



TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU

THE HUMAN RIGHTS AND EQUALITY INSTITUTION OF TÜRKİYE



AKADEMİK DERGİ ACADEMIC JOURNAL

Latin Amerika Ülkelerinin
Anayasalarında Eşitlik İlkesi ve
Eşitlik İlkesini Tamamlayan İlkelerin
İncelenmesi

➤ **Neyire AKPINARLI/
Tuğçe KURTOĞLU**

The Risk of Ethnocracy in Afghanistan
Under the Taliban Regime

➤ **Erdal BAYAR**

Ulusal ve Uluslararası
Boyutları ile Sağlık Hakkı

➤ **Bayram İzzet TAŞCI**

Türkiye’de ve Almanya’da
Başörtüsü Meselesinin Tarihsel
Gelişimi ve Yargı Kararları

➤ **Şevval UÇAR**

AKADEMİK DERGİ

TIHEK

ACADEMIC JOURNAL

HAKEM LİSTESİ / LIST OF REVIEWERS

Yıl/Year: 2024 Cilt/Volume: 7 Sayı/Issue: 13

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi Editörlüğü, Dergimizin bu sayısına katkıda bulunan ve aşağıda isimleri yer alan hakemlere teşekkürü bir borç bilir.

We gratefully acknowledge the contribution of the following reviewers who reviewed papers for this issue of our Journal.

Prof. Dr. Servet ALYANAK	MALTEPE ÜNİVERSİTESİ
Doç. Dr. Adem ÖZER	ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
Dr. Öğr. Üyesi Huriye YILDIRIM ÇINAR	VAN YÜZÜNCÜ YIL ÜNİVERSİTESİ
Dr. Öğr. Üyesi Murat ERDOĞAN	ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
Dr. Öğr. Üyesi Seher ÇAKAN	AFYON KOCATEPE ÜNİVERSİTESİ
Dr. Öğr. Üyesi Zeynep HAZAR	ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
Arş. Gör. Dr. Gizem GÜNER YAŞAR	ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
Dr. Fatih SEYRAN	ULUSLARARASI SAĞLIK TURİZMİ ENSTİTÜSÜ
Dr. Ditar KABASHI	HEIMERER COLLEGE

AKADEMİK DERGİ

TİHEK

ACADEMIC JOURNAL

TİHEK AKADEMİK DERGİSİ • YIL/YEAR: 7 • SAYI / ISSUE: 13 • 2024

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU AKADEMİK DERGİSİ

*ACADEMIC JOURNAL OF THE HUMAN RIGHTS AND EQUALITY
INSTITUTION OF TÜRKİYE*



TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU
THE HUMAN RIGHTS AND EQUALITY INSTITUTION OF TÜRKİYE

Yayın Türü/Type of Publication

Sürelî Yayın/Periodical Publication

İmtiyaz Sahibi/Owner

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu adına
On behalf of the Human Rights and Equality Institution
of Türkiye

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ / Türkiye İnsan Hakları ve
Eşitlik Kurumu Başkanı
Chairman of the Human Rights and Equality Institution
of Türkiye

Editör/Editor

Dr. Bekir Fatih BİLGİ
Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcısı/Assistant Editor

Dr. Pelin BABAÖĞLU
Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/ Managing Editor

Dr. Bekir Fatih BİLGİ
Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dil Editörü/Language Editor

Fatma Sueda TUNCER
Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu

**İdare ve Yayın Merkezi / Centre For Administration
and Publishing**

Yüksel Caddesi No: 23 Çankaya/ANKARA
Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Hizmet Binası
Web: www.tihek.gov.tr | Posta: makale@tihek.gov.tr
Tel: 0312 422 78 00/01 - Fax: 0312 422 78 99

Baskı Tarihi/Date of Print

Grafik Tasarım/Technical Production

Ajans Düş Pınarı
Birlik Mah. 467.Sok. No:25 Daire: 4 Çankaya/ ANKARA
+90 (532) 658 93 11 - +90 (543) 235 12 25
bilgi@duspinari.com | www.duspinari.com

Baskı Adedi/Print Run

..... adet/copies

Baskı Yeri/Print Address

Kapak Tasarımı/Cover Design

Su Reklam Ebru Kırmızı

@Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun yazılı izni olmaksızın, derginin tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltılması ve dağıtımı yapılamaz. Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. Makalede ifade edilen görüşler yazara aittir. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun kurumsal görüşünü yansıtmamaktadır.

@No part of this journal may be printed, published, reproduced or distributed by any electronic, mechanical or other means without the written permission of the Human Rights and Equality Institution of Türkiye. The contents of this journal cannot be published in any other medium without reference hereto. The views expressed in the papers belong to the author. Do not express the institutional view of the Human Rights and Equality Institution of Türkiye.

TİHEK Akademik Dergisi yılda 2 kere yayımlanır. - Hakemli bir dergidir.
HREIT Academic Journal is published twice a year. It is a peer-reviewed journal

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD

Av. Alişan TIRYAKI	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu 2. Başkanı
Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nihat BULUT	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Didem KOCA	Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi
Dr. Bekir Fatih BİLGİ	Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Pelin BABAOĞLU	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu

DANIŞMA KURULU / ADVISORY COMMITTEE

Prof. Dr. Abdullah DİNÇKOL	Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ	Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Emrah BOZBAYINDIR	Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Rıza TÖNGÜR	Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Berdal ARAL	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemil KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Esra SİVEREKLİ	Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fatma Ebru GÜNDÜZ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Faruk BİLİR	Kişisel Verileri Koruma Kurumu Başkanı
Prof. Dr. Feridun YENİSEY	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Halil KALABALIK	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haydar Burak GEMALMAZ	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mahmut KOCA	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet AKMAN	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet TURHAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat BALCI	Polis Akademisi Başkanlığı
Prof. Dr. Nesibe KURT KONCA	Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENÇİ	TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	Milli Savunma Üniversitesi
Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yavuz ATAR	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yeliz BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yücel ACER	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yücel OĞURLU	Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yüksel METİN	Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Bilge BİNGÖL SCHRİJER	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Cem Duran UZUN	Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ercan SARICAOĞLU	Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Gamze TURAN BAŞARA	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hakkı Hakan ERKİNER	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hüseyin AYDIN	Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Muhammed Hüseyin MERCAN	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Doç. Dr. Murat TUMAY	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nadire ÖZDEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Rifat Murat ÖNOK	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Taylan BARIN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Özgür AYDIN	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Yakup Levent KORKUT	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU AKADEMİK DERGİSİ YAZIM KURALLARI

2018 yılından itibaren yayımlanan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, hakemli dergi olarak yılda iki defa yayımlanır. Dergide Türkçe ve İngilizce makaleler yayımlanmaktadır.

Makale Gönderimi: Çalışmalar, Dergi'ye Dergipark sistemi üzerinden gönderilir. Dergiye gönderilecek yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış olmalı veya yayımlanmak üzere değerlendirilme aşamasında bulunmamalıdır. Yazarlar kaynakların orijinalliğinden ve teyidinden sorumludurlar.

Dergide insan haklarıyla ilgili bilimsel nitelikli makale, derleme, çeviri ve inceleme gibi çalışmalara yer verilir. Yazılar, özgün ve insan hakları ile ilgili farkındalığı artırıcı, eğitici ve farklı bir bakış açısı oluşturacak nitelikte olmalıdır. Yazılarda araştırmaya dayalı olma, alana katkı sağlama, yeni ve farklı gelişmeleri irdeleme ölçütleri dikkate alınır.

Makale Yazımı: Yazılar, akıcı, anlaşılır şekilde; bilimsel makale yazımına uygun dil, anlatım biçimi ve yazımı ile yazılmalıdır. Makaleler bilimsel atıf kurallarına uygun olmalıdır.

Sayfa Yapısı: Kâğıt boyutu olarak **A4** ebadı kullanılmalı, kâğıdın her kenarından **2.5 cm** boşluk bırakılmalıdır. Paragraf başlangıcı **1.25 cm** içerden başlamalı ve paragraf ölçüleri önden ve sonran **6nk** olmalıdır.

Makale Başlığı: Çalışmanın başlığı, içeriği kısa ve net bir şekilde yansıtmalıdır. Başlığın tamamı büyük harfle yazılmalı, Times New Roman yazı tipinde **12** punto, **koyu (Bold)** ve satır ortasında olmalıdır. Başlıktan sonra **6nk** boşluk bırakılmalıdır. Başlığın İngilizcesi, Times New Roman yazı tipinde **12** punto, **koyu (Bold)** ve satır ortasında olmalı, kelimelerin ilk harfi büyük olacak şekilde yazılmalıdır. Makale başlığı, 12 kelimayı aşmamalıdır.

Yazar Bilgisi: Hakemlik aşamasında yazar isimlerinin belli olmaması için, yazar bilgisi makale içerisinde yer almamalıdır. Hakemlik süreci sonunda yayımlanması uygun görülen makaleler için yazar bilgisi ilk harfleri büyük olacak şekilde Times New

Roman **11 punto** olarak yazılmalıdır. Yazar adı yanına * işaretiyle dipnot eklenerek ünvan, çalıştığı kurum, orcid no ve e-posta bilgisine yer verilmelidir. Birden fazla yazarı bulunan makalelerde iletişimi sağlamak için dipnot kısmına **[Sorumlu Yazar]** şeklinde açıklama eklenmelidir.

Öz / Abstract / Anahtar Kelimeler: Türkçe ve İngilizce Özet (Abstract) en az 150, en fazla 300 kelime olmalıdır. Anahtar kelimeler en az 3 (en fazla 7) olmak koşuluyla Türkçe ve İngilizce olarak yer almalıdır. Türkçe ve İngilizce özet Times New Roman **9 punto** olarak yazılmalıdır.

Ana Metin: Yazılar, akıcı, anlaşılır, dil, yazım ve bilimsel atıf kurallarına uygun olmalıdır. Ana Metin MS Word formatında, **Times New Roman** yazı karakteri ile **12 punto**, iki yana yaslı, **1.5 satır aralığıyla** yazılmalıdır. Yazı içerisindeki başlıklar aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

Başlıklar/Alt Başlıklar: Başlıklar, numaralandırılmalı ve aşağıdaki numaralandırma düzeninde olmalıdır.

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

Dip Not: Sayfa altı dipnotları sadece ek açıklamalar için kullanılmalıdır. Dipnotta yer alan bütün bilgiler **9 punto**, tek satır aralığıyla yazılmalıdır.

Tablolar ve Şekiller: Tabloların numarası ve başlığı bulunmalıdır. Tablolar metin içinde bulunması gereken yerlerde olmalıdır. Şekil numaraları ve adları şeklin hemen üstüne, sola yaslı şekilde, **11 punto** ile yazılmalıdır (Örnek: **Tablo 1:** İnsan Hakları Sınıflandırması). Tablo veya şeklin altında kaynakçası (Bkz. Kaynak gösterme kuralları) belirtilmelidir. Kaynak, uygun şekilde, sola yaslı ve **11 punto** şeklinde yazılmalıdır (**Kaynak:** Okcu, 2020: 67). Tablo veya Şekil derleme ise derleyen kişi belirtilmelidir (Örnek: **Kaynak:** TİHEK, [Derleyen: Ali DURMAZ])

Resimler: Yüksek çözünürlüklü, baskı kalitesinde taranmış halde metin içerisindeki yerlerinde verilmelidir. Resim adlandırmalarında, tablo ve şekillerdeki kurallara uyulmalıdır.

Kaynak Gösterme: Makale içinde atıflar metin içi atıf **APA** (American Psychological Association) yöntemine göre yapılmalıdır. Metin içinde yapılan alıntıların kaynağını göstermek için cümle ya da paragraf bitiminden sonra yazarın soyadı, birden fazla yazar varsa soyadları, yayın tarihi, alıntı yapılan sayfanın numarası parantez içinde belirtilmelidir. Metin içindeki alıntıların kaynağı parantez içinde aşağıdaki şekillerde yazılmalıdır:

- **Tek yazarlı kaynak:**

(Altıparmak, 2015: 25).

Cümle içinde Altıparmak (2015)'ın belirttiği gibi

- **İki yazarlı kaynak:**

(Canatan ve Hıdır, 2007: 99-104).

Cümle içinde Canata ve Hıdır (2007)'in belirttiği gibi

- **İkiden fazla yazarlı kaynak:**

*İkiden fazla yazar varsa, sadece ilk yazarın soyadı verilir; diğerleri için "vd." ifadesi yazılır.

(Durmuş vd., 2016: 45).

Cümle içinde Durmuş vd. (2016)'ya göre

- **Kurumsal yayınlar:**

- **İlk atıf için;**

(Milli Kütüphane Yayınları [MKY], 2016: 144)

- **Sonraki atıflar için**

(MKY, 2016: 159)

- **Yazarın aynı yıl yayımlanmış eserleri:**

(Yıldırım, 2019a: 47-44).

(Yıldırım, 2019b: 81 ,78).

(Yıldırım, 2019c: 109).

- **Soyadları aynı olan yazarlar:**

(C. Aktaş, 2018: 29)

(S. Aktaş, 2019: 49)

- **Yazarı olmayan kaynak:**

*Eser Adı uzun ise ilk iki kelimesi alınır.

(İnsan Hakları, 2015: 154).

(Uluslararası Hukuk, 2018: 164).

- **Yayın tarihi olmayan eser:**

Tarih yok (t.y.) kısaltmasıyla belirtilir.

(Öztürk, t.y.:68).

- **Birden Fazla Kaynağa Atıfta Bulunma:**

(Alkaş, 2017: 81; Ceren, 2018: 72; Altan, 2019: 47).

- **Aynı Yazarın Farklı Tarihli Eserleri:**

(Altan, 2019: 47; 2020: 126).

- **Dolaylı Kaynak Gösterme:**

(Aktaran: Özdemir, 2018: 124).

- **Kuruma gönderme:**

(Devlet Planlama Teşkilatı, 2007)

- **Web adresine gönderme:**

(www.tdk.gov.tr, 2008)

Kaynakça: Makale metninde yer alan tüm kaynaklar **"KAYNAKÇA"** listesinde bulunmalıdır. Kaynakça, metnin sonunda, yeni bir sayfadan başlamalı ve kaynaklar yazar soyadına göre alfabetik sıra ile iki yana yaslı bir şekilde **10 punto** ile yazılmalıdır. Kaynakça için asılı paragraf biçimi uygulanmalıdır (Ofis'te Sayfa Düzeni-Paragraf-Girinti ve Aralıklar-Girinti-Özel-Asılı Paragraf).

- **Tek yazarlı kitap:**

Soyadı, A. (Yıl). Kitabın Adı (İtalik), Şehir: Yayınevi.

Eksi, N. (2016). Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, İstanbul: Beta Yayınevi.

- **Birden çok yazarlı kitap:**

Soyadı, A., Soyadı, A., Soyadı, A. (Yıl). Kitabın Adı (İtalik), Şehir: Yayınevi.

Canatan, K. , Hıdır, Ö. (2007). Batı Dünyasında İslamofobi ve Anti-İslamizm, Ankara: Eskiyei Yayincılık.

Tezcan,D.,Erdem M.R., Sancakdar O., Önok R.M. (2016). İnsan Hakları El Kitabı, Ankara: Seçkin Yayincılık.

- **Kitap bölümü:**

Soyadı, A. (Yıl). Bölümün başlığı, Editörün A. Soyadı içinde, Kitabın Adı (İtalik) (s. sayfa aralığı) Şehir: Yayınevi.

Watson, J.(1998). Engineering Education in Japan After the Iwakura Mission, I. Nish içinde, The Iwakura Mission in America and Europe: A New Assessment (s. 108-112), Surrey: Japan Library.

- **Dergi makalesi:**

Soyadı, A. (Yıl). Makale başlığı, Dergi adı (İtalik), Cilt(Sayı), sayfa.

Çağlar, S. (2012). Engellilerin Erişebilirlik Hakkı ve Türkiye'de Erişebilirlikleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61(2), 541-598.

- **Çeviri Makale:**

Sözer, A. (2019). "İnsan Hakları ve Din Özgürlüğü" (Çev. Hasan Tan). TİHEK Dergisi. Ankara: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 2(3), 104.

- **Web kaynakları:**

Soyadı, A. (Yıl). Başlık (İtalik), ... tarihinde ... sitesi: ... adresinden alındı.

Karan, U. (2015). Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi, 5 Aralık 2020 tarihinde Anayasa Mahkemesi: http://www.anayasa.gov.tr/fi les/pdf/anayasa_yargisi/2015/8.pdf adresinden alındı.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 5 Aralık 2020 tarihinde TBMM: <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> adresinden alındı.

- **Çeviri Kitaplar:**

Soyadı, A. (Yıl). Başlık (İtalik), (Çev. Ad Soyad). Şehir: Yayınevi.

Freeman, M. (2008). İnsan Hakları Disiplinlerarası Yaklaşım, (Çev. A. Erkan Koca-Ase-na Topçubaşı). Ankara: Birleşik Yayınları.

- **Kurumsal yayınlar:**

Yargıtay Başkanlığı. (2018). Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları. Ankara: Yargıtay Başkanlığı.

- **Yazarı olmayan kaynak:**

The 2009 NEA almanac of higher education. (2012). Washington DC: National Education Association.

TÜBİTAK. (2002). 21. Yüzyılda Bilimsel Yayıncılık: Hedefler ve Yaklaşımlar. Ankara: TÜBİTAK.

- **Yayımlanmamış Yüksek Lisans/Doktora Tezi**

Arslan, Ş. (2006). Fitrat Kavramı Çerçevesinde Eğitimde İnsanın Ne'liği Sorusu. Yayımlanmamış doktora tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

- **Yayımlanmış Bildiri**

Odman, A. E. (2003), "Karşılaştırmalı Ekonomi-Politik: Meksika'da Popülizm ve Türkiye'de Devletçilik", 8.Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi, 3-5 Aralık, Ankara.

- **Yayımlanmamış Bildiri**

Ekşi, H. (2002, Mayıs). *Etkili karakter eğitimi müfredatı için stratejiler*. 2000'li Yıllarda 1. Öğrenme ve Öğretme Sempozyumunda sunulan poster bildirisi, Marmara Üniversitesi Atatürk Eğitim Fakültesi, İstanbul.

- **Elektronik Kaynaklar**

Kodish, B.I. (2003). What we do with language-waht it does with us. *ETC: A review of general semantics*, 60(1), 383-384. 06 Ocak 2008 tarihinde EBSCOhost veritabanından alınmıştır.

İÇİNDEKİLER

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU AKADEMİK DERGİSİ YAZIM KURALLARI

LATİN AMERİKA ÜLKELERİNİN ANAYASALARINDA EŞİTLİK İLKESİ VE EŞİTLİK İLKESİNİ TAMAMLAYAN İLKELERİN İNCELENMESİ

Examination of the Principle of Equality and the Principles Complementing the Principles of Equality in the Constitutions of Latin American Countries 17

*Dr. Öğr. Üyesi Neyire AKPINARLI * - Av. Tuğçe KURTOĞLU***

THE RISK OF ETHNOCRACY IN AFGHANISTAN UNDER THE TALIBAN REGIME

Taliban Rejimi Altında Afganistan'da Etnokrasi Riski 51

*Erdal BAYAR**

ULUSAL VE ULUSLARARASI BOYUTLARI İLE SAĞLIK HAKKI

The Right to Health with Its National and International Dimensions 77

*B. İzzet TAŞÇI **

TÜRKİYE'DE VE ALMANYA'DA BAŞÖRTÜSÜ MESELESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE YARGI KARARLARI

Historical Development and Judicial Decisions on the Headscarf Issue in Türkiye and Germany 117

*Şevval UÇAR**

LATİN AMERİKA ÜLKELERİNİN ANAYASALARINDA EŞİTLİK İLKESİ VE EŞİTLİK İLKESİNİ TAMAMLAYAN İLKELERİN İNCELENMESİ

Examination of the Principle of Equality and the Principles
Complementing the Principles of Equality in the Constitutions of Latin
American Countries

Dr. Öğr. Üyesi Neyire AKPINARLI * - Av. Tuğçe KURTOĞLU**

Öz

Bu çalışma, insan hakları hukukunun temel ilkelerinden olan eşitlik ilkesi ve eşitlik ilkesini tamamlayan ilkelerin 19 Latin Amerika ülkesinin anayasası çerçevesinde incelenmesini konu edinmektedir. Araştırmamanın amacı, Latin Amerika ülkelerinin tarihsel, ekonomik, sosyal, coğrafi ve kültürel özgünlüklerinin eşitlik ilkesi ve eşitlik ilkesini tamamlayan ilkeler bağlamında yansımalarına dair veri elde etmektir. Çalışma, anayasalardaki düzenlemelerin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan düzenlemeler ile karşılaştırmalı olarak incelenmesi

Abstract

This work examines the principle of equality, one of the fundamental principles of human rights law, and the principles that complement the principle of equality within the framework of the Constitutions of 19 Latin American countries. The aim of the research is to obtain data on the reflection of the historical, economic, social, geographical and cultural uniqueness of Latin American countries in the context of the principle of equality and the principles that complement the principle of equality. The study was carried out by examining the regulations in the Constitution comparatively with the regulations in the Universal Declaration of Human Rights,

* Dr. Öğr. Üyesi Neyire AKPINARLI, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: neyire.akpinarli@asbu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-0793-9216

** Av. Tuğçe KURTOĞLU, Avukat, e-posta: av.tugcekurtoğlu@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-1891-1932

şeklinde gerçekleştirilmiştir. Araştırmada elde edilen veriler hem uluslararası insan hakları hukukunda önemli bir konu olan kültür ve insan hakları hukuku ilişkisi tartışmalarına hem de eşitlik ilkesi ve eşitlik ilkesini tamamlayan ilkeler bağlamındaki literatüre katkı sunması açısından değerlidir. Çalışmada, öncelikle araştırma konusunun teorik olarak genel çerçevesi ortaya konulmuştur. Ardından araştırma verileri dört başlık altında incelenmiştir. Eşitlik ve eşitlik ilkesini tamamlayan ilkelerle ilgili genel tespitler yapıldıktan sonra ilk bölümde eşitlik ilkesi ile ilgili düzenlemelere dair veriler sunulmuş ve değerlendirilmiştir. İkinci bölümde eşitlik ilkesini tamamlayan ayırım, ayrıcalık ve ayrımcılık yasağı ilkelerine dair veriler analiz edilmiştir. Üçüncü bölümde anayasalarda eşitlik ilkesi ve eşitlik ilkesini tamamlayan ilkeler süje ve muhatap bağlamında incelenmiştir. Son bölümde ise eşitlik ilkesi ve bu ilkeyi tamamlayan düzenlemelerde devletin pozitif yükümlülüğü ile cezai yaptırıma dair düzenlemeler analiz edilmiştir. Sonuç bölümünde de tüm veriler değerlendirilmiştir. Çalışmaya kaynak olan ülkelerin anayasaları Constitute Project adlı internet sitesinde yer alan İngilizce metinler kullanılarak incelenmiş, metinde belirsizlik olması durumunda söz konusu devletlerin kendi resmi dillerindeki anayasaları dikkate alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kültür ve İnsan Hakları İlişkisi, Latin Amerika Ülke Anayasaları, Eşitlik İlkesi, Ayırım Yasağı İlkesi, Ayrımcılık Yasağı İlkesi, Ayrıcalık Yasağı İlkesi, Kölelik Yasağı

the American Declaration of the Rights and Duties of Man and the American Convention on Human Rights. The data obtained from the research are valuable in terms of contributing both to the discussions on the relationship between culture and human rights law, which is an essential issue in international human rights law, and to the literature in the context of the principle of equality and the principles that complement the principle of equality. In the study; First of all, the theoretical general framework of the research subject is presented. Then, the research data was examined under four headings. After making general determinations about the principle of equality and the principles that complement the principle of equality, data on the regulations regarding the principle of equality are presented and evaluated in the first section. In the second part, data on the principles of prohibition of distinction, privilege and non-discrimination, which complement the principle of equality, were analyzed. In the third chapter, the principle of equality in Constitutions and the principles that complement the principle of equality are examined in the context of the subject and addressee. The last section analyzes the principle of equality and the regulations regarding the state's positive obligation and criminal sanctions in the rules that complement this principle. The constitutions of the countries that are the source of the study were examined using the English texts on the website called the Constitute Project, and in case of ambiguity in the text, the constitutions of the states in question in their own official languages were taken into account.

Keywords: Relations Between Culture And Human Rights, Constitution of Latin American Countries Principle of Equality, Prohibition of Distinction, Prohibition of Privilege and Non-Discrimination, Prohibition of Slavery

GİRİŞ

*“Bütün insanlar kanun önünde eşittir.
Kişiler arasında yetenek ve erdemden başka hiçbir ayırım yapılamaz.”
Uruguay Anayasası*

Uluslararası insan hakları hukukunun tarihsel gelişiminde iki bileşen önemli rol oynamaktadır. Birincisi; insanlığın, Eski Çağlar’dan günümüze insan hakları hukukuna konu değerlerin korunmasına dair birikimidir. İkincisi ise, Avrupa tarihi, siyasi, felsefi ve ekonomik gerçekliği temelinde şekillenen Avrupa insan hakları konseptinin uluslararası insan hakları hukukunun ve dolayısıyla ülkelerin iç hukuklarındaki insan hakları düzenlemelerinin çerçevesini belirlemesidir (Gemalmaz, 2016: 680; Algan, 2023: 194; Pekel, 2019: 112, 115). İnsan hakları hukukunun temel ilkelelerinden biri olan eşitlik ilkesi de yukarıdaki gerçekliğe paralel olarak şekillenmiştir. Bir taraftan eski medeniyetlerden itibaren toplumlarda önemli bir olgu olan adalet olgusu ile doğrudan ilişkili olması vesilesiyle eşitlik ilkesi eski bir olgudur. Bu nedenle çağlardan çağlara medeniyetlerden medeniyetlere adalet olgusu çerçevesinde farklı kurgular ile tanımlanmıştır (Memiş, 2021: 4, 17-18, 34; Erdoğan, 2016: 12). Yine hem insan haklarının hem de eşitlik ilkesinin önemli bir kavramı olan *“insan onuru”* olgusu da eski bir kavramdır (Atcı, 2022: 213-214; Doğan, 2020, 53; Güneş, 2020: 38). Diğer taraftan uluslararası insan hakları hukukunda, eşitlik ilkesinin çerçevesi Avrupa medeniyeti temelinde şekillenmiştir. Bu şekillenme de bugün ayrımcılık ya-sağı, eşitlik ilkesinin en önemli tamamlayıcı olarak ortaya çıkmıştır¹.

İnsan sosyal bir varlıktır ve her ne kadar özü gereği ortak değerlere sahip olsa da bu değerler coğrafya, kültür, tarih ve ekonomik gerçekliklere göre farklı da şekillenmektedir. Bu nedenle sadece Avrupa’nın gerçekliği çerçevesinde şekillenen insan hakları konseptinin değerler bağlamında dünyanın bütün coğrafyalarını kapsaması hususu, özellikle 1980’li yıllardan itibaren daha yoğun olmak üzere tartışılmaya başlanmıştır. Tartışma genel olarak, konunun iki boyutuna yoğunlaşmıştır. İlk boyutu kültürel görecelik yaklaşımı çerçevesinde modern insan hakları öğretisinin

¹ EİHB md. 1 “Eşitlik ilkesi” ve md. 2 “Ayrımcılık Yasağı”, <https://ihum.ankara.edu.tr/insan-haklari-evrensel-beyanname-si/>, E.T. 21.06.2023. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, md. 2/1; <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>, E.T. 17.06.2024; Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme, md. 2/2, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>, E.T. 16.06.2024. Bunların yanında belli hak sùjeleri bağlamında söz konusu olan insan hakları metinlerinde de eşitlik ve ayrımcılık düzenlemesini görmek mümkündür. Bknz. Birleşmiş Milletler Mùtecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme, md. 3, <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/refugees.pdf>, E.T. 15.06.2024.

dünyanın diğer coğrafyalarındaki değerlerle örtüşmediği temelinde şekillenmektedir (Algan, 2023: 194, 217-218; Işıkdaklı, 2020: 18-20; Güneş, 2020: 137, 138; Akpınarlı, 2023: 21-22). İnsan hakları konseptine kültürel görecelik çerçevesinde yaklaşımın karşı argümanı ise sık sık Çin'deki "*lotus ayak*", Hindistan'daki "*şati*", Taylan'daki "*boyuna halka takma*" ve farklı coğrafyalardaki "*kadın ve erkek sünneti*" gibi insan haklarına aykırı olumsuz uygulamalar çerçevesinde şekillenmiştir (Işıkdaklı, 2020: 18). Bu tartışmalarda üzerinde çok durulmayan husus ise teorik olarak değer çatışmasının yaşanmadığı ya da uluslararası insan hakları hukukunun kapsamı dışında kalan konularda ülkelerin kendi özgünlükleri temelindeki insan hakları düzenlemeleridir. Bu düzenlemeler hem uluslararası insan hakları hukukunun gelişimine katkı hem de bu alandaki tartışmalara farklı perspektifler sunabilme imkanına sahiptir.

Çalışmanın konusu olan Latin Amerika ülkeleri anayasalarında eşitlik ve eşitlik ilkesini tamamlayan ilkelere dair bu araştırma, üçüncü yaklaşım çerçevesinde şekillenmiştir. Bu ülkeler, farklı kültürel kimlikleriyle beraber aynı coğrafyada var olma durumları ve ortak tarihsel geçmişleri nedeniyle aynı zamanda ortak bir kültüre de sahiptirler. Diğer taraftan bu ülkeler, Amerikan Bölgesel İnsan Hakları Hukuk sistemi içerisinde yer almaktadırlar. Çalışma, İspanya ve Portekiz sömürgeci olmuş 19 Latin Amerika ülkesi anayasası ile sınırlanmıştır. Böyle bir sınırlamayla sömürge tarihi bağlamında da ortak bir geçmiş amaçlanmıştır. Bu ülkeler Arjantin, Brezilya, Bolivya, Şili, Kolombiya, Ekvador, Paraguay, Peru, Uruguay, Venezuela, Küba, Nikaragua, Panama, Kosta Rika, Dominik Cumhuriyeti, El Salvador, Guatemala, Honduras ve Meksika'dır².

Çalışmanın konusu, araştırmaya konu ülkelerin anayasalarında tarihi, coğrafi vb. ortak kültürü şekillendiren özelliklerinin ülkelerin anayasalarında eşitlik yasağı ve onu tamamlayan ilkelere dair düzenlemelerde nasıl karşılık bulduğuna dair veri elde etmektir. Makalede, öncelikle araştırmanın üzerine inşa olduğu iki konu ikincil kaynaklardan çalışmanın çerçevesi bağlamında özetlenecektir. Bu konulardan birincisi eşitlik ve eşitlik ilkesini tamamlayan ilkelere aittir. İkinci ise çok genel hatlarıyla Latin Amerika'nın tarihi ve özelde anayasacılık hareketleridir. Daha sonra araştırma verileri, anayasalarda eşitlik ve eşitlik ilkesini tamamlayan ilkelere dair genel tespitler

² Saint – Pierre ve Miquelon, Guadeloupe, Martinique, Saint Barthelemy, Sain- Martin, Fransız Guyanası Fransa'nın deniz aşırı bir eyaletleri olması; Haiti'nin eski Fransız sömürgeci olması; Guyana, ülkede yaşayan halkların Doğu Hint ve Afrika halkları olması ve eski İngiliz sömürgeci olması ve dillerinin İngilizce olması; Surinam Hollanda sömürgeci olması ve dilinin Felemenkçe olması ve son olarak Barbados İngiliz sömürgeci olması ve resmi dili İngilizce olması sebebiyle çalışma kapsamı dışında bırakılmıştır.

yapıldıktan sonra dört başlık altında incelenmiştir. Birinci bölümde eşitlik ilkesi ve ikinci bölümde ayırım, ayrıcalık ve ayrımcılık yasağı ilkeleriyle ilgili düzenlemeler incelenmiştir. Üçüncü bölümde eşitlik ve eşitlik ilkesini tamamlayan ilkeler bağlamında süje ve muhatap hususları incelenmiştir. Son bölümde ise devletin bu ilkeler bağlamında pozitif yükümlülüğüne ve ilkelerin ihlali durumunda cezai yaptırıma dair düzenlemeler incelenmiştir. Sonuç bölümünde ise araştırma verileri değerlendirilmiştir. Uluslararası insan hakları hukukunda eşitlik ve eşitlik ilkesini tamamlayan ilkelere dair birçok sözleşme söz konusudur fakat bu sözleşmeler kaynağını İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nden (EİHB) almaktadır. Diğer taraftan Amerikan İnsan Hakları Hukuku açısından Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi (AİHÖB) ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) önemlidir³. Bu metinlerin ülkeleri bağlayıcılığı açısından statüleri farklı olsa da araştırma konusu anayasa düzenlemelerinin içeriği olması nedeniyle bu üç insan hakları metni ile karşılaştırmalı olarak değerlendirilmiştir.

Araştırma, anayasalarda eşitlik ilkesi ve eşitlik ilkesini tamamlayan ilkeler ile ilgili düzenlemeler ile kendisini sınırlamıştır. Bir başka deyişle anayasaların bütününde yer alan belli konu ve hak süjeleri bağlamında eşitlik ilkesiyle ilgili düzenlemeler kapsam dışında bırakılmıştır. Araştırmaya kaynak olan ülkelerin anayasaları, Austin Texas Üniversitesi ve Şikago Üniversitesi ortak projesi olan “*Karşılaştırmalı Anayasalar Projesi*” kapsamında hazırlanan “*Constitute Project*” isimli web sayfasındaki İngilizce çevirilerden yararlanılarak incelenmiş, İngilizce çeviride belirsizlik olması durumunda söz konusu devletlerin kendi resmi dillerindeki anayasaları dikkate alınmıştır. Araştırma, anayasalarda yer alan düzenlemelerin metin olarak incelenmesi ve gerek birbirleriyle ve gerekse uluslararası ve bölgesel insan hakları metinleri ile karşılaştırılması şeklinde gerçekleşmiştir. Araştırma kapsamındaki ülkelerde konu ile ilgili literatür taraması gerçekleştirilmemiştir. Bu yönüyle araştırma genel bir perspektif sunma ile kendisini sınırlamıştır. Çalışmada ülkelerin anayasalarında özellikle fıkralar bağlamında kullanılan simgelere sadık kalındığı için 1 veya I gibi farklı simgeler kullanılmıştır⁴.

³ AİHÖB, https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=531, E.T. 26.05.2024, AİHS, https://www.oas.org/dil/treaties_b-32_american_convention_on_human_rights.pdf, E.T. 13.05.2024.

⁴ Constituteproject, https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en&status=in_force, E.T.05.05.2024.

I. ARAŞTIRMANIN HUKUKİ ÇERÇEVESİ

Araştırmanın hukuki çerçevesini uluslararası insan hakları hukukunun temel ilkesi olan eşitlik ve eşitlik ilkesini tamamlayan ilkeler ve Latin Amerika ülkeleri anayasalarının üzerine inşa olduğu tarihi, ekonomik, sosyal, coğrafi ve kültürel gerçeklikler oluşturmaktadır. Bu bölümde, ikincil kaynaklar çerçevesinde eşitlik ve ayırım, ayrımcılık ve ayrıcalık yasağı ilkelerinin uluslararası ve bölgesel insan hakları hukukunda genel çerçevesi ortaya konulacaktır, ardından da Latin Amerika ülkelerinin ortak tarihi, sosyal, ekonomik ve kültürel gerçeği en genel hatları ile sunulacaktır.

A. EŞİTLİK VE AYRIM, AYRIMCILIK VE AYRICALIK YASAĞI İLKELERİ

İnsanlık tarihi, 12.000 yıl öncesi döneme yani Neolitik Çağ'a kadar "*derleyici-avcı*" toplum olarak eşitlikçi yapıya sahip olmuştur. Besinin üretimi ve yerleşik yaşama geçilmesi eşitlikçi toplum yapısından eşitsizlikçi toplum yapısına geçişi beraberinde getirmiştir. (Öden, 2003: 48-49; 179; Cemal,1996: 2-3; Aytan:2021, 980-981). Tarım toplumuna geçişten bugüne eşitsizlikçi toplum yapısı tarihsel süreçle birlikte de değişim ve dönüşüm yaşamıştır. Eşitsizlikçi toplum yapısı belli bir gruba, zümreye veya kişiye bazen ayrıcalık tanınması bazen de ayrımcılık uygulanması suretiyle ortaya çıkmıştır⁵.

Uluslararası insan hakları hukukunun insan hakları tarihi ve kurgusunu kendisine temel aldığı Batı Medeniyetinde,17. ve 18. yüzyıllarda eşitlik ilkesi bağlamında iki farklı olguya karşı mücadeleye tanık olunmuştur. Bunlardan birincisi kölelik olgusudur, diğeri ise belli bir zümreye veya kişiye verilen ayrıcalıklardır (Öden, 2003: 47; Güneş, 2020: 77). 12 Haziran 1776 tarihli Virginia Anayasası'na eklenen Haklar Bildirgesi, 4 Temmuz 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi ve 26 Ağustos 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi bu mücadelelerin önemli belgeleri olarak ortaya çıkmaktadır. Virginia Haklar Bildirgesi madde 1'de bütün insanların tabiiyetten eşit derecede hür ve bağımsız olmalarına vurgu yapılmıştır. Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nde ise bütün insanların eşit yaratıldığı belirtilmiştir. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi madde 1'de, Virginia Haklar Bildirgesi'ne benzer şekilde "İnsanlar hukuk bakımından hür ve eşit doğarlar, hür ve

⁵ Milattan Önce 539-530 yılları arasında Pers İmparatoru Kiros tarafından hazırlatılan kitabede Yeni Babil İmparatoru tarafından Yahudi halkına zulüm yapıldığına dair bilgi söz konusudur. (Akpınarlı, 2018: 9-12) Buna karşın Öden, eşitsizlikçi yapıda temel belirleyici hususun toplumun belli kesimlerinin ayrıcalıklara sahip olması olduğunu belirtmektedir (Öden, 2003: 47).

eşit yaşarlar. Sosyal farklılıklar, ancak ortak faydaya dayanabilir” ifadesine yer verilmiştir⁶. Bu belgeler, her ne kadar ayrıcalık yasağı ve kölelik yasağı bağlamında önemli belgeler iseler de doğrudan köleliği yasaklayan düzenlemelere yer verilmemiştir. Köleliği yasaklayan düzenlemeler ilk kez 19. yüzyılda gerçekleştirilen sözleşmelerde söz konusu olmuştur (Karaaslan, 2022: 67-70). Diğer taraftan 17. ve 18. yüzyıldaki mücadeleler, 19. yüzyıldan itibaren yazılı anayasalarda eşitlik ilkesine yer verilmesi ile sonuçlanmıştır (Öden, 2003: 72-73; Güneş, 2020: 77-78).

Eşitlik ilkesinin ayrımcılık ilkesi ile tamamlanması ise II. Dünya Savaşı’nda Yahudiler, Çingeneler ve engellilere karşı gerçekleştirilen soykırım sonrasında söz konusu olmuştur (Güneş, 2020: 78) Evrensel uluslararası hukuka geçişin ilke belgesi olan Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, evrensel insan hakları hukukunun da ilk adımı olarak ortaya çıkmıştır. Her ne kadar insan hakları, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (BMS) temel konusu olmamış olsa da BMS’de 1. maddenin 3. fıkrasında devletlerin uluslararası sorunları çözmede insan haklarına saygıyı kriter olarak almaları gerektiği, insan haklarına saygıyı da “*ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin*” gerçekleştirmesi gerektiği belirtilmiştir (Güneş, 2020: 77-79)⁷. Bu düzenlemede önemli husus eşitliğin ayrım yasağı ile tanımlanmasıdır ve ayrıma neden olacak hususlar olarak da ırk, cinsiyet, dil ve din unsurlarına yer verilmesidir.

BMS’den 3 yıl sonra Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda kabul edilen İHEB, bağlayıcı olmamasına karşın, uluslararası insan hakları hukukunun önemli bir belgesi olmuştur (Güneş, 2020: 79; Öden, 2003: 84-85). Aslında İHEB, eşitlik ve eşitlik ilkesini tamamlayan düzenlemeler bağlamında II. Dünya Savaşı’nın öncesi ve sonrasının sentezi olarak ortaya çıkmıştır. Belge, bir taraftan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nden esinlenmiş 1. maddesinde “*Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar*” ifadesine yer vermiştir. Bu düzenleme ayrıcalık yasağı ve kölelik yasağının görünümüdür. Burada önemli bir başka husus ise insan hakları ile insan onuru olgusunun ilişkilendirilmesidir. Bildirge’nin 2. maddesinde ise ayrım yasağına yer verilmiş ve ayrım sebepleri belirtilmiştir. Düzenlemede, “*ayrım*” ifadesinin kullanılması ve maddede belirtilen ayrım sebepleri incelendiğinde söz konusu ayrım yasağının kölelik, ayrıcalık ve ayrımcılık yasaklarının bütününe içerdiği

⁶ Virginia Haklar Bildirgesi, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/virginia.asp, E.T. 13.04.2024; Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/declare.asp, E.T. 12.05.2024. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi md. 6 ve md. 13. https://avalon.law.yale.edu/18th_century/rightsof.asp, E.T. 13.06.2024.

⁷ Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, <https://turkiye.un.org/tr/33499-birle%C5%9Fmi%C5%9F-milletler-antla%C5%9F-mas%C4%B1>, E.T. 10.05.2024.

somut olarak görülmektedir. Örneğin “*mülkiyet, doğum veya başka türden statü*” ayrıcalık yasağının yansımasıdır. Bildirge’de, madde 3’te kölelik yasağı düzenlenmiş iken madde 7’de hukuk önünde eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Bildirgede ayrımcılık yasağına ise hem madde 7 hem de eşit işe eşit ücret hususunu düzenleyen 23. maddede yer verilmiştir⁸. EİHB’de yer alan ayırım yasağı, uluslararası insan hakları hukukunun iki önemli sözleşmesi Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme (MSHS) ve Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme’de (ESKHS) aynen yer almıştır⁹. Daha sonraki yıllarda insan hakları ile ilgili yapılan uluslararası sözleşmelerde eşitlik ilkesinin tamamlayıcı olarak ayırım yasağının yerini ayrımcılık yasağı almıştır (Güneş, 2020: 368).

Amerikan İnsan Hakları Bölgesel Hukuku’nun iki önemli belgesi olan AİHÖB ve AİHS’de yer alan eşitlik ilkesi ve bu ilkeyi tamamlayan ilkelere dair düzenlemeler incelendiğinde şu tespitler yapılabilir. AİHÖB eşitlik ilkesi ve eşitlik ilkesini tamamlayan ilkeler bağlamında EİHB ile karşılaştırıldığında dört hususun altı çizilebilir. Birincisi, İHEB’in 1. maddesinde yer alan genel eşitlik maddesine aynı metne sadık kalınarak Bildirge’nin sadece Önsöz’ünde yer verilmesidir¹⁰. Bir diğer önemli fark, İHEB’de ayırım nedenleri genel eşitlik düzenlemesinin hemen ardından 2. madde düzenlenmesine karşın AİHÖB’de ayırım yasağının hukuk önünde eşitlik düzenlemesinin bir unsuru olarak düzenlenmesidir (md. 2). Bir diğer önemli husus bu madde altında sadece hak bağlamında hukuk önünde eşitlik değil aynı zamanda yükümlülük hususuna da vurgu yapılmasıdır. Ayrımcılık sebepleri açısından fark ise İHEB’de 10 unsur sınırlı sayıda olmayacak bir biçimde sayılmış iken AİHÖB’de yalnızca ırk, cinsiyet, dil ve inanç unsurları örnekleme metoduyla sayılmıştır. Burada dikkat çeken husus, unsurların benzer sıralamayla verilmesi buna karşın İHEB’deki “renk” unsuruna yer verilmemesidir¹¹. Bu iki bildirgeden 21 yıl sonra imzalanan AİHS’de, gerek EİHB gerekse AİHÖB’den farklı bir bakış ile karşılaşılmaktadır. Öncelikle EİHB’in 1. maddesinde ve AİHÖB’in Önsözünde yer alan genel eşitlik ilkesine sözleşmede yer verilmemiştir. İkinci olarak AİHS 1. maddesinde “Haklara Saygı Yükümlülüğü” başlığı altında taraf devletlerin, sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklere saygı göstermeyi ve kendi yargı yetkisine tabi olan herkesin bu hak ve özgürlük-

⁸ Bildirge farklı konular bağlamında da eşitlik ilkesine yer vermiştir. Bknz. md. 10,16/1,21/3, 23/2, 25/2, 26/1.

⁹ MSHS, md. 2/1 ve ESKHS, md. 2/2.

¹⁰ AİHÖB Önsözü “*Bütün insanlar, doğalarının onlara bahsettiği akıl ve vicdanla donatılmış olarak, özgür ve onurda ve haklarda eşit şekilde doğarlar; her teki bir diğerine kardeşçe davranır...*”

¹¹ İHEB md. 2; AİHÖB md. 2.

leri hiçbir ayrımcılık gözetmeksizin serbestçe ve tam olarak kullanmasını sağlamayı taahhüt ettiğini belirtmiştir. Sözleşme'nin 1. maddesi birçok açıdan önemlidir. Birinci neden ayırım kelimesi yerine ayrımcılık kelimesinin kullanılmasıdır. İkinci neden ayrımcılık nedenleri olarak belirtilen hususların örnekleme olarak belirtilmesi ve EİHB'de yer alan sebeplerle hemen hemen aynı olması EİHB'de yer alan "mülkiyet" yerine "ekonomik durum"; "diğer durumlar" yerine "diğer sosyal durumlar" ifadesinin kullanılmasıdır¹². 1. madde de önemli bir diğer husus ise 2. fıkrasında "kişi" kavramının her insan anlamına geldiğinin belirtilmesidir. Bu düzenleme, bölgenin kölecilik tarihi ile doğrudan ilgilidir. Bu durum 3. maddede "*Her insanın kanun önünde kişi olarak tanınma hakkı vardır*" ifadesi ile de tekrar teyit edilmiştir. Ayrıca madde 24'te "Eşit Koruma Hakkı" başlığı altında önce "*Herkes kanun önünde eşittir*" ifadesine yer verilmiş ardından da bu düzenleme "*ayrımcılığa uğramadan kanunun eşit korunmasından yararlanma hakkı*" ile ilişkilendirilmiştir.

Eşitlik ilkesi ve eşitlik ilkesini tamamlayan ayrımcılık yasağı bugün uluslararası insan hakları hukukunun temel ilkelerinden biri olarak yerini almıştır ve insan haklarının evrenselliği ilkesinin süje bağlamında da bir yansımasıdır (Güneş, 2020: 136-137; Akpınarlı, 2023: 30-34)¹³. Uluslararası insan hakları hukuku negatif ve bireysel insan hakları üzerine inşa olduğundan eşitlik ve ayrımcılık yasağı da bireysel ve negatif hak temelinde şekillenmiştir. Daha sonraki yıllarda ise negatif boyutu pozitif ayrımcılık düzenlemeleri ile farklı bir boyuta evrilmiştir.

Eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkelerinin tanımına dair uluslararası insan hakları hukukunda herhangi bir düzenleme söz konusu değildir (Karan, 2017: 35). Benzer durum ayrıcalık içinde söz konusudur. En genel hatlarıyla ayrıcalık bir kişi ya da zümreye mevcut hukuk sisteminin öngördüğü haklardan daha fazlasının verilmesi; ayrımcılık ise kişi veya belli gruplara hukuk sisteminin öngördüğü hakların tanınmaması ya da bu hak süjelerinin haklardan yararlanamaması ya da kullanamaması olarak tanımlanabilir (Gülmez, 2010: 219-220; Atanır, 2021: 1627; Güneş, 2020: 368). Diğer taraftan eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı ilkesinin birbiri ile ilişkisinin ne olduğu da literatürde tartışmalıdır (Karan, 2017: 35). Genel olarak kabul edi-

¹² Burada belirtilen ayrımcılık sebepleri "*ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer görüşler, ulusal veya sosyal köken, ekonomik durum, doğum veya başka herhangi bir sosyal durum*" dur.

¹³ Karan, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı insan hakları hukukunun jus cogens niteliği taşıyan normu olarak kabul edildiğini belirtmektedir (Karan, 2020: 35).

len görüş, ayrımcılık yasağının eşitlik ilkesinin uzantısı olduğu yönündedir (Güneş, 2020: 368). Benzer yaklaşım ayırım ve ayrıcalık yasağı için de kabul edilebilir.

Bugün hem eşitlik ilkesi hem de ayrımcılık yasağı birçok alt unsura ayrılmıştır (Kuru, 2021: 49-75; 256 vd.) Bu alt unsurlara karşın, eşitlik ilkesi, literatürde genel olarak şekli eşitlik ve maddi eşitlik olarak ikiye ayrılmaktadır. Şekli eşitlik ilkesinin insan hakları hukukunda görünümü 18. yüzyıl Fransız Devrimi'nin ortaya koyduğu hukuk önünde eşitlik ilkesidir ve bu ilke devlet organlarının eşit durumda olanlara eşit muamele yapması yani simetrik muamele olarak özetlenebilir (Karan, 2017: 53-54). Uluslararası insan hakları belgelerinin ortaya çıktığı 1940'lı yılların sonundan 1970'li yıllara kadar insan hakları belgeleri şekli eşitlik çerçevesinde şekillenmiştir (Karan, 2017: 42-46). 1970'li yıllardan itibaren ise farklı bir eşitlik anlayışı ortaya çıkmış, eşitsizliğin sosyal ve ekonomik boyutu maddi eşitlik anlayışını beraberinde getirmiştir (Öden, 2003: 47). Maddi eşitlik ilkesinin birçok alt görünümü söz konusudur fakat temelde bu ilke ile hedeflenen ekonomik ve sosyal açıdan toplumsal dışlanma riski altında bulunan grupların, ekonomik, sosyal ve kültürel birçok görünümde ortaya çıkan eşitsizliklerin fiilen ortadan kaldırılması amacıyla devletin pozitif edimde bulunmasıdır. Bu eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için devletin edimi literatürde asimetrik muamele olarak tanımlanmaktadır (Karan, 2017: 42-45; Kuru, 2021: 62).

B. LATİN AMERİKA ÜLKELERİNİN ORTAK TARİHİ VE ANAYASACILIK HAREKETİ

Araştırmaya konu 19 Latin Amerika ülkesi kendi özgünlükleri yanında dilsel, kültürel, sosyal, ekonomik ve siyasal yakınlıkları içinde barındırmaktadır ve bu hususta ortak tarih önemli rol oynamaktadır. İlk yerleşimin 14.000 yıl öncesine gittiği düşünülen Latin Amerika coğrafyasında, Aztekler, İnkalar ve Mayalar gibi üç büyük uygarlık bu ortak tarihsel geçmişte önemli rol oynamaktadır (Topal, 2007: 22; Gemalmaz, 2016: 371-372). İkinci tarihsel ortak nokta; geçmişi 15. ve 16. yüzyıla giden İspanya ve Portekiz'in 300 yıllık sömürgecilik tarihi ve bu dönemde yağmacılık ve köleleştirme faaliyetlerinin sömürge devletlerinin bölgeye dair ortak politikaları olmuş olmasıdır. Diğer taraftan sömürge devletleri hem bölgedeki varlıklarını oradaki yerli halklar karşısında ayrıcalıklı statüde şekillendirmişler hem de yerli halkları köleleştirmişlerdir (Gemalmaz, 2016: 371-372; Topal, 2007: 23-24).

Simon Bolivar'ın öncülük ettiği, kıtada güçlü ve büyük ülkeler kurulmasının Avrupa'ya karşı koyabilmenin temel şartı olduğu ideali gerçeğe dönüşmemiştir. Bunun yerine 1804 ile 1820 yılları arasında kıtaya sömürgeci olarak gelen Avrupalıların,

yerli halklar üzerinde tahakküm kurmaları sonucunda bu coğrafyada birçok ülke ortaya çıkmıştır (Topal, 2007: 25; Gemalmaz, 2016: 372-3) Bağımsızlık kazanmalarının ardından kıta ülkeleri 19. yüzyılda geleneksel ve liberal çatışmasını yaşamış, İngiltere ile Fransa'nın müdahalesine tanık olmuşlardır. 1823 yılında ortaya atılan Monrea doktrini, arkasından gerçekleşen Pan Amerikan Konferansları ve son olarak da Amerikan Devletleri Örgütü esasen Latin Amerikalıları Avrupa'nın doğrudan müdahalesinden kurtarıırken ABD'nin himayesine sokmuştur. Daha sonraki dönemde kuzeydeki emperyalistler bağlamında verilen işçi ve köylü mücadeleleri, silahlı gerilla hareketleri ve 1990'lı yıllarla birlikte küresel neo liberal sürecin kıtaya yansımaları, uluslararası baskılar, ABD ve Avrupalı devletlerin "demokrasi" söylemi bağlamında müdahaleleri bu ülkelerin ortak kaderi olmuştur (Topal, 2007: 22).

Bu ülkelerin ortak özelliklerinden bir diğeri de halklarının demografik yapısıdır. Büyük ölçüde sömürge döneminde şekillenen demografik yapı bölgenin yerli halkları, Avrupalılar, Asyalılar ve Afrikalılardan oluşmaktadır. Afrikalılar, çalıştırma amaçlı köle olarak Afrika sömürge topraklarından getirilmiş iken başta Avrupa olmak üzere Asya kıtasından birçok yabancı da bu ülkelerin 19.yüzyılda göç politikası sonucu gelmiştir ve devletler, yabancılara vatandaşları ile eşit haklar tanımıştır (Gemalmaz, 2016: 179-180, 371-372).

Latin Amerika ülkelerinin bir başka ortak özelliği oluşturulan ulus devletlerinde 19. yüzyılda ortaya çıkan anayasalar ve bu anayasaların süreç içerisinde değişimidir. İlk anayasalar, Fransız Devrimi etkilerinin yanında 1812 İspanya, 1787 Amerika Birleşik Devletleri ve 1791 Fransız Anayasalarından etkilenmişlerdir¹⁴. Araştırmaya konu ülkeler de ilk anayasaların yapılması sürecinde öncülük etmiştir. (Gemalmaz, 2016: 372)¹⁵. Gemalmaz, bu anayasaların; yukarıda belirtilen anayasalardan iktibas yoluyla etkilendiklerini hem ülkelerin özgünlüklerini taşıdığını hem de ortak noktaları olduğunu belirtmektedir (Gemalmaz, 2016: 375, 376, 377). Ülke anayasaları bağlamında ortak bir başka husus, 1980'in ortalarından itibaren gerçekleşen anayasal reformlardır. Bu anayasal reformlar ya yeni anayasaların yapılması ya da var olan anayasalarda önemli değişikliklerin yapılması yolu ile gerçekleşmiştir. Ayrıca yeni

¹⁴ Gemalmaz, bu anayasaların etkilediği anayasalara örnek olarak 1830 Uruguay, 1863 Kolombiya, 1853 Arjantin Anayasalarını örnek olarak vermiştir (Gemalmaz, 2016: 376).

¹⁵ Gemalmaz, 1826 Bolivya, 1830 Uruguay, 1833 Şili, 1844 Paraguay, 1853 Arjantin, 1857 Meksika, 1858 Venezuela, 1860 Ekvator, 1886 Kolombiya, 1891 Brezilya Anayasalarını örnek olarak vermiştir. (Gemalmaz, 2016: 376).

yapılan anayasalarda bile ilerleyen yıllarda değişiklikler gerçekleşmiştir¹⁶. Uprimny, Gemalmaz'ın tespitine benzer şekilde, bu anayasal reform dalgasında da hem benzerliklerin hem de farklılıkların bulunduğunu dile getirmektedir (Uprimny, 2012: 1-2). Uprimny'in belirttiği ortak özelliklerden biri de eşitlik ilkesine dair düzenlemelerdir (Uprimny, 2012: 7).

II. ARAŞTIRMA VERİLERİ

Araştırma kapsamında yer alan 19 ülkenin anayasası incelendiğine gerek eşitlik ilkesi ve eşitlik ilkesini tamamlayan düzenlemeler bağlamında gerekse bu düzenlemelerde etkili olan Anayasaların genel yapısında bazı ortak hususlar tespit edilmiştir: Anayasaların genel yapısı açısından gözlemlenen ortak bir husus kazuistik anayasa yapısına sahip olmalarıdır. Örneğin Bolivya Anayasası 411 ve Uruguay Anayasası ise 332 maddeden oluşmaktadır. Bu özelliğin bir görünümü olarak eşitlik ve eşitlik ilkesini tamamlayan ilkelerin anayasalarda ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmüştür. Ayrıntılı düzenleme iki farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Birincisi bu düzenlemeye yer veren maddenin ayrıntılı olarak düzenlenmesidir. Örneğin Bolivya ve Dominik Cumhuriyeti Anayasalarında konuyu düzenleyen madde, 6 fıkradan oluşmakta iken Paraguay Anayasası, "Eşitlik" başlığı altında Bölüm 3'te birçok fıkradan oluşan 3 ayrı maddeye yer vermiştir¹⁷. İkincisi ise anayasalarda eşitlik ve eşitlik ilkesini tamamlayan maddelere yer veren düzenlemenin dışında, anayasaların birçok bölümünde eşitlik ilkesi ve eşitlik ilkesini tamamlayan düzenlemelerin yer almasıdır. Anayasalarda "eşit" ve "ayrım" kelimesi üzerinden tarama yapıldığında bu iki kavrama çok fazla yer verildiği gözlemlenmiştir. Örnek olarak Ekvador Anayasası'nda 57 kez "eşit" kavramı 30 kez ise "ayrım" kavramı kullanılmıştır¹⁸.

¹⁶ 1980 yılların sonundan itibaren birçok ülke yeni anayasa yapmıştır. Şili 2018 AY. Dominik Cumhuriyeti 2015 AY. Bolivya 2009 AY. örnek olarak verilebilir. Bazı anayasalarda değişikliğe gidilmiştir. Arjantin 1853 AY. 1983'te yeniden yürürlüğe girdi (1994'te değişiklik); Panama 1972 AY. (2004'te değişiklik), Uruguay 1966 AY., 1985'te yeniden yürürlüğe girdi (2004'te değişiklik); Meksika 1917 AY. (2015'te değişiklik); Kosta Rika 1949 AY. (2011'de değişiklik) örnek olarak verilebilir. Hatta yeni yapılan anayasalarda da ilerleyen yıllarda değişiklik yapılmıştır. Örnek olarak Venezuela 1999 AY. (2009'da değişiklik); Peru 1993 AY. (2009'da değişiklik); Kolombiya 1991 AY. (2015'te değişiklik); Brezilya 1988 AY. (2017 yılında değişiklik); Nikaragua 1987 AY. (2014'te değişiklik); Honduras 1982 AY. (2013'te değişiklik); El Salvador 1983 AY. (2014'te değişiklik); Guatemala 1985 AY. (1993'te değişiklik); Paraguay 1992 AY. (2011'de değişiklik), Ekvator 2008 AY. (2015'te değişiklik) verilebilir. <https://www.constituteproject.org/constitution/>, E.T. 10.10.2023.

¹⁷ Bolivya AY. md. 14; Dominik Cumhuriyeti AY. md. 39; Paraguay AY. md. 46. "Kişilerin Eşitliği Hakkında"; md. 47. "Eşitlik Güvenceleri Hakkında"; md. 48. "Erkek ve Kadın Haklarının Eşitliği Hakkında"; Küba AY. md. 42'de Eşitlik ve ayrım yasağı 4 fıkra ile düzenlenmiştir.

¹⁸ Örnek olarak Brezilya AY'nda eşit kavramı 40, ayrım kavramı 5 kere ve Kolombiya AY'nda ise eşit kavramı 38 ayrım kavramı sadece 4 kere, Dominik Cumhuriyeti AY'nda eşit kavramı 36 ayrım kavramı 7 kere, Meksika AY'nda ise eşit kavramı 33 ayrım kavramı ise sadece 3 kere kullanılmıştır.

İncelemeye konu anayasaların hepsinde eşitlik ilkesine ve eşitlik ilkesini tamamlayan ilkelere yer verilmiştir¹⁹. Bu düzenlemelerde gözlemlenen ortak husus ise eşitlik ilkesinin dört ayrı yasak ile desteklenmesidir. Bunlar kölelik, ayırım, ayrıcalık ve ayrımcılık yasağıdır. Eşitlik ilkesi ile eşitlik ilkesinin tamamlayan ilkelerin hem eşitlik hem de birbirleriyle ilişkisi anayasalarda farklı kurgularla yer almıştır. Eşitlik ilkesini tamamlayan ayrıcalık, ayırım ve ayrımcılık yasaklarının bazen eşitlik ilkesinden ayrı bazen de eşitlik ilkesinin tanımında unsur olarak düzenlendiği görülmüştür²⁰.

Anayasalarda dikkati çeken bir diğer husus ise “*insan onuru*” kavramının önemli kavram olarak ortaya çıkmasıdır (Çelik, 2019: 285-286; Ögütçü, 2005:569). İnsan onuru terimi, tabii hukuk öğretisinden kaynağını almak ile, 1945 yılında oluşturulan uluslararası insan hakları hukukunda önemli bir kavram olarak ortaya çıkmış hem uluslararası insan hakları hukuku belgelerinde hem de bölgesel insan hakları hukuku belgelerinde yer almıştır (Gemalmaz, 2016: 690; Çakar, 2013: 7; Arslan, 2015: 159). Onur kavramı maddi eşitlik anlayışının da hukuki zemini olarak ortaya çıkmaktadır (Güneş, 2020: 39-40; Algan, 2033: 67-68). İHEB, AİHS ve AİHÖB’de insan onuru kavramına yer verilmiştir²¹. Fakat bunların içerisinde eşitlik ilkesi bağlamında “insan onuru” kavramına yer veren tek düzenleme İHEB’dir²². İncelemeye konu ülkelerin anayasalarında “insan onuru” kavramına sıkça başvurulduğu hatta bu konuda bağımsız düzenlemelere yer verildiği görülmüştür. Örneğin, Dominik Cumhuriyeti Anayasası’nda eşitlik düzenlemesini içeren 39. maddeden önce 38. maddede “*insan onuru*” başlığı altında bu konu bağımsız düzenlenmiş iken Kolombiya Anayasası madde 21’de bu konuya vakfedilmiştir. İlgili maddede “*Onur hakkı garanti altına alınmıştır. Kanun ile nasıl korunacağı belirlenir*” denilmektedir. Brezilya ve Peru Anayasalarında da insan onuru devletin temel ilkesi veya amacı olarak yer almıştır²³. Küba Anayasası, “Haklar, Görevler ve Garantiler” başlıklı V. kısımda

¹⁹ Bolivya AY. md.14; Şili AY. md.1 ve 19/2; Kolombiya AY. md.13/1; Ekvator AY. md.11/2; Peru AY.md.2/2; Uruguay AY. md. 8; Venezuela AY. md.21; Nikaragua AY. md.27; Kosta Rika AY. md.33; Dominik Cumhuriyeti AY. md.39; El Salvador AY. md.3; Honduras AY. md.60; Brezilya AY. md.5; Küba AY. md. 42; Paraguay AY. md. 46/1; Panama AY.md. 19 ve 20; Guatemala AY. md. 4; Arjantin AY. md. 16; Meksika AY. md. 1.

²⁰ Ayrı ayrı düzenlemeler Ekvator AY. md. 11/1, 2 ve Honduras AY. md. 60/1 ve 2; birlikte düzenlemeler Peru AY. md. 2/2, Arjantin AY. md. 16, Bolivya AY. md. 14/I, Brezilya AY. md.5, Küba AY. md. 42, Dominik Cumhuriyeti AY. md. 39 ve Kolombiya AY. md. 13 örnek verilebilir.

²¹ İHEB md. 1 “Eşitlik İlkesi”; md. 22; md.23 “Çalışma Hakkı”; AİHS md. 5 “İnsani Muamele Hakkı”; md. 6 “Kölelikten Özgürlük”; md. 11 “Gizlilik Hakkı”; AİHÖB Önsöz, md. 12 “Eğitim Hakkı” ve md. 23 “Mülkiyet Hakkı”.

²² İHEB md. 1 “Bütün insanlar hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit doğarlar.”

²³ Peru AY. md. 1; Brezilya AY. md. 1. Peru Anayasası madde 1’de “İnsan kişiliğinin savunulması ve onuruna saygı gösterilmesi toplumun ve devletin en yüce amacıdır.” denilmiştir.

ilk madde olan 40. maddede “İnsan onuru, Anayasa, antlaşmalar ve yasalarla güvence altına alınan hak ve ödevlerin tanınması ve kullanılmasının temelini oluşturan en yüce değerdir.” ifadesine yer verilmiştir. Bu gerçekliğe paralel olarak eşitlik ve eşitlik ilkesi-ni tamamlayan düzenlemelerde de onur kavramına sıkça yer verildiği görülmüştür²⁴. Bu konu çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkelerinin anayasalarda yer aldığı kısım incelendiğin-de şu tespitler yapılabilir. Bilindiği üzere anayasalarda “Giriş” bölümü o anayasanın ruhunu ve ülkenin ve devletin temel değerlerini yansıtmaya bağlamında önemlidir. “Giriş” bölümüne yer veren 17 ülkenin anayasasından yalnızca Brezilya, Şili, Ko-lombiya, Guatemala ve Nikaragua Anayasalarında adalet, özgürlük gibi genel ko-nuların yanında eşitlik ibaresine yer verilmiştir²⁵. İncelemeye konu anayasalardan sadece Şili Anayasası’nın ilk maddesinde eşitlik ilkesine yer verildiği görülmüştür. Şili Anayasası’nın 1. maddesinde “Tüm insanlar özgür doğar ve onur ve haklar bakı-mından eşittir” ifadesi yer almaktadır. Anayasalarda eşitlik ve ayrımcılığa dair düzen-lemeler “Haklar ve Garantiler”; “Haklar, Ödevler ve Garantiler”; “Haklar”; “Haklar ve Ödevler” olmak üzere dört farklı başlıklandırmada yer alan insan hakları düzen-lemelerinin içinde yer almıştır²⁶. Eşitlik ilkesi ve eşitlik ilkesini tamamlayan ilkeler ile ilgili düzenlemelerin anayasaların hangi bölümünde yer aldığı ise insan haklarına dair düzenlemelerin devlete dair genel esaslardan önce, sonra veya aynı bölümde yer almasına göre şekillendiği gözlemlenmiştir²⁷.

A. EŞİTLİK İLKESİNE İLİŞKİN VERİLER

Anayasalarda eşitlik ilkesi bağlamında düzenlemeler incelendiğinde, bazen dü-zenlemenin lafzı ve ruhunun aynı olduğu, benzerlikler gözlemlenmiştir. Bununla

²⁴ Bu yer verme durumu eşitlik ilkesi ile ayırım, ayrımcılık ve kölelik yasağı ilkelerinde görülmektedir. Örneğin Paraguay m AY. md.46; Meksika AY. md.1/5, md. 3/2; Küba AY. md. 42; Kosta Rika AY. md.33; Honduras AY. md. 60; Guatemala AY. md. 4; Nikaragua AY. md.6.

²⁵ Uruguay ve Meksika Anayasalarında “Giriş” bölümü yoktur.

²⁶ “Haklar ve Garantiler” başlığı altında Arjantin AY. md.16; Brezilya AY. m.5; Kosta Rika AY. md.33; El Salvador AY. md.3; Honduras AY. md.60 ve Meksika AY. md.1/5; “Haklar, Ödevler ve Garantiler” başlığı altında Bolivya AY. md.14; Şili AY. md.1, md.19/2; Kolombiya AY. md.13; Paraguay AY. md.46, md.47; Küba AY. md.41, md.42; Uruguay AY. md.8; Venezu-ela AY. md. 21; Nikaragua AY. md. 27 ve Dominik Cumhuriyeti AY. md. 39; “Haklar” başlığı altında Ekvator AY. md.11/2; Peru AY. md. 2 ve Guatemala AY. md.4; ‘Haklar ve Ödevler’ başlığı altında Panama AY. md.19, md. 20.

²⁷ Birinci tür düzenlemede “temel esaslar(devlet)” ve “insan hakları” ile ilgili düzenlemeler aynı üst başlık altında yapılmıştır. Bknz. Bolivya ve Brezilya Anayasaları. İkinci tür düzenlemede, insan hakları ile ilgili düzenlemeler temel esas-lardan sonraki bölümde düzenlenmiştir. Bknz. Kolombiya, Ekvator, Uruguay, Venezuela ve Nikaragua Anayasaları. Son tür düzenlemede ise temel esaslar ilgili düzenlemenin ilk bölümde temel esaslardan önce yer almaktadır. Bknz. Peru, El Salvador, Guatemala ve Meksika Anayasaları.

birlikte eşitliğin tanımlanmasından süjesine farklı konularda özgünlüklerin de olduğu gözlemlenmiştir. Eşitlik düzenlemelerinin şekli eşitlik ve maddi eşitlik çerçevesinde düzenlenmesi ile birbirinden ayrıldıkları gözlemlenmiştir. Diğer taraftan anayasalarda gözlemlenen ortak nokta ise eşitlik ilkesi bağlamında kölelik yasağının önemli bir tamamlayan olarak ortaya çıkmasıdır. Burada önce şekli ve maddi eşitlik anlayışı çerçevesinde düzenlemeler incelenecektir. Ardından anayasalarda kölelik yasağı ile ilgili düzenlemeler analiz edilmiş son olarak da eşitlik ilkesi içerisinde yer alan tanımlar ve belli konular bağlamında özel eşitlik düzenlemeleri incelenmiştir.

1. Şekli ve Maddi Eşitlik Anlayışı

Anayasalarda şekli ve maddi eşitlik anlayışı bağlamında üç tür düzenleme ile karşılaşmaktadır. Birinci tür düzenleme eşitlik ilkesinin sadece maddi eşitlik temelinde tanımlanmasıdır. Bu tür düzenlemeye sadece Guatemala ve Ekvador Anayasası'nda rastlanılmıştır²⁸. Guatemala Anayasası madde 4'te "*Guatemala'da "tüm insanlar özgürdür ve onur ve haklar bakımından eşittir"* ibaresi yer alırken Ekvador Anayasası m.11/2' de ise "*herkes eşittir ve aynı hak, görev ve fırsatlardan yararlanır*" ifadesi yer almıştır. İkinci tür düzenleme eşitlik ilkesinin sadece şekli eşitlik anlayışı temelinde yani hukuk önünde eşitlik olarak tanımlanmasıdır. 12 ülkenin anayasasında bu tür bir düzenlemeye yer verilmiştir²⁹. Üçüncü tür düzenleme ise eşitlik ilkesini hem maddi eşitlik hem de şekli eşitlik çerçevesinde düzenlenmesidir. Yani eşitlik ilkesinin onur ve hukuk önünde eşitlik ilkesi ile tanımlanmasıdır. Bu anayasalar Honduras, Meksika, Uruguay, Şili, Paraguay Anayasaları olmak üzere toplam 5 anayasadır³⁰. Eşitlik ilkesinin onur kavramı üzerinden tanımlamada temel vurgu insanların onur ve haklar bakımından eşit olmasıdır³¹. Ayrıca Dominik Cumhuriyeti Anayasası'nda eşitlik ve ayrımcılık yasağını düzenleyen 39. maddenin başlığı "Eşitlik hakkı" olarak düzenlenmiştir³².

²⁸ Guatemala AY. md. 4; Ekvator AY. md. 11/2.

²⁹ Küba AY. md. 42; Dominik Cumhuriyeti AY. md. 39; Nikaragua AY. md. 27/1; Arjantin AY. md.16; Boliviya AY. md. 14/1; Brezilya AY. md. 5/1; Kolombiya AY. md.13/1; Venezuela AY. md.21/1; Peru AY. md.2/2; El Salvador AY. md. 3/1; Panama AY. md. 20; Kosta Rika AY. md. 33.

³⁰ Şili AY md. 1 ve 19/2; Honduras AY. md. 60; Paraguay AY. md. 46 ve 47; Uruguay AY. md. 7 ve 8; Meksika AY. md. 1.

³¹ Şili AY. md.1; Honduras AY. md. 60; Paraguay AY. md. 46.

³² Ekvator AY. md. 66; Dominik Cumhuriyeti AY. md. 39; Brezilya AY. md. 5.

2. Kölelik Hususuna Dair Düzenlemeler

Latin Amerika ülkelerinin ortak tarihi bölümünde belirtildiği üzere kölelik Avrupalılar tarafından sömürülen bu toprakların tarihsel olarak kesişim noktalarından biridir. Bu dönemde sadece kıtadaki halkların köleleştirilmesi değil aynı zamanda Afrika kıtasından kölelerin getirilmesi söz konusu olmuştur (Gemalmaz, 2016: 581). 19 yüzyılda kölelerin özgürleştirilmesi tartışılmaya başlanmış ve bu bağlamda Fransız Devrimi önemli rol oynamıştır. Bu sürecin devamında Latin Amerika’da ilk kez Şili’de “*özgür doğma*” hakkı gündeme gelmiş ve 1823 yılında çıkarılan yasa ile herkesin özgür doğma hakları güvence altına alınmıştır. Bu süreç daha sonra diğer Latin Amerika ülkelerine de yansımıştır (Gemalmaz, 2016: 372; Mumcu ve Küzeci, 2007: 125-126)³³.

Anayasalarda, kölelik yasağı bazen eşitlik düzenlemesi içerisinde, bazen bağımsız, bazen de hem bağımsız hem de eşitlik ilkesi içinde düzenlenmiştir. Örneğin Kolombiya Anayasası’nda eşitlik ilkesini düzenleyen madde 13’te “*Bütün bireyler konun önünde özgür ve eşit doğarlar*” ifadesine yer verilmiş iken madde 17’de “*Kölelik, kulluk ve köle ticaretinin her türüsü yasaktır*” düzenlemesine yer verilmiştir. Aynı şekilde Bolivya Anayasası’nda eşitlik ilkesini düzenleyen 14. maddede “*Her insan, ayırım yapılmaksızın, hukuksal statüye ve ehliyete sahiptir ve bu Anayasa’da tanınan haklardan yararlanır*” denilmiş iken madde 15/5’te “*Hiç kimse kulluk ve köleliğe tabi tutulamaz*” denilmiştir. Arjantin Anayasası’nda eşitlik düzenlemesinden önce bu konu madde 15’te ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Düzenleme şöyledir:

“Arjantin Ulusunda köle yoktur; ... Kişilerin alım satımına ilişkin her türlü sözleşme, bunu gerçekleştirenlerin ve bunu onaylayan noter veya yetkilinin sorumlu olacağı bir suçtur. Ve köleler, ne şekilde getirilirse getirilsin, Cumhuriyet topraklarına yalnızca ayak basmaları ile özgür olacaklardır.”

Yine kölelik yasağının ifade edilişinde yukarıdaki örneklerde de görüldüğü üzere üç farklı düzenleme ile karşılaşılmaktadır. Birincisi doğrudan köleliğin yasaklanmasıdır. İkincisi Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi (md.1), İnsan Hakları Evrensel Sözleşmesi (md.1), Amerika İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi Önsöz’ünde yer alan insanların eşit ve özgür olduklarına dair düzenlemesidir. Bir diğer görüşümü ise kölelik yasağına karşılık gelen bir tanımlamaya yer verilmesidir. Örneğin Brezilya Anayasası madde 5/II’de “*Hiç kimse, kanunun zorlaması olmaksızın bir şeyi*

³³ Bu ülkelere örnek olarak 1854 yılında Venezuela ve 1888 yılında Brezilya örnek olarak gösterilebilir.

yapmaya veya yapmaktan kaçınmaya tabi tutulamaz" denilmiştir³⁴. Araştırma kapsamı içerisindeki anayasalardan sadece Küba, Ekvator, Panama ve Uruguay Anayasalarında kölelik ile ilgili hiçbir düzenleme söz konusu değildir. 8 ülkenin anayasasında³⁵ eşitlik ilkesinin yer aldığı düzenleme içerisinde kölelik yasağı doğrudan ya da dolaylı olarak ve 7 ülkenin anayasasında³⁶ ise bağımsız olarak düzenlenmiştir.

3. Eşitlik İlkesinin Tanımlanması ve Belli Konular Bağlamında Belirtilmesi

Anayasalarda genel eşitlik ilkesi düzenlemesine yer verilen maddelerde gözlemlenen bir başka husus eşitlik ilkesinin tanımlanması ya da belli konular bağlamında eşitlik ilkesine vurgu yapılmasıdır. Eşitlik ilkesi tanımlanmasına dair düzenlemeler incelendiğinde şu hususlar tespit edilmiştir. Kolombiya, Dominik Cumhuriyeti, Küba ve Ekvador Anayasalarında eşitlik ilkesi gerek hukuk önünde eşitlik gerekse genel eşitlik bağlamında düzenlenmiş olsun "*aynı haklardan, özgürlüklerden ve fırsatlardan yararlanma*" olarak tanımlanmıştır³⁷. Nikaragua Anayasası'nda madde 27/1'de hukuk önünde eşitlik ilkesi eşit korunma hakkı ile desteklenmiştir.

Eşitlik ilkesinde belli konulara vurgu yapılmasına dair ise şu gerçeklikler tespit edilmiştir. Arjantin Anayasası'nda madde 16'da hukuk önünde eşitlik ilkesi belirtildikten hemen sonra "*Eşitlik, vergilendirmenin ve kamu harcamalarının temelidir*" ifadesine yer verilmiştir. Küba Anayasası md. 42 "*hiçbir ayırım gözetmeksizin eşit işe eşit ücret alır*" düzenlemesi yer alırken Paraguay Anayasası "Eşitlik Teminatları" başlıklı madde 47'de 4 fıkra halinde adalete erişimde eşitlik, kanun önünde eşitlik, seçimle belirlenenlerin dışındaki kamu görevine erişimde eşitlik, doğanın, maddi varlıkların ve kültürün faydalarından yararlanmada eşit imkanlar belirtilmiştir.

B. AYRIM, AYRICALIK VE AYRIMCILIK YASAĞI İLKELERİNE DAİR DÜZENLEMELERİN İNCELENMESİ

Çalışmanın I/A bölümünde ayrıntılı belirtildiği üzere insan hakları hukukunda eşitlik ilkesi bağlamında verilen mücadeleler 20. yüzyılın ikinci yarısına kadar esasen kölelik ve ayrıcalık yasağı üzerinden şekillenmiştir. II. Dünya Savaşı'nda yaşanan

³⁴ Benzer düzenlemeyi Bolivya AY. md. 14/4'te de görmek mümkündür.

³⁵ Brezilya AY. md. 5/III; Kolombiya AY. md. 13/1, Bolivya AY. md. 15/V; Şili AY. md. 19/2; Kolombiya Dominik Cumhuriyeti AY. md. 39; Guatemala AY. md. 4; Honduras AY. md.60; Meksika AY. md. 1/4.

³⁶ Arjantin AY. md. 15; Kosta Rika AY. md. 20; El Salvador AY. md.4, Nikaragua AY. md. 40; Paraguay AY. md. 10; Peru AY. md. 24/b; Venezuela AY. md. 54.

³⁷ Kolombiya AY. md. 13/1; Küba AY. md. 42'; Ekvator AY. md.11/2; Dominik Cumhuriyeti AY. md. 39.

olumsuzluklar eşitlik ilkesinin ayrımcılık yasağı ilkesi ile tamamlanmasını beraberinde getirmiştir. Günümüzde uluslararası insan hakları hukukunda eşitlik ilkesinin temel tamamlayıcı olarak ayrımcılık yasağı ilkesi kabul edilmiştir. Buna karşın EİHB ve AİHÖB ile AİHS’de hem ayırım hem de ayrımcılık yasağına yer verilmiştir. Ayırım yasağı en genel anlamda eşitlik ilkesini tamamlayan olarak hem ayrıcalık yasağı hem de ayrımcılık yasağına karşılık olarak kullanılmış iken ayrımcılık yasağı hukuk önünde eşitlik ilkesini tamamlayan olarak kullanılmıştır. AİHÖB’de de hukuk önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 2. madde de ayrımcılık kavramı yerine ayırım kavramı kullanılmıştır³⁸. Son olarak AİHS’de ise dört farklı yerde eşitlik ilkesinin tamamlayıcı olarak ayrımcılık yasağına gönderme yapılmıştır³⁹. “Eşit Koruma Hakkı” başlıklı 24. madde de “*Bütün kişiler kanun önünde eşittir. Sonuç olarak, hiçbir ayrımcılığa uğramadan, kanunların eşit korumasından yararlanma hakkına sahiptirler*” ifadesine yer verilmiştir. Kanımızca düzenlemelerde “ayırım” ve “ayrımcılık” ifadeleri rastlantısal olarak kullanılmamış ayırım kavramı kullanıldığında ayrımcılık yasağına da gönderme yapılmıştır.

1. Ayrıcalık/Ayırım ve Ayrıcalık Yasağı

Araştırmaya konu Latin Amerika ülkelerinin anayasalarında eşitlik ilkesinin yanında ayırım, ayrımcılık ve ayrıcalık yasağı olarak üç farklı yasağına yer verildiği görülmüştür. Bu düzenlemelere anayasalarda yer verme durumu incelendiğinde bu yasaklardan sadece bir tanesine yer veren anayasalar olduğu gibi ikisine⁴⁰ hatta üçüne⁴¹ aynı anda yer veren anayasaların da olduğu gözlemlenmiştir.

a. Ayırım Yasağı

Ayırım yasağına yer veren anayasalar, Brezilya, Bolivya, El Salvador, Şili, Dominik Cumhuriyeti, Uruguay, Guatemala ve Arjantin Anayasaları olmak üzere toplam 7 anayasadır. Bu düzenleme bazen eşitlik ilkesi ile doğrudan ilişkilendirilerek bazen bu ilkeyi tamamlayan olarak bazen de tamamen bağımsız olarak düzenlenmiştir⁴².

³⁸ Herkes kanun önünde eşittir ve ırk, cinsiyet, dil, mezhep veya başka herhangi bir faktöre bakılmaksızın bu Bildirge’de yer alan haklara sahiptirler.

³⁹ AİHS md. 1, 17, 24 ve 27.

⁴⁰ Bknz. Şili AY. md. 19/2; Bolivya AY. md. 14/I, II ve III; Arjantin AY. md. 16.

⁴¹ Bknz. Dominik Cumhuriyeti AY. md. 39.

⁴² Guatemala AY. md. 4; Uruguay AY. md. 8; Dominik Cumhuriyeti AY. md. 39 ve 39/3; Arjantin AY. md. 16; Bolivya AY. md. 14; Şili AY. md. 19/2; Brezilya AY. md. 5; El Salvador AY. md. 3.

Bazı anayasalarda ayırım yasağının Fransız İnsan Hakları ve Yurttaş Hakları Bildirisi madde 61’de yer alan “...yurttaşlar arasında erdem ve yeteneklerinden başka bir ayırım gözetilmez” ifadesinden etkilenerek düzenlendiği görülmüştür. Bunun en somut görüldüğü anayasa Uruguay Anayasası’dır. Uruguay Anayasası madde 8’de “Tüm insanlar kanun önünde eşittir, bunlar arasında yetenek ve erdemden başka hiçbir ayırım yapılamaz” ifadesi yer almaktadır. Dominik Cumhuriyeti Anayasası’nda ise bu ifade “Eşitlik Hakkı” başlığı altında 39. maddenin 1. fıkrasında “Cumhuriyet, aralarında yeteneklerinden veya erdemlerinden kaynaklanan farklılıkların ötesinde farklılıkların olmaması gereken Dominiklilerin...” ifadesine yer vermiştir. Arjantin Anayasası, hukuk önünde eşitlik ilkesinin düzenlendiği madde 16’da “Bütün sakinleri ... uygunluk dışında herhangi bir şart olmaksızın [kamu] istihdamına kabul edilirler” düzenlemesine yer vermiştir. Brezilya Anayasası ve Bolivya Anayasası’nda hukuk önünde eşitlik ilkesi ayırım yasağı üzerinden tanımlanmıştır. Örneğin Brezilya Anayasası’nda “Herkes hiçbir ayırım yapılmaksızın kanun önünde eşittir” ifadesine yer verilmiştir⁴³. Şili Anayasası ise ayırım yasağını eşitlik ilkesinden bağımsız ele almış madde 19/2’de “Ne kanun ne de herhangi bir otorite keyfi farklılık tesis edemez” denilmiştir.

b. Ayrıcalık Yasağı İlkesi

Yukarıda da belirtildiği üzere Latin Amerika ülkelerinin sömürge geçmişleri, ardından Avrupalı sömürgecilerin iktidarı ele geçirip devlet kurmaları, bu devlet kurmada da devlet elitlerinin yönetimi elinde tutması durumu bu ülkelerde belli zümrelere ayrıcalık tanınmasını beraberinde getirmiştir (Gemalmaz, 2016: 372). Tarihsel geçmişteki bu olgu eşitlik ilkesini tamamlayan ilkeler içinde ayrıcalık yasağını öne çıkarmıştır. Ayrıcalık yasağı düzenlemesine; Dominik Cumhuriyeti, Arjantin, Panama, Venezuela, Şili, El Salvador, Uruguay ve Honduras Anayasaları olmak üzere toplam 8 anayasa yer vermiştir⁴⁴.

Bu anayasalar incelendiğinde gözlemlenen hususlar şunlardır. Öncelikle ayrıcalık düzenlemesine anayasaların özel bir önem verdikleri görülmüştür. Örneğin Arjantin Anayasası’nda ayrıcalık ilkesi hukuk önünde eşitlik ilkesini tamamlayan tek ilke olarak yer almaktadır ve hukuk önünde eşitlik ilkesinden önce yer verilmiştir. Uruguay Anayasası’nda ise hukuk önünde eşitlik ve ayırım ilkesini düzenleyen maddeden

⁴³ Brezilya AY. md. 5/1; Bolivya AY. md. 14.

⁴⁴ El Salvador AY. md. 3/2; Honduras AY. md. 60/1; Arjantin AY. md. 16; Şili AY.19/2, Panama AY. md. 19; Uruguay AY. md. 9; Dominik Cumhuriyet AY. md. 39/1 ve 2; Venezuela 21/3 ve 4.

hemen sonra 9. madde de ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmüştür. Yine Dominik Cumhuriyeti Anayasası'nda "Eşitlik Hakkı" başlığı altında yer alan 39. maddede ve eşitlik ilkesi ve eşitlik ilkesini tamamlayan ilkeleri düzenleyen Venezuela Anayasası'nda 21. maddede iki ayrı fıkrada ayrıcalık yasağı düzenlenmiştir⁴⁵. Şili, Panama ve Honduras Anayasalarında ise ayrımcılık yasağından önce ayrıcalık yasağının düzenlendiği görülmüştür⁴⁶. Ayrıca Panama Anayasası ayrıcalık ve ayrımcılık yasağı düzenlemesini birleştiren tek anayasadır. Madde 19'da düzenleme şöyledir: "*İrk, doğum, sosyal sınıf, engellilik, cinsiyet, din veya siyasi ideoloji nedeniyle hiçbir kamusal veya özel ayrıcalık veya ayrımcılık yapılamaz*".

Ayrıcalık yasağı ile ilgili anayasalarda yer alan düzenlemelerin içeriği incelendiğinde gerek yasak ayrıntılandırılmış ya da daha öz yer verilmiş olsun ayrıcalığın tanımlandığı ya da farklı unsurları ile nitelendirildiği görülmüştür. Örneğin Dominik Cumhuriyeti Anayasası'nda "*Dominiklilerin eşitliğini bozma eğiliminde olan her türlü ayrıcalık*" ifadesi kullanılmış iken Panama Anayasası'nda "*kamusal ya da özel ayrıcalık*" olarak ayrıcalığın nitelendirildiği görülmüştür. Ayrıcalığın sebepleri olarak anayasalarda miras (El Salvador AY.), doğum (Arjantin ve Panama Anayasaları) ve kan bağına (Arjantin AY.) yer verilmiştir. Ayrıcalığın kimler için söz konusu olacağı hususunda ise sınıf (Honduras AY.), kişiler (Şili, Arjantin AY.) ve gruplar (Şili) belirtilmiştir. Ayrıcalığın görünümleri bağlamında ise asalet unvanı (Uruguay, Dominik Cumhuriyeti, Arjantin ve Venezuela Anayasaları), kalıtsal onur (Uruguay AY), kalıtsal ayırım (Venezuela ve Dominik Cumhuriyeti AY.) ve makam (El Salvador AY.) belirtilmiştir⁴⁷.

Son olarak Uruguay ve Venezuela Anayasası'nda iki farklı düzenleme ile karşılaşılmıştır. Uruguay AY. md. 9'da "*Primogenital gerekliliklerin oluşturulması yasaktır. Cumhuriyetin hiçbir makamı herhangi bir asalet unvanı veya kalıtsal onur veya ayrıcalık veremez*" ifadesine yer verilirken Venezuela Anayasası md. 21/3 "*Diplomatik formlar dışında kişilere yalnızca resmi olarak vatandaş olarak hitap edilecektir*" denilmiştir.

c. Ayrımcılık Yasağı

19 ülkenin anayasası incelendiğinde sadece Arjantin, Uruguay, Şili, Brezilya ve Guatemala Anayasaları olmak üzere toplam 5 anayasada ayrımcılık yasağı ilkesine

⁴⁵ Dominik Cumhuriyet AY. md. 39/1 ve 2; Venezuela 21/3 ve 4.

⁴⁶ Honduras AY. md. 60/1; Şili AY.19/2; Panama AY. md. 19.

⁴⁷ Uruguay AY. md. 9; El Salvador AY. md. 3/2'de; Honduras AY. md. 60/1; Arjantin AY. md. 16; Panama AY. md. 19; Venezuela AY. md. 21/4; Dominik Cumhuriyeti AY. 39/1 ve 2; Şili AY. 19/2.

yer verilmediği görülmüştür⁴⁸. Eşitlik ilkesi yanında sadece ayrımcılık yasağına ise Kosta Rika, Küba, Nikaragua, Paraguay ve Peru olmak üzere sadece 5 ülkenin anayasasında yer verilmiştir⁴⁹. Ayrımcılık yasağına yer veren anayasalarda eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağının ilişkilendirilmesi bağlamında inceleme yapıldığında sadece üç anayasada ayrımcılık yasağının eşitlik ilkesinin unsuru olarak tanımlandığı görülmüştür.⁵⁰ Daha çok gözlemlenen ise ayrımcılık yasağının hukuk önünde eşitlik ya da geniş eşitlik düzenlemesi ile aynı maddede düzenlenmesi ama ilkelerin birbirinden bağımsız olmasıdır⁵¹.

Anayasalarda ayrımcılık yasağına yer verilme şekli de farklılık göstermektedir ve esasen üç farklı düzenleme ile karşılaşılmaktadır. Birinci tür düzenleme ayrımcılık yasağına ayrımcılık sebepleri belirtilmeden yer verilmesidir. Bu anayasalar; Kosta Rika ve Paraguay Anayasalarıdır⁵². Paraguay Anayasası'nda ayrımcılık bağlamında sadece "*Ayrımcılık kabul edilmez*" denilmiş iken Kosta Rika Anayasası madde 33'te ise "*Herkes kanun önünde eşittir ve insan onuruna aykırı hiçbir ayrımcılık yapılamaz*" ifadesine yer verilmiştir. İkinci tür düzenleme, ayrımcılık sebeplerine sınırlı sayıda yer veren ayrımcılık yasağı düzenlemeleridir. Bu anayasalar, Dominik Cumhuriyeti, Kolombiya, Nikaragua, El Salvador ve Panama olmak üzere toplam 5 tanedir⁵³. Son düzenleme türü ise ayrımcılık yasağını unsurlarına örnekleme olarak belirterek yer veren anayasalardır. Bunlar Bolivya, Ekvador, Küba, Peru, Meksika, Venezuela ve Honduras Anayasaları olmak üzere toplam 7 tanedir⁵⁴.

2. Ayrım ve Ayrımcılık Sebeplerinin İncelenmesi

EİHB, AİHÖB ve AİHS'te ayırım ve ayrımcılık örnekleme usulüyle belirtilmiş dolayısıyla bunlara ek olarak diğer sayılmayan nedenlerin de yasağın kapsamında

⁴⁸ Arjantin AY. md. 16; Guatemala AY. md. 4. Şili AY. md. 19/2; Brezilya AY. md. 5. [Brezilya devletin hedefler bağlamında madde 3/4 'te belirtilmiştir]. Uruguay AY. md. 8.

⁴⁹ Kosta Rika AY. md. 33; Küba AY. md. 42; Nikaragua AY. md. 27/1; Paraguay AY. md. 46; Peru AY. md. 2/2.

⁵⁰ [Dominik Cumhuriyeti AY. md. 39; Kolombiya AY. md. 13/1; Küba AY. md. 42.

⁵¹ Kosta Rika AY. md. 33, Nikaragua AY. md. 27/1; El Salvador AY. md.3/1; Bolivya AY. md. 14/II, Peru AY. md. 2/2; Meksika AY. md. 1/5; Venezuela AY. md. 21/2; Honduras AY. md. 60. Bazı anayasalarda geniş eşitlik maddesinin düzenlendiği maddenin içinde bağımsız olarak yer almaktadır. [Paraguay md. 46 Ekvator md. 11/2.

⁵² Kosta Rika AY. md. 33; Paraguay AY. md. 46;

⁵³ Dominik Cumhuriyeti AY. md. 39; Kolombiya AY. md. 13/1; Nikaragua AY. md. 27/1; El Salvador AY. md. 3/1; Panama AY. md. 19.

⁵⁴ Bolivya AY. md. 14/2; Ekvator AY. md. 11; Küba AY. md. 42; Peru AY. md. 2/2; Meksika AY. md. 1/5; Venezuela AY. md. 21; Honduras AY. md. 60.

olduğu belirtilmiştir⁵⁵. EİHB ve AİHS’de 10 tane ayırım sebebine yer verilmiştir. Tek fark ise İHEB’de “*mülkiyet*” ifadesi kullanılmış iken AİHS’de bunun yerine “*ekonomik durum*” ifadesi kullanılmasıdır. Ortak nedenler “*ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer herhangi bir akide, ulusal veya sosyal köken, doğum*”dur. AİHÖB’de ise ayrımcılık sebepleri olarak sadece “*ırk, cinsiyet, dil, inanç*” belirtilmiştir.

Araştırmanın kapsamında yer alan Latin Amerika ülkeleri anayasalarında ayırım, ayrıcalık ve ayrımcılık nedenleri incelendiğinde şu tespitlerin yapılması mümkündür. Öncelikle örnekleme veya sınırlı sayıda ayırım ya da ayrımcılık sebeplerine yer veren anayasaların bazılarında bu sebeplerin ayrıntılı bazılarında ise birkaç sebep ile sınırlandığı görülmüştür. Örnek olarak ayrımcılık sebeplerini örnekleme olarak belirten Bolivya Anayasası’nda 20⁵⁶ ve Ekvador Anayasası’nda 19 unsur belirtilirken Honduras Anayasası’nda sınırlı sayıda sadece 3 sebebe yer verilmiştir⁵⁷.

Anayasalarda elde edilen önemli bir başka veri uluslararası ve bölgesel insan hakları hukuku metinlerinde yer alan ayırım veya ayrımcılık sebeplerine bu anayasalarda çok fazla yer verilmemiş olmasıdır⁵⁸. Uluslararası ve Bölgesel İnsan Hakları Hukuku metinlerinde yer alan ayrımcılık sebeplerine anayasasında en çok yer veren ülke Kolombiya’dır. Kolombiya’da ayrımcılık nedeni olarak toplam 8 neden belirtilmiştir ve bu nedenlerden 6 tanesi ulusal ve bölgesel metinlerde yer alan nedenlerdir. Buna karşın ayrımcılık yaşığında en fazla ayrımcılık sebeplerine yer veren Bolivya Anayasası’nda toplam 20 sebepten sadece 4 tanesi (cinsiyet, ırk, renk, dil) ve Ekvator Anayasası’nda ise 19 sebepten sadece üç tanesi (cinsiyet, dil, din) uluslararası ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinde yer almaktadır.

⁵⁵ Bu durum EİHB’de “veya diğer durumlar” olarak belirtilmiş iken AİHÖB’de “ya da herhangi bir başka etken farklılığı olmaksızın” ifadesine yer verilmiştir. AİHS’te “veya başka herhangi bir sosyal durum” ifadesi kullanılmıştır.

⁵⁶ Bolivya Anayasası madde 14/II’de ayrımcılık sebepleri olarak “*cinsiyet, renk, yaş, köken, kültür, milliyet, vatandaşlık, dil, dini inanç, ideoloji, siyasi eğilim veya felsefe, medeni durum, ekonomik veya sosyal durum, meslek türü, eğitim düzeyi, engellilik, hamilelik*” belirtilmiştir.

⁵⁷ Ülkelerin anayasalarında kullanılan sebepler: Brezilya 5 sebep (Brezilya AY. md. 3); Kolombiya 8 sebep (Kolombiya AY. md.13); Ekvator 19 sebep (Ekvator AY. md. 11/2); El Salvador 4 sebep (El Salvador AY. md. 3/1); Küba 9 sebep (Küba AY. md. 42); Peru 7 sebep (Peru AY. md. 2/2); Venezuela 4 sebep (Venezuela AY. md. 21); Meksika 11 sebep (Meksika AY. md. 1/5); Honduras 3 sebep (Honduras AY. md. 60); Panama 7 sebep (Panama AY. md. 19); Nikaragua 11 sebep (Nikaragua AY. md. 27); Dominik Cumhuriyeti 12 sebep (Dominik Cumhuriyeti AY. md. 39/1) ve Bolivya 20 sebep (Boliviya AY. md. 14/2).

⁵⁸ Bolivya 4 (Cinsiyet, Irk, Renk, Dil) ; Brezilya (Cinsiyet, Irk, Renk) ; Kolombiya 6 (Cinsiyet, Irk, Dil, Din, Politik Düşünce, Ulusal Köken) ; Ekvator 3 (Cinsiyet, Dil, Din) ; El Salvador 3 (Irk, Cinsiyet ve Din) ; Küba 3 (Cinsiyet, Renk, Ulusal Köken) ; Peru 3 (Cinsiyet, Irk, Din) ; Venezuela 3 (Cinsiyet, Irk, Din) ; Meksika 2 (Ulusal Köken ve Yaş) ; Honduras 2 (Cinsiyet, Irk) ; Panama 5 (Cinsiyet, Irk, Doğum, Siyasi Düşünce, Din) ; Nikaragua 5 (Cinsiyet, Irk, Dil, Din, Doğum) ; Dominik Cumhuriyeti 3 (Renk, Dil, Siyasi Düşünce).

EİHB ve Bölgesel insan hakları belgelerinde yer alan ayrımcılık sebeplerinden ülke anayasalarında en çok yer verilen sebep “*cinsiyet*”tir ve 11 ülkenin anayasasında yer almıştır⁵⁹. Daha sonra en çok yer verilen ayrımcılık sebepleri sırasıyla “*ırk*” (8 ülkenin anayasasında)⁶⁰ “*dil ve din*” (7 ülkenin anayasasında)⁶¹ ve “*renk*” (6 ülkenin anayasasında)’tir. “Ulusal köken” unsuruna ise sadece Kolombiya Anayasası’nda yer verilmiştir. Hiç yer almayan ayrımcılık sebebi ise “sosyal köken”dir. Diğer taraftan evrensel ve bölgesel insan hakları belgelerinde yer verilen sebeplerin dışında 43 tane farklı nedene yer verildiği gözlemlenmiştir⁶². Bu sebeplerden bazıları evrensel ve bölgesel insan hakları belgelerinde yer alan nedenlerden veya ülke anayasalarında yer alan nedenlerden küçük farklar ile ayrılmıştır. Örneğin “İnanç”, “Dini İnanç” ve “Mezhep” nedenlerini din nedeni ile ilişkilendirmek mümkündür. Yine siyasi veya başka bir kanaat sebebi ile “*Felsefi Düşünce*”, “*Felsefe*”, “*Siyasi Bağlantı*”, “*Siyasi ya da Felsefi Bağlantı*”, “*Siyasi İnanç*”, “*Düşünce*” nedenlerini birbirine yakın nedenler olarak değerlendirmek mümkündür.

Buna karşın hem coğrafyanın tarihsel geçmişi, çok kültürlü yapısı hem yatay ayrımcılık yasağı hem de maddi eşitlik anlayışı çerçevesinde ayırım ve ayrımcılık sebeplerinin farklılaştığı gözlemlenmiştir. Anayasalarda gözlemlenen farklı nedenler “*vatandaşlık*”, “*göçmen statüsü*”, “*memleket kökeni*”, “*kültürel kimlik*”, “*kültür*”, “*etnik köken*”, “*memleket kökeni*”, “*etnik aidiyet*”, “*köken*”, “*milliyet*”, “*ailevi köken*”, “*doğum yeri*”, “*sağlık durumu*”, “*HIV taşıyıcısı*”, “*fiziksel farklılık*”, “*kişisel durum*”, “*hamilelik*”, “*engellilik*”, “*medeni durum*”, “*aile bağları*”, “*ekonomik ya da sosyal durum*”, “*ekonomik konum*”, “*eğitim düzeyi*”, “*meslek türü*”, “*sosyal sınıf*”, “*sosyal konum*”, “*sosyal statü*”,

⁵⁹ Boliviya, Brezilya, Şili, Ekvator, El Salvador, Peru, Venezuela, Panama, Honduras, Nikaragua, Küba.

⁶⁰ Boliviya, Brezilya, Şili, Panama, Peru, Nikaragua, Venezuela, Honduras.

⁶¹ Boliviya, Şili, Kolombiya, Ekvator, Peru, Nikaragua, Dominik Cumhuriyeti.

⁶² Bu sebepler ‘Yaş’, ‘İnanç’, ‘Dini İnanç’, ‘Mezhep’, ‘Vicdan’, ‘Sınıf’, ‘Vatandaşlık’, ‘Medeni Durum’, ‘Kültürel Kimlik’, ‘Kültür’, ‘Ekonomik ya da Sosyal Durum’, ‘Ekonomik Konum’, ‘Etnik Köken’, ‘Etnik Aidiyet’, ‘Aile Bağları’, ‘Sağlık Durumu’, ‘HIV Taşıyıcısı’, ‘İdeoloji’, ‘Yasal Kayıt’, ‘Eğitim Düzeyi’, ‘Göçmen Statüsü’, ‘Felsefe’, ‘Milliyet’, ‘Kişisel Durum’, ‘Felsefi Düşünce’, ‘Fiziksel Farklılık’, ‘Doğum Yeri’, ‘Siyasi Bağlantı’, ‘Siyasi ya da Felsefi Bağlantı’, ‘Siyasi İnanç’, ‘Düşünce’, ‘Köken’, ‘Ailevi Köken’, ‘Hamilelik’, ‘Sosyal Sınıf’, ‘Sosyal Konum’, ‘Sosyal Statü’, ‘Engellilik’, ‘Memleket Kökeni’, ‘Meslek Türü’. Ülkelerin anayasalarında sebepler şöyledir: Brezilya 2 sebep (Yaş ve Köken); Kolombiya 2 sebep (Aile Kökeni, Felsefe); Ekvator 16 sebep (Yaş, Medeni Durum, Kültürel Kimlik, Engellilik, Ekonomik ya da Sosyal Durum, Etnik aidiyet, Sağlık Durumu, HIV Taşıyıcısı, İdeoloji, Yasal Kayıt, Göçmen Statüsü, Fiziksel Farklılık, Doğum Yeri, Siyasi Bağlantı); El Salvador 1 Sebep (Milliyet); Küba 6 sebep (Dini İnanç, Engellilik, Cinsiyet, Memleket Kökeni); Peru 3 sebep (Ekonomik Durum, Düşünce, Köken); Venezuela 2 sebep (İnanç, Sosyal Durum); Meksika 9 sebep (Yaş, Medeni Durum, Engellilik, Etnik Köken, Cinsiyet, Sağlık Durumu, Düşünce, Sosyal Konum); Honduras 1 sebep (Sınıf); Panama 2 sebep (Engellilik, Sosyal Sınıf); Dominik Cumhuriyeti 8 sebep (Yaş, Engellilik, Aile Bağları, Cinsiyet, Milliyet, Kişisel Durum, Felsefi Düşünce, Sosyal Durum); Boliviya 16 sebep (yaş, dini inanç, vatandaşlık, medeni durum, engellilik, kültür, ekonomik ya da sosyal durum, ideoloji, eğitim durumu, milliyet, siyasi ya da felsefi bağlantı, köken, gebelik, meslek türü).

yaş”, ve *“yasal kayıt”*tır. Bu sebeplerin anayasaya eklenme dönemleri ve eklenmesinin sosyo-ekonomik ve kültürel nedenleri ayrı bir çalışmanın konusudur.

3. Ayrım ve Ayrımcılığın Nitelendirilmesi

İncelemeye konu anayasalarda, ayrım veya ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemelerde ayrım ya da ayrımcılığın nitelendirildiği ya da tanımlandığı gözlemlenmiştir⁶³. Bu bağlamda gönderme yapılan kavramlardan birisi *“insan onuru”* kavramıdır. Meksika, Guatemala, Küba, Kosta Rika, Honduras Anayasaları olmak üzere toplam 5 anayasada *“insan onuruna zarar verecek...”* ifadesi çerçevesinde ayrım ya da ayrımcılığın sayılmayan diğer unsurlarının tanımlandığı görülmüştür⁶⁴. Örneğin Küba Anayasası madde 42’de ayrımcılık sebepleri sayıldıktan sonra *“...veya insan onuruna zarar verecek bir ayrım ima eden herhangi bir kişisel durum veya ortam”* denilmiştir. Honduras Anayasası madde 60’ta ise ayrımcılığın cezalandırılması ile ilgili düzenlemede *“veya insan onuruna zarar verecek herhangi bir neden”* ifadesi kullanılmıştır⁶⁵.

Ayrımcılığı, insan onuru dışında veya insan onuru kavramının yanında başka etkileri ile tanımlayan anayasalar Meksika, Bolivya, Venezuela, El Salvador ve Ekvador Anayasalarıdır⁶⁶. Bu dört anayasada birbirine benzer ifadeler ile ayrım ve ayrımcılığın hakların tanınmasına, yararlanılmasına veya kullanılmasına etkisi üzerinden yasak tanımlanmıştır. Örneğin Venezuela Anayasası madde 21/1 ise *“Her bireyin hak ve özgürlüklerinin eşit şartlarda tanınmasını, yararlanmasını veya kullanılmasını zarar verme veya geçersiz kılma niyetinde veya etkisinde olan her türlü ayrımcılık”* ifadesini kullanmıştır.

C. EŞİTLİK İLKESİ, AYRIM VE AYRICALIK YASAĞI İLKELERİNİN ÖZNELERİ VE MUHATABI

Mevcut insan haklarının özelliklerinden birisi bireysel haklar üzerine inşasıdır. Bu nedenle eşitlik ilkesinin süjesi de tek tek bireylerdir (Algan, 2023: 45; Güneş, 2020: 168; Öden, 2003: 153). Kolektif haklar ise uluslararası insan hakları

⁶³ Ayrım veya ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemelerde ayrım ya da ayrımcılığın nitelendirilmesi ya da tanımlanması dört farklı görünümde ortaya çıkmaktadır: 1) Yasağa yer verilen ancak ayrımcılık veya ayrım sebepleri belirtilmeyen anayasalar (örn: Kosta Rika AY. md. 33); 2) Ayrım veya ayrımcılık sebepleri sınırlı sayıda belirtilen anayasalar; 3) Ayrım ve ayrımcılık sebeplerinin sınırlı sayıda verilmediği *“ve diğer”* ibaresinin kullanıldığı *“ve diğer”* ifadesi bağlamında yapılan açıklamalarda (Örn: Bolivya AY. md. 14/II); 4) Ayrım ya da ayrımcılık yasağının cezalandırılması ile ilgili düzenlemelerde (Honduras AY. md. 60).

⁶⁴ Meksika AY. md. 1/5; Küba AY. md. 42; Kosta Rika AY. md. 33; Honduras AY. md. 60.

⁶⁵ Benzer ifadeyi Meksika AY. md. 1/5’te görmek mümkündür: *“İnsan onurunu ihlal eden veya ...türlü biçim yasaktır”*.

⁶⁶ Meksika AY. md. 1/5; Venezuela AY. md. 21/1; Bolivya AY. md. 14/2; Ekvator AY. md. 11/2, El Salvador AY. md. 3.

hukukunda sınırlı olarak tanınmıştır (Gemalmaz, 2016: 690). Diğer taraftan insan haklarının ortaya çıkmasının temel nedeni devlete karşı bireyi korumak olduğundan muhatap da klasik insan hakları hukukunda devlettir (Güneş, 2020: 178). Buna karşın hak ve özgürlüklerin devlet dışında bireyler tarafından ihlal edilmesi de söz konusu olduğu için bugün insan hakları hukukunda belli hak ve özgürlükler bağlamında muhatabın özel kişiler olduğu da kabul edilmektedir. Muhatabın devlet ve özel kişiler olması durumu insan hakları hukukunda insan hakları hukukunun dikey ve yatay etkisi olarak kabul edilmektedir (Güneş, 2020: 178; Gözler, 2018, 189; Öden, 2003: 154-156; Algan, 2023: 116-119). Belirtilen bu hususlar çerçevesinde anayasalar incelendiğinde elde edilen veriler şunlardır:

1. Eşitlik İlkesinde Süje

Anayasalarda eşitlik düzenlemelerinde süje öncelikle bireydir. Eşitlik ilkesinin süjesi olarak birey “herkes”, “insanlar”, “bütün sakinler”, “bütün bireyler veya insanlar” olarak belirtilmiştir.⁶⁷ Bireylerin yanında kolektifler ve grupları eşitlik ilkesinin süjesi olarak tanımlayan anayasalar ise Bolivya, Dominik Cumhuriyeti, Kolombiya, Ekvator, Meksika ve Küba Anayasaları olmak üzere toplam 6 tanedir⁶⁸.

Eşitlik ilkesini düzenleyen maddede önemli bir başka husus bazı konu ve hak sùjeleri açısından özel düzenlemeye gidilmesidir. Bu konulardan bir tanesi kadın-erkek eşitliğidir. Guatemala, Paraguay, Dominik Cumhuriyeti, Brezilya ve Şili Anayasalarında eşitlik ilkesine dair düzenlemenin içerisinde kadın-erkek eşitliğine dair ayrıca düzenleme söz konusudur⁶⁹. Dominik Cumhuriyeti Anayasası’nda eşitlik ve ayrımcılık yasağının düzenlendiği 39. maddede kadın-erkek eşitliği bağlamında iki ayrı fıkra söz konusu iken Paraguay Anayasası’nda “Eşitlik” bölümü altında yer alan üç maddeden bir tanesi kadın-erkek eşitliğini konu almıştır⁷⁰.

⁶⁷ Eşitlik ilkesinin süjesi olarak birey “herkes” (Bolivya AY. md. 14/1 Brezilya AY. md. 5); insanlar (Şili AY. md. 1), “bütün sakinler” (Arjantin AY. md. 16, Paraguay AY. md. 46), bütün bireyler veya insanlar (Kolombiya AY. md. 13; Kosta Rika AY. md. 33; El Salvador AY. md. 3; Ekvator AY. md. 11/2; Peru AY. md. 2; Uruguay AY. md. 8; Venezuela AY. md. 21; Meksika AY. md. 1/5; Küba AY. md. 42; Nikaragua AY. md. 27; Dominik Cumhuriyeti AY. md. 39; Guatemala AY. md. 4).

⁶⁸ Eşitlik ilkesinin süjesi kolektifler anayasalarda, “tüm kolektifler” (Bolivya AY. md. 14/3); “kolektif” (Ekvator AY. md. 11/2), “bütün halklar” (Küba AY. md. 42 ve Dominik Cumhuriyeti AY. md. 39; Kolombiya md. 13/2; Meksika AY. md. 1/2) olarak yer almıştır.

⁶⁹ Guatemala AY. md. 4; Dominik Cumhuriyeti AY. md. 39/IV ve V; Brezilya AY. md.5/1; Şili AY. md.19/2; Paraguay AY. md. 48.

⁷⁰ Dominik Cumhuriyeti AY. md. 39/IV ve V.

Latin Amerika ülkelerinin anayasalarında özel düzenlemeye gidilen bir diğer hak süjesi yabancılardır. Yabancılar ile ilgili eşitlik bağlamındaki düzenleme iki farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlardan birincisi eşitlik maddesinin içinde “*yabancılar*”a vurgu yapılmasıdır. Bunlara; Panama, Bolivya, Nikaragua ve Brezilya Anayasaları örnek verilebilir⁷¹. İkinci görünümü ise eşitlik maddesi düzenlemesinde ayrı bir fıkra ile bu konuya vurgu yapılmasıdır. Bolivya ve Nikaragua Anayasası’nda bu durumu görmek mümkündür⁷². Fakat bu düzenlemelerde göze çarpan husus bu düzenlemelerin aynı zamanda yabancılar açısından sınırlama ve yükümlülüğü de içermesidir. Örneğin Nikaragua Anayasası’nın 271. maddesinin 2. fıkrasında “*Yabancılar, siyasi haklar ve kanunla belirlenen diğer haklar hariç, Nikaragualılarla aynı hak ve görevlere sahiptir; ülkenin siyasi işlerine karışamazlar*” düzenlemesine yer verilirken Bolivya Anayasası madde 14/VI’da “*Bolivya yasaları, Bolivya topraklarında bulunan gerçek ve tüzel, Bolivyalı ve yabancı herkese uygulanır. Bolivya topraklarında bulunan yabancılar, içerebileceği kısıtlamalar dışında, Anayasada belirtilen haklara sahiptir ve Anayasada belirtilen görevleri yerine getirmek zorundadır*” ifadesine yer verilmiştir.

2. Ayrım ve Ayrımcılık Yasağı İlkelerinde Muhatap

Ayrım ve ayrımcılık yasağının klasik yükümlüsü devlettir. İncelemeye konu anayasalardan 14 ülkenin anayasasında ise bireyin de devletin yanında ayrım ve ayrımcılık yasağında muhatap olarak ortaya çıktığı görülmüştür⁷³. Bireyin; ayrım ve ayrımcılık yasağında muhatap olarak düzenlenmesinin farklı görünümleri söz konusudur. Bu durum anayasalarda bazen çok açık olarak dile getirilmiştir bazen ise metnin içeriğinden anlaşılmaktadır. Örneğin Dominik Cumhuriyeti Anayasası madde 39’da “*Bütün insanlar... kurumlardan, otoritelerden ve diğer insanlardan aynı koruma ve muameleyi görür*” ifadesine yer verilmiştir. Dominik Cumhuriyeti Anayasası’nda kadın-erkek ayrımcılığı bağlamında da yükümlü olarak herkes belirtilmiştir (md. 39/3).

Bazen muhatabın bireyler de olduğu anayasadaki düzenleme tekniğinden anlaşılmaktadır. Örneğin Paraguay Anayasası md. 46’da “*Cumhuriyetin tüm sakinleri onur ve haklar bakımından eşittir. Hiçbir ayrımcılığa izin verilmez*” denildikten sonra

⁷¹ Panama AY. md. 20 ve Brezilya AY. md. 5.

⁷² Bolivya AY. md. 14/5-6; Nikaragua AY. md. 27/3.

⁷³ Küba AY. md. 42/1; Uruguay AY. md. 8; Peru AY. md. 2/2; Meksika AY. md. 1/5; Kosta Rika AY. md. 33 Guatemala AY. md. 4; Dominik Cumhuriyeti AY. md. 39 ve 39/3; Paraguay AY. md. 46; Panama AY. md. 19; Nikaragua AY. md. 27/1 ve 3; Honduras AY. md. 60; Bolivya AY. md. 14/3; Kolombiya AY. md. 13 ve Ekvator AY. md. 11/2.

“Eşitliğin Güvenceleri Hakkında” başlığı altında 47. maddede hukuk önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Yine Panama Anayasası’nda madde 19’da ayrımcılık yasağı bağlamında “*kamusal ya da özel ayrımcılık*” ifadesine yer verildikten sonra 20. maddede hukuk önünde eşitlik ilkesi belirtilmiştir. Nikaragua Anayasası madde 27/1’de her ne kadar hukuk önünde eşitlik ilkesi ardından ayrımcılık yapılamayacağı belirtilmiş ise de madde 27/3’te devletin anayasada belirtilen haklara saygı göstereceği ve hakları güvence altına alacağı belirtilmiştir. Yine Honduras (md. 60), Bolivya (md. 14/II), Ekvator (md. 11/2) ve Kolombiya Anayasaları (md. 13) gibi bazı anayasalarda devletin pozitif yükümlülüğünün içeriği ve cezalandırma düzenlemesi bu bağlamda değerlendirilebilir. Devletin pozitif yükümlülüğü ve ayırım ve ayrımcılığın cezalandırılması ile ilgili düzenlemeler aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

D. DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE CEZANIN ÖNGÖRÜLMESİ

Devletin, eşitlik ilkesi ve bu ilkeyi tamamlayan ilkeler bağlamında şekli eşitlik ve maddi eşitlik anlayışı çerçevesinde iki farklı yükümlülüğü söz konusudur. Şekli eşitlik çerçevesinde devletin yükümlülüğü, ki hukuk önünde eşitlik olarak tezahür etmektedir, ayrımcılıktan kaçınma şeklinde negatif yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. Maddi eşitlik anlayışında ise devlete pozitif yükümlülük yüklenmektedir. Pozitif yükümlülük hem sosyo-ekonomik olarak toplumsal dışlanma riski taşıyan kişi ve gruplar bağlamında devletin edimde bulunması hem de devletin üçüncü kişilerden kaynaklanan ayrımcılık eylemlerine karşı edimde bulunması olarak tezahür etmektedir (Güneş, 2020: 369; Algan, 2023: 124). Ülke anayasalarında yer alan şekli eşitlik anlayışı temelindeki düzenlemelerin 1970’li yıllardan itibaren maddi eşitlik temelinde şekillendiği gözlemlenmiştir (Kuru, 2021: 49-50; Karan, 2017: 45). Maddi eşitlik anlayışının 1970’li yıllara gitmiş olmasından kaynaklı EİHB⁷⁴, AİHÖB ve AİHS’de bu bağlamda bir düzenleme söz konusu değildir. Her ne kadar AİHS madde 1’de taraf devletlerin sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin kendi yetki alanındaki herkes tarafından ayrımcılığa maruz kalmadan yararlanmasını sağlamayı taahhüt ettiği belirtilmiş ise de bu düzenleme de devletin negatif yükümlülüğü temelinde düzenlenmiştir (Kuru, 2021: 49-50).

Latin Amerika ülke anayasalarında gerek devletin pozitif yükümlülüğü gerekse cezai yaptırıma dair düzenlemeler bir bütün olarak incelendiğinde şekli eşitlik anla-

⁷⁴ Herkes, bu Bildirge’ye aykırı her türlü ayrımcılığa ve bu tür ayrımcılığa yönelik her türlü kısırtmaya karşı eşit korunma hakkına sahiptir. İHEB md. 7.

yışının yanında maddi eşitlik anlayış çerçevesinde de devletin yükümlülüğünün düzenlendiği gözlemlenmiştir. Bu gerçeklikte 1980’li yıllarda gerçekleşen anayasacılık hareketi önemli bir etken olarak düşünülebilir (Uprimny, 2012: 7).

1. Devletin Pozitif Yükümlülüğü

İncelenen anayasalardan 9 ülkenin anayasasında devletin pozitif yükümlülüğü bağlamında düzenleme yapıldığı, bu düzenlemelerin bazı anayasalarda eşitlik ilkesi bazı anayasalarda ayrımcılık yasağı bazı anayasalarda ise hem eşitlik hem de ayrımcılık yasağı çerçevesinde ayrıntılı ve farklı perspektiflerden tanımlandığı görülmüştür⁷⁵.

Paraguay ve Venezuela Anayasaları bu konuda özgün bir düzenlemeye yer vermiştir. Paraguay Anayasası’nda, “*Kişilerin Eşitliği*” başlığı altında madde 46/1’de maddi eşitlik perspektifinden eşitlik ilkesi (onur ve haklarda eşitlik) ve ayrımcılık yasağı belirtildikten sonra “*Devlet, engelleri kaldıracak ve onları (engelleri) var eden veya (engellerin) ortaya çıkmasına sebep olan faktörleri önleyecektir*” düzenlemesine yer vermiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise “*Haksız eşitsizliklere ilişkin oluşturulan koruma ayrımcı faktörler olarak değil eşitlikçi faktörler olarak kabul edilecektir*” denilmiştir. Venezuela Anayasası ise madde 21/2’de devletin yükümlülüğü bağlamında özel bir düzenleme yer vermiştir. Düzenleme şöyledir:

“Hukuk; kanun önünde eşitliğin gerçek ve etkili bir şekilde olması için hukuki ve idari koşulları sağlayacak; ayrımcılığa uğrayan, ötekileştirilmiş veya savunmasız herhangi bir grubun yararına olumlu tedbirler alacaktır; yukarıda belirtilen durumlardan herhangi biri nedeniyle açıkça zayıf durumda olan kişileri özellikle koruyacaktır.”

Bu düzenlemede, devletin; sadece ayrımcılığa uğrayan kişileri değil, aynı zamanda toplumda ötekileştirilmiş veya savunmasız olan grupların yararına da tedbirler alacağının belirtilmesi esasen anlık ayrımcılık hususları değil daha derin olan sosyal eşitsizliklere vurgu yapması bağlamında çok önemlidir. Bu minvalde, yani sadece ayrımcılığın önlenmesi yükümlülüğü değil aynı zamanda sosyal ve ekonomik eşitsizliklerin ortadan kalkması bağlamında devletin önlemler almasına dair düzenlemelere

⁷⁵ Boliviya AY. md. 14/III; Venezuela AY. md. 21/2 ; Paraguay AY. md. 46, md. 47; Dominik Cumhuriyeti AY. md. 39/3, md. 39/5; Ekvator AY. md. 11; Nikaragua AY. md. 27/3, 48/2; Kolombiya AY. md. 13/2; Küba AY. md. 44; Brezilya md. 3.

Dominik Cumhuriyeti, Ekvador, Brezilya ve Kolombiya Anayasalarında da yer verilmiştir ve bu düzenlemelerin birbirine yakın düzenlemeler olduğu gözlemlenmiştir⁷⁶.

2. Cezai Yaptırımın Öngörülmesi

Anayasalarda gözlemlenen bir başka durum eşitlik ve ayırım ve ayrımcılık yasağı düzenlemeleri bağlamında cezai yaptırımın öngörülmesidir. İncelemeye konu anayasalardan Küba, Venezuela, Kolombiya, Ekvador, Bolivya ve Honduras Anayasaları olmak üzere toplam 6 anayasada cezai yaptırıma dair düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeler, çoğunlukla devletin pozitif yükümlülüğünün ardından yer almıştır⁷⁷.

Bu konuda özgün düzenlemelerden bir tanesi Venezuela Anayasası'nda yer almıştır. Eşitlik ve ayrımcılık düzenlemelerin yer verdiği 21/2. maddede "*ayrımcılığa uğrayan, ötekileştirilmiş veya savunmasız*" kişiler bağlamında devletin pozitif yükümlülüğüne dair düzenlemenin ardından, "*bu kişileri istismar eden ya da kötü davranan kişiler cezalandırılacaktır*" ifadesine yer verilmiştir. Bu düzenleme, sosyal ve ekonomik konumu nedeniyle başkalarının olumsuz davranışlarına maruz kalan kişileri de cezalandırmayı düzenlemiş olmasından dolayı asimetrik anlayış çerçevesinde gerçekleştirilmiştir. Kolombiya Anayasası'nda benzer düzenlemeyi görmek mümkündür. Madde 13/3'te "*özellikle ekonomik, fiziksel veya zihinsel durumları nedeniyle açıkça savunmasız durumda olan*" bireyler bağlamında devletin pozitif yükümlülüğü düzenlendikten sonra bu kişilerin suistimal edilmesi ve onlara kötü davranılması durumunun cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

Ekvador ve Bolivya Anayasalarında cezai yaptırım ayrımcılık yasağı ile ilişkilendirilmiş "*ayrımcılığın her türlü*"nın cezai yaptırıma tabi olacağı belirtilmiştir. Örneğin Ekvador Anayasası madde 11/2'de "*Ayrımcılığın her türlü*" kanunla cezalandırılır" düzenlemesi yer almaktadır⁷⁸. Bu iki anayasada maddi eşitlik üzerinden düzenleme yapıldığı için bu düzenlemenin de geniş yorumlanması mümkündür.

⁷⁶ Dominik Cumhuriyeti AY. md. 39/3 "Devlet, eşitliğin gerçek ve etkili olabilmesi için yargısal ve idari koşulları teşvik etmeli ve ayrımcılık, marjinalleşme, zarar görmeye müsait hale gelme ve dışlanmayı önleme ve bunlarla mücadele etme yöntemleri benimsemelidir." Ekvador AY. md. 11/2 "...Devlet, eşitsizlik durumunda olan hak sahiplerinin yararına gerçek eşitliği destekleyen olumlu eylem tedbirleri alır." Kolombiya AY. md. 13/2 "Devlet, eşitliğin gerçek ve etkili olabilmesi için koşulları teşvik edecek ve ayrımcılığa uğrayan veya dışlanan gruplar lehine önlemler alacaktır." ve md. 13/3 "Devlet, özellikle ekonomik, fiziksel veya zihinsel durumları sebebiyle açıkça savunmasız durumda olan kişileri koruyacaktır" düzenlemesine yer verilmiştir. Brezilya AY. md. 3'te Brezilya Federatif Cumhuriyeti'nin temel hedefleri olarak "özgür, adil ve birleşik bir toplum inşa etmek... yoksulluğu ve standartların altındaki yaşam koşullarını ortadan kaldırmak ve sosyal ve bölgesel eşitsizlikleri azaltmak..." belirtilmiştir.

⁷⁷ Bolivya AY. md. 14/2; Ekvador AY. md. 11/2; Honduras AY. md. 60; Venezuela AY. md.21/2 ve Küba AY. md. 42/4.

⁷⁸ Bolivya md. 14/11 "Devlet... Her türlü ayrımcılığı yasaklar ve cezalandırır."

Cezai yaptırıma yer veren Honduras Anayasası'nda diğerlerinden farklı iki düzenleme söz konusudur. Honduras Anayasası 60. maddenin ikinci fıkrasında "*Cinsiyet, ırk, sınıf veya insan onuruna zarar veren herhangi bir nedenle yapılan her türlü ayırımıcılık cezalandırılacaktır*" denilmiştir. Son fıkra olan 3. fıkra da "*Bu hükme aykırı davrananların suç ve cezaları kanunla düzenlenir*" ifadesine yer verilmiştir.

SONUÇ

19 Latin Amerika ülkesinin anayasalarında yer alan eşitlik ve eşitlik ilkesini tamamlayan ilkelere dair gerçekleştirilen araştırma, hem kültür ve insan hakları ilişkisi hem de eşitlik ilkesi ve eşitlik ilkesini tamamlayan ilkeler bağlamında önemli sonuçlar sunmuştur. Araştırmada ayrıntılı dile getirilen bu görünüm özetlenecek olursa, öncelikle bu düzenlemeler bu ülkelerde yapılan ilk anayasalardan mevcut anayasalara Latin Amerika ülkelerindeki anayasacılık serüveninin izlerini taşımaktadır. Bölge anayasalarının, araştırma konusu bağlamında Fransız İnsan Hakları Bildirgesi'nden etkilenmelerinin yansımaları hala söz konusudur. Bunun en somut görünümü Bildirge'de yer alan "*kişiler arasında yetenek ve erdemden başka hiçbir ayırım yapılamaz*" ifadesinin aynen ya da benzer bir ifade ile Uruguay, Arjantin ve Dominik Cumhuriyeti anayasalarında yer almasıdır. Yine 80'li yıllarda gerçekleşen anayasal hareketlerin anayasalarda konu bağlamında yansımalarını maddi eşitlik, asimetrik muamele ve ayırımıcılık yasağının yatay etkisi bağlamında da görmek mümkündür.

Diğer taraftan anayasaların genel yapısının, eşitlik ilkesi ve bu ilkeyi tamamlayan düzenlemelere de yansımaları olduğu çok yönlü olarak gözlemlenmiştir. Özetlenecek olursa anayasaların kazuistik yapısından kaynaklı eşitlik ve eşitlik ilkesini tamamlayan düzenlemelerin de ayrıntılı olduğu tespit edilmiştir. Bölgenin çok kimlikli yapısı bağlamında yer alan kolektif haklar kurgusunun, eşitlik ve eşitlik ilkesini tamamlayan düzenlemelere yansımaları olarak süjenin birey yanında kolektif olduğu görülmüştür. Son olarak da anayasalarda "*insan onuru*" olgusuna verilen önemden kaynaklı olarak eşitlik ilkesi ve eşitlik ilkesinin tamamlayan ilkelerin tanımlanmasında "*onur*" olgusunun önemli bir unsur olduğu görülmüştür.

Kültür ve insan hakları ilişkisi bağlamında tarih, coğrafya, demografik yapı ve benzeri unsurlar çerçevesinde şekillenen kültürün insan hakları hukukunun temel ilkesi olan eşitlik ilkesi ve bu ilkeyi tamamlayan ilkeleri bağlamında yansımaları olduğu somut olarak ortaya konmuştur. Bölgenin tarihsel geçmişinin bu düzenlemeler

bağlamında iki önemli yansıması söz konusudur. Bunlardan birincisi sömürgecilik tarihinden kaynaklı kölelik yasağının eşitlik ilkesinin bir görünümü olmasıdır. Diğer taraftan, günümüz uluslararası insan hakları hukukunda eşitlik ilkesinin en önemli tamamlayıcı ayrımcılık yasağı ilkesi olmasına karşın bu anayasalarda ayrıcalık yasağı ilkesinin de eşitlik ilkesini tamamlayan önemli bir ilke olduğu gözlemlenmiştir. Hatta bazı anayasalarda eşitlik ilkesini tamamlayan ilke olarak sadece ayrıcalık yasağına yer verildiği ya da ayrımcılık yasağına yer vermiş olursa da ayrıcalık yasağına özel bir önem verildiği gözlemlenmiştir. Ayrıcalık yasağına bu kadar önem verilmesinde Avrupalıların, kurulan devletlerde kendi hukuki statülerini yerli halklardan ve Afrika'dan getirilen halklardan farklı olarak düzenlemiş olmaları en temel etkidir. Bu anayasalarda, ayrımcılık yasağının da eşitlik ilkesini tamamlayan önemli bir ilke olmasından kaynaklı ayırım yasağının hem ayrıcalık hem de ayrımcılık yasağının birleşimi olduğu da gözlemlenmiştir. Bunun en somut görünümü ayırım yasağında belirtilen sebeplerdir.

Anayasalarda yer alan düzenlemeler birbirleri ile karşılaştırıldığında ise hem özgünlüklerin hem de benzerliklerin olduğu gözlemlenmiştir. Özgünlük bağlamında eşitlik ve eşitlik ilkesini tamamlayan ilkeleri çok ayrıntılı düzenleyen ülkeler olduğu gibi çok öz düzenleyen ülkelerin de olduğu görülmüştür. Benzerlikler bağlamında ise kesişme noktaları öncelikle ilk anayasalardan bugüne anayasacılık hareketleridir. Yine yukarıda belirtilen kölelik yasağı, ayrıcalık yasağı düzenlemelerinin yanında ayrımcılık yasağı bağlamında belirtilen ayrımcılık sebeplerinin ayrıntılı olması da başka bir kesişme noktasıdır. Son olarak anayasalarda konu bağlamında yer alan düzenlemelerde birçok benzerliklerin söz konusu olduğu bazen bu benzerliklerin hem lafzı hem de ruhu ile tekabül ettiği görülmüştür.

Araştırma, eşitlik ilkesi ve onu tamamlayan ilkeler bağlamında gerçekleştirilen akademik çalışmalara da önemli katkı sunmaktadır. Burada belirtilmesi gereken ilk husus, anayasalardaki eşitlik ve eşitlik ilkesini tamamlayan ilkelerin bölgesel insan hakları hukuku belgeleri olan AİHS ve AİHÖB'nde yer alan düzenlemelerden çok daha geniş kapsamda ele alınması ve bu yönü ile EİHB'nde yer alan düzenlemelere daha yakın olmasıdır. Buna karşın anayasalarda yer alan bu düzenlemelerin, EİHB'den de birçok yönü ile daha ayrıntılı olduğu belirtilmelidir. Bunun bir nedeni yukarıda belirtilen tarihsel gerçeklik çerçevesinde şekillenen kölelik, ayırım, ayrımcılık ve ayrıcalık yasaklarıdır.

Diğer taraftan ise özellikle 1980’li yıllardan itibaren gerçekleştirilen anayasacılık faaliyeti şekli eşitlik anlayışından maddi eşitlik anlayışına 70’li yıllardan itibaren geçilmiş olmasından kaynaklı bu düzenlemelerin de farklı bir boyutta ortaya çıkmasına neden olmuştur. Ayrım ve ayrımcılık sebepleri bir bütün olarak incelendiğinde maddi eşitlik anlayışının çok geniş çerçevede yer bulduğu ve bu minvalde “insan onuru” kavramının anayasalarda çok temel bir olgu olarak yer aldığı görülmüştür. Bütün bunların sonucu olarak da asimetrik birçok düzenlemeye yer verilmiştir. Bu bağlamda anayasalarda eşitlik ilkesi açısından devletin negatif yükümlülüğünün yanında sıkça devletin pozitif yükümlülüğüne dair düzenlemeye de yer verildiği görülmüştür. Pozitif düzenleme hem devletin ekonomik, sosyal ve tarihsel nedenlerle toplumsal dışlanma riski taşıyan kişi ve gruplar için pozitif edimde bulunma olarak düzenlendiği gibi üçüncü kişiler tarafından bu ilkelerin ihlali durumunun engellenmesi bağlamında da ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede belirtilmesi gereken önemli bir başka özgünlük bu maddelerin muhatabının sadece devlet değil aynı zamanda bireyler olması ve bu ilkelerin ihlali durumunda cezai yaptırımların anayasalarda düzenlenmiş olmasıdır.

Bölge anayasalarında gözlemlenen bir başka husus ise ayrım ve ayrımcılık sebeplerinin çok ayrıntılı olarak düzenlenmesi ve İHEB ve bölgesel insan hakları hukuku metinleri olan AIHS ile AIHÖB’nden kısmen etkilenilmiş olmasıdır. Son olarak iki hususun da belirtilmesi yerinde olur. Bunlardan birincisi “insan onuru” olgusunun anayasalarda merkezde olması durumu hem maddi eşitlik anlayışına geniş hukuki bir zemin sunmaktadır hem de asimetrik yaklaşımın önünü açmaktadır. Bütün bu yönleriyle “*insan onuru*” kavramı hem insan haklarının evrenselliğini hem de kültürel gerçeklikler tarafından düzenlemelerin şekillenmesine imkân sunmaktadır. Son husus ise anayasalarda ayrımcılık yasağı, devletin pozitif yükümlülüğü ve cezai yaptırıma dair düzenlemelerde marjinalleşme, dışlanma vb. kavramlarına yer verilmesi Latin Amerika anayasalarının özgünlüğü olarak ortaya çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

- Algan, B. (2023). *İnsan Hakları, Kavramsal ve Kuramsal Çerçeve*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Akpınarlı, N. (2018). Kiros Silindirinin İnsan Hakları Hukuk Tarihi ile Sınırı ya da İnsan Hakları Hukuk Tarihinin Kiros Silindiri ile Sınırı, *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt 36, 1-29.
- Akpınarlı, N. (2023). *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Dünyadaki İz Düşümü*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Arslan, K. O. (2015). İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunma, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 120 155- 172.
- Atatanır, H. (2021). Çalışma Yaşamında Bir Ayrımcılık Türü Olarak Mobbing ve Siber Boyutu, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 20(42), 1621-1639.
- Atcı, İ. (2022). İslâm ve Diğer İlahî Dinlerde Varlık Kategorisinde İnsan Onuru, Pamukkale Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 9 (1), 211-236.
- Aytan, O. A. (2021). Hareketli Avcı-Toplayıcı Grupların Yaşam Biçimiyle Yerleşik Çiftçi Topulukların Yaşam Biçimi Arasındaki İnsan-Mekân İlişkisinin Mukayesesi, *Kabramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 18(2), 979-1012.
- Cemal, M. (1996). *Eşitlikçi Topluluklar*, İstanbul: Belge Yayınları.
- Çakar, A.S. (2013). Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru, *Umut Vakfı Araştırma Merkezi*, 3, 11-12.
- Çelik, E. (2019). İnsan Hakları Hukukunda İnsan Onurunun Yeri ve Rolü, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(2), 282- 310.
- Doğan, İ. (2020). *İnsan Hakları Hukuku*, Ankara: Astana Yayınları.
- Erdoğan, M. (2008). Adalet ve Eşitlik, *Muhafazakâr Düşünce Dergisi*, 4(15), 9-22.
- Gemalmaz, M. S. (2016). Devlet, Birey ve Özgürlük, İstanbul: Legal.
- Gözler, K. (2018). *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa: Ekim.
- Gülmez, M. (2010). İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler, *Çalışma ve Toplum*, 2(25), 217-266.
- Güneş, A. (2020). *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, Ankara: Adalet.

- Işıkdaklı, B. (2020). İnsan Haklarının Evrenselliği ile Kültürel Rölativizmin Paradoksu, *Tarsus Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 1(1), 17-29.
- Karan, U. (2017). *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, Oniki Levha Yayıncılık: İstanbul.
- Karaaslan, M. (2022). Kölelik Yasağının Tarihsel Gelişimi, *Yaşar Hukuk Dergisi*, 4(1), 60-81.
- Kuru, G. (2021). *Ayrımcılık Yasağının Hukuk Felsefesi Açısından Temellendirilmesi*, İstanbul Üniversitesi, Doktora Tezi.
- Memiş, E. (2021). Eski Yakın Doğu'da Adalet Anlayışı ve Kanun Koyucular, 3(1), 1-37.
- Mumcu, A., Küzeci, E. (2007). *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Ankara: Turhan Kitapevi.
- Öden, M. (2003). Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi. Ankara: Yetkin.
- Öğütçü, M. (2005). Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, 555-616.
- Pekel, A. (2019). İnsan Haklarının Evrenselliği ve Kültürel Görecelik. *Liberal Düşünce Dergisi*, 24(96), 111-118.
- Topal, A. (2007). Türkiye'den Latin Amerika'ya Bakmak: Tarihsel Arka Plan, A. Topal içinde, *Latin Amerika'yı Anlamak* (S. 21-49). İstanbul: Yordam Kitap.

THE RISK OF ETHNOCRACY IN AFGHANISTAN UNDER THE TALIBAN REGIME

Taliban Rejimi Altında Afganistan'da Etnokrasi Riski

Erdal BAYAR*

Abstract

The Taliban's second takeover of Afghanistan in August 2021 has been met with concern by the international community. The Taliban, which shocked the world during its first term in power, has given more moderate messages in its new term, which does not indicate a significant change in its management approach. Because the Taliban has shown that it does not have a very different understanding from its first term with the policies it has implemented. The concerns of the international community have become reality, and the Taliban regime has been accused of serious human rights violations. The isolation of women in particular from social life has drawn the reaction of the international community and has constituted a serious obstacle to the Taliban regime being internationally accepted as the legitimate government of Afghanistan. The predominantly Pashtun structure of the Taliban and the fact that Pashtuns are given much more places in its management cadres than other minority groups have brought to the

Öz

Taliban'ın 2021 yılı Ağustos ayından itibaren ikinci kez Afganistan'da yönetimi ele geçirmesi uluslararası toplum nezdinde endişeyle karşılanmıştır. İlk iktidar döneminde dünya kamuoyunu şaşırtan Taliban, yeni dönemde daha ılımlı mesajlar vermesine rağmen yönetim anlayışında köklü bir değişikliğe gitmemiştir. Nitekim çok geçmeden uluslararası kamuoyunun endişeleri gerçeğe dönüşmüş ve Taliban rejimi ciddi insan hakları ihlalleri yapmakla suçlanmıştır. Özellikle kadınların sosyal hayattan izole edilmesi uluslararası toplumun tepkisini çekmiş ve Taliban rejiminin Afganistan'ın meşru yönetimi olarak uluslararası kabul görmesinin önünde ciddi bir engel oluşturmuştur. Taliban'ın Peştun ağırlıklı yapısı hasebiyle yönetim kadrolarında Peştun kökenlilere diğer azınlık gruplarına nazaran çok daha fazla yer verilmesi ülke yönetiminin bir tür etnokrasiye dönüşmesi ihtimalini gündeme getirmiştir. Toplumsal barışa zarar verebilecek böylesi bir yaklaşımın Afga-

* Dr. Öğr. Üyesi, Van Yüzüncü Yıl University, Erciş Faculty of Business, Department of Political Science and International Relations, e-mail: erdalbayar@yuu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1726-7989

agenda the possibility of the country's administration turning into a kind of ethnocracy. The allegations that the Taliban regime is currently engaged in economic and social discrimination and cultural repression are believed to have led to serious violations of minority rights in Afghanistan. This study draws attention to the possible risks that may arise from an ethnocratic structure in Afghanistan where non-Pashtun ethnic groups are excluded from politics and lose their right to representation. The allegations that the Taliban regime is currently engaged in political and socio-economic discrimination and implementing cultural oppression policies bring to the agenda the existence of serious violations of minority rights in Afghanistan. It is claimed that the Taliban regime, which promised an inclusive and fair administration, is moving towards ethnocracy and is unable to exhibit either an inclusive or fair administration. It is also argued that such a political choice risks creating existential problems for Afghanistan.

Keywords: Afghanistan, Ethnocracy, Minority Rights, Taliban, Women's Rights

nistan açısından ciddi bir risk potansiyelini barındırdığı düşünülmektedir. Bu çalışmada Afganistan'ın Peştun olmayan etnik grupların siyasetten dışlandığı ve temsil haklarını kaybettiği bir etnokratik yapının doğurabileceği olası risklere dikkat çekilmektedir. Halihazırda Taliban rejiminin siyasi ve sosyoekonomik ayrımcılık yaptığı ve kültürel baskı politikaları uyguladığı iddiaları azınlık hakları açısından Afganistan'da ciddi ihlallerin varlığını gündeme getirmektedir. Kapsayıcı ve adil bir yönetim vaadinde bulunan Taliban rejiminin etnokrasiye doğru ilerleyerek ne kapsayıcı ne de adil bir yönetim sergileyebileceği iddia edilmektedir. Dahası böyle bir politik tercihin Afganistan açısından varoluşsal sorunlara yol açma riski bulunduğu değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Afganistan, Etnokrasi, Azınlık Hakları, Taliban, Kadın Hakları

INTRODUCTION

The Taliban's seizure of power in Afghanistan in August 2021 has enraged many Afghans of all ethnicities and socioeconomic classes. Tragic images of thousands of individuals rushing to Kabul's airport to flee their homeland immediately, and people clutching the wheels of airplanes trying to evacuate the country, demonstrate that the Taliban is a source of fear for the population (Reuters, 2021). The Taliban leadership has announced that they have no intention of retaliating and that everyone will be forgiven in order to calm the situation in Afghanistan (Beaumont, 2021). However, these words are greeted with scepticism and anger by the Afghan people because of the negative image associated with the Taliban's first term of authority (1996-2001). Indeed, it reflects reports that the Taliban administration lacks complete sanction authority over all Taliban components and that some Taliban-affiliated

groups have committed revenge killings, executed without trial, and forcibly killed former soldiers and police, particularly former members of Afghan security forces (Gossman, 2023).

In addition to the experience of the Taliban, problems of ethnic and religious minorities in Afghanistan are historical rooted. In the nation-building processes of the Afghan state, except for the period between 2001 and 2021, ethnic and religious minorities were oppressed, especially during the rise of Pashtun nationalism. The Taliban is fundamentally an Islamist movement, with some traces of Pashtun nationalism. Pashtun nationalism may play a role in the Taliban's policies and the internal dynamics of its movement, but this ideology is not its primary motivation. However, this has not prevented incidents in which ethnic minorities' rights have been violated. This study will focus on the problems faced by the ethnic and religious minorities in Afghanistan, especially the limitation of participation rights. The possibility of the Taliban regime excluding other ethnic and religious minority groups from politics and creating an ethnocracy will be discussed. Attention will be drawn to the possible internal tensions and the possibility of conflict that this situation may create.

This study will draw on reports prepared by organizations such as Human Rights Watch International, Amnesty International, the United Nations Assistance Mission in Afghanistan (UNAMA) and information provided by independent observers. The possibility that the Taliban's past massacres and human rights violations may lead to some prejudices against the Taliban will also be taken into consideration. While the possibility of bias and exaggeration should be taken into account in order to assess the situation more objectively, it is also understood that concerns about the Taliban causing various human rights violations are not entirely unfounded. Indeed, when the Taliban's past practices are evaluated in a historical context and compared to the current actual situation, there are some similarities that give rise to human rights concerns. The Taliban promised inclusive and just governance, but never democracy. However, the extent to which a non-democratic and more ethnocratic government can be inclusive and just is highly questionable. In this context, the possibility of violating the rights of ethnic and religious minorities in Afghanistan under Taliban rule is increasing. The exclusion of minorities from political life poses a significant threat to the country's future in the medium and long term. The obstacles to both cultural rights and political participation rights of ethnic minority groups, which

constitute the focus of the study, will constitute the axis of analysis. Although there are many ethnic minority groups in Afghanistan, the problems faced, especially by Hazaras, Tajiks, Uzbeks, and Turkmens, will be addressed by taking into account their population proportion in the demographic structure.

I. CONCEPTUAL AND THEORETICAL FRAMEWORK

A brief explanation of concepts such as ethnocracy, ethnicity and minority rights, which will be frequently used in the study, will contribute to a better understanding of the subject. Like many concepts in social sciences, there are theoretical debates on these concepts, but these debates will not be discussed to avoid distracting from the focus of the study.

Seemingly contradictory to the classical meaning of democracy, ethnocracy is used to refer to the rule or government of an ethnic group. The concept was initially conceived as a form of government in current nation-states that profess to be 'democratic', known as national ethnocracy (Anderson, 2016). James Anderson argues that ethnicity and group self-awareness can be delineated based on religion, ascribed 'racial' characteristics, language, and/or a common history and culture that is widely defined. These components can vary and occasionally present difficulties (Anderson, 2016). As seen in the example of Afghanistan, ethnocracy has historical and cultural origins. Furthermore, the absence of a democratic foundation in the Islamic Emirate established by the Taliban makes the existence of ethnocracy more likely. If the Taliban rule adopts Pashtun nationalism, as certain regimes in Afghanistan's past have done, this will escalate the risk and contribute to internal turmoil. One of the main objectives of this study is to draw attention to this possibility.

Ethnicity is a term commonly used to describe groups of people that identify themselves based on shared characteristics such as race, religion, language, tribe, nation, or culture. By adopting this approach, they establish a distinct position relative to other groups within the population (Erginsoy, n.d.). However, it does not necessarily mean that every group that sees itself as culturally different from other social groups should be considered as an ethnicity. If the existence of minimal cultural differences can be cited as evidence for the existence of a different ethnicity, it is possible to speak of hundreds of different ethnicities in multicultural societies. Therefore, in this study, the concept of ethnicity will be discussed in a narrower

framework. In this context, minority groups in Afghanistan will be evaluated basically limited to the groups specified in the 2004 Constitution. According to Article four in that constitution “*The nation of Afghanistan shall be comprised of Pashtun, Tajik, Hazara, Uzbek, Turkman, Baluch, Pachaie, Nuristani, Aymaq, Arab, Qirghiz, Qizilbash, Gujur, Brahui and other tribes.*” (*The Constitution of Afghanistan*, n.d.). Following the Taliban’s second seizure of power in Afghanistan, the parliament was dissolved and the constitution was abolished. Currently, there is a lack of clarity on the country’s legal framework. The Taliban authorities have announced the establishment of a temporary government and have specified that, until the drafting of a new constitution, the articles of the constitution under King Zahir Shah that are not in conflict with Shariah and Taliban principles will remain in effect (Sadat, 2021). their intention to set up a commission to draft a new constitution in 2022. However, as of August 2024, they have yet to successfully produce a draft constitution. The precise application of Sharia and Taliban doctrines is uncertain due to the lack of unambiguous codification. Given the circumstances, it is justifiable to assert that no minority possesses any legal protection (*In Afghanistan, Taliban States Plan to Form Commission in 2022 to Draft New Constitution*, 2021).

Unfortunately, obtaining accurate data about the ethnic composition of Afghanistan is difficult. Inadequate and imprecise censuses, along with insufficient research on ethnic identities, make it challenging to estimate available data. Interpretation of data on this issue should be approached with caution due to variations in research findings among researchers from different ethnic backgrounds, as well as the potential for small ethnic or religious minority groups to provide inaccurate information for various reasons. Nevertheless, it is worth noting that the Pashtuns, who currently occupy the administrative positions, do not make up the majority of the population. Ethnic minorities, including as Tajiks, Hazaras, and Uzbeks, also have a substantial presence in the demographic makeup of the region.

Essential minority rights are established to safeguard the rights of ethnic, religious, linguistic, cultural, or social groups that are distinct from the majority in a country or society. These rights guarantee the ability of minority groups to safeguard, articulate, and cultivate their distinct identity and ways of life. According to “Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities” fundamental minority rights encompass the following elements; (OHCHR, 1992).

- Equality and Non-Discrimination: Individuals belonging to minority groups must be granted equal treatment under the law and are protected from any form of discrimination (Article 4).
- Cultural rights: Cultural rights encompass the entitlement of minority groups to preserve, advance, and advocate for their traditional customs and lifestyles. This includes the safeguarding of cultural components such as linguistic diversity, religious practices, customary rituals, and celebratory events (Article 1 and 2).
- Language Rights: Minority groups possess the entitlement to utilize their native language. This entitlement may encompass the utilization of one's native language in the realms of education, media, public services, and judicial proceedings (Article 2 and 4).

Education Rights: Individuals belonging to minority groups possess the entitlement to get an education that is conducted in their native language and is aligned with their cultural heritage. Furthermore, individuals possess the entitlement to acquire knowledge about their cultural heritage within the framework of the mainstream educational system (Article 4).

- Religious Rights: Minority groups possess the entitlement to openly exercise their religious convictions and engage in worship. This right encompasses the creation of religious organizations and the commencement of religious services (Article 1 and 2).
- Political participation rights encompass the entitlement of individuals belonging to minority groups to engage in the political process and exercise their voting rights by electing representatives who specifically represent their interests. This guarantees their inclusion in both local and national decision-making processes.
- Community Rights: Minority groups possess the entitlement to establish and administer their communities and manage their matters (Article 3). Furthermore, these rights are ensured by international institutions and agreements. Two significant papers in this context are the United Nations Declaration on the Rights of Minorities and the Council of Europe's Framework Convention for the Protection of National Minorities (OHCHR, 1992). "Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and

Linguistic Minorities” adopted by the UN General Assembly on December 18, 1992. International sources such as the “Framework Convention for the Protection of National Minorities” opened for signature by the Council of Europe on February 1, 1995, and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) are important sources on minority rights. In this study, we will focus more on political participation rights, which are thought to be directly related to ethnocracy. Despite the Taliban government’s assurance of an “inclusive” government that would fairly represent Afghanistan’s ethnic groups through the establishment of a “interim government” in September and October 2021, the appointment of 88 individuals from the Pashtun ethnic group to positions in 30 ministries has sparked concerns. It is worth noting that most Taliban commanders lack government expertise in the areas they are assigned to, and it is also notable that no women are nominated to roles. Although there is limited representation from ethnic minorities, the Taliban asserts that it has upheld its commitment to an inclusive and equitable government by appointing several Uzbeks (including Deputy Prime Minister Mawlawi Abdul Salam Hanafi), Tajiks, and one Hazara (Dr. Mohammad Hassan Gheyasi, who was appointed Deputy Minister of Public Health) primarily to technical roles (*DFAT Thematic Report Afghanistan Political and Security*, 2022).

This study will provide a concise overview of the historical challenges encountered by minority groups in Afghanistan throughout its contemporary history. The inclusion of the international community’s help for the reconstruction project between 2001 and 2021 will be incorporated. During the interim time between the two instances when the Taliban gained control, substantial advancements were achieved, particularly in the realm of legislation. Deeply rooted and complex issues such as Pashtun nationalism and the question of Pashtunistan are touched on only superficially, as they fall outside the main focus of our study.

II. AFGHAN NATIONALISM AND ITS REFLECTIONS ON MINORITIES

Afghanistan, a country with a diverse cultural heritage, has experienced a decline in cultural richness because of factors like as migration, wars, and assimilation. Acculturation has given rise to a unique cultural composition that incorporates elements from other communities. The relatively low occurrence of inter-community

conflicts in situations where the state does not intervene indicates the presence of either a culture of coexistence or a culture of living together. Perhaps this is the reason why it has remained unified despite the current challenges and long periods of war.

Although religious and ethnic diversity in Afghanistan has diminished over time, it is still home to many different minorities. Afghanistan's location on significant commerce and migration routes has resulted in the region's invasion (or occupancy) by many ethnic groups, as well as a growth in ethnic and cultural variety among Afghan towns. Many ethnic, religious, and linguistic minorities in Afghanistan have disappeared or reduced significantly throughout history. Although Zoroastrianism, Buddhism, and other local religions in this region before Islam's spread faded over time, Hinduism, Shiism, and Judaism persisted for a long time, despite declining numbers. Zablun Simintov, thought to be the country's last Jew, fled after the Taliban took power in Afghanistan for the second time (Azadi & Siddique, 2021). The number of Hindu and Sikh minorities in Afghanistan, which was over 200,000 before the Soviet invasion, has been reduced to several hundred families because of recurrent wars and warfare (Azadi & Siddique, 2021).

In 1747, Ahmad Shah Durrani (1747-1773) succeeded in uniting the Pashtun tribes in the Emirate of Afghanistan, and after his death, conflicts broke out between the tribes. The fact that the army at the disposal of the Afghanistan state was largely composed of troops gathered from the tribes and that these troops often acted in line with their own interests and thoughts made it necessary to establish a regular army. Dost Mohammad Khan (1826-1863) wanted to establish a better equipped and more professional army that was loyal to the government instead of unreliable troops formed from tribes and ghulams (Lee, 2022:310). After the death of Dost Muhammad Khan, who tried to establish a modern army in Western style and centralize the administration, Shir Ali Khan (1863-1878) continued the reforms. Seeking to establish a monopoly on the use of violence as in modern states, Shir Ali Khan tried to collect the weapons in the hands of the people and to establish a police organization. He also tried to provide a kind of balance in the Pashtun tribal structure of the state by moving the capital of the state from Kandahar, where the Pashtun tribes were concentrated, to Kabul, where the merchant Tajik population was concentrated. However, the Pashtun tribes, whose influence over

the administration had relatively decreased, were not satisfied with this situation (Sivrioğlu & Türkoğlu, 2017: 206-209).

Abdurrahman Khan, who became ruler following the demise of Shir Ali Khan, made efforts to consolidate the entire nation under a robust central government. Abdurrahman Khan endeavored to curtail the influence of the tribes and sought to eradicate religious heterogeneity in Afghanistan. The Iron Amir employed repressive measures and carried out massacres to impose the process of “Islamization” on various religious groups inside the nation. Additionally, he sought to enforce the adherence of all Muslim populations to a singular sect, predominantly Sunni-Hanafi. He used religious discourse and clergy to justify the massacres he carried out, forcibly converting the Kizilbash, Shiites (Hazaras) and Kafirs (communities that maintained pagan beliefs) to Islam. After the capture of Kafiristan (lands of infidels), the name was changed to Nuristan (Lands of light/noor) (Çomu, 2020:384). As a result of these repressive policies, thousands of Hazara and Nuristani were killed and many women and children were sold in slave markets (Lee, 2022: 404).

In 1919, Afghanistan declared its independence and became a constitutional monarchy with the constitution (Nizamnamah-i Tashkilatı-i Asasiyah-i Afghanistan) adopted in 1921. While political rights are largely restricted, the new regime guarantees some basic human rights (such as the right to equal citizenship, the right to petition, the right to education, the prohibition of forced labor and slavery). The 1923 constitution, known as the Nizamnamah-i Asasi-i Dawlat-i Aliyah-i Afghanistan, acknowledged the most essential rights. According to the second article of the constitution, Islam is recognized as the official religion of the state. However, individuals of other faiths are granted the freedom to practice their beliefs as long as it does not disrupt public order. The state is responsible for ensuring the protection of these rights (Bayar, 2023a:149-150). However, this article has been resisted by some groups who do not see themselves as equal to non-Muslim communities. These groups did not even consider it sufficient for the state’s religion to be Islam and demanded that the Hanafi sect be included in the Constitution. In short, the tendency of some social groups in Afghanistan to see themselves as privileged is not new. Some mullahs and tribal leaders were among the groups that reacted against the reforms of the Amanullah Khan era (Saikal et al., 2006: 80).

In 1929, during the uprising against Emanullah Khan, Habibullah Kalakani, who was of Tajik descent, took control of Kabul and remained in power for around 9 months. Kalakani, who nullified all the changes implemented during his tenure, proclaimed himself as the Hadim-i Din-i Rasulullah (guardian of the Prophet's faith). Due to the Pashtun tribes' unwillingness to accept a non-Pashtun leader, he was overthrown as a result of a tribally organised revolution and the disloyalty of his inner circle (Saikal et al., 2006: 95).

The rise of Aryan racism in Europe in the 1930s, which began to gain credibility among Afghan intellectuals, gave rise to a kind of Pan-Afghanism and Afghans were defined as the "Aryans of the East" (Sivrioğlu & Türkoğlu, 2017: 235). As a direct result of the implementation of the Pashtunism policy, the Pashtun language was incorporated into the curriculum as a required topic for all students, and it became obligatory for officials to be proficient in speaking Pashto. The objective was to develop a unified Afghan country based on the cultural and ethical principles of the Pashtun community, resulting in the formation of an Afghan nation-state led by these people. The country's history and culture failed to acknowledge the significant contributions made by other ethnic groups. An observation was made that individuals who were not of Pashtun ethnicity were systematically hindered from advancing in government posts and that state-provided services were not extended to non-Pashtun groups. This system, characterized by the acceptance of Pashtun identity and the preferential treatment of Pashtuns, persisted until the 1960s (Rasuly-Paleczek, 2001: 151).

The founding of Pakistan adjacent to Afghanistan following World War II has led to ongoing conflicts between the two nations. The Afghan administrators perceive the region in Pakistan's FATA (federally administered tribal area), where millions of Pashtuns reside, as a part of their homeland that has been unjustly seized. Consequently, they advocate for Pashtunistan, an ideal where all Pashtuns unite under a single flag. This stance has significantly impacted both Afghanistan's domestic and foreign policies. This concept, which is also the root cause of numerous conflicts between Pakistan and Afghanistan, is not expected to be resolved in the near or foreseeable future, as it poses an existential challenge for both nations. To maintain the focus of the study, we will not delve into the details of this unique topic which would require its dedicated investigation. Afghanistan's leadership, disappointed by the lack of anticipated help from the international community, particularly

the United States, has forged a deeper relationship with the Soviet Union. This reconciliation resulted in the establishment of Afghanistan as a satellite state of the Soviet Union. The Soviet Union's ideological framework, which embraced diverse ethnic identities, facilitated the inclusion of non-Pashtuns in the administrative ranks of Afghanistan. The primary concern is the allegiance to the Marxist socialist ideology promoted by the government.

Amidst a multitude of political movements that opposed the rule in Afghanistan, the Afghan government sought aid from the Soviet Union, resulting in a prolonged period of civil war and turmoil within the nation. Following the Soviet withdrawal from Afghanistan in 1989, the communist leadership has had difficulties in maintaining control over urban areas while attempting to reshape the state. Despite Mohammad Najibullah's attempts to demonstrate a departure from Marxism, the regime ultimately failed to prevent its collapse. In 1992, Kabul was seized by mujahideen organizations, which led to complete dissolution of the central authority of the state (Sivrioğlu & Türkoğlu, 2017: 272-275).

The power struggle between Mujahideen factions has escalated the current state of chaos and insecurity to an intolerable level. The Taliban, formed in this context, managed to garner widespread public backing in its initial phases due to the weariness caused by years of instability. The Taliban's efforts to combat rapists, thieves, drug traffickers, and other criminals have garnered public support. Following their capture of Kabul and subsequent rule over the country, the Taliban persisted in employing their most proficient strategy: violence. The absence of a defined policy or agenda by the Taliban contributes to their inability to effectively tackle the fundamental issues within the country. The Taliban endeavored to enforce an extremist understanding of Sharia law across the entire nation, and swiftly shown their disregard for safeguarding human rights. The Taliban's religious doctrine combines Salafi Islam with Pashtunwali, which is a social code that encompasses Pashtun Traditional Tribal Law. This method facilitates the occurrence of pogroms targeting the Hazara community, the forced expulsion of Tajiks, and the blatant preference towards Pashtuns (Barfield, 2010: 261-263). The Taliban's rigid stance towards many ideologies, faiths, and cultures, particularly during their initial reign, has left a lasting impact, particularly on non-Pashtun and non-Sunni Muslim minority groups.

A. RECONSTRUCTION PROCESS AFTER 2001

Through the implementation of Operation Enduring Freedom, the US military successfully ousted the Taliban regime in Afghanistan, resulting in the ascension of the anti-Taliban group known as the Northern group to power in the new administration. The ministries in the interim administration and cabinet were allocated among the anti-Taliban factions and the four primary ethnic groups (Pashtuns, Tajiks, Hazaras, Uzbeks) based on their respective population sizes. Despite not achieving the level of benefits they had anticipated, the Pashtuns were somewhat content with having Hamid Karzai, an ethnic Pashtun, leading the country. While it is possible for a non-Pashtun candidate to win in democratic elections, it is typically seen as more advantageous for maintaining internal political stability to have a Pashtun leader to prevent political unrest. In short, Hamid Karzai's Pashtun origin also played an important role in his election as the interim head of government (Barfield, 2010: 283-284).

In the reconstructed Afghanistan, minorities' identities are respected, and their rights are constitutionally guaranteed by the 2004 constitution. In the reconstructed Afghanistan, minorities' identities are respected, and their rights are constitutionally guaranteed by the 2004 constitution. For the construction of a common national identity, commonalities rather than divisions were emphasized. However, the word Afghan, which was chosen as the common identity, was not easily accepted by all minorities. The word Afghan is not widely accepted by other ethnic minorities as a meta-identity concept, as it usually refers to Pashtun ethnicities or is perceived as such by the society. The prominent role played by Pashtun tribes in the formation of the Afghan state has significantly contributed to the development of this image. The rollout of electronic identity cards commenced in 2018, but, it encountered a delay due to resistance against including the term "Afghan" on the cards. Ultimately, a decision was made to include both the term "Afghan" and the ethnic background of the individuals holding the cards (Rahimi, 2021). The discourse of Afghanistan as a single homeland where different ethnic groups live together, or in other words, as a country made up of brothers and sisters (ethnic groups) living in the same household, has not been accepted by the whole society.

Nevertheless, it is challenging to assert that all Pashtuns have fully adopted this identity, as several research have indicated that the "Afghan" identification is not

as extensively employed as ethnic or religious identities due to numerous factors (Warren, 2015). The establishment of the “Afghan common super-identity”, which was attempted after 2001 as a crucial step towards building a nation-state, proved to be far more challenging than anticipated and ultimately failed in numerous aspects. Within the communities residing in Afghanistan, the Muslim identity remains a significant social unifying factor (Bayar, 2022).

The 2004 constitution sought to preserve Afghanistan’s multicultural character, at least at the legal level, through an inclusive and broadly participatory form of government. To address the issue of cultural variety not being adequately represented by the minority groups named in the constitution and the national anthem, the Afghan government sought to encompass all communities in the country by adopting a comprehensive and adaptable definition of ethnicity. The NSIA has included the ethnic groups on the identity cards in response to the demands made by the representatives of these groups (Rahimi, 2021). Essentially, when ethnic identities are defined in a broad and adaptable manner, it results in a higher number of assertions of ethnic distinctions and the recognition of several “novel” ethnic identities. This frequently strengthens divisions between different groups rather than promoting unity within the nation.

The allocation of political leadership, ministries and even army commands in Afghanistan along ethnic demographic lines has not, as expected, fostered a participatory democracy. The fragmentation of the army into divisions based on ethnicity has impeded efficient combat against the Taliban and has incited certain regional warlords to engage in conflict with one another. The central government’s legitimacy has been compromised by the civilian losses resulting from these wars (Vogt, 2010).

According to a Human Rights Watch report published in April 2022, ethnic communities that suffered under the Taliban also retaliated following the Taliban’s downfall, carrying out acts of revenge, such as targeting certain Pashtuns due to their shared ethnicity with the Taliban. Following the downfall of the Taliban rule in northern Afghanistan in November 2001, ethnic Pashtuns in the region have been subjected to numerous acts of violence, such as killings, sexual assault, physical abuse, extortion, and theft. Pashtuns are being singled out due to their ethnic affiliation with the Taliban rule, which was predominantly composed of Pashtuns

from southern Afghanistan (*Paying for the Taliban's Crimes - Abuses Against Ethnic Pashtuns in Northern Afghanistan - Afghanistan*, 2002).

A fair and rational approach is essential to prevent the incitement of inter-ethnic violence and animosity. However, it is evident that there are challenges in attaining this equilibrium in Afghanistan. Adopting the perspective that Afghanistan is synonymous with Pashtunistan, and hence equating the interests of Afghanistan with the interests of Pashtuns, will have negative rather than positive consequences. Regrettably, the rise in Pashtun dominance during the Taliban era, coupled with the numerous persecutions endured by other ethnic and religious minorities, exacerbates this apprehension.

B. SECOND TALIBAN ERA ISLAMIC EMIRATE OF AFGHANISTAN

The Taliban are largely a grateful group of Pashtuns who, once in power, have excluded non-Pashtun ethnic groups from political life. Compared to the first Taliban term from 1996 to 2001, the almost full submission of governments to Pashtuns after 2021 demonstrates that the Taliban is unwilling to provide non-Pashtuns political space. The idea that Afghanistan should only be governed by Pashtuns is extremely dangerous for a country with numerous ethnic, linguistic, and religious minorities, as governments that hold this view frequently led to increased ethnic tensions and long-term conflict as a threat to the country when they lack adequate support from sources of historical, social, economic, and legal legitimacy.

The exclusion of women from social life during the second period of the Taliban regime represents a significant challenge to the international community's acceptance of the Taliban regime. The reduction in aid to Afghanistan and the imposition of sanctions against the Taliban regime resemble efforts to forcibly transform the Taliban. It is evident that these efforts have not yet yielded any tangible results. While the Taliban's recent speeches may appear more moderate compared to their earlier period, an analysis of their actual policies reveals that there has been no substantial shift in the Taliban's ideology (OHCHR, 2023).

The Taliban's acceptance by the world community, particularly the West (the European Union and the United States), will be greatly hindered if they fail to demonstrate significant progress in upholding human rights, particularly women's rights (*Women's Rights in Afghanistan: An Ongoing Battle*, 2023). The Taliban's

actions, which undermine the rights of women and minorities, heighten the fears of religious and ethnic communities regarding the present government (Hassan, 2024b).

III. THE STATUS OF MINORITIES UNDER THE TALIBAN REGIME

The population structure of Afghanistan includes a notable share of Turkish minorities. Given their long-standing presence in this region for centuries and the predominant affiliation of the majority to the Sunni-Hanafi sect, it is quite unlikely that there will be any conflicts with the current regime.

Recent polls conducted by human rights organizations indicate that the Taliban regime has exhibited not only animosity but also engaged in active persecution and forced displacement of minority communities. Ethnic and religious minority communities, including Hazaras, Shias, Sikhs, and Hindus, in Afghanistan have persistently faced significant risks and recurrent acts of violence. The resurgence of the Taliban has heightened these threats since they have flagrantly infringed upon the rights of these people, and the rapid proliferation of ISKP (The Islamic State of Khorasan Province) within the nation poses yet another formidable obstacle (Ramizy, 2023).

A. LACK OF POLITICAL PARTICIPATION AND REPRESENTATION

In the post-2001 period, dozens of political parties have been established in Afghanistan and people from almost all segments of society have gained the right to be represented, albeit theoretically. Although many of them are leader-centered and ethnic-based parties, the emergence of political parties is considered a positive step towards democratization. However, it is only possible for political culture to change and gain a democratic structure if it is practiced for a long time. In this respect, the Taliban regime closed political channels, especially to non-Pashtun minority groups, before the political culture could complete its transformation.

The Taliban's decision to assign a greater number of jobs in the administration to Pashtuns, who are the dominant ethnic group, serves to strengthen the perception that Pashtuns hold the primary governing authority in Afghanistan. The fact that there are only a few rulers from different ethnic backgrounds with only symbolic authority does not mean that minority groups are effectively represented in the

country's political landscape. The inclusion of ethnic elites such as the exiled Uzbek Abdul Rashid Dostum, National Resistance Front leader Ahmad Massoud, Tajik's strongman Atta Muhammad Nur, Hazaras overlord Abdul Khani Alipur, and former Herat Province governor Ismail Khan is crucial for the Taliban (Kumar & Malhotra, 2024). The Taliban also included 4 people of non-Pashtun origin (3 Tajiks and 1 Uzbek: Abdul Salam Hanafi (Acting Deputy Prime Minister-Uzbek), Qari Fasihuudin Loi- Chief of Staff-Tajik), Qari Din Hanif (Acting Economy Minister-Tajik), Noorullah Noori (Acting Minister for Borders and Tribal Affairs- Tajik)) in the 33-person interim government it declared (Ahmad, 2021). The extent to which these individuals represent the ethnic groups to which they belong is open to debate. Considering that leading figures hold an important place in Afghanistan's political culture, it is understood that groups of non-Pashtun ethnic origin are not sufficiently represented.

The current Taliban government continuously suppresses freedom of speech by silencing independent media outlets and intimidating individuals who express opposing views. Repressive actions, including imprisonment and death threats, obstruct the democratic process and the free exchange of ideas necessary for societal advancement (Ramizy, 2023). The Taliban, who are the strict Islamist rulers of Afghanistan, have implemented a ban on all political parties, arguing that they are not justified under the principles of Shari'a law. "We will enforce a complete ban on political parties and will not allow any political party to function in the country," declared Abdul Hakim Sharadee, the Taliban's de facto justice minister, during a press conference on August 16, 2023. This statement came one day after the Taliban celebrated two years of governing following the withdrawal of international forces from the nation. "Political parties lack justification under Islamic Shari'a law and are not conducive to the well-being of our nation," he asserted, contending that political parties have been the primary catalyst for unrest in Afghanistan for an extended period (RFE/RL's Radio Azadi, 2023). In addition to this, the Taliban administration took an additional measure and declared that any mention of a political party would be deemed as a criminal offense (Mehran, 2024).

The Taliban's comprehension of political parties, civic society, and human rights is flawed. They adhere to the that these concepts are of Western origin and are not compatible with the tenets of Islam and the traditions of Afghanistan. Upon their return, they have implemented a prohibition on women's involvement in

NGOs, imposed limitations on their operations, and dissolved the department in charge of registering civil society organizations and political parties under the Ministry of Justice. As a result, more than 5,000 civil society organizations and 84 political parties have been terminated. Presently, a mere 5,791 non-governmental organizations (NGOs) have been officially registered with the Ministry of Economy, granting them permission to function exclusively for humanitarian and educational objectives. Nevertheless, because of financial constraints and imminent dangers, a staggering 95% of these entities have been compelled to cease operations or solely engage in online endeavors from foreign locations (Ramizy, 2023).

Additionally, the absence of Hazaras within the Taliban leadership worsens this issue. The Taliban excluded their only Hazara commander, Mawlawi Mahdi, from their ranks. Conflict arose between the Taliban and Mawlawi Mahdi in the Balkhab area of Sar-e-Pol province in northern Afghanistan (Global Campus of Human Rights, 2022).

B. ECONOMIC AND SOCIAL DISCRIMINATION

The policies implemented by the Taliban have led to economic and social disparities. However, it's difficult to argue that these disparities affect every part of society equally. Vulnerable social groups, particularly women and Shiite minorities (Hazaras), are disproportionately affected by this prejudice. Although poverty affects the entire Afghan population, certain marginalized socioeconomic groups are disproportionately affected by pervasive poverty and hunger. The people of Afghanistan are currently facing an unprecedented humanitarian crisis under the leadership of the Taliban. Concerns have been raised about ethnic prejudice in the allocation and distribution of aid by local officials and donor institutions. The incorporation of human rights into humanitarian initiatives enables the formulation of a comprehensive response that encompasses the most marginalised and disadvantaged individuals. The country's marginalized populations, specifically women and girls, are disproportionately impacted due to the Taliban's policies that discriminate against women. Women encounter several challenges, such as limited opportunities to obtain education, healthcare, and financial resources. Women have been prohibited by the Taliban from engaging in paid employment. Based on a survey conducted by the World Food Program, households led by women are the most severely impacted, with almost 100 percent experiencing inadequate

food intake and 85 percent resorting to extreme measures to get food. In March 2022, the Secretary-General of the United Nations issued a cautionary statement indicating that individuals are presently resorting to the sale of their offspring and bodily organs to provide sustenance for their families. According to certain media sources, there have been reports of families engaging in the practice of exchanging their younger daughters in marriage to get food (Global Campus of Human Rights, 2022).

The fair distribution of international humanitarian assistance to Afghanistan's vulnerable and impoverished population has been inadequate. There have been multiple complaints about ethnic bias in the allocation and distribution of aid by local authorities and donor organizations considering the Taliban's involvement. Afghanistan has deep ethnic divisions, making it likely that ethnic discrimination, defined as unjust and discriminatory treatment based on race or ethnicity, will occur under the influence of the Taliban. The main complaints come from non-Pashtun ethnic communities, particularly the Hazara, who have a long history of human rights abuses and large-scale massacres committed by the Taliban. Hazaras living in various provinces of the country experience significant marginalization in terms of fair access to humanitarian aid. A survey conducted from February 24 to April 10, 2022, involving 424,880 Hazara households in 1,116 villages and community councils, found that only 17.2 percent of the households received humanitarian aid. In contrast, the majority of families (82 percent) did not receive any assistance. The prejudice and unequal access to humanitarian aid can partly be attributed to the limited involvement and representation of Hazaras in national and international agencies responsible for aid distribution (Global Campus of Human Rights, 2022). On July 2, 2022, the United States issued a warning over the Taliban's influence in the allocation and distribution of humanitarian goods. The OCHA survey additionally verifies that the distribution of humanitarian supplies among villages is inequitable due to the Taliban's intervention in the process (Global Campus of Human Rights, 2022). Thus, the Taliban took actions that undermined both pillars of the promise of inclusive and just governance.

From 1996 to 2001, the Taliban instilled fear and seized control of Hazara districts in Afghanistan by carrying out a series of deliberate executions. Upon taking control, the Sunni militant group endeavored to alleviate the Hazaras' concerns of discrimination and persecution. The Taliban made visits to Shi'a mosques in the

Afghan capital and stationed their fighters to provide security for the celebrations commemorating the Shi'ite month of Muharram. However, community members have accused the Taliban of renegeing on their commitments to safeguard the rights of Shi'a individuals and let them practice their faith without restrictions. The Taliban prohibited the instruction of the Shi'a Jafari school of jurisprudence at Bamiyan University in May 2023. The extension of the prohibition to all universities in Afghanistan remains ambiguous. Most inhabitants of the province of Bamiyan, located in central Afghanistan, adhere to the Shi'a branch of Islam (Siddique & Khosrow, 2023). The fact that most Turkic minority groups are Sunni-Hanafi prevents them from being as religiously marginalized as Shiites. However, practices that lead to the exclusion and discrimination of women from social life victimizes women belonging to Turkic minorities as well as women in the whole country. The majority of Turkic minority groups are affiliated with Sunni-Hanafi, which helps prevent their religious marginalization and sets them apart from the Shiite community. However, certain practices lead to the isolation and discrimination of women from social life, negatively impacting women in the Turkish minority and across the whole country. Afghanistan is consistently ranked as one of the most unfavorable countries for women's living conditions. According to the Georgetown Institute for Women, Peace and Security's index of 177 countries around the world, Afghanistan is the worst country for women to live in (*Afghanistan - GIWPS*, 2023). It could be argued that the Index is not suitable for assessing non-Western societies as it is based on Western values, but this does not change the fact that women in Afghanistan live in difficult conditions under Taliban rule.

- **Cultural Oppression and Assimilation**

The Taliban's policy of conformity extends beyond enforcing dress codes. They have a stringent definition for each individual's social status, behavior, and way of life. The regime promotes a singular narrative that grants power and authority exclusively to one ethnic, religious, and gender group. Consequently, this excludes and discriminates against a significant portion of society who do not belong to the Pashtun, Hanafi Muslim, male, or heterosexual categories. The Taliban's efforts to suppress diversity align with the governing style observed in previous oppressive Afghan regimes throughout the past century. In essence, despite the various forms of governance that have emerged in what is known as modern Afghanistan, they often shared a common objective: the subjugation of diversity and enforced assimilation

(Bakhtiari, n.d.). The imposition of travel and dress restrictions on women also appears to be a step towards forcing Pashtun culture on the rest of the population. This is because the clothes recommended by the administration are usually the traditional clothes worn by Pashtun women (niqab and burqa) (Azadi & Bezhan, 2021).

Afghan women, in general, do not encounter difficulties with veiling, however, their preferred methods of veiling differ. Based on the 2019 Survey on Afghan People conducted by the Asia Foundation, the burka remains the preferred attire for women in public spaces, with 32.1%, increasing from 30.9% in 2018. The niqab is the second most popular choice at 27.6%, followed by the chador at 14.1%. The close-fitting hijab is chosen by 17.9% of women, while the loose-fitting hijab is preferred by 7.6%. Only 0.7% of women opt for no covering, a slight increase from 0.5% last year. The approval ratings for both tight-fitting and loose-fitting hijabs, which are commonly worn by women working in public settings, have reached their greatest levels since the issue was initially posed. Statistically, women exhibit a higher inclination towards the chador (15.6% of women, 12.5% of males), the close-fitting hijab (20.2% of women, 15.6% of men), and the tight-fitting hijab (8.4% of women, 6.8% of men). Conversely, men are more prone to favor the burka (36.6% of men, 27.6% of women) (The Asia Foundation, 2019:27). Some Afghan women found it unacceptable that women were forced to dress in a way that men deemed appropriate for them, rather than in a way of their own choosing (Azadi&Bezhan, 2021).

In the reconstruction process, although different ethnic groups were allowed to use their mother tongues as the language of education in the regions where they lived densely, the Taliban regime prioritized Pashto education and in a sense forced ethnic groups speaking different languages to receive education in Pashto. The Taliban regime, which tries to control almost every aspect of social life and exert pressure on the people, has prioritized Pashto as the preferred language.

CONCLUSION

Although the Taliban regime has expressed its commitment to an inclusive and fair governance and has given moderate messages, it has turned to practices with the same rigour as it did in its early years and has disappointed expectations. The

Taliban administration, which seeks to apply Sharia's radical interpretation of the law throughout the country, is attempting to exert influence in nearly every domain of public life. This is due to the fact that the administration lacks any discernible objective or concerns, such as the protection of human rights. The Taliban, on the one hand, uses fear as a tool to control and oppress the masses, while on the other, they strive to transform the people to their own opinion. The Taliban regime, which strives to maintain strict control over a multitude of aspects of life, from men's beard lengths to women's clothing styles, aspires to consolidate all authority within its own domain. It is therefore possible to claim that the Taliban never had a goal of sharing power. It is understood that a democratic form of government will never be preferred by the Taliban, as it means that the taliban share power, taking into account Afghanistan's demographic structure. It is thought that the removal of other ethnic groups from politics and the prohibition on discussing the party are directly linked to the Taliban's desire to relinquish their monopoly of power. It is unlikely that the Taliban, who need that power to shape the social structure he ideologically embodies in accordance with his own opinion, will have a moderate approach to democratic values. The Taliban, as a force-seeking organization, can be claimed to approach other ethnic groups in Afghanistan with suspicion, as non-Pasthuns, even within themselves, pose a potential threat to the Taliban. In order to create the idealized Afghan society, the power-needed Taliban is driven to an ethnocratic approach, almost tragically, because of the weak sources of legitimacy they have, with suspicion about sharing power with non-Pashtuns.

REFERENCES

- Afghanistan - GIWPS*. (2023, October 20). GIWPS. <https://giwps.georgetown.edu/country/afghanistan/>
- Ahmad, S. (2021, September 9). *Who's who in Taliban interim government?* AA. <https://www.aa.com.tr/en/asia-pacific/whos-who-in-taliban-interim-government/2360424>
- Anderson, J. (2016). ETHNOCRACY: Exploring and extending the concept. *Cosmopolitan Civil Societies an Interdisciplinary Journal*, 8(3), 1–29. <https://doi.org/10.5130/ccs.v8i3.5143>
- Azadi, R. R., & Siddique, A. (2021, September 10). Last Afghan Jew leaves amid minority exodus in fear of Taliban. *RadioFreeEurope/RadioLiberty*. <https://www.rferl.org/a/last-afghan-jew-leaves-minority-exodus/31453977.html>
- Azadi, R. R., & Bezhan, F. (2021, September 6). Taliban imposes new dress code, segregation of women at Afghan universities. *RadioFreeEurope/RadioLiberty*. <https://www.rferl.org/a/taliban-dress-code-segregation-women/31446726.html>
- Bakhtiari, S. (n.d.). *Defending Diversity: Minorities under Taliban Rule*. Afghan Institute for Strategic Studies (AISS). <https://aissonline.org/en/opinions/defending-. . /1146>
- Barfield, T. (2012). *Afghanistan: A Cultural and Political History*. Princeton University Press.
- Bayar, E. (2022). *Afganistan: kimliğini arayan ülke* (1st ed.). Orion Akademi.
- Bayar, E. (2023a). Afganistan'da Taliban Dönemi İnsan Hakları İhlalleri. In A. Özer & E. Yazar (Eds.), *İnterdisipliner Bir Alan Olarak İnsan Hakları* (1st ed., pp. 147–168). Adalet Yayınevi.
- Beaumont, P. (2021, August 18). Taliban seek no 'revenge' and all Afghans will be 'forgiven.' *The Guardian*.
<https://www.theguardian.com/world/2021/aug/17/taliban-seek-no-revenge-and-all-afghans-will-be-forgiven>

- Çomu, A. E. (2020). Afganistan'da Devlet İnşası ve Dinin Rolü Kuruluşta Abdurrahman Han'ın Yönetiminin Sonuna Kadar Afgan Devleti Yapısı. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 75(2), 363-390. <https://doi.org/10.33630/ausbf.727491>
- DFAT Thematic Report *Afghanistan Political and Security*. (2022, January 14). Australian Government Department of Foreign Affairs and Trade. <https://www.dfat.gov.au/>
- Erginsoy, G. (n.d.). *ETNİSİTE ansiklopediler - TÜBİTAK*. <https://ansiklopedi.tubitak.gov.tr/>. <https://ansiklopedi.tubitak.gov.tr/ansiklopedi/etnisite>
- Global Campus of Human Rights. (2022, January 9). *The Taliban's interference in the delivery of humanitarian aid in Afghanistan*. GlobalCampus of Human Rights - GCHR. <https://gchumanrights.org/gc-preparedness/preparedness-conflict/article-detail/the-talibans-interference-in-the-delivery-of-humanitarian-aid-in-afghanistan.html>
- Gossman, P. (2023, August 22). No end to Taliban revenge killings in Afghanistan. *Human Rights Watch*. <https://www.hrw.org/news/2023/08/22/no-end-taliban-revenge-killings-afghanistan>
- In Afghanistan, Taliban states plan to form commission in 2022 to draft new constitution*. (2021, September 24). ConstitutionNet. <https://constitutionnet.org/news/afghanistan-taliban-states-plan-form-commission-2022-draft-new-constitution>
- Kumar, A., & Malhotra, A. (2024, April 18). Factoring ethnicity in Taliban's quest for legitimacy: An anthropological rewiring of the power structure. *Georgetown Journal of International Affairs*. <https://gjia.georgetown.edu/2024/04/17/factoring-ethnicity-in-talibans-quest-for-legitimacy-an-anthropological-rewiring-of-the-power-structure/>
- Lee, J. L. (2022). *Afghanistan: A History from 1260 to the Present*. Reaktion Books.
- Mehran, M. (2024, April 2). *The final nail in the coffin of parties: merely mentioning a party now declared a crime*. Hasht-e Subh. <https://8am.media/eng/the-final-nail-in-the-coffin-of-parties-merely-mentioning-a-party-now-declared-a-crime/>
- OHCHR. (1992, December 18). *Declaration on the rights of persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities*. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-rights-persons-belonging-national-or-ethnic>

- OHCHR. (2023, August 14). *Afghanistan: UN human rights experts denounce idea of “reformed” Taliban*. <https://www.ohchr.org/en/statements/2023/08/afghanistan-un-human-rights-experts-denounce-idea-reformed-taliban>
- Paying for the Taliban’s crimes - Abuses against ethnic Pashtuns in northern Afghanistan - Afghanistan*. (2002, April 17). ReliefWeb. <https://reliefweb.int/report/afghanistan/paying-talibans-crimes-abuses-against-ethnic-pashtuns-northern-afghanistan>
- RadioFreeEurope/RadioLiberty. (2023, August 17). Taliban bans political parties in Afghanistan after declaring them Un-Islamic. *RadioFreeEurope/RadioLiberty*. <https://www.rferl.org/a/afghanistan-taliban-bans-political-parties/32552632.html>
- Rahimi, Z. (2021, March 14). *54 New ethnic options on Afghan ID cards spark debate*. TOLO-news. <https://tolonews.com/afghanistan-170682>
- Ramizy, M. K. (2023, July 10). *Human Rights : Human rights situation under Taliban regime*. Friedrich Naumann Foundation. <https://www.freiheit.org/south-asia/human-rights-situation-under-taliban-regime>
- Reuters. (2021, August 17). Chaos, desperation at Kabul airport as Biden defends withdrawal from Afghanistan. *Reuters*. <https://www.reuters.com/world/asia-pacific/talibans-rapid-advance-across-afghanistan-2021-08-10/>
- Sadat, S. K. (2021, September 29). *Taliban, Afgan Kralı Zahir Şah dönemi anayasasını temel alacak*. <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/taliban-afgan-krali-zahir-sah-donemi-anayasasi-ni-temel-alacak/2377802>
- Saikal, A., Farhadi, A. G. R., & Nourzhanov, K. (2006). *Modern Afghanistan: A History of Struggle and Survival*. Harvard Common Press.
- Siddique, A., & Khosrow, M. (2023, July 19). Afghanistan’s Shi’ite minority suffers “Systematic discrimination” under Taliban rule. *RadioFreeEurope/RadioLiberty*. <https://www.rferl.org/a/afghanistan-taliban-shiite-persecution-discrimination/32507042.html>
- The Asia Foundation. (2019). *A survey of the Afghan People: Afghanistan in 2019. The Constitution of the Afghanistan*. (n.d.). The Embassy of the Islamic Republic of Afghanistan. <https://www.afghanembassy.com.pl/afg/images/pliki/TheConstitution.pdf>

Vogt, H. (2010, July 27). *Afghan army struggles with ethnic divisions*. NBC News. <https://www.nbcnews.com/id/wbna38432732>

Warren, Z. (2015). *First I am my tribe: An investigation of ethnic identity in a natural sample of Afghans* [Phd. Dissertation, Georgetown University].

https://repository.library.georgetown.edu/bitstream/handle/10822/1040764/Warren_georgetown_0076D_13167.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Women's rights in Afghanistan: an ongoing battle. (2023, April 4). European Parliament. [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2023\)747084](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2023)747084)

ULUSAL VE ULUSLARARASI BOYUTLARI İLE SAĞLIK HAKKI

The Right to Health With Its National and International Dimensions

B. İzzet TAŞÇI *

Öz

Sağlık hakkı, Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler ve üyesi olduğu uluslararası kuruluşlar çerçevesinde, uluslararası bir nitelik arz etmektedir. Sağlık hakkı kavramının içerisinde; geniş manada fiziksel ve ruhsal açıdan sağlıklı olmayı sürdürme, hastalanınca tedavi görme, sağlıklı çevrede yaşama, sağlıklı gıda ve suya erişim imkanları, sağlıklı barınma koşulları, hasta hakları, sağlık personelinin hastalara karşı yükümlülükleri ve bu çerçevede yaşanan mağduriyetlerin idari ve yargısal merciler vasıtasıyla giderilmesi prosedürleri de yer almaktadır. İnsan haklarının temel amaçlarından birisinin de insan onuruna yakışır bir muamele görme hakkı olduğu dikkate alındığında, sağlık hakkının da insan onuru açısından temel nitelikte olduğu ifade edilebilir. Sağlık hakkı, uluslararası insan hakları mevzuatında, önemli bir yere sahiptir.

Devletin, sağlık hakkı konusunda kendi vatandaşlarının lehine yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu çerçevede devletin, etkin bir sosyal güvenlik koruması altında, vatandaş-

Abstract

The right to health has an international character within the framework of the international agreements to which Turkey is a party and the international organizations of which it is a member. Within the concept of the right to health; included in maintaining physical and mental health in a broad sense, receiving treatment when sick, living in a healthy environment, access to healthy food and water, healthy housing conditions, patient rights, obligations of healthcare personnel towards patients. The right to health also contains within this framework procedures for resolving grievances experienced through administrative and judicial authorities. Considering that one of the main aim of human rights is the right to be treated with dignity, it can be expressed that the right to health is also fundamental in terms of human self-respect. The right to health has an important place in international human rights legislation.

The state has obligations in favor of its citizens regarding the right to health. In this context, the state has duties and responsibil-

* Başmüfettiş B. İzzet TAŞÇI, Sağlık Bakanlığı Teftiş Kurulu, e-posta: bizzettasci@yahoo.com, ORCID ID: 0000-0001-6469-1056

larının ayrımcılığa uğramadan sağlık hizmeti alması konusunda görev ve sorumlulukları vardır.

Çalışmanın temel amacı, sağlık hakkının ulusal ve uluslararası yargı mercilerinde nasıl ele alındığı, literatürde nasıl yorumlandığı konusuna açıklık getirmektir. Çalışmada; literatür taraması yapılmış, ulusal ve uluslararası mahkeme kararları incelenmiş, gerek ulusal, gerekse uluslararası mevzuat çerçevesinde sağlık hakkı ihlali iddialarının azaltılabilmesi için neler yapılabileceği konusunda da çözüm önerilerine yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, Sağlık Hakkı, Pozitif Yükümlülük, Sosyal Güvenlik, Sağlık Hizmeti

ities to ensure that its citizens receive health care without discrimination, under effective Social Security protection.

The main aim of this study is to clarify how the right to health is handled in national and international jurisdictions and how it is interpreted in the literature. In this study; a literature review was conducted, national and international court decisions were examined, and solution suggestions were included on what could be done to reduce claims of violation of the right to health within the framework of both national and supranational legislation.

Keywords: Human Rights, Right to Health, Positive Obligations, Social Security, Health-care

GİRİŞ

İnsan haklarına ilişkin temel kurallar, insanın “varlık olarak” değerinin korunmasını esas alırlar. İnsan hakları kuralları; insanın, maddi ve manevi bütünlüğünü korumayı ve gelişimini esas alan “üstün nitelikli” kurallardır (Akıllıoğlu, 1995: 19). 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 3. maddesi çerçevesinde “yaşam hakkı” evrensel nitelikte teminat altına alınmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin söz konusu maddesinde; yaşam hakkı, birey olarak herkese ait bir hak olarak tanımlanmış, Evrensel Beyanname’nin 25. maddesinde de yaşam hakkı, “sosyal güvence” hakkını da kapsayacak şekilde çok geniş bir ölçekte ele alınmıştır (Resmî Gazete, 1949).

Yaşam hakkı, uluslararası düzeyde kabul görmüş tüm hakların esasını oluşturmaktadır. Bireylerin elde ettikleri haklarını kullanılabilmeleri için öncelikle sağlıklı olmaları gerekir. Sağlık hakkının, yaşam hakkı ile doğrudan bağlantılı olması ve yaşam hakkının da diğer insan hakları gibi “ertelenemez, ötelenemez, vazgeçilemez” nitelikte olması nedeniyle, insan hakları mevzuatı çerçevesinde sağlık hakkı ile ilgili evrensel nitelikte kabul gören çok sayıda düzenleme bulunmaktadır (Savcı, 1980:22; Yener ve Bayın, 2017: 170).

“Sosyal devlet” ilkesinin ortaya çıkışında insan hakları konusunda toplumsal bilinçlenmenin de etkili olduğu söylenebilir. Örneğin; 19. yüzyıl ortalarında Almanya’da sağlık taleplerini de içeren işçi hareketleri ortaya çıkmıştır (Kalkan, 2021: 39). Bu hareketlerin sonucunda, modern anlamda sağlık hakkının ve sağlık hakkına yönelik düzenlemelerin de öncüsü niteliğinde sayılan “sağlık sigortası sistemi” gündeme gelmiştir. Bu alanda ilk düzenlemeleri yapan Almanya’yı diğer ülkelerin de aynı şekilde takip etmesi sonucu, “sosyal güvelik ve sağlık hakkına ulaşım” konularında, uluslararası düzeyde belirli bir bilinç seviyesine gelinmiştir (Bozkurt, 2008: 13-18). Çalışma hayatında, uluslararası düzeyde yaşanan gelişmeler “sosyal devlet” anlayışını ortaya çıkarmış, bu bağlamda devletin sağlık hizmeti sunma yükümlülüğü de ön plana çıkmıştır (Tacir, 2011: 34).

Sanayi devrimi sonrası işçilerin sağlık sigortası ve sağlık hizmetlerine erişim konusunda elde ettikleri kazanımlar daha sonra çeşitli devletlerin hukuksal düzenlemeleriyle yaygınlık kazanmıştır (Bozkurt, 2008: 13-18; Tanör, 1978: 119). İnsan haklarının temel amaçlarından birisinin de insan onuruna yakışır bir muamele görme hakkı olduğu dikkate alındığında, sağlık hakkının da insan onuru açısından temel nitelikte bir hak olduğu ifade edilebilir. Bireylerin sağlığının korunmadığı ve bireylerin yaşamlarını devam ettirmeleri için gerekli olan tedbirlerin alınmadığı bir ortamda, yaşam hakkının varlığından bahsedilemez. Bunun yanında, yasal ve sosyal anlamda sağlık hakkı güvence altına alınmamış bir bireyin, diğer temel haklarının koruma altında olduğu da söylenemez (Şahbaz, 2009: 408-412).

Sağlık hakkı, evrensel nitelikte korumaya alınan yaşam hakkının ayrılmaz bir parçası olup, bireylerin içinde yaşadığı ülkelerin devletleri tarafından da ulusal düzeyde güvence altına alınması gereken temel bir hak niteliğindedir. Bu çerçevede, sağlık hakkı konusunda takip edilen ulusal politikalarda ve sağlık hizmetinin yerel olarak sunulmasında temel insan hakları ilkelerinin yol gösterici olması gerekir.

Sağlık hakkı, farklı uluslararası belgelerde; “tıbbi tedavi görme, sağlık hizmetlerine ulaşım, sağlığın korunması, sağlık hizmeti alma hakkı” gibi çeşitli tanımlar içerisinde de kendine yer bulmaktadır (Arslan, 2015: 35-59; Asher, 2004: 7-25). Sağlık hakkı kavramının içerisinde; geniş manada; hasta hakları, sağlık çalışanlarının hastalara karşı yükümlülükleri ile bu yönde ortaya çıkan mağduriyetlerin giderilmesi prosedürleri de yer almaktadır (Şahbaz, 2009: 410).

Sağlık hakkı, sadece Türkiye'nin iç hukuku kapsamında ele alınacak bir husus değildir. Sağlık hakkı, Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler ve üyesi olduğu uluslararası kuruluşlar çerçevesinde uluslararası bir nitelik de arz etmektedir. Hastalık öncesi ve sonrası sağlık hizmetlerine erişim kısıtları, hastalık esnasında teşhis ve tedavi süreçlerindeki aksaklıklar, hastalık sonrası rehabilitasyon faaliyetlerindeki olumsuzluklar, muhtaçlık durumunda destekleyici bakım imkanlarından yararlanamama, herhangi bir tıbbi rahatsızlık olmaksızın sağlıklı olma halinin sürdürülebilmesi için gerekli olan imkanların elde edilmesine yönelik hukuki, idari ve fiili engeller gibi hususlar, mağdurlar tarafından ulusal ve uluslararası düzeyde dava konusu edilebilmektedir.

Çalışmada, öncelikli olarak sağlık hakkı kavramına dâhil olan konular, mevcut literatür çerçevesinde ele alınacaktır. Daha sonra sağlık hakkının diğer evrensel temel haklar arasındaki yerine değinilecektir. Konuyla ilgili ulusal ve uluslararası mevzuattaki temel belgelere de yer verilecek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay gibi mahkemelerce verilen kararlar çerçevesinde sağlık hakkının nasıl yorumladığı, bu konuda ne şekilde içtihatlarla bulunulduğu hususları üzerinde ayrıca durulacaktır.

Çalışmanın sonunda; gerek ulusal, gerekse uluslararası mevzuat çerçevesinde, sağlık hakkı ihlali iddialarının azaltılabileceği konusuna da değinilecek ve çözüm önerilerine yer verilecektir.

I. SAĞLIK HAKKI KAVRAMINA DAHİL OLAN KONULAR

Devletler, kendi vatandaşlarının fiziksel ve ruhsal açıdan sağlıklı olabilmesi için çeşitli sağlık politikaları geliştirirler. Bu açıdan sağlık hakkı, “birey ve toplum olarak sağlıklı olunması” hedefine ulaşılabilmesi için bireylerin sağlık tesislerine ulaşması, tedavi ve rehabilitasyon olanaklarından yararlanması imkanlarını da içerir. Ülkeler tarafından uygulanan “sağlık politikaları” veya “sağlık hizmetinin o ülkedeki verilme biçimi” uluslararası kabul gören ve korunan evrensel insan hakları ilkelerinin bazılarının ihlaline yol açabilir. Devletlerin sağlık alanında yapmış oldukları idari işlemlerin ve almış oldukları idari tedbirlerin temel insan haklarıyla uyumlu olması bir zorunluluktur.

Dünya Sağlık Örgütü, kendi Anayasası'nda sağlıklı olmayı; “fiziksel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hali” olarak tanımlamaktadır (Dünya Sağlık Örgütü,

2006). Söz konusu tanım dikkate alındığında, Dünya Sağlık Örgütü tarafından sağlıklı olma halinin, kişinin fiziki kabiliyetleri, akli yapısı ve içinde bulunduğu sosyal çevreyle bir bütünlük içerisinde değerlendirildiği görülmektedir.

Sağlık hakkı, bireylerin fiziksel ve ruhsal sağlıklarının korunması için gerekli olan adli, idari ve mali tedbirlerin, siyasi ve idari otorite tarafından alınmasını zorunlu kılar. Bireylerin sağlıklı olma hallerinin sürdürülebilmesi için bireylere çeşitli imkanların sunulması, temel insan hakları değerlerinin sağlık hizmetlerinin sunumuna uyarlanmasıyla doğrudan ilgilidir (Bozkurt, 2008: 14). Sağlık hakkı, temel yaşam hakkına işlevsellik kazandıran bir hak niteliğindedir. Temel haklar bakımından her insan hakkı ihlalinin aynı zamanda insan sağlığı üzerinde de olumsuz bir etki bıraktığı kuşkusuzdur. İnsan haklarının bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği göz önünde tutulduğunda, sağlık hakkının; uluslararası belgelerde teminat altına alınan diğer temel haklarla da yakın bağlantıları olduğu açıktır.

Sağlık hakkı, “bireylerin fiziksel ve ruhsal sağlıklarının korunması” hakkının yanısıra, aynı zamanda bireylerin yaşamlarını sağlıklı bir şekilde sürdürebilmeleri için, devletin sunduğu sağlık hizmetlerinden de “en iyi bir şekilde ve herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmadan yararlanmaları” imkanlarını da kapsar (Üzeltürk, 2012: 5-31). Kişinin, hayatını sağlıklı bir şekilde sürdürebilmesi için gerekli imkanlardan yararlanması, hastalandığında kendisine uygun teşhis ve tedavi imkanlarının sunulması, bu konulardaki imkanlardan eşit bir şekilde ayrımcılığa uğramadan faydalanabilmesi, gerektiğinde sağlık hizmeti sağlayıcılarına karşı söz konusu hakları ileri sürebilmesi hususları, sağlık hakkı kavramına dâhildir (Döner ve Kelek, 2015: 5-8; Er, 2008: 3; Hakeri, 2007: 46; Üzeltürk, 2012: 17-19).

Bireyler hastalandıklarında, devletin sağlamış olduğu sağlık hizmetlerinden yararlanırlarken birtakım haklara sahiptirler. Sağlık hakkının, kişilerin sağlık durumlarıyla ilgili olarak “bilgi edinme, hastalığı hakkında aydınlatılma, tedaviye onay verme, tedavi göreceği sağlık tesisini veya hekimini seçme ve değiştirme” gibi hasta haklarıyla da çok yakından ilgisi vardır.

Sağlık hakkının, sağlıklı gıdaya ve içilebilir suya ulaşım, uygun barınma koşullarında ve sağlıklı bir çevrede yaşam sürdürme ve çalışma, üreme sağlığı dâhil sağlıklı yaşamın sürdürülebilmesi için eğitim alma, temel nitelikteki ilâçlara ulaşabilme, işkence ve kötü muameleye maruz kalmama hakları gibi haklarla bağlantısı olduğu da göz ardı edilmez (Birleşmiş Milletler, 2024a). Bu yönüyle sağlık hakkının bir

tarafından sosyo ekonomik eşitsizliklerin giderilmesi, diğer taraftan da bireysel hak ve özgürlüklerin teminat altına alınması konularıyla yakın bağlantısı olduğu açıktır (Gevers, 2004: 29-30).

Diğer taraftan adalet ve hakkaniyet ilkeleri gereği hastalara sunulan sağlık hizmetlerinin ayırım gözetmeksizin belirli bir kalitede ve standartta olması da sağlık hakkının gereklerindendir (Kök, 2018: 157; Dünya Sağlık Örgütü, 2007: 9). Sağlıklı olma halinin devam ettirilmesinin yanısıra, bozulan sağlığın yeniden kazanılması için ihtiyaç duyulan tedavi hizmetlerinin kişilere sunulması ihtiyacı nedeniyle, sosyal güvenlik uygulamaları ile sağlık hakkı arasında sıkı bir bağlantı olduğu ifade olunabilir (Arıcı, 2015: 93, 408).

Sağlık hakkı, çok sayıda uluslararası belgede de kendine yer bulmuştur. İç hukuk açısından; başta Anayasa olmak üzere, çok sayıda yasal düzenlemede de sağlık hakkı ile ilgili hükümler yer almaktadır. Türkiye'nin üyesi olduğu Avrupa Konseyinin yargı mercii olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde ve ulusal mahkemelerde sağlık hakkı çok geniş bir çerçevede ele alınmaktadır.

Bu kapsamda; özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde sağlık hakkı, “sağlıklı olma halini sürdürebilme, sağlık hizmetlerine erişim kolaylığı, hastalık esnasında tedaviye devam edebilme, sağlık nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmama” gibi esaslar çerçevesinde değerlendirilmektedir. Sağlık hakkının, insan hakları kavramı içinde değerlendirilmeye başlaması sonucu; sağlıklı olmak kavramı artık sadece “tıbbi boyutuyla” değil, hukuksal olarak “devletlerin yükümlülükleri” bağlamında da ele alınmaktadır.

Diğer taraftan, kişinin kendine yapılan tıbbi işlemler hakkında bilgi edinebilmesi, tedaviye onay vermesi, tedavi esnasında insanca muameleye maruz kalması, etkin bir sosyal güvenlik hizmetinden yararlanma imkanının olması gibi hususlar da mahkemelerin sağlık hakkı çerçevesinde değerlendirme yaptığı konular arasında yer almaktadır. Sağlıklı cinsel hayat ve üreme hakkı, özel hayatın gizliliği gibi “kişisel mahremiyeti” ilgilendiren konuların yanısıra, organ ve doku nakli gibi “biyoetik” konular da mahkemelerin sağlık hakkı ile bağlantılı olarak karar verdiği hususlar arasında kendine yer bulmaktadır.

Sağlıklı bir çevrede yaşama ve barınma, sağlıklı gıdaya ve suya erişebilme gibi “çevre ve iklim şartlarıyla bağlantılı” konular, sağlık hakkı paralelinde değerlendiril-

ilmektedir. Sağlık hizmetlerinin nicelik ve nitelik yönlerinden denetlenmesi, sağlık hizmetlerinden bir şikayet söz konusu olduğunda, şikayetle ilgili adli, idari ve mali süreçlerin adil ve şeffaf bir şekilde yürütülmesi, “sağlık konusundaki adli ve idari davaların makul sürelerde sonuçlandırılması” konuları da sağlık hakkı ile bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Bu bağlamda, sağlık hakkı kavramına dâhil olan hususlar, ulusal ve uluslararası düzeyde yargı içtihatlarıyla şekillenmekte ve gittikçe genişlemektedir.

II. SAĞLIK HAKKININ TEMEL HAKLAR ARASINDAKİ YERİ

İnsan hakları; insanlar arasında hiçbir ayırım gözetmeksizin, insanların “sadece insan olmalarından kaynaklanan” bir takım haklara sahip olmalarını ifade eder. Kanun önünde eşitlik, ifade hürriyeti, insanca muamale görme hakkı gibi insan hakları kavramına dâhil olup, günümüzde son derece olağan karşılanan temel haklar, tarihsel süreç içerisinde olgunlaşmışlardır. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarihsel süreç içinde olgunlaşan temel insan haklarına yer veren iki ana belgedir.

İnsan hakları mevzuatı kapsamında genel kabul gören temel hak ve hürriyetler, kronolojik bir şekilde; “birinci kuşak haklar (klasik haklar), ikinci kuşak haklar ve üçüncü kuşak haklar (dayanışma hakları)” şeklinde tasnif edilmektedir (Gözler, 2020a: 121-128 ; Gözler, 2020b: 156-157).

“Yaşam hakkı” birinci kuşak klasik haklar arasında yer almaktadır. Klasik haklardan yararlanma imkanıyla ilgili olan haklar ise ikinci kuşak haklar kavramıyla ifade olunmaktadır. Bu çerçevede, sağlık hakkı da ikinci kuşak haklar arasında konumlanır (Kabaoğlu, 2022: 25). Üçüncü kuşak haklar diğer temel haklara göre kişi özgürlüklerinden ziyade kişi toplulukları arasındaki dayanışma fikrinden yola çıkarak, diğer hakların gerçekleştirilmesiyle ilgilidirler.

Son yıllarda literatürde “dördüncü kuşak” haklardan da bahsedilmekte olup, özellikle bilişim teknolojisi ve genetik mühendisliği alanında yaşanan gelişmeler kapsamında teknolojinin getirdiği yeniliklerin insan haklarını zedelememesi için; bilişim teknolojisiyle ilgili olarak “kişisel verilerin korunması” ve genetik gelişmeler kapsamındaki teknolojik imkanlardan yararlanılarak insan onurunu zedeleyebilecek uygulamalardan kaçınılması için de “insan onurunun korunması” hakkından bahsedilmektedir (Karakul, 2016: 169-170).

Devletlerin, temel hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesi konusundaki genel tutumuna göre temel haklar, Alman hukukçu Jellinek tarafından “negatif”, “pozitif” ve “aktif” statü hakları şeklinde üçlü bir tasnife tabi tutulmuştur (Gözler, 2020a: 117-119; Gözler, 2020b: 150-154).

Negatif statü hakları, bireylerin temel nitelikteki haklarını kullanmasına “devletin hiçbir şekilde müdahale etmemesini gerektiren nitelikteki” haklardır (Kalabalık, 2009: 48). Örneğin “kişi güvenliği”, negatif statü hakkı niteliğindedir. Bu nitelikteki haklar, söz konusu hakların “kişileri devlete karşı koruyan nitelikleri” dikkate alınarak “koruyucu haklar” diye de anılırlar (Gözübüyük, 1998: 166).

Sağlık hizmeti, “sosyal devlet” anlayışının kamusal alana en önemli yansımasıdır. Bu niteliği gereği sağlık hakkı, temel haklar bakımından pozitif statü hakları (sosyal haklar) kategorisine de girer (Bulut, 2009: 33-39; Tanör, 1978: 96). Pozitif statü hakları, devletten talep edilebilen hakları ifade ederler. “Sağlık hakkı”, “sosyal güvenlik” hakkı bu tür haklara örnek olarak gösterilebilirler. Pozitif statü hakları, devlete sosyal alanda birtakım sorumluluklar yükler. Bu nitelikteki hakların çoğunluğu sosyal ve ekonomik alan kapsamına girdiği için, bu haklara “sosyal haklar” da denilir (Gözler, 2020a: 118).

Aktif statü hakları, kişinin devlet yönetimine katılması hakkını ifade ederler. Örnek olması bakımından, bir kimsenin sağlık mevzuatının aksayan yönlerinin düzeltilmesi için ilgili mercilere genel öneriler içeren bir dilekçe vermesi “dilekçe verme hakkı” kapsamında aktif statü hakları içinde mütalaa edilebilir. Bu tür haklar “katılma hakları” veya “siyasî haklar” olarak da adlandırılırlar (Gözübüyük, 1998: 151-166).

Son olarak, konularına göre temel haklar, “kişisel ve siyasal haklar” ile “ekonomik-sosyal-kültürel haklar” şeklinde de tasnif olunabilir (Bulut, 2009: 33-39).

Böylelikle; sağlık hakkı, temel hakların tarihsel gelişimi açısından “ikinci kuşak” haklar arasında, devletin sorumlulukları açısından “pozitif statü hakları” arasında, konusu bakımından da “ekonomik ve sosyal haklar” içerisinde değerlendirilir.

Anayasa’nın 17. maddesi “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” hükmünü içermektedir. Bu çerçevede, yasal zorunluluklar hariç, kişinin rızası olmaksızın tıbbi amaçlı da olsa kişinin vücut bütünlüğüne dokunu-

lamayacağı hususu dikkate alındığında, sağlık hakkının negatif hak içeren bir yönünün bulunduğunu da kabul etmek gerekir. İnsan hakları mevzuatında da sağlık hakkının yorumlanması açısından, idarelerin müdahalede bulunmaması gereken alanlar ile idarelerin yükümlülükleri çerçevesinde hareket etmesinin beklendiği alanlar farklılaşmaktadır (Kombe, 2008: 5-10).

Kişinin kendisi tarafından talep edilmedikçe veya kişinin rızası alınmaksızın kişiye tıbbi müdahalede bulunulmaması, sağlık hakkının negatif yönünü oluşturur (Döner ve Kelek, 2015: 3). Bununla birlikte yasal düzenlemelerle rızaya dayalı tedaviye istisnalar getirilebilir. Örneğin, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 57. maddesinde sayılan bulaşıcı hastalıkların tedavisi ve yayılmasının önlenmesi için söz konusu Kanun'un 67. ve 72. maddeleri çerçevesinde kişilerin rızası olmasa da kendilerine fiilen tıbbi müdahalede bulunulabilmesi mümkündür. 1593 sayılı Kanun'un 77. maddesinde kuduz hastalığıyla ilgili ve 88. maddesinde de çiçek aşısıyla ilgili rızaya dayalı tedavinin istisnasını oluşturacak hükümler bulunmaktadır.

Son yıllarda devletlerin insan haklarına ilişkin yükümlülükleri, Birleşmiş Milletler Gıda Hakkı Özel Raportörü Eide'nin tasnifi esas alınarak “saygı gösterme, koruma ve gereğini yerine getirme” şeklinde de ele alınmaktadır (Temiz, 2014: 176). “Saygı gösterme”, bir temel hakkın özüne dokunulmaması; “koruma”, temel hak ihlallerinin devlet tarafından önlenmesi; “gereğini yerine getirme”, temel hak ihlalleri yönünden toplumun desteğe muhtaç kesimlerinin gözetilmesi anlamlarına gelir (Algan, 2007: 87; Yaylacı, 2021: 68-71).

III. SAĞLIK HAKKI KONUSUNDA İÇ HUKUKUMUZDAKİ TEMEL BELGELER

En yüksek sağlık standardına ulaşmak için sağlık hizmetlerine “evrensel değerlerle desteklenen” bir bakış açısıyla yaklaşmak ve bu bakış açısını da “yasal zorunluluklarla” pekiştirmek gerekmektedir (Hunt ve Backman, 2008: 90). İç mevzuat açısından Türkiye’de başta Anayasa olmak üzere çok sayıda yasal düzenleme içerisinde sağlık hakkı konusunu ilgilendiren hükümler bulunmaktadır.

A. ANAYASA

Anayasa’nın 2. maddesinde devletin tanımı yapılırken “sosyal devlet” ilkesine vurgu yapılmış, 14. maddede de devletin “insan haklarına dayanan” demokratik bir cumhuriyet olduğu belirtilmiştir. Anayasa’nın 17. maddesinde “kişinin hakları ve

ödevleri” başlığı altında “herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmaksızın bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı, kimseye işkence yapılamayacağı ve eziyet edilemeyeceği; hiç kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı” hususları özellikle vurgulanmıştır.

Anayasa’nın 56. maddesinde de “herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak” için devletin, “kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek” bu görevini yerine getireceği ve sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabileceği belirtilmiştir. Anayasa’nın 60. maddesinde “herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, devletin bu konuda gerekli tedbirleri alacağı ve gerekli teşkilatları kuracağı” hususları anayasal güvence altına alınmıştır. Ancak, Anayasa’nın 65. maddesi *çerçevesinde*, devletin zikredilen yükümlülüklerinin, “mali kaynaklarının yeterliliği” ölçüsüne bağlandığı görülmektedir.

B. 3359 SAYILI SAĞLIK HİZMETLERİ TEMEL KANUNU

3359 sayılı Kanun’un, 3. maddesi Sağlık Bakanlığına ve dolayısıyla devlete sağlık hakkının öznesi olabilecek birçok konuda görevler yüklemektedir. Sağlık kurum ve kuruluşlarının planlanması, denetlenmesi, nitelikli sağlık personelin yetiştirilmesi, ilâç ve serum gibi biyolojik tıbbi materyallerin üretiminin ruhsatlandırılması, denetlenmesi, yeni doğan taramaları gibi hususlar Sağlık Bakanlığının görevleri arasında sayılmıştır.

C. 5510 SAYILI SOSYAL SİGORTALAR VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI KANUNU

5510 sayılı Kanun’un 13, 16. ve 21. maddelerinde iş kazası ile ilgili hükümler, 14. maddesinde meslek hastalıklarıyla ilgili hükümler ve 15. maddesinde de hastalık ve analık halleriyle ilgili hükümler yer almaktadır. Sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı, Anayasa’nın 56. ve 60. maddeleri kapsamında ekonomik ve sosyal bir haktır. Acil hallerde hastanelere müracaat koşullarını düzenleyen hükümlerin de yer aldığı güncel Sağlık Uygulama Tebliği’nin ilgili maddelerinde, özü itibarıyla “acil hallerde sosyal güvencesi olsun veya olmasın, ilgili kişilerden sağlık kurum ve kuruluşlarınca herhangi bir ücret talep edilmemesi”, şeklinde yer alan hükümlerin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.

Ç. 1219 SAYILI TABABET VE ŞUABATI SAN'ATLARININ TARZI İCRASINA DAİR KANUN

Sağlık hakkı kapsamında, kişilere tedavi hizmetinin belirli bir kalitede ve nitelikli personel eliyle sunulması, devlet için bir görev niteliğini taşımaktadır. Bu çerçevede, 1219 sayılı Kanun, Türkiye’de doktorluk ve diş hekimliği mesleği icra etmenin şartları ile yardımcı sağlık personelinin görev tanımlarını belirlemektedir. 1219 sayılı Kanun, 41. maddesi kapsamında, belirli niteliklere sahip olmayan kişilerin sağlık alanında görev yapmasını “suç haline getiren” özel bir kanundur. Söz konusu 1219 sayılı Kanun, anılan özelliği nedeniyle, sağlık hakkı kapsamında ehil olmayan kişilerin hastalıkların teşhis ve tedavisinde görev almasını engellemektedir.

D. 6701 SAYILI TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU KANUNU

6701 sayılı Kanun’un 3/2. maddesi kapsamında kişilerin, “sağlık durumu temeline” ayrımcılığa maruz bırakılması yasaklanmıştır. Kişilerin sağlık durumu dolaşımıyla eğitim engelleriyle karşılaşmaları, ulaşım imkanlarından yararlanamamaları, sağlık kuruluşlarından yeterli hizmetleri alamamaları, istihdam kısıtlarıyla karşılaşmaları, özlük haklarını kullanamamaları gibi hususlar, sağlık temeline ayrımcılığa örnek olarak gösterilebilir. Sağlık nedeniyle ayrımcılığa uğradığı iddiasında bulunan herkes Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna müracaat hakkına sahiptir.

E. 4982 SAYILI BİLGİ EDİNME KANUNU

4982 sayılı Kanun’un 5. maddesi gereği; kurum ve kuruluşlar, söz konusu Kanun’da zikredilen istisnalar dışındaki “her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idari ve teknik tedbirleri almakla” yükümlüdürler. Ancak, 4982 sayılı Kanun’un 21. maddesinde, “kişinin izin verdiği hâller saklı kalmak üzere”, kişilerin “sağlık bilgilerinin paylaşılması” bilgi edinme hakkı kapsamı dışına çıkarılmış, “kamu yararının gerektirdiği hâllerde, kişisel bilgi veya belgelerin, ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından, ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızası alınmak koşuluyla” açıklanabilmesi kuralı getirilmiştir.

F. HASTA HAKLARI YÖNETMELİĞİ

01.08.1998 tarihli, 234201998 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 4. maddesinde; hasta kişilere yapılacak tıbbi müdahalelerin, insan

onuru ön plana çıkarılarak, “kişilerin bedensel ve ruhsal bütünlüğü ile diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilerek” yapılması gerektiği vurgulanmaktadır.

Ulusal mevzuatta, Hasta Hakları Yönetmeliği çıkarılmadan önce içeriklerinde hasta haklarıyla ilgili maddelere yer veren çok sayıda yasal düzenleme bulunmaktaydı. Uluslararası Biyotıp Sözleşmesi’nin Türkiye’deki bir “karşılıycısı” olarak kabul edilen Hasta Hakları Yönetmeliği, dağınık halde bulunan birçok düzenlemeyi bünyesinde birleştirmiştir (Kök; 2018: 147-162). Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinin de etkisiyle iç mevzuata dâhil olan Hasta Hakları Yönetmeliği, sağlık hakkı açısından önemli bir aşamayı temsil eder. Hasta hakları kavramı özü itibarıyla hastaların tedavi süreçlerinin insan onuruna yakışır bir şekilde yürütülmesini öngörür. Bu çerçevede, sağlık hakkının tamamlayıcı unsurlarından birisi de hasta haklarıdır (Kutluer, 2019: 9-11).

Devletler, sağlık hakkı kapsamında temel sağlık hizmetlerini vererek ve gerekli tedbirleri alarak bireylerin hastalanmasını önlemeye çalışırlar. “Sağlık hizmetlerine erişim hakkı”; acil sağlık hizmetleri, salgın hastalıklarla mücadele, zorunlu ilaçların temini, hekime ve sağlık hizmetlerine ulaşma imkanlarının kolaylaştırılması gibi hakları kapsar (Üzeltürk, 2012: 29). Kişinin tedavisi kapsamında sahip olduğu bireysel özerklikle ilgili hakları, hasta mahremiyeti, kişisel sağlık verilerine erişim, tedaviye onam verme veya tedaviyi reddetme haklarını da ihtiva eder (Üzeltürk, 2012: 18, 29). Bu bağlamda hasta hakları ile sağlık hakkı arasında bir geçişkenlik söz konusudur. Sağlık hizmetlerinden yararlanırken, bireyin sahip olduğu temel haklarını kullanabilmesi, hasta hakları uygulamaları çerçevesinde mümkün olur.

G. KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİ HAKKINDA YÖNETMELİK

07.04.2016 tarihli, 29677 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun, 1. maddesinde Kanun’un amacı “kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemek” şeklinde tanımlamıştır. 21.06.2019 tarihli, 30808 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik’in 1. maddesinde de söz konusu Yönetmeliğin amacı “24.03.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümleri kapsamında, Sağlık Bakanlığının merkez ve taşra teşkilatı birimleri ile bunlara bağlı olarak faaliyet göstermekte olan sağlık hizmeti sunucuları ile bağlı ve ilgili kuruluşları tarafından yürütülen süreç ve

uygulamalarda uyulacak usul ve esasları düzenlemek” olarak belirtilmiştir. Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik’in 4/j maddesi “kişiyeye sunulan sağlık hizmetiyile ilgili bilgileri”, kişisel veri kapsamına almıştır (Resmî Gazete, 2019).

Kişilere ait tıbbi kayıtların uluslararası sözleşmelere uygun muhafazası özel hayata saygı hakkı ile yakından ilgilidir. Mahremiyete saygı, hastalara sunulan hizmete güvenin tesisi için önemlidir. Kişisel sağlık verilerinin paylaşılabileceği şüphesi, kişileri tedavi görme konusunda tereddütte bırakabilir (Alçın, 2022: 386-387). Sağlık hizmeti verilirken, sağlık verilerinin gizliliğine riayet edilmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında da vurguladığı üzere yaşamsal bir ilkedir (Öncü, 2019: 83). Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik, kişisel sağlık verilerinin işlenmesi, işlenmiş verilere erişim koşulları ve sağlık verilerinin güvenliğine ilişkin olarak içerdiği hükümler açısından iç hukukta önemli bir boşluğu doldurmuştur.

H. SAĞLIK HAKKI KONUSUNDA İÇ HUKUK KAPSAMINDAKİ DİĞER MEVZUAT

Sağlık hakkı ihlallerinin değerlendirilmesi açısından iç hukuk kapsamında dikkate alınması gereken; 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu gibi kanunlar, Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi gibi tüzükler, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, Bulaşıcı Hayvan Hastalıkları ile Mücadelede Uygulanacak Genel Hükümlere İlişkin Yönetmelik gibi yönetmelikler, Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları gibi düzenlemeler örneklerinde görüldüğü üzere çok sayıda mevzuat bulunmaktadır.

Evrensel nitelikteki sağlık hakkını doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendiren ulusal mevzuat çeşitlilik arz etmekte olup; farklı konular, farklı Bakanlıkların görev alanlarına girmektedir. Sağlık hakkı yönünden; Sağlık Bakanlığı, Tarım ve Orman Bakanlığı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı gibi farklı bakanlıkların görev ve sorumluluk alanlarına giren konular bulunmaktadır.

Bu kapsamda; sağlık hakkı ihlalleri açısından olası sorunlara yol açılmaması için, farklı bakanlıkları ilgilendiren mevcut yasal düzenlemelerin; güncel gelişmeler, ulusal ve uluslararası yargı içtihatları çerçevesinde yeniden gözden geçirilmesi, sağlık hakkı konusunda birden fazla kurum ve kuruluşu ilgilendiren hususlarda koordineli olarak hareket edilmesi, koordinasyonsuzluk nedeniyle ortaya çıkabilecek ihlal iddialarının önüne geçebilecektir.

IV. SAĞLIK HAKKININ TÜRKİYE’NİN TARAFI OLDUĞU ULUSLARARASI BELGELERDEKİ YERİ

Türkiye, kurucu üyeleri arasında yer aldığı Birleşmiş Milletler Örgütüne, üyelik anlaşmasını 15.08.1945 tarihli, 4801 sayılı Kanun ile onaylayarak üye olmuştur (Resmî Gazete, 1945). 1948 yılında kuruluş çalışmaları tamamlanan Dünya Sağlık Örgütünün kuruluşunda Türkiye aktif rol oynamıştır (Dışişleri Bakanlığı, 2024a). Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni 1954 yılında kabul etmiştir (Resmî Gazete 1954). Sağlık hakkı ile ilgili çok önemli hükümler içeren Biyotıp Sözleşmesi, Türkiye tarafından 2003 yılında kabul edilmiştir (Resmî Gazete, 2004). Türkiye’ye Avrupa Birliği tarafından 1999 yılında “aday ülke” statüsü verilmiştir (Akçay, 2011: 2). Bu kapsamda Türkiye, tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler çerçevesinde sağlık hakkı konusunda belirli yükümlülüklerin altına girmiştir.

A. DÜNYA SAĞLIK ÖRGÜTÜ ANAYASASI

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde, “sağlık hakkı” müstakil bir hak olarak yer almamaktadır. Sağlık hakkı, Evrensel Beyanname’de yaşam hakkına bağlı olarak, dolaylı bir şekilde kendine yer bulmaktadır. Dolaylı da olsa, “sağlık hakkı” Evrensel Beyanname’ye taraf olan ülkeler nezdinde kabul görmektedir. Bununla birlikte müstakil olarak “sağlık hakkı” kavramına, yönetsel ve mali açıdan özerk bir kuruluş olan Dünya Sağlık Örgütü Anayasası’nda rastlanmaktadır.

22.07.1946 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü Anayasa metni, Türkiye dâhil 61 ülke tarafından imzalanmış, söz konusu Anayasa metninin, üye ülkelerin parlamen-toları tarafından onaylanmasının ardından, Dünya Sağlık Örgütü 07.04.1948 tarihinde resmen kurulmuştur (Dışişleri Bakanlığı, 2024a). Türkiye, 09.06.1949 tarihli, 5062 sayılı Kanun ile sözkonusu metni onaylamıştır (Resmî Gazete, 1947). Dünya Sağlık Örgütünün 1946 tarihli Anayasası, bir insan hakları sözleşmesi olmamakla birlikte, “sağlık hakkı” kavramına ilk kez yer veren uluslararası nitelikte bir belge olması nedeniyle önemlidir (Ertan, 2012: 12). Dünya Sağlık Örgütü Anayasası’nın giriş bölümünün üçüncü paragrafında; sağlıklı olma halinin, ayırım yapılmaksızın her insanın temel haklarından birisini teşkil ettiği vurgulanmış (Resmî Gazete, 1947; Dünya Sağlık Örgütü, 2006), bu suretle sağlık hakkı, uluslararası çerçevede “temel bir hak” niteliği kazanmıştır.

B. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER MEDENİ VE SİYASAL HAKLAR SÖZLEŞMESİ İLE BİRLEŞMİŞ MİLLETLER EKONOMİK, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLAR ULUSLARARASI SÖZLEŞMESİ

1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin yanı sıra, 1976 yürürlük tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi hep birlikte insan hakları mevzuatının temelini oluşturmaktadırlar (Ertan, 2012: 46; Uzak ve Altuntaş, 2007: 6-7).

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 12/1. maddesi çerçevesinde sağlık hakkı “çeşitli tesislerden, ürünlerden, hizmetlerden ve ulaşılabilir en yüksek düzeyde sağlık standartlarının gerçekleştirilmesi için gerekli koşullardan yararlanma hakkı” olarak tanımlanmıştır (Resmî Gazete, 2003). Söz konusu Sözleşme'nin 12. maddesi çerçevesinde âkit devletlerden; “cinsel sağlığın tesisi, çocuk ölümlerini önleme, etkin sağlık hizmeti verme, hastalıkların önlenmesi için gerekli tedbirleri alma, hastalıkların tedavisini sağlama, tedavi imkanlarına ve ihtiyaç duyulan temel ilâçlara erişim” konularında üzerinde düşen yükümlülükleri yerine getirmeleri beklenmektedir. Bu yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi için hükümetlerin gerekli politikaları belirlemeleri, bu politikalara uygun fiziki altyapıyı tesis etmeleri ve yasal düzenlemeleri de yapmaları gerekir.

Birleşmiş Milletler Örgütü, mevcut uluslararası sözleşmelerin bazı maddelerinin “ne şekilde uygulanacağına ilişkin” tereddütler ortaya çıktığında, söz konusu bu maddelerin nasıl yorumlanması gerektiğine yönelik olarak “genel yorum beyanı” adı altında, alt komiteleri vasıtasıyla çeşitli kararlar almaktadır. 11.08.2000 tarihli, 14 numaralı genel yorum beyanı, temel insan hakları bağlamında sağlık hakkının ne şekilde ele alınması ve yorumlanması gerektiğine ilişkin önemli bir karardır (Uyar, 2006: 236-263).

Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Haklar Komitesi'nin söz konusu 11.08.2000 tarihli, 14 numaralı genel yorum beyanında “sağlık hakkı” konusunda çok kapsamlı bir değerlendirme yapılmış, sağlık hakkı çerçevesinde sağlık tesislerinin sınırlama olmaksızın toplumun tüm kesimlerine açık olması, sağlık tesislerine fiziksel erişimin engellenmemesi, sağlık hizmetlerinin kırsal kesim dâhil erişilebilir olması, sağlık hizmeti bedellerinin makul ve karşılanabilir olması, kişi mahremiyetini ihlal etmeden ilgililere sağlık bilgilerine erişim imkanı tanınması hususları üzerinde

durulmuştur (Çağlar, 2012: 546; Uyar, 2006: 236-263). Söz konusu genel yorum beyanında sağlık hakkı dört temel esas üzerine oturtulmuştur: Bunlardan birincisi, yeterli miktarda kullanılabilir sağlık tesisi bulunmasıdır. İkincisi, sağlık tesislerinin ayrımcılık yapmadan herkes için ulaşılabilir nitelikte olmasıdır. Üçüncüsü, tüm sağlık tesislerinde verilen hizmetlerin, tıp etiğine saygılı ve kültürel olarak uygun nitelikte olmasıdır. Son olarak verilen tıbbi hizmetlerin bilimsel ve iyi kalitede olması gerektiği üzerinde durulmuştur (Karakul, 2016: 172).

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi (United Nations Human Rights Council) Birleşmiş Milletler sistemi içinde yer alan bir örgütlenme biçimi olup, dünya çapında insan haklarının geliştirilmesinden ve korunmasından sorumlu olan hükümetlerarası bir organdır (Birleşmiş Milletler, 2024b). 2002 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi “herkesin mümkün olan en yüksek fiziksel ve ruhsal sağlık hakkı standardına sahip olması” konusunda özel bir raportörlük müessesesi oluşturmuştur. Özel Raportörler, bir ülkedeki sağlık durumunu veya belirli bir insan hakkı konusunu incelemek ve rapor vermek üzere Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi tarafından atanan bağımsız uzmanlardır (Dünya Tabipler Birliği, 2024). Özel Raportörler, raporlarını Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname-si’nin yanı sıra, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin hükümlerini esas alarak oluşturmaktadır.

Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Haklar Komitesi’nin 11.08.2000 tarihli, 14 numaralı genel yorum beyanı çerçevesinde; devletlerin, sahip oldukları coğrafi koşullar ve ulaşım şartlarını da dikkate alarak yeterli miktarda, “ulaşılabilir nitelikte” sağlık tesisi inşa etmesi önemlidir. Diğer taraftan inşa edilen sağlık tesislerinin de uzman personel ve tıbbi teçhizat açısından herhangi bir eksiklik içermemesi gerekir.

C. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Türkiye, 1950 yılında İtalya’nın Roma şehrinde kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni 10.03.1954 tarihli, 6366 sayılı Kanun ile kabul ederek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne taraf olmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, sağlık hakkı ile ilgili doğrudan müstakil düzenlemeler içermemektedir. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesinde “her ferdin yaşam hakkına” atıf yapılmaktadır (Resmi Gazete, 1954).

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki denetim sürecine, bireysel başvuru hakkını 1987’de tanıyarak dâhil olmuş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargı yetkisini de 1990 yılında kabul etmiştir (Anayasa Mahkemesi, 2024; Dışişleri Bakanlığı, 2024b). 6216 sayılı Kanun’un Geçici Madde 1/8. maddesi gereği Anayasa Mahkemesi 23.09.2012 tarihinden itibaren iç hukukumuzdaki prosedür çerçevesinde “kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları” incelemekle yetkili kılınmıştır.

Yaşam ve sağlık hakkı dâhil, Anayasa kapsamında güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerin kamu otoriteleri tarafından ihlal edildiği iddiası gündeme geldiğinde, mağdur olduğunu ileri süren kişilerin “bireysel başvuru” yoluyla Anayasa Mahkemesine müracaat edebilmeleri imkan dâhilindedir. Söz konusu başvurular, Anayasa Mahkemesi tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve söz konusu sözleşmenin eki olup Türkiye tarafından onaylanan protokoller de dikkate alınarak değerlendirilmektedir. Yargı süreci tamamlandığında kişilerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde de hak arayabilmeleri Türkiye’nin uluslararası prestijine son derece önemli bir katkıda bulunmuştur.

Ç. AVRUPA SOSYAL ŞARTI VE GÖZDEN GEÇİRİLMİŞ AVRUPA SOSYAL ŞARTI

Avrupa Sosyal Şartı, 1946 yılında kurulan Avrupa Konseyi tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin tamamlayıcısı olarak “ekonomik ve sosyal alandaki insan haklarını garanti altına alan” uluslararası bir belgedir. Türkiye, Avrupa Konseyinin kurucu üyeleri arasında yer alır (Dışişleri Bakanlığı, 2024c). 1961 yılında imzaya açılan Avrupa Sosyal Şartı’nı Türkiye, 1961 yılında imzalamış, ancak onay prosedürü 1989 tarihinde tamamlanmıştır (Aydın, 2014: 31; Resmi Gazete, 1989). 1996 yılında imzaya açılan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nı Türkiye 2004 yılında imzalamıştır. Ancak, işlemin onay prosedürü 2007 yılında tamamlanmıştır (Aydın, 2014: 32-33; Resmi Gazete, 2007).

Avrupa Sosyal Şartı’nın Bölüm II/11. maddesinde ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın Bölüm II/11. maddesinde, “sağlığın korunması hakkı”, başlıkları altında altında âkit devletlerin “kamu ve özel örgütlerle işbirliği içinde sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırma” yükümlülüklerinin olduğu vurgulanmıştır (Resmi Gazete, 1989; Resmi Gazete, 2007).

Avrupa Konseyi, Avrupa Sosyal Şartı çerçevesinde üye ülkelere; herkesin sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi için yeterli düzeyde kamu finansmanının sağlanması, sağlık hizmeti alanındaki eşitsizliği azaltmaya yönelik olarak ulusal, bölgesel ve uluslararası sağlık taahhütlerini teşvik edecek önlemlerin alınmasını tavsiye etmektedir. Avrupa Konseyi; sağlığın ekonomik, sosyal, çevresel ve yönetim boyutlarının da sosyal politika uygulamalarına entegre edilmesini talep etmektedir. Sağlık açısından, yenilenebilir ve temiz enerji kaynaklarına yönelmesi Avrupa Konseyi tarafından teşvik edilmektedir. Ayrıca Avrupa Konseyi; hayvanlar, insanlar ve çevre arasındaki etkileşimden kaynaklanan hastalıkların önlenmesi, ekosistemlerin korunmasına yönelik ulusal ve uluslararası çabaların güçlendirilmesi konularında da çalışmalar yapmaktadır (Hammonds, 2021: 9-13).

D. BİYOLOJİK TIBBIN UYGULANMASI BAKIMINDAN İNSAN HAKLARI VE İNSAN HAYSİYETİNİN KORUNMASI SÖZLEŞMESİ (BİYOTIP SÖZLEŞMESİ)

Tıptaki gelişmeler birtakım etik sıkıntıları da beraberinde getirmektedir. Cinsiyete ve insanın birtakım özelliklerine müdahale edilebilmesinin teknoloji sayesinde önünün açılması, insan onurunu korumaya yönelik olarak uluslararası düzenlemeleri de zorunlu kılmıştır. Avrupa Konseyinin 1997 yılında hazırlamış ve onaylamış olduğu kısa adıyla Biotıp Sözleşmesi, yeni nesil insan haklarının sağlık hakkını şekillendirmesi sonucu ortaya çıkmıştır (Kanadoğlu ve Bozkurt, 2020: 587).

Biyotıp Sözleşmesi, TBMM tarafından 03.12.2003 tarihli, 5013 sayılı Kanun ile onaylanmış ve Bakanlar Kurulunca da 16.03.2004 tarihinde imzalanarak (Resmi Gazete, 2004) Anayasa'nın 90. maddesi son paragrafı çerçevesinde Türk hukuk sisteminin bir parçası haline getirilmiştir. Biotıp Sözleşmesi'nin 4. maddesinin, hastalara yapılacak her türlü tıbbi müdahalenin belirli bir kalitede ve standartlar altında yapılmasını, evrensel manada teminat altına aldığı görülmektedir.

E. AVRUPA BİRLİĞİ HASTA HAKLARINA İLİŞKİN AVRUPA STATÜSÜ

1957 yılında kurulan Avrupa Birliği'ne Türkiye, 1959 yılında entegrasyon için müracaat etmiş, Avrupa Birliği ile Türkiye arasında 1999 yılında Gümrük Birliği anlaşması akdedilmiş ve 1999 yılında da Türkiye'ye Avrupa Birliği tarafından aday ülke statüsü verilmiştir (Akçay, 2011: 2).

2002 tarihli Avrupa Birliği Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nün önsözünde söz konusu statüde yer verilen; kişinin hastalıklardan korunmak için koruyucu

tedbirlerin alınmasını isteme hakkı, tedavi hizmetlerinden yararlanma hakkı, kişinin tedavisi hakkında bilgi alma hakkı, tedaviye rıza gösterme hakkı, tedavi yöntemleri ve tedaviyi yapacak kişi konusunda özgürce seçim yapma hakkı, kişinin tedavisi hakkında gizlilik hakkı, kalite standartları çerçevesinde tedavi görme hakkı, kişinin tedavisi konusunda güncel tedavi yöntemlerinden yararlanma hakkı, gereksiz acıdan çekinme hakkı, ihtiyaçlara göre kişisel tedavi görme hakkı ve zarar gördüğünde de şikâyet etme ve tazminat isteme hakkı gibi hakların Avrupa Konseyi ve Dünya Sağlık Örgütü tarafından yayınlanan tebliğler ve tavsiyelerle bağlantılı olduğu ifade olunmuştur (Avrupa Birliği, 2002).

İç hukukumuzun önemli bir belgesi olan, 01.08.1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliğinde, Avrupa Birliği Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü paralelinde önemli düzenlemeler yer almaktadır. Avrupa Birliği Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nün ön sözünde Avrupa Birliği ülkelerinin sağlık sistemleri arasında farklılıklar bulunmasına rağmen sağlık hakkı açısından benimsenmesi gereken ortak değerlere atıf yapılmış, üzerinde durulan hususların “zamanla gelişeceği” hususu ayrıca vurgulanmıştır.

2002 tarihli Avrupa Birliği Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü yürürlüğe girmeden önce Avrupa Birliği Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nde vurgulanan; “ayrım gözetilmeksizin sağlık hizmetlerinden yararlanma, tedavi süreçleriyle ilgili bilgi edinebilme, tıbbi gereklere uygun tedavi görme, tedaviye özgürce karar verme ve tıbbi müdahaleye rıza gösterme” gibi konulara 1998 yılında yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yer verilmesi, bu konulardaki güncel gelişmelerin Türkiye tarafından yakından edildiğini göstermesi açısından dikkat çekicidir.

F. SAĞLIK HAKKI İLE İLGİLİ TÜRKİYE’NİN TARAF OLDUĞU DİĞER ULUSLARARASI BELGELER

Kısa adıyla Biyotıp Sözleşmesi'nin başlangıç kısmında sözleşmeyi imzalayan âkit devletlerin; zikredilen diğer sözleşmelerle birlikte Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesine Karşı Bireylerin Korunması Sözleşmesi ile Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni de dikkate alarak kendi iç hukuklarında gerekli düzenlemeleri yapacakları vurgulanmıştır (Resmi Gazete, 2004). Bu kapsamda; iç hukukumuzda 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve “Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik” çıkarılmış, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu

ve Çocuk Koruma Kanunun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik yürürlüğe girmiştir.

Uluslararası gelişmeler doğrultusunda, özellikle çocukları korumaya yönelik olarak ulusal hukukta gerekli düzenlemelerin hayata geçirilmesi memnuniyet vericidir. Söz konusu düzenlemelerin uluslararası mevzuat paralelinde yapılması, uluslararası düzeyde karşılaşılabilecek olası sorunların önlenmesine de katkı sağlayacaktır.

V. ULUSAL DÜZEYDE YARGISAL MERCİLERİN SAĞLIK HAKKINI ELE ALIŞ BIÇIMI

Ulusal düzeyde başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere, Yargıtay ve Danıştayın sağlık hakkı konusunda vermiş olduğu kararlar uygulayıcılara yol gösterici niteliktedir. Yüksek Mahkemelerin gerekçeli kararlarında sıklıkla İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne, Avrupa Birliği Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'ne atıfta bulunulduğu gözükmemektedir. İnsan Hakları Hukuku'nun yargı içtihatlarıyla şekillenen dinamik bir hukuk alanı olduğu dikkate alındığında bu alandaki güncel içtihatların yakından takip edilmesi önemlidir.

A. ANAYASA MAHKEMESİNİN SAĞLIK HAKKI İHLALİ İDDİALARINDA VURGULADIĞI HUSUSLAR

Sağlık hakkı, devletin kendi vatandaşlarının sağlıklı bir yaşam sürmesi için sunmak zorunda olduğu sağlık alanındaki kamu hizmeti yükümlülüğünün doğal bir sonucudur. Bu çerçevede; Anayasa Mahkemesi, 17.01.1991, tarihli, E.1990/27, K.1991/2 sayılı kararında “devletin ekonomik ve sosyal haklarla ilgili yükümlülüklerini yerine getirirken, bireylerin yaşama hakkını ortadan kaldıracak nitelikte düzenlemeler yapamayacağına” karar vermiştir (Anayasa Mahkemesi, 1991). Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi 07.11.2014 tarihli, E.2014/61, K.2014/166 kararında Anayasa'nın, sosyal bir hukuk devleti olmanın gereği olarak devlete “sağlık hizmetlerinin sunumunda pozitif bir sorumluluk yüklediği” bu nedenle Anayasa'nın 56. maddesinde öngörülen sağlık hakkından yararlanma konusunda, “en geniş ölçekli uygulamaların gerçekleştirilmesi gerektiği”, hususlarını vurgulamıştır (Anayasa Mahkemesi, 2014).

Anayasa Mahkemesi 06.01.2011 tarihli, E.2010/58, K.2011/8 sayılı diğer bir kararında, “tütün ve tütün mamullerinin kullanımının, kişilerin toplu olarak bulundukları kapalı alanlarda kullanımının yasaklanması” uygulamasını, Anayasa'nın 17.

ve 56. maddeleri kapsamında devlete yüklenen pozitif yükümlülüğün bir yansıması olarak değerlendirmiştir (Anayasa Mahkemesi, 2011).

Anayasa Mahkemesi'nin 16.07.2010 tarihli, E.2010/29, K.2010/90, sayılı kararında; kişilerin ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşabilmeleri, evrensel nitelikteki yaşam hakkı ile bağdaştırılmıştır (Anayasa Mahkemesi, 2010).

Anayasa Mahkemesi 03.10.2013 tarihli, E.2012/103, K.2013/105 kararının gerekçesinde; hasta hakları, “insan haklarının bir uzantısı” olarak kabul edilmiştir (Anayasa Mahkemesi, 2013).

Anayasa Mahkemesi; 20.10.2021 tarihli, 2018/19824 sayılı kararında; devletin gözetim ve denetiminde olan sağlık hizmetlerinin; hastaların, yaşamları ile maddi ve manevi varlıklarının korunmasına yönelik gerekli tedbirleri içerecek şekilde düzenlemesinden idarenin sorumlu olduğu hususlarına vurgu yapmıştır (Anayasa Mahkemesi, 2021).

Anayasa Mahkemesi 15.12.2020 tarihli, 2017/17652 başvuru numaralı kararında da yaşam hakkı çerçevesinde, tazminat davalarının makul sürede neticelendirilmesi gerektiği hususu üzerinde durmuştur (Anayasa Mahkemesi, 2020).

Anayasa Mahkemesi'nin ele alınan kararları bir bütün olarak değerlendirildiğinde; Anayasa Mahkemesi, sağlık hakkını, insanların sağlıklarının korunması ve gerektiğinde de tedavi görebilmeleri için insanların doğuştan kazandıkları temel bir hak olarak görmektedir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 56. maddesi çerçevesinde sağlık hakkının kullanımı konusunda geniş ölçekli uygulamalardan yanadır. Devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde, devletin “genel sağlığı korumak için birtakım önleyici tedbirler alması”, Anayasa Mahkemesi tarafından hak ihlali sayılmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, sağlık hakkının kullanımı konusunda özel sektörün imkanlarından da istifade edilmesini normal karşılamakta, ancak devletin ekonomik ve sosyal haklarla ilgili yükümlülüklerini yerine getirirken, bireylerin “yaşama hakkını” ortadan kaldıracak nitelikte düzenlemeler yapamayacağına hükmetmektedir. Son olarak Anayasa Mahkemesi sağlık hakkının kullanımıyla ilgili davalarda ilk derece mahkemeleri tarafından süre konusuna hassasiyet gösterilmesi hususuna da ayrıca vurgu yapmaktadır.

B. YARGITAYIN SAĞLIK HAKKI İHLALİ İDDİALARINDA VURGULADIĞI HUSUSLAR

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, rücuen tazminat davasına konu olan bir olay nedeniyle vermiş olduğu 04.04.2001 tarihli, E.2001/4-333, K.2001/335 sayılı kararında; hastanede yatan hastanın AIDS hastası olduğuna yönelik olarak, hastanın ismi ve fotoğraflarının yer aldığı haberlerin basında yer alması ve daha sonra da hastanın AIDS olmadığına anlaşılmaması nedeniyle; “hastanın kimliğinin gizli tutulmasını sağlayamayan” hastane yetkililerinin kusurlu olduğu, hususuna vurgu yapmıştır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2001).

Her ne kadar Yargıtay, söz konusu kararının gerekçesinde; idarenin, “kimliği gizli tutulması gereken bir hastalık şüphesi taşıyan hastanın basına afişe edilmesiyle sonuçlanan bu süreçte kusurlu davrandığını” belirtse de hasta AIDS olmasa dahi, hastanın rızası alınmadan, hastanın sağlık verilerinin ve fotoğraflarının basınla paylaşılmasının; hem iç mevzuatımız, hem de uluslararası temel insan hakları belgeleri çerçevesinde sorunlu olduğu kuşkusuzdur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23.12.2009 tarihli, E.2009/4-471, K.2009/578 sayılı bir diğer kararında; sosyal devlet ilkesi gereği sağlık hizmetlerinin devlet tarafından sunulması çerçevesinde özellikle “acil hallerde” sağlık hizmetlerinden yararlanılmasının bir takım şartlara bağlanmasının uygun olmadığı, yönünde hüküm tesis etmiştir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2009).

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, acil hal kapsamında özel bir sağlık kuruluşuna müracat eden ve ilgili özel hastanede devam eden tedavi süreçlerinde vefat eden 1479 sayılı Kanun’a tabi sigortalı hastanın tedavi giderlerinin, ödeme kuruluşu tarafından, vefat eden hastaya yapılan tedavinin “acil hal kapsamında olmadığı” gerekçesiyle ödenmemesi konusunu karara bağladığı 05.05.2015 tarihli, E.2014/9758, K.2015/9951 sayılı kararının gerekçesinde; sosyal devlet ilkesi gereği devletin vatandaşlarını hastalıklar dâhil çeşitli risklere karşı korumak zorunda olduğu, hizmetin yerine getirilmesinde, “sağlık hizmetinin özelliği ve insan yaşamının önemi nedeniyle hizmetin kalitesinin ön planda yer aldığı” hususlarını belirterek, sağlık hizmetinin kalitesine de vurgu yapmıştır. (Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 2015a).

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 29.06.2015 tarihli, E.2015/8250, K.2015/15016 sayılı kararının gerekçesinde; tıp biliminin gereklerinin yerine getirilmesini ve sağlık

hakkının kullanılmasını engelleyecek şekilde yapılan düzenlemelerin hukuka aykırı olduğunu ifade etmiştir (Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 2015b).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18.06.2019 tarihli, E.2015/3898 K.2019/693 sayılı kararında; Sosyal Güvenlik Kurumunun sağlık hizmetlerinin finansmanı için yetkisini, sağlık hizmetine ulaşımı engelleyecek veya hastaya ağır bir maddi külfet yükleyecek biçimde kullanmasının “sağlıklı yaşam hakkına” ve “sosyal devlet ilkesine” aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2019).

Görüldüğü üzere; Yargıtay, sağlık hakkı konusunda; tedavi edilen kişilerin mahremiyetine saygı gösterilmesi, tedavi esnasında hastaların kişilik haklarının ihlal edilmemesi, acil hallerde tedavinin herhangi bir şarta bağlı olmaksızın gerçekleştirilmesi, sağlık hizmetinin belirli bir kalitede verilmesi hususlarına dikkat çekmekte, sağlık hizmetinin finansmanı gerekçe gösterilerek hastaların sağlık hizmetine erişim hakkının engellenmesini hukuka uygun bulmamaktadır.

C. DANIŞTAY’IN SAĞLIK HAKKI İHLALİ İDDİALARINDA VURGULADIĞI HUSUSLAR

Danıştay 15 Dairesi’nin 24.04.2017 tarihli, E.2013/2616, K.2017/1913 sayılı (Danıştay 15. Dairesi 2017a) ve 28.11.2017 tarihli, E.2016/753, K.2017/6983 sayılı (Danıştay 15. Dairesi 2017b) kararlarında örnekleri görüldüğü üzere, Danıştay, muhtelif kararlarının gerekçelerinde sıkça Avrupa Birliği Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü’ne atıfta bulunmaktadır.

Danıştay 15. Dairesi’nin 13.10.2015 tarihli, E.2013/2969, K.2015/5931 sayılı kararı sağlık hakkı ihlali iddiaları kapsamında Danıştayın temel görüşlerini yansıtmaması açısından çok önemlidir.

Danıştay, ilgili kararında; İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 25. maddesi birinci fıkrasına doğrudan atıfta bulunmuş, Anayasa’nın 2, 5, ve 17. maddeleri çerçevesinde tüm yurttaşların yaşama haklarının devlet güvencesinde koruma altında olduğunu belirtmiştir. Danıştay, söz konusu kararında yaşama hakkının, sadece kişinin “yaşamını sürdürmesi” anlamına gelmediğini, aynı zamanda kişinin “sağlıklı yaşama hakkına sahip olması” anlamına da geldiğini ifade etmiştir. Kişilerin sağlıklı olma hakkının, “kamusal korumaya” tabi olduğu, sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkının ekonomik ve sosyal nitelikte bir hak olduğu, devletin bu konuda belirli yükümlülüklerinin bulunduğu hususları üzerinde durulmuştur. Danıştay, Anayasa’nın 65. maddesinde belirtilen, devletin Anayasa’da belirlenen görevlerini mali kaynak-

larının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği yolundaki hükmün, “sağlık hakkına ulaşılmasına ve bu haktan en iyi biçimde yararlanılmasına engel teşkil edecek şekilde yorumlanamayacağını” ifade etmekte ve böyle bir yorumun “sağlık hakkının özünün zedelenmesine” yol açabilecek uygulamalara sebebiyet verebileceğini belirtmektedir (Danıştay 15. Dairesi, 2015).

VI. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN SAĞLIK HAKKINI ELE ALIŞ BIÇIMI

Uluslararası kabul görmüş kurallar çerçevesinde Türkiye’deki tıp etkinliğinin hangi ilkelere riayet edilerek icra edilmesi gerektiğinin genel hukuki sınırlarını taraf olunan uluslararası sözleşmeler çizmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna bağlı yargısal süreçler, üye devletlerin sağlık hakkı yönünden etkin tedbirler almasına ve sağlık hizmetinin sunumunda hakkaniyetin sağlanmasına olumlu katkıda bulunmaktadır (Karakul, 2016: 206).

Bu yöndeki örnek kararlar incelediğinde;

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 17.01.2002 tarihli, 32967/96 başvuru numaralı *Calvelli ve Ciglio/İtalya* davasında; taraf devletlerin sorumlulukları uyarınca, devletlerin, kişilerin yaşamlarını korumak amacıyla, “sağlık hizmeti verenleri gerekli tedbirleri almaya zorlama yönünde, yasal düzenlemeler yapması gerektiğine” hükmetmiştir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2002).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 10.10. 2006 tarihli, 7508/02 başvuru numaralı *L.L. / Fransa* davasında; kişinin kendisinin rızası olmadan davacıya ait tıbbi kayıtların mahkemede açıklanması nedeniyle, kişisel verilerin korunmasının temel önemi açısından bu verilerin mahkemede açıklanması gerekliliğinin ilgili mahkeme tarafından gerekçelendirilmediğini, aynı veriler olmaksızın da mahkemenin söz konusu kararı verebileceğini dikkate alarak, kişisel sağlık verilerinin paylaşılması şeklindeki bu işlem nedeniyle, “özel yaşama ve aile hayatına saygı hakkının çiğnendiğine” hükmetmiştir (Adalet Bakanlığı 2015: 4; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2006a).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 11.07.2006 tarihli, 544810/00 numaralı, *Jalloh/Almanya* davasında; suç delili elde etmek amacıyla bile olsa kişilere zorla tıbbi müdahalede bulunulmasını “insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı ihlali” olarak kabul etmiştir (Adalet Bakanlığı, 2015:13; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2006b).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 17.07.2008 tarihli, 20511/03 başvuru numaralı “I./Finlandiya” davası kararında “tıbbi kayıtların güvenliğinin sağlanmasına yönelik bir sistemin kurulmamasını” hak ihlali olarak değerlendirmiştir (Alçın, 2022: 401; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2008).

28.04.2009 tarihli, 32881/04 başvuru numaralı K.H. ve Diğerleri / Slovakya davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “ilgili kişilere kendi tıbbi kayıtlarının verilmemesini”, özel yaşama ve aile hayatına saygı hakkı ihlali olarak nitelendirmiştir (Adalet Bakanlığı, 2015:3; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2009).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 23.03.2010 tarihli, 4864/05 numaralı Oyal/Türkiye davasında; doğum esnasında yapılan bir kan nakli sonucu HIV virüsü bulaşan hastaya, tam ve ücretsiz bir tıbbi teminat sağlanamamasının Sözleşme’nin 2. maddesi kapsamındaki “yaşam hakkı ihlali” niteliğinde olduğuna kanaat getirmiştir (Adalet Bakanlığı, 2015:16-17; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2010a).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 24.07. 2014 tarihli, 60908/11 başvuru numaralı Brincat ve Diğerleri/Malta davasında, uzun yıllar asbest maddesine maruz kalan tersane işçilerinin yaşadıkları sağlık sorunları kapsamında, ilgili hükümet tarafından “gerekli korunma tedbirleri alınmamasını” yaşam hakkı ihlali saymıştır (Adalet Bakanlığı, 2015: 12; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2014).

27.01.2015 tarihli, 24109/07 numaralı Asiye Genç/Türkiye davasında; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ister özel, ister kamu kesimindeki hastanelerde olsun, devletin; “hastaların yaşam haklarını teminat altına almaya uygun tedbirler” almasının zorunlu olduğuna hükmetmiştir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2015a).

13.01.2015 tarihli, 61243/08 başvuru numaralı Elberte/Latvia davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuranın bilgisi veya onayı olmadan, başvuranın vefat eden eşinin bedeninden adli tıp uzmanlarınca alınan vücut dokularının Almanya’da ki bir ilaç firmasına biyoimplant yapılmak üzere gönderilmesi uygulamasını, “özel yaşama ve aile hayatına saygı hakkı” ile “insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağı” ihlali olarak değerlendirmiştir (Adalet Bakanlığı, 2015: 20-21; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2015b).

Diğer taraftan; çevre sorunlarının sağlığa olumsuz etkisi de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından “özel hayata saygı” ilkesi çerçevesinde değerlendirilebilmektedir (Dericiler, 2014: 373). Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 09.11.2020

tarihli, 2345/06 başvuru numaralı Dees/Macaristan davasında evinin yakınındaki düzensiz trafik, aşırı gürültü ve kirlilik nedeniyle rahatsız olan başvurusunun “konut dokunulmazlığı ve özel hayata saygı gösterilmesi haklarının” ihlal edildiğine hükmetmiştir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2010b).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına bakıldığında; sağlık hakkının genelde “devletin pozitif sorumlulukları” kapsamında değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Zira, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve sözleşmenin eklerinde, sağlık hakkı müstakil olarak düzenlenen bir hak değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde kendisine müstakilen yer bulan diğer haklarla bağlantılı olarak “sağlık hakkı ihlali iddiaları” konusunda değerlendirme yapmaktadır. Bu çerçevede; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, sağlık hakkı ve tedavi hizmetleriyle ilgili olarak önüne gelen davaları genellikle “yaşam hakkı” çerçevesinde ele aldığı, ancak bu tür davaları “özel yaşama ve aile hayatına saygı hakkı, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamelede bulunma yasağı, ayrımcılık yasağı” gibi diğer temel haklar bağlamında da değerlendirdiği görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, kişilerin yeterli sağlık hizmeti alamaması, sağlık çalışanlarının ve devletin tıbbi mağduriyetlerdeki sorumluluğu, zorla tıbbi müdahale yasağına riayet edilmemesi, kişisel verilerin korunmasına dikkat edilmemesi, kişilerin kendi kişisel tıbbi kayıtlarına erişim imkanlarının engellenmesi, deneysel tedavi ve ilâçlara erişim konusundaki yasal ve tıbbi prosedüre riayet edilmemesi, sağlık verilerinin gizliliğinin sağlanmaması, etkin sağlık hizmeti vermek için gerekli yasal düzenlemelerin yapılmaması gibi konuları da diğer temel haklarla bağlantılı olarak ele aldığı anlaşılmaktadır.

VII. GÜNCEL SAĞLIK HAKKI İHLALİ İDDIALARI

Anayasa’nın 56. ve 60. maddeleri çerçevesinde sağlık ve tedaviye erişim hakkı vatandaşlar açısından güvence altına alındığı halde, uygulamada bazı nadir hastalıkların ve kanser hastalıklarının tedavisi için gerekli olan ilâç bedellerinin ödeme listesinde yer almadığı gerekçesiyle ödenmemesi uygulamasının “sağlık ve yaşam haklarının ihlali” olduğu iddiası dile getirilmektedir (Doğramacı, 2017: 193-214). İnsan hakları kavramındaki gelişmeler ve iş mevzuatı kapsamında çalışan kesimlerin tarihsel süreç içerisindeki kazanımları, sosyal devlet anlayışının yaygınlaşması sonucunu doğurmuş, bu şekilde devletlerin sosyal güvenlik şemsiyesi altına aldığı

hizmetlerin kapsamı genişlemiştir. Ülke genelinde uygulanacak sağlık politikalarının bu çerçevede taraf olduğumuz insan hakları mevzuatının yol göstericiliğinde belirlenmesi gerekir (Bozkurt, 2008: 13).

Sağlık hizmetlerinin verilmesindeki sınırın “devletin mali kaynaklarının yeterliliği” kıstasına bağlanmaması gerektiği yönünde dile getirilen görüşler (Boyar, 2009: 284-285), Türkiye’deki mali sınırlılıklar dikkate alındığında pek anlamlı gelmemektedir. Örneğin; Spinal Musküler Atrofi (SMA) hastalığının tedavisi için; SMN1 geninin, hastanın vücuduna dışarıdan virüsler vasıtasıyla verilmesi esasına dayanan tedavi yöntemi için geliştirilen ve Avrupa İlaç Kurumu (EMA) ile Amerikan Federal İlaç İdaresi (FDA) tarafından ruhsat verilen “onasemnogene aboparvovec” etken maddeli ilaç, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu (TİTCK) Yurtdışı İlaç Listesinde yer almaktadır. Ancak, bu ilacın bedeli Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından ödenmemektedir. Bu ilacın Türkiye’ye getirilmesi için, ilgili hekim tarafından reçete edilmesi ve TİTCK tarafından bu reçetenin onaylanması gerekmektedir. Onay sonrası ilacın fiyatı ödendiği takdirde, söz konusu ilaç yurtdışından Türk Eczacılar Birliği vasıtasıyla getirilebilmektedir. İlacın, Amerika Birleşik Devletleri satış fiyatı kutu başı yaklaşık 2,1 milyon Amerikan Dolarıdır (SMA Benimle Yürü Derneği, 2024). Hastalığın tedavisi için tek doz kullanılmaktadır.

Bu tür taleplerin tamamının devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsü dikkate alınmaksızın karşılanması durumunda, devletin rutin olarak vermesi gereken diğer sağlık hizmetleri için ayırdığı kaynağın yetersiz hale geleceği açıktır. Bu nedenle, benzer nitelikteki hastalıklarda “yüksek maliyetli” tedavi giderlerinin tamamının devlet tarafından karşılanması, devletin ekonomik sınırları dikkate alındığında mümkün gözükmemektedir.

Uluslararası sözleşmeler çerçevesinde sağlık hakkı evrensel olmasına ve tüm hükümetler için ortak asgari yükümlülükler bulunmasına rağmen, sağlık hakkı konusunda devletlerin sorumlulukları, devletlerin gelişmişlik düzeyi ve içinde bulundukları ekonomik şartlar açısından değerlendirilmelidir (Asher, 2004: 34). Nitekim; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 04.01.2005 tarihli, 14462/03 numaralı Penticova ve diğerleri/Moldova davasında, “hayat kurtarıcı tıbbi prosedürler ve ilaçlar dâhil olmak üzere, herkesin ücretsiz ve tam olarak tıbbi bakımdan yararlanmasının arzu edildiğini”, ancak devletlerin kaynak yetersizliği durumunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin daimi ve pahalı tedaviler bakımından böyle bir hakkı garanti altına

almadığını vurgulamıştır (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2005; Gülfidan, 2021: 572-573).

Anayasa'nın 56. ve 60. maddesi çerçevesinde bireylere tanınan sosyal hakların, Anayasa'nın 65. maddesinde vurgulandığı üzere devletin mali imkanları çerçevesinde karşılanması, bütçe olanakları gereği fiili bir zorunluluk arz etmektedir. Hükümetlerin, sosyal güvenlik şemsiyesi altında olan kişilerin ihtiyaç duydukları çeşitli kanser türlerine ait özellikli ilaçları ve yukarıda örneği verilen nadir hastalıklar grubuna giren hastalıkların tedavisinde kullanılan ilaçları veya özellikli protez ve ortezlerin bedellerini yasal gerekçeler göstererek karşılamaması, sık karşılaşılan bir uygulamadır. Bu tür ilaçlar ve medikal malzemeler için, yerli üretim ve araştırma geliştirme çalışmalarının teşvik edilmesi, uluslararası üretici kuruluşlarla yerli ve ortak üretim imkanlarının araştırılması konusunda temel bir politika belirlenmesi sağlık hakkına ulaşım açısından gereklidir.

Sağlık Bakanlığının 2023-2028 yılları arasını kapsayan eylem planı çerçevesinde, “genetik hastalık tarama” programlarının genişletilmesi, nadir hastalıkların teşhis ve tedavisiyle ilgili birimlerinin ülke genelinde yaygınlaştırılması çabaları, Nadir Hastalıklar Ulusal Kayıt Sistemi çalışmaları, Hücre ve Gen Terapisi Hastanesi ile Ulusal Genetik Veri Tabanı kurulması çalışmalarına başlanması, yatalak hastaların sağlık hizmetlerine erişimlerinin kolaylaştırılması çalışmaları bu anlamda olumlu gelişmelerdir (Sağlık Bakanlığı, 2024).

Diğer taraftan hastaların bir kısmı, sağlık hizmetlerinden yeterli ölçüde faydalanamadıklarını, sağlık çalışanlarının kendilerine saygı göstermediğini, rahatsız edici bir ortamda sağlık hizmeti aldıklarını belirterek, hastaneler bünyesindeki hasta hakları birimlerine başvurduklarını dile getirmektedirler (Cavlak ve Bostancıoğlu, 2015: 39). Bu tür yakınmalara, basına sıklıkla yansıyan; uzayan radyolojik görüntüleme randevu süreleri, istenilen hastaneden ve hekimden randevu alamama, hastanelere ulaşım sorunları, bazı cerrahi branşlarda ilgili sağlık personeli tarafından mevzuata aykırı bir şekilde hastalardan “bıçak parası” adı altında talepte bulunulması, belirli branşlarda bazı yerlerde uzman hekim bulamama yakınmaları da eklenebilir.

Sağlık hakkı ihlali iddialarını azaltmak için belli hastanelere yığılmayı önleyecek şekilde taşranın ve merkez illerin çevrelerinin daha küçük ölçekli devlet hastaneleriyle desteklenmesi, mevcut hastanelerin “donanım ve uzman personel açısından” ilave

olarak takviye edilmesi, nitelikli personel ihtiyaçlarının planlama doğrultusunda gerekirse teşvikler verilerek giderilmesi hususları üzerinde önemle durulmalıdır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 18. maddesi son fıkrası "Hastanın talebi halinde yapılacak işlemin bedeline ilişkin bilgiler sağlık hizmet sunucusunun ilgili birimleri tarafından verilir." hükmünü içermektedir. Ancak, uygulamada sağlık hizmetinden yararlananların; devlet hastaneleri, üniversite hastaneleri ve özel hastaneler bazında hangi sağlık hizmetlerinden "bedeli karşılığında", hangi sağlık hizmetlerinden ise sosyal güvenceleri kapsamında "bedelsiz" olarak yararlanacakları konusunda yeterince bilgilendirilmedikleri görülmektedir. Bu durum adli ve idari mercilerde hak ihlali iddialarına konu edilmektedir. Hasta ve hasta yakınlarının, ödeyecekleri ücretler, faydalanacakları hizmetler konusunda teknolojik imkanlar kullanılarak yeterli bir şekilde bilgilendirilmeleri olası sorunların önceden çözümünde katkıda bulunacaktır.

Sağlık hizmetinden yararlananların haklarının ihlal edildiğini düşündükleri durumlarda, hangi mercilere müracaat edebilecekleri konusunda kendilerine idari birimlerce destek olunması, uluslararası nitelikteki sağlık hakkının bir gereği olarak değerlendirilmelidir.

SONUÇ

Ülke genelinde uygulanacak sağlık politikalarında, taraf olunan insan hakları belgeleri yol gösterici olmalıdır. Sağlık hakkı, sadece iç hukuk kapsamında ele alınacak bir husus değildir. Sağlık hakkı, Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler ve üyesi olduğu uluslararası kuruluşlar çerçevesinde, uluslararası bir nitelik arz etmektedir.

Ulusal düzeyde başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere, Yargıtay ve Danıştayın sağlık hakkı konusunda vermiş olduğu kararlar, uygulayıcılara yol gösterici niteliktedir. Yüksek Mahkemelerin gerekçeli kararlarında sıklıkla İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne, Avrupa Birliği Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'ne atıfta bulunulduğu gözükmemektedir. İnsan Hakları Hukuku'nun yargı içtihatlarıyla şekillenen dinamik bir hukuk alanı olduğu dikkate alındığında bu alandaki güncel içtihatların yakından takip edilmesi önemlidir.

Anayasa Mahkemesi, sağlık hakkını, insanların sağlıklarının korunması ve gerektiğinde de tedavi görebilmeleri için insanların doğuştan kazandıkları temel bir hak

olarak görmektedir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 56. maddesi çerçevesinde sağlık hakkının kullanımı konusunda geniş ölçekli uygulamalardan yanadır. Devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde, devletin "genel sağlığı korumak için birtakım önleyici tedbirler alması", Anayasa Mahkemesi tarafından hak ihlali sayılmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, sağlık hakkının kullanımı konusunda özel sektörün imkanlarından da istifade edilmesini normal karşılamakta, ancak devletin ekonomik ve sosyal haklarla ilgili yükümlülüklerini yerine getirirken, bireylerin "yaşama hakkını" ortadan kaldıracak nitelikte düzenlemeler yapamayacağına hükmetmektedir. Son olarak Anayasa Mahkemesi sağlık hakkının kullanımıyla ilgili davalarda ilk derece mahkemeleri tarafından süre konusuna hassasiyet gösterilmesi hususuna da ayrıca vurgu yapmaktadır.

Yargıtay, sağlık hakkı konusunda; tedavi edilen kişilerin mahremiyetine saygı gösterilmesi, tedavi esnasında hastaların kişilik haklarının ihlal edilmemesi, acil hallerde tedavinin herhangi bir şarta bağlı olmaksızın gerçekleştirilmesi, sağlık hizmetinin belirli bir kalitede verilmesi hususlarına dikkat çekmekte, sağlık hizmetinin finansmanı gerekçe gösterilerek hastaların sağlık hizmetine erişim hakkının engellenmesini hukuka uygun bulmamaktadır.

Danıştay, yaşama hakkının, sadece kişinin "yaşamını sürdürmesi" anlamına gelmediğini, aynı zamanda kişinin "sağlıklı yaşama hakkına sahip olması" anlamına da geldiğini ifade etmektedir. Kişilerin sağlıklı olma hakkının, "kamusal koruma" tabi olduğu, sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkının ekonomik ve sosyal nitelikte bir hak olduğu, devletin bu konuda belirli yükümlülüklerinin bulunduğu, hususları üzerinde durmaktadır. Danıştay, Anayasa'nın 65. maddesinde belirtilen, devletin Anayasa'da belirlenen görevlerini "mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde" yerine getireceği yolundaki hükmün, "sağlık hakkına ulaşılmasına ve bu haktan en iyi biçimde yararlanılmasına engel teşkil edecek şekilde yorumlanamayacağını" ifade etmekte ve böyle bir yorumun "sağlık hakkının özünün zedelenmesine" yol açabilecek uygulamalara sebebiyet verebileceğini belirtmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde kendisine müstakilen yer bulan diğer temel haklarla bağlantılı olarak "sağlık hakkı ihlali iddiaları" konusunda değerlendirme yapmaktadır. Bu çerçevede; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "sağlık hakkı ve tedavi hizmetleriyle ilgili olarak" önüne gelen davaları genellikle "yaşam hakkı" çerçevesinde ele almaktadır. Bununla birlikte, Avrupa İnsan

Hakları Mahkemesinin bu tür davaları “özel yaşama ve aile hayatına saygı hakkı, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamelede bulunma yasağı, ayrımcılık yasağı” gibi diğer temel haklar bağlamında da değerlendirdiği görülmektedir.

Anayasa’nın 56. ve 60. maddesi çerçevesinde bireylere tanınan sosyal hakların, Anayasa’nın 65. maddesinde vurgulandığı üzere devletin mali imkanları çerçevesinde karşılanması, bütçe olanakları gereği fiili bir zorunluluk arz etmektedir. Tedavisi, görece olarak çok pahalı olan tedavilerin tamamının “devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsü dikkate alınmaksızın” karşılanması durumunda, devletin rutin olarak vermesi gereken diğer sağlık hizmetleri için ayırdığı kaynağın yetersiz hale geleceği açıktır.

Bu nedenle, SMA gibi nadir hastalıklarda “yüksek maliyetli” tedavi giderlerinin tamamının devlet tarafından karşılanması, devletin ekonomik sınırları dikkate alındığında mümkün gözükmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; “hayat kurtarıcı tıbbi prosedürler ve ilaçlar dâhil olmak üzere, herkesin ücretsiz ve tam olarak tıbbi bakımdan yararlanmasının arzu edildiğini”, ancak devletlerin kaynak yetersizliği durumunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “daimi ve pahalı tedaviler bakımından” böyle bir hakkı garanti altına almadığını vurgulamıştır.

Nadir hastalıklarda kullanılan ilaçlar, kan ürünleri ve diğer tıbbi malzemelerin devlet tarafından karşılanması konusunda yerli üretim ve araştırma geliştirme çalışmalarının teşvik edilmesi, uluslararası üretici kuruluşlarla yerli ve ortak üretim imkanlarının araştırılması konusunda temel bir politika belirlenmesi sağlık hakkına ulaşım açısından gereklidir. Genetik geçişli hastalıkların önlenmesi konusunda evlilik öncesi tarama faaliyetlerinin genişletilerek teşvik edilmesi sağlık hakkı açısından büyük önem arz etmektedir.

Hamilelik esnasında tespit edilebilecek anomaliler konusunda toplumun bilinçlendirilmesi, hamilelik kontrol ve tedavi protokollerinin bu tür anomalileri önleyici şekilde güncellenmesi, doğum sonrası tarama faaliyetleri skalasının genişletilerek nadir hastalıkların zamanında tespit edilmesinin sağlanması ve hastane donanımlarının buna yönelik olarak yeniden organize edilmesi, sağlık politikaları açısından dikkate alınması gereken hususlar arasındadır.

Sağlık hakkı ihlali iddialarının azaltılabilmesi için genel bütçeden sağlık ve sosyal güvenlik hizmetlerine daha çok pay ayrılması, “sağlıklı çevre, gıda ve barınma” şart-

ları için ulusal politikalar oluşturulması zaruret arz etmektedir. Bununla birlikte “koruyucu ve önleyici sağlık hizmetlerine” ağırlık verilerek, yerli ve milli aşı sektörünün teşvik edilmesi, ihtiyacı olan kişilere “yaş ve hastalık ayrımı yapılmaksızın” aşıların bedelsiz olarak yapılması hususunun da Anayasa’da tanımını bulan “sosyal devlet” ilkesi çerçevesinde ele alınması icap etmektedir.

Belirli hastanelere yığılmayı önleyecek şekilde taşranın ve merkez illerin çevrelerinin daha küçük ölçekli, ancak ileri donanımlı devlet hastaneleriyle desteklenmesi, mevcut hastanelerin “donanım ve uzman personel açısından” ilave olarak takviye edilmesi, uzman ve yan dal uzman ihtiyaçlarının planlama doğrultusunda gerekirse teşvikler verilerek giderilmesi hususları üzerinde de önemle durulmalıdır.

Sağlık hakkı ihlalleri açısından olası sorunlara yol açılmaması için, farklı bakanlıkları ilgilendiren mevcut yasal düzenlemelerin; güncel gelişmeler, ulusal ve uluslararası yargı içtihatları çerçevesinde yeniden gözden geçirilmesi ve sağlık hakkı konusunda birden fazla kurum ve kuruluşu ilgilendiren hususlarda koordineli olarak hareket edilmesi yerinde olacaktır.

Sağlık hizmetinden yararlananların haklarının ihlal edildiğini düşündükleri durumlarda, hangi mercilere müracaat edebilecekleri konusunda kendilerine idari birimlerce destek olunması, uluslararası nitelikteki sağlık hakkının bir gereği olarak değerlendirilmelidir. Sağlık ve hasta hakkı ihlalleri, idari mercilerde şikâyet veya adli mercilerde de dava konusu yapılmışsa, söz konusu süreçlerin mümkün olan en kısa sürede neticelenmesi için gerekli idari ve yasal tedbirlerin alınması, ulusal ve uluslararası düzeyde muhatap olunan dava yükünü azaltacak niteliktedir.

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı (2015). Tematik Bilgi Notu Sağlık, Ankara: Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı.
- Akçay, B. (2011). Aday Ülke Statüsü Kazanımı Sonrasında Türkiye'nin Avrupa Birliği ile Ekonomik Entegrasyonu: Koşullar ve Kısıtlar, *Maliye Dergisi*, 160, 2-27.
- Akıllıoğlu, T. (1995). İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları.
- Alçın, A. A. (2022). Türk Hukukunda Kişisel Sağlık Verileri ve İdarenin Kişisel Sağlık Verilerini Koruma Yükümlülüğü, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 13(51), 365-410.
- Algan, B. (2007). *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Anayasa Mahkemesi (1991). 17.01.1991, E.1990/27, K.1991/02, 22 Ocak 2024 tarihinde Anayasa Mahkemesi: <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1991/2?EsasNo=1990%2F27> adresinden alındı.
- Anayasa Mahkemesi (2010). 16.07.2010, E.2010/29, K.2010 /90, 22 Ocak 2024 tarihinde Anayasa Mahkemesi: <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2010/90?EsasNo=2010%2F29> adresinden alındı.
- Anayasa Mahkemesi (2011). 06.01.2011, E.2010/58, K.2011/8, 22 Ocak 2024 tarihinde Anayasa Mahkemesi: <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110226-12.htm> adresinden alındı.
- Anayasa Mahkemesi (2013). 03.10.2013, E.2012/103, K.2013/105, 22 Ocak 2024 tarihinde Anayasa Mahkemesi: <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/105?EsasNo=2012%2F103> adresinden alındı.
- Anayasa Mahkemesi (2014). 07.11.2014, E.2014/61, K.2014/166, 22 Ocak 2024 tarihinde Anayasa Mahkemesi: <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2014/166?EsasNo=2014%2F61> adresinden alındı.
- Anayasa Mahkemesi (2020). 15.12.2020, BN:2017/17652, 22 Ocak 2024 tarihinde Anayasa Mahkemesi: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/17652> adresinden alındı.
- Anayasa Mahkemesi (2021). 20.10.2021, BN:2018/19824, 22 Ocak 2024 tarihinde Anayasa Mahkemesi: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/19824> adresinden alındı.

- Anayasa Mahkemesi (2024). *Görev ve yetkileri-Bireysel başvuru*, 22 Ocak 2024 tarihinde Anayasa Mahkemesi: <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mahkeme/gorev-ve-yetkileri/bireysel-basvuru/> adresinden alındı.
- Arıcı, K. (2015). *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara: Gazi Kitabevi.
- Arslan, K. O. (2015). Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19 (1-2), 35-59.
- Avrupa Birliği (2002). *Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü*, 08 Ocak 2024 tarihinde Adana İl Sağlık Müdürlüğü: <http://dosyaism.saglik.gov.tr/Eklenti/65202/0/hasta-haklari-avrupa-statusupdf.pdf> adresinden alındı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (2002). *Calvelli and Ciglio v. Italy*, 17.01.2002, 32967/96, 15 Ocak 2024 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-60329> adresinden alındı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (2005). *Pentiacova and Others v. Moldova*, 04.01.2005, 14462/03, 05 Nisan 2024 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67997> adresinden alındı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (2006a). *L.L. v. France*, 10.10.2006, 7508/02, 15 Ocak 2024 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-3113> adresinden alındı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (2006b). *Jalloh v. Germany*, 11.07.2006, 544810/00, 15 Ocak 2024 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76307> adresinden alındı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (2008). *I. v. Finland*, 17.07.2008, 20511/03, 15 Ocak 2024 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-87510> adresinden alındı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (2009). *K.H. and Others v. Slovakia*, 28.04.2009, 32881/047508/02, 15 Ocak 2024 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=002-2469> adresinden alındı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (2010a). *Oyal v. Turkey*, 23.03.2010, 4864/05, 15 Ocak 2024 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162088> adresinden alındı.

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (2010b). *Dees v. Hungary*, 09.11.2010, 2345/06, 15 Ocak 2024 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-101647> adresinden alındı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (2014). *Brincat and Others v. Malta*, 24.07.2014, 60908/08, 15 Ocak 2024 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-169141> adresinden alındı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (2015a). *Asiye Genç v. Turkey*, 27.01.2025, 24109/07, 15 Ocak 2024 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-154698> adresinden alındı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (2015b). *Elberte v. Latvia*, 13.01.2015, 61243/08, 15 Ocak 2024 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-163024> adresinden alındı.
- Aydın, F. (2014). *Avrupa Sosyal Şartı*, Ankara: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayınları.
- Asher, J. (2004). *Right to Health a Resource Manual for NGO's*, London: Commonwealth Medical Trust,
- Birleşmiş Milletler (2024a). *United Nations Human Rights Council*, 05 Nisan 2024 tarihinde Birleşmiş Milletler: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/home> adresinden alındı.
- Birleşmiş Milletler (2024b). *About The Right to Health and Human Rights*, 05 Nisan 2024 tarihinde Birleşmiş Milletler: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-health/about-right-health-and-human-rights> adresinden alındı.
- Boyar, O. (2009). Sağlık Hakkı, *Sağlık Hukuku'nda Dünyadaki Son Gelişmeler*, s.284-285, İstanbul: Roche Yayınları.
- Bozkurt, E. (2008). İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı, *Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007*, s.13-18, Ankara: Ankara Barosu Yayınları.
- Bulut, N. (2009). *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, İstanbul: 12 Levha Yayınları.
- Cavlak, H., Bostancıoğlu, D. (2015). Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türkiye'deki Sağlık ve İnsan Hakları, *International Anatolia Academic On Line Journal, Social Science*, 2(2), 27-42.
- Çağlar, S. (2012). Engellilerin Erişilebilirlik Hakkı ve Türkiye'de Erişilebilirlikleri, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 (2). 541-598.

- Danıştay 15. Dairesi (2015). 13.10.2015, E.2013/2969, K.2015/5931, 05 Ocak 2024 tarihinde Türk Diş Hekimleri Birliği: https://www.tdb.org.tr/tdb/v2/ekler/Danistay_15.Daire_E2013_2969_K2015_5931.pdf adresinden alındı.
- Danıştay 15 Dairesi (2017a). 24.04.2017, E.2013/2616, K. 2017/1913, 05 Ocak 2024 tarihinde Danıştay: <https://karararama.danistay.gov.tr/> adresinden alındı.
- Danıştay 15 Dairesi (2017b). 28.11.2017, E.2016/753, K.2017/6983, 05 Ocak 2024 tarihinde Danıştay: <https://karararama.danistay.gov.tr/> adresinden alındı.
- Dericiler; Ö. Y. (2014). AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması, 6. *Sosyal İnsan Hakları Sempozyumu Kasım 2014 Bildiriler Kitabı*, s.367-384, İstanbul: Petrol-İş Sendikası Yayınları.
- Dışişleri Bakanlığı (2024a). Dünya Sağlık Teşkilatı (WHO), 05 Ocak 2024 tarihinde Dış İşleri Bakanlığı: <https://www.mfa.gov.tr/who.tr.mfa> adresinden alındı.
- Dışişleri Bakanlığı (2024b). İnsan-Hakları, 05 Ocak 2024 tarihinde Dış İşleri Bakanlığı: <https://www.mfa.gov.tr/insan-haklari> adresinden alındı.
- Dışişleri Bakanlığı (2024c). Avrupa Konseyi, 05 Ocak 2024 tarihinde Dış İşleri Bakanlığı: <https://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi> adresinden alındı.
- Doğramacı, Y. G. (2017). Sağlık Uygulama Tebliğinin Hekim ve Hasta Haklarına Etkisi, VI. *Sağlık Hukuku Kurultayı 6-7 Kasım 2015*, s.193-214, Ankara: Ankara Barosu Yayınları.
- Döner, A., Kelek, M. (2015). Negatif Yükümlülükler Açısından Sağlık Hakkı, *Erzincan Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi*, 19 (3-4), 3-21.
- Dünya Sağlık Örgütü (2006). Constitution of The World Health Organization, Basic Documents, Forty-Fifth Edition, Supplement, October 2006, 06 Nisan 2024 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf adresinden alındı.
- Dünya Sağlık Örgütü (2007). *Sağlık ve İnsan Hakları Üzerine 25 Soru 25 Cevap*, (Çeviren: Nazmi Zengin), Geneva, Switzerland: Dünya Sağlık Örgütü ve Toplum Sağlığı Araştırma ve Geliştirme Merkezi Derneği Yayınları.
- Dünya Tabipler Birliği (2024). World Medical Association, Right to Health: An Inclusive Right for All, 05 Nisan 2024 tarihinde Dünya Tabipler Birliği <https://www.wma.net/what-we-do/human-rights/right-to-health/#:~:text=The%20right%20to%20health%20is,to%20health%2Drelated%20education%20and> adresinden alındı.
- Er, Ü. (2008). *Sağlık Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi.

- Ertan, İ. M. (2012). *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Sağlık Hakkı ve Etkinleştirilmesi*, Doktora Tezi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Gevers, S. (2004). The Right to Health Care, *European Journal of Health Law*, 11(1), 29-34.
- Gözler, K. (2020a). İnsan Hakları Hukukuna Giriş, Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım.
- Gözler, K. (2020b). İnsan Hakları Hukuku, Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım.
- Gözübüyük, A. Ş. (1998). *Anayasa Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gülfidan, O.S. (2021). Yaşan Hakkı Bakımından Devletin Yükümlülükleri, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Hakeri, H. (2007). Tıp Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Hammonds, R. (2021). *Protecting The Right to Health Through Inclusive and Resilient*, Strasbourg: The Council of Europe Commissioner for Human Rights.
- Hunt, P., Backman, G. (2008). Health Systems and the Right to the Highest Attainable Standard of Health, *Health and Human Rights*, 10 (1), 81-92.
- Kabaoğlu İ. (2002). *Özgürlükler Hukuku*, Ankara: İmge Kitabevi.
- Kalabalık, H. (2009). İnsan Hakları Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Kalkan, M. (2021). Sosyal Politika Açısından Almanya'da Emek Piyasasının Organizasyonu, Doktora Tezi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Kanadoğlu, K., Bozkurt, K. (2020). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uluslararası Hukuk Ekseninde Sağlık Hakkı, *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı*, s.575-594, Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları.
- Karakul, S. (2016). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı – I, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 169-206.
- Kombe, J. F. K. (2008). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, (Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya), Belçika: Avrupa Konseyi Yayınları.
- Kök, A. N. (2018). İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Uygulanmasında Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi*, 1(1), 147-162.
- Kutluer E. (2019). *Hastanın Tedavi Olma Hakkı ve Hekimin Tedavi Özgürlüğü*, Yüksek Lisans Tezi, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

- Öncü, G. A. (2019): Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8, Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi Yayını.
- Resmî Gazete (1945). 24.08.1945, 6002, 29 Ocak 2024 tarihinde Resmi Gazete: <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6092.pdf> adresinden alındı.
- Resmî Gazete (1947). 17.06.1947, 6634, 29 Ocak 2024 tarihinde Resmi Gazete: <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6634.pdf> adresinden alındı.
- Resmî Gazete (1949). 27.05.1949, 7217, 29 Ocak 2024 tarihinde Resmi Gazete: <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7217.pdf> adresinden alındı.
- Resmî Gazete (1954). 19.03.1954, 866229, Ocak 2024 tarihinde Resmi Gazete: <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf> adresinden alındı.
- Resmî Gazete (1989). 14.10.1989, 20312, 29 Ocak 2024 tarihinde Resmi Gazete: <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20312.pdf> adresinden alındı.
- Resmî Gazete (2003). 11.08.2003, 25196, 29 Ocak 2024 tarihinde Resmi Gazete: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/08/20030811.htm#3> adresinden alındı.
- Resmî Gazete (2004). 20.04.2004, 25439, 29 Ocak 2024 tarihinde Resmi Gazete: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/04/20040420.htm> adresinden alındı.
- Resmî Gazete (2007). 09.04.2007, 26488, 29 Ocak 2024 tarihinde Resmi Gazete: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/04/20070409-1.htm> adresinden alındı.
- Resmî Gazete (2019). 21.06.2019, 30808 29 Ocak 2024 tarihinde Resmi Gazete: <https://www.resmigazete.gov.tr/fihrist?tarih=2019-06-21> adresinden alındı.
- Sağlık Bakanlığı (2024). *Sağlık-Bakanlığı'nın 2024 Yılı Bütçesi TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunda*, 05 Ocak 2024 tarihinde Sağlık Bakanlığı: <https://www.saglik.gov.tr/TR-100631/saglik-bakanliginin-2024-yili-butcesi-tbmm-plan-ve-butce-komisyonunda.html> adresinden alındı.
- Savcı, B. (1980). *Yaşam Hakkı ve Boyutları*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.
- SMA Benimle Yürü Derneği (2024). *Zolgensma Hakkında Sıkça Sorulan Sorular*, 05 Ocak 2024 tarihinde SMA Benimle Yürü Derneği: <https://smabenimleyuru.org.tr/zolgensma-hakkinda-sikca-sorulan-sorular/> adresinden alındı.
- Şahbaz, İ. (2009). Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 86, 405-424.

- Tacir, H. (2011). *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, İstanbul: Oniki Levha Yayınları.
- Tanör, B. (1978). *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, İstanbul: May Yayınları.
- Temiz, Ö. (2013). *Türk Hukukunda Sağlık Hakkı ve Bir Kamu Hizmeti Olarak Sağlık*, Doktora Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Uyar, L. (2006). *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006*, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Uzak, A., Altuntaş M. (2007). *İnsan Hakları Nedir? Temel Bilgiler ve Türkiye'de İnsan Hakları Alanında Yaşanan Gelişmeler*, Ankara: Başbakanlık Yayını.
- Üzeltürk, S. T. (2012). *Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla)*, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (2001). 04.04.2001, E.2001/4-333, K.2001/335, 08 Ocak 2024 tarihinde Yargıtay: <https://karararama.yargitay.gov.tr/> adresinden alındı.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (2009). 23.12.2009, E.2009/4-471, K.2009/578, 08 Ocak 2024 tarihinde Yargıtay: <https://karararama.yargitay.gov.tr/> adresinden alındı.
- Yargıtay 21. Hukuk Dairesi (2015a). 05.05.2015 E.2014/9758, K.2015/9951, 08 Ocak 2024 tarihinde Yargıtay: <https://karararama.yargitay.gov.tr/> adresinden alındı.
- Yargıtay 21. Hukuk Dairesi (2015b). 29.06.2015, E.2015/8250, K.2015/15016, 08 Ocak 2024 tarihinde Yargıtay: <https://karararama.yargitay.gov.tr/> adresinden alındı.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (2019). 18.06.2019, E.2015/3898, K.2019/693, 08 Ocak 2024 tarihinde Yargıtay: <https://karararama.yargitay.gov.tr/> adresinden alındı.
- Yaylacı, N. (2021). *Uluslararası Hukukta Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği Bağlamında Sağlık Hakkı*, Doktora Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Yener, N. Ö., Bayün, S. (2017). *İnsan Hakları ve Anayasal Sağlık Hakları Çerçevesinde SUT Uygulamaları, VI. Sağlık Hukuku Kurultayı 6-7 Kasım 2015*, s.169-182, Ankara: Ankara Barosu Yayınları.

TÜRKİYE'DE VE ALMANYA'DA BAŞÖRTÜSÜ MESELESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE YARGI KARARLARI

Historical Development and Judicial Decisions on the Headscarf Issue in Türkiye and Germany

Şevval UÇAR*

Öz

Başörtüsü meselesi, hem Türkiye'de hem de Avrupa'da sıkça tartışılmış ve mahkemelerde konu olmuştur. Zira bir taraf başörtüsünün devletin laiklik ilkesine zarar vereceğini düşünürken, bir taraf da başörtüsünün kişinin din hürriyeti kapsamında yer aldığını, bu yüzden herhangi bir kısıtlama getirilmesinin gerektiğini savunmaktadır. Beş milyonun üzerinde Müslümanın bulunduğu ve Avrupa'nın öne çıkan ülkelerinden biri olan Almanya'da, başörtüsü sorunu özellikle işçi göçlerinden sonra boy göstermiş ve mahkemelere yansımıştır. Avrupa ülkeleri arasında özellikle Almanya, daha yüksek Müslüman göçü aldığından, bu bağlamda öne çıkmıştır. Alman kamuoyunda; başörtüsünün misyonerlik amacı taşıyıp taşımadığı, mahkemelerde Müslüman kadın hukukçuların başörtüsü takmasının tarafsızlık ilkesine ne kadar uygun olabileceği, özellikle ilkokul ve

Abstract

The issue of headscarves has been frequently debated and taken to courts both in Türkiye and Europe, as one side believes that headscarves might undermine the state's secularism principle, while the other side—especially the conservative segment—argues that headscarves fall under the freedom of religion and should not be subject to any restrictions. In Germany, one of the leading countries in Europe with over five million Muslims, the headscarf issue has particularly emerged following labor migrations and has found its place in the courts. Because Germany has received a higher volume of Muslim migration compared to other European countries, making it more prominent in this context. There has been frequent discussion in the courts about whether headscarves serve missionary purposes, the suitability of headscarved Muslim female lawyers in terms of

* Şevval UÇAR, Lisans Öğrencisi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: seval-ucar@hotmail.com, ORCID: 0009-0002-6825-5205

ortaokullarda çalışan başörtülü öğretmenlerin öğrencilere olan etkisi sıkça tartışma konusu olmuştur. Bu makalede; Türkiye'deki ve Almanya'daki başörtüsü sorunu, tarihsel gelişimiyle beraber hem Türkiye Anayasa Mahkemesi kararları, Danıştay kararları ve parlamento tartışmalarıyla hem de Federal Anayasa Mahkemesi kararları, Federal İdare Mahkemesi kararları ve "Bundesrat" ve "Bundestag"ın tartışmalarıyla birlikte din ve vicdan özgürlüğü kapsamında kronolojik olarak kaleme alınmış; başörtüsünden dolayı gerçekleşen insan hakları ihlallerine yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Din ve Vicdan Özgürlüğü, Başörtüsü, Almanya, Türkiye, Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi.

impartiality, and the impact of headscarved teachers on students, especially in primary and secondary schools. This article provides a chronological account of the headscarf issue in Turkey and Germany, covering its historical development, including decisions by the Turkish Constitutional Court and Council of State, parliamentary debates, as well as discussions by the German Federal Constitutional Court, Federal Administrative Court, Bundesrat, and Bundestag. It also addresses human rights-particularly violations related to freedom of religion and conscience- violations related to headscarves.

Keywords: Freedom of Religion and Belief, Headscarf, Germany, Türkiye, The Federal Constitutional Court, The Constitutional Court of the Republic of Türkiye.

GİRİŞ

Bilhassa Türkiye'de ve Avrupa'da sıkça karşılaşılan başörtüsü meselesi (sorunu) uzun yıllar çözülememiş, bu noktadaki düşünce farklılıklarının keskinliği halkın da kutuplaşmasına sebebiyet vermiştir. Türk anayasa metinlerinde yer alan laiklik ilkesini de kaynak gösterenler, başörtüsünün dini bir amaçtan çok artık siyasete hizmet ettiğini -İran'ın siyasi rejimini ve Humeyni yönetimini kastederek- bu yüzden başörtüsü takmanın misyonerlik dahi sayılabileceğini savunmuşlardır. Başta muhafazakâr kesim olmak üzere diğer bir kesim ise tam zıttı olarak başörtüsünün İslam'ın bir emri olduğunu ve dinini yaşayan kimseye müdahale edilmemesi gerektiğini ileri sürmüştür. Ne var ki bu çatışmaların arasında kalanların; anayasa tarafından korunan din ve vicdan, düşünce özgürlükleri ve eğitim-öğretim hakları idare tarafından demokratik dışı müdahalelerle kısıtlanmış; başörtülü kadınlar hayatlarını özgürce devam ettirebilecekleri bir ortama uzun süre sahip olamamışlardır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin ihlaline kadar giden bu sorunu geniş çaplı bir şekilde ele almak zorunluluğu doğmuştur. Bu makale Türkiye'de ve Avrupa'da yaşanan başörtüsü krizini emsal olaylarla ve Yargıtay, Anayasa Mahkemesi, *Bundesverfassungsgericht* (Federal Anayasa Mahkemesi/*BVerfG*), *Bundesverwaltungsgericht* (Federal İdare Mahkemesi) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) verdikleri kararlarla, başörtüsü yasağı sürecinde yaşanan gelişmelerle ilgili bilimsel araştırmaları objektif bir biçim-

de inceleyecektir. Bu sayede farklı düşüncelerin; tarihsel, coğrafi ve hukuki açıdan değerlendirilerek başörtüsü meselesi kapsamında gerçekleşen çatışmaların bir arada toplanması yoluyla literatüre katkıda bulunulması ve bu alanda çalışan araştırmacılar için kolaylık sağlanması hedeflenmektedir.

I. DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI

Birçok farklı tanımı bulunmakla birlikte dinler, eski çağlardan bu yana toplumları oluşturan, bir araya getiren, yöneten ve hatta uğruna birbirleri ile savaşıp kadar etkili inanç sistemleridir (Kartopu, 2009:15). Platon'a göre dinler ahlakın korunması ve varlığı için gerekli, Hristiyan ahlakı savunucularından Lactantius'a göre insanları birbirine ve Tanrı'ya bağlayan bir bağ, Farabi'ye göre toplumun mutluluğa erişmesi için zorunlu temellerden biridir (Platon, 2012: 366; Chevalier, 2000: 19; Türksever ve Çiçek, 2018: 23). Bu görüşlere karşıt olarak Marx'a göre ise dinler zararlı olup halkın afyonudur (Marx, 2009: 192). Görüldüğü üzere dinin net bir tanımı olmayıp din, kişilerin yaşadığı döneme ve hayata bakış açılarıyla değişen bir kavram olmuştur. Ancak öyle ki dinler, tarih boyunca inanma eyleminin ötesinde sonuçlar doğurmuş, içeriğinde çeşitli yasaklar ve görevler barındıran ilahi kanunlar olarak öne çıkmıştır (Başgil 2007: 91). Oldukça zıt ve çeşitli görüşlerin, inançların olduğu ve hala yeni düşüncelerin, inançların ve mezheplerin ortaya çıkmaya devam ettiği süreçte düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün korunması zaruri olmuştur. Dolayısıyla din ve vicdan özgürlüğü, neredeyse tüm anayasalarda ve uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınmıştır.

Din ve vicdan özgürlüğü; kişinin herhangi bir dine inanması veya inanmaması, ilaveten din özgürlüğü çerçevesinde mensup olduğu dinin veya bağlı olduğu görüşün gereklerini gerçekleştirebilme serbestisi anlamına gelir. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 18. maddesi herkesin aleni veya özel olarak bireysel ya da başkalarıyla toplu olarak, kendi din ya da inancının ibadetini icra etmesini, buna ek olarak bu icapları öğretmesini de din ve vicdan özgürlüğü kapsamında tutmaktadır.

Din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğünün bir yansıması olarak görülebilir, zira ifade özgürlüğü olmaksızın din ve vicdan özgürlüğünden bahsedilmesi mümkün değildir. Kişilerin inandıkları dinler veya görüşler onların birer ifadeleri ve düşünceleri; diğer yandan dinin icaplarını yerine getirme de inançlarını ifade ediş biçimidir.

Anayasamız ve birçok uluslararası hukuk sözleşmesi de söz konusu ifade ediş biçimini, kısacası ibadetleri yerine getirme özgürlüğünü korumaktadır.

Temel insan hakları statüsünde olan din ve vicdan özgürlüğü ancak belirli durumlarda sınırlandırılabilir ve müdahale edilebilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m.9/2 gereğince dini ifade özgürlüğü kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma amaçlarıyla sınırlandırılabilir. AİHM, din ve ibadet özgürlüğüne yapılan müdahaleleri öncelikle ilgili ülkede yasal dayanağın olup olmadığını, meşru amacın varlığını ve demokratik bir toplumda zorunlu olduğu ölçüde gerçekleşip gerçekleşmediğini irdeler. Ayrıca AİHM Kokkinakis/Yunanistan (AİHM, 25 Mayıs 1993, para. 31) kararında din ve vicdan özgürlüğünün, yüzyıllardır süren bir mücadele sonucunda demokratik toplumun temel taşlarından biri olduğuna işaret ederek din ve vicdan özgürlüğünün demokratik toplum açısından önemini altını çizmiştir. Bunlara ek olarak Mahkeme, temel hak ve özgürlük kapsamında din ve vicdan özgürlüğünü; dışsal açıdan kişinin dinini, inancını ve düşüncesini dışa beyan etmesi, aleni veya özel olarak bireysel ya da başkaları ile toplu olarak kendi din ya da inancını ibadet, icra, olarak icaplarını yerine getirmesi ya da öğretme bakımından ortaya koyması özgürlüğü olarak ifade etmektedir.

1982 Anayasamız çerçevesinde temel hakların sınırlandırılması ise 13. maddede, kötüye kullanılması 14. maddede ve temel hak ve özgürlüklerin durdurulması ise 15. maddede işlenmiştir. Anayasa Mahkemesinin (AYM) din ve vicdan özgürlüğü konulu kararlarındaki tanımlar AİHM'nin tanımlarıyla örtüşmektedir. Fakat AYM, önceki kararlarında din ve vicdan özgürlüğünü bilhassa başörtüsü söz konusu olduğunda laiklik ilkesi ile yorumlamış; kamu kurumlarında takılan başörtüsünün ve türbanın din ve vicdan özgürlüğü sınırlarını aştığını ifade etmiştir (AYM, 1989, E.1989/1, K. 1989/12). Danıştay da AYM'ye paralel bir şekilde başörtüsünü ve türbanı Atatürk ilke ve inkılaplarına aykırı ve çağdışı bulmuştur (Danıştay, 2005, E. 2004/2697, K. 2005/282). Fakat başörtüsü konusunda mahkemelerin yerleşik içtihatları ilerleyen süreçte değişmiş ve AYM din ve vicdan özgürlüğünü demokratik toplumun temellerinden biri ve vazgeçilmez bir temel hak olduğunu; laiklik dolayısıyla tüm dinlere eşit olan devletin ise bu hakkı korumadaki yükümlülüğünü vurgulamıştır (AYM, 2015, B. No. 2013/7443). Makalenin geri kalanında din ve vicdan özgürlüğü ile doğrudan ilgili olan başörtüsü meselesi konusundaki mahkeme kararları daha ayrıntılı işlenecektir. Sonrasında bu mahkemelerin değişen kararlarından, kararları ortaya çıkaran tarihsel süreçten ve devamlı vurgulanan laiklik kavramından bahsedilecektir.

II. LAİKLİK KAVRAMININ ANLAMI, AVRUPA'DA VE TÜRKİYE'DEKİ GELİŞİMİ

Laiklik kelimesi Fransızcadan Türkçeye geçmiş olup “din dışında kalan halk” anlamına gelmektedir. Almanya’da ve İngiltere’de ise daha çok “sekülerizm” kelimesi kullanılır. Sekülerizm ise dinin toplumsal hayattaki öneminin azalması ve dindarlığın zayıflaması anlamına gelir (Erdoğan, 1996: 241). Arapça’da laikliğin karşılığında kullanılan sözcük ise *ilmaniye* veya *almaniye*dir ve “bilimselcilik” anlamına tekabül eder. Ayrı etimolojik kökenlere sahip olduklarından aynı tanımı da vermemektedirler. Gözler’e (2017) göre ise sekülerizm hukuki bir kavram değil, sosyolojik bir kavramdır. Laikliğin genel geçer tanımına gelecek olursak, kısaca laiklik dinin devlet işlerinden ayrılmasıdır. Esasında devletin herhangi bir dine mensup olana veya olmayanına eşit mesafede olduğu anlamına gelmektedir.

Laiklik ilkesinin lügatımıza girişi İbrahim Müteferrika’nın yazdığı “Usûlü’l-hikem Fî nizâmi’l-ümem” adlı eseriyle olmuştur (Berkes, 1962: 717). Kavramın kullanımı, Osmanlı İmparatorluğu’na dayanmaktadır. Fransız Devrimi’nin, Tanzimat öncesi dönemde, diğer imparatorluklarda olduğu gibi Osmanlı’da da ciddi bir karışıklık yaratması üzerine, birçok ulustan ve dinden insanı barındıran Osmanlı, çözümünü din ve vicdan özgürlüğü kapsamında ıslahat yapmakta aramıştır. İkinci Mahmut, din ve ırk gözetmeksizin herkesin eşit olduğuna işaret etmiştir (Özcan, 2018: 9). Aynı dönemde hem şeri düzene bağlı kaldığı hem de Batılı hukuk sistemlerinin benimsenmeye çalışıldığı gözlemlenmekteyken öte yandan eğitim sisteminde medreselerin yanında çağdaş eğitime uygun okullara da yer verilmiştir (Kapani 1981’den aktaran: Özcan, 2018: 9). Tüm bu gelişmelere rağmen, devletin dininin İslam kabul edilmesi ve hilafetin hala devam etmesi gibi nedenlerden Osmanlı Devleti laik bir devlet olarak kabul edilememektedir.

Cumhuriyetin ilanından önce 1921 Anayasası ile milletin iradesi kabul edilmiş, saltanat kaldırılarak cumhuriyet kurulmuş ve laikliğe doğru en önemli adım olan hilafet 3 Mart 1924’te kaldırılmıştır. Halifelik makamı yerine Diyanet İşleri Bakanlığı kurulmuştur. Tevhid-i Tedrisat Kanunu ile medrese ve mekteplerin hepsi Milli Eğitim Bakanlığına bağlanmıştır (Başgil: 207). 1928’de Anayasanın 2. maddesinde bulunan “devletin dini İslam’dır.” İbaresini kaldırılmış ve son olarak 1937’de laiklik ilkesi Anayasa’nın 2. maddesindeki yerini almıştır.

Avrupa’da ise din yüzyıllar boyunca toplumu, hatta devleti idare eden bir müessese olmuştur. Dolayısıyla Avrupa’da medeniyetlerin oluşumunda, devletlerin, krallıkla-

rın organlaşmasında, siyasi hayatta ve sosyolojik gelişmelerde dinin etkisi büyüktür. 18. yüzyılın sonlarında Avrupa'da zamanının aydınları tarafından desteklenen, dinin devletten ayrı tutulması gerektiğine olan düşüncenin, aslında Rönesans ve Martin Luther Dönemlerinde tohumları atılmıştır (Marangoz ve Uluç, 2021: 337). Kilisenin baskıcılığından kurtulmak için yıllarca mücadele eden Avrupalılar için laikliği veya sekülerizmi kabul etmek zor olmamıştır. Ancak günümüz Avrupası'nda yalnızca Fransa ve Portekiz'in anayasalarında laiklik ilkesi bulunmaktadır ve İrlanda ise laik hukuka göre idare olunan devletler arasında yer almaktadır. İngiltere, Norveç, İzlanda ve Hristiyanlığın merkezi Vatikanın anayasalarında dini ibareler mevcuttur. Geri kalan diğer Avrupa ülkelerinin anayasalarında ne herhangi bir dine yer verilmiş ne de laiklikten söz edilmiştir. Bunun yerine “din ve vicdan özgürlüğünü” temel hak ve özgürlükler statüsünde anayasalarında korumuşlardır.

Avrupa'nın aksine Türkiye'de laikliğin uygulanması aşama aşama olmamış veya çok uzun zaman öncesinden temelleri atılmamıştır. Laiklik, Osmanlı Dönemi'nde bazı aydınlar tarafından desteklense de geniş kitlelerce benimsenmediğinden yalnızca bir düşünce olarak kalmıştır. Ancak Cumhuriyet Dönemi'nde laiklik ilkesi uygulama alanı bulabilmiştir. Atatürk, laiklik ilkesinin anayasada yer almasından önce 1930 yılında laikliği şu sözlerle ifade etmiştir:

“Laiklik, yalnız din ve dünya işlerinin ayrılması demek değildir.

Tüm yurttaşların vicdan, ibadet ve din özgürlüğü de demektir.”

(Atatürkçülük, 1988: 110).

Osmanlı mirasının kozmopolitik olması sebebiyle çok fazla etnik kökeni, kültürü ve sayısız dini içinde barındıran Türkiye devleti için laiklik ilkesi en uygunu olarak görülse de pratikte, şapka ve kıyafet devrimleri dikkate alındığında, bu ilkenin toplumda karışıklığa yol açtığı söylenebilir. Zira Osmanlı'nın dini İslam'dı ve halihazırda Türkiye devletinin sınırları içerisinde yer alan halkın çoğunluğu da Müslüman iken çok kısa bir süreç içinde laikliğin benimsetilmesi oldukça zor olmuştur. Türk modernleşmesi Avrupa'daki uzun mücadeleler sonucunda ortaya çıkmadığından, modernleşme süreci Türkiye'ye aynen ve doğrudan monte edilmeye çalışılmıştır. Tüm bu keskin geçişlerin sonucunda doğal olarak toplumda kutuplaşmalar ve isyanlar yaygın olmuştur (Kentel, 2008: 34).

Laiklik ilkesinin başörtüsü meselesi açısından önemi oldukça büyüktür. Zira makalede bahsedilecek olan yargı kararlarında laiklik kavramı dönem dönem fark-

lı yorumlanmış ve bu farklı yorumlamalar başlarda Türkiye'deki başörtüsü krizini çözüme ulaştıramamış, yeni hak kayıplarına yol açmış ve hatta halihazırdaki hak kayıplarını artırmıştır. Ancak bilhassa son dönemlerde laikliğin yorumlanmasının değişimi ile birlikte toplumdaki ayrışma ve hak kayıpları önlenmeye başlamıştır.

III. TÜRKİYE'DE BAŞÖRTÜSÜ MESELESİNİN TARİHSEL SÜRECİ VE İLGİLİ YARGI KARARLARI

Başörtüsü meselesinin tarihsel süreç içerisinde izlediği yola bakıldığında 2012 yılı bir dönüm noktası olarak kabul edilebilir. 2012 yılı öncesinde siyasi ve hukuki organlarda mesele kamu güvenliği gerekçesiyle daha çok bireyin özgürlüğünü kısıtlayan bir bakış açısı içermektedir, 2012 yılından sonra bireyin özgürlüğünü öne çıkaran bir yaklaşım benimsenmiştir.

A. BAŞÖRTÜSÜ MESELESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE MAHKEMELERE YANSIMASI

1925 ve 1934 tarihleri arasında Atatürk'ün reformlarından biri olan Kılık Kıyafet Kanunları çıkarılmıştır. İlk olarak 1925'te Şapka Kanunu yürürlüğe konulmuş, erkeklerin baş örtme uygulamaları Batı kurallarına paralel hale getirilmiştir. Bu kapsamda kanuna uygun giyinmek zorunlu kılınmış; ancak bu kanun muhafazakar kesim tarafından meşru görülmemiş ve özellikle Anadolu'da ayaklanmalar meydana gelmiştir (Özdemir, 2007: 106).

Şapka Kanunu'ndan sonra kadınların kılık kıyafetleri için de bir düzenleme beklentisi oluşmuşsa da bu konuda herhangi bir kanun yürürlüğe girmemiştir. Zira Atatürk, kadın kıyafetinde yenilik yapmayı düşünmediklerini milletin temayül göstereceği kıyafetlerin yaygınlaşmasının doğru olacağını ifade etmiştir (Kara, 1998: 57-58). Fakat bazı belediyelerce kadınların giydikleri kıyafetlere müdahale edilmiştir. Örneğin Tirebolu Belediyesi 7 Ekim 1926'da aldığı kararla kadınların peçe takmasını yasaklamıştır. Ancak Tirebolulu kadınlar peçe takmaya devam etmişlerdir (Sarısaman, 1998: 98).

Diğer taraftan Trabzon Vilayet Meclis-i Umumisi de Aralık 1926'da kadınların peçe takmalarını yasaklamıştır. Ancak Tirebolu'da olduğu gibi kadınlar burada da peçe takmaktan vazgeçmemiştir (Sarısaman, 1998: 104).

1928 yılında Sivas'taki Türk Ocağında toplantı yapan aydın ve tüccarlar peçenin kaldırılması için bir kampanya başlatıp, Sivas halkına yönelik peçe ve çarşafı

terk etmeleri için çalışmalarda bulunmuşlardır. Toplantı sonucunda peçe ve çarşafın kaldırılmasını kabul edip bu bağlamda çalışmalar yapma konusunda anlaşmışlardır (Sarısaman, 1998: 104).

1934 yılına gelindiğinde bu defa Bodrum Kent Konseyi peçe ve çarşafı yasaklamış ve diğer belediyeler gibi peçe ve çarşaf giyenlere yaptırım uygulanmıştır (Yeni Asır, 1934). Hatta 1 yıl sonra Cumhuriyet Halk Fırkası Kurultayında çarşafın yasaklanması teklifi verilse de bu teklif kabul görmemiş ve Türkiye Büyük Millet Meclisi-ne (TBMM) kanun teklifi olarak da sunulmamıştır (Lewis, 1984: 270).

Başörtüsü meselesi Türkiye gündemine tam anlamıyla 1960'lerde girmiş ve kamu kurumlarında başörtüsü takmayı isteyenlerin sayısı az olsa da başörtüsü kamusal alana ait bir konu haline gelmiştir (Akt., Akboğa, 2020: 86). Örneğin; 1963'te Gülsen Ataseven, tıp fakültesinde sınıf birincisi olan ilk kadın olmasına rağmen başörtüsü nedeniyle kendisinin konuşma yapmasına izin verilmemiş ve onun yerine ikinci olan kadının konuşması haberlerde yayımlanmıştır (Akt., Akboğa, 2020: 86).

1968 yılında ise Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi öğrencisi Hatice Babacan, başörtüsü ile amfiye girmesiyle hocası tarafından "Hey sen! Başörtülü bu şekilde buraya giremezsin!" cevabıyla karşılaşmıştır. Başörtüsünü yasaklayan herhangi bir yasa olmamasına rağmen gayri demokratik yollarla başörtüsü takan kadınların başta din ve vicdan, düşünce ve ifade özgürlükleri, eğitim hakları keyfi bir şekilde engellenmiştir (Kara vd., 2008).

1978'de Çalışma Bakanlığının kamu çalışanları için yayımladığı kıyafet yönetmeliği başörtüsünü resmi olarak ilk defa yasaklamıştır. Ardından ilk defa başörtülü ve sakallı fotoğraflarla adayların üniversite seçme sınavına müracaat edemeyecekleri bildirilmiştir. Karadeniz Teknik Üniversitesinde ve Hacettepe Üniversitesinde başörtülü öğrencilerin kampüs içinde dolaşmaları yasaklanmış, yine 1979'da Atatürk Üniversitesi de türbanlı ve sakallı fotoğrafı olanlara diploma verilmeyeceğini duyurmuştur (Aksoy, 2005: 150-155).

1980'lerde Türkiye'deki karışık siyasi ortam ve gösteriler hiç kesilmeden devam etmiştir. Siyasetteki tıkanmalar, zayıf hükümetler, ekonomik istikrarsızlık, 24 Ocak Kararları, devalüasyonlar, iç karışıklıklar sonucu 12 Mart 1980'de Türkiye'de gerçekleşmiş en ağır askeri darbe yapılmıştır. Devam eden süreçte hem Kenan Evren devlet başkanlığı ve Milli Konsey Başkanlığı'nı üstlendikten sonra 7 Kasım 1982'de seçim-

lerle cumhurbaşkanı seçilmiş hem de 1982 Anayasası kabul edilmiştir. Ancak henüz 1982 Anayasası düzenlenmeden Evren, başörtüsünü irtica sembolü olarak gördüğü için kamu kurumlarında başörtüsü kullanımını yasaklamıştır (17849 sayılı Resmi Gazete, 1982). Bu yasak yeni anayasa kabul edilmeden uygulandığından durumun hukuki olarak ele alınmasının da önüne geçilmiştir. Esasen yapılan düzenleme ile öğrencilerin ve öğretmenlerin başörtüsü takması engellenmiştir. Ancak bu yasak bazı okullarda uygulanırken bazılarında uygulanmamıştır (Aksoy, 2005: 164).

Başörtüsünün taşıdığı anlam; Türk siyasetinde, toplumunda ve daha birçok alanda -kamu, askeri müesseseler ve parlamento da dahil- tartışılmıştır. Başörtüsünün en şiddetli ve sık tartışıldığı yer ise Türkiye'deki üniversiteler olmuştur. 1960'lardan itibaren yoğun şekilde tartışılan bir konu olmasına rağmen, Yükseköğretim Kurulu (YÖK) 1982'de çıkardığı genelge ile açıkça başörtüsünü yasaklamıştır (Korteweg ve Yurdakul, 2016: 91).

YÖK 10/05/1984 tarihli Kararı'nda bazı yükseköğretim kurumlarında sayıları az da olsa bazı kız öğrencilerin müessese içinde başörtüsü kullandıkları konusu üzerinde durarak bu durumun önlenmesi gerektiğini; ancak modern bir şekilde "türban" takılabileceğini belirtmiştir. (AYM, 2018, B. No: 2015/269, §32)

1987'de 45. Hükümet olan Anavatan Partisinin başörtüsünün serbest bırakılması için YÖK yasasında yaptığı değişiklik veto edilmiştir. Turgut Özal'ın ikinci hükümeti tekrardan yasa değişikliğine gitmiş; fakat dönemin cumhurbaşkanı olan Kenan Evren AYM'de iptal davası açmıştır. AYM, bu ek maddede özellikle "dini inanç sebebiyle" ibaresinin üzerinde durmuş, bu ibarenin demokrasi ilkesine ters düştüğünü, ayrıca bir yasal düzenlemenin Anayasada bulunan laiklik ilkesi sebebiyle dini kurallara göre yapılamaz olduğunu ifade etmiştir. Diğer yandan AYM Karar'da; laikliğin kişilerde teolojik baskıyı önlediğini açıklayıp ek maddeyi Anayasa'nın 2. maddesine ve eşitlik kavramını kapsayan 10. maddesine aykırı bulmuştur. Yine AYM, Karar'ında; dini gereklilik sebebiyle başörtüsü veya türban takılmasına serbestlik tanınmasının bu yönde bir zorlama olduğunu, hatta 174. maddeye de aykırılığını ileri sürerek toplumu kışkırtan bir yasa olduğunu kabul etmiştir (AYM, 1989, E.1989/1, K.1989/12).

AYM Kararı'nı inceleyecek olursak, bir kere gerekçelerde "dini inanç sebebiyle" ibaresi baz alınmış ve sadece bu ibareden içeriği belirsiz sonuçlar çıkarılmıştır. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun başlığı altında yer alan ek maddeyi lafzi yorumla-

dığımızda belirtilen yerlerde modern giyinmenin zorunlu olduğunun yanı sıra modern giyim kapsamında sayılmayan başörtüsünün de kişinin dini inancı gereğince takılabileceği söylenmiştir. Esasen kanun “başörtüyü” modernin dışında “gerici” kabul etmiştir. Bu durumda arada kalanlar, üniversite sınavında başarılı olup seçtiği dinin gereklerini icra eden ve eğitim-öğretim hakkından kısıtlanan kadınlar olmuştur. Zira o dönemde üniversitelerde başörtülü kadınların bazıları; eğitim ve öğretim aldıkları okullarını bırakmak, bazıları kampüste başörtüsünü çıkarmak ve durumu iyi olanlar da okumak için Avrupa’ya gitmek zorunda kalmışlardır.

Özetle AYM tarafından iptal edilen kanunun amacı kişileri herhangi bir dine zorlamak veya bazılarını daha üstün kılmak değil, dini inançlarından ötürü eğitim hakları zedelenen kadınları, diğerleriyle, hukuk devleti anlayışı gereği eşit duruma getirmektir. Bu bağlamda hukuk metodolojisinin, Türkiye’de içtihat ve öğretide ikincil bir rol oynadığını belirten Rüthers’in haksız olmadığını söylemek mümkündür (Rüthers, 2011: 865).

1990’lı yıllara gelindiğinde Türkiye, hak ve özgürlüklerin kullanımı açısından karanlık sayılabilecek bir döneme girmiştir. Terörün ülkenin dört bir yanında faaliyetlerde bulunması, faili meçhul onlarca cinayetin olması, başarısız ekonomi politikaları ve “derin devlet”in ortaya çıkışıyla birlikte ülkeye kaos hakim olmuştur.

Başörtüsü meselesi ise 1990’ların başında tekrar gündeme gelmiş, 25.10.1990 tarihinde başörtüsü yasağını kaldıran yasa, Sosyaldemokrat Halkçı Partisinin (SHP) iptal istemiyle birlikte AYM tarafından yürürlükten kaldırılmıştır. 3670 sayılı Yasa’nın 12. maddesiyle 2547 sayılı Yasa’ya eklenen maddelerden 17. Ek madde şöyleydi:

*“Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile;
Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir.”*

Geçici madde ise:

“Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet ile ilgili olarak verilmiş her türlü disiplin cezaları bütün hüküm ve sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkar.”

Dikkat çeken şu ki 1989 yılında AYM’nin Kararı’nda devamlı vurgu yaptığı “dini inanç sebebiyle” ibaresi yoktu. Hatta bu yasada başörtüsü ile ilgili herhangi bir keli-

me de zikredilmemiştir. Yani türban, başörtüsü gibi kavramları kullanmadan aslında zımni bir şekilde başörtüsünü serbest bırakan bir yasa kabul edilmiştir. Bu yasanın AYM önünde iptalinin isteneceği tahmin edilmiş olacak ki AYM'nin önceki kararındaki argümanlar göz önüne alınarak söz konusu kanun metni hazırlanmıştır; fakat istenilen amaca ulaşılammıştır. AYM, 1991 yılındaki kararında ek maddenin başörtüsü ve türbanı kapsayacak şekilde bir serbestlikten bahsediyorsa, açıkça bu ek maddenin Anayasa'nın 153. maddesine karşı geldiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla Mahkeme bu serbestinin “başörtüsü ve türban”ın içermediğini varsayarak anayasa aykırı olmadığına karar vermiştir. Görüldüğü üzere AYM, ek maddeyle neyin amaçlandığını anlamış ve ona göre karar vermiştir. Yasa koyucuya hata yakıştırılmasının temel hukuk ilkelerinden olduğuna değinen Mahkeme, geçici maddenin de dini kıyafetlerden alınan cezaları içine almadığına kanaat getirmiştir (AYM, 1991, E.1990/36, K.1991/8).

AYM'nin bu kararlarını AİHM de desteklemiştir, zira AİHM Karaduman (AİHM, 1993, B. No:18783/91) ve Bulut (AİHM, 1993, B. No: 16278/90) kararlarında AİHS'nin 9. maddesi olan ifade ve inanç özgürlüğünün ihlal edilmediğini, “laik üniversitede okumayı seçen öğrencinin konulan kılık-kıyafet kurallarına da uymak zorunda olduğunu” ifade etmiştir. Ancak komisyon üyeleri Türkiye'deki tüm üniversitelerin laik olmak zorunda olduğunu göz ardı etmiş veya bu bilgiye erişememiş olmaları ki eğitim-öğretim hakkı bakımından bir değerlendirme yapmamışlardır. Ayrıca bu noktada AİHM laikliğin genel geçer tanımı olan “din ve devlet işlerinin ayrılması”nı dar yorumlamamıştır. Zira AİHM kararındaki “kişi laik bir üniversiteye gidiyorsa başörtüsünü çıkarmalıdır” cümlesi, laikliği, asıl kelime anlamı olan “dine ait olmayan kitle, halk” olarak kabul ettiğini göstermektedir.

Akabinde İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü, 23/02/1998 yılında başörtülü öğrencilerin okula alınmaması hususunda genelge yayımlamıştır (AİHM, 2004, B. No: 44774/98 §11-12) ve yapılan itirazlara karşın İstanbul Bölge İdare Mahkemesi genelgenin hukuka uygun olduğu kanısına varmıştır.

1995 Seçimlerini birinci olarak bitirip siyaset arenasında boy gösteren Refah Partisi, 1997 yılında Necmettin Erbakan'ın başkanlığında hükümetini kurmuş, ancak Erbakan'ın başbakanlığı uzun sürmemiştir. Bir yandan 28 Şubat 1997'de Milli Güvenlik Kurulu (MGK) tarafından hükümete irtica tehlikesine karşı önlemler alınmasının gerektiğini duyuran bir “tavsiyeler paketi” diğer yandan da “tavsiye” olarak

nitelendirilen ancak içerikte “müeyyide”ler olan maddeler bildirilmiştir. Postmodern darbe olarak adlandırılan bu darbe, ordunun mevcut hükümet politikalarını “laiklik ve çağdaş modernliğe” karşı bir tehlike yarattığını düşündüğü anda gerçekleşmiştir. (Cizre, 2009: 156-159)

Bu bildirinin akabinde Necmettin Erbakan başbakanlıktan istifa etmiştir. Daha sonra Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Refah Partisinin “laiklik ilkesine aykırı eylemlerin odağı haline geldiği” savıyla kapatılması için AYM’de dava açılmıştır (AYM, 1998, E. 1997/1, K. 1998/1). İddianamede; Necmettin Erbakan’ın başörtüsünü okullarda ve kamu kurumlarında serbest bırakacağı yönündeki vaatleri, 23 Mart 1993 günü siyasi partiler liderliği toplantısında çok hukuklu bir sistemi savunması, Necmettin Erbakan’ın 12 Nisan 1994 tarihindeki Meclis Grubu toplantısındaki ve diğer Refah Partisi milletvekillerinin konuşmaları yer almıştır.

Başsavcılık, Yükseköğretim kurumlarında öğrencilerin bilimsel yöntemlerle yetişirken kişinin dini inancını gösterecek başörtüsünün üniversite ortamında kargaşa çıkaracağını ve bu bağlamda laikliğe de aykırı düşeceğini ileri sürmüştür. Sonuç olarak AYM, laiklik ve cumhuriyete aykırı eylemleri nedeniyle Refah Partisini kapatma kararı almıştır. AİHM de Refah Partisi Kararı’nda partinin kapatılmasının; zorlayıcı bir sosyal gereksinimi karşıladığını, güdülen amaçlarla orantılı ve demokratik toplumda gerekli görülebilir olduğunu ifade etmiştir (AİHM, 2007, B. No: 71907/01).

Refah Partisinin kapatılmasının ardından başka bir olay ise 1999 yılında Fazilet Partisi milletvekili Merve Kavakçı’nın TBMM’deki yemin etme törenine yasaklanmasına rağmen başörtüsüyle gelmesi olmuştur. Meclisteki protestonun ardından Kavakçı meclisi terk etmek zorunda kalmıştır. Ardından Kavakçı’nın milletvekilliği Anayasa Mahkemesinin Fazilet Partisini kapatma davasında düşürülmüştür.

AYM’nin aksine AİHM, Merve Kavakçı Olayı’na başka bir açıdan yaklaşmış, siyasi hakların kısıtlanmasının ağır bir yaptırım olduğunu ve müdahalenin orantılı olmadığını belirterek Türkiye aleyhine karar vermiştir. AİHM’e göre; bu olayda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS) yer alan din ve vicdan özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir. Sonuç olarak Merve Kavakçı’ya 4 bin euro tazminat ödenmesi kararlaştırılmıştır (AİHM, 2007, B. No: 71907/02).

Başörtüsü meselesi kapsamında 2000’li yıllarda özellikle AİHM’nin Leyla Şahin hakkındaki kararı oldukça ses getirmiştir ve birçok kararda atıf yapılmıştır. Yukarıda

değinilen İstanbul Üniversitesi Rektörlüğünce başörtüsünün yasaklanmasıyla din ve inanç özgürlüğünü ihlal etmesi iddiasıyla açılan dava, AİHM'nin değerlendirmeleri sonucu olumsuz sonuçlanmıştır. Mahkeme, söz konusu yasağı Türk hukukunda yasal bir dayanağı olup olmadığı, yasağın meşru bir amaca hizmet edip etmediği ve demokratik bir toplum için gerekliliği hususunda incelemiş olup, özetle Türkiye gibi büyük çoğunluğun belirli bir dine mensup olması dolayısıyla başörtüsünün, başka dini inanca sahip olanların veya dinin buyruklarını yerine getirmeyenler üzerinde baskı kurabileceğini öngörmüştür. Dahası başörtüsü takmayanlar ile takanlar arasında bir ayrımcılık çıkabileceğini ifade etmiştir. Yasal dayanak çerçevesinde ise mahkeme, içtihat hukuku da olmak üzere her türlü hukuk kuralını yasa kavramına dahil saymıştır ve Türkiye'deki mahkemelerin bu konudaki yerleşik içtihatlarına vurgu yapmıştır (Ulusoy, 2004: 126,127).

2008 yılında TBMM Genel Kurulunda üniversitelerde başörtüsünün serbest bırakılmasını içeren kanunun tümü, 103 oya karşı 411 oyla kabul edilmiştir. Anayasanın “Kanun Önünde Eşitlik” başlığı altındaki 10. maddesinin son fıkrasına ekleme yapılmıştır. Buna göre devlet organları ve idare makamları, bütün işlemlerinde *“her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında”* kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. “Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi” başlığı altında düzenlenen Anayasa'nın 42. maddesine getirilen ek fıkra ise şöyleydi: *“Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yüksek öğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir.”*

Ancak Hakkı Süha Okay, Kemal Anadol ve 110 milletvekili söz konusu maddele-
rin iptali için AYM'ye başvurmuştur ve AYM ise “laikliğe” vurgu yapmış, AİHM'nin Leyla Şahin, Kararı'nda İsviçre'de başörtüsüyle ilkokulda öğretmenlik yapması engellenen öğretmenin kararına atıf yapmış ve Türkiye koşulları dikkate alındığında başörtüsünün kamu düzenini ve başkalarının haklarının korunması konusunda demokratik bir toplumda zorunlu olarak yasak olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca AYM başörtüsü yüzünden eğitim hakkını kullanamayan kadınların anayasal haklarını gözetmek yerine, TBMM'deki görüşmeleri baz almış ve demokratik bir uzlaşmanın değil, “meydan okumanın” veya “dayatmanın” var olduğunu ifade etmiş ve ek fıkrayı iptal etmiştir (AYM, 2008, E. 2008/16, K. 2008/116). Bu davanın ardından 14 Mart 2008'de Yargıtay Başsavcısı Abdurrahman Yalçınkaya Adalet ve Kalkınma Partisine (AK Parti) karşı *“laikliğe aykırı fiillerin odağı haline gelmesi”* sebebiyle kapatma

davası açmış, ancak AK Parti bir oy farkla kapatılmamıştır (AYM, 2008, E. 2008/1, K. 2008/2).

Tüm bu süreç boyunca başörtüsü yasağı sebebiyle birçok öğrenci okula gidememiş, eğitimini yarım bırakmış veya yurt dışında öğrenim görmeye gitmiştir. Bazısı ise okula başörtüsünü çıkararak hatta türbanlarının üstüne peruk takarak üniversite eğitimlerine devam etmeye mecbur bırakılmıştır. Ancak 2010 yılında başörtüsü yasağının kalkması hususunda ilk adımlar atılmış olup, 2010'da YÖK, İstanbul Üniversitesinde başörtüsü sebebiyle dersten çıkarılan öğrenci olayı üzerine Üniversiteye yazı göndermiştir. YÖK, kurallara aykırı veya disiplin suçu işlediği düşünülen öğrenciler hakkında öğretim elemanı tarafından yapılacak işlemin, tutanakla ve varsa ispatla gerçekleştirilmesi gerektiğini, kanunlara ve kurallara aykırı şekilde bir öğrencinin dersten atılmasını veya derste olmasına rağmen yoklamada yok yazılmasının suç teşkil eden bir fiil olduğunu iletmıştır (Akt. Göçgün ve Kaya, 2023: 279).

Üstelik yine 2010 yılında YÖK, Akademik Personel ve Lisansüstü Eğitime Giriş (ALES) Sınavı'nda başörtüsü yasağını kaldırmıştır. Akabinde 20 Eylül 2010 tarihinde tüm sınavlara başörtülü girilebileceği bildirilmiştir (Dünya Gazetesi, 2010).

2013'te ise Demokratikleşme Paketi tanıtılmıştır. Bu pakette seçim sistemi, ana dilde eğitim gibi düzenlemeler varken en dikkat çeken düzenleme, başörtüsü yasağının kalkmasına yönelik düzenleme olmuştur. Kamu kurumlarında başörtüsü yasağının kalkacağı aktarılırken; hâkim, savcı, emniyet ve ordu gibi resmi kıyafet giyenlerin kapsam dışında olduğunun da altı çizilmiş ve 30 Eylül 2013'te kamu kurumlarındaki bu yasak sona ermiştir (28789 sayılı Resmi Gazete, 2013).

31 Ekim 2013 tarihinde başörtülü dört kadın milletvekili meclise girmiştir. Bu tarihi günde Meclise giren başörtülü kadın milletvekillerinin ad ve soyadları; Nurcan Dalbudak, Sevde Beyazıt Kaçar, Gülay Samancı ve Gönül Şahkulubey'dir. Böylece Kavakçı'dan sonra ilk defa başörtülü kadınlar Meclise kabul edilmiştir (Anadolu Ajansı, 2013).

B. 2012 YILI SONRASINDA ANAYASA MAHKEMESİ VE DANIŞTAYIN YERLEŞİK İÇTİHATLARINDA LAİKLİK İLKESİNE BAKIŞIN DEĞİŞİMİ

Yukarıda bahsedildiği üzere Danıştay ve AYM, başörtüsü meselesi üzerine uzunca bir süre yerleşik içtihat oluşturmuş ve hatta AİHM bu yerleşik içtihatları yasa niteliğinde değerlendirmiştir.

AYM'nin bu konudaki kararlarının değişimi 2012 yılı itibarıyla başlamıştır. “Kuran-ı Kerim ve Hz. Muhammed’in Hayatı” derslerinin okullarda verileceğine dair kanunun iptali için açılan davada (AYM, 2012, E.2012/65, K.2012/128); söz konusu derslerin, devletin İslam dini ile aidiyet ilişkisi kurmasına neden olduğu ve dolayısıyla laiklik ilkesine aykırı olduğu iddia edilmiştir. AYM, söz konusu kararında öncelikle laikliğin tanımını yapmıştır ve bu tanımda laikliğin bireyin bir tanımı değil, devletin bir niteliği olduğu değerlendirilerek önceki içtihatlardan farklı bir yorum yapılmıştır. Laiklik olgusunu katı ve esnek-özgürlükçü olarak ayırmış; dini sadece iç dünyasında yaşayıp dışa vurumuna anlamına gelen katı laiklik yerine dini bireyin iç dünyasına hapsedemeyen esnek-özgürlükçü laiklik anlayışını uygun bulduğunu, çünkü bu şekilde ancak din ve vicdan özgürlüğünün güvence altına alınabileceğini ifade etmiştir. Öte yandan Anayasa’nın 2. maddesinin gerekçesine de yer veren Mahkeme, demokrasi ve laikliğin devletin toplumsal çeşitliliği ve barışını koruması gerektiğine de işaret etmiştir. Nihai karar olarak ise din derslerinin Avrupa’da da işlendiğini ve toplumun çoğunluğunun İslam dinine bağlı olduğunu göz önünde tutup din derslerinin seçmeli ders olarak işlenmesini laikliğe uygun bulmuştur. Yine Mahkeme, bu dersin verilmesini, din ve vicdan özgürlüğü kapsamında toplumun müşterek ihtiyacının karşılanması olarak nitelendirmiştir.

Bu noktada, AYM’nin yıllardır süren laiklik kavramı hakkındaki yorumunun değiştiği ve esnek-özgürlükçü laikliği tercih ederek bireylerin mensup olduğu din ve inançlarının gereğini dış dünyaya beyan etmesini demokratik bir ülkenin gereklilikleriyle ilişkilendirdiği değerlendirilebilir. Bilhassa Mahkemenin laikliği sadece devlete atfetmesi ve bireyleri bu kapsamdan çıkarması başörtüsü meselesinin çözümü için de önemli bir adım olmuştur.

AYM, başörtüsü sebebiyle duruşmaya kabul edilmeyen Ankara Barosuna kayıtlı avukat Tuğba Arslan’ın itirazı üzerine verdiği emsal kararında da yukarıda bahsedilen kararındaki laiklik tanımını tekrarlamış ve laiklik gerekçesiyle din ve vicdan özgürlüğüne müdahalenin ancak makul bir temel ile olabileceğini, bunun da ancak başörtü-

sünün saldırgan ya da başkalarının inançlarına müdahale eden, baskıcı, tahrik edici, kendi inancını zorla dayatma amacı bulunduğunu, toplumda karışıklığa sebep olması durumunda ortaya çıkabileceğini iletmiştir. Ancak başörtüsü sebebiyle böyle bir karışıklığın meydana gelmediğini de belirtmiştir (AYM, 2014, B. No: 2014/256).

AYM, Sara Akgül başvurusunda da son kararları ile tutarlı bir sonuca ulaşmıştır. 2006 yılında Boğaziçi Üniversitesi Fen Bilgisi Öğretmenliğine kayıtlı olan başvuru- cu, okula burslu kayıt yaptırdığını ancak başörtüsü sebebiyle okula alınmamasından dolayı derslere ve sınavlara katılımına izin verilmediğini, bu sebeple devamsızlık sorunu oluştuğunu ve okuldan atıldığını iddia etmiş; okuldan kendi isteği ile ayrılmadığından burs sözleşmesine aykırı davranmadığını ve aldığı bursun geri ödemesini yapmaması gerektiğini ilave etmiştir (AYM, 2018, B. No: 2015/269).

Mahkeme, Sara Akgül davasında Türkiye’de yükseköğrenim öğrencilerine yönelik başörtüsü yasağının tarihsel sürecini tek tek ele almıştır. Devlet memurlarına yönelik başörtüsü yasağını değerlendirdiği kararına atıf yaparak Mahkeme, başörtüsüne müdahalenin demokratik toplum düzenine uygun olmadığını ve din özgürlüğünü ihlal ettiğinin altını çizmiştir. Üniversitenin ilgili döneminde başörtüsüne ilişkin uygulamaları dolayısıyla din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Başvurucunun Bakırköy Adliyesi girişinde güvenlik kontrolü esnasında inancı sebebiyle pardösüsünü çıkarmak istemediğini ve yalnızca kadın görevliler tarafından aranabileceğini bildirmesine rağmen aksine zorlanması üzerine gerçekleştirdiği bireysel başvuruda (AYM, 2015, B. No: 2013/7443) Mahkeme, belli bir dini anlayışın ölçüsüzce sınırlandırıldığını ve kamu düzenini sağlamak adına başkalarının temel haklarının özünü zedelemeyecek nitelikteki müdahalelerin ancak bir çözüm olabileceğini dile getirmiştir.

Danıştayın başörtüsü kararlarındaki değişim de AYM ile paralel gelişmiştir. Yorum farkındaki gelişimi kavrayabilmek için 2000’li yılların başlarındaki bazı Danıştay kararları incelenmelidir.

Örneğin 2004 yılındaki kararında Danıştay; ilgili üniversitenin Tıp Fakültesinde türbanlı çalışanlara izin verilmesini -kararda “türbanla görev yapmalarına göz yumma” olarak geçiyor- Yükseköğretim Denetleme Kurulu üyeleri tarafından yapılan keşif raporuna dayanarak hukuka aykırı bulmuştur. Mahkeme, bu durumu, Atatürk

inkılaplarına ve milliyetçiliğine bağlı bir kurumda olmaması gereken görüntüler olarak değerlendirmiştir (Danıştay, 2005, E. 2004/2697, K. 2005/282).

Aynı şekilde 2003 Aralık Dönemi Lisansüstü Eğitimi Giriş Sınavı'na başörtüsü ile giren İlahiyat Fakültesi öğrencisinin sınavının geçersiz sayılmasıyla, LES Kılavuzundaki "Aday başı açık ve kılık kıyafeti ilgili mevzuata uygun bir şekilde gelmemişse sınava alınmayacaktır. Başı örtülü adaylar sınava alınsa bile geçersiz sayılacaktır." maddesinin iptali için açılan davada Danıştay, bu madde sebebinin Atatürk İlkeleri ve İnkılaplarına dayandığını, yükseköğretimlerin ana ilkelerinden birinin Atatürk milliyetçiliğine bağlı hizmet bilinci geliştirilmesi olduğunu ve türbanın açıkça laikliğe aykırı olduğunu ifade etmiştir (Danıştay, 2005, E. 2004/867, K. 2005/3796). Danıştay, kararlarında laiklik başta olmak üzere Atatürk İlkeleri ve İnkılaplarına sıkça atıf yapmıştır. Ancak kararlarında Mahkeme; laiklik kavramını tanımlamaktan kaçınmış ve başörtüsünün neden Atatürk İlkeleri ve İnkılaplarıyla çeliştiği kanısında olduğunu açıklamamıştır.

Danıştay; 2020/1034 esas numaralı Kararı'nda ise Anayasa Mahkemesinin güncel laiklik tanımlamasına yer vermiş ve laiklik ilkesinin demokrasiden bağımsız değerlendirilemeyeceğini, her ferdin istediği inanca, mezhebe sahip olabildiğini ve ibadetini yerine getirebilmesini laikliğin bir gereği olarak kabul etmiştir. Başörtüsünün, bir yandan din veya kültürlerin bir gereği olabileceğini diğer yandan da toplumsal kabul gördüğünü, dolayısıyla ortaokul ve liselerde başörtüsü serbestisinin "din ve vicdan hürriyeti kapsamında devlete düşen pozitif yükümlülük" olduğunu vurgulamıştır (Danıştay, E: 2020/1034, K. 2021/73).

Başörtüsü yasağının kalkmasına yönelik başka bir atılım da Danıştayın 2012 yılındaki kararı olmuştur. 8. Danıştay Dairesi, Türkiye Barolar Birliğinin Avukat Kanunu Yönetmeliği'nin 9. maddesinin 1. fıkrasındaki "başı açık" ibaresinin iptaline ve yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir (Danıştay, 2012, E. 2012/5257). Danıştay, Kararı'nda Anayasa ve uluslararası sözleşmeler tarafından korunan temel hak ve özgürlüklerin, ancak Anayasa'da belirtilen durumların gerçekleşmesi halinde kanunla kısıtlanabilmesinin mümkün olduğunu ve Yönetmelik maddesindeki bu ibarenin kanunun amacını aştığını ifade etmiştir. İlaveten Danıştay; avukatlık ruhsatnamesindeki fotoğrafın kişinin kolayca tanınmasını sağlayacak şekilde verilebileceğini ve Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te de, nüfus ve uluslararası aile cüzdanlarına yapıştırılacak fotoğrafların niteliği belirle-

nirken kadınların alın, çene ve yüzleri açık olmak şartıyla başörtüsüyle fotoğraf ve-rebileceğini vurgulamıştır. Böylece Danıştay 2015 yılında “başı açık” ibaresini iptal etmiştir (Danıştay, 2014, E. 2012/5257, K.2014/8567). Sonuç olarak avukatların başörtülü olarak işlerini icra etmelerine izin verilmiştir.

15 Şubat 2017 yılında ise Milli Savunma Bakanlığı (MSB) TSK'nın Kıyafet Yönetmeliği'nde değişiklik yaparak kadın subay ve astsubayların başörtüsü takma-sına izin verilmesiyle -MSB bunun kurum içi düzenleme olduğunu ve herhangi bir partiyi ilgilendirmediğini ifade etse de- Halkın Kurtuluş Partisi (HKP) Danıştaya laiklik ilkesine aykırılık sebebiyle dava açmıştır. Danıştay 2. Dairesi ise AİHM'nin Singh Kararı'na atıf yaparak başörtüsünün; pasif dışı sembol olup olmadığını top-lumun yapısının ve değerlerinin belirleyeceğini, dolayısıyla Türkiye'de yalnızca dini bir sebepten değil, kültürel veya başka nedenlerden de takıldığını ifade etmiştir. Da-hası Danıştay; AİHM tarafından İtalya'daki okullarda kullanılan haç işaretinin pasif sembol olarak kabul edilmesine de atıf yapmıştır (Danıştay, 2020, E. 2017/1012, K. 2020/3433).

Özetle AYM ve Danıştayın laiklik ilkesini yorumlama biçiminin, süreç içerisin-de değişmesiyle birlikte başörtüsü konusundaki temel hak ihlalleri son bulmuş ve başörtüsü sebebiyle eğitim-öğretim hakkından mahrum kalan öğrencilere ve kamu kurumunda çalışamayan kadınlara dinlerinin icaplarını yerine getirme konusunda geniş özgürlükler içeren bir alan bırakılmıştır.

IV. ALMANYA'DA BAŞÖRTÜSÜ MESELESİ

A. BAŞÖRTÜSÜ MESELESİNİN ALMAN KAMUOYUNDA DOĞUŞU VE SOSYOLOJİK ARKA PLANI

Almanya İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra hızlı ve beklenmedik şekilde ekonomi-nin kalkınması için ekonomi mucizesi anlamına gelen “*Wirtschaftswunder*” sloganı kullanılmıştır. Bu kapsamda ciddi sayıda göçmen grubu, Almanya'ya daha çok “*Gastarbeiter*” (misafir işçi) olarak kabul edilmiştir. Bu ekonomik büyüme periyodunda Almanya'nın enflasyon oranı düşerken, özellikle sanayi endüstrisinde bir sıçrama yaşanmıştır. Zaten bu dönemden sonra Almanya ve Avusturya, Avrupa'nın kalkın-mış ülkeleri arasına girmeyi başarmıştır. Almanya ile Türkiye arasında 1961 yılında işgücü sözleşmeleri gerçekleştirilmiş ve böylece Türkiye'den Almanya'ya işçi göçü başlamıştır. 1973'te işçi alımın durdurulmasına rağmen Almanya'daki Türk sayısı

artmaya devam etmiştir. 1980 darbesi sonrası siyasi sığınmacıların da alınmasının sonucunda Almanya'daki Türk nüfus artış hızı büyük ivme kazanmıştır.

Almanya, işçileri ve sığınmacıları Alman toplumuna entegre etmek için çeşitli faaliyetlerde bulunsa da kültür ve din farkından oluşan problemlerin önüne geçememiştir. Zira Almanya, diğer Avrupa ülkelerine nispeten çok daha fazla Müslüman göçü almış ve bununla beraber başörtüsü meselesi gündemini daha sık meşgul etmiştir.

Almanya'da 1970-80'li yıllarda başörtüsünün daha çok Almanya'nın cahil kadınlarını temsil eden önemsiz bir sembol olduğu kabul edilmiştir (Rottmann ve Marx, 2008: 501). Ancak Müslüman kadınların nüfusunun artması sonucunda başörtüsü sorunu; Hristiyan Demokrat Partisi (CDU) ve Sosyal Demokrat Partisinin (SPD) koalisyonunun ardından, 2004'te entegrasyon tartışmalarının odağı haline gelmiştir. CDU Milletvekili Friedrich Merz'in 2000 yılındaki konuşmasında Almanya'nın bir yandan farklı kültürlerle hoş görülmesi olmasının önemine değinirken bir yandan da multi-kültürel yaklaşımı tercih etmemesi gerektiğini, kendi kültürüne ve anayasal değerlerine bağlı kalarak bir entegrasyon sürecini eyleme geçirmesinin uygun olacağını ifade etmiştir. (FAZ, 2000) Bunun adına ise "*leitkultur* (öncü-baskın kültür)" demiştir. Bu "*leitkultur*"un içinde başörtüsünün Alman entegrasyon tartışmasında ulusal aidiyeti tartışma konusu olmuştur. Hristiyan Demokratlar, başörtüsünün baskıyı ve ataerkil yapıyı temsil ettiğini ifade ederken, SPD de Müslüman başörtülü kadınların tesettürleri sebebiyle Alman kültürüne entegre edilmesinin zorluğundan bahsetmiştir (Sauer, 2009: 83; Joppke, 2007: 319 aktaran Çiçekli, 2019: 284). Çevreci ve barışçı eylemcilerin kurduğu Yeşiller Partisi ise başörtüsü yasağına karşı çıkmış ve insanların inançlarının yargılanmaması gerektiğini savunmuştur. Federal Anayasa Mahkemesinin öğretmenlere yönelik başörtüsü yasağı kararından sonra Yeşiller Partisinden Volker Beck, "*Dini özgürlükler açısından iyi bir gün.*" demiştir (BBC, 2015). Yine Yeşiller Partisinden Filiz Polat ise Bundestag'daki konuşmasında şu sözleri sarf etmiştir: "*Dini inanç nedeniyle hangi kıyafet kurallarına uyulduğunu yargılamak devlete bağlı değildir*" (Grüne Bundestag, 2020).

Hem sosyal hem de iş hayatında başörtüleri yüzünden çeşitli haksızlıklar yaşayan Müslüman kadınlar son aşama olarak bireysel başvuru yoluyla Federal Anayasa Mahkemesine müracaat etmişlerdir.

B. ALMAN BAŞÖRTÜSÜ MESELESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Alman Anayasası'nın (*Grundgesetz*) 93/ 4a maddesine ve Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklerden birinin kamu gücü tarafından ihlali iddiasıyla son merci olarak kişiler -konu kapsamında uygunsa tüzel kişiler de olabilir- Federal Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Mahkemenin başörtüsü ile ilgili ilk kararı ise özel hukuk alanında 1999 yılında olmuştur (Göztepe, 2004: 49).

Olayda mağaza sahibi, Türkiye doğumlu çalışanın, inancı sebebiyle başörtüsü takmasından dolayı mağazanın genel görünümü ve işleyişinin etkilendiğini, özellikle parfümeri bölümünde böyle bir görünümün kabul edilemez olduğunu iddia ederek iş sözleşmesini sona erdirmiştir. İlk derece mahkemesi mağaza sahibini haklı bulurken Federal İş Mahkemesi bu feshin sosyal açıdan haksız ve dayanaksız olduğunun altını çizmiştir. Mağaza sahibinin başvurusu ile bu dava Federal Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Federal Anayasa Mahkemesi de işçi lehine karar vererek, Alman Anayasası'nın 12. maddesindeki "Tüm Almanların özgürce meslek, iş yeri seçebilme" hakkına ve 4. maddesindeki din ve inanç özgürlüğünü dikkate alarak çalışanın dini gereği taktığı başörtüsünün işine herhangi bir engel oluşturmadığını, eğer parfümeride çalıştırılması istenmiyorsa dahi mağazanın başka bir bölümünde çalıştırılabilmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir. Kısacası Mahkeme; çalışanın temel hak ve özgürlükler kapsamında din ve vicdan özgürlüğünü, işverenin girişim özgürlüğünden daha üstün ve korunmaya değer bulmuştur. Somut olaya benzer bir temel hak ihlali iddiası da 2017 yılında ABAD'da karara bağlanmıştır. Olayda başvuru; şirkette önce stajyer olarak çalışmaya başlamış, ardından tam zamanlı işe alınmış ve staj sürecinde başına basit bir bandana takarken sonraları başörtüsü takarak işe gelmeye başlamıştır. Başörtüsü takan bir çalışandan hizmet almayı kabul etmeyen bir müşterinin şikayeti üzerine şirket Asma Bougnaoui'yi işten çıkarmıştır. Divan; tasarım mühendisi olarak çalışan başörtülü çalışanın iş akdinin feshi için gerekçenin esaslı ve belirleyici mesleki gereklilik teşkil etmesi gerektiğini ifade etmiş; tasarım mühendisliği mesleğinde başörtüsü takmanın meslek faaliyetine ve doğasına aykırı bir durum oluşturmadığına ve ayrıca müşterilerin özel istekleri doğrultusunda subjektif değerlendirmelerin iş akdinin feshinde esas alınamayacağına vurgu yapmıştır (Avrupa Birliği Adalet Divanı, 2017, B. No: C-188/15).

Söz konusu karar, Avrupa kamuoyunda ciddi bir tartışma ortamı yaratmamış ve 2003'teki karara kadar dikkat çekmemiştir. Zira 2003'te Mahkeme; bu defa Afganistan doğumlu olup 1995'te Alman vatandaşlığı alan Feriştah Ladin'in, başörtüsü sebebiyle *Baden-Württemberg* eyaletinde bir okula atanamayışını incelemiş ve Stuttgart İdare Mahkemesinin kararını bozmuştur. İdare Mahkemesi; davacı Ladin'in başörtüsünün öğrencileri negatif anlamda etkileyebileceğini, dolayısıyla devletin öğrenciyi koruması gerektiğine işaret etmiştir. Federal İdare Mahkemesi de kararı onamıştır. Mahkeme; öğretmenlerin, öğrenciler karşısında sadece bir birey olarak değil, devletin otoritesini temsil ettiğini ve başörtüsü takan bir öğretmenin, kişiliği henüz oturmamış öğrencileri dini açıdan etkileyebileceğinden devletin tarafsızlık ilkesine karşı gelineceğini ifade etmiştir. Bunun üzerine Davacı Ladin, Anayasa tarafından güvence altına alınan haklarının ve özgürlüklerinin ihlali nedeniyle Federal Anayasa Mahkemesinde dava açmıştır (BVerfGE,108,282). Federal Anayasa Mahkemesi kararında ilk olarak; yargı kararlarına karşı açılan davalarda, mahkemenin temel hak ve özgürlükler kapsamında pozitif hukukun yorumlanmasında ve uygulanmasında, keyfiyete dayanılıp dayanılmadığını incelemekle yükümlü olduğunu ifade etmiştir. Ardından resmi görevlere sahip olunması için gereken özelliklerin kanunda açıkça tanımlanması ve bu bağlamda temel haklara saygı gösterilmesi gerektiği eklenmiştir. İdare Mahkemesinin kararının, Ladin'in din özgürlüğüne müdahale olduğuna karar veren Mahkeme, kamu görevinin gereklerini tanımlarken, din özgürlüklerine müdahalenin hiç olmayacağı anlamına gelmediğinin de altını çizmiştir. Fakat Mahkeme herhangi bir net yasal düzenleme olmadığından, Anayasa'nın "yurttaşlık haklarında eşitlik; memurların durumu" başlıklı 33. maddesini de dikkate alarak davacının güvence altına alınan haklarının ihlal edildiği kanısına varmıştır ve Federal İdare Mahkemesinin kararını bozmuştur. Mahkeme; temel hak ve özgürlüklerin anlamı ve varlığı sebebiyle dar yorumlanmasını, tüm dinleri eşit değerlendirmesi gereken yasa koyucunun bu konu ile ilgili bir yasal düzenleme yapması gerektiğini, bu tür konuların mahkemelerin kararlarına bırakılmaması gerektiğini ifade etmiştir.

2015 yılında Alman Federal Mahkemesi; Almanya'nın 8 eyaletinde bulunan okullarında uygulanan öğretmenlere yönelik başörtüsü yasağının dini özgürlükleri ihlal ettiğine hükmetmiş ve ayrıca yasanın gerekçesinde belirtilen "başörtüsü öğretmenin tarafsızlığını etkiler ve derslerin aksamasına sebep olur" ibaresine karşı, "soyut değil, belirgin ve somut bir tehlikenin varlığında ancak yasağın uygulanmasının mümkün olacağını" belirtmiştir (BVerfGE, 138, 296). Diğer yandan Mahkeme; Hristiyan ve Batı sembollerinin yasak kapsamında olmasını da ayrımcılık olarak nitelendirmiştir.

Federal Mahkemenin başörtüsü yasağıyla alakalı başka bir içtihadı da 2020 yılına aittir. *Hessen* eyaletinde Fas kökenli başörtülü bir stajyer avukata, başörtüsü sebebiyle mahkemenin tarafsızlığını etkileyebileceği belirtilerek, başörtüsünü çıkarması talimatı verilmiştir. Bu kez Mahkeme stajyer avukatın bağımsız yargı mercilerinde dünya görüşü ve dini inancı açısından tarafsız olması yükümlülüğünden kaynaklı olarak başörtüsü yasağını haklı bulmuştur. İlâveten *Hessen* Memurlar Kanunu'nun 45. maddesinin pratikte Hristiyan memurların tercih edilmesine yol açabileceğini ancak Alman Anayasası'nın 3. maddesinde korunan yasa önünde eşitlik ilkesi ile hükmün kısıtlayıcı, anayasal bir yorumunun mümkün olduğunu ve Hristiyan sembollerinin de yasaklanmasına izin verildiğini belirtmiştir. Öte yandan Mahkeme, hâkim ve savcıların, yargının tarafsızlığını ve bağımsızlığını korumak amacıyla üzerlerinde herhangi bir dine mensup olduklarını gösteren ibarelerin olmaması gerektiğini belirtmiştir (2 BvR 1333/17). Bu yasak sadece başörtüsünü değil, haç işaretli kolye ve diğer dini sembolleri de kapsamaktadır. Ancak devamında Mahkeme, kamu binalarının girişinde ve mahkeme salonlarında bulunan haç işaretlerinin kaldırılmayacağını da eklemiştir.

SONUÇ

Yapılan çalışmanın amacı, Türkiye'deki ve Almanya'daki başörtüsü meselesini, gerek siyasi ayağı gerek mahkeme kararları ışığında ele alarak değerlendirmektir. Almanya'daki başörtüsü sorunu, dini ve kültürel sebeplerden dolayı doğal olarak Türkiye'deki gibi uzun bir maziye sahip değildir. Önce özel hukuk alanında daha sonra kamu alanında Federal Anayasa Mahkemesi başörtüsüne dair kararlar vermiştir. Türkiye'deki kararların aksine Federal Anayasa Mahkemesinin kararları geçmişe kıyasla daha istikrarlıdır. Bununla birlikte Mahkemenin 2020'deki başörtülü stajyer avukat hakkındaki kararında; yargıyı temsil edecek çalışanlar hariç diğerlerinin -örneğin duruşma seyircisinin- duruşmada başörtüsü takabilmesi ve mahkeme salonlarında haç işaretine izin verilmesi tartışmalı olabilir. Zira asırlardır Hristiyan kültürünün yoğurduğu Almanya, yıllar içerisinde birçok farklı ülkelerden aldığı göçlerle birlikte çeşitli dinlere mensup insanları bünyesinde barındırmaktadır. Bu kozmopolitik ortamda devletin bağımsız şekilde tüm dinlere ve görüşlere eşit mesafede durması, kamunun güvenliği, huzuru ve daha adil bir toplum için gereklidir. Öte yandan Almanların yüzyıllardır sahip oldukları ve geliştirdikleri Hristiyan kültür mirasını muhafaza etmek istemelerinin de kendileri açısından olağan olduğu savunulabilir. Aksi görüş olarak, hâkim, savcı ve avukatların da devletten ayrı birer birey oluşları ve

Anayasa’da güvence altına alınan “din ve dinini açıklama özgürlükleri”ne haiz oldukları, ancak buna rağmen, yargının bağımsızlığının korunması gerekçesiyle söz konusu temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasından mahrum kalmaları bir müdahale olarak görülebilir. Zira halkın adalet duygusunun temel haklardan daha ağır basması ve tarafsızlığın mensup olunan dinin dış dünyaya yansıtılması nedeniyle ortadan kalkmasının kabulü halinde bile, mahkeme salonlarında haç işaretinin bulunabiliyor olması, din ve vicdan özgürlüğü açısından Alman hukuk sisteminin sahip olduğu bir çelişki olarak değerlendirilebilir.

Cumhuriyetin ilk yıllarında “modernleşme” hareketleriyle birlikte din ve vicdan özgürlüğünün sınırlarını tartışmalı hale getiren bazı kanunlar yürürlüğe girmeye başlamıştır. Burada öncelikle belirtmek gerekir ki Atatürk; laiklik ilkesini savunmakla birlikte, sonrasında hak ihlallerinin bir gerekçesi olarak sıkça kullanılan bu ilkeyi, insanların dinine ve inancına müdahale etmek için değil, aksine farklı etnik kökenden, kültürden ve inançtan gelen vatandaşların hukuk önünde eşit olması için anayasaya eklemiştir. Türkiye’de “laiklik” kisvesi altında bazı siyasi otoriteler; yıllarca başörtülü kadınların; başta dinlerini ifade etme özgürlükleri olmak üzere, eğitim-öğretim ve çalışma haklarından gayri demokratik yollarla feragat etmelerine sebep olmuşlardır. Zamanla siyasi bir katı teamül haline dönüşen bu gayri demokratik prensip kimi zaman siyasi otoritelerin sarsılmaması için özgürlükler aleyhine kullanılmıştır. Ancak 2012 yılından sonra belli başlı bir dönüşüm başlamış, bu kapsamda Danıştay ve Anayasa Mahkemesi laiklik ilkesini din ve vicdan özgürlüğünün lehinde yeniden yorumlamış ve ilkeyi demokrasiyle ilişkilendirerek başörtüsü sorununu netliğe kavuşturmuştur. Böylece kadınlara; okullarda, üniversitelerde, adliyelerde ve hatta TSK’da başörtüsü serbestisi tanınmıştır. Sadece ülkemizde değil dünya genelinde de politik tartışmalara sıkça gebe olan başörtüsü sorununun kalıcı bir çözüme kavuşturulabilmesi, ancak hak ve özgürlüklerin geniş yorumlandığı siyasi ve hukuki bir dönüşümle paralel gerçekleşebilecektir.

KAYNAKÇA

- Akboğa, S. (2020). Türkiye Siyasî ve Toplumsal Hayatında Başörtüsünün Değişen Anlamları, *Liberal Düşünce Dergisi*, 98, 83-101.
- Aksoy, M. (2005). *Başörtüsü-Turban: Batılılaşma-Modernleşme, Laiklik, Örtünme*, İstanbul: Kitap Yayınevi. *Atatürkçülük*, (Birinci Kitap), (1988). İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı Basımevi.
- Başgil, A.F. (2007). *Din ve Laiklik*, İstanbul: Yağmur Yayınevi.
- Berkes, N. (1962). "İlk Türk Matbaası Kurucusunun Dini ve Fikri Kimliği." *Belleten*, 26(104), 715-738.
- Cizre, Ü. (2009). "Egemen İdeoloji ve Türk Silahlı Kuvvetleri: Kavramsal ve İlişkisel Bir Analiz" *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce: Kemalizm*, İstanbul: İletişim Yayınları.
- Chevalier, J. (2000). *Din Fenomeni*, (Çev. M. Aydın), Konya: Din Bilimleri Yayınları.
- Çiçek M. & Türksever E. (2018). "Farabi'nin Düşünce Dünyası İçerisinde Din ve Felsefe İlişkisi", *Al-Farabi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, 2(2) 22-28.
- Çiçekli, A. (2019). Türkiye ve Avrupa Ülkelerindeki Başörtüsü Sorunsalı, *Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 44, 273-292.
- Erdoğan, M. (1996). *Anayasal Demokrasi*, Ankara: Siyasal Kitabevi.
- Göçgün M. ve Kaya S. M. (2023), "YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINDA UYGULANAN BAŞÖRTÜSÜ YASAĞI: HUKUKİ SÜREÇ VE MEVCUT DURUM", *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), 267-341.
- Gözler, K. (2017). *Türk Anayasa Hukuku Ders Kitabı*, Bursa: Ekin Yayınevi.
- Göztepe, E. (2004). "Başörtüsü Tartışmasında Yeni Bir Sahne: Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Görevlilerinin Din Özgürlüğüne İlişkin Kararı: "Birinci Perde", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 51, 47-66.
- Gurbuz, M. (2009). "Over the Bodies of the T-Girls: The Headscarf Ban as a Secular Effort to Monopolize Islam in Turkey", *Middle East Critique*, 18, 231-249.
- Özcan, N. (2018). *Çalışan Kadının Din ve Vicdan Özgürlüğü (Yüksek Lisans Tezi)*. Bahçeşehir Üniversitesi.

- Özdemir, K. (2007). Cumhuriyet Döneminde Şapka Devrimi ve Tepkiler (Yüksek Lisans Tezi). Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Kara, S., Kavuncu, S. & Sakin, E. (2008). Tanzimat'tan 2000'lere Başörtüsü Sorunun Tarihçesi, *Boğaziçi Üniversitesi Kadın Araştırmaları Kulübü (BÜKAK) Bülteni*, <https://feminisite.net/index.php/2008/09/tanzimattan-2000lere-basortusu-sorununun-tarihcesi/>.
- Karal E.Z. (1998). "Atatürk'ten Düşünceler", ODTÜ Geliştirme Vakfı.
- Kartopu, A. (2009). DİNLER TARİHİNDE DİNİN TARİFİYLE İLGİLİ FARKLI GÖRÜŞLER (Yüksek Lisans Tezi). Çukurova Üniversitesi.
- Kentel, F. (2008). *Bir Direnişin Anatomisi: Teorinin Raconunu Bozan Başörtüsü*, İstanbul: Akder Yayınları.
- Korteweg, A. & Yurdakul, G. (2016). *Kopftuch-Debatten in Europa*, Bielefeld: transcript Verlag.
- Lewis, B. (1993). *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, (Çev. Metin Kıratlı), (5. Baskı), Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi.
- Marangoz, A. Ö. & Uluç, N. (2021). Sekülerizm'in Kavramsal, Kuramsal ve Tarihsel Gelişimi, *Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, 4(2), 335-345.
- Marx, K. (2009). *Hegel'in Hukuk Felsefesinin Eleştirisi* (Çev. Kenan Somer). Ankara, Sol Yayınları.
- Platon (2012). *Yasalar*. (Çev: Candan Şentuna, Saffet Babür). İstanbul: Kabalcı Yayınevi.
- Rottmann, S. B. & Marx, F. M. (2008). Citizenship and Intersectionality: German Feminist Debates about headscarf and antidiscrimination laws, *Social Politics*, 15, 481-513.
- Rüthers & Bernd. (2011). Wozu auch noch Methodenlehre? - Die Grundlagenlücken im Jurastudium, *JuS*, 865-871.
- Sarısaman, S. (1998). Cumhuriyetin İlk Yıllarında Kadın Kıyafeti Meselesi, *Atatürk Yolu Dergisi*, 6, 98-104.
- Ulusoy, A. (2004). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 53(4).
- Yeni Asır Gazetesi*. (1934, 12 Aralık). Peçeler ve Çarşafılar.

Kararlar

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI, ABAD, Asma Bougnaoui v. Micropole SA Kararı, Başvuru No: C-188/15, (15.03.2017).

ANAYASA MAHKEMESİ, AYM, B. No: 2014/256, (25.06.2014).

ANAYASA MAHKEMESİ, AYM, B. No. 2013/7443, (20.05.2015).

ANAYASA MAHKEMESİ, AYM, B. No: 2015/269, (22.11.2018).

ANAYASA MAHKEMESİ, AYM, E.1989/1, K.1989/12, (07.03.1989).

ANAYASA MAHKEMESİ, AYM, E.1990/36, K.1991/8, (31.07.1991).

ANAYASA MAHKEMESİ, AYM, E. 1997/1, K. 1998/1, (16.01.1998).

ANAYASA MAHKEMESİ, AYM, E. 2008/1, K. 2008/2, (30.07.2008).

ANAYASA MAHKEMESİ, AYM, E.2012/65, K.2012/128, (20.09.2012).

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, AİHM, Başvuru No: 16278/90, (03.05.1993).

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, AİHM, Başvuru No: 18783/91, (03.05.1993).

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, *Kokkinakis/Yunanistan*, B. No. 14307/88, (25.05.1993).

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, AİHM, Başvuru No: 44774/98, (29.06.2004).

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, AİHM, Başvuru No: 59405/00, (06.06.2006).

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, AİHM, Başvuru No: 71907/01, (05.04.2007).

DANIŞTAY, E. 2004/2697, K.2005/282, (28.01.2005).

DANIŞTAY E. 2004/867, K. 2005/3796 (27.09.2005).

DANIŞTAY, E. 2012/5257, K.2014/8567 (12.11.2014).

DANIŞTAY, E. 2017/1012, K. 2020/3433, (18.11.2020).

DANIŞTAY, E. 2020/1034, K. 2021/73. (21.01.2021).

FEDERAL ANAYASA MAHKEMESİ (BVerfG), 138, 296, (27.01.2015).

FEDERAL ANAYASA MAHKEMESİ (BVerfG), 108, 282, (20.09.2015).

FEDERAL ANAYASA MAHKEMESİ (BVerfG), 2 BvR, 1333/17, (14.01.2020).

Haber Kaynakları

Almanya’da öğretmenlere başörtü yasağına son. (13 Mart. 2015). BBC News Türkçe.

https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/03/150313_almanya_basortusu

Meclis’te tarihi gün! 4 kadın vekil Genel Kurul’a başörtüsüyle girecek. (31 Ekim. 2013). Anadolu Ajansı. <https://www.aa.com.tr/tr/politika/mecliste-tarihi-gun-4-kadin-vekil-genel-kurula-basortusuyle-girecek/207714>

Von “deutscher Leitkultur” zur “Leitkultur Deutschlands”. (6 Kasım. 2000). FAZ.

<https://www.faz.net/aktuell/politik/cdu-von-deutscher-leitkultur-zur-leitkultur-deutschlands-112742.html>

YÖK Başkanı Prof. Dr. Özcan, bundan sonra yapılacak sınavlara türban ile girilebileceğini bildirdi. (20 Ekim. 2010). Dünya. <https://www.dunya.com/gundem/sinavlara-turbanla-girilebilecek-haberi-128787>

Çevrimiçi Kaynaklar

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>

https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage_node.html

<https://www.gruene-bundestag.de/parlament/bundestagsreden/kopftuch-bei-kindern>

<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=de&jur=C,T,F&num=c-188/15>

<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>

<https://karararama.danistay.gov.tr>

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>

www.resmigazete.gov.tr

<https://www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshe/document/jlr-BGHE2013pP45>

https://www.senate.be/deutsch/const_de.html

www.tbmm.gov.tr



TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU
THE HUMAN RIGHTS AND EQUALITY INSTITUTION OF TÜRKİYE



TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu
Yüksel Cad. No: 23 | 06650 | Kızılay/ANKARA
Tel.: +90 312 422 78 00

www.tihek.gov.tr



/tihekkurumsal



/tihek_kurumsal



/tihekkurumsal



/tihekkurumsal