ronald Watts, 'Federalism, Federal Political Systems, and Federations' (1998) 1 (1) Annual Review of Political Science 117, 117-137; John McGarry, 'Asymmetry in Federations, Federacies and Unitary States' (2007) 6 (1) Ethnopolitics, 105-116; Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım: Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar (3rd edn, Seçkin Yayıncılık 2020), 271-318; Abdurrahman Eren, Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku (2nd edn, Seçkin Yayıncılık 2020), 276-280; Kemal Gözler, Devletin Genel Teorisi: Bir Genel Kamu Hukuku Ders Kitabı (9th edn, Ekin Yayınevi 2018), 130-188; Oktay Uygun, Devlet Teorisi (6th edn, On İki Levha Yayıncılık 2019), 252-288

Soyutlaştırılan ikinci grup kimliklere yönelik somutlaştırma, teşri organlarca çıkarılan kanunlarla tamamlanarak melez tanıma biçimi ete kemiğe büründürülmektedir.

Araştırmamız kapsamında analize tabi tutulan yirmi beş devletin on dört tanesi soyut tanıma biçimini tercih etmektedir. Kalan on bir devletin altısı melez, diğer beşi ise somut tanımadan faydalanmaktadır. Soyut tanıma, araştırmamız dâhilinde incelenen üniter devletlerin çoğunluğunda (yirmi bir devletin on bir tanesi) benimsenmektedir. Somut ve melez tanıma biçimleri için kalan üniter devletlerin beşer adeti uygulamaya gitmektedir. Üniter devletler tarafından yaygın olarak kullanılan soyut tanıma, federasyonlarca da tercih edilen baskın biçim olarak gözükmektedir. Araştırmamız kapsamında incelenen dört federasyonun üçü soyut tanımadan istifade ediyorken, sadece bir federasyonda melez tanıma pratiğe dökülmektedir. Somut tanıma ise araştırmamız içeriğinde analize tabi tutulan hiçbir federasyon tarafından benimsenmemektedir.

Bir hak süjesi olarak azınlıkların incelenmesi, bu çalışmanın ilk kısmının ana konusunu oluşturmaktadır. Etno-kültürel çeşitliliğin anayasal yönetimine dair kuramsal çerçevenin izahı ile yöntemsel bilgilendirme, çalışmamızın ikinci kısmında gündeme taşınmaktadır. Çalışmamızın üçüncü kısmında ise azınlık kimliklerine ilişkin olarak kullanılan anayasal tanıma biçimleri normatif bir yöntemle anlamlandırılmakta ve tasnif edilmektedir.

I. BİR HAK SÜJESİ OLARAK AZINLIK

Azınlık, nicel olarak az kişiden oluşan bir grubu nitelendirmek için kullanılan kavramdır¹⁴. Bir hak süjesi olarak azınlık, sadece sayısal azlığa vurgu yapmakla kalmayıp, tarihsel gelişim süreci içerisinde çeşitli kimliklere vurgu yapan bir hâl almıştır¹⁵. ‘Ülke kiminse onun dini hâkimdir’ (*cuius regio eius religio*) prensibinin hâkim olduğu Orta Çağ’da dinsel yönden sayıca az olan topluluklar, azınlık olarak tanımlanmış ve çeşitli hakların süjesi olarak gösterilmiştir¹⁶. 622 tarihli Medine Sözleşmesi, bu noktada örnek teşkil etmektedir. Sözleşme, devlete sadakat borcunu ifa etme yükümlülüğünü yüklediği azınlık Yahudi topluluğunun din hürriyetini güvence altına almıştır¹⁷. Azınlıkların dini kimlikler üzerinden tanımlanması, ‘Ülke

¹⁴ Peter Kraus, ‘Democracy’s Challenge: Nordic Minority Politics in the European Context’ in Peter Kraus ve Peter Kivisto (eds), *The Challenge of Minority Integration: Politics and Policies in the Nordic Nations* (De Gruyter 2015), 46

¹⁵ Joel Oestreich, ‘Liberal Theory and Minority Rights Group’ (1999) 21(1) *Human Rights Quarterly*, 109-115

¹⁶ Hakan Kolçak, ‘A Confederalist Demand to Transform the Liberal Discourse: A Comprehensive Analysis of International Minority Protection Regimes’ (2021) 7 (1) *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3, 7

¹⁷ Bayram Doğan ve Mehmet Turan, ‘Anayasa Hukuku Bağlamında Medine Vesikası’ (2021) 11(1) *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69, 87

kiminse onun dini hâkimdir' prensibinin 'Ülke kiminse onun ulusu hâkimdir' (*cuius regio eius natio*) prensibi ile ikame edilmesi sonrasında daha da önem kazanmıştır¹⁸. Bu dönemin en bilinen örneklerinden birini Osmanlı İmparatorluğu sergilemiştir. İmparatorluk, 'Millet Sistemi' adını verdiği yönetim usulünü 15'inci yüzyılda oluşturmuştur¹⁹. Sistem; Yahudi, Rum ve Ermeni toplulukları azınlık olarak nitelendirmiş, bu topluluklar için çeşitli hak ve hürriyetleri güvence altına almıştır²⁰. Benzeri garantiler, 1644 tarihli Vestfalya Kongresi sonrasında imzalanan pek çok uluslararası antlaşmada da yer almıştır²¹. 1660 tarihli Oliva Antlaşması, 1678 tarihli Nijmegen Antlaşması, 1697 tarihli Ryswick Antlaşması, 1745 tarihli Dresden Antlaşması ve 1772 tarihli Varşova Antlaşması, bu antlaşmalardan birkaçıdır²².

Sadece dini azınlıklar için koruma sağlayan müstakil hukuki rejimler, 18'inci yüzyılın ikinci yarısından itibaren dönüşüm yaşamaya başlamıştır²³. Söz konusu dönemde vuku bulan Amerikan ve Fransız Devrimleri ile Avrupa'da hâkim olan Napolyon dönemi, küresel bazda milliyetçiliğin yükselişini beraberinde getirmiştir²⁴. Bu yükseliş, azınlık tanımlamasında ve haklarının güvence altına alınmasında din temelli bakış açısında da değişikliği beraberinde getirmiştir²⁵. 1815 tarihli Viyana Kongresi sonrasında imzalanan uluslararası antlaşmalar, artık sadece dini toplulukları azınlık olarak görmemiş, çeşitli etnik ve ulusal toplulukları da azınlık başlığı altında nitelendirerek hak ve hürriyetlerle donatmıştır²⁶.

Milliyetçi akımların yükselişi, 19'uncu yüzyılın ilk üç çeyreğinde Balkan coğrafyasında birçok yeni devletin kurulmasını da beraberinde getirmiştir²⁷. Batılı devletler, mevzu bahis yeni devletlerin tanınması için ülkeleri üzerinde yaşayan azınlıklara yönelik müstakil koruma

¹⁸ Kolçak, (n 16) 7-8

¹⁹ İlber Ortaylı, *Son İmparatorluk Osmanlı* (Timaş Yayınları 2006), 86-90; İlber Ortaylı, *Türkiye Teşkilât ve İdare Tarihi* (3rd edn, Cedit Neşriyat 2008), 201; İlber Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı* (30th edn, Timaş Yayınları 2010), 201-202

²⁰ Söz konusu güvencelere dair daha fazla detay için bkz. Berdal Aral, 'The Idea of Human Rights as Perceived in the Ottoman Empire' (2004) 26 (2) *Human Rights Quarterly* 454, 454-460; Belkıs Konan, 'Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme' (2015) 64 (1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 171-193; Cansu Koç-Başar, 'Osmanlı Millet Sisteminden Ulusa Geçiş' (2017) 23 (1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 195, 196-201

²¹ Kolçak, (n 16) 7-8

²² Mevzu bahis antlaşmaların kısa analizi için bkz. Patrick Thornberry, 'Historical Background: International Law Moves from Protection of Particular Groups to Norms of a Universal Character' in Joshua Castellino (ed), *Global Minority Rights* (Ashgate 2012), 3-6

²³ Kolçak, (n 16) 8

²⁴ Jennifer Preece, 'Minority Rights in Europe: From Westphalia to Helsinki' (1997) 23(1) *Review of International Studies* 75, 76-78

²⁵ Kolçak, (n 16) 8

²⁶ Preece, (n 24) 78-79

²⁷ *ibid* 79-81

rejimleri inşa edilmesini şart koşmuştur²⁸. Bu şartı yerine getiren yeni devletler, hem dini hem de ulusal kimlikleri dikkate alarak azınlık tanımlaması yapan koruma rejimlerini inşa etmiştir²⁹. 1830 tarihli Londra Protokolü, sadece Yunanistan'ın bir egemen devlet olarak kurulmasını beraberinde getirmemiş, kurulan devletin tanınmasını da Yunanistan'da yaşayan azınlık Müslüman topluluğun hak ve hürriyetlerinin güvence altına alınması şartına bağlamıştır³⁰. Benzeri hükümler, 1878 tarihli Berlin Antlaşması'na da dâhil edilmiş; Bulgaristan, Romanya ve Sırbistan, ülkelerinde yaşayan Müslüman azınlıkların hak ve hürriyetlerine saygı duyma yükümlülüğü altına sokulmuştur³¹.

Yukarıda bahsi geçen yükümlülüklerin yerine getirilmesini denetleyecek bir uluslararası mekanizmanın inşa edilmemiş olması, ilgili dönemdeki azınlık koruma rejimlerinin en zayıf yönlerinden birini oluşturmaktaydı³². Bu zayıflık, 1919 tarihli Paris Barış Konferansı sonrasında Milletler Cemiyeti'nin (MC) kurulmasıyla bertaraf edilmiştir³³. Devletler, MC üyeliğini elde edebilmek için kendi ülkeleri üzerinde yaşayan azınlıkların haklarını tanıma zorunda bırakılmıştır³⁴. Azınlıklar, MC döneminde yürürlüğe giren pek çok uluslararası antlaşmada hem dini hem de etnik kimlikler üzerinden tanımlanmış ve önemli sayıda hakkın süjesi haline gelmiştir³⁵. 1919 tarihli Saint-Germain-en-Laye Antlaşması; Avusturya, Yugoslavya ve Çekoslovakya devletlerinde yaşayan dini ve etnik azınlıklar için din hürriyeti ile çeşitli dilsel hakları güvence altına almıştır³⁶. Benzeri güvenceler, Polonya'da yaşayan azınlıklar için 1919 tarihli Versay Antlaşması ile sağlanmıştır³⁷. 1919 tarihli Neuilly-sur-Seine Antlaşması, 1920 tarihli Trianon Antlaşması ve 1923 tarihli Lozan Antlaşması da paralel nitelikteki hükümleri Bulgaristan, Macaristan, Türkiye ve Yunanistan için geçerli kılmıştır³⁸.

Birleşmiş Milletler (BM) döneminde de azınlık kavramı gerek dini gerekse ulusal kimlikler üzerinden tanımlanmıştır³⁹. 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Üzerine Uluslararası

²⁸ Kolçak, (n 16) 9

²⁹ ibid.

³⁰ Preece, (n 24) 79-81

³¹ Kolçak, (n 16) 9

³² Thornberry, (n 22) 7-9

³³ Mark Mazower, 'Minorities and the League of Nations in Interwar Europe' in Joshua Castellino (ed), *Global Minority Rights* (Ashgate 2012) 17-22

³⁴ ibid.

³⁵ Kolçak, (n 16) 9

³⁶ ibid.

³⁷ ibid.

³⁸ Mevzu bahis antlaşmalara ilişkin daha fazla detay için bkz. Jennifer Preece, 'National Minority Rights vs. State Sovereignty in Europe: Changing Norms in International Relations?' (1997) 3(3) *Nations and Nationalism* 345, 345-364

³⁹ Kolçak, (n 16) 11-14

Sözleşme'nin 27'nci maddesi, azınlık terimini etnik, dini ve dilsel kimlikler üzerinden betimlemiştir⁴⁰. Benzeri tanımlama, 1989 tarihli Çocuk Hakları Üzerine Sözleşme'nin 30'uncu maddesinde de yer almaktadır⁴¹. BM yumuşak mevzuat kaynakları arasında sıralanan 1992 tarihli Ulusal yahut Etnik, Dini ve Dilsel Azınlıklara Mensup Kişilerin Hakları Üzerine Beyanname de azınlıkları etnik, kültürel, dini ve ulusal kimlikler üzerinden tanımlamaktadır⁴². Azınlık tanımlamalarında çeşitli kimliklere atıf yapan 1992 tarihli Beyanname, İtalyan bir hukukçu olan ve BM kuruluşlarında görev alan Francesco Capotorti'nin azınlık tanımından istifade etmektedir. Capotorti, azınlığı şu şekilde tanımlamaktadır:

Azınlık, yaşadığı devlette nüfus yönünden sayıca az olan; mensupları, bu devletin vatandaşlığına sahip olan ve devletin kalan nüfusundan farklı etnik, dini ya da dilsel kimlikleri bulunan; kendi kültürünü, geleneğini, dinini veya dilini korumak için ortak irade gösterebilen insan topluluğudur⁴³.

Capotorti'nin tanımına göre bir topluluğu azınlık olarak tanımlama noktasında dikkate alınabilecek nesnel ve öznel kıstaslar mevcuttur⁴⁴. Nesnel kıstaslar, söz konusu topluluğun sayıca az olması ve bu topluluğun kendine has etnik, dilsel veya dini kimliklere sahip olmasıdır⁴⁵. Öznel kıstas ise bahsi geçen kimliklerin korunması için ortak iradenin gösterilmesidir.⁴⁶ Bu iki tür kıstası dikkate alarak azınlıkların tasnife tabi tutulması mümkündür⁴⁷. Bütün azınlık topluluklar nesnel kıstasları yerine getirmektedir⁴⁸. Mevzu bahis sınıflandırma, azınlık toplulukların öznel kıstası sağlayıp sağlamadıklarına göre inşa edilmektedir⁴⁹. Bu kapsamda; sadece nesnel kıstasları yerine getiren azınlıklar kültürel azınlık,

⁴⁰ 1966 tarihli Sözleşme'nin tam metnine erişim için bkz.

<<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.as-px>> Erişim Tarihi 22 Eylül 2021.

⁴¹ 1989 tarihli Sözleşme'nin tam metnine erişim için bkz.

<<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.as-px>> Erişim Tarihi 22 Eylül 2021.

⁴² 1992 tarihli Beyanname'nin tam metnine erişim için bkz.

<<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/minorities.aspx>> Erişim Tarihi 22 Eylül 2021.

⁴³ Francesco Capotorti, Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities (Official Publications of the United Nations 1979) 96

⁴⁴ Ayşe Dicle Ergin, 'Azınlık Dillerinin Kullanımı Konusunda Türkiye Nerede Duruyor?' (2010) 59(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 7

⁴⁵ Ayşe Füsün Arsava, Azınlık Kavramı ve Azınlık Haklarının Uluslararası Belgeler ve Özellikle Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 27. Maddesi Işığında İncelenmesi (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Basımevi 1993), 49

⁴⁶ Dilan Mızrak, 'Azınlık Hakları ile Yerli Halkların Haklarının Kolektif Hak Kullanımı Çerçevesinde Karşılaştırılması' (2018) 9(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 631, 634

⁴⁷ Hakan Kolçak, 'Confederal Agreements: A Proposal to Resolve Secession-Related Minority Issues' (2020) 3(2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 208, 210

⁴⁸ Kolçak, (n 16) 6

⁴⁹ Kolçak, (n 47) 210

nesnel ve öznel kıstasları birlikte sağlayan azınlıklar ise ulusal azınlık olarak tanımlanmaktadır⁵⁰. Gerek ulusal gerekse kültürel azınlıkların mevcut bulunduğu ülkelerde ortaya çıkan etno-kültürel çeşitliliğin idaresi için anayasal düzlemde uygulanan üç temel yöntem bulunmaktadır. Söz konusu yöntemlerin temel özellikleri bir sonraki kısımda incelenecektir.

II. AZINLIK KİMLİKLERİNE YÖNELİK ANAYASAL YÖNETİM

Asimilasyon, entegrasyon ve çokkültürleşme, etnik yahut kültürel çeşitliliğin yönetiminde pratiğe dökülebilecek üç temel yöntemdir⁵¹. Mevzu bahis yönetim sürecinde, belirtilen yöntemler haricinde yer alan soykırım gibi aşırı yahut şiddet içerikli olarak nitelendirilebilecek farklı metotların da egemen devletler tarafından kullanılabilmesi ihtimal dâhilindedir⁵². Ancak, soykırım ve benzeri diğer aşırı yöntemler, birbirine birtakım bağlarla bağlanmış insan topluluklarını sistematik ve kasıtlı bir şekilde kitlesel olarak yok etmeyi amaçlamaktadır⁵³. Bu durum, bahsi geçen aşırı yöntemlerin devletler ile uluslararası aktörler tarafından makul karşılanmayan çeşitlilik yönetim metotları olarak tasnif edilmesine sebep olmaktadır⁵⁴.

Asimilasyon yöntemi, egemen devlet sınırları içerisinde tek kimliğin hâkimiyet sağlaması için etno-kültürel farklılıkların ortadan kaldırılmasına ve homojen bir toplumun oluşturulmasına imkân sağlayacak anayasal politikaların yürütülmesini savunmaktadır⁵⁵. Mevzu bahis politikalar, üst-kültürleşme (*acculturation*) ve kaynaştırma (*fusion*) araçları ile

⁵⁰ Ulusal ve kültürel azınlıklar da ilgili literatür tarafından alt kategorilere ayrılmaktadır. Ulusal azınlıklar, devletsiz milletler (*stateless nations*) ve yerli halklar (*indigenous peoples*) olarak iki temel gruba ayrılmaktadır. Kültürel azınlıklar ise genel itibarıyla göçmen topluluklar (*immigrant groups*) başlığı altında sınıflandırılmaktadır. Ulusal azınlıkları eski yahut tarihi azınlıklar (*old or historic minorities*), kültürel azınlıkları ise yeni azınlıklar (*new minorities*) olarak tasnife tabi tutan akademik çalışmalar da mevcut bulunmaktadır. Mevzu bahis sınıflandırmalar üzerine daha fazla bilgi için bkz. Will Kymlicka ve Wayne Norman, 'Citizenship in Culturally Diverse Societies: Issues, Contexts and Concepts' in Will Kymlicka ve Wayne Norman (eds), *Citizenship in Diverse Societies* (Oxford University Press 2000) 20; Will Kymlicka, 'The Internationalization of Minority Rights' (2008) 6(1) *International Journal of Constitutional Law* 1, 7-10

⁵¹ Hakan Kolçak, 'Multiculturalism for True Equality: A Normative Argument for Multicultural Turkey' (2020) 7(2) *International Journal of Human Rights and Constitutional Studies*, 107, 108-112

⁵² John McGarry ve Brendan O'Leary, 'The Political Regulation of National and Ethnic Minorities' (1994) 47(1) *Parliamentary Affairs*, 94, 95

⁵³ Brendan O'Leary, 'The Elements of Right-sizing and Right-peopling the State' in Brendan O'Leary, Ian Lustick ve Thomas Callaghy (eds), *Right-sizing the State: The Politics of Moving Borders* (Oxford University Press 2001), 30-31

⁵⁴ Kolçak, (n 51) 108

⁵⁵ Brendan O'Leary, 'Power Sharing in Deeply Divided Places: An Advocate's Introduction' in Joanne McEvoy ve Brendan O'Leary (eds), *National and Ethnic Conflict in the 21st Century: Power Sharing in Deeply Divided Places* (University of Pennsylvania Press 2013), 15-16

egemen devletler tarafından ete kemiğe büründürülebilmektedir⁵⁶. Matematiksel olarak ‘A+B=A’ şeklinde bir sonuca ulaşmayı arzulayan üst-kültürleşme araçları, çeşitliliğin yönetileceği devlette mevcut bulunan kimliklerden bir tanesi tarafından diğerlerinin öğütülmesi ve yok edilmesi için anayasal politikalar üretir⁵⁷. Mevcut kimliklerin hepsinden farklı olarak bir kimlik üretilip, bu kimlik tarafından var olanların tamamının eritilmesini ve ortadan kaldırılmasını gaye edinen kaynaştırma araçlarının ulaşmak istediği hedef ise matematiksel olarak ‘A+B=C’ şeklinde ifade edilebilir⁵⁸. Hem üst-kültürleşme hem de kaynaştırma araçları, etnik farklılıkların homojenleştirilmesi ve tek bir kimlik üzerinde standartlaştırılarak tekelleştirilmesi için kültürel, dilsel ve dinsel çeşitliliklerin kasıtlı olarak ortadan kaldırılmasını amaçlayan anayasal politikalara cevaz vermektedir⁵⁹.

‘Evrenselleşme siyaseti (*politics of universalism*)’ üzerine inşa edilen entegrasyon yöntemi, iki ana düşünce etrafında şekillendirilmektedir⁶⁰. Refah devletinin korunması için ifade hürriyeti, din hürriyeti, dernek kurma hürriyeti gibi bireysel negatif hakların anayasal düzlemde güvence altına alınması ve düzenlenmesi gerekliliğinin altını çizen bu yöntem; egemen devleti, ülkesi sınırları içerisinde var olan etnik ve kültürel farklılıklara karşı kör olmaya davet etmektedir⁶¹. Söz konusu farklılıkların bireylerin özel yaşantılarında dile getirilmesi ve geliştirilmesi hususunda engeller üretilmesini olumlu karşılamayan entegrasyon yöntemi, aynı anlayışını kamusal alana taşımamaktadır⁶².

Entegrasyon yöntemi, kamusal alanda benimsenecek körlüğün iki ana prensip ile tesis edilebileceğini iddia etmektedir: tam duyarsızlık prensibi (*the disestablishment principle*) ve ulus inşa etme prensibi (*the nation-building principle*)⁶³. Tam duyarsızlık prensibini

⁵⁶ John McGarry, Brendan O’Leary ve Richard Simeon, ‘The Enduring Debate in Conflict Regulation’ in Sujit Choudhry (ed), *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?* (Oxford University Press 2008), 42

⁵⁷ Brendan O’Leary, ‘The Logics of Power-sharing, Consociation and Pluralist Federation’ in Marc Weller, Barbara Metzger ve Niall Johnson (eds), *Settling Self-determination Disputes: Complex Power-sharing in Theory and Practice* (Martinus Nijhoff Publishers 2008), 48-49

⁵⁸ Brendan O’Leary ve John McGarry, ‘The Politics of Accommodation: Surveying National and Ethnic Conflict Regulation in Democratic States’ in Adrian Guelke ve Jean Tournon (eds), *The Study of Politics and Ethnicity: Recent Analytical Developments* (Barbara Budrich 2012), 79-80

⁵⁹ John McGarry ve Brendan O’Leary, ‘Federation and Managing Nations’ in Michael Burgess ve John Pinder (eds), *Multinational Federations* (Routledge 2007), 184-185

⁶⁰ Charles Taylor, ‘The Politics of Recognition’ in Amy Gutmann (ed), *Multiculturalism and the ‘Politics of Recognition’: An Essay by Charles Taylor* (Princeton University Press 1992), 37

⁶¹ Sujit Choudhry, ‘Does the World Need More Canada? The Politics of the Canadian Model in Constitutional Politics and Political Theory’ in Sujit Choudhry (ed), *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?* (Oxford University Press 2008), 142-145

⁶² Brian Barry, *Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism* (Harvard University Press 2001), 25

⁶³ Kolçak, (n 51) 110

benimsemiş devlet, sınırları içerisinde mevcut bulunan hiçbir kimliğin tanınması ve geliştirilmesi adına çaba sarf etmemektedir. Ulus inşa etme prensibini benimsemiş devlet ise var olan kimlikler arasından birini tanıyıp korumanın yanında, diğer kimliklerin de bu kimlik içerisinde özütülmesini hedeflemektedir⁶⁴. Bu noktada altı çizilmesi gerekir ki, tam duyarsızlık prensibi yahut ulus inşa etme prensibi çerçevesinde şekil almış olan entegrasyon politikaları, etno-kültürel çeşitliliğin kamusal alanda tanınmasını, korunmasını veya geliştirilmesini hedeflememektedir⁶⁵.

Tam duyarsızlık prensibi, niteliği itibarıyla liberal yaklaşımın dinlere yönelik olarak benimsemiş olduğu tarafsızlık ilkesine (*the principle of neutrality*) benzemektedir⁶⁶. Tarafsızlık ilkesini savunan devlet, vatandaşlarının benimsediği dini kimliklerin hiçbirini tanımaz, korumaz ve bu kimliklerin toplumsal köklerinin gelişmesi için mücadele etmez⁶⁷. Söz konusu devlet, din hürriyetinin iki veçhesini – inanç hürriyeti ve ibadet hürriyeti – anayasal boyutta koruyup güvence altına alarak dini yönden eşitlikçi bir kamusal alan yaratır⁶⁸. Mevzu bahis kamusal alanda bazı dinler diğerlerine göre vatandaşlar tarafından daha fazla benimsenebilir yahut önemsenbilir. Bu durumun tarafsızlık ilkesini benimsemiş devlet açısından bir önemi bulunmamaktadır⁶⁹.

Pek çok devlet, dini çeşitliliklerini yönetme sürecinde tam duyarsızlık prensibinden faydalanmaktadır⁷⁰. Mevzu bahis devletler, sekülerlik ve laiklik gibi din hürriyetinin tesis edilmesi için geliştirilmiş temel ideolojik yaklaşımları, anayasal ilkeleri arasında sıralayarak dini çeşitliliklerine yönelik tarafsızlıklarını göstermektedir⁷¹. Dini çeşitliliğin yönetiminde başarılı olabilecek tam duyarsızlık prensibi, aynı başarıyı etno-kültürel çeşitliliğin yönetiminde gösteremeyebilir⁷². Bu prensibi benimsemiş entegrasyoncu bir devlet için dini tarafsızlık, sekülerlik ve laiklik gibi ilkeleri anayasal düzlemde benimseme ile mümkün kılınabilir⁷³. Mevzu bahis devletin dini çeşitliliğin yönetiminde sağlamış olduğu başarının benzeri, dilsel ve

⁶⁴ Alan Patten, 'Beyond the Dichotomy of Universalism and Difference: Four Response to Cultural Diversity' in Sujit Choudhry (ed), *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?* (Oxford University Press 2008), 94

⁶⁵ Kolçak, (n 51) 110

⁶⁶ Patten, (n 64) 94

⁶⁷ ibid.

⁶⁸ Kolçak, (n 51) 110

⁶⁹ ibid.

⁷⁰ Alan Patten, 'Liberal Neutrality and Language Policy' (2003) 31 (4) *Philosophy & Public Affairs*, 356, 366-386

⁷¹ Kolçak, (n 51) 110

⁷² ibid.

⁷³ ibid.

kültürel çeşitliliğin yönetimi için söz konusu olmayabilir⁷⁴. Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde istifade edilecek dilleri belirleyen, kamu kurumları ile yürütülecek resmî yazışmalarda kullanılacak dilleri sıralayan ve eğitim-öğretim faaliyetlerinin sürdürülmesinde faydalanılacak dilleri listeleyen bir devlet, ister istemez bir veya daha fazla etno-kültürel kimliğin tarafı olmaktadır⁷⁵.

Yukarıda belirtilen durum, etno-kültürel çeşitliliğin yönetimi sürecinde entegrasyoncu devletleri ulus inşa etme prensibinden yararlanmaya teşvik etmektedir⁷⁶. Bahsi geçen prensibi savunan entegrasyoncu devlet, toprakları üzerinde bulunan kimliklerden birini – muhtemelen demografik ve siyasi yönden çoğunluğu oluşturanı (*staatsvolk*) – anayasal düzlemde benimser ve diğer bütün kimlikleri kamusal alanda bu kimlik içerisinde toplanmaya davet eder⁷⁷. Bu noktada vurgulamak gerekir ki; kamusal alanda toplanmaya davet etme, entegrasyon yöntemini asimilasyoncu bir anlayışa çevirmemektedir⁷⁸. Etnik, dilsel yahut dini çeşitliliğin özel alanda korunmasına ve geliştirilmesine izin veren entegrasyon yöntemi, bu cevazı ile özel alanda da etno-kültürel homojenliği savunan asimilasyon metodundan tamamen farklılaşmaktadır⁷⁹.

Asimilasyon metodu veya ulus inşa etme prensibi çerçevesinde şekillendirilmiş entegrasyoncu yöntem, çeşitliliğin yönetimi sürecinde gerçek eşitliği tesis edemeyebilir⁸⁰. Gerçek eşitliğin sağlanması noktasında egemen devletten tek beklenen, bütün vatandaşlarına eşit muamele etmesi değildir⁸¹. Gerçek eşitlik anlayışı, iki katlı bir anlam ihtiva ederek hem hukuki eşitliği (*equality in law/legal equality*) hem de maddi eşitliği (*equality in fact/substantive equality*) kapsamaktadır⁸². Mahkemeler önünde bütün vatandaşlarının eşitliğini anayasal düzlemde güvence altına alan devlet, vatandaşları arasında hukuki eşitliği sağlayabilir⁸³. Bu eşitlik, tek başına gerçek eşitliğin tesisi için yeterli değildir⁸⁴. Gerçek eşitliğin sağlanması için maddi eşitliğin de güvence altına alınması gerekmektedir⁸⁵. Bir veya birkaç

74 Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (Oxford University Press 1995), 111

75 ibid.

76 Kolçak, (n 51) 111

77 Brendan O’Leary, ‘An Iron Law of Nationalism and Federation? A (Neo-Diceyan) Theory of the Necessity of a Federal *Staatsvolk* and Consociational Rescue’ (2001) 7 (3) *Nations and Nationalism*, 273, 284-285

78 Kolçak, (n 51) 111

79 McGarry, O’Leary ve Simeon, (n 56) 42-44

80 Kolçak, (n 51) 116-117

81 ibid.

82 Dilek Kurban, ‘Confronting Equality: The Need for Constitutional Protection of Minorities on Turkey’s Path to the European Union’ (2003) 35 (1) *Columbia Human Rights Law Review* 151, 162

83 Kolçak, (n 51) 117

84 Kurban, (n 82) 162

85 Kolçak, (n 51) 116-117

kimliği anayasal olarak tanıyan, koruyan ve gelişmesi için politika üreten devlet, diğer kimlikleri dezavantajlı konuma düşürebilir⁸⁶. Resmî yazışma dilini anayasal düzlemde ‘A’ dili olarak belirleyen devlet, anadili ‘B’ olan ve ‘A’ dilinin kullanımında tam yetkinlik gösteremeyen vatandaşlarını resmî kurumlar ile yazışmalarda dezavantajlı konuma düşürebilir. Bir başka örnek olarak; eğitim-öğretim faaliyetlerinin ‘A’ dilinde sürdürülmesine karar veren devlet, anadili ‘B’ olan ve ‘A’ dilinin kullanımında tam yetkinlik gösteremeyen öğrencileri dezavantajlı konuma düşürebilir.

Etno-kültürel çeşitliliğin yönetilmesinde kullanılan çokkültürleşme yöntemi, yukarıda ifade edilen dezavantajlı durumların bertaraf edilmesi ve maddi eşitliğin sağlanması noktasında devletlere imkân sunmaktadır⁸⁷. Çeşitliliğin yönetiminde ‘uzlaşmacı siyaseti (*accommodationist politics*)’ benimseyen çokkültürleşme metodu; etnik, dilsel ve dinsel farklılıkların tanınması, korunması ve geliştirilmesi için anayasal politikalar üretmektedir⁸⁸. Çokkültürlükçü anayasalar, vatandaşlar için sadece bireyci negatif, pozitif ve aktif statü haklarını tanıyıp koruma altına almamakta, ülke sınırları içerisinde bulunan bütün etno-kültürel kimliklerin tanınması, korunması ve geliştirilmesi için de ayrıca düzenlemeler yapmaktadır⁸⁹.

Çokkültürlükçü anayasalar, söz konusu düzenlemelerin şekillendirilmesinde iki temel prensipten yararlanabilmektedir: kültürel koruma prensibi (*the principle of cultural preservation*) ve herkes için eşitlik prensibi (*the equality-of-status principle*)⁹⁰. Kültürel koruma prensibi çerçevesinde ete kemiğe büründürülen anayasal düzenlemeler, çoğunluk kimliğinin homojenleştirme baskısı altında varlık mücadelesi veren azınlık kimlikleri için çeşitli dilsel, dini veya kültürel azınlık haklarının tanınıp korunmasını hedeflemektedir⁹¹. Herkes için eşitlik prensibi ise çoğunluk-azınlık ayrımı yapmaksızın, ülke sınırları içerisinde mevcut olan bütün kimliklerin tanınması, korunması ve geliştirilmesi için genel kimlik haklarını anayasal güvence altına almayı amaçlamaktadır⁹². Bu prensip çerçevesinde şekillendirilmiş çokkültürleşme yöntemi, yukarıda kısaca açıklanan tarafsızlık ilkesi ile uyum içindedir⁹³. Etno-kültürel kimliklerin hiçbirini tanımama, korumama ve bunların gelişimi için mücadele etmeme, tarafsızlık ilkesinin sadece bir boyutunu oluşturmaktadır⁹⁴. Sınırları içerisinde bulunan bütün

⁸⁶ Kurban, (n 82) 162

⁸⁷ Kolçak, (n 51) 117-118

⁸⁸ Taylor, (n 60) 38

⁸⁹ Patten, (n 64) 101

⁹⁰ Kolçak, (n 51) 111

⁹¹ Patten, (n 64) 101

⁹² ibid.

⁹³ Kolçak, (n 51) 112

⁹⁴ ibid.

kimlikleri tanıyan, koruyan ve gelişimleri için mücadele eden egemen devletin de tarafsızlık ilkesi ile bir çelişki içerisine düşmeyeceği aşikârdır⁹⁵. Hem kamusal hem de özel alanda söz konusu tanımayı, korumayı ve gelişimi hedefleyen herkes için eşitlik prensibi, bu yönüyle tarafsızlık ilkesinin tesis edilmesine imkân sağlamaktadır⁹⁶.

Herkes için eşitlik prensibi gölgesinde inşa edilen çokkültürlükçü anayasalar, sadece çoğunluk kimliğinin bir yansıması olan ‘A’ dilini devletin resmî dili olarak tanımlamamakta, ülkede konuşulan ‘B’, ‘C’, ‘D’ ve diğer bütün dillere resmî dil statüsü verebilmektedir. Benzer bir örnek olarak; sadece ‘A’ dilini eğitim-öğretim faaliyetlerinde kullanılacak dil olarak görmemekte; ‘B’, ‘C’, ‘D’ ve diğer bütün dillerin mevzu bahis faaliyetlerde kullanımı için devlet okulları ile özel eğitim kurumlarına yetkilendirme yapabilmektedir. Bir diğer örnek olarak; sadece çoğunluk kültürü olan ‘A’ kültürünün korunması ve geliştirilmesi için anayasal düzenlemeler yapmamakta, ülkede var olan ‘B’, ‘C’, ‘D’ ve diğer bütün kültürlerin korunması ve geliştirilmesi için hükümler barındırabilmektedir.

Çokkültürleşme yöntemi, pek çok Avrupa devleti tarafından etno-kültürel çeşitliliğin yönetilmesi sürecinde 20’nci yüzyılın ikinci yarısından itibaren yoğun olarak kullanılmaktadır⁹⁷. Bazı devletler, söz konusu yöntemlerini kültürel koruma prensibi bağlamında şekillendirerek azınlık hakları odaklı bir anayasal yaklaşım geliştirmiştir⁹⁸. Diğer birçok devlet, çokkültürleşme yöntemlerini herkes için eşitlik prensibi üzerine inşa ederek sınırları içerisinde mevcut bulunan neredeyse bütün kimliklerin tanınmasını, korunmasını ve geliştirilmesini hedefleyen bir anayasal bakış açısı oluşturmuştur⁹⁹. Kültürel koruma prensibi yahut herkes için eşitlik prensibi çerçevesinde oluşturulan çokkültürlükçü anayasalar, azınlık

⁹⁵ ibid.

⁹⁶ ibid.

⁹⁷ Mevzu bahis pratik uygulamaların kapsamlı analizi için bkz. Will Kymlicka, ‘The Rise and Fall of Multiculturalism? New Debates on Inclusion and Accommodation in Diverse Societies’ (2010) 61 (199) *International Social Science Journal*, 97-105; Will Kymlicka, ‘Transitional Justice, Federalism, and the Accommodation of Minority Nationalism’ in Arthur Paige (ed), *Identities in Transition: Challenges for Transnational Justice in Divided Societies* (Cambridge University Press 2011), 303-315

⁹⁸ Azınlık hakları odaklı bir yaklaşım geliştiren devletlerin etraflı sistematik analizleri için bkz. Will Kymlicka, ‘Minority Rights in Political Philosophy and International Law’ in Samantha Besson ve John Tasioulas (eds), *The Philosophy of International Law* (Oxford University Press 2010), 377-396; Will Kymlicka, ‘Minority Rights are a Part of Human Rights’ in Piotr Dutkiewicz ve Richard Sakwa (eds), *22 Ideas to Fix the World: Conversations with the World’s Foremost Thinkers* (New York University Press 2013), 17-33

⁹⁹ Söz konusu devlet örneklerinin kapsamlı teorik ve pratik analizleri için bkz. Will Kymlicka, ‘Ethnic, Linguistic and Multicultural Diversity in Canada’ in John Courtney ve David Smith (eds), *Oxford Handbook of Canadian Politics* (Oxford University Press 2010), 301-320; Will Kymlicka, ‘The Three Lives of Multiculturalism’ in Shibao Guo ve Lloyd Wong (eds), *Revisiting Multiculturalism in Canada: Theories, Policies, and Debates* (Sense Publishers 2015), 17-35; Will Kymlicka, ‘Defending Diversity in an Era of Populism: Multiculturalism and Interculturalism Compared’ in Nasar Meer, Tariq Modood ve Ricard Zapata-Barrero (eds), *Multiculturalism and Interculturalism: Debating the Dividing Lines* (Edinburgh University Press 2016), 158-177

kimliklerinin tanınması hususunda çeşitli düzenlemeler barındırmaktadır. Bir sonraki kısım, bu düzenlemelerin analizini sunmaktadır.

III. AZINLIK KİMLİKLERİNE DAİR ANAYASAL TANIMA BİÇİMLERİ

Azınlık kimliklerine ilişkin tanıma biçimlerinin Avrupa anayasaları üzerinden idrak edilmesini amaçlayan bu çalışmada genel teorik (normatif) bir yöntem benimsenmektedir. Yöntemsel açıdan önemle vurgulamak gerekir ki; anayasa hukuku konuları, normatif yöntem ile analiz edilebileceği gibi, hukuk dogmatığı yöntemi marifetiyle de araştırılabilir¹⁰⁰. Muhtemel bir anayasa hukuku çalışması, belirli bir konuyu, sadece bir devletin anayasasında bulunan hükümler çerçevesinde özel ve somut bir şekilde inceleyebilir. Bu incelemenin ürünü olarak ortaya çıkan eser, bir anayasa hukuku dogmatığı çalışmasıdır¹⁰¹. İkinci bir ihtimal olarak; aynı konu, çeşitli devletlerin anayasalarında bulunan hükümler çerçevesinde genel ve soyut olarak da analiz edilebilir. Bu analizin temel meyvesi olarak ortaya çıkan eser, bir anayasa hukuku genel teorik (normatif) çalışmasıdır¹⁰². Bir normatif anayasa hukuku eseri olan bu çalışma; azınlık kimliklerine ilişkin tanıma biçimlerini, yirmi beş Avrupa devletinde yürürlükte olan anayasal hükümler çerçevesinde incelemektedir.

Örneklem kümesinin tespitine ilişkin olarak araştırmamız kapsamında işlevsel kılınan herhangi bir analitik süreç bulunmamaktadır. Anayasal hükümler dairesinde azınlık kimliklerini tanıyan Avrupa devletleri, farklı bir eleme işlemine tabi tutulmadan doğrudan örneklem kümesine dâhil edilmiştir. Mevcut küme içerisinde yer alan bazı devletler; hukukun üstünlüğü, demokratik görünüm ve özgürlük durumu gibi çeşitli değişkenlerin hesaba katılmasıyla kümenin dışına taşınabilir. Bu tip bir eleme, sadece Avrupa kıtasına odaklanmaktan ziyade birden fazla kıtayı irdelemeyi hedefleyen ve geniş örneklem kümesiyle bir araştırma makalesinin fiziki hacminin ilerisine giden monografik çalışmalar için elzemdir. Fakat, hacim kısıtlamaları sebebiyle sadece Avrupa kıtasına odaklanan bu araştırma özelinde ifade edilenin benzeri bir eleme sürecini aktif hâle getirmek, netice itibarıyla analize tabi tutulacak devlet sayısını önemli ölçüde azaltabilir. Söz konusu azalmalar akabinde şekillenecek olan ve ciddi oranda daralan örneklem kümesi çerçevesinde sürdürülecek araştırmalar, kümenin haricinde bırakılmış devletlerce kullanılan bazı tanıma biçimlerinin aydınlatılamaması riskini beraberinde getirebilir. Bu olası riskin bertaraf edilmesi ve dolayısıyla pratiğe dökülen tanıma biçimlerinin azami oranda tespit edilmesi saikleriyle hareket edilmiş olup, örneklem kümesi

¹⁰⁰ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (10th edn, Ekin Yayınları 2018), 26

¹⁰¹ *ibid.*

¹⁰² *ibid.*

nazarında ek elemeleri gaye edinen analitik süreçler işlevsel kılınmamıştır. Araştırmamız kapsamında ortaya konan tanıma biçimlerinden biri olan somut tanımanın temel özellikleri ve bu biçimi benimseyen anayasa örnekleri aşağıdaki bölümde açıklanmaktadır.

A. SOMUT TANIMA

Somut tanıma biçimini benimseyen devlet anayasaları, azınlık kimliklerini ismen zikrederek anayasal hükümler çerçevesinde tanımaktadır. Bu tanıma; etnik, dilsel, kültürel, dini yahut ulusal azınlıkları çeşitli kimlik haklarının süjesi haline getirmektedir. Araştırmamıza dâhil edilen yirmi beş devletin beş tanesi somut tanıma biçiminden faydalanmaktadır. Bu biçim marifetiyle azınlık kimliklerinin tanınmasına ilişkin hukuki rejimlerini inşa eden devletlerin tamamı üniter devlettir.

1999 Fin Anayasası, Samilerin kendi dilleri ile kültürlerini koruma ve geliştirme hakkını güvence altına almaktadır¹⁰³. Laponya ve Kuzey Ostrobotniya başta olmak üzere birkaç Fin bölgesinde yaşayan Sami azınlık için somut tanımayı işlevsel kılan 1999 Anayasası, bu yerli halkın uzun yıllardır yaşamakta olduğu bölgelerde kültürel ve dilsel özerkliğinin mevcut bulunduğunu belirtmektedir¹⁰⁴. 1999 Anayasası, özerklik ve kimlik hakları yönünden detaylı düzenlemeler yapmayıp, bu alanların kanunla düzenlenmesi gerektiğini hüküm altına almaktadır¹⁰⁵. İlgili düzenlemeler, Fin Parlamentosu (*Eduskunta*) tarafından kabul edilen şu iki kanunla yapılmaktadır: 974 sayılı Sami Meclisi Kanunu ve 1086 sayılı Sami Dili Kanunu¹⁰⁶. Bu yasalardan ilki, Samiler için kültürel özerkliği pratiğe dökcek kurumların görev ve yetkilerini etraflı bir şekilde düzenlemektedir¹⁰⁷. İkinci yasa ise Samiler tarafından yaygın olarak kullanılan üç lehçeyi – İnari Samice, Skolt Samice ve Kuzey Samice – resmî statüyle donatıp, eğitimden kamu yönetimine kadar pek çok alanda bu lehçelerin kullanımına serbestiyet getirmektedir¹⁰⁸.

¹⁰³ 1999 Fin Anayasası, md. 17/3. Finlandiya Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constituteproject.org/constitution/Finland_2011?lang=en> Erişim Tarihi 27 Eylül 2021

¹⁰⁴ 1999 Fin Anayasası, md. 121/3

¹⁰⁵ 1999 Fin Anayasası, md. 17/3 ve 121/3

¹⁰⁶ 974 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz.

<<https://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1995/en19950974.pdf>> Erişim Tarihi: 27 Eylül 2021. 1086 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://www.finlex.fi/en/laki/kaan-nokset/2003/en20031086.pdf>> Erişim Tarihi 27 Eylül 2021

¹⁰⁷ 974 sayılı Kanun, md. 5-18

¹⁰⁸ 1086 sayılı Kanun, md. 4-26

1991 Hırvat Anayasası'nın 'Tarihi Kuruluş' kenar başlıklı birinci kısmı, Hırvatistan Cumhuriyeti'nde yaşayan ulusal azınlıkları ismen zikrederek tanımaktadır¹⁰⁹. İlgili azınlıklar şu şekilde sıralanmaktadır: Almanlar, Arnavutlar, Avusturyalılar, Boşnaklar, Bulgarlar, Çekler, İtalyanlar, Karadağlılar, Lehler, Macarlar, Makedonlar, Romanlar, Romenler, Rusinler, Ruslar, Sırp, Slovaklar, Slovenler, Türkler, Ukraynalılar, Vlaçlar ve Yahudiler. 1991 Anayasası, somut bir şekilde tanınan ulusal azınlıkların kültürel özerkliklerinin mevcut bulunduğunu ve bu azınlıkların kendi kimliklerini serbestçe ifade edip, anadillerini özgürce kullanabileceklerini garanti altına almaktadır¹¹⁰. Söz konusu azınlıkların korunması ve eşitliğin tesis edilmesi için kanunla düzenleme yapılması gerekliliği de 1991 Anayasası tarafından ayrıca belirtilmektedir¹¹¹. İlgili düzenlemeler, 13.12.2002 tarihli ve 155 sayılı Ulusal Azınlıkların Hakları Üzerine Anayasal Kanun ile yapılmaktadır¹¹². Bu yasa, anayasal düzlemde tanınan ulusal azınlıklar için birçok kimlik hakkını garanti altına almakta ve bu hakların kullanımına ilişkin usul ve esasları belirlemektedir¹¹³.

2007 Karadağ Anayasası'nın başlangıç kısmı, Karadağ Cumhuriyeti'nin ulusal azınlıklarını – Arnavutlar, Boşnaklar, Hırvatlar, Müslümanlar ve Sırp – doğrudan tanıyarak sıralamaktadır¹¹⁴. Arnavutça, Boşnakça, Hırvatça ve Sırpça için resmî statü sağlayan 2007 Anayasası, ulusal azınlıkların zorunlu asimilasyona tabi tutulmasını da yasaklamaktadır¹¹⁵. Tanınan azınlıkların hepsinin istifade edebileceği kimlik haklarını da 2007 Anayasası'nın 79'uncu maddesi, 13 başlık altında sıralamaktadır¹¹⁶. Yerel özerklikten teşri organlarda özel

¹⁰⁹ Hırvatistan Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz.

<https://www.constituteproject.org/constitution/Croatia_2013-?lang=en> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2021.

¹¹⁰ 1991 Hırvat Anayasası, md. 15/4

¹¹¹ 1991 Hırvat Anayasası, md. 15/2

¹¹² 155 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://www.sabor.hr/en/constitutional-act-rights-national-minorities-republic-croatia>> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2021

¹¹³ Bu haklardan bazıları şu şekilde not edilebilir: milli kimliği ve kültürü simgeleyen adları ve soyadları kullanma hakkı, milli sembollerini kullanma hakkı, anadilini resmî statüde kullanma hakkı, anadilini öğrenme hakkı, anadilinde eğitim hakkı, azınlık kültürünü koruma ve geliştirme hakkı, dini törenler düzenleme hakkı, anadilinde yayın hakkı, ulusal ve yerel kamu kurumlarında temsil edilme hakkı ve yerel özerklik hakkı. Not edilen haklara ilişkin daha fazla detay için bkz. 155 sayılı Kanun, md. 7-34

¹¹⁴ Karadağ Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz.

<https://www.constituteproject.org/constitution/Montenegro_20-13?lang=en> Erişim Tarihi 24 Eylül 2021.

¹¹⁵ 2007 Karadağ Anayasası, md. 13/3 ve 80

¹¹⁶ Söz konusu kimlik hakları şu şekilde sıralanabilir: ulusal, etnik, kültürel ve dini kimlikleri kullanma, koruma ve geliştirme hakkı, milli sembollerini seçme ve kamusal alanda kullanma hakkı, milli bayramları kamusal alanda kutlama hakkı, azınlık dilini kamusal ve özel alanda serbestçe kullanma hakkı, azınlık dilini resmî olarak kullanma hakkı, anadilini öğrenme hakkı, anadilinde eğitim hakkı, azınlık kimliğinin tarihini ve kültürünü öğrenme hakkı, azınlık toplumunun demografik yönden çoğunluğu oluşturduğu yerlerde yerel özerklik hakkı, devlet tarafından desteklenen eğitimsel, kültürel ve dini vakıflar kurma hakkı, azınlık diline ve alfabesine uygun ad ve soyad kullanma hakkı, yerleşim yerlerinin isimlendirilmesinde ve topografik işaretlerin belirlenmesinde azınlık dilinin kullanım hakkı, ulusal ve yerel teşri organlarda özel temsil hakkı, azınlık dilinde bilgi edinme hakkı, kamu

temsile kadar pek çok alanda düzenleme yapan mevzu bahis hakların kullanımına dair usul ve esaslar, 2006 tarihli Azınlık Hakları ve Hürriyetlerine İlişkin Kanun ile detaylandırılmaktadır¹¹⁷.

1814 Norveç Anayasası, Sami halkının dilinin, kültürünün ve yaşam tarzının korunup geliştirilmesi için devlete pozitif yükümlülük yüklemekte ve bu yerli halkın kimliği için somut tanıma yoluna gitmektedir¹¹⁸. Söz konusu yükümlülüğü yerine getirmek için adım atan Norveç Parlamentosu (*Stortinget*), 12.06.1987 tarihli ve 56 sayılı Sami Meclisi ve Samiler ile İlgili Diğer Hukuki Meseleler Üzerine Kanun aracılığıyla Sami kimliğinin korunmasına ve geliştirilmesine dair düzenlemeler yapmaktadır¹¹⁹. Bu yasa, Sami halkının kültürel özerkliğini düzenlemekte ve bayrak başta olmak üzere Samilerin milli sembollerini kamusal alanda kullanmasına cevaz vermektedir¹²⁰. Dilsel açıdan da etraflı düzenlemeler yapan 56 sayılı Kanun, Samicenin üç yazılı formunu – Kuzey Samice, Güney Samice ve Lule Samice – resmî statüyle donatmaktadır¹²¹. Bu statü, Sami halkının yoğun bir şekilde yaşadığı Finnmark, Kuzey Norveç, Trøndelag ve Hedmark bölgelerinde, eğitimden sağlığa kadar birçok kamusal hizmetin görülmesinde Samicenin kullanılmasına imkân sağlamaktadır¹²².

1991 Sloven Anayasası, İtalyan ve Macar toplulukları Slovenya Cumhuriyeti'nin otokton ulusal azınlıkları olarak somut düzlemde tanımaktadır¹²³. 1991 Anayasası, bu topluluklar için çeşitli kimlik haklarını da garanti altına almaktadır. Mevzu bahis kimlik haklarından bazıları şu şekilde sıralanabilir: milli sembollerini kullanma hakkı, azınlık dilinde yayın hakkı, anadilini öğrenme hakkı, anadilinde eğitim hakkı, diğer devletlerde yaşayan akraba topluluklarla ilişki kurma ve geliştirme hakkı, yerel özerklik hakkı, azınlık dilini resmî statüde kullanma hakkı, bölgesel ve ulusal teşri organlarda temsiliyet hakkı¹²⁴. Benzeri kimlik hakları, 1991

kurumları ile özerk yönetimlerde özel kotayla çalışma hakkı ve azınlık haklarının korunması ve geliştirilmesi için konsey kurma hakkı.

¹¹⁷ 2006 tarihli Kanun'un tam metnine erişim için bkz.

<<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/102854/12-4511/F1020729789/MGO102854%20Eng.pdf>> Erişim Tarihi 24 Eylül 2021

¹¹⁸ 1814 Norveç Anayasası, md. 108. Norveç Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constituteproject.org/constitution/Norway_2016?lang=en> Erişim Tarihi 21 Eylül 2021.

¹¹⁹ 56 sayılı Kanun, md. 1/5. 56 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1987-06-12-56#KAPITTEL_3> Erişim Tarihi 21 Eylül 2021. 5 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1980-04-11-5>> Erişim Tarihi 21 Eylül 2021

¹²⁰ 56 sayılı Kanun, md. 1/6 ve 2

¹²¹ 56 sayılı Kanun, md. 1/5

¹²² 56 sayılı Kanun, md. 3

¹²³ 1991 Sloven Anayasası, md. 5. Slovenya Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constituteproject.org/constitution/Slovenia_2016?lang=en> Erişim Tarihi 29 Eylül 2021

¹²⁴ 1991 Sloven Anayasası, md. 64

Anayasası'nın 65'inci maddesi tarafından özel statü verilen Roman azınlık için de caridir. Ancak, Roman azınlık için geçerli olan ilgili haklar, anayasal düzlemde doğrudan tanınmaktan ziyade 33/07 sayılı Roman Topluluk Üzerine Kanun ile düzenlenmektedir¹²⁵. Kimlik haklarının bir kısmını ulusal düzeyde kullanabilen otokton topluluklar ile Roman azınlık, kalan kısım için İstria ve Prekmurje gibi yoğun olarak yaşamakta oldukları bölgelerde müstakil pratik örnekler oluşturmaktadır¹²⁶.

B. SOYUT TANIMA

Soyut tanıma biçimini benimseyen devlet anayasaları, azınlık kimliklerini ismen zikretmeden genelleyici bir söylemle tanımaktadır. Bu tip anayasalar; etnik, dilsel, kültürel, dini veya ulusal topluluklara soyut bir şekilde atıf yapmakta ve toplulukların haklarını öz bir şekilde sıralamaktadır. Bu hakların kullanımına dair detayların kanunla belirleneceğini belirten anayasalar, azınlık kimliklerinin soyut tanımayla tespit edilmesinin önünü açmaktadır. İlgili kanunlar, sadece mevzu bahis hakların kullanımına ilişkin usul ve esasları belirlemekle kalmamakta, hangi toplulukların bu hakların süjesi olacağını da ayrıca belirleyerek soyut tanımaya nihai şeklini vermektedir. Soyut tanımının önemli bir aşamasını oluşturan toplulukların tespiti için iki temel yöntem birlikte yahut ayrı ayrı pratiğe dökülmektedir. Birinci yöntem, somut tanımada olduğu gibi azınlık grupların ismen zikredilmesidir. İkinci yöntem, azınlıkları ismen zikretmekten ziyade bir topluluğun azınlık statüsünü kazanma hususunda yerine getirmesi gereken şartları sıralamaktadır. Araştırmamızda incelenen yirmi beş devletin on dört tanesi soyut tanıma biçimini benimsemektedir. Bu devletlerin on bir adeti üniter devlet, kalan üçü ise federasyondur.

1998 Arnavut Anayasası, Arnavutluk Cumhuriyeti'nde yaşayan ulusal azınlıklara mensup bireylerin kendi kimliklerini koruma ve geliştirme hakkını garanti altına almaktadır¹²⁷. Mevzu bahis hakka ilişkin kanunla düzenleme yapılması gerekliliğinin altını çizen 1998

¹²⁵ 33/07 sayılı Kanun'un kapsamlı analizi için bkz. Julija Sardelić, 'The Roma Community Act in the Republic of Slovenia: Legal Implementation of Romani Non-territorial Autonomy?' in Ephraim Nimni, Alexander Osipov ve David Smith (eds), *The Challenge of Non-territorial Autonomy: Theory and Practice* (Peter Lang 2013) 197-212

¹²⁶ Sloven modeline ilişkin detaylı bilgi için bkz. Albina Nećak Lük, *The Hungarian Language in Education in Slovenia* (Mercator Publication Office 2012) 3-54; Lucija Čok ve Nives Zudič Antonič, *The Italian Language in Education in Slovenia* (Mercator Publication Office 2012) 5-54

¹²⁷ 1998 Arnavut Anayasası, md. 20/2. Arnavutluk Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constitute-project.org/constitution/Albania_2016?lang=en> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2021

Anayasası, azınlıkların hangi topluluklardan oluştuğunu ismen zikretmemektedir¹²⁸. Bu durum, tanıma biçimi itibarıyla soyut tanımayı işlevsel kılmaktadır. Söz konusu tanımayı pratiğe döken 13.10.2017 tarihli ve 96 sayılı Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Kanun, Arnavutluk'un ulusal azınlıklarını şu şekilde sıralamaktadır: Arumenler, Boşnaklar, Bulgarlar, Karadağlılar, Makedonlar, Mısırlılar, Romanlar, Rumlar ve Sırp¹²⁹. 96 sayılı Kanun, kayda geçirilen topluluklar için çeşitli kimlik haklarını da tanımakta ve bu hakların kullanımını düzenlemektedir. Anadilini öğrenme hakkı, anadilinde eğitim hakkı ve anadilini resmî statüde kullanma hakkı, ilgili hak ve hürriyetlerin birkaçını oluşturmaktadır¹³⁰.

1920 Avusturya Anayasası, gerek dilsel azınlıkların gerekse otokton etnik grupların kimliklerine saygı duyulması gerektiğini belirtmektedir¹³¹. Söz konusu kimliklerin korunup geliştirilmesi için devlete pozitif yükümlülük yükleyen 1920 Anayasası, gerekli düzenlemelerin bir federal kanunla yapılacağını belirterek soyut tanımayı işlevsel kılmaktadır¹³². İlgili düzenlemeler, 7 Temmuz 1976 tarihinde Avusturya Parlamentosu (*Österreichisches*) tarafından kabul edilen ve 5 Ağustos 1976 tarihinde yürürlüğe giren Etnik Topluluklar Üzerine Federal Kanun (*Volksgruppengesetz*) ile yapılmaktadır. Bu yasa, Bungereland ve Karintiya federe devletlerinde yaşamakta olan Hırvat, Macar ve Sloven azınlıkları ismen zikrederek tanımakta ve bu azınlıklar için dil yönünden hem kamusal hem de özel alanlarda serbestiyet sağlamaktadır¹³³.

1994 Belarus Anayasası, etnik toplulukların anadilinde eğitim hakkı ile kendi kimliklerini koruyup geliştirme hakkını doğrudan tanımakta ve bu korumanın sağlanması için devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir¹³⁴. Mevzu bahis yükümlülük, 11.11.1992 tarihli ve 1926 sayılı Etnik Azınlıklar Üzerine Kanun ile etraflı bir şekilde düzenlenmektedir¹³⁵. 1926 sayılı Kanun, etnik azınlıkları ismen sıralamaktan ziyade hangi toplulukların Belarus'un etnik

¹²⁸ 1998 Arnavut Anayasası, md. 20/1

¹²⁹ 96 sayılı Kanun, md. 3/2. 96 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://rm.coe.int/law-on-protection-of-national-minorities-in-albania-english/1680a0c256>> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2021

¹³⁰ 96 sayılı Kanun, md. 5-15

¹³¹ 1920 Avusturya Anayasası, md. 8/1-2. Avusturya Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constitute-project.org/constitution/Austria_2013?lang=en> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2021

¹³² 1920 Avusturya Anayasası, md. 8/1

¹³³ 1976 tarihli Kanun, md. 13-22. 1976 tarihli Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://www.ris.bka.gv.at/Gelten-deFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000602>> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2021

¹³⁴ 1994 Belarus Anayasası, md. 15, 49 ve 50/3. Belarus Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.consti-tuteproject.org/constitution/Belarus_2004?lang=en> Erişim Tarihi 22 Eylül 2021

¹³⁵ 1926 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=1835>> Erişim Tarihi 22 Eylül 2021

azınlıkları olabileceğini belirtmektedir. Şöyle ki; Belarus'un baskın dilsel, etnik, kültürel ve geleneksel özelliklerinden farklı kimliksel özelliklere sahip olan ve sürekli bir şekilde Belarus'ta ikamet eden Belarus vatandaşları, 1926 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi doğrultusunda etnik azınlık olarak kabul görmektedir. Bu şartı sağlayan Rus ve Leh topluluklar; Grodno, Mahilyov ve Vitsebsk gibi voblastlarda birçok kimlik hakkından faydalanmaktadır¹³⁶.

1995 Bosna-Hersek Anayasası, ulusal azınlıklar için anayasal hakların yanı sıra 1995 Anayasası'nın 1 Numaralı Eki doğrultusunda sıralanan uluslararası belgelerde yer alan hak ve hürriyetleri güvence altına almaktadır¹³⁷. Söz konusu belgeler arasında Avrupa Konseyi'nin 10 Kasım 1994 tarihinde kabul ettiği ve 1 Şubat 1998 tarihinde yürürlüğe giren Ulusal Azınlıkların Korunmasına Dair Çatı Sözleşme de mevcut bulunmaktadır¹³⁸. Sözleşme; ibadethâneye sahip olma hakkı, ana dilini resmî statüde kullanma hakkı ve ana dilinde eğitim hakkı gibi çeşitli kimlik haklarını güvence altına almaktadır. Bu haklardan Bosna-Hersek Federasyonu'nda yaşayan hangi azınlıkların istifade edeceği hususu, 2003 tarihli Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Kanun tarafından belirlenmektedir¹³⁹. Soyut tanımayı işlevsel kılan 2003 tarihli Kanun, şu toplulukları Bosna-Hersek'in ulusal azınlıkları olarak tanımaktadır: Almanlar, Arnavutlar, Çekler, Karadağlılar, Lehler, İtalyanlar, Macarlar, Makedonlar, Romanlar, Romenler, Ruslar, Rusinler, Slovaklar, Slovenler, Türkler, Ukraynalılar ve Yahudiler¹⁴⁰. Bosna-Hersek'in kurucu halkları arasında sıralanan Boşnaklar, Hırvatlar ve Sırp'ların dışında kalan ve bu üç halkın etno-kültürel özelliklerinden farklı kimliklere sahip toplulukların da ulusal azınlık statüsünü elde edip, yukarıda bahsi geçen hakların süjesi olma ihtimali 2003 tarihli Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca mümkündür¹⁴¹.

1993 Çek Anayasası, ulusal veya etnik azınlıklara mensup Çekya vatandaşlarının ana dilini resmî statüde kullanma hakkı ve ana dilinde eğitim hakkı gibi kimlik haklarını güvence

¹³⁶ Belarus modeli hakkında detaylı bilgi için bkz. Iryna Ulasiuk, 'Language Policies and Law in Education in Post-Soviet Belarus' (2011) 7(1-2) International Journal for Education Law and Policy, 31-39

¹³⁷ 1995 Bosna-Hersek Anayasası, md. 7/b. Bosna-Hersek Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constituteproject.org/constitution/Bosnia_Herzegovina_2009?lang=en> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2021

¹³⁸ 1994 tarihli Sözleşme'nin tam metnine erişim için bkz. <<https://www.coe.int/en/web/conventions/fulllist/conventi-ons/rms/090000168007cdac>> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2021

¹³⁹ 2003 tarihli Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <https://advokat-prnjavorac.com/legislation/LAW_ON%20-RIGHTS_OF%20NATIONAL_%20MINORITIES_BOSNIA.pdf> Erişim Tarihi 24 Eylül 2021

¹⁴⁰ 2003 tarihli Kanun, md. 3/2

¹⁴¹ 2003 tarihli Kanun, md. 3/1

altına alıp, bu haklara ilişkin detaylı düzenlemelerin kanunla yapılacağını belirtmektedir¹⁴². Mevzu bahis düzenlemeleri yapan 10.07.2001 tarihli ve 273 sayılı Ulusal Azınlıklara Mensup Bireylerin Hakları Üzerine Kanun, azınlık kimliklerinin tanınması için soyut biçime şekil vermektedir¹⁴³. Azınlıkları ismen sıralamayan 273 sayılı Kanun, hangi toplulukların ulusal azınlık statüsünü elde edebileceğini detaylandırmaktadır. Kanun'un 2'nci maddesi, Çek kökenli olmayan toplulukların ilgili statüyü elde edebilmesini bir şarta bağlamaktadır. Söz konusu şart, ulusal azınlık tanımında da yer vermiş olduğumuz özne kistasın sağlanmasıdır. İşin özü; müstakil dilsel, etnik, geleneksel ve kültürel özelliklere sahip olan Çekya vatandaşları, bu özelliklerini toplu bir şekilde koruyup geliştirme iradesi göstermeleri kaydıyla ulusal azınlık statüsünü elde edip, çeşitli kimlik haklarından istifade edebilmektedir. Bu iradeyi gösteren ve Moravya-Silezya bölgesinde yer alan pek çok yerleşim biriminde demografik yönden çoğunluğu sağlayan Lehler, Lehçeyi bölgesel düzlemde resmî olarak kullanmakta ve bu dilde eğitim görebilmektedir. Benzeri bir durum, Usti-nad-Labem bölgesindeki bazı yerleşim birimlerinde kayda değer bir nüfusu oluşturan Alman azınlık için de geçerlidir¹⁴⁴.

1992 Eston Anayasası, ulusal azınlıkların kendi kimliklerini koruyup geliştirme haklarını güvence altına almaktadır¹⁴⁵. Bu azınlıkların kültürel özerkliğini garanti altına alan 1992 Anayasası, ilgili özerkliğin detaylarının kanunla düzenlenmesini emretmektedir¹⁴⁶. Söz konusu düzenlemeler, 26 Ekim 1993 tarihinde Estonya Meclisi (*Riigikogu*) tarafından kabul edilen ve 28 Kasım 1993 tarihinde yürürlüğe giren Ulusal Azınlıkların Kültürel Özerkliği Üzerine Kanun tarafından yapılmaktadır¹⁴⁷. Soyut tanımayı neticeye ulaştıran bu yasa, dört topluluğu – Almanlar, İsveçliler, Ruslar ve Yahudiler – Estonya'nın ulusal azınlıkları olarak sıralamaktadır¹⁴⁸. Sıralanan topluluklar dışında olan, uzun yıllardır Estonya'da yaşayan ve etnik, dilsel, dini ya da geleneksel açıdan Eston kimliğinin dışında kalan özellikleri bulunan, en az üç bin kişilik toplulukların da kültürel özerklikten faydalanabileceği 1993 tarihli Kanun'da

¹⁴² 1993 Çek Anayasası, md. 25. Çekya Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constituteproject.org/constitution/Czech_Republic_2013?lang=en> Erişim Tarihi 21 Eylül 2021

¹⁴³ 273 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <https://www.legislationline.org/download/id/7669/file/Czech_Act-_rights_national_minorities_2001_en.pdf> Erişim Tarihi 21 Eylül 2021

¹⁴⁴ Çek modeline ilişkin daha fazla detay için bkz. Paul Videsott, 'Czech Republic' in Christoph Pan, Beate Sibylle Pfeil ve Paul Videsott (eds), *National Minorities in Europe: Handbook of European National Minorities* (2nd edn, Verlag Österreich 2018), 101-104

¹⁴⁵ 1992 Estonya Anayasası, md. 50. Estonya Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constituteproject.org/constitution/Estonia_2015?lang=en> Erişim Tarihi 26 Ağustos 2021

¹⁴⁶ 1992 Estonya Anayasası, md. 37/4, 50 ve 51/2

¹⁴⁷ 1993 tarihli Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://www.riigiteataja.ee/en/eli/519112013004/consolide>> Erişim Tarihi 26 Ağustos 2021

¹⁴⁸ 1993 tarihli Kanun, md. 2/2

ayrıca belirtilmektedir¹⁴⁹. İstifade edilecek özerkliğin kapsamını da detaylandıran bu yasa, ulusal azınlıklar için dini törenler düzenleme hakkından anadilinde yayın hakkına kadar geniş bir silsilede kimlik haklarına yer vermektedir¹⁵⁰.

1947 İtalyan Anayasası, dilsel azınlıkların korunması için devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir¹⁵¹. Söz konusu azınlıkları ismen zikretmeyen 1947 Anayasası, azınlık kimliklerinin tanınması için soyut biçimin önünü açmaktadır. İlgili azınlıklar, 15.12.1999 tarihli ve 482 sayılı Tarihi Dilsel Azınlıkların Korunmasına Yönelik Kanun tarafından tespit edilmektedir¹⁵². Bu yasaya göre İtalya'nın dilsel azınlıkları şu topluluklardır: Almanlar, Arnavutlar, Arpitanlar, Fransızlar, Furlanlar, Hırvatlar, Katalanlar, Ladinler, Oksitanlar, Rumlar, Sardunyalılar ve Slovenler¹⁵³. Bu azınlıklar için anadilinde eğitimden azınlık dilinin resmîyetine kadar çeşitli alanlarda temel ilke ve esasları belirleyen 482 sayılı Kanun, azınlıkların korunmasına ilişkin olarak özerk İtalyan bölgelerinde müstakil politikalar uygulanmasına da cevaz vermektedir¹⁵⁴. Bu cevaz, Alman ve Ladin azınlıklar için Trentino-Güney Tirol Özerk Bölgesi'nde 31.08.1972 tarihli ve 301 sayılı Kanun doğrultusunda ek düzenlemelerin yapılmasına olanak sağlamaktadır¹⁵⁵. Benzeri bir durum, Fransız azınlık için 26.02.1948 tarihli ve 59 sayılı Kanun uyarınca Aosta Vadisi'nde söz konusudur¹⁵⁶.

1922 Leton Anayasası, etnik azınlıklara mensup kişilerin dilsel ve kültürel kimliklerini koruma ve geliştirme hakkını garanti altına almaktadır¹⁵⁷. Mevzu bahis azınlıklar için ismen zikretme yoluna gitmeyen 1922 Anayasası, soyut tanımayı işlevsel kılmaktadır. Soyut tanımaya nihai şeklini veren düzenlemeler, 19 Mart 1991 tarihinde yürürlüğe giren Ulusal ve Etnik Toplulukların Serbest Gelişimi ile Kültürel Özerklik Hakkına İlişkin Kanun doğrultusunda yapılmaktadır¹⁵⁸. Bu yasa, Letonya'nın yerli halkı olan Livler için azınlık statüsü sağlamakta

¹⁴⁹ 1993 tarihli Kanun, md. 1 ve 2/2

¹⁵⁰ 1993 tarihli Kanun, md. 4

¹⁵¹ 1947 İtalyan Anayasası, md. 6. İtalyan Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constituteproject.org/constitution/Italy_2012?lang=en> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2021

¹⁵² 482 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://www.camera.it/parlam/leggi/994821.htm>> Erişim Tarihi 22 Ağustos 2021

¹⁵³ 482 sayılı Kanun, md. 2

¹⁵⁴ 482 sayılı Kanun, md. 18

¹⁵⁵ 301 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <http://www.giunta.provincia.tn.it/binary/pat_giunta/statuti/s-tat_ing.1123837756.pdf> Erişim Tarihi 22 Ağustos 2021

¹⁵⁶ 59 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<http://www.consiglio.vda.it/app/statuto>> Erişim Tarihi 22 Ağustos 2021

¹⁵⁷ 1922 Leton Anayasası, md. 114. Letonya Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constituteproject.org/constitution/Latvia_2016?lang=en> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2021

¹⁵⁸ 1991 tarihli Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://likumi.lv/ta/id/65772-par-latvijas-nacionalo-un-etnisko-grupu-brivu-attistibu-un-tiesibam-uz-kulturas-autonomiju>> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2021

ve bu topluluğun ulusal, kültürel ve tarihi kimliğinin korunması için devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir¹⁵⁹. Söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesi için adımlar atan Leton Parlamentosu (*Saeima*), Liv kimliğinin yaşatılması ve geliştirilmesi için gerekli düzenlemeleri Leton mevzuatına dâhil etmiştir. 29 Ekim 1998 tarihinde kabul edilen ve 1 Haziran 1999 tarihinde yürürlüğe giren Eğitim Kanunu, Livler için anadilini öğrenme hakkı ile anadilinde eğitim hakkını garanti altına almaktadır¹⁶⁰. 9 Aralık 1999 tarihinde kabul edilen ve 1 Eylül 2000 tarihinde yürürlüğe giren Resmî Dil Kanunu ise Livcenin resmî statüde kullanımına dair bazı düzenlemeler içermektedir¹⁶¹.

2011 Macar Anayasası, azınlık topluluklar için çeşitli kimlik haklarını garanti altına almakta fakat bu azınlıkların hangi gruplardan oluştuğunu tespit etmemektedir¹⁶². Bu durum, azınlık kimliklerinin tanınması yönünden soyut biçimin Macar modeli kapsamında pratiğe döküldüğünü göstermektedir. Anayasal düzlemde soyut olarak bahsedilen azınlıklar, 19.12.2011 tarihli ve 179 sayılı Azınlık Toplulukların Hakları Üzerine Temel Kanun ile somutlaştırılmaktadır¹⁶³. Bu yasaya göre Macaristan'daki azınlıklar şu topluluklardan oluşmaktadır: Almanlar, Bulgarlar, Ermeniler, Hırvatlar, Lehler, Romanlar, Romenler, Rumlar, Rusinler, Sırp, Slovaklar, Slovenler ve Ukraynalılar¹⁶⁴. 179 sayılı Kanun, sadece Macaristan'daki azınlıkları tespit etmekle kalmamakta, bu azınlıklar için anayasal düzlemde tanınan ve eğitimden kültürel özerkliğe kadar pek çok alana temas eden kimlik haklarının kullanımına ilişkin usul ve esasları da detaylandırmaktadır¹⁶⁵.

1997 Polonya Anayasası, Polonya vatandaşı olan ulusal yahut etnik azınlık mensuplarının müstakil dilsel ve kültürel özellikleri ile örf ve âdetlerini koruyup geliştirme hakkını güvence

¹⁵⁹ 1991 tarihli Kanun, md. 4

¹⁶⁰ 1998 tarihli Kanun, md. 41 ve 59. 1998 tarihli Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://likumi.lv/ta/en/en/id/50-759-education-law>> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2021

¹⁶¹ 1999 tarihli Kanun, md. 18/4. 1999 tarihli Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://likumi.lv/ta/en/en/id/14740-official-language-law>> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2021

¹⁶² 2011 Macar Anayasası, md. XXIX. Macaristan Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constitute-project.org/constitution/Hungary_2016?lang=en> Erişim Tarihi 25 Eylül 2021

¹⁶³ 1 Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe giren temel yasanın değiştirilmesi yahut ilga edilmesi için Macar Parlamentosu'nun (*Országgyűlés*) en az üçte iki çoğunluğu sağlaması gerekmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. Judit Molnár Sansum ve Balázs Dobos, 'Cultural Autonomy in Hungary: Inward or Outward Looking?' (2020) 48(2) Nationalities Papers, 251-266

¹⁶⁴ 179 sayılı Kanun, md. 22. 179 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <https://www.legislationline.org/downlo-ad/id/6547/file/Hungary_act_rights_of_nationalities_2011_en.pdf> Erişim Tarihi 25 Eylül 2021

¹⁶⁵ 179 sayılı Kanun, md. 3-155

altına almaktadır¹⁶⁶. Bu hakkı kullanacak olan azınlık grupları ismen sıralamayan 1997 Anayasası, soyut tanıma biçiminin önünü açmaktadır. Azınlık grupların tespitine ilişkin somutlaştırma, 06.01.2005 tarihli ve 17 sayılı Ulusal ve Etnik Azınlıklar ile Bölgesel Diller Üzerine Kanun ile neticelendirilmektedir¹⁶⁷. Bu yasa, 9 ayrı topluluğu – Almanlar, Beyaz Ruslar, Çekler, Ermeniler, Litvanlar, Ruslar, Slovaklar, Ukraynalılar ve Yahudiler – Polonya'nın ulusal azınlıkları olarak tanımaktadır¹⁶⁸. Karaylar, Lemkolar, Romanlar ve Tatarlar ise Polonya'nın etnik azınlıkları olarak 17 sayılı Kanun'da belirlenmektedir¹⁶⁹. Ulusal ve etnik azınlıkların asimilasyona tabi tutulmasını yasaklayan 17 sayılı Kanun, bu azınlıkların demografik yönden çoğunluğu yahut kayda değer bir sayıyı oluşturdukları yerleşim yerlerinden iskân politikalarıyla göç ettirilmesine de cevaz vermemektedir¹⁷⁰. Azınlık kimliklerinin korunması için yukarıda belirtilen tedbirleri alan 17 sayılı Kanun, söz konusu kimliklerin geliştirilmesi için de kapsamlı hükümler barındırmakta ve anadilinde eğitimden azınlık dillerinin resmî statü elde etmesine kadar birçok başlık altında kimlik haklarına yer vermektedir¹⁷¹.

1991 Romen Anayasası, ülkede yaşayan ulusal azınlıklara mensup bireylerin etnik, kültürel, dilsel ve dini kimliklerini koruma, geliştirme ve yayma hakkını tanıyıp güvence altına almaktadır¹⁷². Söz konusu azınlıkların hangi gruplardan oluştuğunu ismen zikretmeyen 1991 Anayasası, bu azınlıkların kimliklerinin korunması için gereken tedbirlerin alınması hususunda devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir¹⁷³. Mevzu bahis tedbirlerin hangi kimlik hakları kapsamında alınacağına yönelik yol gösterici hükümler de 1991 Anayasası kapsamında belirtilmektedir. Anadilini öğrenme hakkı ile anadilinde eğitim hakkı, ulusal azınlıklar için 1991 Anayasası'nın 32'nci maddesinin üçüncü fıkrasında tanınmaktadır. Ulusal azınlıkların yasama organında temsiliyetinin sağlanması, bu azınlıkların kullandığı dillerin yerel düzeyde resmîyet kazanması ve ilgili dillerin gerek yerel gerekse ulusal seviyede devam eden yargulamalarda hem yazılı hem de sözlü olarak kullanılabilmesine yönelik temel düzenlemelere

¹⁶⁶ 1997 Polonya Anayasası, md. 35. Polonya Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constituteproject.org/constitution/Poland_2009?lang=en> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2021

¹⁶⁷ 17 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <http://ksng.gugik.gov.pl/english/files/act_on_national_minority-es.pdf> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2021

¹⁶⁸ 17 sayılı Kanun, md. 2/2

¹⁶⁹ 17 sayılı Kanun, md. 2/4

¹⁷⁰ 17 sayılı Kanun, md. 5

¹⁷¹ 17 sayılı Kanun, md. 7-32

¹⁷² 1991 Romen Anayasası, md. 6/1. Romanya Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constituteproject.org/constitution/Romania_2003?lang=en> Erişim Tarihi 29 Ağustos 2021

¹⁷³ 1991 Romen Anayasası, md. 6/2

de 1991 Anayasası tarafından yer verilmektedir¹⁷⁴. Anayasal düzlemde tanınan kimlik haklarının süjesini somutlaştıran düzenlemeler, 23.04.2001 tarihli ve 215 sayılı Yerel Yönetim Kanunu ile yapılmaktadır¹⁷⁵. Bu yasa, ulusal azınlıklar için ismen zikretme yöntemine gitmekten ziyade demografik şartı işlevsel kılan bir metodu benimsemektedir. 215 sayılı Kanun, yerel yönetim birimlerinin sınırları dâhilinde demografik yönden en az yüzde yirmilik bir kesimi oluşturan Romenler dışındaki toplulukları ulusal azınlık olarak nitelendirmektedir¹⁷⁶. Belirtilen demografik şartı; Harghita, Covasna, Mureş, Bihor, Kaloş, Braşov, Arad, Timiş ve Satmar gibi illerde yer alan çeşitli yerel yönetim birimlerinde sağlayan Macar ve Bulgar azınlıklar, anayasal kimlik haklarından istifade edebilmektedir¹⁷⁷.

1993 Rus Anayasası, ülkenin küçük yerli halkları için devletlerarası hukuk kapsamında belirtilen ve Rusya Federasyonu'nun taraf olduğu sözleşmelerce güvence altına alınan prensipler uyarınca koruma tedbirlerini almak üzere federal devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir¹⁷⁸. 1993 Anayasası, benzeri bir yükümlülüğü ulusal azınlıkların ve küçük etnik toplulukların korunması için cari kılmaktadır¹⁷⁹. Mevzu bahis azınlıkların hangi gruplardan oluştuğunu ismen zikretmeyen 1993 Anayasası, soyut tanımının önünü açmaktadır. Azınlıklar için somutlaştırma, 30.04.1999 tarihli ve 82 sayılı Rus Federasyonu'nda Yaşayan Yerli Etnik Toplulukların Haklarının Garanti Altına Alınmasına İlişkin Kanun ile yapılmaktadır¹⁸⁰. Bu yasa, azınlıkların tespiti için ismen zikretme yönteminden ziyade azınlık statüsü için aranan temel şartları belirleyen bir metodu pratiğe dökmektedir. 82 sayılı Kanun'a göre, atalarının geleneksel olarak yaşadığı topraklarda, geleneksel yaşam ve üretim biçimini muhafaza eden,

¹⁷⁴ 1991 Romen Anayasası, md. 62/2, 120/2 ve 128/2

¹⁷⁵ 215 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://www.global-regulation.com/translation/romania/3072186/-law-no.-215-of-23-april-2001%252c-the-local-public-administration.html>> Erişim Tarihi 29 Ağustos 2021

¹⁷⁶ 215 sayılı Kanun, md. 19

¹⁷⁷ Anayasal düzlemde tanınan kimlik haklarının bir kısmı, 215 sayılı Kanun'un 39/7, 42/2, 50, 76/2 ve 94/8'inci maddelerinde düzenlenmektedir. Bu düzenlemeler, genel itibarıyla azınlık dillerinin resmî kullanımına ilişkindir. Ulusal azınlıkların anadilini öğrenme ve anadilinde eğitim haklarına dair düzenlemeler, 10.01.2011 tarihli ve 1 sayılı Milli Eğitim Kanunu'nun 10, 12, 23, 27, 28, 46 ve 94'üncü maddeleriyle yapılmaktadır. Azınlık dillerinin medya ve iletişim kapsamında kullanımıyla ilgili düzenlemeler ise 11.07.2002 tarihli ve 504 sayılı Görsel ve İşitsel Medya Kanunu'nun 82/3'üncü maddesiyle yapılmaktadır. 1 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://splashdb.eu/policydocument/law-1-of-10-january-2011-the-law-of-national-education/>> Erişim Tarihi 29 Ağustos 2021 504 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <https://www.tobaccocontrolaws.org/files/live/Romania/Romania%20%20Law%20No.%20-%20504_2002.pdf> Erişim Tarihi 29 Ağustos 2021

¹⁷⁸ 1993 Rus Anayasası, md. 69. Rusya Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constituteproject.org/constitution/Russia_2014?lang=en> Erişim Tarihi 28 Ağustos 2021

¹⁷⁹ 1993 Rus Anayasası, md. 71/c ve 72/1

¹⁸⁰ 82 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=1418>> Erişim Tarihi 28 Ağustos 2021

ulusal açıdan toplamda 50 binden daha az nüfusa sahip olan ve kendini ayrı bir halk olarak kabul eden gruplar, Rusya Federasyonu'nun yerli etnik topluluklarıdır¹⁸¹. Bu toplulukların örf ve âdetlerini koruma altına alan 82 sayılı Kanun, ekonomik yaşamdan kültüre kadar pek çok alanda geçerli olmak üzere azınlık kimliğinin muhafaza edilip geliştirilmesine dair düzenlemelere yer vermektedir¹⁸². Benzeri düzenlemeler, Rus mevzuatında yer alan diğer federal kanunlarla da yapılmaktadır. 20.07.2000 tarihli ve 104 sayılı Kanun; Kuzey Rusya, Sibirya ve Uzak Doğu Rusya'da yer alan yerli etnik topluluklar için 82 sayılı Kanun'daki azınlık tanımlamasını takip edip, kimlik haklarını düzenlemektedir¹⁸³. Yerli etnik toplulukların Rus Federal Meclisi'nde temsiliyetine ilişkin düzenlemeler, 07.02.2003 tarihli ve 21 sayılı Kanun ile yapılmaktadır¹⁸⁴. Bahsi geçen yerli toplulukların toprak hakları için geçerli olan düzenlemeler ise 07.05.2001 tarihli ve 49 sayılı Kanun ile yapılmaktadır¹⁸⁵.

2006 Sırp Anayasası, ulusal azınlıkların kimliklerinin korunması için devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir¹⁸⁶. Bu azınlıkların hangi topluluklardan oluştuğunu ismen saymayan 2006 Anayasası, soyut tanıma biçiminin önünü açmaktadır. Anayasal düzlemde ayrıca belirtilmesi gerekir ki, ulusal azınlıklar için çeşitli kimlik hakları tanınıp güvence altına alınmaktadır. 2006 Anayasası, söz konusu azınlık gruplar için kültürel özerklikten anadilinde eğitime, azınlık dilinin resmî statüde kullanılmasından azınlıklar için ulusal konseylerin kurulmasına, asimilasyonun yasaklanmasından ayrımcılık yasağına kadar birçok alanda temel düzenlemeler yapmaktadır¹⁸⁷. Bu düzenlemeleri detaylandıran 27.02.2002 tarihli ve 11 sayılı Ulusal Azınlıkların Hak ve Hürriyetlerinin Korunmasına Dair Kanun, ulusal azınlıkların tespiti için de hüküm içermektedir¹⁸⁸. 11 sayılı Kanun, ulusal azınlıkları ismen zikretmekten ziyade bu azınlıkların sahip olması gereken nitelikleri içeren bir ulusal azınlık tanımı yapmaktadır. İlgili tanıma göre, Sırbistan Cumhuriyeti ile uzun yıllardır süren sıkı bağları bulunan ve dil, kültür, etnik köken yahut diğer kimliksel özellikleri itibarıyla demografik yönden ülkenin

¹⁸¹ 82 sayılı Kanun, md. 1/1

¹⁸² 82 sayılı Kanun, md. 1-5

¹⁸³ 104 sayılı Kanun, md. 1-8. 104 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://cis-legislation.com/document.fwx-x?rgn=12017>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2021

¹⁸⁴ 21 sayılı Kanun, md. 1-2. 21 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://cis-legislation.com/document.fwx?-rgn=3581>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2021

¹⁸⁵ 49 sayılı Kanun, md. 1-9. 49 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://cis-legislation.com/document.fwx?-rgn=1482>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2021

¹⁸⁶ 2006 Sırp Anayasası, md. 14. Sırbistan Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constituteproject.org/constitution/Serbia_2006?lang=en> Erişim Tarihi 2 Eylül 2021

¹⁸⁷ 2006 Sırp Anayasası, md. 75-80

¹⁸⁸ 11 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://www.refworld.org/pdfid/43e75683-4.pdf>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2021

çoğunluk nüfusunu oluşturan kitleden farklı nitelikler barındıran ve bu farklılıkları korumak isteyen Sırp vatandaşlığına sahip grup veya topluluklar ulusal azınlıktır¹⁸⁹. Bu tanımda belirtilen şartları sağlayan başta Arnavut, Boşnak, Bulgar, Hırvat, Macar, Romen, Ruten ve Slovak topluluklar olmak üzere pek çok azınlık, anayasal düzlemde tanınan kimlik haklarını gerek 11 sayılı Kanun'a işlenen hükümler gerekse Sırp mevzuatında yer alan diğer düzenlemeler çerçevesinde kullanmaktadır¹⁹⁰.

1992 Slovak Anayasası, ülkede yaşayan ulusal ve etnik azınlıkların korunması için devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir¹⁹¹. Azınlık tespiti hususunda doğrudan düzenleme yapmayan 1992 Anayasası, ulusal azınlıkların kimlik hakları için çeşitli hükümler barındırmaktadır. Bu düzenlemeler, azınlıklara karşı ayrımcılık yasağından anadilinde eğitime, azınlık dilinin resmîyetinden kültürel özerkliğe kadar pek çok alanda temel ilkeleri belirlemektedir¹⁹². Mevzu bahis ilkeleri detaylandıran ve kimlik haklarının kullanımına ilişkin düzenleme yapan 11.07.1999 tarihli ve 184 sayılı Ulusal Azınlık Dillerinin Kullanımı Üzerine Kanun, azınlık kimliklerine ilişkin soyut tanımaya nihai şeklini vermektedir¹⁹³. Bu yasaya göre, yerel yönetim birimlerinin sınırları dâhilinde demografik yönden en az yüzde 20'lik bir nüfusu oluşturmakla birlikte ulusal düzeyde çoğunluğu sağlayamayan topluluklar, Slovakya'nın ulusal azınlıkları olarak kabul edilmektedir¹⁹⁴. Kayda geçirilen demografik şartı; Banská Bystrica, Nitra, Köstice ve Prešov gibi Slovak bölgelerinde yer alan yerel yönetim birimlerinde sağlayan Macar, Ruten ve Ukraynalı azınlıklar, 184 sayılı Kanun'da detaylandırılan anayasal kimlik haklarından istifade etmektedir¹⁹⁵.

¹⁸⁹ 11 sayılı Kanun, md. 2

¹⁹⁰ Sırp modeline dair daha fazla bilgi için bkz. Annamária Vicsek, 'Minority Education in the Republic of Serbia – A Success Story with Challenges' (2018) 2 (1) Hungarian Journal of Minority Studies, 85-100; Tamás Korhecz, 'Evolving Legal Framework and History of National Minority Councils in Serbia' (2019) 6 (2) International Journal of Public Law and Policy, 116-137; Katinka Beretka, 'Fluid Borders of National-Cultural Autonomy: The Legal Status of National Minority Councils in Serbia' (2020) 48 (2) Nationalities Papers, 273-288

¹⁹¹ 1992 Slovak Anayasası, md. 33 ve 34/1. Slovakya Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constitu-teproject.org/constitution/Slovakia_2017?lang=en> Erişim Tarihi 5 Eylül 2021

¹⁹² 1992 Slovak Anayasası, md. 34

¹⁹³ 184 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<http://www.regione.taa.it/biblioteca/minoranze/slovacchia2.pdf>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2021

¹⁹⁴ 184 sayılı Kanun, md. 2

¹⁹⁵ Slovak modeli üzerine kapsamlı analizler için bkz. Ildikó Vančo, The Hungarian Language in Education in Slovakia (Mercator Publication Office 2005) 3-27; Nadiia Kichera, 'Ensuring and Protecting the Rights of National Minorities in the Visegrad Countries: On the Example of Slovakia' (2020) 8(1) Border and Regional Studies 21, 21-38

C. MELEZ TANIMA

Azınlık kimliklerinin tanınmasında melez biçimi işlevsel kılan anayasalar hem soyut hem de somut tanımadan birlikte istifade etmektedir. İlgili anayasalar, bazı azınlık kimliklerini anayasal düzlemde somut bir şekilde tanımaktadır. Bu anayasalar, diğer azınlık kimlikleri için ise soyut tanımanın önünü açacak şekilde hükümler barındırmaktadır. Mevzu bahis ikinci grup azınlıklar için anayasal düzlemde kayıtlara geçen soyutluk, yasama organlarınca çıkarılan kanunlarla somutlaştırılmakta ve melez tanıma nihai şeklini almaktadır. Araştırmamız dâhilinde analize tabi tutulan yirmi beş devletin altısı melez tanımadan yararlanmaktadır. Bu devletlerin beşi üniter devlet, diğeri ise federasyondur.

1974 İsveç Anayasası, Sami azınlık için somut tanımayı tercih etmektedir¹⁹⁶. Ülkede yaşayan diğer azınlıklar için ise soyut tanıma yoluna gidildiği 1974 Anayasası'nın 2'nci maddesinin beşinci fıkrasına bakıldığında anlaşılmaktadır. Bu hüküm, Sami azınlığı ismen zikrettikten sonra İsveç'te yaşayan etnik, dilsel ve dini azınlıkların yaşam tarzlarının yanı sıra kültürlerini de koruyup geliştirme hakkını güvence altına almaktadır. Söz konusu azınlıkların hangi topluluklardan oluştuğu, 11.06.2009 tarihli ve 724 sayılı Ulusal Azınlıklar ve Azınlık Dillerine İlişkin Kanun ile tespit edilmektedir¹⁹⁷. Bu yasa, Samilerin yanı sıra Finler, Romanlar, Tornedallar ve Yahudiler için ulusal azınlık statüsü vermektedir¹⁹⁸. Ulusal azınlık dillerini de belirleyen 724 sayılı Kanun; Fince, Romanca, Samice, Torne Fincesi (*Meänkieli*) ve Yidişçe için statü sağlamaktadır¹⁹⁹. Statü sağlanan azınlık toplulukları için çeşitli kimlik hakları, gerek 724 sayılı Kanun gerekse 28.05.2009 tarihli ve 600 sayılı Dil Kanunu ile tanınmaktadır²⁰⁰. 724 sayılı Kanun, ulusal azınlıkların kültürel özerkliğini etraflı bir şekilde düzenleyip²⁰¹, bu azınlıkların süjesi olduğu kimlik haklarını öz bir şekilde sıralamaktadır²⁰². 600 sayılı Kanun, kimlik hakları arasında yer alan dilsel haklar yönünden detaylandırmalar yapıp, azınlık dillerine

¹⁹⁶ 1974 İsveç Anayasası, md. 18. İsveç Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constituteproject.org/constitution/Sweden_2012?lang=en> Erişim Tarihi 1 Eylül 2021

¹⁹⁷ 724 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-2009724-om-nationella-minoriteter-och_sfs-2009-724> Erişim Tarihi 1 Eylül 2021

¹⁹⁸ 724 sayılı Kanun, md. 2/1

¹⁹⁹ 724 sayılı Kanun, md. 2/2

²⁰⁰ 600 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://www.regeringen.se/contentassets/9e56b0c78cb5447b968a-29dd-14a68358/spraklag-pa-engelska>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2021

²⁰¹ Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki, Sami halkının kültürel özerkliğine dair müstakil düzenlemeler, 17.12.1992 tarihli ve 1433 sayılı Sami Meclisi Hakkında Kanun tarafından yapılmaktadır. 1433 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://www.sametinget.se/9865>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2021

²⁰² 724 sayılı Kanun, md. 4-18

hem kamusal hem de özel alanlarda geçerli olmak üzere yazılı ve sözlü kullanım açısından serbestiyet getirmektedir²⁰³.

1999 İsviçre Anayasası, Graubünden (Grigioni) ve Ticino kantonlarında yaşayan İtalyan ve Roman azınlıkların dillerinin korunması ve geliştirilmesi için federal devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir²⁰⁴. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslar, 05.10.2007 tarihli ve 441/1 sayılı Ulusal Diller ve Dilsel Topluluklar Arasındaki Memorandum Üzerine Federal Kanun ile yapılmaktadır²⁰⁵. Bu yasa, İtalyan ve Roman azınlıkların pek çok dilsel hakkını yukarıda bahsi geçen iki kantonda güvence altına almaktadır²⁰⁶. İsmen zikredilen İtalyan ve Roman azınlıklar için somut tanımayı işlevsel kılan 1999 Anayasası, ülkedeki diğer dilsel azınlıklar için soyut tanımayı mümkün kılmaktadır. Söz konusu mümkünlük, 1999 Anayasası'nın 70'inci maddesinin ikinci fıkrasından kaynaklanmaktadır. Bu hüküm, kantonal resmî dillerin belirlenmesi esnasında dilsel azınlıkların dikkate alınması gerekliliğini belirtmektedir. Mevzu bahis gerekliliği yerine getiren İsviçre kantonları; Yidişler (İsviçre Yahudileri) ve köken itibarıyla bir Roman topluluğu olan Yenişler için dilsel haklar sağlamaktadır²⁰⁷.

2008 Kosova Anayasası; Boşnak, Roman, Sırp ve Türk azınlıklar için somut tanıma yoluna gitmekte ve bu toplulukların dillerine resmî statü kazandırmaktadır²⁰⁸. Kosova Cumhuriyeti'nde yaşayan topluluklar için 14 başlık altında birçok kimlik hakkı, 2008 Anayasası'nın 59'uncu maddesinde sıralanmakta ama bu toplulukların hangi gruplardan oluştuğu ismen belirtilmemektedir²⁰⁹. Bu durum, soyut tanımanın da önünü açarak Kosova özelinde melez tanımayı net olarak şekillendirmektedir. Söz konusu toplulukların tespiti,

²⁰³ 600 sayılı Kanun, md. 7-10

²⁰⁴ 1999 İsviçre Anayasası, md. 70/5. İsviçre Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constituteproject.org/constitution/Switzerland_2014?lang=en> Erişim Tarihi 13 Eylül 2021

²⁰⁵ 444/1 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2009/821/en>> Erişim Tarihi 13 Eylül 2021

²⁰⁶ 441/1 sayılı Kanun, md. 5-22

²⁰⁷ İsviçre modeli hakkında detaylı bilgi için bkz. Manfred Gross, The Romansh Language in Education in Switzerland (Mercator Publication Office 2017) 5-36

²⁰⁸ 2008 Kosova Anayasası, md. 5. Kosova Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constituteproject.org/constitution/Kosovo_2016?lang=en> Erişim Tarihi 15 Eylül 2021

²⁰⁹ Mevzu bahis kimlik hakları şu şekilde listelenebilir: dinsel, dilsel, geleneksel ve kültürel kimlikleri kullanma, koruma ve geliştirme hakkı, anadilini öğrenme hakkı, anadilinde eğitim hakkı, azınlık dilini resmî statüde kullanma hakkı, milli sembolleri kullanma hakkı, azınlık diliyle uyumlu ad kullanma hakkı, yerleşim yerlerinin isimlendirilmesinde ve topografik işaretlerin belirlenmesinde azınlık dilinin kullanım hakkı, devlet kanallarında azınlık dilinde program yapma hakkı, devlet kanallarında özel kotayla temsil hakkı, azınlık dilinde yayın yapan medya kuruluşları kurma hakkı, diğer devletlerde yaşayan ve etnik, kültürel, dilsel yahut dini yönden ortaklıklar bulunan akraba topluluklarla iletişim kurma hakkı, azınlık kimliğini yaymayı ve geliştirmeyi amaçlayan vakıf kurma hakkı ve yerel, bölgesel ve ulusal hükümetdışı organizasyonlarla iletişim kurma hakkı.

13.03.2008 tarihli ve 03/L-047 sayılı Kosova'daki Topluluklar ve Topluluklara Mensup Bireylerin Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi Hakkındaki Kanun tarafından yapılmaktadır²¹⁰. Bu yasaya göre topluluklar, Kosova Cumhuriyeti'nde uzun yıllardır yaşayan ve demografik yönden çoğunluğu oluşturan Arnavutlar dışındaki gruplardır²¹¹. 03/L-047 sayılı Kanun, sadece anayasal düzlemde tanınan Boşnak, Roman, Sırp ve Türk azınlıkları mevzu bahis gruplar arasında saymakla kalmayıp; Aşkaliler, Goraniler ve Mısırlılar için de somut olarak topluluk tanımlaması yapmaktadır²¹². Tanınan bütün azınlık topluluklar için dilden dine, eğitimden kültüre kadar çeşitli alanlarda cari olan anayasal kimlik haklarının listesi de 03/L-047 sayılı Kanun'da ayrıca yer almaktadır²¹³.

1991 Makedon Anayasası, Kuzey Makedonya Cumhuriyeti'nde yaşayan azınlıkların bir kısmını –Arnavutlar, Boşnaklar, Romanlar, Sırp, Türkler ve Vlaçlar– somut biçim aracılığıyla tanımaktadır²¹⁴. Yukarıda belirtilen azınlıklar haricinde kalan topluluklar için de soyut tanıma imkânı 1991 Anayasası tarafından sunulmakta ve melez Makedon biçimi şekillendirilmektedir²¹⁵. Soyut tanıma kapsamındaki azınlıkların tespiti, 2008 tarihli Makedon Cumhuriyeti'nin Toplam Nüfusunun Yüzde 20'sinden Daha Azını Oluşturan Topluluk Mensuplarının Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi Üzerine Kanun ile yapılmaktadır²¹⁶. Bu yasa, azınlık topluluğu olarak kabul edilmenin şartlarını açıklamakta fakat ilgili azınlıkları ismen zikretmemektedir. Söz konusu şarta göre, bir grubun Kuzey Makedonya'da azınlık topluluğu statüsünü elde edebilmesi için son yapılan nüfus sayımında ortaya çıkan toplam nüfusun yüzde 20'sinden daha azını oluşturması gerekmektedir²¹⁷. Bu şartı yerine getiren birçok grup, Makedon modeli kapsamında azınlık topluluğu statüsünden faydalanmaktadır²¹⁸.

²¹⁰ 03/L-047 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://gzk.rks-gov.net/ActDocumentDetail.aspx?ActID=25-31>> Erişim Tarihi 15 Eylül 2021

²¹¹ 03/L-047 sayılı Kanun, md. 1/4

²¹² 03/L-047 sayılı Kanun, md. 1/4

²¹³ 03/L-047 sayılı Kanun, md. 2-12

²¹⁴ Bu tanıma, 1991 Anayasası'nın 78'inci maddesi ile IV numaralı değişikliğin 1'inci maddesi ve XII numaralı değişikliğin 1'inci maddesi ile şekillendirilmektedir. Kuzey Makedonya Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constituteproject.org/constitution/Macedonia_2011?lang=en> Erişim Tarihi 18 Eylül 2021.

²¹⁵ 1991 Anayasası'nın başlangıç kısmı, anayasal düzlemde tanıdığı azınlık toplulukları sıraladıktan sonra 've diğer topluluklar' ibaresini içermektedir. Aynı ibare, 1991 Anayasası'nın 78'inci maddesinde de bulunmaktadır.

²¹⁶ 2008 tarihli Kanun'un tam metnine erişim için bkz.

<https://www.legislationline.org/download/id/4458/file/FYROM_Law%20on%20rights%20of%20Minorities%20OG%20No.%202008_en.pdf> Erişim Tarihi 18 Eylül 2021.

²¹⁷ 2008 tarihli Kanun, md. 1

²¹⁸ Bahsi geçen demografik şartı sağlayan başlıca azınlık topluluklar şunlardır: Almanlar, Aşkaliler, Avusturyalılar, Bulgarlar, Çekler, Karadağlılar, Lehler, Hırvatlar, İtalyanlar, Rumlar, Ruslar, Rusinler, Slovenler, Slovaklar, Ukraynalılar ve Yahudiler. Daha fazla detay için bkz. Agon Demjaha, 'The State of Inter-ethnic Relations in Macedonia after 16 Years of the Ohrid Agreement' (2017) 12 (2) SEEU Review, 8-31; Sonja Stojadinovic, 'The Law on Use of Languages in Republic of (North) Macedonia' (2020) 3 (3) International Journal of Global

Kazanılan statü, gerek 1991 Anayasası'nın 7'nci ve 48'inci maddeleri gerekse 2008 tarihli Kanun marifetiyle sağlanan ve eğitimden medyaya kadar pek çok alana temas eden kimlik haklarının kullanımını da mümkün kılmaktadır²¹⁹.

1994 Moldova Anayasası, Rus azınlık için somut tanıma yoluna gitmekle birlikte, Moldova Cumhuriyeti'nde yaşayan diğer azınlıkların da kimliklerinin kullanımı, korunması ve geliştirilmesi için devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir²²⁰. Söz konusu azınlıkları ismen zikretmeyen 1994 Anayasası, netice itibarıyla melez tanımanın önünü açmaktadır. Bu tanımaya nihai şeklini veren düzenlemeler, Moldova mevzuatında yer alan çeşitli kanunlarla yapılmaktadır. 19.07.2001 tarihli ve 382 sayılı Etnik Azınlıklara Mensup Bireylerin Hakları Üzerine Kanun, etnik azınlıkları şu şekilde tanımlamaktadır: Moldova Cumhuriyeti'nde daimi olarak yaşayan ve Moldova vatandaşı olmakla birlikte Moldova'nın çoğunluk nüfusunu oluşturan Moldovalardan farklı etnik, kültürel, dilsel ve dini niteliklere sahip olan ve toplu olarak kendi kimliklerinin farkında olan topluluklardır²²¹. Mevzu bahis topluluklar için somutlaştırma yoluna giden hükümler de 382 sayılı Kanun'da mevcuttur. Anadilinde eğitimden azınlık dilinin resmîyetine kadar birçok alanda kimlik haklarını düzenleyen 382 sayılı Kanun, ilgili hakların süjesi olarak Bulgar, Gagavuz, Musevi, Rus, Ukraynalı ve Yidiş toplulukları sıralamaktadır²²². Gagavuz ve Rus azınlıklar için kimlik hakları yönünden ek düzenlemeler, 23.12.1994 tarihli ve 344 sayılı Gagavuzya'nın Özel Hukuki Statüsü Üzerine Kanun doğrultusunda yapılmaktadır²²³. Benzeri düzenlemeler, Rus ve Ukraynalı azınlıklar için 22.07.2005 tarihli ve 173 sayılı Transdinyester Bölgesi'nin Özel Hukuki Statüsüne Yönelik Temel Hükümler Hakkındaki Kanun'da yer almaktadır²²⁴.

Community, 189-202; Avdi Smajljaj, 'Ethnicity Based Democratic Constitutional Structures: The Cases of Bosnia and Herzegovina, North Macedonia and Kosovo' (2020) 3 (4) Journal of Balkan and Black Sea Studies, 109-138.

²¹⁹ Kimlik haklarının bir boyutunu oluşturan dilsel haklara ilişkin kapsamlı düzenlemeler içeren bir diğer yasa, 15 Ocak 2019 tarihinde yürürlüğe giren Dillerin Kullanımı Üzerine Kanun'dur. 2018 yılında Makedon Meclisi (*Kuvendi*) tarafından kabul edilen bu yasanın tam metnine erişim için bkz. <<http://apj.gov.mk/wp-content/uploads/2019/06/THE-LAW-ON-THE-USE-OF-LANGUAGES-PDF.pdf>> Erişim Tarihi 18 Eylül 2021.

²²⁰ 1994 Moldova Anayasası, md. 13/2. Moldova Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constituteproject.org/constitution/Moldova_2016?lang=en> Erişim Tarihi 17 Eylül 2021

²²¹ 382 sayılı Kanun, md. 1. 382 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://cis-legislation.com/document.fwx-?rgn=3268>> Erişim Tarihi 17 Eylül 2021

²²² 382 sayılı Kanun, md. 6

²²³ Gagavuzya, 1994 Anayasası'nın 111'inci maddesi doğrultusunda Moldova Cumhuriyeti'ne bağlı özerk bir bölgedir. 344 sayılı Kanun, Gagavuzca ve Rusça için özerk bölgede geçerli olmak üzere çeşitli statüler sağlamaktadır. 344 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=3287>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2021

²²⁴ 173 sayılı Kanun, md. 6. 173 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://cis-legislation.com/document.fwx-?rgn=18356>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2021

1996 Ukrayna Anayasası, Rus azınlık için somut tanımayı işlevsel kılmakla beraber, ülkedeki diğer azınlık grupların korunması için devlete pozitif yükümlülük yükleyerek melez tanımayı pratiğe dökmektedir²²⁵. Gerek Rus gerekse soyut olarak belirtilen diğer ulusal azınlıklar ve yerli halklar için çeşitli kimlik hakları anayasal düzlemde tanınmaktadır. Rusça ve azınlıkların konuştuğu dillerin korunup geliştirilmesi için devlete sorumluluk yükleyen 1996 Anayasası, ulusal azınlıklar ile yerli halkların etnik, kültürel, dilsel ve dini kimliklerinin korunması ve geliştirilmesi noktasında devlete aktif rol oynama görevi vermektedir²²⁶. Söz konusu grupların anadilinde eğitim hakkı, anadilini öğrenme hakkı ve azınlık kimliğini öğreten kurum açma hakkı da 1996 Anayasası tarafından tanınmaktadır²²⁷. Bahsi geçen azınlık grupların somut tespitine yönelik hamle ise 25.06.1992 tarihli ve 2494 sayılı Ulusal Azınlıklara Dair Kanun ile yapılmaktadır²²⁸. Bu yasa, azınlıklar için ismen zikretme yöntemine gitmekten ziyade genelleyici bir metodu işlevsel kılmaktadır. 2494 sayılı Kanun'a göre ulusal azınlıklar, etnik açıdan Ukrayna kimliğine sahip olmamakla birlikte kendi mensupları arasında müstakil kimliklerinin mevcudiyeti ve korunması için topluluk iradesi gösterebilen gruplardır²²⁹. Bu şartı sağlayan ulusal azınlıklar için anayasal düzlemde tanınan haklara ek olarak; milli sembollerini kullanma hakkı, milli tatilleri kutlama hakkı, ibadet hürriyeti, azınlık kimliğine odaklanan ulusal ve kültürel özerklik hakkı ile kültürel ve eğitimsel kuruluşlar açma hakkı da 2494 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesiyle tanınmaktadır²³⁰. 2494 sayılı Kanun'da hüküm altına alınan şartı sağlayan Leh, Macar, Moldovan, Romen, Rus ve Tatar toplulukları, yukarıda belirtilen kimlik haklarının tamamından istifade edebilmektedir²³¹.

²²⁵ 1996 Ukrayna Anayasası, md. 10/3. Ukrayna Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.constituteproject.org/constitution/Ukraine_2016?lang=en> Erişim Tarihi 22 Eylül 2021

²²⁶ 1996 Ukrayna Anayasası, md. 10/3 ve 11

²²⁷ 1996 Ukrayna Anayasası, md. 53/5

²²⁸ 2494 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=16949>> Erişim Tarihi 23 Eylül 2021

²²⁹ 2494 sayılı Kanun, md. 2

²³⁰ Dilsel haklar özelinde ayrıca belirtilmelidir ki, azınlık dillerinin yerel düzeydeki resmîyetine ilişkin pek çok düzenleme, 03.07.2012 tarihli ve 5029 sayılı Devlet Dil Politikası Üzerine Prensipler Hakkında Kanun ile yapılmaktadır. Bu Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <<https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=53865>> Erişim Tarihi 26 Eylül 2021

²³¹ Ukrayna modeli hakkında daha fazla detay için bkz. István Csernicskó ve Ildikó Orosz, The Hungarian Language in Education in Ukraine (Mercator Publication Office 2019) 5-58

Tablo 1: Azınlık Kimlikleri İçin Anayasal Tanıma Biçimleri

Sıra	Devlet Adı	Siyasal Teşkilat Yapısı (Üniter-Federasyon)	Tanıma Biçimi (Soyut-Somut-Melez)
1.	Arnavutluk	Üniter	Soyut
2.	Avusturya	Federasyon	Soyut
3.	Belarus	Üniter	Soyut
4.	Bosna-Hersek	Federasyon	Soyut
5.	Çekya	Üniter	Soyut
6.	Estonya	Üniter	Soyut
7.	Finlandiya	Üniter	Somut
8.	Hırvatistan	Üniter	Somut
9.	İsveç	Üniter	Melez
10.	İsviçre	Federasyon	Melez
11.	İtalya	Üniter	Soyut
12.	Karadağ	Üniter	Somut
13.	Kosova	Üniter	Melez
14.	Kuzey Makedonya	Üniter	Melez
15.	Letonya	Üniter	Soyut
16.	Macaristan	Üniter	Soyut
17.	Moldova	Üniter	Melez
18.	Norveç	Üniter	Somut
19.	Polonya	Üniter	Soyut
20.	Romanya	Üniter	Soyut
21.	Rusya	Federasyon	Soyut
22.	Sırbistan	Üniter	Soyut
23.	Slovakya	Üniter	Soyut
24.	Slovenya	Üniter	Somut
25.	Ukrayna	Üniter	Melez

SONUÇ

Bu çalışma, azınlık kimliklerinin anayasal tanıma biçimlerine yönelik olarak mevzu literatürde mevcut bulunan normatif çalışma eksikliğini gidermeyi gaye edinmiştir. Çalışmamız, söz konusu tanınmanın somut, soyut ve melez biçimler marifetiyle sistematik olarak ete kemiğe büründürülebileceğini göstermiştir. Azınlık kimliklerinin tanınmasına dair toplumsal tabanı bulunan anayasal tartışmaları devam ettiren devletler için siyasi teşkilatlanma yapısı yönünden çeşitli genel çıkarımlara da araştırmamız aracılığıyla ulaşılmıştır.

Soyut tanınmanın genel itibarıyla tercih edilen biçim olduğunu gözler önüne seren çalışmamız, somut ve melez tanıma biçimlerinin de bazı Avrupa devletleri tarafından işlevsel kılındığını göstermektedir. Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki, üniter devletlerin çoğunda baskın biçim olarak tezahür eden soyut tanıma, federasyonlar özelinde daha güçlü bir forma bürünmektedir. Üniter devletlerin neredeyse dörtte biri tarafından pratiğe dökülen melez tanıma, benzeri oranı federasyonlar özelinde de tutturmaktadır. Aynı durum, somut tanıma

açısından geçerli değildir. Üniter devletlerin yaklaşık olarak dörtte biri tarafından tercih edilen somut tanıma, federasyonlarca benimsenmemektedir.

Bu çalışma, normatif bir yöntemle şekillendirilen somut, soyut ve melez tanıma biçimleri ile bu biçimlere yönelik ortaya koyulan sistematik analizler marifetiyle anayasa hukuku literatürüne katkı sunma teşebbüsü içerisindedir. Ancak, her bilimsel çalışmada mevcut bulunduğu gibi, bu araştırmanın da geliştirilmesi gereken zayıf yönleri bulunmaktadır. Çalışmamızda Avrupa anayasaları üzerine normatif analizler yoğunlaştırılmakta; Afrika, Amerika ve Asya anayasaları, araştırma kapsamının dışında bırakılmaktadır. Söz konusu kıtalarda yürürlükte bulunan anayasalar dâhilinde yapılacak ek araştırmalar, tanıma biçimlerini çeşitlendirme ve siyasi teşkilatlanma açısından elde edilen çıkarımları geliştirme noktasında katkı sunma potansiyeline sahiptir. Mevcut literatürde ihmal edilmiş bir hususun Avrupa ölçekli olarak incelendiği bu çalışmayı takip edecek muhtemel benzeri araştırmalar, geniş bir bakış açısıyla Afrika, Amerika ve Asya örneklerini de irdeleyebilir. Bu araştırmalar, sadece siyasi teşkilatlanma yapısı odaklı kalmayıp, anayasa yapım sürecinde işlevsel kılınan ulusal ve bölgesel dinamikler gibi diğer değişkenler ile azınlık kimliklerini tanıma biçimleri arasındaki bağlantıyı da kurarak literatürde mevcut bulunan eksikliğin bütün yönleriyle giderilmesi sürecine katkı sunabilir.

KAYNAKÇA

- Adkins M, “Will the Real Breton Please Stand up? Language Revitalization and the Problem of Authentic Language” (2013) 223 *International Journal of the Sociology of Language*, 55-70.
- Akıncılar-Köseoğlu N, “Batı Balkan Ülkelerinde Azınlık Hakları” (2020) 28(1) *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, 147-177.
- Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku Genel Kısım: Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar* (3rd edn, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Aral B, “The Idea of Human Rights as Perceived in the Ottoman Empire” (2004) 26(2) *Human Rights Quarterly*, 454-482.
- Arsava AF, *Azınlık Kavramı ve Azınlık Haklarının Uluslararası Belgeler ve Özellikle Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 27. Maddesi Işığında İncelenmesi* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Basımevi 1993).

Barry B, *Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism* (Harvard University Press 2001).

Beretka K, “Fluid Borders of National-Cultural Autonomy: The Legal Status of National Minority Councils in Serbia” (2020) 48(2) *Nationalities Papers*, 273-288.

Bert M ve Costa J, “What Counts as a Linguistic Border, for Whom, and with What Implications? Exploring Occitan and Francoprovençal in Rhône-Alpes, France” in Dominic Watt ve Carmen Llamas (eds), *Language, Borders and Identity* (Edinburgh University Press 2014).

Capotorti F, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities* (Official Publications of the United Nations 1979).

Choudhry S, “Does the World Need More Canada? The Politics of the Canadian Model in Constitutional Politics and Political Theory” in Sujit Choudhry (ed), *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?* (Oxford University Press 2008).

Čok L ve Antonič NZ, *The Italian Language in Education in Slovenia* (Mercator Publication Office 2012).

Csernicskó I ve Orosz I, *The Hungarian Language in Education in Ukraine* (Mercator Publication Office 2019).

Çavuşoğlu N, “Yeni Bir Anayasa İçin Somut Öneriler: “Yurttaşlık/Vatandaşlık” (2012) 1(1) *Anayasa Hukuku Dergisi*, 405-428.

Demjaha A, “The State of Inter-ethnic Relations in Macedonia after 16 Years of the Ohrid Agreement” (2017) 12 (2) *SEEU Review*, 8-31.

Doğan B ve Turan M, “Anayasa Hukuku Bağlamında Medine Vesikası” (2021) 11 (1) *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69-95.

Elazar D, “Contrasting Unitary and Federal Systems” (1997) 18(3) *International Political Science Review*, 237-251.

Erdem FH, “Anayasal Vatandaşlık ve Yeni Anayasa” (2012) 17(66) *Liberal Düşünce Dergisi*, 49-56.

Erdoğan M, “Yeni Anayasa: Yol Haritası” (2012) 17(66) *Liberal Düşünce Dergisi*, 23-29.

- Eren A, Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku (2nd edn, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Ergin AD, “Azınlık Dillerinin Kullanımı Konusunda Türkiye Nerede Duruyor?” (2010) 59(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-34.
- Fazi A, “How Language Becomes a Political Issue: Social Change, Collective Movements and Political Competition in Corsica” (2020) 261 International Journal of the Sociology of Language, 119-144.
- Gözler K, Anayasa Hukukunun Genel Esasları (10th edn, Ekin Yayınları 2018).
- Gözler K, Devletin Genel Teorisi: Bir Genel Kamu Hukuku Ders Kitabı (9th edn, Ekin Yayınevi 2018).
- Gross M, The Romansh Language in Education in Switzerland (Mercator Publication Office 2017).
- İnceoğlu S, “Yazılı Anayasa – Yaşayan Anayasa, Anayasal Süreçte Kimlikler” (2012) 1(2) Anayasa Hukuku Dergisi, 309-314.
- Judge A, Linguistic Policies and the Survival of Regional Languages in France and Britain (Palgrave Macmillan 2007).
- Kaboğlu İÖ, “Yeni Anayasa: Süreç, İçerik ve Düzen” (2013) 2(3) Anayasa Hukuku Dergisi, 7-30.
- Kısa K, “Lozan’dan Günümüze Batı Trakya Türklerinin Hukuki Statüleri” (2018) 4(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 307-329.
- Kichera N, “Ensuring and Protecting the Rights of National Minorities in the Visegrad Countries: On the Example of Slovakia” (2020) 8 (1) Border and Regional Studies, 21-38.
- Koç-Başar C, “Osmanlı Millet Sisteminden Ulusa Geçiş” (2017) 23 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 195-231.
- Kolçak H, “Confederal Agreements: A Proposal to Resolve Secession-Related Minority Issues” (2020) 3 (2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 208-232.

- Kolçak H, “Consociationalism under Examination: Is Consociationalism the Optimal Multiculturalist Approach for Turkey?” (2020) 29 (1) Digest of Middle East Studies, 26-52.
- Kolçak H, “Multiculturalism for True Equality: A Normative Argument for Multicultural Turkey” (2020) 7(2) International Journal of Human Rights and Constitutional Studies, 107-125.
- Kolçak H, “A Confederalist Demand to Transform the Liberal Discourse: A Comprehensive Analysis of International Minority Protection Regimes” (2021) 7 (1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3-41.
- Konan B, “Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme” (2015) 64 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 171-193.
- Korhecz T, “Evolving Legal Framework and History of National Minority Councils in Serbia” (2019) 6 (2) International Journal of Public Law and Policy, 116-137.
- Korkut L, “Siyasi Kimlik Olarak Vatandaşlık: Türkiye’de ve Dünya Devletlerinde Anayasal Vatandaşlık Tanımları” (2015) 1 (2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5-41.
- Kraus P, “Democracy’s Challenge: Nordic Minority Politics in the European Context” in Peter Kraus ve Peter Kivisto (eds), *The Challenge of Minority Integration: Politics and Policies in the Nordic Nations* (De Gruyter 2015).
- Kurban D, “Confronting Equality: The Need for Constitutional Protection of Minorities on Turkey’s Path to the European Union” (2003) 35 (1) Columbia Human Rights Law Review, 151-214.
- Kymlicka W, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (Oxford University Press 1995).
- Kymlicka W, “The Internationalization of Minority Rights” (2008) 6 (1) International Journal of Constitutional Law, 1-32.
- Kymlicka W, “Ethnic, Linguistic and Multicultural Diversity in Canada” in John Courtney ve David Smith (eds), *Oxford Handbook of Canadian Politics* (Oxford University Press 2010).

- Kymlicka W, “Liberal Multiculturalism and Human Rights” in Ferran Requejo ve Miquel Caminal (eds), *Political Liberalism and Multinational Democracies* (Routledge 2010).
- Kymlicka W, “Minority Rights in Political Philosophy and International Law” in Samantha Besson ve John Tasioulas (eds), *The Philosophy of International Law* (Oxford University Press 2010).
- Kymlicka W, “The Rise and Fall of Multiculturalism? New Debates on Inclusion and Accommodation in Diverse Societies” (2010) 61 (199) *International Social Science Journal*, 97-105.
- Kymlicka W, “Transitional Justice, Federalism, and the Accommodation of Minority Nationalism” in Arthur Paige (ed), *Identities in Transition: Challenges for Transnational Justice in Divided Societies* (Cambridge University Press 2011).
- Kymlicka W, “Minority Rights are a Part of Human Rights” in Piotr Dutkiewicz ve Richard Sakwa (eds), *22 Ideas to Fix the World: Conversations with the World’s Foremost Thinkers* (New York University Press 2013).
- Kymlicka W, “The Three Lives of Multiculturalism” in Shibao Guo ve Lloyd Wong (eds), *Revisiting Multiculturalism in Canada: Theories, Policies, and Debates* (Sense Publishers 2015).
- Kymlicka W, “Defending Diversity in an Era of Populism: Multiculturalism and Interculturalism Compared” in Nasar Meer, Tariq Modood ve Ricard Zapata-Barrero (eds), *Multiculturalism and Interculturalism: Debating the Dividing Lines* (Edinburgh University Press 2016).
- Kymlicka W, “Minority Rights” in Robyn Eckersley ve Chris Brown (eds), *Oxford Handbook of International Political Theory* (Oxford University Press 2018).
- Kymlicka W ve Norman W, “Citizenship in Culturally Diverse Societies: Issues, Contexts and Concepts” in Will Kymlicka ve Wayne Norman (eds), *Citizenship in Diverse Societies* (Oxford University Press 2000).
- Kymlicka W ve Pfössl E, “Introduction” in Will Kymlicka ve Eva Pfössl (eds), *Multiculturalism and Minority Rights in the Arab World* (Oxford University Press 2014).
- Lük AN, *The Hungarian Language in Education in Slovenia* (Mercator Publication Office 2012).

- Mazower M, “Minorities and the League of Nations in Interwar Europe” in Joshua Castellino (ed), *Global Minority Rights* (Ashgate 2012).
- McGarry J, “Asymmetry in Federations, Federacies and Unitary States” (2007) 6(1) *Ethnopolitics*, 105-116.
- McGarry J ve O’Leary B, “The Political Regulation of National and Ethnic Minorities” (1994) 47(1) *Parliamentary Affairs*, 94-115.
- McGarry J ve O’Leary B, “Federation as a Method of Ethnic Conflict-regulation” in Sid Noel (ed), *From Power-sharing to Democracy: Post-conflict Institutions in Ethnically Divided Societies*, (McGill-Queens University Press 2005).
- McGarry J ve O’Leary B, “Federation and Managing Nations” in Michael Burgess ve John Pinder (eds), *Multinational Federations* (Routledge 2007).
- McGarry J, O’Leary B ve Simeon R, “The Enduring Debate in Conflict Regulation” in Sujit Choudhry (ed), *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?* (Oxford University Press 2008).
- Mızrak D, “Azınlık Hakları ile Yerli Halkların Haklarının Kolektif Hak Kullanımı Çerçevesinde Karşılaştırılması” (2018) 9(2) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 631-664.
- Oestreich J, “Liberal Theory and Minority Rights Group” (1999) 21(1) *Human Rights Quarterly*, 108-132.
- O’Leary B, “An Iron Law of Nationalism and Federation? A (Neo-Diceyan) Theory of the Necessity of a Federal Staatsvolk and Consociational Rescue” (2001) 7(3) *Nations and Nationalism*, 273-296.
- O’Leary B, “Nationalism and Ethnicity: Research Agendas on Theories of Their Sources and of Their Regulation” in Daniel Chirot ve Martin Selgman (eds), *Ethnopolitical Warfare: Causes, Consequences and Possible Solutions* (American Psychological Association Press 2001).
- O’Leary B, “The Elements of Right-sizing and Right-peopling the State” in Brendan O’Leary, Ian Lustick ve Thomas Callaghy (eds), *Right-sizing the State: The Politics of Moving Borders* (Oxford University Press 2001).

- O’Leary B, “Analysing Partition: Definition, Classification and Explanation” (2007) 26(8) Political Geography, 895-896.
- O’Leary B, “The Logics of Power-sharing, Consociation and Pluralist Federation” in Marc Weller, Barbara Metzger ve Niall Johnson (eds), *Settling Self-determination Disputes: Complex Power-sharing in Theory and Practice* (Martinus Nijhoff Publishers 2008).
- O’Leary B, “Power Sharing in Deeply Divided Places: An Advocate’s Introduction” in Joanne McEvoy ve Brendan O’Leary (eds), *National and Ethnic Conflict in the 21st Century: Power Sharing in Deeply Divided Places* (University of Pennsylvania Press 2013).
- O’Leary B ve McGarry J, “Regulating Nations and Ethnic Communities” in Albert Breton, Gianluigi Galeotti, Pierre Salmon ve Ronald Wintrobe (eds), *Nationalism and Rationality* (Cambridge University Press 1995).
- O’Leary B ve McGarry J, “The Politics of Accommodation: Surveying National and Ethnic Conflict Regulation in Democratic States” in Adrian Guelke ve Jean Tournon (eds), *The Study of Politics and Ethnicity: Recent Analytical Developments* (Barbara Budrich 2012).
- Ortaylı İ, *Son İmparatorluk Osmanlı* (Timaş Yayınları 2006).
- Ortaylı İ, *Türkiye Teşkilât ve İdare Tarihi* (3rd edn, Cedit Neşriyat 2008).
- Ortaylı İ, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı* (30th edn, Timaş Yayınları 2010).
- Patten A, “Liberal Neutrality and Language Policy” (2003) 31(4) *Philosophy & Public Affairs*, 356-386.
- Patten A, “Beyond the Dichotomy of Universalism and Difference: Four Response to Cultural Diversity” in Sujit Choudhry (ed), *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?* (Oxford University Press 2008).
- Preece J, “Minority Rights in Europe: From Westphalia to Helsinki” (1997) 23(1) *Review of International Studies*, 75-92.
- Preece J, “National Minority Rights vs. State Sovereignty in Europe: Changing Norms in International Relations?” (1997) 3(3) *Nations and Nationalism*, 345-364.
- Quenot S, “Public Policy for the Corsican Language: From Revitalisation to Normalisation?” (2020) 261 *International Journal of the Sociology of Language*, 145-162.

- Sansum JM ve Dobos B, “Cultural Autonomy in Hungary: Inward or Outward Looking?” (2020) 48(2) Nationalities Papers, 251-266.
- Sardelić J, “The Roma Community Act in the Republic of Slovenia: Legal Implementation of Romani Non-territorial Autonomy?” in Ephraim Nimni, Alexander Osipov ve David Smith (eds), *The Challenge of Non-territorial Autonomy: Theory and Practice* (Peter Lang 2013).
- Smajljaj A, “Ethnicity Based Democratic Constitutional Structures: The Cases of Bosnia and Herzegovina, North Macedonia and Kosovo” (2020) 3(4) *Journal of Balkan and Black Sea Studies*, 109-138.
- Stojadinovic S, “The Law on Use of Languages in Republic of (North) Macedonia” (2020) 3(3) *International Journal of Global Community*, 189-202.
- Taylor C, “The Politics of Recognition” in Amy Gutmann (ed), *Multiculturalism and the ‘Politics of Recognition’: An Essay by Charles Taylor* (Princeton University Press 1992).
- Thornberry P, “Historical Background: International Law Moves from Protection of Particular Groups to Norms of a Universal Character” in Joshua Castellino (ed), *Global Minority Rights* (Ashgate 2012).
- Ulasiuk I, “Language Policies and Law in Education in Post-Soviet Belarus” (2011) 7(1-2) *International Journal for Education Law and Policy*, 31-39.
- Uygun O, *Devlet Teorisi* (6th edn, On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Vančo I, *The Hungarian Language in Education in Slovakia* (Mercator Publication Office 2005).
- Viangalli F, “From Linguistics to Litigation: Reflections on the Legal Aspects of Reversing Language Shift” (2020) 261 *International Journal of the Sociology of Language*, 163-178.
- Vicsek A, “Minority Education in the Republic of Serbia – A Success Story with Challenges” (2018) 2(1) *Hungarian Journal of Minority Studies*, 85-100.
- Videsott P, “Czech Republic” in Christoph Pan, Beate Sibylle Pfeil ve Paul Videsott (eds), *National Minorities in Europe: Handbook of European National Minorities* (2nd edn, Verlag Österreich 2018).

Watts R, “Federalism, Federal Political Systems, and Federations” (1998) 1(1) Annual Review of Political Science, 117-137.



NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021(2), 419-452

DOI 10.51562/nkuhukuk.2021224

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk>

Başvuru:11.05.2021

Kabul:27.11.2021

NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

NEFRET VE AYIRIMCILIK SUÇU

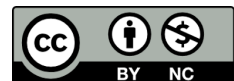
*Araş. Gör. Gizem Kübra ÖZEN AYKUTALP **

ÖZET

Azınlık kimliklerine dair anayasal tanıma biçimlerine ilişkin olarak anayasa hukuku literatüründe bir Geçerli bir neden olmadan eşit davranmama anlamına gelen ayrımcılık geçmişten günümüze toplumlarda varlığını sürdürmektedir. Devletlerin ayrımcılık eylemlerine müdahale etmesindeki neden ise yapılan her bir eylemin hem ayrımcılığa uğrayan kişi için hem de aynı zamanda o kişinin mensubu olduğu grup için de bir tehlike oluşturmasıdır. Bu bağlamda uluslararası düzenlemelerin yanı sıra ülkeler de kendi iç hukuklarında birtakım düzenlemeler yapmaktadırlar. Ülkemizde bu tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla kanun koyucu ilk kez 2005 tarihinde Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde ayrımcılık suçu'nu düzenlemiştir. İşbu madde yürürlüğe girdiği zamandan beri çeşitli değişikliklere uğramıştır. Bu değişikliklerden en önemlisi madde başlığının nefret ve ayrımcılık olarak değiştirilip madde içeriğinin de bu yönde yeniden düzenlenmesidir. Bu değişikliği önemli kılan şey ceza hukukumuzda nefret kavramının girmesidir. Nefret kavramının varlığı bu suçun bir nefret suçu olup olmadığı tartışmalarını da beraberinde getirmiştir. Çalışmada Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde yer alan nefret ve ayrımcılık suçu suç inceleme metoduna uygun bir biçimde ele alınmıştır. Bu noktada önemle belirtmek istediğimiz iki husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki kanunda ayrımcılık sebeplerinin sınırlı sayıda olmasıdır. İkincisi ise 122. maddenin tüm ayrımcılık fiillerini cezalandırmamasıdır.

Anahtar Kelimeler Ayrımcılık, Eşitlik, Ayrımcılık Suçu, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, Nefret Saiki

* Araş. Gör., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, gkozen@yalova.edu.tr, ORCID 0000-0001-5506-6742



HATE AND DISCRIMINATION CRIME

*Res. Asst. Gizem Kübra ÖZEN AYKUTALP***

ABSTRACT

Discrimination, which means not behaving equally without a valid reason, has been present in societies from past to present. The reason why states intervene in acts of discrimination is that every action taken poses a danger not only to the person who is discriminated against but also to the group to which that person belongs. In this context, in addition to international regulations, countries also legislate against discrimination in their domestic laws. In order to eliminate this danger in our country, the legislator first regulated the Discrimination Crime in Article 122 of the Turkish Penal Code in 2005. This article has been made amended at various time since its entrance into force. The most important of these amendments is that the title of the article was changed to Hate and Discrimination and the content of the article was readjusted accordingly. What makes this amendment important is the inclusion of the concept of hate in our criminal law. The existence of the concept of hate in our criminal law has brought debates whether this crime is a hate crime or not. In this work, Hate and Discrimination Crime in Article 122 of the Turkish Penal Code has been analysed within the framework of crime analysing method. At this juncture, there are two points that we want to emphasize. The first is that the reasons for discrimination are limited in the law. The second is that Article 122 does not penalize all acts of discrimination.

Keywords Discrimination, Equality, Discrimination Crime, Hate and Discrimination Crime, Hate Motive

Extended Summary

In the second paragraph of Article 3 of the Turkish Penal Code titled “Justice and the principle of equal treatment before the law”, in the implementation of the Penal Code, it is regulated that no discrimination can be made between individuals in terms of race, language, religion, sect, nationality, color, gender, political or other opinions or thoughts, philosophical belief, national or social origin, birth, economic and other social positions and no one could be granted privileges. In this respect, one of the articles of our penal code, in which violation of the prohibition of discrimination is regulated as a crime, is the Crime of Hate and Discrimination included in Article 122 of the Turkish Penal Code.

In the Turkish Criminal Law, this crime is regulated for the first time in the Turkish Penal Code No.5237 under the name of Discrimination Crime. The place of regulation in the Turkish Penal Code No.5237 of the article 122 is the seventh chapter titled Crimes Against

** Res. Asst., Yalova University, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, gkozen@yalova.edu.tr, ORCID 0000-0001-5506-6742

Liberty of the second part of Special Provisions titled Crimes Against Individuals, which is the second book of the law. With the regulation, discussions about the need for such a crime have also come to the fore. This article has been made several amendments since its entry into force. The most important of these amendments is that the title of the article was changed to Hate and Discrimination and the content of the article was readjusted accordingly. Thus, the concept of hate was used for the first time in the Turkish Penal Code. However, it is debatable whether the use of the concept of hate and the addition of a hate motive to the content of the article make this a hate crime. In response to this question, it was stated in the justification of Law No. 6529 that “hate crime was also regulated together with the crime of discrimination because it is more suitable for the Turkish Criminal Justice system”. However, based on the definition of hate crime made by the Organization for Security and Co-operation in Europe in various decisions of the penal department no 18 of the Supreme Court, on the grounds that hate crime is not regulated as an independent crime type in the Turkish Penal Code, it is stated that hate crime is not regulated in the current criminal law system.

The legislator does not prohibit discrimination in all personal relations between individuals with the crime of Hate and Discrimination. It only prohibits discriminatory acts in article 122. According to the article, the acts of this crime are: a) preventing a movable or immovable property that has been offered to the public to a person from being sold, transferred or leased b) preventing a person from using a certain service offered to the public c) preventing someone from being hired d) preventing a person from participating in an ordinary economic activity. However, this discrimination should be done because of hatred arising from language, race, nationality, color, gender, disability, political opinion, philosophical belief, religion or sect difference. Since it is stated that the commission of the crime can take place with more than one alternative action, this crime is an alternative action crime. If any of the alternative actions occur, the crime is completed.

The subject of the crime, which is included in the objective elements of the crime, should be evaluated separately in terms of each clause of the article. In terms of clause a of article 122, the subject of the crime is movable or immovable property. In terms of clause b, the subject of the crime is a certain service offered to the public. While the subject of clause c is the person to be recruited, for item d, the subject of the crime is the person who is prevented from economic activity. As can be seen, the subject of the crime and the victim are

the same for clause c and clause d. In the doctrine, there is also an opinion arguing that the subject and the victim are the same in all clauses.

Since the term "nobody" is used in the crimes of Hate and Discrimination, the perpetrator of this crime can be any natural person. Who the perpetrator is is not important for this crime, so it is a crime that can be committed by anyone. In our criminal law, legal persons cannot be perpetrators.

The victim of Hate and Discrimination Crime is the person or persons who are discriminated against due to hatred arising from language, nationality, race, color, gender, disability, political opinion, philosophical belief, religion or sect difference. In other words, the legislator did not present a feature in terms of the victim of this crime; anyone can be a victim of this crime. There are 10 reasons for discrimination in the article and they are limited in number. Prior to the 2014 change, it was criticized by stating that the reasons for discrimination in the article and similar reasons are considered as exemplary is against the principle of legality in crime and punishment. Before the 2014 amendment, the expression "similar reasons" in the article was criticized for being against the principle of legality of crimes and punishments. In line with these criticisms, the legislator has abolished this phrase.

The subjective element of hate and discrimination crime is intent. The internal factor that pushes the act, which is a thought that prepares the caste, to the action is called the motive. This crime can only be committed with the motive of hate. The reason for this hatred must be due to differences in language, race, nationality, color, gender, disability, political opinion, philosophical belief, religion or sect.

The legislator has not regulated a specific justification reason for Hate and Discrimination Crime. For this reason, the reasons for justification with the law in the general provisions section are also valid in terms of this crime.

The sanction of Hate and Discrimination Crime is one to three years of imprisonment.

GİRİŞ

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesine göre ayrımcılık kavramı, “özellikle ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, servet, doğum ya da başka her tür durum temeline dayanan ve insan haklarının ve temel özgürlüklerin tümünün herkes için eşitlik koşulları içinde tanınmasını, yararlanılmasını ya da kullanılmasını tehlikeye sokma ya da ortadan kaldırma sonucu doğuran ya da amacı taşıyan her tür farklılık, dışlama, kısıtlama ya da yeğlemeyi” kapsamaktadır¹.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin² 14. maddesinde “*Ayrımcılık Yasağı*” başlığı altında “*Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.*” şeklinde yer alan hükümlerle sözleşmede yer alan haklardan yararlanılmasında bireyler arasında ayırım gözetilmemesi garanti altına alınmıştır³.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ana ilkesi tüm insanların hukuk önünde eşit oldukları ve hukuk tarafından eşit derecede korunma hakkına sahip olduklarıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 12 No'lu Protokolü'nün “*Ayrımcılığın Genel Olarak Yasaklanması*” başlığını taşıyan 1. maddesinin 1. fıkrasına göre “hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır”⁴. Maddenin ikinci fıkrasında ise hiç kimsenin kamu makamları tarafından maddede sayılan temellere dayanan bir ayrımcılığa maruz bırakılmayacakları hüküm altına alınmıştır. Ek protokolün AİHS'den farkı ise ayrımcılığın sözleşmede sayılan hak ve özgürlüklerle sınırlandırılmaksızın genel olarak yasaklanmasıdır.

¹ Mesut Gülmez, İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye (Belediye-İş Yayınları 2009) 18

² Avrupa Konseyi tarafından 04.11.1950'de kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 3 Eylül 1953'te beş ek protokolle yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmeyi 10 Mart 1954 tarihinde çıkardığı bir kanunla onaylamıştır. Bu kanun 19 Mart 1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

³ Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (9. Baskı, Turhan Kitabevi 2011) 400

⁴ bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, < https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf > Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021

Anayasa'nın 90. maddesi sebebiyle başta AİHS'nin ve ülkemizin ayrımcılıkla ilgili imzalamış olduğu diğer sözleşmelerin⁵ iç hukuk düzenlenmelerine etkisi oldukça büyüktür. Ceza hukukuna etkisi açısından en göze çarpan hüküm Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesidir. "Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi" isimli maddenin 2. fıkrası uyarınca Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasi veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamamakta ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmamaktadır.

Gerek AİHS, gerek Anayasa gerekse TCK'nın garanti altına aldığı eşitlik ilkesinin ihlalinin kanun koyucu tarafından suç olarak ihdas edildiği maddelerden⁶ biri de inceleme konumuz olan TCK 122'de yer alan nefret ve ayrımcılık suçudur.

Çalışmamızda nefret ve ayrımcılık suçunu suç inceleme sistematigi doğrultusunda ele almaya gayret edeceğiz.

Daha yazım aşamasında eskimeye aday olan ve birçok eksikliği haiz işbu çalışmanın konunun anlaşılması açısından bir nebze de olsa yol göstermesini temenni ederiz.

I. MEVCUT DÜZENLEME VE TARİHSEL GELİŞİMİ

Nefret ve ayrımcılık⁷ suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun⁸ ikinci kitabı olan *Özel Hükümler*'in *Kişilere Karşı Suçlar* başlıklı ikinci kısmının *Hürriyete Karşı Suçlar* isimli

⁵ 21 Aralık 1965 tarihli 2106 A (XX) sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararıyla kabul edilen ve 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe giren *Her Türü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme*, 16 Aralık 1966 tarihli, 2200A (XXI) sayılı Genel Kurul kararıyla kabul edilen ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*, 16 Aralık 1966 tarihli, 2200A (XXI) sayılı Genel Kurul kararıyla kabul edilen ve 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe giren *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*, 19 Aralık 1979 tarihli 34/180 sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararıyla kabul edilen ve 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe giren *Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme*, 18 Ekim 1961 tarihli *Avrupa Sosyal Şartı* ve 1 Temmuz 1999 tarihinde yürürlüğe giren *Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı* bunlara örnek verilebilir.

⁶ TCK'da düzenlenen ayrımcılığa ilişkin 115.(inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme), 125. (hakaret), 153.(ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme), 216.(halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama) maddeler örnek verilebilir. Timur Demirbaş, 'Nefret Söylemi ve Nefret Suçları' (2017) 19 (Özel Sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 2693, 2700-2701

⁷ Türkçe'de ayırım ve ayrımcılık kelimeleri olmamasına rağmen bu sözcüklerin yanlış bir şekilde ve ayırım ve ayrımcılık ibarelerinin yerine kullanması ile ilgili bkz. Uğur Ersoy, 'Türkiye'de Ayrımcılık Suçu' (2015) 5. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali Ayrımcılık Tebliği 95, 97. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 483, Burcu Demren Dönmez, 'Ayrımcılık Suçu' (2012) (102) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 9, 11, Ensari Yücel, 'Uluslararası ve Avrupa Konseyi Belgelerinde, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasası ve Denetimi' (Doktora Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015) 233.

⁸ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG. 12.10.2004, S. 25611

yedinci bölümünde düzenlenmiştir. Nefret ve ayırmacılık suçunu düzenleyen maddenin metni şöyledir:

“Madde 122- (Değişik: 2/3/2014-6529/15 md.)

(1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

c) Bir kişinin işe alınmasını,

d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını,

engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Yukarıda görüldüğü üzere dört farklı seçimlik hareketten oluşan nefret ve ayırmacılık suçunun 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda karşılığı bulunmamaktaydı⁹. Türk ceza hukuku dünyasında işbu suça ilk kez 2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın 184. maddesinde yer verilmişti¹⁰. Söz konusu tasarının bu hükmü yaptırım olarak öngörülen adli para cezası arttırılarak 12.05.2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Hükümet Tasarısı'nda 170. madde olarak yerini almıştı¹¹.

⁹ A. Caner Yenidünya, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayırmacılık Suçu’ (2006) (4) Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi 97, 99; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 3 (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2014), 4057; Ersoy, (n 8) 97; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 2 (Seçkin Yayıncılık 2010), 1928; Levent Korkut, Ayırmacılık Karşıtı Hukuk (İnsan Hakları Gündemi Derneği 2009) 35. Ancak 765 sayılı TCK dahilinde 312. maddede yer verilen “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu” başlığına tipiklik unsuru ve suçun unsurları bakımından somut olayı karşıladığı ölçüde uygulama alanı bulduğu ifade edilmektedir. bkz. Pınar Bulut, ‘Türk Ceza Kanunu’nda Ayırmacılık Suçu’ (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012) 60

¹⁰ Muhammed Buhari Çetinkaya, ‘Türk Hukukunda Ayırmacılık Suçu (TCK 122. Madde)’, (Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012) 58

¹¹ Tasarının 170. maddesi şu şekildedir:

“Kişiler arasında köken, cinsiyet, aile durumu, örf ve adet, siyasi düşünce, felsefi inanç, sendika, bir etnik gruba mensupluk, ırk, din, mezhep nedeniyle ayırım yaparak;

1- Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan;

2- Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden;

3- Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen; kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya 750 milyon liradan 2 milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

Bu maddede yazılı suçlar tüzel kişiler aleyhine işlendiğinde de aynı cezalar uygulanır.

Tasarının özü aynı kalmakla birlikte içeriğinde yapılan değişiklikler neticesinde¹² 5237 sayılı TCK'nın 122. maddesi Ayrımcılık Suçu olarak düzenlenmiştir¹³.

Ayrımcılık Suçu 2005 yılında Türk Ceza Hukuku Reformu ile mevzuatımıza dahil olurken doktrinde bazı yazarlar tarafından böyle bir suçun varlığına ihtiyaç olmadığı dile getirilmiştir¹⁴. Bu görüşe göre ayrımcılık sebepleri bağlamında kişiler arasında eşitlik ilkesine uygun bir biçimde ayrımcılık yapmamak ve ayrımcılık yasağına riayet etmek kamu kurumlarının ve kamusal yetkiler kullanan kişilerin ödevidir. Özel hukuk kişilerinin böyle bir sorumluluğu yoktur ve devletin ayrımcılık suçunu sebep göstererek özel hukuk ilişkilerine müdahale etmesi yanlıştır. Bu bakımdan TCK 216. maddenin¹⁵ düzenleme amacı mantığını aşan bir ayrımcılık suçunun kabulü doğru değildir. Bunun kabulü düşünce ve yayma hürriyetine de aykırılık teşkil etmektedir¹⁶. Diğer bir görüş ise TCK 122 kapsamındaki birçok fiilin zaten

Tüzel kişiler de bu maddede yazılı suçlardan dolayı sorumludurlar.” Muammer Altun, ‘Ayrımcılık Suçu’ (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010) 47

¹² İçeriğinde yapılan değişikliklerden en dikkat çeken tasarıda ayrımcılık sebepleri tahdidi olarak sayılmışken kanun metninde tadadi olarak bulunması "benzeri sebepler" ifadesiyle genişletilebilmesidir. Bir diğer değişiklik tasarının aksine maddede tüzel kişilerin sorumluluğunun kabul edilmemesidir. Ayrıca 122. maddede adli para cezasının miktarı da belirtilmemiştir.

¹³ Maddenin kanunlaştığındaki ilk hali şöyledir:

“Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;

a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan,

b) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,

c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,

Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.”

Hükümet tasarısından sonra Adalet Alt Komisyonu tarafından ayırım sebepleri arasına cinsel yönelim de eklenmiştir. Ancak Adalet Komisyonu “cinsel yönelim, sendika, bir etnik gruba mensupluk, örf ve adet ve köken” ifadelerini madde metninden çıkararak kanunlaştırmıştır. Kanaatimizce o dönemde bunun pratikte bir sonucu bulunmamaktadır çünkü “ve benzeri sebepler” ibaresi içerisinde bu sebepler de değerlendirilebilmektedir. Diğer bir ifadeyle çıkarılan nedenler de maddenin ilk halinde suç kapsamındadır.

¹⁴ Şen'e göre ortada ayrımcılık gibi bir sorun yokken böyle bir hükmün öngörülmesi gündeme getirilmek istenmeyen bir sorunun bireylerin zihnine işlenmesine neden olup tam tersi bir etki yaratacaktır. bkz. Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1 (Madde 1-Madde 140),(Vedat Yayınevi, 2006) 519; Ayrıca madde düzenlemesi karışık ve kapsamının dar olması, pratikte ise uygulanmasının güç olması nedenleriyle eleştirilmiştir. bkz. Ulaş Karan, ‘Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği (2007) (73) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 146, 160

¹⁵ Mevzu bahis olan 216. madde “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik ve Aşağılama Suçu”nu düzenlemektedir. Maddenin lafzı; “(1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklindedir.

¹⁶ Şen, (n 15) 510 vd.; Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Cilt 1 (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2006) 828 vd.

TCK 117'deki iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu ile cezalandırıldığından bahisle maddeyi eleştirmektedir¹⁷.

2005 yılından günümüze kadar TCK'nın 122. maddesinde çeşitli tadiller yapılmıştır. Öncelikle 5378 sayılı Kanun¹⁸ ile sayılan ayrımcılık sebeplerine özürülük de eklenmiştir¹⁹. 2013 yılında 6462 sayılı Kanun²⁰ ile *özürülük* ibaresi *engellilik* olarak değiştirilmiştir. 2014'de ise 6529 sayılı Kanun²¹ ile maddenin *ayırıcılık* olan başlığı *nefret ve ayrımcılık* olarak yeniden düzenlenmiştir²². Maddede sayılan ayırım sebepleri arasına milliyet de dahil edilirken “ve benzeri sebepler” ifadesi Anayasa Mahkemesi'nin benzer hükümleri suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçları içerisinde yer alan belirlilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle madde metninden çıkartılmıştır²³. Ayrıca söz konusu ayrımcılık fiilinin insanlar arasındaki 122. maddede sayılı nedenlerden kaynaklı nefret hasebiyle²⁴ yapılması şartı aranarak madde günümüzdeki halini almıştır²⁵.

¹⁷ bkz. Mehmet Onat Öztürk, Türk Ceza Kanununda İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu (Legal Yayınevi 2006) 122. Ancak Malkoç haklı olarak iki madde arasında benzerlikler olsa da korunan hukuki menfaat noktasında bu suçların birbirinden ayrıldığını ifade etmektedir. bkz. İsmail Malkoç, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Cilt 2 (4. Baskı, Ankara 2013) 2063

¹⁸ Engelliler Hakkında Kanun, Kanun Numarası:5378, Kabul Tarihi:01.07.2005, RG. 07.072005, S.25868

¹⁹ Şen'e göre maddenin en olumlu yanı madde metnine özürülük kavramının dahil edilmesidir. bkz. Şen, (n 15) 511

²⁰ Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Yer Alan Engelli Bireylere Yönelik İbarelerin Değiştirilmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6462, Kabul Tarihi:25.04.2013, RG. 03.05.2013, S.28636

²¹ Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası:6529, Kabul Tarihi:02.03.2014, RG. 13.03.2014, S. 28940

²² Bu değişiklikte birlikte nefret suçu kavramının ceza hukuku literatürümüze girdiği ifade edilmektedir. bkz. Ersoy, (n 8) 95. Nefret suçu kavramı ise “*bir kişiye veya gruba karşı ırk, dil, din, cinsiyet ve cinsel yönelim gibi nedenlerle duyulan ön yargıyla işlenen, doğrudan ve dolaylı şiddet içeren suçlar*” olarak tanımlanabilir. Nefret Suçları literatürde bazen “*ön yargı suçları*” olarak adlandırılmaktadır. bkz. Cemalettin Gürler, ‘Nefret Suçları ve İş Hayatı’ (2010) Y.68 (2010/1) Ankara Barosu Dergisi 259, 262. Nefret suçlarının ayırt edici özelliği, faili suç işlemeye yönelen bir saikin etkisi altında işlenmeleri ve bu saikin ise salt mağdura ilişkin bir aidiyet olgusundan ibaret olmasıdır. bkz. Hasan Sınar, ‘Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmalar’ (2013) Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan 1271, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 19, (2) 1272

²³ 6529 sayılı kanunun 15. madde gerekçesi için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Komisyon Raporu, Yasama Dönemi:24, Yasama Yılı:4, Sıra Sayısı:559, 10-11 <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss559.pdf>> Erişim Tarihi 1 Kasım 2021

²⁴ Nefret saikiyle işlenmesi şartının getirilmesi nedeniyle suçun işlenmesinin zorlaştırıldığı ve bu durumun engelli bireylere yapılan ayrımcılık fillerinin korunmasına neden olduğundan bahisle yapılan değişikliğin anayasaya aykırı olduğu görüşü için bkz. Osman Sezer, ‘5237 Sayılı “Türk Ceza Kanunu”nun 122. Maddesindeki Son Düzenlemeler Bağlamında Engellilik Nedeniyle Yapılan Ayrımcılığa Yönelik Değerlendirmelerimiz’, (2016) (3) Ankara Barosu Dergisi 533, 543

²⁵ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler (15. Baskı, Adalet Yayınevi 2015) 461. Maddeye ayrımcılık nedeni olarak nefretin dahil edilmesiyle birlikte kanaatimizce kanun koyucu nefret suçlarını kanunlaştırmayı hedeflemiştir. Ancak nefret suçları özellikle kasten öldürme, kasten yaralama, hırsızlık, yağma vb. suçlarda daha önem arz etmektedir. Kaldı ki nefret suçlarının ayrımcılıktan beslendiği lakin ayrımcılıktan başka bir şey ifade ettiği de iddia edilmektedir. bkz. Hakan Ataman, ‘Nefret Suçlarının Bugünü’, <<http://www.radikal.com.tr/radikal2/nefret-suclarinin-bugunu-935076/>>

Yapılan değişiklikler ile Türk Ceza Hukuku'nda ilk defa nefret suçunun²⁶ düzenlendiği söylenebilir mi? Bu soruya cevaben 6529 sayılı “Kanunun” gerekçesinde “Türk ceza adalet sistemine daha uygun olması nedeniyle ayrımcılık suçuyla birlikte nefret suçunun da düzenlendiği” ifade edilmiştir²⁷. Ancak Yargıtay 18. Ceza Dairesi çeşitli kararlarında Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatının yapmış olduğu nefret suçu tanımından²⁸ yola çıkarak nefret suçunun TCK'da bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmediği²⁹ gerekçesiyle mevcut ceza hukuku sisteminde nefret suçunun da düzenlenmemiş olduğunu söylemektedir³⁰. Kanaatimizce nefret suçlarının unsurları olan ön yargı saiki ve temel suçun varlığı bu suçların ayırt edici özelliğini oluşturmaktadır³¹. Bu noktadan hareketle çalışma konumuz olan nefret ve ayrımcılık suçunun manevi unsurlarından nefret saikini çıkarttığımızda tek başına temel bir suç olma özelliğini yitireceğinden TCK 122'nin bir nefret suçu olmadığını söyleyebiliriz³².

Kanun koyucu bu suç ile nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçunu düzenlediğinden madde içeriği ve başlığı da birbiriyle örtüşmemektedir³³.

Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021

²⁶ Nefret suçu kavramı ilk kez 1986 yılında beyazların siyah birine yaptığı saldırılar neticesinde New York'ta ortaya çıkmıştır. Demirbaş, ‘Nefret Söylemi ve Nefret Suçları’ (n 7) 2698-2699

²⁷ Gerekçe metni şöyledir: “Nefret suçlarında hedef mağdurdan öte mağdurun üyesi olduğu sosyal gruptur. Fail için ise ön yargı, açık veya örtülü şekilde suçun işlenme motivasyonunu oluşturmaktadır. Ayrımcılık temelli olması nedeniyle nefret suçu, fail ve mağdur ile birlikte tüm toplumu yakından etkilemektedir. Bu kapsamda Türk Ceza Adalet Sistemine daha uygun olacak şekilde TCK'da, ayrımcılık suçuyla birlikte nefret suçu da düzenlenmektedir.”

²⁸ İlgili kararlarda Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı tarafından yapılan nefret suçu tanımı şöyledir: “Mağdurun mülkün ya da işlenen bir suçun hedefinin, gerçek veya hissedilen ırk, ulusal ya da etnik köken, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, zihinsel ya da fiziksel engellilik, cinsel yönelim veya diğer benzer faktörlere dayalı olarak benzer özellikler taşıyan bir grupta gerçek ya da öyle algılanan bağı, bağlılığı, aidiyeti, desteği ya da üyeliği nedeniyle seçildiği, kişilere veya mala karşı suçları da kapsayacak şekilde işlenen her türlü suçtur.” Yar. 18 CD, E. 2015/26353, K. 2016/6373, 30.03.2016; Yar. 18 CD, E. 2018/1978, K. 2019/13554, 01.10.2019; (Yargıtay Bilgi Bankası) <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Bu tanım 2006 tarihli yıllık raporda yapılmıştır. bkz. OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, ‘Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses, Annual Report for 2006’ (2007) 9

<<https://www.osce.org/files/f/documents/6/7/26759.pdf>> Erişim Tarihi 5 Kasım 2021

²⁹ Nefret suçlarının ayrı bir suç kategorisi olarak düzenlenip düzenlenmemesine ilişkin tartışmalar için bkz. Gökçe Serim, ‘Türk Ceza Kanunu’nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu’ (Yüksek Lisans, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Entitüsü, 2020) 70-73

³⁰ Yar. 18 CD, E. 2015/26353, K. 2016/6373, 30.03.2016; Yar. 18 CD, E. 2018/1978, K. 2019/13554, 01.10.2019; (Yargıtay Bilgi Bankası) <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Doktrinde Ersoy, bu düzenlemenin teknik anlamda bir nefret suçu olmadığını ifade etmektedir. bkz. Uğur Ersoy, ‘Nefret ve Ayrımcılık Suçu’ (2017) 12 (34) Ceza Hukuku Dergisi 7, 10

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Nefret Suçu Yasaları, Pratik Kılavuz,

<<https://www.stgm.org.tr/sites/default/files/2020-09/nefret-sucu-yasalari-pratik-kilavuzu.pdf>> Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021, 14 vd.; ‘What is hate crime’ <<https://hatecrime.osce.org/>> Erişim Tarihi 2 Kasım 2021

Demirbaş’a göre nefret suçunun unsurlarından biri ceza kanunlarında düzenlenmiş olan bir suçun mevcut olması iken diğeri failin bu suçu mağdurun belirli bir gruba aidiyetinden kaynaklanan nefret saiki ya da ön yargı ile işlemiş olmasıdır. Demirbaş, ‘Nefret Söylemi ve Nefret Suçları’ (n 7) 2699-2700

³² Nefret Suçu ve Ayrımcılık Suçu’nun karşılaştırması için bkz. Ersoy, ‘Nefret ve Ayrımcılık Suçu’ (n 31) 9

³³ İbid 10; Yar. 18 CD, E. 2015/26353, K. 2016/6373, 30.03.2016; Yar. 18 CD, E. 2018/1978, K. 2019/13554, 01.10.2019; (Yargıtay Bilgi Bankası) <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Hukuk toplumundaki düzenin devamı için geçerliliği zorunlu olan ideal, manevi değerlere hukuki değer denir³⁴. Bu değerlere saldırının anlamı bireylerin işlediği eylemle bu ideal değerleri tanımadığını, onun geçerliliğine karşı çıktığını göstermesidir³⁵.

Ceza hukuku açısından suçların tasnifinde etkili olanın korudukları hukuki değer olduğu kabul edilmektedir³⁶. Kanun sistematigi açısından baktığımızda da daha önceden de belirttiğimiz üzere nefret ve ayrımcılık suçu, Kişi Hürriyetine Karşı Suçlar başlığı altında düzenlenmiştir³⁷. Bunun sonucu olarak kanun koyucunun bu suçla korumak istediği hukuki değer “eşit işlem görme ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkı” olduğu ifade edilmektedir³⁸. Diğer bir deyişle bireylerin hukukun kendilerine sağladığı hak ve özgürlüklerden keyfi olarak mahrum bırakılmamaları korunmaktadır³⁹.

Esasında tüm ayrımcılık iddialarının temelinde eşitlik ilkesinin ihlali yer almaktadır⁴⁰. Bu bağlamda eşitlik ilkesinden bahsetme gereği hasıl olmaktadır. Demokrasi ve hukuk devletinin vazgeçilmez bir parçası kabul edilen kişileri keyfi uygulamalara karşı koruyabilme yeteneğini

³⁴ Kayıhan İçel, Füsün Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoglu ve Yener Ünver, İçel Suç Teorisi (3. Baskı, Beta Yayınları 2004) 87

³⁵ Adem Sözüer, Suça Teşebbüs (Kazancı Hukuk Yayınları 1994) 149

³⁶ Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer (Seçkin Yayıncılık 2003) 795; Sözüer, (n 36) 147; Kayıhan İçel, Suçların İçtimarı (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1972) 57

³⁷ Ayrımcılık içeren fiiller İsveç Ceza Kanunu'nun Kamu Düzenine Karşı Suçlar bölümünde düzenlenirken, İspanyol Ceza Kanunu'nda Anayasa ile Garanti Altına Alınmış Temel Hak ve Hürriyetlerin İcrasına İlişkin Suçlara ilişkin bölümde yer almaktadır. Demren-Dönmez, (n 8) 26-27

³⁸ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n 26) 464; Altun, (n 12) 51; Malkoç, (n 18) 2063; Gizem Tanay, 'Ayrımcılık Suçu' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012) 122. Hafizoğulları ve Özen'e göre bu suçla korunan hukuki değer insanlar arasında ayrımcılık yapılmamasının sağlanmasına ilişkin ferdi-kamusal yarardır. Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler; Kişilere Karşı Suçlar (6. Baskı, U.S.A. Yayıncılık 2017) 225

³⁹ Özbek, Doğan ve Bacaksız, 'Özel Hükümler' (n 8) 484; Ahmet Gökçen, 'Hürriyete Karşı Suçlar' <<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020. Yargıtay da suçun unsurlarını incelediği kararlarında korunan hukuki değeri bu şekilde tanımlamıştır. bkz. Yar. 18 CD, E. 2015/26353, K. 2016/6373, 30.03.2016; Yar. 18 CD, E. 2018/1978, K. 2019/13554, 01.10.2019; (Yargıtay Bilgi Bankası) <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Meran'a göre ise bu suçla korunan hukuki değer, insanların kanun önündeki haklarının hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmadan eşit olarak paylaşılmasıdır. Necati Meran, Kişilere Karşı Suçlar (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2008) 57

⁴⁰ Gerçekten de Anayasa Mahkemesi ayrımcılık iddialarını Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan Eşit İşlem Görme Hakkı kapsamında değerlendirmektedir. bkz. AYM, BB. 2013/7764, 25.03.2015 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

haiz olan eşitlik ilkesinin⁴¹ anayasal dayanağını⁴² 1982 Anayasa'sının “Kanun Önünde Eşitlik” başlıklı 10. maddesi oluşturmaktadır. Madde metni şu şekildedir⁴³:

“MADDE 10- Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 12/9/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar⁴⁴.”

Anayasa madde 10'un kapsamı açısından Anayasa Mahkemesi kararlarında, eylemli bir eşitlik değil hukuksal eşitliğin söz konusu olduğunu, hukuksal durumları aynı olanlar arasında haklı bir nedene dayanmayan ayırım yapılamayacağını, ancak haklı neden varsa bazı kişilerin

⁴¹ Sibel İnceoğlu, ‘Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi’ (2001) 17 (1) Anayasa Yargısı 41, 47

⁴² İnceoğlu, (n 42) 48

⁴³ Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası'nda eşitlik ilkesinin 1961 Anayasası'na oranla daha ayrıntılı düzenlendiğini kararlarında belirtmiştir. bkz. AYM, E. 1986/11, K. 1986/26, 04.11.1986 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası) Gerçekten de 1961 Anayasası'nın eşitlik başlıklı 12. maddesi oldukça kısadır:

“Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” Eşitlik ilkesinin ilk kez hükme bağlandığı 1924 Anayasası'nın 68. maddesi ise *“Her Türk hür doğar, hür yaşar. Hürriyet, başkasına zarar vermeyecek her şeyi yapabilmektir. Tabi haklardan olan hürriyetin herkes için sınırı, başkalarının hürriyetinin sınırıdır. Bu sınırı ancak kanun çizer.”* şeklindeydi.

⁴⁴ 09.02.2008 tarih ve 5375 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle bu fıkraya *“bütün işlemlerinde”* ibaresinden sonra gelmek üzere *“ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında”* ibaresi eklenmişti. Bu eklentinin amacı ise *“tüm idare makamları gibi üniversitelerin de, yükseköğretim hizmeti sunarlarken dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep, giyim, kuşam ve benzeri sebeplerle bu hizmetten yararlanan kişilerin arasında ayrımcılık yapmasını olanaksızlaştırmak”* olarak ifade edilmekteydi. 5375 Sayılı Kanunla, yukarıda açıklanan hedefe ulaşmak için adı konulmadan ve dolaylı bir biçimde dini amaçlı örtünme, dini kıyafet dahil her türlü dini simge ve üniformayı da içerecek, kapsamlı bir kıyafet serbestisi tanıdığı söylenmekteydi. Nihayetinde bu düzenleme Anayasa'nın 2., 4. ve 148. maddelerine aykırı olduğu gerekçeleriyle iptal edilmiştir. AYM, E. 2008/16, K. 2008/116, 05.06.2008 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

başka kurallara bağlı tutulabileceğini vurgulamıştır⁴⁵. Ayrıca Mahkeme'ye göre ilke, kanun önünde herkesin her yönde aynı kurallara bağlı tutulması manasına gelmemektedir. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumdakilere aynı, farklı hukuksal durumdakilere farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez⁴⁶.

Anayasanın temel esasları içerisinde yer alan eşitlik ilkesinin devlete pozitif yükümlülük yüklemesi sonucunda devlet gücünü kullanan tüm kuruluşların da bu ilkeye uyması zaruridir⁴⁷. Bu yorumun nihayetinde ise TCK 122 ile korunan diğer bir hukuki değer “devletin bu görevleri ve hukuk devleti olma idealini sağlamak” olduğu belirtilmiştir⁴⁸.

Bir görüşe göre ise suçla korunan hukuki menfaat; “*insanlığın ortak kültür mirası ile bağdaşmayan ilkel düşüncelerle, anayasal hakların sağladığı olanakların kötüye kullanılması suretiyle, iş/çalışma ve mülkiyet özgürlüğünün çiğnenmesinin*” engellenmesidir⁴⁹.

⁴⁵AYM’si haklı neden kavramını kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılığı engelleyen bir istisna ve yapılan işlemi meşrulaştırmaya yarayan bir araç olarak kullanmıştır. Selda Çağlar, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu” Ankara Barosu Dergisi 2012/3 s. 51, ss. 42-86. AYM’si haklı nedenin tanımlanamayacağını ve her somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir. AYM’nin haklı neden değerlendirmesi yaparken kullandığı ölçütler; gereklilik, zorunluluk, işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk, dengeli ve makul görülebilecek ölçüler örnek olarak verilebilir. İnceoğlu, (n 42) 51; Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku (19. Baskı, Yetkin Basımevi 2019) 156; AYM, E. 1985/11, K. 1986/29, 11.12.1986; AYM, E. 1997/69, K. 1998/54, 22.09.1998 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası) Örneğin AYM, mülga TCK’nın 175. maddesinin yalnızca semavi dinleri koruyor olmasında dinler ve inançlar arasında ayırım yapılmasının haklı bir nedene dayandırılmayacağından bahisle eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. AYM, E. 1986/11, K. 1986/26, 04.11. 1986 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

⁴⁶ bkz. AYM, E. 1999/45, K. 2000/9, 13.04.2000 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası) Anayasa Mahkemesi bir başka kararında eşitlik ilkesinin eşitlerin eşitliği olarak anlaşılması gerektiğini, eşit olmayanların eşitsizliğinin eşitlik ilkesine aykırı bir durum oluşturmayacağını ifade etmiştir. AYM, E. 1988/7, K. 1988/27, 27.09.1988 Özbudun, (n 46) 155-156

⁴⁷ Özbudun, (n 46) 155. Bu husus Anayasa’nın 10. maddesinin gerekçesinde de belirtilmiştir. Buna göre: “*Madde demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinin birini teşkil etmektedir. İnsanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir değeri ve haysiyeti vardır. Bu onun tabii hakkıdır. Bu hak dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz. İnsan arasında kanunların uygulanması açısından da hiçbir fark gözetilemez... İnsanlar arasındaki eşitliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde eşitlik ilkesi sağlar. Komisyonumuz bu hakka saygı göstermenin devlet organları ve idari makamlar içinde bir görev olduğunu belirtmektedir. Devletin organları ve idari makamları, bütün işlemlerinde insanlar arasında ayırım yapmadan Devlet faaliyetlerini yürütmek zorundadırlar.*” bkz. Mehmet Akad ve Abdullah Dinçkol, Gerekeçeli İçtihatlı 1982 Anayasası Madde Gerekeçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları (Alkım Yayınevi 1998) 38

⁴⁸ Yenidünya, (n 10) 101

⁴⁹ Çetin Arslan ve Bahattin Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi (Asil Yayın Dağıtım 2004) 557; Mustafa Artuç, Kişilere Karşı Suçlar (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2018) 1267; Köksal Bayraktar, ‘Nefret ve Ayrımcılık Suçu’ (2016) 13 (1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 55, 71; Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 10) 4058; Parlar ve Hatipoğlu, ‘Cilt 2’ (n 10) 1929; Bulut, (n 10) 82

Kanaatimizce de, TCK 122'nin gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu suçla korunan hukuki değer; kişiler arasında kanun ve nizamlara aykırı olarak ayrımlar yapılarak keyfi olarak bazı kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan yoksun bırakılmasının engellenmesi⁵⁰ ve bireyler arasında çeşitli gruplara mensubiyetten kaynaklanan bölücülük yapılmasına set vurulması vasıtasıyla kamu barışının korunmasıdır⁵¹.

III. SUÇUN UNSURLARI

A. MADDİ UNSURLAR

1. Suçun Konusu

Hareketin yöneldiği kişi ya da şey suçun konusunu oluşturmaktadır⁵². Bu bağlamda işbu suç bakımından suçun konusu TCK 122'nin her bir bendi açısından ayrı olarak değerlendirilmelidir.

Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini suç sayan a bendi açısından suçun konusu söz konusu taşınır veya taşınmaz mallardır. Bir kişiye kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını yaptırım altına alan b bendi bakımından suçun konusu kamuya arz edilmiş belli bir hizmettir. Bir kişinin işe alınması fiilini kapsayan c bendinin konusu işe alınacak olan kimseyken bir kimsenin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını yasaklayan d bendi için ise suçun konusu ekonomik etkinlikte bulunması engellenen kimsedir⁵³. Görüleceği üzere c bendi ve d bendi için suçun konusu ve mağdur birleşmektedir. Doktrinde tüm bentler açısından konu ile mağdurun aynı olduğunu savunan görüş de bulunmaktadır⁵⁴.

⁵⁰ ibid 4058; Yar. 18 CD, E. 2015/26353, K. 2016/6373, 30.03.2016 (Yargıtay Bilgi Bankası) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

⁵¹ Gereke için bkz. Adem Sözüer, Selman Dursun ve Serdar Talas, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı (4. Baskı, Alfa Yayınları 2017) 248

⁵² Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler (13.Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 377; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler (24. Baskı, Adalet Yayınevi 2021) 119; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (11. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 213

⁵³ Meran, (n 40) 558; Artuç, (n 50) 1268

⁵⁴ Ersoy, 'Nefret ve Ayrımcılık Suçu' (n 31) 33. Çetinkaya bu görüşünü kanun sistematigi açısından Nefret ve Ayrımcılık Suçu'nun kişilere karşı suçlar içerisinde düzenlenmesine dayandırmaktadır. bkz. Çetinkaya, (n 11) 64

2. Fiil

Anayasada yer alan ayrımcılık yasağının diğer bir ifadeyle eşitlik ilkesinin ceza hukukundaki görünümü olan nefret ve ayrımcılık suçu ile kanun koyucu bireyler arasındaki şahsi ilişkilerin hepsinde ayrımcılık yapmayı değil yalnızca madde metninde bulunanları yasaklamaktadır. Buna göre; kişiler arasında dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle ayırım yaparak; kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satımını, devrini veya kiraya verilmesini, belli bir hizmetten yararlanmasını, işe alınmasını, olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engellemek suçun fiil unsurunu teşkil etmektedir. Önemle belirtmek isteriz ki işbu fiillerin suç kapsamında sayılması için pozitif bir ayrımcılık değil keyfi bir ayrımcılık oluşturması zaruridir⁵⁵.

Suçun icrasının birden fazla alternatif hareketle gerçekleşebileceği belirtildiği için bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Seçimlik hareketlerden herhangi birinin gerçekleşmesi halinde suç tamamlanmış olur⁵⁶.

Kanuni tanımında hangi tür hareketlerle suçun icra edilebileceği belirtilmiş olduğundan⁵⁷ bu suç bağlı hareketli bir suçtur, yalnızca bentte belirtilen hareketlerle işlenebilir⁵⁸. Gerçekten de Yargıtay mezhebi nedeniyle hakaret ettiği için ayrımcılık suçundan açılan davada yerel mahkemenin dine dayalı nefret söyleminin suç kapsamında sayılmadığı gerekçesiyle verdiği beraat kararını oybirliğiyle onayarak bu suçun bağlı ve seçimlik hareketli bir suç olduğuna vurgu yapmıştır⁵⁹.

⁵⁵ Örneğin işyerlerinde engelli çalıştırma kotalarının bulunması bu kapsamda değerlendirilebilmektedir. bkz. Yenidünya, (n 10) 105. Anayasa Mahkemesi ise bu durumu 2003 tarihli kararında şöyle ifade etmiştir: “Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme tabi tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konularındaki özellikler kimi kişiler ve topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.” AYM, E. 2001/373, K. 2003/67, 17.05.2006 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

⁵⁶ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 237; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 3(Seçkin Yayıncılık 2010) 3561; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş (11. Baskı, Beta Yayınları 2020) 267

⁵⁷ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 185; Murat Volkan Dülger, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Hukuk Akademisi 2021) 287; Özbek, Doğan ve Bacaksız, ‘Genel Hükümler’ (n 53) 227; Demirbaş, ‘Genel Hükümler’ (n 57) 235

⁵⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız, ‘Özel Hükümler’ (n 8) 485

⁵⁹ Yar. 18 CD, E. 2015/26353, K. 2016/6373, 30.03.2016 (Yargıtay Bilgi Bankası) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

İlgili suçta ayrıca bir neticeye yer verilmemiştir. Hareketlerden birinin yapılması ile suç tamamlanmış sayılacağından bu suç sırf hareket suçudur⁶⁰.

İşbu suç, bu hareketler dolayısıyla failin cezalandırılabilmesi için herhangi bir zararın gerçekleşmesine gerek görülmediği suçlardandır. Zarar suçları neticenin arandığı suçlar olduğundan ve bu suçta zarar aranmadığından⁶¹ bu bir tehlike suçudur. Bu suç, suçun oluşması için kanuni tanımında yer alan hareketin işlenmesi yeterli görüldüğü⁶² ve somut olayda hareketin gerçekten bir tehlikeye sebebiyet verip vermediğinin araştırılmasına gerek olmadığı için soyut tehlike suçudur⁶³.

a. Bir Kişiye Kamuya Arz Edilmiş Olan Bir Taşınır veya Taşınmaz Malın Satılmasını, Devrini veya Kiraya Verilmesini Engellemek

Maddenin a bendinin hareket unsuru dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satımının, devrinin ya da kiraya verilmesinin engellenmesidir⁶⁴. Maddede seçimlik olarak belirtilen hareketlerin dışında bir taşınır veya taşınmaz malın ayrımcılık yapılarak örneğin ipotek edilmesi veya rehninin engellenmesi bu bent kapsamında suç teşkil etmeyecektir⁶⁵.

Engellemek fiilinin kelime anlamı “*bir şeyin gerçekleşmesini veya yapılmasını önlemektir*”⁶⁶. Kanun koyucunun engellemek sözcüğünü tercih edip satmamak, kiraya vermemek veyahut da devretmemek ifadelerini kullanmaması bunların başlı başına bu suç kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorununa sebep olabileceken maddenin gerekçesindeki açıklama bu hususu bertaraf etmektedir⁶⁷. Gerekçeye göre; “*Madde suçun maddî unsurlarını üç ayrı bentte ayrı ayrı belirtmiştir. Bu filler, maddede sayılan ayırım nedenlerine dayanılarak bir taşınır veya taşınmaz malın satılmaması, devredilmemesi veya bir*

⁶⁰ Doktrinde Ersoy bu suçun neticeli bir suç olduğunu, engelleme neticesinin gerçekleşmesi gerektiğini savunmaktadır. Ersoy, ‘Nefret ve Ayrımcılık Suçu’ (n 31) 44

⁶¹ Özgenç, (n 58) 221

⁶² Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 113; Demirbaş, ‘Genel Hükümler’(n 57) 235; Özgenç, (n 58) 221

⁶³ Aksi görüşe göre engellemeye maruz kalan kişi birtakım yoksunluklarla karşılaşacağı için zarar meydana geleceğinden bu suç bir zarar suçudur. Bayraktar, (n 50) 78

⁶⁴ Maddenin değişiklikten önceki halinde taşınır veya taşınmaz mallarla ilgili yapılan eylemler içerisinde satmak ve devretmek yer alırken kiraya vermek yer almamaktaydı.

⁶⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız, ‘Özel Hükümler’ (n 8) 486; Bayraktar, (n 50) 74

⁶⁶ bkz. Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, <www.tdk.gov.tr> Erişim Tarihi 8 Nisan 2021.

⁶⁷ bkz. Çetinkaya, (n 11) 70

hizmetin icra olunmaması, hizmetten yararlanmanın engellenmesi, kişinin işe alınması veya alınmamasının bu ayırım nedenlerine bağlanması, besin maddelerinin verilmemesi, kamuya arzedilmiş bir hizmetin yapılmasından kaçınılması, kişinin herhangi bir ekonomik faaliyette bulunmasının engellenmesidir.” Madde değişikliğinden önceki gerekçede de belirtildiği üzere kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malı satmamak, devretmemek veya kiraya vermemek suçun oluşması için kafidir⁶⁸.

Engelleme fiilinin icrai hareketle işlenebileceğinde bir şüphe yoktur. Ancak doktrinde bunun aynı zamanda ihmali hareketle de işlenebileceği noktasında tartışma yer almaktadır. Bir görüşe göre seçimlik hareketin özelliğine göre fiil icrai veya ihmali hareketle işlenebilmektedir⁶⁹. Diğer görüşe göre ise görünüşte ihmali suçlar kanun koyucu tarafından sadece kasten yaralama, kasten öldürme ve işkence suçları için öngörüldüğünden mütevellit bu suç yalnızca icrai hareketle işlenebilmektedir⁷⁰. Kanaatimizce engelleme fiilinin sadece icrai hareketle gerçekleştiği zaman suç kapsamında değerlendirilmesi ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin uygulanabilmesi noktasında yeterli olmayacağından suçun ihmali hareketle de işlenebileceğinin kabulü gerekmektedir. Nitekim madde gerekçesinde de suçun hareketlerinin ihmâl tabiatında bulunduğu ifade edilmiştir.

Bir malvarlığı hakkının kararlaştırılmış değerinin para karşılığında başkasına geçirilmesi manasına gelen satmak⁷¹ fiiline kamuya arz edilmiş bir açık arttırmaya zencilerin alınmaması örnek gösterilebilir. Devretmek ise tek *“bir malın mülkiyetini bir mal üzerindeki hakkı başkasına geçirmeyi”* ifade etmektedir⁷². Örneğin sol görüşlü bir araç sahibinin sağ görüşlü alıcıya aracını devretmemesi bu kapsamda değerlendirilebilir. Türk Borçlar Kanunu’nun 299. maddesinde yer alan kira sözleşmesi tanımından yola çıkarak kiraya vermeyi bir şeyin

⁶⁸ Ahmet Gündel, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması (C.4, Seçkin Yayıncılık 2009) 2730; Bayraktar, (n 50) 74

⁶⁹ Artuk, Gökcen ve Yenidünya, (n 26) 467; Çetinkaya, (n 11) 68; Malkoç, (n 18) 2068; Karan, (n 15) 167; Hafızoğulları ve Özen (n 39) 226; Bayraktar, (n 50) 75

⁷⁰ Demren-Dönmez, (n 8) 36; Ersoy, ‘Nefret ve Ayrımcılık Suçu’ (n 31) 34

⁷¹ Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler (15. Baskı, Beta Yayınları 2018) 26. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 207. maddesinde satış sözleşmesini şöyle tanımlamıştır: “Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.” Eren 207. maddenin satış sözleşmesini tanımlamadığını satıcının ve alıcının asli borçlarını düzenlediğini ifade ederken satış sözleşmesini, “bir malın (bir şey veya hakkın ya da hukukça görünen bir değer) para ile değiştirilmesi” olarak tanımlamaktadır. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (7. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) 26-27

⁷² bkz. Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, <www.tdk.gov.tr> Erişim Tarihi 8 Nisan 2021

Örneğin adı kira sözleşmesi ile kiralanan şeyin kullanılması kiraya veren tarafından kiracıya devredilir. Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (12. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) 258; TBK 207’ye baktığımızda ise satış sözleşmesi ile satıcının zilyetlik ve mülkiyeti devir borcu altına girdiğini görmekteyiz.

kullanılması veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasının bedel karşılığında kiraya veren tarafından kiralayana verilmesi olarak tanımlayabiliriz⁷³. Kiraya verme hareketine ise Müslüman olmayan kişilere evini kiralamayan ev sahibi emsal gösterilebilir⁷⁴.

İster kamu hukuku isterse de özel hukuk ilişkisi kapsamında olsun satma, devretme veya kiraya verme fiillerinin engellenmesine yönelik hareketlerin karşısına sözleşme serbestisi kavramı çıkmaktadır. Gerçekten de özellikle özel hukuk kişileri arasındaki bu eylemler 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun⁷⁵ 26. maddesine göre *" taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde özgürce belirleyebilir "* hükmü ile koruma altına alınmıştır. Bu korumanın sınırları ise 27. maddede *" kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür "* diyerek belirtilmiştir. Bu noktada bir eylemin sözleşme serbestisi, başka bir deyişle hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamında içerisinde mi kaldığı yoksa sınırı aşarak bu suçu mu oluşturduğu her somut olayda ayrı olarak değerlendirilmelidir⁷⁶. Bu doğrultuda bu suç açısından ispat meselesi büyük bir ehemmiyete sahiptir⁷⁷.

Kural olarak bir kişi taşınmazını istediği başka bir kişiye satmakta özgürdür. Ancak bu satış aynı taşınmaza talip olan ikinci kişinin dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle yapılmıyorsa işte o vakit bu madde kapsamında değerlendirilebilmektedir. Mesela taşınmazın sahibi Şafi mezhebindekilerden nefret ettiğini ve malını onlara asla satmak istemediğini açıklar ve gerçekten de satmazsa bu suç oluşabilmektedir.

⁷³ Doktrinde kira sözleşmesi için yapılan genel tanım şöyledir: "kira sözleşmesi ile kiraya veren, bir malını ücret karşılığında kiracıya kira süresince kullandırma ve yararlandırma amacıyla bırakma borcu altına girer." Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (20 . Baskı, Vedat Kitapçılık 2020) 195. Kira sözleşmesinin niteliği gereği kiraya veren kiralanan şeyi kullanması ve yararlanması için kiralayana bırakırken kiracı kiraya verilenin bedelini ödeme taahhüt etmektedir. Yavuz, (n 72) 224

⁷⁴ a bendi kapsamında seçimlik hareketler ihtiva eden satmak, devretmek ve kiraya vermek fiillerinin yasal yolları dışında yapılması hallerinde de işbu suçun oluşacağı savunulmaktadır. bkz. Çetinkaya, (n 11) 69

⁷⁵ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası:6098, Kabul Tarihi:11.01.2011, RG. 04.02.2011, S.27836

⁷⁶ Yenidünya, (n 10) 107

⁷⁷ Gerçekten de madde delil problemlerine yol açması ve uygulamaya geçirilmesinin zorluğu gerekçeleriyle eleştirilmektedir. bkz. Malkoç, (n 18) 2066; Bulut, (n 10) 60

Eşyanın doğasından veya tahsis amacından kaynaklanan ya da mevzuattan kaynaklanan kısıtlamalar ise bu suçu oluşturmayacaktır. Nitekim Türk Hukukundaki yabancılara taşınmaz satışına ilişkin kısıtlamalar hasebiyle yapılan eylemler bu madde kapsamına dahil değildir⁷⁸.

b. Bir Kişinin Kamuya Arz Edilmiş Belli Bir Hizmetten Yararlanmasını Engellemek

Maddenin b bendinin hareket unsuru dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle bir kişinin kamuya arz edilmiş olan belli bir hizmetten yararlanmasını engellemektir⁷⁹. Engellemek fiili icrai mahiyette olabileceği gibi ihmali de olabilir. Engelleme anlamında değerlendirilecek seçimlik hareket, ayrımcı uygulamanın yöneltildiği kişinin herkes gibi eşit muamele görmesi gereken bir imkandan tamamen mahrum edilmesi şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi bu imkandan yararlanmasının güç koşullara bağlanması, yararlanmakta olduğu imkanın sonradan elinden alınması, sürüncemede bırakılması, sürdürülmesinin güçleştirilmesi şeklinde de gerçekleştirilebilmektedir⁸⁰.

Yukarıda zikrettiğimiz gibi sadece keyfi olan ayrımlar yaptırım altına alınmıştır. Haklı ve makul bir sebebe dayalı olarak bir kimsenin bir hizmetten yararlanmasının engellenmesi tipik olmadığı için madde kapsamında suç oluşturmayacaktır⁸¹. Örneğin bazı restoranlarda aile salonunun bulunması, gece kulüplerine damsız alınmaması, otellere bekar erkek gruplarının dahil edilmemesi, sigara içen müşteriler için farklı alanların bulunması haklı ve makul sebebe dayandığından mütevellit nefret ve ayrımcılık suçu meydana gelmeyecektir⁸².

Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını engelleme seçimlik hareketine 2012 tarihli Yargıtay kararı örnek verilebilir. Bu kararda otobüs şoförünün engelli olması nedeniyle bir vatandaş otobüse almaması eylemi Yargıtay tarafından ayrımcılık suçu olarak nitelendirilmiştir⁸³.

⁷⁸ Yenidünya, (n 10) 108; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n 26) 468; Özbek, Doğan ve Bacaksız, ‘Özel Hükümler’ (n 8) 486

⁷⁹ İşbu seçimlik hareket madde değişikliği öncesinde a bendinde “bir hizmetin icrasının veya bu hizmetten yararlanmanın engellenmesi” şeklinde yer almaktaydı.

⁸⁰ Yenidünya, (n 10) 109

⁸¹ Bu durumda bir engellenmenin varlığının ileri sürülemeyeceği ifade edilmektedir. Bayraktar, (n 50) 76

⁸² Yenidünya, (n 10) 109

⁸³ “Saniğin dolaylı beyanı ile şikayetçi ve tanık Ayşenin açık ve tutarlı beyanı ile saniğin engelli olması nedeni ile araca binmesine engel olduğu kanaatine varılmıştır. Dosyadaki tüm belgeler ve tanıklar beyanı ile saniğin suç tarihinde kamusal görevde olan halk otobüsü ile insan ulaştırmasında görevli araç şoförü olduğu anlaşılmıştır.

c. Bir Kişinin İşe Alınmasını Engellemek

Maddenin c bendinin hareket unsuru dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle bir kişinin işe alınmasını engellemektir⁸⁴. Tıpe uygun hareket sadece işe alımda gerçekleşeceğinden işten çıkarma durumlarında suç oluşmayacaktır⁸⁵.

Bir işin niteliği gereği işe başvurularında bazı özelliklerin aranması nefret ve ayrımcılık suçu kapsamında değerlendirilemeyecektir. Önemli olan keyfi olarak maddede belirtilen nedenlerle nefret kaynaklı ayrımcılık yapılmasıdır⁸⁶.

İş ilişkilerine ilişkin hükümler esasında İş Kanunu kapsamında düzenlenmiştir. Gerçekten de eşit işlem görme hakkının iş kanununa tezahürü eşit davranma ilkesidir⁸⁷. Bu ilke 4857 sayılı İş Kanunu'nun⁸⁸ 5. maddesinde yer almaktadır. Maddenin 1. fıkrası “İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz” şeklinde düzenlenmiştir. Diğer fıkralarda ise tam ve kısmi süreli çalışan

Araçta biletiçi olan tanık Abdullah da bulunmasına karşın duruşma sırasında dinlenen tanıklar, sanık ve şikayetçi beyanı ile araca engelli şikayetçinin alınmamasının sanık tarafından eylemi olarak gerçekleştirildiği anlaşılmıştır. Tanık anlatımları ile engelli şikayetçinin araca alınması için birden çok defa uyarıda bulunduğu, değişik uyarılarda aracın farklı noktalarında bulunduğu anlaşılmaktadır. Sanık en son olarak "seninle uğraşacağım" diyerek şikayetçinin engelli olması nedeni ile araçta yaratacağı sıkıntı belki de tekerlekli sandalyenin araçta tutacağı yer nedeni ile yolcu alım sıkıntısı düşüncesi ile fakat saiki ne olursa olsun kasıtlı olarak araca almadığı anlaşılmıştır. Sanığın engelli şikayetçinin kamusal hizmet olan otobüsten faydalanmasının ve engellediği anlaşılmıştır. Sanığın eylemi kasıtlı olarak yerine getirmediği birden çok talebi reddettiği, tanık beyanı ile en son beyanı ve tavrı dikkate alınarak kanaatine varılmıştır.” Yar. 4 CD, E. 2011/17515, K. 2012/18398, 25.09.2012; Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 10) 4062-4063

⁸⁴ Madde değişikliğinden önce bir kişinin işe alınmasını veya alınmamasını dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere bağlayan kişinin eylemi suç sayılmaktaydı.

⁸⁵ Bu durum doktrinde daha ağır bir nitelikte olan işten çıkarmanın suç olarak düzenlenmemesinden bahisle eleştirilmektedir. bkz. Demren-Dönmez, (n 8) 43. Buna karşılık Fransa’da 2012 tarihinde bir kafenin işletme müdürünün sözleşme yenilememe gerekçesi olarak ileri sürdüğü “Faslılara güvenmiyorum” şeklindeki beyanı ve buna ek olarak sözleşmeyi yenilememesi Fransız Yargıtay’ı tarafından ayrımcılık suçu olarak nitelendirilmiştir. Kenan Evren Yaşar, ‘Fransız Ceza Hukukunda Ayrımcılık Suçu’ (2015) 5. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali Ayrımcılık Tebliği 88, 91

⁸⁶ Malkoç’a göre iş başvurusunda bulunan kişinin gerçekte çalışacak durumda olmadığı anlaşılrsa dahi suç oluşacaktır. bkz. Malkoç, (n 18), 2071

⁸⁷ Eşit davranma ilkesinin “bütün işçileri eşit duruma getirmeyi değil, aynı durumdaki işçilere farklı davranılmasını engellemeyi hedeflediği” söylenmektedir. Yücel, (n 8) 239. Yargıtay’a göre ise “Eşit davranma borcu, işverenin haklı nedenler bulunmaksızın işçiler arasında farklı davranmaması, haksız ayırım bulunmaması, keyfi davranışlardan kaçınması, haklı nedenler varsa ayırım bulunması, farklı davranması yükümlülüğünü ifade eder. İşverenin, işçileri arasında mutlak bir eşitlik uygulaması zorunda olduğu yönündeki anlayış eşit davranma borcunun anlamı dışında kaldığı gibi bu borca aykırılık da oluşturur. Ayrımcılık iddiasında bulunan işçinin kiminle karşılaştırılacağına belirlenmesi varılacak sonuç açısından büyük önem taşımaktadır...” bkz. Yar. 9 HD, E. 2011/14167, K. 2012/15810, 07.05.2012

⁸⁸ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG. 10.06.2003, S. 25134

işçiler arasında, belirsiz süreli ile belirli süreli çalışan işçiler arasında farklı işlem yapılamayacağı, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde cinsiyet ve gebeliğe dayalı farklı işlem yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ücret hususunda ise aynı ve eşdeğer bir iş için cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağı ifade edilmiştir.

Maddenin lafzında belirtildiği üzere kanun koyucu iş hukuku kapsamında cinsiyete dayalı ve gebelik nedeniyle ayrımcılık yapmayı yasaklamıştır. İşbu yasağın yaptırımını ise İş Kanunu'nun 99. maddesinde yer almaktadır. Buna göre *“5 inci maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için yüz elli Türk lirası idari para cezası verilmektedir.”*

İşveren, işe alımında cinsiyet haricinde dil, ırk, milliyet, renk, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep kaynaklı ayrımcılık yaparsa sadece nefret ve ayrımcılık suçundan cezalandırılır. Ancak örneğin somut olaylara göre makul ve haklı bir neden olmaksızın bir işe başvuranlardan sadece erkeklerin işe alınması veya gebe olanların işe alınmaması hallerinde hem TCK 122'deki suçun hem de İş Kanunu 99'daki kabahatin fiili gerçekleşecektir⁸⁹. Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin 3. fıkrasına göre bir fiilin hem kabahat hem de suç olarak düzenlenmesi halinde yalnızca suçtan dolayı yaptırım uygulanır. Bu hüküm uyarınca işveren işe alım sırasında cinsiyetten kaynaklı bir ayırım yaparsa sadece nefret ve ayrımcılık suçundan cezalandırılacak ayrıca hakkında idari para cezası uygulanmayacaktır⁹⁰.

d. Bir Kişinin Olağan Bir Ekonomik Etkinlikte Bulunmasını Engellemek

Maddenin d bendinin hareket unsuru dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemektir.

⁸⁹ Suç ve kabahat ayırımında izlenen suç politikası etkilidir. Ayırmada dikkate alınan haksızlıkların nitelik farkı değil nicelik farkıdır. Hukuk düzenini ihlal eden eylemlerden hafif sayılanları kabahat, ağır sayılanları ise suç olarak nitelendirilmektedir. bkz. Fatih Selami Mahmutoglu, ‘Suç-Kabahat Ayırımı-İdari Ceza Hukuku’nun Temelleri’ İlhan Ulsan-Funda Başaran-Yavaşlar (eds), İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, İstanbul Kültür Üniversitesi (Seçkin Yayıncılık 2009), 27-42

⁹⁰ Yenidünya, (n 10) 110; Demren-Dönmez, (n 8) 43

Olağan⁹¹ bir ekonomik etkinlik kavramının açıklaması mevzuatımızda yer almamaktadır⁹². Bu da söz konusu bu ibarenin tanımı ve içeriği hususunda farklı görüşlerin doğmasına neden olmuştur. Bir görüşe göre olağan ekonomik etkinlik ile anlaşılması gereken; “bireyin kendi kararları çerçevesinde uygulayabileceği her türlü iktisadi muameleleridir” ve bu kavram bireyin her türlü alışveriş ve sözleşme ilişkilerini kapsamaktadır⁹³. Diğer görüşe göre ise olağan ekonomik etkinlik kar amacı güden, maddi menfaat elde etmeye yönelik her türlü ticari sözleşmesel etkinliği ifade etmektedir⁹⁴. Ancak somut olayda söz konusu ekonomik etkinlikten kişinin maddi menfaat elde edip etmemesi önem arz etmemektedir⁹⁵. Dikkat edilmesi gereken serbest piyasa ekonomisi anlayışı çerçevesinde kişilerin özgür bir şekilde ekonomik faaliyette bulunmalarının ayrımcılık sebepleriyle engellenmemesidir⁹⁶.

Tıpkı diğer seçimlik hareketlerde olduğu gibi engelleme fiili bu harekette de icrai veya ihmali olarak işlenebilir. Mesela sırf Yahudi olduğu için bir esnafın işyerinin kapatılması icrai, iktidar partisini desteklemediği için bir restorana işyeri ruhsatının verilmemesi ise ihmali harekete örnek gösterilebilir⁹⁷.

3. Fail

Kanun metninde failer genellikle “her kim”, “kimse”, “bir kimse” veya “kişi” terimleriyle gösterilmektedir. İşbu ifade tarzının sonucu ise ilgili suçun herhangi bir kişi tarafından işlenebilmesidir⁹⁸. Doktrinde böyle düzenleme ihtiva eden suçlar için “herkes

⁹¹ Hafizoğulları ve Özen “olağan” kelimesinin kullanılmasının isabetli olmadığını, bunun “mutat” anlamına alınması gerektiğini ifade etmektedirler. Hafizoğulları ve Özen, (n 39) 226

⁹² Bu kavramın farklı yorumlara yol açması suçta ve cezada kanunilik ilkesi bağlamında belirlilik ve kıyas yasağının ihlali olarak nitelendirilmektedir. bkz. Ersan Şen, ‘Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 115. ve 122. maddelerine İlişkin Bir Değerlendirme’ (2005) 79 (2) İstanbul Barosu Dergisi 359, 363

⁹³ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n 26) 470; Malkoç, (n 18) 2065; Yenidünya, (n 10) 111; Hafizoğulları ve Özen, (n 39) 226; Mehmet Zülfü Öner, ‘Türk Ceza Hukukunda Ayrımcılık Suçunun Cinsel Yönelimi Koruma Fonksiyonu’ (2021) (152) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 1, 19. Demren-Dönmez bu görüşe dayanak olarak kanun koyucunun ticari faaliyet değil ekonomik faaliyet kavramını tercih etmesini göstermektedir. bkz. Demren-Dönmez, (n 8) 46. Yaşar, Gökcan ve Artuç, kişilerin kitapçıdan aldıkları kitapların da ekonomik etkinlik kapsamında olduğunu ve yalnızca maddede belirtilen sebeplerden dolayı o kitapçıdan kitap alınmamasını bu seçimlik hareket dahilinde değerlendirmektedir. bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 10) 4060 Benzer görüş için bkz. Artuç, (n 50) 1269

⁹⁴ Meran, (n 40) 558; Özbek, Doğan ve Bacaksız, ‘Özel Hükümler’ (n 8) 487; Karan, (n 15) 168.; Parlar ve Hatipoğlu, ‘Cilt 2’ (n 10) 1930. Çetinkaya işbu görüşünü kanun koyucunun diğer ekonomik faaliyetleri maddenin başka bentlerinde düzenlediğini ve bu faaliyeti diğerleriyle bir görseydi “Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını ve benzeri bir olağan ekonomik etkinlikte bulunulmasının engellenmesi...” şeklinde kanunlaştırabileceğini söylemektedir. bkz. Çetinkaya, (n 11) 76

⁹⁵ Manevi menfaatlerin de bu fıkra içinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bayraktar, (n 50) 77

⁹⁶ Malkoç, (n 18) 1086

⁹⁷ Mesela Filistin-İsrail olayları nedeniyle Fransa’da Yahudi bir vatandaşın marketinin önüne İsrail mallarının alınmasına yönelik boykot yapılması ve o marketten alışveriş yapılamaması ayrımcılık suçu olarak değerlendirilmiştir. bkz. Yaşar, (n 86) 91

⁹⁸ İçel, Sokullu- Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu ve Ünver, (n 35) 90.

tarafından işlenebilen suçlar”⁹⁹, “genel suçlar”¹⁰⁰ tabirleri kullanılmaktadır. Bu açıklamalar neticesinde nefret ve ayrımcılık suçunun lafzında “kimse” tabiri kullanıldığından failin herhangi bir gerçek kişi olabileceğini söyleyebiliriz. Failin kim olduğu bu suç bakımından önem taşımaz yani ilgili suç, herkes tarafından işlenebilen bir suçtur. Özgü suçlar gibi failin özel ve objektif özelliklere sahip olması aranmazken insan olması yeterli sayılmaktadır¹⁰¹. Kadın-erkek, çocuk-yetişkin, vatandaş-yabancı, kamu görevlisi olan-olmayan¹⁰² vb. herkes bu suçun faili olabilir. Doktrinde mağdur ile ayrımcılık yapılan sebep bakımından aynı grupta olanların bu suçun faili olamayacağı söylene¹⁰³ de kanaatimizce failin mensubu olduğu gruptan nefret ederek ayrımcılık yapmasının önünde bir mani bulunmamaktadır¹⁰⁴.

Tüzel kişilerin sorumluluğu ile ilgili olarak 2003 tarihli Hükümet Tasarısı'nın ayrımcılık suçunu düzenleyen 170. maddesinin 3. fıkrası tüzel kişilerin de maddede belirtilen suçtan sorumlu olduğu hükmünü içermekteydi¹⁰⁵. Ancak bu fıkra kanunda yer verilmediği gibi tüzel kişilerin fail olabilmesi de TCK bakımından mümkün değildir. Zira TCK'nın Ceza sorumluluğunun şahsiliği başlıklı 20. maddesinin 2. fıkrasına uyarınca; *"Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır."*¹⁰⁶. TCK'nın “Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri” başlıklı 60. maddesine¹⁰⁷ göre bu tedbirler iznin iptali ve müsadere dir. TCK 60 hükümleri sadece kanunda o suç için öngörüldüğü vaziyette uygulanabildiğinden ve inceleme konumuz olan TCK 122 açısından böyle bir düzenleme ihdas edilmediğinden tüzel kişilerin bu suç

⁹⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 53) 361

¹⁰⁰ Koca ve Üzülmöz, (n 63) 113

¹⁰¹ Parlar, Hatipoğlu, ‘Cilt 2’ (n 10) 1640

¹⁰² Failin kamu görevlisi olmasının cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerektiği görüşü hakkında bkz. Ersoy, ‘Nefret ve Ayrımcılık Suçu’ (n 31) 32; Serim, (n 30) 85

¹⁰³ Özbek, Doğan ve Bacaksız, ‘Özel Hükümler’ (n 8) 485

¹⁰⁴ Malkoç kadın mağdura karşı işverinin vekili olup onun talimatıyla hareket eden bir kadın temsilcinin suç tipine uygun hareketinin ceza sorumluluğu doğuracağını ifade etmektedir. bkz. Malkoç, (n 18) 2063

¹⁰⁵ Maddenin gerekçesinde: *"Bu suçu tüzel kişilerde işleyebileceklerinden maddenin son fıkrasında tüzel kişilerin sorumlu olacağı belirtilmiş, ayrıca maddede yazılı suçlar aleyhlerine işlendiği takdirde ceza sorumluluğunun aynı şekilde olacağı belirtilerek, tüzel kişiler de ceza himayesi altına alınmış olmaktadır."* denilmiştir. <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>> Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021

¹⁰⁶ Gereğede bu husus; yapılan bu yeni düzenlemeyle tüzel kişiler hakkında da özellikle "para cezası" bağlamında ceza yaptırımına hükmedilebileceği yönündeki hukuki temelden yoksun anlayışın önüne geçmenin amaçlandığı şekilde ifade edilmiştir. bkz. Sözüer, Dursun ve Talas, (n 52) 153

¹⁰⁷ *"Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri*

Madde 60- (1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır."

açısından sorumlu olması mümkün değildir¹⁰⁸. Buna karşın tüzel kişi temsilcilerinin veya yöneticilerinin sorumluluğuna gidilebilecektir¹⁰⁹.

4. Mağdur

Nefret ve ayrımcılık suçunun mağduru dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik¹¹⁰, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle ayrımcılığa uğrayan kişi veya kişilerdir. Başka bir deyişle kanun koyucu bu suçun mağduru açısından bir özellik arz etmemiştir; bu suçun mağduru herkes olabilir.

2014 değişikliği öncesinde maddede yer alan *ve benzeri sebepler* ifadesiyle ayrımcılık gerekçelerinin örnekleyici olarak sayılması doktrinde suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğundan bahisle eleştirilmekteydi¹¹¹. Bu eleştiriler doğrultusunda kanun koyucu bu ibareyi kaldırmıştır¹¹². İlgili hükmün değişiklik gerekçesi şöyledir: “*Ayrımcılık suçunun tanımlandığı maddede değişiklik yapılarak ayrımcılık sebepleri ile Kanunun özellikle 3 üncü maddesinde yer verilen sebepler arasında ahengin sağlanması amaçlanmıştır. Keza bu değişiklikte, ayrımcılığın tanımlarında yer verilen "gibi" ibaresi ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin ceza hukukunun güvence fonksiyonlarından birini oluşturan belirlilik ilkesine vurgu yaparak verdiği iptal kararları ve bu kararlardaki gerekçeler gözönünde bulundurularak madde metninde ayrımcılık nedenleri bağlamında yer verilen "ve benzeri sebeplerle" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.*”

2003 TCK tasarısında maddede yazılı suçların tüzel kişiler aleyhine işlenmesi halinde de aynı cezaların uygulanacağı hükmüne yer verilmişti. Kanunlaşmayan bu hüküm ceza hukuku sistemimize de ters düşmekteydi. Nitekim ceza hukukunda ağırlıklı görüş olarak sadece gerçek kişilerin suçun mağduru olabileceği tüzel kişilerin ise sadece suçtan zarar gören kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmektedir¹¹³. Böylelikle tüzel kişinin ekonomik bir etkinlikte

¹⁰⁸ Doktrinde işbu suç için tüzel kişiler açısından suçun yaptırmsız kalması büyük bir eksiklik olarak nitelendirilmektedir. bkz. Çetinkaya, (n 11) 65; Karan, (n 15) 166

¹⁰⁹ Yenidünya, (n 10) 103; Demren-Dönmez, (n 8) 47

¹¹⁰ Kişinin 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'un 3. maddesinde belirtilen şekilde engelli olması gerekir. Sezer, (n 25) 542

¹¹¹ Çetinkaya, (n 11) 66; Demren-Dönmez, (n 8) 48; Malkoç, (n 18) 2065; Karan, (n 15) 163, Altun, (n 12) 71

¹¹² Ancak “ve benzeri sebepler” ibaresinin kanundan kaldırılmasıyla cinsel yönelim başta olmak üzere tehlike içeren ayrımcılık fiilleri suç kapsamının dışında bırakılmıştır. Bu nedenle özgürlükçü bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Öner, (n 97) 45

¹¹³ Bayraktar, (n 50) 73; Özgenç, (n 58) 225; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, (n 53); Hakeri, (n 53) 118; Koca ve Üzülmüş, (n 63) 115; Dülger, (n 58) 379. Aksi görüş için bkz. Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım (25. Baskı, Savaş Yayınevi 2019) 115; Soyaslan ise suçun pasif süjesinin bir hukuki kurum da olabileceğini savunmaktadır. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler (9. Baskı, Yetkin Yayınları 2020) 248

bulunmasını maddede belirtilen sebeplerden kaynaklı nefret nedeniyle engellenmesi halinde söz konusu tüzel kişinin hissedarları mağdur olacakken, tüzel kişi ise suçtan zarar gören olarak¹¹⁴ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun¹¹⁵ 237. maddesi gereğince kamu davasına katılabilecektir¹¹⁶.

B. MANEVİ UNSUR

Nefret ve ayrımcılık suçu kasten işlenebilen bir suçtur¹¹⁷. Failin bilerek ve isteyerek iradi bir şekilde hareket etmesi gerekir. Bir başka yönden ise kişinin taksiri ile gerçekleştirdiği bir fiilden dolayı cezalandırılabilmesi için kanunun o suçun taksirle de işlenebileceğini özel olarak düzenlemiş olmasını zorunlu tuttuğundan (TCK m.22/1) ve Kanunda açıkça bu suç tipi için taksirle düzenleme mevcut olmadığından bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Kanun koyucu TCK 122 için kastın yanı sıra kastı hazırlayan bir düşünce niteliğindeki¹¹⁸ fiili işlemeye iten iç etken, dürtü olarak saik¹¹⁹ de öngörmüştür¹²⁰. Buna göre işbu suç ancak dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle gerçekleşebilmektedir¹²¹. İşbu durum madde gerekçesinde de vurgulanmaktadır. Gerekçe uyarınca; “*Ancak menfi nitelik arzeden ve ihmâl tabiatında bulunan bütün bu hareketler maddenin birinci fıkrasında gösterilen saiklere*

¹¹⁴ Artuç, (n 50) 1267

¹¹⁵ Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi:04.12.2004, RG. 17.12.2004, S.25673

¹¹⁶ Buna karşın Fransız Ceza Kanununda tüzel kişilerin de mağdur olabileceği düzenlenmektedir. Malkoç, (n 18) 2064

¹¹⁷ “Görme engelli O.Y. noterde vekâletname düzenleme işlemi yapmak istediği sırada kendisinin işlemlerini yapabilmesi için 2 tanık getirmesi istenmesi, davacının da bunun zorunlu olmadığını, mevzuatta bir hüküm bulunmadığını, kendisinin tanığa ihtiyacı olmadığını belirtmiş olmasına karşın, noterin ısrar etmesi üzerine işlem tanık ile yapılmıştır. O. Y. bu fiilin TCK hükümlerinde hem görevi kötüye kullanmak hem de ayrımcılık suçları gerçekleştiğinden bahisle Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına H. 2005/37384 sayı ile suç duyurusunda bulunmuş, Savcılık tarafından kamu davası açılması talebiyle dosya Ankara 25. Asliye Ceza Mahkemesi'ne gönderilmiştir. Ankara 34. Noteri'ne Karşı O. Y. Davası'nda Ankara 25. Asliye Ceza Mahkemesi 2005/1887 E., K.2006/451 sayılı kararı ile mahkemece sanığın eyleminin kasıt içermediği gerekçesi ile sanık hakkında beraat kararı verilmiştir. Söz konusu karar O. Y. tarafından temyiz edilmişse de dosyayı inceleyen Yargıtay 4. Ceza Dairesi kararı onamıştır”. bkz. Tanay, (n 39) 122

¹¹⁸ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, (n 53) 469

¹¹⁹ Koca ve Üzülmüş, (n 63) 251

¹²⁰ Süheyl Donay, Mahmut Kaşıkçı, En Son Değişikliklerle Açıklamalı ve Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu, (Beta Yayınları 2005) 190; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n 26) 473; Çetinkaya, (n 11) 83, Demren-Dönmez, (n 8) 49; Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 10) 4060; Gündel, (n 59) 2732; Arslan ve Azizağaoğlu, (n 50) 558; Parlar, Hatipoğlu, 'Cilt 2' (n 10) 1931; Meran, (n 40) 560; Altun, (n 12) 76

¹²¹ Şen bu sebepler arasında hukuka uygun siyasi düşünce veya ülke yararını gözetilen inanç gibi kriterlerin aranmamasını eleştirmektedir. Yazara göre suç örgütünü ifadeleriyle destekleyen veya ülkenin bölünmesi ve parçalanması yolunda çaba sarf eden düşünceleri savunan bireyi bu nedenle işe almayan kişi de suç işlemiş sayılacaktır. bkz. Şen, 'Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu' (n 15) 517

bağlı olarak gerçekleştirilecektir; yukarıda belirtilen olumsuz hareketler, kişilere karşı kökenleri, cinsiyetleri, aile durumları, örf ve adetleri, kişilerin değişik felsefi inançları, ayrı bir etnik gruba mensup bulunmaları, farklı ırk, din, mezhep mensubu bulunmaları nedeni ile gerçekleştirilmiş olacaktır."¹²² 2014 değişikliği gerekçesinde de söz konusu suç ancak doğrudan kast ve nefret saikiyle işlenebilen bir suç olarak tanımlanmıştır. Zira suç tipinde saik aranmasıyla birlikte bu suçun olası kast ile işlenebilmesinin önü kapatılmış olmaktadır¹²³.

C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Kanun koyucu nefret ve ayrımcılık suçuyla ilgili özel bir hukuka uygunluk nedeni düzenlememiştir. Bu nedenledir ki genel hükümler kısmındaki hukuka uygunluk nedenleri bu suç açısından da şartların varlığı halinde geçerlidir.

Genel hükümler kısmında bu suç açısından ayrıca üzerinde durulması gereken hukuka uygunluk nedeni ise ilgilinin rızasıdır. Gerçekten de taşınır veya taşınmaz bir malın satımı, devri veya kiraya verilmesi, belli bir hizmetten yararlanması, işe alım, olağan bir ekonomik etkinlikte bulunma seçimlik hareketlerinin yapılmaması halinde somut olayda mağdurun rızası mevcut ise tipik eylem hukuka uygun hale gelecektir¹²⁴. İş başvurusunda bulunan bir kişinin gebe olduğu için işe alınmaması halinde mağdur da iş koşullarını beğenmediği için işi kabul etmez ise eylem hukuka uygun hale gelecektir. İlgilinin rızası ile birlikte diğer önem arz eden hukuka uygunluk sebebi ise kanun hükmünü yerine getirmedir. Bu bağlamda pozitif ayrımcılığa dayalı kanuni düzenlemeler nefret ve ayrımcılık suçunu oluşturmayacaktır¹²⁵.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. TEŞEBBÜS

Kanun koyucu nefret ve ayrımcılık suçunun tamamlanması için ayrıca bir netice aramamıştır. Dolayısıyla bu suç sırf hareket suçudur. Hareketin yapılmasıyla fiilin gerçekleştiği kabul edilmekte, ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi gerekmemektedir. Kural olarak sırf hareket suçlarına teşebbüs mümkün değildir. Ancak icra hareketlerinin bölünebilme durumu saklı

¹²² Sözüer, Dursun ve Talas, (n 52) 248

¹²³ Doktrinde Özbek, Doğan, ve Bacaksız ise madde metninin kaleme alınmış şekline bakıldığında suçun manevi unsuru bakımından genel kastın yeterli olduğunu ve suçun olası kast ile de işlenebileceğini savunmaktadırlar. bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, 'Özel Hükümler' (n 8) 488. Ayrıca bkz. Tanay, (n 33) 152

¹²⁴ Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 10) 4061; Artuç, (n 50) 1270

¹²⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız, 'Özel Hükümler' (n 8) 487

olduğu ifade edilmektedir¹²⁶. İhmali nitelikteki hareketler bakımından ise teşebbüsün mümkün olmadığı kabul edilmektedir¹²⁷.

B. İŞTİRAK

Nefret ve ayrımcılık suçu iştirak bakımından farklı bir özelliğe sahip değildir. Genel hükümler çerçevesinde iştirakin her hali mümkündür. Örneğin evini kiraya vermek isteyen bir kişinin aklında farklı siyasi düşünce nedeniyle ayrımcılık yapma fikri yokken başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesi ve suçun diğer unsurlarının da gerçekleşmesi halinde karar verdiren kişi azmettirmeden dolayı sorumlu olacaktır.

C. İÇTİMA

Failin somut olayda birden çok farklı suç tipini veya aynı suç tipini birden fazla ihlal etmesi ve bu şekilde suçların çokluğunun ortaya çıkması halinde ceza sorumluluğunun ne şekilde saptanacağına ilişkin kurallar bütünü suçların içtima kurumunu ifade etmektedir¹²⁸. Suçların içtimanın ilk çeşidi görünüşte içtimadır. Bu içtima türünde suçların çokluğu görünüştedir ve normlar arasındaki ilişki nedeniyle normlardan yalnızca bir tanesi uygulanabilmektedir¹²⁹. Suçların içtimanın diğer çeşidi ise gerçek içtimadır. Bu içtima türünde ise birden fazla aynı ya da farklı suçun işlenmesi söz konusudur ve fail kural olarak hepsinden dolayı cezalandırılır. Ancak zincirleme suç (TCK 43. madde fıkra 1,3), aynı neviden fikri içtima (TCK 43. madde fıkra 2,3) ve farklı neviden fikri içtima (TCK 44. madde) bu kuralın istisnalarını oluşturmaktadırlar. Bu hallerde failin işlediği suç birden fazladır ancak belirli koşullar gerçekleştiğinde fail tek bir suçtan dolayı cezalandırılmaktadır¹³⁰

Nefret ve ayrımcılık suçunda yer alan seçimlik hareketlerden bir kaçının veya hepsinin gerçekleşmesi halinde suç bir defa işlenmiş kabul edilecek ve faile tek ceza verilecektir¹³¹. Bunun nedeni böyle durumlarda aynı normun birden çok ihlali ve ihlal sayısınınca suçun

¹²⁶ Bayraktar, (n 50) 78; Yaşar, Gökcan ve Artuç bu duruma örnek olarak Papua Yeni Ginesi olduğu için mağdura arabasını satmak istemeyen araç sahibin ilk görüşmede ona ırkı nedeniyle arabasını vermeyeceğini söyleyip araya tanıdıkların girip kefil olmasıyla araç sahibinin satışı gerçekleştirmesi halini örnek göstermektedir. bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 10) 4061. Meran'a göre mağdurun ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesine rağmen etkinliği başlatması veya sürdürmesi, kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasının engellenmesine rağmen mağdurun hizmeti almayı başarması hallerinde eylem teşebbüs aşamasında kalmış sayılmaktadır. bkz. Meran, (n 40) 560. Özbek, Doğan ve Bacaksız ise "engelleme" fiilini bölünebilmesi halinde teşebbüsün mümkün olabileceğini ifade etmektedir. Özbek, Doğan ve Bacaksız, 'Özel Hükümler' (n 8) 488

¹²⁷ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n 26) 474; Yenidünya, (n 10) 112; Çetinkaya, (n 11) 86; Malkoç, (n 18) 2071

¹²⁸ Selman Dursun, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar (On İki Levha Yayıncılık 2010) 303

¹²⁹ Özel normun önceliği, bir normun diğeri tarafından tüketilmesi, yardımcı normun sonralığı ilkeleri görünüşte içtimanın ilkelerini oluşturmaktadır. bkz. İçel (n 37) 173 vd.

¹³⁰ Dursun, (n 132) 304

¹³¹ Özgenç, (n 58) 186

bulunmasının görünüşte oluşudur. Gerçekte norm bir defa ihlal edilmiştir ve ortada bir suç vardır¹³². Bu durum görünüşte içtmanın tüketen-tüketilen norm ilişki çeşitlerinden cezalandırılmayan sonraki hareketlere örnek teşkil etmektedir¹³³.

Failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçu birden fazla işlemesi durumunda TCK 43/1 gereği zincirleme suç kuralları uygulanmalı ve bir cezaya hükmedilerek ceza miktarında artırım yapılmalıdır. Burada önemli olan failin aynı suç işleme kararı kapsamında hareket etmesidir.

Nefret ve ayrımcılık suçunun tek bir fiille birden fazla kişiye karşı işlenmesi durumunda aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanacaktır¹³⁴. Örneğin otele gelen beş adet zenci müşteriyi sırf zenci olmalarından kaynaklı duyduğu nefret nedeniyle otele kabul etmeyen otel sahibi hakkında tek bir ceza verilecek ve işbu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılacaktır.

İşbu suçu oluşturan fiil ile aynı zamanda Kamu Hizmetlerinden Yararlanmasının Engellenmesi Suçu, Hakaret Suçu veya İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçunun işlenmesi halinde fail tek bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verdiği için farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanacak ve faile daha ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza verilecektir¹³⁵.

Nefret ve ayrımcılık suçunun maddi unsurları arasında cebir veya tehdit bulunmadığından işbu suçun işlenmesi durumunda fail cebir veya tehdit kullanırsa gerçek içtima hükümleri uygulanacak ve fail ilaveten TCK 106 veya TCK 108'den de cezalandırılacaktır¹³⁶.

¹³² İçel (n 37) 198 vd.

¹³³ İçel (n 37) 196 ; Dülger, (n 58) 820

¹³⁴ Yaşar, Gökçen ve Artuç, (n 10) 4061

¹³⁵ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n 26) 475; Ersoy 'Nefret ve Ayrımcılık Suçu' (n 31) 50. Meran ise iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu ile nefret ve ayrımcılık suçları arasında gerçek içtmanın bulunduğunu söylemektedir. Meran, (n 40) 561

¹³⁶ Yaşar, Gökçen ve Artuç, (n 10) 4061; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n 26) 475; Özbek, Doğan ve Bacaksız, 'Özel Hükümler' (n 8) 488; Ersoy, 'Nefret ve Ayrımcılık Suçu' (n 31) 5; Artuç, (n 50) 1270

V. YAPTIRIM

Cezalar ve güvenlik tedbirleri olmak üzere iki tür yaptırım öngören 5237 sayılı TCK'da nefret ve ayrımcılık suçunun yaptırımı bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır¹³⁷.

Hakimin bir yıl veya daha az süreli yani kısa süreli hapis cezasına hükmetmesi durumunda koşullar gerçekleşmişse TCK 50'ye göre hapis cezası adli para cezasına veya diğer seçimlik yaptırımlara çevrilebilir. Ayrıca işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkum edilen kişinin cezası ertelenebilir. Cezası ertelenen kişi hakkında Güvenlik Tedbirleri içinde düzenlenen belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (TCK 53) uygulanmaz.

TCK'nın 66. maddesinin e bendi gereğince nefret ve ayrımcılık suçunda dava zamanaşımı 8 yıldır. Fail 13-15 yaşında ise bu sürenin yarısı, 16-18 yaş arası ise 3'te 2'sinin geçmesiyle dava zamanaşımına uğramaktadır.

Nefret ve ayrımcılık suçunun soruşturulması ve kovuşturulması genel hükümlere göre ve resen yapılır. Bu suçun takibi şikayete tabi değildir. İşbu suçun cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olduğu için 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun¹³⁸ 10. maddesi gereğince görevli mahkeme Sulh Ceza Mahkemesiyken 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹³⁹ ile Sulh Ceza Mahkemeleri'nin kaldırılması neticesinde görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi olmuştur.

SONUÇ

Taşınır veya taşınmaz malların satımı, devri, kiraya verilmesinde, bir hizmetten yararlanmada, işe alınmada ve ekonomik bir faaliyette bulunmada bireylerin nefret kaynaklı ayrımcılığa uğramalarını önleyerek hem kişiler arasındaki hem de toplum içerisinde bölünüp ayrışmayı engellemeyi hedefleyen nefret ve ayrımcılık suçunun eksik yönleri bulunmasına rağmen ceza hukuku mevzuatımızda var olması gerektiğini düşünmekteyiz.

¹³⁷ Değişiklikten önce inceleme konumuz olan suçun yaptırımı altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak düzenlenmişti. Fransa'da ise işbu suçun cezası 3 yıl hapis ve 45.000 Euro para cezasıdır. Failin kamu görevlisi olması ve kamu göreviyle alakalı bir işlemde ayrımcılık yapması halinde ise bu ceza 5 yıl hapis ve 75.000 Euro'ya çıkmaktadır. bkz. Yaşar, (n 86) 90. Diğer ülkelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ulaş Karan, Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasası ve Eşitlik Kurumları (İnsan Hakları Ortak Platformu 2009) 81-252

¹³⁸ RG. 07.10.2004, S. 25606

¹³⁹ RG. 28.06.2014, S. 29044

2014 değişikliği öncesindeki “ve benzeri sebepler” ibaresi kanaatimizce de belirlilik ilkesi ve kıyas yasağı bakımından suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal etmekteydi. Mevcut düzenlemenin ise cinsel yönelim, sendika üyesi olma gibi toplumumuzda çokça rastlanılan ayrımcılık durumlarını içermemesi açısından noksan olduğu kanaatindeyiz.

Kanun koyucu ayrımcılığın içerisine nefret saiki koyarak nefret kavramını ceza hukuku mevzuatına dahil etmiştir. Ancak nefret suçunun varlığından bahsedebilmemiz için nefret saiki olmadan da hareketin temel suçu oluşturması gerekmektedir. Bu nedenle TCK 122 unsurlarının var olmaması nedeniyle bir nefret suçu değildir. Ancak içerisinde ön yargıyı barındıran nefret saikinin toplumdaki ayrımcılığı azaltmak için özellikle ülkemizde sıklıkla işlenen öldürme, yaralama, hırsızlık gibi suçlar bakımından da daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerektiğine inanmaktayız.

Esasında inceleme konumuz olan işbu suçun en büyük sakatlığı ispat zorluğu nedeniyle uygulamaya geçirilememedir. Öyle ki nefret saikinin dış dünyaya açıkça yansımaları halinde dahi bunu kanıtlamak oldukça güçtür. Nitekim adli sicil istatistikleri de bunu doğrular niteliktedir. 2005 ve 2010 yılları arasında işbu suç hakkında sadece 45 dava açılmış ve bu davalarda yargılanan sanıklardan sadece bir tanesi mahkumiyet almıştır¹⁴⁰. 2019 yılında ceza mahkemelerinde kimseye nefret ve ayrımcılık suçundan dolayı mahkumiyet hükmü verilmemiş buna bağlı olarak da kimse hapis veya adli para cezasına çarptırılmamıştır¹⁴¹. İşbu durum ise cezanın caydırıcı olma özelliğinin uygulanmasına ne yazık ki mani olmaktadır.

¹⁴⁰ bkz. <<http://www.adlisicil.adalet.gov.tr>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2021

¹⁴¹ Cumhuriyet başsavcılıklarında nefret ve ayrımcılık suçu nedeniyle başlatılan 213 soruşturmanın 157'sinde kovuşturmayla yer olmadığına karar verilirken 31 tanesinde kamu davası açılmıştır. bkz. <<http://www.adlisicil.adalet.gov.tr>> Erişim Tarihi: 10 Nisan 2021

KAYNAKÇA

Akad M ve Dinçkol A, Gerekçeli İçtihatlı 1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları (Alkım Yayınevi 1998)

Altun M, 'Ayrımcılık Suçu' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010)

Aral F ve Ayrancı H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (12. Baskı, Yetkin Yayınları 2019)

Arslan Ç ve Azizağaoğlu B, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi (Asil Yayın Dağıtım 2004)

Artuç M, Kişilere Karşı Suçlar (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2018)

Artuk, ME, Gökçen A ve Yenidünya C, Ceza Hukuku Özel Hükümler (15. Baskı, Adalet Yayınevi 2015)

Artuk, ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler (13. Baskı, Adalet Yayınevi 2019)

Ataman H, 'Nefret Suçlarının Bugünü', <<http://www.radikal.com.tr/radikal2/nefret-suclarinin-bugunu-935076/>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021

Bayraktar K, 'Nefret ve Ayrımcılık Suçu' (2016) 13 (1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 55-81

Bulut P, 'Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012)

Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş (11. Baskı, Beta Yayınları 2020)

Çetinkaya MB, 'Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu (TCK 122. Madde) (Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012)

Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020)

Demirbaş T, 'Nefret Söylemi ve Nefret Suçları' (2017) 19 (Özel Sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 2693-2701

Demren-Dönmez B, 'Ayrımcılık Suçu' (2012) (102) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 9-58

Donay S ve Kaşıkçı M, En Son Değişikliklerle Açıklamalı ve Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu (Beta Yayınları 2005)

Dursun S, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar (On İki Levha Yayıncılık 2010)

Dülger MV, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Hukuk Akademisi 2021)

Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (7. Baskı, Yetkin Yayınları 2019)

Ersoy U, 'Türkiye'de Ayrımcılık Suçu' (2015) 5. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali Ayrımcılık Tebliği, 95-115

Ersoy U, 'Nefret ve Ayrımcılık Suçu' (2017) 12 (34) Ceza Hukuku Dergisi, 7-56

Gülmez M, İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye (Belediye-İş Yayınları 2009)

Gürler C, 'Nefret Suçları ve İş Hayatı' (2010) Y.68 (2010/1) Ankara Barosu Dergisi, 259-274

Gökçen A, 'Hürriyete Karşı Suçlar' <<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2020.

Gözübüyük Ş ve Gölcüklü F, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (9. Baskı, Turhan Kitabevi 2011)

Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler (24. Baskı, Adalet Yayınevi 2021)

Hafizoğulları Z ve Özen M, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler; Kişilere Karşı Suçlar (6. Baskı, U.S.A. Yayıncılık 2017)

İçel K, Suçların İçtimaı (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1972)

İçel K, Sokullu- Akıncı F, Özgenç İ, Sözüer A, Mahmutoğlu FS ve Ünver Y, İçel Suç Teorisi (3. Baskı, Beta Yayınları 2004)

İnceoğlu S, 'Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi' (2001) 17 (1) Anayasa Yargısı, 41-70

Karan U, 'Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği (2007) (73) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 146-173.

Karan U, Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları (İnsan Hakları Ortak Platformu 2009) 81-252

Koca M ve Üzülmüş İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020)

Korkut L, Ayrımcılık Karşıtı Hukuk (İnsan Hakları Gündemi Derneği 2009)

Mahmutoğlu FS, Fatih Selami Mahmutoğlu, 'Suç-Kabahat Ayrımı-İdari Ceza Hukuku'nun Temelleri' İlhan Uluslan-Funda Başaran-Yavaşlar (eds), İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, İstanbul Kültür Üniversitesi (Seçkin Yayıncılık 2009), 27-42

Malkoç İ, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Cilt 2 (4. Baskı, Ankara 2013)

Meran N, Kişilere Karşı Suçlar (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2008)

Öner MZ, ‘Türk Ceza Hukukunda Ayrımcılık Suçunun Cinsel Yönelimi Koruma Fonksiyonu’ (2021) (152) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1-40

Özbek VÖ, TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı Cilt 1 (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2006)

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020)

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (11. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020)

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku (19. Baskı, Yetkin Basımevi 2019)

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020)

Öztürk MO, Türk Ceza Kanununda İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu (Legal Yayınevi 2006)

Parlar A ve Hatipoğlu M, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 2(Seçkin Yayıncılık 2010)

Parlar A ve Hatipoğlu M, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 3(Seçkin Yayıncılık 2010)

Serim G, ‘Türk Ceza Kanunu’nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu’ (Yüksek Lisans, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020)

Sezer O, ‘5237 Sayılı “Türk Ceza Kanunu”nun 122. Maddesindeki Son Düzenlemeler Bağlamında Engellilik Nedeniyle Yapılan Ayrımcılığa Yönelik Değerlendirmelerimiz’, (2016) (3) Ankara Barosu Dergisi, 533-544.

Sınar H, ‘Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmalar’ (2013) Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 19, (2) 1271-1300

Soyaslan D, Ceza Hukuku Genel Hükümler (9. Baskı, Yetkin Yayınları 2020)

Sözüer A, Suça Teşebbüs (Kazancı Hukuk Yayınları 1994)

Sözüer A, Dursun S ve Talas S, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı (4. Baskı, Alfa Yayınları 2017)

Şen E, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1 (Madde 1-Madde 140) (Vedat Yayınevi, 2006).

Şen E, ‘Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 115. ve 122. maddelerine İlişkin Bir Değerlendirme’ (2005) 79 (2) İstanbul Barosu Dergisi, 359-364

Tanay G, ‘Ayrımcılık Suçu’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012)

Toroslu N, Ceza Hukuku Genel Kısım (25. Baskı, Savaş Yayınevi 2019)

Ünver Y, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer (Seçkin Yayıncılık 2003)

Yaşar O, Gökcan HT ve Artuç M, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 3(2. Baskı, Adalet Yayınevi 2014)

Yaşar KE, ‘Fransız Ceza Hukukunda Ayrımcılık Suçu’ (2015) 5. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali Ayrımcılık Tebliği, 88-92

Yavuz C, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler (15. Baskı, Beta Yayınları 2018)

Yenidünya AC, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu’ (2006) (4) Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 97-115.

Yücel E, ‘Uluslararası ve Avrupa Konseyi Belgelerinde, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Denetimi’ (Doktora Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015)

Zevkliler A ve Gökyayla E, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (20 . Baskı, Vedat Kitapçılık 2020)

Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, <www.tdk.gov.tr> Erişim Tarihi 8 Nisan 2021

Nefret Suçu Yasaları, Pratik Kılavuz, <<https://www.stgm.org.tr/sites/default/files/2020-09/nefret-sucu-yasalari-pratik-kilavuzu.pdf>>

Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021

‘What is hate crime’ <<https://hatecrime.osce.org/>> Erişim Tarihi 2 Kasım 2021

<https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021

(Yargıtay Bilgi Bankası)

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>

<<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>> Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021

<<http://www.adlisicil.adalet.gov.tr>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2021



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

CEZA YARGILAMASINDA DURUŞMADA HAZIR BULUNMASI GEREKEN KİŞİLER VE DURUŞMA DÜZENİ

*Tuğçe KURTOĞLU **

ÖZET

Amacı maddi gerçeğe ulaşmak olan ceza muhakemesi hukukunun bu amacına ulaşabilmesinin temel gereklerinden biri de yargılama faaliyetinin etkin bir şekilde yürütülmesidir. Bu yargılama faaliyetlerinden biri olan duruşma evresi ise kovuşturma safhasının en önemli evresidir. Duruşmada belirli muhakeme süjelerinin hazır bulunması kanun tarafından zorunlu tutulmuştur. Zira maddi gerçek, farklı ceza muhakeme süjelerinin işbirliği halinde ortaya çıkarılacaktır. Bu süjeler hâkim, Cumhuriyet savcısı, zabıt kâtabi, zorunlu müdafî ve zorunlu vekildir. Bununla birlikte muhakemenin gayesine ulaşabilmesi için duruşmaların ve duruşma nezdinde yerine getirilen faaliyetlerin-doğrudan soru sorma, tanığın dinlenmesi gibi- belirli bir düzen ve disiplin içinde idame ettirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda mahkeme başkanı veya hâkime belirli yetkiler tanınmıştır. Bu yetkiler, kanunda öngörülen şartlar oluştuğunda, duruşma düzenini bozan belirli kişilerin duruşmadan çıkarılması, haklarında disiplin hapsi uygulanabilmesi yönündedir. Duruşma salonlarındaki oturma düzenine ilişkin olarak yöneltilen eleştiriler ise konuya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husustur. Tüm bu başlıklar özelinde çalışmamızda, duruşmada hazır bulunması gereken muhakeme süjeleri ve duruşma düzenini Türk ceza muhakemesi hukuku mevzuatı çerçevesinde incelemeye çalıştık.

Anahtar Kelimeler Duruşmada hazır bulunması gerekenler, Muhakeme süjeleri, Duruşma düzeni, Duruşma disiplini

* Avukat, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, tugce.kurtoglu@student.asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1891-1932.



SUBJECTS TO BE READY FOR THE HEARING IN CRIMINAL PROCEEDINGS AND THE HEARING ORDER

*Tuğçe KURTOĞLU ***

ABSTRACT

One of the basic requirements of the criminal procedure law, which aims to reach the material fact, is to execute the judicial activity effectively. The trial stage as one of these judicial activities, is the most important phase of the prosecution. As the material fact will arise as the process of resolving the dispute together with different criminal proceeding subjects, certain court subjects must be present at the hearing. These subjects are judges, public prosecutors, court clerks and compulsory advocate. Moreover, the hearings and the activities carried out at the hearings - such as asking questions directly, listening to the witness - must be maintained in a certain order and discipline in order for the proceeding to reach its purpose. In this context, the chief justice or judge has been given certain powers. These powers are towards removing of certain persons who disrupt the court order from the hearing, and imposing disciplinary arrests on them when the conditions stipulated in the law occur. Criticisms about the seating arrangement in the courtrooms are another point to be emphasized. In our study of all these headings, we tried to examine the court subjects that should be present at the hearing and the order of the court within the framework of the Turkish Criminal Procedural Law.

Keywords Subjects who should be present at the hearing, Court subjects, Order of hearing, Discipline of hearing

** Advocate, Graduate Student at Ankara Social Sciences University, Department of Public Law, tugce.kurtoglu@student.asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1891-1932.

Extended Summary

The purpose of criminal procedure law is to reach material reality. At this point, one of the most important facts is the effective execution of the judicial. Article 188 of the Code of Criminal Procedure regulates the procedural subjects who must be present at the hearing. These subjects are the judge, the public prosecutor, the court clerks and compulsory advocate. Without these subjects, the trial cannot be held. The hearing of these persons without being present at the hearing is an absolute ground for annulment. During the hearing, the judge has to be present at the hearing both physically and spiritually. It is stipulated in the law that an alternate member may be present to replace the member who cannot be found for any reason and to participate in the voting. The prosecutor is also one of the subjects of reasoning that must be present at the hearing. However, in accordance with the first paragraph of Article 25 of the Child Protection Law No. 5395, the Public Prosecutor is not allowed to be present in the hearings held in the Juvenile Courts. However, the Public Prosecutor has not been attend the hearings in the criminal court of general jurisdiction until 01.09.2020. As of this date, Public Prosecutors participate in hearings in criminal court of general jurisdiction. More than one Public Prosecutor may attend the hearings. Prosecutors can divide the work amongst themselves. It is not mandatory for the prosecutor conducting the investigation to attend the hearing. According to the last sentence added to Article 188/1 of the Criminal Procedure Code and Article 5 of the Decree Law No. 676, which was published in the Official Gazette dated 29.10.2016, the hearing may continue if the defense counsel leaves the hearing without an excuse. Again, with the amendment made in the last sentence of the first paragraph of the Article 96 of the Statutory Decree No. 696, which was published in the Official Gazette dated 24.12.2017 and entered into force, the hearing may continue even if the defense counsel does not attend the hearing without an excuse. There are scholars who state that with these provisions, it is aimed to prevent the behaviors the such as prolonging the trial by leaving or not coming to the hearing without an excuse. From another point of view, there are some scholars who think that these changes create a contradiction when considered together with Article 151 of the Criminal Procedure Code.

The order and discipline of the hearing are regulated under Article 203 of the Code of Criminal Procedure, etc. has been enacted. The administration and order of the hearing are provided by the presiding judge or the judge. In this context, certain powers are given to the president of the court or the judge. These powers include the expulsion of certain persons

who disrupt the order of the hearing, and the imposition of disciplinary confinement against them. Examples of behavior disrupting the order of the hearing are speaking without permission. At this point, there are different opinions in the doctrine as to whether the person who disturbs the order of the hearing can be dismissed from the courtroom if he is a lawyer. The accused may be removed from the courtroom if it jeopardizes the orderly conduct of the trial. At this point, if the defendant does not have a lawyer, the bar association will be asked to appoint a lawyer. However, in this case, the defendant must be questioned and his defense taken. The discretion as to whether the danger exists or not is the court's discretion. Another issue that should be mentioned regarding the accused within the scope of the trial order is whether or not should be handcuffed the suspects or defendants who act restlessly and dangerously in the courtroom or during the testimony in order to ensure their restraint. Another issue regarding the order of the trial is the case of committing a crime during the trial. If a crime is committed during the trial, the court records the incident in the trial record and draws up a report in this regard. This report is then sent to the competent authority, namely the Public Prosecutor's Office. It does not matter whether the crime committed in the trial is one of the crimes related to the complaint or not. Pursuant to the provision of the article, the court may also decide to arrest if necessary. There are uncertainties about how the arrest procedure will be. During direct questioning, the authority to conduct the hearing is also with the presiding judge or the judge. There is no directive yet in our legislation on how to use the right to ask questions directly. However, at this point, by making use of the provision of Article 216 of the Criminal Procedure Code, the right to speak may be given to the participant and his deputy, the public prosecutor, the accused and his defense counsel or his legal representative, respectively. In Article 201 of the Criminal Procedure Code, the opportunity to ask questions directly has been granted to the public prosecutor, intervenor and attorney, and the accused and the participant do not have the right to ask questions directly. The accused or the intervenor may ask questions through the judge. Again, the hearing of witnesses must be carried out within a certain trial order. Each witness is heard separately and without the presence of subsequent witnesses. The witness is not interrupted, but can be intervened if he makes irrelevant and unnecessary statements. The witness may also be asked questions in order to illuminate and complete the matters witnessed and to evaluate the situations on which their knowledge is based. First of all, the presiding judge and the judge, who are authorized in the order and discipline of the hearing, may ask questions to the witness heard at the hearing. In compliance with the discipline of the hearing,

the public prosecutor, the defense counsel and the attorney may ask questions directly to the witness, and the accused and the participant may ask questions through the presiding judge or the judge. (Criminal Procedure Code art. 201) Witnesses within the scope of the trial order can leave the courtroom only with the permission of the presiding judge or the judge after they have been heard. Criticisms about the seating arrangement in the courtrooms are another point that needs to be emphasized. At this point, it is criticized that the public prosecutor, who is the prosecution office, sits next to the judges and at the same level as them. Another issue related to this matter is the requirement for the defense counsel and the accused to be able to communicate continuously during the hearing by sitting together and side by side in the courtroom. Another problem encountered in practice is that defense lawyers and defendants sit in separate places and are prevented from communicating during the hearing. The issue of standing up during the hearing is another point that needs to be mentioned. In accordance with the Code of Criminal Procedure, everyone stands up when the oath is taken and the judgement of court is read. However, in practice, some judges demand that lawyers stand up while even interim decisions are read, but this has no place in the legislation.

GİRİŞ

Ceza muhakemesi bir suç işlendiğinin ve işlenmişse kim tarafından icra edildiğinin tespiti, bu kişi ve kişilerin cezai sorumluluklarının olup olmadığı, bu kişi veya kişiler hakkında hükmedilecek infaz edilebilir bir yaptırım türünün ve miktarının belirlenmesi maksadıyla gerçekleştirilen faaliyetler bütününden oluşmaktadır¹. Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin araştırılıp bulunmasıdır. Bu amaca ulaşabilmek için ise muhakeme aşamasındaki faaliyetlerin etkili bir şekilde icra edilmesi gerekmektedir. Bu hukuk devletinin bir gereğidir. Zira devlet, kişi hak ve özgürlüklerini, toplum barışını, kamu düzen ve güvenliğini tehlikeye sokacak fiilleri cezai müeyyidelere bağlamakla mükellef olmakla birlikte, suç teşkil eden fiil icra edildikten sonra da bunu etkin bir şekilde soruşturacak, yargılayacak ve sonunda infaz edilebilir bir mahkûmiyet kararına hükmedecektir². Ceza muhakemesi bu bağlamda suç ve suçlulukla mücadele edecektir.

“Duruşma hazırlığı devresinde saptanan günde, yetkili mahkemenin duruşma salonunda tanık ve bilirkişi yoklaması ile başlayıp hükme iştirak edecek hâkim veya hâkimlerin huzuru, zabıt kâtabinin yerini alması, savcı ve kural olarak, sanığın ve müdafin katılımıyla ara vermeksizin, halka açık ve sözlü olarak cereyan eden, delillerin ikame edilip tartışılması suretiyle maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılan ve son sözüün sanığa verilmesiyle sona eren kovuşturma safhasının en önemli evresine” duruşma denir³. Dava konusu somut olaya ilişkin sorunların çözümü ile maddi gerçeğe ulaşmak ancak duruşma ile mümkündür⁴. Zira mahkeme adli yolla sanığın suçluluğu veya suçsuzluğu hususunu ortaya koyacaktır. 5271 s. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m.217 uyarınca, duruşma evresinde tüm deliller ortaya konulup tarafların iştirakiyle mahkeme huzurunda tartışılacaktır. Bu suretle verilecek hüküm için oluşması gereken kanaat elde edilecektir⁵. Tüm bu sebeplerle duruşmanın belirli bir düzen ve disiplin içerisinde idame ettirilmesi gerekmektedir. Yargılama bakımından önemli olan bu durumunun sağlanması birçok yetkiyi gerektirmektedir. Bu yetkiler ise mahkeme başkanı veya hâkime tanınmıştır. Yine maddi gerçek farklı ceza muhakeme sünjelerinin işbirliği suretiyle

¹ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü, Derya Vıllemın Altınok, ve Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019) 29

² Yusuf Yaşar, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Tanıklık’, E- akademi (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), (2013)(133) 3 (<http://www.e-akademi.org/makaleler/cezamuh.pdf> Erişim Tarihi: 08.08.2021).

³ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Vıllemın ve Tok (n 1) 629

⁴ Fatih Birtek, Ceza Muhakemesinde İstinaf, (1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019) 279

⁵ Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019) 109

ortaya çıkarılacağından⁶ CMK'da belirli muhakeme sùjelerine hazır bulunma zorunluluğu getirilmiştir.

İşbu çalışmanın konusunu CMK'nın 188. maddesinde yer alan duruşmada hazır bulunması gereken muhakeme sùjeleri, CMK m.234/2 ve 239/2 kapsamında duruşmada hazır bulunması açısından zorunlu vekil müessesesi, CMK m.203 vd. düzenlenmiş olan duruşma düzeni ve disiplini konuları oluşturmaktadır. Bu bağlamda çalışmada ilk olarak kanunda öngör÷lmüş olan duruşmada hazır bulunması gereken kişiler olan hâkim, zabıt kâtibi, Cumhuriyet savcısı, zorunlu müdafî ve zorunlu vekil müesseselerine ayrı başlıklar altında yer verilmiştir. Çalışmanın devamında ise duruşma düzenini bozan sanık hakkında yapılacak işlemler, duruşmada suç işlenmesi, doğrudan soru sorma, tanık dinlenmesi, tarafların duruşma salonundaki yerleri ve son olarak da duruşmada ayağa kalkma hususları duruşma düzen ve disiplini bağlamında Türk hukukunda düzenleniş şekilleri dikkate alınarak incelenmiştir. Çalışmada Yargıtay kararları bağlamında uygulamaya ve doktrinde yer alan tartışmalı hususlara yer verilmiştir. Tartışmalı hususlara ilişkin, olması gereken hukuk doğrultusunda değerlendirmelerde bulunulmuştur.

I. DURUŞMADA HAZIR BULUNMASI GEREKEN KİŞİLER

A. GENEL OLARAK

Anayasa m.141 ve CMK m.182 uyarınca, duruşmalar herkese açıktır. Bu hükümler ceza muhakemesi hukukunda kovuşturma safhasına ilişkin olan ilkelerden aleniyet (alenilik, açıklık) ilkesini işaret etmektedir. Bu ilke herkesin sözlü olarak gerçekleşen duruşmaya katılabîlmesini ifade eder⁷. Bu suretle yargılamanın şeffaflığıyla hukuka uygunluk denetimi sağlanacak, keyfiliğin önüne geçilecek ve bu sayede muhakemenin özdenetimi sağlanacaktır⁸. Bu ilkeye genel ahlak, kamu güvenliği, milli güvenlik, özel hayatın gizliliği, yaş küçüklüğü gibi sebeplerle (CMK m. 182/2; 47/2; 209/2)⁹ istisna getirilebilir¹⁰. Ancak bu istisnai hallerde dahi

⁶ Şahin ve Göktürk (n 5) 109-110

⁷ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021) 75

⁸ Yener Ünver ve Hakan Hakeri Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt: 1, (15. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019) 115, Özbek, Doğan, Bacaksız (n 7) 75

⁹ Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 4.12.2004, RG. 17.12.2004, S. 25673, Madde 182 - "(2) Genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir." Madde 47 - "(2) Tanıklık konusu bilgilerin Devlet sırrı niteliğini taşıması halinde; tanık, sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından zâbit kâtibi dahi olmaksızın dinlenir. Hâkim veya mahkeme başkanı, daha sonra, bu tanık açıklamalarından, sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirir." Madde 209 - "(2) Sanığa veya mağdura ait kişisel verilerin yer aldığı belgelerin, açıkça istemeleri halinde, kapalı oturumda anlatılmasına mahkemece karar verilebilir."

¹⁰ Özbek, Doğan, Bacaksız (n 7) 75

duruşmanın gerçekleştirilebilmesi için, kanunda bazı muhakeme sùjelerinin duruşmada hazır bulunması zorunlu tutulmuştur. Bu muhakeme sùjeleri hâkim, Cumhuriyet savcısı, zabıt kâtibi, zorunlu müdafî ve zorunlu vekildir. Aksi takdirde, duruşma yapılamaz¹¹.

CMK m.188 gereğince duruşmada hükme katılacak hâkimlerin, Cumhuriyet savcısının, zabıt kâtibinin ve zorunlu müdafinin duruşmada hazır bulunması gerekmektedir. Mahkemenin kanuna göre gerçekleştirilmemesi (CMK m.289/1-a), kanunen duruşmada hazır bulunması gerekli muhakeme sùjelerinin yokluğunda duruşma yapılması (CMK m.289/1-e) mutlak bozma sebebi olarak kabul edilmiştir.

Keza CMK m. 234/2’de de mağdur ve şikâyetçinin hakları ve CMK m.239/2’de katılanın hakları kapsamında düzenlenen zorunlu vekil de duruşmada hazır bulunması gereken kişilerdendir.

Kural olarak hukuka uygun bir şekilde teşekkül edecek ceza muhakemesinde, iddia, savunma ve yargı sùjelerinin mutlaka duruşmada bulunması gerekmektedir. Tarafımızca kanun hükmünde yer alan sùjeler duruşmada hazır bulunmaları gereklilikleri kapsamında ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

B. HÂKİM

CMK m. 188/1 uyarınca duruşmada hükme katılacak hâkimin bulunması şarttır. Yine mezkûr maddenin 3. fıkrasında birden fazla oturum olması halinde, bir dahaki oturumda yer alamayacak üyenin yerine geçmek ve oylamaya katılmak üzere yedek üye bulundurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Hâkim duruşma salonunda kesintiniz biçimde bulunmak zorundadır. Hâkimlerden birinin çok kısa süreliğine de olsa duruşma salonunun da bulunmaması, mutlak temyiz sebebidir. Yine hâkim fiziksel olarak duruşma salonunda bulunmuş ise de, zihnen duruşmada hazır bulunmaması halinde kanun yolunda hüküm bozulacaktır. Bu duruma hâkimin duruşma esnasında uyuması örnek verilebilir¹². Zira duruşmada hazır bulunmaktan maksat, hem bedenen hem de zihnen duruşmayı takip etmektir¹³. Hâkim, dava konusu ihtilafa somut olaylar bağlamında hangi hukuk kurallarının uygulanacağını tespit etmesi için duruşma aşamasında önüne gelen delillere duyu organlarıyla vakıf olarak, iddia ve savunmalara şahit olacak ve sonunda vicdani kanaati doğrultusunda karar verecektir¹⁴. Bu sebeple, ağır ceza mahkemelerinde üye hâkimlerin duruşma sırasında sürekli olarak bilgisayarlarla iştigal etmeleri

¹¹ Yener Ünver ve Hakan Hakeri Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt: 3, (15. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019) 1412

¹² Ünver ve Hakeri (n 11) 1414

¹³ Şahin ve Göktürk (n 5) 124

¹⁴ Burcu Görkemli, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Kovuşturma, (1.Baskı, Adalet Yayınevi, 2020) 195

ve celseyi takip etmemeleri doğru ve hukuka uygun değildir¹⁵. Söz konusu husus makalemizin devamında incelediğimiz duruşma düzeni kapsamında da önem arz etmektedir. Bu noktada bu tarz hususların doğrudan doğruyalık (vasitasızlık) ilkesine zarar vereceği açıktır. Zira karara iştirak edecek hâkimlerin maddi ve manevi olarak duruşmada bulunmaları gerekmektedir¹⁶. Bu bağlamda hazır bulunması gereken kişinin yokluğu sadece fiziksel olarak duruşmaya katılmamaktan ibaret değildir. Fiziksel veya psikolojik zafiyetler nedeniyle muhakeme işlemlerini gereği gibi algılayıp gözlemleyememe de hazır bulunmama olarak kabul edilir. Yargılama makamının duruşmadan edineceği kanaate göre hüküm verecek olması, mahkeme üyelerinin bütün bir yargılama sürecini gözlemleyebilmelerini gerektirmektedir¹⁷.

C. ZABIT KÂTİBİ

CMK m.219 uyarınca zabıt kâtibinin görevi duruşma tutanağını tutmak ve hâkim ile birlikte tutanağı imzalamaktır. Duruşmada zabıt kâtibinin de bulunması zorunlu tutulmuştur. Aksi durum mutlak bozma sebebi olacaktır. Ancak duruşma sırasında zabıt kâtibinin değişmesi mümkündür. Bu halde, her kâtip kendi tuttuğu tutanağı imzalayacaktır¹⁸.

D. CUMHURİYET SAVCISI

CMK m.188/1 gereğince duruşmada Cumhuriyet savcısının da bulunması kuralı mevcuttur. Bu kural savcılık makamının ceza muhakemesi içerisindeki işlevlerine ilişkin ilkelere biri olan kovuşturma mecburiyeti ilkesinin bir gereğidir. Bu ilke yürütülen soruşturma neticesinde failin ve gerçekleştirdiği eylemin belirli olması, yeterli suç şüphesinin bulunması ve dava şartlarının var olması halinde kamu davasının açılmasını ve dava sonuçlanıncaya kadar savcılık makamınca yürütülmesini ifade eder. Bu ilke araştırma mecburiyeti, kamu davası açma mecburiyeti ilkesi, kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkelerinden oluşmaktadır. Kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesi savcılık makamının kamu davası bir hükümlerle sonuçlanıncaya kadar davayı yürütme zorunluluğunu ifade etmektedir¹⁹. Ancak bu durumun istinasları vardır. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m.25/1

¹⁵ Ünver ve Hakeri (n 11) 1415

¹⁶ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Vıllemın ve Tok (n 1).629

¹⁷ Şahin ve Göktürk (n 5) 124

¹⁸ Mustafa Artuç Ve Mehmet Tevfik Elmas, Ceza Muhakemesinde Duruşma Yönetimi ve Yasa Yolları, (3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019) 185

¹⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız (n 7) 166-169

gereğince çocuk mahkemelerinde gerçekleştirilen duruşmalarda Cumhuriyet savcısı hazır bulunmaz. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise çocuk ağır ceza mahkemelerindeki duruşmalarda Cumhuriyet savcısının bulunmayacağına dair ibare bulunmamaktadır. Bu noktada çocuk ağır ceza mahkemelerinde yapılacak duruşmalarda Cumhuriyet savcısının bulunması zorunludur. Ayrıca Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6217 sayılı Kanun m.26 ile 5320 s. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a eklenen geçici m.3'e göre 01.01.2014 tarihine kadar asliye ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmamaktaydı. Bu süre öncelikle 2.12.2014 tarih 6572 sayılı Kanun m.45 ile 5320 sayılı Kanun'a eklenmiş olan geçici m.9 ile 31.12.2019'a kadar uzatılmıştır. Sonrasında ise 21.12.2019 tarihli 7201 sayılı Kanun m.10 ile 5320 sayılı Kanuna eklenmiş olan geçici m.11 ile 01.09.2020'a kadar uzatılmış olması konuya ilişkin bir diğer istisna haldir. Bu halde 01.09.2020 tarihine kadar asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara Cumhuriyet savcısı katılmamaktayken mezkûr tarihten itibaren Cumhuriyet savcıları asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara katılmaktadır. Bazı yazarlara göre bu düzenlemeleri açıkça hukuka aykırıdır²⁰. Zira iddia makamı olan Cumhuriyet savcısının görevi soruşturma aşamasında son bulmamakta, kovuşturma aşamasında da iddia makamı olarak görevini yürütmekte ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına duruşmada hazır bulunarak etkin bir şekilde katılmaktır. Kanaatimizce savcının kovuşturma safhasında vereceği esas hakkında mütalaa, hükmün oluşmasında önemli bir parametre teşkil etmektedir. Mezkûr düzenlemelerle savcılık makamının kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesine aykırı olarak bu görevin icra edilmesi ortadan kaldırılmış ve ceza muhakemesinin çelişmelilik niteliği yok edilmiştir.

CMK m. 189 hükmü uyarınca duruşmaya birden fazla Cumhuriyet savcısı katılabilmekte ve aralarında iş bölümü yapabilmektedir. Bunlarla birlikte soruşturma aşamasındaki Cumhuriyet savcısının duruşmada da bulunması ve tüm celselere aynı Cumhuriyet savcısının katılması zorunlu tutulmamıştır, bunun sebebi duruşma evresinde savcılığın makam olarak temsil edilmesidir. Bu suretle kişilerin değişmesinin bir önemi olmayacaktır.²¹ Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre duruşma başından sonuna kadar aynı Cumhuriyet savcısının yer alması, iddia faaliyetinin tutarlığı açısından önemli olduğu gibi²² maddi gerçeğe ulaşılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi hususlarında da gereklilik arz etmektedir.

²⁰ Ünver ve Hakeri (n 11) 1416

²¹ Erdener Yurtcan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (CMK), (9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara) 668

²² Şahin ve Göktürk (n 5) 125

E. ZORUNLU MÜDAFİ

CMK m.188/1’de duruşmada hazır bulunması şart koşulan müdafî, zorunlu müdafîdir. Bu bakımdan ihtiyari olarak seçilen veya talebe bağlı olarak görevlendirilmiş olan müdafî açısından böyle bir şart bulunmamaktadır.

Zorunlu müdafî, CMK m.150/2-3 kapsamında, sanığın on sekiz yaşını doldurmamış olması, sanığın kendini savunamayacak şekilde malul veya sağır ve dilsiz olması, sanık yetişkin ise yargılandığı suçun alt sınırının 5 yıldan fazla hapis cezasını gerektirmesi, CMK m.74 kapsamında sanığın akıl hastalığı nedeniyle gözlem altına alınması ve CMK m.101/3 kapsamında sanığın hakkında tutuklama istenmesi hallerinde atanacaktır.

29.10.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 676 sayılı KHK m.5 ile CMK m.188/1’e eklenen son cümleye göre müdafînin mazeret sunmaksızın duruşmayı terk etmesi halinde duruşmaya devam edilebilir. Yine 24.12.2017 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 696 sayılı KHK’nın 96. maddesi ile yine maddenin 1. fıkrasının son cümlesinde yapılan değişiklik ile müdafînin mazeret sunmaksızın duruşmada bulunmaması durumunda duruşmaya devam edilebileceği kabul edilmiştir.

Bu hükümlerle müdafînin mazeretsiz olarak duruşmayı terk etmek veya gelmemek suretiyle, duruşmanın sonuçlanmasını engellemeye, yargılamayı uzatmaya yönelik davranışların önüne geçilmek istendiğini belirten yazarlar vardır²³. Başka bir açıdan ise bu değişikliklerin CMK m.151 ile birlikte düşünüldüğünde çelişki yarattığı görüşünde olan yazarlar da mevcuttur²⁴. CMK m.151’de ise zorunlu müdafînin duruşmada hazır bulunmaması veya görevini ifa etmeden duruşmadan çekilmesi halinde hâkim veya mahkeme başkanının görevi düzenlenmiştir. Bu halde hâkim veya mahkeme başkanı oturuma ara vererek veyahut oturumu erteleyerek başka bir müdafî görevlendirilmesi için derhal gerekli işlemleri yapacaktır. HAKERİ/ÜNVER konuya ilişkin olarak iki farklı görüşün öne sürülebileceğini belirtmişlerdir. Buna göre ilk olarak KHK’lar ile söz konusu düzenlemeler yapılmışken CMK m.151 gözden geçirilmiş olabilir. Bu durumda CMK m.151’in hala uygulanma imkânı vardır ve CMK m.188 uygulanmadan bu hüküm uygulanacak ve CMK m.151 çerçevesinde başka bir müdafî görevlendirilecektir. İkinci olarak dikkat edilmesi gereken nokta ise CMK m.188’e eklenen düzenlemelerle duruşmaya devam edilmesine imkân vermesi ancak hüküm verilmesine ilişkin bir açıklık getirilmemesidir. Buna göre duruşmaya devam edilse dahi hüküm verilirken müdafînin bulunması zorunludur. Yazarların görüşüne göre CMK m.188’de bu değişiklik yapılırken CMK m.151 gözden geçirilmiştir. Aksi halde KHK’lar ile yapılan bu değişiklikler CMK m.151’e

²³ Artuç ve Elmas (n 18) 190

²⁴ Ünver ve Hakeri (n 11) 1417

eklenir ve madde yeniden düzenlenirdi. Ayrıca duruşmaya devam edilip hüküm verilememesi yorumu bu yazarlara göre yerinde değildir. Zira duruşmaya devam edilebiliyorsa hüküm de verilebilmesi gerekir. Buna göre esasen doğru olan hüküm CMK m.151'dir. CMK m.188 isabetli bir hüküm değildir. Dava uzatılıyor gerekçesiyle böyle bir sınırlama yapılması doğru değildir. Duruşma bir iki celse ertelense bile, celseler arasındaki süre kısa tutulabilir ve yine müdafî gelmediği takdirde hakkın kötüye kullanımı gerekçesiyle duruşmaya devam edilebilirdi. Buna göre CMK m.188 hükmü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve savunma hakkı göz önünde bulundurularak uygulanmamalı, maddenin vermiş olduğu takdir yetkisi sanık lehine yorumlanmalı ve madde hükmü değiştirilinceye kadar uygulanması söz konusu olmamalıdır. Ayrıca düzenlemeler yapılırken “*duruşmaya devam edilebilir*” hükmü yerine “*oturuma devam edilebilir*” ibaresi kullanılsaydı her ne kadar hüküm yine CMK m.151 ile çelişse bile bu halde tolere edilebilirdi. Yine yazarlar CMK m.188'in Anayasa m.90 hükmü ile aşılabileceğini savunmuştur. Zira müdafî olmadan duruşmaya devam edilmesi, uluslararası mevzuata aykırı olacaktır. Konuya ilişkin en doğru çözüm ise CMK m.188/1'e eklenen son cümlelerin çıkartılmasıdır²⁵. Kanaatimizce CMK m.188 hükmünde yer alan düzenleme zorunlu müdafiyi ifade ettiğinden mezkûr düzenlemeler ile maddeye eklenmiş olan, müdafinin mazeret sunmaksızın duruşmayı terk etmesi ve yine mazeret sunmaksızın bulunmaması halinde duruşmaya devam edilebileceği hususu zorunlu müdafiliğin mahiyeti karşısında yerinde bir düzenleme değildir. Zira kanunda zorunlu müdafiliğin öngörüldüğü durumlarda, kanun koyucu, sanığın müdafî yardımından yararlanmaksızın etkin bir şekilde savunma yapamayacağını önceden kabul etmiştir²⁶. CMK m.150'nin gerekçesinde belirtildiği gibi avukattan yararlanma temel bir hak olmakla birlikte zorunlu müdafilik kurumu CMK m.150/2'de avukat seçimi yapamayacak kişiler için öngörülmüş²⁷, m.150/3'de ise isnat edilen suçun gerektirdiği cezanın alt sınırı dikkate alınmıştır. Zorunlu müdafilik kurumu öncelikle sosyal devlet ilkesinin bir gereği olup devamında şahısların savunma hakları ve silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Bu sebeple konuya ilişkin olarak CMK m.151 hükmü uygulanmaya devam etmeli ve CMK m.188/1'de yer alan değişikliklerin madde metninden çıkarılması gerekmektedir.

CMK m.189 çerçevesinde birden çok avukat da aynı zamanda duruşmaya katılabilecekleri gibi aralarında işbölümü de yapabileceklerdir. Bu hüküm CMK m.149'un

²⁵ Ünver ve Hakeri (n 11) 1417-1418

²⁶ Hakan Karakehya, 'Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları', Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (2015) 3(2), 217

²⁷ Bkz. CMK m. 150 gerekçesi (<https://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=1629> Erişim Tarihi: 23.11.2021)

uzantısı niteliğindedir. CMK m.149 kapsamında sanık, kovuşturmanın her aşamasında birden fazla müdafî yardımından yararlanabilecektir. Kanun bu hususta bir sınırlama getirmemiştir. Ancak kanaatimizce bu durum yargılamanın ölçsüz bir şekilde uzamasına sebebiyet vermemeli, örneğin soru sorma hakkı kapsamında sanığın tek bir müdafî var gibi yargılama faaliyetleri yapılmalı, müdafî sayısı sınırlandırılmasa dahi duruşma esnasında müdafiler tarafından icra edilecek faaliyetler savunma hakkını kısıtlamayacak şekilde yargılamanın uzamaması açısından düzenleme altına alınmalıdır.

F. ZORUNLU VEKİL

Duruşmada hazır bulunması zorunlu olan muhakeme sùjelerinden biri de zorunlu vekildir. Zorunlu vekil müessesesi “*mağdur ve şikâyetçi hakları*” başlıklı CMK m.234/2’de ve “*katılan hakları*” başlıklı m.239/2’de hüküm altına alınmıştır. CMK m.234/2 uyarınca şayet kişi on sekiz yaşından küçük, sağır, dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl ise ve vekili de bulunmuyorsa, talebi olmasa dahi bu şartlardan en az birini taşıyan mağdura vekil görevlendirilecektir. Bu hususta mağdurun şikâyetçi olup olmadığına veyahut katılma talebinin bulunup bulunmadığı zorunlu vekil görevlendirilmesi için önem taşımayacaktır. Ayrıca kanunda sayılan bu haller dışında da kovuşturma safhasında, dosya içeriğine veya mahkemenin yapacağı tespitlere göre mağdurun, mahkeme huzurunda meramını anlatamayacağına kanaat getirilirse, bir vekil görevlendirilerek mağdurun beyanının alınması kanundaki düzenlemeye uygun olacaktır²⁸. Aynı düzenleme farklı ifadelerle katılan hakları kapsamında da yer almaktadır. CMK m. 239/2 hükmünde ise çocuk, sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olması durumunda katılana zorunlu vekil görevlendirilmesi için istem aranmayacağı düzenlenmiştir. Bu müessese zorunlu hukuki yardım olarak nitelendirilmektedir. Bu maddeler kapsamında zorunlu vekil mahkeme başkanı veya hâkimin istemi üzerine baro tarafından atanacaktır. Bu noktada zorunlu vekil görevlendirilmesi için mağdurun ve suçtan zarar görenin yaşı, fiziksel ve ruhsal özellikleri dikkate alınacaktır. Mağdur veya katılanın kanunda sayılan nitelikleri haiz olması halinde duruşmada zorunlu olarak vekille temsil edileceklerdir. Aksi takdirde bir ceza muhakemesi faaliyeti olan duruşma evresi kanuna uygun olarak gerçekleştirilemeyecektir.²⁹ Yargıtay da mağdurun on sekiz yaşını doldurmamış olması³⁰

²⁸ Mehmet Beyhan Seçkin, ‘Ceza Muhakemesinde Mağdur ve Şikâyetçinin Hakları’, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 2020(15), 648-649

²⁹ Ahmet Bozdağ, ‘Ceza Muhakemesinde Mağdurun Hukuki Yardım Alma Hakkı’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2017 (132), 135-136

³⁰ Yar. 5 CD, E. 2006/810, K. 2006/823, 15.02.2006 ; Yar. 4 CD, E. 2014/946, K. 2016/6557, 06.04.2016 ; Yar. 3 CD, E. 2017/20537, K. 2018/589, 22.01.2018 ; Yar. 18 CD, E. 2015/23538, K. 2016/9296, 02.05.2016

epilepsi hastası olması³¹, psikolojik tedavi görmesi³², zihinsel engelli olması³³, akıl hastalığının bulunması³⁴ hallerinde zorunlu vekil müessesesinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.

Söz konusu düzenlemeler silahların eşitliği ilkesi gereği yerinde düzenlemelerdir. Bu hükümler CMK m. 150/2-3 fıkralarında yer alan düzenlemelerle paralellik arz etmektedir³⁵. Zira maddi gerçeğin ortaya çıkarılması sanık yönünden taşıdığı önemi aynı doğrultuda mağdur ve suçtan zarar gören için de taşımaktadır. Her ne kadar CMK m.188/1'de duruşmada hazır bulunacak kişiler arasında zorunlu vekil açıkça yer almasa da anılan hükümler gereğince (m.234/2, m.239/2) kanundaki şartlar oluştuğunda zorunlu vekil de duruşmada bulunması gereken kişiler arasında yer alacaktır. Bu sayede, katılan sıfatını haiz olsun ya da olmasın mağdur ve katılan sıfatını haiz suçtan zarar gören kişiler için adil yargılanma hakkı muhafaza edilmiş olacaktır.

II. DURUŞMA DÜZENİ

A. GENEL OLARAK

Mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmanın idaresini ve düzenini sağlar, duruşmayı yönetir, sanık sorgusunu yapar ve delillerin ikame edilmesini sağlar. Bu husus CMK m. 192/1'de hüküm altına alınmıştır.

Duruşmanın idaresi denilince, ilk olarak düşünülen, duruşmanın başlaması ve bitirilmesi, duruşma sırasında okunacak belgelerin sırasının belirlenmesi, duruşmada yer alan taraflara ve ilgili süjelere söz verilmesi, disiplini sağlamak açısından gereken tedbirlerin alınması yönündeki işlemlerdir. Bunlarla beraber mahkeme başkanı veya hâkim, esasa ilişkin olarak da bir takım yetki ve sorumluluklara sahiptir.

Duruşma sırasında hâkimin verilen beyanları özenle dinlemesi, bunlara ilişkin olarak gözlem yapabilmesi gerekmektedir. Bunun sağlanması için duruşma salonunun dış etkenlerden uzak ve fiziki şartlarının elverişli olması elzemdir. Bununla birlikte hâkimin de tüm dikkatini duruşmada gerçekleştirilen faaliyetlere vermesi, duruşma sırasında yargılama haricinde herhangi bir şeyle ilgilenmemesi ve bu suretle muteber olması gerekecektir. Duruşma düzen ve yönetimi de tarafların yargılamadaki ilerlemeleri kolaylıkla anlayacakları şekilde gerçekleştirilirse, muhakemenin daha başarılı olacağı yadsınamaz bir gerçekliktir. Zira

³¹ Yar. 2 CD, E. 2008/1974, K. 2008/7716, 30.04.2008

³² Yar. 4 CD, E. 2009/10002, K. 2009/7538, 15.09.2009

³³ Yar. 3 CD, E. 2015/23176, K. 2016/7201, 22.03.2016

³⁴ Yar. 3 CD, E. 2015/23854, K. 2016/1502, 25.01.2016

³⁵ Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, (4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019) 254

muhakemenin başarılı olması maddi gerçeğe ulaşmak için yapılacak olan inceleme ve öğrenme yargılaması duruşma ile mümkün olacaktır³⁶.

Ceza muhakemesinde duruşmaya hâkim ilkelerden birisi de sözlülük ilkesidir. Bu ilke gereğince hâkimin duruşmada beyan ve delilleri, ispat derecesinin değerlendirilmesi ve kanaat oluşturması için dikkatli bir şekilde takip edip değerlendirmesi gerekir. Sözlülük ilkesinin doğrudan bir sonucu olan vasıtasızlık (doğrudan doğrualık, yüz yüzelik) ilkesi kapsamında ise mahkeme somut olaya ilişkin fiilin icrası açısından maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için doğrudan ve aracısız olarak bilgi sahibi olacak ve bu suretle kanaat getirecektir. Vasıtasızlık ilkesinin direkt olarak hâkimlere ilişkin olduğu söylenebilir. Bu sebeple hâkim, fiziksel olarak duruşmada olduğu gibi manevi olarak da kesintisiz bir şekilde duruşmaya iştirak etmelidir³⁷. Bu noktada dış etkenlerden uzak durarak, tüm dikkat ve enerjisini duruşmada yer alan iddia ve savunma makamları ile katılan, tanık ve duruşmadaki diğer kişilerin beyanlarına vermek durumundadır. Doktrinde duruşma sırasında rehavet bastığı zaman not alınması ve gerekirse kısa süreyle ara verilmesi tavsiye edilmektedir. Bununla birlikte ara verilmesi halinde hâkimin celse sırasında dosya harici herhangi bir şeyle ilgilenmesi, gazete, dergi okuması, bilgisayarla ilgilenmesi, duruşma günü hâkim ya da hâkimlerden birinin iştirak rahatsızlığı yaşıyor olması gibi durumlar kişilerin adliyeye olan güvenini sarsar ve adil yargılanmaya da zarar verir. Hâkim beyanları dikkatli, saygın, itidalli, sükûnetli, özenli, sade ve tarafsız olmalıdır³⁸. Sonuçta vasıtasızlık ilkesi gereğince duruşmada son kararı verecek olan mahkeme hâkimleridir³⁹. Bununla birlikte bu hususlar ilgililer bakımından ise meramını anlatabilme hakkı açısından önem taşımaktadır. Buna göre herkes mahkeme önünde dinlenilme hakkına sahiptir.⁴⁰ Bu sayede sanık, tanık, mağdur, suçtan zarar gören ve diğer ilgililer somut olay hakkındaki bilgilerini mahkeme önünde açıklayabilecek ve mahkemenin bu kişileri özenli ve dikkatli dinlemesi maddi gerçeğe ulaşılması açısından yerinde olacaktır⁴¹. Keza bu hak kapsamında sanık kendisine isnat edilen suç hakkında düşüncesini açıklayabilecek, savunmasını yapacak ve bu suretle muhakemeye de yön verecektir. Bu ilke sanığın savunmasını etkin bir şekilde yapılmasına olanak tanıdığından savunma hakkı ile iç içedir. Bu sebeple meramını anlatabilme

³⁶ Görkemli (n 14) 196

³⁷ Özbek, Doğan, Bacaksız (n 7) 76; Ünver ve Hakeri (n 8) 129

³⁸ Farbreguettes, MP, Adalet Mantiğı ve Hüküm Verme Sanatı (1945) (Aktaran : Hakeri H, Ünver Y, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt:3, (15. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019) 1145; Karakehya (n 26) , 222

³⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız (n 7) 560

⁴⁰ ibid 54

⁴¹ Ünver ve Hakeri (n 8) 43

ve dolayısıyla savunma hakkının gerçekleştirilebilmesi mahkeme başkanı ve hâkimlerin sanığın beyanlarını dikkatlice dinlemesine bağlıdır.⁴²

Duruşmada yer alan ilgililerden biri düzen ve disipline ilişkin olarak duruşmanın yönetimi hususunda mahkeme başkanı tarafından hükmedilen bir tedbirin hukuka aykırı olduğunu ileri sürerse mahkeme, bu hususta bir karar verir. (CMK m.192/2)

CMK m. 203'ü amacı ise duruşmanın düzen ve disiplinin sağlanması, bu suretle duruşmanın düzen ve disiplinin bozulmasına neden olabilecek olayların önüne geçilmesidir⁴³.

CMK m. 203/1 gereğince, duruşma düzeni mahkeme başkanı veya hâkim tarafından sağlanır. Duruşma düzenini bozucu davranışlar olarak, söz verilmeden konuşmak, sanık veya müdafinin, mağdur veya şikâyetçi ile vekilinin, tanığın, bilirkişinin, Cumhuriyet savcısının sözünü kesmek, müdahale etmek, bu kişilere fiili müdahalede bulunmak, olumsuz davranışlar konusunda yapılan uyarıları dinlememek örnek gösterilebilir⁴⁴. Yargıtay, sanığın, oğlu tanık olarak dinlenirken kendisine yapılan ikazlara rağmen, "*çocuğa ne biçim soru soruyorsun, onu ben mi bildirdim, ne istiyorsan onu yaz*" şeklinde beyanda bulunması sebebiyle salondan çıkarıldığı, yeniden içeri alındığında ise "*baba olarak hakkım yok mu, çocuğum neden yargılanıyor, ne biliyorsan onu yaz*" şeklindeki beyanlar da bulunması suretiyle duruşma düzenini bozduğuna hükmetmiştir⁴⁵. Yine Yargıtay, birden fazla sanıklı bir yargılamada bir sanığın "*neden diğer sanık tutuklanmıyor? Mahkeme haksızlık yapıyor, nerede ise madalya takacak, buna itiraz ediyorum*" ve "*bu tavır taraflıdır, madalya takıyorsunuz*" şeklindeki sözlerinin, duruşma düzenini bozucu nitelikte olduğunu belirtmiştir⁴⁶.

CMK m. 192'de mahkeme başkanı ve hâkime tanınan yetkiler dahilinde mahkeme başkanı veya hâkim duruşma düzenini bozan şahsın duruşma salonundan çıkarılmasına karar verebilecektir. (CMK m.203/2).

Bu noktada duruşma düzenini bozan kişinin müdafî olması halinde salondan çıkartılmasına karar verilip verilemeyeceğine ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Doktrinde bazı yazarlar kanundaki düzenleme açık olmadığı için, madde müdafinin de salondan çıkarılabileceği şeklinde anlaşılmalı müsaait olsa da, Avukatlık Kanunu da sadece avukatın duruşmanın düzenine ilişkin hükümlere göre disiplin yönünden tutuklanamayacağını, disiplin hapsi veya para cezası verilmeyeceğini (Avukatlık Kanunu m. 58/2) ve disiplin hapsine konulamayacağını (CMK m.203/3) hükme bağlandığından dolayı olarak müdafinin salondan çıkartılmasına karar verilemeyeceği görüşündedir⁴⁷. Bir başka görüşe göre ise CMK'da, 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 151.madde de avukatların duruşma salonundan

⁴² Karakehya (n 26) 200

⁴³ Bkz. CMK m. 203 gerekçesi (<http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=1682> Erişim Tarihi: 26.11.2021)

⁴⁴ Yar. 4 CD, E. 2008/15464, K. 2008/18029, 08.10.2008

⁴⁵ Yar. 4 CD, E. 2006/6474, K. 2007/10085, 28.11.2007

⁴⁶ Yar. 4 CD, E. 2008/21237, K. 2010/12674, 29.6.2010

⁴⁷ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhuğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, (7.Baskı, Seçkinlik Yayıncılık, 2019) 716-717

çıkarılmayacağını yönündeki gibi açık bir hüküm bulunmadığından duruşma disiplini bozan müdafî de olsa salondan çıkartılmasına karar verilebilir⁴⁸. Ancak direnç göstermeleri halinde müdafilere disiplin hapsi uygulanamaz. CENTEL/ZAFER'e göre bu bağlamda bir karşılaştırmaya giderek nasıl ki Cumhuriyet savcısı duruşma salonundan çıkarılmıyorsa, müdafî de çıkartılmamalıdır⁴⁹, zorunlu müdafî duruşma salonundan çıkartılırsa, duruşmanın da ertelenmesi gerekir; zira onun yokluğunda duruşma yapılması hukuka kesin aykırılık teşkil eder⁵⁰. Kanaatimizce mahkemenin zorlayıcı araçlarının kullanımının müdafîye karşı sınırlandırılmış olması, müdafinin bağımsız bir adli organ olmasının sonucudur. Bu bağlamda müdafinin duruşmadan çıkartılabilmesi, onun bağımsızlığıyla bağdaşmamaktadır.

Duruşma düzenini bozan kişi dışarı çıkarılması anında yargılama makamına karşı direnir ve bu suretle kaosa sebep olursa yakalanacak ve mahkeme tarafından verilen kararlar derhâl dört güne kadar disiplin hapsi yaptırımını uygulanacaktır. Bu hususta avukatlar hariç tutulmuştur. Çocuklar içinse kanun uyarınca disiplin hapsi uygulanamaz. (CMK m.203/3) Buradaki disiplin hapsi CMK m.2'de düzenlenmiş olan "*Kısmi bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen hapsi*" ifade eder.

Anılan fıkra uyarınca avukatlar istisna tutulmuştur. Buna göre avukatlar tutuklanamayacağı gibi, haklarında disiplin hapsi de uygulanamayacaktır. Bu noktada avukatlar hakkında disiplin hapsi uygulanamayacağına ilişkin olarak bir görüşe göre, avukata disiplin cezası uygulanmaması için, avukatın o duruşmada görev yapması gerekir⁵¹. Başka bir görüşe göre ise, bu madde sadece müdafî ya da vekili değil o an duruşma salonunda bulunan tüm avukatları kapsamaktadır⁵².

Keza aynı hüküm gereğince de duruşma düzenini bozan kişinin çocuk olması halinde çocuklar için disiplin hapsi uygulanmayacaktır.

Bu disiplin yaptırımının uygulanmadan önce hatırlatılması uygun olacaktır. Yine kanun bu kişileri kimlerin kapsadığını saymadığından duruşmada dinleyici olarak duruşma salonunda bulunması uygun görülmeyenleri de mahkeme başkanı veya hâkim dışarı çıkarabilecektir⁵³. Disiplin hapsi konusunda CMK m.2/1-1'de düzenlenen hükümler geçerlidir⁵⁴.

⁴⁸ Ünver ve Hakeri (n 11) 1446

⁴⁹ Nur Centel ve Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, (14. Baskı, Beta Yayıncılık, 2017) 196

⁵⁰ Centel ve Zafer (n 49) 196,738

⁵¹ Erdal Noyan, Ceza Davası, (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2007) 812

⁵² Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Seçkin Yayıncılık, 2006) 599

⁵³ Yenisey ve Nuhoglu (n 47) 716

⁵⁴ Ünver ve Hakeri (n 11) 1446

B. DURUŞMA DÜZENİNİ BOZAN SANIK HAKKINDA YAPILABİLECEK İŞLEMLER VE HÂKİMİN BU KONUDA YETKİLERİ

Ceza yargılamasında kovuşturma safhası kural olarak sanıksız yürümez. Bu kuralın istisnaları ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nun çeşitli yerlerinde hüküm altına alınmıştır. Bu istisnalardan bir tanesi de CMK m.204'tür.

CMK m. 204 duruşmada düzen ve disiplini bozan sanığın yokluğunda oturumlara devam edilmesi halini düzenlemektedir⁵⁵. Sanık şayet tutum ve eylemleriyle duruşmanın düzen ve idaresini tehlikeye sokarsa duruşma salonundan çıkartılacaktır. Mahkeme tarafından duruşma düzenini bozan sanığın duruşmada bulunması savunma hakkı açısından zorunlu görülmediği takdirde oturum sanığın yokluğunda devam eder. Bu durumda sanığın müdafî yoksa mahkeme barodan müdafî görevlendirilmesini ister. Sanığın oturuma yeniden alınmasına karar verilmesi halinde ise kendisine yokluğunda gerçekleştirilen işlemler açıklanır.

Maddenin amacı duruşmaların sağlıklı bir biçimde yürütülmesidir. Mahkeme, CMK m.191'e göre sorgusu yapıp isnat edilen suç hakkında savunma hakkını kullanan sanığın davranışları sebebiyle hazır bulunmasının duruşmanın düzen ve disiplininin tehlikeye gireceğini tespit ettiğinde, sanığın duruşma salonundan çıkarılmasına karar verir. Bu kararı vermeye, madde metninde açıkça yazılmamakla birlikte, yalnızca mahkeme yetkilidir. Bu yetki hususu bağlamında, CMK m.204 ile duruşmanın düzenine ilişkin olarak CMK m.203/1'i beraber değerlendirmek ve bu kararın sadece yargılama makamı tarafından verilebileceğini kabulü gerekmektedir⁵⁶. Mahkemenin çıkarma kararını vermesini gerektirecek bir tehlikenin var olup olmadığı konusunda takdir yetkisi vardır. Ancak böyle bir tehlikenin var olmasının anlaşılması halinde sanığın mahkeme tarafından duruşmadan çıkarılması mecburidir. Yani bu konuda mahkemenin takdir yetkisi yoktur⁵⁷.

Tehlikenin var olup olmadığının tespitine ilişkin mahkemeye tanınan takdir yetkisi oldukça geniş bir takdir yetkisidir. Ancak bu noktada duruşmanın düzen ve disiplininin tehlikeye girebileceğini gösterir somut olgulara ihtiyaç vardır, soyut faraziyelerle bu yönde bir çıkarım yapmak doğru olmayacaktır⁵⁸. CMK m.204'ün madde metninde yer alan *“mahkemenin, sanığın duruşmada hazır bulunması savunması bakımından zorunlu görmemesi halinde, oturumu sanık hazır bulunmadan sürdürüp bitireceği”* hususu, gerçek bir tehlikenin mevcudiyetini gösterir somut olgular meydana gelmedikçe, sanığın mahkeme tarafından

⁵⁵ Karakehya (n 26) 219

⁵⁶ Ünver ve Hakeri (n 11) 1446 -1447

⁵⁷ Artuç ve Elmas (n 18) 197

⁵⁸ Ünver ve Hakeri (n 11) 1447

duruşmadan çıkarılmaması gerektiğinin ehemmiyetini göstermektedir. Zira sanık salondan çıkarıldıktan sonra duruşma sanığın yokluğunda sürdürülüp bitirilecektir ki böyle bir durum da sanığın savunma hakkını zedeler⁵⁹. Ancak bu yetkinin mahkeme objektif bir şekilde kullanılması halinde, disiplin bozucu hareketlerde bulunan sanığın dışarı çıkarılması silahların eşitliği ilkesine de hukuki dinlenilme hakkına da aykırılık teşkil etmeyecektir⁶⁰.

Sanık mahkeme tarafından duruşma salonundan çıkartılırsa ve müdafî yoksa mahkeme barodan bir müdafî görevlendirilmesini isteyecektir. Sanık kendi hareketleri ile duruşma düzenini bozduğu için salondan çıkartılmış olup, artık savunmasının müdafî vasıtası ile yapılması halinde silahların eşitliği ilkesine aykırı davranıldığından da bahsedilemeyecektir⁶¹. Zira silahların eşitliği sanığın sahip olduğu haklar ve savcının yetkileri arasında bir dengenin sağlanmasını ifade eder. Bu noktada asıl olan bu dengenin savunma hakkı aleyhine bozulmaması, savunma hakkının kısıtlanmamasıdır⁶². Bu sebeple sanığa müdafî atanmadan yokluğunda hüküm kurulmak suretiyle sanığın savunma hakkının kısıtlanması hukuka aykırı olacaktır⁶³. Ancak TANER'e göre CMK m.204 uyarınca müdafî olmayan sanığa ani bir şekilde atanan müdafinin savunmaya ne kadar katkı sağlayabileceği de düşünülmeli ve bu sebeple madde gereğince mahkeme başkanı veya hâkime tanınan bu yetki ölçüsüz olarak kullanılmamalıdır.⁶⁴

Duruşmadan çıkarılan sanığın, yeniden duruşmaya alınmasına karar verilmesi halinde, yokluğunda yapılan işlemler sanığa anlatılır. Bu hükmün gayesi, sanığın bundan sonra yapacağı savunmalar ve kullanacağı hak ve yetkiler için, dosyanın durumu ve muhakeme aşamasında elde edilen veriler hakkında bilgi vermektir. Kanaatimizce asıl amaç maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olduğundan bu aşamada her ayrıntı sanığa bildirilmelidir. Zira mahkemenin önemsiz gördüğü bir husus sanığın beyanlarıyla muhakeme açısından çok daha önemli bir hal alabilecektir⁶⁵. Yine bu hüküm ile birlikte silahların eşitliği ilkesinin gerekleri yerine getirilmeye çalışılmıştır⁶⁶.

⁵⁹ Ünver ve Hakeri (n 11) 1447

⁶⁰ Bilgehan Yeşilova, 'Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (2009) (86) 67

⁶¹ Ender Anaklı, 'Silahların Eşitliği İlkesi' (YL Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, 2006) 67

⁶² Özbek, Doğan, Bacaksız (n 7) 52

⁶³ Yar. 13 CD, E. 2014/38329, K. 2015/1281, 15.10.2018 ; Yar. 4 CD, E. 2012/36256, K. 2014/4199, 11.02.2014 ; Yar. 1 CD, E. 2015/1316, K. 2015/4112, 24.06.2015

⁶⁴ Fahri Gökçen Taner, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği (Seçkin Yayıncılık, 2019) 324

⁶⁵ Anaklı (n 61) 67

⁶⁶ Taner (n 64) 321

HAKERİ/ÜNVER'e göre CMK m.204'ün duruşma salonu dışına çıkarma yetkisini yalnızca “*sanık*” yönünden düzenlemesi hatalıdır. Duruşmanın düzeni sanık haricindeki diğer kişiler tarafından da bozulabilecektir. Yazarlara göre burada kıyas yapılamaz. Çünkü hak kısıtlamasına yol açan bu yetki kullanıldığında koruma tedbiri niteliğine bürünür. Her ne kadar CMK m.203 /2, duruşma düzenini bozan herkese yönelik genel bir hüküm içermekte ise de, bu maddenin içeriği ile m.204'ün içeriği ve koşulları farklıdır. Buna binaen m.204'deki “*sanık*” ifadesi yerine 1412 s. mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) m.379'daki gibi “*bir kimse*” ifadesinin konulması gerekmektedir⁶⁷.

Duruşma düzeni kapsamında sanıkla ilgili olarak değinilmesi gereken bir diğer husus ise duruşmada sanığa kelepçe takılıp takılamayacağıdır. CMK m. 191/1 uyarınca sanık duruşmaya kelepçesiz olarak alınır. Bu hükümlerle amaçlanan sanığın baskı veya sınırlama altında kalmaksızın savunma hakkını etkin bir şekilde kullanabilmesidir⁶⁸. Kanaatimizce duruşma esnasında veya ifade alınırken düzen bozucu ve tehlikeli davranışlarda bulunan sanığın zaptının sağlanabilmesi için de bu kişilere kelepçe takılamayacaktır. Zira kanun koyucu bu konuda bir istisna öngörmemiştir. YURTCAN, bu düzenlemeye ilişkin olarak mülga CMUK m.116'nın son fıkrasında yer alan tutuklu sanığın duruşmaya kelepçesiz olarak çıkarılacağı hükmü yeni yasaya aktarılırken bu sonucun tutuklu sanık olduğu için unutulmuştur. Yazara göre, maddenin bu haldeki yazımı yanlış anlaşılmalara çağrıştıracak, mahkemeye gelen sanıklar önce bağlanacak, sonra duruşma bağlarken bağları çözüleceği anlaşılacaktır⁶⁹.

C. DURUŞMADA SUÇ İŞLENMESİ

Duruşma sırasında bir kimsenin suç işlemesi halinde, mahkeme tarafından olay tespit edilecek ve bu konuda tutanak düzenleyerek yetkili makama gönderecektir. Bununla birlikte mahkeme tarafından duruşma sırasında suç işleyen fail hakkında tutuklama tedbirine de karar verilebilir. (CMK m.205)

Duruşmada suç işlenirse, mahkeme bu durumu duruşma zaptına geçerek olayı tespit eder ve bir tutanak düzenler. Daha sonra bu tutanak yetkili makama yani Cumhuriyet savcılığına gönderilir. Duruşmada işlenen suçun şikâyete bağlı suçlardan olup olmamasının önemi yoktur. Suç şikâyete bağlı olsa dahi tutanak düzenlenir ve Cumhuriyet savcılığına gönderilir⁷⁰. Duruşmada suç işlenmesi halinde soruşturma makamını harekete geçirecek ilk işlemleri

⁶⁷ Ünver ve Hakeri (n 11) 1448

⁶⁸ Burak Taş, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin Kabulü, Tensip ve İlk Duruşma’, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2020) (2) 287-314, 301

⁶⁹ Yurtcan (n 21) 670

⁷⁰ Artuç ve Elmas (n 18) 197

mahkemenin yapması CMK m.205’de hükme bağlanmış olmasına karşın uygulamada çoğunlukla işlenen suçun soruşturulmasının şikâyete tabi olup olmadığı ayrımı yapılmadan, kanunda öngörülenler yerine, mağdurun şikâyet ve ihbar hakkını kullanması istenmekte ve bu durum kanuna aykırılık teşkil etmektedir⁷¹. Belirtmek gerekir ki iddia olunan suçun şikâyete bağlı olması halinde ne yapılacağı hususunun madde metninde ayrı olarak düzenlenmemiş olması eksiklik teşkil etmektedir. Zira soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bir suç işlendiği takdirde, şikâyetin olmadığı durumlarda soruşturma başlatılamayacağına göre bu olasılık m.205 hükmü dışında bırakılmalıydı⁷².

Mahkemece tutulan tutanakta, sadece suçu işleyen kişinin kimlik bilgilerinin ve işlediği suçun belirtilmesi yeterli değildir. Bu suçla ilgili tüm delillerinde tespiti, örneğin suçun işlendiği esnada duruşmada bulunan ve olaya tanık olan kişilerin isimlerinin de bildirilmesi gerekir. Uygulamada genellikle, suçun işlendiği oturuma ilişkin tutulan tutanakların bir örneği, suç duyurusu ekinde Cumhuriyet savcılığına gönderilmektedir⁷³.

Madde hükmü uyarınca, mahkeme gerekirse tutuklamaya da karar verebilir. Tutuklama prosedürünün nasıl olacağı konusunda belirsizlikler mevcuttur. Bazı yazarlara göre⁷⁴ CMK m.100’deki tutuklama nedenlerini göz önünde bulundurması gerekirken, bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre⁷⁵ buradaki tutuklama, kısa süreli tehlikeyi önlemeye yönelik bir tutuklamadır ve bu sebeple CMK m.100 vd. maddelerindeki kurala göre değil, bu kişinin ilgili ihbar evrakı ile birlikte Cumhuriyet savcılığına gönderilmesine kadar işlevi olan ve ondan sonra ortadan kaldırılması gereken bir tutuklama kararı olarak düşünülmesi gerekir.

Duruşma sırasında avukatların suç işlemesi halinde, bu suçun görevi sırasında meydana geldiği gözetilerek haklarında 1136 s. Avukatlık Kanunu m.58⁷⁶ vd. hükümlerinde yer alan özel usule göre işlem yapılacaktır.

⁷¹ Ünver ve Hakeri (n 11) 1449

⁷² ibid 1450

⁷³ Artuç ve Elmas (n 18) 197

⁷⁴ Osman Yaşar, Ceza Muhakemesi Kanunu, 2.Cilt, (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2011) 2444

⁷⁵ Ünver ve Hakeri (n 11) 1449

⁷⁶ Avukatlık Kanunu, Kanun Numarası: 1136, Kabul Tarihi: 19.3.1969, RG. 7.4.1969, S. 13168 Madde 58 – (Değişik : 23/1/2008-5728/331 md.) “Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve kayıtlı olunan baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranmaz. (1) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanununun duruşmanın inzibatına ilişkin hükümleri saklıdır. Şu kadar ki, bu hükümlere göre avukatlar tutuklanamayacağı gibi, haklarında disiplin hapsi veya para cezası da verilemez.” Madde 59 – “58 inci maddeye göre yapılan soruşturmaya ait dosya Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne tevdi olunur. İnceleme sonunda kovuşturma yapılması gerekli görüldüğü takdirde dosya, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesine en yakın bulunan ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet Savcılığına gönderilir. Cumhuriyet Savcısı beş gün içinde, iddianamesini düzenleyerek dosyayı son soruşturmanın açılmasına veya açılmasına yer olmadığına

D. DOĞRUDAN SORU SORMA ESNASINDA DURUŞMA DÜZENİNİN SAĞLANMASI

CMK'nın 201. maddesi uyarınca doğrudan soru yöneltme hakkı Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukata tanınmıştır. Bu kişiler sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere doğrudan soru sorabilirler. Ancak doğrudan soru sorma hakkı duruşma disiplinine uygun olarak kullanılacaktır. Belirtilen kişilerle birlikte sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığıyla soru yöneltebilecektir. Yöneltilen soruya itiraz halinde, sorunun sorulması gerekliliği mahkeme başkanı veya hâkim tarafından değerlendirilecektir. Keza heyet halinde görev yapan mahkemelerde, heyette yer alan hâkimler de sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere soru sorabileceği de aynı madde hükmünün son cümlesinde hüküm altına alınmıştır.

Doğrudan soru sorma hakkı adil yargılanma ilkesinin gerçekleştirilebilmesi için belki de kanunun getirdiği en önemli düzenlemedir.⁷⁷ Bu hakkın karışıklığa yol açmadan kullanılması maddi gerçeğin ortaya çıkması bakımından önem arz etmektedir. Bu bağlamda ceza yargılamasında duruşmanın düzen ve disiplini, duruşmanın yönetilmesi hususları soru sormanın usulüne uygun gerçekleştirilmesi için önem arz etmektedir. Doğrudan soru sorma bakımından kanun koyucunun getirdiği tek sınırlama, duruşma düzenini bozmaktır.

Soru sorma sürecinin yönetimi genel olarak CMK m. 192 uyarınca “duruşmayı idare etme” yetkisinin doğal bir uzantısı olarak mahkeme başkanı veya hâkimdedir. Bundan dolayı soru sormanın ne zaman gerçekleşeceği ve bu kuruma ne kadar süre ayrılacağı mahkeme başkanı veya hâkimin takdirindedir. Doğrudan soru sorma hakkının nasıl kullanılacağına ilişkin bir yönerge henüz mevzuatımızda bulunmamaktadır. Ancak bu noktada CMK m.216 hükmünden yararlanılarak önce söz sırayla katılana ve vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa

karar verilmek üzere ağır ceza mahkemesine verir. İddianamenin bir örneği, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun hükümleri uyarınca, hakkında kovuşturma yapılan avukata tebliğ olunur. Bu tebliğ üzerine avukat, kanunda yazılı süre içinde bazı delillerin toplanmasını ister veya kabule değer bir istemde bulunursa nazara alınır, gerekirse soruşturma başkan tarafından derinleştirilir. Haklarında son soruşturmanın açılmasına karar verilen avukatların duruşmaları, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesinde yapılır. (Ek cümle : 2/5/2001 - 4667/38 md.) Durum avukatın kayıtlı olduğu baroya bildirilir. (Ek fıkra:11/7/2020-7249/10 md.) Avukatların, avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar nedeniyle verilen bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları hakkında 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 286 ncı maddesinin ikinci fıkrası uygulanmaz.” Madde 60 – “59 uncu maddede yazılı mahkemelerin tutuklama veya salıverilmeye yahut son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına dair kararlarına karşı Cumhuriyet Savcısı veya sanık tarafından genel hükümler uyarınca itiraz olunabilir. Bu itiraz, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesi hariç olmak üzere, itiraz edilen kararı veren mahkemeye en yakın ağır ceza mahkemesinde incelenir.” Madde 61 – “(Değişik : 23/1/2008-5728/332 md.) Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde soruşturma, bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından genel hükümlere göre yapılır.”

⁷⁷ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Vıllemın ve Tok (n 1) 634

ve müdafine veya kanuni temsilcisine verilebilir. Cumhuriyet savcısı, katılan veya vekili, sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcisinin açıklamalarına; sanık ve müdafî ya da kanuni temsilcisi de Cumhuriyet savcısının ve katılanın veya vekilinin açıklamalarına cevap verebilir⁷⁸. Bununla birlikte belirttiğimiz üzere sorulmuş olan soruya itiraz edilmesi halinde CMK m. 201’de sorulan soru hakkında yargılamanın gidişatı açısından sorunun gerekliliğine mahkeme başkanı karar vereceği hüküm altına alınmıştır. Doktrinde bazı yazarlara göre ise duruşmanın idaresi ve disiplini mahkeme başkanı ve hâkime ait olduğundan, doğrudan soru yöneltme konusunda başkan veya hâkimin bir karar vermesi gereklidir. Buradaki doğrudan oluş yargılama makamına rağmen değil, yargılama makamı üzerinden olmaksızın araya hâkim girmeksizin soru sorabilmeyi ifade etmektedir⁷⁹.

Bu bağlamda CMK m.201, ceza yargılamasında duruşma düzen ve disiplinine ilişkin olarak düzenleme altına alınan hususlar çerçevesinde değerlendirilmelidir. Nitekim soru sorma hakkının kullanılması da mevzuatta yer verilen duruşma düzen ve disiplinine dair kurallar bağlamında gerçekleştirilecektir ve bu yetki mahkeme başkanı veya hâkimin idaresi altında kullanılacaktır⁸⁰. Buna göre soru sormanın hangi aşamada ve hangi şekilde kullanılacağına karar verecek olan hâkim veya mahkeme başkanıdır. Belirtmek gerekir ki mahkeme başkanı ya da hâkim soru sorma hakkının kullanılıp kullanılmayacağı hususunda değil, nasıl kullanılacağı noktasında duruşma düzeni bağlamında yetkilidir. Soru sorma hakkı adil yargılanma hakkıyla doğrudan bağlantılı olduğundan bu hak, hukuk düzeninde var olma gayesine uygun olarak kullanılmalıdır.⁸¹ Bu noktada duruşma sırasında soru sorma hakkına ayrılacak olan sürenin uzun olması halinde gün içindeki duruşma sayılarının fazla olması ve mahkemelerin yoğunluğu dikkate alındığında, söz konusu durumun duruşma düzenini bozup bozmayacağı hususu gündeme gelmektedir. Belirtmek gerekir ki mahkeme başkanı veya hâkimin doğrudan soru yöneltme hakkının kullanılabilmesi için ilgili makamlara makul süre tanınmalıdır. Bu noktada makul sürenin ne kadar olacağı görülen davaların niteliğine ve dinlenen kişinin olgularla ilişkisi ve bilgi birikimine göre değişecektir⁸². Ancak kanaatimizce muhakemenin asıl amacı maddi gerçeğe ulaşmak olduğundan bu amaca hizmet etmeyen somut olayla ilgisiz, tamamen şahsi fikir beyanı şeklinde soruların sorulmasından, muhatabın soruyu etkisiz kılacak şekilde ilgisiz

⁷⁸ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özyayın, Erden Tütüncü, Altınok Vıllemın ve Tok (n 1) 634

⁷⁹ Şahin ve Göktürk (n 5) 145

⁸⁰ Naim Karakaya, Avukatlar İçin El Kitabı IV – Ceza Muhakemesi Hukukunda Avukatın Soru Sorma Yetkisi, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi 60 (<https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/elkitabi4.pdf> Erişim Tarihi 15.08.2021)

⁸¹ Karakaya (n 80) 60

⁸² Burcu Dönmez, Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu (Doğrudan Soru Yöneltme), (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019) 150, 384-385

meselelerin anlatılmasından⁸³, yine gereksiz soru ve tekrarlardan kaçınılması gerekmektedir. Bu husus belirtildiği gibi öncelikle duruşma düzeni kapsamında mahkeme başkanı veya hâkim tarafından dikkate alınmalı, sonrasında ise duruşmada yer alan tüm muhakeme sūjeleri soru sorma haklarını buna göre kullanmalıdır. Aksi bir durum duruşma düzeninin bozulmasına sebep olabileceği gibi maddi gerçeğe ulaşma sürecini de uzatmış olacaktır.

CMK m.201’de doğrudan soru sorma imkânının Cumhuriyet savcısı, müdafii ve vekile tanınmış olup, sanığın ve katılanın doğrudan soru sorma hakkı bulunmamaktadır. Sanık veya katılan avukat aracılığı olmaksızın soru sormak istediklerinde bu işlemi mahkeme başkanı veya hâkim vasıtasıyla gerçekleştirecektir. Bu durum soru sorma hakkının profesyonel hukukçulara tanındığını göstermektedir. Bu noktada amaç ise yine duruşma disiplininin sağlanmasıdır⁸⁴.

Duruşma esnasında avukata doğrudan soru sorma hakkının kullanılmasına başlanması ve bu suretle avukatın doğrudan soruyu yöneltmesi halinde, sorunun kapsamına ve şekline müdahalede bulunulamayacaktır. Mahkeme başkanı veya hâkim bu noktada ancak davada yer alan tarafların haklarının muhafazası ve genel anlamda duruşma düzen ve disiplini açısından müdahale edebilecektir⁸⁵. Bu yönden yasak sorgu usulleri kapsamına girebilecek bir sorunun yöneltmesinin, mesela sanığa haksız bir menfaat önererek cevaplandırılmak üzere soru sorulmasının, karşı tarafı küçültücü, yönlendirici soruların sorulmasının engellenmesi mümkün ve gerekli olarak görülmektedir⁸⁶. Bazı yazarlara göre ise kanuni düzenleme karşısında bu mümkün değildir⁸⁷. Duruşma esnasında yer alan tarafların birbirlerine yönelik hakaret içeren veya özel hayatın gizliliğini iddia ve savunma hakkı ile bağdaştırılmayacak biçimde ihlal eden sorulara da hâkim tarafından müdahale edilebilecektir. Bazı yazarlara göre böyle bir durumda soru sormanın engellenmesi ancak sorulan sorunun karara etkili olmaması halinde gerçekleştirilebilir⁸⁸. Yine hâkimin, tarafların soru sorma hakkının amacına aykırı düşecek bir şekilde duruşma esnasında diyaloga girmeleri durumunda da buna müdahale etmesi, soru sormayı durdurması ve tarafları uyarması da duruşmanın düzen ve disiplinin sağlanması yetkisi içindedir⁸⁹. Bununla birlikte gerçekleştirilen bu müdahaleler soru sorma hakkının kullanılmasını orantısız olarak sınırlandırmamalıdır. Hâkimin keyfi olarak doğrudan soru sorma hakkını kullandırmaması, savunma hakkının sınırlandırılmasına yol açacağı için, hukuka kesin aykırılık (CMK m.289/1-h) hali olarak değerlendirilecektir.

⁸³ Karakaya (n 80) 53

⁸⁴ Dönmez (n 82) 150 384

⁸⁵ Karakaya (n 80) 60

⁸⁶ Yaşar (n 73) 2424

⁸⁷ Ünver ve Hakeri (n 11) 1507

⁸⁸ Şahin ve Göktürk (n 5) 145-146

⁸⁹ Karakaya (n 80) 61

E. TANIĞIN DİNLENMESİ SIRASINDA DURUŞMA DÜZENİNİN SAĞLANMASI

CMK m.52/1 uyarınca tanıklar birbirinden ayrı olarak dinlenir. Bu hükümlerle tanıkların verecekleri ifade hususunda birbirlerinden etkilenmeleri engellenmeye çalışılmıştır. Yine CMK m.59 gereğince tanıklık sırasında tanığın sözü kesilmez. Ancak yargılamaya konu somut olayla ilişkisi olmayan, gereksiz beyanlarda bulunulması halinde müdahale edilebilir⁹⁰. Mezkûr maddenin 2. fıkrası çerçevesinde ise tanığa, tanıklık edilen konuları aydınlatmak ve bilgilerinin dayandığı olguları gereğince değerlendirebilmek amacıyla soru yöneltilebilir. Duruşmada dinlenen tanığa öncelikle duruşmanın düzen ve disiplininde yetkili kılınan mahkeme başkanı ve hâkim soru sorabilir. Yine Cumhuriyet savcısı, müdafî ve vekil de duruşma disiplinine uygun olarak tanığa doğrudan, sanık ve katılan ise mahkeme başkanı veya hâkim vasıtasıyla soru sorabilirler. (CMK m.201) Duruşma düzeni kapsamında tanıkların dinlendikten sonra duruşma salonundan ayrılabilmesi için mahkeme başkanı veya hâkimin izni gerekmektedir.(CMK m.208)

Duruşma düzeninin bozulması durumunda CMK m. 203 vd. maddelerinde hüküm altına alınmış olan yapılacak işlemler tanıklar için de geçerlidir. Ancak Yargıtay soruşturma evresinde bilgisine başvurulmuş somut olayın tek tanığı olan sanığın kardeşinin yalnızca duruşma düzenini bozması sebebiyle, yönteminde dinlenilmeden hüküm kurulmasını CMK m.210/1’de yer alan somut olayın delilinin tek bir tanığın açıklamalarından ibaret ise mutlaka dinleneceğine yönelik hükme aykırı bulmuştur⁹¹.

CMK m.44 çerçevesinde ise usulüne uygun olarak çağırılmasına karşın mazeretsiz olarak duruşmaya gelmeyen tanıklar hakkında zorla getirilme kararı çıkarılır. Zorla getirme kararı kişi özgürlüğünü sınırlayan bir koruma tedbidir. Uygulamada duruşma saatinde sarkma meydana gelmesi sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu halde, yani, duruşmanın belirlenen saatte yapılmadığı durumda tanık hakkında zorla getirme kararı uygulanıp uygulanmayacağı veyahut çağrı kâğıdıyla tanığa bildirilen saatte duruşma gerçekleşmezse sanık çağrı kâğıdında belirtilen saatte orada bulunmasına rağmen duruşmanın sarkması sebebiyle duruşmada bulunmamışsa bir daha ki duruşma için bu tanık hakkında zorla getirme kararı verilip verilemeyeceği sorunu vuku bulmaktadır. Kanaatimizce uygulamadaki duruşmaların sarkmasına ilişkin bu durum en başta çözülmesi gereken bir sorun olmakla birlikte tanıklık kamu görevi teşkil ettiğinden⁹² hâkim

⁹⁰ Şahin ve Göktürk (n 5) 43

⁹¹ Yar. 4 CD, E. 2013/40482, K. 2016/3607, 29.02.2016 <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>>

⁹² Özen (n 35) 254

hüküm kurmak için bu tanığın dinlenmesini zorunlu buluyorsa her halde tanığın duruşmada bulunması sağlanacaktır.

F. DURUŞMA DÜZENİ KAPSAMINDA TARAFLARIN DURUŞMA SALONUNDAKİ YERLERİ

Ceza muhakemesinde duruşma sırasında hâkim ve Cumhuriyet savcısı kürsüde oturmaktadır. Heyet halindeki mahkemelerde ise üç hâkim de kürsüde oturacaktır. Hâkimin sağ tarafında Cumhuriyet savcısı, hâkime göre sağ taraf “iddia eden-şikâyetçi” sol taraf ise “savunma yapan- sanık” yeridir. Ülkemizde mahkemede oturma düzeni cumhuriyetin ilan edilip, adli kurumların oluştuğu ilk yıllardan beri bu şekildedir. Duruşma salonlarındaki mevcut oturma düzeni, herhangi bir yazılı veya emredici kurala dayanmamaktadır⁹³. Ancak her ne kadar yasal bir düzenleme mevcut olmasa da konuya ilişkin olarak bazı noktalarda tartışmalar meydana gelmektedir. Bu noktada ilk olarak iddia makamı olan Cumhuriyet savcısının hâkimlerle birlikte ve aynı seviyede oturması hususu eleştirilmektedir⁹⁴. Bu eleştiri Cumhuriyet savcısının mahkeme heyetine yakın oturmasından ve yargıçlarla diğer muhakeme sùjeleri duymaksızın konuşabilme imkânı olmasından⁹⁵ kaynaklanmaktadır. Savcılık kurumu faaliyetlerini kamu yani toplumu meydana getiren tüm fertler adına gerçekleştirmektedir. Bu nedenle soruna ilişkin olarak mevcut oturma düzeninin değiştirilerek mahkemenin hâkimleri dışındaki herkesin, kürsünün karşısında ve eşit seviyede yer alması gerektiği şeklinde çözüm getiren görüşler vardır⁹⁶. Bununla birlikte Cumhuriyet savcısının katılanın yanında ve yerden yukarıda olacak şekilde konumlandırılabilceğini belirten görüşlerde mevcuttur. Örneğin Fransa mahkemelerinde savcının oturma düzeni bu şekildedir⁹⁷.

Konuya ilişkin bir diğer husus ise müdafî ve sanığın duruşma salonunda birlikte oturması suretiyle duruşma esnasında sürekli iletişim kurabilme gerekliliğidir. Müdafiler ve sanıkların birbirinden uzak yerlerde oturması ve duruşma sırasında iletişime geçmelerinin mümkün olmaması uygulamada karşılaşılan sorunlardan bir diğeridir. Ceza mahkemelerinin duruşma salonları, sanık kürsünün karşısında otururken, müdafî hâkimin solunda oturacak şekilde

⁹³ Murat Volkan Dülger, ‘Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar’, Ankara Barosu Dergisi, (2012) (4) 55; Metin Fezyioğlu, ‘Savunma Hakkına İlişkin İki Soru: Savunma Hakkı Kutsal mıdır? Duruşma Salonunda Müdafî ve Sanık Yan Yana Oturabilir mi?’, Ankara Barosu Dergisi, (2009) (1) 24

⁹⁴ Taner (n 64) 335

⁹⁵ Dülger (n 93) 56

⁹⁶ ibid 56

⁹⁷ Taner (n 64) 335

planlanmıştır. Duruşma öncesinde ne kadar hazırlık yapılırsa yapılsın duruşma sırasında avukatın ve sanığın birbirleriyle konuşma ihtiyacı vardır.⁹⁸ Müdafinin savunma hakkı dahilindeki yetkilerini nasıl kullanacağına karar verebilmesi için duruşma esnasında sanıkla irtibat halinde olması gereklidir.⁹⁹ Bu durum sanığın savunma hakkı kapsamında önem arz etmektedir. Keza CMK m. 154'de yer alan şüpheli veya sanığın müdafisi ile her zaman ve başkalarının olmadığı ve duyamayacağı bir ortamda görüşebilmesi ve bu şahısların yazışmalarının denetlenemeyeceği yönündeki hüküm şüphesiz duruşma sırasında da geçerlidir. Ancak müdafinin müvekkiline her ihtiyaç duyduğunda onun yanına giderek görüş sorması, duruşma salonunda dolaşması duruşma düzenini de bozacaktır. Bu husus adil yargılanma hakkı, silahların eşitliği, çelişmeli yargı ilkesi gibi ceza muhakemesinin amacına ulaşması kapsamında vazgeçilemez olan bir takım ilkeler açısından da önem arz etmektedir. Zira bu oturma düzeninde sanık müdafisi yardımıyla gereği gibi faydalanamayacak bu durumda adil yargılanma hakkının gerekleriyle bağdaşmayacaktır¹⁰⁰. Anayasa Mahkemesi tarafından ise konuya ilişkin Larysa Ziabkina¹⁰¹ başvurusunu silahların eşitliği bağlamında ele almış ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadı haline gelen adil yargılanma hakkına ilişkin bir ihlal kararının verilebilmesi için, yargılamanın bir bütün olarak adil olmaktan çıktığının ortaya konulması gerektiği görüşü sebebiyle başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilmiştir. Bu noktada Anayasa Mahkemesi söz konusu durumun adil yargılanma hakkını etkileyebileceği iddiasını reddetmemiş ancak bu durumun yargılamanın bütünüyle ilişkilendirilemeyeceğini göz önünde bulundurmıştır. Çelişmeli yargı ilkesi bağlamında ise ilk bakışta sanığın ya da müdafinin beyanda bulunmaları engellenmediği için bu ilkenin ihlal edilmediği düşünülse de temel olarak gerçek bir çelişme için müdafinin hukuki yardımı ön şart olduğundan, sanığın bu şekilde dezavantajlı bir duruma sokulması bu ilkeyi de olumsuz etkilemektedir¹⁰².

Mahkeme salonlarındaki oturma düzenlerinden kaynaklanan bu sorunlara Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Amacıyla Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi ortak projesinde de yer verilmiştir. Bu raporda savcı ve müdafinin duruşma salonundaki fiziki

⁹⁸ Taner (n 64) 335-336

⁹⁹ Feyzioğlu (n 93) 24

¹⁰⁰ Taner (n 64) 336

¹⁰¹ AYM, Larysa Ziabkina Başvurusu , Başvuru Numarası : 2014/5142, Karar Tarihi: 21.11.2017 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-5142.pdf> Erişim Tarihi: 17.08.2021)

¹⁰² Taner (n 64) 339; Anayasa Mahkemesi, Tahir Laçin Başvurusu, Başvuru Numarası : 2013/7011 Karar Tarihi: 05.11.2015; Anayasa Mahkemesi, Orhan Patarya Başvurusu, Başvuru Numarası : 2019/42695 Karar Tarihi: 20.05.2021

yerleri bir sorun olarak değerlendirilmiş her ne kadar AİHM'in *Diriöz/Türkiye*¹⁰³ kararında duruşma salonundaki oturma düzeni ile ilgili şikâyetinin kabul edilemez olduğuna karar verilse de, söz konusu raporda gerek savcının yerinin gerekse müdafinin müvekkilden uzakta oturmasının menfaatlerin savunulması bakımından dezavantajlı bir durum olduğu belirtilmiştir¹⁰⁴.

G. DURUŞMA ESNASINDA AYAĞA KALKMA HUSUSU

Duruşma düzenine ilişkin olarak incelenmesi gereken bir diğer konu ise duruşma esnasında ayağa kalkma meselesidir. Bu husus CMK 55. ve 231. maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre yemin edilirken (CMK m.55/2) ve hüküm fıkrası dinlenirken (CMK m.231/4) herkes ayağa kalkacaktır.

CMK m.231 hükmünün gerekçesinde, hüküm sırasında ayağa kalkma mecburiyetinden mahkeme kurulu ve Cumhuriyet savcısı muaf tutulmuştur. CMK m.223/1'de hangi kararların "hüküm" sayılacağı sınırlı olarak sayılmıştır. Buna göre, "beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve davanın düşmesi kararı" hüküm mahiyetindedir. Bu halde söz konusu kararlar okunurken mahkeme heyeti ve Cumhuriyet savcısı dışında duruşmada yer alan herkesin açıklamayı ayakta dinlemesi mecburidir. Dolayısıyla hüküm niteliğinde olmayan kararların açıklanması sırasında ayağa kalkılması gerektiğine dair bir düzenleme, ceza muhakemesine ilişkin mevzuatta mevcut olmadığı gibi; Avukatlık Kanunu ve Türkiye Barolar Birliği Meslek İlke ve Kurallarında da yer almamaktadır¹⁰⁵. Bu bağlamda avukatların da kendi tercihleri sebebiyle ayağa kalkmaları haricinde, avukatlara müdahalede bulunularak ayağa kalkmalarının talep edilmesinin yasal bir dayanağı mevcut değildir.

¹⁰³ Tuğrul Uzun (Çeviren), 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire'nin *Diriöz/Türkiye Kararı*', Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, (2012) (7) 106, "Mahkeme önceki kararlarında, ortaya konulan durumun, savcıya duruşma salonunda "fiziksel olarak" ayrıcalıklı bir yer sağlaması fakat sanığı kendi menfaatlerini savunma açısından somut şekilde dezavantajlı bir konuma sokmaması halinde silahların eşitliği ilkesini ihlal etmediğini değerlendirdiğini hatırlatır. [Chalmon/Fransa (kabul edilebilirliğe ilişkin karar) Aralık 2003 no: 72531/01 AİHS; Carballo ve Pinero/Portekiz (kabul edilebilirliğe ilişkin karar) 21 Haziran 2011 no: 31237/09] 26. Mahkeme, davadaki koşulların oturmuş içtihattan ayrılmasını haklı çıkartacak hiçbir özellik arz etmediği kanaatindedir. Bu nedenle, iddia Sözleşmenin 35/3,4 maddesi gereğince, esasa ilişkin açık noksanlık nedeniyle kabul edilmez niteliktedir."

¹⁰⁴ Marcel Lemonde, Türk Ceza Adalet Sistemi İhtiyaç Değerlendirme Raporu ve Eylem İçin Tavsiyeler, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi 34 <<http://www.cas.adalet.gov.tr/haberler/ihityacdegerlendirme/ihityacdegerlendirmeraporu.pdf>> Erişim Tarihi : 17.08.2021)

¹⁰⁵ Mesude Altunel, Duruşma Esnasında Ayağa Kalkma Meselesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (2014)(110) 401

Uygulamada bazı hâkimler, sadece hüküm niteliğini haiz kararların açıklanması esnasında değil; ara kararların açıklanması sırasında da ayağa kalkılmasını istemekte; özellikle avukatlar olmakla birlikte ayağa kalkmayanları ikaz ettikleri görülmektedir. Keza bu durum, yargılama aşamasında iddia veya savunmaya yönelik beyanların verilmesi esnasında da söz konusu olmaktadır. Bu durumda, bazı avukatlar kendilerine yapılan uyarı sonrasında ayağa kalkmakta; bazıları ise haklı gerekçelerini sunarak uyarıyı reddetmektedir. Böyle bir durum karşısında ise mahkemenin tutumu, avukatın bu davranışına karşılık olarak avukatı ağır eleştiriye maruz bırakmak, bu hususu duruşma zaptına geçerek yazılı şekilde de uyardığını belirtmek yahut tutanak tutarak avukat hakkında duruşma düzenini bozduğu şeklinde işlem yapılması için Baro ve ilgili kurumlara bildirmek suretiyle olabilmektedir¹⁰⁶. Kanaatimizce bu konuda bir anlaşmazlığın yaşanması, yargılama faaliyetlerinin gergin bir şekilde yapılmasına sebep olmakta ve duruşma düzenini zedelemektedir. Zira duruşma esnasında ayağa kalkılmasını gerektiren hususlar kanunda açıkça yer almaktadır. Bu haller dışında mahkeme başkanı veya hâkim tarafından müdafinin ayağa kalkmasının talep edilmesi yerinde olmamakla birlikte belirtildiği gibi mahkemenin talebinin yerine getirilmemesi halinde de duruşma esnasında süjeler arasında meydana gelen gerginlik muhakemenin amacından sapmasına neden olacaktır. Keza muhakemede amaç mahkeme süjelerinin işbirliği ile maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır.

SONUÇ

Ceza yargılamasında maddi gerçek, farklı ceza muhakemesi süjelerinin uyumsuzluğu faaliyetlerini işbirliği halinde yürütmesiyle ortaya çıkarılacaktır. Bu nedenle kanun tarafından belirli muhakeme süjelerine hazır bulunma zorunluluğu getirilmiştir. Bu süjeler, hâkim, zabıt kâtabi, Cumhuriyet savcısı, zorunlu müdafî ve zorunlu vekildir. Bu bağlamda hazır bulunması gereken kişinin sadece fiziksel olarak değil, manevi olarak da duruşmada bulunması gerekmektedir. Bu kişiler tarafından fiziksel veya psikolojik zafiyetler nedeniyle muhakeme işlemlerini gereği gibi algılayıp gözlemleyememe de hazır bulunmama olarak kabul edilecektir. Zira yargılama makamının duruşmadan edineceği kanaate göre hüküm verecek olması, mahkeme üyelerinin bütün bir yargılama sürecini gözlemleyebilmelerini gerektirmektedir. Kanunda duruşmada hazır bulunması zorunlu tutulan ceza muhakemesi süjelerinden Cumhuriyet savcısı ve zorunlu müdafîye ilişkin olarak bu zorunluluğa istisna getirmek suretiyle

¹⁰⁶Altunel (n 105) 400-401

yapılmış düzenlemeler kanaatimizce yerinde olmayıp, adil yargılanma hakkı kapsamında silahların eşitliği ve çelişmeli yargı ilkesini ve sanığın savunma hakkını zedeler niteliktedir.

Ceza muhakemesi faaliyetlerinin etkili bir şekilde yürütülerek hüküm kurulmasının şartlarından bir tanesi de duruşma düzeninin sağlanmasıdır. Duruşmanın bir düzen ve disiplin içinde ilerlemesi, yargılama faaliyetlerinin usul kurallarına çerçevesinde icra edilmesi, mahkeme başkanı veya hâkiminin görevleri arasındadır. Bu yetki, savunma hakkı sınırlanmadan, maddi gerçeğe ulaşmak maksadıyla iddia ile savunma makamlarına eşit şart ve haklar tanıyacak şekilde gerçekleştirilmelidir. Mahkeme başkanı veya hâkime tanınan bu yetkiler, duruşmanın başlaması, bitirilmesi, duruşma sırasında okunacak belgelerin sırasının belirlenmesi, duruşmada yer alan taraflara ve ilgili süjelere söz verilmesi, doğrudan soru sorma ve tanık dinlenmesi faaliyetleri sırasında düzen ve disiplinin sağlanmasına yöneliktir. Duruşmada suç işlenmesi halinde ve duruşma sırasında düzen ve disiplini bozacak şekilde hareket eden taraflar ve süjeler hakkında kanun tarafından belirli yaptırımlar öngörülmüş ve bunların uygulanması da yine mahkeme başkanı veya hâkimin yetkisi kapsamına dahil edilmiştir. Duruşma düzen ve yönetiminin de tarafların yargılamadaki ilerlemeleri kolaylıkla anlayacakları şekilde gerçekleştirilirse, muhakemenin daha başarılı olacağı yadsınamaz bir gerçekliktir.

Ceza muhakemesinde tarafların duruşma salonundaki yerleri ve duruşma esnasında ayağa kalkma hususu da duruşma düzeni kapsamında yer alan diğer hususlardır. Zira bu konular kapsamında Cumhuriyet savcısının duruşma salonundaki yeri, müdafî ve sanığın duruşma salonunda birbirleriyle iletişim kuramayacak şekilde yer alması ve uygulamada kanunda öngörülen haller haricinde tarafların ve süjelerin ayağa kalkmalarına yönelik mahkemelerden talep olabilmesi halleri tartışmalara yol açmaktadır. Kanaatimizce bu noktada da muhakemeye temel ilkeler ihlal edilmemeli, uygulama kanuna göre teşekkül etmeli ve duruşma evresinde icra edilen her faaliyet ceza muhakemesinin asıl amacı olan maddi gerçeği ortaya çıkarma gayesine hizmet etmelidir.

KAYNAKÇA

Altunel M, ‘Duruşma Esnasında Ayağa Kalkma Meselesi’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (2014) (110), 399-402

Anaklı E, ‘Silahların Eşitliği İlkesi’ (YL Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, 2006)

Artuç M, Elmas T, Ceza Muhakemesinde Duruşma Yönetimi ve Yasa Yolları (3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019)

Birtek F, Ceza Muhakemesinde İstinaf, (1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019)

Bozdağ A, ‘Ceza Muhakemesinde Mağdurun Hukuki Yardım Alma Hakkı’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2017 (132), 121-146

Centel N, Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku (14. Baskı, Beta Yayıncılık, 2017)

Dönmez B, Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu(Doğrudan Soru Yönelme) (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019)

Dülger MV, ‘Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar’, Ankara Barosu Dergisi, (2012)(4), 41-76

Farbreguettes, MP, Adalet Mantiğı ve Hüküm Verme Sanatı (1945) (Aktaran : Ünver Y, Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt:3, (15. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019)

Feyzioğlu M, ‘Savunma Hakkına İlişkin İki Soru: Savunma Hakkı Kutsal mıdır? Duruşma Salonunda Müdafî ve Sanık Yan Yana Oturabilir mi?’ ,Ankara Barosu Dergisi, (2009) (1), 22-25

Görkemli B, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Kovuşturma, (1.Baskı, Adalet Yayınevi, 2020)

Karakaya N, Avukatlar İçin El Kitabı IV – Ceza Muhakemesi Hukukunda Avukatın Soru Sorma Yetkisi, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi, (<https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/elkitabi4.pdf> Erişim Tarihi 15.08.2021)

Karakehya H, ‘Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları’, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (2015) 3(2), 199-226

Lemondé M, Türk Ceza Adalet Sistemi İhtiyaç Değerlendirme Raporu ve Eylem İçin Tavsiyeler, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi, s.34 (<http://www.cas.adalet.gov.tr/haberler/ihtiyacdegerlendirme/ihtiyacdegerlendirmeraporu.pdf> Erişim Tarihi : 17.08.2021)

Noyan E, Ceza Davası, (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2007)

- Özbek VÖ, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Seçkin Yayıncılık, 2006)
- Özbek VÖ, Doğan K, Bacaksız P Ceza Muhakemesi Hukuku, (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021)
- Özen M, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, (4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019)
- Öztürk B, Tezcan D, Erdem MR, Sırma Gezer Ö, Saygılar Kırıt YF, Alan Akcan E, Özaydın Ö, Erden Tütüncü E, Altınok Vıllemın D, Tok MC, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019)
- Seçkin MB, ‘Ceza Muhakemesinde Mağdur ve Şikâyetçinin Hakları’, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 2020(15), 621-664
- Şahin C, Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku II, (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019)
- Taner FG, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, (Seçkin Yayıncılık, 2019)
- Taş B, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin Kabulü, Tensip ve İlk Duruşma’, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2020) (2) 287-314
- Uzun T, (Çeviren), ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire’nin Diriöz/Türkiye Kararı’, Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, (2012) (7), 99-106
- Ünver Y, Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt: 1, (15. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019)
- Ünver Y, Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt: 3, (15. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019)
- Yaşar O, Ceza Muhakemesi Kanunu, 2.Cilt, (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2011)
- Yaşar Y, Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Tanıklık, E- akademi (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), (2013)(133), 1-41 (<http://www.e-akademi.org/makaleler/cezamuh.pdf> Erişim Tarihi: 08.08.2021)
- Yenisey F, Nuhoğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku, (7.Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019)
- Yeşilova B, ‘Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (2009) (86), 47-101
- Yurtcan E, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (CMK), (9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019)



NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021(2), 485-509

DOI 10.51562/nkuhukuk.2021226

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk>

Başvuru:04.05.2021

Kabul:06.12.2021

NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

YOKSULLUK NAFKASI VE SÜRE SORUNU

*Doç. Dr. Sera REYHANİ YÜKSEL **

ÖZET

Yoksulluk nafakası maddi ve manevi tazminat gibi evliliğin boşanma ile sona ermesinin mali sonuçlarından birisidir. Eşler arasındaki dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün boşanma sonrasındaki uzantısı olarak kabul edilen yoksulluk nafakasına hükmedilme şartları TMK m. 175’te düzenlenmiştir. TMK m. 175’te belirtilen şartların gerçekleşmesi üzerine şartları taşıyan eş diğer eşten üstelik süresiz olarak yoksulluk nafakası isteyebilecektir. Bu anlamda kanun koyucu kadın ve erkek arasında bir ayırım yapmamış ve her iki eşe de şartları taşıması koşuluyla yoksulluk nafakası isteme hakkını tanımıştır. Kanunda geçen “süresiz olarak isteyebilir” ifadesinin nasıl yorumlanması gerektiği ise tartışmalıdır. Yoksulluk nafakası istemeye hakkı olan tarafın nafaka talebini süre ile sınırlaması mümkündür. Bu halde taleple bağlılık ilkesi gereği süreyle sınırlı olarak nafakaya hükmedileceğine şüphe bulunmamaktadır. Ancak yoksulluk nafakasının süresiz olarak talep edildiği ihtimalde doktrindeki çoğunluk görüşü ve Yargıtay uygulamaları uyarınca nafakaya süresiz olarak hükmedilmesi bir zorunluluk olarak görülmektedir. Bu nedenle yani talep edildiği her durumda nafakaya süresiz hükmedilmesi adil olmayan sonuçlara yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.

Anahtar Kelimeler Nafaka, yoksulluk, yoksulluk nafakası, süre, kadın-erkek eşitliği

* Doç.Dr., Doğu Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ryuksel@dogus.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7969-6949



POVERTY ALIMONY AND DURATION PROBLEM

*Assoc. Prof. Sera REYHANİ YÜKSEL ***

ABSTRACT

The poverty alimony is one of the financial consequences of ending of the marriage with divorce such as pecuniary and non-pecuniary compensation. The adjudgment conditions of the poverty alimony which is accepted as extension of the solidarity and assistance obligation between spouses after divorce has been arranged in Article 175 of Turkish Civil Code. The spouse who meets the conditions upon the fulfilment of the conditions specified in Article 175 of Turkish Civil Code may demand the poverty alimony from other spouse indefinitely. In this sense, the law maker has not distinguished between men and women and has vested right to demand the poverty alimony to both spouse provided they meet the conditions. How the expression "may demand indefinitely" will be interpreted in the law should also be discussed. It is possible that the party who has right to demand the poverty alimony may limit his/her alimony demand with duration. In this case, there is no doubt that the alimony will be adjudged with a limited duration in accordance with ultra petita prohibition. However, in the possibility where the poverty alimony is demanded indefinitely, it is seen as an obligation to adjudge alimony indefinitely in accordance with the majority opinion in doctrine and Court of Cassation implementations. Therefore, so whenever demanded, the adjudgment of the alimony indefinitely is criticized due causing to unfair results.

Keywords: Alimony, Poverty, Poverty alimony, Duration, Equality of women and men

Extended Summary

The purpose of criminal procedure law is to reach material reality. At this point, one of the most important facts is the effective execution of the judicial. Article 188 of the Code of Criminal Procedure regulates the procedural subjects who must be present at the hearing. These subjects are the judge, the public prosecutor, the court clerks and compulsory advocate. Without these subjects, the trial cannot be held. The hearing of these persons without being present at the hearing is an absolute ground for annulment. During the hearing, the judge has to be present at the hearing both physically and spiritually. It is stipulated in the law that an alternate member may be present to replace the member who cannot be found for any reason and to participate in the voting. The prosecutor is also one of the subjects of reasoning that must be present at the hearing. However, in accordance with the first paragraph of Article 25 of the Child Protection Law No. 5395, the Public Prosecutor is not allowed to be present in the hearings held in the Juvenile Courts. However, the Public Prosecutor has not been attend the hearings in the criminal court of general jurisdiction until 01.09.2020. As of this date, Public Prosecutors participate in hearings in criminal court of general jurisdiction. More than

** Assoc. Prof., Doğuş University Civil Law Department, Istanbul, Turkey. ryuksel@dogus.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7969-6949

one Public Prosecutor may attend the hearings. Prosecutors can divide the work amongst themselves. It is not mandatory for the prosecutor conducting the investigation to attend the hearing. According to the last sentence added to Article 188/1 of the Criminal Procedure Code and Article 5 of the Decree Law No. 676, which was published in the Official Gazette dated 29.10.2016, the hearing may continue if the defense counsel leaves the hearing without an excuse. Again, with the amendment made in the last sentence of the first paragraph of the Article 96 of the Statutory Decree No. 696, which was published in the Official Gazette dated 24.12.2017 and entered into force, the hearing may continue even if the defense counsel does not attend the hearing without an excuse. There are scholars who state that with these provisions, it is aimed to prevent the behaviors the such as prolonging the trial by leaving or not coming to the hearing without an excuse. From another point of view, there are some scholars who think that these changes create a contradiction when considered together with Article 151 of the Criminal Procedure Code.

The order and discipline of the hearing are regulated under Article 203 of the Code of Criminal Procedure, etc. has been enacted. The administration and order of the hearing are provided by the presiding judge or the judge. In this context, certain powers are given to the president of the court or the judge. These powers include the expulsion of certain persons who disrupt the order of the hearing, and the imposition of disciplinary confinement against them. Examples of behavior disrupting the order of the hearing are speaking without permission. At this point, there are different opinions in the doctrine as to whether the person who disturbs the order of the hearing can be dismissed from the courtroom if he is a lawyer. The accused may be removed from the courtroom if it jeopardizes the orderly conduct of the trial. At this point, if the defendant does not have a lawyer, the bar association will be asked to appoint a lawyer. However, in this case, the defendant must be questioned and his defense taken. The discretion as to whether the danger exists or not is the court's discretion. Another issue that should be mentioned regarding the accused within the scope of the trial order is whether or not should be handcuffed the suspects or defendants who act restlessly and dangerously in the courtroom or during the testimony in order to ensure their restraint. Another issue regarding the order of the trial is the case of committing a crime during the trial. If a crime is committed during the trial, the court records the incident in the trial record and draws up a report in this regard. This report is then sent to the competent authority, namely the Public Prosecutor's Office. It does not matter whether the crime committed in the

trial is one of the crimes related to the complaint or not. Pursuant to the provision of the article, the court may also decide to arrest if necessary. There are uncertainties about how the arrest procedure will be. During direct questioning, the authority to conduct the hearing is also with the presiding judge or the judge. There is no directive yet in our legislation on how to use the right to ask questions directly. However, at this point, by making use of the provision of Article 216 of the Criminal Procedure Code, the right to speak may be given to the participant and his deputy, the public prosecutor, the accused and his defense counsel or his legal representative, respectively. In Article 201 of the Criminal Procedure Code, the opportunity to ask questions directly has been granted to the public prosecutor, intervenor and attorney, and the accused and the participant do not have the right to ask questions directly. The accused or the intervenor may ask questions through the judge. Again, the hearing of witnesses must be carried out within a certain trial order. Each witness is heard separately and without the presence of subsequent witnesses. The witness is not interrupted, but can be intervened if he makes irrelevant and unnecessary statements. The witness may also be asked questions in order to illuminate and complete the matters witnessed and to evaluate the situations on which their knowledge is based. First of all, the presiding judge and the judge, who are authorized in the order and discipline of the hearing, may ask questions to the witness heard at the hearing. In compliance with the discipline of the hearing, the public prosecutor, the defense counsel and the attorney may ask questions directly to the witness, and the accused and the participant may ask questions through the presiding judge or the judge. (Criminal Procedure Code art. 201) Witnesses within the scope of the trial order can leave the courtroom only with the permission of the presiding judge or the judge after they have been heard. Criticisms about the seating arrangement in the courtrooms are another point that needs to be emphasized. At this point, it is criticized that the public prosecutor, who is the prosecution office, sits next to the judges and at the same level as them. Another issue related to this matter is the requirement for the defense counsel and the accused to be able to communicate continuously during the hearing by sitting together and side by side in the courtroom. Another problem encountered in practice is that defense lawyers and defendants sit in separate places and are prevented from communicating during the hearing. The issue of standing up during the hearing is another point that needs to be mentioned. In accordance with the Code of Criminal Procedure, everyone stands up when the oath is taken and the judgement of court is read. However, in practice, some judges demand that lawyers stand up while even interim decisions are read, but this has no place in the legislation.

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu (TMK)'nin 175'inci maddesi: “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir” hükmünü içermektedir. TMK m. 175 düzenlemesi evlilik sırasında eşlerin birbirlerine karşılıklı olarak var olan yardım ve dayanışmada bulunma yükümlülüğünün boşanmadan sonra da devam etmesi için getirilmiş olan bir düzenlemedir.

TMK m. 175 düzenlemesi uyarınca mahkeme tarafından yoksulluk nafakasına hükmedilmesi için belirli şartların varlığı aranacaktır. Öncelikle taraflardan birinin talepte bulunması, talep eden eşin kusursuz ya da daha az kusurlu olması, talepte bulunan tarafın boşanma yüzünden yoksulluğa düşme tehlikesiyle karşılaşmış olması ve son olarak nafakanın nafaka yükümlüsünün mali gücü ile orantılı olması gerekmektedir.

Yoksulluk nafakasının toptan veya durumun gereklerine göre irat biçiminde ödenmesine karar verilebilecektir. Ayrıca tarafların malî durumlarının değişmesi veya hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde iradın artırılması veya azaltılması gündeme gelebilecektir. Eğer nafakanın irat şeklinde ödenmesine karar verilmişse TMK m. 176/f. 3'te bazı hallerde kendiliğinden bazı hallerde ise mahkeme kararı ile sona ermesi düzenlenmiştir.

Yoksulluk nafakasına ilişkin en büyük tartışma süreye ilgili olarak yaşanmaktadır ve her durumda yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilmesinin adaletsiz sonuçlara yol açacağı ifade olunmaktadır. Bu çalışma kapsamında da ilk olarak yoksulluk, nafaka kavramlarına yer verilecek, yoksulluk nafakasını şartları, ödenme biçimi, değiştirilmesi ve sona ermesi açıklanacak, son olarak yoksulluk nafakasının süresi bakımından değerlendirmeler yapılacaktır.

1. Kavramsal Olarak Yoksulluk Nafakası

a. Yoksulluk Kavramı

Yoksulluk, yirminci yüzyılın son çeyreği ve yirmi birinci yüzyılın başta gelen sosyal sorunları arasında olduğu için yoksulluğun tanımı, nedenleri, sonuçları ve yoksulluğa çözüm arayışları tüm sosyal bilimlerin gündemini oldukça meşgul etmektedir¹.

Yoksulluk nafakası açısından yoksulluk kavramını tanımlamaya gerek olmadığı düşünülse de kanun koyucunun yoksulluk nafakası istemenin şartlarını düzenlemiş olmasına rağmen yoksulluk kavramını tanımlamamış olmasından ötürü kavramı ortaya koymak gereği vardır. Sözlükte² yoksul “geçinmekte çok sıkıntı çeken (kimse, toplum, ülke), parasız, yoksuz,

¹ Mine Uzun, Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası (1st edN, Vedat Kitapçılık 2013) 5.

² <https://sozluk.gov.tr/>

varlıksız, varyetsiz, fakir, fukara, varıl karşıtı”; yoksulluk ise “*yoksul olma durumu, yoksuzluk, varyetsizlik, sefillik, sefalet, fakirlik*”; olarak tanımlanmaktadır.

Yoksulluk, en genel manada “normal uzunlukta sağlıklı bir yaşam için gereken temiz su, besin, barınma, giyinme, ilaç ve tedavi imkânı gibi temel ihtiyaçların yoksunluğu olarak algılanmaktadır”³. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 25’inci maddesi, “*herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı olduğunu ve herkesin, işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ve kendi iradesi dışındaki koşullardan doğan geçim sıkıntısı durumunda güvenlik hakkına sahip*” olduğunu belirtir. Bu anlamda “kişi kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakımdan mahrum ise o kimseyi yoksul” kabul etmek gerekecektir⁴. Nitekim Yargıtay da benzer şekilde bir tanımlama getirmektedir. Yargıtay’a göre⁵, “*Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahiptir. Şu halde, bu temel hakkın tabi sonucu yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanları yoksul kabul etmek yerinde olur*”.

Yoksulluk bir özgürlük sorunu olarak görülmelidir; çünkü özgürlük, insanların yaşamlarını hakkıyla düzenlemelerine olanak verir ve yoksulluk, özgürlüğü yıkıma uğratar⁶. İnsan onuruna yaraşır düzgün bir hayat idame ettirebilmek herkes gibi özellikle toplumun yoksul kesimi için de bir haktır ve yoksulluğun çözümünde hukuki bir araç olarak sosyal haklara özel bir rol düşmektedir⁷.

b. Nafaka ve Yoksulluk Nafakası Kavramı

Aile bireylerinin arasında maddi ve manevi ilişkiden kaynaklanan dayanışma, yardıma muhtaç olan bireylere yardım etme yükümlülüğünün bir sonucu olarak “Türk hukuk sisteminde sosyal yaşamın temel ögesini oluşturan aile düzenini korumak ve aile fertlerinin maddi sıkıntı

³ Serkan Yolcu, Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması (1st ed, Seçkin Yayıncılık 2018) 42.

⁴ Pogge Evrensel Beyannamenin izini sürerek yoksul bir bireyi, yiyecek, giyecek, barınma ve tıbbi bakım da dahil olmak üzere, kendisinin ve ailesinin sağlığı ve refahı için yeterli bir yaşam standardına erişimi olmayan biri olarak tanımlamanın mümkün olduğunu belirtmektedir, Thomas Pogge, ‘Are We Violating the Human Rights of the World’s Poor?’, (2011) 14(2) Yale Human Rights and Development Law Journal 1, 2.

⁵ YHGK, 1998/2–656/688, 7.10.1998 Karar için bkz. <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=72709>.

⁶ Yolcu, (n 3) 40; yoksulluk maddi yoksunluğu ifade eder ve maddi açıdan özgürlük varlıklardan doğar; yani hiçbir şeye sahip olmayan kişinin dilediği gibi davranma ve yaşama gücü olmaz, bkz. Yolcu, (n 3) 44. Bu anlamda yoksulluğun bir insan hakları ihlali olduğu sorgulanması da yapılmaktadır, konu ile ilgili bkz. Pogge, (n 4) 1-33; Pogge özellikle yoksul insanlar bakımından yeterli bir yaşam standardına erişimi güvence altına alma hakkının ihlal edildiğini belirtmektedir, bkz. Pogge (n 4) 3.

⁷ Yolcu, (n 3) 41.

çekerek muhtaç duruma düşmesini engellemek için kanunda belirtilen yakın hısımlar arasında nafaka yükümlülüğü” düzenlenmiştir⁸.

Nafaka, sosyal ve ahlaki bir yükümlülüğün gereği olarak yardıma ve bakıma muhtaç bir kimseye kanunda belirtilen kimseler tarafından yardım edilmesi yükümlülüğüdür⁹. Birinin geçindirmekle yükümlü bulunduğu kimselere, mahkeme kararıyla bağlanan aylık olarak da tanımlanmaktadır¹⁰. Nafaka borcu, sözleşmeden değil, kanundan doğan bir borçtur¹¹. Nafaka yükümlülüğü yerine getirilmesi gereken ahlaki bir vazifedir ve bu anlamda nafaka borcu ahlak kurallarından kanuna geçmiş bir borçtur; diğer bir ifadeyle yakın hısımlar ve akrabalara yardım borç değil, ahlaki bir davranıştır¹². Nafakanın bir ceza veya tazminat niteliği bulunmamaktadır¹³.

Türk Medeni Hukukunda bakım, tedbir, iştirak ve yardım nafakaları söz konusudur. Doktrinde bakım ve yardım nafakası olarak iki temel ayırım olduğunu ve bakım nafakasının tedbir nafakası, iştirak nafakası ve yoksulluk nafakası olarak ayrıldığını belirtenler de bulunmaktadır¹⁴. Bakım nafakası, bir eşin ailenin geçimi için yapması gereken katkıyı ifade ederken, tedbir nafakası boşanma davasının açıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar ve hükmün kesinleştiği güne kadar devam eder. İştirak nafakası kural olarak velayet kendisine bırakılmayan tarafın çocuğun eğitim ve bakım giderlerine mali gücü oranında katılmak zorunda olduğu bir nafaka türüdür. Hısımlıktan kaynaklanan yardım nafakası ise, herkesin yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üst soyu, alt soyu ve kardeşlerine vermekle yükümlü olduğu nafaka türüdür¹⁵. TMK m. 175’e göre, yoksulluk nafakası, “boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eşin diğer eşten kusuru daha fazla olmamak koşuluyla süresiz olarak

⁸ Gonca Gülfem Bozdağ, Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka (1st ed, Yetkin Yayınevi 2015) 18.

⁹ Mecit Demir, Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası (1st ed, Seçkin Yayıncılık 2018) 19.

¹⁰ Şebnem Akipek Öcal, ‘Yoksulluk Nafakası’: in Tuğçe Tuzcuoğlu ve A. Hulki Cihan (eds), Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri, (Oniki Levha Yayıncılık 2019) 203, 205.

¹¹ Demir, (n 9) 19; Emrah Kulaklı, ‘Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresinde Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi’, (2018) 5(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 237, 242; yoksulluk nafakası aile hukukuna ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve boşanma kararı ile birlikte hüküm doğuran kişiye bağlı bir yenilik doğuran hak niteliğindedir, konu hakkında bkz. ibid 241.

¹² Bozdağ, (n 8) 23.

¹³ Bilge Öztan, Aile Hukuku, (6th ed, Turhan Kitabevi 2015) 833; Abdulkemal Yıldırım, ‘Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu ve Çözüm Önerisi’: in Akın Ünal ve Arif Kalkan (eds), Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri (Adalet Yayınevi 2019) 105, 107.

¹⁴ Akipek Öcal, (n 10) 205; Aynı yönde Mesut Öcal, Yoksulluk Nafakasının Süresi, (1st ed, Oniki Levha Yayıncılık 2019) 16 vd.

¹⁵ Yıldırım, (n 13) 105.

isteyebildiği kural olarak irat şeklinde ödenmesine karar verilen” bir nafaka türü olarak tanımlanmaktadır¹⁶.

Doktrinde yoksulluk nafakasının doğru bir tabir olmadığı ve aranması gerekenin gerçekte yoksulluk olmaması gerektiği; çünkü bu nafakanın esasen bir destek nafakası niteliği taşıdığı ifade edilmektedir¹⁷.

2. Yoksulluk Nafkasına Hükmedilme Şartları

a. Genel Olarak

Evliliğin boşanma ile sona ermesinin mali sonuçları maddi tazminat, manevi tazminat ve yoksulluk nafakasıdır. Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 175. maddesinin 1.fıkrasına göre, “boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir¹⁸”. Evlilik sırasında eşlerin birbirlerine karşılıklı olarak yardım ve dayanışmada bulunma yükümlülüğü söz konusudur ve yasa koyucu eşlerin bu karşılıklı yardım ve dayanışma yükümlülüğünün kısmen de olsa boşanmadan sonra da devam etmesi için TMK m. 175 hükmünü getirmiştir¹⁹. Şu halde yoksulluk nafkasına hükmedilebilmesi için “taraplardan birinin talepte bulunması, talep eden eşin kusursuz ya da daha az kusurlu olması”²⁰, talepte bulunan tarafın boşanma yüzünden yoksulluğa düşme tehlikesiyle karşılaşmış olması²¹ ve son olarak nafakanın, nafaka yükümlüsünün mali gücü ile orantılı olması gerekir²².

¹⁶ Öcal, (n 14) 20.

¹⁷ Akipek Öcal, (n 10) 203, dnp. 1.

¹⁸ Madde Gerekeçesi: Yürürlükteki Kanunun 144’üncü maddesini karşılamaktadır./Maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi yürürlükteki maddeden sadeleştirilmek suretiyle alınmıştır. Yürürlükteki maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki “Ancak, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için kadının hali refahta bulunması gerekir.” hükmü kadın erkek eşitliği ilkesine ters düştüğü için çıkarılmıştır. Maddenin ikinci fıkrası aynen yürürlükteki Kanun’dan alınmıştır.

¹⁹ Yıldırım, (n 13) 106; Şükran Şıpka, ‘Yoksulluk Nafakasının Süresine Eleştirel Bir Yaklaşım’ (2018) Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye 80. Yıl Armağanı 15, 16.

²⁰ Önceki Medeni Kanun’da yoksulluk nafakası isteyen eşin kusursuz olması aranmaktaydı, bkz. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Aile Hukuku, (3rd ed, Filiz Kitabevi 1986) 397; “Davalı kadının yoksulluk nafakası istemi vardır. Daha ziyade kusurlu olduğu da kanıtlanmamıştır, o halde kadının ekonomik ve sosyal durumu araştırılıp boşanma yüzünden yoksulluğa düşüp düşmeyeceği belirlenmeden eksik araştırma ve inceleme ile yazılı hüküm verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” YHGK 2/1170-17, 23.1.2002 Karar için bkz. Nihat İnal, Boşanma Nafaka Davaları (1st ed, Yazarın Kendi Yayını 2018) 483.

²¹ “...Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz. (TMK m.175) Toplanan delillerle, boşanmaya sebep olan olaylarda davalı kadının daha ağır kusurlu olmadığı, herhangi bir geliri ve malvarlığının bulunmadığı, boşanma yüzünden yoksulluğa düşeceği gerçekleşmiştir. O halde, davalı kadın yararına geçimi için uygun miktarda yoksulluk nafakası takdiri gerekirken isteğin reddi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...” Yarg. 2. HD, 3848/5053, 21.06.2021 Karar için bkz. www.legalbank.net.

²² Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, (16th ed, Filiz Kitabevi 2021) 156 vd.; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, (23rd, Beta Yayıncılık 2021) 302 vd; Mehmet Erdem, Aile Hukuku, (2nd ed, Seçkin Yayıncılık 2019) 200; Ahmet M.

Doktrinde ifade edildiği üzere, “kanun koyucu yoksulluk nafakası ile eşler arasında evlilikten sonra da mali dayanışmanın devam etmesini” arzu etmiştir. TMK m. 175 bir hakkaniyet kuralı olup ahlaki ve sosyal düşüncelerin etkisi ile düzenlenmiştir²³. Tarihsel olarak ise nafaka dini evliliklerde boşanmanın mümkün olmadığı, ancak fiili olarak ayrılıkların yaşanabildiği esnada kocanın karısına dair mali yükümlülüklerinin halen devam ettiği bir döneme ait olup İngiliz dini mahkemelerinde kocanın kadını bir ömür desteklemesi ve ona bakması yükümlülüğünün bir uzantısı olarak geliştirilmiş bir kurumdur²⁴. Bu anlamda eski bir eş destekleme yükümlülüğünün neden kaynaklandığı yani yoksulluk nafakasının amacının ne olduğu sorusuna eşlerin uzun dönemli vaatlerine bağlı kalmaları gerekliliği, güvenin sarsılmasının bir nevi telafisi (tazmini) veya caydırıcılık sağlanması²⁵ açılarından yaklaşmaktadır.

b. Taraflardan birinin talepte bulunması

Kanun koyucu yoksulluk nafakasını düzenlediği TMK 175’inci maddede boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek tarafın diğer eşten nafaka isteyebileceğini belirtmiştir. Bu durumda kanun gereği nafakaya ancak talep halinde hükmedilebileceği söylenmelidir. Taraflardan biri talepte bulunmadıkça hâkim kendiliğinden yoksulluk nafakasına hükmedemez²⁶.

Kılıçoğlu, Aile Hukuku, (5th ed, Turhan Kitabevi 2020) 135 vd; “...TMK.nun 175. maddesi gereğince;” *Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir.*” hükmü getirilmiştir. Belirlenen duruma göre yoksulluk nafakası takdiri için önce boşanmaya hükmedilmesi daha sonra ise üç unsurun gerçekleşip-gerçekleşmediği aranacaktır. Bunlar; 1-Yoksulluk nafakası, yoksulluğa düşecek eş tarafından talep edilmelidir./ 2-İstekte bulunan eşin, boşanmaya sebep olan olaylarda diğer eşten daha ağır kusurlu olmaması, başka bir anlatımla nafaka isteyen boşanmada kusursuz olması, en azından kusurunun diğer eş ile aynı düzeyde bulunması gerekmektedir. 3-Nafaka isteyen boşanma yüzünden yoksulluğa düşeceğinin gerçekleşmesi halinde yoksulluk nafakasına hükmedilebilecektir...” Yarg. 3. HD, 11275/10627, 24.10.2005 Karar için bkz. www.legalbank.net.

²³ Öztan, (n 13) 832-833.

²⁴ Nadire Özdemir, İlişkisel Özerklik Bağlamında Evli Birey (1st ed, Turhan Kitabevi 2016) 224.

²⁵ Esther Horvath, 'Justifying Alimony' (2002) 2002 UCL Jurisprudence Rev 85, 87.

²⁶ Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 22) 156; Öztan, (n 13) 836; Demir, (n 9) 44; Kılıçoğlu, (n 22) 136; Akıntürk ve Ateş, (n 22) 302; Öcal, (n 14) 38; Yıldırım, (n 13) 106; Yargıtay kararlarında da bu husus vurgulanmıştır. “...Somut olayda; davacı-karşı davalı kadın, yargılamanın hiçbir aşamasında yoksulluk nafakası talebinde bulunmamış olup, talep olmadığından yoksulluk nafakasına hükmedilmesi mümkün değildir.” Kaldı ki Türk Medeni Kanunu'nun 162. maddesi uyarınca “Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış nedeniyle boşanma kararı verilmiş ve karar kesinleşmiştir, bu durumda ayrıca kusur değerlendirilmesi yapılamaz. Zira davacı kocanın bu hususta açtığı dava kabul edilmiş ve kusurun tamamının davalı kadında olduğu kabul edilmiş ve karar boşanma yönünden kesinleşmiştir. O halde, yukarıda açıklanan maddi ve yasal olgular dikkate alındığında, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir” Yarg. HGK, 2-51/87, 30.01.2008 Karar için bkz. www.legalbank.net; Yargıtay bir kararında da “Davacı, dava dilekçesinde açıkça nafaka istemediğini bildirmiştir. Bu beyan yoksulluk nafakasına ilişkin haktan feragat niteliğindedir. Bu husus gözetilmeden davacı yararına yoksulluk nafakası takdiri doğru bulunmamıştır.” diyerek yoksulluk nafakasına

Anlaşmalı boşanmada hak sahibi olan tarafın yoksulluk nafakası istemediğini açık şekilde beyan etmesi durumunda daha sonra yoksulluk nafakası istenmesi söz konusu olamaz; çünkü bu yöndeki beyan artık nafakanın istenmesine engel oluşturur²⁷.

Yoksulluk nafakası kadın veya erkek fark etmeksizin her iki eş tarafından da talep edilebilir²⁸. Önceki Kanun bakımından ise durum farklıdır. 743 Sayılı TMK m. 144 hükmü 04.05.1988 tarih ve 3444 Sayılı Kanun ile değiştirildikten sonra²⁹, erkeğin kadından nafaka isteyebilmesi için kadının refah hali içinde olması aranmıştır³⁰. Hali refahtan kasıt, gelirin, çevresine ve sosyal durumuna göre lüks sayılabilecek şeyleri dahi sağlamaya elverişli olmasıdır³¹. Kadın-erkek eşitliğini erkekler aleyhine bozan bu şart³² 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'na alınmamıştır; yani boşanan taraflardan gerek erkek gerekse kadın refah halinde olup olmadığına bakılmaksızın yoksulluğa düşecek diğer tarafa yoksulluk nafakası ödemek zorundadır³³.

c. Talepte bulunan eşin kusursuz veya daha az kusurlu olması

Yoksulluk nafakası talebinde bulunan eşin kusurunun daha ağır olmaması gerekir. Yoksulluk nafakası talep edecek eşin hiç kusursuz değil, daha az kusurlu olması aranmaktadır³⁴.

ilişkin haktan feragat halinde nafakaya hükmedilemeyeceğini belirtmiştir, Yarg. 2. HD, 7694/9858, 25.05.2009 Karar için bkz. www. legalbank.net.

²⁷ Öztan, (n 13) 837.

²⁸ Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 22) 156; Kılıçoğlu, (n 22) 136; Esra Fırtına, Boşanmanın Mali Sonuçları ve Yoksulluk Nafakası, (1st ed, Adalet Yayınevi 2019) 99.

²⁹ Madde değişiklik ile şu hali almıştır: “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Ancak, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir./Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz”.

³⁰ Demir, (n 9) 38-39; “Bu madde ile Türk Kanunu Medenîsinin 144’üncü maddesi değiştirilmektedir. Mevcut metindeki kusursuz eşin boşanma davası neticesinde yoksulluğa düşmesi halinde diğerinin ona bir sene süre ile nafaka ödemeye mahkûm edileceği hükmü değiştirilerek bir yıllık kaydın adalete uygun düşmediği nazara alınıp, kaynak İsviçre Medenî Kanununun 152’nci maddesine uygun olarak süresiz nafaka mecburiyeti esas kabul edilmiştir. Ayrıca, yapılan değişiklikle erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi kadının hali refahta bulunması şartına bağlı kılınmıştır” bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c010/tbmm18010064ss0025.pdf>.

³¹ Kemal Oğuzman ve Mustafa Dural, Aile Hukuku, (3rd ed, Filiz Kitabevi 2001) 147.

³² Hatemi, kadından hiç nafaka istenememesi gerektiği, kadının ancak ahlaki vazife olarak ve kendi rızası ile bu ödemeleri yapabileceği görüşünü savunarak hükmü eleştirmekte ve yeni Medeni Kanun’da kadın aleyhine cins ayrımcılığını kaldırma girişiminin yine hayranlık verici bir örneği olarak “hali refah” kaydının kaldırıldığını belirtmektedir, bkz. Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku, (8th ed, Oniki Levha Yayıncılık 2020) 134.

³³ Akıntürk ve Ateş, (n 22) 304.

³⁴ Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 22) 156; Erdem, (n 22) 200; “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşen eş, boşanmaya yol açan olaylarda daha ziyade kusurlu olmamaları kaydıyla, diğerinden hali ile mütenasip yoksulluk nafakası isteyebilir. Boşanma kararı ile yoksulluk nafakası isteme hakkını kaybetmemiş ve değişen durumlarla hakkaniyet gerektiriyorsa iradın artırılmasına da karar verilebilir. Boşanma kararında bu konuda bir hüküm bulunmamak kaydıyla boşanmaya yol açan olaylarda kusuru daha çok olmayan eşin sonradan da yoksulluk nafakası istemesini engelleyen bir kanun hükmü yoktur. Ancak boşanmanın kesinleştiği tarih ile bu yeni davanın açılış gününde boşanma ile illiyet bağı olan yoksulluğun ispatlanması gerekir”. Yarg. 2. HD, 14218/14480, 20.11.2000 Karar için bkz. www. legalbank.net.

Buna karşılık maddi ve manevi tazminat davalarından farklı olarak nafaka yükümlüsünün kusurlu olması şart değildir³⁵. Şüphesiz kusuru daha ağır olan veya tam kusurlu olan taraf yoksulluk nafakası talep etme hakkına sahip değildir³⁶.

Her iki eşin eşit kusurlu olması halinde Türk Medeni Kanunu'nun 175'inci maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir hüküm öngörülmüş değildir; ama maddenin konuluş amacına bakarak “eşlerin boşanmadaki kusurları eşit de olsa yoksulluk nafakasına hakkaniyet gereği hükmedilmesi” gerektiği ifade edilmektedir³⁷. Yargıtay da bir kararında³⁸, “*Mahkemece de kabul edildiği gibi evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan hadiselerde eşler eşit kusurludurlar. Boşanma sonucu davacının (kadının) yoksulluğa düşeceği de gerçekleşmiştir (MK.md.175). Kadın yararına uygun bir yoksulluk nafakası verilmesi gerekir. Bu yönün dikkate alınmaması usul ve yasaya aykırıdır ...*” diyerek tarafların eşit kusurlu olmaları halinde yoksulluk nafakasına hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir.

d. Nafaka isteyen eşin yoksulluğa düşmesi

Nafaka isteyen eş, çalışma gücünden yoksunsa ve başka bir geliri veya serveti de yoksa yoksulluk nafakasına hak kazanır³⁹. Boşanma yüzünden yoksulluk, barınma, geçimini temin etme konusunda çaresizlik anlamına gelmekte olup bundan davacı eşin hiçbir gelir veya iş sahibi olmadığı halleri kapsadığı sonucunu çıkartmamak gerektiği; davacı eşin gelir veya meslek sahibi olmasına rağmen elde ettiği gelirin barınma ve geçimi için yetersiz olduğu ihtimalde yine nafakaya karar verilebileceği ifade edilmektedir⁴⁰. Nitekim Yargıtay kararları uyarınca da “*asgari ücret seviyesinde gelire sahip olunması*” yoksulluk nafakasının bağlanmasını olanaksız kılan bir olgu değildir⁴¹. Yoksulluk nafakası isteyen eşin emekli maaşı

³⁵ Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 22) 156; Akıntürk ve Ateş, (n 22) 303.

³⁶ Demir, (n 9) 54; Bu husus Yargıtay kararlarında da vurgulanmıştır. Nitekim bir Yargıtay kararında, “*...boşanmaya sebebiyet veren olaylarda davalı-davacı kadın ağır kusurludur. Ağır kusurlu eş yararına yoksulluk nafakasına (TMK m. 175) hükmedilemez. O halde davalı-davacı kadının yoksulluk nafakası talebinin reddine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir...*” Yarg. 2. HD, 4211/5410, 29.06.2021 Karar için bkz. www.legalbank.net.

³⁷ Öztan, (n 13) 838.

³⁸ Yarg. HGK 2-245/289, 27.04.2005 Karar için bkz. www.legalbank.net.

³⁹ Dural, Öğüz ve Gümüş, (n 22) 156; Akıntürk ve Ateş, (n 22) 303.

⁴⁰ Kılıçoğlu, (n 22) 135.

⁴¹ Yarg. HGK 2-1579/673, 4.4.2018, ilgili karar için bkz. Erdem, (n 22) 201, dpn. 336; Yargıtay'ın yerleşik kararlarında bu husus vurgulanmaktadır. “*...Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.10.1988 gün ve 1998/2-656-688 sayılı ilamı ve 28.02.2007 gün ve 2007/3-84-95 sayılı ilamlarında kabul edildiği gibi; yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür, eğitim gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanları yoksul kabul etmek gerekir*” “*Hemen belirtelim ki, Yargıtay'ın yerleşik kararlarında “asgari ücret seviyesinde gelire sahip olunması” yoksulluk nafakasının bağlanmasını olanaksız kılan bir olgu olarak kabul edilmemektedir*”. (YHGK. 'nun 07.10.1998 gün ve 1998/2-656-688 sayılı kararı, 26.12.2001 gün ve 2001/2-1158-1185 sayılı kararı, 01.08.2002 gün ve 2002/2-397-339 sayılı kararı, 28.02.2007 gün ve 2007/3-84-95 sayılı kararı). “*Yoksulluk durumu günün ekonomik koşulları ile birlikte, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ve yaşam tarzları değerlendirilerek takdir edilmelidir. Yoksulluk nafakası ahlaki ve sosyal düşüncelere dayanır*”. “*Onun içindir ki, bilimsel öğretide; evlilik birliğinde eşler arasında geçerli olan*

veya malları varsa bunların onu yoksulluktan kurtarıp kurtarmadığının belirlenmesi gerekir⁴². Bir Yargıtay kararında⁴³ yoksulluk nafakası talebinde bulunan kadının adına kayıtlı taşınmaz ile anne ve babasından miras yoluyla intikal eden taşınmazlardaki hisse değerleri ve bu taşınmazların kira gelirleri tespit edilip kadının boşanma ile yoksulluğa düşüp düşmeyeceği belirlenmeden, kadının ev hanımı olduğundan bahisle eksik araştırma sonucu lehine yoksulluk nafakasına hükmedilmesinin doğru olmadığına karar verilmiştir. Yine başka bir kararında, davacı kadının kahvaltılık salonu işlettiği ve sabit gelirinin olmadığı, babasından kalan evde oturduğu, kira ödemediği, babasından kalan hisseli malların bulunduğu; erkeğin ise aylık 1.200 TL maaş aldığı, annesinin evinde oturduğu ve kira ödemediği gerçeği karşısında davacı kadının boşanmakla yoksulluğa düşeceği belirtilerek lehine yoksulluk nafakasına hükmedilmiş ise de; kendisini yoksulluktan kurtaracak düzeyde geliri olduğu anlaşıldığından yoksulluk nafakası talebinin reddi gerektiğini belirtmiştir⁴⁴.

Yoksulluğa düşmenin boşanma sonucu olması gerekir; diğer bir ifadeyle boşanmadan başka nedenlerle mesela boşanma davasının devamı sırasında bütün malvarlığının kumarda, at yarışlarında kaybedilmesi ya da iflas, dolandırılma gibi sebeplerle yoksulluğa düşülmesi halinde boşanmada kusursuz olursa da nafaka isteminde kişi haklı görülemeyecektir⁴⁵. Başka

dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da kısmen devamı niteliğinde olduğu” belirtilmektedir”. Yarg. HGK 2-275/275, 16.05.2007 Karar için bkz. www.legalbank.net; Yargıtay’ın farklı içerikte kararları da olmuştur. “Davacı kadının şimdiki artırma istemi üzerine davalı erkek açtığı karşılık davada kadının çalıştığını ileri sürüp yoksulluk nafakasının kaldırılmasını istemiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, davacı kadının çalıştığı en azından asgari ücret seviyesinde muntazam gelir elde ettiği 12.04.1994 tarihli 33-296 sayılı kesin hükümle sabittir”. “Bu seviyede bir gelir elde eden kişinin artık muavenete muhtaç olduğunun ve yoksulluğunun devam ettiğinin kabulü hayatın olağan akışı ile bağdaşmaz. Esasen davacıda az maaşlı bir teknisyen olup, kira ödediği ve bu kararla çocukları için 1.000.000. TL. iştirak nafakası ödemeye mahkûm olduğu dikkate alındığında kendisine asgari ücret seviyesinde bir gelir kalmayacağı ortadadır”. “Davacı için erkeğin yoksulluk nafakası ödemesi ve hele hele bu nafakanın artırılması hakkaniyet kuralları ile bağdaşmaz. Davacının kendisini yoksulluktan kurtaracak bir iş bulduktan sonra o işten çıkması veya çıkarılması davalıyı yeniden yoksulluk nafakası mükellefiyeti altına sokmaz”. Zira Medeni Kanun’un 145/3. maddesinde yer alan “kesilir” sözü amir nitelikte olup, mahkemenin hükmü açıklayıcı niteliktedir. “Mahkemece kadının davasının reddi ile kocanın davasının kabulüne, kadına 13.11.1990 tarihli 243-480 sayılı ilamla bağlanan nafakanın kesilmesine karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi doğru görülmemiştir”. Yarg. 2. HD, 11857/12547, 21.11.1995 Karar için bkz. www.legalbank.net; “...Yapılan sosyal ve ekonomik durum araştırmasında kadının asgari ücret seviyesinde gelir elde ettiği anlaşılmaktadır. Kadının elde ettiği bu gelir kendisini yoksulluktan kurtaracak düzeyde değildir. Bu durumda, Türk Medeni Kanunu’nun 175. maddesi koşulları davacı-davalı kadın bakımından oluşmuştur. Davacı-davalı kadın yararına yoksulluk nafakası hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde isteğin reddi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir...” Yarg. 2. HD, 3140/4572, 07.06.2021 Karar için bkz. www.legalbank.net.

⁴² Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 22) 156.

⁴³ Yarg. 2. HD, 12689/14769, 22.07.2009 Karar için bkz. www.legalbank.net.

⁴⁴ Yarg. 2. HD, 3816/5083, 21.06.2021 Karar için bkz. www.legalbank.net.

⁴⁵ Uzun, (n 1) 33; Demir, (n 9) 49.

birinden nafaka istenebilecek olması ise yoksulluk nafakası talep edilmesine engel olmayacaktır⁴⁶.

Boşanma sonrasında taraflar kendi geçimlerini sağlama yeteneğine sahip olduklarında yoksulluğa düşme koşulu gerçekleşmediği için nafaka istemine yer olmayacaktır⁴⁷.

Doktrinde yoksulluk nafakasına hükmedebilmek için bir tarafın düşeceği yoksulluğun mutlaka büyük bir yoksulluk olması gerekmediği; normal ve vasat düzeydeki bir yoksulluk tehlikesinin de yeterli olacağı ifade edilmektedir⁴⁸. 3444 Sayılı Kanun’la değişikliğe uğramadan önce 743 Sayılı TMK m. 144 hükmü kusursuz olan eşin boşanma sonucu olarak büyük bir yoksulluğa düşecek olmasını aramaktaydı⁴⁹. Hüküm şu şekildeydi: “*Kabahatsiz olan karı yahut koca, boşanma neticesi olarak büyük bir yoksulluğa düşerse, diğeri boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa dahi kudreti ile mütenasip bir surette bir sene müddetle nafaka itasına mahkûm edilebilir*”. Sözü geçen madde 04.05.1988 tarih ve 3444 Sayılı Kanun ile değiştirilmiş⁵⁰, boşanma yüzünden düşülecek yoksulluğun büyük olması şartı kaldırılmıştır

e. Takdir edilecek nafakanın nafakayı ödeyecek eşin mali gücü ile orantılı olması

Hâkimin takdir edeceği yoksulluk nafakası bunu ödeyecek tarafın yani nafaka yükümlüsünün mali gücüyle orantılı olmalıdır⁵¹.

Nafaka yükümlüsünün “mali gücü yoksulluk nafakasının üst sınırıdır”⁵². Nafaka yükümlüsünün hiç ödeme gücünün bulunmaması halinde yoksulluk nafakasına karar verilmesi söz konusu olamaz⁵³. Mahkemece somut olayın özelliğine göre mesela yoksul olan veya

⁴⁶ Erdem, (n 22) 202; Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 22) 157; Öztan, (n 13) 839; Demir, (n 9) 52.

⁴⁷ Gediz Kocabaş, ‘Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler’ (2013) 19 (1) MÜHF – HAD 357, 369.

⁴⁸ Akıntürk ve Ateş, (n 22) 304.

⁴⁹ Feyzioğlu, (n 20) 397.

⁵⁰ Madde değişiklik ile şu hali almıştır: “*Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Ancak, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir./Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz*”.

⁵¹ Akıntürk ve Ateş, (n 22) 303; Yargıtay bir kararında nafaka yükümlüsünün mali gücünün sarsılacağı gerekçesiyle hükmedilen nafaka miktarının yersiz olduğuna karar vermiştir. “*Bilindiği üzere, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 175. maddesinde, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek tarafın, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebileceği düzenlenmiştir. TMK’nın 175. maddesinde belirtildiği üzere, yoksulluk nafakasına mali güç oranında hükmedilmelidir. Davacının aldığı maaş ve hükmedilen maddi tazminat miktarı gözetildiğinde, toptan ödenmesine karar verilen 15.000 yıl yoksulluk nafakası miktarının, davacının mali durumunu sarsacağı kuşkusuzdur. O halde, Özel Daire bozma ilamında belirtilen gerekçelerle, HGK’nca da benimsenen bozma ilamına uyulmak gerekirken, önceki kararda dâirenin usul ve yasaya aykırılığıdır. Bu sebeple direnme kararı bozulmalıdır.*” Yarg. HGK 2-529/779, 14.11.2012 Karar için bkz. www.legalbank.net.

⁵² Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 22) 157.

⁵³ İbid 157; “*...Davacı erkeğin yapılan ekonomik sosyal durum araştırmasında epilepsi hastası olup, yüzde doksan oranında çalışma kaybının bulunduğu ve çalışmadığı tutanağa bağlanmış ise de dosyaya sunulan SGK kayıt*

askerlik gibi kanuni bir nedenle nafaka ödeyemeyecek durumda bulunan eşin yoksulluk nafakası ödemesine karar verilemeyecektir⁵⁴. Ancak “nafaka yükümlüsünün varlıklı olması nafaka talep edenin yoksulluğunu giderecek miktardan daha fazla nafaka ödemesine karar verilmesine neden olmaz”⁵⁵. Bu nedenle doktrinde ödenecek yoksulluk nafakasının talepte “bulunan tarafın yoksulluğa düşmesini önleyecek ve normal şartlarda onun geçimine yetecek” miktarda olması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁶. Bu anlamda yoksulluk nafakası ile evlilik birliğinin devam ettiği süredeki hayat standardının sağlanması beklenemez⁵⁷.

Yoksulluk nafakasının miktarının belirlenmesinde eğer yükümlü eşin maddi veya manevi tazminat ödemesine karar verilmişse bunların miktarı da dikkate alınır⁵⁸.

Ödeme gücünün belirlenmesinde sadece yükümlü olan eşin değil, bakmakla yükümlü olduğu kimselerin de ihtiyaçları göz önüne alınır⁵⁹.

3. Yoksulluk Nafakasının Ödenme Biçimi

örneklerinde ise davacı erkeğin çalışma kayıtlarının bulunduğu, bir kısım tanık beyanlarında ise davacı erkeğin çalışmakta iken işten ayrıldığına beyan edildiği anlaşılmaktadır. Kendisi yoksul olan kişi yoksulluk nafakasıyla yükümlü tutulamaz. Bu sebeple davacı erkeğin çalışma durumu ve işten ayrılmış ise işten ayrılış nedeni de araştırılarak, sonucuna göre kadın lehine Türk Medeni Kanunu'nun 175. maddesi uyarınca yoksulluk nafakası verilmesi koşullarının oluşup oluşmadığı değerlendirilerek karar verilmesi gerekirken; yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmiş olması isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir...”. Yarg. 2. HD, 8977/596, 14.01.2016 Karar için bkz. www.legalbank.net.

⁵⁴ Fırtına, (n 28) 98.

⁵⁵ Dural, Ögüz ve Gümüş, n (21) 157; Demir, (n 9) 60.

⁵⁶ Akıntürk ve Ateş, (n 22) 304; “...O halde mahkemece küçük için takdir edilen önceki iştirak nafakasının küçüğün yaşı, eğitim düzeyi ve ihtiyaçlarıyla davalının mali gücü doğrultusunda hakkaniyete uygun bir miktarda; yoksulluk nafakasının ise TÜİK'in yayınladığı ÜFE oranında artırılarak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir...” Yarg. 3. HD, 5572/9036, 04.04.2012; “...O halde mahkemece küçük için takdir edilen önceki iştirak nafakasının küçüğün yaşı, eğitim düzeyi ve ihtiyaçları ile davalının mali gücü doğrultusunda hakkaniyete uygun bir miktarda; yoksulluk nafakasının ise TÜİK'in yayınladığı ÜFE oranında artırılarak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir, gerekçesiyle Dairemizce bozulmuş, mahkemece Dairemize ait bozma kararına uyularak, aylık 250 TL yoksulluk nafakasına, aylık 250 TL iştirak nafakasına hükmedilmiş, karar davalı vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, sair temyiz itirazları yerinde değildir. Ancak, yoksulluk nafakasının TÜİK'in yayınladığı ÜFE oranında artırılarak hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir...” Yarg. 3. HD, 3844/4656, 19.03.2013; Yargıtay bazı kararlarında tarafların sosyal ve ekonomik durumları, günün ekonomik koşulları düşünüldüğünde davacı kadın yararına hükmedilen nafakanın az olduğunu hükme bağlamıştır. “...Tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumlarına, nafakanın niteliğine, günün ekonomik koşullarına göre davacı kadın yararına takdir edilen yoksulluk nafakası azdır. Mahkemece Türk Medeni Kanunu'nun 4. maddesindeki hakkaniyet ilkesi de dikkate alınarak daha uygun miktarda nafakaya hükmedilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir...” Yarg. 2. HD, 2915/5459, 30.06.2021; benzer yönde Yarg. 2. HD, 3407/4764, 14.06.2021; Yarg. 2. HD, 3565/4746, 08.06.2021 Kararlar için bkz. www.legalbank.net.

⁵⁷ Fırtına, (n 28) 98.

⁵⁸ Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 22) 157; Akıntürk ve Ateş, (n 22) 303-304; Ebru Ceylan, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, (1st ed, Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2006) 111-112.

⁵⁹ Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 22) 157; Demir, (n 9) 60.

TMK m. 176 uyarınca “*maddî tazminat ve yoksulluk nafakasının toptan veya durumun gereklerine göre irat biçiminde ödenmesine karar verilebilir*”. Yoksulluk nafakası ayın olarak ve nakit olarak ödenebilir ve yoksulluk nafakasına nakit olarak hükmedildiği hallerde bu nafaka irat ya da sermaye biçiminde olabilir⁶⁰. Bu anlamda hâkimin nafakanın ayın ya da nakit olarak ödenmesine karar vermekte geniş bir takdir yetkisi olduğu ve tarafların talebi ile bağlı olmadığı ifade edilmektedir⁶¹.

Ödeme biçimini kural olarak hâkim kararlaştıracaksa da tarafların bu konuda anlaşmalarına bir engel bulunmamaktadır. TMK m. 184/b. 5 gereği tarafların yapacakları anlaşma hâkimin onayı ile geçerli olur⁶².

Hâkim nafakaya çoğunlukla irat olarak hükmeder ve toptan ödemeye istisnaen karar verilir. Hâkim bu kararı verirken mevcut durumun özelliğine göre karar verir; ancak irat ya da toptan ödemede bir öncelik söz konusu değildir⁶³.

4. Yoksulluk Nafakasının Değiştirilmesi ve Sona Ermesi

TMK m. 176 uyarınca “*tarafların malî durumlarının değişmesi veya hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde iradın artırılması veya azaltılmasına karar verilebilir*”. Mesela nafaka alacaklısının yoksulluk seviyesinin azalması, özellikle çalışmaya başlaması ya da başka bir gelir elde etmesi durumlarında nafakanın kaldırılması ya da azaltılması; yine nafaka yükümlüsünün ekonomik durumunun bozulması, çalışma gücünü kaybetmesi, evlenmesi ve başka nafaka yükümlülüklerinin ortaya çıkması gibi durumlarda da nafakanın azaltılması istenebilir⁶⁴. Ancak nafakanın sermaye şeklinde ödenmesine karar verilmişse herhangi bir sebeple daha sonra artırılması veya azaltılması istenemez; dolayısıyla artırılması veya azaltılması istenebilecek nafaka irat şeklinde ödenecek olandır⁶⁵. Bu anlamda “yoksulluk nafakasının irat şeklinde ödenmesi ister taraflar arasındaki sözleşmeyle ister hâkimin hükmüyle kararlaştırılmış olsun durumun değişmesi halinde gözden geçirilerek artırılması istenebilirse de sözleşmeyle kararlaştırılmış ve hâkim tarafından onaylanmış iradın aradan çok az bir zaman geçtikten sonra indirilmesi isteminde bulunulması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde kabul edilmelidir”⁶⁶.

⁶⁰ Öztan, (n 13) 846.

⁶¹ Ibid 846.

⁶² Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 22) 159.

⁶³ Öztan, (n 13) 846.

⁶⁴ Erdem, (n 22) 207-208.

⁶⁵ Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 22) 160.

⁶⁶ Akıntürk ve Ateş, (n 22) 307.

Nafaka miktarının değiştirilmesi bir taleple olur ve verilen karar değiştirici yenilik doğuran bir karardır. Uygulamada nafakanın değiştirilmesi için; “ekonomik durumda büyük bir değişikliğin ortaya çıkması, bu değişikliğin sürekli olması ve nafaka alacaklısının ekonomik durumunda bu şekilde bir değişikliğin ortaya çıkacağına boşanma kararı verilirken öngörülmesinin mümkün olmaması şeklinde üç koşulun arandığı görülmektedir”.⁶⁷

TMK. m. 176/5 uyarınca “*hâkim, istem hâlinde, irat biçiminde ödenmesine karar verilen nafakanın gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir*”. Doktrinde bu hükmün çok isabetli olduğu çünkü bu hüküm sayesinde alacaklı tarafın her yıl dava açarak artırım yoluna gitmesi zorunluluğunu azaltacağı ve alacaklıya oldukça önemli bir rahatlama sağlayarak mahkemelerin iş yüklerinin de hafiflemesini sağlayacağı ifade edilmektedir⁶⁸. Bu halde “nafakanın yeni endekse uyum sağlaması bir mahkeme kararına gerek olmaksızın söz konusu olur ve artık yenilik doğuran bir karara ayrıca gerek” olmaz⁶⁹.

TMK m. 176/f. 3 gereği irat şeklinde ödenen nafakanın bazı hallerde kendiliğinden bazı hallerde ise mahkeme kararı ile sona ermesi düzenlenmiştir⁷⁰. Nafakanın “irat biçiminde ödenmesine karar verilirse, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi”⁷¹ “ya da taraflardan birinin ölümü hâlinde nafaka kendiliğinden kalkar; alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması”⁷², “yoksulluğunun ortadan kalkması”⁷³ “ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hâlinde mahkeme kararıyla kaldırılır”.

⁶⁷ Öztan, (n 13) 849.

⁶⁸ Akıntürk ve Ateş, (n 22) 307.

⁶⁹ Öztan, (n 13) 851.

⁷⁰ Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 22) 160.

⁷¹ “...Türk Medeni Kanununun 176/3. Maddesine göre; irat biçiminde ödenmesine karar verilen maddi tazminat veya nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü halinde kendiliğinden kalkar; alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi halinde mahkeme kararı ile kaldırılır. Anılan yasal düzenlemeye bağlı olarak; davalının evlenmesi ile yoksulluk nafakası kendiliğinden sona erdiğinden, davacının, kanun gereği kendiliğinden sona eren yoksulluk nafakasının kaldırılması talebi ile dava açmasında hukuken korunmaya değer menfaati diğer bir ifade ile bu davayı açmakta hukuki yararı yoktur...” Yarg. 3. HD, 22243/9358, 25.05.2015 Karar için bkz. www.legalbank.net.

⁷² “Somut olayda taraflar TMK 166/3 maddesi gereği 2017 yılında boşanmışlar, davalı kadın lehine aylık 8.000 TL yoksulluk nafakasına hükmedilmiş ve karar kesinleşmiştir. Nafaka alacaklısının, evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluk nafakasının kaldırılması sebebidir”. (TMK m.176/2) “Bu düzenlemeye göre, yoksulluk nafakasının kaldırılması için, aynen evlilik gibi ortak bir hayat kurularak, fiilen birlikte yaşamak gerektiği açıkça belirtilmiştir. Somut olayda ise, dosyadaki tüm deliller bir arada değerlendirildiğinde, davalının davacıdan boşandıktan sonra başka bir şahıs ile “Evlenme olmaksızın fiilen birlikte yaşadığına” dair somut, inandırıcı delil bulunmadığı, yoksulluk nafakasının indirilmesi için yasanın aradığı koşulların da oluşmadığı anlaşıldığından, davanın reddi gerekirken yanılığılı değerlendirme sonucu davanın kabulü yönünden hüküm kurulması doğru bulunmamış ve bozmayı gerektirmiştir”. Yarg. 2. HD, 1980/3397, 29.06.2020 Karar için bkz. www.legalbank.net.

⁷³ “Ancak, TMK'nun 175. maddesi “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir.” hükmünü getirmiştir.

Doktrinde alacaklının evlenmesi ve onun ölümü halinde nafakanın kalkmasının doğal karşılanması gerektiği ama nafaka yükümlüsünün ölmesi durumunda nafakanın kalkmasının yerinde olmadığı belirtilmektedir⁷⁴. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre borçlunun ölümü halinde nafaka yoksulluk nafakası yükümlüsünün mirasçıları tarafından ödenmeye devam edilmelidir. “Nafaka alacağı ise kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için mirasçılara geçmez ve Kanunun açık ifadesine göre kendiliğinden sona erer; ancak kişinin ölümü anında muaccel olmuş nafaka alacağı bu kuralın dışındadır”⁷⁵.

Yoksulluk nafakası alacaklı tarafın yeniden evlenmesi halinde kendiliğinden ortadan kalkmakta olup bu durum sadece alacaklı olan taraf yönünden söz konusudur; çünkü borçlunun yeniden evlenmesi bir sona erme sebebi değildir⁷⁶.

Yoksulluk nafakası alan boşanmış eşin haysiyetsiz hayat sürmesi halinde yoksulluk nafakası mahkeme kararıyla sona erdirilir; ancak bunun için bu yaşam biçiminin belli bir süre devam etmesi gerekir⁷⁷. Nitekim Yargıtay’a göre de “*haysiyetsiz hayat sürmenin varlığından söz edilebilmesi için; eşin, sosyal hayatta toplumun genel değer yargılarıyla çatışan, olumsuz nitelikte kabul edilen davranışının süreklilik göstermesi*”⁷⁸ gerekir.

Boşandıktan sonra evlenme akdi olmadan bir başka şahısla fiilen karı koca gibi yaşayan bu anlamda dini nikahla evlilik yapan eş yoksulluk nafakası almaktaysa nafaka yükümlüsü eş mahkemededen nafakanın kaldırılmasını isteyebilir⁷⁹.

T.M.K.’nin 176/3.maddesinde de yoksulluk nafakasının yoksulluğun ortadan kalkması halinde mahkeme kararı ile kaldırılacağı hükme bağlanmıştır. “Nafakanın yoksulluğun ortadan kalkması nedeniyle mahkemece sona erdirilebilmesi için usulüne uygun olarak açılmış bir davanın bulunması gerekir”. “Nafaka borçlusu olan davalı tarafından bu iddia ile açılmış bir dava bulunmamaktadır. O halde mahkemece sadece nafakanın arttırılmasına karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, ortada açılmış bir dava olmadan nafakanın kaldırılmasına da karar verilmiş olması doğru görülmemiştir”. Yarg. 3. HD, 192/687, 10.02.2004 Karar için bkz. www.legalbank.net.

⁷⁴ Erdem, (n 22) 209.

⁷⁵ Öztan, (n 13) 852-853.

⁷⁶ Demir, (n 9) 101.

⁷⁷ Öztan, (n 13) 854; Uzun, (n 1) 79; Fırtına, (n 28) 124.

⁷⁸ “Davacı kocanın boşanma davası münhasıran “haysiyetsiz hayat sürme” sebebine (TMK m.163) dayanmaktadır. Haysiyetsiz hayat sürmenin varlığından söz edilebilmesi ve bu sebeple boşanma kararı verilebilmesi için; eşin, sosyal hayatta toplumun genel değer yargılarıyla çatışan, olumsuz nitelikte kabul edilen davranışının süreklilik göstermesi ve bu davranışın diğer eş için birlikte yaşamayı ondan beklenemez hale getirmesi gereklidir”. “Süreklilik göstermeyen bir defalık bir davranış; Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesindeki evlilik birliğinin temelinden sarsılması durumu için yeterli olabilirse de, haysiyetsiz hayat sürme sebebine dayalı boşanma kararı için yeterli değildir. Davalı kadının bir başka erkekle cep telefonu ile konuştuğu ve mesajlaştığı toplanan delillerle anlaşılmaktadır”. “Davalı kadının gerçekleşen bu davranışı, davacı koca bakımından birlikte yaşamayı ondan beklenemez duruma getirmiş ise de; sürekliliği olmadığı anlaşıldığından; haysiyetsiz hayat sürme ile Türk Medeni Kanunu'nun 163. maddesindeki boşanma sebebi sabit kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır”. Yarg. 2. HD, 22536/17686, 26.06.2012 Karar için bkz. http://www.legalbank.net

⁷⁹ Öztan, (n 13) 854; Demir, (n 9) 103; “743 sayılı Medeni Kanununun 145. maddesi bir evlenme akti olmadan yararına yoksulluk nafakası verilen tarafın bir başkası ile karı koca gibi yaşamayı halinde yoksulluk nafakasının kaldırılacağına hükme bağlanmıştır. Boşanmadan sonra kadının (davalının) evli bir erkekle ilişki kurup onunla yaşadığı sabittir. Yoksulluk nafakasının kaldırılması gerekirken bu isteğin reddedilmesi de usul ve yasaya aykırıdır”. Yarg. 2. HD, 4865/5658, 30.04.2002 Karar için bkz. http://www.legalbank.net

Nafaka alacaklısının yoksulluğunun ortadan kalkması halinde de yoksulluk nafakası mahkeme kararı ile ortadan kaldırılabilir. Yoksulluk nafakası alacaklısı olan eşin düzenli gelir getiren bir işe girmesi, anne veya babasının ölümü üzerine sosyal güvenlik kuruluşları tarafından kendisine maaş bağlanması ya da miras kalması gibi nedenlerle yoksulluğun sona ermesi durumunda nafaka borçlusu nafakanın kaldırılmasını dava yoluyla talep edebilecektir⁸⁰.

5. Zamanaşımı

TMK m. 178 gereği “*evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar*”⁸¹. Yoksulluk nafakası davasının, nafakanın boşanma içinde istenmemesi halinde en geç boşanma hükmünün kesinleşmesini takip eden bir yıl içinde açılması gerekmektedir⁸². Yoksulluk nafakasına ilişkin talebin mutlaka boşanma davası açıldığı zaman ileri sürülmesi gerekmediğini nafaka davasında yetkiyi düzenleyen TMK m. 177 hükmünden anlamak mümkündür; çünkü ilgili hüküm boşanmadan sonra açılacak nafaka davasından söz etmektedir⁸³.

Boşanmadan sonra nafaka davasının en geç boşanma hükmünün kesinleşmesini takip eden bir yıl içinde açılabilmesiyle eşlerin boşanmalarına rağmen boşanma davası dışında istenilen yoksulluk nafakası yüzünden yeniden karşı karşıya gelmelerinin önlenmesi amaçlanmıştır⁸⁴. Davacının yoksulluğa düşecek olma olgusunun boşanma kararının kesinleşmesi anına kadar mevcut olması gerekmekte olup boşanma kararının kesinleşmesine kadar yoksulluğa düşme durumu söz konusu olmadığı halde o andan sonra ortaya çıkacak yoksulluk bu yönde bir talepte bulunmaya imkân vermemektedir⁸⁵.

Alacaklı zamanaşımı süresi içinde irat şeklinde maddi tazminat veya nafaka talep etmiş ve hüküm altına almışsa koşulların değişmesi üzerine bunun artırılması talebinde bir süre

⁸⁰ Öztan, (n 13) 854; Demir, (n 9) 104; Fırtına, (n 28) 122-123.

⁸¹ “Türk Medeni Kanunu'nun 178. maddesi evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava haklarının, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağını hükme bağlamıştır. Söz konusu süre hak düşürücü süre değil zamanaşımı süresidir”. Yarg. 2. HD, 757/2198, 06.03.2019 Karar için bkz. <http://www.legalbank.net>

⁸² Ceylan, (n 58) 125; Boşanma kararının kesinleşmesinden sonra da yoksulluk nafakası istenebileceği yolunda bir Yargıtay kararı şu şekildedir: “*Boşanma kararı kesinleştikten sonra da yoksulluk nafakası istenmesini engelleyen bir kanun hükmü yoksa da, yoksulluk nafakası isteyen boşanma tarihinde boşanma yüzünden yoksulluğa düştüğünün ve bu yoksulluğunun istek tarihinde devam etmekte olduğunun ispatlanması gerekir. Anlaşarak boşanma halinde yoksulluk nafakası isteği olmadığını açıklayan tarafın bu beyanı boşanma yüzünden yoksulluğa düşmeyeceğini gösterir ve kendisini bağlar. Bu hal dikkate alınmadan davacı için yoksulluk nafakası tayini doğru bulunmamıştır*”. Yarg. 2. HD, 1104/1667, 11.02.2002 Karar için bkz. www.legalbank.net.

⁸³ Dural, Ögüz ve Gümüş, (n 22) 156; Demir, (n 9) 45.

⁸⁴ Ceylan, (n 58) 125; Akıntürk ve Ateş, (n 22) 309.

⁸⁵ Erdem, (n 22) 210.

sınırlaması olmadığından TMK m. 178'deki zamanaşımı süresi irat biçiminde olan tazminat veya nafakanın arttırılması davalarında uygulanmayacaktır⁸⁶.

6. Yoksulluk Nafakasının Süresi

TMK m. 175/f. 1 “boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek tarafın, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebileceğini” düzenlemektedir.

3444 Sayılı Kanun’la değişmeden önce 743 Sayılı TMK m. 144’te yoksulluk nafakası “ödeme süresi bir yıl ile sınırlı olup hâkim söz konusu bu bir yıllık süre ile bağlıydı ve bir yıllık sürenin uzatılması ya da bir yıldan daha az süreli olarak nafakaya hükmedilmesi mümkün olamamaktaydı”⁸⁷. Nafakanın bir yıllık süreyle sınırlandırılmış olması nedeniyle nafaka alacaklısının durumunda herhangi bir iyileşme olmaması ve hatta alacaklının bu bir yılın sonunda nafakanın hükme bağlandığı zaman diliminden daha kötü bir yoksulluk içerisine düşmüş olması ihtimalinde dahi nafaka yasal olarak sona ermekteydi⁸⁸. O dönemde doktrin sosyal ve ahlaki düşüncelerle kabul edilmiş yoksulluk nafakasının kabul edilmiş amacına uygun pratik sonuçlar vermediğini düşündükleri Kanunun bu hükmünü eleştirmekte ve İsviçre Medeni Kanun’u m. 152’de yoksulluk nafakasına daimî olarak hükmedilebileceğinin belirtildiğini ifade etmekteydi⁸⁹. 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında bu bir yıllık süre sınırı kaldırılmış ve yoksulluk nafakasının “süresiz” olarak istenebileceği hükmü getirilmiştir. Aynı şekilde 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 22.11.2001 tarihli Türk Medeni Kanunu’nun 175. maddesinin 1. fıkrasında da bu esas benimsenerek yoksulluk nafakasının süresiz olarak talep edilebileceği hükmü yer almıştır⁹⁰. Yoksulluk nafakasında bir yıllık üst sürenin kaldırılmasının ve süresiz olarak nafaka talep edilebileceği şeklinde düzenleme getirilmesinin amacı Türk aile yapısı içinde çoğunluğu oluşturan ev kadınlarını korumaktır. Özellikle önceki Medeni Kanunumuzda kadının çalışmasının kocanın iznine bağlı olması, boşanmanın kolaylaştırılarak kusurlu olan eşin de 3 yıl fiili ayrılık nedeniyle boşanmayı sağlayabilmesi, eşler arasında paylaşmaya dayalı yasal mal rejimi bulunmaması gibi sebeplerle kadın eşi koruma kaygısı ile süresiz nafaka düzenlemesi getirilmiştir⁹¹.

⁸⁶ Kılıçoğlu, (n 22) 143.

⁸⁷ Kürşad Yağcı, ‘Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu’, (2018) 76 (1) İstanbul Hukuk Mecmuası 323, 327.

⁸⁸ Uzun, (n 1) 13.

⁸⁹ Feyzioğlu, (n 20) 397.

⁹⁰ Yağcı, (n 85) 327.

⁹¹ Şipka, (n 19) 16.

Yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilebileceği yolundaki düzenleme tartışmalara neden olmuş ve süresiz nafaka ödenmesinin mağduriyetler yaşattığı, bu düzenlemede bir değişiklik yapılması gerektiği ifade olunmaya başlanmıştır.

Zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin de var olduğu bir sistemde nafaka borçlusunun nafaka alacaklısına karşı yaşamı boyunca nafaka ödemek ile borçlu duruma sokulmasının yerinde olmadığı söylenmektedir⁹². Boşanma sonrasında tarafların bir an önce özellikle ekonomik sorumluluklarını üstlenmesi ve içinde buldukları durumu düzeltmeleri beklenirken “süresiz” yoksulluk nafakasının taraflardan birini açıkça tembelliğe yöneltmiş olduğu belirtilmektedir⁹³. Boşanma sonrası temiz bir sayfa açmak ve boşanmanın eski eşle yasal ve mali ilişkilerini tamamen sonlandırması fikrinin süresiz nafaka ilişkisine ters düştüğü de ifade olunmaktadır⁹⁴. Artık günümüz toplumunda, bir evliliğin kalıcı bir destek yükümlülüğü doğurduğu varsayımının, modası geçmiş ve modern değerlerle tutarsız olduğu ve evliliğin kadına, eski kocası tarafından rahat bir yaşamın gereklerinin ömür boyu sağlanması olarak görülemeyeceği ifade edilmektedir⁹⁵.

TMK m. 175/f. 1 hükmünde geçen “süresiz olarak” ifadesi itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiş; buna karşılık Anayasa Mahkemesi bu talebi oyçokluğu ile reddetmiştir ve hükmün Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır⁹⁶. Şu da var ki, belirli bir süre için yoksulluk nafakası istenmişse isteme bağlılık kuralı gereğince talep edilen süreye göre yoksulluk nafakasına karar verilecektir⁹⁷.

⁹² Uzun, (n 1) 99.

⁹³ Akipek Öcal, (n 10) 206.

⁹⁴ Özdemir, (n 24) 229.

⁹⁵ Horvarth, (n 25) 87.

⁹⁶ “...İtiraz konusu 'süresiz olarak' ibaresi, nafaka alacaklısının her zaman ölüncüye kadar yoksulluk nafakası alacağı anlamına gelmemektedir. Kanun koyucunun 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 175. Maddesinde 'süresiz olarak' ibaresine yer vermesinin amacı, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek olan eşin diğer eş tarafından, şartları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır. Evlilik birliğinde eşler arasında geçerli olan dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da kısmen devamı niteliğinde olan yoksulluk nafakasının özünde, ahlaki değerler ve sosyal dayanışma düşüncesi yer almaktadır. Yoksulluk nafakasının amacı nafaka alacaklısını zenginleştirmek değildir. Yoksulluk nafakasıyla, boşanma sonucunda yoksulluk içine düşen eşin asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanması düşünülmüştür. Yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için nafaka talep eden eşin boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek olmasının yanı sıra, nafaka talep edilen eşin de nafaka ödeyebilecek ekonomik gücünün bulunması gerekmektedir. İtiraz konusu kuralda, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşen eşi korumak için diğer eşin, koşulları bulunduğu sürece, herhangi bir süre sınırı olmaksızın yoksulluk nafakası vermesi düzenlenmiş olup bu yükümlülüğün sosyal hukuk devleti ilkesinin gereği olarak getirildiği kuşkusuzdur. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir...” Anayasa Mahkemesi 136/72, 17.5.2012 Karar için bkz. <http://www.kararlariyeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/64f47314-a60b-448e-8ea0-1c645f3a4b73?Exclude Gereke =False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi: 06.04.2019.

⁹⁷ Ceylan, (n 58) 116.

Yoksulluk nafakasının süresiz olarak ödenmesi problemleri irat biçiminde nafaka ödenmesi için geçerlidir; nafakanın toptan ödenmesine karar verilen hallerde bu sorun gündeme gelmemektedir. Bununla birlikte “irat biçiminde süresiz olarak ödenmesine karar verilen yoksulluk nafakasının süresiz olarak ödenmeye devam edebilmesi için de kanunda aranan bazı olumsuz koşulların gerçekleşmemiş olması” gerekmektedir⁹⁸. TMK m. 176/ f. 3 uyarınca “*irat biçiminde ödenmesine karar verilen nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü hâlinde kendiliğinden kalkacağı ve alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hâlinde mahkeme kararıyla*” kaldırılacağı için nafakanın süresiz ödenmesi söz konusu olmayacaktır. Bu hallerin nafakanın süresiz olma durumunu engellediğine şüphe olmamakla birlikte bu düzenlemenin süresiz nafakadan kurtulmak için sona erme sebeplerinin gerçekleştiğini ispat etmek isteyen nafaka yükümlüsünü nafaka alacaklısının özel hayatını sürekli denetlemek ve kontrol etmek zorunda bıraktığı⁹⁹ gerekçesiyle ilgili hüküm eleştirilmektedir.

Doktrinde belirtilen ve bizim de katıldığımız görüş uyarınca, TMK madde 175 hükmü dikkatli incelendiği takdirde çözümü kendi içinde barındırdığı görülecektir; çünkü süresiz olarak nafaka isteyebilir ifadesi yeterince açıktır ve bu ifadeden nafakanın süresiz verilmesi imkânı olduğu anlaşılrsa da mutlaka süresiz verilmesi gerektiği anlaşılmamaktadır¹⁰⁰. Bu nedenle TMK m. 175/f. I hükmüne göre “*irat şeklinde ödenen yoksulluk nafakasının alacaklısı süresiz olarak nafaka ödenmesini*” talep edebilirse de hâkim somut olayın şartları çerçevesinde nafakaya süresiz olarak karar vermek zorunda değildir.

Sadece süre sınırlaması getirme bakımından bir kanun değişikliğine ihtiyaç yoktur. Kanun değişikliği ihtiyacının TMK m. 175/f. I gereğince hâkimin, nafakanın süresine ilişkin takdir yetkisi olmadığı yönündeki baskın görüşün ve Yargıtay uygulamasının ortaya çıkardığı bir sorun olduğu belirtilmektedir¹⁰¹. Özellikle 1988 yılında yoksulluk nafakasının süresine ilişkin 3444 sayılı kanunla yapılan değişiklikten bu yana Yargıtay’ın belirli süreli ya da süresiz olarak

⁹⁸ Yağcı, (n 85) 325.

⁹⁹ Özdemir, (n 24) 230.

¹⁰⁰ Akipek Öcal, (n 10) 207; Aynı yönde Şıpka, (n 19) 17; Şıpka’ya göre kanun maddesinin lafzı ve ruhu hâkime süresiz nafakaya hükmetmesini emretmemekte, sadece hak sahibinin süresiz de nafaka isteyebileceğini vurgulamaktadır. Hâkim somut olayın özelliklerini dikkate alarak gerekçeleri ile beraber süreli nafakaya da karar verebilir, ibid 17.

¹⁰¹ Yağcı, (n 85) 346.

nafaka talep edilmesi halinde hâkimin daha az bir süre için nafakaya hükmedemeyeceği yani bu konuda takdir hakkına sahip olmadığı yönünde yerleşik içtihatları bulunmaktadır¹⁰².

Yoksulluk nafakasına bir süre sınırı getirilmek isteniyorsa “evlilik süresi, eşlerin yaşı, çocukların sayısı ve bakım yükümlülüğünün süresi vs. gibi birden fazla kriterin dikkate alınarak belirlendiği bir sistem getirilmesi ve temel kriterleri dikkate alan birden fazla üst süre söz konusu olması; mesela, 5 yıldan kısa süren evliliklerde nafaka süresinin üst sınırının evlilik süresi kadar olması; 5 yıldan uzun süren evliliklerde nafaka üst süresinin 12 yıl olması; 16 yaşından küçük müşterek çocuğun bulunması ve nafaka alacaklısı tarafından bakımının üstlenilmiş olması halinde her durumda nafaka üst süresinin 12 yıl olması yolunda bir hüküm” konulabileceği yolundaki çözümler¹⁰³ suni çözümlerdir¹⁰⁴.

TMK m. 175 hükmünü doğru okuyarak ve her evliliğin kendi dinamiklerini dikkate alarak hâkimin takdir hakkı çerçevesinde süresizlik probleminin çözülebileceğini kabul etmek gerekmektedir. “Sosyal devlet anlayışına uygun olarak ödenemeyen nafaka için fon oluşturulması, eşlerin kendi ayakları üzerinde durmasını sağlayacak meslek edinme ve kariyer gelişimi gibi hususlarda onlara destek sağlanması ve sosyal güvenlik sisteminin iyileştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir”¹⁰⁵. Bu çözüm yollarının dikkate alınması gerektiğine şüphe yoksa da bu yönde bir planlama ancak uzun vadede anlamlı olabilecektir. Her şeyden önce klasik cinsiyetlendirilmiş rol modellerinin, erkeğin eve bakmakla yükümlü olduğu anlayışının değişmesi gerekmektedir. Yaşanan problemler kadınların eğitimsiz ve ekonomik açıdan yoksul bırakılmalarına ait politikaların sonucu olduğundan bulunacak çözüm nafakayı kaldırmak ya da kısa sürelerle bağlamak değil; kadınları eğitim, iş hayatı ve topluma katılım süreçlerinde güçlendirmek ve kadını yoksulluk nafakasına muhtaç durumdan kurtarmak olmalıdır¹⁰⁶. Kadının ekonomik bağımsızlığını kazanmasını sağlayacak planlamaların hemen yapılması ancak bu konuda istenilen aşamaya gelene kadar hâkimin somut olay üzerinden nafakanın süreli mi süresiz mi olacağına karar vermesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

¹⁰² Kulaklı, (n 11) 244.

¹⁰³ Yağcı, (n 85) 348.

¹⁰⁴ Akipek Öcal, (n 10) 207.

¹⁰⁵ Ali Demirbaş, ‘Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası’ (2018) 5(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 219, 233; Yıldırım da kanun koyucunun belirleyeceği makul bir süre ile yoksulluk nafakasının sınırlandırılması, sosyal hukuk devleti olmanın gereği olarak devletin, yoksullukla kendisinin aktif bir biçimde mücadele etmesi gerektiğini ve bunu bir kişinin sırtına yüklemenin o kişinin kişilik haklarının ihlal edilmesine yol açacağını ifade etmektedir, Yıldırım, (n 13) 112.

¹⁰⁶ Süreyya Turan, ‘Güncel Tartışmalar Karşısında Yoksulluk Nafakasına Bir Bakış’, Türk Hukukçu Kadınlar Derneğinin 50. Kuruluş Yıldönümü Sempozyum Kitabı, (Filiz Kitabevi 2019) 67, 85.

SONUÇ

Kanun koyucu yoksulluk nafakasına ilişkin getirdiği düzenlemede yoksulluk nafakasına hükmedilmesinin şartlarını ortaya koymuşsa da yoksulluk kavramını tanımlamış değildir. Bu nedenle doktrin ve Yargıtay kararları doğrultusunda yoksulluk kavramı tanımlanmaya çalışılmıştır. Ancak yoksulluk nafakası ile ilgili tartışmalar yoksulluk kavramı ve yoksulluk nafakasına hükmedilmesinin şartları üzerinde değil, yoksulluk nafakasının süresi noktasında yaşanmaktadır.

Mahkemeler tarafından her durumda yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilmesi kimi durumlarda adil olmayan sonuçlara yol açmaktadır. Bu nedenle doktrinde evliliğin süresi, eşlerin sahip oldukları çocuk sayısı gibi kriterleri dikkate alarak nafakanın kademeli bir şekilde süreli hale getirilmesi önerilmektedir. Ancak kanuni düzenlemede yer alan süresiz olarak nafaka isteyebilir ifadesinin doğru okunması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle nafakayı süreli hale getirecek yasal bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur; çünkü kanunda nafakanın mutlaka süresiz verilmesi gerektiği düzenlenmemiştir. Hâkim bu konuda takdir hakkına sahip olup somut olayın özelliğine göre nafakanın süresine hükmedecektir. Kadının ekonomik bağımsızlığına kavuşması ve hayatının sorumluluğunu alması arzu edilen olmakla birlikte kadının iş hayatına katılımını sağlayacak tedbirleri almadan sadece nafakayı süreli hale getirerek amaçlanana ulaşmak mümkün olmayacak; hiçbir şekilde çalışma imkânı bulunmayan kadınlar mağdur edilmiş olacaktır. Ancak her durumda nafakanın süresiz olarak verilmesine hükmedilmesinin de yerinde olmadığı ifade edilmelidir.

KAYNAKÇA

Akıntürk, T ve Ateş, D, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt (23rd, Beta Yayıncılık 2021).

Akipek Öcal, Ş, 'Yoksulluk Nafakası': in Tuğçe Tuzcuoğlu ve A. Hulki Cihan (eds), Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri (Oniki Levha Yayıncılık 2019) 203-211.

Bozdağ, G. G, Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka (1st ed, Yetkin Yayınevi 2015).

Ceylan, E, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları (1st ed, Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2006).

Demir, M, Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası (1st ed, Seçkin Yayıncılık 2018).

Demirbaş, A, 'Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası' (2018) 5(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 219-235.

Dural, M., Ögüz, T, ve Gümüş, M. A., Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku (16th ed, Filiz Kitabevi 2021).

Erdem, M, Aile Hukuku (2nd ed, Seçkin Yayıncılık 2019).

Feyzioğlu, F. N, Aile Hukuku (3rd ed, Filiz Kitabevi 1986).

Fırtına, E, Boşanmanın Mali Sonuçları ve Yoksulluk Nafakası (1st ed, Adalet Yayınevi 2019).

Hatemi, H, Aile Hukuku (8th ed, Oniki Levha Yayıncılık 2020).

Horvath, E, 'Justifying Alimony' (2002) 2002 UCL Jurisprudence Rev 85-99.

İnal, N, Boşanma Nafaka Davaları (1st ed, Yazarın Kendi Yayını 2018).

Kocabaş, G, 'Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler' (2013) 19 (1) MÜHF – HAD 357-391.

Kılıçoğlu, A. M, Aile Hukuku (5th ed, Turhan Kitabevi 2020).

Kulaklı, Emrah, ‘Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresinde Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi’ (2018) 5(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 237-268.

Oğuzman, K ve Dural, M, Aile Hukuku (3rd ed, Filiz Kitabevi 2001).

Öcal, M, Yoksulluk Nafakasının Süresi (1st ed, Oniki Levha Yayıncılık 2019).

Özdemir, N, İlişkisel Özerklik Bağlamında Evli Birey (1st ed, Turhan Kitabevi 2016).

Öztan, B, Aile Hukuku (6th ed, Turhan Kitabevi 2015).

Pogge, Thomas, ‘Are We Violating the Human Rights of the World’s Poor?’, (2011) 14(2) Yale Human Rights and Development Law Journal 1-33.

Şıpka, Ş, ‘Yoksulluk Nafakasının Süresine Eleştirel Bir Yaklaşım’ (2018) Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye 80. Yıl Armağanı 15-20.

Turan, S, ‘Güncel Tartışmalar Karşısında Yoksulluk Nafakasına Bir Bakış’, Türk Hukukçu Kadınlar Derneğinin 50. Kuruluş Yıldönümü Sempozyum Kitabı (Filiz Kitabevi 2019) 67-85.

Uzun, M, Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası (1st ed, Vedat Kitapçılık 2013).

Yağcı, K, ‘Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu’, (2018) 76(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 323-358.

Yıldırım, A, ‘Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu ve Çözüm Önerisi’: in Akın Ünal ve Arif Kalkan (eds), Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri (Adalet Yayınevi 2019) 105-112.

Yolcu, S, Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması (1st ed, Seçkin Yayıncılık 2018).



NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021(2), 511-527

DOI 10.51562/nkuhukuk.2021227

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk>

Başvuru:25.10.2021

Kabul:06.12.2021

NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

TOPLUMUN ve BİREYİN BİLGİ EDİNME HAKKI

*Araş. Gör. Eda SERTKAYA ZORLU **

ÖZET

İdarenin yönetimi sırasında oluşabilecek hata, hukuka aykırılık ve kusurların önlenmesinde önemli bir araç olan bilgi edinme hakkı, her şeyden önce bireylerin kendilerini ve toplumu ilgilendiren konularda bilgilendirilmesine zemin hazırlayan bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenledir ki, ifade özgürlüğünün bilgiye erişim ve bilgi edinme hakkı ile tamamlandığı kabul edilmektedir. Bu kabulün en büyük göstergesi, bilgiye erişim hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde doğrudan düzenlenmemiş olmasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bilgiye erişim hakkının engellenmesi halinde ifade özgürlüğüne aykırılığın söz konusu olacağı şeklinde verdiği hükümlerdir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu yöndeki kararları incelendiğinde, bilgi edinme hakkının ihlalinin ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilebilmesi için somut olayın bazı testlere tabi tutulduğu ve buna göre hüküm kurulduğu görülmektedir. Çalışmamızda öncelikle bilgi edinme hakkının gerek uluslararası gerek ise ulusal hukuk düzenindeki ortaya çıkış ve gelişim süreci ele alınacaktır. Ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bilgi edinme hakkına ilişkin davalar bağlamında geliştirip başvurduğu ölçütler, 2019 yılında verilmiş Cangı v. Türkiye kararı ışığında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler Düşünce ve İfade Özgürlüğü, Bilgi Edinme Hakkı, Halkın Bekçi Köpeği, Yönetimde Açıklık

* Yüksek Lisans Öğrencisi, Araş. Gör., Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, eszorlu@nku.edu.tr, ORCID 0000-0003-0026-0649



RIGHT TO INFORMATION OF THE PUBLIC AND INDIVIDUALS

*Res. Asst. Eda SERTKAYA ZORLU ***

ABSTRACT

The right to information which is an important instrument to prevent failure in governance, illegitimate actions, and faults of government, is a right that enables individuals to be informed about issues that are related to them and the public. That is why, the right to information is regarded as a complementary element of freedom of expression. The most important demonstration of this are European Court of Human Rights' decisions which state that restriction of individuals' access to information amounts to violation of freedom of expression, although the right to information is not directly specified in the European Convention on Human Rights. According to decisions of European Court of Human Rights which are mentioned above whether the restriction of access to information constitutes an interference with the freedom of expression shall be examined taking into account specific criteria which is presented by the European Court of Human Rights. This study includes background and development process of the right to information under both national and international law. Moreover, criteria that are offered and applied by the European Court of Human Rights to cases are related to the right to information, are discussed within the scope of Cangı v. Turkey Judgment made in 2019.

Keywords Ali Freedom of Expression, Right to Information, Public Watchdog, Government in the Sunshine

Extended Summary

The right to information as an important human rights law concept has a long-standing past. Chronologically the first legal document supporting freedom of access to information is Freedom of Press Act which was enacted in 1766 and regulates the right of individuals to access to official information. Also, The Virginia Declaration of Rights was drafted in 1776 and The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen dated 1789 made the right to information a widespread human rights concept and paved the way to become the law all around the world. In addition to these, there are also different legal documents that include the right to information.

** LL.M. Candidate, Research Assistant on Constitutional Law, Tekirdağ Namık Kemal University, School of Law, eszorlu@nku.edu.tr, ORCID 0000-0003-0026-0649

Turkish Code on the Exercise of The Right of Petition numbered 3071 and Turkish Code on Right to Information (“The Code numbered 4982”) which entered into the force in 2004 are the main regulations on the right to information in the Turkish legislation. The Code numbered 4982 which sets forth principles and procedures regarding exercising of the right to information, is composed of five parts.

Article 10 titled “Freedom of Expression” of European Convention on Human Rights (“ECHR”) is one of the important international achievements regarding right to information. Mentioned article is regulated as follows: “Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers.” Also, European Court of Human Rights (“Court”) considers the right to information as exercise of freedom of expression’s essential element. In this direction, applications, which alleged that right to information is breached, have started to be assessed within the context of Article 10 by the Court.

The most important decision of the Court on on right to information was held in *Magyar Helsinki Bizottsag v. Hungary*. *Magyar Helsinki Bizottság* (Hungarian Helsinki Committee) (“Applicant”) is the applicant that is a non-governmental organisation (NGO) which within the scope of a project conducted by it requested the names of the public defenders selected in 2008 and the number of assignments given to each lawyer from several police departments. However, two police departments refused the Applicants’ request. Upon this refusal, the Applicant brought an action that was dismissed by domestic courts against mentioned police departments. Ultimately, the Applicant lodged an application to the Court claiming that Hungarian Courts’ dismissal its actions amounted to a breach of its right to freedom of expression.

The Court first referred to the principle that Article 10 of the ECHR does not provide a general right of access to official documents, but following this, the Court noted that in some situations where the administrative authorities had failed to give effect to right to information, such a right may be in question. Accordingly, the Court has developed certain criteria to examine whether the refusal of application to access to information indicated a violation of Article 10 of the ECHR and has started to apply it after this case. First, the information sought must be “necessary” for the exercise of freedom of expression. Secondly, the nature of the information which is applied for must generally meet a public-interest test. The third, the person who seeks access to the information must have the aim of informing the

public. Lastly, the requested information which is kept by the Government ought to be ready and available.

One of the decisions of the Court, which are decided within the framework of right to information is Cangı v. Turkey Judgment. Mr. Cangı was a member of the Alliano initiative group campaigning to prevent the destruction of the ancient site of Alliano. Cultural and Natural Heritage Board (“Board”) conducted a meeting which took place on 26 January 2010, on several projects to protect the ancient site of Alliano and plans of actions about Yortanlı dam. Mr. Cangı requested an official copy of the minutes of this meeting from the Board, but the Board refused to provide the official documents. Upon this refusal, Mr. Cangı appealed to BEDK. However, also BEDK rejected Mr. Cangı’s appeal. Mr. Cangı’s request, which was based on The Code numbered 4982, was dismissed by the administrative courts, and his individual appeal lodged with the Constitutional Court was declared inadmissible in October 2014. After that, Mr. Cangı applied to the Court relying on Article 10 of ECHR. The Court has made assessment by applying those criteria to this case.

The Court first examined the purpose and nature of the information requested and found that Mr. Cangı wished to acquire the official copy of the minutes of Board’s meeting in order to inform the public and mentioned document is necessary for this aim. Secondly, The Court observed that Mr. Cangı has been acting in the role of public watchdog. Lastly, the Court concluded that the minutes of the meeting dated 26 January 2010 were available and transmission of this document did not impose an undue burden on the administrative authorities, therefore the interference with Mr. Cangı’s right was not justified. All in all, the Court held that there has been a breach of freedom of expression.

GİRİŞ

Bilgi edinme hakkı günümüzde gerek uluslararası gerek ise ulusal platformlarda yapılmakta olan insan hakları hukuku tartışmaları kapsamında üzerinde sıkça durulan kavramlardan biri olup çeyrek asırlık bir tarihsel geçmişe sahiptir. Özgür insan; düşünce özgürlüğüne sahip olan ve bu özgürlük çerçevesinde kanaatlerini serbestçe açıklayabilen insan anlamına gelmektedir¹. Nitekim küresel gelişmelere bakıldığında, bilgiye erişim hakkının ifade özgürlüğünün kullanımı açısından tamamlayıcı bir unsur olarak kabul edildiği gözlemlenmektedir². İfade özgürlüğünden ise düşünce özgürlüğü olmadan söz edilemeyecek olup düşüncenin oluşabilmesi için bireylerin idari makamlarca üretilen bilgiye erişim imkânının olması gerekmektedir. Bu nedenledir ki demokratik toplumlarda bilgi edinme hakkı düşünce özgürlüğü kavramının temel öncülü olarak nitelendirilmekte ve bu hakkın yasalarla güvence altına alınması gerektiği savunulmaktadır.³ Buna paralel bir görüşe göre, bilgi edinme kavramı, bilgi ve belgelere ulaşma serbestisini içermekte, dolayısıyla temelini düşünce ve kanaat özgürlüğünden almaktadır⁴. Aşağıda yer verilecek kararlarda da görüleceği üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de erişilebilir bir bilgiye erişimin devlet tarafından engellenmesi halinde ifade özgürlüğü hakkının ihlal edileceği görüşündedir. Fakat bu görüş her somut olay için istisnasız olarak uygulanabilecek nitelikte olmayıp bilgi edinme hakkı ile ilgili durumlarda ifade özgürlüğünün ihlalinin gündeme gelebilmesi için yine Mahkeme tarafından belirlenen bazı özellikli ölçütlerin karşılanması gerekmektedir.

Bu çalışmamızda bilgi edinme hakkının hem uluslararası alanda hem de Türk hukuku bağlamındaki gelişimi ile birlikte bu hakkın ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesine dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin geliştirdiği ölçütler ele alınacaktır.

¹ Kadir Canöz, 'Kamuda Halkla İlişkilerin Yeni Yüzü: Bilgi Edinme Yasası' (2008) 5 (3) Selçuk İletişim Dergisi 141, 142

² F. Demir Yaşamış, 'Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları Açısından Bilgi Edinme Hakkı' (Bilgi Edinme Hakkı) <https://www.bilgiedinnehakki.org/doc/Anayasa_Hukuku_ve_Insan_Haklari_Acisindan_Bilgi_Edinme_Hakki_F_Yasamis.pdf> Erişim Tarihi 4 Ağustos 2021

³ Wouter Hins ve Dirk Voorhoof, 'Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights' (2007) 3 (1) European Constitutional Law Review, 114, 114.

⁴ Muhammed Emin Aydemir, Kamu Yönetiminde Açıklık & Bilgi Edinme Hakkı, (1st edn, Adalet Yayınevi 2020) 104

I. BİLGİ EDİNME HAKKININ TARİHSEL GELİŞİMİ

A. ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN BİLGİ EDİNME HAKKININ GELİŞİMİ

Bilgi edinme hakkı, ifade özgürlüğü çerçevesinde bir hak olarak düzenlenmiş olup uzun bir tarihsel geçmişe sahiptir.

Yasal düzenlemelere ilişkin olarak ilk örnek İsveç hukukunda karşımıza çıkmaktadır. Dünyadaki ilk bilgi edinme hakkı kanunu, 1766 tarihli Basının Özgürlüğü Yasası olup bu yasa ile bireylere resmi belgelere erişim hakkı tanınmıştır. İsveç'te bugün, resmi belgelere erişebilme hakkı, hayatın ve yönetsel faaliyetlerin ayrılmaz bir parçasıdır ki; bu durumda İsveç'in dünya üzerinde bilgi edinme hakkının varlığı bakımından en uzun geçmişe sahip olan ülkesi olmasının etkisi olduğunu söylemek mümkündür⁵. İlerleyen tarihlerde ortaya çıkan 1786 Virginia Bildirgesi ve 1789 Fransa İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi de bilgi edinme hakkının dünya genelinde yasalaşmasında rol oynayan anayasal belgeler olarak nitelendirilmektedir⁶. Bilgi edinme hakkına yer veren uluslararası belgeler de mevcut olup bu bağlamdaki önemli gelişmeler Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile gündeme gelmiştir⁷. Bilgi edinme hakkı, anılan iki düzenlemenin de 19. maddesinde “*her türlü bilgiyi araştırma ve alma hakkı*” olarak tanımlanmaktadır.

Uluslararası alandaki bir diğer önemli gelişme ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir (“*AİHS*”). AİHS'in ifade özgürlüğünü konu alan maddesinde ifade özgürlüğü hakkının haber veya fikir almak özgürlüğünü de içerdiğinin de belirtilmesi suretiyle bilgi edinme hakkının tanımlandığı görülmektedir⁸. Bu doğrultuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de (“*AİHM ya da Mahkeme*”) 2009 yılından bu yana kamu kurumlarının sahip olduğu bilgiye erişim hakkını

⁵ Aydemir, (n 3) 177

⁶ F. Demir Yaşamış, ‘Anayasa ve İnsan Hakları Bağlamında Bilgi Edinme Kanunu’ (2004) Türkiye Barolar Birliği Yayınları Bilgi Edinme Hakkı Paneli 21-25 < http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/bilgi_edinme.pdf> Erişim Tarihi 4 Ağustos 2021

⁷ Can Azer, Bilgi Edinme Hakkı (1st edn, Yetkin Yayınları, 2010) 79-80

⁸ Bilgiye erişim hakkının tanınması bakımından önemli olan uluslararası metinler yukarıdakilerle sınırlı değildir. Nitekim Lizbon Antlaşması ile hukuki olarak bağlayıcılık kazanan ve AB hukukunun bir parçası olan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ile Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu tarafından hazırlanarak 30 Ekim 2021'de yürürlüğe giren ve “çevresel konularda bilgiye erişim hakkı” tanıyan bir uluslararası sözleşme olan Aarhus Konvansiyonu da ifade özgürlüğü ve bilgiye erişim hakkı bakımından önemli yerler işgal etmektedirler. İlgili metinler hakkında daha detaylı bilgi için bk. Bahar Yeşim Deniz, ‘Avrupa Birliği Hukukunda Temel Haklar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sistemi ile Etkileşim’ (2011) (97) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 50, 50-73.; Commission, ‘Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention)’ UNECE (2001).

ifade özgürlüğü hakkının düzenlendiği AİHS md. 10 kapsamında değerlendirmeye başlayarak bu hakkı tanıma eğilimi göstermiştir⁹.

B. TÜRK HUKUKUNDA BİLGİ EDİNME HAKKININ GELİŞİMİ

Halkın gerçekleri resmi bir kanal yoluyla öğrenmesi gerektiği düşüncesi sonucunda II. Mahmut döneminde çıkarılan Takvim-i Vakayi, halkın resmi bilgilere erişiminin kolaylaştırılması ve haber alma özgürlüğünün yaygınlaştırılması açılarından önemli bir girişim olsa da Türkiye’de hukuki düzlemde bilgi edinme hakkının öncüsü olarak 1982 Anayasası’nda yer alan dilekçe hakkı kabul edilmektedir¹⁰. Dilekçe hakkı ile bireylere kendileri ya da kamu ile ilgili bilgi alma taleplerini dilekçe ile yetkili mercilere iletme imkânı tanındığı kabul edilmektedir zira 3017 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun ile somutlaştırılan dilekçe hakkı kapsamında vatandaşlar dilek ve şikayetlerini yetkili makamlara bildirme hakkına sahip olup vatandaşların bu sayede bilgi edinme başvuruları yapması da mümkündür¹¹.

Bunun yanı sıra 1982 Anayasası’nın düşünce ve ifade özgürlüklerini düzenleyen 26. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “haber veya fikir almak ya da vermek serbestliği” ibaresinin bilgi edinme hakkı ile aynı anlama sahip olduğundan bahisle mezkûr Anayasa hükmünün bilgi edinme hakkını da düzenlediği kabul edilmektedir¹². Nitekim anılan maddeye 2001 yılında eklenen “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak ekil, art ve usuller kanunla düzenlenir.” hükmü ile bilgi edinme hakkını düzenleyen bir kanun yapılması gerekliliği doğmuştur. 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun ile 2004 yılında yürürlüğe giren 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu (“**4982 Sayılı Kanun**”) bu konuyu düzenleyen kanun metinleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

5 bölümden oluşan Kanun’un amacı, Kanun’un birinci maddesinde açıkça belirtildiği üzere, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkeleri çerçevesinde bireylerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usullerin düzenlenmesidir. Kanun’un 3. bölümü uyarınca bilgi edinme başvurusu istenen bilgi ve/veya belgelerin açıkça belirtildiği bir dilekçe ile ilgili bilgi veya belgenin bulunduğu kurum veya kuruluşa yapılabilmektedir. Bilgi edinme isteminin reddedilmesi halinde başvuru sahibi, idari yargı yoluna başvurabileceği gibi, yargı yolundan önce kararın tebliğinden itibaren on beş gün

⁹ Ulaş Karan, İfade Özgürlüğü/Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi (1st edn, MRK Baskı ve Tanıtım Hizm. Tic. Ltd. Şti, 2018) 71

¹⁰ Hadi Cın, ‘İnsan hakları, demokrasi ve hukuk devleti ekseninde bilgi edinme hakkı’ (Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi, 2005)

¹¹ Azer, (n 6) 88-89

¹² Yaşamış, ‘Anayasa ve İnsan Hakları Bağlamında Bilgi Edinme Kanunu’ (n 5), 76

içinde Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu'na ("**BEDK**") itiraz etme hakkına da sahiptir. BEDK'nın başvurulara ilişkin kararını otuz iş günü içerisinde vereceği Kanun'da düzenlenmiştir. Bilgi edinme hakkının istisnaları ve Kanun'un sınırları ise 4. bölüm altında düzenlenmiştir.

II. BİLGİ EDİNME HAKKININ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİMESİ

Hukuk devleti olmanın gerekliliği olan düşünce ve ifade özgürlüğü, yönetimde açıklığın sağlanmasındaki araçlardan biri olan ve aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin idare karşısında korunması bakımından önemli bir hakkı teşkil eden bilgi edinme hakkının temelini oluşturmaktadır. Gerçekten insan haklarını tanıyan ve düzenleyen temel ulusal ve/veya uluslararası metinlerde ifade özgürlüğü kapsamında tezahür eden bilgi edinme hakkı, dar anlamda idare tarafından tutulan kayıtlara erişim hakkı olarak anlaşılmaktadır¹³. Bu itibarla, bilgi edinme hakkının işlevlerini, (i) Devletin bireyler hakkında tuttuğu verilere erişim hakkı, (ii) Bireylerin resmi verilere erişim hakkı ve (iii) Kamu yararı ilgisi bulunan konularda bireylerin bilgilenme hakkı-devletin bilgi verme ödevi olarak sınıflandırmak mümkündür¹⁴.

Bilgi edinme hakkının işlevlerinden biri olan bireylerin kendileri hakkında devlet tarafından tutulan verilere erişim hakkıyla ilgili olarak AİHM'in önüne gelen ilk dava 1987 tarihli Leander v. İsveç davası olmuştur ve bilgi edinme hakkının değerlendirilmesi bakımından önem taşıyan bir sonuca varılmıştır. Hakkında tutulan gizli polis kayıtları sebebiyle askeri bir deniz üssü yakınında yer alan müzedeki görevine son verilen Leander'in açtığı davada Mahkeme, devletin ulusal güvenliğini koruma amacıyla bu tür gizli polis kayıtları tutmasının ve veri sahibini bunlardan haberdar etmemesinin, bireyin kişisel çıkarına baskın geldiğine ve dolayısıyla AİHS'in özel hayatı düzenleyen 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir¹⁵. Aynı davada aynı sebeplerle ifade özgürlüğünün de ihlal edildiğini iddia eden Leander'in bu talebi ise 10. maddenin, kamu otoritelerince muhafaza edilen bilgilere erişim hakkını vermediği veya Hükümetin 10. madde dairesinde bu bilgiyi açıklamaya zorlanamayacağı gerekçeleriyle reddedilmiştir¹⁶.

Ancak yukarıda da değinildiği üzere 2009 yılından bu yana AİHM, kamu kurumlarının sahip olduğu bilgiye erişim hakkını ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmeye başlamıştır.

¹³ Cavidan Soykan, 'Bir insan hakkı olarak bilgi edinme hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2006)

¹⁴ Soykan, (n 7)

¹⁵ Leander v. Sweden App no 9248/81 (ECHR, 26 March 1987)

¹⁶ Benzer bir karar için bkz. Gaskin v. The United Kingdom App no 10454/83 (ECHR, 7 July 1989)

Bu bağlamdaki en önemli karar ise Mahkeme'nin Magyar Helsinki Bizottsag v. Macaristan davası sonucunda vermiş olduğu karardır. Bu olayda başvuran Macaristan'da insan hakları savunucusu olarak faaliyet gösteren bir sivil toplum örgütü olup, insan hakları sözleşmelerinin uygulanması alanında çalışmalara yürütmektedir. Başvuran kamu avukatlarının isimlerini ve görev sayılarını açıklamamaları ilgili idare aleyhine dava açmış, ancak dava reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuran söz konusu bilgilerin verilmesinin reddedilmesinin bilgiye erişim hakkının ve dolayısıyla AİHS'in 10. maddesinin ihlaline yol açtığından hareketle bireysel başvuruda bulunmuştur. AİHM, AİHS'in 10. maddesinin kamu yetkililerinin elinde bulunan bilgi ve belgelere genel mahiyette bir erişim hakkını içermediği görüşünü bu olayda da yinelemiştir. Ancak bununla birlikte, bazı durumlarda böyle bir hakkın (yükümlülüğün) ortaya çıkabileceğini de ifade etmiştir. Bu doğrultuda Mahkeme, bilgiye erişiminin reddedilmesinin AİHS'in 10. maddesi ile ilgili olup olmadığını değerlendirmek için bazı kriterler geliştirmiş ve uygulamıştır¹⁷. Bu kriterlerden birincisi, kamu otoritesinden istenen bilgilerin ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasında "gerekli" olmasıdır. İkincisi, talep edilen bilginin niteliğinin kamu yararı testini geçiyor olması gerektiğidir. Üçüncüsü, söz konusu bilgilere erişmeyi isteyen kişinin, bu talebinin kamuoyunun gözetimi konusunda kamuoyunu bilgilendirme amacı taşımasıdır. Son olarak, talep edilen ve devlet tarafından elde tutulan bilgilerin, hazır ve ulaşılabilir olması gerekmektedir. Bu kriterler dairesinde AİHM, ifade özgürlüğüne bir müdahale olduğu ve bu müdahalenin AİHS md. 10/2 uyarınca haklı bir nedene dayanmadığı sonucuna varmıştır¹⁸.

Toparlamak gerekirse; yukarıda yer verilen Magyar Helsinki Bizottság v. Macaristan kararı ile bilgi edinme hakkının kapsamına ve uygulanmasına ilişkin kriterler ortaya koyulmuştur. Mahkeme bu tarihten sonraki bilgi edinme hakkı konulu başvuruların sonuçlandırılması kapsamında söz konusu kriterlere başvurmuş ve bu doğrultuda kararlar vermeye başlamıştır. Bu minvaldeki kararlar birisi de 29 Ocak 2019 tarihli Cangı v. Türkiye kararı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu itibarla çalışmamızın takip eden aşamasında AİHM nezdinde görülen Cangı v. Türkiye davası ele alınacaktır.

A. CANGI V. TÜRKİYE KARARI

Avukat Arif Ali Cangı ("**Başvurucu**"), Alliano antik kentinin yıkımına karşı faaliyetlerde bulunan bir sivil toplum kuruluşunun, Alliano Girişim Grubu'nun, bir üyesidir.

¹⁷ Magyar Helsinki Bizottsag v. Hungary App no 18030/11 (ECHR, 8 November 2016)

¹⁸ İbid.

26 Ocak 2010 tarihinde, Kültürel ve Doğal Mirasları Koruma Kurulu'nda ("**Kurul**"), Allianoi antik kentinin korunması konusunu yakında ilgilendiren gündemli bir toplantı yapılmıştır. Başvurucu Kurul'dan, bu toplantı tutanağının imzalı bir nüshasını talep etmiştir. Kurul'un bu talebi reddetmesi üzerine Başvurucu Kurul kararına karşı BEDK'ya başvurmuştur ancak BEDK Başvurucu'nun itirazını Kanun'un 26. maddesinin 1. fıkrası uyarınca reddetmiştir. Akabinde Başvurucu Avukat, Ankara İdare Mahkemesinde ("**İdare Mahkemesi**"), BEDK kararının iptaline ilişkin dava açarak dava konusu kararın dayandığı Kanun'un 26. maddesinin 1. fıkrasının yanlış yorumlandığını ileri sürmüştür. İdare Mahkemesi de mezkûr maddeyi benzer bir şekilde yorumlayarak, kurum ve kuruluşlarca aksi kararlaştırılmadıkça faaliyetlerini yürütmek amacıyla kamu kurum ve kuruluşları tarafından muhafaza edilen görüş, teklif, bilgi notu veya tavsiye niteliğindeki bilgi ve belgelerin 4982 sayılı Kanun kapsamında olmadığı kanısına varmıştır. Nitekim Ankara Bölge İdare Mahkemesi de İdare Mahkemesi'nin kararını onamıştır. Bunun üzerine Başvurucu, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunarak 4982 sayılı Kanun'un 26/1 hükmünün yanlış yorumlanması ve uygulanması nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini öne sürmüştür. Fakat Anayasa Mahkemesi idare mahkemesi kararlarındaki mevzuat yorumunun hatalı olmadığına hükmetmiştir.

Nihayetinde Başvurucu AİHM'e başvurmuştur. Mahkeme bu başvuruyu da yukarıda sayılan bilgi edinme hakkının kapsamı ve uygulanmasına ilişkin kriterlere göre değerlendirmiştir. Şu ki, somut olayda (i) Başvurucu'nun bilgi talebinin amacı, (ii) talep edilen bilginin niteliği, (iii) Başvurucu'nun rolü ve (iv) Başvurucu tarafından talep edilen bilginin kullanılabilirliği değerlendirilerek hüküm tesis edilmiştir.

1. Başvurucu'nun Bilgi Talebinin Amacına ve Talep Edilen Bilginin Niteliğine İlişkin Değerlendirme

Somut olayda Mahkeme, yıkım tehdidi altında olan Allianoi antik kentinin korunması hakkında kamuoyu tartışmalarına dahil olan ve Allianoi Girişim Grubu'nun bir üyesi olan Başvurucu'nun Kurul'dan 26 Ocak 2010 tarihli toplantı tutanağının imzalı nüshasını talep ettiğini tespit etmiştir. Mahkeme, söz konusu bilgi edinme talebinin temelinde, halkı resmi makamlarca alınan kararlar hakkında bilgilendirme isteği olduğunu gözlemlemiştir. Buna karşılık ilgili makamların imzalı ve resmi tutanağı Başvurucu'ya iletmeyi reddetmesinin ise Allianoi antik kentinin korunmasına ilişkin prosedür hakkında halkın bilgilendirilmesine engel olduğu belirtilmiştir.

Devlet ile birey arasındaki denge ihtiva etmeyen ilişkide bireyin idari işlemler sürecinde korunabilmesi için kamu adına devleti yöneten idarenin açıklığının/şeffaflığının ve hesap verebilirliğinin sağlanması gerekmektedir¹⁹. Zira yönetsel bilgi ve belgelerin idarenin sahipliğinde olmayıp kamu hizmetinden yararlanan bireylerin mülkiyetinde olduğu düşüncesi mevcuttur ve bu nedenle söz konusu bilgi ve belgeler herkese açık olması icap etmektedir²⁰. Bilgi edinme hakkı da açıklık/şeffaflığın ve idarenin hesap verebilirliğini sağlamanın en temel araçlarından biri olarak kabul edilmektedir.

Açıklığın/şeffaflığın birden fazla boyutu mevcuttur. Bunlardan bir tanesi bireylerin idarenin yürüttüğü faaliyetler ile ilgili bilgi almasını içerirken (bilgiye erişim); diğer bir boyutu kararların nasıl alındığına ve kimlerin bu kararlara katkıda bulunduğuna ilişkindir (alınan kararların temelinde yatan düşünceye erişim)²¹. Bu durumda bilgiye erişim hakkının açıklığın/şeffaflığın bileşenlerinden biri olduğunu söylemek mümkündür²². En nihayetinde kavramın her iki boyutu da karar almaya yetkili mercilerin hesap verebilirliğini sağlayarak ilk defa İlhan Özay tarafından gündeme getirilen ve kamusal konular üzerinde yapılan toplantıların yahut bu toplantı tutanaklarının kamuoyuna açık olmasını ifade eden günışığında yönetim sisteminin kurulmasına hizmet etmektedir²³. Somut olayda Başvurucu'nun 26 Ocak 2010 tarihli toplantı tutanağına erişim sağlama talebi esasında bilgi edinme hakkının bireylerin devlet tarafından tutulan resmi verilere erişimini sağlama işlevi ile doğrudan ilişkili olduğu belirlenmektedir. Zira AİHM'in değerlendirmesine göre, Başvurucu özellikle Kültürel ve Doğal Mirasları Koruma Kurulu'nun baraj projesi hakkındaki karar alma süreçlerini aydınlatmayı ve bu konuda halkı bilgilendirmeyi amaçlamaktadır.

Bunların yanı sıra AİHM, halkın ilgili makamlar tarafından sunulan resmi bir tutanak olmaksızın bilgilendirilmesinin konuyla ilişkili kamuoyu tartışmasına etkili bir şekilde katkıda bulunmayacağını karara bağlamıştır. Buna paralel olarak talep edilen belgenin Başvurucu'nun halkı bilgilendirme kapsamında araç olarak kullanacağı ifade özgürlüğü bakımından “*gereklî*” olduğu kanısına varılmıştır.

¹⁹ Ahmet İyimaya, ‘Bilgi Edinme ve Verilere Ulaşma Özgürlüğü’ (2003) (1) Ankara Barosu Dergisi, 41, 42.

²⁰ Yaşar Okur, ‘4982 Sayılı Kanuna Göre Bilgi Edinme Hakkının Niteliği, Kapsamı Ve Denetimle İlişkisi’ (2014) (13) Denetim Dergisi 34, 22

²¹ Soykan, (n 7); Demokan Demirel, ‘Yasal Çerçeve Bilgi Edinme Hakkı: Kanada ve Türkiye Örneği’ (2015) (11) Bartın Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi 45, 47

²² Patrick Birkinshaw, ‘Freedom of Information and Openness: Fundamental Human Rights?’ (2006) 58 (1) Administrative Law Review 177, 189

²³ İlhan Özay, ‘İdare Ve Ceza Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hakkı’ (2004) Türkiye Barolar Birliği Yayınları Bilgi Edinme Hakkı Paneli 97-100 < http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/bilgi_edinme.pdf > Erişim Tarihi 4 Ağustos 2021

Mahkeme, tarihi bir kentin yok olmasının önemli bir sosyal konu olduğunu ve dolayısıyla söz konusu toplantının ve toplantı tutanağında yer alan bilgilerin tereddüte yer vermeyecek şekilde kamu yararı ilgisi bulunan bir konu olduğunu tespit etmiştir. Daha açık bir ifadeyle; AİHM, Magyar Helsinki v. Macaristan kararı ile ortaya koyulan kamu yararı testini, Cangı v. Türkiye kararında da uygulamış olup Başvurucu'nun bilgi edinme talebi bu kamu yararı testini geçmiştir. Değınilmelidir ki bilgi edinme hakkı kamu yararı taşıyan konularda bireylerin bilgilendirilmesi işlevini de taşımaktadır. Bireylerin yakın çevrelerinde meydana gelen olaylar ve çevre ile ilgili alınan kararlar hakkında bilgi alma hakları vardır. Hatta bu hak, sadece olaydan etkilenenler için değil, aynı zamanda o bölgede yaşayan herkes için geçerli bir hak olarak kabul edilmektedir²⁴. Kamu yararı taşıyan konular hakkında bireylerin bilgilendirilmesi konusu Avrupa Konseyi'nde de gündeme gelmiştir. Avrupa Konseyi'nin bilgi edinme hakkıyla ilgili tavsiye kararında kamu yönetiminde şeffaflığın sağlanabilmesi adına kamu yararı bulunan konularla ilgili bilgilerin halka açıklanması ve halkın bu konularda bilgili olmak suretiyle kamuoyu tartışmalarına katılım göstermesinin teşvik edilmesi ifade edilmiştir²⁵. Nitekim somut olayda Başvurucu, Türkiye'de bulunan bir tarihi antik kentin yok edilmesine ilişkin olarak ilgili idari makamların usulsüzlük yaptığını iddia etmekte olup bu kapsamda ifade özgürlüğünü kullanmaya gayret etmektedir. Yukarıda yer verilen açıklamalar uyarınca, bir tarihi antik kentin akıbeti ile ilgili olarak alınan tüm kararlar –usulsüzlük iddiası olmasa dahi- kamuyu doğrudan ilgilendiren kararlar olduğu, nitekim Mahkeme'ce yapılan değerlendirmelerin de açıkça bu yönde olduğu görülmektedir.

2. Başvurucu'nun Rolüne İlişkin Değerlendirme

Başvurucu'nun Alliano Girişim Grubunun temsilcisi olduğu ve bu kapsamda yürütmüş olduğu Alliano antik kenti ile ilgili gelişmeler hakkındaki bilgilerin yayılmasına dair faaliyetleri, “*halkın bekçi köpeği*” rolü ile yürüttüğü AİHM tarafından gözlemlemiştir.

AİHM'e göre ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun temel unsurlarından biridir. AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrası saklı kalmak koşuluyla, ifade özgürlüğü, yalnızca lehe olan ya da zararsız olduğu düşünülen değil, aynı zamanda rahatsız veya şok edici ya da kaygı uyandıran bilgileri haberler ve/veya düşünceler için de geçerlidir²⁶. En nihayetinde ifade özgürlüğü halkı ilgilendiren her türlü haberi, bilgiyi ve görüşü yayma özgürlüğünü de

²⁴ Soykan, (n 7)

²⁵ Azer, (n 6), 143-144

²⁶ Karan, (n 7) 59

kapsamaktadır²⁷. Bilgi edinme hakkı da bu yönüyle bireylerin bu bilgi ve görüşlerden haberdar olma hakkı anlamına gelmektedir. Şu kadar ki halkı ilgilendiren bilgi ve belgelere ulaşmak için talepte bulunan ve edindiği bilgiler ışığında kamuyu aydınlatmayı hedefleyen kişilerin “halkın gözcüsü”, “demokrasinin bekçi köpeği” yahut “halkın bekçi köpeği” olarak adlandırılması ifade özgürlüğünün yukarıda anlatılan niteliğinden ileri gelmektedir²⁸. Nitekim basının, kamunun bilgi edinme hakkının hayata geçirilmesi için kritik derecede önemi bulunmakta olup halkın bekçi köpeği rolünü üstlenmektedir. Fakat Magyar Helsinki v. Macaristan kararında da belirtildiği üzere halkın bekçi köpeği/halkın gözcüsü rolü yalnızca basına özgü bir yol olmayıp aynı zamanda Sivil Toplum Kuruluşlarınca da üstlenilen bir görevdir ve toplumsal gözlemcilerin bilgiye erişimlerinin garanti altına alınması gerekmektedir. Somut olayda ise Başvurucu’nun Allianoİ antik kentinin korunması alanında gerek tek başına bir avukat olarak gerek ise üyesi olduğu STK’nın çalışmaları kapsamında faaliyet gösteren bir kişi olduğu açıktır ki bu husus Mahkeme tarafından da doğrulanmış durumdadır. Bu bağlamda bireysel başvuruya konu bilgi edinme hakkı talebi, Başvurucu’nun üstlenmiş olduğu ve ifade özgürlüğü bakımından kritik önem taşıyan rolünün doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Kabul edilmelidir ki, kamuyu bilgilendirme amacı taşıyan Başvurucu’nun antik kentin kaderini belirleyen toplantının resmi tutanağına ulaşma çabası, halkın bekçi köpeği rolü çerçevesinde haklı ve makuldür.

3. Başvurucu’nun İfade Özgürlüğüne Yapılan Müdahalenin Haklılığına İlişkin Tartışma

Mahkeme, talep edilen ve devlet tarafından elde tutulan bilgilerin, hazır ve ulaşılabilir olmasına rağmen bu bilgilere erişimin reddedilmesinin bilgi alma ve verme özgürlüğü kapsamında bir müdahale olarak değerlendirilebilmesi bakımından önemli bir kıstas olduğu kanaatindedir. Somut olayda Başvurucu talep edilen bilginin ilgili makamlarca açıklanması için hazır olduğunu delilleri ile ortaya koymuştur. Bu bağlamda AİHM 26 Ocak 2010 tarihli toplantı tutanağının ilgili idarenin nezdinde mevcut olduğunu ve bu belgenin iletilmesinin bu makamlara ağır bir yük yüklediğini ve dolayısıyla Başvurucu’nun hakkına bir müdahale söz konusu olduğunu hüküm altına almıştır²⁹. Bu aşamadan sonra Mahkeme, mevcut müdahalenin AİHS’nin 10/2. maddesi uyarınca haklı olup olmadığını incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

²⁷ Magyar Helsinki Bizottsag v. Hungary App no 18030/11 (ECHR, 8 November 2016)

²⁸ Yar. 12. CD E. 2018/1772 K. 2018/9484, 04.08.2021 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 19. CD. E. 2018/6833 K. 2018/13076, 07.08.2021 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

²⁹ Magyar Helsinki Bizottsag v. Hungary App no 18030/11 (ECHR, 8 November 2016)

AİHS'in 10/2. maddesi ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilirliğini düzenlemektedir. Buna göre AİHM, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin haklılığı hususunu tartışırken müdahalenin “kanunla öngörülmüş olması” “meşru bir amaç taşıması” ve “demokratik bir toplumda gerekli olması” şartlarını taşıyıp taşımadığını denetlemektedir.

Somut davada Hükümet tarafı eylem ve işlemlerinin hukuki dayanağının 4982 sayılı Kanun'un 26. maddesinin 1. fıkrasının olduğunu, bu sebeple de müdahale olarak nitelendirilen işlemin hukuki anlamda haklı bir müdahale olduğunu öne sürmüştür. Ancak Başvurucu'nun iddiası mezkûr hükmün gerek idari gerek ise adli makamlarca yanlış yorumlandığına ilişkindir. Bu konuda Mahkeme, Kanun'un 26. maddesinin 1. fıkrasının Başvurucu'nun belirttiği şekilde yorumlanmasının öngörülebilir ve makul olmadığı kanısına varmıştır. Zira ulusal merci ve mahkeme kararlarında, “*kamu kurum ve kuruluşları tarafından faaliyetlerini yürütmek amacıyla elde edilen görüş, teklif, bilgi notu veya tavsiye niteliğindeki bilgi ve belgelerin, aksi yönde bir karar verilmediği sürece bilgi edinme hakkı kapsamına girer*” şeklindeki Kanun maddesini tersine çevirdikleri anlaşılmıştır. Mahkeme'nin kararına göre anılan hükmün metni ile bağdaşmayan bu yorumlama, açıkça mantıktan yoksundur³⁰.

Yönetimi denetleme ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve bunların hayata geçirilmesi bakımından bir araç olan bilgi edinme hakkının da elbette istisnaları söz konusudur. Nitekim 4982 sayılı Kanun'un 5. maddesi “*Kurum ve kuruluşlar, bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranlara sunmakla yükümlüdür.*” demektedir. Demek oluyor ki, bilgi edinme hakkı 4982 sayılı Kanun kapsamında da mutlak bir hak olarak düzenlenmemiş, doğal olarak bazı istisnalara tabi tutulmuştur. Söz konusu kanunun bilgi edinme hakkının sınırlarını düzenleyen bir bölümü mevcut olup bu bölüm altındaki maddeler vasıtasıyla bilgi edinme hakkının ve Kanun'un kapsamı dışında kalan bazı bilgi kategorileri öngörülmüştür. Kanun'un 26. maddesi de dördüncü bölüm altında yer almaktadır ancak diğer maddelere göre daha farklı bir cümle sistematiğine sahiptir. Şöyle ki; dördüncü başlık altındaki diğer madde metinlerinde yer alan bilgi ve belgeler doğrudan istisna olarak düzenlenmişken 26/1. maddesinin metninde yer alan bilgi ve belgelerin –aksi kararlaştırılmadığı müddetçe- istisna olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak en nihayetinde madde metni açık olup anılan metinde yer alan bilgi ve belgelerin istisna olarak değerlendirilebilmesinin şartları tereddüte mahal vermeyecek şekilde açıklanmıştır. Bu noktada her ne kadar metnin sistematiği eleştiriliyor olsa da bu durum Kültürel ve Doğal Mirasları

³⁰ İbid.

Koruma Kurulu'nun, BEDK'nın, İdare Mahkemesi'nin, Bölge İdare Mahkemesi'nin ve nihai olarak Anayasa Mahkemesi'nin –tersten okuma yöntemiyle geliştirilen- yorumunun haklı olarak kabul edilmesini mümkün kılmamaktadır. Hal böyle iken Başvurucu'nun AİHS md. 10 kapsamında ele alınan bilgi edinme hakkına müdahalenin kanunilik şartını taşıdığı kabulü açıkça hem AİHS'e hem de 4982 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil edecektir. Doğaldır ki AİHM de Cangı v. Türkiye kararını bu doğrultuda gerekçelendirerek ihtilaf konusu müdahalenin AİHS md. 10/2 anlamında kanunla öngörülmediği kanısına varmıştır. Nihayetinde Başvurucu'nun bilgi edinme hakkı talebinin reddedilmesi sonucunda ifade özgürlüğünün ve dolayısıyla AİHS md. 10'un ihlal edildiği hüküm altına alınmıştır.

SONUÇ

Sonuç olarak bilgi edinme hakkı, kamuoyunu ve bireyleri ilgilendiren konularda daha fazla bilginin ortaya çıkmasına hizmet etmektedir. Gerçekten de bireylerin bilgiye erişiminin sağlanması, yönetimin geliştirilmesi ve idari işlemler çerçevesinde oluşabilecek hata, kusur ve usulsüzlüklerin önlenmesinde öncü bir role sahiptir. Türkiye'de 2004 yılında yürürlüğe giren Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun amaçları da kamunun işleyişini halka açarak yönetimin keyfilğine son vermek, kamunun uygulamalarının sebep ve sonuçları hakkında halkı bilgilendirmek ve bunlarla sınırlı kalmamakla birlikte idarenin hesap verebilirliğini ve şeffaflığını sağlayacak diğer değerleri hayata geçirmektir. Bununla birlikte, işbu hak her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile ayrı bir hüküm olarak düzenlenmiş olmasa da, son yıllarda Mahkeme bireylerin bilgiye erişiminin engellenmesi halinde ifade özgürlüğünün ihlal edileceği yönünde kararlar vermektedir. Mahkeme'nin bu doğrultudaki kararları incelendiğinde bilgiye erişimin engellenmesinin ifade özgürlüğünün ihlali sayılacağı durumların belirli ölçütler ile tespit edildiği görülmektedir. Nitekim bu ölçütler dairesinde ulaşılmak istenen bilginin niteliği, ulaşmak isteyen bireyin amacı ve sair hususlar değerlendirilerek bir kamu yararı testi işletilmektedir. Dolayısıyla bilgi edinme hakkının gerek toplumsal olaylar/gelişmeler gerek ise yönetimle doğrudan ilgili olduğu açıktır. O halde bilgi edinme hakkını demokratik toplumların olmazsa olmazlardan (*sine qua non*) biri olarak nitelendirmek isabetli olacaktır. Zira toplumların demokratikleşmesi, hesap verebilirlik ilkesi çerçevesinde şeffaf bir yönetimin sağlanmasına bağlıdır.

KAYNAKÇA

- Aydemir M, Kamu Yönetiminde Açıklık & Bilgi Edinme Hakkı, (1st edn, Adalet Yayınevi 2020)
- Azer C, Bilgi Edinme Hakkı (1st edn, Yetkin Yayınları, 2010)
- Birkinshaw P, 'Freedom of Information and Openness: Fundamental Human Rights?' (2006) 58 (1) Administrative Law Review 177-218
- Canöz K, 'Kamuda Halkla İlişkilerin Yeni Yüzü: Bilgi Edinme Yasası' (2008) 5 (3) Selçuk İletişim Dergisi 141-152
- Cin H, '*İnsan hakları, demokrasi ve hukuk devleti ekseninde bilgi edinme hakkı*' (Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi, 2005)
- Demir K, 'Osmanlıda Basının Doğuşu ve Gazeteler' (2014) (5) Iğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 57-88
- Demirel D, 'Yasal Çerçeve Bilgi Edinme Hakkı: Kanada ve Türkiye Örneği' (2015) (11) Bartın Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, 45-50
- Deniz, Bahar Y. 'Avrupa Birliği Hukukunda Temel Haklar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sistemi ile Etkileşim' (2011) (97) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 50, 50-73.
- Hins W. ve Voorhoof D., 'Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights' (2007) 3 (1) European Constitutional Law Review, 114-126.
- İyimaya A., 'Bilgi Edinme ve Verilere Ulaşma Özgürlüğü' (2003) (1) Ankara Barosu Dergisi, 41-47.
- Karan U, İfade Özgürlüğü/Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi (1st edn, MRK Baskı ve Tanıtım Hizm. Tic. Ltd. Şti, 2018)
- Okur Y, '4982 Sayılı Kanuna Göre Bilgi Edinme Hakkının Niteliği, Kapsamı Ve Denetimle

İlişkisi' (2014) (13) Denetim Dergisi, 34-47

Özay İ, 'İdare ve Ceza Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hakkı' (2004) Türkiye Barolar Birliği Yayınları Bilgi Edinme Hakkı Paneli 97-100 <
http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/bilgi_edinme.pdf> Erişim Tarihi 4 Ağustos 2021

Soykan C, 'Bir insan hakkı olarak bilgi edinme hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2006)

Yaşamış F, 'Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları Açısından Bilgi Edinme Hakkı' (Bilgi Edinme Hakkı) <
https://www.bilgiedinmehakki.org/doc/Anayasa_Hukuku_ve_Insan_Haklari_Acisinda_n_Bilgi_Edinme_Hakki_F_Yasamis.pdf> Erişim Tarihi 4 Ağustos 2021

Yaşamış F, 'Anayasa ve İnsan Hakları Bağlamında Bilgi Edinme Kanunu' (2004) Türkiye Barolar Birliği Yayınları Bilgi Edinme Hakkı Paneli 21-76 <
http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/bilgi_edinme.pdf> Erişim Tarihi 4 Ağustos 2021

Mahkeme Kararları ve Yabancı Mevzuat

Commission, 'Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention)' UNECE (2001).

Gaskin v. The United Kingdom App no 10454/83 (ECHR, 7 July 1989)

Leander v. Sweden App no 9248/81 (ECHR, 26 March 1987)

Magyar Helsinki Bizottsag v. Hungary App no 18030/11 (ECHR, 8 November 2016)

Yar. 12. CD E. 2018/1772 K. 2018/9484, 04.08.2021 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

Yar. 19. CD. E. 2018/6833 K. 2018/13076, 07.08.2021 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)



Kat Mülkiyeti ve Hayvanlar: Bağımsız Bölümlerde Hayvan Bulundurulması ve İlgili Meseleler
Condominium and Animals: Keeping Animals in Independent Units and Related Issues

***Nijerya ve Gambia'daki Anayasal Şeriat ve Kadı Mahkemelerinin Anayasaya Aykırılığı;
Hukuk Mesleğinde Ayrımcı Araçlar***
*Unconstitutionality of Constitutional Sharia and Cadi Courts in Nigeria and the Gambia:
Discriminatory Tools in the Legal Profession*

***Azınlık Kimlikleri İçin Soyut, Somut ve Melez Anayasal Tanıma: Avrupa Anayasaları
Üzerine Normatif Bir Çalışma***
*Abstract, Concrete and Hybrid Constitutional Recognition for Minority Identities:
A Normative Study on European Constitutions*

Nefret ve Ayrımcılık Suçu
Hate and Discrimination Crime

Ceza Yargılamasında Duruşmada Hazır Bulunması Gerekenler ve Duruşma Düzeni
Subjects to Be Ready for the Hearing in Criminal Proceedings and the Hearing Order

Yoksulluk Nafakası ve Süre Sorunu
Poverty Alimony and Duration Problem

Toplumun ve Bireyin Bilgi Edinme Hakkı
Right to Information of the Public and Individuals