

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKUNDA
KÜLTÜREL KİMLİK HAKKI**

Doktora Tezi

Taha KURT

Ankara, 2025

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKUNDA
KÜLTÜREL KİMLİK HAKKI**

Doktora Tezi

Taha KURT

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI

Ankara, 2025

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKUNDA
KÜLTÜREL KİMLİK HAKKI**

Doktora Tezi

Tez Danışmanı Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Prof. Dr. Selin ESEN ARNWINE

Doç. Dr. Ozan ERGÜL

Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI

Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER

Dr. Öğr. Üyesi Gündüz Alp ASLAN

Tez Savunma Tarihi

23.06.2025

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER
ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI danışmanlığında hazırladığım “**Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kültürel Kimlik Hakkı (Ankara.2025)**” adlı doktora tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

26.06.2025

Taha KURT

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	v
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KÜLTÜREL KİMLİK HAKKININ HUKUKÇA TANINMASI

I. ULUSLARARASI DÜZEYDE TANINMA.....	20
A. BELGELER YOLUYLA TANINMA	20
1. Birleşmiş Milletler Düzeyinde Tanınma	21
a. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi	30
b. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme	33
c. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme	35
d. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme	39
e. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme (CEDAW).....	40
f. Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme.....	41
g. Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme.....	45
h. Ulusal veya Etnik, Dinsel veya Dilsel Azınlıklara Mensup Olan Kişilerin Haklarına İlişkin Bildirge	46
i. Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme	47
j. Yerli Halkların Hakları Bildirgesi	49
k. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Yerli ve Kabile Halklarına İlişkin 169 Sayılı Sözleşmesi	53
1. Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO) Belgeleri	55
i. Uluslararası Kültürel İş Birliği İlkeleri Bildirgesi	55
ii. Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına İlişkin Sözleşme	57
iii. Geniş Halk Kitlelerinin Kültürel Yaşama Katılma ve Katkılarına İlişkin Tavsiye Kararı.....	58
iv. Irk ve Irksal Önyargılar Bildirgesi.....	60
v. Kültürel Politikalara İlişkin Mexico City Bildirgesi.....	61
vi. Kültürel Çeşitliliğe İlişkin Evrensel Bildirge	64
vii. Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunmasına İlişkin Sözleşme.....	66
viii. Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesine İlişkin Sözleşme	67

2. Bölgesel Düzeyde Tanınma.....	68
a. Avrupa Konseyi Belgeleri	69
i. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	69
ii. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokol.....	74
iii. Avrupa Kültür Sözleşmesi	76
iv. Kültürel Hedeflere İlişkin Avrupa Bildirgesi	76
v. Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme.....	76
b. Amerikan Devletleri Örgütü Belgeleri	78
i. Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi	78
ii. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi.....	79
iii. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokol (San Salvador Protokolü).....	81
iv. Amerikan Yerli Halkların Hakları Bildirgesi	81
c. Afrika Birliği Örgütü Belgeleri	84
i. Afrika Kültürel Şartı	84
ii. Halkların Hakları Evrensel Bildirgesi (Cezayir Şartı).....	85
iii. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı	86
iv. Çocuk Hakları ve Refahına İlişkin Afrika Şartı.....	87
v. Kadın Haklarına İlişkin Afrika Şartı.....	88
vi. Afrika Kültürel Uyanış Şartı	89
B. YARGISAL VEYA YARI-YARGISAL ORGANLAR ARACILIĞIYLA TANINMA	90
1. Birleşmiş Milletler Düzeyinde Tanınma	91
a. İnsan Hakları Komisyonu	91
b. İnsan Hakları Komitesi	92
c. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi	94
d. Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi	97
2. Bölgesel Düzeyde Tanınma.....	99
a. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	99
b. Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Mahkemesi.....	109
c. Afrika İnsan Hakları Mahkemesi ve Afrika İnsan Hakları Komitesi	115
II. ULUSAL DÜZEYDE TANINMA	116
A. ANAYASAYLA TANINMA	118
B. KANUNLA TANINMA	138
C. YARGI YOLUYLA TANINMA.....	147

İKİNCİ BÖLÜM
KÜLTÜREL KİMLİK HAKKININ HUKUKSAL ÇERÇEVESİ

I. KÜLTÜREL KİMLİK HAKKININ KONUSU	153
A. GENEL OLARAK	153
B. KÜLTÜREL KENDİ KADERİNİ TAYİN HAKKI (KÜLTÜREL SELF DETERMİNASYON)	157
C. KÜLTÜREL MİRAS HAKKI	166
D. ANADİL HAKKI	170
E. EĞİTİM VE ÖĞRETİM HAKKI	184
F. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	193
G. SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ	202
H. DİN ÖZGÜRLÜĞÜ	209
İ. DERNEK KURMA ÖZGÜRLÜĞÜ	215
J. ÖZEL YAŞAMA VE AİLE YAŞAMINA SAYGI HAKKI	221
K. TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ ÖZGÜRLÜĞÜ	224
L. MÜLKİYET HAKKI	225
M. KÜLTÜREL KALKINMA HAKKI	232
N. KİŞİNİN MADDİ VE MANEVİ VARLIĞINI KORUMA VE GELİŞTİRME HAKKI	237
II. KÜLTÜREL KİMLİK HAKKININ NİTELİĞİ	240
A. KUŞAK HAKLARINDA KÜLTÜREL KİMLİK HAKKI	241
B. STATÜ HAKLARINDA KÜLTÜREL KİMLİK HAKKI	242
C. BİREYSEL-KOLEKTİF HAK AYRIMINDA KÜLTÜREL KİMLİK HAKKI	244
III. KÜLTÜREL KİMLİK HAKKININ YARARLANICILARI	282
A. GENEL OLARAK	282
B. GERÇEK KİŞİLER	284
1. Genel Olarak.....	284
2. Vatandaşlar	285
3. Yabancılar	286
4. Belli Kategorilerdeki Kişiler	288
C. TÜZEL KİŞİLER	291
D. KİŞİ TOPLULUKLARI	295
1. Genel Olarak.....	298
2. Ulusal Azınlıklar	307
a. Genel olarak.....	307

b. Yerli Haklar	312
3. Etnik Azınlıklar	324
a. Genel Olarak.....	324
b. Göçmenler ve Sığınmacılar	326
c. Romanlar.....	332
4. Dinsel Azınlıklar	337
5. Dilsel Azınlıklar	342
IV. KÜLTÜREL KİMLİK HAKKININ YÜKÜMLÜLERİ.....	348
A. DEVLET	348
B. KİŞİLER VE KİŞİ TOPLULUKLARI.....	365
V. KÜLTÜREL KİMLİK HAKKININ KÜLTÜREL, SİYASAL, EKONOMİK VE SOSYAL HAKLARLA İLİŞKİSİ.....	367
A. KÜLTÜREL HAKLARLA İLİŞKİSİ.....	367
B. SİYASAL HAKLARLA İLİŞKİSİ.....	372
C. EKONOMİK VE SOSYAL HAKLARLA İLİŞKİSİ	385
VI. KÜLTÜREL KİMLİK HAKKININ SINIRLANMASI.....	391
A. GENEL OLARAK	391
B. SINIRLAMA ÖLÇÜTLERİ	408
1. Kanunla Sınırlama	409
2. Sınırlama Nedenleri.....	414
3. Sınırlamada Ölçülülük.....	429
4. Sınırlamanın Sınırları	444
a. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere.....	445
b. Hakkın Özü.....	452
VII. KÜLTÜREL KİMLİK HAKKININ KÖTÜYE KULLANILAMAMASI... 466	
VIII. KÜLTÜREL KİMLİK HAKKININ KORUNMASI	479
A. GENEL OLARAK	479
B. ULUSLARARASI DÜZEYDE KORUNMA	485
1. Birleşmiş Milletler Düzeyinde Korunma	485
2. Bölgesel Düzeyde Korunma.....	494
C. ULUSAL DÜZEYDE KORUNMA	516
SONUÇ	532
KAYNAKÇA.....	545
ÖZET	608
ABSTRACT	609

KISALTMALAR

AAİHK	: Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Komisyonu
AAİHM	: Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Mahkemesi
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ACHPR	: African Commission on Human and Peoples' Rights
AFİHK	: Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu
AFİHM	: Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi
AFİHS	: Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi
AGİK	: Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMİHS	: Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
BM	: Birleşmiş Milletler
CEDAW	: Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme
CERD	: Committee on the Elimination of Racial Discrimination
CESCR	: Committee on Economic, Social and Cultural Rights
CMW	: Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families
CJEU	: Court of Justice of the European Union
CRC	: Committee on the Right of the Child
CRPD	: Committee on the Rights of Persons with Disabilities
ÇHS	: Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşmesi
ECHR	: European Court of Human Rights

ESKHK	: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi
ESKHS	: Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme
ET	: Erişim Tarihi
HCR	: Human Rights Committee
IACHR	: Inter-American Court of Human Rights
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İHK	: İnsan Hakları Komitesi
KT	: Karar Tarihi
MSHS	: Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme
No	: Numara
Par	: Paragraf
Para	: Paragraph
Paras	: Paragraphs
s	: Sayfa
S	: Sayı
UN	: United Nations
UNESCO	: Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü
Vol	: Volume
vb	: ve benzeri
YHHB	: Yerli Halkların Hakları Bildirgesi

GİRİŞ

Hukuk terminolojisinde doğrusal (*straight*) bir kavram olmayan kültürel kimlik, bir kültürün kişileştirilmesi, kişi ile kültürü arasındaki ilişki olarak kavramsallaştırılmaktadır.¹ Kültürel kimlik hakkı genellikle daha geniş kavram olan kültür ve kültürel haklarla ilişkilendirilmektedir.² Bu nedenle kültürel kimlik hakkının kapsamını belirlemek amacıyla kaçınılmaz olarak kültür, kültürel kimlik ve kültürel haklara değinmek gerekir. Fakat kültür ve kültürel kimlik kavramları esasında sosyoloji, antropoloji, siyasal bilimler gibi sosyal bilimlerin konusu olduğundan ve bu çalışmanın sınırlarını aştığından çok sınırlı bir düzeyde ele alınmayı gerektirir.

Kültür genellikle kendi kaynak veya görünümünden hareketle tanımlanmaya çalışılmaktadır.³ Kültür, Kültürel Çeşitlilik Evrensel Bildirgesi'nin başlangıç bölümünde sanat ve edebiyatın yanı sıra yaşam tarzları ve değerler sistemi, gelenekler ve inançları kuşatan, bir toplum veya sosyal gruba özgü manevi, maddi, entelektüel ve duygusal özelliklerin tümü olarak tanımlanmaktadır.⁴ Birleşmiş Milletler (BM) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesine (ESKHK) göre kültür, insan varlığının tüm görünümünü kapsayan geniş ve kapsayıcı bir kavramdır. Kültür diğerlerinin yanı sıra, yaşam biçimlerini, dili, sözlü ve yazılı edebiyatı, müziği ve şarkıyı, sözsüz iletişimi, din veya inanç sistemlerini, ayinleri ve törenleri ve sporu kapsar.⁵ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları

¹ Yvonne Donders, *Towards a Right to Cultural Identity?* (Antwerpen: Intersentia, 2002), s. 30.

² Marco Odello, "Indigenous Peoples' Rights and Cultural Identity in the Inter-American Context," *The International Journal of Human Rights* 16, no. 1 (2012), s. 27.

³ Claudia Tavani, *Collective Rights and The Cultural Identity of the Roma: A Case Study of Italy* (Leiden, Boston: M. Nijhoff, 2012), s. 9-10.

⁴ Universal Declaration on Cultural Diversity; UNESCO'nun bir diğer tanımında kültür "insanın kendi dünyasında etkin ve aktif olmasını ve insanlar arasında iletişim kurmak için her türlü ifade biçimini giderek daha özgürce kullanmasını sağlayan her şey" olarak tanımlanmaktadır. UNESCO, *Cultural Rights as Human Rights*, 3. Impression (Paris, 1977), s. 105-106.

⁵ CESCR, *General Comment No. 21: Right of Everyone to Take Part in Cultural Life*, 2009, paras. 11-13, E/C.12/GC/21.

Komitesi (İHK) ise, özellikle yerli halklar söz konusu olduğunda, kültürün kendisini toprak kaynaklarının kullanımıyla ilişkili belirli bir yaşam biçimi de dahil olmak üzere birçok şekilde gösterdiğini belirtir.⁶ Buna göre kültür kültürel beceriler, eğitim sistemleri, yayılma araçları ve yaşam tarzlarını içeren talepler kümesini kapsar.⁷ Dolayısıyla kültür, sanat ve edebiyat gibi kültürel bileşenlerden kültürel sürece veya bir yaşam biçimi olarak kültüre kadar birçok şeyi ifade edebilir.⁸ Bu nedenle kültür denince genellikle dil, din, gelenekler vb. dahil geniş bir yaşam biçimi anlaşılır.⁹ Kültür ayrıca belirli bir toplumsal grubu diğer benzer gruplardan ayıran maddi ve manevi etkinliklerin ve ürünlerinin toplamı olarak anlaşılır.¹⁰ Yine kültür, tutarlı, kendi kendine yeten değerler ve semboller sistemi olarak da ifade edilebilir.¹¹

Kültür aynı zamanda anıtlar ve eserler dahil, ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere, bir bütün olarak veya belirli insan topluluklarının bir parçası, insanlığın birikmiş maddi mirası olarak anlaşılabilir. Kültürü bir tür sermaye olarak gören bu yaklaşıma göre kültür, kişilerin birikmiş kültürel mirasa eşit erişimi anlamına gelir. Bu bağlamda kültür hakkı

⁶ HCR, *CCPR General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities)*, 1994, para. 7, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5; HCR, *Ivan Kitok v. Sweden*, Communication No. 197/1985, 22.07.1987, CCPR/C/33/D/197/1985(1988).

⁷ Asbjørn Eide, “Economic, Social And Cultural Rights as Human Rights,” in *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, ed. Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, 2nd Edition (Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), 9–28.

⁸ Elissavet Stamatopoulou, “Day of General Discussion: Right to Take Part,” Submission to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 2008, s. 2, E/C.12/40/13.

⁹ Yvonne Donders, “A Right to Cultural Identity in UNESCO,” in *Cultural Human Rights*, ed. Francesco Francioni and Martin Scheinin (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), s. 318.

¹⁰ Asbjørn Eide, “Cultural Rights as Individual Human Rights,” in *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, ed. Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, 2nd Edition (Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), s. 289.

¹¹ Francesco Capotorti, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities* (New York: United Nations, 1979), paras. 218–224.

da kişilerin birikmiş kültürel sermayeye eşit erişim hakkı olarak ifade edilebilir.¹² Öte yandan kültür, sanatsal ve bilimsel yaratım süreci olarak görülebilir. Bu açıdan kültür hakkı, bireylerin kültürel eserlerini hiçbir kısıtlama olmaksızın özgürce oluşturma hakkı ve tüm kişilerin bu eserlere (müzeler, konserler, tiyatro, kütüphane vb.) ücretsiz erişimden yararlanma hakkı anlamına gelir.¹³ Dolayısıyla kültür geniş anlamda, toplum aracılığıyla miras alınan veya aktarılan her şeyi, yani yalnızca inançları, bilgiyi, değerleri ve edebiyatı değil aynı zamanda onların araçları olan dili veya diğer sembolleri¹⁴ ve bilimsel ve sanatsal yaratım süreçlerini içerir.

Kimlik, bir varlığı başkalarından ayıran ve onu kendisi kılan özellikler olarak tanımlanır.¹⁵ Diğer bir ifadeyle kimlik, topluluk üyelerinin hem birbirine bağlanmasına hem de dışarıdakilerden ayrılmasına yarayan örüntüdür.¹⁶ Herkesin sahip olduğu farklı bağlılıklar nedeniyle birçok kimliğe sahip olması temeldir. Kimliği oluşturan bağlılıklardan biri de kültürel bağlılıklardır.¹⁷ Bu nedenle kültürel kimlik kişinin kimliğini oluşturan unsurlar arasında yer alan ve kişinin içinde yaşamış olduğu kültürel alandan gelen tanımlayıcı özellikler olarak kavramsallaştırılır.¹⁸ Kültürel kimlik üyelerin belli bir kültürel topluluğa derinden bağlılığı olarak da ifade edilebilir.¹⁹ Bu nedenle kültürel

¹² Rodolfo Stavenhagen, “Cultural Rights: A Social Science Perspective”, in *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, 2nd Revised Edition (Dordrecht / Boston / London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), s. 87.

¹³ Rodolfo Stavenhagen, “Cultural Rights: A Social Science Perspective,” s. 88.

¹⁴ Michel Leiris, *Race and Culture* (Paris: Unesco, 1958), s. 20-21.

¹⁵ Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 7. Baskı (Ankara: Hukuk Yayınları, 2019), s. 91.

¹⁶ David Morley ve Kevin Robins, *Kimlik Mekanları: Küresel Medya, Elektronik Ortamlar ve Kültürel Sınırlar*, Çev: Emrehan Zeybekoğlu, 2. Baskı (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2011), s. 74.

¹⁷ Amartya Sen, “Culture and Identity,” in *Women Living Under Muslim Law*, ed. Harsh Kapoor (London: Dossier, 2001), s. 29.

¹⁸ Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi*, s. 91.

¹⁹ Patti Tamara Lenard and Peter Balint, *Debating Multiculturalism: Should There Be Minority Rights?*, 1st Edition (Oxford University Press, 2022), s. 36.

kimlik aynı zamanda bir topluluğun üyelerine aidiyet duygusu verir.²⁰ Kültürel kimlik, grup veya topluluğun kendisini tanımladığı, gösterdiği veya tanınmak istediği kültürel referanslar kümesi olarak da kavramsallaştırılabilir.²¹ Bu bağlamda kültürel kimlik kültürün sanat, edebiyat, din, dil, kültürel miras ve eğitim, alışkanlıklar, gelenekler, görenekler gibi farklı yönlerini içerebilir.²² Örneğin kültürel miras, miraslarıyla maddi olmaktan çok manevi bir ilişki kuran çoğu yerli halkın kültürel kimliğinin önemli bir parçasını temsil eder. Kültürel mirasın kaybı, bir halkın kendine özgü kimliğinin gelecek kuşaklara aktarımını engeller.²³ Kültürel kimlik hakkının ilişkilendirildiği kültürel haklara gelinirse, bunların uluslararası hukukta başlangıçta oldukça dar bir çerçeveye düzenlendiği görülür.²⁴

Kültür duygusu veya olgusu öncelikle ulusal, etnik, dilsel ve dinsel farklılıklardan kaynaklanmaktadır.²⁵ Kültürel haklar kişilerin ve toplulukların kültürel çıkarlarını doğrudan destekleyen ve koruyan, kültürel kimliklerini koruma, geliştirme ve değiştirme kapasitelerini artırmayı amaçlayan temel haklardır.²⁶ Diğer bir ifadeyle kültürel haklar, belirli kültürlerle ait olan ve bu kültürlerin şekillendirdiği, kolektif eylemde bulunan, ortak değerleri paylaşan ve ancak kendi grubunun diğer üyeleriyle birleşerek bu ortak

²⁰ Donders, *Towards a Right to Cultural Identity?* 2002, 31; Avishai Margalit and Harbertal, "Liberalism and the Right to Culture," *Social Research* 61, no. 3 (1994), s. 498-499.

²¹ Oswaldo Ruiz Chiriboga, "The Right to Cultural Identity of Indigenous Peoples and National Minorities: A Look from the Inter-American System," trans. Alex Ferrara, *International Journal on Human Rights*, no. 5 (2006), s. 45.

²² Donders, *Towards a Right to Cultural Identity?* 2002, s. 337.

²³ Federico Lenzerini, "Cultural Identity, Human Rights, and Repatriation of Cultural Heritage of Indigenous Peoples," *Brown Journal of World Affairs* 23, no. 1 (2016), s. 127-129.

²⁴ Odello, "Indigenous Peoples' Rights," s. 27.

²⁵ Eric William Metcalfe, *Are Cultural Rights Human Rights? A Cosmopolitan Conception of Cultural Rights*, 2000, s. 3.

²⁶ Yvonne Donders, "International Human Rights and Cultural Diversity: A Balancing Act," *Romanian Journal of Comparative Law*, no. 2 (2013), s. 129.

değerlerin taşıyıcısı olabilen kişi veya topluluklara ait haklardır.²⁷ Bu bağlamda kültürel haklar günümüz toplumlarının bir gerçeği olan kültürel çoğulculuk ve çeşitlilikten doğan ve esas olarak, ana toplum içerisinde yer alan ve ondan etnisite, dil, din bakımından farklılaşan kişiler veya toplulukların kendi kültürlerini yaşayabilmeleri ve yaşatabilmeleriyle ilgili olan haklardır.²⁸ Habermas'a göre kültürel haklar, "tüm bireylerin bireysel kimliklerini geliştirmeleri ve yaşatmaları bakımından önemli saydıkları topluluklara katılma, iletişim araçlarına ulaşma, gelenek ve göreneklerini yaşama gibi olanakları güvence altına alan ve bunlardan eşit olarak yararlanmalarını sağlayan insan haklarıdır."²⁹

Kültürel haklar, kültüre açıkça atıfta bulunan ve kültürle doğrudan bağlantısı olan hakları içeren bir şemsiye kavramdır. Kişisel, siyasal, ekonomik ve sosyal haklarda olduğu gibi hukuk belgelerinde kültürel hakların bir tanımına rastlanılmaz. Bağımsız uzmanlar da kültürü tanımlamaya çalışmaktan ziyade, hangi hakların kültürel haklar kapsamına girdiğini tespit etmeye çalışır.³⁰ Bu bağlamda kültüre açıkça atıfta bulunan başlıca kültürel haklar, herkesin kültürel yaşama katılma hakkı, kültürel kimlik hakkı, azınlık üyelerinin kendi kültürlerinden yararlanma hakkı ve kendi kaderini tayin etme hakkının bir parçası olarak kültürel gelişimi özgürce sürdürme hakkıdır.³¹ Ayrıca bilimsel ilerleme ve uygulamaların faydalarından yararlanma hakkı, kişinin yaratıcısı olduğu her

²⁷ Rodolfo Stavenhagen, "Cultural Rights: A Social Science Perspective," in *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, ed. Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, 2nd Edition (Dordrecht / Boston / London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), 93.

²⁸ Mustafa Erdoğan, "İnsan Hakları Haftasında kültürel Haklar", <https://oad.org.tr/blog/insan-haklari-haftasinda-kulturel-haklar149/>, ET: 25.10.2022.

²⁹ Jürgen Habermas, "Religious Tolerance-The Pacemaker for Cultural Rights," *Philosophy* 79, no. 307 (2004), s. 16.

³⁰ Farida Shaheed, "Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights," Submitted Pursuant to Resolution 10/23 of the Human Rights Council, 2010, para. 4, A/HRC/14/36.

³¹ Yvonne Donders, "Cultural Rights in International Human Rights Law: From Controversy to Celebration," *Japanese Yearbook of International Law*, no. 62 (2019), s. 65.

türlü bilimsel, edebî veya sanatsal üretimden doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkı ve bilimsel araştırma ve yaratıcı faaliyet özgürlüğü de kültürel haklar olarak kabul edilmektedir.³²

Kültürel haklarla doğrudan bağlantısı olan haklara örnek olarak ise din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplanma ve dernek kurma özgürlüğü, anadil hakkı, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı, sanat özgürlüğü ve eğitim ve öğrenim hakkı verilebilir.³³ Hatta bazen bu haklar, bağlantıdan öte doğrudan bir kültürel hak olarak değerlendirilebilmektedir.³⁴ Gerçekten de kültürel haklar, ifade özgürlüğü, inanç özgürlüğü, anadil hakkı, sanat özgürlüğü ve eğitim ve öğrenim hakkı gibi bir dizi başka hakla ayrılmaz bir şekilde bağlantılıdır.³⁵ Zira açıkça veya doğrudan kültür kavramıyla ilgili görünmeyen bu haklar hakkında kabul edilmesi gereken kültürel bir bileşen vardır. Bazı temel hakların ilk bakışta kültürle doğrudan bir bağlantısı yokmuş gibi görünse de bunların uygulaması genellikle önemli kültürel sonuçlar doğurur.³⁶ Örneğin bu durum eğitim ve öğrenim hakkı bakımından oldukça açıktır. Eğitim, zihinsel kapasitelerin gelişimi yönü itibariyle kültürün odak noktalarından birini oluşturur.³⁷ Gerçekten de asgari eğitim ve öğrenimden soyut kültürel bir haktan söz etmek oldukça güçtür. Özellikle az gelişmiş coğrafyalar için kültürel haklar kavramı, kalkınma fikriyle yakından ilişkilidir. Topluluk üyeleri, eğitim aracılığıyla yoksulluk koşullarının üstesinden gelmeyi

³² Stamatopoulou, “Right to Take Part in Cultural Life,” s. 3.

³³ Donders, “From Controversy to Celebration,” s. 65.

³⁴ Stamatopoulou, “Right to Take Part in Cultural Life,” s. 3 Örneğin Stamatopoulou eğitim hakkını doğrudan kültürel hak olarak ele almaktadır. Benzer şekilde Kaboğlu, eğitim hakkı ve sanat özgürlüğünü başlıca kültürel haklar olarak ele alır. İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar*, 12. Baskı (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017), s. 271.

³⁵ Farida Shaheed, “Foreword,” in *Cultural Rights as Collective Rights: An International Law Perspective*, ed. Andrzej Jakubowski (Brill | Nijhoff, 2016), s. ix.

³⁶ Donders, “From Controversy to Celebration,” s. 66.

³⁷ William Kurt Barth, *On Cultural Rights: The Equality of Nations and the Minority Legal Tradition* (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), s. 8.

sağlayacak olan temel becerilerini öğrenebilir ve geliştirebilirler. Bu, kültürel hakların önemli ölçüde eğitim ve öğrenim hakkıyla özdeşleştirilmesi sonucunu doğurur.³⁸ Kültürel haklar bu bağlamda, bir yönüyle kültürel kimliğin korunması amacına hizmet eden anadilde eğitimi olanaklı kılan haklardır.³⁹ Dolayısıyla eğitim ve öğrenim hakkı kültürel kimlik hakkının korunmasına hizmet ettiğinden bir yönüyle bir kültürel hak olarak kabul edilir.⁴⁰ Benzer şekilde kültürel haklar devletlerin azınlık anadillerinin kamusal ve özel alanlarda kullanılmasını ve kültürel dillerin ölmesini önlemeyi amaçlayan haklar olarak da tanımlanır.⁴¹ O halde çeşitli uluslararası ve ulusal belgede yer alan birçok temel hak, kendi başına bağımsız bir hak olmanın yanı sıra aynı zamanda doğrudan veya dolaylı olarak kültürel hak, hatta kültürel kimlik hakkı olarak anlaşılabilir. BM İnsan Hakları Konseyi de bu paralelde kültürel hakları, evrensel, bölünmez, birbiriyle ilişkili ve birbirine bağlı olan temel hakların ayrılmaz bir parçası olarak görür.⁴² Nitekim kültürel haklar, kültürel kimlik hakkıyla ilgili olarak, yerli ve kabile halklarına ilişkin “Uluslararası Çalışma Örgütü” (*International Labor Organization*) (İLO) 169 Sayılı Sözleşmesi’nde öncelikle toprak veya mülkiyet haklarıyla beraber ele alınırken “Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”de (MSHS) kültürel haklarda odak nokta kendi kültüründen yararlanma hakkına çevrilebilmektedir. “Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi” (AMİHS) ve “Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Mahkemesi” (*Inter-American Court of Human Rights*), (AAİHM) kültürel kimlik hakkını mülkiyet hakkı

³⁸ Capotorti, *Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, s. 60.

³⁹ Capotorti, *Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, s. 100.

⁴⁰ CESCR, *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Article 12)*, 2000, para. 12(c), E/C.12/2000/4 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, müfredat ve öğretim yöntemleri dahil olmak üzere eğitimin biçim ve içeriğinin kültürel olarak uygun, kaliteli olması ve değişen toplumların, toplulukların ve öğrencilerin farklı sosyal ve kültürel ortamlarındaki ihtiyaçlarına uyarlanabilir olması gerektiğini savunmuştur.

⁴¹ Patrick Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities* (Oxford, New York: Clarendon Press, Oxford University Press, 1991), s. 126.

⁴² Human Rights Council, *Promotion of the Enjoyment of the Cultural Rights of Everyone and Respect for Cultural Diversity*, 2019, para. 1, A/HRC/40/L.11.

yluyla güvenceye alırken “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” (AİHS) ve “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” (AİHM) kültürel kimlik hakkını “özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı” kapsamında güvence altına alabilmektedir. Bu farklılıkların temel nedeni, özellikle ulusal azınlıkların ve yerli halkların haklarıyla ilgili her bir sözleşmenin ve bunların kurduğu izleme mekanizmalarının farklı pencereler sağlamasıyla açıklanabilir.⁴³ Bu aynı zamanda, birbirinden farklı temel hakların birbirine bağlı doğasını da gösterir. Çünkü birçok benzer talep hukukun tanıdığı olanaklar çerçevesinde farklı alternatif yollarla dile getirilebilir.

Kültürel hakları düzenleyen hukuk belgelerinin başında MSHS ile “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme” (ESKHS) gelir. ESKHS’nin başlığında “kültürel haklar” ifadesi geçmesine rağmen Sözleşme, hangi hükümlerin kültürel haklar kategorisine girdiğini açıkça belirtmemektedir.⁴⁴ Her iki Sözleşme de kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımadığı veya güvence altına almadığı gibi; kültürel hakları tam olarak kapsayan, etrafını cami ağıyarını mani bir kültürel hak kavramına veya kültürel haklar kataloğuna yer vermemiş, aslında son derece eksik ve karmaşık bir yöntem izlemiştir.⁴⁵ İlerleyen dönemlerde BM bünyesindeki “İnsan Hakları Komisyonu” ile ESKHK gibi izleme organlarının rapor, Genel Yorum (*General Comment*) vb. çalışmalarıyla ilgili uluslararası belgeler yorumlanmış, bu sayede daha açık ve ayrıntılı

⁴³ Martin Scheinin, “The Right of a People to Enjoy Its Culture: Towards a Nordic Saami Rights Convention,” in *Cultural Human Rights*, ed. Francesco Francioni and Martin Scheinin (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), s.158.

⁴⁴ Donders, “International Human Rights and Cultural Diversity,” s. 128.

⁴⁵ Kültürel haklar alanında yapılan birçok akademik çalışma da sözleşmelere paralel bir şekilde, kültürel hakları ayrı ayrı incelemek yerine ekonomik ve sosyal haklarla birlikte katalog bir yaklaşımla yapılmıştır. Eide, “Economic, Social And Cultural Rights as Human Rights”; Eide, “Economic, Social And Cultural Rights as Human Rights”; Jackie Dugard et al., eds., *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights* (Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2020); Bülent Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2007).

veriler elde edilebilmiştir.⁴⁶ ESKHK⁴⁷ özellikle “insan varlığının tüm tezahürlerini kapsayan” geniş bir kültür kavramını benimseyerek belirgin bir “kültürelleşmiş” (*culturalization*) temel haklar düşüncesini ortaya koymaktadır. Diğer bir ifadeyle Komite, kendi içinde kültürel olmayan temel haklarla ilgili olarak genellikle kültürel bir boyutla bakma yaklaşımıyla karakterize edilebilecek bir uygulama geliştirmiştir.⁴⁸ Örneğin Komite yeterli barınma hakkına ilişkin Genel Yorumunda, konutların inşa edilme biçiminin, kullanılan yapı malzemelerinin ve bunları destekleyen politikaların kültürel kimliği ve çeşitliliği ifade etmesi gerektiğini belirtmiştir.⁴⁹ Yine kültürel bir hak olan kültürel yaşama katılma hakkı, başlangıçta dar yorumlanırken ESKHK’nin yorumu sonucunda hakkın, birçok açıdan daha geniş bir kapsama sahip olduğu⁵⁰ ve geniş bir kültür kavramını içerdiği kabul edilmiştir.⁵¹ Öte yandan AİHM ve AAİHM de birçok temel hakkı aynı zamanda kültürel kimlik hakkı olarak değerlendirerek uygulamada kültürelleşmiş temel haklar düşüncesini desteklemiştir.

Kültürel hakların ve özelde kültürel kimlik hakkının geniş yorumlanması bağlamında “Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü” (UNESCO) da kültürün, artık sadece seçkin bir kesimin ürettiği, bir araya getirdiği ve muhafaza ettiği bir eser ve bilgi birikimi olmadığını belirtmekte,⁵² diğer bir ifadeyle kültürün demokratikleşmesine (*democratization of culture*) vurgu yapmaktadır.⁵³ Bu bağlamda

⁴⁶ Eide, “Economic, Social And Cultural Rights as Human Rights,” s. 9.

⁴⁷ BM sistemine bağlı ESKHK kültürel hakların korunmasını da kapsamına alan ESKHS’nin taraf devletler tarafından uygulanmasını izlemekle yetkili organdır.

⁴⁸ Federico Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law*, 1st Edition (Oxford: Oxford Univ. Press, 2014), s. 155.

⁴⁹ CESCR, *General Comment No. 4: The Right to Adequate Housing (Art. 11 (1) of the Covenant)*, 1991, para. 8(g).

⁵⁰ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 23.

⁵¹ Donders, “International Human Rights and Cultural Diversity,” s. 131.

⁵² UNESCO, *Recommendation on Participation by the People at Large in Cultural Life and Their Contribution to It*.

⁵³ UNESCO, *Cultural Rights as Human Rights*, s. 12.

ESKHK kültürel yaşama katılma hakkının sınırlarını belirlerken kültürel kimlik hakkını da bu hakkın kapsamına dahil etmektedir. Komite kültürel yaşama katılma hakkının korunması ve güvenceye alması çerçevesinde devletlerin kendi ülkelerinde yaşayan kişilerin ve toplulukların farklı kültürel kimliklerinin tanınmasını gerekli görmektedir.⁵⁴ Dolayısıyla sözleşmelerde dar bir çerçeveye düzenlenen kültürel haklar, yetkili organlar tarafından geniş yorumlanarak bazen birden fazla kültürel hakkı kapsar hâle gelebilmektedir. Hatta Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi daha iddialı bir yaklaşımla herkesin kültürel yaşama katılma hakkının, tüm kültürel hakları kapsayan bir hak olduğunu belirtmektedir.⁵⁵ O hâlde kültürel yaşama katılma hakkı denince, duruma göre aynı zamanda kültürel kimlik hakkı da anlaşılabilir. Sınırların belirlenmesinin güç olduğu kültürel hak konusunda kültürel kimlik hakkı da birçok kültürel hak ve temel hak ve özgürlükle iç içe geçebilmektedir. Diğer bir ifadeyle birçok kültürel hak ve temel hak ve özgürlük kültürel kimliğin konusu olabilmektedir.

Hukukça geç dönemlerde tanınmaya başlanan kültürel kimlik hakkına ilişkin bir tanım ve belirli bir kapsam bulmanın çok güç olduğu düzlemde UNESCO, kültürel kimliği, bir halkın kişiliğini ve kendine sadakatini ortaya koyma kararlılığını ifade eden bir kavram, her toplumun içsel gelişimini sağlamak için kullandığı içsel güç olarak tanımlar.⁵⁶ ESKHK ise bir tanımlamaya gitmeksizin kültürel kimlik hakkının çerçevesini çizmektedir. Komite, kültürel yaşama katılma hakkının bir parçası olarak gördüğü kültürel kimlik hakkının çerçevesini, diğer haklarla ilişki kurarak belirlemektedir. Komiteye göre kültürel kimlik hakkı, kendi kültürel kimliğini özgürce seçme, bir topluluğa ait olup olmama, kültürel uygulamalarını ve yaşam tarzlarını hayata geçirme ve

⁵⁴ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 23.

⁵⁵ Parliamentary Assembly, Recommendation 1990 (2012), The Right of Everyone to Take Part in Cultural Life, 24 January 2012, s. 2. par. 2.

⁵⁶ UNESCO, *Report of the Director-General on the Activities of the Organization in 1977-1978*, General Conference, Twenty-First Session 1980 (Paris: UNESCO, 1979), para. 5.

kültürel seçimlere saygı duyulmasını isteme haklarından oluşur.⁵⁷ Bu yaklaşıma göre kültürel kimlik hakkı kendi başına bir kültürel hak olmanın ötesinde geniş bir kapsama sahip diğer birçok kültürel hakla bağlantıları olan bir haktır. Şu hâlde kültürel kimlik hakkı, aidiyet bağının yanı sıra kültürel ritüelleri ve yaşam tarzlarını hayata geçirmeyi de kapsayan geniş bir norm alanına sahip kültürel bir haktır. Nitekim doktrinde de benzer yaklaşımların benimsendiği görülmektedir.

Kültürel haklar alanında uzman isim Yvonne Donders'e göre kültürel kimlik hakkı, kültürel kimliği seçme, ifade etme ve kültürel kimliğe dayalı ayrımcılık yapmama haklarını içerir.⁵⁸ Herman Burgers'a göre kültürel kimlik hakkı, kültürel bir topluluğun kendi kültürünü sürdürme ve geliştirme hakkını içerir.⁵⁹ Benzer şekilde Prott'a göre, bir kültürü koruma ve geliştirme hakkı ve yabancı bir kültürün zorla benimsetilememesi veya dayatılmaması hakkı kültürel kimlik hakkıyla ilgilidir.⁶⁰ Dolayısıyla kültürü koruma, sürdürme ve geliştirme hakkı da kültürel kimlik hakkı kapsamında değerlendirilebilir. Nitekim Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi (Irk Ayrımcılığı Komitesi), kültürel kimlik hakkını daha net bir biçimde, halkların yaşam tarzlarını ve örgütlenme biçimlerini, kültürlerini, dillerini ve dinsel ifadelerini koruma, sürdürme ve geliştirme hakkı olarak değerlendirmektedir.⁶¹ Kültürel haklar alanında bir diğer uzman isim Rodolfo Stavenhagen'e göre kültürel kimlik hakkı, kişi veya toplulukların sıklıkla değer verdikleri ve onların kolektif kimliklerini şekillendiren ve tanımlayan kültürel hak olarak tanımlanabilir. Bu bağlamda kültürel kimlik hakkı, kişilerin ve grupların paylaştığı

⁵⁷ CESCR, *General Comment No. 21*, paras. 15, 21.

⁵⁸ Yvonne Donders, "Towards a Right to Cultural Identity? Yes, Indeed!," *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, no. 3 (2018), s. 532.

⁵⁹ J. Herman Burgers, "The Right to Cultural Identity," in *Human Rights in a Pluralist World: Individuals and Collectivities*, ed. Jan Berting et al. (Westport, London: Meckler, 1990), s. 251-253.

⁶⁰ Lyndel V. Prott, "Cultural Rights as Peoples' Rights in International Law," in *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy*, ed. James Crawford (Oxford: Clarendon press, 1992), s. 96.

⁶¹ CERD, *General Recommendation No. 34: Racial Discrimination Against People of African Descent*, 2011, para. 4(b), CERD/C/GC/34 .

kültürel değerlere ilişkindir. Bu hak, bir taraftan aynı değerleri paylaşmayan toplulukların ve kişilerin kültürel değerlerine saygı gösterilmesi, kısaca farklı olma hakkı anlamına gelir.⁶²

Öte yandan kültürel kimlik hakkı özellikle azınlıkların ve yerli halkların kendi topraklarını ve diğer kaynaklarını kontrol etmesini ve kendi geleneklerine uygun yaşam standartlarını güvenceye almasını olanaklı kılan kültürel hak olarak da değerlendirilebilmektedir.⁶³ Nitekim AAİHM yerli halkların kültürel kimliklerini ve bütünlüklerini korumaya yönelik temel haklarından yararlanmaları için belirleyici bir ön koşul olarak atalarının topraklarına sahip olma ihtiyacını vurguladığı kararda, kültürel kimlik hakkını mülkiyet hakkının bir unsuru olarak kabul edip güvence altına almıştır.⁶⁴ Şu durumda kültürel kimlik hakkı toprak, su gibi kaynakların kullanımı ve kontrol edilmesine ilişkin olabilir. Gerçekten bu tanım ve yaklaşımlardan da anlaşılacağı üzere kültürel kimlik hakkı, kültürel kimliğin özgürce seçiminden farklı olmaya, kültürel yaşam biçimlerinin uygulanmasından kültürel seçimlere saygı duyulmasına, kültürün sürdürülmesi ve geliştirilmesinden kültürel değerlere saygı duymaya, kültürel kalkınmaya kadar, hatta mülkiyet hakkını da içeren çok geniş bir kültürel alanı kapsayabilir. O halde geniş anlamda kültürel kimlik hakkı deyince oldukça geniş bir çerçeveye sahip kültürel hak anlaşılmalıdır.

Kültürel kimlik hakkı tüm kültürel hakların temel bir parçası olarak kabul edilmekte ve kültürel hakların temel anlamının kültürel kimliği içerdiği savunulmaktadır.⁶⁵ Gerçekten de kültürel kimlik hakkı, doğası gereği kendiliğinden açık

⁶² Stavenhagen, “A Social Science Perspective,” s. 93.

⁶³ CESCR, *General Comment No. 26: On Land and Economic, Social and Cultural Rights*, 2023, para. 10, E/C.12/GC/26.

⁶⁴ IACHR, *Moiwana Village v. Suriname*, Judgment of 15.06.2005, paras. 86, 101.

⁶⁵ Stephen P. Marks, “Defining Cultural Rights,” in *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden: Essays in Honour of Asbjorn Eide*, ed. Morten Bergsmo (Brill | Nijhoff, 2002), s. 295, 302.

olan nedenlerle ifade özgürlüğü, din özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, eğitim ve öğrenim hakkı, anadil hakkı, sanat özgürlüğü gibi diğer temel hak ve özgürlüklerle yakından ilişkilidir.⁶⁶ Zira bu haklar herhangi bir kültürel hakkın varlığı için asli koşullardır.⁶⁷ Nitekim AIHM kültürel kimliğe ilişkin başvurularda kültürel kimlik hakkıyla diğer temel hak ve özgürlükler arasında iç içe geçmiş bir ilişkiyi tespit etmekte, Sözleşme’de doğrudan düzenlenmeyen kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak “dernek kurma özgürlüğü”,⁶⁸ “eğitim ve öğrenim hakkı”,⁶⁹ “özel yaşama veya aile yaşamına saygı hakkı”,⁷⁰ “ifade özgürlüğü”⁷¹ gibi hak ve özgürlükler kapsamında ele almaktadır. “Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü Kültürel Çeşitliliğe İlişkin Evrensel Bildirge” (m. 5) herkesin kendi seçtiği dilde ve özellikle anadillerinde kendilerini ifade etmesini ve çalışmalarını meydana getirip yayması kapsamında kültürel kimliklerine tamamen saygı duyan kaliteli eğitim ve öğrenim hakkına sahip olması gerektiğini ifade eder. Şu durumda eğitim ve öğrenim hakkı kültürel kimlik hakkıyla ilişkilidir⁷² ve bu hakkı içerir. Zira BM ESKHK’nin belirttiği gibi, eğitim ve öğrenim çocukların kültürel kimliklerini geliştirmelerini sağlar.⁷³ Yine ifade özgürlüğü kültürel kimlik hakkıyla ilgilidir. Zira Çocuk Hakları Komitesine göre ifade özgürlüğü, kültürel ve sanatsal faaliyetlere özgürce katılma hakkının temelidir.⁷⁴ Uluslararası Adalet Divanına göre

⁶⁶ Stavenhagen, “A Social Science Perspective,” s. 85.

⁶⁷ Prott, “Cultural Rights as Peoples’ Rights,” s. 98.

⁶⁸ ECHR, *The Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*, Application No. 72881/01, 05.10.2006.

⁶⁹ ECHR, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Turkey*, Application No. 20641/05, 25.12.2012, para. 55.

⁷⁰ ECHR, *Buckley v. the United Kingdom*, Application No. 20348/92, 25.09.1996; ECHR, *Chapman v. the United Kingdom*, Application No. 27238/95, 18.01.2001; ECHR, *Winterstein v. France*, Application No. 27013/07, 17.09.2013.

⁷¹ ECHR, *Şükran Aydın and Others v. Turkey*, Application No. 49197/06, 22.01.2013.

⁷² Marks, “Defining Cultural Rights,” s. 303.

⁷³ “Eğitim, çocukların kişiliklerini ve kültürel kimliklerini geliştirmelerini, kültürel değerlerini ve uygulamalarını öğrenmelerini ve anlamalarını sağlar.” CESCR, *General Comment No. 21*, para. 26.

⁷⁴ CRC, *General Comment No. 17: On the Right of the Child to Rest, Leisure, Play, Recreational Activities, Cultural Life and the Arts (Art. 31)*, 2013, para. 20, CRC/C/GC/17.

anadil hakkı, bir halkın kültürünün çok anlamlı ve yaygın bir aktarım biçimi olması nedeniyle bütün kültürel hakların en önemlisidir.⁷⁵ Bu yoruma göre anadili hakkı kendi başına bağımsız, müstakil bir hak olmasının yanı sıra temel bir kültürel hak haline gelmektedir. Yine özel yaşama saygı hakkı aynı zamanda kültürel kimlik hakkı olarak değerlendirilebilir. Çünkü özel yaşama saygı hakkı, Romanlar veya yerli halklar gibi geleneksel yaşam tarzına sahip olan topluluklar bakımından aynı zamanda kültürel kimlik hakkı olarak değerlendirilmektedir.⁷⁶ Benzer şekilde kültürel kimlik hakkının din özgürlüğüyle pek çok ortak noktası vardır. Öncelikle din, kendi başına kültürel kimliğin önemli bir boyutunu oluşturur. Hemen hemen tüm kültürlerin oluşmasında ve gelişmesinde din önemli bir rol oynar.⁷⁷ Kültürel kimlik hakkı sanat özgürlüğü ile de ilişkilidir. Kültür, sanatsal ve bilimsel yaratım süreci olarak değerlendirildiğinde birey bir kültür, kültürel kimlik üreticisi olarak ortaya çıkar. Bu açıdan bakıldığında sanat özgürlüğü, kültürel kimliğin hem geliştirilmesinde hem de yeniden inşa edilmesinde etkin rol oynar. Son olarak mülkiyet hakkının kültürel kimlik hakkıyla ilişkisi kurulmaktadır. Özellikle yerli halkların toprak kullanımıyla ilgili taleplerde kültürel kimlik hakkı, mülkiyet hakkı ve bütünlüğün korunması hakkı çerçevesinde tanınıp güvence altına alınmaktadır.⁷⁸

Gerçekten bütün hak ve özgürlüklerin pozitif hukuk kurallarıyla, yani temel olarak anayasa ve kanunla tanınması mümkün değildir. Bu nedenle pozitif hukuk metnilerindeki hak ve özgürlüklere ilişkin saymalar sınırlı sayma değil örneklendirerek saymadır. Temel hak ve özgürlükler rejiminde bir özgürlüğün anayasa veya kanunla tanınmamış olması

⁷⁵ Permanent Court of International Justice, *Minority Schools in Albania*, PCIJ Series A/B. No 64, Advisory Opinion of April 6.

⁷⁶ ECHR, *Case of Bucklel, v. the United Kingdom*, Application No. 20348/92, 25.09.1996, ECHR, *Chapman v. the United Kingdom*.

⁷⁷ Donders, "A Right to Cultural Identity in UNESCO," s. 324.

⁷⁸ IACHR, *Moiwana Village v. Suriname*, paras. 86, 101.

onun yokluğuna karine olamaz. Zira özgürlüğün varlığı asıl olup sınırlanması veya yokluğu ise istisnadır. Dolayısıyla bazı temel hak ve özgürlüklerin anayasada veya kanunda tanınması ya da sayılması, sayılmayan hak ve özgürlüklerin reddine veya yokluna karine teşkil etmez.⁷⁹ Nitekim 1787 ABD Anayasası 9. Değişiklik (*Ninth Amendment*)

“Belirli hakların Anayasa’da sayılmış olması, halkın sahip olduğu diğer hakların tanınmadığı veya değerinin zayıf olduğu şeklinde yorumlanamaz.”

hükmü açık bir şekilde bu olguyu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bazı hak ve özgürlüklerin Anayasa’da sayılmamış olması onların yokluğuna karine teşkil etmez veya onların reddedildiği anlamına gelmez.

Alman hukukundaki “kapsayan özgürlük” ilkesi de kültürel kimlik hakkının birçok kültürel veya temel hak ve özgürlük kapsamında ele alınabileceğini destekler niteliktedir. Bu ilkenin temel amacı anayasada tanınan temel hak ve özgürlüklerin dışında kalan hak ve özgürlükleri bir temel hak ve özgürlük güvencesine kavuşturmak olarak özetlenebilir.⁸⁰ Bu bağlamda Alman hukukunda Anayasa’da başka bir norm alanı içine girmeyen her bir eylem, Federal Anayasa m. 2’de düzenlenen ve genel bir fiil özgürlüğü niteliğine bürünmüş olan “kişiliğini geliştirme hakkı” kapsamında değerlendirilerek hukuksal tanıma ve koruma altına alınmaya çalışılır.⁸¹ Diğer bir ifadeyle Anayasada açıkça düzenlenen temel hak ve özgürlüklere ilişkin kurallarından hiçbirinin kapsamına girmeyen kişi eylemlerinin anayasal düzende tanınması ve güvence altına alınması

⁷⁹ Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 3. Baskı (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2023), s. 173.

⁸⁰ Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982), s. 41-42.

⁸¹ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s. 42.

amaçlanmaktadır.⁸² Benzer şekilde Türk doktrininde, kişilerin genel olarak hak ve özgürlük sahibi olduğunu ifade eden 1982 Anayasası m. 12/1 uyarınca, yani herkesin “kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve hürriyetlere” sahip olduğundan hareketle Anayasa’da sayılmayan hak ve özgürlüklerin korunabileceği savunulmaktadır.⁸³ Yine kültürel kimlik hakkı 1982 Anayasası m. 17/1 kapsamında, yani “kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı” (kişiliğini geliştirme hakkı) çerçevesinde türev olarak tanınıp güvence altına alınabilir. Dolayısıyla kültürel kimlik hakkı da doğrudan düzenlemenin olmadığı 1982 Anayasasında uygun bir “kapsayan özgürlük” çerçevesinde, örneğin kişiliğini geliştirme hakkı kapsamında değerlendirilerek güvence altına alınabilir. Diğer bir bakışla kültürel kimlik hakkı anayasa literatüründe “isimsiz özgürlükler” veya “anayasada sayılmayan haklar”⁸⁴ olarak ifade edilen teori kapsamında değerlendirilerek tanınıp güvence altına alınabilir.

O hâlde kültürel kimlik hakkıyla yakın bir ilişkiye sahip olan bazı temel haklar, kültürel kimlik hakkının güvence altına alınmadığı durumlarda geniş anlamda kültürel kimlik hakkı olarak anlaşılabilir. Bir hakkın kültürel kimlik hakkı olarak kabul edilmesi, o hakkın aynı zamanda kişi hakkı ya da siyasal, ekonomik veya sosyal bir hak olarak kabul edilemeyeceği anlamına gelmez. Diğer bir ifadeyle başka bir hakkın kültürel kimlik hakkı olarak ele alınması, o hakkın kendinden menkul temel niteliğini ortadan kaldırmaz.

⁸² Osman Korkut Kanadoğlu, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, 1. Baskı (İstanbul: Beta Yayınları, 2000), s. 13; Ali Ersoy Kontacı, “Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Korunması,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 66, Sayı: 2 (2017), s. 429.

⁸³ Gözler’e göre 1982 Anayasası m. 12/1 hükmü “depo madde” olarak yorumlanabilir. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 174.

⁸⁴ Anayasada sayılmayan haklar “anayasalarda veya anayasal değer taşıyan diğer belgelerde açıkça zikredilmeyen, söz konusu hakka yönelik müdahalelerin sınırlanmasından hareketle varlığı kanıtlanamayan veya anayasalarda ayrıntılı biçimde düzenlenerek güvence altına alınmamış olan haklar ...” olarak ifade edilmektedir. Kontacı, “Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Korunması,” s. 428.

Örneğin ifade özgürlüğü kültürel kimlik hakkı olarak görülebileceği gibi doğal olarak bir kişi hakkı olarak da değerlendirilebilir. Yine eğitim ve öğrenim hakkı aynı zamanda kültürel, kişisel, ekonomik, sosyal ve siyasal bir hak; diğer bir ifadeyle birçok farklı boyutu haiz bir hak olarak ele alınabilir.⁸⁵

Şu durumda uluslararası ve ulusal hukukta kültürel kimlik hakkı olarak ele alınabilecek iki düzenleme türü tespit edilebilir. Doğrudan ve açıkça kültürel kimlik hakkına atıfta bulunan hükümler birinci düzenleme biçimi olarak ortaya çıkar. Buna ek kültürel kimlik hakkıyla doğrudan bağlantılı olan hakları içeren hükümler, ikinci düzenleme biçimi olarak değerlendirilebilir. Kültürel kimlik hakkıyla doğrudan bağlantılı haklara “kültürel yaşama katılma hakkı”, “kendi kültüründen yararlanma hakkı”, “kendi kaderini tayin etme hakkı”, “din özgürlüğü”, “ifade özgürlüğü”, “sanat özgürlüğü”, “toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü”, “dernek kurma özgürlüğü”, “eğitim ve öğrenim hakkı”, “özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı” örnek verilebilir.⁸⁶ Dolayısıyla bu çalışmada, kültürel kimlik hakkı dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere iki yöntemle ele alınacaktır. Çünkü kültürel kimlik hakkı denildiğinde, kural olarak bu hakkın yalnızca kendi başına dar kapsamlı bir hak olarak anlaşılması oldukça güçtür. Bu yaklaşım aslında BM ESKHK’nin Genel Yorumlarına, AİHM, AAİHM içtihatlarına da uygundur. Bu organlar, kültürel kimlik hakkıyla birçok kültürel veya temel hak arasında bir bağlantı kurmakta ve doğrudan düzenlemenin olmadığı durumlarda bu hakları kültürel kimlik hakkı olarak değerlendirmektedir.⁸⁷ Diğer bir ifadeyle kültürel kimlik hakkını bu haklar dolayısıyla koruma yolunu benimsemektedir. Dolayısıyla kültürel kimlik hakkının

⁸⁵ Aynı yönde bkz. Donders, “From Controversy to Celebration,” s. 63.

⁸⁶ Yvonne Donders, “Cultural Human Rights in International Law: From Recognition to Realization,” *In Formaço Jurídica e Juridiciária - Colectânea*, no. X (2014), s. 134-135.

⁸⁷ CESCR, *General Comment No. 21*; CESCR, *General Comment No. 26*; HCR, *CCPR General Comment No. 23*; CESCR, *General Comment No. 25: On Science and Economic, Social and Cultural Rights (Article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, 2020, E/C.12/GC/25.

oldukça geniş bir kapsama sahip olduğu çıkarımı yapılabilir. Bu paralelde çalışmada kültürel kimlik ile ilgili olarak, öncelikle doğrudan kültürel kimlik hakkının düzenlendiği durumlarda “dar anlamda kültürel kimlik hakkı” ifadesi kullanılacaktır. İkinci olarak kültürel kimlik hakkının doğrudan düzenlenmediği ve fakat kültürel kimlik hakkıyla ayrılmaz bir ilişkiye sahip olan ve bu hakkın yerine ikame edilebilecek nitelikte olan kültürel haklar ile bazı temel hakların olduğu durumlarda “geniş anlamda kültürel kimlik hakkı” kavramı kullanılacaktır. İkinci seçenekte bu haklar aynı zamanda kültürel kimlik hakkı olarak yorumlanacaktır.

Kültürel kimlik hakkı Türkiye’de herhangi bir norm ile doğrudan doğruya tanınıp güvence altına alınmamıştır. Diğer bir ifadeyle kültürel kimlik hakkı ne anayasa ne de bir kanunla tanınmıştır. Yine hak, herhangi bir organ tarafından da güvence altına alınmamıştır. Örneğin bu çalışmada yapılan araştırmalar çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin önüne doğrudan veya dolaylı olarak kültürel kimlik hakkıyla ilgili bir talep gelmediğinden Mahkeme de kültürel kimliği herhangi bir hakkın unsuru olarak ele alıp güvence altına almamıştır. Bu nedenle çalışmada kültürel kimlik hakkı kaçınılmaz olarak karşılaştırmalı hukuk kapsamında ele alınıp incelenmiştir. Türkiye’ye ilişkin inceleme ve değerlendirmeler, daha çok genel anlamda temel hak ve özgürlükler çerçevesiyle sınırlı kalmıştır. Örneğin hakkın korunması kısmında Anayasa Mahkemesinin konuya dair bir kararı tespit edilemediğinden yargısal korunma, uluslararası hukuk ve diğer ulusal hukuklar kapsamında incelenmiştir. Yine Türkiye özelinde yargı dışı korunma, ancak genel koruma mekanizmaları kapsamında ele alınmıştır. Kültürel kimlik hakkının iç hukukta tanınıp korunması çerçevesinde farklı başlıklar altında çeşitli akıl yürütmeler, yorumlar geliştirilmiştir. Örneğin Anayasa m. 90’dan hareketle taraf olunan uluslararası hukuk belgeleri çerçevesinde hakkın kanun düzeyinde iç hukukumuzda güvence altına alınması tartışılmıştır. Benzer şekilde isimsiz özgürlükler teorisiyle hakkın anayasal düzeyde “kişinin maddi ve manevi varlığını

koruma ve geliştirme hakkı” kapsamında güvence altına alınabileceği değerlendirilmiştir. Dolayısıyla Türkiye’ye ilişkin inceleme ve değerlendirmelerin sınırlı kalması bir zorunluluktan doğmuştur. Bu bağlamda hak, ağırlıklı olarak Birleşmiş Milletler, bölgesel düzey ve diğer ulusal hukuklar arasında karşılaştırmalı şekilde incelenmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde kültürel kimlik hakkının öncelikle doğmuş olduğu uluslararası hukukta hakkın dar ve geniş anlamda bir incelemesi yapılacaktır. İlk aşamada Birleşmiş Milletler düzeyinde, ikinci aşamada bölgesel düzeyde kültürel kimlik hakkının nasıl düzenlendiği ele alınacaktır. Akabinde yerele inilerek ulusal düzeyde ulusal hukuklarda kültürel kimlik hakkının anayasa, kanun ve yargı yoluyla tanınması incelenecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise kültürel kimlik hakkının hukuksal çerçevesi ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda kültürel kimlik hakkının konusu ele alınacak; hakkın yararlanıcıları (özneleri), yükümlüleri, diğer kültürel haklar ve siyasal, sosyal ve ekonomik haklarla ilişkisi ortaya konulacak; kültürel kimlik hakkının sınırlanması, kötüye kullanılmaması ve korunması karşılaştırmalı olarak incelenerek değerlendirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KÜLTÜREL KİMLİK HAKKININ HUKUKÇA TANINMASI

I. ULUSLARARASI DÜZEYDE TANINMA

A. BELGELER YOLUYLA TANINMA

Bir hak ya da özgürlük bir hukuk belgesinde düzenlendiğinde tanınmış olur. Tanınma, ilgili hak veya özgürlüğün ilkesini koymaktır.⁸⁸ Hak ya da özgürlükler birkaç yöntemle tanınabilir. Öncelikle bir hak veya özgürlük doğrudan tanınabilir. Doğrudan tanınmada ilk olarak hak veya özgürlüğün sadece adı zikredilebilir.⁸⁹ İkinci olarak hak veya özgürlük ayrıntılı olarak güvenceye alınabilir.⁹⁰ Dolayısıyla bir hak veya özgürlüğün ayrıntılarıyla düzenlenmesi onun doğrudan tanınması anlamına gelir.⁹¹ Bunun dışında doğrudan tanınmanın bir başka yöntemi hak veya özgürlüklere ilişkin belgelere atıf yapılmasıdır.⁹² Doğrudan tanınmanın dışında bir hak veya özgürlük dolaylı yoldan da tanınabilir. Dolaylı tanınmada hak veya özgürlük açık bir şekilde bütün unsurlarıyla düzenlenmemesine rağmen ilgili hak veya özgürlüğün kapsamına giren unsurlara yer verilebilir. Burada bir hukuk belgesi, hak veya özgürlüğün adını zikretmeksizin hak veya özgürlüğün içeriğini meydana getiren fiil ya da dokunulmazlıkları belirtebilir.⁹³ Kültürel kimlik hakkı bağlamında kişinin kültürünü geliştirme hakkına veya ait olduğu kültürel topluluğu seçme hakkına sahip olması ya da kültürel yaşama katılma hakkına sahip olması hakkın dolaylı tanınmasına örnek gösterilebilir.

⁸⁸ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 285.

⁸⁹ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 166.

⁹⁰ Selin Esen, *Anayasa Hukuku Açısından Dolaşım Özgürlüğü* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), s. 57.

⁹¹ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 166.

⁹² Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 57.

⁹³ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 166.

Kültürel kimlik hakkı uluslararası hukuk öncülüğünde tanınan bir temel insan hakkıdır. Kültürel kimlik hakkının ilk olarak uluslararası hukuk tarafından tanınması, öncelikle hakkın uluslararası hukukta güvenceye alınmasını olanaklı kılmıştır. Bunun ulusal hukuklar için de birkaç anlamı vardır. Zira herhangi bir hakkın uluslararası hukukça tanınmasında ulusal hukuklara öncülük etme amacı da vardır. Dolayısıyla uluslararası hukukun kültürel kimlik hakkını tanıması, ulusal hukukların da hakkı tanıyıp korumasına öncülük etme fonksiyonunun yerine getirilmesi açısından önem arz eder. Öte yandan bir hak uluslararası hukukça tanındığında belgelere taraf olan devletlerin de iç hukukunun bir parçası haline gelir. Bu nedenle hakkın uluslararası hukukça tanınmasının yaşamsal önemleri haiz olduğu söylenebilir. Kültürel kimlik hakkının uluslararası hukukta ilk olarak belgeler yoluyla, ikinci olarak yargısal veya yarı-yargısal organlar aracılığıyla tanındığı görülmektedir. Hakkın uluslararası düzeyde tanınması öncelikle Birleşmiş Milletler düzeyinde, ikinci olarak bölgesel düzeyde ele alınabilir. Bölgesel düzeyde tanınma “Avrupa Konseyi”, “Amerikan Devletleri Örgütü” ve “Afrika Birliği Örgütü” olmak üzere üç kısımla incelenebilir.

1. Birleşmiş Milletler Düzeyinde Tanınma

Kültürel kimlik hakkının içinde olduğu kültürel haklar kadın, çocuk, ulusal azınlık, yerli halklar ve göçmen haklarıyla birlikte sözleşmeler, bildirgeler, raporlar gibi çeşitli uluslararası belgelerle tanınmıştır.⁹⁴ “Birleşmiş Milletler Genel Kurulu (*United Nations General Assembly*)” tarafından 10 Aralık 1948’de kabul edilen “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi” (İHEB) (*Universal Declaration of Human Rights*)⁹⁵ kültürel haklar dahil olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin neredeyse tamamını içeren bir hukuksal belgedir. Uluslararası düzeyde kabul görmüş temel hak ve özgürlükler, BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen “Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

⁹⁴ Jessica Almqvist, *Human Rights, Culture, and the Rule of Law* (Oxford: Hart Publishing, 2005), s. 8.

⁹⁵ <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2021/03/udhr.pdf>. ET: 10.03.2023.

(*International Covenant on Civil and Political Rights*)” ile “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmede (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*)” ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Aslında Birleşmiş Milletler düzeyinde temel hak ve özgürlüklerin tek bir sözleşme yerine iki temel sözleşmeyle düzenlenmesi, “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmesi Tasarısı (*Draft International Covenants on Human Rights*)”⁹⁶ görüşmeleri sırasında BM Genel Kurulu tarafından alınan tartışmalı ve çekişmeli bir karar sonucunda ortaya çıkmıştır.⁹⁷ “Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu (*The United Nations Commission on Human Rights*)”, “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmesi Tasarısı” üzerindeki çalışmalarını tamamladığında temel hakların tümünün tek mi yoksa iki farklı sözleşmede mi yapılması gerektiği konusunda ikiye bölünmüştür.⁹⁸ 1951 yılında alınan bir kararla tüm temel hak ve özgürlüklerin tek bir sözleşmede düzenlenmesine yönelik çağrı ile sorun BM Genel Kuruluna havale edilmiştir.⁹⁹ BM Genel Kurulu aslında, başta medeni (kişisel) ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanmanın birbiriyle bağlantılı ve birbirinden ayrılmaz olduğunu belirtmiş; kişilerin ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yoksun bırakıldığında Evrensel Bildirge’nin özgür insan ideali olarak gördüğü bireyi temsil edemeyeceği düşüncesiyle kişisel ve siyasal haklarla birlikte ekonomik, sosyal ve kültürel

⁹⁶ Tasarı hakkında bkz. https://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccpr/docs/a-2929.pdf. ET: 10.02.2023.

⁹⁷ BM Genel Kurul Karar No. 543 (VI), 05.02.1952.

⁹⁸ Asbjørn Eide and Allan Rosas, “Economic, Social And Cultural Rights: A Universal Challenge,” in *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, ed. Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, 2nd Edition (Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), s. 4.

⁹⁹ United Nations Commission on Human Rights, Draft Resolution Concerning the Inclusion of Economic, Social and Cultural Rights in the Draft International Covenant on Human Rights, 15.05.1951, E/CN.4/619/Rev.1.

haklara ilişkin hükümleri bir belgede birleştirme kararı almıştır.¹⁰⁰ Hatta tüm hakları kapsayan sözleşme taslağında

“Etnik, dinsel ve dilsel azınlıkların kendi kültürlerinden yararlanma, kendi dinlerini uygulama veya kendi dillerini kullanma hakları reddedilemez.”

denilerek azınlıkların kültürel hakları özel olarak güvenceye alınmak istenmiştir.¹⁰¹ Ancak “Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyinin (*The United Nations Economic and Social Council*)” BM Genel Kurulunu 421(V) sayılı kararını yeniden gözden geçirmeye davet etmesi üzerine¹⁰² Genel Kurul, konuyu ilk toplantısında yeniden görüşmüştür. Sonuç olarak Genel Kurul 1952’de, İHEB’de yer alan hakların biri medeni (kişisel) ve siyasal haklar ve diğeri ekonomik, sosyal ve kültürel haklar olmak üzere iki ayrı uluslararası sözleşmede tanınması kararı almıştır.¹⁰³ Böylece kültürel haklar ve kültürel kimlik hakkı zamana yayılan süreçte uluslararası hukuk öncülüğünde ortaya çıkmış ve gelişmiştir.

Kültürel hakların ve özelde kültürel kimlik hakkının başlangıçta uluslararası hukukta daha çok ahlaki ve siyasal değere sahip ve hukuksal olarak bağlayıcı gücü olmayan hukuk belgeleriyle tanındığı görülmektedir.¹⁰⁴ İHEB başlangıçta ulaşılmaması gereken ideallerin bir ifadesi olarak kabul edilirse uluslararası düzeyde pozitifleşme sürecinin 1966’da kabul edilen iki Sözleşme ile başladığı ve bunu da çok sayıda özel sözleşmenin izlediği görülür.¹⁰⁵ Bir uluslararası hukuk belgesinde kültüre yapılan ilk

¹⁰⁰ BM Genel Kurul Karar No. 421 (V), 4.12.1950. İlgili Genel Kurul kararında Sözleşmenin, devletlerin Sözleşmede ilan edilen insan hakları ve temel özgürlüklerin uygulanmasını teşvik etmesini ve herkesin bu hak ve özgürlüklerden gerçek anlamda yararlanmasını sağlamak için yasal düzenlemeler dahil gerekli tüm adımları atmasını zorunlu kılan hükümler içermesi gerektiği kabul edilmiştir.

¹⁰¹ Capotorti, *Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, s. 32.

¹⁰² BM Ekonomik ve Sosyal Konsey Karar No. 384 (XIII), 29.08.1951.

¹⁰³ BM Genel Kurul Kararı No. 543 (VI), 05.02.1952.

¹⁰⁴ Donders, *Towards a Right to Cultural Identity?* 2002, s. 79-80.

¹⁰⁵ Eide, “Economic, Social And Cultural Rights as Human Rights,” s. 17.

atıf,¹⁰⁶ aslında herkesin toplumun kültürel yaşamına katılma hakkına atıfta bulunan 1948 tarihli “Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi” (m. 13) ile gerçekleşmiştir. İHEB’de kültürel yaşama katılma hakkı bundan yaklaşık altı ay sonra tanınmıştır. Kültürel haklar konusunda yalnızca mütevazı önerilerde bulunan¹⁰⁷ ESKHS düzenlemeyi yinelemiş ve buna ek olarak devletlere bu hakkın tam olarak gerçekleştirilmesini sağlama ödevini yüklemiştir.¹⁰⁸

Kültürel hakları ve özelde kültürel kimlik hakkını düzenleyen BM belgeleri birtakım eksiklikler taşımaktadır. ESKHS’nin başlığında “kültürel haklar” ifadesi olmasına rağmen Sözleşme’de hangi hükümlerin kültürel haklar kategorisine girdiği açık değildir.¹⁰⁹ Bu muğlaklığın bir nedeni olarak kültür kavramının geniş ve belirsiz yapısı gösterilmektedir.¹¹⁰ Diğer bir neden olarak kültürel hakların kendine özgü doğasına işaret edilmektedir.¹¹¹ Kültürün durağan olmayan yapısı ve sürekli değişen niteliği kültürel haklar alanının kaygan ve zor bir alan olmasının bir nedeni olarak görülmektedir.¹¹² Bu bağlamda kültür kavramı, sanat ve edebiyat gibi kültürel unsurlardan kültürel sürece veya bir yaşam biçimi olarak kültüre kadar birçok şeyi ifade edebilir.¹¹³ Kültür kavramının bu

¹⁰⁶ Enikö Horváth, “Cultural Identity and Legal Status: Or, the Return of the Right to Have (Particular Rights),” in *Cultural Human Rights*, ed. Francesco Francioni and Martin Scheinin (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), s. 172.

¹⁰⁷ Stavenhagen, “A Social Science Perspective,” s. 85.

¹⁰⁸ Sözleşme m.15’te devletlere kültürün korunması, geliştirilmesi ve yayılması için tedbirler alma ve buna saygı duyma yükümlülükleri yükler.

¹⁰⁹ Donders, “International Human Rights and Cultural Diversity,” s. 130.

¹¹⁰ Donders, “From Recognition to Realization,” s. 132.

¹¹¹ Francesco Francioni, “Culture, Heritage and Human Rights: An Introduction,” in *Cultural Human Rights*, ed. Francesco Francioni and Martin Scheinin (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), s. 3.

¹¹² Prott, “Cultural Rights as Peoples’ Rights,” s. 95.

¹¹³ Stamatopoulou, “Right to Take Part in Cultural Life,” s. 1.

kadar geniş bir alana hakim olması, bir görüşe göre hangi hakların kültürel haklar olduğu konusunda birtakım belirsiz alanların oluşmasına yol açmıştır.¹¹⁴

Uluslararası hukuk belgelerinde kültürel hakların yüzeysel olarak ele alınmış olmasının bir diğer nedeni, bu hakların kişisel, siyasal, ekonomik ve sosyal haklardan daha az bir öneme sahip olduğuna dair bir anlayışa dayandırılabilir.¹¹⁵ Bunların dışında kültürel hakların yüzeysel olarak düzenlenmesi siyasal tercihlerle açıklanabilir. Kültürel hakları “halkların hakları” olarak gören Prott’a göre, yüzeysellik yaklaşımı aslında bazı temel siyasal neden ve güçlüklerden kaynaklanmaktadır.¹¹⁶ Şöyle ki bazı devletlerin, kültürel hakları ulusal birliği tehlikeye atabilecek ve toplumda istikrarsızlığa yol açabilecek nitelikte görmesi ve dolayısıyla kültürel toplulukları güçlendirebilecek hakların tehlike arz ettiğinin tasavvuru bu hakların gelişmesini önleyen bir neden olarak değerlendirilebilir.¹¹⁷ Gerçekten de kültürel hakların güçlendirilmesinin toplumda gerilimlere yol açabileceği, ulusal birliği tehlikeye atabileceği ve hatta ayrılık taleplerini tırmandırabileceği korkusu kültürel kimlik hakkı ve diğer kültürel hakların daha geç ve eksik bir kapsamla doğmasının nedenleri arasında gösterilebilir.¹¹⁸ Kültürel haklar büyük oranda devletlerin genellikle ulusal güvenlik ve toprak bütünlüğüne olası bir tehdit olarak görülen (kültürel) azınlık meseleleriyle ilgilenme konusundaki çekinceleri nedeniyle ayrıntılı bir biçimde ele alınmamıştır.¹¹⁹ Dolayısıyla uluslararası belgelerdeki belli başlı

¹¹⁴ Yvonne Donders, “Cultural Diversity and Cultural Identity in Human Rights,” in *Culture and Human Rights: The Wroclaw Commentaries*, ed. Andreas J. Wiesand, Kalliopi Chainoglou, and Anna Sledzinska-Simon (De Gruyter, 2016), s. 23.

¹¹⁵ Yvonne Donders, “Do Cultural Diversity and Human Rights Make a Good Match?: Cultural Diversity and Human Rights,” *International Social Science Journal* 61, no. 199 (2010), s. 15.

¹¹⁶ Prott, “Cultural Rights as Peoples’ Rights,” s. 95.

¹¹⁷ Donders, “Do Cultural Diversity and Human Rights Make a Good Match?,” s. 15.

¹¹⁸ Donders, *Towards a Right to Cultural Identity?* 2002, s. 68.

¹¹⁹ Marco Odello, “Indigenous Peoples’ Rights and Cultural Identity in the Inter-American Context,” *The International Journal of Human Rights* 16, sy 1 (Ocak 2012), s. 31.

konularda hukuksal düzenlemelerin eksik kalmasının nedenleri¹²⁰ siyasal alanda da aranabilir. Kültürel haklar alanında yüzeysel kapsam ve muğlaklık dışındaki diğer bir eksiklik, bu konudaki sorunların çözüme kavuşturulmasındaki yavaş işleyen süreçtir.¹²¹

Çatı kavram olarak kültürel haklar, uluslararası hukukta belirsiz kapsamıyla ilk aşamada dönemin ülke anayasalarındaki hükümler ışığında¹²² eğitim ve öğrenim hakkıyla yakından ilişkili genel anlamda “kültüre katılma hakkı” şeklinde anlaşılmıştır.¹²³ Hatta ilk aşamada kültürel haklar, bütün kültürel hakları kapsayacak şekilde düzenlenmemiş ve “kültürel yaşama katılma hakkı” formülüyle sunulmuştur. Katılma da başlangıçta “ulusal kültüre katılma” şeklinde katı bir yorumla sınırlı tutulmuştur.¹²⁴ Bu bağlamda UNESCO’nun, “ulusal kültüre katılma” önerisiyle sınırlı olan öneriyi aşmayı amaçlayan “*ait olduğu toplulukların kültürel yaşamında yer almak*” şeklindeki ek ifadeyi dahil etme çabası nihai metinden çıkarılmış,¹²⁵ odak noktası doğrudan “ulusal kültüre katılma” ile sınırlı kalmıştır.¹²⁶ Dolayısıyla kültürel kimlik hakkının henüz doğrudan tanınmadığı hukuk metinlerinde, çatı kategori olan kültürel haklar dahi eksik bir kapsamla düzenlenmiş, kültürün herkese açık olması olarak anlaşılmamıştır. Konuyla ilgili bildirge ve sözleşmeler de hangi hakların kültürel haklar olduğunu belirtmemiş ve uluslararası hukuk belgeleri kural olarak kültürel haklar için bir tanım öngörmemiştir.¹²⁷ Bu nedenle

¹²⁰ Francioni, “Culture, Heritage and Human Rights.” s.1.

¹²¹ Donders, “International Human Rights and Cultural Diversity,” s. 131.

¹²² Örneğin 1949 Macaristan Anayasası m.70/F “(1) Macaristan Cumhuriyeti, vatandaşlarına eğitim hakkını garanti eder. (2) Macaristan Cumhuriyeti, bu hakkı, kültüre genel erişim ve yaygınlaştırma, ücretsiz zorunlu ilköğretim, herkese yeteneklerine göre sunulan orta ve yüksek öğrenim yoluyla ve ayrıca öğrenciler için mali destek yoluyla uygular.”

¹²³ Horvâth, “Cultural Identity and Legal Status,” s. 172.

¹²⁴ Ana Filipa Vrdoljak, “Self-Determination and Cultural Rights,” in *Cultural Human Rights*, ed. Francesco Francioni and Martin Scheinin (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), s. 57.

¹²⁵ UN Doc. A/C.3/SR.797, 1957 (s. 178) and UN Doc. A/C.3/SR.799 (s. 190-191), Summary Record of the General Assembly, Third Committee, Twelfth session, October 1957.

¹²⁶ Vrdoljak, “Self-Determination and Cultural Rights,” s. 57.

¹²⁷ Donders, “International Human Rights and Cultural Diversity,” s. 130.

kültürel haklar alanında kültürel hak olarak nitelendirilebilecek veya kültürel haklarla ilişkisi kurulabilecek birçok hakkın var olduğuna dair farklı görüşler¹²⁸ doğal olarak ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda kültürel yaşama katılma hakkından aynı zamanda kültürel kimlik hakkının türetilmesi, eğitim ve öğrenim hakkının bir yönüyle kültürel kimlik hakkı olarak değerlendirilmesi gibi yorumlar geliştirilmiştir. Bu nedenle haklar arasında geçişken bir durum veya hakların çakışması ortaya çıkmıştır. Hatta bu durumun kültürel haklar alanında hukuksal boşluğu doğurduğu ve kültürel haklar arasında bir karmaşaya neden olduğu ileri sürülebilir. Nitekim UNESCO, “Geniş Halk Kitlelerinin Kültürel Yaşama Katılımına ve Kültürel Yaşama Katkılarına İlişkin Tavsiye Kararı’nda” kültürel yaşama katılma hakkının bir kimlik, özgünlük iddiası biçimini aldığını belirtmiştir.¹²⁹

Temel hak ve özgürlükler veya insan hakları doktrini ve uygulamasında yarım yüzyıldan fazla bir süredir devam eden gelişimde kültürel kimlik hakkı başta olmak üzere kültürel haklar genel olarak başlangıçta kişi hakları, siyasal, sosyal ve ekonomik haklar kategorilerine kıyasla çok daha az dikkat çekmiş ve kavramsal olarak detaylandırılmıştır.¹³⁰ Örneğin 1948 tarihli İHEB kültürel haklar kategorisinde yalnızca m. 22 ile kültürel hakları gerçekleştirme ve m. 27 ile kültürel yaşama katılma hakkını tanımakta, bunun dışında kültürel kimlik hakkıyla dolaylı ve yakın bir ilişkiye sahip olan eğitim ve öğrenim hakkını düzenlemektedir. 1966 tarihli ESKHS de benzer şekilde m. 13

¹²⁸ Capotorti, *Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, s. 100; Shaheed, “Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights,” para. 4; Stamatopoulou, “Right to Take Part in Cultural Life,” s. 3; Donders, “From Controversy to Celebration,” s. 65; Patrick Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, Reissue (Oxford: Clarendon Press, 1992), s. 126.

¹²⁹ UNESCO, Recommendation on Participation by the People at Large in Cultural Life and Their Contribution to It.

¹³⁰ Francioni, “Culture, Heritage and Human Rights,” s. 1. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB) 1948’de BM tarafından kabul edildiğinde, Amerikan Antropoloji Derneği insan haklarına ilişkin ilk uluslararası belgenin altında yatan yaklaşımları eleştiren bir Bildirge kabul etmiştir. American Anthropological Association, “Statement on Human Rights,” *American Anthropologist, New Series* 49, no. 4 (1947), s. 539-543.

ile eğitim ve öğrenim hakkını, m. 15 ile kültürel yaşama katılma ve bilimsel ilerlemelerden yararlanma hakkını düzenlemektedir. 1966 tarihli MSHS m. 1 ile halkların kültürel gelişim hakkına atıfta bulunurken m. 27 ile kendi kültüründen yararlanma hakkını tanımıştır. Dolayısıyla bu belgeler doğrudan kültürel kimlik hakkına yer vermemiş, çatı kategori olan kültürel hakları ise çok yüzeysel, eksik ve karmaşık bir çerçeveye güvenceye almıştır.¹³¹ Fakat bu hakların kapsamı, norm alanı ve devlet yükümlülükleri yıllar içinde gelişmiştir. Örneğin kültürel yaşama katılma hakkının kültürel kimliğin geliştirilmesi ve sürdürülmesi ile ilgili olduğu düşüncesi ortaya çıkmıştır.¹³²

Kültürel haklar uzun bir süre açıkça en az dikkate alınan haklar olarak görülmüştür. Bu dezavantajlı durum nedeniyle BM İnsan Hakları Komisyonu kültürel hakların, özellikle kültürel kimlik hakkının temel haklar rejimine dahil edilmesi gerektiği ifade etmiştir.¹³³ Bu paralelde gelenen aşamada akademisyenler ve uluslararası izleme organları tarafından yapılan çalışmalar sonucunda, kültürel hakların artık ihmal edildiğini ileri sürmek güçtür. Kültürel haklar konusunda birçok akademik çalışma yapılmıştır.¹³⁴

¹³¹ Donders, “International Human Rights and Cultural Diversity,” s. 131.

¹³² Donders, “A Right to Cultural Identity in UNESCO,” s. 328.

¹³³ Commission on Human Rights, *The Realization of Economic Social and Cultural Rights*, 1992, paras. 187, 198, E/CN.4/SUB.2/1992/16.

¹³⁴ Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, eds., *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, 2nd Edition (Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001); Capotorti, *Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*; Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*; Donders, *Towards a Right to Cultural Identity?* 2002; Francesco Francioni and Martin Scheinin, *Cultural Human Rights* (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008); Donders, “A Right to Cultural Identity in UNESCO”; Andrzej Jakubowski, ed., *Cultural Rights as Collective Rights: An International Law Perspective* (Leiden, Boston: Brill | Nijhoff, 2016); Tavani, *Collective Rights and The Cultural Identity of the Roma*. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 1990’da herkesin kültürel yaşama katılma hakkına ilişkin bir Tavsiye Kararı kabul etmiştir. Council of Europe Parliamentary Assembly, *Recommendation 1990 (2012): The Right of Everyone to Take Part in Cultural Life*, 2012; BM düzeyinde, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 2009 yılında önemli bir kültürel hak, yani kültürel yaşama katılma hakkı hakkında bir Genel Yorum kabul etmiştir. CESCR, *General Comment No. 21*.

Artık ilgili uluslararası antlaşmalar, sözleşmeler ve bildirgeler birleştirildiğinde kültürel kimliğin korunması, BM'nin temel haklar sisteminin uluslararası kabul görmüş bir yönü olarak kabul edilmektedir.¹³⁵ Örneğin Birleşik Arap Emirlikleri temsilcisi 1992 yılında BM İnsan Hakları Komisyonu nezdinde kültürel kimlik hakkının en temel haklardan biri olduğunu belirtmiştir.¹³⁶ BM İnsan Hakları Komisyonu, sonraki kararlarında devletlerin farklı kültürel kimliklere saygıyı geliştirmekten sorumlu olduğunu kabul ederken kültürel kimlik hakkına da atıf yapmıştır. Komisyon temel hakların geliştirilmesi ve korunması konusunda

“azınlıkların buldukları yerlerde etnik, kültürel, dilsel ve dinsel kimliklerinin korunması gerektiğini ve bu tür azınlıklara mensup kişilere eşit muamele edilmesi ve hiçbir ayrımcılığa maruz kalmaksızın insan haklarından ve temel özgürlüklerinden yararlanmaları gerektiğini teyit eder.”¹³⁷

iken doğrudan kültürel kimlik hakkına atıf yapmıştır. Yine başka bir kararda BM İnsan Hakları Komisyonu, kültürel hakların geliştirilmesinin ve farklı kültürel kimliklere saygı gösterilmesinin önemini vurgulayarak herkesin kültürel haklardan tam olarak yararlanmasının, farklı kültürel kimliklere saygı gösterilmesi konusunda teşviklerin yapılmasının ve bu kimliklerin güvenceye alınmasının kültürel çeşitliliğin korunması bakımından yaşamsal bir unsur olduğunu kabul etmiştir.¹³⁸ Dolayısıyla son aşamada BM'nin kültürel haklar belgelerinde yer alan ortak temalardan birinin, başlangıcın aksine azınlık kültürel kimliğinin tanınması, korunması ve yayılması olduğu söylenebilir.¹³⁹ Nitekim son dönem hukuk belgeleri kültürel kimlik hakkını açıkça ve doğrudan tanımaya

¹³⁵ Barth, *On Cultural Rights*, s. 7.

¹³⁶ Commission on Human Rights, 48th Session, Summary Record of the 7th Meeting, 1992, para. 21, E/CN.4/1992/SR.7.

¹³⁷ Commission on Human Rights, “Resolution No. 2002/26,” 2002.

¹³⁸ Commission on Human Rights, “Promotion of the Enjoyment of the Cultural Rights of Everyone and Respect for Different Cultural Identities,” 2003; Commission on Human Rights, “Resolution No. 2004/20,” 2004; Commission on Human Rights, “Resolution No. 2005/20,” 2005.

¹³⁹ Barth, *On Cultural Rights*, s. 8.

başlamıştır. 1978 tarihli UNESCO “İrk ve Irksal Önyargılar Bildirgesi”, 1982 tarihli “Kültürel Politikalara İlişkin Mexico City Bildirgesi”, 1989 tarihli “Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme”, 1989 tarihli “Uluslararası Çalışma Örgütü” (ILO) “Yerli ve Kabile Halklarına İlişkin 169 Sayılı Sözleşme”, 1990 tarihli “Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme”, 1992 tarihli Azınlık Hakları Bildirgesi, 2001 tarihli “Kültürel Çeşitliliğe İlişkin Evrensel Bildirge”, 2006 tarihli “Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme” Birleşmiş Milletler düzeyinde kültürel kimlik hakkını doğrudan düzenleyen hukuk belgeleridir. Bunun dışında geniş anlamda kültürel kimlik hakkının düzenlendiği birçok uluslararası hukuk belgesi de vardır.

a. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi temel hak ve özgürlüklerin neredeyse tamamını içeren birleşik bir hukuksal belgedir. İHEB, kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımamaktadır. Bildirge’nin kültürel haklara ilişkin doğrudan doğruya tanımış olduğu tek kültürel hak, kültürel yaşama katılma hakkıdır. Bildirge (m. 27/1) herkesin üyesi olduğu topluluğun kültürel yaşamına özgürce katılmasını güvenceye alır.

“Herkes toplumun kültürel yaşamına serbestçe katılma, sanattan yararlanma, bilimsel ilerlemeye katılma ve onun yararlarından faydalanma hakkına sahiptir.”

Bu düzenleme dolaylı olarak kültürel kimlik hakkını içerir. Zira kültürel yaşama katılma hakkı, başlangıçta dar yorumlanırken ESKHK’nin yorumu sonucunda hakkın, birçok açıdan daha geniş bir kapsama sahip olduğu¹⁴⁰ oldukça geniş bir kültür kavramını içerdiği kabul edilmiştir.¹⁴¹

¹⁴⁰ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 23.

¹⁴¹ Donders, “International Human Rights and Cultural Diversity,” s. 131.

İHEB'nin kültürel hak formülasyonunun niçin “kültürel yaşama katılma hakkı” biçiminde olduğuna bakılacak olunursa ESKHK'ye göre, hazırlık çalışmalarının analizinden devletlerin “kültürel yaşama katılma” ifadesini bilinçli bir tercih sonucunda eklemek istedikleri kanaatine varılabilir. Öncelikle İHEB m. 27'in arka planında Komitenin belirttiği gibi, geçmişte nüfusun büyük bir bölümü için kültürün bir karşılığının olmadığı, kültürün yalnızca küçük bir seçkinler grubu için anlam ifade ettiği ön-kabulü vardır. İlgili ifade yalnızca muhatap kesimlerin kültürel yaşama katılması ve kültürü bunlar için daha ulaşılabilir kılma amacı ile sınırlı kalmıştır. “Seçkin kişinin” sadece toplumun kültürel yaşamına katılma hakkına sahip olması değil, aynı zamanda bunu tam bir özgürlük içinde yerine getirme hakkına sahip olması gerektiğine işaret edilmiştir. Bu nedenle tasarının son aşamasında “serbestçe” ifadesinin yer alması gerektiği kanaatine varılmıştır.¹⁴² Dolayısıyla kültürel hakların (geniş anlamda kültürel kimlik hakkının) başlangıçta dar kapsamlı bir katılma hakkı olarak tanınması bu şekilde anlaşılabilir. Kültürel yaşama katılma hakkı başlangıçta dar yorumlanmıştır. Zira o zamanlar kültür, belirli bir yaşam tarzına veya bir topluluğun geleneğine ya da dil veya din gibi unsurlara bir atıf içermemiştir. Komiteye göre, büyük olasılıkla taslağı hazırlayanların akıllarında seçkinlerin sanat, edebiyat ve eğitime vurgu yapan dar kapsamlı bir kültürel yaşam kavramı olmuştur.¹⁴³ Yine kültürel yaşama katılma hakkı dar kapsamlı anlaşılmıştır. Zira burada “topluluk” ile büyük oranda “ulusal topluluk” kastedilmiştir. Her halükârda bu dönemde topluluk terimi azınlıkların, yerli halkların veya diğer yerel veya bölgesel toplulukların durumunu ifade etmemiştir.¹⁴⁴ Prott'a göre, kültürel kimliğin ancak ulusal sınırlarla kayıtlı olarak ileri sürülebilmesi çok güçlü ve rahatsız edici bir siyasal argüman olmuştur. Dolayısıyla bu hakların büyük ölçüde

¹⁴² Stamatopoulou, “Right to Take Part in Cultural Life,” s. 3.

¹⁴³ Stamatopoulou, “Right to Take Part in Cultural Life,” s. 3.

¹⁴⁴ Stamatopoulou, “Right to Take Part in Cultural Life,” s. 3.

somutlaştırılmadan soyut bırakılmış olması bilinçli bir tercihe dayanır.¹⁴⁵ Fakat günümüzde kültürel hakların demokratikleşmesiyle, kültürel yaşama katılma hakkının hem özneleri hem de norm alanı yönüyle dar bir kapsamla değerlendirilmesinin çok güç olduğunu belirtmek gerekir.

Bildirge kültürel kimlik hakkıyla ilişkili olarak kültürel yaşama katılma hakkı dışında eğitim ve öğrenim hakkını güvenceye almaktadır. İHEB (m. 26/1) herkesin eğitim hakkını tanımaktadır.

“Herkes eğitim hakkına sahiptir. Eğitim, en azından ilk ve temel aşamalarda ücretsizdir. İlköğrenim zorunludur. Teknik ve mesleki eğitim genel olarak sağlanmalı ve yüksek öğrenim liyakat esasına göre herkes tarafından eşit olarak erişilebilir olmalıdır.”

Gerçekten de kültürel bileşenler nedeniyle eğitim ve öğrenim hakkı, kültürel kimlik hakkıyla dolaylı, hatta ayrılmaz bir ilişkiye sahiptir. Dolayısıyla Bildirge'nin geniş anlamda eğitim ve öğrenim hakkı yoluyla kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak içerdiği çıkarımı yapılabilir.

Ayrıca Bildirge (m. 22) herkesin, kişiliğini geliştirebilmesi için ekonomik ve sosyal haklarla birlikte kültürel haklarını gerçekleştirme hakkını güvenceye alır.

“Herkes, toplumun bir üyesi olarak, ulusal çaba ve uluslararası iş birliği yoluyla ve her devletin teşkilatına ve kaynaklarına uygun olarak onurunun ve kişiliğinin özgürce gelişmesi için zaruri olan ekonomik, sosyal ve kültürel haklarını gerçekleştirme hakkına sahiptir.”

Bildirge'nin bu hükmünün geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerdiği savunulabilir. Zira kültürel kimlik hakkı kültürel uygulamaları hayata geçirme hakkı olarak

¹⁴⁵ Prot, “Cultural Rights as Peoples' Rights,” s. 97.

görülebileceği gibi¹⁴⁶ kültürel bir topluluğun kendi kültürünü sürdürme ve geliştirme hakkı olarak da değerlendirilebilir.¹⁴⁷

Sonuç olarak İHEB, kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımamış olsa da çatı kavram olan kültürel hakları, kültürel yaşama katılma hakkı şeklinde güvenceye almıştır. Geniş kapsamda bu hak, kültürel kimlik hakkını içerir bir hak olarak yorumlanabilir. Bunun dışında kültürel hakları gerçekleştirme hakkı yoluyla, dolaylı olarak kültürel kimlik hakkına atıf yapıldığı çıkarımı yapılabilir. Başlangıçta bu düzenlemeler her ne kadar yüzeysel olarak dar kapsamla anlaşılmış ise de daha sonra yetkili organlar tarafından geniş yorumlanarak birçok kültürel hakkı kapsar şekilde ele alınmıştır.

b. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

BM Genel Kurulu tarafından 1966'da kabul edilen MSHS, azınlık hakları bağlamında kültür kavramını tanımlamadan veya açıklamadan kişinin kendi kültüründen yararlanma hakkını güvenceye alır.¹⁴⁸ Sözleşme kültürel kimlik hakkına doğrudan yer vermezken geniş anlamda kültürel kimlik hakkına birtakım atıflar içerir. MSHS (m. 1) “halkların” kendi kaderini tayin etme hakkını düzenlerken kültürel gelişim hakkına, dolayısıyla kültürel kimlik hakkına geniş anlamda atıfta bulunur.¹⁴⁹

“Bütün halklar kendi kaderlerini tayin etme hakkına sahiptir. Bu hak gereğince halklar kendi siyasal statülerini özgürce kararlaştırırlar ve ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimlerini özgürce sağlarlar.”

¹⁴⁶ CESCR, *General Comment No. 21*, paras. 15, 21.

¹⁴⁷ Burgers, “The Right to Cultural Identity,” s. 251-253.

¹⁴⁸ Francioni and Scheinin, *Cultural Human Rights*, s. v.

¹⁴⁹ Geçmişten beri kendi kaderini tayin etme hakkı halkların kimliği ve kültürel haklar kavramlarıyla ayrılmaz bir şekilde bağlı olmuştur. Günümüzde kendi kaderini tayin etme hakkı kültürel hakların etkili bir şekilde kullanılmasını sağlayan temel haklardan biridir. Bu nedenle kendi kaderini tayin etme hakkı düzenlenirken kültürel gelişim hakkına, (dolayısıyla kültürel kimlik hakkına) atıf yapılması bir gereklilik olarak değerlendirilebilir. Vrdoljak, “Self-Determination and Cultural Rights,” s. 41-42.

Bir kültürü koruma ve geliştirme hakkı kültürel kimlik hakkıyla doğrudan ilişkili olduğundan¹⁵⁰ bu hak kapsamında değerlendirilebilir.

Kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımayan Sözleşme (m. 27) özellikle azınlık haklarına ilişkin olarak kendi kültüründen yararlanma hakkını güvenceye alır.

“Etnik, dinsel veya dilsel azınlıkların bulunduğu devletlerde, bu tür azınlıklara mensup kişiler, gruplarının diğer üyeleriyle birlikte topluluk içinde kendi kültürlerinden yararlanma, kendi dinlerini açıklama ve uygulama veya kendi dillerini kullanma hakkından yoksun bırakılamaz.”

Bu düzenlemenin kültürel kimliğin ışığında yatan önemli bir değer olduğu belirtilebilir.

Kendi kültüründen yararlanma kavramının geniş yorumu ve bunların bireysel ve kolektif boyutları, her iki hükmü de kişilerin ve toplulukların kültürel kimliğinin tanınması, korunması ve geliştirilmesiyle ilgili kılmaktadır.¹⁵¹ Thornberry’e göre kendi kültüründen yararlanma hakkı o kültürün tüm yönlerini ifade eder. Burada söz konusu olan, azınlıkların kültürel kimliklerini, kültürel miraslarını, kendi kültürlerini koruyabilmeleridir.¹⁵² İHK de adı geçen hükümle ilgili Genel Yorumunda dinamik bir yaklaşım benimsemiş ve söz konusu hükmün kapsamının genişletilmesi çerçevesinde lafzi yorumun ötesine geçmiştir.¹⁵³ İHK kendi kültüründen yararlanma hakkıyla kültürel kimlik hakkı arasında doğrudan doğruya bir amaçsallık ilişkisi kurarak kendi kültüründen yararlanma hakkındaki bir amacın da ilgili azınlıkların kültürel kimliklerinin hayatta kalmasını ve sürekli gelişimini sağlamak ve böylece bir bütün olarak toplumun dokusunu zenginleştirmek olduğunu belirtmiştir.¹⁵⁴ Bu yorum, m. 27 hükmünün lafzi niteliğini aşmasına, özellikle toplulukların kültürel kimlikleri başta olmak üzere kolektif nitelikteki

¹⁵⁰ Prott, “Cultural Rights as Peoples’ Rights,” s. 96.

¹⁵¹ Donders, “Towards a Right to Cultural Identity?” 2018, s. 535.

¹⁵² Thornberry, *Rights of Minorities*, s. 187.

¹⁵³ Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law*, s. 147.

¹⁵⁴ HCR, *CCPR General Comment No. 23*, para. 9.

hakların korunmasında bir araç haline gelmesine olanak tanımıştır.¹⁵⁵ O halde kendi kültüründen yararlanma hakkının geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerdiği çıkarımı yapılabilir. Dolayısıyla bu hüküm, aynı zamanda kendilerini bir topluluğa ait gören kişi veya toplulukların kültürel kimlik hakkı olarak görülebilir.¹⁵⁶ Öte yandan İHK, azınlık üyelerinin kültürlerinden yararlanma hakkına ilişkin MSHS m. 27 ile ilgili olarak kültür kavramına yönelik geniş ve dinamik yaklaşımını anadilde eğitim alanında da benimsemiştir. İHK azınlık anadilinde eğitim ve öğretimi “azınlık kültürünün temel bir parçası” olarak kabul etmiştir.¹⁵⁷

c. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

BM Genel Kurulu tarafından 1966’da kabul edilen ESKHS, kültürel haklar ve dolaylı olarak kültürel kimlik hakkı konusunda aslında mütevazı önerilerde bulunmaktadır.¹⁵⁸ Sözleşme’nin adındaki “kültürel hak” ifadesine rağmen kültürel hakları çok yüzeysel bir şekilde düzenlemesi dikkat çekmektedir. ESKHS kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımadığı gibi, ilk dönemlerde çatı kavram olarak kültürel haklara da pek önem atfetmemiştir. Sözleşme (m. 15/1) kültürel hak olarak kültürel yaşama katılma hakkını doğrudan tanımıştır.

“Sözleşmeye taraf devletler, herkesin: (a) Kültürel yaşama katılma hakkına; (b) Bilimsel ilerlemeden ve uygulamalarından yararlanma hakkına; (c) Kendisinin yarattığı herhangi bir bilimsel, edebi veya sanatsal üründen doğan maddi ve manevi çıkarların korunmasından yararlanma hakkına sahip olduğunu kabul eder.”

¹⁵⁵ Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law*, s. 147.

¹⁵⁶ Valeria Piergigli, “The Right to Cultural Identity,” *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 29, no. 2013 (2014), s. 599.

¹⁵⁷ HCR, *CCPR General Comment No. 23*, para. 7.

¹⁵⁸ Stavenhagen, “A Social Science Perspective,” s. 85.

Sözleşme her ne kadar açıkça belirtmese de kültürün temeli olarak kültürel kimlik ve çeşitliliği kapsar. Zira Sözleşme (m. 15) özellikle kültürel kimlik ve çeşitlilik, erişim ve katılımın yanı sıra kültürün korunması ve yayılması, kültürel varlığın kaybolmaya karşı korunması ve kültür yaratıcıları, aktarıcıları ve yorumcularının korunmasına ilişkin hakları güvence altına alır.¹⁵⁹

ESKHS'deki kültürel yaşama katılma hakkının ilk dönemlerde dar bir kapsama ele alındığı fakat daha sonra bunun geniş yorumlandığı görülmektedir. Kültürel yaşama katılmayla ilgili ilk öneriyi aslında UNESCO Genel Direktörü yapmıştır. Bu öneride kültürel yaşama katılma hakkının kapsamının genişletilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Zira kişinin olağan koşullarda çeşitli toplulukların kültürel yaşamına katıldığı savunulmuştur. Devletlerin yalnızca herkesin kendi ulusal kültürel yaşamına katılma hakkını tanımaması, bunun yanı sıra yabancı kültürlerle veya ülkedeki daha küçük toplulukların kültürel yaşamlarına erişim hakkına da saygı göstermesi gerektiği vurgulanmıştır. Son olarak ırksal ve dilsel azınlıkların özgür kültürel gelişiminin güvenceye alınması gerektiği kaydedilmiştir.¹⁶⁰ Ancak bu öneri devletler tarafından reddedilmiştir.

Kabul edildiği dönemde kültürel yaşama katılma hakkı esas olarak dar bir kapsama ele alınmak istendiğinden kültürel topluluklara atıfta bulunulmamış, bunun yerine “ulusal kültürel yaşama katılım” vurgulanmıştır.¹⁶¹ Dahası, taslağı hazırlayanların zihninde kültürün kitleselleşmesi veya popülerleşmesi olarak nitelendirilebilecek bir anlayış olmamış veya bu göz ardı edilmiştir. Diğer bir ifadeyle kültürel yaşama katılma hakkı, “herkesin” değerli bulunduğu kültürel etkinlik veya uygulamalardan yararlanma

¹⁵⁹ Marks, “Defining Cultural Rights,” s. 302.

¹⁶⁰ Commission on Human Rights, *Draft International Covenant on Human Rights and Measures of Implementation*, 1951.

¹⁶¹ Donders, “From Recognition to Realization,” s. 138.

hakkı anlamına gelecek şekilde düzenlenmemiştir.¹⁶² Bu nedenle kültürel haklar “ulusla sınırlı” genel bir kültüre katılma hakkı olarak anlaşılmıştır.¹⁶³ Fakat kültürel yaşama katılma hakkının kapsamı zamanla genişlemiştir¹⁶⁴ hatta bu değişim bir evrim olarak nitelendirilmiştir.¹⁶⁵ Nitekim ESKHK’nin, m.15/1(a) hükmünü hazırlayanların düşündüğünden daha geniş kapsamlı bir kültür kavramını kabul ettiği anlaşılmaktadır. Azınlıklara ve yerli halklara yapılan atıfların dahil edilmesiyle taslak hazırlanırken reddedilen ulusal topluluk dışındaki kültürel toplulukların rolünün, Komite tarafından m. 15 kapsamında onaylandığı görülmektedir.¹⁶⁶ Komite 1992’de kültürel yaşama katılma hakkıyla kültür hakkının eşitlenebilir olup olmadığını tartışırken m. 15’in kapsamını genişletecek şekilde, bir kişi hakkı olarak kültürel yaşama katılma hakkı ile bir topluluk hakkı niteliğindeki kültür hakkını uzlaştırmaya çalışmıştır.¹⁶⁷ Son tahlilde Komiteye göre, Sözleşme m. 15/1(a) hükmü, yani toplumun kültürel yaşamına katılma hakkı, artık azınlıkların ve azınlıklara mensup kişilerin ayrıca kendi kültürlerini koruma, tanıma ve geliştirme haklarını da içermektedir.¹⁶⁸ Dolayısıyla bu hükmün kültürel gelişimin kültürel

¹⁶² Stamatopoulou, “Right to Take Part in Cultural Life,” s. 3-4.

¹⁶³ Horvâth, “Cultural Identity and Legal Status,” s. 172.

¹⁶⁴ Donders, “From Controversy to Celebration,” s. 70.

¹⁶⁵ Jakubowski, *Cultural Rights as Collective Rights*, s. 4. Bu bağlamda, BM İnsan Hakları Konseyi ve onun kültürel haklara ilişkin bağımsız uzmanı dikkate değer bir rol oynamıştır. Human Rights Council, “Independent Expert in the Field of Cultural Rights: Resolution 10/23”, 26 March 2009, A/HRC/RES/10/23. Farida Shaheed, (2009–2012) Bağımsız Uzman ve (2012–2015) BM Özel Raportörü sıfatıyla kültürel haklar alanında, kültürel hakların çeşitli yönlerden işlevsel kılınmasını ele alan ve bu tür hakların daha fazla uygulanmasına ilişkin tavsiyeler sunan on tematik rapor yayınlamıştır. A/HRC/14/36, A/HRC/17/38, A/HRC/20/26, A/67/287, A/HRC/23/34, A/69/286, A/HRC/28/57, A/68/296, A/HRC/25/49; A/HRC/70/279.

¹⁶⁶ CESCR, *General Discussion on the Right to Take Part in Cultural Life as Recognized in Article 15 of the Covenant*, 1992, para. 9, E/C.12/1992/SR.17; Stamatopoulou, “Right to Take Part in Cultural Life,” s. 4.

¹⁶⁷ CESCR, *General Discussion on the Right to Take Part in Cultural Life as Recognized in Article 15 of the Covenant*, para. 7 Gerçekten de, kişiler, çeşitli kültürel topluluklarla özdeşleşir ve böylece kişisel kültürel kimliklerini şekillendirir. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity?* 2002, s. 29-32.

¹⁶⁸ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 32.

kimlikle ayrılmaz ilişkisi boyutuyla geniş anlamda kültürel kimlik hakkını da içerdiği çıkarımı yapılabilir.

Sözleşme (m. 13) kültürel yaşama katılma hakkının yanı sıra geniş anlamda kültürel kimlik hakkıyla ilişkili olarak eğitim ve öğrenim hakkını güvenceye almaktadır.¹⁶⁹ ESKHS (m. 13/1) herkesin eğitim hakkına sahip olduğunu, (m. 13/2(a)) ilköğretimin herkes için zorunlu ve parasız olacağını, ortaöğretimin ise herkes için açık ve ulaşılabilir olduğunu hükme bağlamaktadır. Eğitim ve öğrenim hakkı bir yönüyle kültürel kimlik hakkıyla ilişkilidir ve onu içerir. Çünkü kültürel kimlik hakkıyla kapsayıcı bir ilişkisi olan kültürel yaşama katılma hakkının, BM ESKHK'nin belirttiği gibi, kişi ve toplulukların değerlerini, dinlerini, geleneklerini, dillerini ve diğer kültürel referanslarını aktardıkları eğitim ve öğrenim hakkıyla özünde bağlantısı vardır.¹⁷⁰ Kısaca eğitim ve öğrenim birçok kültürel referans kümesinin sonraki kuşaklara aktarılmasında temel bir araçtır. Bu nedenle eğitim ile çocukların kültürel kimliklerinin gelişimi arasında yadsınamaz bir ilişki vardır. Kültürel kimlik hakkının kapsamına ilişkin olarak geniş bir yaklaşımı ilke edinen¹⁷¹ Komiteye göre eğitim, çocukların kişiliklerini ve kültürel kimliklerini geliştirmelerini ve ait oldukları toplulukların yanı sıra diğer topluluk ve toplumların kültürel değerlerini ve uygulamalarını öğrenmelerini ve anlamalarını sağlar.¹⁷² Bu amaçla değişen toplumların ve toplulukların ihtiyaçlarına uyum sağlanabilmesi ve öğrencilerin çeşitli sosyal ve kültürel ortamlarındaki ihtiyaçlarına cevap verebilmesi için eğitimin esnek olması gerekir.¹⁷³

¹⁶⁹ Francioni and Scheinin, *Cultural Human Rights*, s. 5.

¹⁷⁰ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 2.

¹⁷¹ Odello, "Indigenous Peoples' Rights," s. 31.

¹⁷² CESCR, *General Comment No. 21*, para. 26.

¹⁷³ CESCR, *General Comment No. 13: The Right to Education (Article 13 of the Covenant)*, 1999, para. 6(d), E/C.12/1999/10.

ESKHS (m. 1) halkların kendi kaderini tayin etme hakkının bir gereği olarak kültürel gelişimlerini serbestçe sürdürme hakkına atıf yapar. Dolayısıyla m. 1'den de geniş anlamda kültürel kimlik hakkına atıf yapıldığı çıkarımı yapılabilir. Son olarak yerli halkların özel durumu nedeniyle kültürel kimlik hakkının herhangi bir bilimsel, edebi veya sanatsal üretimden kaynaklanan manevi ve maddi çıkarların korunmasıyla ilişkisi kurulabilir.¹⁷⁴ Bu bağlamda ESKHK, ESKHS taraf devletlerine, bilimsel, edebi veya sanatsal üretimden kaynaklanan manevi ve maddi çıkarların korunması konusunda yerli halkların, genellikle kültürel miraslarının ve geleneksel bilgilerinin ifadesi olan üretimlerine ilişkin çıkarlarının etkili bir şekilde korunması için gerekli önlemleri almalarını tavsiye etmiştir.¹⁷⁵

d. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme

“Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme” (Irk Ayrımcılığı Sözleşmesi) kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımamaktadır. Sözleşme (m. 5/1(e)-vi) kültürel haklara ilişkin olarak kültürel faaliyetlere eşit katılma hakkına atıf yapar. Buna göre taraf devletlerin kanun önünde eşitliği güvenceye alma yükümlülüğünün gereği olarak herkes kültürel faaliyetlere eşit katılma hakkı sahiptir. Bu hüküm kültürel yaşama katılma hakkının eşitlik temelinde özel olarak düzenlenmiş biçimi olarak anlaşılabilir. Dolayısıyla Sözleşmenin geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerdiği çıkarımı yapılabilir.

¹⁷⁴ Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law*, s. 159.

¹⁷⁵ CESCR, *General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral And Material Interests Resulting from Any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He Or She Is the Author (Article 15, Paragraph 1 (C), of the Covenant)*, 2006, para. 32, E/C.12/GC/17.

e. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme (CEDAW)

“Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*)” (CEDAW) kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımaz. Sözleşme (m. 13/1(c)) kültürel haklara ilişkin olarak kadınların kültürel yaşama katılma hakkını özellikle düzenler. Dolayısıyla Sözleşme’nin geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerdiği çıkarımı yapılabilir.

Sözleşme’nin kadınlar özelinde kültürel kimlik hakkının anlam ve değeri, insan hakları veya temel hak ve özgürlükler rejiminde kendini gösterir. Zira tüm kültürel uygulamaların temel hak ve özgürlükler rejimiyle uyumlu olduğu söylenemez. Kültürün bazı zararlı tarafları, temel haklar açısından birçok şüpheli yönleri olan kültürel uygulamalar doğurabilir ve kişiler için baskı unsuru olabilir.¹⁷⁶ Kültürel kimliğin bir parçası olarak bazı uygulamalar, özellikle kadınların ve kız çocuklarının veya engellilerin haklarına zarar verebilir.¹⁷⁷ Temel haklar açısından şüpheli olan kültürel faaliyetler veya uygulamalar bazı temel haklardan yararlanmayı engelleyebilir. Diğer bir ifadeyle kültürel kimlik bu haklardan yararlanmayı sınırlayan zararlı uygulamalar için bir “sığınak” olarak kullanılabilir.¹⁷⁸ Bu nedenle “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi”, genel tavsiyelerinde kültürel kimlik hakkıyla ilişkilendirilebilecek uygulamalarla ilgili olumsuz sonuçları önlemek için birtakım önerilerde bulunmuştur. Komite öncelikle kadın sünnetiyle ilgili özel bir öneriyi kabul ederek devletleri kadın sağlığına zararlı bu ve benzer uygulamaları ortadan kaldırmaya davet etmiştir.¹⁷⁹ Komite

¹⁷⁶ Donders, “International Human Rights and Cultural Diversity,” s. 124, 127.

¹⁷⁷ Shaheed, “Foreword,” s. x.

¹⁷⁸ Donders, “International Human Rights and Cultural Diversity,” s. 135.

¹⁷⁹ Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *General Recommendation No. 14: Female Circumcision*, 1990; Donders, “International Human Rights and Cultural Diversity,” s. 136.

bir diğerk tavsiyesinde hamile kadınlar için diyet kısıtlamaları ile doğumlarda yalnızca erkek çocukların tercih edilmesini zararlı ve temel haklar rejimine aykırı uygulamalar olarak saptamış ve bu konuda devletleri gerekli önlemleri almaya çağırmıştır.¹⁸⁰ Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklere aykırı kültürel uygulamaların kültürel çeşitliliğin bir gereği olarak gerekçelendirilemeyeceği vurgulanmalıdır. Nitekim “Kültürel Çeşitlilik Evrensel Bildirgesi” (m. 4) ve “Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesine İlişkin Sözleşme” (m. 2) hiç kimsenin uluslararası hukuk tarafından güvence altına alınan temel hakları ihlal etmek ve kapsamını sınırlamak için kültürel çeşitliliğe başvuramayacağını açıkça belirtmiştir.

f. Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme

BM Genel Kurulu tarafından 1989 yılında kabul edilen Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme (ÇHS) kültürel kimlik hakkını doğrudan düzenleyen sözleşmelerden biridir. Sözleşme, başlangıç bölümünde çocuğun korunması ve uygun gelişimi için her halkın gelenekleri ve kültürel değerlerinin önemine dikkat çeker. Sözleşme (m. 29/1-c) çocuğun eğitimine ilişkin amaçların kapsamını belirlerken kültürel kimlik hakkını doğrudan güvence altına alır. Buna göre Sözleşme’ye taraf devletler,

“... çocuğun ana-babasına, kültürel kimliğine, dil ve değerlerine, yaşadığı veya geldiği menşee ülkenin ulusal değerlerine ve kendisinininkinden farklı uygarlıklara saygısının geliştirilmesini ...”

kabul eder. Sözleşme’nin kültürel kimlik hakkını doğrudan doğruya güvenceye almış olması, hakkın hukukça bağlayıcı belgeler yoluyla tanınmaya başlaması bakımından önemlidir. Çocuk Hakları Komitesi, Sözleşme m. 29’a ilişkin Genel Yorumunda çocuğun hakkı olan eğitim ve öğretimin tüm yönleriyle çocuk merkezli, çocuk dostu olmasına dikkat çekmekte ve eğitim süreçlerinin tam olarak ortaya konulan ilkelere (kültürel kimlik

¹⁸⁰ Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *General Recommendation No. 19: Violence Against Women*, 1992, paras. 20, 24.

hakkına) dayanması gerektiğinin altını çizmektedir.¹⁸¹ Sözleşme kapsamında kültürel kimlik hakkı, çocuk eğitim ve öğrenim süreçlerinin temel ilke ve unsurlarından biri olarak eğitim ve öğrenim hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Diğer bir ifadeyle eğitim ve öğrenim hakkı kültürel kimlik hakkını içeren bir temel hak olarak kabul edilmektedir. Sözleşme (m. 30) çocuğun geniş anlamda kültürel kimlik hakkını da kapsayan kendi kültüründen yararlanma hakkını güvenceye alır.

“Etnik, dinsel veya dilsel azınlıkların veya yerli halkların bulunduğu Devletlerde, böyle bir azınlığa mensup veya yerli olan bir çocuk, kendi grubunun diğer üyeleriyle birlikte kendi kültüründen yararlanma, kendi dini inancını uygulama veya kendi dilini kullanma hakkından mahrum bırakılamaz.”

Daha önce ifade edildiği gibi kendi kültüründen yararlanma hakkı, kültürel kimlik hakkını içerir bir kültürel hak olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla kültürel kimlik hakkı bağlamında kültürel haklar arasında bir geçişkenlik durumuna sıkça rastlamak mümkündür. Örneğin kültürel bir kıyafet kullanımı kültürel kimlik hakkı konusu olabilmektedir. Çocuk Hakları Komitesine göre, bir topluluğun kültürel yaşamına katılma çocukların aidiyet duygusunun, dolayısıyla kültürel kimliğinin önemli bir unsurunu meydana getirir. Buna göre çocuklar ailelerinin ve topluluklarının kültürel ve sanatsal yaşamını miras alır ve deneyimler ve bu süreçler boyunca kendi kimlik duygularını keşfedip şekillendirir.¹⁸² Ayrıca Sözleşme (m. 31/1) taraf devletlere,

“... çocuğun dinlenme, boş zamanını değerlendirme, oynama ve yaşına uygun eğlence etkinliklerinde bulunma ve kültürel ve sanatsal yaşama serbestçe katılma hakkını ...”

tanıma ödevi yükleyerek çocuğun, yine geniş anlamda kültürel kimlik hakkını kapsayan kültürel yaşama katılma hakkını açıkça güvenceye alır. Aynı madde, fıkra 2 devletlere,

¹⁸¹ CRC, *General Comment No. 1: The Aims of Education (Article 29/1)*, 2001, para. 2, CRC/GC/2001/1.

¹⁸² CRC, *General Comment No. 17*, para. 11.

kültürel yaşama katılma hakkına saygı duyma, onu tanıma, bu konuda uygun ve eşit fırsatları sağlama ödevi yükler.

“Taraflar Devletler, çocuğun kültürel ve sanatsal yaşama tam olarak katılma hakkına saygı duyar ve onu teşvik eder ve çocuklar için kültürel, sanatsal, eğlence ve boş zaman etkinlikleri için uygun ve eşit fırsatların sağlanmasını teşvik eder.”

ÇHS'nin birden fazla kültürel hakkı birlikte düzenlemiş olması dikkat çekicidir. Bunların dışında Sözleşme (m. 24/3) kültürel kimlikle ilişkilendirilebilecek zararlı uygulamaların ortadan kaldırılması için devletlere ödev ve sorumluluklar yükler.¹⁸³

“Taraflar Devletler, çocukların sağlığına zararlı geleneksel uygulamaları ortadan kaldırmak amacıyla tüm etkili ve uygun önlemleri alır.”

Bu bağlamda Çocuk Hakları Komitesine göre okul ortamında kültürel ve geleneksel kıyafet kullanımına getirilen kısıtlamalar gibi ayrımcı uygulamalardan kaçınılmalıdır.¹⁸⁴ Komite özel olarak yerli bir çocuğun kendi topluluğu dışında bir himayeye yerleştirilmesi halinde Taraf Devletin, çocuğun kültürel kimliğini korumak için özel önlemler alması gerektiğini belirtmiştir.¹⁸⁵ Komite Sözleşme m. 30'da öngörülen kültürel uygulamaların, Sözleşme'nin diğer hükümlerine uygun olarak gerçekleştirilmesi gerektiğinin ve hiçbir koşulda çocuğun onuru, sağlığı ve gelişimi için önyargı teşkil edecek şekilde gerekçelendirilemeyeceğinin altını çizerek¹⁸⁶ zararlı kültürel uygulamaların korunmayacağına karar vermiştir. Sonuç olarak Sözleşme, eğitim hakkıyla birlikte çocuğun kültürel kimlik hakkını doğrudan tanıdığı gibi dolaylı yollardan da kültürel kimlik hakkını güvenceye almakta ve hakkı koruyucu hükümler içermektedir.

¹⁸³ Donders, “From Controversy to Celebration,” s. 79.

¹⁸⁴ CRC, *General Comment No. 11: Indigenous Children and Their Rights Under the Convention*, 2009, para. 58, CRC/C/GC/11.

¹⁸⁵ CRC, *General Comment No. 11*, para. 48.

¹⁸⁶ CRC, *General Comment No. 11*, para. 25.

ÇHS kültürel kimlik hakkını doğrudan tanıdığından Çocuk Hakları Komitesi, özellikle hakkın öznelere bakımından kültürel kimlik hakkını somutlaştıran ve hakkın kapsamını belirleyen yorumlar geliştirmiştir. Çocuk Hakları Komitesi kültürel yaşama katılımın çocuklarda aidiyet duygusunu oluşturduğunu, dolayısıyla kültürel kimlik hakkının önemli bir unsurunu meydana getirdiğini belirtmiştir. Komiteye göre çocuklar, ailelerinin ve topluluklarının kültürel ve sanatsal yaşamını miras alır, deneyimler ve bu süreç boyunca kendi kimlik duygularını keşfedip şekillendirir.¹⁸⁷

Çocuk Hakları Komitesi, her ne kadar Sözleşme’de düzenlenmemiş olsa da yerli halklarla ilgili olarak yerli halkların kültürel haklarından yararlanmasını, yani geniş anlamda kültürel kimlik hakkını geleneksel toprak ve kaynakların kullanımı ile ilişkilendirmiştir.¹⁸⁸ Komite, topluluklarının geleneksel yaşam tarzını sürdürdüğü yerli çocuklar söz konusu olduğunda toprak kullanımının, onların gelişimi ve kültüründen yararlanmaları için büyük önem taşıdığını ifade etmiştir.¹⁸⁹ Komite, Irk Ayrımcılığı Komitesiyle birlikte, kültürel kimliğin zenginliği olarak farklı yerli kültürlerin, tarihlerin, dillerin ve yaşam biçimlerinin tanınması, onlara saygı duyulması ve onların korunması gerektiğini belirtmiştir.¹⁹⁰ Çocuk Hakları Komitesine göre çocuğun üstün yararı ilkesi gereği, bir çocukla ilgili tüm kararlarda çocuğun kültürel kimliğinin öncelikle dikkate alınması gerekir.¹⁹¹ Öte yandan Komite, yerli çocukların yaşam hakkı ile kültürel kimlikleri arasında bağlantı kurarken devletlere, çocukların yaşam ve gelişme haklarını mümkün olan en üst düzeyde güvence altına alma ödevi yüklemiştir. Bu bağlamda

¹⁸⁷ CRC, *General Comment No. 17*, para. 11.

¹⁸⁸ CRC, *General Comment No. 11*, para. 16.

¹⁸⁹ CRC, *General Comment No. 11*, para. 35.

¹⁹⁰ CRC, *General Comment No. 11*, para. 18.

¹⁹¹ Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law*, s. 162.

geleneksel toprak mülkiyetinin kültürel öneminin ve doğal çevrenin niteliğinin yakından izlenilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁹²

g. Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme

“Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme” (Göçmen İşçileri Sözleşmesi), göçmen işçilerin ve aile fertlerinin kişisel, siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel haklarının korunmasını amaçlayan en kapsamlı uluslararası sözleşmedir.¹⁹³ Sözleşme göçmen işçilerin kültürel kimlik hakkını doğrudan doğruya tanımaktadır. Sözleşme (m. 17/1) göçmen işçilerin ve aile fertlerinin kültürel kimlik hakkını devletin ödevi kapsamında güvenceye almaktadır.

“Özgürlüklerinden mahrum kalan göçmen işçiler ve aile fertlerine temel insan haysiyeti ve kültürel kimlikleri bakımından saygılı ve insanca muamele yapılacaktır.”

Yine m. 31/1 sözleşmeye Taraf Devletlere kültürel kimlik hakkına saygı gösterme yükümlülüğü getirmektedir.

“Taraf Devletler göçmen işçilerin ve aile fertlerinin kültürel kimliklerine saygı gösterilmesini sağlayacaklardır.”

Sözleşme'nin göçmen işçilerin ve aile fertlerinin kültürel kimlik hakkını doğrudan ve açıkça tanıması özellikle hakkın güvenceye alınması bakımından önemlidir.

Sözleşme, m. 43/1(g) hükmüyle göçmen işçilerin kendi kültüründen yararlanma ve kültürel yaşama katılmada istihdam devleti vatandaşlarıyla eşit muamele göreceğini

¹⁹² CRC, *General Comment No. 11*, para. 35.

¹⁹³ Jan Niessen, “Migrant Workers,” in *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, ed. Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, vol. 2nd Edition (Dordrecht / Boston / London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), s. 391.

kaydederek kendi kültüründen yararlanma ve kültürel yaşama katılma haklarını tanır.¹⁹⁴

Dolayısıyla geniş anlamda da kültürel kimlik hakkını güvenceye alır.

Sözleşme (m. 45/3) göçmen işçilerin çocuklarının anadillerini ve kültürlerini öğrenebilmeleri konusunda devletlere kolaylaştırma yükümlülüğünü getirmektedir. “Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Komitesi” (Göçmen İşçileri Komitesi) eğitim hakkını yorumlarken ÇHS m. 29/1(c) bendini (kültürel kimlik hakkı), Sözleşme m. 31/1 (kişinin kültürel kimliğine saygı gösterilmesi hakkı) ve Sözleşme m. 45 (göçmen işçilerin çocuklarının anadillerini ve kültürlerini öğrenebilmeleri) hükmü ile birlikte değerlendirerek kültürel kimlik, anadili ve eğitim haklarının bütünleşik ilişkisine işaret etmektedir.¹⁹⁵ Sözleşme (m. 40) Göçmen işçiler ve aile fertlerinin

“İstihdam edildikleri Devlette ekonomik, sosyal, kültürel ve diğer çıkarlarını geliştirmek ve korumak üzere dernekler ve sendikalar kurma hakkına sahip...”

olduğunu belirtir. Dolayısıyla geniş anlamda kültürel kimlik hakkı olarak da değerlendirilen dernek kurma özgürlüğünü kültürel haklar ile ilişkilendirerek güvence altına alır. O halde Sözleşme’nin dernek kurma özgürlüğü bakımından da geniş anlamda kültürel kimlik hakkını tanıdığı çıkarımı yapılabilir.

h. Ulusal veya Etnik, Dinsel veya Dilsel Azınlıklara Mensup Olan Kişilerin Haklarına İlişkin Bildirge

“Ulusal veya Etnik, Dinsel veya Dilsel Azınlıklara Mensup Olan Kişilerin Haklarına İlişkin Bildirge” (Azınlık Hakları Bildirgesi) her şeyden önce, kültürel kimlik

¹⁹⁴ Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 43/1 “Göçmen işçiler aşağıda belirtilen hususlara ilişkin olarak İstihdam Devletinin vatandaşlarıyla eşit muamele görürler: (g) Kültürel yaşamdan yararlanmada ve yaşama katılımında.”

¹⁹⁵ CMW, CMW General Comment No. 2: On the Rights of Migrant Workers in an Irregular Situation and Members of Their Families, 2013, para. 78, CMW/C/GC/2.

hakkını güvence altına alır. Bildirge kültürel kimlik hakkının yanı sıra başka kültürel hakları da güvenceye almaktadır. Bu yönüyle zengin bir hukuksal metin olduğu söylenebilir. Bildirge (m. 1) kültürel kimlik hakkını doğrudan açıkça tanıır.

“Devletler, kendi topraklarındaki azınlıkların varlığını ve ulusal veya etnik, kültürel, dinsel ve dilsel kimliklerini korur ve bu kimliklerin geliştirilmesi için koşulları teşvik eder.”

Bu hükmün kültürel hakları düzenleyen ilk belgelerden temel farkı kültürel kimlik hakkına yapılan kolektif vurgudur. Bildirge, devletlerin ödevi kapsamında azınlıkların kültürel kimlik hakkını güvenceye alır. Bildirge (m. 2/1) de dolaylı olarak kültürel kimlik hakkını tanıır.

“Ulusal veya etnik, dinsel ve dilsel azınlıklara mensup kişiler serbestçe ve herhangi bir müdahale veya ayrımcılık olmaksızın özel ve kamusal alanda kendi kültürlerini yaşama ... hakkına sahiptir.”

Bu hüküm dolaylı yoldan kültürel kimlik hakkını tanıırken hem ayrımcılık yasağı getirir hem de özel ve kamusal alanda güvenceler sağlar. Yine m. 2/2 kültürel yaşama katılma hakkını tanıır.

“Azınlıklara mensup kişiler, kültürel, dinsel, sosyal, ekonomik ve kamusal yaşama etkin bir şekilde katılma hakkına sahiptir.”

Dolayısıyla Bildirge, geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerir.

i. Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme

“Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme” kültürel kimlik hakkını doğrudan düzenleyen uluslararası sözleşmelerden biridir. Sözleşme (m. 30/4) Engelli kişilerin

“... işaret dilleri ve işitme engelliler kültürü de dahil olmak üzere, diğerleriyle eşit koşullar altında, kendi kültürel ve dilsel kimliklerinin tanınması ve desteklenmesi hakkına sahip ...”

olduğunu belirterek kültürel kimlik hakkını doğrudan güvenceye alır. Aynı madde fıkra 1, Taraf Devletlere engelli kişilerin diğerleriyle eşit bir şekilde kültürel yaşama katılma

hakkını tanıma ödevi yükler. Dolayısıyla kültürel kimlik hakkı bu hükümle birlikte geniş anlamda da güvenceye alma olanağı bulur.

Sözleşme devletlerin her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırma görevine halel getirmeksizin engelli kişiler, kadınlar, lezbiyen, gey, yerli halklar ve yoksulluk içinde yaşayan kişiler gibi sistemik ayrımcılığa maruz kalmış gruplara özel bir dikkat çekmektedir.¹⁹⁶ Burada engelli kişilerin kültürel kimlik hakkı, diğerleriyle eşit koşullar altında olmak üzere, yani ayrımcılığa maruz kalmamak koşuluyla güvenceye alınmak istenmiştir.

Engelli Kişilerin Hakları Komitesi, Taraf Devletlere, Engelli Haklarına İlişkin Sözleşme m. 30/4 uyarınca, eşitliğin, engelli kişilerin işaret dili ve sağır kültürü de dâhil olmak üzere kültürel kimliğinin diğerleri ile birlikte eşit koşullarda tanınması ve desteklenmesi hakkı olduğunu belirtmiştir.¹⁹⁷ Yani Komite kültürel kimlik hakkını eşitlik ilkesiyle beraber değerlendirilerek yorumlamıştır.

Engelli Kişilerin Hakları Komitesi bazı güçlüklerin de farkında olarak engellilerin diğerleriyle eşit bir şekilde kültürel yaşama katılma hakkı kapsamında ulusal mirasın bir parçası olan kültürel ve tarihsel anıtlara erişiminin sağlanmasını gerekli görmüştür. Komite ulusal düzeyde kültürel öneme sahip birçok anıt ve sit alanının, kültürel ve tarihsel kimlikleri koruyacak şekilde erişilebilir hâle getirilmesine vurgu yapmıştır.¹⁹⁸ Komite diğerlerinden farklı olarak (eğitim ve öğrenim hakkı, toprak özelinde mülkiyet hakkında görüldüğü gibi) ulusal düzeyde kültürel öneme sahip anıt ve sit alanlarını kültürel kimlik hakkı kapsamında ele almıştır. Sözleşme'ye ilişkin Genel Yorumunda¹⁹⁹ Komite, kültürel öneme sahip olan anıt ve sit alanlarının korumasını kültürel kimlik

¹⁹⁶ CESCR, *General Comment No. 25*, para. 28.

¹⁹⁷ CRPD, *General Comment No. 4: On the Right to Inclusive Education*, 2016, para. 35/b, CRPD/C/GC/4.

¹⁹⁸ CRPD, *General Comment No. 2: (Accessibility) Article 9*, 2014, para. 44, CRPD/C/GC/2.

¹⁹⁹ CRPD, *General Comment No. 2*.

hakkıyla beraber değerlendirmiştir. Burada Komitenin kültürel mirası kültürel kimlik hakkı kapsamında ele aldığı sonucu ortaya çıkar ki, bu da hakkın çerçevesini somutlaştırır. Dolayısıyla somut kültürel miras şu durumda kültürel kimlik hakkından bağımsız olmayan bir hak olarak anlaşılır. Diğer bir ifadeyle somut kültürel miras da kültürel kimlik hakkının konusu olur. Bu yönüyle Engelli Kişilerin Hakları Komitesi kültürel kimlik hakkına yeni bir boyut katmaktadır.

Komite aynı Genel Yorumunda engellilerin yaratıcı, sanatsal ve entelektüel potansiyellerini geliştirmeleri ve kullanmaları için fırsatların sağlanması amacıyla eğitim alanında uygun önlemlerin alınması ve bu önlemlerin de onların kültürel kimliklerinin güvence altına alınmasına hizmet etmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁰⁰ Dolayısıyla Komite, eğitim hakkıyla kültürel kimlik hakkı arasında doğrudan bir ilişki kurmaktadır. Öte yandan Komiteye göre, tüm engelli kişiler ait oldukları kültürlerini seçmede özgür olmalıdır.²⁰¹ Komite aidiyet duygusu üzerinden kültürel kimlik hakkının tanımlamakta ve hakkın serbestçe seçilebileceğine vurgu yapmaktadır.

j. Yerli Halkların Hakları Bildirgesi

BM Genel Kurulu tarafından 13 Eylül 2007’de kabul edilen “Yerli Halkların Hakları Bildirgesi (*United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*)” (YHHB) kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımaz. On yedisi kültürel haklarla ilgili olmak üzere kırk altı madde içeren Bildirge, hukuksal olarak bağlayıcı olmamasına rağmen yerli halkların kültürel haklarının tanınması açısından önemli bir belge olarak değerlendirilmektedir.²⁰² Kültürel kimlik hakkı bakımından yerli halkların hakları

²⁰⁰ CRPD, *General Comment No. 2*, para. 56.

²⁰¹ CRPD, *General Comment No. 5: On Living Independently and Being Included in the Community*, 2017, para. 22, CRPD/C/GC/5.

²⁰² Federico Lenzerini, “Indigenous Peoples’ Cultural Rights and the Controversy over Commercial Use of Their Traditional Knowledge,” in *Cultural Human Rights*, ed. Francesco Francioni and Martin Scheinin (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), s. 128.

önemlidir. Zira halihazırda tartışılan yerli halkların hakları kültürel kimlik hakkına esas teşkil etmektedir.²⁰³ Yerli halkların temel hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesi talebi uluslararası hukuktaki değişimin itici güçlerinden biri olmuştur.²⁰⁴ Bildirge (m. 3) yerli halkların kendi kaderini tayin etme hakkını ilan eder ve bu hak sayesinde siyasal statülerini özgürce belirleyebileceğini ve ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmelerini özgürce sürdürebileceğini belirtir.

“Yerli halkların kendi kaderini tayin hakkı vardır. Bu hak sayesinde (yerli halklar) siyasal statülerini özgürce belirler ve ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmelerini özgürce sürdürürler.”

Dolayısıyla Bildirge (m. 3) geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerir. Zira bu hüküm kültürel kimliğin bir konusu/unsuru olan kültürel gelişime doğrudan atıf yapar. Öte yandan BM Özel Raportörü Jose Martinez Cobo'nun belirttiği gibi, kendi kaderini tayin etme hakkı yerli halkların kendi kültürel kimliklerini koruyabilmeleri, geliştirebilmeleri ve gelecek nesillere aktarabilmeleri için temel bir ön koşuldur. Kendi kaderini tayin etme yerli halkların kültürel geleneklerinin sürdürülmesine katkıda bulunan kültürel miraslarının doğal bir parçasıdır.²⁰⁵ Dolayısıyla kendi kaderini tayin etme hakkıyla kültürel gelişimi düzenleyen bu hükümden kültürel kimlik hakkı çıkarımı yapılabilir.

Bildirge (m. 5) yerli halkların kültürel haklarına ilişkin olarak kültürel yaşama katılma hakkı yoluyla geniş anlamda kültürel kimlik hakkını güvenceye alır.

²⁰³ Marks, “Defining Cultural Rights,” s. 303.

²⁰⁴ Matthias Åhrén, “Protecting Peoples’ Cultural Rights: A Question of Properly Understanding the Notion of States and Nations?,” in *Cultural Human Rights*, ed. Francesco Francioni and Martin Scheinin (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), s. 102.

²⁰⁵ Jose R. Martinez Cobo, *Study of Problem Discrimination against Indigenous Populations* (New York, 1997), E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4.

“Yerli halklar, istedikleri takdirde, devletin ekonomik, sosyal ve kültürel yaşamında tam olarak yer alma haklarını saklı tutmakla birlikte kendilerine özgü siyasal, hukuksal, ekonomik, sosyal ve kültürel kurumları muhafaza etme ve güçlendirme hakkına sahiptir.”

Ayrıca aynı hüküm kültürel kimliğin korunması ve sürdürülmesi bakımından önem arz edebilecek kültürel kurumları koruma ve güçlendirme hakkını da güvenceye alır.

Bildirge (m. 8/1) yerli halkların kültürel asimilasyona maruz kalmama hakkına atıf yapar. Bu hükmün kültürel kimlik hakkıyla ilişkisi kurulabilir. Zira asimilasyonun, kültürel kimliğin korunması, sürdürülmesi ve geliştirilmesine zarar vermenin ötesinde doğrudan doğruya kültürel kimliği ortadan kaldırma tehlikesi vardır. Aynı madde fıkra 2(b) yerli halkların topraklarından, yurtlarından veya doğal kaynaklarından yoksun bırakılmaması için devletlere ödev ve sorumluluklar yükler.

Toprak kullanımı ve diğer doğal kaynakların kültürel kimlik hakkıyla, yani mülkiyet hakkıyla yakından ilişkisi vardır. Zira İHK, kültürel hakların kullanılmasıyla ilgili olarak kültürün, özellikle yerli halklar²⁰⁶ söz konusu olduğunda, toprak, su gibi kaynakların kullanımıyla bağlantılı belirli bir yaşam tarzı da dahil olmak üzere birçok biçimde kendini gösterdiğini gözlemlemektedir.²⁰⁷ Dolayısıyla toprak, su ve diğer kaynaklara ilişkin hakların kullanımı yerli halklar açısından tek boyutlu düşünülemez. Örneğin toprak mülkiyeti yerli halklar için ekonomik, sosyal ve kültürel bileşenleri olan bir değerdir. Toprak mülkiyeti veya yerli halkların toprak hakları, balıkçılık veya avcılık

²⁰⁶ Birleşmiş Milletler Özel Raportörü Jose Martinez Cobo'ya göre göre, yerli topluluklar, halklar ve uluslar, kendi topraklarında gelişen işgal ve sömürgecilik öncesi toplumlarla tarihsel bir sürekliliğe sahip olduklarından kendilerini o topraklarda veya bunların bazı kısımlarında hüküm süren toplumların diğer kesimlerinden farklı gören topluluklardır. Yerli halklar toplumun baskın olmayan kesimlerini oluşturmaktadırlar. Onlar kendi kültürel kalıplarına, sosyal kurumlarına ve hukuk sistemlerine uygun bir şekilde devam eden varlıklarının temeli olarak atalarının topraklarını ve etnik kimliklerini korumaya, geliştirmeye ve gelecek nesillere aktarmaya kararlı topluluklardır. Martinez Cobo, *Study of Problem Discrimination*, s. 29, par. 379.

²⁰⁷ HCR, *CCPR General Comment No. 23*, para. 7.

gibi geleneksel ve kültürel faaliyetleri de içerebilir.²⁰⁸ ESKHK de benzer şekilde azınlıkların ve yerli halkların kendi topraklarını ve diğer kaynaklarını kontrol etmesini ve kendi geleneklerine uygun yaşam standartlarını güvenceye almasını kültürel kimlik hakkı kapsamında değerlendirmektedir.²⁰⁹

Bildirge (m. 11/1) kültürel yaşam ve kültürel gelişim hakkını güvenceye alır.²¹⁰

Dolayısıyla geniş anlamda kültürel kimlik hakkı bu kapsama girer.

“Yerli halklar kendi kültürel gelenek ve göreneklerini yaşama ve teşvik etme hakkına sahiptir. Bu, arkeolojik ve tarihi alanlar, eserler, tasarımlar, törenler, teknolojiler ve görsel ve performans sanatları ve edebiyat gibi kültürlerinin geçmiş, şimdiki ve gelecekteki tezahürlerini sürdürme, koruma ve geliştirme hakkını içerir.”

Bildirge m. 14/1 de geniş anlamda kültürel kimlik hakkını tanıır. Zira kültürel kimlik hakkını da kapsayan eğitim ve öğrenim hakkı burada doğrudan kültürel unsurlarla birlikte güvence altına alınmıştır.

“Yerli halklar kültürel eğitim ve öğrenim yöntemlerine uygun bir şekilde, kendi dillerinde eğitim veren kurumları ve eğitim sistemlerini kurma ve kontrol etme hakkına sahiptir.”

Son olarak Bildirge (m. 31) yerli halkların diğer birçok hakla birlikte kültürel miras hakkına sahip olduğunu belirtir. Bu hükmün, kültürel miras yönüyle kültürel kimlik

²⁰⁸ HCR, *CCPR General Comment No. 23*, para. 7.

²⁰⁹ CESCR, *General Comment No. 26*, para. 10 İnsan Hakları Komitesi, yerli halklara üye kişiler tarafından yapılan başvurularda balıkçılık, avcılık, ren geyiği yetiştirme gibi faaliyetlerin eş zamanlı olarak ekonomik, sosyal ve kültürel sonuçlarını tespit etmekte ve birden çok hak bakımından ihlal kararı verebilmektedir. HCR, *Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No. 167/1984, 26.03.1990; HCR, *Ivan Kitok v. Sweden*; HCR, *Länsman et al v Finland*, Communication No. 511/1992, 08.11.1994, CCPR/C/52/D/511/1992 Komite bu vakalarda toprak ve doğal kaynakların kullanımı veya hayvan yetiştiriciliği gibi konularda ekonomik hakların yanı sıra yaşam tarzı, kültürel gelişim hakkı, (geniş anlamda) kültürel kimlik hakkı yönlerinden de ihlal kararı vermiştir.

²¹⁰ Anne-Christine Bloch, “Minorities and Indigenous Peoples,” in *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, ed. Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, 2nd Edition (Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), s. 383.

hakkını dolaylı olarak içerdiği savunulabilir. Zira kültürel miras, miraslarıyla maddi ilişkiden çok manevi bir ilişki kuran çoğu yerli halkın kültürel kimliğinin önemli bir yönünü temsil eder. Dolayısıyla kültürel miras daha çok yerli halkların kültürel kimliğinin korunması ve gelecek nesillere aktarılmasının bir aracı olarak görülebilir.²¹¹ Kültürel mirasın kaybı bir halkın kendine özgü kimliğinin gelecek kuşaklara aktarımını engeller.²¹² Bu yüzden m. 31'in aynı zamanda geniş anlamda dolaylı olarak kültürel kimlik hakkını içerdiği çıkarımı yapılabilir.

k. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Yerli ve Kabile Halklarına İlişkin 169 Sayılı Sözleşmesi

“Uluslararası Çalışma Örgütü (*International Labor Organization*)” (ILO), “Yerli ve Kabile Halklarına İlişkin 169 Sayılı ILO Sözleşmesi (*ILO Convention No. 169 Indigenous and Tribal People Convention*)”, Örgütün Uluslararası Çalışma Konferansı tarafından 7 Haziran 1989’da kabul edilen uluslararası bir sözleşmedir. Sözleşme, yerli halkların farklı kültürel varlıklar olarak mevcudiyetlerini sürdürebilmeleri için kültürlerini ve yaşam biçimlerini korumayı amaçlar.²¹³ Sözleşme, yerli halkların ve kabile halklarının kültürlerine ve yaşam tarzlarına saygıya dayanır ve onların toprak ve doğal kaynaklar üzerindeki haklarını ve kalkınma için kendi önceliklerini belirleme haklarını tanıır. Diğer bir ifadeyle Yerli ve Kabile Halklarına İlişkin Sözleşme, yerli halkların topraklarına bağladıkları kültürel ve manevi değerlerin tanınmasına dayanır.²¹⁴ 1992 BM Azınlık Hakları Bildirgesinden farklı olarak 169 Sayılı ILO Sözleşmesi, yerli ve kabile halklarının kültürel kimliklerini koruma ve geliştirme konusunda topluluk haklarını kabul

²¹¹ Lenzerini, “Cultural Identity,” s. 127-128.

²¹² Lenzerini, “Cultural Identity,” s. 129.

²¹³ Âhrén, “Protecting Peoples’ Cultural Rights,” s. 103.

²¹⁴ International Labor Office, *Understanding the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169)* (Genova, 2013), s. 1, 21.

eder.²¹⁵ 169 Sayılı Sözleşme'nin ana teması, yerli halkların yaşadıkları ülkelerde kendi kurumları, yaşam biçimleri ve ekonomik kalkınmaları üzerinde kontrol sahibi olma ve kimliklerini, dillerini ve dinlerini koruma ve geliştirmedir. Sözleşme, yerli toplulukların ve kültürlerin önem ve değerini teyit eder.²¹⁶ 169 Sayılı ILO Sözleşmesi (m. 2/2(b)) devletlere, ilgili halkların

“... sosyal ve kültürel kimliklerine, gelenek ve göreneklerine ve kurumlarına saygı duyarak bu halkların sosyal, ekonomik ve kültürel haklarının tam olarak gerçekleştirilmesini teşvik ...”

etme ödevi yükler. Dolayısıyla Sözleşme yerli halkların ve kabile halklarının kültürel kimlik hakkını açıkça güvenceye alır.

Sözleşme, ILO uygulama mekanizmalarıyla birlikte yerli halklar ve çeşitli devletler arasında yerli kimliğini koruyan ve kültürel hakları garanti altına alan son anlaşmaların yapılmasında önemli bir etken olması yönüyle ayrı bir öneme sahiptir.²¹⁷ Sözleşme (m. 2) bir yönüyle sosyal gerçeklikte de ayrımcılığı engellemek için özel önlemlerin alınması gerektiğini teyit etmekte ve yerli kültür ve kimliğe yönelik özel bir duyarlılığın gerekliliğini vurgulamaktadır.²¹⁸ Sözleşme (m. 5/1(a)) geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerir.

“Bu halkların sosyal, kültürel, dinsel ve manevi değerleri ve uygulamaları tanınacak ve korunacak ve hem grup hem de birey olarak karşılaştıkları sorunların doğası gereğince dikkate alınacaktır.”

Sözleşme (m. 22/3) kültürel kimlik hakkıyla ilişkili olarak herhangi bir özel eğitim programının ilgili halkların kültürel koşullarına ve pratik ihtiyaçlarına dayalı olmasını güvenceye alır. Sonuç olarak kültürel kimlik hakkının hukuksal olarak bağlayıcı niteliğe

²¹⁵ Vrdoljak, “Self-Determination and Cultural Rights,” s. 73.

²¹⁶ S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2000), s. 47-49.

²¹⁷ Vrdoljak, “Self-Determination and Cultural Rights,” s. 73.

²¹⁸ Bloch, “Minorities and Indigenous Peoples,” s. 383.

sahip olan bir belgeyle, yani uluslararası bir sözleşmeyle açıkça tanınması başlı başına önemli bir gelişmedir. Öte yandan Sözleşme'nin kişi toplulukları olarak yerli ve kabile halklarının kültürel kimliklerini koruma ve geliştirme konusunda topluluk haklarını kabul etmesi önemli bir yeniliktir.

I. Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO) Belgeleri

“Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*)” (UNESCO) kültürel kimlik hakkının hukuk metinlerine girmesine öncülük eden uluslararası mekanizmaların belki de en başında gelmektedir. UNESCO yıllar boyunca kültürel kimlik hakkını aktif olarak desteklemiştir.²¹⁹ Nitekim 1982’de “Kültürel Politikalara İlişkin Mexico City Bildirgesi” (*Mexico City Declaration on Cultural Policies*) ile kültürel kimlik hakkını doğrudan ilan etmiştir. Kültürel kimlik hakkıyla doğrudan bağlantılı olan biraz daha geçmiş tarihli üç UNESCO belgesi, 1966 tarihli “Uluslararası Kültürel İş Birliği İlkeleri Bildirgesi”, 1976 tarihli “Geniş Halk Kitlelerinin Kültürel Yaşama Katılımına ve Katkılarına İlişkin Tavsiye Kararı” ve 1978 tarihli “İrk ve İrsal Önyargılar Bildirgesi”dir. Öte yandan 2001 tarihli “Kültürel Çeşitliliğe İlişkin Evrensel Bildirge” ve Genel Konferans tarafından Ekim 2005’te kabul edilen UNESCO “Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesine İlişkin Sözleşme” kültürel kimlik hakkını güvenceye alan iki yeni belgedir.

i. Uluslararası Kültürel İş Birliği İlkeleri Bildirgesi

UNESCO’nun, kuruluşunun yirminci yıl dönümünde 1966 yılında kabul edilen “Uluslararası Kültürel İş Birliği İlkeleri Bildirgesi (*Declaration of Principles of*

²¹⁹ Donders, “A Right to Cultural Identity in UNESCO,” s. 325.

International Cultural Co-operation)” kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımamaktadır. Bildirge, esas olarak kültür alanındaki uluslararası iş birliğini ele almakta ve kültürel kimliğe doğrudan açık bir gönderme içermemektedir. Ancak kültürel kimlik hakkıyla ilgili olarak önemli unsurlardan kültürlerin eşitliği ve kültürel farklılıkların değeri Bildirge’nin ilk maddesinde teyit edilmiştir.²²⁰ Bildirge (m. 1/1 ve 3) kültürel kimliğin önemli unsurlarını ele alır.

“Her kültürün saygı duyulması ve korunması gereken bir onuru ve değeri vardır.

Zengin çeşitliliği ve farklılıklarıyla ... bütün kültürler, tüm insanlığa ait ortak mirasın bir parçasını oluşturur.”

Diğer taraftan Bildirge (m. 1/2) kendi kültürünü geliştirme hakkını açıkça tanır.

“Her halkın kendi kültürünü geliştirme hakkı ve görevi vardır.”

Dolayısıyla Bildirge’nin geniş anlamda kültürel kimlik hakkını güvence altına aldığı ifade edilebilir. Zira kültürel kimlik hakkı, kültürel bir topluluğun kendi kültürünü sürdürme ve geliştirme hakkını içerir.²²¹ Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Komitenin belirttiği gibi kültürel kimlik hakkı, dil, dinsel ifade ve örgütlenme biçiminin yanı sıra halkların kültürlerini koruma, sürdürme ve geliştirme hakkıdır.²²²

Uluslararası Kültürel İş Birliği İlkeleri Bildirgesi’ndeki bu düzenlemenin özel bir anlamı vardır. Bugüne kadar kültürel haklar konusunda ulusal (genel) kültüre katılma şeklindeki düzenleme yöntemine²²³ bu Bildirge aracılığıyla belirli kültürlere veya

²²⁰ Donders, “A Right to Cultural Identity in UNESCO,” s. 325.

²²¹ Burgers, “The Right to Cultural Identity,” s. 252.

²²² CERD, *General Recommendation No. 34*, para. 4(b).

²²³ Bkz. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokol m.14. Tersine bir düzenleme için de Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi m. 17/2 örnek verilebilir.

farklılığa odaklanan yaklaşım da eklenmiştir.²²⁴ Diğer bir ifadeyle kültürün demokratikleşmesiyle birlikte azınlıklar ve yerli halklar da farklılık temelli yaklaşımda kültürel hakların konusu olmuştur. Bildirge ile birlikte kültürel haklara yönelik daha özel yaklaşım bundan sonraki süreçte hızlanmıştır.²²⁵ Öte yandan Bildirge (m. 18) kültürel kimliğe bir gönderme daha yapmaktadır. Gelişmekte olan ülkelerin kültürlerine, kültürel kimliklerine duyulan saygının bir işareti olarak dikkat çekilmektedir. Bu hükümlerle gelişmekte olan ülkelerin sömürgeleştirmeden kurtulmalarında kültürel kimliğin önemi vurgulanmaktadır.²²⁶

ii. Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına İlişkin Sözleşme

UNESCO tarafından 16 Kasım 1972 tarihinde kabul edilen “Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına İlişkin Sözleşme (*Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage*)” kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımaz. Fakat Sözleşme, kültürel kimlik hakkıyla neredeyse ayrılmaz nitelikteki kültürel mirası güvenceye alır. Kültürel miras, miraslarıyla maddi olmaktan çok manevi bir ilişki kuran çoğu toplumların kültürel kimliğinin önemli bir parçasını temsil eder. Bütüncül bakış açısı göz önüne alındığında yerli halklar gibi toplumların yaşam anlayışını karakterize eden kültürel miras, bu halkların ayırt edici kimliklerini tanımlar.²²⁷ Bu bağlamda Sözleşme’ye göre anıtlar ve sitler kültürel miras sayılırlar.²²⁸ Gerçekten de ikili arasında,

²²⁴ Horvâth, “Cultural Identity and Legal Status,” s. 173 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kültürel Çeşitlilik Bildirgesi de belirli kültür ve farklılık temalarını içeren bir diğer belgedir.

²²⁵ Horvâth, “Cultural Identity and Legal Status,” s. 173.

²²⁶ Donders, “A Right to Cultural Identity in UNESCO,” s. 329.

²²⁷ Lenzerini, “Cultural Identity,” s. 128.

²²⁸ Sözleşme m. 1, “Bu sözleşmenin amaçları bakımından aşağıdakiler “kültürel miras” sayılacaktır: Anıtlar: Tarih, sanat veya bilim açısından istisnâ evrensel değerdeki mimari eserler, heykel ve resim alanındaki şaheserler, arkeolojik nitelikte eleman veya yapılar, kitabeler, mağaralar ve eleman birleşimleri.

yani kültürel mirasla kültürel kimlik arasında çok yakın bir ilişki vardır. Zira Engelli Kişilerin Hakları Komitesinin belirttiği üzere, kültürel anıt ve sit alanları tarihsel kimliğin yanı sıra kültürel kimliğin bir parçasıdır.²²⁹ Dolayısıyla Komitenin kültürel kabul edilen anıt ve sit alanlarının korunmasını, kültürel kimlik hakkının bir parçası olarak değerlendirmesinden hareketle Sözleşme'nin geniş anlamda, devlete sorumluluk yüklemeye biçiminde de olsa kültürel kimlik hakkına atıf yaptığı savunulabilir. Sözleşme (m. 5) kültürel mirasın korunması amacıyla taraf olan her devlete topraklarındaki kültürel mirasın korunması ve teşhiri için mümkün olduğunca her ülkenin kendi koşullarına uygun biçimde, etkili ve faal önlemleri alma yükümlülüğü yükler.

iii. Geniş Halk Kitlelerinin Kültürel Yaşama Katılma ve Katkılarına İlişkin Tavsiye Kararı

“Geniş Halk Kitlelerinin Kültürel Yaşama Katılma ve Katkılarına İlişkin Tavsiye Kararı (*Recommendation on Participation by the People at Large in Cultural Life and their Contribution to It*)” temel olarak kültürel yaşama katılma hakkını ele alırken özellikle ulusal ve yabancı azınlıkların kültürel kimlik hakkını da doğrudan doğruya güvence altına alır. Tavsiye Kararı'nın kabulü, 1952'de Genel Konferans'ın Genel Direktöre temel haklarının pratikte uygulanması konusunda bir uzmanlar toplantısı düzenleme yetkisi vermesiyle başlayan uzun bir sürecin sonucunda gerçekleşmiştir.²³⁰ Tavsiye Kararı'nın önemli bir özelliği kültürel erişim ve katılma hakkı gibi kültürel haklar konusunda ESKHS'ye kaynaklık etmiş olmasıdır.²³¹ Tavsiye Kararı m. 4/1(f) hükmü

Yapı toplulukları: Mimarileri, uyumlulukları veya arazi üzerindeki yerleri nedeniyle tarih, sanat veya bilim açısından istisnâ evrensel değere sahip ayrı veya birleşik yapı toplulukları.

Sitler: Tarihsel, estetik, etnolojik veya antropolojik bakımlardan istisnâ evrensel değeri olan insan ürünü eserler veya doğa ve insanın ortak eserleri ve arkeolojik siteleri kapsayan alanlar.”

²²⁹ CRPD, *General Comment No. 2*, para. 44.

²³⁰ UNESCO, *General Conference, 6th Session, 1952, Resolution IV*, s. 52.

²³¹ Bkz. Marks, “Defining Cultural Rights,” s. 304.

“Ulusal azınlıkların ve varsa yabancı azınlıkların kültürleri de dahil olmak üzere kültürel eşitliğin tüm insanlığın ortak mirasının bir parçası olarak tanınmasını garanti eder ve bunların ayırım gözetilmeksizin her düzeyde teşvik edilmesini ...”

güvence altına alır. Aynı hüküm devamında “ulusal ve yabancı azınlıkların kültürel kimliklerini sürdürme haklarını” açıkça güvenceye alırken muhatap devletlere bu azınlıkların, buldukları ülkelerin kültürel yaşamına erişme ve katılma konusunda tam olanaklara sahip olmaları için gerekli koşulların sağlanmasını karara bağlamıştır. Tavsiye Kararı’nın 1976 yılında kültürel kimlik hakkını doğrudan ve açıkça güvenceye alması başlı başına önemli bir adım olarak görülebilir. Öte yandan kültürel kimlik hakkının öznelere olarak ulusal ve yabancı azınlıkların gösterilmesi dikkate değer bir yenilik ve vurgudur. Diğer bir ifadeyle azınlıkların kültürel kimliklerinin geliştirilmesi ve korunmasına yapılan özel vurgu,²³² aynı zamanda kültürün demokratikleşmesi olarak değerlendirilebilir. Nitekim Tavsiye Kararı önsözünde kültürün,

“... sadece seçkin bir kesim tarafından üretilen, biriktirilen ve korunan bir eser ve bilgi birikimi olmadığı” (aynı zamanda)

“... kendi özgür seçimleriyle mümkün olan en fazla sayıda bireyin ve tüzel kişinin çok çeşitli kültürel faaliyetlere katılımını ...”

teşvik ettiği belirtilerek kültürel yaşama katılma hakkına seçkinci olmayan bir tutumla yaklaşmıştır.²³³ Bu bağlamda Tavsiye Kararı m. 4/1(a) ve (b) ile

“... ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi görüş, ulusal veya sosyal köken veya mali sebeplere dayalı ayırım gözetilmeksizin toplumun tüm üyelerinin ulusal ve dünya kültürlerine ücretsiz erişimi için etkili güvenceler ...”

sağlanmaya çalışılmıştır. Tavsiye Kararı m. 1/2’ye göre kültürel yaşama katılma, tüm toplulukların veya kişilerin kendilerini özgürce ifade etmeleri, iletişim kurmaları, harekete geçmeleri ve kişiliklerini tam olarak geliştirmeleri amacıyla yaratıcı

²³² Donders, “A Right to Cultural Identity in UNESCO,” s. 326.

²³³ Marks, “Defining Cultural Rights,” s. 305.

faaliyetlerde bulunma olanağına sahip olmaları anlamına gelir. Dolayısıyla kültürel yaşama katılma, kültürel kişiliğin gelişmesine ilişkin faaliyetleri de kapsar. Bu nedenle Tavsiye Kararı'nın başka bir yönden dolaylı olarak kültürel kimlik hakkını güvence altına aldığı söylenebilir.

iv. Irk ve Irksal Önyargılar Bildirgesi

UNESCO Genel Konferansı'nın yirminci oturumunda 27 Kasım 1978'de kabul edilen "Irk ve Irksal Önyargılar Bildirgesi (*Declaration on Race and Racial Prejudice*)" kültürel kimlik hakkına doğrudan atıflar içermektedir. Bildirge (m. 1/3) kültürel kimliği doğrudan güvenceye alır.

"Köken kimliği, insanların farklı yaşayabileceği gerçeğini hiçbir şekilde etkilemediği gibi kültürel, çevresel ve tarihsel çeşitliliğe dayalı farklılıkların varlığını ve kültürel kimliği sürdürme hakkını da engellemez."

Bu hüküm köken kimliğinin, yani insanların ortak bir soydan gelmesi gerçeğinin farklı olma hakkını veya kültürel kimliği koruma hakkını olumsuz olarak etkileyemeyeceğini ifade eder.²³⁴ Diğer bir ifadeyle kimlik çatışmalarında kültürel kimliği ırksal kimliğe karşı güvence altına alır. Bildirge (m. 5) toplulukların kültürel kimliğine saygı duyulmasını kültürün bir gerekliliği veya uzantısı olarak görür ve kültürel kimliği yine güvenceye alır.

²³⁴ Donders, "A Right to Cultural Identity in UNESCO," s. 330. Bu hükümde kullanılan menşee kimliği ve kültürel kimlik gibi kavramlar daha fazla açıklığa kavuşturulmamıştır. Deklarasyonun daha önceki bir taslağı, çeşitli hükümlerin içeriğini detaylandıran açıklayıcı bir rapor içermekteydi. Ancak, açıklayıcı rapor Bildirge'nin son hali kabul edilirken yasal olarak bağlayıcılığı olmayan bir bildirge için gerekli görülmediğinden kaldırılmıştır. UNESCO, *Draft Declaration on Race and Racial Prejudice*, Paris, 25 September 1978, Annex, 1978, Doc. 20 C/18.

“Tüm insanlığın ürünü ve ortak mirası olan kültür... kadın ve erkeklerin... sadece onur ve haklar bakımından eşit doğduklarını teyit etmekle kalmayıp tüm grupların kendi kültürel kimliklerine ve ulusal ve uluslararası bağlamlarda kendilerine özgü kültürel yaşamlarının gelişimine saygı duyulmasını sağlar.”

Bu hükme göre kültür, kişilere, toplulukların kültürel kimliklerine ve buna ilişkin haklarına saygı duymaları için bir bilinç kazandırır.²³⁵ Aynı zamanda topluluklara, kimliklerinin hangi değerlerini korumak ve ortak kültüre ne ölçüde dahil olmak istediklerini belirleme özgürlüğünü verir.²³⁶

Sonuç olarak Bildirge kültürel kimlik hakkını, her ne kadar temel bir hak değil daha çok bir ilke veya politik bir hedef olarak düzenlemiş olsa da kültürel kimliği koruma veya sürdürme hakkı olarak güvenceye almaktadır. Öte yandan Bildirge, asimilasyona karşı toplulukların kültürel kimlik ve gelişiminin korunması gerektiğini ayrıca vurgular.²³⁷

v. Kültürel Politikalara İlişkin Mexico City Bildirgesi

UNESCO 1982’de “Kültürel Politikalara İlişkin Mexico City Bildirgesi (*Mexico City Declaration on Cultural Policies*)” ile kültürel kimlik hakkını tanımıştır.²³⁸ Bildirge, isabetli olmayan tanımı bir yana bırakılırsa kültürel kimlik hakkını doğrudan güvenceye aldığı gibi kültürel çeşitlilikten kültürel mirasa kadar kültürel kimlik hakkının kapsamlı bir çerçevesini sunmaktadır. Bildirge başlangıç bölümünde kültürün en geniş anlamıyla, bir toplumu veya sosyal grubu karakterize eden ayırt edici manevi, maddi, entelektüel ve duygusal özelliklerin bütünü olduğunu, sadece sanat ve edebiyatı değil, aynı zamanda

²³⁵ Donders, “A Right to Cultural Identity in UNESCO,” s. 330.

²³⁶ Natan Lerner, *Group Rights and Discrimination in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2003), s. 158.

²³⁷ Donders, “A Right to Cultural Identity in UNESCO,” s. 331.

²³⁸ Kültürel kimlik hakkı ilk aşamada Dünya Kültür Politikaları Konferansı’nda (*World Conference on Cultural Policies*) kabul edilmiş daha sonra Bildirge olarak sunulmuştur.

yaşam biçimlerini, temel insan haklarını, değer sistemlerini, gelenek ve inançları da içerdiğini belirtir. Bildirge yine başlangıç bölümünde her bir halkın kültürel kimliğinin korunmasını ve sürdürülmesini uluslararası toplumun görevi olarak görür. Bu bölümde

“Her halkın ve kültürel topluluğun kendi kültürel kimliğini onaylama ve koruma ve başkaları tarafından saygı görme hakkının tanınmasında olduğu gibi tüm kültürlerin eşitliğinin tanınması gerektiği ...”

ifade edilirken kültürlerin eşitliğini sağlama düşüncesi kültürel kimlik hakkı üzerine inşa edilmiştir. Kültürel kimlik burada haklar açısından formüle edilmiş bir değer olarak kullanılmıştır.²³⁹ Bildirge (m. 3) kültürel kimliği

“... her insanı ve her grubu geçmişiyle birlikte yetiştirerek, kendi (kültürel) karakteristiğine uygun dışarıdan gelen değerleri hoşgörülle karşılamaya ve böylece kendini inşa etme sürecini sürdürmeye yönlendirerek insanlığın kendini gerçekleştirme olanaklarını canlı tutan bir hazine ...”

olarak ifade ederek aslında pek de isabetli sayılamayacak bir kültürel kimlik tanımı yapmıştır. Bildirge (m. 1) kültürel kimlikle yakın ilişkiye sahip olan halkların gelenekleriyle ifade biçimlerinin dünyadaki varlıklarını göstermenin en iyi araçları olduğunu belirtir.²⁴⁰ Bildirge (m. 2) kültürel kimlik hakkını korumanın halkların kurtuluşuna katkıda bulunacağını ve buna karşılık, herhangi bir tahakküm (baskı) yönteminin kültürel kimliğin inkârı veya zarar görmesi sonucu doğuracağını ifade eder. Dolayısıyla kültürel kimliğin, halkları koruma işlevini ortaya koyar. Tüm kültürlerin insanlığın ortak mirasının bir parçasını oluşturduğunu belirten m. 4,²⁴¹ kültürel kimliği yenilenebilir nitelikte görür ve onun başka gelenek ve göreneklerle etkileşime girerek

²³⁹ Donders, “A Right to Cultural Identity in UNESCO,” s. 332.

²⁴⁰ Kültürel Politikalara İlişkin Mexico City Bildirgesi m.1 “Her halkın gelenekleri ve ifade biçimleri, dünyadaki varlığını göstermenin en etkili araçları olduğundan her kültür benzersiz ve yeri doldurulamaz bir değerler bütünüdürü temsil eder.”

²⁴¹ Kültürel Politikalara İlişkin Mexico City Bildirgesi m. 4, “Bir halkın kültürel kimliği, başkalarının gelenek ve değerleriyle kültürel etkileşim yoluyla yenilenir ve zenginleşir.”

zenginleştğini belirtir. Bildirge (m. 5) kültürel kimlik ve kültürel çeşitliliğin birbirinden ayrılamaz nitelikte olduğunu ifade eder. Bu bağlamda (m. 6) çeşitli geleneklerin birlikte olduğu herhangi bir yerde çeşitli kültürel kimliklerin varlığının tanınmasının kültürel çoğulculuğun özünü oluşturduğunu belirtir. Diğer bir ifadeyle kültürel kimlik hakkının tanınmasını kültürel çoğulculuğun bir gereği olarak görür.²⁴²

Bildirge (m. 7) her bir halkın kültürel kimliğinin sürdürülmesini ve korunmasını aynı zamanda uluslararası toplumun bir görevi olarak görür. Bildirge (m. 8) bütün bunların

“... her bir halkın kimliğini ve kültürel mirasını koruyacak, teşvik edecek ve zenginleştirecek ve kültürel azınlıklara ve dünyanın diğer kültürlerine mutlak saygı ve takdiri tesis edecek kültür politikalarına duyulan ihtiyaca işaret ...”

ettiğini ifade eder. Burada kültürel kimlik hakkının özneli olarak kültürel azınlıklara işaret edilmesi değerlidir. Bildirge (m. 9) her halkın ve kültürel topluluğun kültürel kimliğinin kabul edilmesi, korunması gerektiğini düzenler. Bildirge (m. 25)

“... kültürel mirasının korunması ve takdir edilmesi, bir halkın egemenliğini ve bağımsızlığını savunmasını ve dolayısıyla kültürel kimliğinin onaylanması ve geliştirmesini ...”

sağladığını belirterek kültürel miras ile kültürel kimlik arasındaki yakın ilişkiye işaret eder. Bildirge (m. 46) uluslararası kültürel iş birliğini kültürel kimliğe saygı duymaya çağırır. Sonuç olarak Bildirge, kültürel kimlik hakkını doğrudan doğruya tanıyan ve birçok boyutuyla güvence altına alan önemli bir uluslararası hukuk belgesi olarak ön plana çıkmaktadır.

²⁴² Benzer bir yaklaşım ilerleyen aşamalarda görüleceği üzere AİHM içtihatlarında da gözlenmektedir. AİHM çoğulculuk ve demokrasinin gereği olarak kültürel kimliği korumayı gözetmektedir.

vi. Kültürel Çeşitliliğe İlişkin Evrensel Bildirge

UNESCO Genel Konferansının 2 Kasım 2001 tarihindeki otuz birinci oturumunda kabul ettiği “Kültürel Çeşitliliğe İlişkin Evrensel Bildirge (*Universal Declaration on Cultural Diversity*)” kültürel kimliğe doğrudan atıf yapan belgelerden biridir. Bildirge (m. 2) kültürel kimliği çoğul, çeşitli ve dinamik bir olgu olarak görür.

“Gittikçe çeşitlenen toplumlarımızda, çoğul, çeşitli ve dinamik kültürel kimliklere sahip insanlar ve gruplar arasında uyumlu etkileşimi ve bunların birlikte yaşama isteğini sağlamak esastır.”

Taslak metinde yer alan fakat Bildirge’nin son halinde yer almayan bir düzenleme kültürel kimlik hakkının nitelikli bir çerçevesini sunar. Buna göre taslak hüküm, kültürel kimliğin bir grupla bilinçli veya bilinçsiz özdeşleşmesinin temelini oluşturan tüm etnik, dilsel, dinsel ve diğer referansları temsil ettiğini ifade ederken²⁴³ bu kimliğin hiçbir şekilde özünde değişmez olmadığını, gelişebileceğini, çeşitli türden bağlılıklardan yararlanabileceğini ve diğer kültürlerle temas yoluyla zenginleşebileceğini kayıt altına almıştır. Burada kültürel kimliğin etnik, dinsel, dilsel ve diğer referanslar kümesini temsil ettiğinin ifade edilmesi, hakkı somutlaştırdığı gibi aynı zamanda hakkın geniş kapsamını ortaya koyar. Ne var ki taslak metin ile Bildirge’nin nihai hâli arasında, başta kültürel kimliğin tanımı olmak üzere önemli farklılıklar ortaya çıkmıştır. Bildirge, kültürel kimlik hakkını doğrudan düzenlemiş olduğu m. 5’te,

“Herkes kendi seçtiği dilde ve özellikle anadillerinde kendilerini ifade edebilmeli ve çalışmalarını yaratabilmeli ve yayabilmelidir; herkesin kültürel kimliklerine tamamen saygı duyan kaliteli eğitim ve öğrenim hakkı olmalıdır.”

der ve herkesin,

²⁴³ UNESCO, “Report by the Director-General on the Progress of the UNESCO Draft Declaration on Cultural Diversity”, Paris, 12 April 2001, Annex, s. 3, 161 EX/12.

“... insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı gösterilmesi kaydıyla, kendi seçtiği kültürel yaşama katılma ve kendi kültürel uygulamalarını gerçekleştirme hakkına ...”

sahip olduğunu ifade eder. Kültürel yaşama katılma hakkı, ifade özgürlüğü ve eğitim ve öğrenim hakkı dahil olmak üzere kültürle ilgili mevcut temel hakları sıralar ve bunlara kültürel kimliğe saygı hakkını ekler. Bu hüküm aynı zamanda kültürel çeşitliliği, açık bir şekilde kültürel kimlik hakkı bakımından odak haline getirmektedir.²⁴⁴ Diğer bir ifadeyle kültürel çeşitlilik, kültürel kimlik açısından önem taşıyan normların üzerinde anlaşmaya varılan bir uzanım olmaktadır.²⁴⁵ Öte yandan Bildirge, kültürel kimlik hakkıyla beraber eğitim ve öğrenim hakkı, anadil hakkı ve kültürel yaşama katılma hakkını ele alarak aynı zamanda adı geçen haklar arasındaki yakın ve birbirinden koparılamaz olan ilişkiyi ortaya koyar.

Öte yandan taslak metinde dilin kültürel kimliğin temellerinden biri olduğu açıkça ifade edilerek ikili arasındaki mündemiç ilişki net bir şekilde düzenlenmiş, herkesin kendisini ifade etme, kendi eserlerini yaratma, yayma ve diğerlerinin yanı sıra anadilleri de dahil olmak üzere seçtikleri dilde bilgi ve belgeye erişme hakkının olması gerektiği belirtilmiştir. Keza Bildirge, kültürel kimlik hakkını, hakkın bir gereği olarak eğitim ve öğrenim ile birleştirmiş ve bunların ona uygun olmasını ve saygı duymasını aramıştır. Dikkat çekici nokta ise dilin, kültürel kimliğin önemli bir unsuru olarak görülmesine rağmen dil özgürlüğünün Bildirge’de yer bulamamasıdır.²⁴⁶

²⁴⁴ Horváth, “Cultural Identity and Legal Status,” s. 173.

²⁴⁵ Marks, “Defining Cultural Rights,” s. 303.

²⁴⁶ Donders, “A Right to Cultural Identity in UNESCO,” s. 336.

vii. Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunmasına İlişkin Sözleşme

UNESCO tarafından 17 Ekim 2003’de kabul edilen “Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunmasına İlişkin Sözleşme (*Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*)” kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımaz. Fakat Sözleşme, kültürel kimlik hakkıyla ilişkili olarak somut olmayan kültürel mirasın grup veya topluluklara (kültürel) kimlik duygusu kazandırdığını kaydeder. Ortak mirasın korunmasını kültürel kimliklerin korunmasındaki ana etkenlerden biri olarak değerlendiren raporlar²⁴⁷ da bu görüşü destekler. Lenzerini’nin belirttiği gibi kültürel miras, özellikle miraslarıyla maddi bir ilişkiden ziyade manevi (soyut) bir ilişki kuran çoğu yerli halkın kültürel kimliğinin önemli bir boyutunu temsil eder.²⁴⁸ Gerçekten de kültürel miras daha çok yerli halkların kültürel kimliğinin korunması ve gelecek nesillere aktarılmasının bir aracı olarak değerlendirildiğinde kültürel kimlik hakkı kapsamına girer. Nitekim Sözleşme m. 1’e göre somut olmayan miras,

“... toplulukların, grupların ve kimi durumlarda bireylerin, kültürel miraslarının bir parçası olarak tanımladıkları uygulamalar, temsiller, anlatımlar, bilgiler, beceriler ve bunlara ilişkin araçlar, gereçler ve kültürel mekanlar anlamına gelir... Kuşaktan kuşağa aktarılan ... toplulukların ve grupların çevreleriyle, doğayla ve tarihleriyle etkileşimlerine bağlı ve sürekli olarak yeniden yaratılır ve bu onlara kimlik ve devamlılık duygusu verir.”

Şu hâlde Sözleşme, somut olmayan mirasın kimlik duygusu katması yönüyle, kültürel kimliğe dolaylı yollardan atıf yaparak yer verir. Ayrıca Sözleşme m. 2/2(c)’de kültürel kimlik hakkıyla ilişkili olan “toplumsal uygulamalar ve ritüeller” alanında somut

²⁴⁷ UNESCO, “Meeting of Experts to Establish an International System for The Protection of Monuments, Groups of Buildings and Sites Of Universal Interest – Final Report”, Paris, 10 November 1969, s. 16, SHC/MD/4.

²⁴⁸ Lenzerini, “Cultural Identity,” s. 127-129.

olmayan kültürel mirasın ortaya çıktığını saptar. O hâlde özellikle somut olmayan kültürel mirasla kültürel kimlik hakkının bazı ortak alanlarda kesiştiğini, bu alanlar için getirilen tanıma, koruma, güvence vb. mekanizmaların her ikisine de hizmet edebileceği çıkarımı yapılabilir. Sonuç olarak Sözleşme'nin kültürel kimlik hakkını geniş anlamda içerdiği ifade edilebilir. Zaten Sözleşme'nin nihai amacı, bir topluluğun kültürel mirasını ve öncelikle kültürel kimliğinin temel bileşenlerini oluşturan unsurları korumaktır.²⁴⁹

viii. Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesine İlişkin Sözleşme

UNESCO tarafından 20 Ekim 2005'te kabul edilen “Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesine İlişkin Sözleşme (*Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*)” kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımaz. Sözleşme “kültürel içerik” kavramını açıklarken kültürel kimliğe atıf yapar. Dolayısıyla yalnızca geniş anlamda bir kültürel kimlik hakkından söz edilebilir. Sözleşme m. 4/2'ye göre kültürel içerik

“... kültürel kimliklerden kaynaklanan veya kültürel kimlikleri ifade eden simgesel anlam, sanatsal boyut ve kültürel değerleri ifade eder”

Buna göre aslında pek de somut olmayan kavramlar veya kültürel içerik olarak simgesel anlamlar, sanatsal boyutlar ve kültürel değerler kültürel kimliği temsil eder. Yine Sözleşme (m. 4/3) kültürel ifadeleri,

“... bireylerin, grupların ve toplumların yaratıcılığında kaynaklanan ve kültürel içerik barındıran ifadeler...”

olarak tanımlar. Bu bağlamda m. 6/2(a)'da sayılan kültürel ifadelerin çeşitliliğini korumaya ve geliştirmeye yönelik düzenleyici önlemler geniş anlamda kültürel kimlik hakkı çerçevesinde değerlendirilebilir. Zira kültürel ifadeler kültürel içerikleri, bu da

²⁴⁹ Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law*, s. 133.

kültürel kimliği içerir. Buna karşın Sözleşme'nin, kültürel kimlik hakkına ilişkin yeni boyutlar kazandırdığı veya güvenceler sağladığını söylemek güçtür. Bu Sözleşme bağlamında UNESCO üye devletlerinin kültürel kimlik hakkını destekleme yolunu izlememeyi seçtiği ifade edilebilir.²⁵⁰

Genel olarak UNESCO, kurulduğu 1948 yılından bu yana kültürel çeşitliliğin teşviki ve korunması alanında faaliyetler göstermektedir. Üye Devletler, kültürel kimlik hakkının önemini çeşitli vesilelerle kabul etmiştir. Kültürel kimlik hakkı, her zaman hukuksal olarak bağlayıcı belgelerle tanınmamış olsa da hak, birçok UNESCO belgesi tarafından güvence altına alınmıştır. UNESCO araçlarının çoğu tavsiyeler veya bildirgeler şeklindedir ve hukuksal olarak bağlayıcı değildir. Kültürel kimlik daha çok korunmaya şayan manevi ve siyasal bir değer olarak kullanılmakta ve bu sayede devletler, kültürel kimliğe saygı duymak ve korumak için kültürel politikalar benimsemekle yükümlü tutulmaktadır. Bu bağlamda UNESCO'nun çalışmalarının çoğu kavram geliştirme ve politikalara uyum sağlama minvalindedir. Fakat tartışılan araçlar, aynı zamanda kültür ve kimlik kavramlarının yanı sıra kültürel kimlik hakkının anlaşılması konusunda ilerleme kaydedilmesini sağlamaktadır. Kültürel kimlik hakkı UNESCO özelinde bağlayıcı olmayan hukuksal hükümlerle bile kültürel hakların ve kültürel çeşitliliğin teşvik edilmesi ve korunması için bir temel araç olarak hizmet edebilir.²⁵¹

2. Bölgesel Düzeyde Tanınma

Kültürel haklar ve daha sonraki dönemlerde kültürel kimlik hakkı, yalnızca evrensel düzeyde değil, aynı zamanda bölgesel düzeyde de temel haklar kataloğuna girmiştir. “Avrupa Konseyi”, “Amerikan Devletleri Örgütü” ve “Afrika Birliği Örgütü” bünyesindeki belgeler doğrudan veya dolaylı bir şekilde kültürel kimlik hakkını tanıyıp

²⁵⁰ Donders, “A Right to Cultural Identity in UNESCO,” s. 338.

²⁵¹ Donders, “A Right to Cultural Identity in UNESCO,” s. 339-340.

güvence altına almıştır. AİHS ve AMİSH ise başlangıçta kültürel kimlik hakkını hatta kültürel hakları göz ardı etmiş, bu boşluk ancak sonra eklenen protokoller yoluyla kısmen ve dolaylı yollarla giderilmiştir.²⁵² Uluslararası hukukun çeşitli belgelerinde, kültürel kimlik hakkına dolaylı yoldan çeşitli atıflar yapılmış olsa da²⁵³ kendi başına düzenleme olanağı bulan bir kültürel kimlik hakkının uzun bir dönem boyunca kabul edilmediği görülmektedir. Fakat günümüzde birçok uluslararası hukuk belgesi kültürel kimlik hakkını doğrudan veya dolaylı olarak tanımaktadır.

a. Avrupa Konseyi Belgeleri

i. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

“İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*)” ya da AİHS başlangıçta kültürel hakları ve dolayısıyla kültürel kimlik hakkını dar anlamda, doğrudan doğruya güvence altına almamış ve bu alanı göz ardı etmiştir.²⁵⁴ Bu konudaki boşluk AİHM içtihatları ve daha sonra çıkarılan protokollerle dolaylı olarak doldurulmuştur. Örneğin kültürel kimlik hakkını kapsayan eğitim ve öğrenim hakkı AİHS’ye 1952’de ek protokolüyle eklenmiştir.²⁵⁵

AİHS kültürel kimlik hakkına tamamen yabancı bir hukuk belgesi değildir. Geçmiş dönemlerde hakkın doğrudan doğruya Sözleşme’ye eklenmesi ciddi bir şekilde gündeme gelmiştir. Avrupa Konseyi’nde yetmiş yılı aşan bir süreçte birçok kez ulusal azınlıkların kültürel haklara ve diğer haklara ilişkin talepleri değerlendirmiştir. 1961’de Parlamenterler Meclisi (*Parliamentary Assembly*), AİHS’nin kapsamadığı bazı hakları güvence altına almak amacıyla ulusal azınlıklar için ek protokol 2’ye bir madde

²⁵² Horvâth, “Cultural Identity and Legal Status,” s. 188.

²⁵³ Piergigli, “The Right to Cultural Identity,” s. 640.

²⁵⁴ Donders, “Towards a Right to Cultural Identity?” 2018, s. 536.

²⁵⁵ Francioni, “Culture, Heritage and Human Rights,” s. 1.

eklenmesini tavsiye etmiştir. 1961 tarih 285 sayılı Tavsiye Kararı, ulusal azınlıkların korunmasına ilişkin taslak madde

“Ulusal azınlıklara mensup kişiler gruplarının diğer üyeleriyle birlikte ve kamu düzenine uygun olduğu ölçüde, kendi etnik, kültürel, dilsel veya dinsel kimliklerini özgürce ifade etme, koruma ve geliştirme ve kendi kültürlerini tüm yönleriyle, iradeleri dışında her türlü asimilasyon girişiminden bağımsız olarak sürdürme ve geliştirme hakkına sahiptir.”

hükmünü önermiştir. Bu tavsiye ile kültürel kimlik hakkı açıkça tanınmak istenmiş ve azınlık kültürlerinin tüm yönleriyle korunması, geliştirilmesi ve güvenceye alınması amaçlanmıştır. Böyle bir protokol hazırlamanın mümkün ve tavsiye edilebilir olup olmadığını değerlendirmek üzere talimat verilen Uzmanlar Komitesi, eğitim ve öğretimde kullanılan anadile ilişkin Belçika dilbilimi davalarında²⁵⁶ nihai bir karara varılana kadar faaliyetlerini ertelemiştir. 1973 yılında hukuksal olarak azınlık haklarının ve dolayısıyla kültürel kimlik hakkının AİHS’de ek bir protokol ile düzenlenmesinin özel bir ihtiyaç olmadığı sonucuna varılmıştır.²⁵⁷

İlerleyen dönemlerde bu kez kültürel kimlik hakkının doğrudan doğruya AİHS’de bir ek protokolle tanınması için bir çalışma grubu tarafından öneride bulunulmuş, hatta birçok devlet kendi önerisini sunmuştur. Çalışma grubu, 1995 yılında AİHS’ye kültürel kimlik hakkıyla ilgili bir protokolün eklenmesi olasılığını tartışmış, ancak sonunda kavramın belirsizliği ve öngörülemez sonuçlarıyla ilgili endişeler nedeniyle taslağın hazırlanmasına karşı çıkmıştır.²⁵⁸ Taslağın başlangıç bölümünde

²⁵⁶ ECHR, *Judgment of 27 July 1968, Series A No. 6.*

²⁵⁷ Framework Convention for the Protection of National Minorities and the Explanatory Report, Background, s. 10.

²⁵⁸ Horváth, “Cultural Identity and Legal Status,” s. 174.

“kültürel alanda herkese hem bireysel hem de kolektif olarak topluluk içinde grubun diğer üyeleriyle birlikte bir (kültürel) kimlik hakkının tanınması”²⁵⁹

önerilmiştir. İlgili protokol tasarısı, çalışma grubunun m. 1, birinci önerisi kültürel kimlik hakkının doğrudan tanınması yönünde olmuştur.

“Herkesin kültürel kimliğine saygı gösterilmesi hakkı vardır.”

Aynı madde ikinci öneri, dolaylı olarak kültürel kimlik hakkını güvence altına almıştır.

“Herkesin hem bireysel olarak hem de başkalarıyla paylaşarak değerlerine ve kültürel geleneklerine saygı gösterilmesi ve bunların ifade edilmesi hakkı vardır.”

Üçüncü öneride ise kültürel kimlik hakkının yine doğrudan tanınması teklif edilmiştir.

“Herkes kendi kültürel kimliğini seçme hakkına sahiptir.”

Bunların dışında özel olarak, çeşitli devletler tarafından farklı öneriler sunulmuştur. Örneğin Finlandiya,

“Bir kültürel topluluğa mensup herkes, topluluğun yaşam tarzının ve kültürel kimliğinin bir parçası olan gelenek, görenek ve değerlerine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”

önerisini sunarken, Türkiye,

“Herkes, kültürel (veya etnik, dinsel veya dinsel) özellikleri nedeniyle maruz kalabileceği her türlü aşağılamaya karşı etkili bir hukuk yoluna başvurma ve uygun koruma hakkına sahiptir.”

önerisinde bulunmuştur. İsviçre,

“Herkes, iradesi dışında hiçbir asimilasyon girişimine maruz kalmaksızın kültürel kimliğini özgürce seçme hakkına sahiptir.”

²⁵⁹ Council of Europe Committee for the Protection of National Minorities, Draft Articles and Alternative Versions for Possible Inclusion in a Protocol Complementing the ECHR in the Cultural Field, CAHMIN(95)17 rev., (1995).

önerisini yapmıştır.²⁶⁰ Çalışma grubu ilk üç madde birleşiminden oluşan önerisinde ise herkesin “... kendi kültürel kimliğine saygı gösterilmesi hakkına sahip...” olduğunu ve bu hakkın,

“... kişinin kültürel kimliğini değiştirme özgürlüğünü ve tek başına veya başkalarıyla topluluk içinde kamuya açık veya özel olarak kendi kültüründen yararlanma hakkını ...”

içerdiğini belirtmiştir. Bu öneri kültürel kimlik hakkının, birçok sözleşme ve bildirgede tanınmış olan kendi kültüründen yararlanma hakkını kapsayan bir hak olarak anlaşıldığını göstermektedir. Dikkat edilecek olunursa kültürel kimlik hakkı, adı geçen kültürel hakları kapsar şekilde ele alınmak istenmiştir. Dolayısıyla bu yaklaşım kendi kültüründen yararlanma, kültürel yaşama katılma gibi kültürel hak düzenleme biçimlerini kapsayan kültürel kimlik hakkı yaklaşımlarını doğrulamaktadır.

Yürürlükteki hukuka bakıldığında AİHS'nin geniş anlamda kültürel kimlik hakkına ilişkin birçok atıf içerdiği savunulabilir. Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı, din özgürlüğü, eğitim ve öğrenim hakkı, ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğünün dolaylı olarak kültürel kimlik hakkını içerdiği, kültürel kimlik hakkının bu hak ve özgürlüklerin güvencesi altına girdiği çıkarımı yapılabilir. Daha önce belirtildiği üzere kültürel kimlik hakkı, kendiliğinden açık olan nedenlerle “ifade özgürlüğü”, “din özgürlüğü”, “toplantı ve dernek kurma özgürlüğü”, “eğitim ve öğrenim hakkı”, “anadil hakkı” gibi diğer temel hak ve özgürlüklerle yakından ilişkilidir.²⁶¹

Kültürel kimlik hakkına veya diğer kültürel haklara doğrudan yer vermeyen Sözleşme'nin dernek kurma özgürlüğünü düzenleyen m. 11/1 hükmü geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerir.

²⁶⁰ Diğer öneriler için bkz. Council of Europe Committee for the Protection of National Minorities, *Draft Articles and Alternative Versions for Possible Inclusion in a Protocol Complementing the ECHR in the Cultural Field*, Article 1, Other Proposals.

²⁶¹ Stavenhagen, “A Social Science Perspective,” s. 85.

“Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.”

Nitekim AİHM birçok kararında kültürel haklara ilişkin başvuruları dernek kurma özgürlüğü kapsamında ele alıp tanıma yolunu seçmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, kültürel kimlik hakkını örtülü olarak dernek kurma özgürlüğü yoluyla güvenceye almaktadır.

“Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı”nı düzenleyen m. 8/1 geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içeren Sözleşme hükümlerinden biridir.

“Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”

Özellikle geleneksel yaşam tarzına sahip topluluklar ile bunların üyelerinin kültürel haklar ve kültürel kimlik hakkına ilişkin talepleri “özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı” çerçevesinde yapılmıştır.

Din özgürlüğünü düzenleyen m. 9/1 hükmü geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerir.

“Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.”

Bu bağlamda din özgürlüğü kültürel kimlik hakkıyla ilişkilidir. Zira kültürel kimlik dinsel referanslar kümesini temsil eder. Din özgürlüğüyle ilgili birkaç davada Mahkeme, kültürel kimlikle olan bağlantıyı kabul etmiştir.²⁶²

Sözleşme (m. 10/1) geniş anlamda kültürel kimlik hakkını kapsar.

²⁶² Donders, “Towards a Right to Cultural Identity?” 2018, s. 537.

“Herkes ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve verme özgürlüğünü de kapsar.”

AİHM ifade özgürlüğüne ilişkin birçok kararda, geniş anlamda kültürel kimlik hakkını altına güvence almaktadır. Mahkeme ihlal kararı verirken ifade özgürlüğünü geniş olarak ele almaktadır. Gerçekten ifade özgürlüğü, eğitim ve öğrenim hakkı, kültürel kimlik hakkı, anadili ve diğer dil hakları birbiriyle yakından ilişkili haklardır. Özellikle ifade özgürlüğünden kaynaklanan haklar söz konusu olduğunda birini diğerinden ayırmak oldukça güçleşebilmektedir.²⁶³ Nitekim BM ESKHK'ye göre herkesin kültürel yaşama katılma hakkı (dolayısıyla kültürel kimlik hakkı) anadilinde veya kendini istediği dilde ifade etme hakkını içerir.²⁶⁴ Bu durum, anadilleri de dahil olmak üzere kendi kültürlerini koruma, sürdürme ve geliştirme hakkına sahip olan azınlıklara mensup kişiler açısından özellikle önem arz eder.²⁶⁵

ii. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokol

AİHS Ek Protokol kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımaz. Fakat Ek Protokol'ün geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerdiği çıkarımı yapılabilir. Zira eğitim ve öğrenim hakkı kültürel kimlik hakkıyla ilişkilidir ve bu hakkı içerir. Ek Protokol m. 2'ye göre,

“Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğrenim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.”

²⁶³ Research Division of European Council, *Cultural Rights in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, 2011, para. 2.

²⁶⁴ CESCR, *General Comment No. 21*.

²⁶⁵ Research Division of European Council, *Cultural Rights*, para. 23.

Bu düzenleme geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerir. AİHM'ye göre eğitim ve öğretim, özellikle bilgi aktarımı ve entelektüel gelişim anlamına gelir. Çocukların eğitimi ise herhangi bir toplumda yetişkinlerin inançlarını, kültürlerini ve diğer değerlerini gençlere aktarmaya çalıştıkları tüm süreç olarak anlaşılır.²⁶⁶ BM ESKHK'nin belirttiği gibi eğitim ve öğrenim çocukların kişiliklerini ve kültürel kimliklerini geliştirmelerini, kültürel değerlerini ve uygulamalarını öğrenmelerini ve anlamalarını sağlar.²⁶⁷ Dolayısıyla kültürel kimlik hakkıyla yakın bir ilişkiye sahip olan eğitim ve öğrenim hakkı geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerir şekilde ele alınabilir.²⁶⁸ Son olarak mülkiyet hakkını düzenleyen Ek Protokol m. 1 de geniş anlamda kültürel kimlik kapsamında değerlendirilebilir.

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.”

Nitekim AİHM mülkiyet hakkının bir parçası olarak kültürel haklar alanında hakkı tanıyıcı ve koruyucu kararlar vermiştir.²⁶⁹

²⁶⁶ ECHR, *Campbell and Cosans*, Application Nos. 7511/76 and 7743/76, 25.02.1982, para. 33.

²⁶⁷ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 26.

²⁶⁸ Belirtmek gerekir ki herhangi bir hakkın kültürel kimlik hakkı olarak kabul edilmesi, o hakkın aynı zamanda kişi hakkı ya da siyasal, ekonomik veya sosyal bir hak olarak kabul edilemeyeceği anlamına gelmez. Diğer bir ifadeyle başka bir hakkın kültürel kimlik hakkı olarak ele alınması, o hakkın kendinden menkul temel niteliğini ortadan kaldırmaz. Örneğin eğitim hakkı kültürel kimlik hakkı olarak değerlendirildiğinde bu durum eğitim hakkının öncelikli (temel) niteliği olan bir kişi hakkı niteliğini ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla eğitim hakkı aynı zamanda kültürel, medeni, ekonomik, sosyal ve siyasal hak olabilen birçok farklı boyutu olan bir haktır. Donders, “From Controversy to Celebration,” s. 62-63.

²⁶⁹ ECHR, *Muñoz Díaz v. Spain*, Application No. 49151/07, 8.12.2009.

iii. Avrupa Kültür Sözleşmesi

Avrupa Kültür Sözleşmesi (*European Cultural Convention*) kültürel kimlik hakkını doğrudan düzenlemez. Sözleşme'nin (m. 1'de) devletlerin ödev ve sorumlulukları kapsamında kültürel miras yoluyla çok zayıf da olsa geniş anlamda kültürel kimlik hakkına atıf yaptığı söylenebilir.

“Her Sözleşme Tarafı, Avrupa'nın ortak kültürel mirasına yaptığı ulusal desteğin gelişimini teşvik etmek ve korumak için uygun önlemleri alacaktır.”

iv. Kültürel Hedeflere İlişkin Avrupa Bildirgesi

Avrupa Kültürel İşlerden Sorumlu Bakanlar Konferansı tarafından 1984 yılında Berlin'de kabul edilen Kültürel Hedeflere İlişkin Avrupa Bildirgesi (*European Declaration on Cultural Objectives*) kültürel kimlik hakkına bölgesel olarak doğrudan atıf yapar. Bildirge (m. 2) Avrupa vatandaşlarını ve ilgili kuruluşları Avrupa mirasına

“... evrensel erişimi geliştirmek ve böylece Avrupa kültürel kimliği bilincini artırmaya yardımcı ...”

olmaya çağırarak kültürel kimlik hakkına atıfta bulunur. Ancak kültürel kimliğe yapılan atıf kültürel kimlik bilincini geliştirmeye yardımcı olmayla sınırlıdır. Bu nedenle zayıf bir atıf içerdiği belirtilebilir.

v. Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme

Avrupa'da ulusal azınlıkların kültürel kimliklerini ve özellikle kendi dillerini koruma haklarına dikkate değer düzeyde önem verilmiştir. Bu bağlamda “Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme” (Çerçeve Sözleşme) kültürel kimlik hakkını doğrudan doğruya tanımıştır. Sözleşme'nin yapılmasından önce 1990'da “Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı” (AGİT), Kopenhag toplantısında ulusal azınlıkların kültürel kimliklerini ve kültürlerini koruma ve geliştirme hakkına sahip

olduğunu ilan ederek Çerçeve Sözleşmeye kaynaklık etmiştir.²⁷⁰ Toplantı Bildirisi²⁷¹ (m.

32) Ulusal azınlıklara mensup kişilerin

“... etnik, kültürel, dilsel veya dinsel kimliklerini özgürce ifade etme, koruma ve geliştirme ve kendi kültürlerini, iradeleri dışında herhangi bir asimilasyon girişimi olmaksızın her yönüyle koruma ve geliştirme hakkına ...”

sahip olduğunu ilan etmiştir. Bu ilerlemenin sonucunda ortaya çıkan Çerçeve Sözleşme, başlangıç bölümünde

“Çoğulcu ve gerçek anlamda demokratik bir toplumun, yalnızca ulusal bir azınlığa mensup her bireyin etnik, kültürel, dilsel ve dinsel kimliğine saygı duyması değil, aynı zamanda bu kimliği ifade etmeleri, korumaları ve geliştirmeleri için uygun koşulları yaratması gerektiğini ...”

kaydederek demokratik bir toplumun kültürel kimliklere saygı duymasını ve bunun ifade edilmesi, korunması ve geliştirilmesi için uygun koşulların oluşturulmasını ister.

Çerçeve Sözleşme, kültürel kimlik hakkını ciddi bir şekilde ele alan ilk bölgesel mekanizmadır.²⁷² Kültürel kimlik hakkının bir tanımını yapmayan Sözleşme, m. 5'te kültürel kimliğin temel unsurlarını saptar.

“Taraflar, ulusal azınlıklara mensup kişilerin kültürlerini sürdürmeleri ve geliştirmeleri ve kimliklerinin temel unsurlarını, yani dinlerini, dillerini, geleneklerini ve kültürel miraslarını korumaları için gerekli koşulları geliştirmeyi taahhüt ederler.”

Buna göre din, dil, gelenek ve kültürel miras kültürel kimliğin temel unsurlarıdır.

Tanımlamanın zorluğu göz önüne alındığında, temel unsurların ortaya konulması isabetli bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir.²⁷³ Öte yandan Çerçeve Sözleşme bu düzenlemeyle

²⁷⁰ Áhrén, “Protecting Peoples’ Cultural Rights,” s. 103.

²⁷¹ Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE), *Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE*, 29 June 1990, Art. 32.

²⁷² Horvâth, “Cultural Identity and Legal Status,” s. 174.

²⁷³ Horvâth, “Cultural Identity and Legal Status,” s. 174.

kültürel kimlik hakkını geniş bir şekilde yorumlayan yaklaşımları doğrular. Çerçeve Sözleşme m. 6/1’de tarafların

“... hoşgörü ve kültürler arası diyalog ruhunu teşvik” etmesini “ve etnik, kültürel, dilsel veya dinsel kimliklerine bakılmaksızın topraklarında yaşayan tüm insanlar arasında özellikle eğitim, kültür ve medya alanlarında karşılıklı saygı, anlayış ve iş birliğini geliştirmek için etkili önlemleri ...”

almasını ister. Aynı madde fıkra 2 taraf devletlerin,

“... etnik, kültürel, dilsel veya dinsel kimlikleri nedeniyle ayrımcılık, düşmanlık veya şiddet tehdidine veya eylemine maruz kalabilecek kişileri korumak için uygun önlemleri ...”

almasını hükme bağlar. Sözleşme birden fazla yerde kültürel kimliğe atıf içermekte ve önemli hukuksal güvenceler sağlamaktadır. Bu yönüyle Çerçeve Sözleşme (bölgesel) uluslararası hukukta kültürel kimlik hakkı için ileriye dönük bir yol sunmaktadır.²⁷⁴ Nitekim AİHM Romanlara ilişkin *Chapman v. The United Kingdom* davasında²⁷⁵ Çerçeve Sözleşmeye atıflar yapmıştır.

b. Amerikan Devletleri Örgütü Belgeleri

i. Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi

Dokuzuncu Uluslararası Amerikan Devletleri Konferansı’nda 1948 yılında kabul edilen “Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi (*American Declaration of the Rights and Duties of Man*)” kültürel kimlik hakkını doğrudan güvenceye almamaktadır. Fakat Bildirge’nin, kültürden yararlanma hakkı başlığını taşıyan m. 13 düzenlemesiyle geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerdiği çıkarımı yapılabilir.

²⁷⁴ Bununla birlikte, azınlık sorunları olan bazı Avrupa Konseyi üye devletlerinin anlaşmayı (imzalamayı ve) onaylamayı reddettiklerine dikkat edilmelidir. Mayıs 2023 itibarıyla, bu devletler Fransa, Yunanistan ve Türkiye’dir.

²⁷⁵ ECHR, *Chapman v. The United Kingdom*, par. 55.

“Herkesin toplumun kültürel yaşamına katılma, sanattan yararlanma ve düşünsel gelişim, özellikle bilimsel buluşlardan kaynaklanan yararlarla katılma hakkı vardır.”

Daha önce de belirtildiği üzere kültürel yaşama katılma hakkı birçok BM izleme organı tarafından geniş yorumlanmakta ve kültürel kimlik hakkını içerir şekilde ele alınmaktadır. Dolayısıyla Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi geniş anlamda kültürel kimlik hakkını güvenceye alır. Öte yandan dernek kurma hakkını düzenleyen m. 22'nin de geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerdiği söylenebilir. Üstelik bu hüküm dernek kurma hakkını açıkça kültürel unsurları içerir şekilde tanımaktadır. Buna göre,

“Herkes siyasal, ekonomik, dinsel, sosyal, kültürel, mesleki, işçi sendikası veya diğer nitelikteki meşru çıkarlarını geliştirmek, kullanmak ve korumak için başkalarıyla iş birliği yapma hakkına sahiptir.”

düzenlemesi, kültürel yönden dernek kurma özgürlüğünün güvence altına alınmasına olanak vermektedir. Dolayısıyla bu hüküm, geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerir şekilde yorumlanabilir. Özellikle AIHM'nin, dernek kurma özgürlüğü uygulamasında kültürel kimlik hakkını bu hakkın kapsamında ele almasına dikkat edilirse Bildirge'nin kültürel kimlik hakkını içerdiği çıkarımı yapılabilir.

ii. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi

“Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi” kültürel kimlik hakkını doğrudan düzenlemez. Fakat Sözleşme'nin dernek kurma özgürlüğünü düzenleyen m. 16/1 hükmüyle geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerdiği savunulabilir.

“Herkesin ideolojik, dinsel, siyasal, ekonomik, çalışma, sosyal, kültürel, spor veya diğer amaçlarla özgürce dernek kurma hakkı vardır.”

AIHM'nin kültürel kimlik hakkını, dernek kurma özgürlüğü kapsamında güvenceye alması dikkate alındığında AMİHS'nin de bu hakkı dolaylı olarak tanıdığı çıkarımı yapılabilir. Dahası Sözleşme kültürel amaçlarla dernek kurma özgürlüğünü özel olarak

tanımaktadır. Dolayısıyla geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerir. Öte yandan kültürel standartlara atıf yapan m. 26,

“Taraf Devletler, Buenos Aires Protokolü ile değiştirildiği şekliyle Amerikan Devletleri Örgütü Şartı’nda belirtilen ekonomik, sosyal, eğitimsel, bilimsel ve kültürel standartlarda belirtilen hakların tam olarak gerçekleştirilmesi için hem iç hem de uluslararası iş birliği yoluyla, yasalar veya diğer uygun araçlarla aşamalı olarak gerçekleştirmek amacıyla özellikle ekonomik ve teknik nitelikteki önlemleri almayı taahhüt ederler.”

hükümünün Taraf Devletlere kültürel kimlik hakkı bakımından ödevler yüklediği söylenebilir. Zira Buenos Aires Protokolü m. 46’ya göre, kültürel miras kültürel standartlar kapsamındadır.²⁷⁶ Bu bağlamda Sözleşme’nin, kültürel miras ile kültürel kimlik hakkının yakın ve iç içe geçen ilişkisi dolayısıyla devletlere yükümlülükler yüklemek yoluyla kültürel kimlik hakkını güvenceye aldığı çıkarımı yapılabilir. Ayrıca AMİHS (m. 21/1-2) kültürel kimlikle yakın ilişkisi olan mülkiyet hakkını açıkça tanıır.

“Herkesin mülkiyetini kullanma ve ondan yararlanma hakkı vardır. Yasa, bu türden bir kullanma ve yararlanmayı toplumun çıkarlarına tabi kılabilir.

Hiç kimse, adil bir tazminat ödenmesi dışında, kamu yararı veya sosyal menfaat nedeniyle ve kanunla belirlenen hallerde ve biçimlerde mülkünden yoksun bırakılamaz.”

AAİHM’nin dinamik yorumla mülkiyet hakkının kültürel kimlik hakkıyla ilişkisini kurmasından hareketle mülkiyet hakkının geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerdiği belirtilebilir. İlk bakışta kültürel kimlik hakkıyla doğrudan bir ilişkisi görünmeyen mülkiyet hakkı, Mahkemenin içtihatlarıyla kültürel kimlik hakkını kapsar

²⁷⁶ Buenos Aires Protokolü m. 46 *“Üye Devletler, eğitim ihtiyaçlarını karşılamak, bilimsel araştırmaları ve teknolojik ilerlemeyi teşvik etmek için birbirleriyle iş birliği yapacaklardır. Üye Devletler, Amerikan halklarının kültürel mirasını korumak ve zenginleştirmek için bireysel ve ortaklaşa bağlı olduklarını göz önünde bulundururlar.”*

hâle gelmekte ve kültürel kimlik hakkına ilişkin ihlal kararları mülkiyet hakkına dayandırılmaktadır. Şu hâlde AAİHM'nin de yardımıyla, Sözleşme'nin (mülkiyet hakkı dolayısıyla) kültürel kimlik hakkını güvence altına aldığı çıkarımı yapılabilir.

iii. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokol (San Salvador Protokolü)

“Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokol” “San Salvador Protokolü” kültürel kimlik hakkını doğrudan güvenceye almaz. “Kültürün yararlarından faydalanma hakkı” başlığını taşıyan Protokol m. 14/1(a) hükmü, Protokole Taraf Devletlerin herkesin toplumun kültürel ve sanatsal yaşamına katılma hakkını güvence altına alır. Dolayısıyla kültürel yaşama katılma hakkının geniş yorumuyla bu düzenleme dolaylı olarak kültürel kimlik hakkını içerir. Protokol m. 14/4 hükmüyle Taraf Devletleri kültürel iş birliğine teşvik eder.

“Bu Protokole Taraf Devletler, bilim, sanat ve kültür alanlarında uluslararası iş birliği ve ilişkilerin teşvik edilmesinden ve geliştirilmesinden elde edilecek yararları tanırlar ve bu doğrultuda bu alanlarda daha fazla uluslararası iş birliğini teşvik etmeyi kabul ederler.”

iv. Amerikan Yerli Halkların Hakları Bildirgesi

“Amerikan Yerli Halkların Hakları Bildirgesi” kültürel kimlik hakkını doğrudan tanıır. Bunun yanı sıra Bildirge, kültürel haklar alanında en kapsamlı güvenceleri sunan hukuk belgelerinden biridir. Asimilasyonun reddi başlığını taşıyan Bildirge (m. 10/1) kültürel kimlik hakkını açıkça tanıyıp güvence altına almaktadır.

“Yerli halklar, herhangi bir dış asimilasyon girişiminden bağımsız olarak kültürel kimliklerini her bakımdan koruma, ifade etme ve özgürce geliştirme hakkına sahiptir.”

Bildirge m. 10/2'ye göre de,

“Devletler, yerli halkların asimilasyonuna veya kültürlerinin yok edilmesine yönelik herhangi bir politika yürütemez, benimseyemez, destekleyemez veya kayıramaz.”

Ayrıca kültürel kimlik ve bütünlük hakkı başlığını taşıyan m. 13/1, kültürel kimlik hakkını oldukça geniş bir kapsamla tanıyıp güvence altına almaktadır.

“Yerli halklar, kendi kültürel kimliklerine ve bütünlüklerine ve tarihi ve atalarına ait miras da dahil olmak üzere somut veya somut olmayan kültürel miraslarına sahip olma hakkına; kendilerinin ve üyelerinin kolektif devamlılığı ve bu mirası gelecek nesillere aktarmak için bu kültürel mirasın korunması, muhafaza edilmesi, sürdürülmesi ve geliştirilmesi hakkına sahiptir.”

Buna göre kültürel kimlik hakkı somut ve somut olmayan kültürel mirası ve kolektif kimliği içerir. Dolayısıyla bunlar kültürel kimlik hakkının birer unsuru olarak görülür.

Bildirge (m. 2) devletlerin kültürel haklar konusundaki yükümlülüklerini düzenler.

“Devletler, toplumlarının ayrılmaz bir parçası olan yerli halkların çok kültürlü ve çok dilli karakterini tanır ve saygı duyar.”

Bildirge (m. 3) geniş anlamda kültürel kimlik hakkı kapsamına giren kültürel gelişim hakkını güvenceye alır.

“Yerli halkların kendi kaderini tayin hakkı vardır. Yerli halklar bu hak sayesinde siyasal statülerini özgürce belirler ve ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimlerini özgürce sürdürürler.”

Eğitim hakkını düzenleyen m. 17/3 hükmü, geniş anlamda kültürel kimlik hakkı olarak kabul edilebilen eğitim hakkını kültürel unsurlarla birlikte tanır.

“Yerli halklar, kendi kültürel eğitim ve öğrenim yöntemlerine uygun şekilde kendi dillerinde eğitim veren eğitim sistemlerini ve kurumlarını kurma ve kontrol etme hakkına sahiptir.”

Aynı madde fıkra 4 hükmü, devletleri etkili önlemler almaya çağırır.

“Devletler, yerli halklarla birlikte, (ait oldukları) topluluklar dışında yaşayan yerli bireylerin, özellikle çocukların kendi dillerinde ve kültürlerinde eğitime erişmelerini sağlamak için etkili önlemler alacaktır.”

Dernek kurma, toplanma, ifade ve düşünce özgürlüğü hakları başlığını taşıyan m. 20/1 hükmü bu temel hak ve özgürlüklerin kültürel uygulamalara uygun olarak kullanılmasını güvenceye alır.

“Yerli halklar dernek kurma, toplanma, örgütlenme ve ifade özgürlüğü ve herhangi bir müdahale olmaksızın ve diğerlerinin yanı sıra, dünya görüşleri, değerleri, ihtiyaçları, töreleri, atalarının gelenekleri, inançları, dinleri ve diğer kültürel uygulamalarına uygun olarak bunları kullanma hakkına sahiptir.”

Geniş anlamda kültürel kimlik hakkı olarak görülebilen dernek kurma özgürlüğünün kültürel unsurlarla düzenlenmiş olması yine kültürel kimlik hakkının hukukça tanınması olarak ifade edilebilir. Yerli halkların kolektif haklarını düzenleyen m. 6, devletlere,

“... yerli halkların toplu olarak hareket etmesine; hukuksal, sosyal, siyasal ve ekonomik sistemlerine veya kurumlarına; kendi kültürlerine, dinsel inançlarını açıklama ve uygulamalarına; kendi anadillerini ve dillerini kullanma ve topraklarına, bölgelerine ve kaynaklarına ...”

saygı duyma ve bunları tanıma ödev ve sorumluluğu yükler. Yerli halkların kendi kültür ve anadillerinin tanınması ve bunlara saygı duyulması, doğrudan düzenlemenin bulunmadığı durumlarda olduğu gibi, geniş anlamda kültürel kimlik hakkı kapsamında değerlendirilebilir. Bildirge m. 26'nın da geniş anlamda kültürel kimlik hakkını güvenceye aldığı savunulabilir.

“Gönüllü tecrit veya ilk temas halindeki yerli halklar, bu durumda kalma, özgürce ve kültürlerine uygun olarak yaşama hakkına sahiptir.”

Zira yerli halkların kültürlerine uygun bir yaşam sürdürmesi kimlik kapsamında değerlendirilebilir. Yine m. 28/1 somut ve somut olmayan kültürel miras yönüyle geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerir şekilde yorumlanabilir.

“Yerli halklar, binlerce yıl boyunca kuşaktan kuşağa aktarılan kolektif doğası da dahil olmak üzere, somut ve somut olmayan kültürel mirasları ve fikri mülkiyetlerinin sahipliği, hakimiyeti, zilyetliği, kontrolü, geliştirilmesi ve korunması bakımından tam olarak tanınma ve saygı görme hakkına sahiptir.”

Sonuç olarak Amerikan Yerli Halkların Hakları Bildirgesi'nin, hukuksal olarak bağlayıcılık konusundaki eksik yönü bir tarafa bırakılırsa, kültürel kimlik hakkını en kapsamlı şekilde düzenleyen hukuksal metinlerden biri, belki de en başta geleni olduğu ifade edilebilir. Öte yandan uluslararası ve ulusal hukuklarda azınlıklar ve yerli halkların hakları konusunda örnek olma özelliği düşünüldüğünde Bildirge'nin, kültürel kimlik hakkına önemli katkılar sunduğu söylenebilir.

c. Afrika Birliği Örgütü Belgeleri

i. Afrika Kültürel Şartı

“Afrika Kültürel Şartı” (*Cultural Charter for Africa*), “Afrika Birliği Örgütü Devlet ve Hükümet Başkanları” tarafından 2-5 Temmuz 1976 tarihlerinde *Port Louis, Mauritius*'ta düzenlenen Afrika Birliği Örgütü 13. Olağan Toplantısı'nda kabul edilmiştir. Şart, başlangıç bölümünde

“Afrika Birliği'nin her şeyden önce tarihine dayandığını; kültürel kimliğin onaylanmasının tüm Afrika halkları için ortak bir endişeyi ifade ettiğini ...”

belirterek kültürel kimliğe atıf yapar. Yine Şart, başlangıç bölümünde Afrika kültürel çeşitliliğini tek bir kimliğin ifadesi olarak kabul eder ve bunun ulusal bütünleşmeyi sağlayan bir faktör olduğunu belirtir. Bu bağlamda Şart (m. 3) Afrika Devletlerinin,

“... ulusal kimlikleri, kültürel çeşitliliği ulus içinde dengeyi sağlayan bir faktör ve çeşitli topluluklar için karşılıklı zenginleşme kaynağı olarak ...”

kabul ettiğini ifade eder. Ulusal kimlik, kültürel kimlik ve kültürel çeşitliliğin iç içe geçtiği, diğer bir ifadeyle ulusal kimliğin kültürel çeşitlilik ve kültürel kimlik üzerine inşa

edildiği Şart'ta, kültürel kimlik hakkının düzenlendiği çıkarımı yapılabilir. Şart (m. 5) devlet içindeki çeşitli kültürleri ulusal kimlik iddiasına karşı korumakta, bu iddianın kültürleri ortadan kaldırma veya kendine tabi kılma pahasına olamayacağını düzenlemektedir.

ii. Halkların Hakları Evrensel Bildirgesi (Cezayir Şartı)

“Halkların Hakları Evrensel Bildirgesi” diğer adıyla Cezayir Şartı (*Algiers Charter*) kültürel kimlik hakkını doğrudan tanıır. Bildirge, kültürel kimlik hakkını tanımanın da ötesinde, hakkı güvenceye alan hükümlerle çağdaş hukuk metinlerinden biri olarak öne çıkar. Bildirge (m. 2) kolektif hak olarak halkların kültürel kimlik hakkını açıkça tanıır.

“Her halk, ulusal ve kültürel kimliğine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”

Bildirge (m. 4) bireysel bir hak olarak hiç kimsenin kültürel kimliğinden ötürü dışlanamayacağını belirterek herkesin kültürel kimlik hakkını güvenceye alır.

“Hiç kimse ulusal veya kültürel kimliğinden dolayı kıyıma, işkenceye, zulme, sürgüne, sınır dışı edilmeye veya ait olduğu kişilerin kimliğini veya bütünlüğünü tehlikeye düşürecek yaşam koşullarına tabi tutulamaz.”

Öte yandan Bildirge (m. 13)

“Her halkın kendi dilini konuşma ve kendi kültürünü koruma ve geliştirme, böylece insanlık kültürünün zenginleşmesine katkıda bulunma hakkı ...”

olduğunu ifade ederek geniş anlamda kültürel kimlik hakkını güvence altına alır. Bildirge (m. 15) her halkın kendisine yabancı bir kültürün dayatılmaması hakkına sahip olduğunu belirtir. Diğer bir ifadeyle m. 15 kültürel kimlik hakkını yabancı bir kültürün dayatılmaması ile güvenceye alır. Bildirge (m. 19) devlet içinde bir halkın azınlık oluşturduğunda

“... kimliğine, geleneklerine, diline ve kültürel mirasına saygı gösterilmesi hakkına sahip ...”

olduğunu kayıt altına alır. Dolayısıyla bu hükümden geniş anlamda kültürel kimlik hakkı çıkarımı yapılabilir. Ayrıca Bildirge m. 17 hükmü de geniş anlamda kültürel kimlik hakkını güvence altına alır. Buna göre,

“Herkes toplumunun kültürel yaşamına özgürce katılabilir.”

Bildirgeyi çağdaş hukuk metinlerinden biri kılan bir özelliği kültürel kimlik hakkının öznelere ilişkin açık yaklaşımıdır. Buna göre hem gerçek kişiler (bireyler) hem de kişi toplulukları olarak halklar, azınlıklar kültürel kimlik hakkının yararlanıcıları olarak tanımlanır. Uluslararası hukukta yasal bağlayıcılık gücü az olan Bildirge, 1981’de “Afrika Birliği Örgütü” tarafından kabul edilen Afrika Şartına kaynaklık etmesi yönüyle önemli bir belge olarak görülebilir.²⁷⁷

iii. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı

“Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı” (Afrika Şartı) kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımaz. Fakat Şart, halkların var olma, kendi kaderini tayin etme ve kültürel gelişme hakkına sahip olduğunu ilan eder.²⁷⁸ Şart (m. 17/1-2) geniş anlamda kültürel kimlik hakkını güvenceye alır.

“Herkes eğitim hakkına sahip olacaktır.

Herkes toplumunun kültürel yaşamına özgürce katılabilir.”

Gerçekten de kültürel kimlik hakkına ilişkin herhangi bir düzenlemenin olmadığı durumlarda eğitim ve öğrenim hakkı, kültürel kimlik hakkını içeren bir hak olarak değerlendirilebilir. Öte yandan toplumun kültürel yaşamına özgürce katılma hakkı da

²⁷⁷ Ian Brownlie, *The Rights of Peoples in Modern International Law*, ed. James Crawford (Oxford: Clarendon press, 1992).

²⁷⁸ Âhrén, “Protecting Peoples’ Cultural Rights,” s. 102.

artık genel kabul edilen görüşe göre geniş anlamda kültürel kimlik hakkı olarak kabul edilmektedir. Yine m. 22/1 hükmü kültürel gelişme hakkını açıkça tanıır.

“Tüm halklar, özgürlüklerine ve kimliklerine gerekli saygı gösterilerek ve insanlığın ortak mirasından eşit şekilde yararlanarak ekonomik, sosyal ve kültürel gelişme hakkına sahip olacaktır.”

Dolayısıyla bu düzenleme de geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerir şekilde yorumlanabilir. Benzer şekilde halkların doğal kaynakları üzerindeki zenginliklerini güvence altına alan Şart (m. 21) geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerir şekilde değerlendirilebilir.

“Tüm halklar zenginliklerini ve doğal kaynaklarını özgürce kullanacaklardır. Bu hak, münhasıran halkın menfaati için kullanılacaktır. Hiçbir durumda bir halk ondan yoksun bırakılamaz.”

Toprak kullanımı ve diğer doğal kaynakların kullanımı birçok bağlamda değerlendirildiği gibi kültürel kimlik hakkı kapsamında ele alınabilir.

iv. Çocuk Hakları ve Refahına İlişkin Afrika Şartı

“Çocuk Hakları ve Refahına İlişkin Afrika Şartı” 1990 yılında Afrika Birliği Örgütü Devlet ve Hükümet Başkanları Meclisi’nin 26. Olağan Oturumunda kabul edilmiştir. Şart kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımaz. Her çocuğun eğitim hakkının olduğunu belirten m. 11/1 hükmünden sonra fıkra 2(c) hükmü, çocuğun eğitiminin,

“Afrika ahlakının, geleneksel değerlerinin ve kültürlerinin korunması ve güçlendirilmesine”

yönelik olacağını ifade eder. Eğitim ve öğrenim hakkı ile kültürün korunması ve güçlendirilmesinden geniş anlamda kültürel kimlik hakkı çıkarımı yapılabilir. Dolayısıyla Şart’ın geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerdiği savunulabilir. Şart (m. 12) Taraf Devletlerin,

“... çocuğun dinlenme ve boş zaman değerlendirme, yaşına uygun oyun ve eğlence etkinliklerine katılma ve kültürel yaşam ve sanata özgürce katılma hakkını tanıyacağını ...”

hükme bağlar. Çocuğun kültürel yaşama özgürce katılma hakkı, geniş anlamda kültürel kimlik hakkı kapsamına girdiğinden Şart'ın bu yönden de kültürel kimlik hakkını güvence altına aldığı ifade edilebilir. Aynı madde, fıkra 2 devletlere gerekli ödevleri yükler.

“Taraf Devletler, çocuğun kültürel ve sanatsal yaşama tam olarak katılma hakkına saygı gösterecek; bu hakkı destekleyecek ve kültürel, sanatsal, eğlence ve boş zaman etkinlikleri için uygun ve eşit fırsatların sağlanmasını teşvik edeceklerdir.”

Öte yandan m. 21, Şarta Taraf Devletlere

“... çocuğun refahını, haysiyetini, normal büyümesini ve gelişmesini etkileyen zararlı sosyal ve kültürel uygulamaları ortadan kaldırmak için tüm uygun önlemleri ...”

alma ödev ve sorumluluğunu yükleyerek hakkın kötüye kullanılmasını engellemeyi amaçlar.

v. Kadın Haklarına İlişkin Afrika Şartı

“Afrika Kadın Haklarına İlişkin İnsan ve Halkların Hakları Afrika Şartı Protokolü” 2003 yılında Afrika Birliği Örgütü Meclisi 2. Olağan Oturumunda kabul edilmiştir. Şart, kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımaz. Fakat geniş anlamda kültürel kimlik hakkı kapsamında bazı hükümler içerir. Bu bağlamda Şart (m. 2/2) Taraf Devletlerin,

“... zararlı kültürel ve geleneksel uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla, kamusal eğitim, bilgilendirme, öğrenim yöntemi ve iletişim stratejileri aracılığıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını ve her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü

fikrine veya kadın ve erkek için kalıplaşmış rollere dayanan diğer tüm uygulamaları değiştirmeyi taahhüt ...”

edeceğini belirtmektedir. Kadınların kültürel haklarını düzenleyen m. 27, kadınların kültürel yaşama katılma ve bunun da ötesinde kültür politikalarının belirlenmesine her düzeyde katılma hakkının olması gerektiğini kaydeder. Şart, kültürel yaşama katılma hakkı ile geniş anlamda kültürel kimlik hakkını güvence altına alır. Aynı madde fıkra 2, Taraf Devletlerin, kadınların her düzeydeki kültürel politikaların oluşturulmasına katılımını artırmak için uygun tüm önlemleri almasını öngörür.

vi. Afrika Kültürel Uyanış Şartı

“Afrika Kültürel Uyanış Şartı (*Charter for African Cultural Renaissance*)” 24 Ocak 2006 tarihinde “Afrika Birliği Örgütü Devlet ve Hükümet Başkanları Meclisi” 6. Olağan Oturumda kabul edilmiştir. Afrika Kültürel Uyanış Şartı (m.1) bu Şart’ın, Afrika Birliği Örgütü Devlet ve Hükümet Başkanları tarafından 1976’da kabul edilen Afrika Kültürel Şartı’nı değiştiren, onun yerine geçen hukuk belgesi olduğunu belirtir. Afrika Kültürel Uyanış Şartı’nın kültürel kimlik hakkı bakımından daha gelişmiş bir belge olduğu söylenebilir. Şart (m. 4(c)), Afrika Devletleri’nin m. 1’de belirtilen hedefleri gerçekleştirmek için “... *kültür alanında ulusal ve bölgesel kimliklerin yanı sıra azınlıkların kültürel haklarına saygı ...*” ilkesini kabul ettiğini belirtir. Afrika Kültürel Şartı’nda olduğu gibi ulusal kimlik ve kültürel kimliğin iç içe geçtiği Şart’ta kültürel kimlik hakkının güvence altına alındığı çıkarımı yapılabilir. Zira m. 5/1 Afrika Devletleri’nin, azınlıkları, kültürlerini, haklarını ve temel özgürlüklerini savunmayı taahhüt ettiğini; m. 5/2 kültürel çeşitliliğin ulusal ve bölgesel kimliklerin ifade edilmesine katkıda bulunduğunu belirtir. Şu durumda Afrika Kültürel Uyanış Şartı farklı olarak açık bir şekilde azınlıkların kültürel kimlik hakkını güvenceye alır. Öte yandan Şart (m. 10/2) devletlerin somut ve somut olmayan kültürel mirası korumayı ve geliştirmeyi taahhüt ettiğini belirtir. Dolayısıyla bu hükümden yola çıkarak Uyanış Şartı’nın geniş anlamda

kültürel kimlik hakkını güvence altına aldığı ifade edilebilir. Afrika Kültürel Uyanış Şartı m. 11, devletlerin yasal, idari, ekonomik teşvik ve tedbirler yoluyla kültürel gelişmeyi destekleme taahhüdünde bulduklarını belirtir. Bu hükümden yola çıkılarak “kültürel gelişme” kavramından geniş anlamda kültürel kimlik hakkı çıkarımı yapılabilir.

B. YARGISAL VEYA YARI-YARGISAL ORGANLAR ARACILIĞIYLA TANINMA

Hak veya özgürlükler, hukuk belgeleri ile doğrudan veya dolaylı olarak tanınmaması veya güvence altına alınmaması durumunda yargısal veya yarı-yargısal organlar aracılığıyla tanınabilir. Bu ise iki şekilde gerçekleşebilir. Öncelikle bir hak veya özgürlük yargısal veya yarı yargısal organlarca bağımsız bir hak olarak tanınabilir. İkinci olarak bir hak veya özgürlük geniş yorumlanarak ilgili hak veya özgürlük onun kapsamında tanınıp güvence altına alınabilir. Bu bağlamda kültürel kimlik hakkı da yargısal veya yarı-yargısal organlar aracılığıyla doğrudan veya dolaylı olarak tanınabilir.

Kültürel kimlik hakkının uluslararası hukukta yargısal veya yarı-yargısal organlar aracılığıyla tanınması öncelikle Birleşmiş Milletler düzeyinde, ikinci olarak bölgesel düzeyde ele alınabilir. Nitekim kültürel kimlik hakkı uluslararası hukukta öncelikle çeşitli belgelerde düzenlenmiş olan bir kültürel hakkın yargısal veya yarı-yargısal organlar aracılığıyla geniş yorumlanmasıyla tanınıp güvenceye alınmıştır. İkinci olarak kültürel kimlik hakkı, kültürel kimlik hakkıyla ayrılmaz bir ilişkiye sahip olan temel hak ve özgürlüklerden birinin kültürel kimlik hakkını içerdiği çıkarımıyla yargısal veya yarı-yargısal organlar aracılığıyla tanınıp güvence altına alınmıştır. Hatta bazen bu organlar kültürel kimlik hakkını başlı başına temel bir hak olarak ele alıp tanımıştır. Bu bağlamda BM düzeyinde İnsan Hakları Komisyonu, İHK, ESKHK gibi organlar²⁷⁹ kültürel kimlik

²⁷⁹ BM Genel Kurulu tarafından seçilen İnsan Hakları Komitesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Çocuk Hakları Komitesi gibi organlar alanının uzmanlarından oluşur. Bu organlar ilgili

hakkının yarı-yargısal yolla tanınmasında önemli rol oynayan yarı-yargısal organlar olarak ön plana çıkmıştır. Bölgesel düzeyde ise AİHM, AAİHM, AFİHM ve Afrika İHK kültürel kimlik hakkının yargısal ve yarı-yargısal organlar aracılığıyla tanınmasında önemli kararlar almıştır.

1. Birleşmiş Milletler Düzeyinde Tanınma

a. İnsan Hakları Komisyonu

BM İnsan Hakları Komisyonu kültürel kimlik hakkının yarı-yargısal yolla tanınmasında farklı yöntemler izlemiştir. Öncelikle BM İnsan Hakları Komisyonu kültürel kimlik hakkını temel hakların korunması ve geliştirilmesi kapsamında ele almıştır. Diğer bir ifadeyle Komisyon, kültürel kimlik hakkını farklı bir temel hak ve özgürlüğün kapsamında değil, doğrudan hakkın kendisine dayanarak tanıma yolunu izlemiştir. Bu bağlamda BM İnsan Hakları Komisyonu, kültürel hakların, özellikle de kültürel kimlik hakkının temel haklar rejimine dahil edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.²⁸⁰ Komisyon herkesin kültürel haklarının geliştirilmesinin ve farklı kültürel kimliklere saygı gösterilmesinin önemini vurgulayarak kültürel hakların evrensel, bölünmez ve birbirine bağlı temel hakların ayrılmaz bir parçası olduğunu teyit etmiştir.²⁸¹

Komisyon bir kararında devletlerin farklı kültürel kimliklere saygı göstermekle yükümlü olduğunu belirtmiştir. Komisyon azınlıkların buldukları devletlerde, onların kültürel kimliklerinin korunması gerektiğini belirterek doğrudan kültürel kimlik hakkına atıf yapmıştır.²⁸² Nitekim kültürel kimlik hakkının doğrudan tanınmasına ilişkin bir öneri

sözleşmenin uygulamasının denetimini ve gözetimini yapan ve yarı-yargısal usullerle çalışan ve karar alan organlardır. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 457.

²⁸⁰ Commission on Human Rights, *The Realization of Economic Social and Cultural Rights*, paras. 187, 198.

²⁸¹ Commission on Human Rights, "Report on the Fifty-Eighth Sesion: 49th Meeting," 2002, s. 126, E/CN.4/2002/200.

²⁸² Commission on Human Rights, "Resolution No. 2002/26."

1992 yılında BM İnsan Hakları Komisyonu nezdinde Birleşik Arap Emirlikleri temsilcisi tarafından dile getirilmiştir. Temsilci, kültürel kimlik hakkının başlıca temel haklardan biri olduğunu belirtmiştir.²⁸³

İnsan Hakları Komisyonu daha önce düzenlenmiş kültürel haklara dayanarak da kültürel kimlik hakkının tanınması ve güvenceye alınması yolunda kararlar almıştır. Komisyon geniş anlamda kültürel kimlik hakkını kapsayan kültürel yaşama katılma hakkı²⁸⁴ ve kültürel gelişim hakkından ihlal kararları vererek dolaylı yoldan hakkı güvence altına almıştır.²⁸⁵ BM İnsan Hakları Komisyonu başka kararlarda kültürel çeşitliliğin korunması kapsamında kültürel kimlik hakkını güvence altına almıştır. Diğer bir anlatımla kültürel kimlik hakkı, kültürel çeşitlilik kavramının geniş yorumuyla bu kavram kapsamında değerlendirilmiştir. Komisyon farklı kültürel kimliklere saygı gösterilmesinin önemini vurguladığı kararda, kültürel çeşitliliğin korunması konusunda herkesin kültürel kimliğine saygı gösterilmesinin ve bu kimliklerin güvenceye alınmasının yaşamsal olduğuna karar vermiştir.²⁸⁶

b. İnsan Hakları Komitesi

İnsan Hakları Komitesi kültürel kimlik hakkını, daha önce çeşitli belgelerde düzenlenmiş olan diğer kültürel haklar kapsamında tanıma ve güvenceye alma yolunu izlemiştir. İHK MSHS m. 27 ilgili Genel Yorumda oldukça dinamik bir tutum benimsemiş ve kültürel yaşama katılma hakkının kapsamını genişletmiştir.²⁸⁷ Söz konusu

²⁸³ Commission on Human Rights, 48th Session, Summary Record of the 7th Meeting, para. 21.

²⁸⁴ MSHS m. 27 “*Etnik, dinsel veya dilsel azınlıkların bulunduğu devletlerde, bu tür azınlıklara mensup kişiler, gruplarının diğer üyeleriyle birlikte topluluk içinde kendi kültürlerinden yararlanma, kendi dinlerini açıklama ve uygulama veya kendi dillerini kullanma hakkından yoksun bırakılamaz.*”

²⁸⁵ Commission on Human Rights, “Resolution No. 2002/26.”

²⁸⁶ Commission on Human Rights, “Respect for Different Cultural Identities”; Commission on Human Rights, “Resolution No. 2004/20”; Commission on Human Rights, “Resolution No. 2005/20.”

²⁸⁷ HCR, *CCPR General Comment No. 23*, para. 9.

hükümün kapsamının genişletilmesi çerçevesinde İHK lafzi yorumun ötesine geçmiştir.²⁸⁸ İHK kendi kültüründen yararlanma hakkıyla kültürel kimlik hakkı arasında doğrudan doğruya bir amaçsallık ilişkisi kurmaktadır. Komiteye göre, kendi kültüründen yararlanma hakkındaki bir amaç azınlık kültürel kimliğinin hayatta kalmasını ve sürekli gelişimini sağlamak ve böylece bir bütün olarak toplumun dokusunu zenginleştirmektir.²⁸⁹ Bu yorum, m. 27 hükümünün niteliğini aşmasına, özellikle toplulukların kültürel kimlikleri başta olmak üzere, kolektif nitelikteki hakların korunmasında bir araç haline gelmesine olanak tanımaktadır.²⁹⁰ Bu durumda kendi kültüründen yararlanma hakkı kaçınılmaz olarak geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerir. Dolayısıyla bu hüküm, İHK'nin yorumuyla aynı zamanda kendilerini bir topluluğa ait gören kişi veya toplulukların dilsel, kültürel veya dinsel kimlik hakkı olarak görülebilir.²⁹¹ Bu bağlamda İHK geniş kapsamda mülkiyet hakkı, özel olarak ise toprak mülkiyeti, yeraltı zenginliklerinden faydalanma hakkına ilişkin bir dizi uyuşmazlıkta kültürel haklarla ilgili önemli sonuçlar doğuran kararlara imza atmıştır.

Apirana Mahuika et al. v. New Zealand davasında Maori halkının üyeleri, hükümetin, ülkedeki balıkçılığa birtakım düzenlemeler getirmesi sonucunda balıkçılık kaynaklarına el koyduğunu, bunun siyasal statülerini özgürce belirleme hakkını ve ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimlerini özgürce sürdürme haklarını ellerinden aldığını ve dolayısıyla MSHS m. 1'in, yani kendi kaderini tayin etme hakkını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Ayrıca kabile üyeleri, hükümetin uygulamalarının Sözleşme m. 27'yi ihlal ettiğini, somut olarak kendi yaşam tarzlarını ve kabilelerinin kültürünü tehdit ettiğini ileri

²⁸⁸ Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law*, s. 147.

²⁸⁹ HCR, *CCPR General Comment No. 23*, para. 9.

²⁹⁰ Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law*, s. 147.

²⁹¹ Piergigli, "The Right to Cultural Identity," s. 599.

sürmüşlerdir.²⁹² İHK *Apirana Mahuika* davasında her ne kadar başvuruçuların MSHS m. 1'e dayalı iddialarını dikkate alamayacağını belirtmiş olsa da kültürel kimlik hakkı bakımından önemli tespitlerde bulunmuştur. Komite MSHS m. 1 hükmünün, özellikle m. 27 başta olmak üzere Sözleşme tarafından korunan diğer hakların yorumlanmasıyla ilgili olabileceğini ifade etmiştir. İHK bu davada, m. 27'nin ihlal edilmediği sonucuna varmasına rağmen kendi kültüründen yararlanma hakkı ile halkların kendi kaderini tayin hakkı arasında bir bağlantı kurarak özellikle yerli halklar ve özel kültürel ihtiyaçları olan diğer topluluklar açısından birçok temel hakkın güçlü kültürel çağrışımlar üstlenebileceğini belirtmiştir.²⁹³ İHK bu davada kültürel kimlik unsurlarının gerektiği gibi güvence altına alınmaması durumunda, bir halkın kendi kaderini tayin etme hakkından gerektiği gibi yararlanmasının olanaksız olduğunu belirtmiştir.²⁹⁴ Dolayısıyla burada kendi kaderini tayin etme ile kültürel kimlik arasındaki bağlantıya işaret edilmiş; bu bağlamda kültürel kimliğin güvence altına alınmasının önemine vurgu yapılmıştır. Nitekim MSHS (m. 1) kendi kaderini tayin etme hakkının halkların kültürel gelişimlerini sağladığını belirtir.

c. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi

ESKHS daha önce tanınmış olan kültürel yaşama katılma hakkının geniş yorumuyla kültürel kimlik hakkını tanıma yolunu seçmiştir. ESKHK başlangıçta dar yorumlanan kültürel yaşama katılma hakkını birçok Genel Yorumda geniş yorumlayarak hakkın kapsamını genişletmiştir.²⁹⁵ Komite Genel Yorum 25'te kültürün, insan varlığının tüm tezahürlerini içeren kapsayıcı bir kavram olduğunu ve kültürel yaşamın insan

²⁹² HCR, *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand*, Communication No. 547/1993, 16.11.2000, para. 6.1, CCPR/C/70/D/547/1993.

²⁹³ HCR, *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand*, para. 9.8.

²⁹⁴ Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law*, s. 152.

²⁹⁵ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 23.

varlığının diğer yönlerini kapsadığı düşüncesiyle bilimden daha geniş olduğunu, bu nedenle bilimsel faaliyetlerin kültürel yaşama dahil edilebileceğini belirtmiştir. Dolayısıyla Komiteye göre, kültürel yaşama katılma hakkı herkesin bilimsel ilerlemeye katılma hakkını da kapsar.²⁹⁶

ESKHK'ye göre diğerlerinin yanı sıra kültürel yaşama katılma hakkının birbiriyle ilişkili üç ana bileşeni vardır: Kültürel yaşama katılma, kültürel erişim ve kültürel katkı. Birinci unsur olan kültürel yaşama katılma, özellikle herkesin tek başına veya başkalarıyla birlikte veya bir topluluk olarak özgürce hareket etme, kendi kimliğini seçme, bir veya birkaç toplulukla özdeşleşip özdeşleşmeme hakkını kapsar. İkinci unsur olan kültürel yaşama erişim, özellikle herkesin tek başına, başkalarıyla birlikte veya bir topluluk olarak kendi kültürünü ve başkalarının kültürünü eğitim ve bilgi yoluyla öğrenme ve anlama ve "kültürel kimliğe gerekli saygı gösterilerek" kaliteli eğitim ve öğrenim alma hakkını kapsar. Üçüncü unsur olan kültürel yaşama katkı ise, herkesin toplumun manevi, maddi, entelektüel ve duygusal ifadelerinin yaratılmasına dahil olma hakkını ifade eder.²⁹⁷ Bu yorumdan hareketle kültürel yaşama katılma hakkının kültürel kimlik hakkını kapsadığı çıkarımı yapılabilir. Zira kültürel kimliğe saygı kültürel yaşama katılma hakkının gereği olarak görülmektedir.

Komite, ayrımcılık yapmama ve eşitlik ilkelerinin Sözleşme'nin genelinde kabul edildiğini belirttiği Genel Yorum 20'de²⁹⁸ daha açık bir şekilde, kültürel yaşama katılma hakkının güvenceye alınması ve korunması bağlamında ayrımcılık yapmama ve eşitlik ilkelerini somutlaştırırken kültürel kimlik hakkına atıf yapmıştır. Buna göre Komite, doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına yönelik ilk ve önemli adım

²⁹⁶ CESCR, *General Comment No. 25*, para. 10.

²⁹⁷ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 15.

²⁹⁸ CESCR, *General Comment No. 20: Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (Art. 2, Para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, 2009, para. 6, E/C.12/GC/20.

olarak özellikle devletlerin kendi ülkelerindeki kişilerin ve kişi topluluklarının farklı kültürel kimliklerinin tanınmasını gerekli görmüştür.²⁹⁹ Kültürel kimlik hakkı kültürel yaşama katılma hakkının güvenceye alınması ve korunması bakımından gerekli bir unsur olarak değerlendirilmiş ve bu hakkın kapsamına alınmıştır çıkarımı yapılabilir.

BM ESKHK'nin 21 ve 25 numaralı Genel Yorumları kültürel kimlik hakkının tanım ve kapsamına ışık tutabilecek niteliktedir. Komite, Genel Yorum 21'de ESKHS m. 15/1'in, yani kültürel yaşama katılma hakkının çerçevesini açıklarken kültürel kimlik hakkını oldukça somutlaştırmıştır. Buna göre kültürel yaşama katılma hakkına saygı gösterme ile kültürel kimlik hakkı arasında bir paralellik vardır. Kültürel yaşama katılma hakkına saygı gösterme yükümlülüğü, bireysel olarak veya başkalarıyla birlikte ya da bir topluluk veya grup içinde herkesin haklarına saygı gösterilmesini sağlamayı amaçlayan özel önlemlerin kabul edilmesini, yani kendi kültürel kimliklerini özgürce seçme, bir topluluğa ait olup olmama ve tercihlerine saygı gösterilmesini kapsar.³⁰⁰ Kültürel kimlik hakkı burada açık bir şekilde kültürel yaşama katılma hakkına saygı gösterilmesinin gereği ve parçası olarak değerlendirilmiştir. Komiteye göre kültürel yaşama katılma hakkı, kültürel kimliğe dayalı hiçbir ayrımcılığa maruz kalmama ve herkesin kültürel kimliğini özgürce ifade etme ve kültürel uygulamalarını ve yaşam biçimlerini kullanma hakkını içerir.³⁰¹ Buna göre kültürel yaşama katılma hakkı, kültürel kimliği serbestçe seçme hakkını ve kültürel bir topluluğa ait olup olmama seçimini içerir. Şu durumda kültürel kimlik, aslında kültürel yaşama katılma hakkı da dahil olmak üzere kültürel hakların tam olarak uygulanması ve kültürel çeşitliliğin korunmasının bir unsuru olur.³⁰²

²⁹⁹ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 23.

³⁰⁰ CESCR, *General Comment No. 25*, paras. 49-a.

³⁰¹ CESCR, *General Comment No. 25*, paras. 49-a.

³⁰² Odello, "Indigenous Peoples' Rights," s. 31.

ESKHK temel haklardan mülkiyet hakkını geniş yorumlayarak kültürel kimlik hakkını bu çerçevede tanıma ve dolayısıyla güvenceye alma yolunu seçmektedir. Bu bağlamda kültürel kimlik hakkıyla mülkiyet hakkı (toprak hakları) arasında bir ilişki kurulabilir. Zira toprak ESKHS'deki bir dizi hakkın gerçekleştirilmesinde önemli rol oynayan bir unsurdur.³⁰³ ESKHK'nin belirttiği gibi toprak sosyal, kültürel ve dinsel uygulamalar veya kültürel kimliğin ifadesi olarak hizmet ettiğinde, manevi değeri boyutundan ötürü kültürel yaşama katılma hakkının (ve dolayısıyla kültürel kimlik hakkının) kullanılmasıyla yakından ve çoğu zaman özünde onunla ilişkili bir nitelik kazanır. Bu durum, özellikle yerli halklar ve geleneksel yaşam tarzına sahip olan diğer yerel topluluklar için geçerlidir.³⁰⁴

d. Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi

Irk Ayrımcılığı Sözleşmesi kültürel kimlik hakkını doğrudan düzenlememesine rağmen Irk Ayrımcılığı Komitesi birçok Genel Tavsiyesinde kültürel kimlik hakkını geniş bir biçimde ele almakta ve hakkın tanınması, güvenceye alınması ve somutlaşması konusunda önemli değerlendirmeler yapmaktadır.

Irk Ayrımcılığı Komitesi birçok Genel Tavsiyesinde kültürel kimlik hakkını somut olarak ve oldukça geniş bir biçimde ele almaktadır. Bu bağlamda Komite, uygulamasında öncelikle yerli halkların kültürel kimlik hakkını özel olarak ele almaktadır.³⁰⁵ Komite, Genel Tavsiye 23'te (*General Recommendation*) yerli halklara yönelik ayrımcılığın Sözleşme kapsamına girdiğini ve bu tür ayrımcılıkla mücadele etmek ve ortadan kaldırmak için tüm uygun araçların kullanılması gerektiğini istikrarlı bir şekilde teyit etmiştir.³⁰⁶ Komite taraf devletlere kültürel kimliğin bir zenginliği olarak

³⁰³ CESCR, *General Comment No. 26*, para. 1.

³⁰⁴ CESCR, *General Comment No. 26*, para. 10.

³⁰⁵ CERD, *General Recommendation No. 23: On the Rights of Indigenous Peoples*, 1997, para. 1, A/52/18.

³⁰⁶ CERD, *General Recommendation No. 23*, para. 1.

yerli halkın kendine özgü kültürünü, tarihini, dilini ve yaşam tarzını tanımak ve bunlara saygı duymak ve bunların korunmasını teşvik etme çağrısında bulunurken kültürel kimliğe ilişkin önemli bir çerçeve sunmuştur.³⁰⁷ Komite açık bir şekilde yerli halkların kendine özgü kültürünü, tarihini, dilini ve yaşam tarzını kültürel kimliğin unsurları saymaktadır. Bu yorum kültürel kimlik hakkının oldukça geniş bir kapsama sahip olduğunu göstermektedir. Aynı zamanda Komite kültürel kimlik hakkı için somut bir çerçeve inşa etmektedir. Buna göre bir halkın veya topluluğun tarihi, dili ve yaşam tarzı kültürel kimliğin unsurları olarak kültürel kimlik hakkını somutlaştırır.

Komite Afrika kökenli halklara ilişkin Genel Tavsiyesinde ise halkların ayrımcılık yapılmaksızın bireysel olarak veya gruplarının diğer üyeleriyle birlikte kültürel kimlik hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Komite kültürel kimlik hakkını halkların yaşam tarzlarını ve örgütlenme biçimlerini, kültürlerini, dillerini ve dinsel ifadelerini koruma, sürdürme ve geliştirme hakkı olarak değerlendirmiştir.³⁰⁸ Bu değerlendirmeler kültürel kimlik hakkının geniş kapsamını teyit ettiği gibi aynı zamanda hakkın hukukça tanınması ve güvenceye alınması için önemli katkılar sunmaktadır. Buna göre kültürel kimlik hakkı, bir halkın veya topluluğun yaşam tarzı, (ana)dili veya dinsel ifadeleriyle ilgili olup bunları koruma, sürdürme ve geliştirme hakkı olarak görülebilir.

Komite, vatandaş olmayanlara ilişkin Genel Tavsiyesinde vatandaş olmayanların kültürel kimlik hakkını açıkça teyit etmiştir.³⁰⁹ Bu bağlamda Komite Sözleşmeye taraf devletlerin kendi özel durumlarına uygun olarak,

³⁰⁷ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *General Recommendation No. 23 on the Rights of Indigenous Peoples*, 1997, par. 4(a).

³⁰⁸ CERD, *General Recommendation No. 34*, para. 4(b). Komite bu yorumuyla kültürel kimlik hakkını önceki yorumlarından daha da somut hale getirmekte ve bir yönüyle kültürel kimlik hakkının belirsiz sınırlarının olduğuna dair argümanlara cevap vermektedir.

³⁰⁹ CERD, *General Recommendation No. 30: On Discrimination Against Non-Citizens*, 2005. Komitenin kültürel kimlik hakkı bakımından geliştirmiş olduğu yorumlar çalışmanın yarı-yargısal yolla tanınma kısmında incelenecektir.

“Vatandaş olmayanların, vatandaşlık alabilmek için adlarını yasal veya fiili olarak değiştirmeleri gibi kültürel kimliklerini inkâr eden uygulamaları önlemek ve yabancı uyrukluların kendi kültürlerini korumaları ve geliştirmeleri için gerekli tedbirleri alma ...”³¹⁰

tavsiyesinde bulunmuştur. Komitenin farklı kültürel gruplar hakkında kültürel kimlik hakkını tanımış olması ve hakkın çerçevesini açık bir şekilde belirlemiş olması, hakkın, sağlam hukuksal temellere oturtulması bakımından değerlidir. Diğer taraftan Komitenin yorumlarından hareketle kültürel kimliğin, aslında yaşam tarzları, örgütlenme biçimleri, dilsel veya dinsel ifadelerin güvencesi niteliğinde bir hak olduğu ortaya çıkmaktadır. O halde bu yorumdan hareketle kültürel kimlik hakkının son derece geniş bir kültürel norm alanına sahip olduğu söylenebilir.

2. Bölgesel Düzeyde Tanınma

a. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS kültüre veya kültürel kimlik hakkına açıkça atıfta bulunan hükümler içermemektedir. Diğer bir ifadeyle AİHS kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımamaktadır. Ancak AİHM, birçok davada devletlerin din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü ve eğitim ve öğrenim hakkı gibi temel hak ve özgürlükler alanlarında yükümlülüklerini belirlerken açıkça kültürel kimlikle ilgili yükümlülüklerle atıfta bulunmuştur.³¹¹ AİHM kültürel kimliğe ilişkin başvurularda kültürel kimlik hakkıyla diğer temel hak ve özgürlükler arasında iç içe geçmiş bir ilişkiyi tespit etmektedir. AİHM bu davalarda her ne kadar doğrudan kültürel kimlik hakkı bakımından ihlal kararı vermemiş olsa da Sözleşme’de açıkça güvence altına alınmayan kültürel

³¹⁰ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *General Recommendation No. 30: on Discrimination Against non-citizens*, 2005, par. 37.

³¹¹ Donders, “Towards a Right to Cultural Identity?” 2018, s. 536.

kimlik hakkını dernek kurma özgürlüğü,³¹² özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı,³¹³ ayrımcılık yasağı ve mülkiyet hakkı³¹⁴ gibi temel hak ve özgürlüklerin güvenceleri kapsamında ele almıştır. Mahkeme ihlal kararı verirken kültürel kimlik hakkına dayanmış veya sözleşmenin koruduğu hakları ele alırken kültürel kimlik hakkını bunlarla tartışmıştır. AİHS kültürel hakları ve özel olarak kültürel kimlik hakkını açıkça tanımasa da Sözleşme'nin farklı hükümlerini dinamik bir şekilde yorumlayarak bazı temel haklar kapsamında geniş anlamda kültürel hakları; özelde kültürel kimlik hakkını kademeli olarak güvence altına almıştır.³¹⁵ Kültürel haklar ve özelde kültürel kimlik hakkıyla ilgili olarak en çok başvuru yapılan hükümler, Sözleşme (m. 8) özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı, (m. 9) din özgürlüğü, (m. 10) ifade özgürlüğü, (m. 11) dernek kurma özgürlüğü ve ayrıca Ek Protokol (m. 2) eğitim ve öğrenim hakkı olmuştur. Örneğin Mahkeme, çeşitli davalarda m. 11 kapsamında görüşleri egemen ulusal kültür ve tarih anlayışına uymasa bile, kendilerini istedikleri şekilde tanımlamak, belirli bir topluluğa bağlılıklarını ifade etmek ve bir kültürü teşvik etmek için dernek kurma konusunda kişilerin özgür olduklarını belirtmiştir.³¹⁶ AİHM bu davaların çoğunda Taraf Devleti, AİHS'nin güvence altına aldığı haklardan birini ihlal ettiği gerekçesiyle uyarırken kimlik meselesine ilişkin olarak doğrudan doğruya kimlik lehinde veya aleyhinde karar vermeye çalışmak yerine, genel kural ve ilkeler üzerinden hakkı tanıma yolunu seçmiştir.³¹⁷

AİHM kültürel kimlik hakkını içeren birçok başvuruyu dernek kurma özgürlüğünü düzenleyen m. 11 kapsamında güvence altına almıştır. Kültürel kimlik

³¹² ECHR, *The Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*.

³¹³ ECHR, *Buckley v. the United Kingdom*; ECHR, *Chapman v. the United Kingdom*; ECHR, *Winterstein v. France*.

³¹⁴ ECHR, *Muñoz Díaz v. Spain*.

³¹⁵ Research Division of European Council, *Cultural Rights*, para. 1.

³¹⁶ Julie Ringelheim, "Identity Controversies Before the European Court of Human Rights: How to Avoid the Essentialist Trap?," *German Law Journal* 3, no. 7 (2002), para. 1.

³¹⁷ Ringelheim, "Identity Controversies Before the European Court of Human Rights," para. 3.

hakkıyla ilgili olarak AİHM’de görülen davalardan ikisi, ulusal mahkemelerin bir azınlık kültürünü (ilk durumda Makedon, ikinci durumda Silezya ulusal azınlık kültürünü) teşvik etmek için kurulmuş bir derneğin tescilinin reddedilmesiyle ilgili olmuştur. Yunan hükümeti, Makedonların ayrı bir etnik grup oluşturmadığını ve ayrı bir Makedon kimliği iddiasının Yunanistan’ın toprak bütünlüğüne değilse de Yunan sembollerine ve tarihine yönelik bir saldırı olduğunu savunmuştur.³¹⁸ Polonya davasında ise başvuruçular, Silezyalıların ulusal bir azınlık oluşturduğunu iddia ederken yerel mahkemeler, onların yalnızca etnik bir grup olduğu gerekçesiyle derneğin tescilini reddetmişlerdir.³¹⁹ Yine Bulgaristan’da Makedon kültürü ve tarihini tanıtan bir derneğin halka açık toplantılarını yapma yasağı getirilmiştir.³²⁰ Hükümetlerin savunmaları özetle, başvuranların nüfus içindeki bir grubun farklı kimliğini teşvik etme çabalarının ülkenin ulusal birliğini ve toprak bütünlüğünü ve/veya vatandaşların eşitliğini tehdit ettiği iddiasına dayanmıştır. Yunan ve Bulgar hükümetleri, iddia edilen Makedon azınlığı ile ilgili iki davada çok benzer tutumlar benimsemiştir. Her ikisi de bir Makedon kültürünün veya etnik grubunun varlığını reddetmiştir. Onlara göre, kendilerini Makedon kökenli olarak gösterenler, gerçekte Yunan Slavcası konuşanlar veya etnik Bulgarlardır. Bu iddiayı desteklemek için hem Yunan hem de Bulgar yetkililer tarihsel ve sosyolojik kanıtlara atıfta bulunmuşlardır. AİHM kararında alıntılanan Yunan Temyiz Mahkemesinin kararı, Makedonya bölgesinin Yunanlılığını ve ayrı bir Makedon kimliğinin var olmadığını kanıtlamak için Makedonya tarihinin Antik Çağ’a kadar uzandığını belirtmiştir.³²¹ Hükümet savunmasında ulusal güvenliğin sağlanması, düzensizliğin önlenmesi ve Yunanistan’ın kültürel gelenekleri ile

³¹⁸ ECHR, *Sidiropoulos and Others v. Greece*, Application No. 26695/95, 10.07.1998, para. 11.

³¹⁹ ECHR, *Gorzelik and Others v. Poland*, (Fourth Section), Application No. 44158/98, 20.12.2001, ECHR, *Gorzelik and Others v Poland*, (Grand Chamber), Application No. 44158/98, 17.02.2004, para. 32.

³²⁰ ECHR, *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, Applications No. 29225/95, 2.10.2001, para. 12.

³²¹ ECHR, *Sidiropoulos and Others v. Greece*, para. 11.

tarihsel ve kültürel sembollerinin korunmasına dayanmıştır.³²² Benzer şekilde, Bulgar hükümeti ileri sürülen Makedon ulusunun ilk kez Komünist Enternasyonal'in bir kararıyla ilan edildiğini belirtmiş, bundan önce hiçbir güvenilir tarihsel kaynağın bölgede Bulgar nüfusu dışında herhangi bir Slav nüfusundan bahsetmediğini savunmuştur.³²³ Hükümete göre başvuru derneğinin amacı, bir Makedon ulusunu kurmak, Bulgar nüfusunu Makedonlaştırmak ve ardından bölgeyi ülkeden ayırmaktır.³²⁴ Dolayısıyla her iki hükümet de başvuranların Makedon kimliğini tanıtmaya girişimlerinin ulusal kültürleri, tarihleri ve kimlikleri için bir tehdit oluşturduğunu iddia etmiştir. Ayrıca başvuranların asıl amacının bölgelerinin Yunanistan/Bulgaristan'dan ayrılmasını istemek olduğunu ileri sürmüştür.³²⁵

AİHM her zaman kültürel haklar ve azınlıklar lehine karar vermese de içtihatlarında belirlediği temel ilkelerle gelecekteki davalar ve gelişmeler için bir temel oluşturmuştur.³²⁶ Mahkeme bu davalarda doğrudan kimlik sorununu çözmeye çalışmak yerine, görüşleri egemen ulusal kültür ve tarih anlayışına uymasa bile kişilerin kendilerini istedikleri şekilde tanımlamak, belirli bir topluluğa bağlılıklarını ifade etmek ve bir kültürü teşvik etmek veya ait olduklarını düşündükleri bir grubu veya topluluğu savunmak konularında dernek kurmakta özgür olduklarını belirtmiştir.³²⁷ Diğer bir ifadeyle Mahkeme, doğrudan kültürel kimlik konusunda bir karar vermekten kaçınırken bu konudaki görüşlerin belli koşullar altında ifade edilmesini güvenceye almış ve bu amaçla dernek kurma özgürlüğünü geniş yorumlamıştır. Dolayısıyla kültürel kimlik konusunda örtülü olarak hukuksal çarelerin kapısını aralamıştır.

³²² ECHR, *Sidiropoulos and Others v. Greece*, para. 37.

³²³ ECHR, *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, para. 42.

³²⁴ ECHR, *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, paras. 66–67.

³²⁵ Ringelheim, “Identity Controversies Before the European Court of Human Rights,” para. 6.

³²⁶ Research Division of European Council, *Cultural Rights*, para. 1.

³²⁷ Ringelheim, “Identity Controversies Before the European Court of Human Rights,” para. 12.

AİHM aslında başvuruyu reddetmiş olduğu *Gorzelik and others v. Poland* davasında kültürel geleneklerin, etnik ve kültürel kimliklerin ve dinsel inançların çeşitliliğinin sağlanması, tanınması ve bunlara saygı duyulması amacıyla kurulan derneklerin çoğulculuk ve demokrasi için önemine vurgu yaparken³²⁸ dernek kurma özgürlüğünün kapsamını genişletmiştir. Dolayısıyla Mahkeme kültürel kimliğin tanınması ve buna saygı duyulmasına ilişkin talepleri dernek kurma özgürlüğü kapsamında tanıyıp güvenceye almıştır.

AİHM, *Sidiropoulos and others v. Greece* davasında bölgelerinin halk kültürünün güvenceye alınması ve geliştirilmesi için başvurular tarafından kurulan derneğin amaçlarının tamamen meşru olduğunu belirterek Yunan hükümetinin iddialarını tereddütsüz reddetmiştir. Mahkeme

*“Bir ülkedeki bir bölgenin sakinleri, bölgenin kendine has özelliklerini tanıtmak için hem tarihsel hem de ekonomik nedenlerle dernekler kurma hakkına sahiptir. Mevcut davadaki gibi bir derneğin kurucularının bir azınlık bilincini ileri sürdüklerini varsaysak bile, 29 Haziran 1990 tarihli AGİK’in İnsani Boyutu Konferansı’nın Kopenhag Toplantısı Belgesi (Bölüm IV) ve 21 Kasım 1990 tarihli Yeni Bir Avrupa için Paris Şartı, onların kültürel ve manevi miraslarını korumak için dernekler kurmalarına izin verir.”*³²⁹

ifadesiyle, dernek kurma özgürlüğü kapsamında kültürel kimlik hakkına ilişkin taleplerin Sözleşme tarafından güvence altına alındığını dolaylı olarak ifade etmiştir.

AİHM Yunan makamlarının Makedon kültürü ve kimliğini tanıtmayı amaçlayan bir derneğin tesciline izin vermemesinden kaynaklanan *Sidiropoulos and others v. Greece* davasında AİHS m. 11 kapsamında karar verirken kültürel unsurları, geniş anlamda kültürel kimlik hakkını da güvenceye almıştır. Mahkeme kısmen bir azınlık kültürünü geliştirmeyi amaçladığı varsayılsa bile, amacı bir bölgenin kültürünü geliştirmek olan bir

³²⁸ ECHR, *Gorzelik and Others v Poland*, para. 92.

³²⁹ ECHR, *Sidiropoulos and Others v. Greece*, para. 44.

derneğin faaliyetlerinin toprak bütünlüğü, ulusal güvenlik ve kamu düzenini tehdit etmediğini; bir ülkede azınlıkların ve farklı kültürlerin varlığının demokratik bir toplumun uluslararası hukuk ilkelerine göre hoşgörü ile karşılanması, hatta korunması ve desteklenmesi gerektiğini belirtmiştir.³³⁰ Üç yıl sonra karara bağlanan *Stankov v. Bulgaria* davası, grupların alenen tanınan bir azınlık kimliğini talep etme hakkını teyit etmiştir.³³¹

AİHM'ye göre dernek kurma özgürlüğü, siyasal partiler, sendikalar, sivil toplum kuruluşları, kültürel veya herhangi bir örgütlenme biçimi gibi tüm insan faaliyetleriyle bağlantılıdır. AİHM bir başvuruda kültürel kimlik hakkını, dernek kurma özgürlüğü çerçevesinde çoğulculuk ve demokratik topluma dayandırarak temellendirmiş, güvence altına almıştır. Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliği demokratik toplumun temeli olarak gören Mahkeme, çoğulculuğun çeşitlilik ve geleneklerin, etnik ve “kültürel kimliklerin” dinamiklerinin gerçek anlamda tanınması ve bunlara saygı gösterilmesi üzerine kurulu olduğunu belirtmiştir.³³² Mahkemeye göre bir azınlık kültürünün korunması, geliştirilmesi ve bir azınlığa ait olma bilincinden söz edilmesi, gerilimlere yol açsa bile demokratik toplum için bir tehdit oluşturmaz.³³³ Bu bağlamda gerginliklerin ortaya çıkması çeşitliliğe, etnik ve kültürel kimliklerin dinamiklerine saygıyı tesis eden çoğulculuğun kaçınılmaz sonuçlarından biridir.³³⁴ Yetkili makamların bu gibi durumlardaki rolü, çoğulculuğu ortadan kaldırarak gerginliğin sebebini ortadan kaldırmak değil, rekabet halindeki grupların birbirlerine müsamaha göstermelerini

³³⁰ ECHR, *Sidiropoulos and Others v. Greece*, para. 41.

³³¹ ECHR, *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, para. 97.

³³² ECHR, *Ouranio Toxo and Others v. Greece*, Application No. 74989/01, 20.10.2005, para. 35.

³³³ ECHR, *Ouranio Toxo and Others v. Greece*, para. 40.

³³⁴ ECHR, *Ouranio Toxo and Others v. Greece*, para. 35.

sağlamaktır.³³⁵ Dolayısıyla kültürel kimlik hakkı çoğulculuk ve demokratik toplumun temel gereklerinden biri olarak güvenceye altına alınmıştır.

AİHM kültürel kimlik hakkına ilişkin talepleri özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı (m. 8) kapsamında güvenceye alma yolunu da seçmektedir. AİHM *Chapman v. the United Kingdom* davasında Roman ailelerin yaşam tarzına ilişkin talepleri incelemiştir. Büyük Daire, kararında Sözleşme'nin özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkını güvence altına alan m. 8'in, bir azınlık (kültürel) kimliğini sürdürme ve kişinin özel ve aile yaşamını bu geleneğe göre sürdürme hakkını güvence altına aldığını kabul etmiştir. Başvuranlar, karavanlarına karşı alınan tedbirlerin Sözleşme m. 8 (özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı) ve m. 14'ü (ayrımcılık yasağı) ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme başvuranın karavanını konumlandırmasını etkileyen tedbirlerin, başvuranın konutuna saygı hakkının ötesine geçen bir etkiye sahip olduğunu, bu tedbirlerin Roman (kültürel) kimliğini, özel ve aile yaşamını bu geleneğe göre sürdürme becerisini etkilediğini belirtmiştir.³³⁶ Mahkeme Avrupa Konseyi'nin Sözleşmeciler Devletleri arasında, azınlıkların özel ihtiyaçlarını ve onların güvenliklerini, kimliklerini ve yaşam tarzlarını koruma yükümlülüğünü kabul eden uluslararası bir uzlaşmanın özellikle Çerçeve Sözleşme ile ortaya çıktığını gözlemlemiştir.³³⁷ Ayrıca Mahkeme, özellikle Romanların ihtiyaçlarını ve farklı yaşam tarzlarını dikkate alarak özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkının, Taraf Devlete Romanların yaşam tarzını kolaylaştırma konusunda pozitif yükümlülükler getirdiğini kabul etmiştir.³³⁸ AİHM özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkından ihlal kararı vermemiş olsa da kararın içeriğinde önemli ölçüde kültürel kimlik hakkına ilişkin unsurlara yer vermiştir. Dolayısıyla Mahkeme bu davada

³³⁵ ECHR, *Zhdanov and Others v. Russia*, Application Nos. 12200/08, 35949/11, 58282/12, 16.10.2019, para. 163.

³³⁶ ECHR, *Chapman v. the United Kingdom*, para. 73.

³³⁷ ECHR, *Chapman v. the United Kingdom*, para. 93.

³³⁸ ECHR, *Chapman v. the United Kingdom*, para. 96.

kültürel kimlik hakkını içeren taleplerin AİHS m. 8 kapsamında değerlendirilebileceğini göstermiştir. Burada önemli olan, Mahkemenin kültürel kimlik hakkını içeren talepler karşısında kayıtsız kalmayarak bunları Sözleşme'nin tanıdığı haklar üzerinden tanıma ve güvenceye alma yolunu işletmesidir.

Roman ayin ve geleneklerine göre düzenlenen evliliğinin geçerli olduğuna dair *Muñoz Díaz v. Spain* davasında, İspanya'daki Roman topluluğu gelenek, kültürel miras ve kimliklerine saygı gösterilmesinin Sözleşme'nin temel bir bileşeni olduğunu ileri sürmüş, AİHM de kültürel olarak iyi tanımlanmış bir topluluğun kolektif inançlarının gücünün göz ardı edilemeyeceğini belirtmiştir.³³⁹ AİHM, Çerçeve Sözleşme uyarınca, AİHS'ye Taraf Devletlerin ulusal azınlıklara mensup kişilerin özel koşullarını dikkate almaları gerektiğini kaydetmiştir. AİHM *Muñoz Díaz v. Spain* davasında ayrımcılık yasağı ve mülkiyet hakkı bakımından ihlal kararı verirken kültürel gelenek ve kimliklerden yararlanmıştı. Dolayısıyla Mahkemenin bu yorumuyla ayrımcılık yasağı ve mülkiyet hakkı kültürel kimlik hakkını da içerir hâle gelmiştir.

AİHS'de dernek kurma özgürlüğü ve özel yaşama ve aile yaşamına saygı gösterilmesi dışında başka temel hak ve özgürlüklerden de kültürel kimlik hakkı çıkarımları yapılabilir. Bu bağlamda din özgürlüğüyle ilgili birkaç davada Mahkeme, kültürel kimlikle olan bağlantıyı kabul etmiştir.³⁴⁰ *S.A.S. v. France* davasında, Pakistan'da doğan Sünni kültürel geleneğe sahip olan ve kadınların geleneksel olarak toplum içinde yüzünü tamamen kapattığı bir toplumdan gelen başvuru, Müslüman kadınların halka açık yerlerde peçe takmalarını yasaklamasını amaçlayan 11 Ekim 2010 tarihli Kanun'un, Sözleşme m. 9 kapsamındaki haklarının kullanılmasında ciddi bir engel oluşturduğunu, hakkın özüne dokunduğunu iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca, sosyal ve kültürel

³³⁹ ECHR, *Muñoz Díaz v. Spain*, para. 59.

³⁴⁰ Donders, "Towards a Right to Cultural Identity?" 2018, s. 537.

kimliğinin önemli bir parçası olarak değerlendirdiği uygulamanın yasaklanmasını, Sözleşme m. 8 kapsamındaki özel yaşama saygı hakkını ihlal ettiğini belirtmiştir.³⁴¹

AİHM kültürel kimlik hakkına ilişkin *S.A.S. v. France* davasında, çoğulculuğa nasıl saygı duyulacağına ve çoğulculuğun nasıl korunacağına ilişkin nihai kararın Taraf Devlette olduğunu belirtmiş olduğu kararda, her ne kadar Taraf Devletin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmişse de öncelikle yüzünü tamamen kapatmanın kişinin sosyal ve kültürel kimliğinin önemli bir parçası olabileceğini kabul etmiştir.³⁴² İkinci olarak Mahkeme, insan onuruna saygının gereği olarak kamuya açık yerlerde yüzü kapatan bir peçenin genel olarak yasaklanmasının meşru görülemez olduğunu belirtmiştir.³⁴³ Mahkeme söz konusu peçeyi demokrasinin doğasında var olan ve çoğulculuğa katkıda bulunan kültürel bir kimliğin ifadesi olduğuna işaret etmiştir. Diğer bir anlatımla Mahkeme, kültürel kimliğin bu şekilde ifade edilmesinin demokrasinin özünde bulunan çoğulculuğa katkıda bulunduğunu belirtmiştir. Mahkeme kararda demokrasinin basitçe çoğunluğun görüşlerinin her zaman üstün gelmesi gerektiği anlamına gelmediğini, azınlıklara üye kişilere adil muamele edilmesini sağlayan bir dengenin kurulması gerektiğini belirtmiştir.³⁴⁴ Bu kanaatlere karşı Mahkeme Taraf Devletin geniş takdir yetkisini dikkate alarak yüz kapatma yasağını, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasının bir parçası, toplum içinde veya birlikte yaşamının asgari gereklerine uyulmasını sağlama amacı yolunda haklı bir yöntem olarak değerlendirmiştir.³⁴⁵ Bununla birlikte Mahkeme, yasağın orantılılığına ilişkin olarak kadınların bu yasağı kimliklerine yönelik bir tehdit olarak algılayabileceklerini,³⁴⁶

³⁴¹ ECHR, *S.A.S. v. France*, Application No. 43835/11, 01.07.2014, paras. 76, 79.

³⁴² ECHR, *S.A.S. v. France*, para. 79.

³⁴³ ECHR, *S.A.S. v. France*, para. 120.

³⁴⁴ ECHR, *S.A.S. v. France*, para. 128.

³⁴⁵ ECHR, *S.A.S. v. France*, para. 142.

³⁴⁶ Donders, "Towards a Right to Cultural Identity?" 2018, s. 137.

başvurucu gibi inançlarıyla ilgili nedenlerle peçe takmayı seçen kadınların durumunu önemli ölçüde olumsuz etkileyeceği konusunda şüphe olmadığını kaydetmiştir. Mahkeme yasağın, onları tecrit etme ve özerkliklerini kısıtlama, ayrıca inançlarını açıklama özgürlüklerini ve özel yaşamlarına saygı haklarını kullanmalarını engelleyici etkiye sahip olabileceğini belirtmiştir.³⁴⁷ Mahkeme yasağın kapsamının geniş olduğunu kabul etmekle birlikte, (ibadet yerleri hariç) halka açık tüm yerleri ilgilendirdiği için 11 Ekim 2010 tarihli Kanun'un, kamusal alanda herhangi bir giysi veya kıyafet giyme özgürlüğünü etkilemediği kanaatine varmıştır.³⁴⁸ Karşı oyda ise iki üye Sözleşme ile güvence altına alınan somut bireysel hakların soyut ilkelere feda edildiğini; her halükarda, kişinin kendi kültürel ve dinsel kimliği hakkına dokunan böylesine geniş kapsamlı bir yasağın demokratik bir toplumda gerekli olmadığını belirtmiştir. Bu nedenle, Sözleşme m. 8 ve m. 9'un ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.³⁴⁹ Karşı oy yazısında kültürel kimlik hakkının açıkça ifade edilmiş olması kültürel kimlik hakkının tanınması ve güvenceye alınması bakımından önem arz etmektedir.

Sonuç olarak kültürel kimlik hakkı konusunda AİHM'nin demokratik bir toplumun parçası olarak kültürel kimliklere ve çoğulculuğa saygı gösterilmesine açıkça değer verdiği görülmektedir. Sözleşme'nin kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımamış olmasına karşın AİHM, birçok kez kültürel kimliği örneğin özel yaşama saygı, din özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü ile ilişkilendirerek hakkı güvenceye alıcı kararlar vermiş ve bu bağlamda Devletlerin farklı kültürel kimliklere saygı duymasını, bu kimlikleri korumasını, çoğunluk ve azınlık çıkarlarını uygun şekilde dengelemesini talep etmiştir.³⁵⁰ AİHM bu davalarda genellikle Taraf Devleti, AİHS'nin güvence altına aldığı haklardan birini ihlal ettiği için uyarırken ilk dönemlerde bizzat kimlik meselesine ilişkin

³⁴⁷ ECHR, *S.A.S. v. France*, para. 146.

³⁴⁸ ECHR, *S.A.S. v. France*, para. 151.

³⁴⁹ ECHR, *S.A.S. v. France*, para. 2, s. 61.

³⁵⁰ Donders, "Towards a Right to Cultural Identity?" 2018, s. 538.

baskın bir görüş oluşturmaktan kaçınmıştır. Tartışılan kimliğin lehinde veya aleyhinde karar vermek yerine, baskın veya resmi kavramlarla çatışmalar bile kişilerin bu tür konularda görüşlerini ifade etme ve tartışma konusunda özgür olduklarını saptamıştır. Bu yaklaşım ilk dönemlerde Avrupalı yargıçların, inşacı (*constructivist*) bir kimlik yaklaşımından kaçınması olarak yorumlanabilir. Fakat AİHM, daha sonra dinamik bir yaklaşım tercih ederek kültürel kimlik hakkına ilişkin talepleri AİHS’de tanınan diğer haklarla daha açık bir şekilde güvenceye alıp korumaya çalışmıştır. Bu yaklaşım, onların ortaya koydukları tutumun, en azından kimliklerin sabit ve doğal olmaktan ziyade gelişerek inşa edildiği ve müzakere edilebilir olarak gördüklerini göstermektedir.³⁵¹ Şüphesiz AİHM’yi bu yönde doğrudan doğruya bir karar almamaya yönlendiren temel faktör AİHS’de kültürel kimlik hakkının doğrudan tanınmamış olmasında aranabilir. Mahkeme bu hakka ilişkin talepleri doğal olarak Sözleşme’de tanınan diğer haklarla ilişkilendirerek pozitif hukukça destekleme yolunu tercih etmektedir.

b. Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Mahkemesi

Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Komisyonu (AAİHK) ve AAİHM, AMİHS ve “Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi” tarafından tanınan temel hakların belirgin bir şekilde kültürelleştirilmesiyle karakterize edilen bol miktarda evrimsel içtihat geliştirmiştir.³⁵² AAİHK ve AAİHM yerli halklar ve onların topraklarının mülkiyeti ve kullanımına yansıyan kültürel kimlikleriyle ilgili davaları sık sık ele almıştır.³⁵³ AAİHM incelemiş olduğu davalarda yaratıcı bir yorumla mülkiyet hakkının kültürel kimlik hakkıyla ilişkisini kurmuştur.

AAİHM *Moiwana Community v Ekvador* davasında yerli halkların toprak kullanımıyla ilgili taleplerde kültürel kimlik hakkını mülkiyet hakkı çerçevesinde tanıyıp

³⁵¹ Ringelheim, “Identity Controversies Before the European Court of Human Rights,” para. 3.

³⁵² Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law*, s. 174.

³⁵³ Donders, “Towards a Right to Cultural Identity?” 2018, s. 539.

güvenceye almıştır.³⁵⁴ Mahkeme yerli halkların kültürel kimlik ve bütünlüklerini korumaları için atalarının topraklarına sahip olmalarını temel bir faktör olarak görmüştür. Diğer bir anlatımla AAİHM, yerli halkların kültürel kimliklerini ve bütünlüklerini korumaya yönelik temel haklarından yararlanmaları için belirleyici bir ön koşul olarak atalarının topraklarına sahip olmasını gerekli görmüştür.³⁵⁵ Bu yaklaşım BM İnsan Hakları Komisyonunun daha önce de ifade edilen, kültürün, özellikle yerli halklar sözü konusu olduğunda toprak kaynaklarının kullanımıyla ilgili belirli bir yaşam tarzı dahil olmak üzere birçok biçimde kendini gösterdiğine dair görüşüne uygunluk gösterir. AAİHM *Moiwana Community v. Ekvador* davasında kutsal mekânları ve atalarının topraklarıyla ilişkilerini sürdürmemesini, *Moiwana* topluluğunun kültürel kimliğinden bir yönüyle temelden yoksun bırakılması anlamına geldiğini belirtmiştir.³⁵⁶

AAİHK *Maya Indigenous Community* davasında Belize'in, AMİHS'ye taraf olmamasından ötürü Amerikan İnsan Hakları Bildirgesi'nin çeşitli hükümlerini, özellikle mülkiyet hakkıyla ilgili m. 23'ü uygulamıştır.³⁵⁷ Komisyon yerli halkların, geleneksel olarak onlar tarafından işgal edilen ve kullanılan toprak ve kaynaklarla özel bir ilişkiye sahip olduğunu yinelemiştir. Yerli halkların atalarının topraklarıyla ilgili mülkiyet haklarının özel bir önem arz ettiğini belirten Komisyon, bu hakkın yalnızca ekonomik değil aynı zamanda sosyal ve kültürel bileşenlere sahip olduğunu belirtmiştir.³⁵⁸ Komisyon toprağın ve kaynaklarının kullanımını ve bunlardan yararlanılmasını yerli toplulukların fiziksel ve kültürel hayatta kalmalarının ayrılmaz bileşenleri olarak görmüş,

³⁵⁴ IACHR, *Moiwana Village v. Suriname*, paras. 88, 135.

³⁵⁵ Lenzerini, "Indigenous Peoples' Cultural Rights," s. 137. Yerli topluluklar Avrupalı sömürgecilerin gelişinden önce tarihi bir süreklilikle işgal ettikleri toprakları üzerindeki gerçek hak sahipleri olarak tanımlanmaktadır. Lenzerini, "Indigenous Peoples' Cultural Rights," s. 134.

³⁵⁶ IACHR, *Moiwana Village v. Suriname*, para. 188.

³⁵⁷ Donders, "Towards a Right to Cultural Identity?" 2018, s. 539.

³⁵⁸ IACHR, *Maya Indigenous Community of the Toledo District v. Belize*, Case 12.053, Report No. 40/04, OEA/Ser.L/V/II.122, 12.10.2004, para. 120, Doc.5 rev.1 at 727 (2004).

bu toplulukların toprak ve kaynaklarını kullanamamasının kültürel ve tarihsel kimliklerini tehlikeye attığını belirtmiştir. Komisyon, yerli halklar söz konusu olduğunda mülkiyet hakkının ayırt edici benzersiz bir anlamı olduğunu saptamıştır. Zira toprağın ve kaynaklarının kullanımı ve bunlardan yararlanılmasının yerli halkın fiziksel ve kültürel olarak hayatta kalmasının ayrılmaz bileşenleri olduğu kanaatine varmıştır.³⁵⁹

AAİHM, *Awat Tingni Community* davasında (uzman görüşünden hareketle), yerli halkların tanımındaki temel temalardan birinin, onların toprakla nasıl bir ilişki içinde olduklarına dair olduğunu belirtmiştir. Mahkeme tüm antropolojik ve etnografik araştırmalar ile yerli halkların son yıllarda sunduğu tüm belgelerin, yerli halklar ile toprak mülkiyeti arasındaki ayrıksı-özel ilişkiyi ortaya koyduğunu, bunun yerli halkların kültürel kimliğini olanaklı kılan temel bir bağ anlamına geldiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre toprak, yalnızca bir tarımsal üretim aracı değil aynı zamanda bu halkların tarihsel ve güncel dinamiklerinin bağlantılı olduğu coğrafi, sosyal, kültürel ve dinsel alanın bir parçasıdır.³⁶⁰ Mahkemeye göre yerli toplulukların toprakla olan yakın ilişkisi, onların kültürlerinin, manevi yaşamlarının, kültürel bütünlüklerinin ve ekonomik hayatta kalmalarının temeli olarak kabul edilmeli ve anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle yerli topluluklar için toprakla olan ilişki sadece mülkiyet ve üretim ilişkisi değil, aynı zamanda maddi ve manevi bir unsur, kültürel miraslarını korumak ve gelecek nesillere aktarmak için bir araçtır.³⁶¹ Mahkeme, bu davada açıkça kültürel kimlik hakkını tanınamış olsa da *Awat Tingni* toprakları üzerindeki mülkiyet hakkının sınırlandırılması ve tanınması konusunda kültürel referansları ön plana çıkarmış ve bu tür önlemlerin topluluğun değerlerine ve geleneklerine uygun olarak yapılması gerektiğini vurgulamıştır.³⁶²

³⁵⁹ IACHR, *Maya Indigenous Community of the Toledo District v. Belize*, paras. 114, 167.

³⁶⁰ IACHR, *Mayagna (Sumo) Awat Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of 31.08.2001, s. 24.

³⁶¹ IACHR, *Mayagna (Sumo) Awat Tingni Community v. Nicaragua*, para. 149.

³⁶² Donders, "Towards a Right to Cultural Identity?" 2018, s. 53.

AAİHM, mülkiyet hakkını ve diğer temel hakları kültürel kimlik hakkına bağlayarak toprak mülkiyeti ve onun kullanımı ile kültürel kimlik arasındaki güçlü bağlantıyı sürekli olarak tekraren teyit etmiştir. *Saramaka People-Surinam* davasında Mahkeme toprak mülkiyetinin, onlar için yalnızca bir geçim kaynağından daha fazlası olduğunu belirtmiş ve aynı zamanda *Saramaka* halkının yaşamının ve kültürel kimliğinin devamı için de gerekli bir kaynak olduğunu tespit etmiştir.³⁶³ AAİHM ayrıca, geleneksel yaşam tarzlarının ve farklı kültürel kimliklerin hayatta kalmaları için devletlere, yerli halkların sosyal yapılarına, ekonomik sistemlerine, geleneklerine ve inançlarına saygı gösterme ödev ve sorumluluğu yüklemiştir.³⁶⁴

AAİHM *Xákmok Kásek Community* davasında da kültürel kimlik hakkına doğrudan atıf yapmıştır. Mahkeme yerli toplulukların üyelerinin, atalarının kendi toprakları üzerindeki haklarını göz ardı etmenin, kültürel kimlik hakkı ve hayatta kalma hakkı gibi diğer temel hakları etkileyebileceğini belirtmiştir. Mahkeme *Xákmok Kásek Community* davasında, AAİHK'nin belirttiği gibi kültürel kimliklerini koruma ve geliştirme haklarını garanti altına almak için yerli halkların, bu toprakları geri alma veya aynı ölçü ve nitelikte başka toprakları alma hakları olduğunu yinelemiştir.³⁶⁵

AAİHM *Kichwa Yerli Halkı Sarayaku-Ekvador* davasında, mülkiyet hakkının bir unsuru olarak kültürel kimlik hakkını daha kapsamlı bir şekilde değerlendirmiştir.³⁶⁶ Hatta bunun yanı sıra kültürel kimlik hakkını bağımsız bir hak olarak tanıyıp güvence altına almıştır.³⁶⁷ Mahkeme kültürel kimlik hakkının, yerli toplulukların çok kültürlü, çoğulcu ve demokratik bir toplumda saygı gösterilmesi gereken temel bir hakkı olduğunu

³⁶³ IACHR, *The Saramaka People v. Suriname*, Judgment of 28.11.2007, para. 82.

³⁶⁴ IACHR, *The Saramaka People v. Suriname*, para. 121.

³⁶⁵ IACHR, *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of 24.08.2010, para. 51.

³⁶⁶ Donders, "Towards a Right to Cultural Identity?" 2018, s. 541.

³⁶⁷ IACHR, *The Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, Judgement of 27.08.2012, para. 211.

açıkça belirtmiştir.³⁶⁸ Mahkeme, yerli toplulukların atalarından gelen kendi toprakları üzerindeki haklarının göz ardı edilmesinin kültürel kimlik hakkını etkileyebileceğine karar vermiştir.³⁶⁹ Yine Mahkeme oldukça güçlü bir vurguyla Sözleşme m. 1/1’de belirlenen ayrımcılık yasağının gereği olarak “kültürel kimlik hakkının tanınmasının” Sözleşme tarafından korunan yerli halkların ve toplulukların temel insan haklarını kullanması ve bunlardan yararlanması, bu haklara saygı gösterilmesi ve bunların güvence altına alınması konularında bir bileşen olduğunu belirtmiştir.³⁷⁰ Diğer bir ifadeyle Mahkeme, açık bir şekilde yerli halklar için birçok temel hak ve özgürlüğün odak noktalarından biri olarak gördüğü kültürel kimlik hakkının bağımsız bir hak olarak tanınması gerektiğini savunmuştur. Ayrıca Mahkeme yerli halkların kültürel kimlik hakkının tanınmasıyla ilgili olarak özellikle ilgili iki uluslararası belgeye atıf yapmıştır. Bunlar “Yerli ve Kabile haklarına ilişkin 169 Sayılı ILO Sözleşmesi” ve YHHB’dir. Bunun dışında Mahkeme UNESCO’nun çeşitli uluslararası belgelerinin de kültür ve kültürel kimlik hakkını ele aldığını hatırlatmıştır.³⁷¹

AAİHM, kültürel kimlik hakkının mülkiyet hakkının bir unsuru olmasının dışında kendi başına bir bağımsız hak olduğu düşüncesini,³⁷² *Garifuna Triunfo Community* davasında yeniden teyit etmiştir.³⁷³ Mahkeme yerli halkın toprakla olan yakın bağlarını kültürlerinin, manevi yaşamlarının, bütünlüklerinin ve ekonomik hayatta kalmalarının esas temeli olarak kabul edilmesi ve böyle anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre yerli topluluklar için toprakla ilişki sadece bir mülkiyet ve üretim konusu değil, kültürel miraslarını korumak ve gelecek nesillere aktarmak için de tam olarak yararlanmaları

³⁶⁸ IACHR, *The Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, para. 217.

³⁶⁹ IACHR, *The Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, para. 212.

³⁷⁰ IACHR, *The Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, para. 213.

³⁷¹ IACHR, *The Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, para. 215.

³⁷² Donders, “Towards a Right to Cultural Identity?” 2018, s. 542.

³⁷³ IACHR, *Garifuna Triunfo de La Cruz Community and Its Members v. Honduras*, Judgment of 8.01.2015.

gereken maddi ve manevi bir unsurdur.³⁷⁴ Mahkeme, toprak ve kültürel kimlik arasındaki bağlantının yanı sıra Taraf Devletlerin mülkiyet hakkı kapsamında toplumun kültürel kimliğine saygı duyma ve bunu koruma yükümlülüklerine ilişkin içtihatlarını yinelemiştir.³⁷⁵ Mahkemeye göre, mülkiyet ve toprak haklarının kullanılması genel olarak yerli ve kabile halkları, özel olarak ise *Triunfo de la Cruz Garifuna* topluluğu için özel bir anlama sahiptir. Zira bu hakların kullanımının engellenmesi, bu halkların yaşamları ve kültürel kimlikleri ile gelecek nesillere aktarılacak kültürel miraslarını kaybetme veya bunların onarılamaz bir şekilde zarar görme tehlikelerini doğurur.³⁷⁶

AAİHM kültürel kimlik hakkından, kişilerin, birlikte veya topluluk olarak hareket etmeleri de dahil olmak üzere, ait olduğu kültüre bağlı bir yaşam biçimini sürdürdüğü ve onun gelişiminde rol aldığı bir veya birden fazla toplum, topluluk veya sosyal grupla özdeşlik ve kültüre bağlı bir yaşam tarzını devam ettirme özgürlüğünün anlaşıldığını; bu yüzden kültürel kimlik hakkının, kültürün tarihsel, dinamik ve evrimsel doğasını inkâr etmeden bir sosyal grubu karakterize eden ayırt edici özellikleri koruduğunu belirtmiştir.³⁷⁷ Diğer bir ifadeyle Mahkeme kültürel kimlik hakkından, bireysel veya topluluk olarak hareket etmeleri de dahil olmak üzere, kişilerin ait oldukları ve gelişiminde yer aldıkları bir veya daha fazla toplum, topluluk veya sosyal grupla özdeşleşme, kültüre bağlı bir yaşam tarzını takip etme özgürlüğünün güvenceye alınmasını anlamaktadır. Dolayısıyla Mahkemeye göre bu hak, kültürün tarihsel, dinamik ve evrimsel doğasını inkâr etmeden bir sosyal grubu karakterize eden ayırt edici özellikleri güvenceye alır. Bu davalar, AMİHS'nin kültürel kimlik hakkını doğrudan doğruya güvenceye almamasına rağmen AAİHK ve AAİHM'nin böyle bir hakkın

³⁷⁴ IACHR, *Garifuna Triunfo de La Cruz Community and Its Members v. Honduras*, s. 101.

³⁷⁵ IACHR, *Garifuna Triunfo de La Cruz Community and Its Members v. Honduras*, paras. 166–167.

³⁷⁶ IACHR, *Garifuna Triunfo de La Cruz Community and Its Members v. Honduras*, para. 294.

³⁷⁷ IACHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, Judgment of 06.02.2020, para. 240.

varlığını kabul ettiğini, tanıdığını ve buna karşılık gelen pozitif ve negatif devlet yükümlülüklerini tespit ettiğini göstermektedir. Sonuç olarak kültürel kimlik hakkı, başlangıçta AMİHS ve Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi'ndeki mevcut hakların bir parçası olarak inşa edilmiş, ancak son zamanlarda kendi başına bağımsız bir hak olarak tanınmaya başlanmıştır.³⁷⁸

c. Afrika İnsan Hakları Mahkemesi ve Afrika İnsan Hakları Komitesi

“Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu (*African Commission on Human and Peoples' Rights*)” (ACHPR) Şart m. 17, m. 21 ve m. 22'den ihlal kararı verdiği *Endorois* davasında³⁷⁹ kültürel kimliğe açık atıflar yapmıştır. Afrika Komisyonu kültürel kimliğin, din, dil ve diğer tanımlayıcı özellikleri kapsadığını tespit ederken³⁸⁰ kültürel kimlikle ilişkili olarak m. 17'nin kütüphaneler, kiliseler, camiler, tapınaklar ve sinagoglar gibi binalar ve yerler dahil olmak üzere grup kimlikleri için gerekli olan dinsel ve kültürel miraslara saygıyı ve bunların korunmasını gerektirdiğini belirtmiştir.³⁸¹ Benzer şekilde Komisyon anadil hakkını kişinin kültürel kimliğinin bir parçası olarak ele almıştır.³⁸² Komisyon m. 17 kapsamında anadilinin, kültürün ayrılmaz bir parçası ve en iyi ifade aracı olduğunu; aslında onun temelini oluşturduğunu belirtmiştir. Kullanımının kişiyi zenginleştirdiğini ve kişinin toplumda ve faaliyetlerinde aktif rol almasını sağladığını, bir kişiyi böyle bir katılımdan yoksun bırakmanın, onu kimliğinden mahrum etmek anlamına geldiğini belirtmiştir.³⁸³ Dolayısıyla anadilinden yoksunluk doğrudan kültürel kimliği

³⁷⁸ Donders, “Towards a Right to Cultural Identity?” 2018, s. 542.

³⁷⁹ ACHPR, *Endorois Welfare Council v. Kenya*, Communication No: 276/2003, 2003.

³⁸⁰ Rachel Murray and Steven Wheatley, “Groups and the African Charter on Human and Peoples' Rights,” *Human Rights Quarterly* 25, no. 1 (2003), s. 224.

³⁸¹ ACHPR, *Endorois Welfare Council v. Kenya*, para. 241. ACHPR, *Endorois Welfare Council v. Kenya*, par. 241.

³⁸² Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law*, s. 190.

³⁸³ ACHPR, *Malawi African Association and Others v. Mauritania*, Communication No. 54/91, 2000, para. 137.

sakatlayan bir etken olarak görülmüştür. Bu yorumdan bir kişinin, anadilinin kullanımından doğan yararlarından yoksun bırakılamayacağı, aksi takdirde kültürel kimliğinden yoksun kalacağı çıkarımı yapılabilir. Bu da anadilinin kullanılması yoluyla kültürel kimliğin güvenceye alınmasını dolaylıdır.³⁸⁴ Öte yandan Komisyon, Afrika Şartı m. 17'nin yorumunda, kültürel kimliği bireyler, gruplar, uluslar ve bölgeler arasında karşılıklı anlayış unsuru olarak değerlendirmiştir.³⁸⁵ Bu bağlamda etnik toplulukların ve azınlıkların ve nüfusun yerli kesimlerinin kültürel mirasına ilişkin farkındalığın ve bunlardan yararlanmanın teşvik edilmesi, azınlıkların korunması için ilgili devlete gerekli önlemleri alması ödevini yüklemektedir.³⁸⁶

Afrika İnsan Hakları Mahkemesi (AFİHM) de “*African Commission on Human and Peoples' Rights v Republic of Kenya*” kararında Ogiek Topluluğunun sürekli olarak *Mau Ormanı*'ndan etkili bir şekilde danışılmadan tahliye edildiğini, tahliyelerin Ogiek Topluluğunun ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimini olumsuz yönde etkilediğini belirtmiştir. Mahkeme kültür hakkının, dolayısıyla kültürel kimlik hakkının ihlal edilmesi sonucu doğuran işlem ve eylemler neticesinde Ogiek dilinin ve Ogiek kültürel ve dinsel uygulamalarının tam olarak tanınması için Kenya devletinin bir yıl içinde uygun olan bütün önlemleri alması gerektiğine hükmederek hakkı güvence altına almıştır.³⁸⁷

II. ULUSAL DÜZEYDE TANINMA

Kültürel haklar ve kültürel kimlik hakkının uluslararası hukuk öncülüğünde geliştiği görülmektedir. Nitekim tarihsel süreçte birçok hak ve özgürlük ilk olarak

³⁸⁴ Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law*, s. 190.

³⁸⁵ ACHPR, *Guidelines for National Periodic Reports, in Second Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples Rights 1988–1989*, ACHPR/RPT/2nd, Annex XII.

³⁸⁶ ACHPR, *Endorois Welfare Council v. Kenya*, para. 246.

³⁸⁷ African Court on Human and Peoples' Rights, *African Commission on Human and Peoples' Rights v Republic of Kenya*, Application No. 006/2012, Judgment of 26.05.2017, paras. 117, 154.

doğrudan anayasalar ile değil, bildirgeler ile tanınmıştır.³⁸⁸ Fakat günümüzde temel hak ve özgürlüklerin tanınmasında en yaygın ve etkin yöntem anayasayla tanınmadır.³⁸⁹ Diğer bir ifadeyle temel hak ve özgürlüklerin tanınmasında asıl ve öncelikli yöntem ulusal tanınmadır. İkincil olan uluslararası tanınma ve koruma ulusal korumayı tamamlayıcı nitelik taşır.³⁹⁰ İster uluslararası hukuk ile ister ulusal hukuk ile tanınmış olsun, temel hak özgürlüklerin uygulandığı alan esas olarak iç hukuklardır. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin uluslararası hukuk tarafından tanınması, aynı zamanda taraf devletlerin iç hukukta uygulayacakları normlara öncülük etmek amacını taşır.³⁹¹

Uluslararası hukukta bildirge, genel yorum gibi belgeler için bağlayıcılık sorunu veya sözleşmeye çekince koyma faktörü dikkate alındığında kültürel kimlik hakkının ulusal düzeyde tanınmasının önemi daha iyi anlaşılabilir. Gerçekten ulusal tanıma ve korumanın asli olduğu, uluslararası tanıma ve korumanın da ikincil olduğu bir sistemde ulusal düzeyde kültürel kimlik hakkının tanınmasının öncelikli seçenek olduğu açıktır. Zira devletin bireye karşı üstün olduğu düzende temel hak ve özgürlüklerin anayasalar yoluyla güvenceye alınmasındaki amaç (devlet gücü ile bireysel özgürlükler arasında bir denge kurarak) temel hak ve özgürlüklerin devlete karşı güvence altına alınmasıdır.³⁹² Bu nedenle anayasalar devletin temel kuruluşunu düzenleyen metinlerin yanı sıra devlet iktidarı karşısında bireylerin özgürlüklerini güvenceye alan belgeler³⁹³ olarak ifade

³⁸⁸ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 168.

³⁸⁹ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 167.

³⁹⁰ Betül Çatal, “İnsan Haklarının Korunmasında Ulusal, Bölgesel ve Uluslararası Mekanizmalar,” *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi* 1, Sayı: 1 (2018), s. 75.

³⁹¹ Mustafa Burak Çelebi, *İnsan Haklarının Uluslararası Düzeyde Korunması ve Birleşmiş Milletler Sistemi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Konya: Selçuk Üniversitesi, 2012), s. 38.

³⁹² Ozan Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine,” içinde *Erdal Onar Armağanı*, vol. 1 (Ankara: AÜHF Yayınları, 2013), s. 436.

³⁹³ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku: Genel Esaslar*, 21. Baskı (İstanbul: Beta Yayınları, 2017), s. 11.

edilmiştir. Nitekim anayasacılığın özü kişi hak ve özgürlüklerinin düzenlenerek devlete karşı korunmasıdır.³⁹⁴

Uluslararası hukukta kültürel haklar ve kültürel kimlik hakkına ilişkin sorunlar düşünüldüğünde ulusal düzeyde tanınmanın önemi daha belirgin hâle gelmektedir.³⁹⁵ Kültürel kimlik hakkının ulusal düzeyde tanınması anayasayla tanınma, kanunla tanınma ve yargı yoluyla tanınma olarak üç temel başlık altında incelenebilir. Anayasayla ve kanunla tanınmada kültürel kimlik hakkı öncelikle dar anlamda ele alınabilir. Bunun dışında kültürel kimlik hakkından geniş anlamda ancak kültürel hakları atıf yapılması halinde söz edilebilir. Diğer bir ifadeyle dernek kurma özgürlüğü, eğitim ve öğrenim hakkı, ifade özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi hakların kültürel unsurları içermemesi durumunda, kültürel kimlik hakkının bu hakların bir unsuru olarak değerlendirilmesi olanaklı görünmemektedir. Zira adı geçen temel hak ve özgürlükleri düzenlemeyen bir anayasa veya kanun bulmak neredeyse olanaksız olduğundan kapsam çok genişlemiş olur. Ulusal düzeyde yargı yoluyla tanımada ise kültürel kimlik hakkı dar ve geniş anlamda ele alınabilir.

A. ANAYASAYLA TANINMA

Temel hak ve özgürlükler belli bir düşünsel ve toplumsal olgunlaşma sürecinden sonra hukuk tarafından tanınır.³⁹⁶ Hak olarak savunulan talebin kabul görmesi, mevcut hukuk sistemiyle uyum sağlamasına bağlıdır. Norm öncesi durumdan hukuk kuralına geçiş aşaması, savunulan hak isteminin pozitif hukukça tanınmasıyla tamamlanır. Bu anlamda temel normatif düzey anayasal tanınmadır. Hukuksallaşma sürecinde anayasa, ulusal ölçekte en üst ve yaygın araç olarak ortaya çıkar.³⁹⁷ Dolayısıyla ulusal düzeyde

³⁹⁴ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 167.

³⁹⁵ Horvâth, "Cultural Identity and Legal Status," s. 171.

³⁹⁶ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 237-242.

³⁹⁷ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı (Ankara: İmge Kitabevi, 2002), s. 47, 49.

hukukun ilk akla gelen asli kaynağı anayasalardır.³⁹⁸ Anayasayla tanınma esas olmakla birlikte, anayasa ile tanınmayan haklar kanun ile tanınabilir.³⁹⁹ Günümüzde yöntemsel farklılıklar olmakla birlikte neredeyse bütün anayasalar temel hak ve özgürlükleri tanıyıp güvence altına almaktadır. Bazı anayasalar temel hak ve özgürlükleri çok sınırlı bir şekilde veya dolaylı olarak tanıırken bazıları ise doğrudan ve ayrıntılı olarak düzenleyebilir.⁴⁰⁰

Bir hak ya da özgürlük bir hukuksal metinde kayda geçirildiğinde tanınmış olur. Tanınma, ilgili hak veya özgürlüğün ilkesini koymaktır.⁴⁰¹ Hak ve özgürlüklerin anayasa ile tanınması bir anlamda onlara verilen önemi gösterir. Temel hak ve özgürlüklerin normlar hiyerarşisindeki en üst norm ile tanınması hem hakka sağlanan güvencenin ölçüsünü güçlendirir hem de yasama organı dahil iktidar sahibi olan her organa karşı hakkın ileri sürülebilmesini sağlar. Özetle tanınma düzeyi, hakkın güvence sisteminin etkinliğini gösterir. Bu nedenlerden ötürü özgürlüklerin tanınmasının en ideal yolu anayasa ile tanınmadır.⁴⁰²

Temel hak ve özgürlüklerin anayasayla doğrudan tanınması birkaç yöntemle gerçekleştirilebilir. Doğrudan tanınmanın ilk yöntemi bir hak veya özgürlüğün anayasada sadece adının ifade edilmesidir.⁴⁰³ Anayasayla tanınmanın bir diğer yöntemi hak veya özgürlüğün ayrıntılı bir şekilde güvenceye alınmasıdır.⁴⁰⁴ Bu bağlamda bir hak veya özgürlüğün ayrıntılarıyla düzenlenmesi onun doğrudan tanınması anlamına gelir.⁴⁰⁵

³⁹⁸ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 237-242.

³⁹⁹ Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku*, 6. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), s. 485.

⁴⁰⁰ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı*, 2. Baskı (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2019), s. 413.

⁴⁰¹ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 285.

⁴⁰² Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 57.

⁴⁰³ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 166.

⁴⁰⁴ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 57.

⁴⁰⁵ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 166.

Bunun dışında doğrudan tanınmanın bir başka yöntemi hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere veya kanunlara atıf yapılarak bunlara anayasal değer kazandırılmasıdır.⁴⁰⁶ Örneğin 1958 Fransız Anayasasında temel hak ve özgürlükler için ayrı bir bölüme yer verilmemiş, bu alandaki boşluk başlangıç kısmında 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ve 1946 Fransız Anayasasının başlangıç kısmındaki temel ilkelere atıfta bulunularak giderilmiştir.⁴⁰⁷ Benzer şekilde 1787 Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Anayasasının ilk (orijinal) metninde temel hak ve özgürlüklere yer verilmezken ilerleyen dönemlerde kabul edilen düzenlemeler (*amendment*) ile temel hak ve özgürlükler Anayasaya eklenmiştir.⁴⁰⁸

Kültürel kimlik hakkı diğer temel hak ve özgürlükler gibi anayasa tarafından açıkça ve doğrudan doğruya tanınabileceği gibi dolaylı yoldan da tanınabilir. Ayrıntılı incelemede görüleceği üzere kültürel kimlik hakkının anayasa ile tanınmasında Latin Amerika ülkeleri dikkat çekmektedir. Yerli halkların ve azınlıkların bulunduğu Latin Amerika ülke anayasaları kültürel kimlik hakkını nispeten geniş bir şekilde tanımıştır.⁴⁰⁹ Bolivya, Kolombiya, Nikaragua ve Paraguay 1980'lerin başından itibaren kültürel hakları ve kültürel kimlik hakkını tanıyan, yeni anayasalar veya anayasa değişiklikleri ile güvence altına alan devletler olmuştur.⁴¹⁰ Avrupa kıtasında Letonya, Finlandiya, Moldova, Polonya, Karadağ, Bosna-Hersek gibi devletler de kültürel kimlik hakkını 1990'ların başından itibaren anayasalarla tanımıştır.

Kültürel kimlik hakkının Avrupa'da Doğu Avrupa ve İskandinav ülkelerinde doğrudan ya da dolaylı yoldan tanındığı görülmektedir. İskandinav bölgesinde özellikle

⁴⁰⁶ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 57.

⁴⁰⁷ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 57.

⁴⁰⁸ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı*, s. 413.

⁴⁰⁹ Janusz Symonides, "Cultural Rights," in *Human Rights: Concept and Standards*, ed. Janusz Symonides, 1st ed. (London: Routledge, 2000), s. 186.

⁴¹⁰ Stavenhagen, "A Social Science Perspective," s. 197.

yerli halk olarak Saamilerin kültürel kimlik hakkının dolaylı olarak tanındığı görülmektedir. Kuşkusuz burada yerli halk olarak Saamilerin geleneksel yaşam tarzının ve hak mücadelelerinin önemli bir etkisi vardır. Bunun dışında Doğu Avrupa ülkelerinde de azınlık haklarının azımsanmayacak ölçüde tanındığı görülmektedir. Bu bağlamda Letonya, Kuzey Makedonya, Romanya, Moldova, Bosna-Hersek, Ukrayna ve Kosova'nın kültürel kimlik hakkını doğrudan tanıyan Avrupa ülkeleri olduğu görülmektedir.

- *Kültürel kimlik hakkının doğrudan tanınması*

Birçok ülke anayasasının kültürel kimlik hakkını klasik yöntemle, diğer bir anlatımla ya sadece kültürel kimlik hakkını ifade ederek ya da hakkı ayrıntılı bir şekilde güvenceye alarak doğrudan tanıdığı görülmektedir. 1983 El Salvador Anayasası,⁴¹¹ 1991

⁴¹¹ 1983 El Salvador Anayasası (m. 63/2) “*El Salvador yerli halkları tanır ve onların etnik ve kültürel kimliklerini, dünya görüşlerini, değerlerini ve maneviyatlarını korumak ve geliştirmek için önlemler alır.*”

Romanya Anayasası,⁴¹² 1992 Letonya Anayasası,⁴¹³ 1993 Peru Anayasası,⁴¹⁴ 1994 Moldova Anayasası,⁴¹⁵ 1994 Gine Anayasası,⁴¹⁶ 1996 Ukrayna Anayasası,⁴¹⁷

⁴¹² 1991 Romanya Anayasası (m. 6) “Devlet, ulusal azınlık mensuplarının etnik, kültürel, dilsel ve dinsel kimliklerini koruma, geliştirme ve ifade etme hakkını tanır ve güvenceye alır.” hükmüyle ulusal azınlıklara üye kişilerin kültürel kimlik hakkını açıkça tanıyıp güvenceye alır.

Öte yandan Romanya’da yaşamayan Rumen vatandaşların kültürel kimlik hakkının korunması ve geliştirilmesi için m. 7, “Devlet, ülke sınırları dışındaki Rumenlerle bağların güçlendirilmesini destekler ve vatandaşı oldukları devletin mevzuatına saygı duyarak etnik, kültürel, dilsel ve dini kimliklerinin korunması, geliştirilmesi ve ifade edilmesi için çalışır.” hükmü düzenlenmiştir. Dolayısıyla yurt dışında yaşayan Rumen vatandaşların kültürel kimlik hakkı da güvenceye alınmak istenmiştir.

⁴¹³ 1992 Letonya Anayasası (m. 114) “Etnik azınlıklara mensup kişiler, dillerini ve etnik ve kültürel kimliklerini koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”

⁴¹⁴ 1993 Peru Anayasası (m. 2/19) herkesin “etnik ve kültürel kimliğine sahip” olduğunu belirterek kültürel kimlik hakkını açıkça tanır. Aynı hükmün devamında “Devlet, ulusun etnik ve kültürel çeşitliliğini tanır ve korur.” ifadesiyle kültürel çeşitliliğin devlet tarafından tanındığı ve devletin güvencesinde olduğu düzenlenmektedir.

Anayasa (m. 2/17) herkesin “... ulusun siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel yaşamına bireysel olarak veya başkalarıyla birlikte katılma hakkına sahip...” olduğunu belirtir. Bu hüküm dolaylı olarak kültürel kimlik hakkını içerir. Öte yandan bu düzenleme “herkesin” kültürel yaşama katılma hakkını, dolaylı olarak kültürel kimlik hakkını tanıyarak öznel bakımından geniş bir çerçeve sunar.

Anayasa m. 89/3 “Devlet, kırsal ve yerel toplulukların kültürel kimliğine saygı duyar.” hükmüyle yerli halkların kültürel kimlik hakkını özel olarak tanır ve korur.

⁴¹⁵ 1994 Moldova Anayasası (m. 10/2) “Devlet, tüm vatandaşların etnik, kültürel, dilsel ve dinsel kimliklerini koruma, geliştirme ve ifade etme hakkını tanır ve güvenceye alır.” hükmüyle herkesin kültürel kimlik hakkını doğrudan doğruya tanır.

Anayasa (m. 50/5) “Kamu makamları, gençlerin ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve sportif yaşamına serbestçe katılabilmeleri için uygun koşulları sağlamakla yükümlüdür.” hükmüyle geniş anlamda kültürel kimlik hakkı konusunda devlete yükümlülükler yükler.

⁴¹⁶ 1994 Gine Anayasası (m. 17) “Devletin temel görevi, ulusal vicdan ve haysiyetin desteklenmesi ve toplumun uyumlu gelişimini teşvik eden bir faktör olarak kültürel kimliğin korunması için uygun koşulları yaratmak ve teşvik etmektir.”

⁴¹⁷ 1996 Ukrayna Anayasası (m. 11) “Devlet, Ukrayna ulusunun tarihsel bilincinin, geleneklerinin ve kültürünün pekiştirilmesini ve gelişmesini ve ayrıca Ukrayna’nın tüm yerli halklarının ve ulusal azınlıklarının etnik, kültürel, dilsel ve dinsel kimliğinin gelişimini teşvik eder.” hükmüyle kültürel kimlik hakkını geniş bir açıdan doğrudan tanır.

1987 Nikaragua Anayasası,⁴¹⁸ 1991 Kuzey Makedonya Anayasası,⁴¹⁹ 1991 Kolombiya Anayasası,⁴²⁰ 1997 Polonya Anayasası,⁴²¹ 2006 Sırbistan Anayasası,⁴²² 2008 Ekvador

⁴¹⁸ 1987 Nikaragua Anayasası (m. 89/2) “*Atlantik Kıyısı Toplulukları, ulusal birlik içinde kültürel kimliklerini koruma ve geliştirme, kendi sosyal örgütlenme biçimlerini sağlama ve yerel işlerini geleneklerine göre yönetme hakkına sahiptir.*” düzenlemesiyle yerli halklardan Atlantik Kıyısı Topluluklarının kültürel kimlik hakkını tanıır.

Anayasa (m. 180) “*Karayip Kıyısı Toplulukları, tarihi ve kültürel geleneklerine karşılık gelen siyasi-idari, sosyal ve kültürel örgütlenme biçimleri altında yaşama ve kendilerini geliştirme konusunda devredilemez haklara sahiptir.*” hükmü de bir diğer yerli kişi topluluğu olan Karayip Kıyısı Topluluklarının kültürel kimlik hakkını güvence altına alır.

Bunun dışında Anayasa (m. 89) “*İşçilerin kültürel, bilimsel ve teknik gelişim hakları vardır.*” hükmü işçilerin geniş anlamda kültürel kimlik hakkını tanıır.

Anayasa, temel haklardan eğitim hakkını doğrudan kültürel kimlik referansıya beraber güvence altına alarak kültürel kimlik hakkını diğer bir yönden tanımaktadır. Anayasa (m. 68/5) “*Etnik grupların üyeleri, kültürel kimliklerine saygı duyan ve onları geliştiren bir eğitim hakkına sahip olacaktır.*” hükmüyle kültürel kimlik hakkını eğitim hakkıyla beraber tanımaktadır.

Anayasa (m. 310/2) “*Yerli (Hint) topluluklarının kültürel kimliklerini korumak ve yerli (Hint) topluluklarının çevresini ve doğal kaynakları korumak için her Meclis üye çoğunluğu tarafından onaylanan bir kanunla taşınmaz mal devrini özel koşullara tabi tutulacağını ...*” belirterek öncelikle kültürel kimlik hakkını doğrudan bir atıf yapar. Öte yandan Anayasa’nın bu düzenlemesi, yerli halklar bakımından (toprak ve doğal kaynaklar özelinde) mülkiyet hakkıyla kültürel kimlik hakkı arasındaki ayrılmaz ilişkiyi ortaya koymaktadır.

⁴¹⁹ 1991 Kuzey Makedonya Anayasası (m. 48) “*Cumhuriyet ulusların etnik, kültürel, dilsel ve dinsel kimliklerinin korunmasını güvenceye alır.*” hükmüyle hakkı güvenceye alarak kültürel kimlik hakkını doğrudan tanıır.

Ayrıca Anayasa (m. 20) “*Vatandaşlar siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel haklarını ve diğer hak ve inançlarını kullanmak ve korumak üzere dernek kurma özgürlüğü güvencesi altındadır.*” hükmüyle kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak güvenceye alır. Anayasa’nın burada dernek kurma özgürlüğü yoluyla kültürel kimlik hakkını geniş anlamda tanıdığı çıkarımı yapılabilir. Zira Anayasa dernek kurma hakkını ekonomik ve sosyal hakların yanında özel olarak kültürel hakların kullanılması amacıyla da tanımıştır.

Ayrıca Anayasa, Ek (Değişiklik)-VIII hükmüyle kişi topluluklarının kültürel kimlik hakkını tanımıştır. Buna göre

“*Topluluk üyeleri kimliklerini ve topluluk özelliklerini özgürce ifade etme, geliştirme ve topluluk sembollerini kullanma hakkına sahiptir.*”

Cumhuriyet, tüm toplulukların etnik, kültürel, dilsel ve dinsel kimliğinin korunmasını garanti eder.

Topluluk üyeleri kimliklerini ifade etmek, geliştirmek ve geliştirmek için kültür, sanat, bilim ve eğitim kurumları ile akademik ve diğer dernekler kurma hakkına sahiptir.”

⁴²⁰ 1991 Kolombiya Anayasası (m. 68) “*Etnik grupların üyeleri, kültürel kimliklerine saygı gösteren ve onları geliştiren eğitim hakkına sahip olacaktır.*” düzenlemesiyle kültürel kimlik hakkını eğitim hakkıyla birlikte tanımaktadır.

Anayasa (m. 7) “*Devlet, Kolombiya ulusunun etnik ve kültürel çeşitliliğini tanır ve korur.*” düzenlemesi de geniş anlamda kültürel kimlik hakkını kapsar.

Ayrıca Anayasa Geçici Hüküm (m. 55/1) “*Mevcut Anayasanın yürürlüğe girmesini takip eden iki yıl içinde Kongre, hükümetin bu amaçla oluşturacağı özel bir komisyonun çalışmasının ardından geleneksel ekim uygulamalarına ve aynı yasanın sınırlayacağı alanlar üzerindeki kolektif mülkiyet hakkına uygun olarak Pasifik Havzası nehirlerine bitişik kırsal bölgelerdeki işlenmemiş toprakları işgal etmeye başlayan Siyah Toplulukları dikkate alacak bir yasa çıkaracaktır.*” ve m. 55/4 “*Aynı kanun, bu toplulukların kültürel kimliğinin ve haklarının korunmasına, ekonomik ve sosyal kalkınmalarının ilerletilmesine yönelik mekanizmalar kurar.*” hükümleri belirtilen toplulukların kültürel kimlik hakkını özel olarak doğrudan tanır.

⁴²¹ 1997 Polonya Anayasası (m. 35/2) “*Ulusal veya etnik azınlıklar ... kültürel kimlikleriyle ilgili sorunların çözümüne katılma hakkına sahiptir.*” diyerek kültürel kimlik hakkıyla birlikte kültürel katılma hakkını tanır.

Ayrıca Anayasa (m. 35/1) “*Polonya Cumhuriyeti, ulusal veya etnik azınlıklara üye Polonya vatandaşlarının kendi dillerini koruma ve geliştirme, gelenek ve göreneklerini sürdürme ve kendi kültürlerini geliştirme özgürlüğünü güvenceye alır.*” hükmüyle ulusal veya etnik azınlıklara üye olan Polonya vatandaşlarının kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak tanır.

⁴²² 2006 Sırbistan Anayasası (m. 48) “*Sırbistan Cumhuriyeti, eğitim, kültür ve kamuyu bilgilendirme alanlarında uygulanan tedbirler yoluyla vatandaşlarının belirli etnik, kültürel, dilsel veya dinsel kimliklerinden kaynaklanan çeşitliliğin anlaşılmasını, tanınmasını ve bunlara saygı duyulmasını teşvik eder.*” hükmüyle devlete kültürel kimlik konusunda ödev yükler.

Anayasa ayrıca (m. 80/1) “*... ulusal azınlıklara üye kişilerin gönüllü olarak finanse edilen eğitim ve kültür dernekleri kurabileceğini ...*” belirterek kültürel kimlik hakkını dernek kurma özgürlüğü kapsamında dolaylı yoldan tanır. Aynı madde, fıkra 2, Sırbistan Cumhuriyeti’nin “*ulusal azınlıkların eğitim ve kültür derneklerinin ulusal azınlık üyelerinin haklarını kullanmalarındaki özel rolünü kabul ...*” ettiğini belirtir.

Anayasa (m. 81) devletin eğitim ve kültür alanında “*etnik, kültürel, dilsel veya dinsel kimliğine bakılmaksızın topraklarında yaşayan tüm insanlar arasında karşılıklı saygı, anlayış ve iş birliğini geliştirmek için etkili önlemleri ...*” alacağını belirterek ayrımcılık yasağı çerçevesinde kültürel kimlik hakkına atıf yapar.

Anayasası,⁴²³ 2008 Kosova Anayasası,⁴²⁴ 2009 Bolivya Anayasası,⁴²⁵ 2010 Angola Anayasası,⁴²⁶ 2014 Mısır Anayasası,⁴²⁷ 2015 Kongo Cumhuriyeti Anayasası⁴²⁸ kültürel kimlik hakkını doğrudan doğruya tanımıştır.

⁴²³ 2008 Ekvador Anayasası (m. 21) “*Herkes, kendi kültürel kimliklerini oluşturma ve sürdürme, bir veya birden fazla kültürel topluluğa ait olup olmamaya karar verme ve bu seçimlerini ifade etme hakkına sahiptir.*” hükmüyle kültürel kimlik hakkını tanıır.

Anayasa (m. 10) “*Kişiler, topluluklar, halklar, uluslar ve toplumlar hakların taşıyıcılarıdır ve Anayasa ve uluslararası belgelerde kendileri için güvence altına alınan haklardan yararlanırlar.*” hükmüyle genel olarak hakların öznelerini belirler. Anayasa, bu öznelerin uluslararası belgelerde tanınan haklardan da yararlanacağını belirterek kültürel kimlik hakkına aynı zamanda dolaylı olarak da atıf yapar. Hakların bireysel ve toplu olarak kullanılabilceğini ifade eden m. 11, “... hiç kimsenin diğer kimlikler ve özelliklerinin yanı sıra kültürel kimliği nedeniyle ayrımcılığa maruz bırakılmayacağını ...” belirterek hakkı ayrımcılık yasağı ilkesi bakımından güvenceye alır.

Bunun dışında Anayasa (m. 57) yerli halkların kültürel kimlik hakkına yönelik özel bir düzenleme öngörmektedir. Buna göre, “*Yerli komünler, topluluklar, halklar ve ulusların kolektif hakları Anayasa ve insan hakları sözleşmeleri, teamüller, bildirgeler ve diğer uluslararası belgelere uygun olarak tanınır ve güvenceye alınır.*” Bu bağlamda (m. 57/1) adı geçen yararlanıcıların “*Kimliklerini, aidiyet duygularını, atalarından kalma gelenekleri ve sosyal örgütlenme biçimlerini özgürce sürdürme, geliştirme ve güçlendirme*” hakkına; aynı madde 2. fıkrada, “*Kökenleri, etnik veya kültürel kimlikleri nedeniyle ırkçılığa veya herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmama*” hakkına sahip olduğunu belirtir. Anayasa hem öznelerin kapsamı hem de hakların güvenceye alınması bakımından oldukça gelişmiş bir hukuksal metin özelliği taşımaktadır.

Anayasa (m. 66/24) ise “*herkesin toplumun kültürel yaşama katılma hakkını*” düzenleyerek geniş anlamda kültürel kimlik tanıır.

⁴²⁴ 2008 Kosova Anayasası (m. 58/3) “*Kosova Cumhuriyeti, ulusal, etnik, kültürel, dilsel veya dinsel kimlikleri nedeniyle ayrımcılığa, düşmanlığa veya şiddete maruz kalabilecek kişileri korumak için gerekli tüm önlemleri alır.*” hükmü kültürel kimlik hakkını açıkça düzenler.

Anayasa (m. 59/1) topluluk üyelerinin bireysel veya toplu olarak “... *kültürlerini ifade etme, sürdürme ve geliştirme ve kimliklerinin temel unsurlarını, yani dinlerini, dillerini, geleneklerini ve kültürlerini koruma* ...” hakkına sahip olduğunu belirtir. Dolayısıyla geniş anlamda da kültürel kimlik hakkını tanıır. Ayrıca Anayasa, bu hakların ister bireysel olarak ister toplu olarak kullanılabilceğini belirterek kullanım olanaklarını sınırlandırmamaktadır.

Aynı madde fıkrada 12 bu kişilerin “... *yasalara ve uluslararası standartlara uygun olarak herhangi bir ülkedeki kişilerle, özellikle etnik, kültürel, dilsel veya dinsel bir kimliğe veya ortak bir kültürel mirasa sahip kişilerle serbest ve barışçıl ilişkiler* ...” kurmasını ve sürdürmesini güvenceye alır.

⁴²⁵ 2009 Bolivya Anayasası (m. 30/19) “... *bir milletin ve kırsal alanda yaşayan yerli halkın bir kültürel kimliği, dili, tarihi geleneği, kurumları, toprağı ve dünya görüşünü paylaşan ... insan topluluğu* ...” olduğunu belirterek kültürel kimliği bir millet veya yerli halkın temel unsurlarından biri sayar.

1987 Nikaragua Anayasası klasik anlamda doğrudan tanımanın yanı sıra (m. 46) ulusal topraklardaki herkesin ESKHS, MSHS, Amerikan Devletleri Örgütünün AMİHS ve Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi'ndeki haklardan yararlanacağını açıkça belirtmiştir. Dolayısıyla Nikaragua Anayasası farklı bir yöntemle temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslararası sözleşme ve bildirelere atıf yaparak kültürel kimlik hakkını doğrudan herkes için anayasal düzeyde tanımıştır.

1995 Bosna-Hersek Anayasası, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerden hangilerinin uygulanacağını özel olarak belirterek, diğer bir ifadeyle bu belgelerin iç hukukun bir parçası olduğunu açıkça ifade ederek kültürel kimlik hakkını

Ardından m. 30/2(2) "*Uluslar veya kırsal alanda yaşayan yerli halklar kültürel kimlik hakkına sahiptir.*" hükmüyle açıkça tanıır. Anayasa m. 30/2(3) bendi her üyeye "... eğer isterse kültürel kimliğinin, Bolivya vatandaşlığı ile birlikte nüfus cüzdanı, pasaport ve yasal geçerliliği olan diğer kimlik belgelerine kaydetme" hakkını tanıır. Anayasa, Bolivya vatandaşlığıyla, diğer bir ifadeyle anayasal kimlikle birlikte kültürel kimliğin temel kimlik belgelerine kaydedilme hakkını tanıyarak oldukça güçlü bir şekilde kültürel kimlik hakkını güvenceye almaktadır.

⁴²⁶ 2010 Angola Anayasası (m. 87/1) "*Vatandaşlar ve topluluklar, kültürel, dilsel ve sanatsal kimliklerine saygı gösterilmesi, (bunların) takdir edilmesi ve korunması hakkına sahiptir.*" düzenlemesiyle vatandaşların ve toplulukların kültürel kimlik hakkını açıkça düzenler. Anayasa kişilerin yanı sıra toplulukların da kültürel kimlik hakkını tanıyarak birçok ülke anayasasından ayrışır. Aynı madde 2. fıkra "*Devlet, Angola halkının tarihsel, kültürel ve sanatsal mirasının korunmasını ve takdir edilmesini özendirir ve teşvik eder.*" hükmüyle dolaylı olarak kültürel kimlik hakkını içerir.

Anayasa (m. 218/2) "*Belirli kültürel ve tarihi özellikler ve gelişmişlik düzeyleri dikkate alınarak belediyeler üstü düzeyde yerel yönetimler oluşturulabilir.*" hükmüyle yerel yönetimlerin geniş anlamda kültürel kimliğe uygun olarak oluşturulabileceğini belirtir.

⁴²⁷ 2014 Mısır Anayasası (m. 47) "*Devlet, çeşitli uygarlık kökenleri ile Mısır kültürel kimliğini korumaya kararlıdır.*" hükmüyle Mısır kültürel kimliğini açıkça korur.

Öte yandan (m. 48) "*Kültür, her yurttaşın devlet tarafından güvence altına alınan bir hakkıdır.*" düzenlemesiyle geniş anlamda kültürel kimlik hakkı tanınmıştır. Ayrıca Anayasa m. 50, Mısır'ın tüm maddi ve manevi uygarlığı ile Firavun, Kıpti, İslami ve çağdaş dönemlerin kültürel mirasını devletin güvencesindeki ulusal ve insani miras olarak belirler.

⁴²⁸ 2015 Kongo Cumhuriyeti Anayasası (m. 28/1) "*Kültür hakkı ve her vatandaşın kültürel kimliğine saygı gösterilmesi güvence altındadır.*" hükmüyle kültürel kimlik hakkıyla beraber kültür hakkı açıkça düzenlenmiştir. Kültürel kimlik hakkı her Kongo vatandaşına verilmiştir. Aynı madde 2. fıkra bu hakkın kullanımının kamu düzenine veya başkalarına ve milli birliğe zarar vermemesi gerektiğini belirtir.

atıf yöntemiyle doğrudan tanımıştır. Buna göre Anayasa ek-1 gereği, kültürel kimlik hakkını içeren ESKHS, MSHS, Irk Ayrımcılığı Sözleşmesi, ÇHS, Göçmen İşçileri Sözleşmesi ve Çerçeve Sözleşme'nin ülkede uygulanmasıyla kültürel kimlik hakkının doğrudan güvenceye alındığı çıkarımı yapılabilir.

Benzer şekilde 2010 Nijer Anayasası, başlangıç bölümünde bağımsız Nijer Halkı'nın kültürel kimliğini koruma kaygısıyla çoğulcu demokrasi ve insan hakları ilkelerine olan bağlılık çerçevesinde BM İHEB, ESKHS, MSHS, AFİHS'de beyan edilen hakların güvenceye alındığını belirtmiştir. Dolayısıyla Anayasa "kültürel kimliği koruma" vurgusu ve atıf yoluyla kültürel kimlik hakkını tanımıştır.

2016 Orta Afrika Cumhuriyeti Anayasası, başlangıç bölümünde Orta Afrika Halkı'nın İHEB, ESKHS, MSHS, AFİHS'yi kabul ettiğini belirterek atıf yoluyla doğrudan kültürel kimlik hakkını tanımıştır.

2020 Cezayir Anayasası, Anayasa'nın başlangıç bölümünde "ulusal kültürel kimliğe" bir atıf yapmıştır. Anayasa kültürel kimlik hakkını hem doğrudan hem de dolaylı olarak tanımıştır. Anayasa öncelikle, başlangıç bölümünde Cezayir halkının İHEB, ESKHS, MSHS, AFİHS ve "Arap İnsan Hakları Sözleşmesi"nde belirtilen insan haklarına tam bağlılıklarını beyan ettiğini belirterek kültürel kimlik hakkını uluslararası hukuk belgeleri yoluyla tanımıştır.

Doğrudan tanımının olduğu düzenlemelere bakıldığında farklı yöntemlerin tercih edildiği görülmektedir. Kategorik anlamda kültürel kimlik hakkı temel haklar veya kişi hakları kısmında düzenlenmişse genellikle hakkın klasik şekilde tanındığı görülmektedir. Fakat haklar kısmında düzenlenmesine rağmen az da olsa hakkın, devletin bir ödevi kapsamında tanındığı görülmektedir. Bu bağlamda, El Salvador, Ekvador, Nikaragua, Kolombiya, Kuzey Makedonya, Letonya, Polonya, Sırbistan, Bolivya, Angola ve Kongo anayasaları kültürel kimlik hakkını kişi hakları veya temel haklar kısmında güvence altına almıştır. Bunlardan Kuzey Makedonya ve Kolombiya anayasaları kültürel kimlik hakkını

temek hakların altında ekonomik, sosyal ve kültürel haklar bölümünde tanımıştır. Farklı bir örnek olarak Kosova Anayasası kültürel kimlik hakkını “topluluk hakları” kısmında tanımıştır. Kişi hakları veya temel haklar kısmında düzenleme yapan ülkelerden Nikaragua, Kolombiya, Letonya, Peru, Polonya, Ekvador, Bolivya, Angola ve Kongo Cumhuriyeti anayasaları kültürel kimlik hakkını klasik hak tanınması yöntemiyle güvenceye almıştır. Buna karşılık El Salvador, Kuzey Makedonya, Sırbistan anayasaları devlete ödev yüklemesi suretiyle kültürel kimlik hakkını güvenceye almıştır. Diğer bir ifadeyle kültürel kimlik hakkı devletin ödevleri kapsamında tanınmıştır. Kosova Anayasası farklı olarak kültürel kimlik hakkını hem bir hak olarak tanımış hem de devletin ödevi kapsamında güvenceye almıştır.

Kültürel kimlik hakkı kategorik anlamda temel ilkeler veya kuruluş kısmında düzenlenmiş olabilir. Burada ise hakkın genellikle devlete bir ödev yüklemesi şeklinde güvenceye alındığı görülmektedir. Nitekim Kolombiya, Romanya, Moldova ve Ukrayna anayasaları kültürel kimlik hakkını temel ilkeler kısmında düzenlemiştir. Bu anayasalar devletin ödevleri kapsamında kültürel kimlik hakkını güvenceye alma yoluna gitmiştir.

Öte yandan kültürel kimlik hakkı topluluk hakkı (kolektif hak) ve/veya bireysel hak olarak tanımlanabilir. Bireysel hak şeklinde tanıma, kendi içinde “herkes”, “vatandaşlar” ve “azınlığa mensup kişiler” biçiminde sınıflandırılabilir. Bu bağlamda Makedonya, Moldova, Kongo Cumhuriyeti vatandaşların kültürel kimlik hakkını tanımıştır. Diğer bir ifadeyle kültürel kimlik hakkının yararlanıcıları olarak vatandaşları belirlemiştir. Buna göre herkes hakkın öznesi değildir. Peru, Ekvador anayasaları ise herkesin kültürel kimlik hakkını güvenceye alarak bireysel anlamda olabildiğince geniş bir yararlanıcı kümesi oluşturmuştur. Polonya Anayasası etnik ve ulusal azınlıklar ile vatandaşların kültürel kimlik hakkını tanıyarak hakkı hem bireysel hem kolektif olarak düzenlemiştir. Romanya ve Sırbistan anayasaları ulusal azınlıklara mensup kişilerin, Letonya etnik azınlıklara mensup kişilerin kültürel kimlik hakkını tanımıştır. Ukrayna Anayasası tüm yerli halklar

ile ulusal azınlıkların kültürel kimlik hakkını tanımıştır. Dolayısıyla burada kültürel kimlik hakkı kolektif nitelik arz eder. Kosova Anayasası kültürel azınlıkların hakkını bireysel ve kolektif olarak güvenceye almıştır. Ekvador Anayasası ise hem bireysel olarak herkesin hem de kolektif olarak toplulukların kültürel kimlik hakkını güvenceye almıştır. Bolivya Anayasası uluslar ile yerli halkların kültürel kimlik hakkını tanımıştır. Angola Anayasası ise bireysel olarak vatandaşların, kolektif hak olarak ise toplulukların kültürel kimlik hakkını güvenceye almıştır.

Doğrudan tanınmanın olduğu Latin Amerika ülkelerinde yerli halkların kültürel kimlik hakkının özel olarak ve daha güvenceli bir şekilde tanındığı görülmektedir. Diğer bir ifadeyle özellikle yerli halkların kültürel kimlik hakkı, herkesin veya vatandaşların hakkı gibi genel tanınma yoluyla değil özel olarak tanınmıştır. Örneğin 1987 Nikaragua Anayasası farklı yerli halkların kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımış ve bunların kültürel kimlik hakkını ayrı ayrı ve doğrudan düzenleyerek konuya özel önem vermiştir. Şöyle ki Nikaragua Anayasasında kültürel kimlik hakkı kişi hak, ödev ve güvenceleri kısmında düzenlenmiş ve Atlantik Kıyısı Toplulukları ile Karayip Kıyısı Topluluklarının kültürel kimlik hakkı özel olarak güvenceye alınmıştır.⁴²⁹ Ayrıca Latin Amerika'da yerli halk topluluklarının kültürel kimlik hakkının genellikle kolektif hak biçiminde tanınmış olması dikkat çekmektedir. Fakat bu ülkelerde yerli halkların kültürel kimlik hakkı kolektif-bireysel bir hak şeklinde de tanınabilmektedir. Ayrıca bu ülke anayasalarının kültürel kimlik hakkını daha güvenceli bir şekilde tanıdığı görülmektedir. Bu gelişimde uluslararası hukukun da olumlu etkisinden söz edilebilir. Diğer ülkelerde ise genellikle

⁴²⁹ 1987 Nikaragua Anayasası Geçici m. 55, Pasifik Havzasının nehirlerine bitişik kırsal bölgelerde ekilmemiş toprakları geleneksel tarım uygulamalarına uygun olarak işgal eden Siyah Toplulukların kültürel kimliklerinin ve haklarının korunması ve ekonomik ve sosyal gelişimlerinin ilerletilmesi için mekanizmalar kurulmasını öngörmektedir. Anayasa burada anayasal düzeyde belli bir bölgedeki yerli halkların kültürel kimlik hakkını özel olarak güvence altına almış ve bu konuda geçici bir hükümle Kongrenin, hükümetin bu amaçla oluşturacağı özel bir komisyon tarafından yapılan bir çalışmanın ardından, gerekli yasal düzenlemeleri yapmasını öngörmüştür.

kültürel kimlik hakkının ulusal, etnik, dilsel veya dinsel azınlıkların üyelerine veya herkese tanınması yoluyla daha çok bireysel nitelikte güvence altına alındığı görülmektedir.

- *Kültürel kimlik hakkının dolaylı yoldan tanınması*

Temel hak ve özgürlükler, doğrudan tanınmanın dışında dolaylı yoldan da güvence altına alınabilir. Dolaylı tanınmada hak veya özgürlük açık bir şekilde bütün unsurlarıyla düzenlenmemesine rağmen ilgili hak veya özgürlüğün kapsamına giren unsurlara yer verilebilir. Burada bir anayasa, hak veya özgürlüğün adını zikretmeksizin hak veya özgürlüğün içeriğini meydana getiren fiil ya da dokunulmazlığı belirtebilir.⁴³⁰ Kültürel kimlik hakkı bağlamında kişinin kültürünü geliştirme hakkına veya ait olduğu kültürel topluluğu seçme hakkına sahip olması, kültürel yaşama katılma hakkına sahip olması hakkın dolaylı tanınmasına örnek gösterilebilir.

Kültürel kimlik hakkı ulusal düzeyde anayasa ile dolaylı yoldan tanınabilir. Bu bağlamda ilk olarak kültürel kimlik hakkıyla ilişkili bir kültürel hakkın anayasa ile tanınmış olması durumunda kültürel kimlik hakkının geniş anlamda tanınmasından söz edilebilir. Diğer bir ifadeyle kültürel kimlik hakkı geniş anlamda ancak anayasa tarafından kültürel haklara atıf yapılması durumunda tanınabilir. İkinci olarak kültürel kimlik hakkını içeren temel hak ve özgürlüklerden birinin ancak kültürel unsurlar içermesi halinde geniş anlamda kültürel kimlik hakkının tanınmasından söz edilebilir. Üçüncü olarak bir anayasanın kültürel haklar konusunda kültürel kimlik hakkına geniş anlamda yer veren uluslararası belgelere kültürel konularda atıf yapması durumunda da anayasa yoluyla dolaylı tanınma ortaya çıkabilir.

Kültürel kimlik hakkını içeren temel hak ve özgürlüklerden birinin kültürel unsurlar içermesine, dernek kurma özgürlüğünün anayasa tarafından kültürel unsurları

⁴³⁰ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 166.

kapsar şekilde bir düzenlenmesi örnek verilebilir. Buna göre dernek kurma özgürlüğü bir anayasada kültürel kimlik hakkıyla ilgili kültürel bir unsura yer verilerek güvence altına alınmışsa anayasanın dolaylı olarak kültürel kimlik hakkını tanıdığı çıkarımı yapılabilir. Fakat dernek kurma özgürlüğü kültürel unsurlar içermeksizin düzenlenmişse bu durumda o anayasanın, geniş anlamda kültürel kimlik hakkını tanıdığı çıkarımını yapmak güçtür. Bu nedenle dernek kurma özgürlüğü, eğitim ve öğrenim hakkı, ifade özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi (salt biçimiyle de geniş anlamda kültürel kimlik hakkı anlamına gelen) temel hak ve özgürlüklerin dolaylı olarak anayasayla tanındığına dair yaklaşım anayasayla tanınma başlığı altında benimsenmeyecektir.⁴³¹

Avrupa’da Norveç, İsveç, Portekiz, Andora, Polonya, Finlandiya, Sırbistan ve Karadağ gibi ülke anayasalarının kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak tanıdığı görülmektedir. Birçok kez değişikliğe uğrayan 1814 Norveç Anayasası’nın devamı niteliğindeki Norveç Anayasası yerli halk Saamilerin kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak güvence altına almaktadır. 1971’den bu yana önemli yasal tanıma ve yargısal adımların sonunda⁴³² 1988 yılında yapılan Anayasa değişikliği⁴³³ ile devlete birtakım ödevler yüklenmiştir. Bunun gibi Saamilerin kültürel kimlik hakkı Finlandiya ve İsveç

⁴³¹ Ancak bir yargı organının sözü edilen bir temel hak ve özgürlüğü geniş yorumlayarak veya kültürel kimlik hakkını ilgili hakkın kapsamında değerlendirerek tanınması durumunda geniş anlamda kültürel kimlik hakkının tanınmasından söz edilebilir ki, bu da yargısal veya yarı-yargısal organlar aracılığıyla tanınma başlığı altında değerlendirilmiştir.

⁴³² Federico Lenzerini, “Sovereignty Revisited: International Law and Parallel Sovereignty of Indigenous Peoples,” *Texas International Law Journal* 42, no. 1 (2006), s. 173. Anayasa değişikliğinden sonra da Saami anadilinin resmi olarak tanınması, 1989’da Finnmark’ta 1989’da Saami parlamentosunun kurulması, 1992’de Sami Dili Kanunu’nun kabul edilmesi devam eden yasal gelişmelerden olmuştur. Stephen May, “Misconceiving Minority Language Rights: Implications for Liberal Political Theory,” in *Language Rights and Political Theory*, ed. Will Kymlicka and Alan Patten (New York: Oxford University Press, 2007), s. 134.

⁴³³ Norveç Anayasasında 2011 yılında yapılan Anayasa değişikliği sonrası yerli halkların ve etnik, dilsel ve dinsel azınlıkların kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak tanımıştır. Anayasa m. 108, “*Sami halkının dilini, kültürünü ve yaşam biçimini korumasını ve geliştirmesini sağlayacak koşulları oluşturmak Devlet yetkililerinin sorumluluğundadır.*”

anayasalarında da tarihsel olarak kanunlardan sonra anayasa yoluyla geniş anlamda güvence altına alınmıştır.

1982 Kanada Anayasası (m. 27) kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak güvenceye almıştır.⁴³⁴ Anayasa (m. 35 ise) farklı bir yöntemle Kanada yerli halklarının mevcut Aborjin haklarıyla yerli gruplar ve federal hükümet arasındaki antlaşmalarla garanti altına alınan hakların tanındığını ve onaylandığını belirterek yerli halkların kültürel kimlik hakkını güvenceye almıştır.⁴³⁵ Burada farklı bir yöntemden söz edilebilir. Zira görünürde kültürel kimliğe ilişkin bir atıf yoktur. Fakat bu antlaşmalar yargısal ve yarı-yargısal organların karar ve yorumları ışığında kültürel kimlik hakkını içerir hâle gelmiştir. Dolayısıyla Anayasa'daki bu hüküm dolaylı tanınmayı içeren bir hukuk belgesine yapılan bir atıf olarak ele alınabilir. Fakat bu tanınma yöntemi bir farkla "Antlaşma Haklarını" anayasal düzeye çıkararak hakkı anayasal güvenceye bağlar. Anayasa m. 35/3'e göre "Antlaşma Hakları", yerli halkların toprak mülkiyeti talepleri sonucunda elde edilen hakları içerir. Toprak mülkiyetine ilişkin talepler yerli halklar söz konusu olduğunda, çeşitli yargısal ve yarı-yargısal organların da belirttiği üzere, kültürel kimlik hakkını içerir. Zira mülkiyet hakkının bir parçası olarak toprak hakları, genellikle ilgili topraklar üzerindeki tüm doğal kaynakların etkin bir şekilde kontrol edilmesini kapsayacak şekilde değerlendirilmektedir. Özellikle yerli halklar söz konusu olduğunda, onların geleneksel olarak topraklarıyla var olan manevi ilişkileri bu türden kaynakları ve dolayısıyla kültürel kimliği toprakla ayrılmaz bir şekilde birbirine bağlı kılmaktadır.⁴³⁶ Dolayısıyla bu antlaşmalar aynı zamanda kültürel kimlik hakkını içerir. Ayrıca Anayasa yerli halkların

⁴³⁴ 1982 Kanada Anayasası (m. 27) "*Bu Şart, Kanadalıların çok kültürlü mirasının korunması ve geliştirilmesi lehinde tutarlı bir şekilde yorumlanır.*" hükmüyle kültürel kimlik hakkını içerir. Diğer bir ifadeyle kültürel mirasın geniş yorumlanması sonucunda Anayasanın kültürel kimlik hakkını içerdiği çıkarımı yapılabilir.

⁴³⁵ Kanada Anayasası m. 35/2 Kanada'nın Kızılderili, Eskimo ve Métis halklarının Kanada'nın yerli halkları oluşturduğunu belirtir.

⁴³⁶ Lenzerini, "Indigenous Peoples' Cultural Rights," s. 139.

haklarını etkin bir şekilde tanıyıp güvenceye almıştır. Anayasa yerli halkların haklarının diğer birtakım hak ve özgürlüklerin güvenceye alınması kapsamında iptal edilemeyeceğini ve anlamsız kılınamayacağını belirtmiştir.⁴³⁷

1974 İsveç Anayasası,⁴³⁸ 1976 Portekiz Anayasası,⁴³⁹ 1991 Slovenya Anayasası,⁴⁴⁰ 1992 Estonya Anayasası,⁴⁴¹ 1993 Andora Anayasası,⁴⁴² 1994 Etiyopya

⁴³⁷ Kanada Anayasası (m. 25) “*Bu Şart’ta belirli hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, ... herhangi bir yerli halkın antlaşma haklarıyla diğer hak veya özgürlüklerini ilga edecek veya bunlardan yoksun kalmasına yok açacak şekilde yorumlanmaz.*”

⁴³⁸ 1974 İsveç Anayasası birinci kısım m. 2/5, “*Sami halkı ile etnik, dilsel ve dinsel azınlıkların kendilerine ait kültürel ve sosyal yaşamlarını koruma ve geliştirme olanakları desteklenir.*” hükmü Saami halkının ve diğer azınlıkların geniş anlamda kültürel kimlik hakkını tanıır.

⁴³⁹ 1976 Portekiz Anayasası (m. 78) kültürel mirasın korunması çerçevesinde kültürel kimlik hakkına bir atıf yapar. Bu bağlamda m. 78/2(c) devlete “*Kültürel mirasın korunmasını ve geliştirilmesini teşvik etme ve onu ortak bir kültürel kimliğe ilham veren bir unsur haline getirme*” yükümlülüğü yükler. Dolayısıyla zayıf da olsa Anayasa’nın geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerdiği çıkarımı yapılabilir.

⁴⁴⁰ 1991 Slovenya Anayasası (m. 64) Yerli İtalyan ve Macar ulusal toplulukları ve üyelerinin kültürel dernek kurma özgürlüğünün olduğunu belirterek geniş anlamda kültürel kimlik hakkını tanıır.

⁴⁴¹ 1992 Estonya Anayasası (m. 11) “*Ulusal azınlıklar, ulusal kültür çıkarları doğrultusunda, Ulusal Azınlıklar Kültürel Özerklik Yasası’nda öngörülen koşullar ve usuller çerçevesinde özyönetim kurumları kurma hakkına sahiptir.*” düzenlemesiyle kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak tanıır.

⁴⁴² 1993 Andora Anayasası (m. 34) “*Devlet, Andorra’nın tarihsel, kültürel ve sanatsal mirasının korunmasını, tanıtılmasını ve yayılmasını güvenceye alır.*” hükmüyle geniş anlamda kültürel kimlik hakkını tanıır.

Anayasası,⁴⁴³ 1999 Finlandiya Anayasası,⁴⁴⁴ 2007 Karadağ Anayasası,⁴⁴⁵ 1987 Filipinler Anayasası,⁴⁴⁶ 1992 Paraguay Anayasası,⁴⁴⁷ 1993 Rusya Federasyonu Anayasası,⁴⁴⁸ 1994

⁴⁴³ 1994 Etiyopya Anayasası (m. 39) “*Her ulus ve halk, kendi ... kültürünü geliştirme, kültürünün büyümesine ve gelişmesine yardımcı olma ve tarihi mirasını koruma hakkına sahiptir.*” düzenlemesiyle dolaylı olarak kültürel kimlik hakkını tanır.

⁴⁴⁴ 1999 Finlandiya Anayasası (m. 17/3) “*Yerli bir halk olarak Saamilerin yanı sıra Romanlar ve diğer gruplar da kendi dillerini ve kültürlerini koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Saamilerin yetkililer nezdinde Saami dilini kullanma haklarına ilişkin hükümler bir Kanunla belirlenir.*” hükmüyle kültürel kimlik hakkını dolaylı yoldan düzenler. Ayrıca Anayasa yerli halk olarak Saamilerin geniş anlamda kültürel kimlik hakkını tanıdığı gibi, başta Romanlar olmak üzere diğer azınlıkların da kültürel kimlik hakkını tanır.

Son olarak Finlandiya Anayasası (m. 121) Saamilerin anavatanlarında kültürel özerklik haklarını da tanır ve “*kendi bölgelerinde, Saamilerin dilsel ve kültürel özyönetimleri olduğunu*” belirtir.

⁴⁴⁵ 2007 Karadağ Anayasası azınlık hakları kısmında kimliğin korunmasını düzenleyen m. 79’da ulusal azınlıklara ve diğer ulusal azınlık topluluklarına mensup kişilerin bireysel olarak veya başkalarıyla birlikte kullanabilecekleri temel hak ve özgürlükleri olduğunu belirtir. Bu bağlamda m. 79/1 bu kişiler, “*... ulusal, etnik, kültürel ve dinsel özellikleri kullanma, koruma, geliştirme ve alenen ifade etme hakkına sahiptir.*” Bu hükmün kültürel kimlik hakkını içerdiği çıkarımı yapılabilir. Aynı madde, fıkra 5, bu kişilerin, devletin maddi desteğiyle eğitim, kültür ve din dernekleri kurma hakkını tanır. Kültürel dernek kurma hakkını açıkça tanıyan bu hüküm de geniş anlamda kültürel kimlik hakkı anlamına gelir şekilde yorumlanabilir.

⁴⁴⁶ 1987 Filipinler Anayasası (m. 2/22) “*Devlet, ulusal birlik ve kalkınma çerçevesinde yerli kültürel toplulukların haklarını tanır ve destekler.*” hükmüyle yerli toplulukların kültürel haklarını genel olarak tanır. Bu bağlamda kültürel kimlik hakkının, kültürel haklara yapılan genel atıf ile dolaylı yoldan tanındığı çıkarımı yapılabilir.

Anayasa (m. 12/5) “*Devlet, bu Anayasanın hükümlerine ve ulusal kalkınma politikalarına ve programlarına uygun olarak yerli kültürel toplulukların ekonomik, sosyal ve kültürel refahlarını sağlamak için atalarının toprakları üzerindeki haklarını korur.*” düzenlemesiyle de kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak tanır. Anayasa, burada yerli halklar için birçok açıdan farklı anlamlar ifade eden mülkiyet hakkını, toprak hakları özelinde ele almıştır. Yerli halkların toprakları üzerindeki hakları kültürel, ekonomik ve sosyal haklarla ilişkisi kurularak düzenlenmiştir.

Anayasa (m. 14/17) “*Devlet, yerli kültürel toplulukların kendi kültürlerini, geleneklerini ve kurumlarını koruma ve geliştirme haklarını tanır, korur ve bunlara saygı gösterir.*” hükmüyle de geniş anlamda kültürel kimlik hakkını tanır. Zira kültürel kimlik hakkı yerli kültürel toplulukların kültürlerini geliştirme ve koruma haklarını içerir.

⁴⁴⁷ 1992 Paraguay Anayasası (m. 65) “*ülkenin ekonomik, sosyal, politik ve kültürel yaşamına katılma hakkını Yerli halkların geleneklerine ... uygun olarak ...*” güvence altına almıştır. Kültürel yaşama katılma hakkı geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerir. Bu nedenle Anayasa kültürel kimlik hakkını içerdiği çıkarımı yapılabilir.

Tacikistan Anayasası,⁴⁴⁹ 1996 Güney Afrika Anayasası,⁴⁵⁰ 1996 Gambiya Anayasası,⁴⁵¹
2001 Senegal Anayasası,⁴⁵² 2005 Demokratik Kongo Cumhuriyeti Anayasası,⁴⁵³ 2010

Ayrıca Anayasa (m. 66) devletin, eğitimde, özellikle örgün eğitimde yerli halkların kültürel özelliklerine saygı göstermesi gerektiğini belirtmektedir. Temel bir hak olarak eğitim ve öğrenim hakkı, kültürel referanslarla birlikte düzenlendiğinden aynı zamanda geniş anlamda kültürel kimlik hakkı olarak yorumlanabilir. Anayasa (m. 63) yerli halkların kendi yaşam alanlarında etnik kimliklerini koruma ve geliştirme haklarını tanımakta ve güvence altına almaktadır. Yine aynı madde “... yerli halkların kendi siyasal, sosyal, ekonomik, kültürel ve dinsel örgütlenme sistemlerini özgürce hayata geçirme hakkına” sahip olduğunu belirterek kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak düzenlemektedir.

⁴⁴⁸ 1993 Rusya Federasyonu Anayasası (m. 44/2) “Herkesin kültürel yaşama katılma, kültürel tesisleri kullanma ve kültürel değerlere ulaşma hakkı vardır.” hükmüyle dolaylı olarak kültürel kimlik hakkını tanıır.

⁴⁴⁹ 1994 Tacikistan Anayasası (m. 40/1) “Herkesin toplumun kültürel yaşamına, sanatsal, bilimsel ve teknik yaratıcılığın özgürce katılma ve kazanımlarını kullanma hakkı vardır.” hükmüyle geniş anlamda kültürel kimlik hakkını tanıır.

⁴⁵⁰ 1996 Güney Afrika Anayasası (m. 30) “Herkesin kendi seçtiği dili kullanma ve kültürel yaşama katılma hakkı vardır.” hükmüyle dolaylı olarak kültürel kimlik hakkını tanıır.

Anayasa (m. 31/1) “Kültürel, dinsel veya dilsel bir topluluğa mensup kişilerin, o topluluğun diğer üyeleriyle birlikte (a) kendi kültürlerini yaşama, dinlerini uygulama ve dillerini kullanma haklarının ...” engellenemeyeceğini; (b) “kültürel, dinsel ve dilsel dernekler ve diğer sivil toplum organları kurma, bunlara katılma ve bunları sürdürme hakkından mahrum ...” bırakılmayacağını kaydeder. Dolayısıyla Anayasa kültürü yaşama katılma ve dernek kurma hakları yönüyle de kültürel kimlik hakkını geniş anlamda tanımıştır.

Anayasa ayrıca m. 185 ile Kültürel, Dinsel ve Dilsel Toplulukların Haklarının Teşviki ve Korunması Komisyonunu kurmuştur. Komisyonun amaçları m. 185/1(a-b) “kültürel, dinsel ve dilsel toplulukların haklarına saygıyı geliştirmek”; (b) “eşitlik, ayrımcılık yapmama ve özgür birliktelik temelinde kültürel, dinsel ve dilsel topluluklar arasında barışı, dostluğu, insanlığı, hoşgörüyü ve ulusal birliği teşvik etmek ve geliştirmek” olarak belirlenmiştir.

⁴⁵¹ 1996 Gambiya Anayasası kültür başlığını taşıyan m. 32’de “Herkes ... herhangi bir kültür, dil, gelenek veya dinden yararlanma, bunları uygulama, açıklama, sürdürme ve tanıtma hakkına sahiptir.” hükmüyle geniş anlamda kültürel kimlik hakkını tanıır.

⁴⁵² 2001 Senegal Anayasası Senegal Cumhuriyeti’nin “tüm vatandaşlarının temel bireysel özgürlüklerinin, ekonomik ve sosyal haklarının ve kolektif haklarının güvence altına” aldığını belirtir. Bu bağlamda Anayasa (m. 8/1) “kültürel özgürlükleri” de güvence altına almaktadır.

⁴⁵³ 2005 Demokratik Kongo Cumhuriyeti Anayasası (m. 46/19) “Kültür hakkı, entelektüel ve sanatsal yaratım özgürlüğü ile bilimsel ve teknolojik araştırma özgürlüğü, yasalara, kamu düzenine ve ahlaka saygı saklı kalmak kaydıyla güvence altına alınmıştır.” hükmüyle genel bir kültür hakkı tanıır. Dolayısıyla kültürel kimlik hakkını da tanıır.

Kırgızistan Anayasası,⁴⁵⁴ 2010 Kenya Anayasası,⁴⁵⁵ 2013 Zimbabve Anayasası,⁴⁵⁶ 2014 Tunus Anayasası,⁴⁵⁷ 2015 Nepal Anayasası,⁴⁵⁸ 2018 Çad Anayasası⁴⁵⁹ kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak tanımıştır.

Kültürel kimlik hakkını dolaylı yoldan tanıyan ülke anayasalarına bakıldığında hakkın genellikle, kişi hakları ya da temel haklar kısımlarında güvence altına aldığı görülmektedir. Bunun dışında hak, az da olsa temel kuruluş veya ilkeler kısmında dolaylı olarak tanınmıştır. Bu bağlamda Norveç, Nepal, Slovenya, Andora, Finlandiya, Karadağ, Paraguay, Rusya, Tacikistan, Güney Afrika, Gambiya, Kırgızistan, Kenya, Zimbabve,

⁴⁵⁴ 2010 Kırgızistan Anayasası (m. 49/2) “Herkesin kültürel yaşama katılma ve kültürel değerlere ulaşma hakkı vardır.” hükmüyle geniş anlamda kültürel kimlik hakkını tanıır.

⁴⁵⁵ 2010 Kenya Anayasası (m. 44/1) “Herkes dilediği dili kullanma ve kültürel yaşama katılma hakkına sahiptir.” hükmüyle kültürel yaşama katılma hakkı yoluyla kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak tanıır. Anayasa (m. 44/2) “Kültürel ... bir topluluğa üye bir kişinin, o topluluğun diğer üyeleriyle birlikte” (a) “kültüründen yararlanma”; (b) “kültürel ... dernekler ve diğer sivil toplum organları oluşturma, bunlara katılma ve bunları sürdürme” hakkına sahip olduğunu belirtir. Anayasa 44/2’nin her iki hükmü de aynı şekilde geniş anlamda kültürel kimlik hakkını kapsar. Buna göre Anayasa kültürel bir topluluğa üye olan herkesin, topluluğunun diğer üyeleriyle birlikte kendi kültüründen yararlanma ve kültürel dernekler kurma hakkını, dolayısıyla kültürel kimlik hakkını tanıır. Şu durumda Anayasa üç kültürel ve temel hak dolayısıyla kültürel kimlik hakkını tanımış olur.

⁴⁵⁶ 2013 Zimbabve Anayasası (m. 63/1(b)) “Herkesin kendi seçtiği kültürel yaşama katılma hakkı vardır.” düzenlemesiyle dolaylı olarak kültürel kimlik hakkını tanıır. Anayasa ayrıca bölüm 2, m. 3/2(i-i) hükmü kültürel grupların haklarının tanındığını açıkça düzenler. Dolayısıyla burada da kültürel kimlik hakkının geniş anlamda tanındığı çıkarımı yapılabilir.

⁴⁵⁷ 2014 Tunus Anayasası (m. 42/1) “Kültür hakkı güvence altına altındadır.” hükmüyle geniş anlamda kültürel kimlik hakkını tanıır. Öte yandan aynı madde 2. fıkra “Devlet kültürel mirası korur ve gelecek nesiller için güvence altına alır.” düzenlemesi de geniş anlamda kültürel kimlik hakkını kapsar.

⁴⁵⁸ 2015 Nepal Anayasası (m. 32/2) “Her kişi ve topluluk, kendi topluluğunun kültürel yaşamına katılma hakkına sahiptir.” hükmüyle kültürel yaşama katılma hakkı dolayısıyla kültürel kimlik hakkını tanıır. Aynı madde 3. fıkra “Nepal’de yaşayan her topluluk, dilini, yazısını, kültürünü, kültürel uygarlığını ve mirasını koruma ve tanıma hakkına sahiptir.” hükmü de geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerir. Anayasa (m. 51/1(j-9)) hükmü devlete “Azınlık topluluklarının kimliklerini koruyarak sosyal ve kültürel haklarını kullanabilmeleri için özel düzenlemeler yapma” sorumluluğunu yüklemektedir.

⁴⁵⁹ 2018 Çad Anayasası başlangıç bölümünde kültürel çeşitliliği kabul eder, kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak tanıır. Anayasa (m. 34/1) “Her Çadlinin kültür hakkı vardır.” hükmüyle kültürel haklar konusunda genel bir “kültür hakkı” ifadesine yer verir. Dolayısıyla geniş anlamda kültürel kimlik hakkını da tanıır.

Tunus gibi anayasalarının kültürel kimlik hakkını temel haklar kısmında güvence altına aldığı görülmektedir. İncelenen anayasalar arasında Filipinler ve İsveç kültürel kimlik hakkını temel kuruluş kısmında tanımıştır. Bu bağlamda iki ülke anayasası da hakkı, devlete bir ödev yükleme şeklinde güvenceye almıştır. Anayasalar devlete (dolaylı olarak) kültürel kimlik hakkının tanınması ve desteklenmesi ödevini yüklemiştir. Bu yöntem tek başına etkili güvenceler içermediğinden hakkın hukuksal koruması bakımından yeterli bir güvence sağlayamayabilir. Portekiz Anayasası ise farklı olarak kültürel kimlik hakkını kültürel haklar ve ödevler kısmında düzenlemiştir. Öte yandan Burkina Faso Anayasası kültürel kimlik hakkını, temel haklar ve ödevler kısmının altında sosyal ve kültürel haklar bölümünde devletin bir ödevi olarak güvence altına almıştır. Angola Anayasası kültürel kimlik hakkını ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ve ödevler kısmında doğrudan doğruya tanıırken dolaylı yoldan tanımada da devlete ödev ve sorumluluklar yüklemiştir.

Kültürel kimlik hakkını temel haklar kısmında düzenleyen anayasalardan Nepal, Slovenya, Finlandiya, Paraguay, Rusya, Tacikistan, Güney Afrika, Gambiya, Kırgızistan, Kenya, Zimbabve anayasaları kültürel kimlik hakkını klasik bir hak yöntemiyle tanımıştır. Buna karşın Norveç ve Andora anayasaları devletin bir ödevi olarak kültürel kimlik hakkını güvence altına almıştır. Angola, Karadağ, Tunus anayasaları ise kültürel kimlik hakkını hak şeklinde tanımının yanı sıra devletin bir ödevi olarak da güvenceye almıştır.

Öte yandan dolaylı yoldan tanınmaya bakıldığında hakkın bireysel ve/veya kolektif hak olarak tanındığı görülmektedir. Karadağ, Rusya, Tacikistan, Güney Afrika, Gambiya, Kırgızistan, Kenya, Senegal, Çad, Zimbabve gibi ülke anayasaları kültürel kimlik hakkını bireysel hak olarak tanımışlardır. Bu ülke anayasalarından Rusya Federasyonu, Tacikistan, Güney Afrika, Gambiya, Kenya, Kırgızistan, Zimbabve

anayasaları herkesin kültürel kimlik hakkını güvence altına alırken Senegal ve Çad anayasaları vatandaşların kültürel kimlik hakkını bireysel olarak tanımıştır.

Karadağ Anayasası ulusal azınlıkların ve ulusal azınlık topluluklarına mensup kişilerin bireysel olarak veya başkalarıyla birlikte kullanabilecekleri kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak güvence altına almıştır. Nepal ve Slovenya anayasaları hakkı hem bireysel hem de kolektif hak olarak tanımıştır. Buna göre Nepal Anayasası her kişi ve topluluğun; Slovenya Anayasası ise Yerli İtalyan ve Macar ulusal toplulukları ve üyelerinin kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak tanımıştır. Etiyopya Anayasası her ulus ve azınlığın kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak güvenceye almıştır. Finlandiya Anayasası Saamiler ve Romanlar ile diğer toplulukların; Paraguay Anayasası ise yerli halkların kültürel kimlik hakkını kolektif olarak tanımıştır. Norveç Anayasası yerli halkların ve etnik, dilsel ve dinsel azınlıkların kültürel kimlik hakkını; İsveç Anayasası Saami halkı ile etnik, dilsel ve dinsel azınlıkların kültürel kimlik hakkını kolektif olarak tanımıştır. Yine Paraguay Anayasası yerli halkların; Filipinler Anayasası yerli kültürel toplulukların kültürel kimlik hakkını kolektif hak olarak güvence altına almıştır.

B. KANUNLA TANINMA

Ulusal düzeyde hukukun asli kaynağı daha önce ifade edildiği gibi anayasalardır.⁴⁶⁰ Ulusal hukukta anayasalardan sonra hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı temel belgeler kanunlardır. Hatta Avustralya, Birleşik Krallık örneklerinde olduğu gibi temel hak ve özgürlüklerin anayasayla değil kanunlarla (*Act*) düzenlenme yöntemi bir tercih olarak ortaya çıkabilir. Öte yandan temel hak ve özgürlüklerin çok sınırlı bir şekilde veya dolaylı olarak tanınıp ayrıntıları kanunlarla düzenleme yöntemi de tercih edilebilir.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 237-242.

⁴⁶¹ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı*, s. 413.

Kültürel kimlik hakkı diğer hak ve özgürlüklerde olduğu gibi ikinci olarak kanunla tanınabilir. Kültürel kimlik hakkı, ulusal düzeyde anayasa yoluyla tanınmada olduğu gibi kanunlarda da ilk olarak doğrudan, ikinci olarak ise dolaylı yoldan tanınabilir. Kültürel kimlik hakkının açık bir şekilde düzenlenmesi doğrudan tanınmadır. Kültürel kimlik hakkının ulusal düzeyde dolaylı olarak veya geniş anlamda tanınması ise kültürel kimlik hakkıyla ilişkili bir kültürel hakkın kanun ile güvence altına alınmasıdır. Diğer bir ifadeyle kanun tarafından ilişkili kültürel haklara atıf yapılması kültürel kimlik hakkının geniş anlamda tanınmasıdır. İkinci olarak kültürel kimlik hakkını içeren hak ve özgürlüklerden birinin kültürel unsurlar içerecek şekilde güvence altına alınması dolaylı tanınmadır. Son olarak bir kanunun, kültürel haklar konusunda kültürel kimlik hakkına dolaylı olarak yer veren uluslararası belgelere atıf yapması kanun yoluyla dolaylı tanınma anlamına gelir.

Ulusal hukukta 1998 tarihli Kuzey İrlanda Kimlik ve Dil Kanunu'na (*Identity and Language Act*) 2020 yılında eklenen ek-bölüm 7A ile kültürel kimlik hakkı doğrudan tanınmıştır. Kanun kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımalarının yanı sıra kültürel kimlik ilkelerini belirlemiş ve Kimlik ve Kültürel İfade Kurumunu kurmuştur. Kanun Bölüm 7A, Ulusal ve Kültürel Kimlik İlkeleri (*National and Cultural Identity Principles*) başlığını taşıyan m. 78F (1) kültürel kimlik hakkına saygı duyulmasını güvenceye almıştır. Ulusal ve kültürel kimlik ilkelerini düzenleyen aynı madde fıkra 2(a) bendine göre Kuzey İrlanda'daki herkes ulusal ve kültürel kimliklerini seçme, beyan etme, sürdürme ve geliştirme hakkına sahiptir. Dolayısıyla kanun herkesin kültürel kimliğini seçme, ifade etme, sürdürme ve geliştirme hakkına sahip olduğunu belirterek kültürel kimlik hakkını güvenceye almıştır. Bunun yanı sıra kanun kamu otoritelerinin kültürel kimliğe saygı duymasını güvenceye almıştır.

Kültürel kimlik hakkıyla ilgili olarak Avrupa'da Saami yerli halkının ren geyiği yetiştirmesini güvenceye almak konusunda, anayasal tanınmadan önce tarihsel anlamda

ilk olarak kanun yoluyla tanınma gerçekleşmiştir. Bu bağlamda İsveç, Norveç ve Finlandiya farklı yıllarda aynı adla üç ayrı kanun yapmıştır. İsveç 1971’de, Norveç 1978’de, Finlandiya 1990’da Ren Geyiği Yetiştiriciliği Kanunu (*Reindeer Husbandry Act*) çıkarmıştır. Norveç ayrıca 2005’te ren geyiği yetiştirmeyle ilgili olarak Finmark Kanunu çıkarmıştır. Bu ülkelerde her ne kadar daha sonraki yıllarda kültürel kimlik hakkıyla ilgili anayasal düzeyde dolaylı güvenceler getirilmiş olsa da hak, ilk olarak kanunla tanınmıştır.

İsveç Ren Geyiği Yetiştiriciliği Kanunu (m. 1) Saamilerin (kendileri ve ren geyikleri için) kanunla tanımlanan belli coğrafyalardaki toprak ve su kullanma hakkını güvenceye alır. Bu nedenle Kanun dolaylı olarak kültürel kimlik hakkını içerir. Öte yandan İsveç, Çerçeve Sözleşme’yi onaylamıştır. Dolayısıyla İsveç’in kültürel kimlik hakkını doğrudan tanıdığı çıkarımı yapılabilir.

Norveç Ren Geyiği Yetiştiriciliği Kanunu kültürel kimlik hakkını doğrudan güvenceye almamış olsa bile kültürel haklar ve kültürel kimlik hakkıyla doğrudan ilişkili ren geyiği yetiştirme hakkını tanımaktadır. Şöyle ki Saamiler için hem ekonomik hem de kültürel açıdan önemli olan ren geyiği yetiştirme hakkı, Finlandiya’nın aksine İsveç ve Norveç’te Saami halkına özgüdür.⁴⁶² Ren geyiği yetiştirme aynı zamanda kültürel bir faaliyettir. Zira Saamilerin yalnızca bir kısmı ren geyiği gütmesine rağmen ren geyiği yetiştiriciliği Saami kültürünün devam etmesi için temel bir ön koşul olarak kabul edilmektedir.⁴⁶³ Diğer bir ifadeyle ren geyiği yetiştiriciliği salt bir hayvancılık faaliyeti değil aynı zamanda yaşam biçimi, gelenekler ve kültürel referansları oldukça yoğun olan bir faaliyet anlamına gelmektedir. Dolayısıyla ren geyiği yetiştiriciliği aslında doğrudan

⁴⁶² Minority Rights Group International, “State of the World’s Minorities and Indigenous Peoples 2012 - Case Study: Sami Rights to Culture and Natural Resources,” 2012.

⁴⁶³ Eivind Torp, “The Legal Basis of Sami Reindeer Herding Rights in Sweden,” *Arctic Review on Law and Politics* 4 (2013), 43–44.

doğruya Saamilerin kültürel kimliğiyle ilgilidir. Bu nedenle kanunun kültürel kimlik hakkıyla doğrudan ilişkisi kurulabilir.

Norveç'teki Saami sorununu ele alan ilk önemli çağdaş mevzuat olan Norveç Ren Geyiği Yetiştiriciliği Kanunu, Saami halkının dilini, kültürünü ve yaşam tarzını korumayı ve geliştirmeyi amaçlamaktadır.⁴⁶⁴ 2007'de değiştirildiği şekliyle 1978 tarihli Norveç Ren Geyiği Yetiştiriciliği Kanunu, Saamilerin mera alanlarında ren geyiği gütmeye konusunda münhasır bir hakka sahip olduğunu kabul eder. Ancak Kanun (m. 10) bu haktan yararlanılabilmesi için Saami üyelerinin ren geyiği güden bir aileyle olan bağını kanıtlamasını şart koşar.⁴⁶⁵ Ren geyiği yetiştiriciliği, Saami kültürü ve sosyal yaşam için önemli bir esas olarak görülmekte ve bunun korunması gerektiği düşünülmektedir. Kanun, ren geyiği yetiştiriciliği için en önemli kaynak olarak Saami ren geyiği otlatma alanındaki ren geyiği gütmeye alanlarının güvence altına alınması konusunda katkıda bulunmayı amaçlamaktadır. Mera alanlarının güvence altına alınmasında sorumluluk hem ren geyiği yetiştiriciliği yapma hakkı olanlara hem diğer hak sahiplerine hem de

⁴⁶⁴ Norveç Kanunu m. 1 “... ren geyiği yetiştiriciliği yapan halkın ve genel olarak toplumun yararına Sami kültürü, geleneği ve adetlerine dayalı ekolojik, ekonomik ve kültürel açıdan sürdürülebilir ren geyiği yetiştiriciliğini korumayı ...” amaçladığını açıkça belirtmektedir.

Norveç Ren Geyiği Yetiştiriciliği Kanunu m. 3, Kanun'un “yerli halk ve azınlıklara ilişkin uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak” uygulanacağını belirtmektedir.

Kanun m. 4, Saamilerin ren geyiği yetiştirme alanlarını güvence altına alır. “Sami halkının, Saamilerin eski zamanlardan beri ren geyiği yetiştiriciliği yaptığı Sami ren geyiği otlatma alanı olan Finnmark, Troms, Nordland, Nord-Trøndelag, Sør-Trøndelag ve Hedmark ilçelerinde ren geyiği yetiştiriciliği yapma hakkı vardır.” Dolayısıyla kanunun Saamilerin kültürel kimlik hakkını tanıdığı çıkarımı yapılabilir.

⁴⁶⁵ S. James Anaya, “Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples,” 2011, para. 19, A/HRC/18/35/Add.2.

yetkililere aittir.⁴⁶⁶ Ayrıca Norveç Finnmark Kanunu da kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak tanıır.⁴⁶⁷

Federal Avustralya Anayasasında temel hak ve özgürlüklere kural olarak yer verilmez.⁴⁶⁸ Diğer bir ifadeyle Avustralya’da federal düzeyde bir haklar bildirgesi yoktur. Bu nedenle bunun yerine Queensland, Victoria ve Australian Capital Territory’de temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan kanunlar çıkarılmıştır.

2004 tarihli “Avustralya-Australian Capital Territory İnsan Hakları Kanunu” (*Human Rights Act 2004*) kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak tanıır. Öncelikle İnsan Hakları Kanunu, Aborijin ve Torres Strait Adalı halklarının ve diğer azınlıkların kültürel ve diğer hakları başlığını taşıyan m. 27⁴⁶⁹ ile azınlıkların kendi kültüründen yararlanma hakkını, dolayısıyla geniş anlamda kültürel kimlik hakkını güvenceye alır. Kanun (m. 27/2) Aborijin ve Torres Strait Adalı halklarının farklı kültürel haklara sahip olduğunu belirtir. Kanun bu halkların kültürel miraslarını sürdürme, kontrol etme, koruma ve

⁴⁶⁶ Saami ren geyiği otlama alanı Norveç'in yaklaşık %40'ını kaplar ve 200.000'den fazla ren geyiğine mera sağlar ve Norveç'te yaklaşık 2.800 Saami ren geyiği yetiştiriciliğine katılır. Anaya, “Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples,” para. 19.

⁴⁶⁷ Kanun Saami kültürü m. 1 “*Kanunun amacı, Finnmark ilçesindeki arazi ve doğal kaynakların yönetimini ilçe sakinlerinin yararına ve özellikle Sami kültürünün temeli olarak ren geyiği yetiştiriciliği, ekili olmayan alanların kullanımı, ticari faaliyet ve sosyal yaşam yararına dengeli ve ekolojik olarak sürdürülebilir bir şekilde kolaylaştırmaktır.*” hükmüyle Saami kültürünün temelde ren geyiği yetiştiriciliğine dayandığını belirtir. Dolayısıyla ren geyiği yetiştiriciliğinin aynı zamanda kültürel bir olgu olduğunu ifade eder.

⁴⁶⁸ Avustralya Anayasası, başlangıç bölümünde Avustralya Anayasasının, ABD’de olduğu gibi temel hak ve özgürlükleri düzenleyen bir Haklar Bildirgesi’nin olmadığını belirtir.

⁴⁶⁹ Avustralya-Victoria İnsan Hakları ve Sorumlulukları Kanunu (m. 27) “*Etnik, dinsel veya dilsel bir azınlığa mensup olan hiç kimse, azınlığın diğer üyeleriyle birlikte kendi kültüründen yararlanma, dinini beyan etme ve uygulama veya dilini kullanma hakkından mahrum bırakılmaz.*”

geliştirme hakkını güvenceye alır. Dolayısıyla bu düzenlemeyle kültürel kimlik hakkının da sürdürülmesi, korunması ve geliştirilmesi çıkarımı yapılabilir.⁴⁷⁰

2006 tarihli “Avustralya-Victoria İnsan Hakları ve Sorumlulukları Kanunu (*Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006*)” kültürel kimlik hakkını doğrudan güvenceye alır. Kanun Aborjinlerin kültürel kimlik hakkını doğrudan tanıır.⁴⁷¹ Öte yandan Kanun, kültürel haklar başlığını taşıyan m. 19’da birçok kültürel hakkı tanıır. Buna göre m. 19/1⁴⁷² kültürel geçmişi olan herkesin kendi kültüründen yararlanma hakkını tanıır. Dolayısıyla geniş anlamda bu kişilerin kültürel kimlik hakkını güvenceye alır. Kanun m. 19/1(a)’ya göre yerli halklar “kimlik ve kültürlerinden yararlanma hakkına” sahiptir. Öte yandan Kanun (m. 19/2(d)) yerli halkların “geleneksel kanunlar ve gelenekler çerçevesinde bağlantılı oldukları toprak, su kaynakları ve diğer kaynaklarla ayırt edici manevi, maddi ve ekonomik ilişkilerini sürdürme” hakkına sahip olduğunu belirterek geniş anlamda kültürel kimlik hakkını güvence altına alır. Zira yerli halklar için toprak ve diğer doğal kaynaklar söz konusu olduğunda geniş yorumla kültürel kimlik hakkı da bu kapsama girmektedir.

2019 tarihli “Avustralya-Queensland İnsan Hakları Kanunu (*Queensland Human Rights Act 2019*)” yerli halkların kültürel kimlik hakkını tanıır. Kanun kültürel kimlik

⁴⁷⁰ Öte yandan aynı fıkra (b) bendi bu halkların “... *geleneksel kanunlar ve gelenekler çerçevesinde bağlantılı oldukları toprak ve su kaynakları ve diğer kaynaklarla olan maddi ve ekonomik ilişkilerinin tanınması hakkına sahip ...*” olduğunu düzenler. Şu durumda yerli halkların toprak hakları dolayısıyla da kültürel kimlik hakkının tanındığı çıkarımı yapılabilir.

⁴⁷¹ Avustralya-Victoria İnsan Hakları ve Sorumlulukları Kanunu (m. 19/2) “*Aborjinler, kendi topluluklarının diğer üyeleriyle birlikte farklı kültürel haklara sahiptir ve bu hak engellenmez.*”

⁴⁷² Avustralya-Victoria İnsan Hakları ve Sorumlulukları Kanunu (m. 19/1) “*Belirli bir kültürel, dinsel, ırksal veya dilsel geçmişe sahip tüm kişilerin, o geçmişe sahip diğer kişilerle birlikte kolektif olarak kendi kültüründen yararlanma, dinini ilan etme ve uygulama ve dilini kullanma hakkından mahrum bırakılmaz.*”

hakkını hem doğrudan hem de dolaylı olarak tanır.⁴⁷³ Bu güvence Queensland İnsan Hakları Komisyonunun belirttiği üzere, MSHS m. 27'ye dayanmaktadır. Buna göre belirli bir kültürel, dinsel, ırksal veya dilsel geçmişe sahip herkesin kültürel hakları güvence altına alınır. Öte yandan aynı geçmişe sahip diğer kişilerle birlikte topluluk içinde olma kültürel haklarından yararlanabilmenin önemli bir koşuludur.⁴⁷⁴

İnsan Hakları Kanunu Aborjinler ve Torres Strait Adalı halkların kültürel kimlik hakkını doğrudan tanır.⁴⁷⁵ Öte yandan Kanun ekonomik, sosyal ve kültürel haklar için uluslararası hukuk belgelerine yapmış olduğu göndermelerle kültürel kimlik hakkını farklı bir yöntemle doğrudan güvenceye alır. Bu bağlamda ESKHS, MSHS, Birleşmiş Milletler insan hakları sözleşme izleme organlarının genel yorumları ve görüşleri ile BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen insan haklarına ilişkin bildirgeler ve standartlar kanun kapsamında değerlendirilir. Şu hâlde İnsan Hakları Kanunu'nun uluslararası hukuka yapmış olduğu göndermelerle doğrudan kültürel kimlik hakkını tanıdığını belirtmek gerekir. Buna göre adı geçen yerli halklar kültürel kimliklerini kullanma, sürdürme, koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Ayrıca Kanun Aborjinler ve Torres Strait Adalı halkların belli kültürel haklara sahip olduğunu belirtir.⁴⁷⁶

1990 tarihli “Yeni Zelanda Halklar Bildirgesi Kanunu (*New Zealand Bill of Rights Act 1990*)” kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak tanımaktadır. Kanun etnik, dinsel ve

⁴⁷³ Avustralya-Queensland İnsan Hakları Kanunu (m. 27) “*Belirli bir kültürel, dinsel, ırksal veya dilsel geçmişe sahip tüm kişilerin bu geçmişe sahip diğer kişilerle birlikte kendi kültürlerinden yararlanma, dinlerini ifade etme ve uygulama ve dillerini kullanma hakları reddedilemez.*” hükmüyle herkesin kültürel kimlik hakkını geniş anlamda tanır.

⁴⁷⁴ Queensland Human Rights Commission, “Cultural Rights”.

⁴⁷⁵ Avustralya-Queensland İnsan Hakları Kanunu (m. 28/2 fıkra (2)) “*Aborjin halkları ve Torres Strait Adalı halkları, topluluklarının diğer üyeleriyle birlikte; (a) “... kültürel miras ve kimliklerini kullanmak, sürdürmek, kontrol etmek, korumak ve geliştirmek”* hakkından yoksun bırakılmayacağını açıkça düzenler.

⁴⁷⁶ Avustralya-Queensland İnsan Hakları Kanunu (m. 28/1) “*Aborjin halkları ve Torres Strait Adalı halkları, belli kültürel haklara sahiptir.*”

dilsel azınlıkların kendi kültüründen yararlanma hakkını doğrudan tanır. Dolayısıyla dolaylı olarak kültürel kimlik hakkını tanıyıp güvenceye alır.⁴⁷⁷

1982 Anayasasının (m. 90/5) ayırksı bir yöntemle kültürel kimlik hakkını güvenceye aldığı ileri sürülebilir. Zira Anayasa m. 90/5,

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir.”

düzenlemesiyle taraf olunan sözleşmeleri genel olarak kanun düzeyinde iç hukuk normu saymaktadır. 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile uluslararası antlaşmalarla ilgili m. 90/5’e eklenen (ek-üçüncü cümle)

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

ifadesi temel hak ve özgürlüklere ilişkin özel bir hüküm anlamını taşır. Gözler’in görüşüne göre, bu değişiklikle birlikte usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası antlaşmalar ile kanunlar arasında bir hiyerarşi kurulmuştur. Diğer bir ifadeyle temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslararası antlaşmalar, Türk normlar hiyerarşisinde kanunlardan daha üstün düzeye getirilmiştir. Böylece normlar hiyerarşisinde anayasa ile kanunlar arasında “temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar basamağı” ortaya çıkmıştır.⁴⁷⁸ Buna karşın Özbudun, Aybay, Ergül’ün görüşlerine göre, Anayasa m. 90/5’e eklenen son cümle ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalarla kanunlar arasında bir hiyerarşi kurulmamıştır. Özbudun

⁴⁷⁷ Yeni Zelanda Halklar Bildirgesi Kanunu (m. 20) “Yeni Zelanda’da etnik, dinsel veya dilsel bir azınlığa mensup olan bir kişinin, bu azınlığın diğer üyeleriyle birlikte toplum içinde azınlığın kültüründen yararlanma, dinine inanma ve dinini uygulama veya dili kullanma hakkı engellenemez.”

⁴⁷⁸ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 28. Baskı (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2023), s. 279-280; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2019), s. 722-723.

söz konusu sözleşmelerin, Anayasa m. 90'da düzenlenen tüm antlaşmalardan farksız olduğunu, yapılan değişiklikte temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara, kanunlar karşısında yalnızca öncelik tanındığını belirtmektedir.⁴⁷⁹ Aybay'a göre yapılan değişiklikte birlikte çatışma halinde, kanunlar karşısında söz konusu uluslararası antlaşmalar lehine bir "üstünlük" tanınmamış, yalnızca uluslararası antlaşmaların "esas alınma" kriteri getirilmiştir. Dolayısıyla değişiklik öncesi ve sonrası temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar kanun hükmündedir.⁴⁸⁰ Ergül'e göre de yapılan eklemeye temel hak özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla kanunlar arasında bir hiyerarşi yaratılmamış, yalnızca "özel bir norm çatışma kuralı" getirilmiştir.⁴⁸¹ Aksi görüşün kabul edilmesi durumunda Ergül'e göre, *lex superior derogat legi inferiori* çatışma kuralı gereği alt normun, üst norm tarafından ilga edilmesi sonucu ortaya çıkar ki, bu da kabul edilemez.⁴⁸² Dolayısıyla söz konusu antlaşmalarla kanunlar aynı hiyerarşik düzeydedir.

Katıldığımız ikinci görüş ışığında usulüne göre yürürlüğe konulan ve kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak güvenceye alan sözleşmelerden MSHS, ESKHS ve CEDAW iç hukukta kanun hükmünde (düzeyinde) bir norm olarak değerlendirilebilir. Yine usulüne göre yürürlüğe konulan ve kültürel kimlik hakkını doğrudan doğruya tanıyan sözleşmelerden ÇHS, Göçmen İşçileri Sözleşmesi, Engelli Kişiler Sözleşmesi kapsamları itibarıyla kültürel kimlik hakkını doğrudan doğruya tanıyan yasal düzenlemeler olarak değerlendirilebilir. O hâlde 1982 Anayasasının, anayasal atıf yoluyla (m. 90/5) belirtilen uluslararası sözleşmeleri kanun hükmünde sayarak farklı bir yöntemle, yani kanun düzeyinde bir normla kültürel kimlik hakkını güvence altına aldığı

⁴⁷⁹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 22. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), s. 398-399.

⁴⁸⁰ Rona Aybay, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 70 (2007), s. 210-211.

⁴⁸¹ Ozan Ergül, "Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir," *Yıldırım Uler'e Armağan*, 2014, s. 74.

⁴⁸² Ergül, "Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir," s. 75.

çıkarmı yapılabilir. Bu yönüyle 1982 Anayasasının kültürel kimlik hakkını özgün bir yöntemle ve fakat kanun düzeyinde tanıdığı ifade edilebilir.

C. YARGI YOLUYLA TANINMA

Kültürel kimlik hakkı ulusal düzeyde üçüncü olarak yargı yoluyla tanınabilir. Birçok ülkede anayasa mahkemeleri veya yüksek mahkeme kültürel kimlik hakkına konu olan kararlar almıştır. Bu bağlamda kültürel kimlik hakkının yargı yoluyla tanınmasında kültürel kimlik hakkı dar ve geniş anlamda ele alınabilir. Yargı organları kültürel kimlik hakkını, doğrudan doğruya güvenceye alabileceği gibi kültürel haklar veya kültürel unsur içeren diğer temel hak ve özgürlükler kapsamında dolaylı olarak da tanıyabilir. Ulusal düzeyde kültürel kimlik hakkı ve diğer kültürel haklarla ilgili tanınma veya güvenceye almaya ilişkin kararlar alınırken uluslararası hukuktan da etkilenildiği görülmektedir.⁴⁸³

1787 ABD Anayasası kültürel kimlik hakkını tanımamıştır. Aslında ABD’de kültürel kimlik ve kültürel hakların tanınıp güvenceye alınması yargı organlarının çok fazla ele aldığı bir alan değildir. ABD’de yargı organları kültürel kimlik hakkını çok az doğrudan doğruya ele almıştır. Bu nedenle kültürel kimlik hakkının yararlanıcıları olarak azınlıklar din özgürlüğü, eşitlik ilkesi ve eğitim ve öğrenim hakkı yoluyla dar veya geniş anlamda kültürel kimlik hakkının güvenceye alınması için yargısal çareler aramışlardır.⁴⁸⁴

ABD Federal Yüksek Mahkemesi *Lau v. Nichols* davasında çocukların eğitimde anadil temelinde ayrımcılığa tabi tutulamayacağını açıkça belirtirken dili, kültürün merkezi bir unsuru olarak ele almıştır.⁴⁸⁵ Alaska Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court of*

⁴⁸³ Elizabeth Evatt, “Enforcing Indigenous Cultural Rights: Australia as a Case-Study,” in *Cultural Rights and Wrongs: A Collection of Essays in Commemoration of the 50th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, ed. Halina Nieć, Unesco, and Institute of Art and Law (Great Britain) (Paris: UNESCO, 1998), s. 61.

⁴⁸⁴ Sharon O’Brien, “Cultural Rights in the United States: A Conflict of Values,” *Minnesota Journal of Law & Inequality* 5, no. 2 (1987), s. 354.

⁴⁸⁵ Supreme Court of the United States, *Lau v. Nichols*, 414 U.S. 563 (1974).

Alaska) Frank v. Alaska davasında hükümetin kabile kültürünü tanıma yükümlülüğünü özellikle güvenceye almıştır. Alaska Yüksek Mahkemesi *Frank v. Alaska* davasında, Carlos Frank'ın av mevsimi dışında öldürülen bir geyiği yasa dışı olarak bir yere götürme suçundan aldığı mahkûmiyet kararını bozmuştur. Federal Yüksek Mahkeme av yasağının olduğu mevsimde yabancı hayvan (geyik) avı sonucunda idarenin Carlos Frank ve beraberindekileri *Alaska Admin Code (AAC) 81.140(b)*'ye⁴⁸⁶ aykırı hareket etmekten suçlu bulmasına karşı açılan davada, cenaze töreninin ve geyik avının Orta Alaska Athabascan Kızılderililerinin kültürünün ve dinsel inancının ayrılmaz bir parçası olduğunu tespit etmiştir. Federal Yüksek Mahkeme, rekabet halindeki devlet çıkarlarını analiz ederken ilk olarak geçimlik avcılığın birçok kişinin (Athabascan) kültürel geleneğinin merkezinde yer aldığını belirtmiştir. Federal Yüksek Mahkeme ABD Anayasasının Birinci Değişikliğinin (*First Amendment*) ve Alaska Anayasası m. 1/4 hükmünün Frank'ın davranışını koruduğu ve devletin bunu yasaklamayı haklı çıkaracak nedenler göstermediği sonucuna varmıştır.⁴⁸⁷ Mahkeme kararda çatışan iki hak arasında *Sherbert testini*⁴⁸⁸ uygulayarak dinsel inanç özgürlüğüne üstünlük sağlamış, dinsel

⁴⁸⁶ Alaska Admin Code § 81.140(b) “Hiç kimse yasa dışı olarak ele geçirilen herhangi bir av hayvanını veya uzuvlarını bulunduramaz veya bir yere götüremez.”

⁴⁸⁷ Supreme Court of Alaska, *Frank v. State*, 604 P.2d 1068 (1979).

⁴⁸⁸ Sherbert testi, mahkemelerin, hükümetin bazı düzenleyici işlemlerle bir kişinin din özgürlüğünü ihlal edip etmediğini belirlemek için kullandığı bir standarttır. Sherbert testi ismini Sherbert v. Verner davasından almaktadır. Dinsel uygulama gereği cumartesi günü çalışmayan ve bu nedenle işinden olan Sherbert, cumartesi günü çalışmayı gerektirmeyen başka bir iş bulamayınca işsizlik başvurusunda bulunur. Ancak “haklı neden” olmadan uygun bir işi kabul etmediği için devlet yardımlarından yoksun kalır. Yüksek Mahkeme açılan davada, ilk olarak söz konusu devlet politikasının davacının dinini özgürce yaşama hakkına önemli bir yük getirip getirmediğini; ikinci olarak eğer bir yük varsa ihlalin zorlayıcı bir devlet menfaati ile haklı kılınıp haklı kılınmadığını sorgulayan Sherbert testini oluşturmuştur. Mahkeme, işsizlik yardımı alması karşılığında ibadetlerini bırakması yönünde baskıyla karşı karşıya kalan Sherbert'in devlet yardımından yoksun bırakılmasının zorlayıcı bir devlet menfaati ile haklı kılınmayacağını saptamıştır. Mahkeme böylece Sherbert'e yapılan yardımların iptalini bozmuştur. Supreme Court of the United States, *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

inancın korunmasına hükmetmiştir.⁴⁸⁹ Bunu yaparken de dolaylı olarak geniş anlamda kültürel kimlik hakkını gözeterek güvenceye almıştır. Federal Yüksek Mahkeme *Santa Clara Pueblo v. Martinez* davasında ise Hindistan Sivil Haklar Yasası'nın eşitlik hakkının norm alanını sınırlarken kültürel kimlik hakkına dayanmıştır. Mahkeme devletin, hangi geleneksel değerlerin kültürel hayatta kalmayı destekleyeceğini ve dolayısıyla korunması gerektiğini belirleme yetkisinin olmadığını; böyle bir kararın *Santa Clara* halkı tarafından verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme tersi bir durumun, kabile kararlarının özellikle de üyelik gibi hassas bir alanda, hangi "iyi" gerekçeyle olursa olsun yürürlükten kaldırılmasının kültürel kimliği kurtarma kisvesi altında yok etmek olduğunu belirtmiştir.⁴⁹⁰

1996 Güney Afrika Anayasası kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımamıştır. Anayasa'nın güvence altına aldığı kültürel hak, kültürel yaşama katılma hakkıdır. Kültürel kimlik hakkının yargı organı aracılığıyla güvenceye alınmasında başvuru hak ise mülkiyet hakkı olmuştur. "Güney Afrika Anayasa Mahkemesi" "(*Constitutional Court of South Africa*)" *The Richtersveld Community* davasında Richtersveld topluluğunun (geniş anlamda kültürel kimlik hakkını da içeren) toprak mülkiyetine, toprakların iadesine ilişkin itirazında Alexkor Limited şirketi ve hükümeti haksız bulurken kültürel unsurlara dayanmıştır. Mahkeme Richtersveld topluluğunun mülkiyet hakkına sahip olduğunu temellendirirken mevcut *Common Law* ile Richtersveld Topluluğu tarafından 1913'e kadar geliştirilen yerli hukuk arasında uygulanacak hukukun ve kuralların tayininde kültürel bileşenlere başvurmuştur. Mahkeme Richtersveld halkının kültürünün bileşenlerinden birinin onların bu toprakları kullanma ve işgal etme haklarına ilişkin geleneksel kuralları oluşturduğunu ve birinci kuralın da toprağın ve kullanılma hakkının bir bütün olarak Richtersveld topluluğuna ait olduğunu belirterek

⁴⁸⁹ O'Brien, "Cultural Rights in the United States," s. 301.

⁴⁹⁰ Supreme Court of the United States, *Santa Clara Pueblo v. Martinez*, 436 U.S. 49 (1978).

kültür ve geleneklerin hukuk kuralları üzerindeki etkisini saptamıştır.⁴⁹¹ Mahkeme devletin yaptığıının, aslında söz konusu toprakları kendisininmiş gibi ele geçirmek olduğunu ve devletin topluluğu tüm yararlarından yoksun bırakan yasalar çıkardığını belirtmiştir. Richtersveld Topluluğunun, maden ve değerli taş haklarını da içeren yerel yasalar uyarınca söz konusu toprağın mülkiyetine sahip olduğunu tespit etmiştir.⁴⁹² Sonuç olarak Mahkemenin kararda gözetmiş olduğu kültürel bileşenler dikkate alındığında kültürel kimlik hakkının güvenceye alındığı çıkarımı yapılabilir.

1982 Kanada Anayasası kültürel kimlik hakkını doğrudan açıkça güvenceye almamıştır. Ancak Kanada Anayasasının, Antlaşma Hakları dolayısıyla kültürel kimlik hakkını içerdiği çıkarımı yapılabilir. Özellikle Antlaşma Hakları'nın, mülkiyet hakkı dolayısıyla kültürel kimlik hakkını kapsadığı sonucuna varılmıştır. Nitekim Kanada Yüksek Mahkemesinin kararlarıyla kültürel kimlik hakkının farklı dayanaklarla güvenceye alındığı söylenebilir. İlgili kararlara bakıldığında kültürel kimliğin anadil, eğitim ve öğrenim ve mülkiyet hakları dolayısıyla güvence altına alındığına ilişkin çıkarımlar yapıldığı görülmektedir. Diğer bir ifadeyle Kanada Yüksek Mahkemesi kültürel kimlik hakkıyla ilgili olarak dolaylı yollardan kararlar alarak hakkın anayasal güvence altına alındığını savunmuştur. Bunu da genellikle dil hakları (anadil hakkı), eğitim ve öğrenim ve mülkiyet haklarına atıf yoluyla yapmıştır. Mahkeme *Ford-Quebec*, davasında dil hakları dolayısıyla geniş anlamda kültürel kimliğe atıf yapmış, kültürel kimliği karara dayanak yapmış ve (ana)dilin(in) salt bir iletişim aracı olmanın ötesinde, onu konuşan kişilerin kimliğinin ve kültürünün bir parçası olduğunu belirtmiştir.⁴⁹³ Mahkeme *Mahe v. Alberta* davasında dilin yalnızca bir ifade aracı olmadığını bir halkın

⁴⁹¹ Constitutional Court of South Africa, *Alexkor Limited and the Government of the Republic of South Africa v. the Richtersveld Community and Others*, CCT 19/03, 14.10.2004, para. 58.

⁴⁹² Constitutional Court of South Africa, *Alexkor Limited and the Government of the Republic of South Africa v. the Richtersveld Community and Others*, paras. 100–102.

⁴⁹³ Supreme Court of Canada, *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712.

kültürel kimliğini ifade edebilmesinin bir yolu olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre dil aynı zamanda kültürel gelişimin anahtarıdır. Buna göre bir dilin yaşaması bir kültürün tam olarak korunması için gerekli bir koşuldur.⁴⁹⁴ Mahkeme aynı davada azınlık okullarının hem resmi dillerin hem de kültürlerin gelişmesi için gerekli olduğunu, buradaki amacın azınlık mensuplarının dilsel ve kültürel kimliklerine uygun bir eğitim olanağına sahip olmak olduğunu belirtmiştir.⁴⁹⁵

Avustralya Anayasası kültürel kimlik hakkını tanımamıştır. Avustralya’da kültürel kimlik hakkına ilişkin olarak Aborjin geleneksel yasalarının tanınmasında son derece önemli bir adım daha önceki hükümleri iptal eden bir kararla ortaya çıkmıştır. Avustralya Yüksek Mahkemesi, 1992’deki *Mabo v. Queensland* davasında Avustralya’nın ortak hukukunun, ortadan kaldırılmadığı durumlarda yerli halkın kanunlarına veya geleneklerine uygun olarak Queensland kanunları kapsamında kendi geleneksel toprakları üzerindeki haklarını ifade eden kendine özgü yerli mülkiyet hakkını güvenceye aldığına karar vermiştir.⁴⁹⁶ Yüksek Mahkeme *Common Law*’ın yerli halkların geleneksel topraklarına yerleşme hakkını ellerinden aldığını, toprağın onlara sağladığı dinsel, kültürel ve ekonomik yardım ve değerlerden mahrum bırakmaya maruz bıraktığını, toprağı etkili bir şekilde İmparatorluk yetkililerinin kontrolüne verdiği belirtmiştir.⁴⁹⁷ Bu bağlamda *Mabo* davasında *Terra Nullius* (hiçbir devlete ait olmayan toprak) doktrininin daha önceki uygulamasının haksız ayrımcılığa dayandığı tespit edilmiştir. *Mabo* kararı Aborjin halklarının kültür ve geleneklerine ve dolayısıyla kültürel kimlik hakkına hukuksal statü kazandıran bir dava olarak büyük bir yön değişikliğini temsil etmiştir.⁴⁹⁸ Bu karardan önce Yüksek Mahkeme *Gerhardy v. Brown* davasında

⁴⁹⁴ Supreme Court of Canada, *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342.

⁴⁹⁵ Supreme Court of Canada, *Mahe v. Alberta*.

⁴⁹⁶ High Court of Australia, *Mabo v. Queensland*, (No. 2) [1992] HCA 23; (1992) 175 CLR 1 F.C. 92/014.

⁴⁹⁷ High Court of Australia, *Mabo v. Queensland*, para. 28.

⁴⁹⁸ Evatt, “Enforcing Indigenous Cultural Rights,” s. 62.

“pozitif ayrımcılığın” yasallığına ilişkin bir karar almıştır. Bunu yaparken bazı diğer hakların yanı sıra kültürel kimliği de temel almıştır. Geleneksel olarak dezavantajlı durumda olan ve geçmişteki haksız ayrımcılığın etkilerinden zarar gören bir topluluğun yararına, ırksal temellere dayalı pozitif ayrıcalıklar tesis eden bir tedbirin geçerliliğine karar vermiştir.⁴⁹⁹ Yüksek Mahkeme, bu davada (BM İHK’nin bağlantı kurduğu gibi) Aborjin halkına topraklarının iade edilmesinin onların kültürlerini korumalarına, kültürel kimlik duygusunu inşa etmelerine veya desteklemelerine daha iyi bir olanak sağlayacağını kabul etmiştir.⁵⁰⁰ Nitekim Mahkeme Beyazların yerleşiminden bu yana geçen sürede bazı Aborjin klanlarının yok olduğunu ve bunun sonucunda da kimlik ve gelenek kaybının meydana geldiğini belirtmiştir.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ Wojciech Sadurski, “Gerhardy v. Brown v. the Concept of Discrimination: Reflections on the Landmark Case That Wasn’t,” *Sydney Law Review* 11, no. 1 (1986), s. 5-6.

⁵⁰⁰ High Court of Australia, *Gerhardy v Brown*, [1985] HCA 11, para. 28.

⁵⁰¹ High Court of Australia, *Gerhardy v Brown*.

İKİNCİ BÖLÜM

KÜLTÜREL KİMLİK HAKKININ HUKUKSAL ÇERÇEVESİ

I. KÜLTÜREL KİMLİK HAKKININ KONUSU

A. GENEL OLARAK

Kültürel kimlik, kültürün kişileşmesi olarak görülmekte, kişi ile kültürü arasındaki ilişki olarak kavramsallaştırılmaktadır.⁵⁰² Kültürel kimlik, kültürdeki ayırt edici özellikler ve dolayısıyla onu diğer kültürlerden ayıran unsurlar açısından ifade edilmektedir.⁵⁰³ Kültürel kimlik kişilerin ve toplumların paylaştığı, sıklıkla değer verdikleri ve kolektif kimliklerini şekillendiren ve tanımlayan kültürel değerlerden oluşur. Kültürel kimlik hakkı, bir taraftan bu değerleri paylaşmayan toplum ve kişilerin kültürel değerlerine saygı gösterilmesi anlamına gelir. Bir açıdan farklı olma hakkı demektir.⁵⁰⁴ Bu bağlamda kültürel kimlik hakkı, herkesin tek başına veya başkalarıyla birlikte bir toplum içinde dil, din, miras ve gelenekler gibi çeşitli yönleriyle kendi kültürel kimliğini özgürce seçebilmesidir.⁵⁰⁵

Herkes tek başına veya başkalarıyla birlikte, dil, din, miras ve gelenekler gibi çeşitli yönleriyle kendi kültürel kimliğini özgürce seçebilir; bir ya da daha fazla kültürel kimliğe sahip olabilir ve bir ya da daha fazla kültürel toplumla özdeşleşip özdeşleşmemeye özgürce karar verebilir.⁵⁰⁶ Şu durumda kültürel kimlik büyük ölçüde bir

⁵⁰² Donders, *Towards a Right to Cultural Identity?* 2002, s. 30.

⁵⁰³ C.L Ten, "Multiculturalism and Value of Diversity," in *Multicultural Citizens: The Philosophy and Politics of Identity*, ed. Chandran Kukathas (St. Leonards, Australia: Centre for Independent Studies, 1993), s. 8.

⁵⁰⁴ Stavenhagen, "A Social Science Perspective," s. 93.

⁵⁰⁵ Symonides, "Cultural Rights," s. 189.

⁵⁰⁶ Symonides, "Cultural Rights," s. 189.

tercih konusu⁵⁰⁷ olarak ön plana çıkarken kültürel kimlik hakkı da kültürel kimliğini özgürce seçme, bir topluluğa ait olup olmama, kültürel uygulamalarını ve yaşam tarzlarını hayata geçirme ve kültürel seçimlere saygı duyulmasını isteme hakkı olarak tanımlanabilir.⁵⁰⁸ Nitekim Fribourg Bildirgesi (m. 4/a) herkesin, sınırlara bakılmaksızın bir veya daha fazla kültürel toplulukla özdeşleşip özdeşleşmeme ve bu tercihi değiştirme konusunda özgür olduğunu ifade etmektedir.⁵⁰⁹

Kültürel kimlik hakkının konusu en temel olarak kendi kültürel kimliğini özgürce seçme, bir topluluğa ait olup olmama, kültürel uygulamaları ve yaşam tarzlarını hayata geçirme ve kültürel seçimlere saygı duyulması olarak saptanabilir.⁵¹⁰ Aitlik bağının yanı sıra kültürel ritüellerin ve yaşam tarzlarının hayata geçirilmesi kültürel kimlik hakkının kapsamına girer. Öte yandan kültürel topluluğun kendi kültürünü sürdürmesi ve geliştirmesi de kültürel kimlik hakkının kapsamına girer.⁵¹¹ Bu nedenle kendi kaderini tayin hakkı kültürel kimliğin doğal bir konusu olur. Irk Ayrımcılığı Komitesine göre, halkların yaşam tarzlarını ve örgütlenme biçimlerini, kültürlerini, dillerini ve dinsel ifadelerini koruması, sürdürmesi ve geliştirmesi kültürel kimlik hakkının kapsamına girer.⁵¹² Ayrıca kişilerin ve toplumların paylaştığı, sıklıkla değer verdikleri ve kolektif kimliklerini şekillendiren ve tanımlayan kültürel değerler de kültürel kimlik hakkının

⁵⁰⁷ Chandran Kukathas, “The Idea of a Multicultural Society,” in *Multicultural Citizens: The Philosophy and Politics of Identity*, ed. Chandran Kukathas (Australia: Centre for Independent Studies, 1993), s. 23.

⁵⁰⁸ CESCR, *General Comment No. 21*, paras. 15, 21.

⁵⁰⁹ Fakat diğer bir açıdan kültürel kimliğin bilinçli bir seçimin dışında irade dışı (örneğin doğumla) belirlendiği söylenebilir. Kültürün din ve yaşam tarzı gibi bazı yönlerinin kişiler tarafından seçilebilmesine rağmen anadili gibi diğer yönlerinin bu düzeyde özgürce seçilemeyeceği savunulabilir. Chandran Kukathas, “Are There Any Cultural Rights?,” in *The Rights of Minority Cultures*, ed. Will Kymlicka (New York: Oxford University Press, 1995), s. 231-249; Tavani, *Collective Rights and The Cultural Identity of the Roma*, s. 15.

⁵¹⁰ CESCR, *General Comment No. 21*, paras. 15, 21.

⁵¹¹ Burgers, “The Right to Cultural Identity,” s. 251-253.

⁵¹² CERD, *General Recommendation No. 34*, para. 4(b) .

kapsamına girer.⁵¹³ Yine özellikle azınlıkların ve yerli halkların kendi topraklarını ve diğer kaynaklarını kontrol etmesini ve kendi geleneklerine uygun yaşam standartlarını güvenceye almasını olanaklı kılan unsurlar⁵¹⁴ kültürel kimlik hakkının konusu olarak değerlendirilebilir. Özellikle yerli halklar bakımından balıkçılık, avcılık, toplayıcılık ve hayvanların göçebe güdülmesi tipik yaşam ve geçim biçimleridir.⁵¹⁵ Şu durumda mülkiyet hakkı kapsamında toprak ve su kaynaklarının kullanımı ve bunların kontrol edilmesi kültürel kimlik hakkının konusu olur.

Kültürel kimlik hakkı oldukça geniş bir norm alanına sahip bir kültürel haktır. Bu bağlamda kültürel kimlik hakkı tüm kültürel hakların temel bir parçası olarak görülmekte ve kültürel kimliğin kültürel hakların temel anlamı olduğu savunulmaktadır.⁵¹⁶ Kültürel kimlik hakkı, kendiliğinden açık olan nedenlerle ifade özgürlüğü, din ve inanç özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, eğitim ve öğrenim hakkı, anadil hakkı, sanat özgürlüğü gibi diğer temel hak ve temel özgürlüklerle yakından ilişkilidir.⁵¹⁷ Adı geçen temel hak ve özgürlükler kültürel kimliğin gelişiminde ve korunmasında doğrudan rol oynar. Bu haklar kültürel kimliğin tanınması, geliştirilmesi ve korunmasında önemli işlevler üstlenir.⁵¹⁸ Bu nedenle özellikle yargısal ve yarı-yargısal organların geliştirmiş olduğu içtihatlar ışığında ifade özgürlüğü, din özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, eğitim ve öğrenim hakkı, anadil hakkı, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı bir boyutuyla kültürel kimlik hakkının konusu olur. Örneğin Irk Ayrımcılığı Komitesi, Afrika kökenli halklara ilişkin Genel Tavsiyesinde, halkların ayrımcılık yapılmaksızın bireysel olarak

⁵¹³ Stavenhagen, “A Social Science Perspective,” s. 93.

⁵¹⁴ CESCR, *General Comment No. 26*, para. 10.

⁵¹⁵ Martin Scheinin, “The Right of a People to Enjoy Its Culture: Towards a Nordic Saami Rights Convention”, içinde *Cultural Human Rights*, ed. Francesco Francioni and Martin Scheinin (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), s. 157.

⁵¹⁶ Marks, “Defining Cultural Rights,” s. 295, 302.

⁵¹⁷ Stavenhagen, “A Social Science Perspective,” s. 85.

⁵¹⁸ Donders, “International Human Rights and Cultural Diversity,” s. 126.

veya topluluklarının diğere üyeleriyle birlikte kültürel kimlik hakkına sahip olduğunu ifade ederken kültürel kimlik hakkını, halkların yaşam tarzlarını ve örgütlenme biçimlerini, kültürlerini, dillerini ve dinsel ifadelerini koruma, sürdürme ve geliştirme hakkı olarak değerlendirmiştir.⁵¹⁹ Bu yaklaşım kültürel kimlik hakkının geniş norm alanını ortaya koyar. Dolayısıyla kültürel kimlik hakkı, bir halkın veya topluluğun yaşam tarzı, anadili veya dinsel ifadeleriyle ilgili olup bunları koruma, sürdürme ve geliştirme hakkı olarak görülebilir. Bu bağlamda eğitim ve öğrenim kültürel kimlik hakkının konusu olur. Zira eğitim ve öğrenim çocukların kültürel kimliklerini geliştirmelerini sağlar. Daha somut olarak eğitim ve öğrenim çocukların kişiliklerini ve kültürel kimliklerini geliştirmelerini, kültürel değerlerini ve uygulamalarını öğrenmelerini ve anlamalarını olanaklı kılan bir araçtır.⁵²⁰ Yine ifade özgürlüğü kültürel kimlik hakkının bir konusu olarak görülebilir. Zira Çocuk Hakları Komitesinin ifade ettiği gibi ifade özgürlüğü, kültürel ve sanatsal faaliyetlere özgürce katılma hakkının temelidir.⁵²¹ Anadil hakkı kültürel kimlik hakkının bir konusu olarak değerlendirilebilir. Zira anadili aynı zamanda bir halkın kültürünün çok anlamlı ve yaygın bir aktarım biçimidir.⁵²² Özellikle azınlıklar için anadili ve eğitim ve öğrenim büyük önem taşımaktadır. Uygun eğitim ve öğretimin tesis edilmesi farklı kimliklerin korunmasında, belirli değerlerin, kültürün ve yaşam biçimlerinin yeni nesillere aktarılmasında merkezi bir rol oynamaktadır.⁵²³ Özel yaşam ve aile yaşamı da bir yönüyle kültürel kimlik hakkının konusu olabilir. Zira Romanlar veya yerli halklar

⁵¹⁹ CERD, *General Recommendation No. 34*, para. 4(b) Komite bu yorumuyla kültürel kimlik hakkını önceki yorumlarından daha da somut hale getirmekte ve bir yönüyle kültürel kimlik hakkının belirsiz sınırlarının olduğuna dair argümanlara cevap vermektedir.

⁵²⁰ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 26.

⁵²¹ CRC, *General Comment No. 17*, para. 20.

⁵²² Permanent Court of International Justice, *Minority Schools in Albania*, PCIJ Series A/B. No 64, Advisory Opinion of April 6.

⁵²³ Kristin Henrard, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination* (Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 2000), s. 67-67.

gibi geleneksel yaşam tarzına sahip olan topluluklar bakımından özel yaşam veya aile yaşamını aynı zamanda kültürel nitelikler arz eder.⁵²⁴ Benzer şekilde din de kültürel kimlik hakkının konusu olabilir. Zira din, kendi başına kültürel kimliğin önemli bir boyutunu oluşturur. Hemen hemen tüm kültürlerin oluşmasında ve gelişmesinde din önemli bir rol oynar.⁵²⁵ Dernek kurma özgürlüğü de kültürel kimlik kapsamında ele alınabilir. Çünkü örgütlü hareket etme kültürün sürdürülmesi, yaşatılması ve anlam bulmasında önemli bir noktaya sahiptir. Sanat özgürlüğü de kültürel kimlik hakkın temel konularından birini oluşturur. Zira sanat, en temel anlamda bireylerin kültürel kimliği oluşturması, geliştirmesi ve sürdürmesi boyutuyla; sanat özgürlüğü de bireylerin kültürel eserlerini hiçbir kısıtlama olmaksızın özgürce oluşturma ve herkesin bu eserlere, yani müzelere, konserlere, tiyatrolara, kütüphanelere vb. özgürce erişim boyutuyla kültürel kimlik hakkının konusu olur. Son olarak mülkiyet, kültürel kimlik hakkının konusu olabilir. Zira özellikle yerli halkların toprak kullanımıyla ilgili taleplerde kültürel kimlik hakkı mülkiyet hakkı ve bütünlüğün korunması hakkı çerçevesinde tanınmaktadır.⁵²⁶

B. KÜLTÜREL KENDİ KADERİNİ TAYİN HAKKI (KÜLTÜREL SELF DETERMİNASYON)

Kendi kaderini tayin hakkı, temel bir hak olarak görülmektedir.⁵²⁷ Uluslararası Adalet Divanı bu hakkı *erga omnes* olarak nitelendirmiş ve çağdaş uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olarak tanımıştır.⁵²⁸ Kendi kaderini tayin hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi, kültürel haklar da dahil olmak üzere aslında tüm temel haklardan yararlanılması açısından yaşamsal önem taşır. Kendi kaderini tayin hakkı belirli toplulukların kimlik ve üyelerinin kültürel haklarının korunmasının nihai güvencesi

⁵²⁴ ECHR, *Case of Bucklel, v. the United Kingdom*; ECHR, *Chapman v. the United Kingdom*.

⁵²⁵ Donders, "A Right to Cultural Identity in UNESCO," s. 324.

⁵²⁶ IACHR, *Moiwana Village v. Suriname*, paras. 86, 101.

⁵²⁷ HCR, *CCPR General Comment No. 12: Article 1 (Right to Self-Determination)*, 1984, paras. 1–2.

⁵²⁸ ICJ, *Case Concerning East Timor (Portugalv. Australia)*, *Reports*, 1995, s. 90, 102, par. 29.

olarak görülmektedir.⁵²⁹ Kendi kaderini tayin hakkı özel bir öneme sahiptir. Çünkü bu hakkın uygulamaya konulması, temel hakların etkin bir şekilde güvence altına alınması, gözetilmesi, geliştirilmesi ve güçlendirilmesi açısından başlıca bir koşuldur.⁵³⁰

Kendi kaderini tayin hakkı en geniş anlamda, halkların bütün değerlerin paylaşımına özgürce ve tam olarak katılma hakkı olarak tanımlanabilir.⁵³¹ Kendi kaderini tayin hakkı (*self determination*) iç ve dış self determinasyon olmak üzere iki boyutlu bir hak olarak değerlendirilmektedir.⁵³² Bu iki boyut birbirinin alternatifi olmayıp dış self determinasyon, iç self determinasyonun ön koşulu olarak ortaya çıkmaktadır.⁵³³

Dış self determinasyon (*external self determination*) sömürge bir devletin bağımsızlığa kavuşması veya sömürge olmayan bir devletin bir devletten ayrılması, bağımsızlığını kazanmasıdır.⁵³⁴ Dış/ulusal self determinasyon ilk olarak 19. Yüzyıl milliyetçilik hareketleri sonucunda ulus-devletlerin kurulma sürecinde etnik, kültürel, tarihsel ortak değerlere sahip ulusların bir hakkı olarak ortaya çıkmıştır. Bu hak ikinci olarak ikinci Dünya Savaşı sonrasında sömürgeci devletlere karşı sömürgelerin kendi kendilerini yönetmesi ve bağımsız devletler kurma talepleri sonucunda ortaya çıkmıştır.⁵³⁵ 14 Aralık 1960 tarihli BM Genel Kurul 1514 (XV) sayılı kararı ile sömürge

⁵²⁹ Karen Knop, *Diversity and Self-Determination in International Law*, Digitally Printed Cersion (Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2008), s. 79.

⁵³⁰ HCR, *CCPR General Comment No. 12*, para. 1.

⁵³¹ Jordon J. Paust, "A Definitional Focus: Self-Determination," in *Self-Determination: National, Regional and Global Dimensions*, ed. Yonah Alexander and Robert A. Friedlander (Boulder, Colo: Westview Press, 1980), s. 14.

⁵³² Johan D Van der Vyver, "Self-Determination of the Peoples of Quebec under International Law," *J. Transnational Law & Policy* 10, no. 1 (Fall 2000), s. 11.

⁵³³ Ayşe Füsün Arsava, "Halkların Kendi Kaderini Tayin Etme Hakkının Tarihçesi ve Günümüzde Getirdiği Problemler," *Yaşar Üniversitesi e-Dergisi* 8, Sayı: Özel, (2013), s. 389.

⁵³⁴ Oran, *Türkiye'de Azınlıklar*, s. 218.

⁵³⁵ Naz Çavuşoğlu, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları*, (Ankara: Su Yayınları, 2. Baskı, 2001), s. 66-68.

halkların bağımsız devletler kurma hakkı, yani self determinasyon hakkı tanınmıştır.⁵³⁶ MSHS ile ESKHS ise sömürge haklarına ek olarak hakkın kapsamını genişleterek halkların kendi kaderini tayin hakkını tanımıştır.

İç kendi kaderini tayin hakkı (iç self determinasyon/*internal self determination*) halkların kendi siyasal, sosyal ve kültürel sistemlerini seçmesi ve gelişimlerini özgürce sürdürmesi ve geliştirmesi anlamına gelir.⁵³⁷ İç self determinasyon, hakkın öznelere kısmi olarak (kültürel anlamda) kendi kaderini belirleme hakkını tanıır.⁵³⁸ İç self determinasyonda belli başlı yetkiler üstün otoriteden farklı otoritelere devredilir, yani kısmi bir egemenlik söz konusu olur.⁵³⁹ İç self determinasyonda halk egemen değildir.⁵⁴⁰ Diğer bir ifadeyle kültürel kendi kaderini tayin bağlamında hak, esas olarak bu halkların kendi kültürlerini geliştirme hakkı olarak anlaşılmaktadır.⁵⁴¹

Dış self determinasyonun aksine kültürel kendi kaderini tayin hakkı bir bağımsızlık veya ayrılma anlamını taşımayıp iç self determinasyonun özel bir tipi olarak kişi veya toplulukların kendi kültürünü seçmesi, sürdürmesi ve geliştirmesi olarak anlaşılabilir.⁵⁴² Bu hak ile birçok durumda anlamlı (fakat sınırlı) bir gücün merkezden

⁵³⁶ BM Genel Kurulu, “Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples”, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-granting-independence-colonial-countries-and-peoples>, ET: 13.03.2025.

⁵³⁷ Baskın Oran, *Türkiye’de Azınlıklar: Kavramlar, Teori, Lozan, İç Mevzuat, Uygulama*, 4. Baskı (İstanbul: İletişim Yayınları, 2008), s. 218.

⁵³⁸ Lauri Hannikainen, “Self-Determination and Autonomy in International Law,” in *Autonomy: Applications and Implications*, ed. Markku Suksi (Brill | Nijhoff, 1998), s. 86.

⁵³⁹ Dilan Mızrak, *Bir etnik Çatışma Çözüm Yöntemi Olarak Özerklik*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015), s. 96.

⁵⁴⁰ Arsava, “Halkların Kendi Kaderini Tayin Etme Hakkı,” s. 389.

⁵⁴¹ Almqvist, *Human Rights, Culture, and the Rule of Law*, s. 12.

⁵⁴² Herhangi bir karışıklığı engellemek adına iç kendi kaderini tayin yerine “özyönetim” (*self government*) veya özerklik (*autonomy*) kavramı da kullanılabilir. Aleksandar Pavković, “Self-Determination, National Minorities and the Liberal Principle of Equality,” in *Self-Determination: National, Regional, and Global Dimensions*, ed. Yonah Alexander and Robert A. Friedlander (Boulder, Colo: Westview Press, 1980), s. 123.

kültürel, coğrafi, dilsel, dinsel veya etnik temelli bölgelere (veya toprak temelli olmayan azınlıklara) devredilmesi aranır.⁵⁴³ Diğer bir ifadeyle kültürel kendi kaderini tayin hakkı, azınlıklara devletin bir bölgesinde özerklik inşa etme hakkı vermez; kültürel, etnik, dinsel ve dilsel olarak farklılaşan kişi topluluklarına bu alanlara özgü olarak kendilerini yönetme hakkı verir.⁵⁴⁴ Bu nedenle kendi kaderini tayin hakkı bir devletin egemenliğine ve toprak bütünlüğüne hanel getirecek şekilde kullanılamaz.⁵⁴⁵ Nitekim BM Azınlık Hakları Bildirgesi, etnik, dinsel veya dilsel bir topluluğun, bir devletin ulusal yasalarını ihlal eden ve uluslararası standartlara aykırı olan belirli uygulamalarını kendi kaderini tayin hakkı kapsamı dışında tutmaktadır. Bu paralelde Arendt Lijphart da kendi kaderini tayin hakkını, yani iç self determinasyonu (*self determination*) ulusların ayrı egemen devletler kurma hakkını ifade eden “ulusal kendi kaderini tayin etme” (*national self determination*) kavramından farklı olarak ele alır. Buna göre *self-determination*, mevcut devlet içerisindeki gruplara çeşitli haklar (örneğin egemenlik yerine özyönetim) veren ve grupların kimliğine önceden karar vermek yerine bu grupların kendilerini ortaya koymalarına olanak tanıyan bir yöntem veya süreci ifade eder. Özetle kendi kaderini tayin etme iç duruma ilişkindir.⁵⁴⁶

Doktrinde kültürel özerklik (*cultural autonomy*) olarak da ifade edilen kültürel kendi kaderini tayin hakkı, devlet niteliğinde olmayan kurum veya kişi topluluklarına

⁵⁴³ Hurst Hannum, *Autonomy, Sovereignty and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1996, s. 4.

⁵⁴⁴ Dilan Mızrak, “Kültürel Özerklik Uygulamasının Hukuki Çerçevesi,” *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, Sayı:1, 2019, s. 28.

⁵⁴⁵ HCR, *CCPR General Comment No. 23*, para. 3.2.

⁵⁴⁶ Arend Lijphart, “Self-Determination versus Pre-Determination of Ethnic Minorities in Power-Sharing Systems,” in *The Rights of Minority Cultures*, ed. Will Kymlicka (New York: Oxford University Press, 1995), s. 275-276; Johan D Van der Vyver, “The Right to Self-Determination of Cultural, Religious and Linguistic Communities in South Africa,” *Potchefstroom Electronic Law Journal* 14, no. 4 (2011), s. 10.

kendi koydukları hukuk kurallarıyla işlerini düzenleme yetkisini verir.⁵⁴⁷ Bu bağlamda kültürel kendi kaderini tayin, kültürel azınlıkların “kendilerine özgü bir kimlik iddiasında bulunarak özel olarak ilgilendikleri konular üzerinde doğrudan kontrol sahibi olmalarına izin veren bir araç”⁵⁴⁸ olarak tanımlanabilir. Ayrıca kültürel kendi kaderini tayin, bir devletin birliğini koruyarak toplumun çeşitliliğine saygı göstermek için güçlerin dağıtılmasının bir yolu olarak da kavramsallaştırılabilir.⁵⁴⁹ Bölgesel olmayan kültürel özerklik, bölgesel varlıklardaki devlet-altı yönetimlere başvurmaya gerek kalmadan bir azınlığın çıkarlarını gerçekleştirmek için kullanılacak seçeneklere bir örnektir.⁵⁵⁰

Temel olarak toprak esasına dayanmayan kültürel kendi kaderini tayin hakkında azınlıkların, kültürel kimliğin de içinde olduğu farklı kimliklerini belirli konularda özerkliklerini tanıma amacı vardır. Buna göre bir ülkede nerede yaşadıklarına bakılmaksızın bir topluluğun tüm üyelerine kültürel kendi kaderini tayin hakkı tanınır.⁵⁵¹ Kültürel kendi kaderini tayinin uygulanması için topluluk üyelerinin mutlaka dağınık halde yaşaması koşul değildir. Bununla birlikte belli bir bölgede önemli oranda bir nüfus yoğunluğuna sahip olan bir topluluk için de hak tanınabilir.⁵⁵²

Kültürel kendi kaderini tayin hakkı tarihsel olarak azınlıkların korunmasıyla bağlantılı olarak ortaya çıkıp gelişmiştir. Uzun tarihleri boyunca, Yahudilerin bazen işlerini kendi yasalarına ve geleneklerine göre yönetmelerine izin verilmiştir. Yine

⁵⁴⁷ Mızrak, “Kültürel Özerklik Uygulamasının Hukuki Çerçevesi,” s. 24.

⁵⁴⁸ Yash Ghai, *Autonomy and Ethnicity: Negotiating Competing Claims in Multi-Ethnic States*, (Hong Kong: 2000), s. 484.

⁵⁴⁹ Ruth Lapidot, *Autonomy: Flexible Solutions to Ethnic Conflicts*, USA Institute of Peace Press, (Washington: 1997), s. 3.

⁵⁵⁰ Markku Suksi, *Sub-State Governance through Territorial Autonomy: A Comparative Study in Constitutional Law of Powers, Procedures and Institutions*, (Berlin: Springer Berlin Heidelberg, 2011), s. 6.

⁵⁵¹ Margaret Moore, “Sub-State Nationalism and International Law,” *Michigan Journal of International Law* 25, Sayı: 4, 2004, s. 1330.

⁵⁵² Mızrak, “Kültürel Özerklik Uygulamasının Hukuki Çerçevesi,” s. 27.

Osmanlı İmparatorluğu'ndaki Müslüman olmayan topluluklara, çok daha geniş kapsamlı olsa da benzer bir sistem uygulanmıştır.⁵⁵³ Buna göre her dinsel topluluk, örneğin en önemlileri olarak Ortodoks, Ermeni ve Yahudiler kişisel statü, miras ve diğer topluluk içi ilişkiler gibi konularda düzenleme yetkisine sahip olmuştur.⁵⁵⁴ Benzer şekilde Birinci Dünya Savaşı'nın sonunda azınlıkların korunması kapsamında Estonya, azınlık gruplarının kamu hukuku tüzel kişileri olarak örgütlenmelerine ve kültürel çıkarlarını korumak için özerk kurumlar kurmalarına izin vermiştir. Kültürel ve dinsel özerklik kurumlarının işlevlerini yerine getirebilmeleri için bu kurumlara, kendi topluluklarını bağlayıcı düzenlemeler yapma ve vergi koyma yetkisi verilmiştir.⁵⁵⁵

Kendi kaderini tayin hakkının iç boyutuyla bağlantılı önemli kültürel bileşenleri vardır.⁵⁵⁶ Hakkın içsel boyutu halkın veya toplulukların kendi hükümetine karşı haklarını ifade eder.⁵⁵⁷ İç kendi kaderini tayin hakkı bir halkın kültürel, etnik, tarihsel ve bölgesel kimliğini koruma hakkını içerir ki, bu da ekonomik, sosyal ve/veya kültürel alanda bir tür özerklik anlamına gelebilir.⁵⁵⁸ Nitekim BM özel raportörü Martinez Cobo, kendi kaderini tayin hakkını yerli halkların kendi kültürel kimliklerini koruyabilmeleri, geliştirebilmeleri ve gelecek nesillere aktarabilmeleri için temel bir ön koşul olarak değerlendirmektedir.⁵⁵⁹ Bu bağlamda kendi kaderini belirme bir halkın kendi siyasal, ekonomik ve kültürel kaderini şekillendirme hakkı olarak tanımlanabilir.⁵⁶⁰ Şu durumda kendi kaderini tayin

⁵⁵³ Lapidoth, *Autonomy: Flexible Solutions to Ethnic Conflicts*, s. 37.

⁵⁵⁴ Hannum, *Autonomy, Sovereignty and Self-Determination*, s. 4.

⁵⁵⁵ Lapidoth, *Autonomy: Flexible Solutions to Ethnic Conflicts*, s. 36-37.

⁵⁵⁶ Donders, "From Controversy to Celebration," s. 73.

⁵⁵⁷ Allan Rosas, "The Right of Self-Determination," in *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, ed. Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, 2nd Edition (Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), s. 112.

⁵⁵⁸ Hannikainen, "Self-Determination and Autonomy," s. 90-93.

⁵⁵⁹ Martinez Cobo, *Study of Problem Discrimination*.

⁵⁶⁰ Yonah Alexander and Robert A. Friedlander, eds., *Self-Determination: National, Regional and Global Dimensions* (Boulder, Colo: Westview Press, 1980), s. xiii.

aynı zamanda kültürel kimliğin bir konusudur. Zira kültürel kaderi belirleme kapsamında kişinin veya kişi topluluğunun kültürünü seçmesi, sürdürmesi ve geliştirmesi doğrudan kültürel kimliğin kapsamına girer.

Özellikle orijinal vatanlarına homojen bir şekilde yerleştikleri durumlarda ulusal, etnik, dilsel veya dinsel azınlıklar özerklik talep eden genel özneler olarak ön çıkar.⁵⁶¹ Uluslararası hukukta kendi kaderini tayin etme hakkına sahip “halklar” olarak tanınmaya başlayan dilsel, dinsel, etnik ve kültürel azınlıklar kendi kaderini tayin hakkının depoları haline gelmiştir.⁵⁶² Bu bağlamda MSHS ile ESKHS kendi kaderini tayin (*self-determination*) hakkını tanır. Her iki sözleşme de kendi kaderini tayin hakkı kapsamında kültürel kimlikle doğrudan ilişkili olarak halkların kültürlerini sürdürme hakkını güvence altına alır. Kendi kaderini tayin hakkıyla kültürel kimlik hakkının yakın ilişkisi nedeniyle her iki sözleşme de kültürel açıdan kendi kaderini tayin etmeyi özel olarak düzenlemiştir. Benzer şekilde Afrika Şartı (m. 22) tüm halkların kendi kaderini tayin hakkının bir boyutu olarak kültürel kimliklerine uygun kültürel gelişme hakkını tanır.

Kültürel kendi kaderini tayin hakkının özü, herkese kendi karakteristik özelliklerine en uygun siyasal, sosyal ve kültürel koşullar altında yaşama olanağını sağlamak ve her şeyden önce kendi kimliğini korumak ve geliştirmektir.⁵⁶³ Bu bağlamda kendi kaderini tayin, iki veya daha fazla büyük çevrenin yanı sıra bir veya daha fazla küçük azınlığın da bulunduğu ülkelerde göz ardı edilme, ayrımcılığa maruz kalma,

⁵⁶¹ Thomas Benedikter, *The World's Modern Autonomy Systems: Concepts and Experiences of Regional Territorial Autonomy*, (Bolzano: EURAC Research, 2009), s. 19

⁵⁶² Johan D Van der Vyver, “Cultural Identity as a Constitutional Right in South Africa,” *Stellenbosch Law Review* 14, no. 1 (51-67), s. 52.

⁵⁶³ Dietrich Murswiek, “The Issue of a Right of Secession-Reconsidered,” in *Modern Law of Self-Determination*, ed. Christian Tomuschat (Dordrecht, Boston: M. Nijhoff Publishers, 1993), s. 38.

kişileri ait oldukları topluluklara yerleştirme ve bireysel karar alma süreçlerindeki sorunları ortadan kaldırma bakımından önemli bir araç olarak görülebilir.⁵⁶⁴

Kültürel kendi kaderini tayin hakkının genel anlamda katılım ve kimlik olmak üzere iki bileşeni vardır.⁵⁶⁵ Katılımla ilgili olarak *Angela Poma Poma v. Peru* kararda İHK, MSHS m. 27'nin, dolaylı olarak kültürel kimlik hakkının koruması kapsamında bir azınlığın veya yerli topluluğun, kültürel açıdan önemli ekonomik faaliyetlerine büyük ölçüde zarar veren veya bunlara müdahale teşkil eden tedbirlerin kabul edilebilirliğinin söz konusu topluluk üyelerinin bu faaliyetlerle ilgili karar alma süreçlerine katılma fırsatına sahip olup olmamasına bağlı olduğunu belirtmiştir. Komite, karar alma süreçlerine katılımın etkili olması gerektiğini, bunun da yalnızca istişareyi değil; topluluk üyelerinin önceden bilgilendirilmiş olmasını ve özgür onayını gerektirdiğini saptamıştır.⁵⁶⁶ İHK'nin yerli halkların etkili katılımına ilişkin yorumu, bu halkların güvencelerini sağlamlaştıran bir veto hakkı olarak anlaşılabilir. Bu veto hakkı, yerli halkların kendi toprakları üzerinde etkili bir kontrole sahip olmalarını ve onların kendi kaderlerini tayin etmelerini teşvik etmenin bir yolu olarak görülmektedir.⁵⁶⁷ Kimlik bağlamında kendi kaderini tayin hakkı azınlıkların ve halkların kimliği ve kültürel haklarıyla ayrılmaz bir şekilde bağlıdır.⁵⁶⁸ Nitekim BM Özel Raportörü Aureliu Cristescu, kendi kaderini tayin hakkının tarihsel ve güncel gelişimine ilişkin raporunda kültürel alanda kendi kaderini tayin hakkını, halkların kendi kültürel sistemlerini seçme,

⁵⁶⁴ Lijphart, "Self-Determination versus Pre-Determination," s. 284-285.

⁵⁶⁵ Vrdoljak, "Self-Determination and Cultural Rights," s. 41.

⁵⁶⁶ HCR, *Angela Poma Poma v. Peru*, Communication No. 1457/2006, 24.03.2006, para. 7.6, UN Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006.

⁵⁶⁷ Mariana Monteiro De Matos, "Cultural Identity and Self-Determination as Key Concepts in Concurring Legal Frameworks for the International Protection of the Rights of Indigenous Peoples," in *Cultural Heritage and International Law*, ed. Evelyne Lagrange, Stefan Oeter, and Robert Uerpmann-Witzack (Cham: Springer International Publishing, 2018), s. 288.

⁵⁶⁸ Vrdoljak, "Self-Determination and Cultural Rights," s. 41.

kültürel gelişimlerini özgürce sürdürme ve kültürel miraslarını yeniden kazanma, bunlardan yararlanma ve zenginleştirme hakkı olarak tanımlamıştır.⁵⁶⁹

BM YHHB (m. 3)⁵⁷⁰ aynı şekilde yerli halkların kendi kaderini tayin hakkını açıkça tanıır ve bu hak gereği olarak ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmelerini özgürce sürdüreceğini belirtir. Kendi kaderini tayin hakkı, yerli halkların kültürel geleneklerinin sürdürülmesine katkıda bulunan kültürel mirasının, dolayısıyla kültürel kimliğinin doğal bir parçasıdır. Diğer bir ifadeyle BM YHHB kendi kaderini tayin hakkı ile yerli toplulukların yerel meseleler konusundaki özerkliğini güvence altına alır.⁵⁷¹ Nitekim BM Özel Raportörü Jose Martinez Cobo'ya göre kendi kaderini tayin hakkı, yerli halkların kendi kültürel kimliklerini koruyabilmeleri, geliştirebilmeleri ve gelecek nesillere aktarabilmeleri için temel bir ön koşuldur. Bu bağlamda devletler, kendilerine özgü siyasal, hukuksal, ekonomik, sosyal ve kültürel kurumlar da dahil olmak üzere yerli özyönetimlere saygı göstermeli ve bunlara müdahale etmemelidir.⁵⁷²

Kültürel kendi kaderini tayin hakkına sahip kişilerin bir araya gelmesindeki temel hedeflerden biri, kültürel azınlıkların yeterli demokratik temsile sahip olmalarıdır. Bu nedenle temsil, azınlıklara mensup kişilerin en azından önemli bir bölümünü içermelidir ve özerk eylem ve işlemler özgürce seçilmiş demokratik organlar tarafından gerçekleştirilmelidir. Diğer bir ifadeyle devlet niteliğinde olmayan kurum veya kişi topluluklarına kendi koydukları kurallarla işlerini düzenleme yetkisi verilebilir. Bu sayede kendilerini ilgilendiren konular hakkında doğrudan yetki ve kontrol sahibi olmaları sağlanabilir. Kültürel özerklik veya kendi kaderini tayin kapsamında kültürel

⁵⁶⁹ United Nations, *The Right to Self-Determination: Historical and Current Development on the Basis of United Nations Instruments*, ed. Aureliu Cristescu (New York, 1981), para. 31.

⁵⁷⁰ BM YHHB (m. 3) “Yerli halkların kendi kaderini tayin hakkı vardır. Bu hak gereğince siyasal statülerini serbestçe belirlerler ve ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmelerini özgürce sürdürürler.”

⁵⁷¹ De Matos, “Cultural Identity and Self-Determination,” s. 277.

⁵⁷² Martinez Cobo, *Study of Problem Discrimination*.

azınlığın kimliğinin tanınması, korunması ve geliştirilmesi için gerekli olan birçok alanı güvence altına alınabilir. Örneğin kurumsal iki dilliliğin yerel özyönetim çerçevesinde düzenlenmesi; söz konusu kültürel azınlıkların değerlerine ve ihtiyaçlarına uygun ve saygı duyan yüksek öğrenim dahil eğitim sistemlerinin kurulması; kültürel kimliği yaşatacak kültürel kurum ve programların inşa edilmesi; radyo, televizyon ve diğer iletişim araçları ve medyanın sağlanması; kültürel azınlıkların kendi amblemlerinin ve sembollerinin sergilenmesi; azınlık kültürel mirasının korunması kültürel kendi kaderini tayin kapsamında güvence altına alınabilir.⁵⁷³

C. KÜLTÜREL MİRAS HAKKI

Kültürel kimlik hakkı, kültürel haklardan kültürel miras ile doğrudan ilişkili bir haktır. Hatta somut ve soyut kültürel miras, kültürel kimlik hakkının temel konularından birini oluşturur. Kültürel miras (*cultural heritage*) kavramı, durağan bir yapıya sahip olan kültürel varlık (*cultural property*) kavramından ziyade, somut veya maddi unsurların yanı sıra maddi olmayan (somut olmayan) unsurları da içeren dinamik ve esnek bir kavramdır.⁵⁷⁴ Kültürel miras, aslında 1972 tarihli UNESCO Dünya Kültür Sözleşmesi'nden sonra ağırlıklı olarak ekonomik nitelikteki özel hakların nesnesi olarak dar kapsamlı “kültürel varlık” kavramını aşmayı amaçlayan uluslararası bir hareketin parçası haline gelerek anlam değişikliğine uğramıştır. Buna göre kültürel miras, belirli bir topluluğun kültürel geleneğinin ve kimliğinin bir parçası olarak tanıdığı yaratıcı ifadelerin, uygulamaların ve mekânların bütünü temsil eder.⁵⁷⁵ Diğer bir ifadeyle kültürel miras, onları üreten ve sürdüren toplulukların kolektif eğilimlerinin ve sosyal

⁵⁷³ Benedikter, *The World's Modern Autonomy Systems*, s. 38-39.

⁵⁷⁴ Yvonne Donders, “Cultural Heritage and Human Rights,” in *International Cultural Heritage Law*, ed. Ana Filipa Vrdoljak and Francesco Francioni (New York: Oxford University Press, 2020), s. 379- 380.

⁵⁷⁵ Francesco Francioni, “The 1972 World Heritage Convention: An Introduction,” in *The 1972 World Heritage Convention: A Commentary*, ed. Francesco Francioni and Federico Lenzerini, Second Edition (Oxford: Oxford University Press, 2023), s. 4.

örgütlenmelerinin çeşitliliğini yansıtır.⁵⁷⁶ Kültürel miras, belli bir ulusun veya topluluğun önceki nesillerden öğrenme süreçleri yoluyla aldığı ve kimlik duygusunun sonraki nesillere aktarılmasını sağlayan kültürel nesnelere, geleneklerin, bilgi ve becerilerin bütününe temsil eder.⁵⁷⁷ Bu bağlamda kültürel miras kavramı halklar, topluluklar ve kültürel kimliklerle bağlantılı bir kavram olarak değerlendirilebilir. Şöyle ki kültürel miras yalnızca maddi bir boyuta değil, aynı zamanda bireyler ve toplulukların kültürel kimlikleriyle ve bir topluluğa aitlik ile ilişkili soyut boyutlara sahiptir. Kültürel mirasın ulusal ve uluslararası korunmasını olanaklı kılan unsurlardan biri, tam olarak kültürel miras ile bireylerin, toplulukların ve insanlığın kültürel kimliği arasındaki içsel bağlıdır.⁵⁷⁸ Bu nedenle kültürel mirasın korunması hem somut hem de somut olmayan kültürel mirasın korunmasını içerir.

Somut olmayan kültürel miras, özellikle miraslarıyla maddi olmaktan çok manevi bir ilişki kuran çoğu yerli halkın kültürel kimliğinin önemli bir boyutunu temsil eder.⁵⁷⁹ BM “Yerli Halkların Hakları Özel Raportörü” Victoria Tauli-Corpuz’a göre kültürel miras, yerli halkların halk olarak farklı kimliklerini tanımlayan her şeydir.⁵⁸⁰ Diğer bir ifadeyle yerli halklar gibi toplulukların yaşam anlayışını karakterize eden kültürel miras bu halkların ayırt edici (kültürel) kimliklerini tanımlar.⁵⁸¹ Yerli halkların tüm kolektif haklarının ayrılmaz bir şekilde birbirine bağlı olduğu dikkate alındığında, onların ister somut ister somut olmayan kültürel miraslarının tahribi aynı zamanda kültürel kimlik

⁵⁷⁶ Francesco Francioni, “Plurality and Interaction of Legal Orders in the Enforcement of Cultural Heritage Law,” in *Enforcing International Cultural Heritage Law*, ed. Francesco Francioni and James Gordley, First Edition (Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2013), para. s. 10.

⁵⁷⁷ Francioni, “Culture, Heritage and Human Rights,” s. 6.

⁵⁷⁸ Donders, “Cultural Heritage and Human Rights,” s. 380.

⁵⁷⁹ Lenzerini, “Cultural Identity,” s. 127-129.

⁵⁸⁰ Division for Social Policy and Development Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues, “Biodiversity, Traditional Knowledge and Rights of Indigenous Peoples,” IPRs Series No. 5 (Panama City, 2005), s. 4, PFII/2005/WS.TK/5.

⁵⁸¹ Lenzerini, “Cultural Identity,” s. 128.

hakkının ihlali anlamına gelmektedir.⁵⁸² Dolayısıyla kültürel mirasın kaybı, bir halkın kültürel kimliğinin gelecek kuşaklara aktarımını engeller.⁵⁸³ AAİHM, *Saramaka* davasında *Sarayaku* Halkına danışılmamasının, onların kültürel kimliklerini etkilediğini; zira kültürel miraslarına yapılan müdahalenin ve bu mirasın tahrip edilmesinin, onların sosyal ve kültürel kimliklerine, gelenek ve göreneklerine, dünya görüşlerine ve yaşam biçimlerine saygı duymama anlamına geldiğine; bunun da doğal olarak halk arasında büyük endişe, üzüntü ve acıya yol açtığını vurgulayarak *Samaraka* halkının kültürel miraslarına zarar verilmesini aynı zamanda kültürel kimliklerinin ihlali anlamına geldiğini belirtmiştir.⁵⁸⁴

UNESCO, miras belgelerinde kültürel mirasın kültürel kimliğin inşası ve ifadesi için önemine ve kültürel miras ile kültürel çeşitlilik arasındaki bağlantıya git gide daha fazla vurgu yapmaktadır. Örneğin “Kültürel Politikalara İlişkin Mexico City Bildirgesi” (m. 25), kültürel mirasın korunmasının kültürel kimliği geliştirdiğini belirterek kültürel mirasın kültürel kimlik konusu olmasına işaret eder. “Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunmasına İlişkin Sözleşme” (m. 2/1), kültürel kimlik hakkıyla ilişkili olarak somut olmayan kültürel mirasın grup veya topluluklara kültürel kimlik duygusu kazandırdığını kaydeder.

Kültürel miras salt soyut kültürel miras boyutuyla değil; somut kültürel miras yönüyle kültürel kimlik hakkının konusu olur. Nitekim Engelli Kişilerin Hakları Komitesi ulusal düzeyde kültürel öneme sahip anıt ve sit alanlarının kültürel kimlik hakkı kapsamında ele almıştır. Komite, Engelli Kişiler Sözleşmesine dair Genel Yorumunda kültürel öneme sahip olan anıt ve sit alanlarının korunmasını kültürel kimlik hakkıyla

⁵⁸² Federico Lenzerini, “Intentional Destruction of Cultural Heritage,” in *International Cultural Heritage Law*, ed. Ana Filipa Vrdoljak and Francesco Francioni (New York: Oxford University Press, 2020), s. 89.

⁵⁸³ Lenzerini, “Cultural Identity,” s. 127-129.

⁵⁸⁴ IACHR, *The Saramaka People v. Suriname*, para. 137.

beraber değerlendirmiştir.⁵⁸⁵ Burada Komitenin kültürel mirası, kültürel kimlik hakkı kapsamında ele aldığı sonucu ortaya çıkar ki, somut kültürel miras kültürel kimlik hakkının konusu olur. Gerçekten de kültürel mirasa dâhil olan unsurlar, yerler ve kültürel uygulamalar esasında kişilerin hem bireysel hem de kolektif (kültürel) kimliğinin oluşumunda aktif rol oynarlar.⁵⁸⁶ Nitekim BM İnsan Hakları Konseyi kültürel mirasın bireylerin ve toplulukların kültürel kimliğinin önemli bir bileşeni olduğu belirtilmiştir.⁵⁸⁷ Dolayısıyla somut kültürel miras, kültürel kimlik hakkının konusu olur.

Kültürel kimlikle kültürel miras ve kültürel özerklik arasındaki ilişki bölgesel düzeyde Avrupa Konseyi ereve Sözleşme (m. 5) düzenlemesinde de yer almaktadır. Sözleşme Taraf Devletlerin yükümlülüklerini düzenlerken ikili arasındaki ilişkiye değinmiştir. Buna göre din, dil, gelenek ve kültürel mirasın korunması, ulusal azınlıklara mensup kişilerin kltrelini sürdürmeleri ve geliştirmeleri açısından önem arz eder ve bunlar, bu kişilerin kimliklerinin temel unsurları arasındadır. Kültürel miras ile kültürel kimlik arasındaki ayrılmaz bağlar belirginleştiğine göre, kültürel mirasın güvenceye alınması yoluyla kültürel kimlik hakkının korunup geliştirilmesi sağlanabilir. Bu bağlamda kişi ve kişi topluluklarının kültürel mirasının geliştirilmesi kapsamında kültürel bakanlıkları tarafından kültürel merkezi, arşiv merkezi, müze, kurulması gibi somut uygulamaların hayata geçirilmesi; kültürel mirasın korunması konusunda bilinçli birey ve toplumların yetiştirilmesi, bu amaçla kültürel miras farkındalığına yönelik programlar yapılması gibi çalışmalar kültürel kimliğin güvence altına alınması ve geliştirilmesi açısından olumlu katkılar sunacaktır. Bu yapılırken hem azınlık kültürel mirasının hem de çoğunluk kültürel mirasının ayırım gözetilmeksizin korunmaya çalışılması önem arz

⁵⁸⁵ CRPD, *General Comment No. 2*.

⁵⁸⁶ iğdem Serra Uzunpınar, *Anayasa Hukuku Açısından Kültürel Mirasın Korunması* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2024), s. 71.

⁵⁸⁷ Human Rights Council, *Protection of Cultural Heritage as an Important Component of the Promotion and Protection of Cultural Rights*, Resolution 6/11, 2007.

eder. Zira kültürel mirasın yok olma tehlikesi, birçok kültürel kimlik konusundan (örneğin kültürel kendi kaderini tayin hakkı, anadil hakkı, eğitim ve öğretim hakkı gibi konulardan) farklı olarak özne ya da yararlanıcı, muhatap fark etmeksizin her alanda ortaya çıkabilir.

D. ANADİL HAKKI

Anadili kişinin ilk öğrendiği ve özdeşleştiği dildir.⁵⁸⁸ Anadili temel olarak öncelikle anne ve yakın aile çevresinden, daha sonra ilişkili olunan çevrelerden öğrenilen, kişinin bilinç altına inen ve bireyin toplumla en güçlü bağları kurmasını sağlayan dildir. Diğer bir ifadeyle anadili bireyi birçok açıdan kuşatan ve onun bilinç altına inen dildir.⁵⁸⁹ Anadilini geniş anlamda daha kapsamlı bir kavrama denk gelir. Buna göre öncelikle köken (*origin*) olarak anadili, genellikle “annenin konuştuğu dil” şeklinde anlaşılıp bir kişinin öğrendiği ilk dil anlamına gelir. Burada salt biyolojik bir anneye atıfta bulunma zorunluluğu yoktur. Anne, çocukla düzenli ve kalıcı bir dilsel iletişim bağı kuran kişiyi ifade etmek için kullanılır. Elbette bu kişi genellikle biyolojik anne olacaktır. Çünkü kültürel olarak annenin çocukla en çok konuşan kişi olması olağandır. Ancak bunun olması zorunlu koşul değildir. İkinci olarak anadil, yeterlik (*competence*) kriterine göre bir kişinin en iyi bildiği dil olarak tanımlanabilir. Üçüncü olarak anadil, işlev (*function*) kriterine göre en çok kullanılan dili ifade eder. Dördüncü olarak kimlik (*identification*) açısından anadili, kişinin özdeşleştiği dil(ler) olarak tanımlanabilir. Buna göre anadili, kişinin sosyalleşme sürecinde bağlı olduğu topluluğun kültürünü, normlarını ve değerler sistemini edindiği dili ifade eder.⁵⁹⁰ Şu durumda bir kişi, hangi tanımın kullanıldığına

⁵⁸⁸ Tove Skutnabb-Kanga, *Language, Literacy and Minorities: A Minority Rights Group Report*, (London: 1990), s. 9.

⁵⁸⁹ Doğan Aksan, *Her Yönüyle Dil: Ana Çizgileriyle Dilbilim*, (Ankara: Türk Dil Yayınları, 5. Baskı, 2009), s. 81.

⁵⁹⁰ Tove Skutnabb-Kanga, *Bilingualism or Not: The Education of Minorities*, Translated. Lars Malmberg and David Crane, (Sweden: 1981), s. 12-15.

bağlı olarak farklı anadillere sahip olabilir. Anadili köken tanımı hariç diğer tüm tanımlara göre kişinin yaşamı boyunca birkaç kez değişebilir. Bu bağlamda köken ve kimliği içeren yaklaşıma göre anadili, kişinin ilk öğrendiği ve özdeşleştiği dil olarak tanımlanabilir.⁵⁹¹

Genel olarak dilin kültürel kimlikle ilişkili birçok işlevinden söz edilebilir. Dil, topluluğun kültürel geleneklerini aktarır ve böylece bireyi topluluğa bağlayan ve aynı zamanda onu diğer olası referans topluluklarından ayıran bir kimlik inşa eder.⁵⁹² AİHM'ye göre dil, sosyal etkileşimin ve kişisel kimliğin gelişmesinin önemli bir aracıdır. Bu durum özellikle, dilin belirli bir etnik veya kültürel grubun tanımlayıcı, ayırt edici özelliği olduğu durumlarda geçerlidir.⁵⁹³ Öte yandan belli bir dil veya onun kullanımı, salt işlevsel bir iletişim tekniği anlamına gelmeyip aynı zamanda kişinin kültürel kimliğini ve kültürel mirasını ifade eder.⁵⁹⁴ Dil ile kültür arasındaki bağlar o kadar güçlüdür ki, salt bir dilin incelenmesiyle dili kullanan ilgili topluluğun inançları, yaşam biçimi, gelenekleri, kültürü hakkında bilgi edinilebilir.⁵⁹⁵ Dolayısıyla dil, bir topluluğun inançlarını, yaşam biçimini, kültürünü yansıtmaya işlevine de sahiptir. Bu bağlamda anadil hakkı azınlık haklarının özü olarak görülmekte ve çoğu kültürün ifade edildiği en önemli araçlardan biri olarak değerlendirilmektedir.⁵⁹⁶

⁵⁹¹ Tove Skutnabb-Kanga, "Multilingualism and the Education of Minority Children," in *Minority Education: From Shame to Struggle*, ed. T. Skutnabb-Kangas and J. Cummins, (Clevedon, Philadelphia: 1998), s. 16-17.

⁵⁹² Skutnabb-Kanga, *Bilingualism or Not*, s. 15.

⁵⁹³ ECHR, *Catan and Others v. Moldova and Russia*, Applications Nos. 43370/04, 8252/05 and 18454/06, 19.10.2012, para. 152.

⁵⁹⁴ Susanna Mancini and Bruno de Witte, "Language Rights as Cultural Rights: A European Perspective," in *Cultural Human Rights*, ed. Francesco Francioni and Martin Scheinin (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), s. 247.

⁵⁹⁵ Aksan, *Her Yönüyle Dil*, s. 82.

⁵⁹⁶ Knut Vollebaek, "Linguistic Rights in the Work of the HCNM: New and Old Challenges in Promoting Comprehensive Security", *Opening speech to the Conference on Linguistic Rights of National Minorities: Ten Years after the Oslo Recommendations and Beyond*, (Oslo: 2008), s. 2.

UNESCO Kültürel Çeşitliliğe İlişkin Evrensel Bildirgesi (m. 5) herkesin kendi seçtiği dilde ve özellikle anadillerinde kendilerini ifade etmesini ve çalışmalarını oluşturup yayması kapsamında kültürel kimliklerine uygun kaliteli eğitim ve öğrenim hakkına sahip olması gerektiğini ifade eder. “Ulusal Azınlıkların Eğitim Haklarına İlişkin Lahey Tavsiyeleri” de ulusal azınlıklara mensup kişilerin (kültürel) kimliklerini sürdürme hakkının, eğitim süreçleri boyunca anadilleri hakkında doğru bilgi edinmeleri halinde tam olarak gerçekleşebileceğini belirtir.⁵⁹⁷ Öte yandan Kültürel Çeşitliliğe İlişkin Evrensel Bildirge’nin taslak metninde dilin kültürel kimliğin temellerinden biri olduğu belirtilerek ikili arasındaki doğal bir-aradalık ifade edilmek istenmiştir.

Anadili ile kültür, kültürel kimlik, eğitim ve öğrenim arasında ayrılmaz bağlar bulunur. Anadilini kültürel kimlik ve eğitim ve öğretim hakkı bağlamında özel olarak güvenceye alan bir örnek olarak Kolombiya Anayasası, kültürel kimlik hakkını kültürel kimliklerine saygı duyan ve onları geliştiren eğitim ve öğrenim hakkı ile beraber tanımaktadır. Anadilinin eğitim dili olması birçok ebeveyn için özellikle önemlidir. Çünkü bu, onların kültürel miraslarını çocuklarına aktarmalarını kolaylaştırır.⁵⁹⁸ Tersinden bakılacak olunursa anadilin reddedildiği bir eğitim sistemi ve ona bina edilen kurumlar, azınlıkların ve yerli halkların kimliğini ve kültürünü yok etme tehlikesini ortaya çıkaran birer araca dönüşebilir.⁵⁹⁹ Çocuğun eğitim sistemi yoluyla anadilinden koparıldığı bir toplumda kültürel kimlik de doğal süreçte zarar görür. Nitekim dünyanın hemen hemen her yerinde, kişilerin temel dilsel insan haklarından mahrum bırakılması son derece yaygın bir uygulama haline gelmiştir. Birçok azınlık ve üyesi dil temelinde

⁵⁹⁷ Office of the High Commissioner on National Minorities, *The Hague Recommendations Regarding the Education Rights of National Minorities & Explanatory Note*, (Netherlands: 1996), s. 3, par. 1.

⁵⁹⁸ Martinez Cobo, *Study of Problem Discrimination*, paras. 472-73.

⁵⁹⁹ Deirdre F. Jordan, “Rights and Claims of Indigenous People: Education and the Reclaiming of Identity: The Case of the Canadian Natives, the Sami and Australian Aborigines,” in *Minority Education: From Shame to Struggle*, ed. T. Skutnabb-Kangas and J. Cummins, (Clevedon, Philadelphia: 1998), s. 190.

ayrımcılığa uğramaktadır. Bu nedenle bazı kültürel-dilsel azınlıklar hem kültür hem de aidiyet konusu olan anadilleriyle özdeşleşmekten yoksun kalır. Buralarda çocuklar genellikle dillerini hiçbir öğretmenin anlamadığı ve dillerinin ne bir ders ne de bir eğitim aracı olarak kullanıldığı okul öncesi eğitim kurumlarına ve/veya okullara gitmek durumunda kalırlar.⁶⁰⁰

Farklı diller konuşan topluluklar birbirleriyle temasa geçtiğinde iki topluluk ve üyeleri iletişim kuracaksa genellikle topluluklardan biri diğerinin dilini öğrenmek zorunda kalmaktadır. Genellikle daha güçlü topluluk, dilini daha az güçlü olana zorla kabul ettirebilir. Örneğin Finlandiya'daki Romanlar ve hatta İsveçliler, Fince öğrenmek zorundadır. Ancak Finler, Finlandiyalı İsveçlilerin Fince öğrendiği ölçüde Romanca veya İsveççe öğrenmek zorunda değildir. İnuitler Danca'yı oldukça yaygın bir şekilde öğrenirken Grönland'daki Danimarkalılar İnuit dilini öğrenmezler.⁶⁰¹ Bu örneklerde de görüldüğü üzere, çoğu zaman daha zayıf durumda bulunan kültürel azınlıklara mensup bir kişinin ve çocuğun kendi anadilini özgürce ve bir müdahale olmaksızın kullanma hakkının güvenceye alınması kültürel kimlik bakımından önemlidir. Zira azınlık anadilinin kullanımı, azınlık üyesi kişi ve kişi topluluklarının kültürel kimliklerini açıklamaları ve korumaları için yaşamsaldır. Bir anadilin kullanımının kısıtlanması, yalnızca o dili konuşanlar için pratik bir rahatsızlık değil, aynı zamanda kişinin kültürel kimliğine yönelik potansiyel bir tehdittir. Bu nedenle anadil hakkının kültürel kimliğin konusu olmasında şüphe yoktur.

⁶⁰⁰ Tove Skutnabb-Kangas and Robert Phillipson, "Linguistic Human Rights, Past and Present," *Linguistic Human Rights: Overcoming Linguistic Discrimination*, Ed. Tove Skutnabb-Kangas and Robert Phillipson, (Berlin-New York: Mouton de Gruyter, 1995), s. 71.

⁶⁰¹ Skutnabb-Kanga, *Bilingualism or Not*, s. 66.

Anadili, azınlıklar için kültürel kimliğin korunmasında önemli bir unsurdur.⁶⁰² Dünyada 200'e yakın devletin tek (resmi) dilli olması karşısında bu devletlerin yaklaşık 4000-5.000 dil konuşanı barındırmasına dair rakam bile, azınlıkların anadili boyutuyla karşı karşıya kaldığı güncel ve muhtemel sorunları ortaya koyan bir veri olarak ele alınabilir. Örneğin Nijerya 500'den veya Hindistan 1600'den fazla anadiline sahip olan devletlerdir. Tek dilli bir ülkeye örnek olarak (sadece bir dilin yerel olarak konuşulduğu) 400.000 nüfusu olan İzlanda verilebilir.⁶⁰³ Anadilleri yaşadıkları ülkelerde resmi dil olmayan kişiler iki dilli (veya çok dilli) olmak zorundadır. Onların ebeveynleriyle konuşabilmesi, tarihlerini ve kültürlerini bilmesi veya kim olduklarını bilmesi anadillerini bilmelerini gerektirir. İyi bir eğitim almak, ülkenin sosyal, ekonomik ve politik yaşamına katılmak ise resmi dili bilmeyi gerektirir. Bu bağlamda eğitim sistemlerinin bir fonksiyonu, azınlıklara mensup kişilerin iki dilli olmalarına yardımcı olmaktır. Zira iki dillilik azınlık mensupları için bir zorunluluktur.⁶⁰⁴

Azınlık haklarına ilişkin bir raporda belirtildiği gibi, kurumsal ve kültürel dilcilik⁶⁰⁵ ve ayrımcılığın olduğu bir toplumda, genellikle azınlık çocuklarının orijinal anadilleri ve kültürleriyle olumlu bir şekilde özdeşleşmeleri güçtür. Birçok azınlık çocuğu anadillerinden, ebeveynlerinden, kökenlerinden, topluluklarından ve kültürlerinden çekinmeye veya utanmaya zorlanarak çoğunluk toplumunun azınlık toplulukları, dilleri ve kültürleri hakkındaki olumsuz görüşleri içselleştirilmeye zorlanmaktadır. Nitekim bu çocukların birçoğu ebeveynlerini ve kendi topluluklarını ve dillerini reddetmekte;

⁶⁰² Rodolfo Stavenhagen, *The Ethnic Question: Conflicts, Development, and Human Rights* (Tokyo: United Nations University Press, 1990), s. 142.

⁶⁰³ Skutnabb-Kanga, "Multilingualism and the Education of Minority Children," s. 10.

⁶⁰⁴ Skutnabb-Kanga, "Multilingualism and the Education of Minority Children," s. 11.

⁶⁰⁵ Dilcilik (*linguicism*), ırkçılık, sınıfçılık, cinsiyetçilik gibi diğer olumsuz -izm'lere benzetilebilir. Dilcilik, dil temelinde (anadilleri temelinde) tanımlanan gruplar arasında eşitsiz bir güç ve paylaşımını meşrulaştırmak, gerçekleştirmek ve yeniden üretmek için kullanılan ideolojiler ve yapılar olarak tanımlanabilir. Skutnabb-Kanga, "Multilingualism and the Education of Minority Children," s. 13.

kimliklerini “gönüllü olarak” değiştirmeye çalışmaktadır.⁶⁰⁶ Şu hâlde çoğunlukların kültürel dilciliğine karşı, çoğu zaman savunmasız durumda bulunan azınlıklar için anadili, kültürel kimlik için oldukça önemli bir alan anlamına gelir. Çerçeve Sözleşme (m. 5) de azınlığa mensup kişilerin (ana)dilinin, kimliklerinin temel unsurlarından birini oluşturduğunu teyit etmektedir. Buna göre ulusal azınlıklara mensup kişilerin kültürel kimliklerinin güvence altına alınması, bir yandan azınlıkların kültürlerini yaşatmaları ve geliştirmeleriyle diğer yandan, kimliklerinin asli unsurları olan din, dil, gelenekler ve kültürel mirasın korunmasıyla bağlantılıdır.

Gerçekten de anadili salt bir iletişim aracı değil, aynı zamanda bir kültürel kimliğin ifadesi olarak görülebilir. Kanada Yüksek Mahkemesi *Ford-Quebec* davasında açık bir şekilde (ana)dilin salt bir iletişim aracı olmanın ötesinde, onu kullanan kişilerin kimliğinin ve kültürünün bir parçası olduğunu belirtmiştir.⁶⁰⁷ AİHM de *Catan and Others* davasında anadilin etnik veya kültürel kimliğin bir parçası olarak tanınması talebini olumlu karşılamış ve dilin belirli bir etnik veya kültürel grubun tanımlayıcı, ayırt edici özelliği olduğunu belirtmiştir.⁶⁰⁸ Kanada Yüksek Mahkemesi *Mahe v. Alberta* davasında anadilin yalnızca bir ifade aracı olmadığını, bir halkın kültürel kimliğini ifade edebilmesinin bir yolu olduğunu belirtmiştir.⁶⁰⁹ Mahkeme aynı davada azınlık okullarının hem resmi dilin hem de kültürlerin gelişmesi için gerekli olduğunu, buradaki amacın azınlık mensuplarının dilsel ve kültürel kimliklerine uygun bir eğitim olanağına sahip olmak olduğunu belirtmiştir.⁶¹⁰ Gerçekten de belli bir dili veya anadilini kullanmaktan vazgeçmek sadece o dilin kullanımından vazgeçmek anlamına gelmez. İlgili dilin korunması önemlidir. Zira bir kültür, aynı zamanda anadiliyle ifade edildiğinden ve başka

⁶⁰⁶ Skutnabb-Kanga, *Language, Literacy and Minorities*, s. 10.

⁶⁰⁷ Supreme Court of Canada, *Ford v. Quebec (Attorney General)*.

⁶⁰⁸ ECHR, *Catan and Others v. Moldova and Russia*, para. 152.

⁶⁰⁹ Supreme Court of Canada, *Mahe v. Alberta*.

⁶¹⁰ Supreme Court of Canada, *Mahe v. Alberta*.

hiçbir dilde bulunamayacak belli dil hazineleri onda bulunduğundan ilgili anadilinin korunması yaşamsaldır.⁶¹¹

Kişinin anadilinin hayatın birçok alanında, kamu hizmetlerinde ve eğitimde yerleşik hâle gelmesi önem arz eder. Zira bu olgu kişinin kültürel kimliğinin toplumda bir kimlik olarak tanınmasını sağlayabilir.⁶¹² Ayrıca azınlık mensupları, kendi kültürel kimliklerini korumanın bir yolu olarak yalnızca aralarındaki özel ilişkilerde değil, kamusal alanda da kendi anadillerini kullanma hakkına ihtiyaç duyar.⁶¹³ Yani yalnızca özel alanla sınırlı bir anadilin kullanımıyla kültürel kimliğin devamı güçtür. Anadili açısından eğitim ve öğretim belki de en önemli ve öncelikli alanı oluşturmaktadır. Kültürel azınlıklar açısından anadilde eğitim, kültürel kimliğin devamı için en temel ihtiyaçlardan biridir. Fakat özenle belirtmek gerekir ki, kültürel kimlik bağlamında anadil hakkı denince yalnızca anadilde eğitim ve öğrenim akla gelmemeli; bu hak geniş norm alanına sahip bir hak olarak anlaşılmalıdır. Bir anadilin kullanımı o dilde kamusal hayata katılımı içerir ve bu da o dilde iletişim alanlarının varlığını gerektirir.⁶¹⁴ Bu nedenle anadilinin, özellikle azınlık kültürel kimliğinin korunmasında önemli bir araç olmasını salt eğitim ve öğretimle açıklamak yetersiz kalabilir.

Eğitim ve öğretim dışında azınlık anadillerinin diğer kamusal ve özel alanlarda örneğin mahkemelerde, hastanelerde, basın ve yayın organlarında vb. kullanılabilmesi de anlaşılmalıdır.⁶¹⁵ Diğer bir ifadeyle anadili onunla özdeşleşme hakkı ve onun aracılığıyla

⁶¹¹ Margalit and Harbertal, "Liberalism and the Right to Culture," s. 505.

⁶¹² Joseph H. Carens, *Culture, Citizenship, and Community: A Contextual Exploration of Justice as Evenhandedness* (Oxford, New York: Oxford University Press, 2000), s. 79.

⁶¹³ Rüdiger Wolfrum, "The Emergence of 'New Minorities' as a Result of Migration," in *Peoples and Minorities in International Law*, ed. Catherine Brölmann, R. Lefebvre, and Marjoleine Zieck (Dordrecht, Boston: M. Nijhoff, 1993), s. 165.

⁶¹⁴ Denise G. Reaume, "Official-Language Rights: Intrinsic Value and the Protection of Difference," in *Citizenship in Diverse Societies*, ed. Will Kymlicka and W. J. Norman (Oxford, New York: Oxford University Press, 2000), s. 260.

⁶¹⁵ Thornberry, *Rights of Minorities*, s. 126.

eğitim ve kamu hizmetlerine erişim hakkı olarak anlaşılmalıdır.⁶¹⁶ Bu alanların her biri aynı zamanda bir topluluğun yaşamının bir bileşenidir.⁶¹⁷ Temel işlevi gereği tđm yargısal işlemlerde resmi dilin kullanılması olması gerektir. Fakat örneğin azınlıklar, yerli halklar söz konusu olduğunda mahkemelerde ilgili kişinin resmi dile yeterince vâkıf olmadığı durumlarda azınlık veya yerli halk anadilinin kullanılmasına başvurulabilir.⁶¹⁸ Bu aynı zamanda azınlıkların ve yerli halkların kültürel kimliğinin korunmasında da önem arz eder. Nitekim Çerçeve Sözleşme (m. 10/3) ulusal bir azınlığa mensup herkesin, tutuklanma nedenleri ve kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın niteliği ve nedeni hakkında derhal, anlayabileceği bir dilde bilgilendirilme ve gerekirse bir tercümanın ücretsiz yardımıyla kendini bu dilde savunma hakkını güvence altına alır. Ayrıca Çerçeve Sözleşme (m. 10/1) Taraf Devletlerin, ulusal azınlığa mensup herkesin azınlık anadilini, özel ve kamusal alanda, sözlü ve yazılı olarak özgürce ve müdahale olmaksızın kullanma hakkına sahip olduğunu kabul etmeyi taahhüt ettiğini belirtir. Çerçeve Sözleşme (m. 10/2) ulusal azınlıklara mensup kişilerin yaşadığı bölgelerde, talep olması halinde ve de bu taleplerin gerçek bir ihtiyaca karşılık gelmesi durumunda, Taraf Devletlerin mümkün olduğunca azınlık dilinin bu kişilerle idari makamlar arasındaki ilişkilerde kullanılmasını mümkün kılacak koşulları sağlamaya çalışacağını belirtir.⁶¹⁹

1991 yılında Sami anadili hakkında kabul edilen ve 1992 yılında yürürlüğe giren Saami Diline ilişkin Kanun (*Act on the Sámi Language*), Çerçeve Sözleşme için oldukça uygun bir örnek teşkil etmektedir. Esas olarak Sami Anavatanında geçerli olan Kanun, Saami dilini bölgesel resmi dil olarak kabul etmiştir. Bu Kanun, saha sonra Saami

⁶¹⁶ Skutnabb-Kangas and Phillipson, “Linguistic Human Rights, Past and Present,” s. 71.

⁶¹⁷ Reaume, “Official-Language Rights,” s. 260.

⁶¹⁸ Martinez Cobo, *Study of Problem Discrimination*, para. 469.

⁶¹⁹ Burada da görüldüğü üzere Çerçeve Sözleşmenin sağladığı yenilik, belli koşullar altında azınlık anadilinin idari işlem ve eylemlerde kullanılmasını sağlayacak ilkeleri belirlemiş olmasıdır. Çavuşoğlu, *Azınlık Kavramı*, s. 100.

Parlamentosu tarafından yapılan bir teklife dayanan yeni bir Saami Dili Kanunu (*Sámi Language Act*) ile değiştirilmiş ve 1 Ocak 2004'te yürürlüğe girmiştir. Yeni Sámi Dili Kanunu (m. 1) mahkemeler ve diğer kurumlar önünde Saami dilinin kullanımını güçlendirerek ve Saami anavatanında kamu hizmetlerine erişimi iyileştirerek önceki düzenlemeyle ilişkili eksiklikleri gidermeyi amaçlamaktadır. Kanuna göre Samiler, Saami Anavatanındaki kamu otoriteleriyle iletişime geçerken kendi anadillerini kullanma hakkına sahiptir. Kanun m. 4'e göre, bir Saami, kendisiyle ilgili veya dinlendiği bir konuda, bu Kanun'da atıfta bulunulan herhangi bir yetkili önünde Sami dilini kullanma hakkına sahiptir. Herhangi bir yetkili de bir Saami'nin Fince veya İsveççe gibi başka bir dili de bilmesi gerektiği gerekçesiyle bu Kanunda sağlanan dil haklarını kısıtlamamalı veya uygulamayı reddetmemelidir. Kanun m. 5'e göre sicil dili Saami olan bir şirket ve vakıf, yetkililer önünde sicil dilini kullanma hakkına sahiptir. Aynı şekilde Saami anadilini güvence altına alan Kanun, eğitim dili Saami olan bir eğitim kurumunun Saami dilini kullanma hakkına sahip olduğunu belirtir. Kanun (m. 8) resmi iletişimlerinde kamu otoritelerinin halka yönelik ilişkilerde Sami dilini de kullanacağını belirtir. Buna göre resmi reklamlar, duyurular ve bildirimler ve halka yönelik diğer duyuruların, ayrıca halkın kullanımına yönelik işaret ve formların Saami vatanında hazırlanacağını ve Sami dilinde de yayınlanacağını belirtir.

Benzer şekilde İspanyol Anayasası (m. 148/1) iki dilli özerk topluluklara yerel dili tanıma ve teşvik etme yetkisi verir. İlk Katalan Özerklik Statüsünün (*Catalan Autonomy Statute*) yürürlüğe girmesinden sonra Katalanlar hem Katalanca hem de Kastilyaca öğrenme ve neredeyse tüm kamu alanlarında her iki dili kullanma hakkına sahip olmuştur. Katalonya, Katalancayı ikinci resmi dil ve "Topluluğun kendi dili" (*lengua propia*) olarak ilan etmiştir. Bu nedenle Özerklik Statüsü sembolik olarak bir yandan bölgenin "kendi

dili” ile diğerk yandan “resmi dil” arasında ayırım yapar.⁶²⁰ Özerklik Statüsüne (m. 32-33) her bir vatandaşın, kamu yetkilileri ile iletişime girerken bu dillerden birini kullanma hakkını güvence altına alır. Buna göre idare resmi iletişimde vatandaşın tercih ettiğı dili kullanmalı ve kamu personelinin yeterli dil kapasitesine sahip olduğunu göstermelidir. Tüm vatandaşları ilgilendiren mevzuat iki dilli bir şekilde yayımlanmalıdır. Bu örneklerden de görüldüğü gibi azınlıklara ve üyelerine başta eğitim ve öğretim, yargısal ve idari işlemler olmak üzere kamusal hayatın birçok alanında kendi anadillerini kullanma hakkı verilebilir.

Ulusal Azınlıklara İlişkin Çerçeve Sözleşme (m. 9/1) ise ifade özgürlüğü kapsamında ulusal azınlığa mensup herkesin kamu otoritelerinin müdahalesi olmaksızın “azınlık dilinde” görüş sahibi olma, bilgi ve fikir alma ve verme özgürlüğünü güvence altına alır. Sözleşme, yasal mevzuatlar çerçevesinde ulusal azınlığa mensup kişilerin medyaya erişimlerinde ayrımcılığa uğramamasını sağlamak üzere Taraf Devletlere yükümlülükler yükler. Bu bağlamda Çerçeve Sözleşme AİHS m. 10 ile tanınan ifade özgürlüğü kapsamında, azınlıkların kendi (ana)dillerini kullanma ve azınlıklara mensup kişilerin kitle iletişim araçlarını kullanma konusunda Taraf Devletlere pozitif ödev ve sorumluluklar yükleme yönüyle belirleyici olmaktadır.⁶²¹ Çerçeve Sözleşme (m. 9/3) imkanlar dahilinde ulusal azınlıklara mensup kişilere kendi medyalarını kurma ve kullanma olanağının sağlanmasını, aynı madde dördüncü fıkra ise Taraf Devletlerin yasal sistemleri çerçevesinde, ulusal azınlıklara mensup kişilerin medyaya erişimini kolaylaştırmak, hoşgörüyü teşvik etmek ve kültürel çoğulculuğa izin vermek için gerekli önlemleri alma ödevini yükler. Gerçekten de kültürel azınlık anadilinin basında kullanılması kültürel kimliğin korunmasında ve sürdürülmesinde önemlidir. Nitekim

⁶²⁰ Xabier Arzoz, “The Autonomy of Catalonia”, in *Solving Ethnic Conflict through Self-Government, A Short Guide to Autonomy in Europe and South Asia*, ed. Thomas Benedikter (Bozen/Bolzano: Eurac Research, 2009), s. 26-27.

⁶²¹ Çavuşoğlu, Azınlık Kavramı, s. 97.

azınlık anadilinde bir gazetenin yayımlanma izninin reddine ilişkin davada⁶²² İHK, Özbekistan'daki Tacik azınlık topluluğu için önemli ve değerli konuları yayımlama aracı olarak azınlık anadilinde yayım yapan basının, Tacik azınlık kültürünün temel bir unsuru olduğuna karar vermiştir.⁶²³

Dil bir açıdan kültürün aynasıdır. Uluslararası Adalet Divanına göre anadili, bir halkın kültürünün çok anlamlı ve yaygın bir aktarım biçimidir.⁶²⁴ Anadili birçok işlevin yanı sıra çocukların okullarına bağlılığını güçlendirerek onlara kültürel kimlik ve aidiyet duygusu verir.⁶²⁵ Öte yandan anadili, azınlık üyelerinin sosyal entegrasyonunda önemli bir işlevi yerini getirir. AİHM özellikle dilsel azınlıklara mensup kişilerin ve yabancı vatandaşların dil haklarıyla ilgili olarak AİHS'de doğrudan güvence altına alınmayan anadil hakkını çeşitli hak ve özgürlükler bağlamında ele almaktadır. Kültürel kimlikle ilişkili olarak anadile dair yargısal koruma bazen eğitim ve öğretim hakkı, bazen özel yaşama saygı hakkı bazen de ifade özgürlüğü kapsamında gerçekleştirilmektedir. Örneğin AİHM *Catan and Others* davasında başvuruların, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde etnik veya kültürel kimliğinin bir parçası olarak anadilinin tanınmasına ilişkin talebini özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında incelemeyi gerekli görmemiş, fakat eğitim ve öğrenim hakkı kapsamında değerlendirerek ihlal kararı vermiştir. Mahkeme bu davada, başvuru öğrencilerin dilsel ve kültürel kimliklerinin önemli bir unsuru olarak kendi (ana)dillerindeki alfabeye eğitim görmelerinin engellenmesinin AİHS m. 8 kapsamındaki haklarına doğrudan bir müdahale

⁶²² HCR, *Rakhim Mavlonov and Shansiy Sa'di v. Uzbekistan*, Communication No. 1334/2004, 29.04.2009, para. 2, CCPR/C/95/D/1334/2004.

⁶²³ HCR, *Rakhim Mavlonov and Shansiy Sa'di v. Uzbekistan*, para. 8.7.

⁶²⁴ Permanent Court of International Justice, *Minority Schools in Albania*, PCIJ Series A/B. No 64, Advisory Opinion of April 6.

⁶²⁵ Ajit Mohanty and Tove Skutnabb-Kangas, "MLE as an Economic Equaliser in India and Nepal: Mother Tongue Based Multilingual Education Fights Poverty through Capability Development and Identity Support," in *The Interrelation between the Right to Identity of Minorities and Their Socio-Economic Participation*, ed. Kristin Henrard (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), s. 177.

olarak değerlendirilmesi talebini⁶²⁶ ve Moldova Hükümetinin dilin, etnik ve kültürel kimliğin bir parçası olduğu ve bunun da AİHS m. 8 anlamında özel hayatın bir parçasını oluşturduğu iddiasını⁶²⁷ eğitim ve öğrenim hakkı kapsamında sonuçlandırıldığını, ayrıca AİHS m. 8 kapsamında bir incelenmenin gerekli olmadığını belirtmiştir.⁶²⁸ AİHM bir taraftan “*Mehmet Nuri Özen and Others v. Turkey*” davasında tutukluların Kürtçe yazılmış mektuplarının ilgililere gönderilmemesini m. 8’in, yani özel yaşama saygı hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.⁶²⁹

Mahkeme diğer taraftan dil haklarına ilişkin taleplerde başlangıçta oldukça kısıtlayıcı bir yaklaşım ortaya koymuş ve her ülkede tarihsel, dilsel, dinsel ve kültürel nitelikte çok sayıda faktörün varlığı ve Avrupa ortak paydasının olmaması nedeniyle Sözleşmeciler Devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. AİHM dil haklarıyla ilgili olarak Taraf Devletlerin dil birliğini sağlama konusunda geniş bir takdir marjına sahip olduğunu ifade etmiştir. AİHS’nin kamu makamlarıyla iletişimde belirli bir dili kullanma hakkını veya kişinin seçtiği bir dilde bilgi alma hakkını garanti etmediğini; Sözleşmeciler Devletlerin, dil birliğini sağlamak amacıyla kimlik belgelerinde ve diğer resmî belgelerde resmi dillerinin kullanımını dayatma ve düzenleme özgürlüğüne sahip olduğunu belirtmiştir.⁶³⁰ Örneğin AİHM *Kemal Taşkın and Others v. Turkey* davasında başvuranların Türkçe isimlerinin Kürtçe isimlerle değiştirilmesi talebinin reddedilmesinin, seçtikleri isimlerin Türkçe alfabede bulunmayan karakterler içermesi gerçeğine dayanması nedeniyle AİHS m. 8’in ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁶³¹ Gerçekten de AİHS’nin lafzı, dil haklarına dair 1 Numaralı Protokol m. 2, yani eğitim

⁶²⁶ ECHR, *Catan and Others v. Moldova and Russia*, para. 152.

⁶²⁷ ECHR, *Catan and Others v. Moldova and Russia*, para. 153.

⁶²⁸ ECHR, *Catan and Others v. Moldova and Russia*, para. 155.

⁶²⁹ ECHR, *Mehmet Nuri Özen and Others v. Turkey*, Application No. 15672/08, 11.01.2011, par. 50-61.

⁶³⁰ ECHR, *Mentzen alias Mencena v. Latvia*, Application No. 71074/01, 07.12.2004; *Bulgakov v. Ukraine*, Application No. 59894/00, 11.09.2007, par. 43-44.

⁶³¹ ECHR, *Kemal Taşkın and Others v. Turkey*, Application No. 30206/04, 02.02.2010.

hakkına ilişkin düzenleme, eğitimin hangi dilde yapılması gerektiğini belirtmemektedir. Bu nedenle Mahkeme, başlangıçta kişinin seçtiği dilde eğitim alma hakkını kapsam dışı tutmuştur. Fakat daha yakın zamanlardaki kararlarında örneğin, *Cyprus v. Turkey* davasında Kuzey Kıbrıs'ta yaşayan Kıbrıslı Rumlar açısından, ilkokullarını Yunanca tamamladıktan sonra kendilerine Yunanca ortaokul imkânı sağlanmaması nedeniyle eğitim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶³² Yine AİHM "*İrfan Temel and Others v. Turkey*" davasında başvuruçular 1982 Anayasası m. 42 gereğince kişinin en iyi bildiği dilde, yani anadilinde eğitim görme hakkının anayasal bir hak olduğunu, fakat izlenen politikalar nedeniyle dillerinin ve kültürlerinin engellendiğini savunmuştur.⁶³³ AİHM de üniversitede isteğe bağlı Kürtçe dil derslerinin başlatılmasını talep eden on sekiz öğrencinin disiplin cezası olarak iki dönem boyunca üniversiteden uzaklaştırılması nedeniyle eğitim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶³⁴

Çoğunluk ve azınlıkların bir arada yaşaması denkleminde genellikle resmi dilin yanında azınlık anadilleri de temel bir gereklilik olarak ortaya çıkar ki, bu da iki dillilik olarak ifade edilir. İki dillilik daha somut olarak hem azınlıklar hem de devletler açısından kimlik, katılım, çocukların gelişimi, bütünlüğün (entegrasyonun) sağlanması gibi alanlarda bir gereklilik olarak ortaya çıkar. Lahey Tavsiyelerinde de belirtildiği üzere ulusal azınlıklara mensup kişiler, aynı anda resmi dili yeterli düzeyde öğrenerek daha geniş anlamda ulusal topluma entegre olmakla da sorumludurlar.⁶³⁵ Anadilin (resmi dil/dillerle birlikte) eğitim dili olduğu bir sistemde de birtakım dezavantajların ve zorlukların ortaya çıkacağı bir gerçekliktir. Fakat diğer taraftan iki dillilik aynı zamanda kaçınılmaz bir gereklilik olarak ortaya çıkar. Bir ülkenin kaynaklarından adil bir pay alabilmek, demokratik süreçlere katılabilmek, müzakerelere dahil olabilmek, doğru

⁶³² ECHR, *Cyprus v. Turkey*, Application No. 25781/94, par. 273-280.

⁶³³ ECHR, *İrfan Temel and Others v. Turkey*, Application No. 36458/02, 03.03.2009, par. 8.

⁶³⁴ ECHR, *İrfan Temel and Others v. Turkey*, par. 38-47.

⁶³⁵ Office of the High Commissioner on National Minorities, *The Hague Recommendations*, s. 3, par. 1.

iletişim kurabilmek için günümüzde iki veya çok dilli dünyada en az iki dil (anadili ve resmi dil) bilmek gerekir.⁶³⁶ İki veya çok dilliliğin birtakım dezavantajları olsa da bu dezavantajları azaltmak için farklı çözümler önerilebilir. Örneğin “Azınlıklara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi ve Korunması Alt Komisyonu Özel Raportörü” Cobo’nun belirttiği üzere iki dilli eğitim (*bilingual education*), okuma ve yazma yeteneği de dahil olmak üzere anadil bilgisi sağlam bir şekilde yerleşinceye kadar mümkün olduğunca aynı etnik ve dilsel gruptan öğretmenler tarafından yerli veya azınlık anadilinde eğitimden oluşabilir. Bu süreç genel olarak en azından ilköğretim boyunca devam etmeli ve ancak sağlam bir temel oluşturulduktan sonra, yetkililer resmi dili ikinci veya edinilmiş dil olarak öğretmeye başlamalıdır. Resmi dilde eğitim ancak yukarıda açıklanan süreçleri takip eden bir aşamada gerçekleştirilebilir. Devlet, ilköğretim düzeyinde azınlık ve yerli halkın çocuklarına anadillerinin öğretilmesi için yeterli olanakları sağlamak için çaba göstermeli; her durumda onlara anadillerinde okuma ve yazma öğretmeli; ikinci veya edinilmiş dil olarak başka bir lehçeyi veya dili öğretmeden önce bu öğrenimi pekiştirmelidir.⁶³⁷

İki veya daha fazla dilde yeterliliğin kişisel ve gelecekteki istihdam avantajlarına ek olarak, doğru tasarlanmış bir eğitimden geçen iki dilli öğrenciler arasında her iki dilin de sürekli olarak gelişmiş olmasının, eğitim avantajları sağladığına dair önemli kanıtlar vardır. Örneğin gelişmiş meta-dilsel gelişim sıklıkla eklemeli iki dillilikle ilişkilendirilir.⁶³⁸ Eğitim ve öğretimin yanı sıra yargısal ve idari alanlarda azınlıkların bölgesel olarak dağıldığı durumlarda mahkeme işlerinde veya idari işlemlerde azınlıkların ve üyelerinin anadilinde kendilerini ifade edebilmeleri gerekir. Nitekim

⁶³⁶ Skutnabb-Kanga, *Language, Literacy and Minorities*, s. 14.

⁶³⁷ Mancini and Witte, “Language Rights as Cultural Rights,” s. 248.

⁶³⁸ Jim Cummins, “From Multicultural to Anti-racist Education: An analysis of Programmes and Policies in Ontario,” *Linguistic Human Rights: Overcoming Linguistic Discrimination*, Ed. Tove Skutnabb-Kanga and Robert Phillipson, (Berlin-New York: Mouton de Gruyter, 1995), s. 139.

Avrupa Konseyi bölgesinde Çerçeve Sözleşme ve Kopenhag Belgeleri de kamusal hayatın birçok alanında azınlık anadillerinin kullanılmasına ilişkin önemli ilkeler ortaya koymaktadır. Benzer şekilde basın ve medya organlarında anadilde yayınların yapılması kültürel azınlıklar ve kültürel kimlik hakkı açısından önem arz eder.

E. EĞİTİM VE ÖĞRETİM HAKKI

Eğitim ve öğretim hakkı temel hak ve özgürlüklerin önemli bir parçasıdır. Eğitim ve öğretim hakkı uluslararası, bölgesel ve ulusal düzeylerde temel bir hak olarak yerleşmiştir.⁶³⁹ İHK eğitim ve öğretimi azınlık kültürünün temel parçası olarak kabul etmiştir.⁶⁴⁰ Söz konusu hak, bağımsız bir temel hak olmanın yanı sıra sahip olmuş olduğu bileşenleri itibariyle kültürel kimlik hakkı ve diğer birçok hakkın konusu olur. AİHM eğitim ve öğretim kavramlarını açıklarken çocukların eğitiminin, herhangi bir toplumda yetişkinlerin inançlarını, kültürlerini ve diğer değerlerini gençlere aktarmaya çalıştıkları tüm süreç anlamına geldiğini; öğretim veya öğrenimin ise özellikle bilgi aktarımı ve entelektüel gelişime atıfta bulunduğunu belirtmiştir.⁶⁴¹ AİHM eğitim ve öğrenim hakkının aynı zamanda ebeveynler ve çocukların da dahil olduğu özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ve bilgi, fikir alma ve verme özgürlüğü ile değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁶⁴² Anayasa Mahkemesi de eğitim ve öğrenim hakkını aynı zamanda ifade özgürlüğü kapsamında ele alarak ifade özgürlüğünün, kişinin kendini gerçekleştirmesinin temel şartlarından birini oluşturduğunu belirtmektedir.⁶⁴³ Ayrıca AİHM'ye göre herkese eğitim ve öğrenim hakkı

⁶³⁹ Faranaaz Veriava and Kate Paterson, "The Right to Education," in *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, ed. Jackie Dugard et al. (Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2020), s. 113.

⁶⁴⁰ HCR, *Rakhim Mavlonov and Shansiy Sa'di v. Uzbekistan*, para. 8.7.

⁶⁴¹ ECHR, *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, Series A No. 48, 25.12.1982, par. 33.

⁶⁴² ECHR, *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, Application No. 5095/71; 5920/72; 5926/72, 07.12.1976, para. 52.

⁶⁴³ AYM, *Özcan Özsoy Kararı*, Başvuru No: 2014/5881, 15.02.2017, para. 47.

tanındığından diğer bir ifadeyle hiç kimse bu haktan yoksun bırakılamayacağından ayrımcılık yasağının da eğitim ve öğrenim hakkıyla ilişkisi vardır.⁶⁴⁴

Eğitim ve öğrenim birçok temel hakkın kullanılmasının bir ön koşuludur. Bilgi edinme, toplantı ve gösteri yürüyüşü, ifade özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, seçme ve seçilme hakkı veya kamu hizmetlerine eşit erişim hakkı gibi birçok kişisel ve siyasal haktan yararlanılması en azından okuryazarlık da dahil olmak üzere asgari bir eğitim ve öğrenim düzeyine bağlıdır.⁶⁴⁵ Asgari bir eğitim ve öğrenim bir topluluk üyesinin kendi yaşam tarzını seçmek ve farklı bir kültürel ortamda hayatta kalmak için kültürel topluluktan ayrılma gibi gerekli temel becerileri kazandırır.⁶⁴⁶ Bu bağlamda eğitim ve öğrenim bir yönüyle kültürel kimlik hakkının temel araç ve konularından biri olur. AIHM eğitim ve öğretimin temel bir insan hakkı olduğunu, bu kapsamda yükseköğretimin de hem birey hem de toplum için zengin bir kültürel ve bilimsel değer oluşturduğunu belirtmiştir.⁶⁴⁷ Anayasa Mahkemesi eğitimin, özel bir kamu hizmeti olarak sadece doğrudan faydaları olan bir hizmet değil, aynı zamanda geniş sosyal fonksiyonları olan bir hizmet olduğunu, demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklerin sağlanması ve devamı için eğitim hakkının vazgeçilmez ve temel bir katkısı olduğunu belirtmiştir.⁶⁴⁸

BM ESKHK'nin belirttiği gibi kültürel kimlik hakkının eğitim ve öğrenim hakkıyla özünde bağlantısı vardır. Eğitim ve öğretim hakkındaki bir amaç da kişinin kendi kültürünü çocuğuna aktarmak, çocuğun kültürel kimliğine, anadiline ve değerlerine

⁶⁴⁴ ECHR, *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, paras. 52, 56.

⁶⁴⁵ Manfred Nowak, "The Right to Education," in *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, ed. Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, vol. 2nd Edition (Dordrecht / Boston / London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), s. 245.

⁶⁴⁶ Oonagh Reitman, "On Exit," in *Minorities within Minorities: Equality, Rights and Diversity*, ed. Avigail Eisenberg and Jeff Spinner-Halev (New York: Cambridge University Press, 2004), s. 194.

⁶⁴⁷ ECHR, *Leyla Şahin v. Turkey*, Application No. 44774/98, 10.11.2005, paras. 67, 137.

⁶⁴⁸ AYM, *Mehmet Reşit Arslan ve Diğerleri Kararı*, Başvuru No: 2013/583, 10.12.2014, para. 66.

saygısını geliştirmektedir.⁶⁴⁹ Buna göre kişi ve topluluklar değerlerini, geleneklerini, dinlerini, dillerini ve diğer kültürel referanslarını aynı zamanda eğitim yoluyla aktarırlar.⁶⁵⁰ Dolayısıyla eğitim ve öğrenim hakkı birçok kültürel referans kümesinin sonraki kuşaklara aktarılmasında temel bir araçtır. Bu nedenle eğitim ve öğrenim ile özellikle çocukların kültürel kimliklerinin gelişimi arasında yadsınamaz bir ilişki vardır. Eğitim ve öğrenim çocukların kişiliklerini ve kültürel kimliklerini geliştirmelerini ve ait oldukları toplulukların yanı sıra diğer topluluk ve toplumların kültürel değerlerini ve uygulamalarını öğrenmelerini ve anlamalarını sağlar.⁶⁵¹

Kültür ve kültürel kimliğin aktarımı için eğitim ve öğrenimin varlığı yaşamsaldır.⁶⁵² Zira eğitim ve öğrenim sosyal ve kültürel üyelik ve katılımı sağlar.⁶⁵³ Eğitim ve öğretim kültürel kimlik hakkını anlamlı kılan ve kullanılmasını elverişli hâle getiren bir temel araçtır.⁶⁵⁴ Nitekim Afrika Kültürel Uyanış Şartı (m. 15) eğitim ve öğretimi kültürel, ekonomik ve sosyal kalkınmanın temel bir bileşeni olarak ifade eder.

Kültürel değerlerin kuşaktan kuşağa aktarıcıları olarak “çocuklar, aile ve eğitim kurumları” gösterilebilir. Lahey Tavsiyelerinde belirtildiği gibi uluslararası hukukun da bir gereği olarak ulusal azınlıklara mensup kişilerin, diğer kişiler gibi iç hukuka uygun

⁶⁴⁹ Julie Ringelheim, “Between Identity Transmission and Equal Opportunities: The Multiple Dimensions of Minorities’ Right to Education,” in *The Interrelation Between the Right to Identity of Minorities and Their Socio-Economic Participation*, ed. Kristin Henrard (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), s. 93.

⁶⁵⁰ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 2.

⁶⁵¹ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 26.

⁶⁵² Robb Reich, “Minors within Minorities: A Problem for Liberal Multiculturalists,” in *Minorities within Minorities: Equality, Rights and Diversity*, ed. Avigail Eisenberg and Jeff Spinner-Halev (New York: Cambridge University Press, 2004), s. 225.

⁶⁵³ Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 3rd Edition (Ithaca: Cornell University Press, 2013), s. 45.

⁶⁵⁴ Nowak, “The Right to Education,” s. 245.

olarak kendi özel eğitim kurumlarını oluşturma ve yönetme hakkı vardır. Bu kurumlar azınlık dilinde eğitim veren okulları kapsayabilir.⁶⁵⁵

Eğitim ve öğretim kültürel aktarımın merkezi bir unsuru, belki de aileden sonraki en önemli araçtır. Okullar eğitim ve öğretimin merkezi olarak evdeki sosyalleşmenin ötesinde, çocukları daha büyük bir grubun normlarına, inançlarına ve geleneklerine alıştırmada, kültürel kimliklerini oluşturmada ve derinleştirmede çok önemli bir rol oynar.⁶⁵⁶ Bu nedenle eğitim ve öğretimin kültüre uygun olması, hem ebeveynlerin kültürel taleplerine uygun bir eğitim verilmesi⁶⁵⁷ hem de çocukların kişiliklerini ve kültürel kimliklerini geliştirmesi, ait oldukları toplulukların yanı sıra diğer toplulukların kültürel değerlerini ve uygulamalarını öğrenmesi, anlaması bakımından önemlidir.⁶⁵⁸

Kültürel kimliğin aktarılmasında eğitim ve öğretimde çokkültürlü müfredat ve tipik olarak çokkültürlü eğitim varlığı, temel bir gereklilik ve zorunluluk olarak ortaya çıkar.⁶⁵⁹ Bu nedenle eğitim kurumlarının, zorunlu müfredat programının bir parçası olarak azınlıkların tarihini, kültürünü ve geleneklerinin öğretilmesini sağlayacak olanakları sunması gerekir. Bu bağlamda kültürel kimliklerin yaşaması için kültür ve eğitim arasındaki bağların güçlendirilmesi, yerel bağlamlara ve kültürel kimliklere uyarlanmış okul müfredatının oluşturulması, sanatçıların ve kültür profesyonellerinin, okulların ve diğer eğitim kurumlarının faaliyetlerine katılmaya davet edilmesi, öğrencilerin kültürel ifadelerin çeşitliliği konusundaki farkındalığını artırmak üzere

⁶⁵⁵ Office of the High Commissioner on National Minorities, *The Hague Recommendations*, par. 8.

⁶⁵⁶ Reich, "Minors within Minorities," s. 220.

⁶⁵⁷ Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Rev. Edition (Oxford: Clarendon, 1995), s. 189.

⁶⁵⁸ CESCR, *General Comment No. 25*, para. 26.

⁶⁵⁹ Reich, "Minors within Minorities," s. 226.

öğretmenlerin kapasitelerinin artırılması gibi çalışmaların yapılması öngörülebilir.⁶⁶⁰ Benzer şekilde müfredat programının azınlıklarla ilgili kısmı söz konusu azınlığı temsil eden kurumların aktif katılımıyla geliştirilebilir.⁶⁶¹ Öte yandan hakkın etkin kullanımı için kişinin aldığı eğitim ve öğretimden bir yarar sağlama olanağına da sahip olması gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir bireysel başvuruda eğitimden faydalanan kişinin aldığı eğitimden yarar sağlama olanağına da sahip olması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁶² Mahkeme,

“Başvurucunun almış olduğu eğitimin sonunda diploma verilmesini istemesi, aldığı eğitimden menfaat sağlaması ve eğitiminin ülkenin resmî makamlarınca tanınması için bir gerekliliktir. Aksi takdirde başvurucu, aldığı eğitimden menfaat sağlayamadığı için eğitimi geçersiz kılınmış olacaktır. Bu nedenle başvurucuya tamamlamış olduğu eğitim sonrasında diploma verilmemesi, dolayısıyla bu eğitimin geçersiz sayılması başvurucunun eğitim hakkına müdahale edilmesi anlamına gelir.”⁶⁶³

diyerek eğitim ve öğrenim hakkının gereklerini saptamıştır. AİHM de yürürlükte olan kurallara uygun olarak ve şu veya bu şekilde (örneğin bir yeterlik yoluyla) tamamlanan çalışmaların resmi olarak tanınmasını eğitim hakkının kapsamına girdiğini belirtmektedir.⁶⁶⁴ Öte yandan AİHM Belçika dil davasında eğitim hakkının yararlanıcılarının lehine, duruma göre ulusal dilde veya ulusal dillerden birinde eğitim alma hakkını içermemesi hâlinde anlamsız olacağını belirtmiştir.⁶⁶⁵

⁶⁶⁰ Yvonne Donders, “Cultural Human Rights and the UNESCO Convention: More than Meets the Eye?,” in *Globalization, Culture, and Development*, ed. Christiaan De Beukelaer, Miikka Pyykkönen, and J. P. Singh (London: Palgrave Macmillan UK, 2015), s. 124.

⁶⁶¹ Office of the High Commissioner on National Minorities, *The Hague*, par. 20.

⁶⁶² AYM, *Rauf Bekiroğlu Kararı*, Başvuru No: 2014/127, 19.7.2017, para. 25.

⁶⁶³ AYM, *Şehmus Altuğrul Kararı*, Başvuru No: 2017/38317, 13.01.2021, para. 42.

⁶⁶⁴ ECHR, *Guide to Article 2 of Protocol No. 1-Right to Education*, 2015, s. 3; ECHR, *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*, Application Nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968, para. 3.

⁶⁶⁵ ECHR, *Use of Languages in Education in Belgium*, para. 3.

Eğitim ve öğretim kültürel kimliğin gelecek kuşaklara aktarılmasının yanı sıra kültürel kimliğin korunması bakımından önem arz eder. Kişilerin veya toplulukların kültürel kimliklerine karşı dışarıdan gelebilecek müdahalelere karşı eğitim ve öğretim⁶⁶⁶ bir kültürel bilinç kazandırarak koruma sağlayabilir. Bu nedenle (toplumun bazı kesim ve sınıflarının) eğitim ve öğrenim hakkına getirilecek sınırlamalar, birçok alanda problemlere neden olabileceği gibi⁶⁶⁷ kültürel kimlik hakkına da doğrudan zarar verebilir. Eğitim ve öğrenim yoluyla karakteristik özelliklerin aktarımı kesintiye uğrarsa (kültürel) kimliğin aşınması ortaya çıkabilir.⁶⁶⁸

Anadilde eğitim artık Skutnabb-Kangas gibi önde gelen eğitimciler tarafından olmazsa olmaz olarak kabul edilmektedir.⁶⁶⁹ Çocuğun anadilinde eğitim alması çok boyutlu bir konudur. Anadilde eğitim öncelikle azınlık ve yerli halkların çocukları için önem arz eder. Dünyanın birçok yerinde bu çocuklar anadillerini kullanmayan okullara gitmek zorunda kalmaktadır. Çocuğun öncelikli olarak anadilinde eğitim almaması öncelikle onun gelişimini olumsuz etkiler ve yavaşlatır. Zira çocuklar öncelikle iki/çok dillilikle ilişkili olağan bilişsel ve meta bilişsel avantajlardan yararlanmakta güçlük çeker. Bu da anlama ve kavrayış sorunlarına, okul başarısızlığına ve büyük ölçekli dışarı it(il)meye yol açar.⁶⁷⁰ Ulusal Azınlıkların Eğitim Haklarına İlişkin Lahey Tavsiyelerinde belirtildiği gibi anadilde eğitimin, azınlıkların kimliklerini tam olarak koruyabilmeleri için gereklidir. Buna göre ilköğretim müfredatının mümkün olan her yerde çocuğun anadilinde verilmesi ve devletlerin nitelikli öğretmenleri bulması, ekonomik imkanları ve

⁶⁶⁶ Nowak, "The Right to Education," s. 246.

⁶⁶⁷ Mahalan Gurpreet, "Can Intra-Group Equality Co-Exist with Cultural Diversity? Re-Examining Multicultural Frameworks of Accommodation," in *Minorities within Minorities: Equality, Rights and Diversity*, ed. Avigail Eisenberg and Jeff Spinner-Halev (New York: Cambridge University Press, 2004), s. 98.

⁶⁶⁸ Holly Cullen, "Education Rights or Minority Rights?," *International Journal of Law, Policy and the Family* 7, no. 2 (1993), s. 158.

⁶⁶⁹ O'Nions, *Minority Rights Protection in International Law*, s. 163, 174.

⁶⁷⁰ Mohanty and Skutnabb-Kangas, "Mother Tongue Based Multilingual Education," s. 168.

teknik altyapıyı sağlaması gerekir.⁶⁷¹ Daha somut olarak eğitimin ilk yılları, çocuğun gelişiminde temel bir öneme sahiptir ki, eğitim alanında yapılan araştırmalar, okul öncesi ve anaokulu döneminde öğrenim dilinin, çocuğun konuştuğu anadili olması gerektiğini göstermektedir. Bu nedenle ailelerin olabildiğince bu seçenekten yararlanmalarını sağlayacak koşullar oluşturulmalıdır. Ayrıca araştırmalar ilkokulda da müfredat programının azınlık anadilinde verilmesinin ideal olduğunu göstermektedir. Benzer şekilde ortaokulda, müfredat programının önemli bir bölümü azınlık anadiliyle yürütülebilir. Bu düzeylerde azınlık anadili başlangıçta müfredat programı dahilinde, düzenli bir ders olarak öğretilir. Ardından ilkokul ve ortaokul sürecinin sonuna doğru, bir kısım uygulamalı veya kuramsal olmayan dersler devletin resmi dili ile öğretilir. İlk ve ortaokul düzeylerinde azınlık anadilinde eğitimin sürdürülebilirliği büyük ölçüde, tüm disiplinlerde azınlığın anadilinde iyi eğitilmiş nitelikli öğretmenlerin varlığına bağlıdır.⁶⁷²

Baskın tek dilli eğitim bir sistemi, açıkça anadillerin kaybıyla ilişkilendirilir. Bu ise azınlıkların, baskın dil ve kültür karşısında kültürlerini, dillerini, kültürel kimliklerini kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya kalmasına neden olur.⁶⁷³ Dolayısıyla anadilini reddeden bir eğitim sistemi kültürel kimlik üzerinde de olumsuz etkiler doğurur. Bu bağlamda demokratik bir ülkede eğitim sistemi, dilsel geçmişi ne olursa olsun, her çocuğa demokratik sürece katılma şansını sunmalıdır. Bu olanak (en azından) bazı çocukların (yani dilsel azınlık çocuklarının) iki dilli veya çok dilli olmasını gerektiriyorsa o zaman eğitim sisteminin, onları bireyler olarak iki dilli/çok dilli hale getirmek olmalıdır.⁶⁷⁴ Gerçekten de çok dilliliğin tüm çocukların eğitiminde dilsel hedef olması arzu edilendir. Anadilde eğitim, azınlıklar için iki dillilik/çok dilliliğe ulaşmanın genellikle iyi bir

⁶⁷¹ Office of the High Commissioner on National Minorities, *The Hague Recommendations*, par. 1-8.

⁶⁷² Office of the High Commissioner on National Minorities, *The Hague Recommendations*, par. 11-14.

⁶⁷³ Mohanty and Skutnabb-Kangas, "Mother Tongue Based Multilingual Education," s. 168.

⁶⁷⁴ Skutnabb-Kanga, "Multilingualism and the Education of Minority Children," s. 15.

yoludur ki, azınlıklar da ayrıca resmi çoğunluk dillerinden (bir veya daha fazlasını) tam olarak öğrenmek isterler.⁶⁷⁵

Resmi dilin yanı sıra anadilde eğitim ve öğretimin olması kültürel kimlik hakkı için yaşamsaldır. Azınlık anadilinin kullanımını engelleyen baskın tek dilli bir eğitim ve öğretim sistemi azınlık kültürel kimliğinin korunamamasına neden olur. Bu ise aynı zamanda azınlıkların, baskın dil ve kültür karşısında kültürlerini, dillerini, kültürel kimliklerini kaybetme tehlikesini doğurur.⁶⁷⁶ Dolayısıyla anadilini kapsamayan veya reddeden bir eğitim sistemi kültürel kimlik hakkı üzerinde de olumsuz etkiler doğurması oldukça olasıdır. Şu durumda demokratik bir sistemde olması gereken eğitim ve öğretim sistemi, her çocuğa demokratik sürece katılma şansını verecek anadilde eğitimi de olanaklı kılan bir sistem inşa etmektir. Bu eğitim ve öğretim sistemi (en azından) bazı çocukların, yani kültürel azınlık çocuklarının iki dilli veya çok dilli olmasını gerektiriyorsa eğitim sisteminin onları bireyler olarak iki dilli/çok dilli hale getirmesi gerekir. Örneğin Norveç'te Saami çocukları artık genel olarak eğitim ve öğretimin ilk üç yılında Saami dilinde eğitim alırken ilerleyen dönemlerde ayrıca Norveççe de öğrenmektedirler. Dolayısıyla eğitim ve öğretimin resmi dilin yanı sıra dezavantajlı durumda bulunan azınlıkların anadilinde yapılması aynı zamanda kültürel kimliği ve onun bir unsuru olan anadilini koruyup geliştirecektir. Nitekim Ulusal Azınlıklara İlişkin Çerçeve Sözleşme (m. 14/1) ulusal bir azınlığa mensup her bir kişinin azınlık dilini öğrenme hakkına sahip olduğunu belirtir. Çerçeve Sözleşme (m. 14/2) ulusal azınlıklara mensup kişilerin azınlık dilini öğrenme veya bu dilde eğitim alma konusunda yeterli fırsatlara sahip olması gerektiğini ifade eder. Çerçeve Sözleşme Açıklayıcı Raporu da ulusal azınlığa mensup herkesin azınlık dilini öğrenme hakkının tanınmasının, azınlık üyelerinin kimliklerini savunarak koruyabilecekleri başlıca araçlardan birini olduğunu

⁶⁷⁵ Skutnabb-Kanga, *Language, Literacy and Minorities*, s. 17.

⁶⁷⁶ Mohanty and Skutnabb-Kangas, "Mother Tongue Based Multilingual Education," s. 168.

belirtmektedir.⁶⁷⁷ Bir sonraki fıkra (m.14/3) ise iki veya çok dilli eğitime paralel bir şekilde bu hükmün resmi dilin öğrenilmesini veya bu dilde eğitime hanel getirmeksizin uygulanacağını güvence altına alır.

Öte yandan Çerçeve Sözleşme (m. 13) ile güvence altına alınan azınlıklara ve üyelerine kendi özel eğitim ve öğretim kurumlarını kurma ve yönetme hakkının verilmesi kültürel kimlik hakkı çerçevesinde değerlendirilebilir. Buna göre kültürel azınlıklar, kendi özel eğitim ve öğretim kurumlarını kurma ve yönetme hakkına sahip olarak kültürel kimliğin hem taşıyıcısı hem de yaşam alanlarından biri olan okulları inşa etme olanağına sahip olabilir. Çerçeve Sözleşme Açıklayıcı Raporu da ulusal azınlıklara mensup kişilerin kendi özel eğitim ve öğretim kurumlarını kurma ve yönetme hakkını tanıma yükümlülüğünün eğitim sistemlerinin gereksinimlerine, özellikle zorunlu eğitimle ilgili düzenlemelere tâbi olduğunu belirtir.⁶⁷⁸

Kültürel kimlik açısından anadilde eğitim, iki/çok dilliliğin yanı sıra eğitim dilinin seçimlik veya zorunlu dil olması bağlamında ele alınabilir. Eğitim alanında Kopenhag Belgesi de (Çerçeve Sözleşme'ye paralel olarak) ulusal azınlıklara mensup kişilerin anadillerini özel ve kamusal alanda özgürce kullanma ve eğitim kurumları kurma ve sürdürme hakkına sahip olacaklarını öngörmektedir.⁶⁷⁹ Anadilde seçmeli eğitimin kültürel kimlik hakkı açısından istenilen düzeyde bir koruma sağlamasından söz etmek güçtür. Azınlıklar arasında anadilin en işlevsel dil olmaması veya yeterli kullanım alanının ve karşılığının olmaması, istihdama katkısının çok sınırlı olması gibi nedenlerle görülen genel eğilim paralelinde, anadilde seçmeli eğitime ilginin az olacağı gerçekliği karşısında kültürel kimliğin zayıflaması olasıdır. Bu bağlamda anadilde zorunlu eğitim daha uygun bir seçenek olarak belirginleşmektedir. Fakat bu durumda iki dillilik gereği

⁶⁷⁷ Framework Convention for the Protection of National Minorities and the Explanatory Report, par. 74.

⁶⁷⁸ Framework Convention for the Protection of National Minorities and the Explanatory Report, par. 72.

⁶⁷⁹ Document of the Copenhagen Meeting of the CSCE, 1990, paras. 32.1, 32.2.

ortaya çıkabilir ki, bütün eğitim ve ğretim süresi boyunca tek başına anadilde eğitimi savunmak sosyal gerçekliğe uymaz. Tek dil bilmenin ister anadili olsun ister resmi dil olsun azınlıklar için her iki yönden yetersiz sonuçlar doğurması yüksek olasılıktır.⁶⁸⁰ Dolayısıyla hem kültürel kimliğin yaşatılması hem de ülke kaynaklarından yararlanmak, demokratik süreçlere katılımı sağlamak için en azından iki dilin bilinmesi temel bir gereklilik olarak ortaya çıkar. Dünyadaki dillerin sayısı ve çok kültürlü-dilli toplumlar dikkate alındığında, çoğu ülke, kişi ve kurumun tutumlarında çok dilliliğe daha yakın durması makul seçenek gibi durmaktadır.

F. İFADE ÖZGÜRLÜğÜ

İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun temel esaslarından birini oluşturur.⁶⁸¹ İfade özgürlüğü genellikle kişinin düşüncelerini veya yaratıcı çalışmalarını aktif olarak iletme veya yayma hakkı olarak anlaşılır.⁶⁸² İfade özgürlüğü her türlü bilgiyi ve düşüncüyü herhangi bir araçla yayma özgürlüğünü içerir.⁶⁸³ İfade özgürlüğündeki “ifade” kavramı, başkalarına iletilebilen öznel fikir ve görüşlerin, haber ve bilgilerin, ticari ifade ve reklamların, sanat eserlerinin vb. herhangi bir biçimdir. İfade özgürlüğü sözlü, yazılı veya basılı, sanatsal biçimde veya tercih edilen herhangi bir başka medya aracılığıyla olsun, konuşulan veya konuşulmayan tüm ifadeleri kapsar.⁶⁸⁴ İfade özgürlüğü katılım

⁶⁸⁰ Benzer bir yaklaşım için bkz. Alexei A. Leontiev, “Linguistic Human Rights and Educational Policy in Russia,” *Linguistic Human Rights: Overcoming Linguistic Discrimination*, Ed. Tove Skutnabb-Kangas and Robert Phillipson, (Berlin-New York: Mouton de Gruyter, 1995), s. 67-69.

⁶⁸¹ Steven P. Lee, “Hate Speech in the Marketplace of Ideas,” in *Freedom of Expression in a Diverse World*, ed. Deirdre Golash, (Dordrecht-Heidelberg-London-New York: Springer, 2010), s. 13.

⁶⁸² Kenneth Henley, “Oaths and the Pledge of Allegiance: Freedom of Expression and the Right to Be Silent,” in *Freedom of Expression in a Diverse World*, ed. Deirdre Golash, (Dordrecht-Heidelberg-London-New York: Springer, 2010), s. 163.

⁶⁸³ Manfred Nowak, “Civil and Political Rights,” in *The Interrelation Between the Right to Identity of Minorities and Their Socio-Economic Participation*, ed. Kristin Henrard (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), s. 69.

⁶⁸⁴ Anette Faye Jacobsen, “Freedom of Expression,” in *Human Rights Monitoring: A Field Mission Manuel*, ed. Anette Faye Jacobsen, (Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), s. 245.

haklarından medyaya, basın yayın araçlarına, düşünceden bilgi edinmeye birçok alanla ilişkili bir özgürlüktür. Örneğin ifade özgürlüğünün basın ve medya ile ilişkisi açıktır. İfade özgürlüğü ile özgürlüğün özüne atıfta bulunurken medya, bir nevi onun koruması olur. İfade özgürlüğü kendisini aynı zamanda basın aracılığıyla görünür kılar.⁶⁸⁵ Dolayısıyla medya, ifade özgürlüğünün gerçekleştirilmesinde önemli bir araçsal rol oynar.⁶⁸⁶ İHK *Robert W. Gauthier v. Canada* davasında ifade özgürlüğü kapsamında özel olarak medyanın rolünü vurgulamıştır. Komiteye göre vatandaşların, özellikle medya aracılığıyla, seçilmiş organların ve üyelerinin faaliyetleri hakkında bilgiye kapsamlı bir şekilde erişebilmeleri ve bilgi ve görüşleri yayma fırsatına sahip olmaları gerekir.⁶⁸⁷ Medyanın ifade özgürlüğündeki önemini teyit eden AİHM ise medyayı kamu gözlemcisi, diğer bir ifadeyle kamu bekçisi olarak tanımlar.⁶⁸⁸ AİHM özellikle basın yoluyla genel menfaatlere ilişkin bilgi ve fikirlerin aktarılmasına hizmet ettiği hallerde ve kamuoyunun da bunları alma hakkına sahip olduğu durumlarda, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki temel rolünü sık sık vurgulamıştır.⁶⁸⁹ Bu bağlamda ifade özgürlüğü, sınırlara bakılmaksızın fikir ve bilgi arama, alma ve aktarma hakkını ve devletin elinde bulunan bilgilere erişimi sağlama yükümlülüğünü içerir.⁶⁹⁰ Anayasa Mahkemesine göre ifade özgürlüğü, düşüncenin aktarılmasını ve tedavülünü gerçekleştirerek kişilerin ve toplumun bilgilenmesini sağlar.⁶⁹¹ İfade özgürlüğü norm alanına giren her türlü ifadeyi güvence

⁶⁸⁵ Vincenzo Zeno-Zencovich, *Freedom of Expression: A Critical and Comparative Analysis*, (New York: Routledge-Cavendish, 2008), s. 3.

⁶⁸⁶ Tarlach McGonagle, “The Development of Freedom of Expression and Information within the UN: Leaps and Bounds or Fits and Starts?” in *The United Nations and Freedom of Expression and Information: Critical Perspectives*, ed. Tarlach McGonagle and Yvonne Donders, (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), s. 4.

⁶⁸⁷ HCR, *Robert W. Gauthier v. Canada*, Communication No: 633/1995, CCPR/C/65/D/633/1995.

⁶⁸⁸ ECHR, *Jersild v. Denmark*, Application No. 15890/89, 23.09.1994, para. 31.

⁶⁸⁹ ECHR, *Lentia and Others v. Austria*, Application nos. 13914/88; 15041/89; 15717/89; 15779/89; 17207/90, 24.11.1993, par. 38.

⁶⁹⁰ Jacobsen, “Freedom of Expression,” s. 246.

⁶⁹¹ AYM, *İsa Yağbasan ve Diğerleri Kararı*, Başvuru No: 2013/1481, 20.11.2014, para. 43.

altına alır.⁶⁹² Burada düşüncenin mahiyeti, niteliği, faydalılığı, değerliliği vb. önem taşımaz. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre,

“hem gerçek hem de tüzel kişiler için geçerli olan ifade özgürlüğü siyasi, sanatsal, akademik veya ticari düşünce ve kanaat açıklamaları gibi her türlü ifadeyi kapsamına almaktadır. Açıklanan ve yayılan bir düşüncenin, içeriğinden hareketle kişiler ve toplum açısından “değerli-değersiz” veya “yararlı-yararsız” biçiminde ayrıştırılması sübjektif unsurlar ihtiva eder. Bu değerlendirmelerden hareketle ifade özgürlüğünün alanının belirlenmeye çalışılması bu özgürlüğün keyfi biçimde sınırlandırılması sonucunu doğurabilecektir. İfade özgürlüğü, başkaları açısından “değersiz” veya “yararsız” görülen düşüncelerin açıklanması ve yayılması özgürlüğünü de içermektedir.”⁶⁹³

Uluslararası araçların ifade özgürlüğünün korunan içeriklerini tanımlamaya çalışmadığı görülmektedir. BM İHK, ifade özgürlüğünün her türlü öznel fikir ve görüşü, haber ve bilgi, ticari ifade ve reklam, sanat eserleri vb. kapsayacak şekilde yorumlanması; siyasal veya sanatsal ifade araçlarıyla sınırlı değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmiştir.⁶⁹⁴ AİHM ifade özgürlüğünün sadece olumlu karşılanan veya saldırgan olmayan bilgi ya da fikirlerle sınırlı olmadığını, aynı zamanda devleti veya toplumun herhangi bir kesimini rahatsız eden, şok eden düşünce açıklamalarını da kapsadığını belirtmiştir.⁶⁹⁵ Bu bağlamda ifade özgürlüğü büyük oranda eleştiri özgürlüğünü de güvence altına almayı amaçlamaktadır.⁶⁹⁶ Eleştiri özgürlüğü de özellikle siyasal eleştiriler

⁶⁹² Ulaş Karan, *İfade Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru* (Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018), s. 6. Fakat norm alanına girmeyen iftira, sövme, suça ve şiddete teşvik gibi eylemler ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı (İstanbul: Beta Yayınları, 2019), s. 186.

⁶⁹³ AYM, *Bekir Coşkun Kararı*, Başvuru No: 2014/12151, 04.06.2015, par. 36. Ayrıca bkz. Ali Gürbüz ve Hasan Bayar Kararı, Başvuru No: 2013/568, 24.06.2015, par. 42; Ali Gürbüz Kararı, Başvuru No: 2013/724, 25.06.2015, par. 45; Ali Rıza Üçer (2) Kararı, Başvuru No: 2013/8598, 02.07.2015, par. 29.

⁶⁹⁴ HCR, *Ballantyne and Elisabeth Davidson and Gordon McIntyre v. Canada*, Case Nos. 359 and 385/1989, CCPR/C/40/D/359/1989 and 385/1989.

⁶⁹⁵ ECHR, *The Handyside v. The United Kingdom*, Application No. 5493/72, 07.12.1976, para. 49.

⁶⁹⁶ AYM, *Bekir Coşkun Kararı*, par. 64.

konusunda gözetilmektedir. AİHM siyasal tartışma özgürlüğünü demokrasilerin temel ilkesi olarak ele almaktadır.⁶⁹⁷ Bu bağlamda AİHM kabul edilebilir eleştirinin sınırlarının, kamusal kapasitesiyle hareket eden bir politikacı bakımından sıradan bir bireyle ilgili olandan daha geniş olduğunu kabul etmiştir.⁶⁹⁸ ABD Federal Yüksek Mahkemesi de rahatsız edici düşüncelerin ileri sürülmesini ifade özgürlüğünün vazgeçilmez bir parçası olarak değerlendirmiş, birçok ifade biçiminin Anayasal güvence altında olduğuna hükmetmiştir. Örneğin 1984 Cumhuriyetçi Ulusal Kongresi sırasında Reagan yönetiminin ve Dallas merkezli bazı şirketlerin politikalarını protesto etmek için bir siyasal gösteriye katılan gösterici, protestocular slogan atarken bir Amerikan bayrağı yakmış ve buna karşı açılan davada Federal Yüksek Mahkeme, bayrak yakma eyleminin de bir ifade biçimi olduğunu ve bunun Anayasa'ya aykırı olmadığını belirtmiştir.⁶⁹⁹

İfade özgürlüğü de birçok temel hak ve özgürlükle ilişkili geniş kapsamlı bir haktır. İfade özgürlüğü örgütlenme ve toplantı özgürlükleri ile birlikte kişilerin fikirlerini paylaşmalarını, yeni düşünceler oluşturmalarını ve haklarını talep etmek üzere başkalarıyla bir araya gelmelerini sağlayan haklardır.⁷⁰⁰ Uluslararası hukukta ifade özgürlüğüne verilen önem salt felsefi veya ideoloji kaynaklı değildir. Ampirik bir gözlem olarak ifade özgürlüğünün tüm insan hakları sisteminin iyi işlemesi için elzem olduğu söylenebilir.⁷⁰¹ Bu özgürlük bazen diğer birçok hakkın kullanılması konusundaki rolü nedeniyle bir çarpan hak olarak tanımlanır.⁷⁰² Nitekim ABD Federal Yüksek Mahkemesi

⁶⁹⁷ ECHR, *Lingens v. Austria*, Application No: 9815/82, 08.07.1986, par. 41-42.

⁶⁹⁸ ECHR, *Oberschliek v. Austria*, Application No. 11662/85, 23.05.1991, para. 59.

⁶⁹⁹ Supreme Court of the United States, *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

⁷⁰⁰ Tarlach McGonagle and Yvonne Donders, *The United Nations and Freedom of Expression and Information: Critical Perspectives*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), s. XX.

⁷⁰¹ Kevin Boyle, "Thought, Expression, Association, and Assembly," in *International Human Rights Law*, Eds. D. Moeckli et al., (Oxford: Oxford University Press, 2010), s. 266.

⁷⁰² Michael O'Flaherty, "International Covenant on Civil and Political Rights: Interpreting Freedom of Expression and Information Standards for the Present and the Future," in *The United Nations and*

ifade özgürlüğünün neredeyse her temel hak ve özgürlüğün beşiği ve vazgeçilmez koşulu olduğunu belirtmiştir.⁷⁰³ Örneğin kültürel haklar büyük ölçüde ifade yoluyla elde edilir.⁷⁰⁴

İfade özgürlüğü ile ilişkili haklar dizisi, herhangi bir konuda inanç ve görüş oluşturma ve bunları sürdürme ve fikirleri, görüşleri ve bilgileri herhangi bir ortamda konuşma, yazma, müzik, sanat veya başka yollarla iletme haklarını içerir.⁷⁰⁵ Söz gelimi münzevi veya ıssız bir adada gemi kazası geçiren bir kişi için ifade özgürlüğünün bir anlamı olmaz.⁷⁰⁶ Dolayısıyla ifade özgürlüğü tek taraflı değil, iki taraflı bir ilişkiyi veya iletişimi ifade eder. Bu nedenle ifade anlamına gelen davranış bastırıldığında, bir mesajı iletme amacı taşıyan davranışlar sınırlandırıldığında ya da karşı tarafın bir mesajı alması engellendiğinde ifade özgürlüğü ihlali ortaya çıkabilir.⁷⁰⁷ İfade özgürlüğü bir dereceye kadar sessiz kalma hakkını da içerir. Bir açıdan ifade özgürlüğü başkalarının görüşlerini duyma ve onların olgulara ilişkin görüşlerini dinleme hakkını kapsar.⁷⁰⁸ Dolayısıyla bir dinleyici kitlesinin mesajı alması engellendiğinde veya bir mesajın alınmasını engellemek amacıyla bir faaliyet bastırıldığında da ifade özgürlüğü ihlal edilmiş olur.⁷⁰⁹ Gerekli bir sonuç olarak ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğünü, yani başkalarıyla ortak ifadede birleşme hakkını da kapsar.⁷¹⁰

Her temel hak ve özgürlükte olduğu gibi ifade özgürlüğünün de sınırsız bir norm alanı yoktur. Nitekim AIHM içtihatlarında ifade özgürlüğü, ifadenin içeriği bakımından

Freedom of Expression and Information: Critical Perspectives, ed. Tarlach McGonagle and Yvonne Donders, (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), s. 59.

⁷⁰³ Supreme Court of the United States, *Palko v. State of Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).

⁷⁰⁴ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 1.

⁷⁰⁵ Thomas I. Emerson, *The System of Freedom of Expression*, (New York: Vintage Books, 1971), s. 3.

⁷⁰⁶ Zeno-Zencovich, *Freedom of Expression*, s. 6.

⁷⁰⁷ Larry Alexander, *Is There a Right of Freedom of Expression?*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), s. 9.

⁷⁰⁸ Emerson, *The System of Freedom of Expression*, s. 3.

⁷⁰⁹ Alexander, *Is There a Right of Freedom of Expression?*, s. 9.

⁷¹⁰ Emerson, *The System of Freedom of Expression*, s. 3.

sınırlandırılmıştır. Özellikle nefret söylemi söz konusu olduğunda bu durumun ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmediği ve bu özgürlüğün bir istisnası olarak ele alındığı görülmektedir. Nefret söylemi AİHS’de doğrudan doğruya kategorik olarak ifade özgürlüğünün kapsamı dışında bırakılmamıştır. Ancak ifade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda kolay bir gerekçe haline gelebilmektedir.⁷¹¹ Şu durumda ifade özgürlüğü, ifade edilen şeyin ırksal, etnik veya dinsel nefret olması durumunda sınırlanmaktadır.⁷¹²

İfade özgürlüğünün birçok temel hak ve özgürlükle olduğu gibi, kültürel kimlik hakkıyla yakın ve çok boyutlu bir ilişkisi vardır. Kültürel kimlik hakkının herkesin tek başına veya başkalarıyla birlikte bir topluluk içinde dil, din, miras ve gelenekler gibi çeşitli yönleriyle kendi kültürel kimliğini özgürce seçebilmesi anlamına gelmesi, ifade özgürlüğünü aynı zamanda kültürel kimlik hakkının konusu yapar. Zira kültürel kimlik bir yönüyle tercih meselesi ise ifade özgürlüğü hakkın kullanılabilmesinde, tercihin ifade edilebilmesinde esas teşkil eder. Öte yandan kültürel kimliğin, bir kimliğe sahip olma ve o kimliği açıklama boyutları ifade özgürlüğünü hakkın önemli bir konusu haline getirir. Kültürel kimliğin özgürce açıklanabilmesi için ifade özgürlüğünün güvence altına alınmış olması gerekir. Anayasa Mahkemesine göre,

“İfade özgürlüğü, insanın serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi,

⁷¹¹ Karan, *İfade Özgürlüğü*, s. 7. Nefret söylemi, etnik çatışmaları alevlendirme, demokrasiyi baltalama olasılığı olan bir ifade türüdür. Lee, “Hate Speech in the Marketplace of Ideas,” s. 21.

⁷¹² Joshua Cohen, “Freedom of Expression,” *Philosophy and Public Affairs* 22, No. 3, 1993, s. 208.

*anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir.”*⁷¹³

Dolayısıyla kişinin sahip olduğu kültürel kimliği nedeniyle kınanamaması, kimliğini serbestçe dile getirebilmesi ifade özgürlüğünü kültürel kimlik hakkının konusu yapar.

İfade özgürlüğü kişinin tam gelişimi için vazgeçilmez bir koşuldur. Her toplum için gereklidir. Birçok temel hak ve özgürlükten tam olarak yararlanmanın temelini oluşturur.⁷¹⁴ İfade özgürlüğü, bireysel kendini gerçekleştirmeyi sağlamanın bir aracıdır.⁷¹⁵ İfade özgürlüğü kişinin kendini gerçekleştirme açısından önemlidir. Zira kapasitenin kullanılması kişinin kendini tanımlamasıyla mümkün olur ki, bu da başkalarıyla iletişim kurularak mümkün olabilir.⁷¹⁶ Bu bağlamda ifade özgürlüğü kişinin kendini gerçekleştirme ve tam gelişimi yönüyle kültürel kimliğin konusu olur. Zira bir boyutuyla kimlik söylemlerine ortaya çıkar. Kültürel kimliğin ortaya çıkışı da bireysel özerklik veya demokratik toplum söylemiyle ifade edilebilir.⁷¹⁷ Anayasa Mahkemesinin belirttiği gibi, “*birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir.*”⁷¹⁸

Diğer anayasal hak ve özgürlükler gibi ifade özgürlüğü, bireyin kişisel alanının, başta devlet müdahalesi olmak üzere dış müdahalelerden korunması gereken önemli bir parçası olarak görülmektedir.⁷¹⁹ Dolayısıyla ifade özgürlüğü, hem kişinin kültürel

⁷¹³ AYM, *Emin Aydın Kararı*, Başvuru No. 2013/2602, 23.01.2014, para. 40.

⁷¹⁴ Human Rights Committee, *CCPR General Comment No. 34: Article 19: Freedoms of Opinion and Expression*, 2011, par. 1-4, CCPR/C/GC/34.

⁷¹⁵ Emerson, *The System of Freedom of Expression*, s. 6.

⁷¹⁶ Wojciech Sadurski, *Freedom of Speech and Its Limits* (Dordrecht: Springer Netherlands, 1999), s. 17.

⁷¹⁷ Richard Moon, *The Constitutional Protection of Freedom of Expression* (Toronto: University of Toronto Press, 2000), s. 4.

⁷¹⁸ AYM, *Emin Aydın Kararı*, para. 41; AYM, *Yaman Akdeniz ve Diğerleri Kararı*, Başvuru No: 3986, 02.04.2014, para. 34.

⁷¹⁹ Moon, *The Constitutional Protection of Freedom of Expression*, 40.

kimliğini özgürce açıklamasını olanaklı kılması hem de kişiyi devlet ile ait olduğu kültürel topluluğa karşı koruması yönüyle kültürel kimlik hakkının konusu olur.

İfade özgürlüğü toplumun tüm üyelerinin karar alma süreçlerine katılımını sağlamak için elzemdir. Bu özellikle siyasal kararlar için önemlidir.⁷²⁰ İfade özgürlüğü siyasal katılımın yanı sıra kültürel ve sanatsal faaliyetlere özgürce katılmanın, dolayısıyla kültürel kimlik hakkının temelidir.⁷²¹ AİHM özellikle bilgi ve fikir edinme ve düşüncüyü yayma özgürlüğü kapsamında AİHS m. 10'un sanatsal ifade özgürlüğünü içerdiğine ve bu durumun her türlü kültürel, siyasal ve sosyal bilgi ve düşüncenin alışverişine katılma fırsatı yarattığına dikkat çekmektedir. Mahkeme sanat eserleri yaratan, dağıtan veya sergileyen kişilerin düşünce ve görüşlerin yayılmasına katkıda bulduklarını, bunun da demokratik bir toplum için büyük önem taşıdığını vurgulamıştır. Bu nedenle devletin ifade özgürlüğüne gereksiz müdahalelerden kaçınma yükümlülüğünün bulunduğunu belirtmiştir.⁷²² Türk Anayasa Mahkemesi bir kararında sanatsal ifade özgürlüğünün Anayasa tarafından tanındığını,

“demokratik bir toplum için büyük önem taşıyan, alenileşmiş olması nedeniyle artık insanlığın fikri servetinin herkese açık bir parçası haline gelen bir sanat eserinin ve dolayısıyla Anayasa tarafından koruma altına alınmış olan sanatsal ifade özgürlüğünün korunması noktasında gösterilmesi gereken hassasiyet(in) somut başvuruda kamu gücünü kullanan organlarca ...”⁷²³

gösterilmediğini belirtmiş ve Anayasa m. 26'da güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

İfade özgürlüğü, bilgiyi geliştirmek ve gerçeği keşfetmek için temel bir araçtır. Bilgi ve gerçeği arayan bir birey, sorunun tüm taraflarını duymalı, tüm alternatifleri

⁷²⁰ Emerson, *The System of Freedom of Expression*, s. 6

⁷²¹ CRC, *General Comment No. 17*, para. 20.

⁷²² ECHR, *Alınak v. Turkey*, Application No. 40287/98, 29.03.2005, para. 42.

⁷²³ AYM, *Mehmet Aksoy Kararı*, Başvuru No: 2014/5433, 11.07.2019, para. 89.

değerlendirmeli ve tüm olanaklarından yararlanmalıdır.⁷²⁴ Dolayısıyla kişi ve toplulukların gerçek kültürel kimliklerini araması, keşfetmesi ve buna ulaşması açısından da ifade özgürlüğü özel bir anlam taşır.

AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında güvence altına alınmayan, aynı zamanda kültürel kimliğin bir unsuru olan anadil hakkına ilişkin talepleri ifade özgürlüğü ile tanıyıp korumaktadır. AİHM'ye göre demokratik toplumu karakterize eden ilkelerden biri olarak ifade özgürlüğü, yalnızca olumlu karşılanan, lehe olan, zararsız ya da önemsiz görülen bilgi veya düşünceler bakımından değil; aynı zamanda Devlet veya toplumun bir bölümü için saldırgan, şok edici veya rahatsız edici bilgi ve düşünceler bakımından da geçerlidir.⁷²⁵ Bu bağlamda AİHM, Türkiye'de Kürtçe bir oyunun belediye binalarında sahnelenmesinin yasaklanmasına ilişkin *Ulusoy and Others v. Turkey* davasında⁷²⁶ ifade özgürlüğünün herhangi bir dilde bilgi, fikir alma ve verme özgürlüğünü kapsadığını ve kişilerin her türlü kültürel, siyasi ve sosyal bilgi ve fikir alışverişine katılmalarına izin verdiğini belirtmiştir. AİHM başka kararlarda ifade özgürlüğünün, ifade edilen düşünce ve bilgilerin yalnızca özünü değil aynı zamanda bunların aktarıldığı ortam veya dile bakılmaksızın ifade biçimini de koruduğunu belirtmiştir.⁷²⁷ Şu durumda ifadenin herhangi bir dilde dile getirilmesinin engellenmesi veya bu noktada bir yaptırım uygulanması ifade özgürlüğünün ihlaline yol açabilir.⁷²⁸ Nitekim Türk Anayasa Mahkemesine göre ifadenin iletilmesinde kullanılan dil, ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır.⁷²⁹ Bu durumda kültürel kimliğin zaman zaman iç içe geçen iki konusunun, yani anadil hakkı ile ifade özgürlüğünün sınırlanması kültürel

⁷²⁴ Emerson, *The System of Freedom of Expression*, s. 6

⁷²⁵ ECHR, *The Handyside v. The United Kingdom*, para. 49.

⁷²⁶ ECHR, *Ulusoy and Others v. Turkey*, Application No. 34797/03, Judgment, (Section II) 3.5.2007.

⁷²⁷ ECHR, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Turkey*, para. 73; ECHR, *Alınak v. Turkey*, para. 43.

⁷²⁸ Karan, *İfade Özgürlüğü*, s. 46.

⁷²⁹ AYM, *Fikriye Aytin ve Diğerleri Kararı*, Başvuru No: 2013/6154, 11.12.2014, para. 26.

kimlik hakkının sınırlanmasına yol açar. Anayasa Mahkemesi, aynı zamanda kültürel bileşenler içeren Nevruz Bayramı için hazırlanan Kürtçe el ilanından cezaya hükmedilmesine ilişkin bir bireysel başvuruda somut davanın, bireylere diğer bireylerle olan ilişkilerinde dilsel kısıtlamalar getirdiğini ve bunun ifade özgürlüğünü sınırlandırdığını tespit etmiştir.⁷³⁰ Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin "*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Turkey*" kararına dayanarak Anayasa m. 26'nın

*"... her türlü kültürel, siyasal ve sosyal bilgi ve fikirlerin paylaşıldığı ortamlara dâhil olan bireylerin bilgi ve fikir alışverişinde bulunurken istedikleri dili tercih etme özgürlüğünü ..."*⁷³¹

güvence altına aldığını belirtmiş; bir ifade aracı olarak anadilin Anayasa m. 26'nın teminatı altında olduğuna karar vermiştir.

G. SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ

Değişken ve karmaşık bir kavram olarak sanatın bir tanımını yapmak güç bir iştir. Üzerinde uzlaşının olduğu bir sanat kavramı ortaya koymak kolay olmadığı gibi, sanat konusunda bir tanım arayışının da tek başına istenilen sonuçları vermesi güçtür. Fakat diğer taraftan sanat özgürlüğünün sınırlarını belirlemek için hukuksal bir çerçevenin çizilmesi de kaçınılmaz bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.⁷³² Sanat konusundaki değişkenlik ve karmaşıklık bu alanda ortaya çıkan düşünceler, akımlar üzerinden tespit edilebilir. Bu bağlamda ortaya çıkan her bir kuram farklı bir sanat anlayışını ifade eder.

Yansıtma kuramına göre sanat, bir yansıtma, benzetme veya taklit faaliyetidir. Sanat insanın, hayatın, dış dünyanın, toplumun aynasıdır. Bu anlayışa göre sanat ilk olarak görüngü dünyasını olduğu gibi yansıtır. Teoriye göre nesnelere dünyası, doğa biçimleri sanat için daima bir örnek, bir model oluşturur. Bu anlayışa göre sanat,

⁷³⁰ AYM, *İsa Yağbasan ve Diğerleri Kararı*, para. 64.

⁷³¹ AYM, *İsa Yağbasan ve Diğerleri Kararı*, para. 65.

⁷³² Polat Akgün, *Sanat Özgürlüğü*, s. 211-212.

kaynağını, biçim ve örneklerini doğadan alır. Sanatçı doğa biçimlerini, nesnel gerçekliği tanıyıp bunları sanatta, edebiyatta, figüratif sanatlarda yansıtır.⁷³³ İkinci olarak yansıtma teorisine göre sanat, olanı olduğu gibi yansıtmak değil ancak özü yansıtmaktır. Son olarak sanat ideal olanı yansıtmaktır.⁷³⁴

Yaratma kuramına göre ise sanatın özü, yansıtma değil, yaratımdır. Bu bağlamda sanat, sanatçının iç dünyasına açılan bir kapıdır.⁷³⁵ Kurama göre sanat, sanatçının dış dünyada algıladığı nesnelere kendi duygusunu, düşüncesini ve hayal gücünü kullanarak biçimlendirmesidir.⁷³⁶ Bir sanat eseri, sanatçının ona yüklemiş olduğu bir değerle anlam ve varlık kazanır. Bu bakımdan sanat taklit değil, bir yaratım faaliyetidir. Buna göre sanattan söz edebilmek için bir düşünceye gereksinim vardır. Sanat, sözcüklerle ifade edilemeyecek duyguları, anlamları içerisinde barındırır. Dolayısıyla bilinçsiz bir üretim sanat olarak kabul edilemez. Yaratma kuramına göre sanat, gerçeğin özgün biçimler yardımıyla nitelik değiştirmesi olarak ifade bulmaktadır.⁷³⁷ İçerikten bağımsız bir anlam taşıyan biçimcilik kuramına göre ise sanat, çizgi, şekil, renk ve seslerin birleşimiyle ortaya çıkan anlamlı biçimdir.⁷³⁸ Bu kuramlardaki farklılıklar da dikkate alındığında ve sanat üzerinde ortak bir görüş birliğinin olmadığı düşünüldüğünde, sanat ve sanat özgürlüğünün kapsamının geniş tutulmasında yarar vardır.⁷³⁹ Zira bir sanat eserinde ifade edilmek istenen mesajı kolaylıkla tespit etmek kolay bir iş değildir. Bu durum şüphesiz sanat eserlerindeki yaratıcılığın bir sonucu⁷⁴⁰ veya sanat eserlerinin tamamen saf

⁷³³ İsmail Tunalı, *Estetik*, (İstanbul: Remzi Kitabevi, 5. Baskı, 1998), s. 176.

⁷³⁴ Berna Moran, *Edebiyat Kuramları ve Eleştiri*, (İstanbul: İletişim Yayınları, 7. Baskı, 2002), s. 17.

⁷³⁵ Moran, *Edebiyat Kuramları ve Eleştiri*, s. 102.

⁷³⁶ Elif Özpolat, *Sanatsal İfade Özgürlüğü: ABD ve Türkiye Karşılaştırması*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023), s. 14.

⁷³⁷ Huisman Denis, *Estetik*, Çev. Cem Muhtaroglu, (İstanbul: İletişim Yayınları, 1992), s. 73-76.

⁷³⁸ Eva Schaper, "Significant Form," *The British Journal of Aesthetics* 1, Issue. 2, 1961, s. 33.

⁷³⁹ Polat Akgün, *Sanat Özgürlüğü*, s. 209-210.

⁷⁴⁰ Farida Shaheed, "Right to Freedom of Artistic Expression and Creativity," *Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights*, A/HRC/23/34, 14.03.2013, para. 37.

olmayan, çoğu zaman farklı etkilere maruz kalarak gerçekleşen yapısı⁷⁴¹ ile ilgilidir. Dolayısıyla sanatın yalnızca estetik değerdeki eserlerle sınırlı görülmesi⁷⁴² veya düşünce ya da yaratıcılıktan yoksun anlaşılması sanat özgürlüğünün kapsamını daraltır. Şu hâlde sanat, en temel anlamda insanın başta düşünce ve yaratıcılık olmak üzere çeşitli fonksiyonlar ve motivasyonlarla kendisini ifade ettiği özel görünümünden biri olarak kavramsallaştırılabilir.⁷⁴³

İnsanın doğasındaki uyum, ahenk yaratma içgüdüğü, sanatsal üretim sürecini şekillendirir. Sanat, herkesin bireysel olarak ve başkalarıyla ve insan topluluklarıyla birlikte insanlığını, dünya görüşünü, varoluşuna ve gelişimine atfedilen anlamları geliştirmesi ve ifade etmesi için önemli bir araçtır. Bir açıdan tüm toplumdaki insanlar sanatsal ifadeler ve eserler yaratır, bunlardan yararlanır veya bunlarla ilişki kurar. Dolayısıyla sanatsal faaliyetler bir açıdan sanatçıya indirgenemeyecek kadar çok sayıda aktöre dayanır. Sanatsal ifadelerin ve yaratımların oluşturulması, üretilmesi, dağıtılması ve yaygınlaştırılmasına katılan ve katkıda bulunan herkesi kapsadığı kabul edilir.⁷⁴⁴

Sanat özgürlüğünün norm alanı sanattır. Sanat özgürlüğü hem devletin hem de özel kişilerin müdahalesine maruz kalmadan sanatsal uğraş alanlarını konu edinir. Yine sanat özgürlüğü bireyin yaratıcı yönüyle birlikte düşüncelerini ifade etme ihtiyacını konu edinir.⁷⁴⁵ Sanatın insan bilincinin gelişiminde temel bir araç olduğu kabul edilmektedir.⁷⁴⁶ Öte yandan sanat, kültürün farklı bir biçimde ifade edilmesi ve kültürün yaşatılmasının bir aracı olarak da değerlendirilebilir. Kültürel miraslar diğerlerinin yanı sıra şüphesiz

⁷⁴¹ Theodor W. Adorno, *Kültür Endüstrisi-Kültür Yönetimi*, Çev. Nihat Ülner, Mustafa Tüzel, Elçin Gen, (İstanbul: İletişim Yayınları, 6. Baskı, 2011), s. 111.

⁷⁴² Karan, *İfade Özgürlüğü*, s. 15.

⁷⁴³ Polat Akgün, *Sanat Özgürlüğü*, s. 207.

⁷⁴⁴ Shaheed, "Right to Freedom of Artistic Expression and Creativity," para. 2, 5.

⁷⁴⁵ Polat Akgün, *Sanat Özgürlüğü*, s. 207-208.

⁷⁴⁶ Herbert Read, *Icon and Idea: The Function of Art in the Development of Human Consciousness*, (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1st Edition, 1955), s. 17-36.

sanat aracılığıyla yaşatılır, geliştirilir ve sonraki kuşaklara aktarılır. Ayrıca kültür ile sanat orta bir nokta olan yaratıcılıkta birleşir. Kültür daha önce de ifade edildiği gibi aynı zamanda sanatsal ve bilimsel yaratım sürecidir. Bu açıdan bakıldığında kültürel kimlik hakkını da içeren geniş kapsamlı bir kültür hakkı, bireylerin kültürel eserlerini hiçbir kısıtlama olmaksızın özgürce oluşturma hakkı ve tüm kişilerin bu eserlere, müzelere, konserlere, tiyatroya, kütüphanelere ücretsiz erişimden yararlanma hakkı anlamına gelir.⁷⁴⁷ Dolayısıyla kültür geniş anlamda, toplum aracılığıyla miras alınan veya aktarılan her şeyi, yani yalnızca inançları, bilgiyi, değerleri ve edebiyatı değil; aynı zamanda onların araçları olan dili veya diğer sembolleri⁷⁴⁸ ve bilimsel ve sanatsal yaratım süreçlerini içerir.

Sanat özgürlüğü, başta ifade özgürlüğü ve kültürel haklar olmak üzere birçok hakla ilişkili bir haktır. Sanat özgürlüğü, sanatın aynı zamanda bir inancı ve kültürü ifade etme ve bir dünya görüşü geliştirme aracı olması nedeniyle, düşünce ve din özgürlüğü, kültürel kimlik hakkı ile ilişkili olur. Dil gibi, sanat da birçok yönden kültürel kimliğin bir ifadesidir. Diğer bir ifadeyle sanat, birçok durumda kişinin belirli bir düşünce, inanç, görüş ve duygu kümesiyle kimliğinin bir ifadesi olur.⁷⁴⁹ Sanatsal ifadeler ve yaratımlar, anlamları sorgulamayı ve kültürel olarak miras alınan fikir ve kavramları yeniden gözden geçirmeyi gerektiren kültürel yaşamın ayrılmaz bir parçasıdır.⁷⁵⁰ UNESCO “Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesine İlişkin Sözleşme” (m. 2) de kültürel çeşitliliğin, ancak ifade özgürlüğü, bilgi ve iletişim özgürlüğü ve bireylerin kültürel ifadeleri seçme yeteneği gibi insan hakları ve temel özgürlüklerin güvence altına alınması durumunda korunarak geliştirilebileceğini belirtir. ESKHK, kültürel yaşama

⁷⁴⁷ Rodolfo Stavenhagen, “Cultural Rights: A Social Science Perspective,” s. 88.

⁷⁴⁸ Leiris, *Race and Culture*, s. 20-21.

⁷⁴⁹ Supreme Court of Canada, Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.), [1990] 1 S.C.R. 1123.

⁷⁵⁰ Shaheed, “Right to Freedom of Artistic Expression and Creativity,” para. 3.

katılma hakkının (kültürel yaşama) “katılım, erişim ve katkı” unsurlarını içerdiğini ve herkesin kendi (kültürel) kimliğini seçme, bir veya birkaç toplulukla özdeşleşip özdeşleşmeme ya da bu seçimi değiştirme, kültürel bilgi ve ifadeleri arama, geliştirme ve bunları başkalarıyla paylaşma ve (sanatsal) yaratıcı faaliyetlerde yer alma hakkını kapsadığını vurgulamıştır.⁷⁵¹ Dolayısıyla Komitenin belirttiği gibi kültürel yaşama katılma, dolayısıyla kültürel kimlikle sanat özgürlüğü arasında doğrudan bir ilişki vardır. Gerçekten de sanatsal bir yapım aynı zamanda kültürel mirasın bir parçası olabilir. Bu boyutuyla kültürel mirasa erişim ile sanat eserinin ve özgürlüğünün kaçınılmaz bir ilişkisi ortaya çıkar ki, herkesin sanat eserine serbestçe erişebilmesi kültürel yaşama katılmanın temel bir unsuru ve gereğidir.

Gerçekten de sanat özgürlüğü başlangıçta gerek ulusal hukukta gerekse uluslararası hukukta kendi başına hukukça tanınmamış, genellikle ifade özgürlüğü kapsamında veya kültürel haklarla birlikte ya da onların bir parçası olarak MSHS m. 19 ve AİHS m. 10’da düzenlenmiştir. Doğrudan doğruya sanatsal ifade özgürlüğüne gönderme yapmalarına karşın bu düzenlemelerin, sanatsal ifade özgürlüğünü de içerdiği kabul edilmektedir.⁷⁵² Örneğin ABD Federal Yüksek Mahkemesi sanatsal birtakım ifade ve düşünceleri, ifade özgürlüğü kapsamında tanıyıp güvence altına alma yolunu seçerken sanat özgürlüğünü, sanatsal ifade özgürlüğü olarak ele almış; sanatın düşünceleri şekillendirme ve kamuoyu yaratma konularında işlevini özel olarak incelemiştir.⁷⁵³

AİHM de ifade özgürlüğü bağlamında sanatsal ifadenin önemini vurgulamıştır. Genel olarak, roman, şiir, resim gibi sanatsal eserleri ele aldığı anda yüksek düzeyde

⁷⁵¹ CESCR, *General Comment 21*, para. 15(a).

⁷⁵² Karan, *İfade Özgürlüğü*, s. 15.

⁷⁵³ Supreme Court of the United States, *Winters v. New York*, 333 U.S. 507 (1948); *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495 (1952); *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

koruma uygulamıştır. Mahkemeye göre sanatsal eserler, demokratik bir toplum için elzem olan her türlü kültürel, politik ve sosyal bilgi ve fikrin alışverişine katılma fırsatı sunar. AİHM birçok davada, AİHS m. 10'un sanatsal ifade özgürlüğünü, özellikle fikir alma ve yayma özgürlüğü kapsadığını ve kültürel, politik ve sosyal bilgi ve fikir alışverişine katılma fırsatı sağladığını belirtmiştir.⁷⁵⁴ Benzer şekilde *Otto-Preminger-Institut v. Austria* davasında Mahkeme, Tanrı, Meryem Ana ve İsa Mesih'in kışkırtıcı bir şekilde tasvir edildiği bir filmin ele geçirilmesi ve müsadere edilmesinin, bunun sonucunda bir sinema salonunda planlanan gösterimlerin yapılamamasının, vatandaşların dini duygularının aşağılanmaması hakkını korumak amacıyla haklı bulunduğu karar vermiştir. Mahkeme, filmin bir sanat eseri veya kamusal tartışmaya katkı değerinin, kamuoyunu rahatsız eden özelliklerinden daha ağır basmadığını düşünen Avusturya mahkemelerinin gerekçelerini kabul etmiştir.⁷⁵⁵ Ayrıca Mahkeme *İ.A. v. Turkey* davasında, bir romanı yayınlayan yayınevinin genel müdürünün mahkûmiyetinin, Müslümanlarca kutsal kabul edilen konulara yönelik saldırgan saldırılara karşı koruma sağlamayı amaçladığını belirtmiştir.⁷⁵⁶ Edebi yaratım alanında AİHM, *Karataş v. Turkey* davasında ifade özgürlüğü bağlamında sanat eserleri yaratan, icra eden, dağıtan veya sergileyen kişilerin, demokratik bir toplum için olmazsa olmaz olan fikir ve görüşlerin alışverişine katkıda bulunduğunu, sanatsal ifade özgürlüğünün yalnızca ifade edilen fikir ve bilgilerin özünü değil, aynı zamanda bunların aktarıldığı biçimi de koruduğunu belirtmiştir.⁷⁵⁷ AİHM *Alınak v. Turkey* davasında, dava konusu gerçek olaylara dayanan ve köylülere yönelik işkenceyi tasvir eden romanda, köylülere karşı işlenen kurgusal kötü muamele ve vahşetin grafik ayrıntılarının verildiği bölümlerin, köylülerin hikayede

⁷⁵⁴ ECHR, *Müller and Others v. Switzerland*, Application No. 10737/84, 24.05.1988, para. 27; ECHR, *Alınak v. Turkey*, Application No. 40287/98, 29.03.2005, para. 42.

⁷⁵⁵ ECHR, *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, Application No. 13470/87, 20.09.1994.

⁷⁵⁶ ECHR, *İ.A. v. Turkey*, Application No. 42571/98.

⁷⁵⁷ ECHR, *Karataş v. Turkey*, Application No. 23168/94, 08.07.1999, para. 49; ECHR, *De Haes and Gijssels v. Belgium*, Application No. 19983/92, 24.02.1997, para. 48.

maruz kaldığı adaletsizliğe karşı okuyucunun zihninde güçlü bir düşmanlık yarattığını; kelimesi kelimesine alındığında bazı bölümlerin okuyucuları nefrete, isyana ve şiddete teşvik ettiği şeklinde yorumlanabileceğini belirtmiştir.⁷⁵⁸ Mahkeme dava konusu kitabın, gerçek olaylara dayandığı iddia edilse de kurgu olarak sınıflandırılan bir roman olduğunu, kitaptaki bazı pasajların ton olarak çok düşmanca görünse de bunların sanatsal doğasının ve sınırlı etkisinin, bunları şiddete bir çağrı olmaktan ziyade, trajik olaylar karşısında derin bir sıkıntının ifadesi haline getirdiği kanaatine vararak⁷⁵⁹ sanat özgürlüğünü ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir.

Sanat özgürlüğünün kültürel haklarla, özelde kültürel kimlik hakkıyla ilişkili bir hak olması, kendini uluslararası hukukta yapılan birçok düzenlemede göstermektedir. Örneğin İHEB (m. 27) herkesin topluluğun kültürel faaliyetlerine serbestçe katılma, sanattan yararlanma, bilimsel ilerlemelere katılma ve bunlardan yararlanma hakkına sahip olduğunu belirterek hakkı bir kişi hakkı olarak tanımamıştır. Dolayısıyla Bildirge, tarihsel sürecin önemli bir basamağı olan sanatsal ifadenin serbestçe dile getirilebilir olmasının önemini ve gerekliliğini açıkça belirtmemiş; bunu bir temel kişi hakkı olarak düzenlemiştir.⁷⁶⁰ Bölgesel düzeyde “Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi” de sanat özgürlüğünün kültürel haklarla ilişkisini teyit eden düzenleme biçimine sahiptir. Bildirge herkesin topluluğun kültürel faaliyetlerine serbestçe katılma, sanattan yararlanma, bilimsel ilerlemelerden yararlanma hakkına sahip olduğunu belirtmiştir.

Sanat özgürlüğü kültürün yaşatılması, kültürel geleneklerin, kültürel mirasın, yaşam tarzlarının sanat eserlerinde kendine yer bulması açısından yaşamsaldır. Kişi ve kişi topluluklarının kültürel kimliklerini, kendilerini gerçekleştirme, geliştirmesi, varlıklarını yansıtabilecekleri bir alan bulması açısından sanat özgürlüğünün güvence

⁷⁵⁸ ECHR, *Alınak v. Turkey*, paras. 41.

⁷⁵⁹ ECHR, *Alınak v. Turkey*, paras. 45.

⁷⁶⁰ Polat Akgün, *Sanat Özgürlüğü*, s. 183.

altına alınması bir zorunluluktur. Kültürel yaşama katılmanın temel araçlarından biri de sanattır. Bu bağlamda sanat özgürlüğü, kültürel haklar bağlamında sanatçının herhangi bir kısıtlamaya maruz kalmaksızın eserlerine serbestçe kültürel unsurları da dahil edebilmesini ifade eder. Kültürel kimlik ve unsurlarının romanlar, şiirler, resimler, kısaca sanatsal ifadelerde ifade bulması veya bu araçlar ile yaşatılması için sanat özgürlüğü temel bir gereksinim olarak ortaya çıkar. Sanat özgürlüğü farklı kimliklerin ve düşüncelerin, kültürel farklılıkların ifade bulması, dinlenmesi açısından da işlevsel bir araç olarak değerlendirilebilir.

H. DİN ÖZGÜRLÜĞÜ

Din özgürlüğü öncelikle inanç özgürlüğü; ikinci olarak dinsel uygulama (ibadet) özgürlüğünden oluşur. İnanç özgürlüğü kişinin bir dine inanması veya inanmaması, istediği seçimi yapması, inancından ötürü kınanamaması, suçlanamaması veya tercihini açıklamaya zorlanamamasıdır. Dinsel uygulama (ibadet) özgürlüğü ise “dinsel özgürlüklerin dışı dönük ve aktif yönü, din buyruklarına ve yasaklarına uyabilme, bunları yerine getirebilme ve bunlara zorlanamama”⁷⁶¹ olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle din özgürlüğü bir dine inanmama ile bir dine katılma arasında seçim yapma ve dinin gereklerini bireysel veya toplu olarak yerine getirme özgürlüğü olarak tanımlanabilir.⁷⁶² Geniş anlamıyla din özgürlüğü bir dine inanıp inanmama özgürlüğünün yanı sıra dinin gereklerini yerine getirebilme özgürlüğünü kapsar. Din özgürlüğü, öncelikle inanç boyutuyla bireylerin içsel dünyasını korumaktadır. Diğer yandan kişilere

⁷⁶¹ Bülent Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 3. Baskı (İstanbul: BDS Yayınları, 1994), s. 45, 47.

⁷⁶² İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir İnceleme*, 3. Baskı (İstanbul: Afa Yayınları, 1996), s. 186.

toplular ya da bireysel olarak ibadetler, dinsel semboller ve törenler yoluyla dinlerini veya inançlarını açıklama, beyan etme, açığa vurma haklarını vermektedir.⁷⁶³

Din özgürlüğü ilk olarak kişinin vicdani kanaate sahip olması, ikinci olarak bunu dışarı vurabilmesiyle açıklanır.⁷⁶⁴ İnanç, din özgürlüğünün içsel alan boyutunu oluştururken dinsel uygulama, daha çok dışavurum olgusunu meydana getirir.⁷⁶⁵ AİHS de din özgürlüğünü bu paralelde tanıyıp korumaktadır. Sözleşme (m. 9) öncelikle herkesin inanç özgürlüğünü, yani içsel alanı mutlak olarak korurken, ikinci olarak dinsel inancın dışarı vurulması sonucunda ortaya çıkan ve sınırlı olan dışsal alanı korur.⁷⁶⁶ Özellikle dinin uygulama boyutu, yani dışavurum olgusu kültürel kimlik ile ilişkilidir. Zira ilk olarak dinde kabul edilmesi gereken kültürel bileşenler vardır. Din yalnızca bir inanç kaynağı olarak değil, aynı zamanda bir yaşam tarzı, kültür olarak görülebilmektedir.⁷⁶⁷ İkinci olarak dinsel uygulamalar aynı zamanda kültürel sonuçlar doğurur. Bu nedenle din, özellikle dinsel uygulamalar yönüyle kültürel kimlik hakkının konusu olur. Diğer yandan din, hemen hemen tüm kültürlerin oluşmasında ve gelişmesinde önemli bir rol oynadığından kendi başına kültürel kimlikle ayrılmaz bir ilişkiye sahiptir.⁷⁶⁸

Dinin inanç boyutu da kültürel kimlik hakkının konusu olabilir. Zira kültürel kimlik aynı zamanda dinsel referanslar kümesini temsil eder.⁷⁶⁹ Hatta bir görüş dini, inancın yanı sıra büyük ölçüde sabit bir kültürel kimlik biçimi olarak tanımlar. Buna göre

⁷⁶³ Zühtü Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü*, (Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2005), s. 3.

⁷⁶⁴ Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi*, s. 202.

⁷⁶⁵ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 170.

⁷⁶⁶ Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü*, s. 31.

⁷⁶⁷ Mustafa Erdoğan, "1982 Anayasasında Din Özgürlüğü," *Liberal Düşünce* 5, Sayı: 18 (2000), s. 115.

⁷⁶⁸ Donders, "A Right to Cultural Identity in UNESCO," s. 324.

⁷⁶⁹ Donders, "Towards a Right to Cultural Identity?" 2018, s. 537.

din hem bir kimlik biçimi hem de bir dizi inançtır.⁷⁷⁰ Anayasa Mahkemesinin belirttiği gibi din, mensuplarının yaşam biçimlerini, kimliklerini ve diğer insanlarla ilişkilerini etkiler.⁷⁷¹ Gerçekten de birçok dinde inanç ve uygulama birlikte dar ve geniş anlamda kültürel kimliğin konusu olur. Örneğin Hinduizm’de inek etinin veya İslam’da domuz etinin haram olması aynı zamanda kültürel yaşam tarzına yansımaktadır. Benzer şekilde İslam’da kurban kesiminin dinsel ritüel olması; Budizm’de hayvan kesiminin uygun görülmemesi kişilerin aynı zamanda yemek yeme tarzlarını şekillendirir.⁷⁷² Bu örneklerde de görüldüğü üzere dinsel inanç ve uygulamalar aynı zamanda kültürel sonuçlar doğurmaktadır. Dolayısıyla din kaçınılmaz olarak kültürel kimliğin konusu olur. Öte yandan dinsel inanç ve uygulamaların kültürel miras, dolayısıyla kültürel kimlik üzerindeki birtakım etkilerinden söz edilebilir. Örneğin İslam’da resim, minyatür, heykel sanatının gelişmemesine karşılık çini, hat sanatlarının gelişmesi dinin kültür üzerindeki etkisini göstermektedir.⁷⁷³ Yine İslam ülkelerinde camilerde insan, canlı resimlerinin olmaması dinsel uygulamaların sanat ve kültürü etkilemesiyle açıklanabilir. Benzer şekilde Eski Mısır medeniyetine ait piramitler, Hristiyan dünyasının kiliseleri, İslam ülkelerindeki cami, mescit, şadırvan, türbelerin yapılış tarzı dinin kültürel miras üzerindeki yansımalarını ifade etmektedir.⁷⁷⁴ Bu gibi örneklerde görüldüğü gibi dinsel

⁷⁷⁰ Ronan McCrea, “EU Law and Religion: Protecting a Privileged Position for Majority Faiths?,” in *Freedom of Religion: An Ambiguous Right in the Contemporary European Legal Order*, ed. Hedvig Bernitz and Victoria Enkvist (Chicago: Hart Publishing, 2020), s. 51.

⁷⁷¹ AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, Başvuru No: 2014/256, 25.06.2014, para. 135.

⁷⁷² Hasan Tanrıverdi, “Din-Kültür İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme,” *Ordu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi* 8, Sayı: 3 (2018), s. 598.

⁷⁷³ Mehmet S. Aydın, *Din Felsefesi*, 12. Baskı (İzmir: İzmir İlahiyat Vakfı Yayınları), s. 304.

⁷⁷⁴ Tanrıverdi, “Din-Kültür İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme,” s. 599.

inanç ve uygulamalar geleneksel dinsel ifade alanlarıyla sınırlı kalmayıp toplum ve kültür, kültürel kimlik konusu olabilmektedir.⁷⁷⁵

Din özgürlüğüyle ilgili birkaç davada AİHM, kültürel kimlikle olan bağlantıyı kabul etmiştir. AİHM din özgürlüğünü demokratik toplumun temellerinden biri olarak değerlendirmiştir. Mahkeme bu özgürlüğün,

*“dinsel boyutuyla, inananların kimliklerini ve yaşam biçimlerini şekillendiren en önemli unsurlardan biri olmanın yanı sıra, aynı zamanda ateistler, agnostikler, septikler ve din karşısında kayıtsız kalanlar için de çok kıymetli bir değer olduğunu”*⁷⁷⁶

belirtirken dinin uygulama boyutuyla yaşam biçimlerini, inananların kimliklerini şekillendirdiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla dinin kültürel kimlik ile ilişkisini ortaya koymuştur. Mahkeme *S.A.S. v. France* davasında, aynı zamanda bir dini uygulama olan kişinin yüzünü tamamen kapatmasının doğrudan doğruya sosyal ve kültürel kimliğinin önemli bir parçası olabileceğini belirtmiştir.⁷⁷⁷ İkinci olarak Mahkeme, insan onuruna saygının gereği olarak kamuya açık yerlerde kişinin yüzünü kapatan peçenin genel olarak yasaklanmasının meşru görülemeyeceğini belirtmiştir.⁷⁷⁸ Mahkeme söz konusu peçeyi demokrasinin doğasında var olan ve çoğulculuğa katkıda bulunan kültürel bir kimliğin ifadesi olduğuna işaret etmiştir. Diğer bir ifadeyle Mahkeme, kültürel kimliğin bu şekilde ifade edilmesinin demokrasinin özünde bulunan çoğulculuğa katkıda bulunduğunu belirtmiştir.⁷⁷⁹ Anayasa Mahkemesi de dinin kültürel kimlik ile olan ilişkisini dolaylı olarak teyit etmektedir. Anayasa Mahkemesi dini, kişinin hayatı anlaması ve

⁷⁷⁵ B. P. Vermeulen, “The Freedom of Religion in Article 9 of the European Convention on Human Rights: Historical Roots and Today’s Dilemma’s,” in *Freedom of Religion*, ed. A. van de Beek, Ed A. J. G. van der Borcht, and B. P. Vermeulen (Leiden, Boston: Brill, 2010), s. 23-24.

⁷⁷⁶ ECHR, *Kokkinakis v. Greece*, Application No. 14307/88, 25.05.1993, para. 31.

⁷⁷⁷ ECHR, *S.A.S. v. France*, para. 79.

⁷⁷⁸ ECHR, *S.A.S. v. France*, para. 120.

⁷⁷⁹ ECHR, *S.A.S. v. France*, para. 128.

anlamlandırmasında ve toplumsal yaşamın şekillendirilmesinde etkili bir unsur olarak görmektedir.⁷⁸⁰ Mahkeme AİHS m. 9 ve Anayasa m. 24'ün

“... kişinin herhangi bir inanca sahip olması veya olmamasını, inancını serbestçe değiştirebilmesini, inancını açıklamaya zorlanamamasını, bunlardan dolayı kınanamamasını ve baskı altına alınamamasını güvence altına ...”⁷⁸¹

aldığını belirterek din özgürlüğünün korunduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesine göre din, kişinin ve kolektif kimliğinin bir unsurudur. Mahkeme

“Laik bir siyasal sistemde, dini konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında ancak, koruması altındadır.”⁷⁸²

diyerek laikliği dolaylı yoldan kültürel kimliğin bir güvencesi olarak ele almıştır. Mahkemeye göre,

“Çoğulcu toplumda devlet, bireylerin kendi dünya görüşlerinin ve inançlarının gereğine uygun olarak yaşamalarını sağlamakla yükümlüdür. Devlet, toplumda var olan görüşlerden veya yaşam tarzlarından birini yanlış olarak kabul etme yetkisine sahip değildir.”⁷⁸³

Alıntılana kararda da görüldüğü gibi devletin din özgürlüğünün güvence altına alınmasında birtakım ödev ve sorumlulukları vardır. Bu ödev ve sorumluluklar büyük ölçüde aynı zamanda kültürel kimliğin korunmasını ve geliştirilmesinin de garantileri anlamına gelir. Zira birçok noktada dil ile kültür birlikte yaşam alanı bulur, gelişir. Devlet olumsuz edimi kapsamında öncelikle kültürel bileşenlere de sahip olan herhangi bir din veya inanç ya da mezhebe dokunmamalıdır. Bunun dışında devlet bunlar arasında ayrımcılık yapmamalıdır. Bu bağlamda nüfusun büyük çoğunluğunun belli bir inanç veya

⁷⁸⁰ AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, para. 51.

⁷⁸¹ AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, para. 57.

⁷⁸² AYM, *Esra Nur Özbey Kararı*, Başvuru Numarası: 2013/7443, 25.05.2015, para. 84; AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, para. 134.

⁷⁸³ AYM, *Sara Akgül Kararı*, Başvuru No: 2015/269, 22.11.2018, para. 81.

mezhepten olması, diğer inanç veya mezhepten olanlara ya da inanmayanlara yönelik bir ayrımcılığa neden olmamalıdır. Azınlık inanç veya mezhebenden olanlara ya da inanmayanlara yönelik ayrımcılık teşkil eden bazı önlemler, örneğin, hâkim dinin mensuplarına tanınan kamu görevlerine girme hakkı veya ekonomik özgürlükleri kısıtlayan tedbirler ya da başka inançların uygulanmasına ilişkin olarak getirilen özel kısıtlamalar din veya inanç temelli ayrımcılık yasağına ve eşitlik ilkelerine aykırı olacaktır. Öte yandan ibadet özgürlüğü, bir inancı ifade eden dinsel tören, ritüel ve uygulamaları kapsadığı gibi, bunlara özgü ibadethanelerin inşasını, dinsel sembollerin sunulmasını, dinsel bayramların tanınmasını içerir. Ayrıca dinin öğretilmesi ve uygulanması boyutu din öğreticilerinin ve kurumlarının inşasını gerektirir.⁷⁸⁴ Fakat din ve inanç özgürlüğü Özel Raportörü Heiner Bielefeldt BM Genel Kuruluna sunduğu raporda, birçok devlet tarafından çoğu zaman yalnızca belli başlı din ve inanç topluluklarına özel statüler tanındığını, bunun da ötesinde özel statüyü aşan birtakım vergi muafiyetlerinin, finansal yardımların da yapıldığını belirtmektedir. Bazı inanç topluluklarının veya mezheplerin bu imtiyazlardan yararlandığı ortamda bazılarının faydalanmaması açıkça ayrımcılık yasağına aykırı bir durum teşkil etmektedir. Oysa ki devletlerin din veya inanç topluluklarına bazı statüler vermesi halinde, bunların kavramsallaştırılması ve ayrımcılık gütmeyen bir biçimde uygulanması gerekir.⁷⁸⁵

AİHM de devletin tarafsızlık görevinin, dinsel inançların veya bu inançların ifade edilme biçimlerinin meşrutiyetini değerlendirme yetkisiyle bağdaşmadığını tespit etmektedir.⁷⁸⁶ Dini toplulukların geleneksel olarak organize yapılar biçiminde var

⁷⁸⁴ HCR, *CCPR General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion)*, 1993, paras. 2, 4, 9. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.

⁷⁸⁵ Heiner Bielefeldt, *Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief*, 22.12.2011, paras. 59-63. A/HRC/19/60.

⁷⁸⁶ ECHR, *Eweida and Others v. the United Kingdom*, Applications Nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, para. 81. 15.01.2013; ECHR, *S.A.S. v. France*, para. 55.

olduğunu gözlemleyen AIHM, bunların özerk olarak var olmaların Sözleşme'nin güvencesi altında olduğunu, bunun da sadece örgütlenme ile değil din özgürlüğünün etkin olarak kullanılmasıyla ilişkili olduğunu belirtmiştir.⁷⁸⁷ Bu bağlamda topluluğun örgütsel yaşamının Sözleşme m. 9 ile korunmadığı durumlarda, kişinin din özgürlüğünün tüm diğer yönleri zayıflayacaktır.⁷⁸⁸ Mahkeme *İzzettin Doğan and Others v. Turkey* davasında dinsel topluluğun dini mahiyetinin reddedilmesinin, dinsel faaliyetlerin düzenlenmesini, fonlandırılmasını ve sürdürülmesini etkileyebilecek çok sayıda olumsuz sonuç doğuracağını belirtmiştir.⁷⁸⁹

İ. DERNEK KURMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Dernek kurma özgürlüğü en temel anlamıyla bir araya gelme, birleşme özgürlüğüdür.⁷⁹⁰ Dernek kurma özgürlüğü birbirinden kopuk bireylerden çok, örgütlü insan topluluklarından oluşan günümüz dünyasında hem kolektif yararları korumanın hem de kamusal yaşama katılmanın önemli araçlarından biridir.⁷⁹¹ Dernek kurma özgürlüğü kişilerin yararlarını korumak amacıyla kolektif birlikler meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğünü ifade eder.⁷⁹² Bu özgürlük kişilerin kültürel, sosyal, siyasal ve ekonomik amaçlarını topluluk hâlinde gerçekleştirme olanağı sağlar.⁷⁹³ Yine dernek kurma özgürlüğü sosyal ve kültürel yaşamın ortaya çıkmasını ve gelişmesini teşvik

⁷⁸⁷ ECHR, *Religionsgemeinschaft Der Zeugen Jehovas and Other v. Austria*, Application No. 40825/98, 31.07.2008, para. 79; ECHR, *İzzettin Doğan and Others v. Turkey*, para. 93.

⁷⁸⁸ ECHR, *Hasan ve Chaush*, Application No. 30985/96, 26.10.2000, para. 62; ECHR, *Sindicatul "Păstorul cel Bun" v. Romania*, Application No. 2330/09, 09.07.2013 para. 136.

⁷⁸⁹ ECHR, *İzzettin Doğan and Others v. Turkey*, para. 95.

⁷⁹⁰ Sheldon Leader, *Freedom of Association: A Study in Labor Law and Political Theory* (New Haven: Yale University Press, 1992), s. 4.

⁷⁹¹ Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, s. 99.

⁷⁹² AYM, *Anıl Pınar ve Ömer Bilge Kararı*, Başvuru No: 2014/15627, 05.10.17, para. 34.

⁷⁹³ AYM, *Anıl Pınar ve Ömer Bilge Kararı*, para. 18.

eder.⁷⁹⁴ Genel bir kural olarak bir birey tarafından yasal bir şekilde takip edilebilecek herhangi bir siyasal, sosyal veya kültürel amaç, bir dernek tarafından da takip edilebilir. Bu bağlamda dernek kurma özgürlüğü, bireylerin ekonomik, sosyal veya kültürel çıkarlarını farklı bir yöntemle geliştirmesini sağlayan bir haktır.⁷⁹⁵ Bireylerin tek başına düşüncelerini kitlelere aktarması kolay bir faaliyet değildir. Dernek kurma özgürlüğü ile düşünceler daha kolay ve güçlü bir şekilde aktarılabilir.⁷⁹⁶ Temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunmasında kullanılacak temel araçlardan biri dernekleşmedir. Kişiler hak ve özgürlüklere ilişkin taleplerini tek başlarına yalnız olarak ortaya koyabilecekleri gibi bunları örgütlenerek de yapabilirler. Fakat bir talebin bireysel olarak dile getirilmesiyle örgütlü bir şekilde ortaya konulması arasındaki temel bir fark, hak arama yollarının örgütlü bir biçimde kullanılmasının amaca ulaşma yolunda daha etkili araç olmasıdır.⁷⁹⁷

Bir dernek çoğu zaman ortak bir yarar, faaliyet veya amaca sahip kişilerin gönüllü olarak bir araya gelmesiyle oluşan, organize, bağımsız, kâr amacı gütmeyen bir kuruluştur.⁷⁹⁸ Farklı amaçları olabilen derneklerin, temel olarak ideolojik, dinsel, politik, ekonomik, sosyal, kültürel amaçları olur.⁷⁹⁹ Dolayısıyla bir derneğin birden fazla amacı

⁷⁹⁴ Jean Morange, “Freedom of Association” in *Freedom of Association*, Seminar Organized by the Secretariat General of Council of Europe in Collaboration with the Ministry of Justice of Iceland, Reykjavik, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), s. 203.

⁷⁹⁵ David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates, Carla Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, (Oxford: Oxford Univ. Press, 3rd Edition, 2014), s. 736.

⁷⁹⁶ Amy Gutmann, “Freedom of Association: An Introductory Essay,” in *Freedom of Association* (Princeton, N.J: Princeton Univ. Press, 1998), s. 3.

⁷⁹⁷ Ali Erdem Doğanoglu, “Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında ‘Atipik Örgütlenmeler’”, *The Turkish Yearbook of International Relations* 47, 2016, s. 83.

⁷⁹⁸ Anne David, “Freedom of Association and Civil Society,” in *Freedom of Association*, Seminar Organized by the Secretariat General of Council of Europe in Collaboration with the Ministry of Justice of Iceland, Reykjavik, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), s. 89; OSCE, Joint Guidelines on Freedom of Association, 101st Plenary Session, (Strasbourg: 2014), par. 7.

⁷⁹⁹ John S. Gibsson, *Dictionary of International Human Rights*, (Maryland, London: Scarecrow Press, 1996), s. 46

olabilir. Derneklerin tek bir amaçla sınırlanmasının veya derneklerin tek bir amacının olabileceğinin ileri sürülmesinin hukuksal bir yararı yoktur. Kişiler farklı amaçlar için birden fazla dernek kurabileceği gibi, birden fazla amacı tek bir dernek ile gerçekleştirmek isteyebilirler.⁸⁰⁰

Kişilerin bir araya gelerek ortak, müşterek bir amacı gerçekleştirebilmelerinin, yani dernek olarak hareket edebilmenin zorunlu bir koşulu, oluşturulacak birlikteliğin hukukça tanınması ve belirli bir hukuksal statüye kavuşturulmasıdır. Daha somut bir şekilde dernek kurma özgürlüğünün koşulları, öncelikle bireylerden farklı bir varlık olarak dernek kurumunun tanınması, yani dernek yapısının hukuksal olarak tanınması; ikinci olarak kişilerin bireysel haklarının tanınması ve son olarak dernek faaliyet alanlarının tanınıp korunması olarak ifade edilebilir.⁸⁰¹

Dernek kurma özgürlüğünden söz edilebilmesi için öncelikle bir kişi topluluğunun, kendisini oluşturan bireylerden ayrı bir hak ehliyetine sahip olması gerekir. Şu durumda dernek, sahip olmuş olduğu tüzel kişilik sayesinde bireysel üyelerin hukuksal kapasitesinden farklı işlemler yapabilir. Örneğin bir banka hesabı edinebilir, özel bir vergi statüsü elde edebilir, kira sözleşmeleri veya farklı sözleşmeler yapabilir.⁸⁰² Şunu ifade etmek gerekir ki, özel örgütsel birliktelikler aracılığıyla birtakım işlem ve eylemlerin yerine getirilebilmesi, yani derneksel faaliyetlerin kullanılabilmesi için tüzel bir kişiliğe sahip olma koşulunun, mutlak bir koşul olduğunu belirtmek mümkün değildir. Bir topluluğun tüzel kişilik biçiminde örgütlenmesi teknik bir konudur.⁸⁰³ Fakat tüzel kişilik, dernek üyelerinin çıkarlarının daha etkin korunması ve bağımsız bir şekilde hareket

⁸⁰⁰ Ali Erdem Doğanoglu, *Anayasa Hukukunda Dernek Özgürlüğü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013), s. 130-131.

⁸⁰¹ Doğanoglu, *Anayasa Hukukunda Dernek Özgürlüğü*, s. 86-87.

⁸⁰² Anette Faye Jacobsen, "The Rights to Freedom of Assembly and Association," in *Human Rights Monitoring: A Field Mission Manual*, ed. Anette Faye Jacobsen, (Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), s. 320.

⁸⁰³ Doğanoglu, *Anayasa Hukukunda Dernek Özgürlüğü*, s. 89.

edilmesi olanaklarını yaratarak özgürlüklerin etkili bir şekilde kullanılmasını ve korunmasını sağlayabilir.⁸⁰⁴

Gerçekten de uluslararası hukukta hak yararlanıcısı olmak için tüzel kişilik sahibi olmak bir ön koşul değildir. Mültecileri, vatansız kişileri, ulusal azınlıkları, çocukları koruyan başlıca uluslararası sözleşmeler de tüzel kişiliğe sahip olmayan hedef topluluklara koruma sağlamaktadır.⁸⁰⁵ Örneğin ulusal azınlıkların dernek kurma özgürlüğü, Çerçeve Sözleşme tarafından korunmaktadır. ÇHS çocukların örgütlenme özgürlüğünün korunmasını sağlar. Nitekim AİHM'ye göre de örgütlenme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilebilen bir örgütlenme, istenildiğinde tüzel kişiliğin sağladığı olanaklardan yararlanabilme olanağına sahip olmalıdır.⁸⁰⁶ Öte yandan dernek kavramının özerk bir anlama sahip olduğunu belirten Mahkeme,⁸⁰⁷ AİHS m. 11'de geçen "örgüt" kavramını geniş yorumlamaktadır. Buna göre hükmün amacı, bireylerin ortak yararları konusunda birlikte hareket ederek bir araya gelebilmesini sağlamaktır.⁸⁰⁸ Bir örgütlenme, iç hukukta nasıl veya hangi ad altında düzenlenirse düzenlensin örgütlenme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilme olanağı bulmaktadır.⁸⁰⁹ Görüldüğü gibi AİHS kapsamında korunan derneksel işlem ve eylemler açıkça "dernek" ve "sendika" adı altında düzenlenmesine rağmen bunlar, Mahkeme tarafından bu tiplerle sınırlı bir şekilde anlaşılmamış, daha geniş bir çerçeve ile ele alınmıştır.⁸¹⁰

⁸⁰⁴ Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 737.

⁸⁰⁵ Jacobsen, "The Rights to Freedom of Assembly and Association," s. 310, 313.

⁸⁰⁶ Jacobsen, "The Rights to Freedom of Assembly and Association," s. 320.

⁸⁰⁷ ECHR, *Chassagnou and Others v. France*, Application Nos. 25088/94-28331/95-28443/95, 29.04.1999, para. 100; ECHR, *Tatár and Fáber v. Hungary*, Application No. 26005/08-26160/08, 12.06.2012, Para. 38.

⁸⁰⁸ ECHR, *Sidiropoulos and Others v. Greece*, para. 40; ECHR, *Gorzelik and Others v. Poland*, para. 55.

⁸⁰⁹ Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks, and Clare Ovey, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, 7th Edition (New York: Oxford University Press, 2017), s. 527-528.

⁸¹⁰ Ali Erdem Doğanoglu, "Atipik Örgütlenmeler," s. 95. Örnek davalar için bkz. ECHR, *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, Application No. 19392/92, 30.01.1998, Para. 23, 24,

Dernek kurma özgürlüğü, demokrasinin işleyişi için yaşamsal önem taşıyan bir insan hakkıdır ve diğer temel hak ve özgürlükler için de hemen hemen olmazsa olmaz bir ön koşuldur.⁸¹¹ Söz konusu özgürlük oldukça geniş norm alanına sahip olan, birçok temel hak ve özgürlükle ilişkili olan bir temel haktır. Dernek kurma özgürlüğü çok kapsamlı yapıya sahiptir. Bu nedenle bir yandan kişisel ve siyasal haklar diğer yandan sosyal, ekonomik ve kültürel haklar arasında bir bağın kurulmasını sağlar.⁸¹² Örneğin AİHM, eğitim ve öğrenim hakkı, anadilde eğitim ve dernek kurma özgürlüğüyle ilişkili bir davada, ulusal dil dışında bir dilde eğitim hakkının desteklenmesi nedeniyle bir derneğin kapatılmasını AİHS m. 11'e aykırı bulmuştur. Kültürel kimlik hakkını da içeren kararda, Mahkeme Türkçe'den farklı bir anadili olan vatandaşların o anadilinde eğitim vererek kültürlerini geliştirme amacının, kendi başına ulusal güvenlikle bağdaşmaz bulunamayacağını ve kamu düzeni için bir tehdit oluşturmayacağını belirtmiştir.⁸¹³ Mahkeme bu davada dernek kurma özgürlüğü bakımından ihlal kararı vermiş olsa da kararda, farklı bir anadili olan vatandaşların kültürel gelişim hakkına, dolayısıyla kültürel kimlik hakkına da dayanmıştır. Şu durumda dernek kurma özgürlüğü aynı zamanda kültürel kimlik hakkının bir konusu olarak değerlendirilebilir.

AİHM'ye göre dernek kurma özgürlüğü, siyasal partiler, sendikalar, sivil toplum kuruluşları, kültürel veya herhangi bir örgütlenme biçimi gibi tüm insan faaliyetleriyle bağlantılıdır.⁸¹⁴ Dernek kurma özgürlüğünün ihmal edilmesi ifade özgürlüğü, din özgürlüğü, eğitim ve öğrenim hakkı, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, kültürel

25; ECHR, *Socialist Party and Others v. Turkey*, Application No. 21237/93, 25.05.1998, Para. 28, 29; ECHR, *Grande Oriente D'italia di Palazzo Giustiniani v. Italia*, Application No. 35972/97, 02.08.2001 Para. 15.

⁸¹¹ OSCE, Joint Guidelines on Freedom of Association, par. 8.

⁸¹² Tijen Dünder Sezer, "Dernek Kurma Özgürlüğünün İçeriği ve Gelişim Süreci Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme," *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 10, Sayı:1, 2008, s. 50.

⁸¹³ ECHR, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Turkey*, paras. 55, 59.

⁸¹⁴ ECHR, *Ouranio Toxo and Others v. Greece*, para. 35.

kimlik hakkı gibi temel hak ve özgürlüklerin etkili kullanımını olumsuz etkiler. Zira kişinin bazı taleplerini bireysel olarak duyurabilmesi güçtür. Bu nedenle kişilerin dernekler aracılığıyla kendi kapasitelerini gerçekleştirmek için giderek daha fazla ortak hedeflerin peşinde, benzer düşüncelere sahip diğer kişilerle birleşerek kendi talep ve düşüncelerini bu yolla dile getirmesi amaçlanır.⁸¹⁵ Bu bağlamda dernek kurma özgürlüğünün kişilerin ortak amaçlarını gerçekleştirmek için kurumsal bir yapı dahilinde bir araya gelmeyi içerdiği varsayılır.⁸¹⁶ Anayasa Mahkemesine göre de dernekler bireylerden çok daha etkili ve güçlü olan, toplum içindeki yerleri önemli ve geniş kapsamlı olan kuruluşlardır.⁸¹⁷

AİHS (m. 11) çok kültürlü toplumları oluşturan çeşitli kültürel toplulukların birleşme özgürlüğünü de içerir.⁸¹⁸ Bu bağlamda dernek kurma özgürlüğü diğerlerinin yanı sıra kültürel yaşama katılma, kendi kültüründen yararlanma gibi geniş anlamda kültürel kimlik hakkı kapsamına giren kültürel haklara katılmanın bir aracı olarak değerlendirilebilir.⁸¹⁹ Öte yandan kültürel kimlik hakkının kolektif niteliği dikkate alındığında dernek kurma özgürlüğü kültürel kimlik hakkının doğal bir konusu haline gelir. Kültürel kimlik hakkının korunmasında en iyi yöntemlerden biri dernekleşmekten geçer. Dernekleşme örgütsel yapısı nedeniyle kültürel kimlik hakkı konusunda önemli avantajlar sağlayabilir. Nitekim AİHM, ortak çıkarlar konusunda toplu olarak hareket

⁸¹⁵ Thomas I. Emerson, "Freedom of Association and Freedom of Expression," *The Yale Law Journal* 74, no. 1 (1964), s. 1.

⁸¹⁶ Tijen Dünder Sezer, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Dernek Kurma Özgürlüğü* (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004), s. 2.

⁸¹⁷ AYM, E. 1973/3, K. 1973/37, Karar Tarihi: 18, 19 ve 20-12-1973, Resmî Gazete Tarih/Sayı: 18.6.1974/14919.

⁸¹⁸ Bob Happle, "Interventions Relating to the Theme: Freedom of Associations and Civil Society," in *Freedom of Association*, Seminar Organized by the Secretariat General of Council of Europe in Collaboration with the Ministry of Justice of Iceland, Reykjavik, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), s. 98.

⁸¹⁹ Gutmann, "Freedom of Association: An Introductory Essay," s. 3-4.

etmenin dernek kurma özgürlüğünün en önemli yönlerinden biri olduğunu ve bu olmaksızın söz konusu hakkın hiçbir anlam ifade etmeyeceğini ifade etmiştir.⁸²⁰ Mahkeme, *Sidiropoulos* davasında başvuran tarafından ve bölgelerinin halk kültürünün korunması ve geliştirilmesi için kurulan derneğin amacının meşru olduğunu; belli bir ülkedeki bölge sakinlerinin, bölgenin kendine has özelliklerini tanıtmak amacıyla hem tarihsel hem de ekonomik nedenlerle dernek kurma hakkının olduğunu; çeşitli normların kültürel ve manevi mirası korumak için derneklerin kurulmasına izin verdiğini belirtmiştir.⁸²¹ Mahkeme *Salvation Army* davasında dernek kurma özgürlüğü bakımından ihlal kararı verirken demokrasi ve çoğulculuğun kültürel kimliğin tanınması ve buna saygı duyulması üzerine kurulu olduğunu belirtmiştir.⁸²² Mahkeme bu davalarda Sözleşme’de düzenlenmeyen kültürel kimlik hakkının güvence altına alınıp korunmasını ve ona saygı duyulmasını dernek kurma özgürlüğü kapsamında ele almıştır.

J. ÖZEL YAŞAMA VE AİLE YAŞAMINA SAYGI HAKKI

Özel yaşama saygı hakkı kişisel bütünlük hakkı, kişisel özerklik ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, ifade özgürlüğü, konuta saygı hakkı, mülkiyet hakkı gibi birçok temel hak ve özgürlükle ilişkili⁸²³ geniş norm alanına sahip bir haktır. Benzer şekilde aile yaşamına saygı hakkı din özgürlüğü, kültürel haklar, eğitim ve öğrenim hakkı,

⁸²⁰ ECHR, *The Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*, para. 59.

⁸²¹ ECHR, *Sidiropoulos and Others v. Greece*, para. 44.

⁸²² ECHR, *The Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*, para. 61.

⁸²³ Gülay Arslan Öncü, *Özel Yaşam ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru* (Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2019), s. 15-20.

sağlık hakkı gibi haklarla ilişkilidir.⁸²⁴ Özel yaşam oldukça geniş bir kapsama sahip bir kavram olmakla birlikte⁸²⁵ temel olarak kişinin kendine özgü alanını ifade eder.⁸²⁶

Özel yaşam, gizlilik ve özerklik unsurlarından oluşur. Gizlilik, üçüncü kişilerin ilgi alanı dışında tutulan varlık ortamı olup kişinin yabancı bir müdahaleye karşı mahremiyeti anlamına gelir. Özerklik ise bir yandan yaşam tarzını, eylem ve davranışlarını ve ilişkilerini seçme hakkı; diğer yandan kendi kişiliğini serbestçe geliştirme hakkıdır.⁸²⁷ Özel yaşam, ayrıca kimlik hakkını da içerir. O halde özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı ile kişisel özerklik, dolayısıyla kültürel kimlik hakkı birbiriyle ilişkili haklardır. Diğer bir ifadeyle kişinin dilediği yaşam tarzını seçebilmesi hem özel yaşamıyla hem de kültürel kimlik hakkıyla ilişkilidir. Nitekim özel yaşama saygı hakkı konusundaki içtihatlarında tüketici bir tanım tercihinde bulunmaktan kaçınan AİHM,⁸²⁸ özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkının kültürel kimlik hakkıyla ilişkisini kurmaktadır. AİHM özel yaşama saygı hakkını, özellikle Romanlar veya yerli halklar gibi geleneksel yaşam tarzına sahip olan kişi topluluklarının haklarıyla ilişkilendirmektedir.⁸²⁹ Romanların geleneksel yaşam tarzı olan karavanda yaşamak gibi kültürle ilgili belirli yaşam biçimleri Mahkeme tarafından özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.⁸³⁰ Şu durumda özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı daha çok bağımsızlık unsuru bakımından bir kültürel kimlik hakkı konusu olur.

⁸²⁴ Shazia Choudhry, “Right to Respect for Private and Family Life (Family Life Aspects),” in *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, ed. Steve Peers et al. (London: Hart Publishing, 2014), s. 194.

⁸²⁵ Güçlü Akyürek, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, 3. Baskı (Ankara: Seçkin, 2021), s. 23.

⁸²⁶ Kaboğlu, *İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir İnceleme*, s. 152.

⁸²⁷ Kaboğlu, *İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir İnceleme*, s. 151-153.

⁸²⁸ Sümeyye Elif Biber, *Özel Yaşamın Korunmasına İlişkin Anayasa Normlarının Bireysel Başvuru İctihadında Somutlaştırılması* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017), s. 2.

⁸²⁹ ECHR, *Buckley v. the United Kingdom*; ECHR, *Chapman v. the United Kingdom*.

⁸³⁰ Donders, “From Recognition to Realization,” s. 136.

AİHM içtihatlarına göre özel yaşam kavramı kapsamlı bir tanıma elverişli olmayan geniş bir terimdir. Buna göre özel yaşam, cinsel kimlik de dahil olmak üzere bireyin fiziksel ve sosyal (kültürel) kimliğini, kişisel gelişim hakkını kapsar.⁸³¹ AİHM, Ermenistan ile Azerbaycan arasındaki davada akrabaların mezarlarıyla olan kültürel ve dinsel bağlılığı özel yaşamın ve aile yaşamının bir parçası olarak görmüş ve özel yaşama ve aile yaşamına saygı gösterilmesi bakımından ihlal kararı vermiştir.⁸³² Mahkeme bu davada kültürel kimlik hakkını içeren talepleri AİHS'nin tanıdığı başka bir temel hak ile güvence altına alıp korumuştur. Avrupa Konseyine göre AİHS m. 8'in, yani özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkının, etnik kimliği koruma ve bu kimliğe veya geleneğe uygun olarak yaşam sürdürme hakkının yanı sıra nesnel temellere dayandığı takdirde kendi kültürel veya etnik kimliğini özgürce seçme ve bu tercihe saygı gösterilmesi hakkına, özetle kültürel kimlik hakkına uygulanabilir.⁸³³ Nitekim Moldova etnik kimliğinin zorla dayatılmasına ilişkin *Ciubotaru v. Moldova* davasında başvuru, kimlik hakkına ve dolayısıyla özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkına müdahale teşkil eden bir durumun olduğunu ve kişinin herhangi bir kültürel toplulukla olan ilişkisini kanıt sunmasına gerek olmaksızın kimliğini özgürce seçme hakkına sahip olduğunu ve Devletin bu konuda pozitif bir yükümlülüğü olduğunu ileri sürmüştür.⁸³⁴ Mahkeme özel yaşam kavramının geniş bir terim olduğunu yineleyerek AİHS m. 8 uyarınca kişinin etnik kimliğinin,⁸³⁵ özel yaşamının temel bir yönünü oluşturduğuna karar vermiştir.⁸³⁶ Mahkeme burada kültürel unsurları da barındıran etnik (kültürel) kimliğe ilişkin başvuruyu özel yaşama saygı hakkı

⁸³¹ ECHR, *Van Kück v. Germany*, Application No. 35968/97, 12.09.2003, para. 69.

⁸³² ECHR, *Sargsyan v. Azerbaijan*, Application No. 40167/06, 16.17.2015, para. 257.

⁸³³ Research Division of European Council, *Cultural Rights*, para. 15.

⁸³⁴ ECHR, *Ciubotaru v. Moldova*, (Fourth Section), Application No. 27138/04, 27.07.2010, para. 39.

⁸³⁵ Mahkeme, etnisiteyi veya etnik kimliği karakterize edebilecek nesnel dayaklar olarak paylaşılan dil, dinsel inanç veya kültürel ve geleneksel kökenler ve geçmişleri görmektedir. ECHR, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, Application Nos. 27996/06 and 34836/06, 22.12.2009.

⁸³⁶ ECHR, *Ciubotaru v. Moldova*, para. 49.

kapsamında kabul ederek ihlal kararı vermiştir. AİHM *Winterstein v. France* davasında, tamamen göçebe bir yaşam sürmeseler bile karavan işgalinin, gezginlerin kimliğinin ayrılmaz bir parçası olduğunu ve karavanların yerleşimini etkileyen önlemlerin onların kimliklerini ve geleneklerine uygun özel ve aile yaşamlarını sürdürme yeteneklerini etkilediğini belirterek yaşam biçiminin kültürel kimliğin ayrılmaz bir parçası olduğunu yinelemiştir.⁸³⁷

K. TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ ÖZGÜRLÜĞÜ

Toplantı özgürlüğü, belli düşünce ve kanaatlerin ortak yararları savunmak amacıyla bir araya gelinerek kamuoyu oluşturma veya siyasal mekanizmaları etkilemeye yönelik olarak ortaya konulmasıdır.⁸³⁸ Diğer bir ifadeyle toplantı özgürlüğü kişilerin ortak çıkarlarını korumak amacıyla önceden organize edilmiş geçici nitelikteki bir araya gelmeler olarak tanımlanabilir.⁸³⁹ Toplantı özgürlüğü, dernekler dahil ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere kişilerin veya grupların, kamusal veya özel bir forumda belirli bir amaçla barışçıl bir şekilde toplanma hakkı olarak da tanımlanabilir.⁸⁴⁰ Toplantı özgürlüğü, kişilerin ve derneklerin belirli bir amaç için özel veya kamuya açık bir forumda toplanabilmelerini korur.⁸⁴¹

Toplantı özgürlüğü organize bir topluluk, geçicilik ve amaç unsurlarından oluşur.⁸⁴² Geçicilik unsuru toplantı özgürlüğünü dernek kurma özgürlüğünden ayırır.⁸⁴³ Gösteri yürüyüşü ise düşünce, kanaat ve görüşlerin, istek ve tepkilerin toplu olarak söz,

⁸³⁷ ECHR, *Winterstein v. France*, para. 142.

⁸³⁸ Kaboğlu, *İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir İnceleme*, s. 209.

⁸³⁹ Ömer Anayurt, *Toplanma Hürriyeti ve Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti* (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1998), s. 16.

⁸⁴⁰ Jacobsen, “The Rights to Freedom of Assembly and Association,” s. 310-311.

⁸⁴¹ Jacobsen, “The Rights to Freedom of Assembly and Association,” s. 309.

⁸⁴² Anayurt, *Toplanma Hürriyeti*, s. 15-21.

⁸⁴³ Duygun Yarsuvat, *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968), s. 30.

yazı, pankart, müzik, flama, resim, işaret gibi araçlarla sokak, cadde ve meydanlarda ifade edilebilmesidir.⁸⁴⁴ Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, özellikle kolektif halk kitleleri bakımından ekonomik, elverişli, pratik ve etkili bir ifade aracıdır.⁸⁴⁵ Kolektif bir şekilde kullanılan toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü⁸⁴⁶ diğer bazı temel haklar gibi demokratik bir toplumda vazgeçilmez haklardandır.⁸⁴⁷ Anayasa Mahkemesi toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kişilerin ortak düşüncelerini birlikte savunmak ve başkalarına duyurmak için bir araya gelebilme olanağını korumayı amaçladığını belirtmektedir.⁸⁴⁸ Bu bağlamda toplantı ve gösteri yürüyüşü bir boyutuyla kültürel kimlik hakkının konusu olarak değerlendirilebilir. Zira kültürel kimliği etkili bir şekilde ifade edebilmenin, kamuoyu oluşturulabilmenin veya siyasal makamları etkileyebilmenin en uygun yollarından biri toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemektir. Kültürel kimliğe ilişkin istek ve hedeflerin, düşünce, kanaat ve görüşlerin toplu olarak meydanlarda çeşitli araçlarla ifade edilmesi hakkın kamuoyuna duyurulması ve farkındalık yaratılması bakımından toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü önem arz eder.

L. MÜLKİYET HAKKI

Mülkiyet, biçimsel sınıflandırmadan soyut olarak fiziksel malların mülkiyetiyle sınırlı olmayan özerk bir anlama sahiptir. Dolayısıyla varlıkları oluşturan diğer bazı haklar ve menfaatler de amaçlar açısından mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilebilir.⁸⁴⁹ Mülkiyet hakkı “sahibine hukuk düzeninin çizdiği sınırlar çerçevesinde düşünülebilecek her türlü egemenliği sağlayan hak”⁸⁵⁰ olarak

⁸⁴⁴ Kaboğlu, *İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir İnceleme*, s. 209-210.

⁸⁴⁵ Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, s. 107.

⁸⁴⁶ AYM, *Osman Erbil Kararı*, Başvuru No: 2013/2394, 25.03.2015, para. 48.

⁸⁴⁷ Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi*, s. 234.

⁸⁴⁸ AYM, *Ali Rıza Özer ve Diğerleri Kararı*, Başvuru No: 2013/3924, 06.01.2015, para. 115.

⁸⁴⁹ Registry of European Council, *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights: Protection of Property*, 2022, paras. 4–5.

⁸⁵⁰ Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Eşya Hukuku*, 2. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2005), s. 84.

tanımlanmaktadır. Mülkiyet hakkı, hakkın konusu üzerinde en geniş hakimiyeti sağlayan ve yetkiyi veren⁸⁵¹ temel hak ve özgürlüklerden biridir. Anayasa Mahkemesine göre mülkiyet hakkı bir kişinin, başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu kayıtlamalara uymak koşuluyla hakkın konusu üzerinde tasarruf etme, kullanma ve yararlanma yetkilerini ifade eder.⁸⁵²

Mülkiyet hakkı demokratik bir toplumda var olan en temel haklardan biridir.⁸⁵³ Mülkiyet hakkını düzenleyen AİHS Ek Protokol m. 1 mülkiyetten barışçıl yararlanma, mal ve mülkten yoksun bırakılma ve devletin yasalara uygun bir şekilde kamu yararına uygun olarak mülkiyetin kullanımını kontrol etmesini içerir.⁸⁵⁴ Anayasa Mahkemesi mülkten yoksun bırakılmayı mülkiyet hakkına müdahalenin özel biçimi olarak tanımlar ve bunun mülkiyetin kaybına yol açtığını ifade eder. Mülkiyetin kaybedilmesine yol açmayan kullanımının kontrolü ise mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetkilerin kullanım biçimini belirler veya sınırlandırır.⁸⁵⁵

Türkiye’de ve Avrupa Konseyi üye devletlerinde mülkiyet hakkı ile kültürel haklar veya (geniş anlamda) kültürel kimlik hakkı arasındaki ilişki genellikle kültürel mirasın korunması üzerinden kurulmaktadır ki, bu da genellikle kamu yararı amacı ve kültürel mirasın korunması bağlamıyla sınırlı kalmıştır. Bu durum hem AİHM hem de Anayasa Mahkemesi kararlarında gözlemlenmektedir. AİHM, genellikle kültürel ve sanatsal değerlerin devlet tarafından kontrol edilmesinin bir ülkenin kültürel ve sanatsal

⁸⁵¹ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, and Saibe Oktay, *Eşya Hukuku*, 25. Baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023), s. 28; Ahmet Karakocalı, *Roma Medeni Yargılama Hukuku ve Roma Eşya Hukuku Bakımından İstihkak Davası* (Ankara: Seçkin, 2022), s. 25; Mehmet Akif Etgü, *Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkına Bakışı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009).

⁸⁵² AYM, E.1963/156, K.1966/34, Karar Tarihi: 20-09-1966, Resmî Gazete Tarih/Sayı: 8.5.1967/12592.

⁸⁵³ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 466.

⁸⁵⁴ ECHR, *Sporrong and Lönnroth*, Application No. 7151/75; 7152/75, 23.09.1982, para. 61; AYM, *Necmiye Çiftçi ve Diğerleri Kararı*, Başvuru No: 2013/1301, 30.12.2014, para. 45.

⁸⁵⁵ AYM, *Ali Ekber Akyol ve Diğerleri Kararı*, Başvuru No: 2015/17451, 16.02.2017, para. 48.

mirasının korunması açısından meşru bir amaç olduğu kanaatindedir. Mahkeme bu bağlamda, neyin toplumun genel çıkarına olduğunun belirlenmesinde ulusal makamların belirli bir takdir marjına sahip olduğuna işaret etmektedir.⁸⁵⁶ Bununla birlikte AİHM mülkiyetten yoksun bırakma ile kamu yararı arasında bir orantılılık sağlamak amacıyla, koruma altındaki bir binanın kamulaştırılması durumunda mal sahibine ödenecek tazminatın belirlenmesinde makul bir dereceye kadar mülkün kendine özgü özelliklerinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir.⁸⁵⁷ Anayasa Mahkemesi de kültürel mirasın korunması amacıyla mülkiyet hakkının sınırlandırılabilmesi yönünde kararlar vermektedir.⁸⁵⁸ Anayasa Mahkemesine göre “*Anayasa'nın birçok maddesi ilgili olduğu hususta devlete mülkiyetin kullanımının kontrolü ya da mülkiyeti düzenleme yetkisi vermektedir.*”⁸⁵⁹ Bu kararlarda görüldüğü üzere uygulanan kamu yararı ilkesi, mülkiyet hakkının başlangıcın aksine artık kişiye mutlak bir hakimiyet vermediğini ve kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği anlayışını ortaya çıkarmıştır.⁸⁶⁰

Kültürel kimlik hakkı ile mülkiyet hakkı konusunda esas yaratıcı, inşâ yorumların BM İHK, ESKHK, AAİHK ve AAİHM tarafından geliştirildiği görülmektedir. Bu organlar kültürel kimlik hakkıyla toprak mülkiyetini ve diğer doğal kaynakların kullanımı arasında yaratıcı bir ilişki kurmaktadır. Mülkiyetin biçimsel sınıflandırmadan soyut ve fiziksel malların mülkiyetiyle sınırlı olmayan özerk bir anlamı tam olarak bu organların kararlarında karşılık bulmuştur. Örneğin BM İHK, kültürel hakların kullanılmasıyla ilgili olarak kültürün, özellikle yerli halklar söz konusu olduğunda, mülkiyet hakkı dolayısıyla toprak kaynaklarının kullanımıyla bağlantılı belirli bir yaşam tarzı dahil olmak üzere

⁸⁵⁶ ECHR, *Beyeler v. Italy*, Application No. 33202/96, 05.01.2000, paras. 112–113.

⁸⁵⁷ ECHR, *Kozacıoğlu v. Turkey*, Application No. 2334/03, 19.02.12009, paras. 70–72.

⁸⁵⁸ AYM, *Arif Güven Kararı*, Başvuru No: 2014/13966, 15.02.2017.

⁸⁵⁹ AYM, *Necmiye Çiftçi ve Diğerleri Kararı*, para. 46.

⁸⁶⁰ Uzunpınar, *Kültürel Mirasın Korunması*, s. 255-256.

birçok biçimde kendini gösterdiğini gözlemlemiştir.⁸⁶¹ Buna göre toprak mülkiyeti yerli halklar söz konusu olduğunda tek boyutlu düşünülemez. Zira toprak mülkiyeti yerli halklar bakımından ekonomik, sosyal ve kültürel bileşenleri kapsamaktadır. Ayrıca yerli halklar bakımından mülkiyet hakkı toprağın yanı sıra balıkçılık veya avcılık gibi geleneksel ve kültürel faaliyetleri içerebilir.⁸⁶²

Yerli halkların toprak mülkiyeti ile olan ilişkileri kolektif (kültürel) kimliklerinin ve refahlarının odak noktası olarak görülmektedir. Yerli halklar açısından mülkiyet ve kültür ayrılmaz bir şekilde bağlantılıdır. Toprak mülkiyeti ile olan bu özel ilişki yerli halklar arasında evrensel nitelik taşır.⁸⁶³ Bu özel ilişkinin kökleri ise geleneksel yerli hukukuna dayanır. Yerli halkların hangi topraklarda hangi haklara sahip olduğu yerli gelenek ve yasalara göre yanıtlanır.⁸⁶⁴ ESKHK bu bağlamda azınlıkların ve yerli halkların kendi topraklarını ve diğer kaynaklarını kontrol etmesini ve kendi geleneklerine uygun yaşam standartlarını güvenceye almasını doğrudan kültürel kimlik hakkı kapsamında değerlendirmektedir.⁸⁶⁵ Dolayısıyla yerli halklar söz konusu olduğunda kültürel kimlik hakkı genellikle toprağa, suya ve kıyılara erişim ve bunların mülkiyeti ile bağlantılı olarak ortaya çıkmaktadır.⁸⁶⁶

Yerli sorunlarını ele almak adına Birleşmiş Milletler İHK, MSHS m. 27 uyarınca kültürel kimlik kavramını temel alan bir çerçeve geliştirmiştir.⁸⁶⁷ İHK m. 27 kapsamındaki hakların kullanılmasının, bir Taraf Devletin egemenliğine ve toprak

⁸⁶¹ HCR, *CCPR General Comment No. 23*, para. 7.

⁸⁶² HCR, *CCPR General Comment No. 23*, para. 7.

⁸⁶³ Darlene M. Johnston, "Native Rights as Collective Rights: A Question of Group Self-Preservation," in *The Rights of Minority Cultures*, ed. Will Kymlicka (New York: Oxford University Press, 1995), s. 192-193.

⁸⁶⁴ Jakop T. Levy, "Three Modes of Incorporating Indigenous Law," in *Citizenship in Diverse Societies*, ed. Will Kymlicka and W. J. Norman (Oxford, New York: Oxford University Press, 2000), s. 300.

⁸⁶⁵ CESCR, *General Comment No. 26*, para. 10.

⁸⁶⁶ Almqvist, *Human Rights, Culture, and the Rule of Law*, s. 16.

⁸⁶⁷ De Matos, "Cultural Identity and Self-Determination," s. 288.

bütünlüğüne halel getirmeyeceğini şerh düştükten sonra söz konusu düzenleme kapsamında korunan kendi kültüründen yararlanma ve dolayısıyla kültürel kimlik hakkının bir yönünün toprakla ve onun kaynaklarının kullanımıyla yakından ilişkili bir yaşam tarzından oluşabileceğini belirtmiştir. Komiteye göre bu özellikle azınlık oluşturan yerli toplulukların üyeleri için geçerlidir.⁸⁶⁸ Buna göre korumanın kapsamı, yerli halkların hâlihazırda edindiği veya sahip olduğu toprakların ve kaynakların mülkiyeti, kullanımı, geliştirilmesi ve kontrolünü ifade eder. Dolayısıyla bu türden yerli mülkiyetin ek gereksinimleri karşılaması gerekir. Bu bağlamda mülkiyet hakkı, yalnızca yerli topluluk yaşamının geliştiği coğrafi alanı değil, aynı zamanda yerli dinsel, kültürel ve ekonomik faaliyetleri geliştirmek için gerekli olan tüm bölgeyi korur. Korumanın kapsamı yerli topraklarda bulunan tüm doğal kaynakları kapsar.⁸⁶⁹ Nitekim BM YHHB (m. 26 ve m. 27) devletlerin yerli halkların kanunlarına, geleneklerine, göreneklerine ve toprak mülkiyeti sistemlerine uygun olarak yerli topraklarındaki doğal kaynakların tanınmasını ve korunmasını saptamaktadır. Sonuç olarak, bu hükümler devletlerden yerli toprak haklarını yerel yerli hukukuna göre yorumlamalarını talep etmektedir. Yerli halklar kendi bölgelerini bütünsel bir şekilde anladıklarından yerli örfi hukukunda doğal kaynak türleri arasında bir ayırım yoktur. Dolayısıyla yerli mülkiyeti, oradaki topraklara ve doğal kaynaklara atıfta bulunan her şeyi kapsayan bir kavramdır.⁸⁷⁰ Bu anlamda İHK, MSHS m. 27'nin koruma kapsamının kendine özgü bir kültürün gelişimi için gerekli olan yerli toprakları ve doğal kaynakları kapsadığını kabul etmektedir. Buradaki en önemli husus ekonomik faaliyetler, topraklar ve kültür arasındaki ilişkidir.⁸⁷¹

İHK, yerli halklara üye kişiler tarafından yapılan başvurularda balıkçılık, avcılık, ren geyiği yetiştirme gibi faaliyetlerin eş zamanlı olarak ekonomik, sosyal ve kültürel

⁸⁶⁸ HCR, *CCPR General Comment No. 23*, para. 3.2.

⁸⁶⁹ De Matos, "Cultural Identity and Self-Determination," s. 282.

⁸⁷⁰ De Matos, "Cultural Identity and Self-Determination," s. 282.

⁸⁷¹ HCR, *J.G.A. Diergaard et al. Against Namibia*, 2000, CCPR/C/69/D/760/1997.

sonuçlarını tespit etmekte ve birden çok hak bakımından ihlal kararı verebilmektedir. Komite bu vakalarda toprak ve doğal kaynakların kullanımı veya hayvan yetiştiriciliği gibi konularda ekonomik hakların yanı sıra yaşam tarzı, kültürel gelişim hakkı, geniş anlamda kültürel kimlik hakkı yönlerinden ihlal kararı vermiştir.⁸⁷²

AAİHK ve AAİHM, yerli halklar ve onların toprak mülkiyeti ve kullanımına yansıyan kültürel kimlikleriyle ilgili davaları sık sık ele almıştır.⁸⁷³ AAİHM incelemiş olduğu davalarda yaratıcı bir yorumla mülkiyet hakkının kültürel kimlik hakkıyla ilişkisini kurmuştur. AAİHM *Moiwana Community v. Ekvador* davasında yerli halkların toprak mülkiyetiyle ilgili taleplerde kültürel kimlik hakkını mülkiyet hakkı çerçevesinde tanıyıp korumuştur.⁸⁷⁴ Dolayısıyla mülkiyet hakkı kültürel kimliğin bir konusu olarak değerlendirilmiştir. Mahkeme yerli halkların kültürel kimliklerini ve bütünlüklerini korumaları için atalarının topraklarına sahip olmalarını temel bir faktör olarak ele almıştır. Diğer bir anlatımla Mahkeme, yerli halkların kültürel kimliklerini ve bütünlüklerini korumaya yönelik temel haklarından yararlanmaları için belirleyici bir ön koşul olarak atalarının topraklarına sahip olmasını vurgulamıştır.⁸⁷⁵ Bu yaklaşım BM İnsan Hakları Komisyonunun daha önce de ifade edilen, kültürün, özellikle yerli halklar söz konusu olduğunda toprak mülkiyeti ve kaynaklarının kullanımıyla ilgili belirli bir yaşam tarzı da dahil olmak üzere birçok biçimde kendini gösterdiğine dair görüşe uygunluk arz eder.

AAİHM *Moiwana* topluluğunun kutsal mekânları ve atalarının topraklarıyla ilişkilerini sürdürmemesini, kültürel kimliğinden bir yönüyle temelden yoksun bırakılması anlamına geldiğini belirtmiştir.⁸⁷⁶ Yine AAİHK *Maya Indigenous Community*

⁸⁷² HCR, *Lubicon Lake Band v. Canada*; HCR, *Ivan Kitok v. Sweden*; HCR, *Länsman et al v Finland*.

⁸⁷³ Donders, "Towards a Right to Cultural Identity?" 2018, s. 539.

⁸⁷⁴ IACHR, *Moiwana Village v. Suriname*, paras. 86, 101.

⁸⁷⁵ Lenzerini, "Indigenous Peoples' Cultural Rights," s. 137.

⁸⁷⁶ IACHR, *Moiwana Village v. Suriname*, para. 188.

davasında AMİHS'ye taraf olmadığı için Amerikan İnsan Hakları Bildirgesi'nin çeşitli hükümlerini, özellikle mülkiyet hakkıyla ilgili Amerikan İnsan Hakları Bildirgesi m. 23'ü uygulamıştır.⁸⁷⁷ Komisyon yerli halkların, geleneksel olarak onlar tarafından işgal edilen ve kullanılan toprak ve kaynaklarla özel bir ilişki içerdiğini saptamıştır. Yerli halkların atalarının topraklarıyla ilgili mülkiyet haklarının özel bir önem arz ettiğini belirten Komisyon, bu hakkın yalnızca ekonomik değil aynı zamanda sosyal ve kültürel bileşenlere sahip olduğunu ifade etmiştir.⁸⁷⁸ Komisyon toprak mülkiyeti ve kaynaklarının kullanımı ve bunlardan yararlanılmasını yerli toplulukların fiziksel ve kültürel hayatta kalmalarının ayrılmaz bileşenleri olarak görmüş, bu toplulukların toprak ve kaynaklarını kullanamamasının kültürel ve tarihsel kimliklerini tehlikeye attığını belirtmiştir. Komisyon, yerli halklar söz konusu olduğunda mülkiyet hakkının ayrıksı ve benzersiz bir anlamı olduğunu saptamıştır. Zira toprak mülkiyetinin ve dolayısıyla kaynaklarının kullanımı ve bunlardan yararlanılmasının yerli halkın fiziksel ve kültürel olarak hayatta kalmasının ayrılmaz bileşenleri olduğu kanaatine varmıştır.⁸⁷⁹

AAİHM, *Awas Tingni Community* davasında (uzman görüşünden hareketle), yerli halkların tanımındaki temel temalardan birinin, onların toprakla nasıl bir ilişki içinde olduklarına dair olduğunu belirtmiştir. Mahkeme tüm antropolojik ve etnografik araştırmalar ile yerli halkların son yıllarda sunduğu tüm belgelerin, yerli halklar ile toprak arasındaki ilişkide, bu halkların kültürel kimliğini olanaklı kılan temel bağı gösterdiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre toprak, yalnızca bir tarımsal üretim aracı değil, aynı zamanda bu halkların tarihsel ve güncel dinamiklerinin bağlantılı olduğu coğrafi, sosyal, sembolik ve dinsel alanın bir parçasıdır.⁸⁸⁰ Dolayısıyla toplulukların toprakla olan yakın ilişkisi, bunların kültürlerinin, manevi yaşamlarının, kültürel bütünlüklerinin ve

⁸⁷⁷ Donders, "Towards a Right to Cultural Identity?" 2018, s. 539.

⁸⁷⁸ IACHR, *Maya Indigenous Community of the Toledo District v. Belize*, para. 120.

⁸⁷⁹ IACHR, *Maya Indigenous Community of the Toledo District v. Belize*, paras. 114, 167.

⁸⁸⁰ IACHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, para. 155, s. 24.

ekonomik hayatta kalmalarının temeli olarak kabul edilmeli ve anlaşılmalıdır. Yerli topluluklar için toprakla olan ilişki sadece mülkiyet ve üretim ilişkisinden ibaret değil, aynı zamanda tam anlamıyla yararlanmaları gereken maddi ve manevi bir unsur ve kültürel miraslarını korumak ve gelecek nesillere aktarmanın bir yoludur.⁸⁸¹

M. KÜLTÜREL KALKINMA HAKKI

Kültürel haklar günümüzde çeşitlilik göstermektedir. Hukukça tanınan kültürel haklardan biri de kültürel kalkınma (*right to cultural development*) hakkıdır.⁸⁸² Kültürel kalkınma veya gelişim hakkı kültürel kimlikle de yakından ilişkili geniş bir norm alanına sahip olan kültürel bir haktır. Kültürel kalkınma hakkı, öz biçimiyle bir kültürel topluluğun ve üyelerinin kendi kültürlerini ve kültürel miraslarını (mitler, gelenekler dahil) koruma, geliştirme ve sürdürme hakkı olarak anlaşılabilir.⁸⁸³ Bunlara devlet ve diğerleri tarafından saygı gösterilmesi hakkı da eklenebilir. Bu hak halkların, kültürel gelişimlerini serbestçe sürdürme ve kültürel mirasla açık bir bağlantısı olan doğal zenginlik ve kaynakları üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkına sahip olmalarını içerir.⁸⁸⁴

Kültürel kalkınma hakkı kültürel kimliğin doğal konularından biridir. Zira Irk Ayrımcılığı Komitesinin belirttiği gibi, halkların yaşam tarzlarını ve örgütlenme biçimlerini, kültürlerini, dillerini ve dinsel ifadelerini koruması, sürdürmesi ve geliştirmesi kültürel kimlik hakkının kapsamına girer.⁸⁸⁵ Kültürel kalkınma hakkı, sadece kişilerin yenilik yapma, yeni ufuklar açma ve daha fazla kültürel hizmet alma hakkı olarak

⁸⁸¹ IACHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, para. 149.

⁸⁸² Donders, *From Controversy to Celebration*, s. 65.

⁸⁸³ Tehran Janet Blake, "Cultural Heritage in the Human Rights System," *Culture and Human Rights: The Wroclaw Commentaries*, Eds. Andreas Joh. Wiesand, Kalliopi Chainoglou, Anna Śledzińska-Simon and Yvonne Donders, De Gruyter, 2016, s. 66.

⁸⁸⁴ Donders, *Cultural Heritage and Human Rights*, s. 398.

⁸⁸⁵ CERD, *General Recommendation No. 34*, para. 4(b).

değil, aynı zamanda kişinin kendi kültürüne, doğduğu, içinde yaşadığı ve özdeşleştiği topluluğun kültürüne, yani kültürel kimliğe sahip olma hakkı olarak anlaşılmaktadır.⁸⁸⁶

Kültürel kalkınma hakkı kişilerin ve kişi topluluklarının kültürün birçok unsuruyla ilgili alanlarına temas eder. Hakların birbiriyle ilişkili, birbirinden ayrılmaz doğası kendini kültürel haklar arasında açık bir şekilde göstermektedir. Kültürel kalkınma hakkı da bunlardan biridir. Nitekim BM Özel Raportörü Aureliu Cristescu kültürel bağlamla ilgili olarak kendi kaderini tayin hakkının, halkların kendi kültürel sistemlerini seçme ve kültürel gelişimlerini özgürce sürdürme hakkı ve kültürel miraslarını yeniden kazanma, bunlardan yararlanma ve zenginleştirme hakkı olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştir.⁸⁸⁷ Kültürel kalkınma hakkının kültürel kimlikle birlikte farklı bağlamlarda birçok unsuru içerdiği görülmektedir. Örneğin Yargısal alanda Kanada Yüksek Mahkemesi anadilini kültürel gelişimin anahtarı olarak değerlendirmiştir.⁸⁸⁸ Keza yerli halklar açısından toprak mülkiyeti aynı zamanda kültürel kalkınmanın yaşamsal bir parçasını oluşturur. Zira toprak mülkiyet yerli halklar için yalnızca bir mülkiyet konusu değil, aynı zamanda gelenek ve göreneklerin, yaşam tarzlarının, kültürel kimliğin ve kültürel gelişimin ve kalkınmanın bir unsurudur. Özellikle azınlıkların ve yerli halkların kendi topraklarını ve diğer kaynaklarını kontrol etmesini ve kendi geleneklerine uygun yaşam standartlarını güvenceye almasını olanaklı kılan unsurlar⁸⁸⁹ kültürel kalkınma ile açıkça ilişkilidir. AAİHK ve AAİHM birçok davada yerli halkların atalarının topraklarına ve kaynaklarına ilişkin mülkiyet hakkının korunmasının özel bir öneme sahip olduğunu, çünkü bu toprakların etkili bir şekilde korunmasının yalnızca ekonomik bir birimin

⁸⁸⁶ Stavenhagen, "Cultural Rights: A Social Science Perspective," s. 95-96.

⁸⁸⁷ Aureliu Cristescu, *The Historical and Current Development of the Right to Self-Determination on the basis of the Charter of the United Nations and Other Instruments adopted by United Nations Organs, with particular reference to the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Final Report*, 03.07.1978, UN Doc.E/CN.4/Sub.2/404, para. 584.

⁸⁸⁸ Supreme Court of Canada, *Mahe v. Alberta*.

⁸⁸⁹ CESCR, *General Comment No. 26*, para. 10.

korunmasını değil, aynı zamanda ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimini toprakla olan ilişkilerine dayandıran bir topluluğun insan haklarının korunmasını da içerdiğini belirtmiştir.⁸⁹⁰ AAİHM'ye göre yerli halkların toprakla olan yakın bağları, onların kültürlerinin, manevi yaşamlarının, bütünlüklerinin ve ekonomik hayatta kalmalarının esas temelidir. Yerli topluluklar için toprakla olan ilişki sadece bir mülkiyet ve üretim konusu değil, onların kültürel miraslarını korumak ve gelecek nesillere aktarmak için de tam olarak yararlanmaları gereken maddi ve manevi bir unsurdur. Bu hakların sınırlanması, yerli halkların yaşamları ve kültürel kimlikleri ile gelecek nesillere aktarılacak kültürel miraslarını kaybetme veya bunların onarılamaz bir şekilde zarar görme tehlikelerini doğurur.⁸⁹¹

Gerçekten de sömürgecilik sonrası dönemde bir halkın kültürel gelişiminin ve kendi kaderini tayin hakkının elzem olduğunu öne süren çeşitli girişimlerin ilk talepleri, sömürge işgali sırasında ortadan kaldırılan kültürel kaynakların iadesiyle ilgili olmuştur. Sonraki talepler kültürleri ve kültürel mirasları korumak ve geliştirmek için teknik ve mali yardım yönünde olmuştur.⁸⁹² Bu bağlamda kültür alanında önemli işlevlere sahip olan kütüphaneler, kitaplar, sanatsal eserler, arkeolojik keşifler, tarihsel eserler, müzeler, arşiv merkezlerinden her biri kültürel kalkınma hakkı için önemli araçlar anlamına gelir. Gerçekten de yaygın bir görüş, kültürü, anıtlar ve eserler de dahil olmak üzere, insanlığın veya belirli insan topluluklarının birikmiş maddi mirasıyla özdeşleştirir. Bu görüşe göre kültür hakkı, bireylerin birikmiş kültürel sermayeye eşit erişim hakkı anlamına gelir. Bu görüşün bir uzantısı da kültürel kalkınma hakkıdır. Bu bağlamda kültürel kalkınma bir

⁸⁹⁰ IACHR, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District*, para. 120; IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, paras. 147, 203; IACHR, *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, para. 182; IACHR, *The Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, paras. 145–146; IACHR, *The Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, paras. 145–146.

⁸⁹¹ IACHR, *Garifuna Triunfo de La Cruz Community and Its Members v. Honduras*, para. 261, 262, 294.

⁸⁹² Vrdoljak, “Self-Determination and Cultural Rights,” s. 62.

yönüyle daha fazla kültür ve daha fazla insan kategorisinin kültüre daha iyi erişimi anlamına gelir. Diğer bir ifadeyle kültürel kalkınma daha fazla kitap yayınlanması, daha fazla kütüphane kurulması ve müze inşa edilmesi, daha fazla arkeolojik keşif, sanatsal esere ulaşma olarak anlaşılır.⁸⁹³

Azınlıklar ve azınlıklara mensup kişiler, yalnızca kendi kimliklerine değil aynı zamanda kültürel yaşamın tüm alanlarında gelişme hakkına sahiptir. Bu bağlamda azınlıkların ve azınlıklara mensup kişilerin topluma yapıcı bir şekilde entegre olmasını teşvik etmeyi amaçlayan bir programın, azınlık kültürlerinin ayırt edici karakterini korumak amacıyla kapsayıcılık, katılım ve ayrımcılık yapmama temeline dayanması gerekir.⁸⁹⁴ Nitekim birçok devlet, artık çok kültürlü miraslarını kabul etmekte ve bunlardan bazısı topraklarındaki farklı toplulukların kültürlerini koruma ve geliştirme çabası sarfetmektedir.⁸⁹⁵

Halkların, azınlık veya çoğunluk olsun kültürel kalkınması, kabul görmüş uluslararası standartlara göre temel insan hakkı olan ve yokluğunda diğer tüm insan haklarından gerçekten yararlanılamayan halkların kendi kaderini tayin hakkı çerçevesinde ele alınmaktadır.⁸⁹⁶ Nitekim kültürel kalkınma hakkı birçok hakkın aksine hukuk tarafından tanınan kolektif haklardan biridir. Hukuk, halkların kültürel kalkınma hakkını tanıyarak hakkın kolektif niteliğini de güvence altına almıştır. Halkların kendi kaderini belirleme hakkını tanıyan MSHS (m. 1) ve ESKHS (m. 1) bu hak gereğince halkların kültürel gelişimleri özgürce sürdürebileceğini belirtir. Öte yandan ESKHK kültürel yaşama katılma hakkının, azınlıkların ve azınlıklara mensup kişilerin kendi kültürlerini koruma, tanıma ve geliştirme haklarını da içerdiğini belirtmiştir.⁸⁹⁷

⁸⁹³ Stavenhagen, "Cultural Rights: A Social Science Perspective," s. 87.

⁸⁹⁴ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 33.

⁸⁹⁵ Stavenhagen, "Cultural Rights: A Social Science Perspective," s. 98.

⁸⁹⁶ Rosas, "The Right of Self-Determination" s. 111-118.

⁸⁹⁷ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 32.

Görüldüğü üzere kültürel kalkınma ile kültürel kimlik hakkı birçok noktada ortaklaşan haklardır denilebilir. Diğer bir ifadeyle kültürel kimlik hakkı kültürel kalkınma hakkını da içeren geniş kapsamlı bir haktır.

Kültürel kalkınma hakkı bağlamında özellikle yerli halkların toprak ve diğer kaynaklarının güvence altına alınması kültürel kalkınma hakkının, dolayısıyla kültürel kimlik hakkının korunması ve gelişmesi açısından önem arz eder. Nitekim 169 Sayılı ILO Sözleşmesi de yerli halkların kendi kurumları, yaşam biçimleri ve ekonomik kalkınmaları üzerinde kontrol sahibi olma ve yaşadıkları devletlerde kimliklerini, dillerini ve dinlerini koruma ve geliştirme hedeflerini güvence altına almayı amaçlamaktadır. Bu nedenle bu azınlıkların atalarından kalma yaşam alanlarının devlet dahil, dış müdahalelerden korunması, devletin bu konuda olumlu edimlerini yerine getirmesi gerekmektedir. Zira yerli halklar önemli yeraltı kaynaklarının olduğu alanlarda yaşam sürüyor veya Saamiler gibi belli başlı özellikleri taşıyan, ancak belirli yerlerde olabilen ağaçlık alanlarda ren geyiği yetiştiriciliği yapıyor olabilirler. Onların kültürel kalkınmalarının ve kimliklerinin yaşamsal parçaları olan bu alanlarının dışsal müdahalelerden korunması devletlerin açık edimleri arasındadır. Devlet bir taraftan bu alanlara müdahale etmeme sorumluluğu altında iken diğer taraftan, bu alanları diğer dışsal müdahalelerden koruma pozitif edimi altındadır. Özellikle uluslararası şirketlerin petrol, doğalgaz, nadir elementler gibi zengin yeraltı kaynaklarına ulaşırken yerli halkların kültürel haklarının da zarar görmesine neden olan hakkı sınırlayıcı, hatta özüne dokunucu eylem ve faaliyetlerine karşı devletin yeterli ve gerekli güvenceleri sağlaması, etkin koruma mekanizmalarını tesis etmesi gerekir. Öte yandan dilsel azınlıklar bakımından devletin anadilini güvence altına alması, onun yaşam alanlarını oluşturması kültürel kalkınmanın ve kültürel kimliğin korunup geliştirilmesine yardım edebilir. Ayrıca halkların kendi kaderini tayin hakkının tesis edilip güvence altına alınması, onların kültürel konularda kendi geleceklerini, kurumlarını, kurallarını

doğrudan doğruya inşa etmeleri sağlayacaktır. Bu da kültürel kalkınmayı ve kimliği geliştirecektir.

N. KİŞİNİN MADDİ VE MANEVİ VARLIĞINI KORUMA VE GELİŞTİRME HAKKI

“Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı” veya kısaca “kişiliğini geliştirme hakkı” kendi kaderini belirleme hakkı veya genel eylem özgürlüğünü güvence altına alan temel bir haktır.⁸⁹⁸ Türk Anayasa Mahkemesine göre bu hak, kişinin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkı anlamına gelmektedir.⁸⁹⁹ Federal Alman Anayasa Mahkemesine göre kişiliğini geliştirme hakkı genel bir fiil özgürlüğü olarak anlaşılır.⁹⁰⁰ Bunun dışında bu hak, içerdiği yetkilerin kullanılmasını güvence altına alarak hukuka aykırı müdahaleleri yasaklar.⁹⁰¹

Kişiliğini geliştirme hakkı sahip olmuş olduğu geniş norm alanıyla Alman hukukunda bütün temel hak ve özgürlüklerin anası olarak değerlendirilmektedir.⁹⁰² Diğer bir ifadeyle bu hak en temel insan hakkıdır.⁹⁰³ Kişiliğini geliştirme hakkına bu fonksiyonunu kazandıran husus, hakkın bütün temel hak ve özgürlüklerin ortaya çıkış nedeni olarak görülmesidir.⁹⁰⁴ Bu nedenle bütün temel haklar, kişiliğini geliştirme hakkının sonuçları,⁹⁰⁵ diğer bir ifadeyle somut görünümleri olarak kabul edilmektedir. Kişiliğini geliştirme hakkı, Alman hukukunda kapsayan (şâmil) özgürlük olarak

⁸⁹⁸ Zafer Gören, “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması” 9 (1992), s. 174.

⁸⁹⁹ AYM, *Sevim Akat Ekşi Kararı*, Başvuru No: 2013/2187, 19.12.2013, para. 30.

⁹⁰⁰ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, s. 13.

⁹⁰¹ Zafer Gören, *Anayasa Hukuku*, 5. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), s. 569.

⁹⁰² Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s. 42.

⁹⁰³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 177.

⁹⁰⁴ Ali Tarık Gümüş, “Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13 (2005), s. 134.

⁹⁰⁵ Gören, *Anayasa Hukuku*, s. 569; Gören, “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması,” s. 175.

değerlendirilmektedir.⁹⁰⁶ Federal Alman Anayasa Mahkemesi, kapsayan özgürlük ile temel olarak anayasal güvence dışında kalan eylemleri korumayı amaçlamaktadır.⁹⁰⁷

Bu açıklamalar ışığında kültürel kimlik hakkını tanımayan 1982 Anayasasının, uygun bir “kapsayan özgürlük” veya “isimsiz özgürlükler” çerçevesinde kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak içerdiği savunulabilir. Kişiliğini geliştirme hakkı kapsayan özgürlük olarak değerlendirildiğinde⁹⁰⁸ kültürel kimlik hakkını içerir bir hak olur. Nitekim kapsayan özgürlük düşüncesindeki asıl amaç, anayasada tanınmış olan temel hak ve özgürlükler dışında kalan hak ve özgürlükleri de anayasa garantisi altına alarak eksiksiz bir temel hak güvencesi tesis etmektir.⁹⁰⁹ Kişiliğini geliştirme hakkı olarak genel eylem özgürlüğü veya genel davranış özgürlüğü, çerçeve bir temel hak olarak değerlendirilmekte ve normun koruma alanı olumsuz, negatif bir çıkarım yapılarak ortaya konulmaktadır. Buna göre anayasa ile düzenlenmiş herhangi bir temel hakkın koruma alanına girmeyen bir eylem, genel davranış özgürlüğünün koruma alanına girer. Buna karşın bir eylem herhangi bir temel hakkın koruma alanına giriyorsa söz konusu eylem, genel davranış özgürlüğü içerisinde kabul edilmez.⁹¹⁰ Diğer bir ifadeyle kişiliğini geliştirme hakkı ile Anayasada düzenlenmiş diğer haklar arasında *lex generalis* – *lex specialis* ilişkisi vardır. Buna göre bir eylem Anayasada yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerden birinin geçerlilik alanı içindeyse *lex specialis* ilkesinin önceliği gereği kişiliğini geliştirme hakkı geri çekilir ve uygulanmaz. Buna karşılık diğer temel hak ve özgürlüklerin norm alanı içine girmeyen her türlü eylem, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı koruma alanı içine girer. Böylece kişiliğini

⁹⁰⁶ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s. 42.

⁹⁰⁷ Kanadoğlu, *Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, s. 13.

⁹⁰⁸ Ali Tarık Gümüş, *Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı* (Konya: Eğitim Akademi Yayınları, 2010), s. 1.

⁹⁰⁹ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s. 42.

⁹¹⁰ Gümüş, “Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı,” 2005, s. 150.

geliştirme hakkı genel bir fiil özgürlüğü niteliğine bürünmüş olur.⁹¹¹ Bu bağlamda anayasada güvence altına alınmayan ve başka bir temel hak ve özgürlüğün koruma alanına girmeyen kültürel kimlik hakkı, kişiliğini geliştirme hakkının bir parçası olarak ele alınıp anayasal hak güvencesine kavuşturulabilir. Zira kültürel kimlik hakkı, kişilerin ve kişi topluluklarının yaşam tarzlarını ve örgütlenme biçimlerini, kültürlerini, dillerini ve dinsel ifadelerini koruması, sürdürmesi ve geliştirmesi olarak anlaşıldığı takdirde, diğer temel hak ve özgürlüklerin norm alanı içine girmeyen bir eylem türü olarak anlaşılır ve kişiliğini geliştirme hakkı kapsamında değerlendirilebilir. Ayrıca kültürel kimliğin ifadesi niteliğindeki bu eylemler “kişinin kendisini gerçekleştirmesini” sağlayacak nitelikte olduğundan organik olarak da kişiliğini geliştirme hakkının norm alanına girer. Hatta bir açıdan kültürel kimlik hakkı, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi ve koruması hakkının özel bir biçimi olarak da anlaşılabilir.

Kişiliğini geliştirme hakkı, bireysel özerklik boyutuyla;⁹¹² kültürel kimlik hakkı da kişinin kendi kültürel kimliğini özgürce seçebilmesi⁹¹³ yönüyle ele alındığında ortak bir norm alanına ulaşılabilir. O hâlde kültürel kimlik hakkı, herkesin tek başına veya başkalarıyla birlikte, dil, din, miras ve gelenekler gibi çeşitli yönleriyle kültürel kimliğini özgürce seçebilmesi, bir ya da daha fazla kültürel kimliğe sahip olabilmesi veya bir ya da daha fazla kültürel toplulukla özdeşleşip özdeşleşmemeye özgürce karar verebilmesi⁹¹⁴ olarak ele alındığında kişiliğini geliştirme hakkının özel bir görünümü veya unsuru olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla 1982 Anayasasının kişiliğini geliştirme hakkı kapsamında, diğer bir ifadeyle kapsayan özgürlük çerçevesinde kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak içerdiği savunulabilir.

⁹¹¹ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s. 42.

⁹¹² Bertil Emrah Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık,” *Anayasa Yargısı Dergisi* 29, Sayı: 1 (2013), s. 58.

⁹¹³ Symonides, “Cultural Rights,” s. 189.

⁹¹⁴ Symonides, “Cultural Rights,” s. 189.

II. KÜLTÜREL KİMLİK HAKKININ NİTELİĞİ

Temel hak ve özgürlükler veya insan hakları temel olarak kişisel, siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel haklar sınıflarına ayrılmasına karşın genel kabul, tüm temel hak ve özgürlüklerin aynı hiyerarşide olduğu yönündedir.⁹¹⁵ Kültürel kimlik hakkının içinde olduğu kültürel haklar kataloğu bir dönem ihmal edilmesine rağmen artık temel hak ve özgürlüklerin veya insan haklarının bir parçası veya kategorisi olarak kabul görmektedir.⁹¹⁶ İHEB'nin kabul edilmesinden sonra başlangıçta kültürel hakların temel haklar olarak tanınmasına karşı katı bir önyargı olmuştur. Ancak 1966 yılında MSHS ile ESKHS'nin kabul edilmesini takiben 20. yüzyılın sonları ve 21. yüzyılın başlarında kültürel haklar çeşitli yönleriyle tanınıp güvence altına alınmaya başlamıştır.⁹¹⁷

Uluslararası hukukta kültür ile temel hak ve özgürlükler veya insan hakları arasındaki ilişki ilk kez Birleşmiş Milletler sisteminde ele alınmıştır. İHEB düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğü, eğitim ve öğrenim hakkı gibi bazı temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvencelerin kültürle doğrudan bağlantısı olduğunu kabul etmektedir.⁹¹⁸ Fribourg Kültürel Haklar Bildirgesi diğer temel hak ve özgürlükler gibi kültürel hakların da insan onurunun bir ifadesi ve ön koşulu olduğunu belirtmektedir. İnsan Hakları Konseyi kültürel hakları evrensel, bölünmez, birbiriyle ilişkili ve birbirine bağlı olan insan haklarının ayrılmaz bir parçası olarak görmektedir.⁹¹⁹ Bu bağlamda kültürel kimlik hakkı temel bir kültürel hak olarak ön plana çıkmaktadır.

⁹¹⁵ Donders, *Towards a Right to Cultural Identity?* 2002, s. 2.

⁹¹⁶ Donders, "Cultural Human Rights and the UNESCO Convention," s. 117.

⁹¹⁷ Ana Filipa Vrdoljak and Francesco Francioni, "Introduction," in *International Cultural hHeritage Law*, ed. Ana Filipa Vrdoljak and Francesco Francioni (New York: Oxford University Press, 2020), s. 8.

⁹¹⁸ Andrzej Jakubowski, "Culture and Human Rights: Concepts, Instruments and Institutions," in *Culture and Human Rights: The Wroclaw Wommentaries*, ed. Andreas Johannes Wiesand et al., De Gruyter Handbook (Berlin, Boston: De Gruyter, 2016), s. 3.

⁹¹⁹ Human Rights Council, *Promotion of the Enjoyment of the Cultural Rights of Everyone and Respect for Cultural Diversity*, para. 1.

Kültürel kimlik hakkı niteliği itibariyle kuşak hakları, statü hakları ve bireysel-kolektif haklar yönleriyle incelenmeye değerdir. Zira kültürel kimlik hakkının pozitif-negatif statü hakları içindeki yeri, hakkın yükümlülerinin sorumluluklarını tespit etmek açısından önem arz eder. Kültürel kimlik hakkının bireysel-kolektif niteliği ise hakkın aynı zamanda yararlanıcılarının (öznelerinin) tespiti bakımından önem arz eder.

A. KUŞAK HAKLARINDA KÜLTÜREL KİMLİK HAKKI

Kişi hakları ve siyasal haklar, birinci kuşak hakları oluştururken bu haklar genellikle devlete karşı ortaya çıkan⁹²⁰ veya diğer bir açıdan burjuvazinin feodaliteye karşı verdiği mücadelelerden doğan⁹²¹ haklar olarak değerlendirilmektedir. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ise ikinci kuşak hakları oluşturur. Üçüncü kuşak haklar veya dayanışma hakları ise hem devlete karşı ileri sürülebilen hem de devlete dayatılabilen, ayrıca gerçekleşmesi daha çok kolektif bir çabayı gerektiren haklardır.⁹²² Bu haklar karakteristik olarak 1960'lerden sonra ortaya çıkan ve başlangıçta pozitif iç hukuk belgelerinden ziyade birtakım uluslararası hukuk belgeleriyle tanınan haklardır.⁹²³ Ancak şunu belirtmek gerekir ki, kuşak hakları sınıflandırması hak ve özgürlüklerin evrensel, birbirinden ayrılmaz, karşılıklı ve birbirine sıkı sıkıya bağlılığını ortadan kaldırmaz.⁹²⁴ Hak sınıflandırmalarının büyük oranda önemini yitirmiş olduğu düzende⁹²⁵ kültürel kimlik hakkı, tarihsel olarak üçüncü kuşak haklar veya dayanışma hakları ya da halkların

⁹²⁰ İbrahim Ö Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku I: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, Yenilenmiş 7. baskı (Ankara: İmge Kitabevi, 2013), s. 41; Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 157.

⁹²¹ Bülent Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, 1. Baskı (İstanbul: May Yayınları, 1978), s. 41; Kaboğlu, *İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir İnceleme*, s. 26.

⁹²² Kaboğlu, *İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, s. 41-42.

⁹²³ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 158.

⁹²⁴ Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 269.

⁹²⁵ Allan Rosas, "The Right to Development," in *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, ed. Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, 2nd Edition (Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), s.119-120; Eide and Rosas, "A Universal Challenge," s. 4; Tavani, *Collective Rights and The Cultural Identity of the Roma*, s. 139-140.

hakları arasında sayılmaktadır.⁹²⁶ Aslında ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ikinci kuşak hakları oluşturmasına bakılırsa bir kültürel hak olan kültürel kimlik hakkının da ilk bakışta ikinci kuşak haklardan olduğu akla gelebilir. Fakat tarihsel olarak diğerlerine kıyasla oldukça geç dönemlerde ortaya çıkan kültürel kimlik hakkının üçüncü kuşak haklar veya dayanışma hakları kategorisinde değerlendirilmesi daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. Dayanışma haklarında vurgunun daha çok bireyden ziyade kolektif niteliğe yönelik olduğuna bakılırsa⁹²⁷ kültürel kimlik hakkının bu yönüyle üçüncü kuşak haklar veya halkların hakları ya da dayanışma arasında sayılması olağandır.

B. STATÜ HAKLARINDA KÜLTÜREL KİMLİK HAKKI

Statü hakları Jellinek'in klasik sınıflandırmasında negatif, pozitif ve aktif statü hakları olarak ayırt edilmektedir. Kültürel kimlik hakkı, devletin aşamayacağı ve dokunamayacağı özel alanın sınırlarını çizmesi, diğer bir ifadeyle devlete negatif bir tutum, karışmama ödevi yüklemesi yönüyle⁹²⁸ negatif statü hakkı kapsamında değerlendirilebilir. Bunun anlamı negatif edim gereği, devletin hakka yönelik müdahaleden kaçınmasıdır.⁹²⁹ Diğer bir ifadeyle kişilerin, devlete karşı devletin karışamayacağı özel bir alana sahip olması ve devlete karşı korunmasıdır.⁹³⁰ Kaçınma şeklindeki edim, hakkın norm alanını devletin müdahale alanının dışında bırakır. Fakat günümüzde özellikle negatif statü hakları kapsamındaki temel hak ve özgürlükler, ilk anlaşıldığı şekliyle salt kaçınma yükümlülüğü ile açıklanamamaktadır. Bu haklar artık devletin güvencesini veya bazen olumlu edimini gerektirir.⁹³¹ Kültürel kimlik aynı

⁹²⁶ Protz, "Cultural Rights as Peoples' Rights," s. 98-100; Brownlie, *The Rights of Peoples in Modern International Law*, s. 3-7, 16.

⁹²⁷ Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, s. 51-52.

⁹²⁸ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2007), s. 6.

⁹²⁹ Kaboğlu, *İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, s. 40.

⁹³⁰ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 72.

⁹³¹ Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 269.

zamanda bir aidiyet ve tercih konusu olduğundan duruma göre başta devlet olmak üzere, toplulukların veya üçüncü kişilerin müdahaleden kaçınmasını gerektirir. Fakat kişinin veya kişi topluluğunun bir hak veya özgürlüğü etkili bir biçimde kullanabilmesi olumlu bir edimi gerektirebilir.⁹³² Bu bağlamda devletten bir pozitif edim, olumlu bir davranış, hizmet ya da yardım isteme yönüyle⁹³³ kültürel kimlik hakkı pozitif statü hakkı kapsamında değerlendirilebilir. Zira haklar karşılıklı ödev ve sorumlulukları gerektirir.⁹³⁴ Örneğin ESKHS (m. 2) Taraf Devletlere Sözleşme’de tanınan hakların tam olarak kullanılabilmesi için gerekli önlemlerin alınması ödevini yükler. ESKHK Genel Yorumunda ESKHS’nin ilgili devletler bakımından yürürlüğe girmesinden sonra bu amaca yönelik adımların makul derecede kısa bir süre içinde atılması gerektiğini belirtmektedir.⁹³⁵ Gerçekten de devletin kültürel kimliğe müdahale etmemesi kadar kültürel kimliğin sürdürülmesi ve geliştirilmesi bakımından birtakım ödev ve sorumluluklarının olması kaçınılmazdır. Kültürel uygulamaların hayata geçirilmesi devletin olumlu edimini gerektirir. Örneğin kişi topluluklarının yaşam tarzlarını ve örgütlenme biçimlerini, kültürlerini, dillerini ve dinsel ifadelerini koruması, sürdürmesi ve geliştirmesi için devletin gerekli olanakları sağlamasını zorunlu kılar. Azınlıkların kültürel kimliklerine uygun eğitim ve öğrenim hakkı buna uygun bir müfredatın hazırlanmasını, gerekli kurum ve binaların kurulmasını gerektirir. Yine kültürel azınlıkların ifade özgürlüğünün güvenceye alınması kapsamında devletin gereken önlemleri alması gerekir. Benzer şekilde kültürel azınlıkların, yerli halkların özel yaşamını olanaklı kılan, kolaylaştıran edimler devletin ödevi olarak saptanabilir. Dolayısıyla kültürel kimlik hakkı hem negatif hem de pozitif statü hakkı kapsamına girer.

⁹³² Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 72-73.

⁹³³ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 6.

⁹³⁴ Eide, “Economic, Social And Cultural Rights as Human Rights,” s. 22.

⁹³⁵ CESCR, *General Comment No 3: The Nature of States Parties’ Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)*, 1990, para. 2.

C. BİREYSEL-KOLEKTİF HAK AYRIMINDA KÜLTÜREL KİMLİK HAKKI

Kültürel haklar kişilerin ve kişi topluluklarının kültürel çıkarlarını doğrudan destekleyen, koruyan ve onların kültürel kimliklerini koruma, geliştirme ve değiştirme kapasitelerini geliştirmeyi amaçlayan temel haklardır.⁹³⁶ Genel olarak kültürel hakların, özelde kültürel kimlik hakkının bireysel ve kolektif bir boyutu vardır.⁹³⁷ Bireysel hak ile kolektif hak veya topluluk hakları ayrımı esasında hakkın öznelere, yani yararlanıcıları bakımından bir farklılığı ifade ettiği belirtilse de⁹³⁸ bunun salt hakkın kullanım yöntemi olarak anlaşılması gerekir.

Kültürel haklar uluslararası hukukta başlangıçta herkesin yararlanıcısı olduğu salt-bireysel haklar olarak düzenlenmiştir. Diğer bir anlatımla kültürel kimlik hakkı ya doğrudan doğruya bireysel hak ya da bir topluluğa mensup olan kişilerin bireysel hakkı olarak tanınmıştır. Fakat diğer taraftan bu hakların özellikle kişi toplulukları (azınlıklar) ve yerli halklar söz konusu olduğunda çoğunlukla başkalarıyla birlikte uygulanabilme gerçekliği vardır.⁹³⁹ Bu bağlamda bir yönüyle kültürel kimlik hakkı, bireysel hakkın aksine topluluk hakkı olarak değerlendirilebilir. Bu formül ise genellikle kolektif hak olarak ifade edilir. Kolektif hak, özetle toplulukların yararlanıcısı olduğu ve topluluklar tarafından kullanılan hak kavramını ifade eder.⁹⁴⁰ Kolektif haklar, topluluğu oluşturan kişilere tanınan bireysel haklardan farklı haklar olarak anlaşılır. Gerek uluslararası hukuk ve ulusal hukuklarda gerekse doktrinde kültürel kimlik hakkı konusunda temel olarak bireysel ve kolektif niteliğe ilişkin bir ayırım yapılır.

⁹³⁶ Donders, "International Human Rights and Cultural Diversity," s. 129.

⁹³⁷ Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (Oxford: Clarendon Press, 2003), s. 83.

⁹³⁸ Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, s. 31.

⁹³⁹ Janusz Symonides, "Cultural Rights: A Neglected Category of Human Rights," *International Social Science Journal* 50, no. 158 (1998), s. 563.

⁹⁴⁰ Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, s. 45.

- *Uluslararası Hukukta*

Uluslararası hukukun başlangıçta kültürel kimlik hakkını salt bireysel bir hak olarak güvence altına aldığı görülmektedir. Kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak tanıyan İHEB (m. 27), MSHS (m. 27), ESKHS (m. 15), Irk Ayrımcılığı Sözleşmesi (m. 5/e(vi)), CEDAW (m. 13/1(c)), ÇHS (m. 31/2), Afrika Şartı (m. 17/2), “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokol” (m. 14/1) hakkı bireysel veya bir açıdan melez bir hak olarak güvenceye almıştır. Bu haklar, kişi topluluklarına, yani azınlıklara değil ya doğrudan doğruya bireylere ya da azınlıklara mensup bireylere yönelik tanınmıştır. Bu yöntemin klasik insan hakları teorisinin bir sonucu olduğu belirtilebilir.⁹⁴¹ Diğer bir ifadeyle kolektif hakların, bireysel hakların önceliğini tehlikeye atacağı yönündeki liberal kaygılara tutunma isteğinden kaynaklandığı söylenebilir.⁹⁴² Nitekim MSHS ile ESKHS başlangıç bölümlerinin ikinci paragraflarında “*bu hakların, insanın doğuştan gelen onurundan kaynaklandığını*” beyan ederek insan hakları teorisine dayanır. Fakat daha sonra kültürel haklar ve dolaylı olarak kültürel kimlik hakkının yararlanıcılarının kişilerle (bireylerle) sınırlı tutulmasına dair yaklaşım, diğer bir ifadeyle hakkın yalnızca bireysel yönünü kabul eden tutum izleme organları, uzmanlar ve yargı organlarının kararlarıyla esnetilmeye çalışılmıştır. Hatta geç dönem hukuk belgelerinde hakkın kolektif niteliği de kabul edilmiştir.

ESKHS “herkesin hakkı” formülüyle kültürel hakların öznesi olarak yalnızca gerçek kişileri göstererek bireysel hak yaklaşımını tercih etmiştir. Benzer şekilde aslında bireysel hak yaklaşımının baskın olduğu MSHS topluluklara üye kişilere vurgu yaparak temelde yine bireysel hak anlayışını korumuş, fakat buna ek olarak (azınlığa) topluluğa

⁹⁴¹ Janet Blake, “Collective Cultural Rights Considered in the Light of Recent Developments in Cultural Heritage Law,” in *Cultural Rights as Collective Rights*, ed. Andrzej Jakubowski (Leiden, Boston: Brill | Nijhoff, 2016), s. 67.

⁹⁴² Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, s. 4-9.

mensup olma koşulunu eklemiştir.⁹⁴³ MSHS m. 27'nin, azınlık hakları çerçevesinde azınlık üyelerinin hak sahibi olduğunu belirtmiş olması, kısmen de olsa hakların kolektif niteliğinin uluslararası hukukça tanınmaya başlamasının ilk adımı olarak yorumlanabilir.⁹⁴⁴ Diğer bir ifadeyle kolektif hakların şu aşamada bireyselliğe indirgenmesi olarak değerlendirilebilir. Nitekim m. 27'deki "*azınlıklara mensup kişiler*" ifadesi, Birleşmiş Milletler Alt Komisyonunun üçüncü oturumunda "*azınlıklar*" ifadesinin yerini almak üzere eklenmiştir. Değişikliği öneren Alt Komisyonun görüşüne göre, azınlıklar hakkın öznesi olmadığından veya olamayacağından ancak azınlıklara mensup kişiler hukuksal terimlerle tanımlanabilir. Hakkın kolektif boyutunu ifade etmek için de "*topluluğun diğer üyeleriyle birlikte olmak*" ifadesi daha sonra eklenmiştir.⁹⁴⁵ Bu düzenleme biçiminde kendi kültüründen yararlanma hakkı ve dolayısıyla kültürel kimlik hakkının "*topluluk*" şartı nedeniyle bireysel ve kolektif haklar arasında bir melez niteliğe sahip olduğu ileri sürülebilir. Diğer bir açıdan hakkın kolektif boyutunun kabul edilmesinden önceki aşama olarak değerlendirilebilir. Gerçekten de kültürel kimlik hakkının bireysel olarak veya başkalarıyla birlikte topluluk halinde uygulanan bir yönü vardır. Zira kendi kültüründen yararlanma hakkı ve dolayısıyla kültürel kimlik hakkı, dinsel uygulama ve dil kullanımı gibi benzer haklara sahip kişilerden oluşan bir topluluğun varlığını gerektirir. Dolayısıyla bu ve benzer düzenleme biçimindeki haklar bireylere fayda sağlayan ancak kolektif uygulamayı gerektiren haklar olarak tanımlanabilir.⁹⁴⁶ İHK düzenlemenin amacının ilgili azınlıkların kültürel, dinsel ve sosyal

⁹⁴³ Fakat MSHS ile ESKHS ortak bir şekilde kolektif hak (topluluk hakkı) olarak azınlıkların kendi kaderin tayin etme hakkını tanımıştır.

⁹⁴⁴ Vrdoljak, "Self-Determination and Cultural Rights," s. 59.

⁹⁴⁵ UN Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, "Report of the 3rd Session of the Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities to the Commission on Human Rights, Lake Success, New York, 9 to 27 January 1950" (New York, January 30, 1950), paras. 46–48, E/CN.4/Sub.2/119.

⁹⁴⁶ Thornberry, *Rights of Minorities*, s. 173.

kimliğinin hayatta kalmasını ve sürekli gelişimini sağlamak olduğunu⁹⁴⁷ belirterek hakkın kolektif boyutuna dikkat çekmektedir. Komite, bu hakların bu şekilde korunması gerektiğini ve Sözleşme kapsamında herkese verilen diğer kişisel haklarla karıştırılmaması gerektiğini gözlemlemektedir.⁹⁴⁸ Fakat MSHS m. 27'nin doğrudan azınlıklara değil, bu türden azınlıklara mensup kişilere atıfta bulunduğunu belirtmek gerekir. Daha genel bir ifadeyle bir temel hakkın tanınmasında topluluk üyeliğinin zorunlu olduğu durumlarda, haklar henüz kolektif bir varlık olarak topluluğa değil, korunan topluluğun bireysel üyelerine atfedilmektedir.⁹⁴⁹ Nitekim MSHS İhtiyari Protokolü'nde yer alan şikâyet mekanizması da “topluluklara” değil, devletlere veya kişilere yasal statü sağlamaktadır.⁹⁵⁰ İHK MSHS m. 27'de kullanılan terimlerden hareketle korunması amaçlanan kişilerin, bir gruba üye olan ve ortak bir kültürü, dini ve/veya dili paylaşan kişiler olduğunu belirtmiştir.⁹⁵¹ Dolayısıyla şu aşamada Sözleşme'nin lafzi yorumundan hareketle kolektif bir hakkın tanınmasından söz etmek güç olacaktır. Ancak bireysel niteliğin dışında hakkın kolektif bir uygulamasının olduğu da bir gerçekliktir.

Benzer şekilde Çerçeve Sözleşme m. 3/2 düzenlemesiyle kültürel kimlik hakkının hem bireysel olarak hem de başkalarıyla birlikte toplu olarak kullanılabileceğini belirterek özünde bireyci olan melez yaklaşımı benimsemiştir.

⁹⁴⁷ Human Rights Committee, “CCPR General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities)”, 1994, par. 9, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5.

⁹⁴⁸ HCR, *CCPR General Comment No. 23*, para. 9.

⁹⁴⁹ Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, s. 30.

⁹⁵⁰ BM Genel Kurulu, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, International Covenant on Civil and Political Rights and Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, A_RES_2200(XXI)[C]-EN.pdf, s. 59.

⁹⁵¹ HCR, *CCPR General Comment No. 23*, para. 5(1).

“Ulusal azınlıklara mensup kişiler, Çerçeve Sözleşmede yer alan ilkelere kaynaklanan haklardan ve özgürlüklerden bireysel olarak ve başkalarıyla birlikte topluca yararlanabilirler.”

Çerçeve Sözleşme Açıklayıcı Raporu da bu düzenlemeyle kolektif hakların tanınmadığını, ulusal azınlıklara mensup kişilerin bireysel olarak ve başkalarıyla birlikte topluluk halinde korunduğunu belirtmiştir.⁹⁵² Açıklayıcı Rapor, Çerçeve Sözleşmenin ulusal azınlıkların kolektif haklarını öngörmediğini, Sözleşme'nin ilkelerinden kaynaklanan hak ve özgürlüklerin bireysel olarak veya başkalarıyla birlikte topluca kullanılabileceğini, kolektif haklardan farklı olan bu hak ve özgürlüklerin ortaklaşa kullanılmasını kabul ettiğini belirtmektedir.⁹⁵³ Dolayısıyla hakkın kolektif niteliğini açıkça reddeden Açıklayıcı Rapora göre, kolektif hak ne bireysel ne de başkalarıyla bir araya gelinerek ortaklaşa kullanılabilen veya yararlanılabilen bir haktır. Rapor net bir şekilde kolektif hakların Sözleşme ile tanınmadığını belirtmiş olsa da hakkın bireysel niteliğinin yanında kolektif uygulaması yönünün olduğunu teyit etmektedir. Zira bir ulusal azınlığın korunmasının, o topluluğa ait bireylerin haklarının korunması yoluyla sağlanabileceğini kabul etmiştir. Şu hâlde rapordan hareketle olumlu bir kazanım olarak kolektif haktan kastın doğrudan topluluğun kendisinin yararlanabildiği hak olduğu çıkarımı yapılabilir.

Uluslararası hukukta BM nezdinde Azınlık Hakları Bildirgesi m. 1'de kültürel hakların kolektif boyutunun ifade edildiği söylenebilir. Zira Bildirge (m. 1) kültürel kimlik hakkının özneleri olarak “ulusal veya etnik, dinsel ve dilsel azınlıkları” güvence altına alır. Fakat bununla birlikte Bildirge (m. 2/1) bu kez, ulusal veya etnik, dinsel ve dilsel azınlıklardan değil bunlara mensup kişilerden söz ederek hakkın, bireysel veya

⁹⁵² European Council, “Explanatory Report to the Framework Convention for the Protection of National Minorities” (Strasbourg, 1995), para. 13. Komite Genel Yorum 17'de de aynı yönde karar vermiştir. CESCR, *General Comment No. 17*, para. 8.

⁹⁵³ European Council, “Explanatory Report to the Framework Convention for the Protection of National Minorities,” paras. 31, 37.

kolektif hak olarak nitelendirilmesine olanak vermeden serbestçe ve herhangi bir müdahale veya ayrımcılık olmaksızın kullanabileceğini belirtir. Şu hâlde iki maddenin birlikte ele alınmasıyla Bildirge'nin açık bir şekilde bireysel veya kolektif hak yaklaşımlarından hangisini veya kolektif hak anlayışını benimsediğini belirtmek güç olacaktır.

Son aşamada ESKHK, Genel Yorum 21'de ESKHS'nin kullanmış olduğu "katılım" ve "erişim" kavramlarını açıklarken

*"Katılım, özellikle herkesin -tek başına veya başkalarıyla birlikte veya kolektif (topluluk) olarak- özgürce hareket etme, kendi kimliğini seçme, bir veya birkaç toplulukla özdeşleşip özdeşleşmeme veya bu seçimi değiştirme, toplumun siyasal yaşamına katılma, kişinin kendini kültürel uygulamalarında ve seçtiği dilde ifade edebilmesidir."*⁹⁵⁴

diyerek Sözleşme'nin benimsemiş olduğu katı bireysel hak yaklaşımını yumuşatmaktadır. Hatta bireysel hak niteliğini dışlamadan, onu koruyarak aynı zamanda hakkın kolektif hak niteliğinin de olduğunu açıkça belirtmektedir. Komiteye göre kültürel yaşama katılma hakkı, dolayısıyla kültürel kimlik hakkı bireysel bir hak olarak görülebileceği gibi kolektif bir hak olarak da değerlendirilebilir. Bu paralelde kültürel haklar alanında Bağımsız Uzman Farida Shaheed, kültürel hakların herkes tarafından bireysel ve başkalarıyla birlikte toplu olarak ve aynı zamanda halk toplulukları tarafından kullanılabilmesini belirterek hakkın kolektif niteliğinin olduğunu açıkça tespit etmiştir. Shaheed, kolektif boyutla bir yandan bireysel hakların toplu olarak kullanılmasına, diğer yandan kolektif hakların varlığına atıfta bulunulduğunu belirtmektedir.⁹⁵⁵ Francesco Capotorti de MSHS m. 27 hakkındaki çalışmasında ulaşılması gereken hedefin, azınlıkların kültürel kimliğinin korunması ve doğal olarak geliştirilmesi olduğunu, bu nedenle ilgili devletin bunu sona erdirmek için gerekli tüm araçları benimsemesi

⁹⁵⁴ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 15(a).

⁹⁵⁵ Shaheed, "Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights," paras. 9, 10.

gerektiğini belirtmektedir.⁹⁵⁶ Dolayısıyla Capotorti hem kültürel kimlik hakkının hem de hakkın kolektif niteliğinin tanınması gerektiğini savunmuştur. Benzer şekilde alanda uzman olan Thornberry hukuk belgelerinde sıklıkla geçen “kültürel yaşam” kavramının aslında güçlü bir şekilde topluluğu (*collective*) çağrıştırdığını ve İHEB m. 27’deki *community* kavramının günümüzde çoğul olarak anlaşılması gereken “topluluğun” kültürel yaşamına açıkça atıfta bulunduğunu belirtmektedir.⁹⁵⁷ Nitekim hakkın kolektif niteliğinin gelişiminde ve hukukça kabul edilmesi sürecinde ESKHS Ek İhtiyari Protokolü m. 2, Başvuruların

“Sözleşmede belirtilen ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan herhangi birinin Taraf Devlet tarafından ihlal edildiği gerekçesiyle mağdur olduğunu iddia eden kişiler veya kişi grupları tarafından veya onlar adına ...”

yapılabileceğini belirterek kişi topluluklarının da şikâyet hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir. Dolayısıyla belirli kişiler kültürel haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel olarak şikâyette bulunabileceği gibi kolektif olarak da şikâyet mekanizmasını işletebilir, kolektif kültürel hakların korumasından yararlanabilir.⁹⁵⁸ Nitekim ESKHK’nin kapsayıcı yorumuna paralel olarak son dönem bildirme ve sözleşmelerde hakkın kolektif niteliğinin kabul edildiği görülmektedir.

1992 BM Azınlık Hakları Bildirgesi’nden farklı olarak 169 Sayılı ILO Sözleşmesi, yerli ve kabile halklarının kültürel kimliklerini koruma ve geliştirme konusunda kişi topluluklarının kolektif haklarını açıkça kabul eder.⁹⁵⁹ 169 Sayılı ILO

⁹⁵⁶ Capotorti, *Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, para. 599.

⁹⁵⁷ Patrick Thornberry, “Day of General Discussion: Right to Take Part in Cultural Life,” Submission to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 2008, s. 9, E/C.12/40/9.

⁹⁵⁸ Francesco Francioni, “The International Legal Framework for Enforcement of Cultural Rights,” in *Cultural Rights as Collective Rights: An International Law Perspective*, ed. Andrzej Jakubowski (Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2016), s. 260.

⁹⁵⁹ Vrdoljak, “Self-Determination and Cultural Rights,” s. 73.

Sözleşmesi (m. 2/2(b)) Taraf Devletlere, ilgili halkların kültürel kimliklerine saygı duyarak bu halkların sosyal, ekonomik ve kültürel haklarının tam olarak gerçekleştirilmesini teşvik etme sorumluluğu yükler. Dolayısıyla Sözleşme yerli halkların ve kabile halklarının kültürel kimlik hakkını doğrudan kolektif hak biçiminde güvence altına alır.

BM YHHB, doğrudan yerli halkların kültürel haklarını tanıdığından açıkça kolektif nitelik taşır. Bildirge'nin kültürel hakların kolektif niteliğini kabul ettiği bir gerçeklik olarak değerlendirilmektedir.⁹⁶⁰ Kolektif bir varlık olarak tanınmayı talep eden ve topluluk haklarını savunan yerli halklar 2001 yılında kabul edilen BM ile doğrudan doğruya birçok hakkın yararlanıcısı olarak tanınmıştır.⁹⁶¹ BM YHHB (m. 1) yerli halkları, doğrudan hakkın yararlanıcısı olarak tanımakta ve bu hakkın da bireysel veya kolektif olarak kullanılabileceğini açıkça belirtmektedir.

“Yerli halklar, kolektif veya bireysel olarak Birleşmiş Milletler Şartı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve uluslararası insan hakları hukukunda tanınan tüm insan haklarından ve temel özgürlüklerden tam olarak yararlanma hakkına sahiptir.”

Bu düzenleme, doğası gereği yerli halklarla sınırlı tutulmuş olsa da, belirli kolektif haklardan yararlanan kültürel ve/veya etnik, dilsel, dinsel azınlık topluluklarının hukukça tanınması bakımından ayrı bir önem taşımaktadır.⁹⁶² Son olarak kültürel kimlik hakkı gibi hakların kolektif niteliğini ortaya koyan 2007 Fribourg Kültürel Haklar Bildirgesi gibi girişimler doğrudan “kültürel topluluklar”⁹⁶³ kavramını kullanmakta ve hem bu

⁹⁶⁰ Shaheed, “Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights,” para. 10.

⁹⁶¹ Donders, “From Recognition to Realization,” s. 143.

⁹⁶² Blake, “Collective Cultural Rights,” s. 69.

⁹⁶³ Bildirge m. 2(b)'ye göre “Kültürel topluluk, korumayı ve geliştirmeyi amaçladıkları ortak bir kültürel kimlik oluşturan referansları paylaşan bir grup insanı ifade eder.”

toplulukların bireysel üyelerinin hem de toplulukların kendilerinin söz konusu hakların yararlanıcıları olabileceğini ifade etmektedir. Bildirge (m. 3(a)) herkesin,

“... tek başına veya başkalarıyla birlikte topluluk olarak kültürel kimliğini seçme ve ona saygı gösterilme hakkına sahip...”

olduğunu belirtirken kültürel kimlik hakkının kolektif niteliğini açıkça ortaya koymaktadır.

Kolektif hak bağlamında Birleşmiş Milletler bünyesindeki Uluslararası Ceza Mahkemesi 8. Dava Dairesi *Al Mahdi* davasında kendi kültürel mirasının yok edilmesinden etkilenen Timbuktu Topluluğu için toplam 2,7 milyon avro tutarında bireysel, kolektif ve sembolik tazminatın ödenmesine hükmetmiştir.⁹⁶⁴ Mahkeme, kolektif haklar bakımından oldukça önemli bir unsur olan topluluğun bizzat kendisinin hakkın yararlanıcısı olduğunu tespit ederek bireysel tazminatların yanı sıra Timbuktu topluluğuna bir bütün olarak kolektif tazminat ödenmesine karar vermiştir.⁹⁶⁵ Mahkemenin topluluk için vermiş olduğu tazminat kararı kolektif hakların yargısal organlarca tanınmasının oldukça iyi bir örneğini teşkil etmektedir.

Uluslararası hukukta bölgesel düzeyde sözleşmelerin, başta AİHS ve AMİHS olmak üzere genellikle “herkes” formülüyle bireysel hak anlayışını benimsediği görülmektedir. Bu sözleşmelerde hakların kolektif niteliği veya kolektif kullanımına ilişkin düzenlemelere yer verilmemiştir. Bölgesel düzeyde kültürel kimlik hakkını doğrudan tanıyan Amerikan Yerli Halkların Hakları Bildirgesi ise (m. 10/1) hakkın kolektif niteliğini açıkça güvence altına almaktadır.

⁹⁶⁴ International Criminal Court, *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, No. ICC-01/12-01/15, 17.08.2017.

⁹⁶⁵ International Criminal Court, *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, para. 83.

“Yerli halklar, herhangi bir dış asimilasyon girişiminden bağımsız olarak kültürel kimliklerini her bakımdan koruma, ifade etme ve özgürce geliştirme hakkına sahiptir.”

Buna göre yerli halklar kültürel kimlik hakkını kolektif olarak kullanabilir. Bildirge, yerli halkların haklarını tanıırken bireysel niteliğe değil daha çok kolektif anlamda yerli halklara vurgu yapmaktadır. Dolayısıyla Bildirge'nin kültürel kimlik hakkını kolektif hak olarak tanıdığı çıkarımı yapılabilir. Benzer şekilde Afrika Halkların Hakları Evrensel Bildirgesi (m. 2) kültürel kimlik hakkını kolektif olarak tanıır. *“Her halk, ulusal ve kültürel kimliğine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”* Aynı zamanda Bildirge (m. 4) de bireysel koruma sağlar.

“Hiç kimse ulusal veya kültürel kimliğinden dolayı kıyıma, işkenceye, zulme, sürgüne, sınır dışı edilmeye veya ait olduğu kişilerin kimliğini veya bütünlüğünü tehlikeye düşürecek yaşam koşullarına maruz bırakılamaz.”

Afrika Şartı m. 17/2 ve m. 22/1 hükümlerinden kültürel kimlik hakkının geniş anlamda hem bireysel hem de kolektif olarak kullanılabileceği çıkarımı yapılabilir.

“Herkes toplumunun kültürel yaşamına özgürce katılabilir...”

Tüm halklar, özgürlüklerine ve kimliklerine gerekli saygı gösterilerek ve insanlığın ortak mirasından eşit şekilde yararlanarak ekonomik, sosyal ve kültürel gelişme hakkına sahip olacaktır.”

AİHM ve AAİHM'nin kolektif hak anlayışını yansıtan kararlar vererek sözleşmelerdeki bireyci tutumu esnettiği görülmektedir. Mahkemeler bu kararlarda belirli bireysel hakların korunmasına yönelik olan normları, kolektif kültürel hakları tanıyacak şekilde yorumlamıştır.⁹⁶⁶ Yapılan başvurular genellikle bir dernek, topluluk temsilcisinin hem kendi adına hem de yerli halkı veya kişi topluluğunu adına yapılmıştır. Dolayısıyla daha başta başvurunun kendisinin kolektif nitelik arz ettiği görülmektedir. Örneğin *Saramaka People v Suriname* davasında başvuru, Saramaka Yetkilileri Birliği ve on iki

⁹⁶⁶ Francioni, “Enforcement of Cultural Rights,” s. 263.

Saramaka kaptanı (lideri, temsilcisi) tarafından hem kendi adına hem de Saramaka halkı adına yapılmıştır.⁹⁶⁷ *Awas Tingni Community* davasında,⁹⁶⁸ AMİHS'nin mülkiyet hakkına ilişkin m. 21'den ihlal kararı verirken Awas Tingni halkının kolektif mülkiyet hakkını (ve bunun geniş yorumuyla kolektif kültürel kimlik hakkını) kapsayacak şekilde karar vermiştir. Mahkeme *Saramaka People v. Suriname* davasında, toprağın Saramaka halkı için bir geçim kaynağından daha fazlası olduğunu saptarken bunun, Saramaka halkının yaşamının ve kültürel kimliğinin devamı için gerekli bir kaynak olduğunu tespit etmiştir.⁹⁶⁹ Mahkeme davalı hükümetin Çinli yatırımcılara ağaç kesme hakkı vermesinin Saramaka halkının atalarının topraklarından barışçıl şekilde yararlanmaya yönelik kolektif haklarının ve ortak mülklerinin ihlali anlamına geldiğini saptamıştır. Mahkeme Saramaka topluluğunun üyelerinin, bölgeye özgü olmayan ancak sosyal, kültürel ve ekonomik özellikleriyle ulusal topluluğun diğer kesimlerinden farklı olan yerli halklarla benzer özellikleri paylaşan bir kabile topluluğu oluşturduğunu belirtmiştir.⁹⁷⁰ Dolayısıyla Mahkeme burada bir kişi topluluğu olarak *Saramaka* halkı lehine kolektif hakkı güvenceye almıştır. Dikkat edilmesi gereken ön önemli hususlardan biri Sözleşme'nin normal koşullarda toplulukların kolektif haklarını tanımamasına rağmen Mahkemenin içtihat yoluyla kolektif nitelikte hakkı tanıyıp korumuş olmasıdır. AAİHM'nin kolektif haklara ilişkin içtihat istikrarını *Moiwana Community v. Ekvador*, *Yakye Axa Indigenous Community*, *Xákmok Kásek Community* davalarında da sürdürmüştür. Hatta Mahkeme *Garifuna Triunfo Community*⁹⁷¹ ve *Lhaka Honhat v. Argentina*⁹⁷² davalarında ilgili toplulukların kültürel özelliklerini göz ardı ederek mağdur olduğu varsayılan kişileri sınırlandırmanın, yerli halkların ve toplulukların kültürel kimliklerine dayalı haklarının

⁹⁶⁷ IACHR, *The Saramaka People v. Suriname*, para. 1.

⁹⁶⁸ IACHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*.

⁹⁶⁹ IACHR, *The Saramaka People v. Suriname*, para. 83.

⁹⁷⁰ IACHR, *The Saramaka People v. Suriname*, para. 84.

⁹⁷¹ IACHR, *Garifuna Triunfo de La Cruz Community and Its Members v. Honduras*, para. 294.

⁹⁷² IACHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, para. 94.

korunmasıyla tutarsız olacağını tespit ederek kültürel kimlik hakkını doğrudan ve bağımsız bir hak olarak ele almanın yanında ilgili topluluklar lehine hakkın kolektif niteliğini de güvence altına almıştır.

AİHM kültürel hakların kolektif boyutunu bir yandan AİHS ve ek protokollerde tanınan belirli hakların uygulanmasını güçlendirmek amacıyla pozitif bir argüman olarak kullanmış, diğer yandan bireysel hakların kullanılmasının bir sınırı olarak ele almıştır.⁹⁷³ AİHM vermiş olduğu kararlarla özellikle Romanları ilgilendiren konularda, bireyler ile topluluğun kültürel kimliğinin korunması arasında bir bağlantı kurulabileceğini göstermiştir. Roman ayin ve geleneklerine göre düzenlenen evliliğin geçerli olduğuna dair davada başvurucular, İspanya'daki Roman topluluğunun geleneklerine, kültürel miras ve kimliklerine saygı gösterilmesinin Sözleşme'nin temel bir bileşeni olduğunu ileri sürmüştür. AİHM de hakkın kolektif boyutuna kayıtsız kalmayarak kültürel olarak iyi tanımlanmış bir topluluğun kolektif inançlarının gücünün göz ardı edilemeyeceğini belirtmiştir.⁹⁷⁴ AİHM, *Chapman v. the United Kingdom* davasında Roman ailelerin yaşam tarzına ilişkin talepleri incelerken Sözleşme'nin özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkını güvence altına alan m. 8'in, bir azınlık (kültürel) kimliğini sürdürme, kişinin özel ve aile yaşamını bu geleneğe göre devam ettirme hakkını koruduğunu kabul etmiştir.⁹⁷⁵ Kararda dikkat çeken unsurlardan biri Mahkemenin, bireysel hak niteliğindeki özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkını bir topluluğu korumak üzere kolektif hak gibi değerlendirmiş olmasıdır. Mahkeme, Avrupa Konseyi'nin Sözleşmeciler Devletleri arasında azınlıkların özel ihtiyaçlarını ve onların güvenliklerini, kimliklerini ve yaşam tarzlarını koruma yükümlülüğünü kabul eden uluslararası bir uzlaşmanın özellikle Çerçeve Sözleşme'de ortaya çıktığını gözlemleyerek⁹⁷⁶ aslında bireysel bir koruma sağlayan

⁹⁷³ Francioni, "Enforcement of Cultural Rights," s. 263.

⁹⁷⁴ ECHR, *Muñoz Díaz v. Spain*, para. 59.

⁹⁷⁵ ECHR, *Chapman v. the United Kingdom*, para. 73.

⁹⁷⁶ ECHR, *Chapman v. the United Kingdom*, para. 93.

AİHS'yi kolektif nitelik arz eden Çerçeve Sözleşme ile desteklemiştir. Mahkeme azınlıklara, kültüre ve kimliğe atıfta bulunarak, AİHS m. 8 kapsamındaki bireysel hakların kolektif boyuta sahip olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca Mahkemenin içtihadında Çerçeve Sözleşme'ye yapmış olduğu özel atıf, Çerçeve Sözleşme'nin AİHS m. 8 ve m. 14 kapsamında azınlık haklarının geliştirilmesi için normatif bir çerçeve işlevi görebileceğini göstermektedir.⁹⁷⁷ *Cha'are Shalom* davasında ise AİHM, düşünce ve din özgürlüğüne ilişkin AİHS m. 9'un, sağlık kurallarına ve etik normlara aykırı olarak kesilen hayvanlardan elde edilen ete erişime, bir topluluğun dinsel kurallarına uygun olduğu gerekçesiyle izin verilebileceğini belirtmiştir.⁹⁷⁸ AİHM burada dinsel kurallara üstünlük vererek topluluğun haklarını güvenceye almıştır. AİHM daha önce kültürel kimlik hakkının güvenceye alınması çerçevesinde ele alınan Yunan makamlarının Makedon kültürü ve kimliğini tanıtmayı amaçlayan bir derneğin tesciline izin vermemesinden kaynaklanan *Sidiropoulos and others v. Greece* davasında AİHS m. 11 kapsamında bir ihlal tespit etmiştir. Bu ihlal kararını verirken kültürel unsurları, geniş anlamda kültürel kimlik hakkını da koruyacak şekilde karar vermiştir. Mahkeme kısmen bir azınlığın kültürünü geliştirmeyi amaçladığı varsayılsa bile amacı bir bölgenin kültürünü geliştirmek olan bir derneğin faaliyetlerinin toprak bütünlüğü, ulusal güvenlik ve kamu düzenini tehdit etmediğini; bir ülkede azınlıkların ve farklı kültürlerin varlığının demokratik bir toplumun uluslararası hukuk ilkelerine göre hoşgörü ile karşılanması, hatta korunması ve desteklenmesi gerektiğini belirtmiştir.⁹⁷⁹ Dolayısıyla AİHM bir yönüyle hakkın kolektif boyutunu güvence altına almıştır. Üç yıl sonra karara bağlanan *Stankov* davasında⁹⁸⁰ kişi topluluklarının, alenen tanınan bir azınlık kimliğini talep etme

⁹⁷⁷ Tavani, *Collective Rights and The Cultural Identity of the Roma*, s. 177.

⁹⁷⁸ ECHR, *Cha'are Shalom Ve Tsedek v France*, Application No. 27417/95, 27.06.2000.

⁹⁷⁹ ECHR, *Sidiropoulos and Others v. Greece*, para. 41.

⁹⁸⁰ ECHR, *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*.

hakkını teyit ederek⁹⁸¹ aslında yine hakkın kolektif boyutunu kabul etmiştir. Diğer bir ifadeyle Mahkeme, AIHS m. 11’i bireysel örgütlenme özgürlüğü aracılığıyla bir azınlık topluluğunun kolektif kültürel haklarını güçlendirmek için dolaylı bir araç olarak kullanmıştır denebilir.⁹⁸²

AFİHM bir kararında diğer birtakım haklarla birlikte kültürel kimlik hakkının hem bireysel hem de kolektif bir hak olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁹⁸³ Mahkeme (yalnızca Afrika Şartı m. 17’den hareketle) güvence altına alınan kültür(el kimlik) hakkının hem bireysel hem de kolektif niteliği itibarıyla iki boyutlu olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁹⁸⁴ Nitekim Mahkeme bu dava sonucunda elde edilecek herhangi bir faydanın Ogiek Topluluğunun mümkün olduğunca çok sayıda üyesine sağlanmasının yaşamsal olduğunu belirtmiştir.⁹⁸⁵ Benzer şekilde AFİHK Şart m. 17 gereği Taraf Devletlerin kültürel çeşitliliği koruma ve geliştirme yükümlülüklerini yorumlarken geleneksel değerleri ve baskın çoğunluktan farklı sosyal grupların kimliğini korumaya yönelik önlemlerin alınması gerektiğini belirtmiştir. Komisyon kolektif kültürel hakların uygulamasının en iyi örneklerinden biri olan *Endorois* davasında Kenya devletinin, kırsal bir topluluğu atalarının topraklarından uzaklaştırmaya zorladığını ve böylece onları kültürel ve dinsel uygulamalarından, ayrıca geçim ve kalkınma araçlarından mahrum bıraktığını belirterek Afrika Şartı’nı ihlal ettiğini tespit etmiştir. Özellikle Afrika Şartı m. 17 ile ilgili olarak davalı devletin, hayvanlar için yaşamsal değerde olan doğal tuz kaynaklarına erişimi engellediğini; hayvanları, tuzun olmadığı

⁹⁸¹ ECHR, *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, para. 97.

⁹⁸² Francioni, “Enforcement of Cultural Rights,” s. 264.

⁹⁸³ African Court on Human and Peoples’ Rights, *African Commission on Human and Peoples’ Rights v Republic of Kenya*, paras. 177, 207.

⁹⁸⁴ African Court on Human and Peoples’ Rights, *African Commission on Human and Peoples’ Rights v Republic of Kenya*, para. 117.

⁹⁸⁵ African Court on Human and Peoples’ Rights, *African Commission on Human and Peoples’ Rights v Republic of Kenya*, para. 154.

yarı kurak topraklarda yaşamaya zorlayarak Endorois'in pastoral yaşam tarzına büyük bir tehdit oluşturduğunu belirtmiştir. Komisyon Endorois'in kültür(el kimlik) hakkının özünün inkâr edildiğini saptayarak davalı devletin Şart m.17 (2) ve (3)'ü ihlal ettiğini tespit etmiştir.⁹⁸⁶ Komisyon, Endorois davasında yerli halkların toprak haklarının kolektif doğasını tanımış ve topluluğun kendi kültürel kimliğini koruma hakkının, geleneksel topraklarda yaşama olanağıyla sıkı sıkıya bağlantılı olduğunu kabul etmiştir.⁹⁸⁷

Uluslararası hukukta azınlık topluluklarının bireysel üyelerinin haklarını kolektif olarak kullanılacağı azınlık haklarına ilişkin metinlerdeki kolektif haklara yaklaşım ile topluluğun bizzat hakların taşıyıcısı olduğu yerli halklara ilişkin metinlerdeki kolektif yaklaşım arasında bir fark dikkat çekmektedir. Ulusal, etnik, dinsel ve dilsel azınlıklarla ilgili metinlerdeki standart formül genellikle azınlıkların değil, azınlıklara mensup kişilerin haklarının kullanması biçimindeyken yerli halklara ilişkin metinlerin formülü ise doğrudan yerli halkların haklarını kullanması şeklindedir. Şu durumda (dar veya geniş anlamda) kültürel kimlik hakkının uluslararası hukuk belgelerinde başlangıçta salt bireysel hak olarak güvence altına alındığı, daha sonra kolektif hak konusundaki katı tutumun yargısal ve yarı-yargısal organlar tarafından esnetildiği ve nihayetinde bireysel hak niteliğini ortadan kaldırmadan bununla birlikte kolektif hak niteliğinin açıkça benimsendiği söylenebilir.

- *Ulusal Hukukta*

Ulusal hukukta kültürel kimlik hakkının bireysel veya kolektif hak bağlamında genellikle bireysel hak yaklaşımının tercih edildiği görülmektedir. Kültürel kimlik hakkını doğrudan tanıyan Avrupa Konseyi üye devletleri anayasaları incelendiğinde Letonya Anayasası (m. 114) etnik azınlıklara mensup kişilerin kültürel kimliklerini koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu, Romanya Anayasası (m. 6) ulusal azınlık

⁹⁸⁶ ACHPR, *Endorois Welfare Council v. Kenya*, para. 251.

⁹⁸⁷ ACHPR, *Endorois Welfare Council v. Kenya*, para. 249.

üyelerinin kültürel kimlik hakkına sahip olduğunu, Moldova Anayasası (m. 10) tüm vatandaşların kültürel kimlik hakkının olduğunu, Sırbistan Anayasası (m. 48) vatandaşların ve azınlık üyelerinin kültürel kimlik hakkına sahip olduğunu belirterek kültürel kimlik hakkını bireysel hak olarak tanımaktadır. Ukrayna Anayasası (m. 11) devletin, Ukrayna'nın tüm yerli halklarının ve ulusal azınlıklarının etnik, kültürel, dilsel ve dinsel kimliğinin gelişimini teşvik edeceğini belirterek hakkı kolektif olarak güvence altına almaktadır. Polonya Anayasası (m. 35) kültürel kimlik hakkını hem bireysel hem de kolektif hak olarak tanıır. Anayasa, bir taraftan ulusal veya etnik azınlıkların kültürel kimlikleriyle ilgili sorunların çözümüne katılma hakkına sahip olduğunu belirterek kolektif olarak hakkı tanıırken diğer yandan ulusal veya etnik azınlıklara üye Polonya vatandaşlarının kendi kültürlerini geliştirme özgürlüğünün güvenceye alındığını belirterek hakkı bireysel olarak düzenler. Kosova Anayasası (m. 59/1) kültürel topluluk üyelerinin bireysel veya toplu olarak güvence altına almakta, yani hakkı hem bireysel hem de kolektif olarak tanımaktadır. Avrupa Konseyi devletlerinde kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak güvenceye alan anayasalara bakıldığında ise Norveç, İsveç ve Finlandiya anayasaları Saami Yerli halkının kültürel kimlik hakkını kolektif olarak düzenler. İsveç Anayasası ayrıca etnik, dinsel ve dilsel azınlıkların hakkını, Finlandiya Anayasası ise Romanlar ve diğer toplulukların hakkını özel olarak güvence altına alır. Karadağ Anayasası herkesin kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak ve bireysel hak biçiminde tanıır. Kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak tanıyan Slovenya Anayasası (m. 64) Yerli İtalyan ve Macar ulusal toplulukları ve üyelerine kültürel dernek kurma hakkını tanıyarak kültürel kimlik hakkını hem kolektif hem de bireysel hak olarak tanımaktadır.

Amerikan Devletleri Örgütü üyelerine bakıldığında ise çoğunlukla yerli halkların kültürel kimlik hakkının tanındığı ve bunun da kolektif hak olarak düzenlendiği görülmektedir. El Salvador, Arjantin, Nikaragua, Ekvador, Bolivya, Kanada, Filipinler, Paraguay anayasaları yerli halkların kültürel kimlik hakkını kolektif hak olarak

tanımaktadır. Kolombiya Anayasası ayrıca etnik toplulukların üyelerinin kültürel kimlik hakkını tanıyarak hakkı bireysel hak olarak da güvence altına almaktadır. Peru Anayasası herkesin kültürel kimliğe sahip olduğunu belirterek yine bireysel olarak hakkı tanıır. Ekvador Anayasası (m. 10) kişiler, toplumlar, halklar, uluslar ve toplumların hakların hamilleri olduğunu ve bunların Anayasa ve uluslararası belgelerde kendileri için güvence altına alınan haklardan yararlanacağını belirterek hakları hem bireysel hem de kolektif olarak tanıır. Nepal Anayasası da her kişi ve topluluğun toplumun kültürel yaşamına katılma hakkının olduğunu belirterek dolaylı olarak kültürel kimlik hakkının hem bireysel hem de kolektif olarak güvenceye alır.

Afrika Birliği Örgütü üye devletlerine bakıldığında genellikle kültürel kimlik hakkının bireysel hak olarak tanındığı görülür. Güney Afrika, Angola, Kongo, Gambiya, Senegal, Kenya, Zimbabve, Çad, Cezayir anayasaları kültürel kimlik hakkını bireysel hak olarak güvence altına almaktadır. Öte yandan Rusya, Tacikistan, Kırgızistan anayasaları da kültürel kimlik hakkını bireysel hak biçiminde tanıır.

Ulusal hukukta kanun düzeyinde Kuzey İrlanda Kimlik ve Dil Kanunu (*Identity and Language Act*) kültürel kimlik hakkını bireysel hak olarak düzenler. Avustralya 2004 tarihli Avustralya-Australian Capital Territory İnsan Hakları Kanunu, 2006 tarihli Avustralya-Victoria İnsan Hakları ve Sorumlulukları Kanunu ve 2019 tarihli Avustralya-Queensland İnsan Hakları Kanunu kültürel kimlik hakkını hem bireysel hem de kolektif olarak tanıır. 1990 tarihli Yeni Zelanda Halklar Bildirgesi Kanunu etnik, dinsel veya dilsel bir azınlığa mensup olan bir kişilerin kültürel kimlik hakkını tanıyarak hakkı bireysel hak olarak güvence altına almaktadır.

- *Doktrinde*

Doktrindeki bireysel ve kolektif haklara ilişkin tartışmalara bakıldığında çoğunlukla bir tarafta bireysel haklar, diğer tarafta ise topluluk hakları arasındaki katı bir

ayırma gidildiği görülmektedir.⁹⁸⁸ Bireysel hak savunucularına göre uluslararası sözleşme ve bildirgelere hâkim olan yaklaşım temelde bireysel hak anlayışıdır. Bunun bir sonucu olarak uluslararası hukuk genellikle gerçek kişilerin aksine kişi topluluklarını bir hakkın öznesi olarak görmez.⁹⁸⁹ Dolayısıyla kural olarak gerçek kişiler hakkın yararlanıcısı olarak belirlenmektedir.

Uluslararası bildirge ve sözleşmelerin başlarda insan hakları söylemine dayandığı ve bireysel hak ile kolektif hak tartışmasının “insan hakları” bağlamında yapıldığı görülmektedir. Bu nedenle bireysel hak savunucuları insan haklarından yola çıkarak yalnızca bireyleri haklardan yararlanan özneler olarak görmektedirler.⁹⁹⁰ Gerçekten de insan hakları teorisi, insan haklarını insanın insan olmasından dolayı sahip olduğu haklar olarak ifade etmektedir. Bu tanıma göre insan haklarının öznesi daima bireydir. Tüm insan haklarının kolektif boyutuna ve kişilerin bir topluluğun parçası olmasına rağmen insan hakları yine de devlete veya kişi topluluklarına karşı bireylerin hakları olarak görülmektedir.⁹⁹¹ Bu savunuya göre İHEB, ailelerden devlete kadar uzanan doğal ve gönüllü topluluklara derinden bağlı bireyleri öngörmektedir. Birçok insan hakkından kolektif eylem yoluyla yararlanılsa da bu haklar bireysel olarak kullanılır. Örneğin dernek kurma özgürlüğü, işçi hakları, aile hakları ve azınlık hakları, sosyal grupların üyeleri veya sosyal rollerin sahipleri olarak bireyler tarafından kullanılmaktadır.⁹⁹² İnsan hakları sosyal bir bağlama yerleştirilebilmesine rağmen topluluk hakları olarak özel bir insan hakları sınıfı yoktur. Bu nedenle gerçek kişiler hem ayrı bireyler hem de bir topluluğun

⁹⁸⁸ Yvonne Donders, “Foundations of Collective Cultural Rights in International Human Rights Law,” *SSRN Electronic Journal*, 2015, s. 6.

⁹⁸⁹ Oran, *Türkiye’de Azınlıklar*, s. 49.

⁹⁹⁰ Eide, “Economic, Social And Cultural Rights as Human Rights,” s.19. Bu ilke, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 2’de belirtilmektedir.

⁹⁹¹ Jack Donnelly, “Human Rights, Individual Rights and Collective Rights,” in *Human Rights in a Pluralist World: Individuals and Collectivities*, ed. Jan Berting et al. (Westport, London: Meckler, 1990), s. 39.

⁹⁹² Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, s. 31.

üyeleri olarak insan haklarına sahip olabilirler. Örneğin kültürel haklar belirli bir kültürel grubun üyelerine, aile hakları ise bir ailenin üyelerine aittir. Ancak bu tür haklar, korunan sosyal grupların veya toplulukların üyesi sıfatıyla kişilere aittir. Bunlar grup veya toplulukların hakları değildir.⁹⁹³

Bireysel hak anlayışına göre kültürel kimlik hakkı, bir insan hakkı olmasının yanında bireysel olarak tercih edilebilen bir haktır. Buna göre kültürel kimlik hakkı bir insan hakkı olduğundan bir topluluk hakkı olarak görülemez. Dolayısıyla topluluklar insan olmadığından bu hakkın öznesi olamaz.⁹⁹⁴ İnsan hakları öğretisi de genellikle hakkın öznelere konusunda bireysel niteliği ön plana çıkarır. Buna göre gerçek kişi olarak bireyler haklarını tek başlarına kullanabilirler. Bir hakkın yararlanıcısı olmak için bir topluluğun üyesi olmak gerekmez. Hatta topluluklar bireysel insan haklarını tehlikeye düşürebilir. Eğer bir kültürel kimlik hakkı olacaksa bu ancak bireysel bir hak niteliğinde olabilir.⁹⁹⁵ Kültürel kimlik, insan onurunun önemli bir unsuru olarak değerlendirildiğinden mevcut insan haklarının anlamını ve mahiyetini değiştiren kültürel kimlik hakkının uygulaması kabul edilemez.⁹⁹⁶ Bu görüşe göre bireysel haklara veya bireysel özgürlüğe yapılan vurgu, toplulukların çıkarlarına düşmanlığı değil, çoğunluğun azınlıklar üzerindeki gücüne karşı ihtiyatı ifade eder.⁹⁹⁷

Kültürel kimlik hakkının bireysel hak olarak değerlendirilmesinin bir diğer nedeni, toplulukların kişi haklarına karşı bir tehdit olarak algılanmasıdır. Bu görüşe göre kültürel kimlik hakkı, kolektif hak olarak kabul edilirse bireysel haklar kişi toplulukları tarafından gelen birtakım dayatmalara maruz kalabilir,⁹⁹⁸ kötüye kullanılabilir,

⁹⁹³ Donnelly, "Human Rights, Individual Rights and Collective Rights," s. 43.

⁹⁹⁴ Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi*, s. 91-92.

⁹⁹⁵ Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi*, s. 94.

⁹⁹⁶ Donders, *Towards a Right to Cultural Identity?* 2002, s. 15.

⁹⁹⁷ Kukathas, "Are There Any Cultural Rights?," s. 230.

⁹⁹⁸ Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, s. 75; Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi*, s. 93.

topluluğun bireysel üyeleri hapsedilme sonucuyla karşı karşıya kalabilir ki, bu da iç farklılıkların bastırılmasına ve bireysel hakların ihlaline yol açabilir.⁹⁹⁹ Diğer bir ifadeyle bu görüşe göre kolektif nitelikteki kültürel kimlik hakkı, bireysel hak ve özgürlüklerin bastırılması ya da tahammül edilemez uygulamaların meşrulaştırılması şeklinde kötüye kullanılması riskini taşır.¹⁰⁰⁰ Bu nedenle topluluk kimliğinin topluma nüfuz ettiği bir yerde bireysel bir başarıdan söz etmek pek olanaklı olmaz.¹⁰⁰¹ Kültürel kimliğin kolektif olarak korunması bireysel hak ve özgürlüklerin baskı altına alınması veya haksız yere sınırlandırılması riskini doğurabilir.¹⁰⁰² Kültürel topluluklar şüpheli kültürel uygulamaları mazur göstermek için hakkın kolektif niteliğini kötüye kullanabilir.¹⁰⁰³ Bu tehlikeye genellikle kürtaj yasağı, çocuk evliliği, kadın sünneti, zorla evlilik, başlık parası, erkeğe daha fazla miras verilmesi gibi kültürel kabul edilen uygulamaların olduğu topluluklar örnek verilir. Eğer kültürel kimlik hakkı kolektif bir hak olarak kabul edilirse bu, kültürel toplulukların bireysel üyelerinin haklarına zarar verebilir.¹⁰⁰⁴ Dolayısıyla bireysel hak savunucularına göre, bu ve buna benzer tehlikeleri engellemek için kültürel kimlik hakkı bireysel hak niteliğinde olmalıdır.

Kültürel hakların ve özelde kültürel kimlik hakkının bireysel bir hak olduğunu savunanlara göre, bu hakların grup veya topluluk hakları olarak anlaşılması halinde kişi toplulukları er ya da geç üyelerinin bireysel haklarını ihlal edecektir. Topluluk üyelerinin çıkarlarının ötesindeki topluluğun çıkarları bazı üyelerin bireysel çıkarlarıyla çatışabilir.¹⁰⁰⁵ Örneğin topluluğun kültürel kimlik hakkı, bir üyenin gruptan ayrılma, grup

⁹⁹⁹ Donders, *Towards a Right to Cultural Identity?* 2002, s. 57.

¹⁰⁰⁰ Donders, "Towards a Right to Cultural Identity?" 2018, s. 526.

¹⁰⁰¹ Nathan Glazer, "Individual Rights Against Group Rights," in *The Rights of Minority Cultures*, ed. Will Kymlicka (New York: Oxford University Press, 1995), s. 136.

¹⁰⁰² Donders, *Towards a Right to Cultural Identity?* 2002, s. 104-105.

¹⁰⁰³ Donders, *Towards a Right to Cultural Identity?* 2002, s. 337.

¹⁰⁰⁴ Donders, "From Recognition to Realization," s. 146.

¹⁰⁰⁵ Michael Hartney, "Some Confusions Concerning Collective Rights," in *The Rights of Minority Cultures*, ed. Will Kymlicka (New York: Oxford University Press, 1995), s. 209.

dışından kendi seçtiği bir kişiyle evlenme ve belki de herhangi bir zamanda topluluğa geri dönme hakkıyla çatışabilir.¹⁰⁰⁶

Bireysel hak savunucularına göre kültürel kimliği korumanın en iyi yolu halihazırda yerleşik medeni (kişisel), siyasal ve kültürel hakları korumaktır. Özellikle kültürel açıdan farklı topluluk üyelerinin hem kamusal hem de özel alanda kendi kültürlerine katılmalarına izin verildiğinde kültürel kimlik korunacaktır.¹⁰⁰⁷ Yine bireysel hak savunucuları bireysel hakların, özellikle de örgütlenme özgürlüğü veya dernek kurma özgürlüğünün topluluklar için yeterli koruma sağladığını savunur. Buna göre kültürel farklılıkların korunması bireysel örgütlenme özgürlüğüne dayanmalıdır. Dolayısıyla toplulukların kolektif hakların yararlanıcısı olarak tanınmasına gerek yoktur. Bu bağlamda bireysel kimliklerin şekillenmesi açısından bir topluluğa üyeliğin önemli olduğunun kabul edilmesi, bu tür topluluklara özel hakların verilmesi gerektiği anlamına gelmez.¹⁰⁰⁸

Kolektif hak savunucularına göre ise kolektif haklar öncelikle insan haklarından teorik olarak ayrıdır.¹⁰⁰⁹ Buna göre bireyin merkeze yerleştirildiği klasik insan hakları teorisi bakımından toplulukların kolektif haklara sahip olabileceği düşüncesinin kabul edilmesi zordur.¹⁰¹⁰ Zira öncelikle insan hakları teorisi birey odaklıdır. İkincisi uluslararası insan hakları hukukunun temel kavramı olan “insan onuru”, insan haklarına tutarlılık kazandıran nihai değerdir.¹⁰¹¹ Diğer bir ifadeyle insan, insan onuruna sahip olduğu için insan haklarına sahiptir. Dolayısıyla toplulukların sahip olduğu kolektif

¹⁰⁰⁶ Francioni, “Culture, Heritage and Human Rights,” s. 4.

¹⁰⁰⁷ Donnelly, “Human Rights, Individual Rights and Collective Rights,” s. 58.

¹⁰⁰⁸ Kukathas, “Are There Any Cultural Rights?,” s. 231-232.

¹⁰⁰⁹ Marlies Galenkamp, “Collective Rights: Much Ado about Nothing - A Review Essay,” *Netherlands Quarterly of Human Rights* 9, no. 3 (1991), s. 300.

¹⁰¹⁰ Miodrag A. Jovanović, *Collective Rights: A Legal Theory* (New York: Cambridge University Press, 2012), s. 5.

¹⁰¹¹ Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, s. 28.

değerin hak yararlanıcısı olmada bir etkisi yoktur. Bu nedenle bazı görüşler, kolektif hakların insan hakları olabileceği düşüncesini reddeder.¹⁰¹² Diğer bir ifadeyle topluluklar, bizzat hakların yararlanıcısı olmak için gerekli niteliklere sahip değildir.¹⁰¹³ Kolektif hak savunucuları ise tam tersine, insan refahı için temel önem taşıyan bazı haklardan yalnızca kolektif olarak yararlanılabileceği konusunda ısrar etmektedirler.¹⁰¹⁴ Kolektif hak savunucuları değer bireyciliği (*value individualism*) politik felsefesinin, özellikle liberal değerler etrafında örgütlenmemiş topluluklara tanınan hakların tutarlı bir temel sağlayamadığını ve bu nedenle kolektif varlıkların bireysel üyelerden bağımsız, doğal bir kolektif değere sahip olabileceğini belirtmektedir.¹⁰¹⁵ Dolayısıyla birey değeri, bireysel insan haklarının doktrinel unsuru ise; kolektif değer de kolektif hakların düşünsel unsuru olabilir.

Kolektif hak savunucularına göre kültürel hakların ve özelde kültürel kimlik hakkının ısrarla insan haklarına dahil edilmesi, bireysel insan hakkı olarak nitelendirilmesi rastlantısal değildir. Gerçekten de hukukun bütününde olduğu gibi, insan hakları veya temel haklar farklı şekillerde bir ideolojinin damgasını taşır. Özgürlükler ve haklar, hukuksal biçimler almadan önce ideolojik dayanaklardan soyut değildir. Hatta özgürlükler ve haklar bizzat ideolojileri taşırlar. Nitekim hukukça tanıdıktan sonra da kökenleriyle olan ilişkilerini sürdürürler.¹⁰¹⁶ Bu bağlamda liberalizm de hukuksal ve sosyal ilişkileri yalnızca bireyler ve devlet arasındaki ilişkiyle sınırlı görme eğiliminde olan, ikili arasında topluluklara çok az yer veren veya hiç yer vermeyen bireyci bir

¹⁰¹² Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, s. 45-54.

¹⁰¹³ Edmund Wall, "The Problem of Group Agency," *The Philosophical Forum* 31, no. 2 (2000), s. 31; Edmund Wall, "Problems with the Group Rights Thesis," *American Philosophical Quarterly* 40, no. 4 (2003), s. 269-285.

¹⁰¹⁴ Will Kymlicka, *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*, Reprinted (Oxford: Oxford Univ. Press, 2010); Neus Torbisco Casals, *Group Rights as Human Rights: A Liberal Approach to Multiculturalism* (Dordrecht: Springer, 2006).

¹⁰¹⁵ Jovanović, *Collective Rights*, s. 6.

¹⁰¹⁶ Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 48.

teoridir.¹⁰¹⁷ Bu yönüyle teori kültürel toplulukların taleplerine karşıt gibi görünmektedir. Kültürel kimlik hakkını insan hakları kategorinde konumlandıran teori doğal olarak bireysel hak yönünü ön plana çıkarmaktadır. Buna göre kültürel kimlik hakkı, bir insan hakkı olmasının yanında bireysel olarak tercih edilebilir bir haktır. Kültürel kimlik hakkı bir insan hakkı olduğu için bir topluluk hakkı olarak görülemez. Dolayısıyla topluluklar insan olmadığından bu hakkın öznesi olamaz.¹⁰¹⁸ Fakat Van Dyke, liberal teorisin kolektif hakları aynı zamanda bir topluluk olan ulus devletlere tanıdığına, bundan hareketle devletsiz toplulukların da kolektif haklara sahip olabileceğini ve olması gerektiğini belirtir.¹⁰¹⁹

Kolektif hak savunucularına göre kolektif hak anlayışı ile bireysel hak anlayışı amaç ve işlevleri yönüyle birbirinden ayrılır. Kolektif hakların amacı kolektif değerlerin, yani kişi topluluklarının refahı ve hayatta kalması için gerekli olan değerlerin korunmasıyla ilgilidir. Daha spesifik olarak kolektif hakkın amacı topluluk olarak sahip olunan kültürel kimliğin korunmasıdır.¹⁰²⁰ Galenkamp'a göre kültürel kimlik hakkının başında geldiği kolektif haklar, bazı kişi toplulukları için yaşamsal öneme sahip olan topluluk özelliklerinin korunmasında işlev görür. Bu nedenle uluslararası hukuk belgelerinin getirdiği formüle ek olarak kolektif hak kavramının bir ihtiyaç olduğu savunulabilir. Zira kolektif hak niteliği itibariyle bireysel haktan farklı olduğu gibi, koruduğu hukuksal yarar ve işlev yönüyle farklıdır.

¹⁰¹⁷ Ian Shapiro and Will Kymlicka, eds., *Ethnicity and Group Rights* (New York, NY: New York Univ. Press, 1997), s. 7; Benzer şekilde Van Dyke, liberal geleneğin, birey ile devlet arasındaki gruplara herhangi bir statü kazandıramayan bireycilik temelli olduğunu savunmaktadır. Vernon Van Dyke, "The Individual, the State and Ethnic Communities in Political Theory," in *The Rights of Minority Cultures*, ed. Will Kymlicka (New York: Oxford University Press, 1995), 31–56.

¹⁰¹⁸ Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi*, s. 91-92.

¹⁰¹⁹ Vernon Van Dyke, "The Individual, the State and Ethnic Communities in Political Theory," *World Politics* 29, no. 3 (1977), s. 350.

¹⁰²⁰ Galenkamp, "Collective Rights," s. 300.

Kolektif hak savunucuları, bireysel insan hakları normlarının toplulukları gerektiği gibi koruyamadığını savunmaktadır. Bu nedenle bireysel niteliğin dışında kültürel kimlik hakkının kolektif niteliği olmalıdır. Mevcut insan hakları sistemi, bireysel karakteri ve kültürel hakların az gelişmişliği nedeniyle toplulukların kültürel kimliklerinin tanınması ve korunmasına ilişkin taleplerini karşılayamamaktadır.¹⁰²¹ Nitekim belirli kolektif kültürel hakların hukukça tanınmasına yönelik çağrılar, salt bireysel insan hakları anlayışının hâkim olduğu bireysel kimlik ve onurun topluluğa üyelikle yakından bağlantılı olduğu toplumların kültürel normlarının taleplere yeterince yanıt vermemesinden kaynaklanmaktadır.¹⁰²² Bireyin topluluklara üstünlüğü, herkese eşit fırsatların verilmesi veya hukuksal eşitlik ilgi çekici yaklaşımlar olarak görülebilir. Ancak kültürel azlıkların olduğu toplumlarda eşitsiz, dezavantajlı durumlarda doğan ve bulunan birçok kişi için bireysel hakların üstünlüğü aslında sosyal gerçeklikte gerçeği yansıtmaz. Bu nedenle bireysel insan hakları, kültürel toplulukların içinde olduğu zorlukların üstesinden gelmekten uzaktır ve kolektif haklar olmadan bireysel hakların gerçek anlamda korunması mümkün görünmemektedir.¹⁰²³ Öte yandan ayrımcılık yasağı ilkesinin ayrımcılığa uğrayan toplulukların haklarını korumak için uygulanması, bir açıdan ayrımcılığın hedefi olmak istemeyenlerin geleneksel yaşam tarzını, kültürünü ve dilini terk etmesine yol açabilir. Bu anlamda genel olarak kolektif haklar ve özel olarak kolektif bir kültürel kimlik hakkı, kolektif hakların kullanılması ve pozitif ayrımcılık ile birlikte uygulandığında topluluklarının çok daha etkin bir şekilde korunmasını ve geliştirilmesini sağlayabilir.

Kolektif hak savunucularına göre kolektif haklar, grup halinde ortaklaşa kullanılan bireysel haklarla karıştırılmamalıdır. Yani bir hakkın kullanılma biçiminin, söz

¹⁰²¹ Tavani, *Collective Rights and The Cultural Identity of the Roma*, s. 142.

¹⁰²² Blake, "Collective Cultural Rights," s. 68.

¹⁰²³ Helen O'Nions, *Minority Rights Protection in International Law: The Roma of Europe* (Aldershot: Ashgate, 2007), s. 32-33, 64-65.

konusu hakkın niteliğini belirleyen bir kriter olarak ele alınması bireysel-kolektif hak ayrımında yapılan ilk hatadır. Buna göre bir hakkın kullanılma şekli tek başına, onun niteliğini belirlemede makul bir kriter olamaz.¹⁰²⁴ İkinci hata kolektif hakları özel bir amaçla bir araya gelen belirli bir kişi alt grubuna, örneğin çocuklar, yaşlılar, kadınlar, sendika üyeleri, işçileri vb. gibi belirli bir tanıma uyan herkese tanınan bireysel haklarla karıştırmak olarak görülmektedir.¹⁰²⁵ Kolektif haklar bir tür ahlaki ilişkiye sahip olan topluluklar için geçerlidir. Bu ilişki, dernek ve sendikaların aksine, üyelerin sonradan edindikleri ve tamamen isteyerek bağlı oldukları ortak bir amaca dayanmamaktadır. Topluluk haklarına konu olabilecek kişi toplulukları böyle bir ortak amaçtan bağımsız olarak vardır. Bu bağlamda olası kolektif özneler ulusal, etnik, dinsel, dilsel azınlıklar, yerli halklar veya ırk, etnisite, din, kültür, dil veya tarihle bağlantılı olan ve kolektif bir çıkarla ilişkilendirilen diğer kişi topluluklarıdır.¹⁰²⁶ Kolektif yön, hakkın özellikle belirli topluluklara üyelikle bağlantılı olduğu durumlarda, örneğin dilsel ve dinsel azınlık üyelerinin kendi dillerini veya dinlerini koruma hakları gibi durumlarda daha belirgindir.¹⁰²⁷ O halde topluluklar, birlikte ortak yaşamı olmayan yapay veya rastgele oluşan insan kategorilerinden ve gönüllü dernek veya sendikalardan ayrı tutulmalıdır.¹⁰²⁸ Bu bağlamda kadınlar, eşcinseller, engelliler vb. gibi farklı bir yaşam tarzını paylaşan

¹⁰²⁴ Miodrag Jovanović, “Cultural Rights as Collective Rights,” in *Cultural Rights as Collective Rights: An International Law Perspective*, ed. Andrzej Jakubowski (Brill | Nijhoff, 2016), s. 20.

¹⁰²⁵ Jovanović, “Cultural Rights as Collective Rights,” s. 20.

¹⁰²⁶ Corsin Bisaz, *The Concept of Group Rights in International Law: Groups as Contested Right-Holders, Subjects and Legal Persons* (Brill | Nijhoff, 2012), s. 28-29.

¹⁰²⁷ J. Herman Burgers, “The Function of Human Rights as Individual and Collective Rights,” in *Human Rights in a Pluralist World: Individuals and Collectivities*, ed. Jan Berting et al. (Westport, London: Meckler, 1990), s. 72.

¹⁰²⁸ Will Kymlicka, *The Rights of Minority Cultures* (New York: Oxford University Press, 1995), s. 13-14.

ancak bir tarihi ve kültürü paylaşmayan diğer toplumsal gruplar kişi topluluğu olarak değerlendirilemez.¹⁰²⁹

Kolektif hak savunucularına göre kolektif haklar, bireyselliğe indirgenemez kolektif çıkarları ve kimliği koruyan ve bir topluluğa ait olan haklardır.¹⁰³⁰ Diğer bir ifadeyle kolektif haklar, kurumsal bir varlığın sahip olduğu ve bireysel üyelere indirgenemeyen haklardır.¹⁰³¹ Kişi topluluğu, kolektif bir varlık olarak kendine ait kolektif bir hakka sahip tek bir birimden, tek bir bütünden oluşur. Dolayısıyla kolektif hak, birey haklarına indirgenemeyecek bir hak niteliğindedir.¹⁰³² Kolektif hak savunucularına göre bir hakkı kolektif kılan şey, o hakkın doğrudan topluluğa ait olması, topluluğun yararlarını korumasıdır.¹⁰³³ Kolektif yarar, bir kişiyi veya ayrı ayrı birçok kişiyi değil, bir topluluğa ilişkin menfaati ifade etmektedir.¹⁰³⁴ Buna göre kolektif yararın kişisel yararları aşan, kişisel yararlardan ayrı bir niteliği vardır. Bu nedenle kolektif hakka ilişkin talepler kişisel yarardan farklı olan kolektif yararları korumaya ilişkindir.¹⁰³⁵ Diğer bir ifadeyle kolektif hak düşüncesi topluluk çıkarlarının bireysel çıkarlara indirgenemeyeceği düşüncesine dayanır. Topluluk çıkarları üyelerinin çıkarlarıyla bağlantılıdır. Ancak bu tür bağlantılar indirgeyici değildir ve genellikle dolaylıdır.¹⁰³⁶ Bu nedenle kolektif hakların salt bireysel terimlerle kavramsallaştırılması bir hata olarak

¹⁰²⁹ Donders, “Foundations of Collective Cultural Rights,” 2015, s. 2; Miodrag A. Jovanović, “Recognizing Minority Identities through Collective Rights,” *Human Rights Quarterly* 27, no. 2 (2005), s. 636-637.

¹⁰³⁰ Galenkamp, “Collective Rights,” s. 299.

¹⁰³¹ Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, s. 48.

¹⁰³² Vernon Van Dyke, *Human Rights, Ethnicity and Discrimination* (Westport: Greenwood Press, 1985), s. 207-208.

¹⁰³³ Jovanović, “Cultural Rights as Collective Rights,” s. 22.

¹⁰³⁴ Emel Hanağası, *Davada Menfaat* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), s. 196.

¹⁰³⁵ İbrahim Özbay, *Grup Davaları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), s. 30-31.

¹⁰³⁶ Joseph Raz and Avishai Margalit, “National Self-Determination,” in *The Rights of Minority Cultures*, ed. Will Kymlicka (New York: Oxford University Press, 1995), s. 87.

görülmektedir. Belirli topluluk özellikleri veya topluluk kimliği olmalıdır.¹⁰³⁷ Bir topluluğu bütün olarak diğer kişilerden ayıran ve bazı topluluk özelliklerinin korunmasıyla ilgili olan kolektif haklar, belirli toplulukların tehdit altındaki ortak çıkarlarının korunmasını amaçlar.¹⁰³⁸ Bu bağlamda kolektif bir kültürel kimlik hakkı gereklidir. Zira uygulama salt-bireysel hak anlayışıyla sınırlı bir hukuksal korumanın, özellikle ulusal düzeyde çoğunlukçu yaklaşımlardan ötürü, kültürel toplulukların ayrı bir kimliğini korumak ve geliştirmek için yeterli olmadığını göstermektedir. Sonuç olarak dezavantajlı durumdaki kültürel topluluklar savunmasız kalmaktadır.¹⁰³⁹

- *Değerlendirme*

Bireysel hak ve kolektif hak anlayışları değerlendirildiğinde öncelikle, insan haklarının salt gerçek kişi olarak bireylere ait olduğuna ilişkin düşünce veya insanın insan olmasından ötürü sahip olunan haklar olduğuna dair tez kendi içinde çürütülebilir. Şöyle ki orijinal insan hakları doktrininin, bunların, her insanın sırf insan olmasından dolayı sahip olduğu haklar olarak kabul ettiği bir gerçektir. Fakat doktrin başlangıçta günümüzde anlaşıldığı şekliyle “insan haklarına” (*human rights*) değil, “adam haklarına” (*the rights of man*) atıfta bulunmaktaydı.¹⁰⁴⁰ Benzer şekilde AMİHS de “*rights of man*” ile sınırlı olarak temel hakları tanımaktaydı. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi aynı şekilde her hakkı herkese tanımamaktaydı. Bildirge aktif ve pasif yurttaş ayrımı yaparak seçme ve seçilme hakkını yalnızca aktif yurttaşlarla sınırlı tutmaktaydı.¹⁰⁴¹ Öte yandan MSHS, kolektif hak olduğu neredeyse tartışma konusu olmayan “kendi kaderini belirleme hakkını” (*self-determination*) aslında kolektif hak olarak tanımaktadır. Kaldı ki

¹⁰³⁷ Marlies Galenkamp, *Individualism Versus Collectivism: The Concept of Collective Rights* (Rotterdam: Erasmus Univ, 1998), s. 20, 111.

¹⁰³⁸ Galenkamp, “Collective Rights,” s. 295.

¹⁰³⁹ Kymlicka, *The Rights of Minority Cultures*, s. 18.

¹⁰⁴⁰ Burgers, “The Function of Human Rights as Individual and Collective Rights,” s. 73.

¹⁰⁴¹ Teziç, *Anayasa Hukuku*, s. 109.

daha sonra kabul edilen sözleşme ve bildirgeler açıkça kolektif nitelikteki başkaca hakları da tanımaktadır. Bu durum “insan hakları” kavramının günümüzdeki kullanımının salt gerçek kişilerle sınırlı görülemeyeceğini, kolektif varlıkların haklarını da kapsadığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır.¹⁰⁴² Ayrıca kişilerin insan haklarından tamamen yalıtılmış olarak değil, aynı zamanda topluluk üyeleri olmalarından kaynaklı olarak bazı haklardan yararlandıkları konusunda geniş bir fikir birliği vardır. Birçok bireysel insan hakkı kişiyi, özellikle bir topluluğun üyesi olarak korur. Örneğin kişinin, belirli bir topluluğa ait olması nedeniyle ayrımcılık yasağından yararlanmasında, kültürel yaşama katılma hakkına veya kültürel kimlik hakkına sahip olmasında durum böyledir.¹⁰⁴³ Dolayısıyla insan hakları teorisinin salt bireysel hakka dayanan tezi kendi içinde çürütülebilir bir tez olarak görülebilir. Zira hakları salt bir hak kategorisine yerleştirmek zordur. Bazen bir hak salt olarak topluluğun üyelerine tek tek verilirken bazen salt topluluğun kendisine tanınabilir, bazen de hem topluluğun üyelerine hem de topluluğun kendisine atfedilebilir.¹⁰⁴⁴ Diğer bir ifadeyle bir hak, topluluğun üyelerinin yararlarını tek tek koruyabileceği gibi salt topluluğun kolektif yararını koruyabilir veya hem topluluğun üyelerinin hem de topluluğun kendisinin çıkarlarını koruyabilir. Örneğin toplulukta hangi hayvanın avlanabileceğine Hint topluluğu konseyi karar verir. Konseyi tarafından avlanması kısıtlanan bir Kızılderili, bunun bireysel hakkının reddi ve engellenmesi anlamına geldiğini iddia edemez. Çünkü Kızılderililerin avlanma hakları kişilere bireysel olarak tanınmamaktadır.¹⁰⁴⁵ Bir diğer örnek anadili hakkında verilebilir. Kişinin anadilini konuşma hakkı gibi bazı haklar hem bireysel hem de kolektif çıkarları koruyabilir.¹⁰⁴⁶ Bu

¹⁰⁴² Burgers, “The Function of Human Rights as Individual and Collective Rights,” s. 74. Burgers, “The Function of Human Rights as Individual and Collective Rights”, s. 74.

¹⁰⁴³ Donders, “Foundations of Collective Cultural Rights,” 2015, s. 8.

¹⁰⁴⁴ Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, s. 45.

¹⁰⁴⁵ Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, s. 45.

¹⁰⁴⁶ Leighton McDonald, “Can Collective and Individual Rights Coexist?,” *Melbourne University Law Review* 22, no. 2 (1998), s. 321.

bağlamda kültürel kimlik hakkı da açıkça kolektif niteliğe sahip olan, fakat aynı zamanda bireysel nitelikte karma bir hak olarak görülebilir. Zira kültürel kimlik hakkı hem bireysel yararları hem de kolektif yararları koruma işlevine sahiptir. Nitekim ESKHK, kültürel haklar konusunda bağımsız Uzman Farida Shaheed kültürel kimlik hakkının iki boyutluluğunu teyit etmektedir. Kültürel kimlik hakkı doğası gereği kolektiftir. Zira kültürel azınlıklar ve yerli halklar gibi kültürel kimliği tehlikede olan toplulukları korur.¹⁰⁴⁷ Bireysel nitelikteki kültürel kimlik hakkı, bireyler ve topluluk üyeleri için temel bir hak olduğu gibi kolektif nitelikteki kültürel kimlik hakkı da kültürü ve kültürel kimliği yok olma tehlikesiyle karşı karşıya olan azınlıklar için temel bir hak olarak görülmektedir.¹⁰⁴⁸

Öte yandan bireysel haklar ile kolektif haklar kendi içinde mutlak bir zıtlık olarak ele alınmak zorunda değildir. Her iki hak yaklaşımı aynı anda bir arada olabilir. Hatta bireysel ve kolektif hak anlayışlarının birbirini dışlamadığı, birbiriyle çelişmediği, aksine birbirini güçlendirdiği savunulabilir.¹⁰⁴⁹ Nitekim Raz'a göre bireysel haklar, bireysel hak yararlanıcılarının çıkarlarından daha fazla bir değeri korumaktadır. Söz konusu hakların değeri yalnızca hak yararlanıcılarının bireysel çıkarlarında değil, aynı zamanda bir ortak iyide, yani ortak bir kültürde yatmaktadır.¹⁰⁵⁰ Dolayısıyla bireysel haklar ortak bir kültürde veya topluluk içinde daha fazla bir değer ve anlam kazanır. Zira bir toplulukta üyeler ve topluluğun karşılıklı bağlılığı vardır. Buna göre topluluk üyelerinin kimliği ve refahı ile topluluğun kimliği ve refahı birbiriyle bağlıdır. Topluluğun üyeleri kendilerini topluluğa atıfta bulunarak tanımlar ve kim olduklarını açıklar. Onların refahı veya statüsü

¹⁰⁴⁷ Burgers, "The Right to Cultural Identity," s. 252.

¹⁰⁴⁸ Tavani, *Collective Rights and The Cultural Identity of the Roma*, s. 178.

¹⁰⁴⁹ Rodolfo Stavenhagen, "The Right to Cultural Identity," in *Human Rights in a Pluralist World: Individuals and Collectivities*, ed. Jan Berting et al. (Westport, London: Meckler, 1990), s. 258.

¹⁰⁵⁰ Raz, *Ethics in the Public Domain*, s. 37.

kısmen topluluğun refahı veya statüsü tarafından belirlenir.¹⁰⁵¹ Yine bireyler bir topluluğa üyelik yoluyla (kültürel) kimliklerini tanımlar; daha anlamlı ve onurlu bir yaşam sürerler. Şu durumda iki hak anlayışının birbiriyle çeliştiği tezinin aksine birbirinden tamamen soyutlanamayacağı gibi ikili arasındaki pozitif bir ilişki de tespit edilebilir. Topluluğa üyelik, kişinin fırsatları kullanabilme ve uğraşlara katılma yeteneğini büyük ölçüde etkilediğinden bireysel hak açısından büyük önem taşır.¹⁰⁵² Örneğin *Sandra Lovelace v. Canada* davasında başvuru Hindistan kökenli Kanadalı bir kadının, MSHS'nin güvencesi altında olan kültürel yaşama katılma hakkı, (dolayısıyla kültürel kimlik hakkı) İHK tarafından korunmuş olsa da¹⁰⁵³ kendi topluluğu dışından biriyle evlenmesinden kaynaklı olarak MSHS'nin koruması dışında kalan Hindistan statüsünü ve eğitim, barınma ve sosyal yardım gibi özel programlara erişimini kaybettiği görülmektedir.¹⁰⁵⁴ Dolayısıyla somut olaydan hareketle bireysel hak yararlanıcısı, bir topluluğun üyesi olarak daha fazla fırsattan yararlanabilir ve daha etkin bir şekilde korunabilir. Diğer taraftan bireysel hak da topluluk hak ve çıkarlarını koruyabilir. Bu nedenle bireysel ve kolektif haklarla ilgili varlığı zorunlu ikili zıtlık (*dichotomy*) yüzeysel bir basitleştirme olarak değerlendirilebilir.¹⁰⁵⁵ Bunun belki en iyi somut göstergesi hukuk belgelerinde kolektif niteliği açıkça ifade edilmeyen (ancak daha sonra izleme organları tarafından bu niteliği de kabul edilen) kültürel hakların ve özelde kültürel kimlik hakkının “ait olunun azınlığın veya topluluğun üyeleriyle birlikte kullanılması” formülüdür. Başlangıçta birçok sözleşme ve bildirge aslında hakkın inkâr edilemez kolektif niteliğini bu şekilde esnetme arayışına girmiş, fakat daha sonra kolektif nitelik de özellikle yerli halkların haklarında açıkça tanınmıştır. Örneğin, MSHS m. 27 formülü kolektif hakları güvence

¹⁰⁵¹ Johnston, “Native Rights as Collective Rights,” s. 182-183.

¹⁰⁵² Raz and Margalit, “National Self-Determination,” s. 87.

¹⁰⁵³ HCR, *Sandra Lovelace v. Canada*, Communication No. 24/1977, 29.12.11977, para. 14, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 83 (1984).

¹⁰⁵⁴ HCR, *Sandra Lovelace v. Canada*, para. 9.3.

¹⁰⁵⁵ McDonald, “Can Collective and Individual Rights Coexist?,” s. 322.

altına almamakla birlikte bireysel hakların bir topluluğun varlığına dayandığını kabul etmektedir.

Azınlık üyelerinin haklarına münhasıran bireysel haklar olarak yaklaşmak, azınlık gerçekliğinin kolektif boyutu nedeniyle toplulukların ve özellikle de kültürel kimliklerinin yeterince korunmamasına neden olabilir.¹⁰⁵⁶ Topluluk üyelerinin ayrımcılık yasağı ve eşitlik haklarına sahip olduğu (ve dolayısıyla bireysel haklar kanalıyla haklarını ileri sürebilecekleri) iddia edilebilse de ayrımcılığın, neredeyse her zaman bireyin belirli bir gruba yönelik olarak ortaya çıktığı düşünülürse kolektif kültürel kimlik hakkının tanınmasının gerekliliği daha iyi anlaşılabilir. Bu nedenle toplulukların bireyler için elverişli bir yaşam yaratmada önemli bir faktör olduğu ve kolektif haklarla korunması gerektiği savunulabilir. Dolayısıyla kültürel toplulukların gerçek anlamda korunması ancak kolektif hakların desteklenmesi yoluyla sağlanabilir.¹⁰⁵⁷

O halde kolektif haklarla bireysel hakları birbirinin zıttı veya tamamen ayrı haklar olarak yorumlamak güçtür. Kolektif kültürel haklar bir yönüyle bireyci olan insan onuru açısından kültürlerin ve kültürel kimliklerin değerinin tanınmasına hizmet eder. Kültürel topluluklar bu kimlikleri şekillendirmede yaşamsal önem taşır. Kültürel topluluklar olanaklar ve fırsatlar sunarak bireylerin kişiliğini ve kimliğini şekillendirmede önemli rol oynar.¹⁰⁵⁸ Öte yandan toplulukların bazen hakları kötüye kullanılabilmesi ve bireysel hakları tehdit edebileceği gerekçesiyle kategorik olarak kişi topluluklarının kültürel kimlik hakkının güvence altına alınmaması düşünülemez. Zira bireysel haklar da dahil olmak üzere tüm hakların herkes tarafından kötüye kullanılabilmesinin altı çizilmelidir.¹⁰⁵⁹ Aslında kolektif haklar bireylere baskı kurmak amacıyla kullanılabilmesi

¹⁰⁵⁶ Henrard, *Devising an Adequate System of Minority Protection*, s. 240.

¹⁰⁵⁷ Tavani, *Collective Rights and The Cultural Identity of the Roma*, s. 148, 168.

¹⁰⁵⁸ Margalit and Harbetail, "Liberalism and the Right to Culture," s. 503-505.

¹⁰⁵⁹ Bhikhu C. Parekh, *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory* (Basingstoke: Macmillan, 2000), s. 216.

gibi, bireysel haklar da topluluklara zarar vermek ve topluluk haklarını ihlal etmek üzere kullanılabilir.¹⁰⁶⁰ Dahası bazı kolektif haklar, bireysel hakları korur ve bunların yararlanıcılarını güçlendirir. Örgütlü topluluklar, üyelerinin haklarını bireysel hareketten daha iyi koruyabilirler.¹⁰⁶¹ Bireyler kadar toplulukların da hak öznesi olarak kabul edilmesi, baskın olan topluluklara karşı zayıf durumdaki toplulukların ve üyelerinin korunmasını sağlar. Dolayısıyla dezavantajlı durumda bulunan topluluklara yapılacak pozitif ayrımcılık ve topluluğun tamamına yönelik telafi edici tedbirlerin alınması, kişisel olarak ayrımcılığa maruz kalmamış olsalar bile kişilerin bireysel olarak yarar sağlamalarını sağlar.¹⁰⁶² Bu nedenle kolektif hak kişinin bireysel kültürel kimliği için bir zıtlık olarak görülmemelidir. Zira bireysel kimlik, kolektif anlam ifade eden kültürel bir topluluğa ait olma duygusuyla güçlü bir şekilde bağlantılıdır.¹⁰⁶³ O halde kültürel kimlik hakkı kapsamında bireysel hak ile kolektif hakkın birbirini dışlamadığı tersine güçlendirdiği savunulabilir. Bireysel kültürel kimlik hakkının etkinliği veya etkin koruması kolektif bir boyutu gerektirebilir. Kolektif bir kültürel kimlik hakkı toplumdaki belirli grupların tam bütünleşmesi ve tanınması için gerekli bir ön koşul olarak görülebilir.¹⁰⁶⁴ Bu nedenle hem bireysel hem de kolektif boyutlu bir kültürel kimlik hakkı daha kapsayıcı ve koruyucu olacağından tercih edilebilir.

Bireysel hakların haklılığını ileri sürmek için bireysel ve kolektif haklar arasında gerilime başvurulması kolektif haklara karşıt belirleyici bir argüman olarak değerlendirilemez. Bireysel hak ile kolektif hak arasında olduğu iddia edilen ikili karşıtlığın (*dichotomy*) altında yatan birtakım ideolojik varsayımlar tespit edilebilir. Öncelikle Batı anayasaları Komünist anayasalarla karşılaştırıldığında kolektif hakların

¹⁰⁶⁰ Tavani, *Collective Rights and The Cultural Identity of the Roma*, s. 163.

¹⁰⁶¹ Parekh, *Rethinking Multiculturalism*, s. 216.

¹⁰⁶² Van Dyke, "The Individual, the State and Ethnic Communities in Political Theory," 1977, s. 365.

¹⁰⁶³ Donders, "Foundations of Collective Cultural Rights," 2015, s. 16.

¹⁰⁶⁴ Tavani, *Collective Rights and The Cultural Identity of the Roma*, s. 143.

reddinin, genellikle bireysel hakların liberal demokrasiyle ve kolektif hakların otoriter bir rejimle eş görülmesi ön kabulüne dayandığı görülür. İkinci varsayım katı bireyciliğin ideolojik temellerine dayanmaktadır. Gerçekten de birbirini reddeden karşıt ikilik tezi ideolojik görünmektedir.¹⁰⁶⁵ Çünkü liberalizm, birey ile devlet arasında başka bir ara unsuru görmeyen bireyci bir teoridir.¹⁰⁶⁶ Özünde siyasal bir endişeye dayanan ikinci varsayım ise kolektif hakların tanınmasının, ayrılıkçılığa doğru atılan bir adımdan başka bir şey olmadığı düşüncesine dayanır. Diğer bir ifadeyle kültürel topluluklara kolektif hakların tanınması, ulusal egemenlik ilkesine ve dolayısıyla bir devletin toprak bütünlüğüne yönelik bir tehdit olarak görülmektedir.¹⁰⁶⁷ Bu tez siyasal kaynaklı görülebilir. Zira bu görüş ulus devletlerin çeşitli nedenlerle kendilerini azınlıklara karşı güvenceye alma isteği olarak yorumlanabilir.

Öte yandan şunu belirtmek gerekir ki, kolektif hakların bireysel haklarla çatışmayacağına dair bir garanti verilemez. Bir topluluğun kolektif hakları, o topluluğun üyelerinin, üye olmayanların bireysel haklarıyla veya diğer grupların kolektif haklarıyla pekâlâ çatışabilir. Bununla birlikte esas olarak çatışma sorununun kolektif haklara özgü olmadığını vurgulamak gerekir. Zira çatışmalar aynı zamanda aynı nitelikteki farklı bireysel haklar arasında da ortaya çıkabilir.¹⁰⁶⁸ Genel kabul gören kural, insan hakları veya temel hak ve özgürlükler arasında katı bir hiyerarşi olmadığı ve dolayısıyla belirli (bireysel veya kolektif) haklara öncelik verme konusunda katı bir anlayışın bulunmadığıdır. Bu nedenle örneğin haktan yararlanan kişilerin sayısı nedeniyle, kolektif

¹⁰⁶⁵ Benzer yönde bkz. Konstanze Glaser, *Minority Languages and Cultural Diversity in Europe: Gaelic and Serbian Perspectives* (Clevedon: Multilingual matters, 2007), 1.

¹⁰⁶⁶ Shapiro and Kymlicka, *Ethnicity and Group Rights*, 7.

¹⁰⁶⁷ Joseph Marko, “Law and Sociology: The Constructivist and Interpretative Turn,” in *Human and Minority Rights Protection by Multiple Diversity Governance: History, Law, Ideology and Politics in European Perspective*, ed. Joseph Marko and Sergiu Constantin (Abingdon, Oxon ; New York: Routledge, 2019), s. 162-164.

¹⁰⁶⁸ McDonald, “Can Collective and Individual Rights Coexist?,” s. 324.

hakların her zaman üstün olduğu iddia edilemez. Aynı şekilde bireysel hakların her zaman üstün gelmesi gibi bir kural da söz konusu olamaz.¹⁰⁶⁹ Gerçekten de haklar hiçbir düzeyde mutlak değildir. Haklar ve bunların uygulaması diğer haklarla sınırlıdır.¹⁰⁷⁰ Bu nedenle bireysel ve kolektif haklar arasında bir gerilim veya çatışma olsa bile bunun, kolektif hakların reddine neden olacak bir gerekçe şeklinde sunulması kabul edilmez.¹⁰⁷¹ Zira hakların çıkar anlayışı, haklar arasında çatışmayı olağan kılar.¹⁰⁷² Bu durumda yapılması gereken ilk iş pozitif hukuka bakmak olabilir. Örneğin Uluslararası hukukta “Kültürel Çeşitliliğe İlişkin Evrensel Bildirge” (m. 4) ve “Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesine İlişkin Sözleşme” (m. 2/1) hiç kimsenin, İHEB ve uluslararası hukuk tarafından güvence altına alınan insan haklarını ihlal etmek veya bunların kapsamını sınırlamak amacıyla (kolektif nitelik arz eden) kültürel çeşitliliğe başvuramayacağını açıkça belirtir. Yine AİHS m. 17 hakkın kötüye kullanılmasını yasaklar.

“Bu Sözleşme’deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme’de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verecek şekilde yorumlanamaz.”

Dolayısıyla temel bir bireysel hakkı ihlal eden veya bunun kapsamını sınırlayan kolektif bir kültürel kimlik hakkı hukukça korunmayacaktır. Pozitif hukukta bir çözüm bulunamazsa yapılması gereken ikinci iş, haklar arasında ortaya çıkan çıkar çatışmalarında başvuru olan klasik hukuk ilkeleri ve yorum yöntemlerine bakmaktır. Eğer

¹⁰⁶⁹ Donders, “Foundations of Collective Cultural Rights,” 2015, s. 17.

¹⁰⁷⁰ Van Dyke, “The Individual, the State and Ethnic Communities in Political Theory,” 1977, s. 350.

¹⁰⁷¹ Peter R. Baehr and Koo VanderWal, “Introduction Item: Human Rights as Individual and as Collective Rights,” in *Human Rights in a Pluralist World: Individuals and Collectivities*, ed. Jan Berting et al. (Westport, London: Meckler, 1990), s. 35.

¹⁰⁷² Michael Freeman, “Are There Collective Human Rights?,” *Political Studies* 43, no. 1 (1995), s. 29.

bir çatışma kolektif haktan kaynaklanmaktaysa ve bu da evrensel hukuk ilkelerine aykırılık teşkil ediyorsa bireysel hakka üstünlük tanınabilir veya kolektif haklar ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde sınırlandırılabilir. Yine kolektif hak ile bireysel hak arasındaki çatışma pratik uyuşum ilkesine veya sistematik yorum ilkesine göre çözülebilir. Bu bağlamda pratik uyuşum ilkesine göre, bir temel hak diğer bir temel hakla veya hukuksal değerle çatıştığında hem temel hakkın hem de korunan hukuksal değer varlık ve etkileri optimal düzeyde (en üst seviyede) korunur. Burada bir temel hakkın diğerini tamamen ortadan kaldırması söz konusu değildir. Her anayasal veya hukuksal değer oransal bir düzen içinde optimal varlık ve değerini korur.¹⁰⁷³ Diğer bir ifadeyle çatışan haklardan her biri belli bir ölçüde sınırlamaya tabi tutulur. Çatışan haklar veya normlardan her birine optimal normatif etki sağlanarak çözüm bulunur.¹⁰⁷⁴ Öte yandan ilgili hak konusunda bir düzenleme veya sınırlama yoksa bile hakkın norm alanını belirleyen,¹⁰⁷⁵ hakkın niteliğinden doğan, diğer bir ifadeyle eşyanın tabiatından kaynaklanan objektif (nesnel) sınırları olduğu düşüncesinden hareketle ilgili hak sınırlanabilir.¹⁰⁷⁶ Ayrıca kültürel topluluk içindeki bireylere, temsilcilerine bakılmaksızın katılım hakkı anlamına gelen görüşlerini özgürce ifade edebilme hakkı tanınabilir. Kültürel gelenekler veya faaliyetler topluluğun bireysel üyelerinin tam rızasını bağlı kılınabilir.¹⁰⁷⁷ Dolayısıyla kültürel kimlik hakkının kolektif niteliğine, bir kültürel topluluğun bütün gelenek ve görenek, eylem ve değerlerinin mutlak olarak uygulanması gibi bir anlam yüklenmemelidir. Özellikle kültürel topluluğun dışarıdan gelen tehlikelere karşı korunması amacıyla kültürel kimlik hakkının gerekliliği savunulabilir. Fakat bir çatışma durumunda topluluk üyelerinin bireysel olarak örneğin, bir kültürel geleneği kabul etmeme hakkının da

¹⁰⁷³ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s. 40.

¹⁰⁷⁴ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 159.

¹⁰⁷⁵ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s 147.

¹⁰⁷⁶ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 113; Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s. 40.

¹⁰⁷⁷ Tavani, *Collective Rights and The Cultural Identity of the Roma*, s. 183.

güvenceye alınması gerekir. Bu bağlamda Kymlicka bir taraftan, toplumların dışarıdan gelebilecek tehlikelere karşı bir dışsal koruma olarak kolektif haklara sahip olabileceğini ancak diğer taraftan, üyelerine karşı içsel sınırlamalara tabi tutulmasını savunmaktadır.¹⁰⁷⁸ Örneğin kadınların baskı altına alındığı ve dini ortodoksluğun yasal olarak uygulandığı teokratik ve ataerkil kültürel topluluklarda kadın bireysel hakları tehlike altına girebilir. Kişileri belirli bir kiliseye gitmeye veya onların geleneksel toplumsal cinsiyet rollerini takip etmeye zorlamak, bireysel hakları kültürel gelenek veya dini ortodoksluk adına kısıtlamak veya kolektif hakları kötüye kullanmak anlamına gelir.¹⁰⁷⁹ Dolayısıyla kültürel kimlik hakkının da içinde olduğu kolektif kültürel haklar, topluluğun dinamik karakterine ve kültürüne saygı göstermeli ve kolektif kültürel kimlikleri mutlaklaştırmamalı veya kişileri kendi topluluk kültürüne hapsetmemelidir.¹⁰⁸⁰ Diğer bir ifadeyle koruma kültürel toplumların veya kültürlerin çitlerle çevrilmesi anlamına gelmemelidir. Çerçeve Sözleşme m. 3'ün işaret ettiği gibi bireyler, azınlık gibi bir kültürel topluluğun parçası olmak isteyip istemediklerine karar vermede özgür olmalı ve bu topluluğa üye olup olmamayı seçme hakkına sahip olmalıdır. Bu nedenle topluluğun kültürel kimlik hakkı ancak üyelerin kendi kültürel kimliklerini geliştirme konusunda özerk ve özgür kaldıkları ölçüde desteklenebilir.¹⁰⁸¹

Toplumların hak iddialarının uzun dönemde kişilerin bireysel haklarını ihlal edebileceğine dair bir olasılık her zaman hesaba katılmalıdır.¹⁰⁸² Diğer bir ifadeyle kültürel toplumların bireysel hakları ihlal etmesi, kullanımını güçleştirilmesi,

¹⁰⁷⁸ Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, s. 37.

¹⁰⁷⁹ Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, s. 36.

¹⁰⁸⁰ Jeremy Waldron, "Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative," in *The Rights of Minority Cultures*, ed. Will Kymlicka (New York: Oxford University Press, 1995), s. 105-108.

¹⁰⁸¹ Donders, "Foundations of Collective Cultural Rights," 2015, s. 16.

¹⁰⁸² Lyndel V. Prott, "Understanding One Another on Cultural Rights," in *Cultural Rights and Wrongs: A Collection of Essays in Commemoration of the 50th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, ed. Halina Nieć (Paris: UNESCO, 1998), s. 167.

sınırlandırması olasılık dahilindedir. Bu nedenle kişinin kültürel topluluğa karşı tamamen korunmasız bırakılması gibi bir hak anlayışı kabul edilemez. Fakat kültürel topluluğa karşı kişi haklarını korumanın tek yolunun topluluklara ait hakları reddetmekten veya bunların kolektif hak niteliğini değiştirmekten geçmesi gibi bir çözüm akla yatkın ve hakkaniyete uygun bir seçenek olarak durmamaktadır. Eğer bireysel kişi hakları, topluluğa karşı korunmak isteniyorsa bunun hukuksal çözümü, kültürel kimlik hakkının niteliğini değiştirmek veya bir yönünü reddetmek şeklinde olmamalıdır. Olması gereken kültürel topluluklara karşı bireysel koruma mekanizmalarının tesis edilmesidir. Nitekim uluslararası hukuk bu ve benzer durumlarda kişi haklarını açıkça koruyacak mekanizmalar ve normlar belirlemiş durumdadır. “Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesine İlişkin Sözleşme” (m. 2/1) hiç kimsenin, İHEB ve uluslararası hukuk tarafından güvence altına alınan insan haklarını ihlal etmek veya bunların kapsamını sınırlamak amacıyla (kolektif nitelik arz eden) kültürel çeşitliliğe başvuramayacağını açıkça belirtmiştir. Bu yaklaşım ESKHK'nin kültürel yaşama katılma hakkına ilişkin Genel Yorumunda da teyit edilmiştir.¹⁰⁸³ Komite belirli durumlarda, özellikle diğer temel hakları ihlal eden, gelenek ve göreneklere atfedilenler de dahil olmak üzere olumsuz uygulamalar söz konusu olduğunda, herkesin kültürel yaşama katılma hakkına, dolayısıyla kültürel kimlik hakkına sınırlamalar getirilebileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda Komite, ESKHS m. 15/1(a) hükmünün, herhangi bir devlet, topluluk veya kişi tarafından Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden herhangi birini hükümsüz kılacak veya bu hak ve özgürlüklerin öngörülenden daha geniş ölçüde sınırlandırılmasını amaçlayacak herhangi bir faaliyette bulunma hakkını verecek şekilde yorumlanamayacağını ifade ederek ESKHS tarafından tanınan hak ve yetkilerin kötüye kullanılmayacağını saptamıştır.¹⁰⁸⁴ Dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması olasılığında

¹⁰⁸³ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 18.

¹⁰⁸⁴ CESCR, *General Comment No. 21*, paras. 19, 20.

kolektif hakların, özellikle de kültürel toplulukların kolektif haklarının hukukça tanınması, bireysel hakların kullanımını sınırlandırmaması, özüne zarar vermemesi koşuluyla tesis edilebilir.¹⁰⁸⁵ Öte yandan kolektif hakla bireysel bir hak çatıştığında somut duruma göre bireysel hakka üstünlük tanınabilir.¹⁰⁸⁶ Sonuç olarak bireysel kültürel kimlik hakkı bağlamında bireylerin, haklarının ihlal edildiğini düşündükleri bir topluluktan ayrılma hakkına sahip olması gerekir.

Gelinen aşamada kültürel kimlik hakkı ve diğer kültürel haklar, herkes için insan haklarını veya temel hak ve özgürlükleri içeren belgelere dahil edilmiştir. Ancak bu hükümler azınlıklar ve yerli halklarla ilgili belgelerde daha belirgin bir şekilde yer almıştır. Kültürel haklar her zaman kolektif bir boyuta sahip olsa da salt topluluk hakları anlamına gelmez. Uluslararası hukukta, bazı kültürel haklara ilişkin hükümler gerçek anlamda topluluk haklarıdır ve bazıları da kolektif olarak yararlanılma potansiyeli olan bireysel haklardır. Hakların konusuna bakıldığında bazı hakların kolektif bir kültürel yararı koruduğu, bazılarının bireysel bir kültürel yararı koruduğu, bazılarının ise her ikisini de koruduğu söylenebilir.¹⁰⁸⁷ Kültürel kimlik hakkının hem bireysel hem de kolektif kültürel yararları koruduğu savunulabilir. Zira salt kolektif veya bireysel kültürel kimlik hakkı çok dar ve statik bir kültür görüşüne dayanır.¹⁰⁸⁸ Dolayısıyla kültürel kimlik hakkı aynı anda birbirini reddetmeksizin her iki hak niteliğine sahip bir hak olarak değerlendirilebilir.

Bireysel ve kolektif hak tartışmasında kültürel kimlik hakkının hem kolektif hak niteliğinin gerekliliği hem de bireysel bir hak olduğu konusunda belli düzeyde bir kanaatin olduğu söylenebilir. Diğer temel hak ve özgürlüklerin, kültürel kimlik hakkının

¹⁰⁸⁵ Stavenhagen, “The Right to Cultural Identity,” s. 258.

¹⁰⁸⁶ McDonald, “Can Collective and Individual Rights Coexist?,” s. 313.

¹⁰⁸⁷ Donders, “Foundations of Collective Cultural Rights,” 2015, s. 16.

¹⁰⁸⁸ Galenkamp, *Individualism Versus Collectivism*.

kolektif niteliği karşısında güvenceye alınmasıyla kültürel kimlik hakkı aynı zamanda kolektif bir hak olarak tanınabilir. Kültürel kimlik hakkının kolektif niteliği bireysel niteliğinin yanı sıra gereklidir. Zira topluluğun çıkarlarının korunması gereklilik olduğu gibi, bireysel hakkın tek başına topluluğun üyesi olarak bir kişinin kolektif haklarını koruması güç görünmektedir.¹⁰⁸⁹ Ayrıca kültürel kimlik hakkının bireysel boyutun dışında kolektif bir boyutu olduğu açıktır.¹⁰⁹⁰ Bireysel nitelikte kültürel kimlik hakkının toplulukların kültürel kimlik hakkını yeterince koruması şüphelidir. Dolayısıyla kültürel kimlik hakkının bireysel bir hak kadar kolektif bir hak olarak da değerlendirilebileceğine dair bir anlayış, diğer bir ifadeyle kolektif kültürel kimlik hakkı düşüncesi, günümüzde uluslararası hukukta veya ulusal hukuklarda temel hak ve özgürlükler rejiminde kabul görmelidir.¹⁰⁹¹ Hem bireysel ve hem de kolektif hak niteliğindeki kültürel kimlik hakkı bir temel hak ve özgürlük olarak kabul edilebilir. Nitekim gerek uluslararası hukuk belgeleri gerekse önemli sayıda ulusal belge, başta anayasalar olmak üzere kültürel kimlik hakkını her iki hak anlayışıyla birlikte güvence altına almaktadır. ESKHK'nin belirtmiş olduğu gibi kültürel kimlik hakkının öznesi olarak ifade edilen "herkes" ifadesinden hem bireysel hem de kolektif hak çıkarımını yapmak en doğru ve kapsayıcı sonuç olarak görülebilir.

III. KÜLTÜREL KİMLİK HAKKININ YARARLANICILARI

A. GENEL OLARAK

Genel olarak bir hakkın yararlanıcısı denilince öncelikle gerçek kişiler akla gelir. Gerçek kişiler herkes, vatandaşlar, yabancılar veya belli kategorideki kişilerden (işçiler, göçmenler, çocuklar, yaşlılar vb.) oluşur.¹⁰⁹² Bazı hakların yararlanıcısı "herkes" olarak

¹⁰⁸⁹ Prott, "Understanding One Another on Cultural Rights," s. 167.

¹⁰⁹⁰ Margalit and Harbetail, "Liberalism and the Right to Culture," s. 499.

¹⁰⁹¹ Shaheed, "Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights," para. 10.

¹⁰⁹² Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 175-177.

tanımlanırken bazılarının “vatandaşlar” veya “yabancılar” olarak tanımlanabilir.¹⁰⁹³ Gerçek kişiler dışında tüzel kişiler ve tüzel kişiliği olmayan kişi toplulukları da hakkın yararlanıcısı olabilir. Zira hak, hukukun kişilere tanıdığı ve kişilerin menfaat sağladığı yararlar olduğundan tüzel kişiler ve kişi toplulukları hakkın kapsamına girer.¹⁰⁹⁴ Kültürel kimlik hakkı konusunda çeşitli hukuk belgelerinin hakkın yararlanıcısı olarak adı geçen kişi veya kişi topluluklarını öngördüğü görülmektedir.

Uluslararası düzeyde İHEB (m. 27), ESKHS (m. 15), Irk Ayrımcılığı Sözleşmesi (m. 5/e), Afrika Şartı (m. 17/2), “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında AMİHS Ek Protokol” (m. 14/1) herkesin tek başına yararlanıcısı olduğu kültürel kimlik hakkını tanıır.

MSHS (m. 27) etnik, dinsel veya dilsel azınlık üyelerinin kültürel kimlik hakkını tanıır. BM Azınlık Hakları Bildirgesi (m. 1) azınlıkların ulusal veya etnik, kültürel, dinsel ve dilsel kimlik hakkını tanımasına rağmen (m. 2) hakkın yararlanılmasında ulusal veya etnik, dinsel ve dilsel azınlıklara mensup kişileri hakkın öznesi olarak düzenlemiştir. CEDAW (m. 13/1(c)) kadınların; ÇHS (m. 31/2) çocukların; Göçmen İşçileri Sözleşmesi (m. 17/1 ve 31/1) göçmen işçilerin ve aile fertlerinin; Engelli Kişiler Sözleşmesi (m. 30/4) engelli kişilerin kültürel kimlik hakkını özel olarak tanıyıp güvence altına almıştır.

Ulusal düzeyde Peru, Ekvador anayasaları herkesin kültürel kimlik hakkını tanıyarak olabildiğince geniş bir yararlanıcı kümesi oluşturmuştur. Makedonya (m. 48), Moldova (m. 10), Kongo Cumhuriyeti (m. 28) anayasaları ise vatandaşların kültürel kimlik hakkını tanımıştır. Bu anayasalar kültürel kimlik hakkının yararlanıcıları olarak vatandaşları belirlemiştir. Buna göre herkes hakkın öznesi değildir. Romanya Anayasası (m. 6) ulusal azınlıklara mensup kişilerin; Letonya Anayasası (m. 114) etnik azınlıklara

¹⁰⁹³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 173.

¹⁰⁹⁴ Eren, *Anayasa Hukuku*, s. 477.

mensup kişilerin kültürel kimlik hakkını tanımış, yani ulusal azınlıklara mensup kişilerin kültürel kimlik hakkını güvence altına almıştır. Polonya (m. 35) ve Sırbistan (m. 48) anayasaları etnik ve ulusal azınlıklar ile vatandaşların kültürel kimlik hakkını tanıyarak hakkı özneleri bakımından farklı bir yöntemle güvence altına almıştır. Öte yandan Ukrayna Anayasası (m. 11) ayrıksı bir örnek olarak tüm yerli halklar ile ulusal azınlıkların kültürel kimlik hakkını tanıyarak kişi topluluklarını hakkın yararlanıcısı olarak güvence altına almıştır. Ekvador Anayasası ise hem herkesin (m. 21) hem de toplulukların (m. 57) kültürel kimlik hakkını tanımıştır.

B. GERÇEK KİŞİLER

1. Genel Olarak

Hak yararlanıcıları temel olarak kişilerdir.¹⁰⁹⁵ Diğer bir ifadeyle hak ve özgürlüklerin yararlanıcılarının en geniş çerçevesi insan ya da kişi olarak ifade edilebilir.¹⁰⁹⁶ Kural olarak herkes temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilir.¹⁰⁹⁷ Temel hak ve özgürlüklerin ilk akla gelen öznesi bireyler, yani gerçek kişilerdir.¹⁰⁹⁸ Gerçek kişiler doğuştan hak sahibi kabul edilirler.¹⁰⁹⁹ Dolayısıyla bunların hakkın özneleri olmasında kuşku yoktur.¹¹⁰⁰ Birçok anayasa ve uluslararası hukuk belgesi en geniş çerçevede hak ve özgürlüklerin öznesi olarak kişileri belirler. Bu yapılırken de olumlu kalıpla “herkes” veya olumsuz kalıpla “hiç kimse” ifadeleri kullanılır.¹¹⁰¹ Hak, hukuk

¹⁰⁹⁵ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 77.

¹⁰⁹⁶ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 173.

¹⁰⁹⁷ Asbjørn Eide, “Economic, Social And Cultural Rights as Human Rights”, in *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, ed. Asbjørn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas, Second Revised Edition (Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), s. 18.

¹⁰⁹⁸ Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi*, s. 113.

¹⁰⁹⁹ Eren, *Anayasa Hukuku*, s. 477.

¹¹⁰⁰ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 77.

¹¹⁰¹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 173.

tarafından kişilere tanınan yetki¹¹⁰² olduğundan kültürel kimlik hakkının akla gelen ilk yararlanıcıları şüphesiz gerçek kişilerdir. Öncelikle gerçek kişiler kültürel kimliğini seçme, devam ettirme ve geliştirme, kültürel uygulamaları ve yaşam tarzlarını hayata geçirme hakkına sahip olabilir. Yine gerçek kişiler bir ya da daha fazla kültürel kimliğe sahip olabilir ve bir ya da daha fazla kültürel toplulukla özdeşleşip özdeşleşmemeye özgürce karar verebilir. Kültürel kimlik hakkı gerçek kişiler bakımından, en geniş kapsamıyla tüm gerçek kişiler lehine ek bir özel koşul aranmadan tanınabilir. Bu durumda herhangi bir kişinin haktan yararlanabilmesi veya hakkın öznesi olabilmesi başkasının katılımını gerektirmez. Yani kişi başkasına ihtiyaç duymadan tek başına hakkını kullanabilir.¹¹⁰³ Ulusal hukuka bakıldığında 1993 Peru Anayasası (m. 2/19) herkesin etnik ve kültürel kimliğine sahip olduğunu belirterek gerçek kişilerin kültürel kimlik hakkını açıkça tanımıştır.

2. Vatandaşlar

Hak ve özgürlüklerin yararlanıcısı vatandaşlar olabilir. Diğer bir ifadeyle hak, salt vatandaş sıfatı taşıyan gerçek kişilere tanınabilir.¹¹⁰⁴ Kural olarak her hakta olduğu gibi kültürel kimlik hakkının temel yararlanıcılarından biri vatandaşlardır. Bu bağlamda kültürel kimlik hakkı vatandaşlarla sınırlı olarak tanınabilir. Bu durumda kültürel kimlik hakkının vatandaşlara özgü kılınarak örneğin yabancılar kapsam dışında bırakılabilir. Örneğin 1994 Moldova Anayasası (m. 10/2) tüm vatandaşların etnik, kültürel, dilsel ve dinsel kimliklerini koruma, geliştirme ve ifade etme hakkını tanıyıp güvence altına almıştır. Fakat hukukun izin verdiği ve salt vatandaşlara özgülenebilen haklar sınırlı sayıdadır. Örneğin 1982 Anayasasında sadece vatandaşların hakkın yararlanıcısı olduğu

¹¹⁰² Rona Aybay, *İnsan Hakları*, 4. Baskı (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2019), s. 4.

¹¹⁰³ Esra Atalay, “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, Sayı 1 (2004), s. 48.

¹¹⁰⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 174.

haklara vatandaşlık hakkı (m. 66), seçme, seçilme, siyasal faaliyette bulunma (m. 67), siyasal parti kurma ve partilere girme (m. 68) gibi siyasal haklar örnek verilebilir.¹¹⁰⁵ Dolayısıyla özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna olduğu düzenlerde ancak belli kurallar çerçevesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması mümkün olur. Bu bağlamda kültürel kimlik hakkı vatandaşlara tanınabilir. Fakat kültürel kimlik hakkının (bir alt başlıkta görüleceği üzere) kural olarak sadece vatandaşlara özgü kılınacak istisnai haklar arasında değerlendirilmesi olanaklı görünmemektedir.

3. Yabancılar

Yabancılar özel olarak ifade edilmediyse kural olarak herkese tanınan veya öznesi “hiç kimse” şeklinde ifade edilen hak ve özgürlüklerden yararlanırlar.¹¹⁰⁶ Kültürel kimlik hakkının vatandaşlarla sınırlı olarak tanınması durumunda, yabancıların da kültürel kimlik hakkına sahip olabileceğine ilişkin hukuksal argümanlar ileri sürülebilir. Belki yabancıların kültürel kimlik hakkının tanınmamasından ziyade sınırlandırılması mümkün olabilir. Fakat yabancıların temel hak ve özgürlükleri, genel anlamda ancak belli kurallara uygun olarak sınırlandırılabilir. Örneğin 1982 Anayasası (m. 16) yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin uluslararası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırabileceğini belirtir.

BM Yaşadığı Ülkenin Uyuşunda Olmayan Kişilerin İnsan Hakları Bildirgesi (m. 5/1(6)) yabancıların kültürünü sürdürme, dolayısıyla kültürel kimlik hakkını tanımıştır. MSHS (m. 2) Sözleşmeye Taraf Devletlerin, ülkesinde yaşayan bütün bireylere ırk, renk, din, dil, cinsiyet, düşünce, doğum, mülkiyet ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayrımcılık gözetmeksizin Sözleşme’de tanınan hakları tanımak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlü olduğunu belirtmiştir. İHK yabancılarla ilgili Genel Yorumunda genel olarak, MSHS’de belirtilen hakların karşılıklılık esasına ve uyruğuna veya

¹¹⁰⁵ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 174.

¹¹⁰⁶ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 175.

vatansızlığına bakılmaksızın herkes için geçerli olduğunu belirtmiştir. Fakat Komite, raporlara bakıldığında her bir Taraf Devletin, MSHS’de tanınan hakların kendi topraklarında bulunan ve kendi yargı yetkisine tâbi olan herkese sağlaması gerektiği esasının çoğu zaman dikkate almadığını ifade etmiştir.¹¹⁰⁷ Komiteye göre Sözleşme’de yer alan hakların her birinin, vatandaşlar ve yabancılar arasında ayırım yapılmaksızın güvence altına alınması genel kuraldır. Buna göre yabancılar MSHS m. 2’de öngörüldüğü üzere, Sözleşme tarafından güvence altına alınan haklar açısından ayrımcılık yasağından yararlanırlar. Dolayısıyla bu güvence hem yabancıları hem de vatandaşları kapsar. İstisnai olarak MSHS’de tanınan haklardan bazıları açık bir şekilde yalnızca vatandaşlara uygulanabilir. Şu durumda Komiteye göre, anayasalarla hakların yalnızca vatandaşlar açısından güvence altına alınması isabetli olmaz. Bu bağlamda yabancıların Anayasa veya diğer normlarla güvence altına alınmayan haklarının, MSHS’nin gerektirdiği şekilde yabancılar da tanınması gerekir.¹¹⁰⁸ O halde ayrımcılık yasağı gereği vatandaşların kültürel kimlik hakkının tanınması karşısında yabancıların kültürel kimlik hakkının tanınmaması isabetli olmayacaktır. Nitekim İHK yabancıların MSHS m. 27 anlamında azınlık teşkil ettiği durumlarda, bu kişilerin, kendi gruplarının diğer üyeleriyle birlikte kendi kültürlerinden yararlanma (dolayısıyla kültürel kimlik hakkından yararlanma), kendi dinlerini açıklama ve uygulama ve kendi dillerini kullanma haklarının reddedilemeyeceğini saptamıştır.¹¹⁰⁹ Gerçekten de özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna olduğu anlayışta,¹¹¹⁰ Esen’in belirttiği gibi uluslararası hukuk kuralları ve kanunların öngördüğü koşullar çerçevesinde hakların, vatandaşlara tanındığı gibi yabancılar da tanınması olması gerektirir.¹¹¹¹ Kanun koyucunun bazı hak ve özgürlüklerde takdir

¹¹⁰⁷ HCR, *CCPR General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant*, 1986, paras. 1–2.

¹¹⁰⁸ HCR, *CCPR General Comment No. 15*, para. 3.

¹¹⁰⁹ HCR, *CCPR General Comment No. 15*, para. 7.

¹¹¹⁰ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 140-143.

¹¹¹¹ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 79.

yetkisi daha geniş olmasına rağmen mutlak değildir. Hakkın kullanımına ilişkin sınırlamalar hakkın kullanılmasını olanaksız hâle getirmemeli, özüne dokunmamalı ve ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır.¹¹¹² Öte yandan hakkın yalnızca vatandaşlara tanınarak yabancıların soyutlanması, haktan yoksun bırakılması demokratik ilkelere de aykırı düşer.¹¹¹³ Sonuç olarak yabancıların da kültürel kimlik hakkının güvence altına alınması esastır.

4. Belli Kategorilerdeki Kişiler

Belli kategorilerde yer alan kişilerin temel hak ve özgürlükleri buldukları dezavantajlı durum itibarıyla özel olarak güvence altına alınabilir. Bu bağlamda çocuklar, yaşlılar, engelliler veya ulusal, etnik, dilsel, dinsel azınlıklara mensup kişilerin kültürel kimlik hakkı özel olarak güvence altına alınıp korunabilir. Bazen pozitif ayrımcılık veya başka önlemlerin benimsenmesi yoluyla belli kategorideki kişiler özel olarak korunmak istenebilir.¹¹¹⁴ Örneğin Çerçeve Sözleşme ulusal azınlıklara mensup kişilere belli dilsel, dinsel ve kültürel topluluğa ait olma, yani bu özellikleri taşımaları nedeniyle dillerini, dinlerini, kültürlerini koruma hakkı tanımıştır.¹¹¹⁵

Kültürel kimlik hakkının yararlanıcısı olabilmek için hukuk belgeleri tarafından, bazen bir belli kategori kapsamında yer alma koşulunun arandığı görülür. Buna göre ancak belli nitelikteki kişiler kültürel kimlik hakkının özneli olabilir. Fakat belli bir kategori kapsamında olma koşulunu amacına uygun olarak yorumlamak gerekir. Burada sayılan kişilerin herkese tanınan haklardan yararlanamaması ve yalnızca kendilerine tanınan hakları kullanabilmesi gibi bir çıkarım hatalı olur. İnsan Hakları Komitesinin belirttiği gibi MSHS m. 27 kapsamında azınlık üyelerine tanınan haklar, herkesle ortak

¹¹¹² Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 79.

¹¹¹³ Deniz Polat Akgün, *Sanat Özgürlüğü*, 1. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), s. 224.

¹¹¹⁴ Eide, "Economic, Social And Cultural Rights as Human Rights," s. 19.

¹¹¹⁵ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 183.

olan diğer tüm haklardan farklı ve onlara ek olarak güvenceye alınan haklardır. Dolayısıyla bu kişiler, doğal olarak herkesin yararlandığı haklardan da yararlanır.¹¹¹⁶ İHK, pozitif ayrımcılık anlamında bu hakların MSHS kapsamında herkese verilen diğer kişisel haklarla karıştırılmaması gerektiğini gözlemlemiştir.¹¹¹⁷ Bu düzenleme yöntemindeki bir amaç dezavantajlı durumda olan belli nitelikteki kişilere öncelik verilerek gerçek kişiler bakımından birtakım sınıflandırmalar yapmaktır. Diğer bir ifadeyle diğerlerinden daha savunmasız durumda olan kişiler veya geleneksel olarak ayrımcılığa maruz kalanlar hakkında pozitif ayrımcılık yapmaktır. Nitekim İHK kategorik yaklaşımdaki amacın ilgili azınlıkların kültürel, dinsel ve sosyal kimliklerinin hayatta kalmasını ve sürekli gelişimini sağlamak olduğunu belirtmiştir.¹¹¹⁸

Uluslararası hukuka bakıldığında temel haklar veya insan hakları kişi hakları (bireysel hak) ile tanınmaya başlanmış, ardından ulusal veya etnik, dinsel veya dilsel azınlıklara mensup kişilere özgü hak anlayışı benimsenmiştir.¹¹¹⁹ Herkesin değil de belli bir kategorideki kişiler olarak azınlık üyelerinin hakkının güvence altına alınması, bir açıdan hakkın, ancak kültürel topluluğun diğer üyeleriyle birlikte kullanılabilir doğasıyla açıklanmaktadır.¹¹²⁰ ESKHK konu hakkındaki Genel Yorumunda bu yaklaşımı teyit etmektedir. Buna göre kültürel yaşama katılma hakkı dolayısıyla kültürel kimlik hakkının yararlanıcısı olan herkes kültürel kimlik hakkını birey olarak başkalarıyla birlikte ya da

¹¹¹⁶ HCR, *CCPR General Comment No. 23*, para. 1.

¹¹¹⁷ HCR, *CCPR General Comment No. 23*, para. 9.

¹¹¹⁸ Human Rights Committee, “CCPR General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities)”, 1994, par. 9, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5.

¹¹¹⁹ Joseph Marko et al., “The Historical-Sociological Foundations: State Formation and Nation Building in Europe and the Construction of the Identitarian Nation-Cum-State Paradigm,” in *Human and Minority Rights Protection by Multiple Diversity Governance: History, Law, Ideology and Politics in European Perspective*, ed. Joseph Marko and Sergiu Constantin (London New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2019), s. 83.

¹¹²⁰ Yvonne Donders, “Foundations of Collective Cultural Rights in International Human Rights Law,” in *Cultural Rights as Collective Rights*, ed. Andrzej Jakubowski (Leiden, Boston: Brill | Nijhoff, 2016), s. 104.

bir topluluk veya grup içinde kullanabilir.¹¹²¹ Sonuç olarak lafzi yaklaşımla bu belgelerde kültürel kimlik hakkı, azınlıklara (topluluklara) değil ya doğrudan doğruya kişilere ya da azınlıklara mensup kişilere tanınmıştır. Bu yaklaşım, hakkın gerçek kişilerin yanı sıra kişi topluluklarına da tanınmasının ara adımı olarak değerlendirilebilir.

ÇHS (m. 31/2) belli bir kategori kapsamında çocukların kültürel kimlik hakkını özel olarak tanımıştır. Çocuğun korunması, uygun gelişimi ve aitlik için kültürel kimlik hakkının tanınması önemlidir. Zira çocuklar ailesinin ve topluluğunun kültürel ve sanatsal yaşamını miras alır, deneyimler ve bu süreç boyunca kendi kimliğini keşfedip şekillendirir.¹¹²² İHK çocukların kültürel alanda kişiliklerinin gelişimini teşvik etmek ve onlara tanınan haklardan özellikle düşünce ve ifade özgürlüğünden yararlanmalarını olanaklı kılacak bir eğitim düzeyi sağlamak için mümkün olan her türlü önlemin alınması gerektiğini ifade etmiştir.¹¹²³

Benzer şekilde daha önce de ifade edildiği gibi CEDAW (m. 13/1(c)) kadınların; Göçmen İşçileri Sözleşmesi (m. 17/1 ve 31/1) göçmen işçilerin ve aile fertlerinin; Engelli Kişiler Sözleşmesi (m. 30/4) engelli kişilerin kültürel kimlik hakkını özel olarak güvence altına almıştır.

1991 Kolombiya Anayasası (m. 68) gerçek kişi olarak etnik grupların üyelerinin, kültürel kimliklerine saygı gösteren ve onları geliştiren eğitim hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. 1991 Romanya Anayasası (m. 6) ulusal azınlık mensuplarının kültürel kimliklerini koruma, geliştirme ve ifade etme hakkını tanımıştır. 1992 Letonya Anayasası (m. 114) etnik azınlıklara mensup kişilerin kültürel kimliklerini koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu belirtmiştir.

¹¹²¹ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 9.

¹¹²² CRC, *General Comment No. 17*, para. 11.

¹¹²³ HCR, *CCPR General Comment No. 17: Article 24 (Rights of the Child)*, 1989, para. 3.

C. TÜZEL KİŞİLER

Tüzel kişilik, bir grup bireyin belirli tanımlanmış amaçlar için tek bir birim olarak tanınmasına izin veren yasayla oluşturulmuş bir yapıdır. Tüzel kişiliğin bazı tipik örnekleri şirketler ve kar amacı gütmeyen dernekler veya kuruluşlardır.¹¹²⁴ Klasik hak anlayışı, gerçek kişileri temel hak ve özgürlüklerin esas yararlanıcısı olarak kabul ederken tüzel kişileri hakkın öznesi olarak görmez.¹¹²⁵ Klasik anlayış savunucuları insan haklarının kolektif boyutuna ve kişilerin bir topluluğun parçası olması olgusuna rağmen insan haklarını devlete veya topluluğa karşı bireylerin hakları olarak ele alır.¹¹²⁶ Buna göre yalnızca gerçek kişiler, yani bireyler temel hakların öznesi olabilir.¹¹²⁷ Bireylerin aksine gruplar, topluluklar, cemaatler, halklar, dernekler, sendikalar şeklindeki kişi toplulukları temel hakların yararlanıcıları olamaz. Zira bu kolektif varlıklar, bireylerden bağımsız asli çekirdekler değildir ve yalnızca bireyler tercihte bulunabilir, seçim yapabilirler.¹¹²⁸ Dolayısıyla tüzel kişiler hakkın öznesi olamaz. Örneğin MSHS m. 27’de tanınan haklar kolektif bir topluluk olarak azınlıklara değil, azınlıklara mensup kişilere, yani bireylere atfedilmiştir. Daha genel ifadeyle, bir hakkın tanımı için topluluk üyeliğinin esas olduğu durumlarda dahi, haklar, kolektif bir varlık olarak topluluğun değil korunan toplulukların bireysel üyelerindedir.¹¹²⁹ Fakat hakkın yararlanıcıları bakımından salt bireyci bir yaklaşımın artık geçerliliğini yitirdiğini söylemek gerekir. Yalnızca gerçek kişilerle sınırlı bir yaklaşım birçok görüş tarafından kabul görmemekte, hatta birçok hukuksal belge günümüzde gerçek kişilerle birlikte tüzel kişileri de hakkın yararlanıcısı

¹¹²⁴ Jacobsen, “The Rights to Freedom of Assembly and Association,” s. 310.

¹¹²⁵ Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, 5. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), s. 42; Jeffrey Regan Flynn, “Human Rights and Cultural Diversity: Rawls, Taylor, Habermas” (Evanston, Northwestern University, 2006), s. 16.

¹¹²⁶ Donnelly, “Human Rights, Individual Rights and Collective Rights,” s. 39.

¹¹²⁷ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 181.

¹¹²⁸ Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi*, s. 113.

¹¹²⁹ Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, s. 29.

olarak güvence altına almaktadır. Bu dönüşümde artık birey orijinli insan hakları belgeleri, “birey” yerine “kişi” kavramını kullanmaktadır ki, kişi kavramı aslında toplulukları veya grupları da kapsamaktadır.¹¹³⁰

Tüzel kişiler birçok temel hak ve özgürlüğün yararlanıcısı olabilir.¹¹³¹ Örneğin dernek kurma özgürlüğünde hem kendine özgü bir varlık olarak dernek (tüzel kişilik) hem de dernek üyeleri hakkın öznelere.¹¹³² Almanya Anayasası (m. 9) herkesin dernek kurma özgürlüğüne sahip olduğunu belirtirken Anayasa Mahkemesi, hakkın, hem derneğin kendisini hem de üyelerini koruduğunu istikrarlı bir şekilde karara bağlamıştır.¹¹³³ Öncelikle bir hukuksal belge tüzel kişileri açıkça hakkın yararlanıcısı olarak tanımlayabilir. İkinci olarak doğrudan tüzel kişi ifadesini içermemesine rağmen bir belgenin “herkes” veya “hiç kimse” gibi genel ifadelerinden yola çıkarak tüzel kişileri de hakkın yararlanıcısı olarak tayin ettiği çıkarımı yapılabilir.¹¹³⁴ Tüzel kişilerin açıkça hakkın yararlanıcısı olarak tanıdığı durumlarda ortada bir belirsizlik veya yoruma muhtaç bir durum yoktur. Tüzel kişi hukukça açık bir şekilde hakkın öznesi olarak belirlenmiştir. Fakat açık bir düzenlemenin olmadığı, herkes veya hiç kimse gibi genel ifadelerin kullanılması halinde ise tüzel kişilerin bütün hak ve özgürlüklerden değil, yalnızca nitelikleri gereği tüzel kişiler tarafından kullanılabilen hak ve özgürlüklerden yararlanabileceği kabul edilmektedir. Buna göre bir temel hak ve özgürlüğün niteliği, o hak veya özgürlüğün bir tüzel kişi tarafından kullanılmasına olanak vermiyorsa, tüzel kişi ilgili hak ve özgürlüğün öznesi olamaz.¹¹³⁵ Bu bağlamda tüzel kişiler ancak doğalarının

¹¹³⁰ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Kolektif Özgürlükler*, 1. Baskı (Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989), s. 55-56.

¹¹³¹ Dündar Sezer, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 'nde Dernek Kurma Özgürlüğü*, s. 50.

¹¹³² Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 386; İbrahim Ö. Kaboğlu, “Dernek ve Toplantı Özgürlükleri,” *İnsan Hakları Yıllığı* 14 (1992), s. 109.

¹¹³³ E. M. Barendt, *Freedom of Speech* (Oxford: Clarendon Press, 1985), s. 284.

¹¹³⁴ Sezer, “Dernek Kurma Özgürlüğü,” s. 19.

¹¹³⁵ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 181.

ve yapılarının uygun olması durumunda temel hak ve özgürlüklerin yararlanıcısı olabilirler.¹¹³⁶ Örneğin Federal Almanya Anayasası (m. 19/3)¹¹³⁷ ve 1976 Portekiz Anayasası (m. 12)¹¹³⁸ tüzel kişilerin niteliklerinin izin verdiği ölçüde veya doğalarının bağdaşması durumunda hakkın yararlanıcısı olabileceklerini düzenlemiştir.

Hakkın öznelerine ilişkin yapılan genel açıklamalar ışığında, tüzel kişiler de gerçek kişilerin yanında kültürel kimlik hakkının yararlanıcıları olabilir. Buna göre hakkın özneleri sadece bireyler değil, aynı zamanda tüzel kişilerdir. Kültürel kimlik salt gerçek kişiler tarafından sürdürülüp korunamaz. Sadece gerçek kişiler değil, aynı zamanda tüzel kişiler de kültürel kimlik hakkı kapsamında örneğin mahkemeler nezdinde haklarını arayabilir.¹¹³⁹ Bir açıdan tüzel kişiler özellikle kültürel kimliğin korunmasında daha etkili koruma sağlayabilirler. Zira dernekler, sendikalar sunmuş oldukları olanaklar ve örgütlü yapısal avantajlarıyla kültürel kimliğin yaşamasına, geliştirilmesine ve korunmasına özel bir katkı sunabilir. Üyeleri adına hak iddia etme konusunda belirli bir meşruiyete veya statüye sahip olan tüzel kişiler bireylere göre belirli avantajlar sağlar.¹¹⁴⁰ Bu bağlamda tüzel kişiler kültürü ve kültürel kimliği yok olma tehlikesiyle karşı karşıya olan azınlıkların kültürel kimliğinin korunmasında temel bir araç olarak işlev görebilir.¹¹⁴¹ Hatta temel hak ve özgürlüklerin korunmasında etkili araçlardan biri olarak uluslararası veya sınırötesi dernekler biçiminde ifade edilen “hükümet dışı örgütler”¹¹⁴² (*Non-Governmental Organisation*) (NGO) de kültürel kimliğin korunmasında işlevsel bir

¹¹³⁶ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 85.

¹¹³⁷ Federal Almanya Anayasası (m. 19/3) “*Temel haklar, bu hakların niteliğinin izin verdiği ölçüde tüzel kişiler için de geçerli olacaktır.*”

¹¹³⁸ Portekiz Anayasası (m. 12) “*Her vatandaş bu Anayasada belirtilen haklardan yararlanır ve ödevlere uymakla yükümlüdür.*

Tüzel kişiler bu haklardan yararlanır ve niteliklerine uygun ödevlere uymakla yükümlüdür.”

¹¹³⁹ Marko et al., “The Historical-Sociological Foundations,” s. 83.

¹¹⁴⁰ Douglas Sanders, “Collective Rights,” *Human Rights Quarterly* 13, no. 3 (1991), s. 369.

¹¹⁴¹ Tavani, *Collective Rights and The Cultural Identity of the Roma*, s. 178.

¹¹⁴² Kaboğlu, *İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, s. 224.

araç ve özne olabilir. Nitekim hem uluslararası hukuk belgeleri hem de ulusal anayasalar hakkın korunmasını artık salt gerçek kişilerle sınırlı tutmamaktadır.

Uluslararası hukukta AİHS gerçek kişilerin yanında tüzel kişileri ve hükümet dışı kuruluşları hakkın yararlanıcısı olarak kabul etmektedir.¹¹⁴³ AİHS (m. 34) bireysel başvuruda Taraf Devletlerin, Sözleşme ve protokollerde tanınan hakları ihlal etmesi durumunda bireysel başvuru hakkının yalnızca gerçek kişilerle sınırlı olmadığını açıkça belirtmiştir. Buna göre her gerçek kişinin yanı sıra “*hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları*” da bireysel başvuruda bulunabilir. Dolayısıyla tüzel kişiler de bir hakkın yararlanıcısı olabilirler. AİHS’de kültürel kimlik hakkı açıkça tanınmamasına rağmen hak, AİHM tarafından dernek kurma özgürlüğü, aile yaşamına ve özel yaşama saygı hakkı, eğitim ve öğrenim hakkı, ifade özgürlüğü gibi hak ve özgürlükler kapsamında tanınıp korunmaktadır. Bu bağlamda kültürel kimlik hakkıyla ilgili başvuruların bazısının tüzel kişiler tarafından yapıldığı görülmektedir. AİHM kültürel kimliğe ilişkin talepleri de içeren *Salvation Army v. Russia*,¹¹⁴⁴ “*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Turkey*”,¹¹⁴⁵ *Stankov v. Bulgaria*,¹¹⁴⁶ davalarında bir yönden başvuru dernek veya sendikaları tüzel kişiler olarak dinlemiştir.

AAİHS de gerçek kişilerin yanında kişi gruplarını ve hükümet dışı kuruluşlarını hakkın öznesi olarak tanıyıp güvence altına almaktadır. Sözleşme (m. 44) gerçek kişi veya kişi grubu veya derneğin bir veya daha fazla üye devletince yasal olarak tanınan herhangi bir hükümet dışı kuruluşun, bir Taraf Devlet tarafından Sözleşme’de tanınan hakları ihlal ettiği iddiasıyla ihbar veya şikâyette bulunabileceğini belirtir. Dolayısıyla AAİHS’ye göre de dernek gibi tüzel kişiler yararlanıcısı olabilirler.

¹¹⁴³ Polat Akgün, *Sanat Özgürlüğü*, s. 225.

¹¹⁴⁴ ECHR, *The Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*.

¹¹⁴⁵ ECHR, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Turkey*.

¹¹⁴⁶ ECHR, *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*.

“Afrika İnsan ve Halkların Şartı” herkesin, Şart’ta tanınıp güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden ırk, etnik grup, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka herhangi bir görüş, ulusal ve sosyal köken, servet, doğum veya başka bir statü nedeniyle hiçbir ayırım gözetilmeksizin yararlanma hakkına sahip olduğunu belirtir. Dolayısıyla Şart’a göre tüzel kişiler de kültürel kimlik hakkından yararlanabilir.

D. KİŞİ TOPLULUKLARI

Ulusal, etnik, dinsel ve dilsel azınlıklar kişi topluluklarıdır. Kültürel kimlik hakkının yararlanıcıları olarak “tüzel kişiler” ile bir tüzel kişiliğe sahip olmayan “ulusal, etnik, dinsel ve dilsel azınlıklar” kişi topluluğu olarak aynı özneler değildir. Kişi toplulukları ile tüzel kişiler özdeş kavramsal olguyu ifade etmemektedir. Öncelikle kişi topluluklarının dernek veya sendikalarda olduğu gibi bir tüzel kişiliği yoktur. Örneğin tüzel kişilikle ilişkili olarak dernek kurma özgürlüğünde dernek üyeleri dışında derneğin kendisi de hakkın öznesidir.¹¹⁴⁷ Buna karşın ulusal, etnik, dinsel ve dilsel azınlıkların, yerli halkların bir tüzel kişiliği yoktur. Burada topluluk kavramı tüzel kişilikten farklı olarak bir tür sosyal veya kültürel bağı ima eder.¹¹⁴⁸ Uluslararası Adalet Divanı da kişi topluluklarının varlığının MSHS’ye göre olgusal bir durum olduğunu, bunların tüzel kişiliğinin hakkın öznesi olma konusunda zorunlu olmadığını belirtmiştir.¹¹⁴⁹ Bu paralelde AİHM de tüzel kişiliği olmayan toplulukların, tüzel kişilerin haklarına sahip olduğunu belirtmektedir.¹¹⁵⁰

Öte yandan topluluklar kendilerine özgü kültürel özellikleri korumaya ve geliştirmeye çalışırlar. Topluluk üyeleri yalnızca dışsal ayrımcılığa karşı değil, aynı

¹¹⁴⁷ Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 386.

¹¹⁴⁸ Donders, “Foundations of Collective Cultural Rights,” 2015, s. 2.

¹¹⁴⁹ Permanent Court of International Justice, *Collection of Advisory Opinions: The Greco-Bulgarian “Communities,”* Series B, No: 7, 1930, s. 22.

¹¹⁵⁰ ECHR, *Kimly and Others v. Russia*, Application Nos. 76836/01 and 32782/03, 01.10.2009, para. 85.

zamanda içsel bağlılıkla bir araya gelir. Topluluk, üyelerine yönelik ayrımcılığı sona erdirmenin ötesinde hedeflere sahiptir. Bu bağlamda bir topluluk olarak kültürel azınlıklar, bireysel üyelerinin eşitlik talebi ve daha geniş bir topluma katılım hakkından daha fazlasını ararlar.¹¹⁵¹ Buna karşın örneğin işçi sendikalarında olduğu gibi tüzel kişilik, işçilerin durumunu iyileştirmek için tasarlanmıştır. Dolayısıyla sendikal örgütlenme, sınıf temelli ayrımcılığa karşı bir grup tepkisi olarak veya daha iyi çalışma koşulları gibi özünde bireysel hedeflere ulaşma çabasının organize bir yolu olarak görülebilir. Dolayısıyla sendikal örgütlenmenin, bireysel işçilerin hedeflerini gerçekleştirme rolü baskındır.¹¹⁵²

Kişi topluluğu ile tüzel kişi arasındaki farkı ortaya koymak için kişi toplulukları topluluk haklarıyla; tüzel kişiler grup haklarıyla özdeşleştirilebilir. Topluluk haklarıyla grup hakları sıklıkla özdeş kavramlar olarak ele alınıyor olsa da aslında ikili arasında birtakım farklılıklar vardır. Topluluk hakları, topluluğu oluşturan kişilere tanınan bireysel haklardan farklı haklar olarak değerlendirilmektedir.¹¹⁵³ Topluluk hakları, bir halk veya topluluk gibi kolektif bir varlığın hakkın yararlanıcısı olduğu haklardır.¹¹⁵⁴ Topluluk haklarına MSHS ve ESKHS'deki halklara tanınan kendi kaderini tayin hakkı, BM YHHB'de yerli halklara tanınan kültürel özyönetim ve kendi kaderini tayin hakkı örnek gösterilebilir. Grup haklarının yararlanıcıları ise dernek, sendika şeklindeki tüzel kişiler ile üyelerdir.¹¹⁵⁵ Kolektif haklar (grup haklarından farklı olarak) paylaşılan insan özelliklerine değil, kültürel farklılığa ve bu farklılıkla tanımlanan bir topluluğa üyeliğe dayalı talepler olarak ifade edilmektedir.¹¹⁵⁶ Grup haklarında ise tarihsel ve kültürel

¹¹⁵¹ Sanders, "Collective Rights," s. 369-370.

¹¹⁵² Sanders, "Collective Rights," s. 369-370.

¹¹⁵³ Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, s. 45.

¹¹⁵⁴ Donders, "Foundations of Collective Cultural Rights," 2015, s. 2.

¹¹⁵⁵ Donders, "From Recognition to Realization," s. 142.

¹¹⁵⁶ Donders, "Foundations of Collective Cultural Rights," 2015, s. 2.

bağların olması zorunlu değildir. Bu nedenle kadınlar, eşcinseller, engelliler, işçiler vb. gibi farklı bir yaşam tarzını paylaşan ve bunu bir dernek veya sendika gibi bir tüzel kişi etrafında savunan ve fakat, bir tarihi ve kültürü paylaşması zorunlu olmayan diğer toplumsal gruplar bu anlamda topluluk değildir.¹¹⁵⁷ Toplulukların kolektif haklarının, bir topluluğun üyelerinin toplamından daha fazla anlam taşıdığı varsayılır. Bu haklar üyelerinin taşıdığı ve geçmişe, bugüne ve geleceğe gönderme yapan ortak değerlere ve inançlara dayanır. Tarihsel ve kültürel bağlar bu anlamda önemlidir ve ayırt edicidir.¹¹⁵⁸ Öte yandan çocuklar, kadınlar, yaşlılar, engelliler gibi sadece belli alanlara özgü dezavantajları olan belli kategorilerdeki kişilerin temel amacı, bu alanlardaki eşitsizlik ve ayrımcılığın ortadan kaldırılması olarak ifade edilebilir. Örneğin cinsiyet eşitliğini sağlamak, engelli veya yaşlı dezavantajlarını ortadan kaldırmak bu amaçlar arasındadır. Fakat kültürel, ulusal, etnik, dinsel ve dilsel azınlıklar açısından sadece bazı haklarının güvence altına alınması yeterli değildir. Bu kişi topluluklarının amacı aynı zamanda topluluk kimliğinin kabul edilmesini, tanınmasını ve azınlık kültürünün devamlılığını sağlamaktır.¹¹⁵⁹

Grup hakları grubun bireysel üyelerinin haklarının toplamı olarak görülmekte ve dolayısıyla grupları temsil eden kuruluşlar tarafından savunulmaktadır.¹¹⁶⁰ Grup hakları, bireylerin belirli çıkarlar doğrultusunda birleşme haklarının bir çeşidi olarak görülmektedir. Başka bir deyişle, bir grup bireyin refahı için önemli olan ve bu nedenle bir dizi yakınsak bireysel çıkarı gerektiren haklar olarak ifade edilebilir.¹¹⁶¹ Diğer bir ifadeyle grup hakları, birer tüzel kişi olan sendikalar, dernekler tarafından yürütülen,

¹¹⁵⁷ Sanders, "Collective Rights," s. 370.

¹¹⁵⁸ Donders, "Foundations of Collective Cultural Rights," 2015, s. 2.

¹¹⁵⁹ Dilan Mızrak, "Azınlık Hakları ile Yerli Halkların Haklarının Kolektif Hak Kullanımı Çerçevesinde Karşılaştırılması," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, Sayı: 2, 2018, s. 636.

¹¹⁶⁰ Claudia Tavani, "The Protection of the Cultural Identity of Minorities in International Law: Individual versus Collective Rights," *European Yearbook of Minority Issues Online* 9, no. 1 (2012), s. 55-92.

¹¹⁶¹ Torbisco Casals, *Group Rights as Human Rights*, s. 56.

derneksel örgüt esasına dayanan, birden çok kişinin beraber kullanabildiği, genellikle bireylerin tek başına gerçekleştiremediği amaçları hedefleyen ve bireysel hakların korunmasına örgütlü hizmet eden haklar olarak tanımlanabilir.¹¹⁶² Şu durumda ulusal, etnik, dinsel ve dilsel azınlıklar tüzel kişilerden farklı kişi toplulukları olarak kültürel kimlik hakkının yararlanıcıları olarak ortaya çıkar.

Öte yandan bazı haklar, kişi toplulukları gibi kolektif bir varlığın gerçekten hakkın konusu olarak kabul edildiği durumlarda ortaya çıkar.¹¹⁶³ Örneğin Charles Taylor'a göre diller ve kültürler belirli kişi topluluklarına aittir ve salt kişiler tarafından yaratılamaz veya korunamaz. Dolayısıyla bunu kullanma ve uygulama hakkı kişi topluluğuna atfedilir. Bu bağlamda tüzel kişilerden farklı olarak ancak ulusal, etnik, dinsel ve dilsel azınlıklar veya yerli halklar gerçek topluluklar (*genuine collectives*)dır. Yani kolektif yararları bireysel yararları indirgenemeyen fiilen (*de facto*), hukuk öncesi var olan topluluklardır.¹¹⁶⁴ Buna göre bu tür toplulukları, ayırt edici bir hak yararlanıcısı olarak tüzel kişilerden ayıran temel faktör, öncelikle, bunların sonradan birleşme yoluyla ortaya çıkmamış olmaları ve buna ek olarak hakkın yararlanıcısı olabilmeleri için devlet tarafından hukuksal olarak tanınmalarıdır.¹¹⁶⁵

1. Genel Olarak

Kişi topluluğu olarak ulusal, etnik, dinsel ve dilsel azınlıklar kültürel kimlik hakkının yararlanıcılarıdır. Azınlık, kavram olarak din, dil, kültür, etnisite, ulus ve ırk gibi çok sayıda terminolojik kriterle tanımlanmaktadır.¹¹⁶⁶ Bu nedenle kültürel kimlik hakkı açısından bir tüzel kişiliği olmayan kişi toplulukları olarak ulusal, etnik, dinsel,

¹¹⁶² Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 383.

¹¹⁶³ Burgers, "The Function of Human Rights as Individual and Collective Rights," s. 73.

¹¹⁶⁴ Galenkamp, "Collective Rights," s. 297.

¹¹⁶⁵ Jovanović, "Cultural Rights as Collective Rights," s. 28.

¹¹⁶⁶ Philip Vuciri Ramaga, "The Bases of Minority Identity," in *Global Minority Rights*, ed. Joshua Castellino (New York, London: Routledge, 2011), s. 70.

dilsel azınlık türlerinden söz edilebilir. Bu türden bir kavramsallaştırma uluslararası hukukta azınlık korumasıyla ayrılmaz bir şekilde bağlantılıdır.¹¹⁶⁷ İlgili azınlıklar rastgele değil, belli özellik ve dezavantajlara sahip olduklarından hakkın yararlanıcıları olarak tanınmıştır. Uluslararası hukuk genel olarak kültürel hakları, özelde ise kültürel kimlik hakkını öncelikle azınlıklar ve yerli halklar olmak üzere en savunmasız topluluklara yönelik olarak tanımıştır. BM azınlık rejimi nitelikli insan sınıflarına, yani ulusal, etnik, dilsel ve dinsel azınlık topluluklarına kültürel koruma sağlar. Fakat azınlıkların uluslararası hukukta aslında karmaşık bir şekilde güvence altına alındığını belirtmek gerekir. Sözleşme ve bildirgeler incelendiğinde bu sorun açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Şunu belirtmek gerekir ki, uluslararası hukukta azınlık kavramının açık bir şekilde tanımının yapılmaması, kavram üzerinde bir uzlaşmanın ortaya çıkmaması teknik güçlüklerden ziyade, aslında devletlerin hukuksal bir tanımla kendilerini bağlamaktan çekinmesinden kaynaklanmaktadır.¹¹⁶⁸ Hurst Hannum'un belirttiği gibi birkaç sosyo-politik gerçeklik, azınlıkları ve azınlık haklarını uluslararası düzeyde tanımlamadaki zorluklara katkıda bulunmuştur. Birincisi, azınlıklar kavramı, ister Batı demokrasilerinin bireysel toplumsal sözleşme teorisine isterse Marksizmin sınıf temelli ilkelerine dayalı olsun devletin teorik paradigmasına kolay kolay uymaz. Bu nedenle azınlıkların varlığı ve dolayısıyla azınlık hakları en azından demokratik ve Marksist toplumların felsefi temeliyle çelişebilir. İkincisi, çağdaş dünyadaki azınlıkların ve büyük ölçüde heterojen devletlerin gerçekliği, 19. yüzyılda gelişen ulus-devlet teorisine de çelişmektedir. Üçüncüsü, devletlerin ve özellikle yeni devletlerin, azınlık haklarının tanınmasının parçalanmayı veya ayrılıkçılığı teşvik edeceği ve ulusal birliği ve ulusal kalkınmanın gerekliliklerini baltalayacağı yönünde temel bir korkuları vardır.¹¹⁶⁹

¹¹⁶⁷ Vrdoljak, "Self-Determination and Cultural Rights," s. 42.

¹¹⁶⁸ Çavuşoğlu, *Azınlık Kavramı*, s. 34.

¹¹⁶⁹ Hannum, *Autonomy, Sovereignty and Self-Determination*, s. 71-72.

Kişi toplulukları olarak azınlıklar aslında başlangıçta reform hareketleri neticesinde¹¹⁷⁰ dinsel azınlıkların tanınmasıyla ortaya çıkarken daha sonra bunu ulusal, etnik ve dinsel azınlıklar takip etmiştir.¹¹⁷¹ Azınlık kavramı tarihsel olarak ulus-devlet kavramından önceye dayanmaktadır. 1815 Viyana Kongresine kadar azınlıklar sorunu bu dönemde büyük ölçüde din bağlamında görülmüştür.¹¹⁷² Bir azınlık hakkı anlamında dinini belirleme hakkı 1555 Augsburg ve 1648 Vestfalia Antlaşmaları ile teyit edilmiştir. Ulusal azınlık kavramı ise ilk kez 1789 Fransız Devrimi'nden sonra ortaya çıkmıştır.¹¹⁷³ Sekülerleşmenin ilerlemesi sonucunda dinsel aidiyetin yerini ulusal aidiyete bırakmasıyla ulusal azınlık konusu önem kazanmaya başlamıştır. Diğer bir ifadeyle dinsel azınlıkların korumasından ulusal azınlıkların korumasına doğru bir geçiş ancak bu dönemde yaşanmıştır. Sonuç olarak, dinsel bir topluluğa ait olmanın yanı sıra ulusal bir topluluğa ait olmak da önem kazanmıştır.¹¹⁷⁴ Daha doğru bir ifadeyle dinsel azınlıklara ek olarak ulusal ve diğer azınlıklar ortaya çıkmaya başlamıştır.¹¹⁷⁵

Kültürel kimlik hakkının yararlanıcıları olarak tek tek azınlıkları açıklamadan önce kişi topluluğu olarak azınlıkların mahiyetini, kapsamını belirlemek gerekir. Zira uluslararası hukuka bakıldığında kişi toplulukları hakkında tam bir uyumdan, diğer bir ifadeyle kullanım birliğinden söz etmek güçtür. Örneğin ulusal ve etnik azınlıkların özdeş kişi toplulukları olmamasına rağmen bunların zaman zaman aynı statüde değerlendirildikleri görülmektedir.

¹¹⁷⁰ Ayşe Füsün Arsava, *Azınlık Kavramı ve Azınlık Haklarının Uluslararası Belgeler ve Özellikle Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 27. Maddesi Işığında İncelenmesi* (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1993), s. 1.

¹¹⁷¹ Capotorti, *Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, s. 2-3.

¹¹⁷² Geoff Gilbert, "Religio-Nationalist Minorities and the Development of Minority Rights Law," *Review of International Studies* 25, no. 3 (1999), s. 393-402.

¹¹⁷³ Arsava, *Azınlık Kavramı*, s. 1, 5.

¹¹⁷⁴ Thornberry, *Rights of Minorities*, s. 29.

¹¹⁷⁵ Baskın Oran, *Etnik ve Dinsel Azınlıklar: Tarih, Teori, Hukuk, Türkiye: Gayrimüslimler, Kürt Hakları, Alevi Hakları, OHAL Rejimi*, Literatür Yayınları (İstanbul: Literatür, 2018), s. 38.

Azınlık, kavramsal olarak kişi topluluğudur; sayısal olarak ise çoğunluktan daha az ve baskın olmayan bir konumu ifade etmektedir.¹¹⁷⁶ BM “İnsan Hakları Komisyonu Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu” Raportörü Francesco Capotorti, azınlık olmanın kriterlerini etnik, dinsel ve dilsel olarak çoğunluktan farklı olmak, ülke genelinde çoğunluktan sayıca az olmak, başat (egemen) unsur olmamak ve o ülkenin vatandaşı olmak şeklinde belirler.¹¹⁷⁷ Bu koşullar kümülatif olarak bir arada olmalıdır.¹¹⁷⁸ Bu nedenle azınlık sayılabilmek için sayısal olarak az olmanın yanında örneğin egemen unsur olmamak gerekir. Nitekim egemen olmama koşulu, beyaz azınlığın siyah çoğunluğu baskı ve yönetimi altında tuttuğu Güney Afrika Cumhuriyeti örneğinde görülen egemen azınlıkları dışlama amacını taşımaktadır.¹¹⁷⁹ Bu kriterlere göre azınlıklar, (geniş anlamda) sayısal açıdan bir topluluk içinde az olan, başat olmayan ve çoğunluktan farklı niteliklere sahip topluluklar olarak tanımlanabilir.¹¹⁸⁰ BM İnsan Hakları Komisyonu ise kişi toplulukları anlamında azınlıkları, “bir devlette sayısal bir azınlık oluşturan ve baskın olmayan bir konumda bulunan, nüfusun çoğunluğundan farklı etnik, dinsel veya dilsel özellikleri ve birbiriyle dayanışma duygusu olan, örtük olarak da olsa kolektif bir hayatta kalma iradesi tarafından motive edilmiş ve amacı çoğunluk ile fiilen ve hukuken eşitliği sağlamak olan bir grup vatandaş”¹¹⁸¹ olarak tanımlar. Bu

¹¹⁷⁶ Ulrike Barten, *Minorities, Minority Rights and Internal Self-Determination* (New York, Dordrecht, London: Springer International Publishing, 2015), 163. BM düzeyinde azınlık kavramı çalışmaları için bkz. Arsava, *Azınlık Kavramı*, 41-53.

¹¹⁷⁷ Capotorti, *Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, para. 568.

¹¹⁷⁸ Sayısal bir azınlık olmak, tek başına diğer faktörlerin çoğunun otomatik olarak geçerli olduğu anlamına gelmez. Sayısal olarak az ama son derece güçlü topluluklar baskın konumda olabilir. Bantu rejimi denilen önceki Güney Afrika bunun bir örneğidir. Gerald K. Letendre, “The ‘Problem’ of Minority Education in an International Perspective,” *International Journal of Educational Research* 33 (2000), s. 578.

¹¹⁷⁹ Naz Çavuşoğlu, “Azınlık Nedir?,” *İnsan Hakları Yılığ* 19–20, Sayı 19–20 (1998), s. 95.

¹¹⁸⁰ Oran, *Türkiye’de Azınlıklar*, 26.

¹¹⁸¹ HCR, *Compilation of Proposals Concerning the Definition of the Term “Minority,”* 1985, para. 18.

özelliklere kişi topluluklarının ayrı bir kimliğe tutunma arzusu da eklenebilir.¹¹⁸² Öte yandan örneğin etnik azınlıklar azınlık kavramına dahil edilecekse, genel bir azınlık tanımından “vatandaşlık” koşulunun çıkarılması gerekir. Zira mutlak olmasa da etnik azınlıklarla ulusal azınlıkları birbirinden ayırt eden unsurlardan biri “vatandaşlık” olarak görülebilir. En başından itibaren yaşadığı ülke vatandaşlığı olmayan Romanlar, göçmenler, sığınmacılar gibi etnik azınlıklar vatandaşlığa sahip olan ulusal azınlıklardan farklı kişi topluluklarıdır. Vatandaşlığı, azınlık kavramının bir unsuru olarak gören yaklaşım, en başta etnik azınlıkları kapsam dışında bırakır. Benzer bir sorun dinsel ve dinsel azınlıklar için de ortaya çıkabilir.¹¹⁸³ Arsava’nın ulusal ve etnik azınlıklara ilişkin olarak ortaya koyduğu bir ayırmadaki fark¹¹⁸⁴ aslında örtük bir şekilde mutlak olmasa da vatandaşlık unsurundan kaynaklanmaktadır. Zira vatandaş olmayanların siyasal karar alma mekanizmalarına katılma şansları yoktur. BM İHK de Genel Yorum 23’te yabancıları azınlık kavramının korunması dışında bırakan nitelendirmenin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.¹¹⁸⁵ O hâlde azınlıklar, genel nüfustan ayrı olan ve belirli bir ülkede yaşayan, kendine özgü ırk, din, dil ve hatta kültürü olan ve etnisite, ırk, din, dil ve kültür gibi ayrı kimliklerde birleşen ve çoğunluktan ayrı kişi toplulukları olarak tanımlanabilir.

Sayısal olarak azınlık olmak, nüfusun geri kalanına göre baskın olmayan bir konumda olmak ve çoğunluğunkinden farklı ulusal, etnik, dilsel, kültürel veya dinsel özelliklere sahip olmak nesnel koşulları meydana getirir. Bunun dışında bir de “azınlık bilinci” olarak öznel bir koşul aranır. Buna göre farklılığının bilincinde olmayan ve bu

¹¹⁸² Kristin Henrard, “Minorities, Identity, Socio-Economic Participation and Integration: About Interrelations and Synergies,” in *The Interrelation Between the Right to Identity of Minorities and Their Socio-Economic Participation*, ed. Kristin Henrard (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), s. 24.

¹¹⁸³ Çavuşoğlu, *Azınlık Kavramı*, s. 41.

¹¹⁸⁴ “Ulusal azınlıklar, etnik azınlıkların gösterdikleri özellikler yanı sıra, siyasal karar mekanizmasına katılma iradesine sahiptir.” Arsava, *Azınlık Kavramı*, s. 55.

¹¹⁸⁵ HRC, *CCPR General Comment No. 23*, para. 5.1-2.

farklılığı kimliğinin vazgeçilmez unsuru olarak görmeyen kişi grupları veya toplulukları azınlık oluşturmaz.¹¹⁸⁶ Dolayısıyla azınlık, nüfusun geri kalanından farklı ulusal, etnik, dinsel veya dilsel özelliklere sahip olan bir grup ve örtük olarak da olsa dillerini, dinlerini, kültürlerini veya geleneklerini bilinçli olarak korumaya yönelmiş ve bir dayanışma duygusu içindeki kişi topluluğudur.¹¹⁸⁷ Diğer bir ifadeyle nüfusun çoğunluğundan etnik, dinsel ve dilsel anlamda farklı olan kişi toplulukları her zaman mutlak olarak azınlık oluşturmaz. Farklı özelliklere sahip kişi topluluğunun ayırt edici özelliklerinin bilincinde olması ve bunları koruma iradesine sahip olması gerekir.¹¹⁸⁸ O hâlde rastgele belli nesnel özelliklere sahip olarak bir araya gelmiş kişi toplulukları azınlık oluşturmaz. Şu durumda “azınlık, varlığını sürdürmeye ve kimliğini korumaya çalışan özbilinçli, “kendi” tarafından tanımlanmış”¹¹⁸⁹ bir topluluk olarak da tanımlanabilir. Dolayısıyla azınlıktan söz edebilmek için öznel ve nesnel koşulların veya özelliklerin kümülatif olarak sağlanmış olması gerekir. Yani sayısal azınlık, başat olmamak ve çoğunluktan farklı özelliklere sahip olmanın yanında, aynı zamanda azınlık bilincinin varlığı gerekir. Bunlara, bu kişi topluluklarının kendilerini nüfusun geri kalanıyla fiilen ve hukukun eşitleme amacı eklenebilir.

Azınlık olmak devlet tarafından tanınmayı gerektirmese de bir azınlığın azınlık haklarına sahip olması devlet tarafından tanınmayı gerektirir. Devletlerin azınlıkların varlıklarını tanıma yükümlülükleri olmasa da bir azınlık mensubu, bir azınlığa ait olmayı seçebilir, azınlık kimliğini koruma iradesini ortaya koyabilir.¹¹⁹⁰ Nitekim Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı da (AGİK) ulusal bir azınlığa mensup olmanın bir

¹¹⁸⁶ Oran, *Türkiye’de Azınlıklar*, s. 27.

¹¹⁸⁷ Capotorti, *Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, para. 568.

¹¹⁸⁸ Arsava, *Azınlık Kavramı*, s. 49.

¹¹⁸⁹ Kemal Kirişçi ve Gareth M. Winrow, *Kürt Sorunu: Kökeni ve Gelişimi*, Çev: Ahmet Fethi, (İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1997), s. 39.

¹¹⁹⁰ Kirişçi ve Winrow, *Kürt Sorunu*, s. 40.

kişinin bireysel tercih konusu olduğunu ve bu tercihin uygulanmasından hiçbir dezavantajlı, olumsuz durumun ortaya çıkamayacağını belirtmektedir.¹¹⁹¹ Azınlığa mensup olma, kişisel bir tercih konusu olup bu azınlık tanımının sübjektif boyutuyla ilgilidir. Öte yandan azınlık varlığı ilgili devletin onayından bağımsız olarak vardır. Buna göre azınlık varlığı, devletin tanıma kararına bağlı değildir.¹¹⁹² İHK'nin belirttiği gibi “belirli bir Taraf Devlette etnik, dinsel veya dilsel bir azınlığın varlığı, söz konusu Taraf Devletin kararına bağlı olmayıp bunun nesnel ölçütlerle tespit edilmesi gerekir.”¹¹⁹³

Azınlıklar çeşitli koşullar nedeniyle daha büyük bir grup veya toplulukla karşılaştırıldığında kendilerini dezavantajlı bir konumda bulan bir grup kişiyi veya topluluğu ifade eder.¹¹⁹⁴ Kültürel kimlik hakkı, bir boyutuyla azınlıkların haklarına ilişkin bir kültürel haktır. Bu nedenle kültürel kimlik hakkı bağlamında kendilerini dezavantajlı bir konumda bulan ve azınlık kriterlerine uyan bir grup kişi kültürel kimlik hakkının yararlanıcıları olur. Nitekim Prott, kültürel hakların özellikle kültürel kimlik hakkının belli koşullar altında kişi topluluğu olan “halk hakları” olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹¹⁹⁵ İspanya'daki Katalanlar, Basklar gibi ulusal topluluklar ile Kanada'daki İnuitler veya İskandinavya'daki Saamiler gibi yerli halklar azınlık örnekleri olarak¹¹⁹⁶ kültürel kimlik hakkının yararlanıcılarını oluşturur. Yine Belçika'da Fransızca, Hollandaca dil toplulukları kültürel kimlik hakkının öznelidir. Bütün bu kişi topluluklarının ortak özelliği, toplumun çoğunluğuna karşı farklı alanlarda dezavantajlı özelliklere sahip ve kolektif bir hayatta kalma iradesi tarafından motive ediliyor olmalarıdır.

¹¹⁹¹ CSCE, *Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE*, 1990, par. 32.

¹¹⁹² Çavuşoğlu, *Azınlık Kavramı*, s. 50-51.

¹¹⁹³ HRC, *CCPR General Comment No. 23*, para. 5.2.

¹¹⁹⁴ Torbisco Casals, *Group Rights as Human Rights*, s. 20.

¹¹⁹⁵ Prott, “Cultural Rights as Peoples' Rights,” s. 95.

¹¹⁹⁶ Kymlicka, *Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*, s. 122.

Kültürel kimliğin sürdürülmesi ve korunması (bireysel olarak yerine getirilmesinin dışında) aynı zamanda kişi topluluklarıyla gerçekleştirilebilir. Kişi toplulukları olarak azınlıklar kendi kültürel kimliklerini koruma ve sürdürme bakımından genel olarak kolektif hakların öznelerini oluştururlar.¹¹⁹⁷ Dolayısıyla azınlıklar nesnel ve öznel özelliklerinin yanı sıra kolektif hak boyutuyla kültürel kimlik hakkının yararlanıcıları olur. Aslında uluslararası hukukta başlangıçta kişi topluluklarının hakkın öznesi olamayacağına dair görüş baskın gelirken daha sonra bu yaklaşımın esnetildiği görülmektedir. Kişi topluluklarının hakların yararlanıcısı olarak görülme süreci, azınlıklara mensup üyelerin bireysel haklarının tanınmasıyla ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda ara bir yol olarak MSHS (m. 27) etnik, dinsel veya dilsel azınlıkların bulunduğu devletlerdeki azınlıklara mensup kişilerin kendi kültüründen yararlanma hakkını, dolayısıyla kültürel kimlik hakkını tanıırken hakkın (kaçınılmaz olarak) topluluk içinde uygulanabilme niteliğini dikkate almıştır. Diğer bir ifadeyle herkesin değil, bunlardan farklı olarak dezavantajlı durumda bulunan azınlıklara mensup kişilerin kültürel kimlik hakkı özel olarak güvence altına alınırken belli bir topluluk içinde yaşama, yani belli bir kategoride yer alma koşulu aranmıştır. Bu yaklaşım, kültürel azınlıkların haklarının tanınmasına yönelik bir adım ve hatta belki de bireysel haklara ilişkin düşüncenin ötesine geçerek topluluk hakları düşüncesine doğru bir adım olarak değerlendirilebilir.

Belirli bir grubun üyelerine özgü çıkarları özel olarak korumayı amaçlayan kültürel hakları¹¹⁹⁸ düzenleyen ilk belgelerden farklı bir belge olarak BM Azınlık Hakları Bildirgesi¹¹⁹⁹ devletlerin ödevi kapsamında azınlıkların kültürel kimliğini tanıyıp güvence altına almıştır. Bildirge, devletlere topraklarındaki azınlıkların varlığını ve ulusal, etnik, dinsel, dilsel ve kültürel kimliklerini koruma ve teşvik etme ödev ve

¹¹⁹⁷ Benedikter, *The World's Modern Autonomy Systems*, s. 38

¹¹⁹⁸ Reaume, "Official-Language Rights," s. 245.

¹¹⁹⁹ Bildirge m. 1 "*Devletler, kendi topraklarındaki azınlıkların varlığını ve ulusal veya etnik, kültürel, dinsel ve dilsel kimliklerini korur ve bu kimliklerin geliştirilmesi için koşulları teşvik eder.*"

sorumluluğunu yüklemiştir. Burada dikkat çeken nokta azınlıklara mensup üyelerden değil, kolektif bir varlık olarak bizzat azınlıkların kendisinin kültürel kimliğinden söz edilmiş olmasıdır. Fakat Bildirge¹²⁰⁰ kendi kültürünü yaşama hakkının yararlanıcılarını ulusal veya etnik, dinsel ve dilsel azınlıklar olarak değil, MSHS'deki gibi bu “azınlıklara mensup kişiler” olarak düzenlemiştir. Bildirge azınlıklara mensup kişilerin serbestçe ve herhangi bir müdahale veya ayrımcılık olmaksızın özel ve kamusal alanda kendi kültürlerini yaşama hakkına, dolayısıyla kültürel kimlik hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Fakat daha önce de belirtildiği gibi ESKHK Genel Yorum 21'de kültürel kimlik hakkından başkalarıyla birlikte veya topluluk olarak yararlanılabileceğine karar vermiştir.

Öte yandan MSHS ve ESKHS'de ortak olarak düzenlenen halkların kendi kaderini tayin hakkının bir parçası olarak “halkların” kültürel öz yönetim hakkının, yani bir kişi topluluğu olarak “halkların” kültürel kimlik hakkının tanındığını belirtmek gerekir. Kültürel öz yönetim hakkı kültürü sürdürme, geliştirme, koruma bakımından kültürel kimlik hakkının kapsamına girdiğinden sözleşmeler, bir kişi topluluğu olan “halkları” kültürel kimlik hakkının yararlanıcıları olarak tanıyıp güvenceye almıştır.

Ulusal hukuk tarafında ise birçok ülke anayasasının kültürel kimlik hakkının yararlanıcısı olarak kişi topluluklarını tanıdığı görülmektedir. Bu bağlamda 1991 Slovenya Anayasası (m. 64) Yerli İtalyan ve Macar ulusal toplulukları ve üyelerinin kültürel dernek kurma özgürlüğünü tanıyarak dolaylı yoldan toplulukların hakkın yararlanıcısı olabileceğini ifade eder. 1991 Kuzey Makedonya Anayasası (m. 48) kişi topluluğu olarak ulusların etnik, kültürel, dilsel ve dinsel kimliklerinin korunmasını güvenceye alır. 1996 Ukrayna Anayasası (m. 11), devletin bir ödevi olarak Ukrayna'nın

¹²⁰⁰ Bildirge m. 2 “*Ulusal veya etnik, dinsel ve dilsel azınlıklara mensup kişiler serbestçe ve herhangi bir müdahale veya ayrımcılık olmaksızın özel ve kamusal alanda kendi kültürlerini yaşama ... hakkına sahiptir.*”

tüm yerli halklarının ve ulusal azınlıklarının etnik, kültürel, dilsel ve dinsel kimliğinin gelişimini teşvik edeceğini belirtir. 1997 Polonya Anayasası (m. 35/2) ulusal veya etnik azınlıkların kültürel kimlikleriyle ilgili sorunların çözümüne katılma hakkına sahip olduğunu belirtir. 2008 Kosova Anayasası (m. 59/1) kültürel topluluk üyelerinin bireysel veya toplu olarak kültürlerini ifade etme, sürdürme ve geliştirme ve kimliklerinin temel unsurlarını, yani dinlerini, dillerini, geleneklerini ve kültürlerini koruma hakkına sahip olduğunu belirtir. Anayasa, bu hakların ister bireysel olarak ister topluluk şeklinde kullanılabileceğini ifade ederek toplulukları da açıkça hakkın yararlanıcıları olarak tanımlamaktadır. 2008 Ekvador Anayasası (m. 10) kişiler, topluluklar, halklar, uluslar ve toplumların hakların taşıyıcıları olduğunu ve Anayasa ve uluslararası belgelerde kendileri için güvence altına alınan haklardan yararlanacağını belirtir. Dolayısıyla geniş bir kapsamla hakların öznelere belirler. Anayasa (m. 11) bu yararlanıcıların uluslararası belgelerde tanınan haklardan da yararlanacağını ve hakların bireysel ve toplu olarak kullanılabilmesini belirtir. 2010 Angola Anayasası (m. 87/1) vatandaşların ve toplulukların kültürel kimlik hakkını açıkça düzenler. Anayasa, kişilerin yanı sıra toplulukların da kültürel kimlik hakkını tanıyarak birçok ülke anayasasından ayrışır.

2. Ulusal Azınlıklar

a. Genel olarak

Ulusal, etnik, dinsel ve dilsel azınlıklar kişi topluluklarını oluşturur.¹²⁰¹ Bu paralelde kültürel kimlik hakkı, uluslararası hukuk belgelerinde dört alt kimliğe, yani

¹²⁰¹ Azınlık kavramı bu çalışmada kişi toplulukları anlamında kullanılmıştır. Uluslararası hukukta genellikle ulusal, etnik, dinsel, dilsel azınlık kavramları kullanılmaktadır. Fakat bazı anayasalarda azınlık kavramı yerine, örneğin Filipinler Anayasası yerli kültürel topluluk, Nikaragua yerli halk toplulukları kavramlarını kullanmaktadır.

ulusal, etnik, dinsel ve dilsel azınlıklara uygulanır.¹²⁰² Kültürel kimlik hakkının öznelere olarak akla gelen ilk kişi toplulukları esas olarak ulusal azınlıklardır. Ulusal azınlıklar dilsel ve kültürel farklılıkların eşlik ettiği bir ulusal bilince dayanır.¹²⁰³ Uluslararası hukuk belgeleri ve onların izleme organlarının yorumları birlikte değerlendirildiğinde ulusal azınlıkların kültürel kimlik hakkının yararlanıcıları olduğu konusunda şüphe yoktur. Ulusal azınlıklar, her ne kadar uluslararası hukukta net bir ayırım ortaya konulmamış olsa da esasında etnik, dinsel ve dilsel azınlıklardan ayrı kişi topluluklarıdır.

Öncelikle uluslararası hukuk belgelerinde temel olarak etnik azınlıklarla ulusal azınlıklar arasında bir ayırım gözetilmediği görülmektedir. Örneğin BM Azınlık Hakları Bildirgesi, ulusal ve etnik azınlıklar arasında bir ayırım gözetmeksizin iki kavramı özdeş bir şekilde kullanmaktadır. Bildirge bağlamında azınlık kavramı, ulusal veya etnik, dinsel ve dinsel azınlıkları kapsar.¹²⁰⁴ Bildirge, azınlıkların tanımlanmasında dil, din, kültür, nüfusun geri kalanından sayısal olarak daha az olma ve egemen konumda bulunmama gibi objektif ölçütleri; kültür, gelenek, dil ve dinin korunması yönündeki bilinç olarak sübjektif ölçütü dikkate almasına rağmen ulusal azınlıklarla etnik azınlıklar arasında karakteristik ayrımlara gitmemektedir.¹²⁰⁵

Avrupa Konseyi Çerçeve Sözleşmesi de benzer şekilde ulusal ve etnik azınlıklar arasında bir ayırım yapmamaktadır. Hatta Sözleşme, ulusal azınlıkları en üstte tutarak onun altında etnik, kültürel, dinsel ve dilsel azınlıkları ve bunların kimliklerini tanıır. Buna

¹²⁰² William K. Barth, "Cultural Rights: A Necessary Corrective to the Nation State," in *Cultural Human Rights*, ed. Francesco Francioni and Martin Scheinin (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), s. 80.

¹²⁰³ Jules Deschenes, "Proposal Concerning a Definition of the Term 'Minority' Submitted," Promotion, Protection and Restoration of Human Rights at the National, Regional and International Levels, 1985, s. 24, E/CN.4/Sub.2/1985/31.

¹²⁰⁴ Barten, *Minorities, Minority Rights*, s. 9.

¹²⁰⁵ Çağatay Okutan, "Teori ve Uluslararası Metinlerde Azınlık Tanımı," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 59, Sayı: 2 (2004), s. 63.

göre bu azınlıkların her biri ulusal azınlıkları oluşturur. Diğer bir ifadeyle Sözleşme, Birleşmiş Milletlerden farklı olarak azınlık kavramını, “ulusal azınlık” ile sınırlı görmektedir.¹²⁰⁶ Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisine göre ulusal azınlık, bir devletin topraklarında ikamet eden ve o devletin vatandaşı olan; bu devletle süregelen sağlam ve kalıcı bağları sürdüren; ayırt edici etnik, kültürel, dinsel veya dilsel özellikler taşıyan; sayıları o devletin veya (devletin) bir bölgesinin geri kalan nüfusundan daha az olmasına rağmen yeterince temsil edilen; kültürleri, gelenekleri, dinleri veya dilleri dahil olmak üzere ortak kimliklerini oluşturan unsurları bir arada koruma kaygısıyla motive edilmiş olan bir grup kişiyi ifade eder.¹²⁰⁷

Ulusal azınlıklar özel bir azınlık türüdür ve otoktondur; yani asıl yerli, kadim olan, en başından itibaren yaşadıkları bölgede bulunan topluluklardır.¹²⁰⁸ Belli bir toprak parçasına bağlılık ve aidiyet ulusal azınlıklar için vazgeçilmez olmayan, buna karşın temel bir özelliktir.¹²⁰⁹ Ulusal azınlıkların önemli bir özelliği, onların daha büyük bir devlete dahil edilmeden önce tarihsel olarak anavatanlarında işleyen toplumlar kurmuş olmalarıdır.¹²¹⁰ Öte yandan ulusal azınlıklar, çok uluslu, kültürlü devletlerin çoğunda var olan dinsel ve göçmen azınlık gruplarından farklı kişi topluluklarıdır. Ulusal azınlıklarla etnik topluluklar aynı olgular ailesine, yani kolektif kültürel kimliklere sahip olmaları bakımından örtüşmeler de bir etnik topluluğun kendi tarihsel topraklarında kalması

¹²⁰⁶ Çavuşoğlu, “Azınlık Nedir?,” s. 96.

¹²⁰⁷ Parliamentary Assembly, “Additional Protocol on the Rights of Minorities to the European Convention on Human Rights,” 1993, art. 1; Fakat ulusal azınlık üyeleri bir ülkenin belli bir bölgesinde yoğun olarak bulunabileceği gibi, ülkenin farklı bölgelerinde dağınık durumda da bulunabilir. Bu nedenle aynı veya belli bir bölgede yaşama, ulusal azınlığın tanımında mutlaka temel alınması gereken bir kriter değildir. Okutan, “Teori ve Uluslararası Metinlerde Azınlık Tanımı,” s. 65.

¹²⁰⁸ Tove H. Malloy, *National Minority Rights in Europe* (Oxford, New York: Oxford University Press, 2005), s. 21.

¹²⁰⁹ Arsava, *Azınlık Kavramı*, s. 48.

¹²¹⁰ Kymlicka, *Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*, s. 54.

zorunlu koşul değildir.¹²¹¹ Etnik topluluklar gibi, ulusal azınlıklar da ortak dile, geleneklere ve kültüre atıfta bulunur. Ancak etnik topluluklardan farklı olarak ulusal azınlıklar, yalnızca bu duyguların güçlü bir bilincine değil, aynı zamanda daha önce tanınan topraklardaki varlığına dayanır.¹²¹² Ayrıca ulusal azınlıkları etnik azınlıklardan ayıran bir diğer unsur, onların halk olma iradesine sahip olmaları, siyasal karar alma mekanizmalarına katılma isteği ve yeteneğidir. Bir devletin farklı bölgelerinde çeşitli ulusal azınlıkların yaşaması olağandır.¹²¹³ O hâlde ulusal azınlıkları doğuran ve etnik azınlıklardan ayıran önemli faktörler, onların geçmişten beri yaşadıkları yerlerde sonradan çeşitli nedenlerle azınlık durumuna düşmeleri ve ayrı bir halk olma iradesine sahip olmaları olarak ifade edilebilir. Örneğin ABD’de Amerikan Kızılderilileri, Porto Rikolular, Güneybatıda yaşayan Meksikalıların altsoyları (Chicanolar), yerli Hawaiiililer, Guam Chamorroaları ve diğer çeşitli Pasifik Adalıları dahil olmak üzere çok sayıda ulusal azınlık böyledir. Bu toplulukların tümü yaşadıkları bölgelerde fetih veya sömürgeleştirme yoluyla, gönülsüz bir şekilde ABD’ye dahil olmak zorunda kalmıştır.¹²¹⁴

Ulusal azınlıklar, öteden beri aynı topraklarda yaşayan; egemen olmayan bir konumda bulunan, yani başat olmayan; kendine özgü kimliği olan farklı kişi topluluklarının buna ilişkin bilincine dayanmaktadır.¹²¹⁵ Ulusal azınlıklar bir devletin geri kalan nüfusundan sayıca daha az olan ve egemen olmayan bir konumda bulunan, dinsel, dilsel ve kültürel özelliklerini koruyan, devletin egemenliğine saygı göstererek kolektif hayatta kalma iradesine sahip olan, çoğunluk ile fiili ve hukuksal eşitliği sağlamayı amaçlayan bir grup vatandaşın oluşturduğu kişi topluluğu olarak tanımlanabilir.¹²¹⁶ Diğer

¹²¹¹ Anthony D. Smith, *Nationalism: Theory, Ideology, History* (Malden, Mass: Polity Press, 2001), s. 12.

¹²¹² Malloy, *National Minority Rights in Europe*, s. 23.

¹²¹³ Arsava, *Azınlık Kavramı*, s. 55.

¹²¹⁴ Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, s. 11-12.

¹²¹⁵ Nicola Girasoli, *National Minorities: Who Are They?* (Budapest: Akad. Kiadó, 1995), s. 65-66.

¹²¹⁶ Girasoli, *National Minorities*, s. 103.

bir ifadeyle ulusal azınlık, ayrı bir kimliğe tutunma arzusuyla beraber yaşadıkları ülke vatandaşlığı ve o ülkeyle uzun süre devam eden bağları olan;¹²¹⁷ uzun bir süre anavatan olarak görülen bir toprak parçasında yerleşik olan;¹²¹⁸ bunlara ek olarak ayırt edici kültürel, dinsel veya dilsel özellikler taşıyan ve kültürleri, gelenekleri, dinleri veya dilleri de dahil olmak üzere ortak kimliklerini oluşturan unsurları bir arada koruma kaygısı ve dayanışma duygusuyla hareket eden kişi topluluğu olarak da tanımlanabilir.¹²¹⁹ Dolayısıyla diğerlerinin yanı sıra kültürel özelliklerini de koruyan bu kişi toplulukları, aynı zamanda kültürel kimlik hakkının doğal özneleridir.

Bir açıdan ulusal azınlığı meydana getiren bir unsur istem dışı, gönülsüz olarak “sınırın diğer tarafında” kalmaktır. Örneğin Avrupa’da özünde kendilerini istemeden de olsa “sınırın yanlış tarafında” bulan topluluklar olarak Slovakya, Romanya, Slovenya, Sırbistan ve Ukrayna’daki Macarlar; Bulgaristan ve Balkanlardaki Türkler; Kosova ve Makedonya’daki Arnavutlar; Ukrayna’daki Ruslar, Romenler, Slovaklar ve Belarussular; Çek Cumhuriyeti’ndeki Moravyalılar; Kuzey İtalya’daki Almanca konuşan Avusturyalılar; Güney Avusturya ve Slovenya’daki İtalyanlar; Güney Danimarka’daki Almanlar; Kuzey Almanya’da Danimarkalılar ve Baltık ülkelerindeki Ruslar otokton (asıl yerli) statüdeki ulusal azınlıklardır. Kadim ulusal azınlıklara aynı zamanda Fransa’daki Bretonlar, İspanya’daki Basklar ve Katalanlar, Birleşik Krallık’taki Galliler, İskoçlar ve İrlandalılar da örnek verilebilir. Aslına bakılırsa bu azınlıklar, çok daha uzun bir süre boyunca topraklarına bağlı olan ve bazıları bir zamanlar bağımsızlığa sahip olan ulusal topluluklar olduklarından bir anlamda otokton olarak görülebilirler.¹²²⁰

¹²¹⁷ Henrard, “Minorities, Identity, Socio-Economic Participation and Integration,” 2013, s. 25.

¹²¹⁸ Kymlicka, *Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*, s. 27.

¹²¹⁹ Jennifer Jackson Preece, *Minority Rights: Between Diversity and Community* (Cambridge, Malden: Polity Press, 2005), s. 28.

¹²²⁰ Malloy, *National Minority Rights in Europe*, s. 22.

Ulusal hukukta 1991 Slovenya Anayasası (m. 64) Otokton İtalyan ve Macar ulusal toplulukları ve üyelerinin ulusal sembollerini özgürce kullanma ve ulusal kimliklerini korumak için dernek kurma ve ekonomik, kültürel, bilimsel ve araştırma faaliyetlerini geliştirme haklarını güvenceye alır. Dolayısıyla Slovenya Anayasası, İtalyan ve Macar ulusal azınlıklarının kültürel kimlik hakkını güvence altına alır. Diğer bir ifadeyle Slovenya Anayasası (m. 64) otokton İtalyan ve Macar ulusal topluluklarının kültürel dernek kurma özgürlüğünün olduğunu belirterek geniş anlamda kültürel kimlik hakkını tanıır. 1996 Ukrayna Anayasası (m. 11) tüm yerli halklarının ve ulusal azınlıklarının kültürel kimliğini devletin ödev ve sorumlulukları kapsamında tanıır. 1997 Polonya Anayasası (m. 35/2) ulusal kültürel kimlikleriyle ilgili sorunların çözümüne katılma hakkına sahip olduğunu belirterek bunların kültürel kimlik hakkını tanıır. 2008 Kosova Anayasası (m. 58/3 ve m. 59/1 birlikte değerlendirildiğinde) ulusal azınlık üyelerine topluluk halinde kültürlerini, dolayısıyla kültürel kimliklerini koruma ve geliştirme hakkını tanıır. Yine Bolivya Anayasası (m. 31) yerli halklarla birlikte ulusların kültürel kimlik hakkını tanıır. Karadağ Anayasası ulusal azınlıkların kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak tanıır.

b. Yerli Haklar

Yerli halklar, kişi topluluğu olarak kültürel kimlik hakkının temel yararlanıcılarından birini oluşturur. Hem uluslararası hukuk hem de ulusal hukuklar açıkça yerli halkların kültürel kimlik hakkını tanımıştır. Azınlık kavramında olduğu gibi, aslında yerli halk kavramı için de şimdiye kadar ortak kabul görmüş bir tanıma ulaşmak mümkün olmamıştır.¹²²¹ Hukukun tanımlamadığı azınlık ve yerli halklar kavramlarının net olmayan tanımlamalarının olması veya bunların değişken olması aslında olağan bir

¹²²¹ Hannum, *Autonomy, Sovereignty and Self-Determination*, s. 88.

durumdur.¹²²² Ulusal azınlıklar ile etnik azınlıklar arasında ayırım yapmayan, genel bir azınlık kavramıyla azınlık haklarını ifade eden rapor veya yazarlar, yerli halkları ulusal azınlıklar dışında, hatta azınlık olmayan kişi toplulukları olarak ele almaktadır. Bu yapılırken de farklı ölçütler kullanılmaktadır. Bu çalışmada etnik azınlıklar ile ulusal azınlıklar arasındaki bir fark olarak ele alınan otoktonluk ölçütü, bazı yazarlar tarafından yerli halklar ile ulusal azınlıklar arasındaki bir fark olarak ele alınabilmektedir. Örneğin BM “Yerli Halklar Çalışma Grubu Raportörü Irene-Daes” tarafından hazırlanan rapora göre, yerli halkları azınlıklardan ayıran temel özellik yerli halkların geleneksel topraklarına, tarihsel anavatanlarına çok güçlü bağlılık duyması ve başlangıcının bilinemeyecek kadar uzun bir süredir o topraklarda yaşıyor olmalarıdır.¹²²³ Fakat Kymlicka’nın belirttiği gibi, vatana bağlılık, yani uzun süredir kendi topraklarında ikamet etme ve bu topraklara duyulan güçlü bağlılıklar ulusal azınlıklar için de geçerlidir. Bu fark, ancak yerli halkları yeni azınlıklar da denilen göçmen ve sığınmacılar gibi azınlıklardan ayırır.¹²²⁴ Her iki kişi topluluğu için toprağa dayalı bir farktan söz edilecekse bu, belki yerli halkların kolektif toprak mülkiyeti olarak ifade edilebilir. Zira yerli halklarda toprak mülkiyeti kolektif nitelik arz ederken azınlıklarda ancak bireysel mülkiyetten söz edilebilir. Hem yerli halklar hem de ulusal azınlıklar ortak olarak uzun zamanlar boyunca kendi topraklarında yaşayan toplulukları ifade eder. Ulusal azınlıklar ya yeni bir devlet bağımsızlığını kazandığında ya da bölündüğünde ortaya çıkarken, yerli halklar genellikle sömürgecilik faaliyetleri sonucunda azınlık durumuna düşmüşlerdir. Her iki kişi topluluğu da ortak olarak başat olmayan ve sayısal olarak daha az bir grubu ifade eder. Kymlicka’ya göre her iki unsur da geleneksel toprakları üzerinde çeşitli

¹²²² Mızrak, “Azınlık Hakları ile Yerli Halkları,” s. 637.

¹²²³ Erica-Irene Daes, “Working Group on Indigenous Populations Working Paper on the Concept of Indigenous People”, par. 44, 47. E/CN. 4/Sub.2/AC.4/1996/2.

¹²²⁴ Will Kymlicka, “The Internationalization of Minority Rights,” *International Journal of Constitutional Law* 6, No.1, 2008, s. 11-12.

özyönetim hakları talep eder ve giderek bu haklar kendilerine tanınır. Ayrıca kendi dillerini kullanma ve kültürlerini kamusal alanlarda ifade etme hakları da tanınır. Yerli halklar Avrupalı güçler tarafından sömürgeleştirilen ve yerleşilen toprakların orijinal Avrupalı olmayan sakinlerinin kuşaklarını ifade eder. Buna karşılık, “ulusal azınlıklar” Avrupa’da son beş yüzyıldır Avrupa devleti oluşumunun çalkantılı sürecinde kaybeden ve anavatanları (tamamen veya kısmen) komşu bir Avrupalı halkın egemen olduğu daha büyük devletlere dahil edilen Avrupalı grupları ifade eden bir terimdir. Ulusal azınlıklar, Avrupa’daki erken modern imparatorluklar, krallıklar ve prensliklerin karmaşasının modern ulus-devletler sistemine dönüştüğü süreçte aktif oyuncular olmuştur. Ancak bunlar ya kendi devletleri olmadan kalmışlardır (Katalanlar örneğinde olduğu gibi) ya da kendilerini sınırın yanlış tarafında, komşu bir akraba devletinde kendi etnik gruplarından kopmuş halde bulmuşlardır. Her iki grup da devletin kurulmasından sonra göç veya mülteci akınlarıyla oluşan yeni azınlıklardan farklıdır.¹²²⁵

Yerli halkların ayırt edici bir özelliği, topluluk odaklı bir ekonomik sistem de dahil olmak üzere, modern öncesi veya endüstri öncesi yaşam tarzları olarak adlandırılabilir. Bir tanımlamaya gidilecek olunursa yerli kavramı, genel olarak başkalarının hakimiyetinde olan toprakların işgal öncesi sakinlerinin yaşayan kuşaklarını ifade eder. Yerli halklar kendilerini yerleşimci toplumlar tarafından yutulmuş olarak gören ve kültürel açıdan farklı kişi topluluklarıdır.¹²²⁷ Yerli halklar, zamanla uluslararası sınırları aşan göçebe kabileleri, yaşadıkları devlette azınlık oluşturan dağınık toplulukları ve hâlâ eski kökenlerine sahip olan halkları ifade eder.¹²²⁸ Yerli halkların azınlık

¹²²⁵ Kymlicka, “The Internationalization of Minority Rights,” s.

¹²²⁶ Hannum, *Autonomy, Sovereignty and Self-Determination*, s. 90.

¹²²⁷ Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, s. 4.

¹²²⁸ C.M Brölmann and M.Y.A Zieck, “Indigenous Peoples,” in *Peoples and Minorities in International Law*, ed. Catherine Brölmann, R. Lefebvre, and Marjoleine Zieck (Dordrecht, Boston: M. Nijhoff, 1993), s. 187.

oluşturup oluşturmaması onların objektif ve sübjektif kriterleri yerine getirmesi ile açıklanabilir. Buna göre yerli halkların ortak kültür, dil, din, tarih, gelenek ve göreneklere sahip olması, sürekli bir birlik oluşturması, farklı bir kimliğe sahip olunduğunun bilincinde ve bunu koruma arzusunda olması onların azınlık oluşturmasının temel ölçütleri olarak ifade edilebilir.¹²²⁹ Amerika Kıtası'nda hayatta kalan çeşitli Hint Toplulukları, Kuzey Kutbu'ndaki Eskimolar ve Aleutlar, Avustralya'daki Aborjinler, Yeni Zelanda'daki Maoriler, Asya'daki kabile halkları ve buna benzer diğer topluluklar genel anlamda yerli olarak kabul edilen topluluklar arasındadır.¹²³⁰ Yine İskandinavya'nın kuzey kesimlerinde Norveç, İsveç ve Finlandiya'da yaşayan Saami halkı otokton özelliklere sahip yerli halklardandır.¹²³¹

Yerli halklar kavramı, her ne kadar oldukça heterojen kişi topluluklarını ifade ediyor olsa da bu halklar, kendi aralarında aynı kültüre, dile, kanunlara ve geleneklere sahip topluluklardır.¹²³² Bu özellikleri itibariyle yerli halklar öncelikle kültürel kimlik hakkına sahiptir.¹²³³ Zira yerli halklar ikamet ettiği bölgede yerli (otokton) olan ve bölge içerisinde farklı bir kültürel kimlik, kolektif sosyo-politik örgütlenmeyi sürdürmeyi amaçlayan kişi topluluklarıdır.¹²³⁴ Diğer bir ifadeyle yerli halklar “kültürel kimlikleri” ve

¹²²⁹ Arsava, *Azınlık Kavramı*, s. 63.

¹²³⁰ S. James Anaya, “Indigenous People and the International System,” in *International Human Rights and Indigenous Peoples*, ed. S. James Anaya, 1st Edition (Austin: Wolters Kluwer Law & Business, 2009), s. 1.

¹²³¹ Malloy, *National Minority Rights in Europe*, s. 24.

¹²³² Brélmann and Zieck, “Indigenous Peoples,” s. 188.

¹²³³ Siegfried Wiessner, “Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis,” *Harvard Human Rights Journal* 12, s. 127.

¹²³⁴ Elsa Stamatopoulou, “Walking the Talk? Including Indigenous Peoples' Issues in Intergovernmental Organizations,” in *Indigenous Peoples' Rights in International Law: Emergence and Application*, ed. Roxanne Dunbar-Ortiz et al. (Kautokeino: Gáldu Čála, 2015), s. 193.

yaşam tarzları bakımından nüfusun çoğunluğundan farklılaşan kişi topluluklarıdır.¹²³⁵ Öte yandan kültür ve kültürel kimliğin sürekli gelişmesi ve zenginleşmesi yerli halkların farklı halklar veya kişi toplulukları olarak varlıklarını sürdürmesini sağlar.¹²³⁶ Özellikle mülkiyet hakkının farklı anlamı ve kullanımını onları kültürel kimlik hakkının öznelinden biri yapar. Yerli halklar için toprak mülkiyeti hem ekonomik hem toplumsal hem de kültürel anlam ve bileşenler içerir. Yerli halklarda toprak mülkiyeti ve kaynaklarının kullanımını ile onun kolektif niteliği ekonomik bir olgu olduğu kadar kültürelidir. Bu bağlamda yerli kültürel kimliğine katkıda bulunan neredeyse tüm unsurlar, o kültürün dayandığı çevreye özgü doğal güçler ve süreçler tarafından belirlenir.¹²³⁷ Nitekim Latin Amerika'daki yerli ve kabile topluluklarının hayatta kalmasına yönelik toprak politikalarından kaynaklanan tehditlere karşı¹²³⁸ AAİHM, yerli halkların atalarının topraklarına sahip olmalarını, kültürel kimliklerini korumaları için temel bir faktör olarak ele almaktadır.¹²³⁹ Mahkemeye göre yerli topluluk üyelerinin kendi topraklarındaki atalarından kalma haklarını göz ardı etmek, yerli toplulukların ve üyelerinin kültürel kimlik hakkı ve hayatta kalma hakkı gibi diğer temel haklarını etkileyebilir.¹²⁴⁰

Yerli halklar ulusal azınlıklar kategorisi içinde özel bir tip olarak değerlendirilebilir. Zira bunlar tipik ulusal azınlık özelliklerine sahip kişi topluluklarıdır. Şöyle ki yerli topluluklar veya halklar kendi topraklarında gelişen işgal ve sömürgecilik

¹²³⁵ Felix Mukwiza Ndahinda, "The Future of Indigenous Rights in Africa: Debating Inclusiveness and Empowerment of Collective Identities," in *Indigenous Peoples' Rights in International Law: Emergence and Application*, ed. Roxanne Dunbar-Ortiz et al. (Kautokeino: Gáldu Čála, 2015), s. 434.

¹²³⁶ Siegfried Wiessner, "Indigenous Peoples and Cultural Heritage," in *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, ed. Dalee Sambo Dorough, Francesco Francioni, and Ana Filipa Vrdoljak, 1st Edition (Oxford: Oxford University Press, 2020), s. 407.

¹²³⁷ Wiessner, "Indigenous Peoples and Cultural Heritage," s. 407.

¹²³⁸ Elisa Novic, "From 'Genocide' to 'Persecution': 'Cultural Genocide' and Contemporary International Criminal Law," in *Cultural Rights as Collective Rights: An International Law Perspective*, ed. Andrzej Jakubowski (Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2016), s. 316.

¹²³⁹ Lenzerini, "Indigenous Peoples' Cultural Rights," s. 137.

¹²⁴⁰ IACHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, para. 143.

öncesi toplumlarla tarihsel bir sürekliliğe sahip olan ve kendilerini o topraklarda veya bunların bazı kısımlarında hüküm süren toplumların diğer kesimlerinden farklı gören kişi topluluklarıdır.¹²⁴¹ Bu tanım, çoğu çağdaş tanımda bulunabilecek dört unsuru içerir: Önceden var olma (veya tarihsel süreklilik), farklı kültürel özelliklere sahip olma, baskın olmama ve kendini farklı tanımlama. Bu bağlamda tarihsel süreklilik unsuru, bir fetih veya sömürgeleştirme deneyimiyle bağlantılıdır.¹²⁴² Ulusal azınlıkları etnik azınlıklardan ayıran unsurlar olarak anavatanda yaşama ve tarihsel süreklilik yerli halklarda en belirgin şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda yerli halklar geçmişten beri anavatanlarında yaşayan, daha sonra yaşadıkları bölgede azınlık durumuna düşen ve kendi kültürel kimliklerinin bilincinde olan kişi topluluklarıdır. Toplumun baskın olmayan kesimlerini oluşturan yerli halklar, kendi kültürel kalıplarına, sosyal kurumlarına ve hukuk sistemlerine uygun bir şekilde devam eden ve varlıklarının temeli olarak atalarının topraklarını ve kimliklerini korumaya, geliştirmeye ve gelecek nesillere aktarmaya kararlı topluluklardır.¹²⁴³ Dolayısıyla kültürel kimliklerini koruma ve sürdürme yerli halkların en temel amaçlarından biridir. Bu da onları kültürel kimlik hakkının temel ve doğal yararlanıcılarından biri yapar.

Kişi topluluklarının açık bir şekilde hakkın yararlanıcısı olarak tayin edilmesi aslında uluslararası ve ulusal belgelerde en iyi şekilde yerli halkların haklarıyla ifade bulmuştur. Yerli halkların haklarına saygı gösterilmesi talebi ve topluluklarının kolektif yönlerine odaklanmaları bu konuda uluslararası hukuktaki değişimin itici gücü olmuştur.¹²⁴⁴ Azınlıklara ilişkin düzenlemeler, çoğunlukla azınlıklara mensup kişilerin bireysel hakları olarak kabul edilirken yerli halklarla ilgili düzenlemeler, topluluk hakları

¹²⁴¹ Martinez Cobo, *Study of Problem Discrimination*, s. 29.

¹²⁴² Brélmann and Zieck, "Indigenous Peoples," s. 191-193.

¹²⁴³ Martinez Cobo, *Study of Problem Discrimination*, s. 29, par. 379.

¹²⁴⁴ Áhrén, "Protecting Peoples' Cultural Rights," s. 102.

olarak halkların haklarını güvence altına alır.¹²⁴⁵ Bu bağlamda kültürel hakların korunmasına yönelik şu ana kadarki en kapsamlı belgeyi oluşturan BM YHHB¹²⁴⁶ (m. 3), MSHS ile ESKHS'nin aynı formülüyle bir kişi topluluğu biçiminde yerli halkların kendi kaderini tayin hakkının bir parçası olarak kültürel kendi kaderini tayin etme hakkını tanıır. Bu belgenin özü, yerli kültürlerin korunması, gelişmesi ve bir kişi topluluğu olarak yerli halkların kendi toprakları, bölgeleri ve kaynakları üzerindeki haklarının korunmasını içeren kendi kaderini tayin etme hakkını tanıyıp güvence altına almasıdır.¹²⁴⁷ Yerli halklar için “halklar” kavramını kullanan tek uluslararası hukuksal belge olarak¹²⁴⁸ “Yerli ve Kabile Halklarına İlişkin 169 Sayılı ILO Sözleşmesi” de yerli halkların kültürel kimlik hakkını kolektif olarak açıkça tanıır ve onları hakkın yararlanıcıları olarak tayin eder.

İHK bu çerçevede bir dizi gözlem ve genel yorumla bireysel hak niteliğinde olan MSHS m. 27'yi kademeli olarak kolektifleştirmiştir.¹²⁴⁹ Diğer bir ifadeyle bireylerin yanı sıra kişi topluluklarının hakkın öznesi olarak yorumlanması yönünde kararlar almıştır. MSHS (m. 27) yerli halklara ilişkin bir düzenleme içermemesine rağmen İHK yerli halklarla ilgili birçok karar vermiştir. *Kitok* davasında Komite, yerli Saami halkının geleneksel geçim kaynağı olan ren geyiği yetiştiriciliğinin MSHS m. 27 kapsamında korunan bir faaliyet oluşturduğunu belirtmiştir.¹²⁵⁰ Komite *Lubicon Lake Band v. Canada* davasında, *Kitok* davasındaki bulgusunu teyit etmiş ve yerli Lubicon Lake Band'in geleneksel topraklarında kereste, gaz ve petrol işletilmesinin MSHS m. 27'nin ihlali anlamına geldiği sonucuna varmıştır.¹²⁵¹ Komite burada çevresel bozulma ve topluluğun

¹²⁴⁵ Marko et al., “The Historical-Sociological Foundations,” s. 83.

¹²⁴⁶ Stamatopoulou, “Taking Cultural Rights Seriously: The Vision of the Un Declaration on the Rights of Indigenous Peoples,” in *Reflections on the Un Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, ed. Stephen Allen and Alexandra Xanthaki (Hart Publishing, 2011), s. 407.

¹²⁴⁷ Wiessner, “Indigenous Peoples and Cultural Heritage,” s. 411.

¹²⁴⁸ Mızrak, “Azınlık Hakları ile Yerli Halkları,” s. 654.

¹²⁴⁹ Âhrén, “Protecting Peoples' Cultural Rights,” s. 107.

¹²⁵⁰ HCR, *Ivan Kitok v. Sweden*, para. 9.

¹²⁵¹ HCR, *Lubicon Lake Band v. Canada*, paras. 13–15.

atlarından kalma toprak ve kaynaklarını koruyamaması nedeniyle yaşam tarzının ve kültürün tehdit edildiğini tespit etmiştir. Davadaki başvuru bir birey olmasına karşın Komitenin tespitinden yararlanıcılar bütünüyle kişi topluluğu olmuştur.¹²⁵² Zira Komitenin güvenceye almış olduğu hakkın niteliği kolektif olup kişi topluluğunun mülkiyet hakkını korumuştur.¹²⁵³ Yine Komite *Länsman*¹²⁵⁴ ve *Apirana Mahuika*¹²⁵⁵ davalarında kişi topluluklarını hakkın öznesi olarak ele almıştır.

Daha önce de belirtildiği gibi, Uluslararası Ceza Mahkemesi *Al Mahdi* davasında doğrudan doğruya kültürel miras hakkı ihlal edilen Timbuktu Topluluğu lehine tazminata hükmetmiştir. Mahkeme toplam 2,7 milyon Euro tutarında bireysel, kolektif ve sembolik tazminatın ödenmesine hükmederken¹²⁵⁶ topluluğun bizzat kendisinin hakkın yararlanıcısı olduğunu tespit etmiş, Timbuktu topluluğuna bir bütün olarak tazminat ödenmesine karar vermiştir.¹²⁵⁷ Mahkeme topluluk lehine vermiş olduğu kararla açıkça, kişi topluluğu olarak yerli halkı hakkın yararlanıcısı olarak tanımıştır.

Bölgesel düzeyde Amerikan Yerli Halkların Hakları Bildirgesi yerli halkların kültürel kimlik hakkını tanıır. Bildirge (m. 10) her açıdan yerli halkların kültürel kimliklerini koruma, ifade etme ve özgürce geliştirme hakkına sahip olduğunu belirtir. Bildirge (m. 13) ise yerli halkların kendilerinin ve üyelerinin kolektif devamlılığı için kendi kültürel kimliklerine ve kültürel mirasa sahip olduğunu belirtir. Buna karşın Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi ile AMİHS ise doğrudan kişi topluluklarının, yerli halkların haklarını tanımaz. Ancak 2001'den bu yana AAİHM ve AAİHK bu iki belgeyi, en azından yerli halklara uygulandığında kişi topluluklarını

¹²⁵² Åhrén, "Protecting Peoples' Cultural Rights," s. 107.

¹²⁵³ Lenzerini, "Indigenous Peoples' Cultural Rights," s. 130.

¹²⁵⁴ HCR, *Länsman et al v Finland*.

¹²⁵⁵ HCR, *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand*, para. 9.

¹²⁵⁶ International Criminal Court, *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*.

¹²⁵⁷ International Criminal Court, *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, para. 83.

kapsayacak şekilde yeniden yorumlamaktadır. 2001 yılında, *Awas Tingni* davasında AAİHM, kültürel kimlik hakkını içeren mülkiyet hakkının yerli halkların “ortak mülkiyetini” kapsadığını belirtmiştir.¹²⁵⁸ Daha sonra, *Awas Tingni* davasını temel alan AAİHK, Belize’nin Toledo Bölgesindeki Maya topluluklarının, kişi topluluğu olarak yerli halkların geleneksel toprakları ve kaynakları üzerinde hakkın yararlanıcısı olduğuna karar vermiştir.¹²⁵⁹ Afrika Halkların Hakları Evrensel Bildirgesi (m. 2) de halkların kültürel kimlik hakkını açıkça tanır. Buna göre tüm halklar kültürel kimliğine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Dolayısıyla Bildirge kişi toplulukları olarak halkların kültürel kimlik hakkını tanır.

Öte yandan özellikle çevre alanındaki bir dizi uluslararası sözleşme, diğerlerinin yanı sıra yerli halkların (kültürel kimlik hakkı dahil) belirli kültürel haklarının korunmasına yönelik önlemler içermektedir.¹²⁶⁰ Örneğin 1973 Kutup Ayılarının Korunmasına İlişkin Sözleşmesi (*Agreement on Conservation of Polar Bears*) m. III(l)(d) yerel halkların geleneksel haklarını kullanarak geleneksel yöntemlerle avlanması durumunda kutup ayılarının avlanmasına izin vermektedir. Benzer şekilde 1979 Göçmen Türlerine İlişkin Sözleşme (*Convention on Migratory Species*) m. III(S)(c), nesli tükenmekte olan göçmen türlerin avlanmasına ilişkin genel yasağın, bu türlerin avlanmasıyla geçimini sağlayanların ihtiyaçlarını karşılamak için, yani yerli topluluklar lehine ihmal edilebileceğini teyit etmektedir.

İskandinav Saami Sözleşmesi (*Nordic Saami Convention*) başlangıç kısmında (bir yerli halk ve kişi topluluğu olarak) Saami halkının kendi kültürüne, toplumuna, tarihine, geleneklerine, diline, geçim kaynaklarına sahip olduğunu; toprak ve suların Saami kültürünün temelini oluşturduğunu ve dolayısıyla Saamilerin bunlara erişiminin

¹²⁵⁸ IACHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*.

¹²⁵⁹ IACHR, *Maya Indigenous Community of the Toledo District v. Belize*.

¹²⁶⁰ Lenzerini, “Indigenous Peoples’ Cultural Rights,” s. 131.

sağlanması gerektiğini belirtir. Burada Sözleşme'nin daha çok kolektif nitelikte düzenlenmesi dikkat çekmektedir ki, Sözleşme genelinde Saami halkına vurgu yapılmaktadır. Sözleşme (m. 2) Saami halkının Finlandiya, Norveç ve İsveç'in yerli halkı olduğunu belirtir. Dolayısıyla Sözleşme genel olarak yerli halkların haklarını değil, bir kişi topluluğu ve yerli halk olarak Saamilerin haklarını özel olarak güvence altına alır. Sözleşme (m. 1) bu Sözleşme'nin amacının

“Saami halkının dilini, kültürünü, geçimini ve topluluğunu güvence altına almak ve geliştirmek için gerekli olan haklarını onaylamak ve güçlendirmek...”

olduğunu ifade eder. Sözleşme (m. 3) Saami halkının kendi kaderini tayin etme ve kendi ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimini belirleme ve doğal kaynakları üzerinde kendi çıkarları doğrultusunda tasarruf etme hakkına sahip olduğunu belirtir. Dolayısıyla kişi topluluğu olarak Saamilerin kültürel kimlik hakkını tanır. Ayrıca Sözleşme (m. 30) Saami çocuk ve gençlerinin kendi kültürlerini yaşama ve Saami kimliğini koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu belirterek onların kültürel kimlik hakkını güvence altına alır. Bu paralelde Finlandiya Anayasası 1995 yılında Saamiler için daha sağlam hukuksal güvenceler içerecek şekilde değiştirilmiştir. Kültürel kimlik hakkıyla ilişkili yeni düzenlemeler Saamilerin yerli bir halk statüsünü tanımış, Samilerin anadillerini ve kültürlerini koruma ve geliştirme hakkı vermiştir. Ayrıca Samilerin Saami Anavatanı içinde kültürel özerkliği güvence altına alınmıştır.

Ulusal hukukta birçok anayasa yerli halkların kültürel kimlik hakkını tanır. Bu alanda özellikle Latin Amerika ülkeleri dikkat çekmektedir. 1983 El Salvador Anayasası (m. 63/2) yerli halkları tanır ve onların kültürel kimliklerini güvenceye alır. 1987 Nikaragua Anayasası özel olarak birkaç yerli halkın kültürel kimlik hakkını tanır. Anayasa (m. 89/2) Atlantik Kıyısı Topluluklarının ulusal birlik içinde kültürel kimliklerini koruma ve geliştirme hakkını tanır. Anayasa (m. 180) Karayip Kıyısı

Topluluklarının kültürel kimlik hakkını güvence altına alır. Anayasa (m. 310/2) Yerli (Hint) topluluklarının kültürel kimliklerini korumak için taşınmaz mülkiyetiyle ilgili özel önlemler alır. Kolombiya Anayasası (m. 55) Siyah Toplulukların kültürel kimlik hakkını tanıır ve buna ilişkin koruma mekanizmalarının kurulmasını öngörür. Ekvador Anayasası (m. 57) yerli halkların kültürel kimlik hakkına yönelik özel bir düzenleme öngörmektedir. Anayasa yerli komünler, topluluklar ve halkların kolektif haklarının Anayasa ve insan hakları sözleşmeleri, teamüller, bildirgeler ve diğer uluslararası belgelere uygun olarak tanınıp güvenceye alınacağını ve bunların kültürel kimlikleri nedeniyle ayrımcılığa maruz bırakılmayacağını ifade eder. Bolivya Anayasası (m. 30) kırsal alanlarda yaşayan yerli halkların kültürel kimlik hakkını tanıır. 1982 Kanada Anayasası (m. 35) Kanada yerli halklarının (Kızılderili, Eskimo ve Métis halklarının) yerli gruplar ve federal hükümet arasındaki antlaşmalarda tanınan haklara sahip olduğunu belirtir. Dolayısıyla Anayasa yerli halkların kültürel kimlik hakkını tanıır. İsveç, Norveç, Finlandiya anayasaları dolaylı yoldan Saami Halkının kültürel kimlik hakkını tanıır. 1987 Filipinler Anayasası (m. 2/22) kültürel kimlik hakkıyla ilgili olarak yerli kültürel toplulukların haklarını güvenceye alır. 1992 Paraguay Anayasası (m. 65) yerli halkların kültürel yaşama katılma hakkı dolayısıyla kültürel kimlik hakkını tanıır. 2015 Nepal Anayasası (m. 32) her topluluğun, kendi topluluğunun kültürel yaşamına katılma hakkına sahip olduğunu belirtir. Dolayısıyla her topluluğun kültürel kimlik hakkını güvence altına alır.

Anayasaların kişi topluluklarının kültürel kimlik hakkını açıkça tanımadığı bazı ulusal hukuklarda, yargı organlarının kişi topluluklarının kültürel kimlik hakkını güvence altına aldığı görülmektedir. Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, Anayasanın kültürel kimlik hakkını güvence altına almamasına rağmen *The Richtersveld Community* davasında Richtersveld topluluğu lehine kültürel kimlik hakkını tanımıştır. Mahkeme mülkiyet hakkını, bulunduğu koşullar çerçevesinde özel olarak ele almış, genel eğilimin aksine hakkın kişiye ait bir hak olarak ele alınabileceği gibi kişi topluluğuna ait hak olarak

da değerlendirilebileceğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre yerli toprak mülkiyetinin gerçek karakterinin belirlenmesi belli bir topluluğun tarih ve kullanımlarının incelenmesini içerir. Bu bağlamda Yerli Nama hukukuna göre toprak mülkiyeti, “kişi topluluğuna” aittir.¹²⁶¹ Mahkeme Richtersveld halkının kültürünün bileşenlerinden birinin, onların bu toprakları kullanma ve işgal etme haklarına ilişkin geleneksel kuralları oluşturduğunu ve ilk kuralın gereği olarak toprağın ve kullanılma hakkının bir bütün olarak Richtersveld topluluğuna ait olduğunu belirtmiştir.¹²⁶² Mahkeme Richtersveld Topluluğunun, maden ve değerli taş haklarını içeren yerel yasalar uyarınca söz konusu toprağın mülkiyetine sahip olduğunu tespit etmiştir.¹²⁶³ Mahkeme burada mülkiyet hakkının yararlanıcısı olarak açıkça kişi topluluğunu tayin etmiştir. Bu karar aynı zamanda uyuşmazlıktaki yerli halk olan Richtersveld Topluluğunun, yerli halkların mülkiyet hakkının özel durumu nedeniyle kaçınılmaz bir şekilde kültürel kimlik hakkının da yararlanıcısı olması sonucunu doğurmuştur. Sonuç olarak hukuk belgeleri ve yargı organlarının kararları ışığında yerli halklar kültürel kimlik hakkının temel yararlanıcılarının başında gelir.

¹²⁶¹ Constitutional Court of South Africa, *Alexkor Limited and the Government of the Republic of South Africa v. the Richtersveld Community and Others*, paras. 55–57.

¹²⁶² Constitutional Court of South Africa, *Alexkor Limited and the Government of the Republic of South Africa v. the Richtersveld Community and Others*, para. 58.

¹²⁶³ Constitutional Court of South Africa, *Alexkor Limited and the Government of the Republic of South Africa v. the Richtersveld Community and Others*, paras. 100–102.

3. Etnik Azınlıklar

a. Genel Olarak

Etnik azınlıklar kişi topluluğu olarak kültürel kimlik hakkının yararlanıcılarından birini oluşturur. Zira kültürel boyutları olan etnik azınlıklar,¹²⁶⁴ kültürel bir varlığı,¹²⁶⁵ yani belli kültürel özelliklerden yararlanan bir sosyal örgütlenme biçimini ifade eder.¹²⁶⁶ Etnik azınlıklar ile ortak bir dile, geleneklere ve kültüre atıfta bulunulur. Etnik azınlıklar nesiller boyunca devam eden birlikteliğe, akrabalık ilişkilerine, ortak kültüre, dinsel kurallara uymaya dayalı kişi topluluklarıdır.¹²⁶⁷ Bu bağlamda etnik azınlıklar, kolektif bir biçimde ırka veya ortak kültürel özelliklere dayanan ve ayrı bir kimliğe sahip olan, ağırlıklı olarak ortak kökenden gelen kişi toplulukları olarak tanımlanabilir.¹²⁶⁸ Bu nitelikleri itibariyle etnik azınlıklar kültürel kimlik hakkının öncelikli doğal öznelereinden biri olur. Din ve dilin kültürle olan ilişkisi, dinsel ve dilsel azınlıkları kültürel kimliğin ayrı yararlanıcıları yapıyor olsa da etnik azınlıklar, kültürel bileşenlerinden ötürü kültürel hakların ve kültürel kimlik hakkının öncelikli yararlanıcıları olarak ortaya çıkar.¹²⁶⁹ Şu durumda kültürel kimliğin korunması, sürdürülmesi ve geliştirilmesi aynı zamanda öncelikle kültürel bir varlık olan etnik azınlıklar eliyle gerçekleştirilebilir. Etnik azınlıkların ayırt edici bir özelliği, ulusal azınlıkların aksine buldukları yerlerde geçmişten beri uzun süre yaşamamış olmalarıdır. Öte yandan bütün etnik azınlıkların ve/veya üyelerinin yaşadıkları ülke vatandaşlığının olduğunu söylemek güçtür. Bu nedenle etnik azınlıklar vatandaşlık unsuru yönüyle ulusal azınlıklardan ayrılırlar. Etnik

¹²⁶⁴ Geoffrey Alderman, "Conclusions," in *Governments, Ethnic Groups and Political Representation: Comparative Studies on Governments and Non-Dominant Ethnic Groups in Europe 1850–1940*, ed. Geoffrey Alderman (Dartmouth: New York Univ. Press, 1993), 279–80.

¹²⁶⁵ Thornberry, *Rights of Minorities*, s. 160.

¹²⁶⁶ Tavani, *Collective Rights and The Cultural Identity of the Roma*, s. 12.

¹²⁶⁷ Malloy, *National Minority Rights in Europe*, s. 23; Arsava, *Azınlık Kavramı*, s. 54.

¹²⁶⁸ Van Dyke, "The Individual, the State and Ethnic Communities in Political Theory," 1995, s. 32.

¹²⁶⁹ Thornberry, *Rights of Minorities*, s. 161.

azınlıklar tarih boyunca atalarının kültürüyle bağlantılı olduğunu düşündükleri ortak bir kültürü paylaşırlar. Dolayısıyla etnik azınlıklar dinsel ve dilsel topluluklardan ve ulusal azınlıklardan ayrılırlar.¹²⁷⁰ Bu bağlamda genel çerçevenin dışında bütün dünyada yaygın olarak görülen göçmenler ve sığınmacılar ile özel bir etnisite oluşturan Romanlar etnik azınlıkların özel tipleri olarak ön plana çıkar.

Etnik azınlıklar, günümüzde bazı uluslararası ve ulusal hukuk belgelerinde genel olarak kültürel kimlik hakkının yararlanıcıları arasında sayılmaktadır. 1950 yılına kadar Birleşmiş Milletler belgelerinde genellikle etnik azınlıklar yerine ırksal azınlıklar kavramı kullanılmıştır.¹²⁷¹ Örneğin Genel Kurul Kararı 217c(IH)'de ırksal ve ulusal azınlıklar kavramları kullanılırken etnik azınlıklar kavramı kullanılmamıştır. Ancak daha sonraki dönemlerde etnik azınlık kavramı kullanılmaya başlamıştır. Bu bağlamda MSHS (m. 27), ÇHS (m. 30), Azınlık Hakları Bildirgesi (m. 2/1) etnik azınlık kavramını kullanarak etnik azınlıklara üye kişilerin kültürel kimlik hakkını tanımıştır. Daha önce de belirtildiği gibi çeşitli izleme organlarının ve yarı yargısal organların kararları doğrultusunda bu düzenleme biçiminin aynı zamanda kolektif nitelik arz ettiği kabul edilmektedir. Yani yalnızca etnik azınlık üyeleri değil, etnik azınlıkların kendisi de kolektif biçimde kültürel kimlik hakkının yararlanıcıları olarak bu sözleşmeler çerçevesinde kabul edilmiştir. Bu bağlamda bireyin kültürel kimliğinin korunması dışında azınlıkların kültürel olarak hayatta kalmasını güvence altına almaya amaçlayan MSHS (m. 27) belirli konularla ilgili olarak azınlıkları çoğunluk nüfusuyla eşit kılma hedefiyle kolektif ve bireysel unsurları birleştirir.¹²⁷²

¹²⁷⁰ Thomas W. Pogge, "Group Rights and Ethnicity," in *Ethnicity and Group Rights*, ed. Ian Shapiro and Will Kymlicka (New York, NY: New York Univ. Press, 1997), s. 194.

¹²⁷¹ Thornberry, *Rights of Minorities*, s. 159.

¹²⁷² Wolfrum, "The Emergence of 'New Minorities,'" s. 165.

Ulusal hukukta Polonya, Norveç, İsveç, Nikaragua anayasaları, ayrıca Yeni Zelanda Halklar Bildirgesi Kanunu kişi topluluğu olarak etnik azınlıkların kültürel kimlik hakkını tanımaktadır. Ayrıca Letonya, Kolombiya, Romanya anayasaları etnik azınlıklara mensup kişilerin, dolayısıyla etnik azınlıkların kültürel kimlik hakkını tanıır.

b. Göçmenler ve Sığınmacılar

Göçmen ve sığınmacılar etnik bir azınlık olarak kültürel kimlik hakkının öznelerinden birini oluşturur. Kültürel kimlik, bu gibi azınlık üyelerini topluluklarıyla bütünleştirmede vazgeçilmezdir.¹²⁷³ Öte yandan göçmenler gibi baskın durumda olmayan ve azınlık oluşturan kişi topluluklarının, çoğunluk karşısında kültürel kimlik hakkının kolektif olarak tanınması yaşamsaldır.¹²⁷⁴ Özellikle çok etnikli toplumlarda azınlık durumunda ve bilincinde olan ve onu korumak arzusunda olan göçmenler kültürel kimliklerini yeni çevrelerinde sürdürmeyi isteyebilirler ki,¹²⁷⁵ bu da onların azınlık olarak tanınmalarını gerektirir.

Göçmen ve sığınmacıları etnik azınlık yapan olgulardan biri küreselleşmeyle birlikte artan göç hareketleri, giderek daha fazla bireyin kendi ülkesinden farklı ülkelere yerleşmesidir. Göç hareketleri özellikle 1970'lerden bu yana kalıcı yerleşime yol açma eğilimi göstermekte ve anavatanlarına dönen göçmenlerin sayısı keskin bir şekilde azalmaktadır. Bu da farklı ülkelerde giderek daha fazla ikinci ve üçüncü kuşak göçmenin ve dolayısıyla farklı kimliklere sahip grupların kalıcı varlığına yol açmaktadır.¹²⁷⁶

¹²⁷³ Yutaka Arai-Takahashi, "Rationalizing the Differentiation between 'New' and 'Old' Minorities? The Role of the Margin of Appreciation Doctrine in Determining the Scope of Protection of Minority Rights," in *Double Standards Pertaining to Minority Protection*, ed. Kristin Henrard (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010), s. 237.

¹²⁷⁴ Michael Freeman, "Are There Collective Human Rights?," in *Group Rights*, ed. Peter Jones, 1st ed. (London: Routledge, 2022), s. 422.

¹²⁷⁵ Wolfrum, "The Emergence of 'New Minorities,'" s. 162-163.

¹²⁷⁶ Kristin Henrard, ed., *Double Standards Pertaining to Minority Protection* (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010), s. 6.

Dolayısıyla göçmenler ve sığınmacılar gittikleri ülkelerde dezavantajlarıyla birlikte etnik azınlık oluşturarak kültürel kimlik hakkının öznelere olarak ortaya çıkmaktadır.

Ulusal ve etnik azınlıklar ayrımında, ulusal azınlıkların göçmenlerle ilgili bir olgu olan gönüllü veya zorunlu göçle ilişkilendirilmesi bir yanlışlık olarak değerlendirilebilir. Zira Almanya ve İskandinavya'daki Türk göçmenler; Birleşik Krallık, Fransa, Hollanda ve Portekiz'de yaşayan eski sömürgelerden gelen göçmenler; İtalya'daki Arnavutlar, İtalya ve İspanya'daki Afrikalılar gibi çoğunluk nüfusu arasında dağıntık halde yaşayan göçmenler gibi kişi toplulukları yerleşik ulusal azınlıklar olarak değerlendirmek güçtür. "Yeni azınlıklar" da denilen bu kişi toplulukları esasında etnik azınlıklardır. Bunlar otokton ulusal azınlıkların üyeleriyle aynı endişelere sahip olsalar bile etnik azınlıklar, bunlardan farklı olarak genellikle ekonomik refah için ulusal topluluklarını ve anavatanlarını terk etmeye karar veren kişi topluluklarıdır.¹²⁷⁷ Ulusal azınlıklar anavatanlarından ayrıldıkları için değil, anavatanları daha büyük bir devletin sınırları içerisine dahil edildiğinden kendilerini azınlık konumunda bulmaktadır. Bu birleşme genellikle istemsizdir ve fetih, sömürgeleştirme veya toprakların bir imparatorluk gücünden diğerine devredilmesinden kaynaklanmaktadır.¹²⁷⁸ Göçten kaynaklanan yeni azınlık grupları, bireylerin ve ailelerin genellikle ekonomik, bazen de siyasal nedenlerle anavatanlarını terk ederek başka bir ülkeye göç etme kararıyla oluşan toplulukları ifade etmektedir. Dolayısıyla bu kişi toplulukları geçici olmanın ötesinde, anavatanlarından başka bir ülkede yaşayan göçmenler, sığınmacılar ve onların soyundan gelenlerden oluşur.¹²⁷⁹ Bu bağlamda kültürel kimliğin yararlanıcılarını oluşturan göçmenler (ve

¹²⁷⁷ Malloy, *National Minority Rights in Europe*, s. 23.

¹²⁷⁸ Michael Walzer, "Pluralism: A Political Perspective," in *The Rights of Minority Cultures*, ed. Will Kymlicka (New York: Oxford University Press, 1995), s. 139-54.

¹²⁷⁹ Roberta Medda-Windischer, "Changing Paradigms in the Traditional Dichotomy of Old and New Minorities," in *Double Standards Pertaining to Minority Protection*, ed. Kristin Henrard (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010), s. 196.

sığınmacılar) genellikle ekonomik refah amaçlı bireysel ve ailesel göçlerden kaynaklanmakta ve ulusal azınlıklar gibi anavatanlarında ikamet etmemektedir.¹²⁸⁰

Göçmenlerin yanı sıra kendi istekleri dışında ulusal devletlerinden ve anavatanlarından kaçmak zorunda kalan ve bazen ev sahibi ülkelere neredeyse kalıcı olarak yerleşen sığınmacılar da etnik azınlık oluşturur.¹²⁸¹ Dolayısıyla kültürel kimlik hakkının yararlanıcıları olur. Onları, kültürel kimlik hakkının yararlanıcısı yapan etkenlerden biri, dezavantajlı durumda bulunan topluluklara ve onların üyelerine yönelik ayrımcılığı engellemek veya ortadan kaldırmak amacıyla özel hakların tanınmış olmasıdır.¹²⁸²

Uluslararası hukuk, etnik azınlıklardan göçmenler ve sığınmacıların kültürel kimlik hakkını, bir yandan genel insan hakları belgeleriyle diğer yandan onlara yönelik özel birtakım hukuksal araçla tanıyıp korumaktadır.¹²⁸³ Öncelikle yeni azınlıklar, yani göçmenler ve sığınmacılar azınlıklarla ilgili MSHS (m. 27) veya Çerçeve Sözleşme, ESKHS (m. 15) gibi genel düzenlemelerden yararlanırlar. Nitekim İHK, azınlıkların dar bir kapsamla tanımlanmasının MSHS m. 27 açısından fazlasıyla kısıtlayıcı olacağını, tüm azınlık üyelerinin ilgili hükmün kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Komite, m. 27'nin belirli bir bölgede yoğunlaşmayan veya yerleşik olmayan ya da göçmen olanlar veya sığınma hakkı verilmiş olanlar da dahil olmak üzere dilsel, dinsel, etnik veya diğer herhangi bir azınlığa mensup tüm kişiler için geçerli olduğunu belirterek göçmen ve sığınmacıların da düzenleme kapsamında korunan azınlıklar olduğunu

¹²⁸⁰ Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, s. 11.

¹²⁸¹ Malloy, *National Minority Rights in Europe*, s. 24.

¹²⁸² Clive Baldwin, "Do Vulnerable Groups within Ethnic, Religious or Linguistic Minorities Need Special Standards?," in *Double Standards Pertaining to Minority Protection*, ed. Kristin Henrard (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010), s. 245.

¹²⁸³ Niessen, "Migrant Workers," s. 389.

belirtmiştir.¹²⁸⁴ Dolayısıyla göçmen ve sığınmacılar geniş yorumla, kültürel kimlik hakkını da içeren MSHS m. 27 kapsamında hakkın yararlanıcıları olarak tanınmıştır. Bu bağlamda ulusal hukukta Almanya, MSHS m. 27 için hazırladığı beşinci periyodik raporunda, Almanya’da Sözleşme m. 27 kapsamındaki hakların yalnızca belirli azınlıklara tanınmadığını; Almanya’daki tüm etnik, dinsel ve dilsel azınlıkların ilgili hüküm kapsamında belirtilen haklara ilişkin Temel Kanun tarafından korunduğunu savunmuştur. Taraf Devlet, m. 27 kapsamında tüm azınlıkların anadillerini ve kültürlerini kullanabildiğini; etnik, dinsel veya dilsel azınlıkların örgütlediği pek çok dernek kurulduğunu ve bu derneklerin kültürel kimliğin korunmasına, dinsel inançların uygulanmasına hizmet ettiğini belirtmiştir.¹²⁸⁵ Dolayısıyla Almanya kültürel kimliğe ilişkin göçmen ve sığınmacıların, Sinti ve Romanların da içinde olduğu geniş kapsamlı bir yararlanıcı grubunu tanımıştır.¹²⁸⁶ Yine Ekvador, Irk Ayrımcılığı Komitesine sunduğu bir raporunda, Ekvador’un ulusal kimliğini güçlendirmeyi ve ülkenin çok etnikli yapısının tanınmasını sağlamayı amaçlayan bir Ulusal Kalkınma Planı sunmuştur.¹²⁸⁷

ESKHK göçmenlerin kültürel kimlik hakkını, devletlerin ödevleri kapsamında açıkça güvence altına alır. Buna göre Taraf Devletler, göçmenlerin dil, din ve folklorunun yanı sıra kültürel kimliklerini korumalıdır. Taraf Devletler, göçmenlerin menşee ülkeleriyle olan kültürel bağlarını sürdürmelerini engellememelidir.¹²⁸⁸ İHK de çeşitli raporlarında vatandaş olmayanların ve göçmenlerin kültürel haklarıyla ilgili olarak devletlerin yükümlülüklerine dikkat çekmiştir.¹²⁸⁹ Komiteye göre MSHS m. 27’den

¹²⁸⁴ HCR, *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant*, 1996, para. 13, CCPR/C/79/Add.73.

¹²⁸⁵ Germany, *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant: Fifth Periodic Report*, 2002, para. 373, CCPR/C/DEU/2002/5.

¹²⁸⁶ Germany, *Fifth Periodic Report*.

¹²⁸⁷ CERD, *CERD Report*, 2005, para. 130, CERD A/48/18(1993).

¹²⁸⁸ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 34.

¹²⁸⁹ HCR, “General Assembly, Official Records Fifty-Fifth Session Supplement,” 2000, A/55/40, A/49/40.

yararlanmak için bir azınlık üyesinin vatandaşı olması gerekmez. MSHS m. 27 koruması yalnızca Taraf Devletin vatandaşlarına münhasır kılınmaz. Komiteye göre, bir Taraf Devlette bu tür azınlıkları oluşturan göçmen işçilerin vatandaş olmaları gerekmediği gibi ikamet zorunlulukları da yoktur.¹²⁹⁰ Benzer şekilde Irk Ayrımcılığı Komitesi, Irk Ayrımcılığı Sözleşmesi uyarınca, vatandaşlık veya göçmenlik statüsüne dayalı farklı muamelenin Sözleşme'nin amaçları doğrultusunda ayrımcılık teşkil edeceğini belirtmiştir.¹²⁹¹

Vatandaşlık koşulunun aranmaksızın göçmenlerin MSHS m. 27 veya Çerçeve Sözleşme kapsamına alınması, bu kişi topluluklarının kültürel kimlik hakkının korunması bakımından önemlidir.¹²⁹² Nitekim Çerçeve Sözleşme Danışma Komitesi (*Advisory Committee on the Framework Convention*) göç kaynaklı yeni azınlıklar bakımından Sözleşme'nin uygulanması konusunda, ilgili ülkelerin genel nüfusu içinde vatandaş olmayanların (göçmen işçiler de dahil olmak üzere) önemli bir oranda bulunması nedeniyle, bu topluluklara mensup kişilerin Sözleşme kapsamına dahil edilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹²⁹³

Yine uluslararası hukukta 1978 UNESCO Irk ve Irksal Önyargı Bildirgesi (m. 1/2) göçmenlerin entegrasyonuna yönelik politikalar geliştirilirken ev sahibi devletlerin öncelikle pozitif hukuk kurallarına tâbi olsa da göçmenlerin farklı olma haklarının teminatı olarak kültürel kimliğinin korunmasını güvence altına alır.

¹²⁹⁰ HCR, *CCPR General Comment No. 23*, para. 5.1, 5.2.

¹²⁹¹ CERD, *General Recommendation No. 30*, paras. 4, 13.

¹²⁹² Medda-Windischer, "Changing Paradigms," s. 206.

¹²⁹³ Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, *Opinion on Germany* (Strasbourg, 2002), paras. 17–18, ACFC/INF/OP/I(2002)008; Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, *Opinion on Ukraine* (Strasbourg, 2002), para. 18, ACFC/INF/OP/I(2002)010.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) 143 Sayılı Sözleşme (m. 10) üye devletlerin kendi topraklarında yasal olarak bulunan göçmen işçi ve aile üyelerinin kültürel haklarını, bireysel ve kolektif özgürlüklerini güvenceye alır. Sözleşme (m. 12/1(f)) her üye devlete, ulusal koşullara ve uygulamalara uygun yöntemlerle göçmen işçiler ile ailelerinin ulusal ve etnik kimliklerini ve menşe ülkeleriyle kültürel bağlarını koruma çabalarına yardımcı olmak ve bunu teşvik etmek için her türlü adımı atma ödevi yükler.

Öte yandan uluslararası hukukta Göçmen İşçileri Sözleşmesi (m. 17 ve m. 31) göçmen işçilerin ve aile üyelerinin kültürel kimlik hakkını doğrudan doğruya güvence altına alır. Buna göre özgürlüklerinden yoksun bırakılan göçmen işçilerin kültürel kimlik hakkına saygı duyulacaktır. Bu hüküm, her somut olayın koşullarına bağlı olarak yararlanıcıların kültürel kimliklerinin gerektiği gibi güvence altına alınması için devletlerin, özel olarak uyarlanmış önlemleri benimsemesi gerektiğini dolaylı bir şekilde ifade etmektedir.¹²⁹⁴ Sözleşme Taraf Devletlerin, göçmenlerin kültürel kimliklerinin yanı sıra dillerinin, dinlerinin ve folklorlarının korunmasına; kültürel, sanatsal ve kültürlerarası etkinlikler düzenleme haklarına özel önem verir. Buna göre Taraf Devletler, göçmenlerin kendi menşe ülkeleri ile kültürel bağlarını sürdürmelerini engellememelidir. Göçmen İşçileri Komitesi, Sözleşme (m. 45) çerçevesinde göçmen işçilerin çocuklarının kültürel kimlik hakkını, eğitim hakkını ve anadil hakkını birlikte ele alarak aile fertlerinin haklarına dikkat çekmektedir.¹²⁹⁵ Bu bağlamda ev sahibi ülkenin geleneklerine ve okul sistemine uyum sağlamak zorunda kalan göçmen ve aile üyelerinin, kültürel özelliklerini koruyabilmeleri önemlidir. Eğitim ve öğretim, gönüllü göçmenlerin göç ettiği topluma bağları yeniden tanımlarken yeni kimliklerini şekillendirmede çok önemli bir rol

¹²⁹⁴ Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law*, s. 132.

¹²⁹⁵ CMW, *General Comment No. 2*, para. 78.

oynayabilir. Dolayısıyla bu tür azınlıklar hem kendi kültürleri hem de ev sahibi kültürü hakkında eğitim ve öğrenim hakkına sahip olmalıdır.¹²⁹⁶

c. Romanlar

Ayrıksı ve özel bir kişi topluluğu olan Romanlar, bir etnik azınlık olarak kültürel kimlik hakkının yararlanıcılarından birini oluşturur. Romanlar kendilerine özgü tarihi, kültürü, yaşam biçimleri, gelenek ve görenekleri, hukuk sistemleri olan etnik topluluklardır. Romanlar farklı yaşam tarzları, nüfusun veya toplumun geri kalanından farklılık gösteren ve ayrı olan kendi kimliklerinin bilincinde olan kişi topluluklarıdır.¹²⁹⁷ Romanların sahip olmuş olduğu etnik özellikler onları kültürel kimlik hakkının yararlanıcısı yapar. Zira Romanlar, bir etnik grubun sahip olması gereken özellikler olarak kendi başına varlığını sürdürebilen; açık bir şekilde ortak birtakım temel kültürel değerleri olan; karşılıklı etkileşim ve iletişimin olduğu bir alan yaratan ve son olarak kendisi ve diğer etnik topluluklara ait bireyler tarafından bir etnik topluluğa aidiyetle tanımlanan kişilerden oluşan toplumsal kategorilere sahip bir kişi topluluğu olarak değerlendirilebilir.¹²⁹⁸ Etnisitenin altında yatan olgulardan biri insanlığın doğal olarak çeşitli akraba gruplarına bölündüğü, bunların her birinin bir nesilden diğerine aktarılan kendine özgü fiziksel ve kültürel özelliklere sahip olduğudur ki,¹²⁹⁹ bu da Romanların etnik azınlık kategorisinde ele alınmasını olanaklı kılar. Kültürel kimlik hakkı Romanların etnik bir azınlık olarak tanınıp korunması bakımından gerekli unsurlardan

¹²⁹⁶ Asbjørn Eide, “The Rights of ‘New’ Minorities: Scope and Restrictions,” in *Double Standards Pertaining to Minority Protection*, ed. Kristin Henrard (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010), s. 189.

¹²⁹⁷ Arsava, *Azınlık Kavramı*, s. 65

¹²⁹⁸ Fredrik Barth, *Etnik Gruplar ve Sınırları: Kültürel Farklılığın Toplumsal Organizasyonu*, ed. Fredrik Barth, Çev: Ayhan Kaya ve Seda Gürkan, 1. Basım (İstanbul: Bağlam, 2001), s. 13.

¹²⁹⁹ Jackson Preece, *Minority Rights*, s. 137.

biri olarak görülmektedir.¹³⁰⁰ Zira etnisitenin temel bir bileşeni olan kültür, Romanlar gibi azınlıkların kimlik haklarıyla içsel bir ilişkiye sahiptir.¹³⁰¹

Romanlar Avrupa’da etnik azınlıklar alanında sıklıkla öne çıkan kişi topluluklarından biridir. Doğu Avrupa’nın en büyük etnik azınlığını oluşturan Romanlar, bir görüşe göre Doğu Hindistanlı,¹³⁰² diğer bir görüşe göre Kuzey Hindistan kökenli¹³⁰³ olup 800 ile 950 yılları arasında göç etmeye başlamışlardır.¹³⁰⁴ Göçlerinin nedenleri henüz belli olmasa da Avrupa’ya ulaşmaları birkaç yüzyıl sürmüştür, Avrupa’da ilk kez 1100’lü yıllarda ortaya çıkmışlardır.¹³⁰⁵ Günümüzde Avrupa’nın hemen hemen her yerinde yaşayan Romanlar yüzyıllardır Doğu Avrupa’da yaşayan ve yaşam tarzı olarak genellikle göçebe olan,¹³⁰⁶ karavanda yaşayan tipik etnik azınlık özelliği gösteren topluluklardır. Tarihsel sürecin aksine önemli oranda Roman’ın yerleşik hayata geçmesine yol açan koşullardaki değişiklik dikkate alındığında göçebeliliğin veya karavanda yaşamının, Romanları ayrı kılan önemli, ancak artık mutlak olmayan bir özelliği olduğu belirtilebilir. Dolayısıyla günümüz koşullarında göçebelik Roman etnik topluluğunun tanımlanmasında en önemli faktör olarak değerlendirilmese bile¹³⁰⁷ yine de göçebe yaşam tarzı, karavanda yaşama hâlâ Romanların kültürel kimliğinin, kültürel mirasının başlıca bir özelliğidir. Hatta karavanda yaşamak, göçebe yaşam tarzı Roman kültürel kimliğinin merkezinde yer alır ki, bu da onları Avrupa’da bu şekilde yaşayan

¹³⁰⁰ O’Nions, *Minority Rights Protection in International Law*, s. 20.

¹³⁰¹ Tavani, *Collective Rights and The Cultural Identity of the Roma*, s. 6.

¹³⁰² Jean-Pierre Liégeois and Nicolae Gheorghe, *Roma, Gypsies: A European Minority*, 1995 (London: Minority Rights Group International Report, 1995), s. 22, 36.

¹³⁰³ Jean-Paul Clebert, *The Gypsies*, New Impression (Penguin Books, 1969), s. 22.

¹³⁰⁴ Carol Silverman, “Persecution and Politicization: Roma (Gypsies) of Eastern Europe,” *Nationalism in Eastern Europe* 19, no. 2 (1995), <https://www.culturalsurvival.org/publications/cultural-survival-quarterly/19-2-nationalism-eastern-europe>, Erişim Tarihi: 20.05.2024.

¹³⁰⁵ Liégeois and Gheorghe, *Roma, Gypsies*, s. 7.

¹³⁰⁶ Malloy, *National Minority Rights in Europe*, s. 24.

¹³⁰⁷ Tavani, *Collective Rights and The Cultural Identity of the Roma*, s. 29-30.

nüfusun yüzde yetmişini yapar.¹³⁰⁸ Karavan, Romanlar bakımından “ev” birimine denk gelmektedir. Romanlar için karavan, bir ailenin hareketli evi; uyuma, yemek pişirme, yemek yeme, geçim ve çocuk yetiştirme konularında paylaşılan ortak alandır.¹³⁰⁹

Romanlar ortak soy ve fiziksel özellikleri itibariyle yalnızca ırksal açıdan değil; aynı zamanda dil, kültür, davranış kalıpları, din ve yaşam tarzlarıyla birleşen etnik bir azınlıktır.¹³¹⁰ Avrupalı Roman topluluklarının yerleşim yeri, lehçe, din, meslek, gelenek, inanç ve sınıf bakımından heterojenliğine dikkat çekmek önemlidir. Yalnızca Bulgaristan’da yirminin üzerinde farklı alt grup Roman bulunmaktadır.¹³¹¹ Fakat heterojen olmalarına ve mutlak anlamıyla ortak bir dil, din ve kültürden yoksun olmalarına ve herhangi bir toprak iddiasında bulunmaksızın kıtanın her yerine ve ötesine yayılmış olmalarına rağmen Romanların etnik bir topluluk olarak görülmesi gerektiğini ortaya koyan çokça argüman ileri sürülebilir. Romanlar, ortak bir dizi değer ve geleneklere, atalara, coğrafi kökenlere ve özünde tek biri dile (Romanca) sahip kişi topluluklarıdır.¹³¹² Ayrıca Romanların doğum, evlilik ve ölüm gelenekleri kendilerine özgü kültürel gelenek ve görenekleri, değerleri ortaya koymaktadır. Roman olmayanlar, birinci dereceden kuzenler, farklı kuşaktan kişiler (çok daha büyük veya daha genç biriyle evlilik) ve yakın aileler arasında evliğin yasak veya katı olması;¹³¹³ evliliğe kalıcı ve tek eşli bir ideal olarak değer verilmesi;¹³¹⁴ miras yoluyla akrabalarının ölümünden faydalanmadıklarını kanıtlamak için ölen kişinin mallarının sahiplenilmeyerek yok

¹³⁰⁸ Barth, *On Cultural Rights*, s. 166, 186.

¹³⁰⁹ Judith Okely, *The Traveller-Gypsies* (Cambridge, New York: Cambridge University Press, 1983), s. 152.

¹³¹⁰ David Mayall, *Gypsy Identities, 1500-2000: From Egipcians and Moon-Men to the Ethnic Romany* (London: Routledge, 2004), s. 124.

¹³¹¹ Silverman, “Persecution and Politicization.”

¹³¹² Mayall, *Gypsy Identities, 1500-2000*, s. 124.

¹³¹³ Okely, *The Traveller-Gypsies*, s. 154.

¹³¹⁴ Okely, *The Traveller-Gypsies*, s. 159.

edilmesi gibi özel uygulamalar¹³¹⁵ karavanda yaşamının dışındaki önemli kültürel kimlik kalıpları olarak değerlendirilebilir. Ayrıca tüm Romanlar Hint kökenli olup neredeyse hepsi topluluğa ve aileye yüksek derecede sadakat gösterir. Hatta ulus ötesi olmaları ve kıtaya yayılmış olmalarına rağmen ortak yaşam tarzlarının ve geleneklerinin olması ayrı bir ispat unsuru olarak görülebilir.¹³¹⁶ Öte yandan bütün Romanlar aynı dilin, yani Romancanın farklı lehçelerini konuşmaktadır ki, bu da anadili açısından Romanların etnik bir topluluk olduğu görüşünü desteklemektedir.¹³¹⁷ Bu nedenlerle Romanlar, etnik azınlık statüsüne ve haklarına sahip kişi topluluğu olarak ön plana çıkmaktadır. Romanlar MSHS (m. 27) ve ayrıca Çerçeve Sözleşme uyarınca, özellikle Roman kültürel kimliğinin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilen göçebe yaşam biçimlerinin güvence altına alınması hakkına sahiptir.¹³¹⁸

Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisinin “Avrupa’daki Çingener”¹³¹⁹ hakkındaki 1993 tarih, 1203 sayılı Tavsiye Kararına¹³²⁰ göre, Avrupa’nın her yerine dağılmış halde yaşayan ve kendilerine ait denilebilecek bir devletleri olmayan bu kişiler, gerçek anlamda Avrupalı bir azınlık olup ve fakat ulusal veya dilsel azınlık tanımlarına uymamaktadırlar.¹³²¹ Parlamenter Meclisinin bir diğer kararına göre etnik bir topluluk olan Romanlar, özel bir azınlık grubu oluştururlar.¹³²² Bu nedenle Parlamenterler

¹³¹⁵ Okely, *The Traveller-Gypsies*, s. 229.

¹³¹⁶ Tavani, *Collective Rights and The Cultural Identity of the Roma*, s. 254.

¹³¹⁷ Tavani, *Collective Rights and The Cultural Identity of the Roma*, s. 27.

¹³¹⁸ Barth, *On Cultural Rights*, s. 187.

¹³¹⁹ Burada kullanılan “Çingene” kavramı atıf yapılan Tavsiye Kararındaki orijinal kullanıma uygun olarak yapılmıştır.

¹³²⁰ *Parliamentary Assembly Recommendation 1203 (1993) on “Gypsies in Europe”*.

¹³²¹ Parliamentary Assembly, “Gypsies in Europe,” 1993; Tavsiye Kararı kültürel kimliği azınlık kültürlerinin genel çeşitliliğe katkısıyla ilişkilendirmiş ve Romanların Avrupa’nın kültürel çeşitliliğine büyük katkı sağladığını ifade etmiştir. Patrick Thornberry and María Amor Martín Estébanez, *Minority Rights in Europe: A Review of the Work and Standards of the Council of Europe* (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2006).

¹³²² Parliamentary Assembly, “Legal Situation of the Roma in Europe,” 2002.

Meclisine göre Romanların bireysel, temel insan haklarına, azınlık haklarına saygı gösterilmelidir.¹³²³ Nitekim tavsiye kararları ışığında Makedonya ve Slovenya'nın da aralarında bulunduğu bazı devletler, Çerçeve Sözleşme'nin kendi topraklarında yaşayan Roman topluluğu üyeleri bakımından geçerli olduğunu açıkça kabul etmiştir. Daha ihtiyatlı bir tavırla Almanya, Sözleşme'nin "Alman vatandaşlığına sahip Sinti ve Romanlara uygulanacağını" ilan etmiştir.¹³²⁴ Hatta Finlandiya, anayasal düzeyde bir etnik azınlık olarak Romanların kültürel kimlik hakkını tanımıştır.

AİHM'nin de ilk dönemlerin aksine, dolaylı olarak topluluk lehine olacak şekilde Romanların kültürel kimlik hakkını güvence altına aldığı ileri sürülebilir. AİHM başlangıçta Romanlarla ilgili birçok davada Roman kültürünün farklılığını kabul etme veya Romanların farklı özelliklerini yeterince güvenceye alıp koruma konusunda isteksiz davranmıştır.¹³²⁵ Ancak Mahkeme, daha sonra mülkiyet hakkı, özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde metin içlerinde Romanların kültürel kimlik hakkının korunmasına yönelik kararlar almıştır. Örneğin Romanların geleneksel yaşam tarzı olan karavanda yaşamak gibi kültürle ilgili belirli yaşam biçimi, Mahkeme tarafından özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında değerlendirilmiştir.¹³²⁶ Mahkeme,

¹³²³ Parliamentary Assembly, "Gypsies in Europe."

¹³²⁴ Committee of Experts on Issues Relating to the Protection of National Minorities, "Results of the Exchange of Information on the Question to Which Groups the Framework Convention Will Be Applied" (Strasbourg, 1999), DH-MIN(98)4 Addendum 1.

¹³²⁵ Thornberry and Estébanez, *Minority Rights in Europe*, s. 172.

¹³²⁶ Buckley v. the United Kingdom davasında, kadın bir Roman-İngiliz vatandaşı olan June Buckley, İngiltere'nin Güney Cambridgeshire kentinde sahibi olduğu arazide üç çocuğuyla birlikte bir karavanda yaşamaktadır. Buckley hayatı boyunca karavanlarda yaşamış ve çocukluğunda ailesiyle birlikte Güney Cambridgeshire'da seyahat etmiştir. Buckley, başvurusunda karavanda yaşamayı sürdürmeyi ve bu geleneği çocuklarına da aktarmayı amaçladığını belirtmiştir. Buckley'in, Güney Cambridgeshire Bölge Konseyinin emriyle karavanlarını kendi arazisine park etmesine izin verilmemiştir. Buckley'in başvurusunu reddeden Konsey, Güney Cambridgeshire'in Romanların barınma konusunda doyum noktasına ulaştığını açıklamış ve Buckley'e karavanlarını topraklarından çıkarmasını emretmiştir. ECHR, *Buckley v. the United Kingdom*.

Roman ailelerin yaşam tarzına ilişkin *Chapman v. the United Kingdom* davasında, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkının bir azınlık (kültürel) kimliğini geliştirme ve kişinin özel ve aile yaşamını bu geleneğe göre sürdürme hakkını koruduğunu kabul etmiştir.¹³²⁷ Mahkeme Romanlara ilişkin İspanya'daki bir davada kültürel olarak iyi tanımlanmış bir topluluğun kolektif inançlarının gücünün göz ardı edilemeyeceğini belirtmiştir.¹³²⁸ Bu kararlarda dikkat noktalarından biri AİHS'nin bireysel niteliğine karşın Mahkemenin karar içeriklerinde bir yönüyle genel anlamda Roman topluluklarının kültürel özelliklerine dayanarak değerlendirmeler yapmış olmasıdır. Diğer bir ifadeyle Mahkemenin bu kararlarda hakkın bireysel boyutunun yanı sıra kolektif niteliğine dayanmış olmasıdır. Öte yandan daha önce ifade edildiği gibi AİHM, Avrupa Konseyi Sözleşmeciler Devletleri arasında azınlıkların kimliklerini ve yaşam tarzlarını koruma yükümlülüğünü kabul eden uluslararası bir uzlaşmanın, özellikle Çerçeve Sözleşme'de ortaya çıktığını gözlemlemiş ve kişi topluluğu olarak Romanların kültürel kimlik hakkı dahil diğer birtakım temel haklarını güvence altına alıp korumuştur.

4. Dinsel Azınlıklar

Kültürel kimlik hakkının yararlanıcılarından biri dinsel azınlıklardır. Dinsel azınlıkların hakkın yararlanıcısı olması öncelikle din ile kültürel kimlik ilişkisinden kaynaklanır. Bir dinsel inanca bağlı olma tek başına dinsel azınlık durumunu ortaya çıkarmaz. Ayrıca bu durumun objektif olarak nüfusun çoğunluğundan ayırt edilebilmesi ve dinin ilgili azınlığın ve mensuplarının yaşam biçimini ve kültürünü etkilemesi gerekir.¹³²⁹ Nitekim dinsel azınlıklar öncelikle bir dinden kaynak bulur. Dinde ise aynı zamanda kültürel bileşenler vardır. Öte yandan dinin uygulama boyutu kültürel kimlikle

¹³²⁷ ECHR, *Chapman v. the United Kingdom*, para. 73.

¹³²⁸ ECHR, *Muñoz Díaz v. Spain*, para. 59.

¹³²⁹ Arsava, Azınlık Kavramı, s. 57.

doğrudan ilişkilidir ve dinsel uygulamalar aynı zamanda kültürel sonuçlar doğurur.¹³³⁰ Diğer bir açıdan din, hemen hemen tüm kültürlerin oluşmasında ve gelişmesinde önemli bir rol oynadığından kendi başına kültürel kimlikle ayrılmaz bir ilişkiye sahiptir.¹³³¹ Nihayet din yalnızca bir inanç kaynağı olarak değil, aynı zamanda bir yaşam tarzı, kültür olarak görülebilir.¹³³² Dinsel azınlıklar din özgürlüklerini korurken aynı zamanda örtüşme noktalarında kültürel kimliklerini korumuş olurlar. Dolayısıyla kültürel kimliğin din ile olan ilişkisinden ötürü dinsel azınlıklar kültürel kimlik hakkının olağan yararlanıcısı olur.

Dinsel azınlıklar diğer azınlıklardan bazı noktalarda farklılıklar göstermektedir. Bu azınlıklar, diğerlerinin aksine genel olarak çoğunluğun dilini ve tarihini paylaştıklarından ulusal veya etnik bir azınlıkla aynı talepleri paylaşmaz.¹³³³ Öte yandan dinsel azınlıkların tarihsel ve hukuksal süreçte azınlık haklarının tanınmasında başat unsur olarak önemli bir işleve sahip olduğu söylenebilir. Zira ulusal, etnik ve dinsel toplulukların haklarının tanınması, dinsel azınlıkların haklarının tanınmasından sonra gerçekleşmiştir. Daha doğru bir ifadeyle azınlık hakları ilk olarak dinsel azınlıkların haklarının tanınmasıyla ortaya çıkmıştır.¹³³⁴ Bu nedenle ilk kişi toplulukları, yani azınlıklar aslında dinsel azınlıklardır.¹³³⁵ Nitekim dinsel azınlıklar kavramı tarihsel olarak ulusal azınlıklardan önce kullanılmıştır.¹³³⁶ Dinsel azınlıklar Orta Çağ'da Kilisenin zayıflaması, burjuvazinin Kral ve Protestanlıkla ortak çıkarlarda birleşmesi ve feodal ekonomik sistemi değiştirmesi gibi karmaşık olgular arasında doğmuştur.¹³³⁷ Bu bağlamda azınlıkların ve özellikle dinsel azınlıkların korunmasına yönelik uluslararası

¹³³⁰ Erdoğan, "1982 Anayasasında Din Özgürlüğü," s. 115.

¹³³¹ Donders, "A Right to Cultural Identity in UNESCO," s. 324.

¹³³² Erdoğan, "1982 Anayasasında Din Özgürlüğü," s. 115.

¹³³³ Mario Apostolov, *Religious Minorities, Nation States and Security: Five Cases from the Balkans and the Eastern Mediterranean* (Routledge, Taylor & Francis, 2017), s. 18.

¹³³⁴ Capotorti, *Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, s. 2-3.

¹³³⁵ Oran, *Etnik ve Dinsel Azınlıklar*, s. 37.

¹³³⁶ Apostolov, *Religious Minorities, Nation States and Security*, s. 23.

¹³³⁷ Oran, *Etnik ve Dinsel Azınlıklar*, s. 34-37.

ilgi, modern devletler sisteminin çok öncesine kadar uzanır. 16. ve 17. yüzyıllarda Avrupa’da yapılan barış anlaşmaları ve Avrupa devletleri ile Osmanlı İmparatorluğu arasında azınlıklara yönelik sınırlı korumaları içeren antlaşmaların öznesi dinsel azınlıklardır.¹³³⁸ Örneğin Habsburg ve Osmanlı İmparatorlukları arasında 1615’te yapılan antlaşmayla Katoliklere ibadet ve dinsel kurum kurma özgürlüğü tanıdığıdır.¹³³⁹ Fransa’da Protestanlar, 1598 gibi erken bir tarihte Nantes Fermanı ile dinsel azınlık olarak tanınırken 1606 Viyana Antlaşması Transilvanya’daki Protestanlara güvenceler sağlamıştır. Yine 1648 Vestfalia Antlaşması ile Protestanlara kiliselerde belli saatlerde alenen, evlerinde ise istedikleri zaman inançlarının gereklerini yerine getirme hakkı tanınmıştır.¹³⁴⁰ Azınlık kavramı ilk kez açık bir şekilde 1914 yılında Yunanistan’a bırakılan topraklardaki Müslümanlara ilişkin notada; 1918 Bükreş Antlaşması ile Katolik, Ortodoks, Müslüman, Yahudi cemaatler ve mensupları hakkında kullanılmıştır.¹³⁴¹ Şu durumda azınlık haklarına ilişkin ilk hukuksal belgelerin öznesi dinsel azınlıklar olmuştur. Ulusal, etnik ve dinsel azınlıklar ve bunların haklarının hukukça tanınması daha sonraki dönemlerde gerçekleşmiştir.

Uluslararası hukukta bazı belgeler, günümüzde ayrı bir kişi topluluğu olarak dinsel azınlıkların diğer haklarının yanı sıra kültürel kimlik hakkını tanımaktadır. Etnik azınlıklar hakkında olduğu gibi MSHS (m. 27), ÇHS (m. 30), BM Azınlık Hakları Bildirgesi (m. 2/1) dinsel azınlıklara mensup kişilerin kültürel kimlik hakkını tanıyarak. Her ne kadar belgelerin lafzından hakkın yararlanıcıları olarak dinsel azınlıkların değil, yalnızca dinsel azınlık mensuplarının tanındığı savunulmuş olsa da¹³⁴² daha sonraki

¹³³⁸ Peter G Danchin, “Introduction,” in *Protecting the Human Rights of Religious Minorities in Eastern Europe*, ed. Peter G Danchin and Elizabeth A. Cole (New York: Columbia University Press, 2002), s. 12.

¹³³⁹ Gilbert, “Religio-Nationalist Minorities,” s. 389, 398.

¹³⁴⁰ Oran, *Etnik ve Dinsel Azınlıklar*, s. 37.

¹³⁴¹ Arsava, *Azınlık Kavramı*, s. 4.

¹³⁴² Capotorti, *Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, s. 35-37.

dönemlerde çeşitli yarı yargısal ve yargısal organlar hakkın kolektif boyutunu kabul etmişlerdir. Dolayısıyla dinsel azınlıklar kültürel kimlik hakkının yararlanıcısı olarak tanınmıştır. Bu bağlamda İHK düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne ilişkin Genel Yorum 22’de MSHS m. 18 çerçevesinde

“yeni kurulmuş olmaları veya baskın bir dinsel topluluk tarafından düşmanlığa maruz kalabilecek dinsel azınlıkları temsil etmeleri de dahil olmak üzere, herhangi bir dine veya inanca karşı herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılma eğiliminin endişeyle”

karşılandığını belirterek dinsel azınlıkların varlığını kabul etmiştir.¹³⁴³ Komite MSHS m. 20/2 çerçevesinde öngörülen tedbirlerin, dinsel azınlıklarla diğer dinsel grupların MSHS m. 18 ve m. 27 ile güvence altına alınan haklarının (kültürel kimlik hakkı dahil) ihlal edilmesine yönelik önemli güvenceler sunduğunu belirtmiştir.¹³⁴⁴ Dolayısıyla Komitenin yorumundan dinsel azınlıkların kendisinin de kültürel kimlik hakkının yararlanıcısı olarak ele alındığı açıkça görülmektedir.

AİHS dinsel azınlıklara yer vermemesine rağmen AİHM, dinsel toplulukları açıkça bazı başvurularda karara esas dayanak oluşturacak şekilde ele almıştır. Mahkeme din ve inanç özgürlüğünü düzenleyen AİHS m. 9 kapsamında bireysel hakkın yanı sıra dinsel toplulukların, diğer bir ifadeyle dinsel azınlıkların varlığını kabul etmiştir.¹³⁴⁵ Buna göre din özgürlüğünü düzenleyen AİHS m. 9, aynı zamanda bir (dinsel) azınlığın, dinsel konular üzerinde gerekli ölçüde kontrol sahibi olmasına izin veren dini açıklama hakkını içerir.¹³⁴⁶ Mahkemeye göre bir dinsel topluluğun özerk olarak var olma hakkı AİHS m. 9’da yer alan güvencelerin tam merkezinde bulunmaktadır.¹³⁴⁷ Dolayısıyla dinsel

¹³⁴³ HCR, *CCPR General Comment No. 22*, para. 2.

¹³⁴⁴ HCR, *CCPR General Comment No. 22*, para. 9.

¹³⁴⁵ ECHR, *Fikri Sali Hasan and Ismail Ahmed Chaush v Bulgaria*, Application No: 30985/96, 26.10.1999.

¹³⁴⁶ Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks, and Clare Ovey, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, 5th Edition (New York: Oxford University Press, 2010), s. 409.

¹³⁴⁷ ECHR, *Religionsgemeinschaft Der Zeugen Jehovas and Other v. Austria*, para. 79.

azınlıklar da bireyler gibi din özgürlüğüne ilişkin güvencelerden faydalanabilir. Mahkemeye göre herhangi bir dinsel topluluğun örgütsel yaşamının AİHS m. 9 kapsamında güvenceye alınmaması olasılığında, sadece topluluğun değil bireyin din özgürlüğü de savunmasız hâle gelir.¹³⁴⁸ Şu durumda kişinin bireysel din özgürlüğü, dinsel topluluğun din özgürlüğüyle ayrılmaz bir şekilde bağlı olur. Ayrıca Mahkeme, tüzel kişiliği olmayan bir dinsel topluluğun (azınlığın) tüzel kişilikle ilintili haklardan yoksun bırakılmasını ihlal nedeni sayarken diğer bir açıdan dinsel azınlıkları güvenceye almıştır.¹³⁴⁹

AİHM dinsel azınlıklar, topluluklar söz konusu olduğunda AİHS m. 9'u, aynı zamanda sosyal yaşamı haksız devlet müdahalesine karşı koruyan AİHS m. 11 ışığında yorumlamıştır. Nitekim Türkiye'de dinsel bir azınlık olan Alevi topluluğunun taleplerinin reddine ilişkin *İzzettin Doğan and Others v. Turkey* davasında AİHM, müdahaleye konu olan yaşamın demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar verirken dinsel topluluk ile topluluğun üyelerinin birbirinden ayrılmaz ilişkisini ele almıştır. AİHM, daha öncesinde Türkiye'de dinsel bir inanç olarak teyit edilen¹³⁵⁰ ve mensuplarının sayısı bakımından ülkenin en büyük ikinci inancı olan Alevilik inancının, oldukça büyük bir kişi topluluğunun (dinsel azınlığının) olduğunu belirtmiştir.¹³⁵¹ Öte yandan AİHM çoğulculuğun, kültürel gelenekler ve kimlikler ile dinsel inançların çeşitliliğinin samimi bir biçimde kabul edilmesi ve bunlara saygı gösterilmesi anlayışına dayandığını belirterek¹³⁵² dinsel topluluklar ile kültürel kimlikler arasındaki paralel ilişkiyi ortaya koymuştur. Mahkeme somut davada yapmış olduğu incelemede, Alevi Topluluğunun din özgürlüğünü etkin bir şekilde kullanmasına olanak tanıyacak hukuksal korumadan

¹³⁴⁸ ECHR, *Fikri Sali Hasan and Ismail Ahmed Chaush v Bulgaria*, paras. 62, 83.

¹³⁴⁹ ECHR, *Kimlya and Others v. Russia*, para. 85.

¹³⁵⁰ ECHR, *Sinan Işık v Turkey*, Application No. 21924/05, 02.02.2010, para. 46.

¹³⁵¹ ECHR, *İzzettin Doğan and Others v. Turkey*, Application No. 62649/10, 26.04.2016, para. 68.

¹³⁵² ECHR, *İzzettin Doğan and Others v. Turkey*, para. 175.

yoksun bırakıldığına karar vermiştir.¹³⁵³ Sonuç olarak Mahkeme, bu kararlarla aslında Sözleşme’de açıkça düzenlenmeyen dinsel toplulukların varlığını kabul etmiş, azınlığın haklarını güvence altına almıştır.

Ulusal hukukta Norveç ve İsveç Anayasaları doğrudan doğruya dinsel azınlıkların kültürel kimlik hakkını kolektif olarak tanımıştır. Ayrıca Güney Afrika Anayasası dolaylı olarak dinsel azınlıkların kültürel kimlik hakkını güvence altına almış ve buna ilişkin Kültürel, Dinsel ve Dilsel Toplulukların Haklarının Teşviki ve Korunması Komisyonunu kurmuştur. 2004 Avustralya Australian Capital Territory İnsan Hakları Kanunu (m. 27) dinsel azınlıklara üye kişilerin kültürel yaşama katılma hakkını dolayısıyla dinsel azınlıkların kültürel kimlik hakkını tanımıştır. Yine 1990 Yeni Zelanda Halklar Bildirgesi Kanunu dinsel azınlıkların kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak güvence altına almıştır.

5. Dilsel Azınlıklar

Dilsel azınlıklar azınlık dilini konuşan toplulukları ifade eder. Bir (ana)dilin azınlık dilinin olup olmadığı kişi topluluğunun yanı sıra başkaca koşullara bağlıdır. Azınlık (ana)dili salt sayısal anlamda az olan kişi topluluğunun dili anlamına gelmeyip ayrıca baskın olmayan bir dili de ifade etmektedir.¹³⁵⁴ Kişi topluluğu olarak dilsel azınlıklar kültürel kimlik hakkının yararlanıcılarından birini oluşturur. Dilsel azınlıkları kültürel kimliğin öznesi kılan temel etkenlerden biri, anadili ile kültürün yakın ilişkisidir. Anadili, azınlıklar açısından topluluk (kültürel) kimliğinin sürdürülmesinde ve gelecek kuşaklara aktarılmasında en önemli araçlardan biridir.¹³⁵⁵ Zira bir dilin kullanımı, kültürel ve dilsel kimliğin sürdürülmesi bakımından yaşamsal önemdedir. Anadili, bir halkın

¹³⁵³ ECHR, *İzzettin Doğan and Others v. Turkey*, para. 182.

¹³⁵⁴ Arsava, *Azınlık Kavramı*, s. 57.

¹³⁵⁵ Asbjørn Eide, *Commentary to the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities* (Geneva, 2001), para. 59, E_CN.4_Sub.2_AC.5_2001_2-EN.

kültürel kimliğini ifade edebileceği temel bir araçtır.¹³⁵⁶ Anadili aynı zamanda kültürel gelişimin anahtarıdır ve onun yaşaması bir kültürün tam olarak korunması için gerekli bir koşuldur.¹³⁵⁷ Açık bir şekilde dil ile kültür bir topluluk için kimlik sembolleridir ve ayrılmaz bir şekilde iç içe geçmiştir. Bu nedenle kültürel kimliğin korunması aynı zamanda anadilinin korunmasını içerir. Anadili olmaksızın dilsel ve kültürel kimlikten ve kimlik olmaksızın anadilinden söz etmek güçtür.¹³⁵⁸ Nitekim Ulusal Azınlıklara İlişkin Çerçeve Sözleşme (m. 5/1) dili, azınlığa mensup kişilerin kimliklerinin temel unsurlarından biri olduğunu teyit etmektedir. Öte yandan belirli bir dilin kullanımı yalnızca işlevsel bir iletişim aracı anlamına gelmez, aynı zamanda ilgili kişinin kültürel kimliğini ifade eder.¹³⁵⁹

Bir kişi topluluğunun yalnızca sahip olduğu dili nedeniyle çoğunluktan farklılaşması, yani dilsel azınlıkların ortaya çıkması nadir görülen bir olaydır.¹³⁶⁰ Farklı bir dile sahip olunması, kültürel birliğin ana göstergelerinden biri olarak değerlendirilmektedir.¹³⁶¹ Bu bağlamda anadili, azınlığa mensup kişiler ve dilsel azınlıklar bakımından kimliğin temel bir unsurudur ve kültürün gelecek kuşaklara aktarımın yaygın bir biçimidir. Bu nedenle anadili dilsel azınlıklar için kültürel kimliğin korunmasında önemli bir unsurdur.¹³⁶² Dinsel azınlıklara mensup kişilerin yanı sıra dilsel azınlıklar kültürel devamlılığı sağlamada ayrı bir öneme sahiptir.¹³⁶³ Dolayısıyla dilsel

¹³⁵⁶ Supreme Court of Canada, *Ford v. Quebec (Attorney General)*, para. 40.

¹³⁵⁷ Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, *The Official Languages*, vol. 2 (Ottawa: Queen's Printer, 1968), para. 9.

¹³⁵⁸ Mohanty and Skutnabb-Kangas, "Mother Tongue," s. 174, 172.

¹³⁵⁹ Mancini and Witte, "Language Rights as Cultural Rights," s. 247.

¹³⁶⁰ Arsava, *Azınlık Kavramı*, s. 6.

¹³⁶¹ Thornberry, *Rights of Minorities*, s. 163.

¹³⁶² Stavenhagen, *The Ethnic Question*, s. 142.

¹³⁶³ Christina Bratt Paulston, "Linguistic Minorities in Central and Eastern Europe: An Introduction," in *Linguistic Minorities in Central and Eastern Europe*, ed. Christina Bratt Paulston and Donald Peckham (Clevedon, Philadelphia: Multilingual Matters, 1998), s. 1.

azınlıklar hem kültürel kimliğin devamlılığı için temel bir araç olan anadilinin hem de kültürel kimliğin sürdürülmesi, korunması, ifade edilmesi ve geliştirilmesi için yaşamsaldır. Öte yandan bireylerin yanı sıra kişi topluluklarının kültürel kimlik hakkına sahip olması korunan hukuksal yarar bakımından önem arz eder. Bu yüzden dilsel azınlıkların hukuksal yararının korunmasının gerekliliği bu kişi topluluklarının hakkın yararlanıcısı olmasında bir diğer etkidir. Dilsel azınlıklara örnek olarak Flamanlar, Valonlar, Laponlar, Farolular, Okzitanlar, Korsikalılar, Güney Tirolliler verilebilir. Dilsel azınlıkların durumu farklılık arz edebilir. Öncelikle dilsel azınlıkların dili karşısında devletin (en az) bir resmi dili bulunur. Öte yandan ülke genelinde azınlık dili teşkil eden bir dil, ülkenin bir bölgesinde çoğunluk dili olarak ortaya çıkabilir. Örneğin Güney Tirolliler İtalya genelinde bir azınlık iken Güney Tirol bölgesinde sayısal olarak bir Almanca konuşan çoğunluğu oluşturur.¹³⁶⁴

Uluslararası hukukta çeşitli belgeler dilsel azınlıkları tanımaktadır. Azınlıkların ana(dil) hakkını düzenleyen “Bölgesel veya Azınlık Dilleri Avrupa Şartı” (Bölüm I, m. 1’deki) bölgesel veya azınlık dilleri tanımından¹³⁶⁵ hareketle bölgesel sınırlamalara sahip bir dilsel azınlık tanımı yapmak mümkündür.¹³⁶⁶ Capotorti’nin azınlık tanımına oldukça benzeyen bu tanıma kültürel bileşen unsuru eklenerek bir dilsel azınlık tanımı yapılabilir. Buna göre dilsel azınlıklar, geleneksel olarak bir devletin belirli bir bölgesinde yaşayan, o devletin nüfusunun geri kalanından sayısal olarak daha küçük bir grup oluşturan vatandaş tarafından kullanılan, o devletin resmi dil veya dillerinden farklı (ana)dil(ler)i kullanan ve kültürel olarak farklılaşan kişi toplulukları olarak tanımlanabilir. Fakat bir

¹³⁶⁴ Arsava, *Azınlık Kavramı*, s. 57-58.

¹³⁶⁵ Bölgesel veya azınlık dilleri, m. 1’e göre “i. geleneksel olarak bir devletin belirli bir bölgesinde, o devletin nüfusunun geri kalanından sayısal olarak daha küçük bir grup oluşturan vatandaş tarafından kullanılan ve ii. o devletin resmi dil(ler)inden farklı olan” dillerdir.

¹³⁶⁶ A. Deman Güler, “The Protection of Minorities in the Council of Europe: Possibilities To Use the European Convention on Human Rights for Minority Issues,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan* 19, Özel Sayı (2017), s. 2477.

dilsel azınlık tanımını bilerek yapmaktan kaçınan Açıklayıcı Rapora göre, belgenin amacı etnik ve/veya kültürel azınlık gruplarının haklarını şart koşturmak değil, bölgesel veya azınlık dillerini korumak ve teşvik etmektir. Bu nedenle Şart, dilsel azınlıklar kavramını tanımlamaktan kaçınmakta ve bölgesel veya azınlık dilinin kültürel boyutuna ve o dili konuşanların yaşamının her alanında kullanılmasına önem vermektedir.¹³⁶⁷ Açıklayıcı Raporun kültürel kimlik hakkına katkısı, azınlık dilleri ile kültürel kimlik arasındaki ilişkiyi azınlık dilinin kültürel boyutunu açıkça kabul ederek ortaya koymasıdır.

MŞHS (m. 27), ÇHS (m. 30), BM Azınlık Hakları Bildirgesi (m. 2/1) dilsel azınlıklara mensup kişilerin kültürel kimlik hakkını tanıır. MŞHS'nin bireysel nitelikteki hakları öngördüğü konusunda herhangi bir şüpheye yer yoktur.¹³⁶⁸ Fakat dinsel azınlıklarda olduğu gibi her ne kadar belgelerin lafzından hakkın yararlanıcıları olarak dilsel azınlıkların değil, yalnızca dilsel azınlık mensuplarının tanındığı anlamı çıksa da daha sonraki dönemlerde çeşitli yarı yargısal ve yargısal organlar hakkın kolektif boyutunu kabul etmişlerdir. Dolayısıyla dilsel azınlıklar kültürel kimlik hakkının yararlanıcısı olarak güvence altına alınmıştır. Bu bağlamda İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması Alt Komisyonu Azınlıklar Çalışma Grubu Başkanı Asbjorn Eide, etnik ve dinsel azınlıklarla beraber dilsel azınlıkların Azınlık Hakları Bildirgesi kapsamına girdiğini belirtmektedir.¹³⁶⁹ ESKHK, Genel Yorum 21'de ESKHS m. 15 kapsamında kültürel yaşama katılma hakkı, dolayısıyla kültürel kimlik hakkı bakımından özel korumaya ihtiyaç duyan kişi ve toplulukları tespit ederken Taraf Devletlerin “dilsel

¹³⁶⁷ Council of Europe, *Explanatory Report to the European Charter for Regional or Minority Languages*, European Treaty Series-No. 148 (Strasbourg, 1992), paras. 17, 11.

¹³⁶⁸ Federico Lenzerini, “The Safeguarding of Collective Cultural Rights through the Evolutionary Interpretation of Human Rights Treaties and Their Translation into Principles of Customary International Law,” in *Cultural Rights as Collective Rights*, ed. Andrzej Jakubowski (Brill | Nijhoff, 2016), s. 135.

¹³⁶⁹ Eide, *National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, para. 8.

azınlıkların” kültürel değer ve özelliklerine saygı duymasını istemiştir.¹³⁷⁰ Dolayısıyla dilsel azınlıklar hakkın bir yararlanıcısı olarak özellikle ifade edilmiş ve özel olarak korunmaya muhtaç topluluklar arasında sayılmıştır. Ayrıca Taraf Devletlerin ödevleri kapsamında kültürel ve dilsel azınlıkların kültürel ve dilsel haklarının geliştirilmesi için dernek kurma özgürlüğünün teşvik edilmesi özel olarak belirtilmiştir.¹³⁷¹ Yine Irk Ayrımcılığı Komitesi MSHS’nin etnik, dinsel veya dilsel azınlıkların kendi kültürlerinden yararlanma, kendi dinlerini açıklama ve uygulama veya kendi dillerini kullanma haklarını tanıdığını belirterek¹³⁷² dolaylı olarak dilsel azınlıkların kültürel kimlik hakkının öznesi olduğunu kabul etmiştir. Bu paralelde İHK bir tür geçişken ilişkiyi savunmaktadır.¹³⁷³ Buna göre MSHS (m. 27) azınlık mensuplarının kültürel haklarından yararlanma ve bunları uygulama hakkını korur. Azınlık üyelerinin kültürel haklarından yararlanabilmeleri ve bunları kullanabilmeleri için ait oldukları azınlığın kültürel kimliğinin toplumsal boyutta yeterince korunması esastır. Dolayısıyla Komite m. 27 uygulamasında azınlık topluluklarının kültürel kimliklerini, yani kişi topluluklarının haklarını güvence altına almaktadır.¹³⁷⁴

Ulusal hukukta Romanya Anayasası (m. 6) dinsel azınlıklara mensup kişilerin kültürel kimlik hakkını tanımıştır. Avustralya-Australian Capital Territory İnsan Hakları Kanunu (m. 27) dilsel bir azınlığa mensup olan hiç kimsenin azınlığın diğer üyeleriyle birlikte kendi kültüründen yararlanma hakkından mahrum bırakılmayacağını belirterek dolaylı olarak dilsel azınlıkları üye kişilerin kültürel kimlik hakkını güvence altına almıştır. Güney Afrika Anayasası (m. 31/1) geniş anlamda kültürel veya dilsel topluluklara mensup kişilerin kültürel kimlik hakkını tanıır. Bu düzenlemeler doğrudan

¹³⁷⁰ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 27.

¹³⁷¹ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 52/1(c).

¹³⁷² CERD, *General Recommendation No. 21: Right to Self-Determination*, 1996, para. 1, A/51/18.

¹³⁷³ HCR, *CCPR General Comment No. 23*, paras. 8–9.

¹³⁷⁴ Lenzerini, “Collective Cultural Rights,” s. 136.

dilsel azınlıkların değil, bu azınlıkların üyelerinin kültürel kimlik hakkını güvence altına almıştır. Birçok kez tekrarlandığı üzere bu düzenleme biçiminin kişi topluluklarını da kapsadığı çıkarımını yapmak mümkündür. İsveç Anayasası (m. 2/5) ise doğrudan dilsel azınlıkların geniş anlamda kültürel kimlik hakkını güvenceye almıştır.

1948 Hindistan Anayasası dilsel azınlıklara çeşitli haklar tanır. Anayasa m. 29’da eğitim ve kültürel haklar başlığı altında azınlıkların dilsel ve kültürel haklarını, m. 30’da dilin yanı sıra kültürel kimliği de aktaracak olan eğitim kurumlarını kurma ve yönetme hakkını tanımıştır. Hindistan’ın dil eyaletlerine bölünmesinin ardından, Anayasa (m. 350A) tüm eyaletlerdeki dilsel azınlıklara, ilköğretim düzeyinde anadilde eğitim ve öğrenim için yeterli olanakların sağlanması amacıyla anayasal güvenceler sağlamıştır. Anayasa (m. 350B) özel olarak dilsel azınlıkların hakları için Özel Daire (*Special Officer*) kurulmasını öngörmüştür. Bu çerçevede kurulan Dilsel Azınlıklar Komiserine göre (*Commissioner for Linguistic Minorities*) dilsel azınlıklar, Hindistan topraklarında veya herhangi bir bölümünde ikamet eden, kendilerine ait farklı bir dil veya alfabeyle sahip bir grup veya bireylerden oluşan topluluklar olarak kabul edilir. Özetle Hindistan anayasasına göre dilsel azınlıklar anadili devletin veya bölgelerin resmi dillerinden farklı olan herhangi bir grup veya topluluklardır.¹³⁷⁵

AİHS’de anadil hakkı, her ne kadar açıkça güvence altına alınmamış olsa da dolaylı olarak bazı maddelerin dilsel azınlıklarla ilişkisi kurulabilir.¹³⁷⁶ Örneğin AİHS (m. 14) Sözleşme’de tanınan haklardan yararlanmada diğerlerinin yanı sıra dil, ulusal köken, ulusal azınlığa bağlılık gibi nedenlerle ayrımcılık yapılamayacağını belirtir. Dolayısıyla dilsel azınlıklarla ilgili dil hakları açık olmamakla birlikte dil temelinde

¹³⁷⁵ Commissioner for Linguistic Minorities, https://www.minorityaffairs.gov.in/show_content.php?lang=1&level=0&ls_id=217&lid=222, Erişim Tarihi: 20.05.2024.

¹³⁷⁶ Philip McDermott, “Language Rights and the Council of Europe: A Failed Response to a Multilingual Continent?,” *Ethnicities* 17, no. 5 (2017), s. 609.

ayrımcılık yapılmamasına ilişkin genel ilkeler AİHS kapsamında korunmaktadır.¹³⁷⁷ Benzer şekilde AİHS m. 10, Sözleşmeciler Devletlerin kendi topraklarında bir dilin kullanımını yasaklayamamalarını etkili bir şekilde güvence altına alan ifade özgürlüğünü tanımaktadır. Bu hükümlerle birlikte gerçek kişilerin yanı sıra kişi topluluklarının haklarını koruyan AİHS m. 34 ele alındığında dilsel azınlıkların haklarının Sözleşme ile güvenceye alındığı çıkarımı yapılabilir. Fakat AİHS, açıkça devletlerin dilsel ayrımcılık yapmasını yasaklarken kimlik ve kültüre ilişkin dilsel talepleri ele alma konusunda temelde zayıf kalmaktadır.¹³⁷⁸ Bu bağlamda AİHM'nin dilsel azınlıklara olan yaklaşımı, dilsel azınlıklar söz konusu olduğunda aynı ölçüde etkin olmamaktadır. Örneğin AİHM dilsel azınlıklara ilişkin talepleri içeren *Nusret Kaya and Others v. Turkey* davasında,¹³⁷⁹ başvuru sahiplerinin taleplerini AİHS m. 8 yoluyla, yani özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde korumuştur.¹³⁸⁰

IV. KÜLTÜREL KİMLİK HAKKININ YÜKÜMLÜLERİ

A. DEVLET

Hak ve özgürlüklerin öncelikli yükümlüsü tartışmasız devlettir.¹³⁸¹ Hak ve özgürlüklerin uygulama boyutu devlete ödev ve sorumluluklar yükler. Devletin yükümlülükleri olmadan temel hak ve özgürlükler anlamsız kalır.¹³⁸² Devlet, haklar

¹³⁷⁷ Moria Paz, "The Failed Promise of Language Rights: A Critique of the International Language Rights Regime," *Harvard International Law Journal* 54, no. 1 (2013), s. 165.

¹³⁷⁸ McDermott, "Language Rights and the Council of Europe," s. 610.

¹³⁷⁹ ECHR, *Nusret Kaya and Others v. Turkey*, Applications Nos. 43750/06, 43752/06, 32054/08, 37753/08 and 60915/08, 22.04.2014, para. 48.

¹³⁸⁰ ECHR, *Nusret Kaya and Others v. Turkey*, para. 62.

¹³⁸¹ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 185.

¹³⁸² Symonides, "Cultural Rights," s. 205.

konusunda negatif edim itibariyle öncelikli yükümlü iken pozitif edimler itibariyle ise tek yükümlüdür.¹³⁸³

Negatif ve pozitif yükümlülükleri kavramsallaştıran evrensel insan hakları sistemi, saygı gösterme, koruma ve yerine getirme yükümlülükleri üçlüsünü geliştirmiş ve bunlara bazen dördüncü bir yükümlülük olarak teşvik etmeyi de eklemiştir. Buna göre saygı gösterme yükümlülüğü öncelikle negatif bir yükümlülüktür ve devletlerin insan haklarından yararlanılmasına müdahale etmekten veya kısıtlamaktan kaçınmasını gerektirir.¹³⁸⁴ Koruma yükümlülüğü pozitif bir yükümlülüktür ve devletin bireyleri ve toplulukları, başkaları tarafından gerçekleştirilen insan hakları ihlallerine karşı korumasını gerektirir.¹³⁸⁵ Yerine getirme yükümlülüğü aynı zamanda pozitif bir yükümlülüktür ve devletlerin insan haklarından yararlanılmasını kolaylaştırmak için olumlu adımlar atmasını gerektirir.¹³⁸⁶

Devletin hak ve özgürlüklerde pozitif yükümlü olması yargı yetkisi dahilindeki herkesin haklarının güvence altına alınması; bu şekilde güvence altına alınan hakların uygulanabilir ve etkili olması ve hak ihlalleri konusunda tartışmalı ihlaller için etkili çözümler sağlanması ile açıklanmaktadır.¹³⁸⁷ Devlet hak ve özgürlükler konusunda negatif edim ile yükümlü olduğu gibi, pozitif ödev ve sorumluluklara da sahiptir. Negatif yükümlülükler, hukuk tarafından genellikle açıkça ifade edilirken pozitif yükümlülükler, açık bir şekilde belirtilebileceği gibi dolaylı olarak da ifade edilebilir. Örneğin AIHS kapsamında özel yaşama saygı hakkıyla ilgili olarak “saygı gösterme” ifadesiyle devletin

¹³⁸³ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 185.

¹³⁸⁴ Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*.

¹³⁸⁵ Viviana Waisman, “Human Trafficking: State Obligations to Protect Victims’ Rights, the Current Framework and a New Due Diligence Standard,” *Hastings International and Comparative Law Review* 33, No. 2, 2010, s. 406.

¹³⁸⁶ Dinah Shelton and Ariel Gould, “Positive and Negative Obligations”, *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Ed. Dinah Shelton, (Oxford: Oxford University Press, 2013), s. 567.

¹³⁸⁷ Keir Starmer, *European Human Rights Law*, (London: Legal Action Group, 1999), s. 194.

pozitif yükümlülüklerinin ima edildiği savunulabilir.¹³⁸⁸ Nitekim Belçika dil davasında başlayan zımnî pozitif yükümlülükler içtihadı sonrasında¹³⁸⁹ diğer Sözleşme güvenceleri özellikle AİHS m. 2, 3, 9 ve 11 başta olmak üzere devletlere bir tür pozitif ve negatif yükümlülük yüklemek şeklinde yorumlanmıştır.¹³⁹⁰

Yükümlülüklerin dolaylı yoldan ifade edilmesinin bir nedeni, değişen toplumsal koşullar ve ahlaki varsayımlar ışığında yükümlülüklerle ilişkin hükümlerin dinamik bir şekilde yorumlanmasını sağlamak amacı ile açıklanabilir.¹³⁹¹ Pozitif yükümlülükler çerçevesinde devlet ya olumlu adımlar atar ya da uygun önlemler alır. Bu bağlamda devletin pozitif yükümlülükleri genel anlamda etkili bir koruma sağlayan yasal bir çerçeve oluşturma görevi; hak ihlallerini önleme sorumluluğu ve ihlallerle ilgili bilgi ve tavsiye verme ödevi olarak özetlenebilir.¹³⁹² Örneğin ödev ve sorumluluklara ilişkin AİHM kararları incelendiğinde devletin yükümlülüklerinin uyuşmazlığın çözümüyle sınırlı olmadığı, bundan daha fazlasına karşılık geldiği anlaşılmaktadır. Buna göre bir hak ve özgürlüğe karşı saygıyı güvence altına alma yükümlülüğü uğranılan zararın telafisini gidermenin ötesine geçmektedir.¹³⁹³ Diğer bir ifadeyle AİHM'ye göre pozitif

¹³⁸⁸ Shelton and Gould, "Positive and Negative Obligations," s. 570. AİHM, *Marckx v. Belgium* kararından itibaren, m. 8'de kullanılan "saygı" teriminden, özel ve aile hayatına müdahale etmeme görevine ek olarak devletlere pozitif yükümlülükler yüklediği sonucuna varmıştır. ECHR, *Marckx v. Belgium*, Application No. 6833/74, 21.04.1979.

¹³⁸⁹ ECHR, *Use of Languages in Education in Belgium*.

¹³⁹⁰ Jean-François Akandji-Kombe, "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights," *Human Rights Handbooks*, No. 7, (Belgium: Council of Europe, 2007), s. 8. Kültürel kimlik hakkıyla ilgili pozitif yükümlülüklerle ilişkin AİHM kararları için bkz. ECHR, *İzzettin Doğan and Others v. Turkey*, para. 50; *Kimlya and Others v. Russia*, ECHR, *Mouvement raëlien suisse v. Switzerland*, Application No. 16354/06, 13.07.2012, para. 95; *Fernández Martínez v. Spain*, Application No. 56030/07, 12.06.2014, para. 114.

¹³⁹¹ David Feldman, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, (Oxford, New York: Oxford University Press, 2nd Edition, 2002), s. 53.

¹³⁹² Starmer, *European Human Rights Law*, s. 196.

¹³⁹³ Alastair Mowbray, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, (Oxford: Hart Publishing, 2004), s. 4.

yükümlülüklerin temel özelliği, uygulamada ulusal makamların bir hakkı korumak için gerekli önlemleri almasını¹³⁹⁴ veya diğer bir ifadeyle bireylerin haklarını korumak için makul ve uygun önlemleri benimsemesini gerektirmesidir.¹³⁹⁵ Bu tür önlemler yargısal olabileceği gibi,¹³⁹⁶ pratik uygulamalar ve yasal düzenlemeler biçiminde de olabilir. Örneğin cezaevi yetkililerinin belirli durumlarda mahkûm intiharlarını önlemek veya mahkumların başkalarına karşı AİHS'ye aykırı gerçekleştirdiği eylemleri önlemek için almak zorunda olduğu önlemler ve bunlara ilişkin yasal düzenlemeler bu kapsamda değerlendirilebilir.¹³⁹⁷ Yine bir hak veya özgürlüğün ihlali yürürlükteki normlardan kaynaklanmışsa devlet yükümlülüğünü yerine getirememiş olur.¹³⁹⁸ Öte yandan devletin yalnızca müdahaleyi önlemekle kalmayıp aynı zamanda koruma sağlaması gerektiğine dair yaklaşım dernek kurma özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma özgürlüğüne ilişkin davalarda ileri sürülmüştür. Bir davada başvuru, karşı göstericilerin şiddet içeren eylemlerinden şikayetçi olmuş, yetkililerin temel yükümlülüğünün durumun gerektirdiği koruma önlemlerini almak olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ise Taraf Devletin iki gösteriyi yasaklayarak ve güzergâh boyunca polis memurları görevlendirerek harekete geçtiğini ve gerekli önlemleri aldığını belirtmiştir.¹³⁹⁹ Fakat Mahkeme *Ouranio Toxo and Others v. Greece* davasında başvuruyu yapan siyasal partinin genel merkezine bir grup kişi tarafından yapılan saldırıda hiçbir önleyici tedbirin alınmamış olmasını ihlal nedeni saymıştır.¹⁴⁰⁰ Bu temel gerekliliğe, yani önleyici tedbirlere iki gereklilik veya pozitif yükümlülük daha eklenebilir. Birincisi, tarafsızlık yükümlülüğü, hatta gerginliği azaltma

¹³⁹⁴ ECHR, *Hokkanen v. Finland*, Application No. 19823/92, 24.08.1994.

¹³⁹⁵ ECHR, *López-Ostra v. Spain*, Application No. 16798/90, 09.12.1994.

¹³⁹⁶ ECHR, *Vgt Verein Gegen Tierfabriken v. Switzerland*, Application No. 24699/94, 28.09.2001.

¹³⁹⁷ Akandji-Kombe, "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights," s. 7

¹³⁹⁸ ECHR, *Vgt Verein Gegen Tierfabriken v. Switzerland*.

¹³⁹⁹ ECHR, *Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria*, Application No. 10126/82, 25.05.1988.

¹⁴⁰⁰ ECHR, *Ouranio Toxo and Others v. Greece*.

yükümlülüğü olarak tanımlanabilir ki,¹⁴⁰¹ belediye çoğunluğunun söz konusu partiye karşı bir protesto çağrısında bulunduğu *Ouranio Toxo* davasında Mahkeme, Devlet makamlarının rolünün, çoğulculuk, hoşgörü ve toplumsal uyum gibi demokratik bir sistemde bulunan değerleri savunmak ve teşvik etmek olduğunu ve dolayısıyla uzlaştırıcı bir duruş sergilemek olduğunu belirtmiştir.¹⁴⁰² İkinci pozitif yükümlülük ise etkili bir soruşturma yürütmektir ki, Mahkemeye göre soruşturmanın re'sen kararlaştırılması gerekir.¹⁴⁰³

Kültürel kimlik hakkı açısından öncelikli yükümlü devlettir. Devlet, en başta kişilerin tercih ettiği kültürel yönelim veya tercihe ve kimliğe karışmama ve bunu geliştirme özgürlüğüne saygı göstermekle yükümlüdür.¹⁴⁰⁴ Öte yandan devlet, pozitif edim açısından kültürel kimlik hakkı konusunda tek yükümlüdür. Kültürel kimliğin geliştirilmesi ve farklı kültürel kimliklere saygı gösterilmesi kapsamında herkesin kültürel haklardan tam olarak yararlanmasını teşvik etme ve farklı kültürel kimliklere saygıyı gösterilmesini sağlama konusunda sorumluluk devlete aittir. Dolayısıyla her halükârda devletin yükümlülükler konusunda negatif ve pozitif ödevleri ortaya çıkar. Kültürel kimlik hakkı konusunda devlet pozitif yükümlülükler çerçevesinde ya olumlu adımlar atar ya da uygun önlemleri alır. Bu bağlamda devlet olumlu edim olarak genel anlamda etkili bir koruma sağlayan yasal bir çerçeve oluşturmalı; hak ihlallerini önlemek üzere çeşitli etkin araçlar tesis etmeli, örneğin etkili yargısal veya yargı dışı koruma mekanizmaları kurmalı; kültürel kimlik alanlarını geliştirmeli ve ihlallerle ilgili bilgi ve tavsiyeler vermelidir. Kültürel kimlik hakkı açısından devletin pozitif yükümlülükleri

¹⁴⁰¹ Akandji-Kombe, "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights," s. 51.

¹⁴⁰² ECHR, *Ouranio Toxo and Others v. Greece*, par. 34.

¹⁴⁰³ ECHR, *Ouranio Toxo and Others v. Greece*, par. 42.

¹⁴⁰⁴ Eide, "Cultural Rights as Individual Human Rights," s. 292.

çeşitlilik gösterir. Zira kültürel kimlik hakkı oldukça geniş kapsama sahip bir temel kültürel haktır.

Devletin olumsuz ve olumlu edimleri çeşitli hukuk belgelerinde ve yargısal ve yarı yargısal organların karar ve genel yorumlarında ifade edilmiştir. BM'nin kültürel haklara ilişkin belgelerde yer alan ortak temalardan biri azınlık kültürel kimliğinin korunması ve geliştirilmesidir.¹⁴⁰⁵ Dolayısıyla genel olarak kültürel haklar ve özelde kültürel kimlik hakkı, devletin negatif ve pozitif edimlerde bulunmasını gerektirir. Kültürel hakların tam olarak teşvik edilmesi ve bunlara saygı gösterilmesi, çeşitli ve çok kültürlü bir dünyada bireyler ve kişi toplulukları arasında olumlu sosyal etkileşim için elzemdir. Kültürel çeşitliliğin korunması insan haklarına ve temel özgürlüklere bağlılık anlamına gelir ki, bu da kültürel kimlik hakkı dahil olmak üzere kültürel hakların tam olarak uygulanmasını gerektirir.¹⁴⁰⁶ Bu bağlamda ESKHK, ESKHS'ye Taraf Devletlerin kültürel kimlik hakkı kapsamında saygı gösterme, koruma ve yerine getirme yükümlülüğünün olduğunu belirtmektedir. Buna göre saygı gösterme yükümlülüğü, Taraf Devletlerin hakkın kullanılmasına doğrudan veya dolaylı olarak müdahale etmekten kaçınmasını gerektirir. Koruma yükümlülüğü ise Taraf Devletlerin, üçüncü kişilerin hakka müdahale etmesini engelleyecek adımlar atmasını gerektirmektedir. Son olarak yerine getirme yükümlülüğü, Taraf Devletlerin hakkın tam olarak hayata geçirilmesini sağlayacak olan uygun yasal, idari, yargısal, ekonomik ve diğer önlemleri almasını gerektirir.¹⁴⁰⁷

Kültürel kimlik hakkı bağlamında saygı gösterme yükümlülüğü, herkesin bireysel olarak veya başkalarıyla birlikte ya da bir topluluk veya grup içinde kültürel kimliğini

¹⁴⁰⁵ Barth, *On Cultural Rights*, s. 8.

¹⁴⁰⁶ Paolo G. Carozza, "Human Dignity," *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Ed. Dinah Shelton, (Oxford: Oxford University Press, 2013), s. 356.

¹⁴⁰⁷ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 48.

seçebilmesini; kişinin bir topluluğa ait olup olmamayı özgürce belirleyebilmesini ve tercihlerine saygı duyulmasını gerektirir. Bu aynı zamanda kültürel kimliğe dayalı herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmama hakkını ve herkesin, kültürel kimliğini özgürce ifade etme, kültürel uygulamalarını ve yaşam tarzlarını hayata geçirme hakkını içerir.¹⁴⁰⁸ ESKHK'ye göre Taraf Devletler, yasal araçlarını doğrudan veya dolaylı olarak hakkın zarar görmesini önlemek üzere kullanmalıdır. Somutlaştırılacak olunursa devlet öncelikle olumlu edim olarak kültürel kimliğin tanınması konusunda kişi ve kişi topluluklarının kültürel kimliklerinin tanınması için gereken yasal adımları atabilir. İkinci olarak devlet, hak ihlallerinin durdurulması ve korunması çerçevesinde etkili koruma mekanizmalarını kurabilir. Örneğin kültürel kimliğin korunması kurumu, kültürel kimlik kurumu gibi yargı dışı bir organ kurularak hakkın korunmasına hizmet edilebilir. Geniş bir perspektifle bakıldığında devlet kültür bakanlığı, eğitim bakanlığı gibi bakanlıklar aracılığıyla kültürel kimliğin korunmasında aktif projeler geliştirebilir. Bu bağlamda kültürel kimliğin, kültürel mirasın korunup geliştirilmesi için müzeler, arşiv merkezleri kurulabilir, tiyatro olanakları sunularak kültürel kimliğin yaşatılmasına yardımcı olunabilir, kültürel yaşama katılma olanakları ekonomik ve sosyal anlamda geliştirilebilir. Kültürel azınlıkların dernek faaliyetlerini teşvik eden programlar geliştirilebilir ya da bunlara birtakım muafiyetler sağlanabilir.

Öte yandan kültürel kimlik hakkında devletin negatif ve pozitif edimlerinin iki farklı düzeyde ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Şöyle ki devletin kültürel kimlik hakkı kapsamında hem kişilere karşı hem de kişi topluluklarına karşı ödev ve sorumluluklarından söz edilebilir. Zira devletin negatif edim olarak hem bireylerin hem de kişi topluluklarının kültürel kimliğine karışmama; pozitif edim olarak ise bunların kültürel kimliğini sürdürebilmesi için gerekli eylem ve işlemleri yerine getirme yükümlülüğünden söz edilebilir. Hatta bir açıdan devlet, kişi topluluklarına karşı bireyin

¹⁴⁰⁸ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 49(a).

kültürel kimliğini koruma ödev ve sorumluluğu altındadır. Yani devlet, kişinin kültürel kimliğini seçmesine müdahalede bulunamama ediminin yanı sıra azınlık üyesini, mensup olduğu kişi topluluğuna karşı korumakla yükümlüdür. Bu bağlamda kültürel kimlik hakkı kapsamında devletlerin ödev ve sorumlulukları ilk olarak dezavantajlı durumda bulunan azınlıklara mensup kişiler ile kişi topluluklarına karşı ortaya çıkmaktadır. ESKHK'ye göre, ESKHS m. 15 çerçevesinde etnik, dinsel veya dilsel azınlıkların bulunduğu Taraf Devletler, bu azınlıklara mensup kişilerin azınlık kültürlerinin ayırt edici karakterini korumaya yönelik özel önlemler almakla yükümlüdür.¹⁴⁰⁹ Devletin buradaki ödevinin öncelikle, çoğunluğa karşı azınlık mensuplarının haklarını koruma şeklinde anlaşılması gerekir. Komiteye göre Taraf Devletler, herkesin kültürel yaşama katılma hakkının (dolayısıyla kültürel kimlik hakkının) gerçekleşmesine katkıda bulunacak ekonomik önlemler dahil olmak üzere çeşitli önlemler alarak katılımı kolaylaştırma yükümlülüğü altındadır.¹⁴¹⁰ Ayrıca ESKHK'ye göre, Taraf Devletler kişi veya toplulukların kültürel kimlikleri nedeniyle karşı karşıya kaldığı ayrımcılık ve her türlü önyargıyı ortadan kaldırmak amacıyla medya, eğitim kurumları ve diğer mevcut kanallar aracılığıyla uygun önlemleri almak zorundadır.¹⁴¹¹ Dolayısıyla devletin sorumluluğu hem azınlıklar hem de azınlık üyeleri arasında ayrımcılığın önlenmesi olarak ortaya çıkar. Diğer bir ifadeyle devlet öncelikle kişi toplulukları, ikinci olarak bireyler arasında ayrımcılığı engelleme yükümlülüğü altındadır. Ayrıca azınlık üyesi bireyi kişi topluluğuna karşı korumakla yükümlüdür.

BM İnsan Hakları Komisyonu herkesin kültürel haklardan tam olarak yararlanmasını teşvik etme ve farklı kültürel kimliklere saygıyı geliştirme konusunda birincil sorumluluğun devletlere ait olduğunu belirterek¹⁴¹² devletin kültürel kimlik hakkı

¹⁴⁰⁹ CESCR, *General Comment No. 17*.

¹⁴¹⁰ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 52.

¹⁴¹¹ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 52/i.

¹⁴¹² Commission on Human Rights, "Respect for Different Cultural Identities," para. 5.

açısından ödevini açıkça belirlemiştir. Komiteye göre herkesin kültürel haklardan tam olarak yararlanması konusunda teşvik edilmesi ve farklı kültürel kimliklere saygı gösterilmesi kültürel çeşitliliğin korunması açısından yaşamsal bir unsurdur.¹⁴¹³ Ayrıca Devletin ilgili topluluğu önceden bilgilendirme, topluluğun onayını alma, topluluğa danışma şeklinde pozitif edim yükümlülükleri vardır.¹⁴¹⁴ Öte yandan ESKHK'ye göre devletin pozitif edimlerini yerine getirmesi, edimlerin zamanında yapılmasını, somut ve amaca uygun olmasını gerektirir. Komiteye göre hakkın gereğinin tam olarak gerçekleşmesi, aşamalı olarak sağlanabilecekse de buna yönelik adımların hemen veya makul bir süre içinde atılması gerekir. Dolayısıyla bu tür pozitif eylemler uygun araçlar kullanılarak bilinçli, somut ve hedefe yönelik olmalıdır.¹⁴¹⁵

İHK, MSHS (m. 27) çerçevesinde korunan hakların Taraf Devletlere belirli yükümlülükler getirdiği sonucuna varmaktadır. Buna göre bu hakların güvenceye alınması, ilgili azınlıkların kültürel, dinsel ve sosyal kimliklerinin hayatta kalmasına ve sürekli gelişiminin sağlanmasına yöneliktir.¹⁴¹⁶ Komiteye göre m. 27 kapsamında korunan haklar bireysel haklar olmasına rağmen bunlar, azınlık topluluğunun kendi kültürünü, dilini veya dinini sürdürebilme becerisine bağlıdır. Bu bağlamda bir azınlığın ve mensuplarının, grubun diğer üyeleriyle birlikte topluluk halinde kendi kültüründen yararlanma hakkı Taraf Devletlerin olumlu edimlerini gerektirebilir.¹⁴¹⁷ Dolayısıyla bu türden pozitif edimler hem azınlıklar arasındaki hem de onlara mensup kişiler ile azınlıklar arasındaki eylemler açısından gerekli edimler olarak değerlendirilebilir. Kültürel haklar alanında Özel Raportör Francesco Capotorti, devletin negatif ve pozitif

¹⁴¹³ Commission on Human Rights, "Respect for Different Cultural Identities," para. 6.

¹⁴¹⁴ Donders, "Towards a Right to Cultural Identity?" 2018, s. 534; Bu türden pozitif edimler İnsan Hakları Komisyonunun çeşitli kararlarında görülmektedir. HCR, *Lubicon Lake Band v. Canada*; HCR, *Ivan Kitok v. Sweden*; HCR, *Länsman et al v Finland*.

¹⁴¹⁵ CESCR, *General Comment No. 25*, para. 23.

¹⁴¹⁶ HCR, *CCPR General Comment No. 23*, para. 9.

¹⁴¹⁷ HCR, *CCPR General Comment No. 23*, para. 6.2.

edimleri konusunda aktif ve sürekli önlemleri almaması halinde, diğer bir ifadeyle tamamen pasif bir tutum göstermesi durumunda korunan hakların etkisiz hâle geleceğini belirtmiştir.¹⁴¹⁸

Devletin sorumluluk ve yükümlülükleri, yalnızca azınlık üyelerinin kültürel uygulamalarını hayata geçirmeye saygı göstermekten ibaret değildir. Devlet aynı zamanda herkesin hem çoğunluğun hem de azınlıkların geleneklerinden ayrışan diğer kültürel yönelimleri ileri sürme hakkına saygı göstermelidir.¹⁴¹⁹ Yani devlet bireylerin kültürel topluluklarından veya başat çoğunluktan farklı olma, ayrılma, özerk olma özgürlüğünü güvenceye almakla yükümlüdür. Gerçekten her ne kadar MSHS m. 27 olumsuz bir şekilde formüle edilmiş olsa da devletin görevi, yalnızca azınlık haklarının kullanılmasına müdahale etmemek değil,¹⁴²⁰ aynı zamanda kişileri destekleyici edimlerde bulunmaktır. Bu bağlamda kişi toplulukları olarak azınlıkların çoğunluğa karşı korunması önemli olduğu gibi, bireylerin hem çoğunluğa hem de kendi azınlıklarına karşı korunması yaşamsaldır. Dolayısıyla kültürel kimlik hakkı açısından devletin pozitif ediminin çok boyutluluğunu tespit etmek önemlidir.

Kültürel kimlik hakkı konusunda devletin ödev ve sorumlulukları, özellikle dezavantajlı sınıflar açısından belirginleşmektedir. Bu bağlamda yükümlülükler kadın ve çocuklar bakımından ortaya çıkmaktadır. Nitekim uluslararası hukuk belgeleri kadın ve çocukların kültürel kimliklerini korumak amacıyla özel olarak devletlerin yükümlülüklerini belirlemiştir. Örneğin CEDAW (m. 5(a)) Taraf Devletlere,

“Her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı ön yargıların, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılması amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirme ...”

¹⁴¹⁸ Capotorti, *Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, para. 588.

¹⁴¹⁹ Eide, “Cultural Rights as Individual Human Rights,” s. 292.

¹⁴²⁰ Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, s. 185-186.

ödevini yüklemiş, bu konuda tüm gerekli önlemleri alınmasını istemiştir.¹⁴²¹ Bu bağlamda CEDAW ve İnsan Hakları Komiteleri Ortak Genel Tavsiyelerinde kültürel kimliğe yönelik zararlı uygulamaların önlenmesi konusunda devletlerin ödev ve sorumluluklarını somutlaştırmıştır.¹⁴²² Bu Tavsiye Kararı ile zararlı uygulamaları ortadan kaldırmaya yönelik sözleşmeler kapsamındaki yükümlülüklere tam uyum sağlanması ve yerine getirilmesi gereken yasal, siyasal ve diğer adımların atılması konusunda Taraf Devletlere rehberlik edilerek onların yükümlülüklerinin açıklığa kavuşturulması amaçlanmıştır.¹⁴²³ Komiteler detaylı kriterler sunarak kadınlara yönelik zararlı uygulamalar olarak kadın sünneti, çocuk evliliği ve/veya zorla evlilik, çok eşlilik ve sözde namus adına işlenen suçları özel olarak tespit etmiştir. ESKHK de Genel Yorum 21’de erkek ve kadınların ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan eşit şekilde yararlandırılmasını, Taraf Devletlerin zorunlu ve acil bir yükümlülüğü olarak saptamıştır.¹⁴²⁴

Göçmen İşçileri Sözleşmesi (m. 17/1 ve 31/1) Taraf Devletlere, göçmen işçilerin ve aile üyelerinin kültürel kimliklerine saygı gösterme ve onların menşe ülkeleriyle kültürel bağlarını sürdürmelerine engel olmama ödevi yüklemiştir. Eğitim özünde kültürle doğrudan ilişkili olduğundan ESKHK, devletlerin göçmen çocuklarının eşit

¹⁴²¹ CEDAW Komitesi kadınların erkeklere göre ikincil konumda görüldüğü veya kalıplaşmış rollere sahip olduğu geleneksel toplumlardaki uygulamaların kadınları sözleşmeyle korunan haklarından mahrum bıraktığını tespit etmiştir. Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *CEDAW General Recommendation No. 19*.

¹⁴²² Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *Joint General Recommendation No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/General Comment No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on Harmful Practices*, 2014, 31, CEDAW/C/GC/31-CRC/C/GC/18 (2014).

¹⁴²³ Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *CEDAW Recommendation No. 31*, para. 2.

¹⁴²⁴ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 25.

muamele temelinde devlet tarafından işletilen eğitim kurumlarına ve programlarına katılmalarını sağlamak için uygun önlemleri almalarını önermektedir.¹⁴²⁵

BM Azınlık Hakları Bildirgesi (m. 4) devletlerin, ulusal hukuku ihlal eden ve uluslararası standartlara aykırı olan özel uygulamalar dışında, azınlıklara mensup kişilerin kendi özelliklerini ifade etme ve kültür, dil, din ve gelenek ve göreneklerini geliştirme konusunda uygun koşulları sağlaması gerektiğini belirtmiştir.

ÇHS (m. 24(3)) kültürel kimlikle ilişkili olarak Taraf Devletlere, çocukların sağlığına zararlı geleneksel uygulamaları ortadan kaldırılması için etkili ve uygun tüm önlemleri alma ödevi yüklemiştir. Ayrıca ÇHS (m. 29) çocuğun kültürel kimliğine uygun eğitimin sağlanması ve (m. 31) çocuğun kültürel yaşama katılması konusunda devlete pozitif edimler yüklemiştir. ESKHK çocukların kültürel yaşama katılması konusunda potansiyelinin teşvik edilmesi ve geliştirilmesi için Taraf Devletlere gerekli tüm edimleri yerine getirme ödev ve sorumluluğu yüklemiştir.¹⁴²⁶ Gerçekten çocuklar, nesilden nesile kültürel değerlerin taşıyıcıları ve aktarıcıları olarak temel bir rol oynarlar. Bu bağlamda ulusal azınlıklara mensup kişilerin kendi eğitim kurumlarını kurma ve yönetme hakkı göz önüne alındığında devletler, bu kurumların kurulması ve yönetilmesi konusunda aşırı külfetli yasal ve idari yükümlülükler getirerek bu hakkın kullanılmasını güçleştiremez veya engelleyemez. Bu yükümlülükler Lahey Tavsiyeleri (m. 9) ve Çerçeve Sözleşme ile de kayıt altına alınmıştır. Çerçeve Sözleşme'ye (m. 13/1) göre

“Taraflar, eğitim sistemleri çerçevesinde, ulusal bir azınlığa mensup kişilerin kendi özel eğitim ve öğretim kurumlarını kurma ve yönetme hakkına sahip olduğunu kabul ederler. Bu hakkın kullanılması, Taraflar için herhangi bir mali yükümlülük doğurmaz.”

¹⁴²⁵ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 35.

¹⁴²⁶ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 26.

Kültürel azınlıklar birçok alanda dezavantaja sahip kişi topluluklarıdır. Bu nedenle onların çoğunluklara karşı haklarının korunması yaşamsal olduğu gibi belki birtakım dezavantajların giderilmesi için bazı muafiyet ve kolayların sağlanması gerekebilir. Örneğin azınlıkların eğitim kurumlarının inşasında ve sürdürülmesinde devletler birtakım ekonomik, mali muafiyetleri uygulamaya koyabilir. Bu sayede dezavantajlı durumdaki azınlıklar devlete mali bir yüklenmeden desteklenmiş olur.

Eğitimin ilk yıllarının çocuğun gelişiminde çok önemli bir aşama olduğu bilinmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere eğitim araştırmaları, okul öncesi ve anaokulu seviyelerinde eğitim ve öğretimin ideal olarak çocuğun anadilinde olması gerektiğini ortaya koymaktadır. Devletler, eğitim bakanlıkları ve ofisleri aracılığıyla mümkün olan her yerde ebeveynlerin istemeleri durumunda bu seçenekten yararlanmasını sağlayacak koşulları yaratmalıdır. Bu ödev ve sorumluluklar Çerçeve Sözleşme (m. 14/1) ile de düzenlenmiştir. Buna göre,

“Taraflar, ulusal bir azınlığa mensup her kişinin azınlık dilini öğrenme hakkına sahip olduğunu kabul etmeyi taahhüt ederler.

Geleneksel olarak veya önemli sayıda ulusal azınlıklara mensup kişilerin yaşadığı bölgelerde, yeterli talep varsa, Taraflar, mümkün olduğunca ve eğitim sistemleri çerçevesinde, bu azınlıklara mensup kişilerin azınlık dilini öğrenme veya bu dilde eğitim alma konusunda yeterli fırsatlara sahip olmasını sağlamaya çalışırlar.

Bu maddenin 2. fıkrası, resmi dilin öğrenilmesine veya bu dilde eğitime hâle getirmeksizin uygulanır.”

O hâlde devletler uygunluk ölçüsünde azınlıklara yönelik eğitim merkezleri kurabilir veya azınlıkların bölgesel olarak kümелendiği durumlarda azınlık anadilinde eğitim veren kurumlar kurabilir. Eğitim ve öğretim konusunda Lahey Tavsiyelerinde (m. 14) de belirtildiği gibi, azınlık anadilinde eğitimin ilk ve ortaöğretim düzeylerinde sürdürülmesi büyük ölçüde tüm disiplinlerde anadilde eğitim almış öğretmenlerin varlığına bağlıdır. Bu nedenle azınlık anadilinde eğitim için yeterli fırsatların verilmesi

kapsamında devletler, aynı zamanda uygun ve yeterli öğretmen kadrolarını kurma pozitif edimi altındadır. Eğitim alanında Kopenhag Belgesi de devletin anadilde eğitim için yeterli fırsatları sağlamak için çaba gösterme ödevi olduğunu belirtmektedir.¹⁴²⁷

Çerçeve Sözleşme (m. 12/1-3) gereği devletler, uygun olduğu durumlarda ulusal azınlıkların ve çoğunluğun kültürü, tarihi, dili ve dini hakkında bilgi edinmek için eğitim ve araştırma alanlarında önlemler alma sorumluluğu altındadır. Bu bağlamda devletler, diğerlerinin yanı sıra, öğretmen eğitimi ve ders kitaplarına erişim için yeterli fırsatlar sağlamalı; farklı topluluklardan öğrenciler ve öğretmenler arasında ilişkileri kolaylaştırmalıdır. Devletler eğitimin temel amacının bireyin ve toplumun kimliğini ve değerini bulduğu ortak kültürel ve ahlaksal değerlerin aktarılması ve zenginleştirilmesi olduğu bilinciyle eğitim politikaları belirlemelidir.¹⁴²⁸ Yine devletler, ulusal azınlıklara mensup kişiler için her düzeyde eğitime erişimde fırsat eşitliğini sağlamaya yönelik önlemleri almalı ve edimleri gerçekleştirmelidir. Ayrıca eğitim ve öğretim müfredatının kültürel azınlıklara göre de düzenlenmesi bir diğer önemli alanı oluşturmaktadır. Çocuğun kültürel kimliğinden haberdar olması, kültürel kimliğini tanıması, bilmesi ve geliştirmesi için müfredatın çoğulcu, çok kültürlü bir niteliğe sahip olması, kültürel azınlıklara yönelik içerikler barındırması önem arz eder.

Eğitim ve öğretim dışında diğer alanlarda da azınlık anadillerinin kullanılabilmesi kültürel kimlik hakkı açısından yaşamsal önem taşır. Daha önce de belirtildiği üzere anadil hakkı yalnızca eğitim ve öğretimle sınırlı tutulamaz. Kültürel kimliğin yaşatılabilmesi ve geliştirilebilmesi anadilin hayatın birçok alanında hem özel hem de kamusal alanlarda kullanılmasını gerektirir. Örneğin ulusal azınlığa mensup kişilerin kamu otoritelerinin baskısından uzak, azınlık anadilinde görüş sahibi olma, bilgi ve fikir alma ve verme özgürlüklerinin güvence altına alınması gerekir. Devletler koşullar

¹⁴²⁷ Document of the Copenhagen Meeting of the CSCE, 1990, para. 34.

¹⁴²⁸ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 27.

çerçevesinde ulusal azınlıklara mensup kişilere kendi basın ve medya kuruluşlarını kurma ve kullanma olanağını sağlamalı, ulusal azınlıklara mensup kişilerin medyaya erişiminin kolaylaştırılması, hoşgörünün teşvik edilmesi ve kültürel çoğulculuğun yaşatılması için gerekli kolaylıklar ve imkanlar sağlanmalıdır.

AAİHM kültürel kimlik hakkını bağımsız bir hak olarak tanımış olduğu *Kichwa Indigenous People*,¹⁴²⁹ *Garifuna Triunfo Community*¹⁴³⁰ davalarında devletlerin, toplulukların kültürel kimlik hakkına saygı duyma ödevini tekrarlamıştır. AMİHS kültürel kimlik hakkını güvence altına almamasına rağmen AAİHM, bu davalarda kültürel kimlik hakkını bağımsız, kendi başına müstakil bir hak olarak tanımış ve devletlerin negatif ve pozitif yükümlülüklerini tayin etmiştir. Üstelik AAİHK ve AAİHM hakkı, yalnızca bireysel bir hak olarak değil, aynı zamanda (yerli halklarla sınırlı olsa da) kolektif bir hak olarak tanımıştır.¹⁴³¹ AFİHK *Endorois Welfare v. Kenya* davasında¹⁴³² insan haklarının, kütüphaneler, kiliseler, camiler, tapınaklar, sinagoglar ve benzeri binalar ve alanlar da dahil olmak üzere topluluk (kültürel) kimlikleri için gerekli olan dinsel ve kültürel mirasa saygı gösterilmesini gerektirdiğini belirtmiştir. AFİHK'ye göre, Afrika Şartı (m. 17) bir yandan bireylerin içinde buldukları topluluğun kültürel yaşamına katılımını korurken diğer yandan devlete gelenekselliği teşvik etme ve bir topluluk tarafından tanınan kültürel değerleri koruma yükümlülüğü getirmektedir.¹⁴³³ Komisyon, Taraf Devletlerin çeşitliliğe karşı hoşgörülü olma ve çoğuluktan farklı topluluk veya grupların kimliğini korumaya yönelik önlemleri alma ödevinin olduğunu; kültürel kimliğin teşvik edilmesi de dahil olmak üzere, kültürün korunmasını, geliştirilmesini ve

¹⁴²⁹ IACHR, *The Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, para. 217.

¹⁴³⁰ IACHR, *Garifuna Triunfo de La Cruz Community and Its Members v. Honduras*, paras. 166–167.

¹⁴³¹ Donders, “Towards a Right to Cultural Identity?” 2018, s. 542.

¹⁴³² ACHPR, *Endorois Welfare Council v. Kenya*, para. 243.

¹⁴³³ ACHPR, *Endorois Welfare Council v. Kenya*, para. 241.

yayılmamasını amaçlayan önlemleri alması gerektiğini belirtmiştir.¹⁴³⁴ Benzer şekilde AFİHM devlete, kültürel yaşama katılma ve toplumun geleneksel değerlerini teşvik etme ve koruma yükümlülüğü getirmektedir.¹⁴³⁵

Kültürel kimlik hakkı bağlamında devletlerin kültürel mirası, sanatçıları ve sanat özgürlüklerini koruma, savunma ve onlara yardım etme ödevinden de söz edilebilir. Nitekim UNESCO “Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesine İlişkin Sözleşme” (m. 7) devletlerin bireyleri ve sosyal grupları kendi kültürel ifadelerini ve kendi topraklarından ve dünyanın diğer ülkelerinden çeşitli kültürel ifadeleri yaratmaya, üretmeye, yaymaya, dağıtmaya ve bunlara erişmeye teşvik eden bir ortam yaratmaya çalışması ödevini öngörür. Bu bağlamda devletler, özellikle kültür bakanlıkları aracılığıyla müzeler, kültür merkezleri, sanat galerileri ve arşivler kurarak sanat ve kültürel miras alanında yapacakları faaliyet ve hizmetlerle kültürel kimliğin korunmasına yardımcı olabilir. Gerçekten de kültürel kimlik hakkının korunması ve geliştirilmesi açısından kültür merkezleri, sanat galerileri ve müzeler önemli bir yer tutar. Bunlar kültürel kimliğin temel konularıyla doğrudan ilgili alanları ifade eder. Adı geçen birimler özellikle sanata ve kültüre erişimde hem kolaylık sağlar hem de sanat ve kültürün yaşamasını olanaklı kılar.

1980 tarihli UNESCO “Sanatçının Statüsüne İlişkin Tavsiye Kararı”nın temel ilkesi, hükümetlerin sanatsal ifade özgürlüğünü teşvik eden bir iklim ve yaratıcı yeteneklerin serbest bırakılmasını kolaylaştıran maddi koşulları yaratmaya ve sürdürmeye yardımcı olmaları gerektiği yönündedir. Gerçekten de devletlerin sanatçıları ve sanatsal ifade özgürlüklerini koruma, savunma ve destekleme ödevi olmalıdır. Bu bağlamda kültürel ifadeleri yaratması, yayması açısından kültürel kimliğin temsilcileri

¹⁴³⁴ ACHPR, *Endorois Welfare Council v. Kenya*, para. 246.

¹⁴³⁵ African Court on Human and Peoples’ Rights, *African Commission on Human and Peoples’ Rights v. Republic of Kenya*, para. 177.

olarak sanatçıların ve kültür yaratıcılarının herhangi bir baskı olmaksızın sendika ve meslek örgütleri kurma ve bunlara üye olma özgürlüğüne sahip olmaları; sanatçıları temsil eden örgütlerin kültürel ve istihdam politikalarının oluşturulmasına katılabilmeleri gerekir. Böylece sanatçılar, bireysel olarak veya dernekleri ya da sendikaları aracılığıyla sanatlarını icra ettikleri toplulukların yaşamına tam olarak katılabilir; yerel ve ulusal kültürel politikaların oluşturulmasında yer alarak süreçlere katkı sunabilirler.¹⁴³⁶ Ayrıca “Sanatçının Statüsüne İlişkin Tavsiye Kararı” (m. IV-1 j, k ve VI-8) gereği devletler, sanatçıların serbest uluslararası dolaşımını teşvik etmek ve seçtikleri ülkede sanatlarını icra etme özgürlüklerini engelleme yükümlülüğü altındadır. Öte yandan Tavsiye Kararından (m. VI-1 c) hareketle devletler, sanatçıların çalışma olanaklarının geliştirilmesi için sanat kurumlarına sübvansiyonlar, bireysel sanatçılara komisyonlar sağlayabilir veya sanata kamusal ve özel ilginin artması için sanatsal etkinlikler düzenleyebilir.

Kişilerin veya kişi topluluklarının kendi kontrolleri dışındaki nedenlerle ellerindeki araçlarla kültürel kimlik hakkına ilişkin uygulamaları gerçekleştiremedikleri durumlarda, devletler yapılması gereken ödevleri yerine getirilmelidir. Bu bağlamda devletler kültürel mirası korumayı ve restore etmeyi amaçlayan programlar geliştirebilir; tarih, edebiyat, müzik ve diğer kültürlerin tarihi de dahil olmak üzere, ilgili herkesle istişare edilerek okul müfredatına her düzeyde kültürel eğitim dahil edilebilir; herkesin, ekonomik, sosyal veya başka herhangi bir statüye dayalı ayrımcılığa uğramadan müzelere, kütüphanelere, sinemalara ve tiyatrolara ve kültürel faaliyetlere, hizmetlere ve etkinliklere erişimi garanti altına alınabilir.¹⁴³⁷

¹⁴³⁶ Shaheed, “Right to Freedom of Artistic Expression and Creativity,” par. 18.

¹⁴³⁷ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 54.

B. KİŞİLER VE KİŞİ TOPLULUKLARI

Klasik anayasacılık düşüncesinin özü devlet iktidarını sınırlandırmak ve devlet karşısında kişi hak ve özgürlüklerini korumaktır.¹⁴³⁸ Bu anayasacılık anlayışına göre temel hak ve özgürlükler, devlet ile kişiler arasındaki ilişkilerde uygulanırken genellikle kişilerin kendi aralarındaki ilişkilerde uygulanamaz. Diğer bir ifadeyle klasik anlayış anayasa hukukunun yalnızca dikey ilişkilerde uygulanmasına; buna karşın yatay ilişkilere uygulanmaması düşüncesine dayanır. Buna göre anayasa, yalnızca devletin temel kuruluş ve işleyişini düzenleyen ve devlete karşı kişilerin temel hak ve özgürlüklerini güvenceye alan ve dolayısıyla yalnızca kişi ile devlet arasındaki ilişkilerle sınırlı temel kurallardan oluşur.¹⁴³⁹ O hâlde temel hakların anayasalarda düzenlenmesinin esas amacı, bireyler üzerindeki devlet iktidarını sınırlandırmaktır.

Ancak klasik anlayışın günümüzde geçerliliğini koruduğunu söylemek güçtür. Zira ortada bir hak ve özgürlük varsa, yani hukukça korunan bir menfaat söz konusu ise artık sadece devlete karşı koruma değil, herkese karşı koruma ortaya çıkar.¹⁴⁴⁰ Bu nedenledir ki temel hak ve özgürlüklerin anayasa ile güvence altına alınması, hak ve özgürlüklerin yalnızca devletle birey arasındaki dikey ilişkilerde değil aynı zamanda özel hukuk kişileri arasındaki yatay ilişkilerde de uygulanma sonucunu doğurmaktadır.¹⁴⁴¹ Diğer bir ifadeyle hak ve özgürlüklerin anayasalarla tanınıp güvence altına alınması yasama, yürütme ve yargı organlarını bağladığı gibi, özel hukuk kişileri açısından da bağlayıcılık sonucu doğurur. Zira temel hak ve özgürlükler, devlet karşısında bireyi koruma amacının dışında objektif değerler içeren ve hukukun her alanında etki doğuran

¹⁴³⁸ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 185.

¹⁴³⁹ Polat Akgün, *Sanat Özgürlüğü*, s. 245.

¹⁴⁴⁰ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 187.

¹⁴⁴¹ Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi,” s. 437.

anayasal normlardır.¹⁴⁴² Dolayısıyla devletin, bir taraf olarak içinde olmadığı özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde temel hak ve özgürlüklerin yatay etkisinin olduğu kabul edilmektedir.¹⁴⁴³ Yani günümüzde devletin yanı sıra özel hukuk kişilerinin de anayasalarla güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin muhatabı olarak kabul gördüğü bir anlayış benimsenmektedir. Nitekim 1982 Anayasası (m. 12/2) kişinin hak ve özgürlükleri bakımından ailesine, topluma ve diğer kişilere karşı sorumlu olduğunu bildirir. Çünkü temel hak ve özgürlükler yalnızca devlet tarafından değil, özel hukuk kişileri tarafından da açık bir şekilde ihlal edilebilir.¹⁴⁴⁴ Buna göre bir hak ve özgürlüğe yalnızca devletten değil, üçüncü kişilerden de bir müdahale geldiğinde söz konusu hak ve özgürlük özel kişilere karşı da ileri sürülebilir. Kültürel kimlik hakkı da bu nitelikte bir haktır.¹⁴⁴⁵ Dolayısıyla devlet tarafından kültürel kimliğe bir müdahale gelebileceği gibi, üçüncü kişiler tarafından da bir müdahale gelebilir. Bu nedenle kültürel kimlik hakkı herkese karşı ileri sürülebilir ve herkes bu konuda sorumluluk sahibidir.

Kültürel kimlik hakkı hem bireysel hem kolektif nitelikte bir hak olması, hakkın yatay etki bakımından farklı boyutlarla ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Zira kültürel kimlik hakkı, birçok haktan farklı bir şekilde muhatap olarak kişi topluluklarını, yani birey ile devlet arasında kültürel azınlıkları (ulusal, etnik, dinsel ve dilsel azınlıkları) da kapsar. Bu da hakkın hem dikey etki hem de yatay etki açısından farklı uygulamalarını doğurur. Şöyle ki kültürel kimlik hakkı konusunda iki düzeyde bir yatay etki tespit edilebilir. İlk olarak aynı düzeydeki kişi toplulukları arasında bir uygulama ortaya çıkabilir. Buna göre kişi toplulukları negatif edimin gereği olarak diğer azınlıkların

¹⁴⁴² Zafer Gören, *Temel Hak Genel Teorisi*, 5. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), s. 65-67; Dilara Dönmezkuş, *Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), s. 29.

¹⁴⁴³ Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi,” s. 437.

¹⁴⁴⁴ Uzunpınar, *Kültürel Mirasın Korunması*, s. 222.

¹⁴⁴⁵ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 187.

kültürel kimliklerine karışmamasını ve saygı duymasını isteyebilirler. İkinci olarak azınlık mensupları arasında bir yatay etkiden söz edilebilir. Buna göre kişiler, diğer özel hukuk kişilerinden kültürel kimliklerine saygı duymasını ve karışmamasını isteyebilirler. Şu durumda yatay etki kapsamında bireyler, üçüncü kişilerin kültürel kimliklerine saygı duyması ve karışmaması için yargı yoluna başvurarak hakkın korunmasını talep edebilirler. Bu bağlamda bireyler kültürel uygulamaların, soyut ve somut kültürel mirasın, kültürel değerlerin, yaşam tarzlarının hayata geçirilmesinin ve kültürel aitlik seçimlerinin üçüncü kişiler tarafından sınırlandırılması veya ihlal edilmesi durumunda hakkın yatay etkisine dayanarak koruma yollarına başvurabilirler. Diğer yandan üçüncü kişiler, kültürel kimliklerine zarar veren veya kültürel kimliklerini sınırlayan bir uygulama karşısında zararlı uygulamaların engellenmesini ya da sınırlamanın kaldırılmasını talep edebilirler. Örneğin üçüncü kişiler, yerli halkların toprak, su ve diğer kaynaklarını kontrol etmesini ve kendi geleneklerine uygun yaşam standartlarını güvenceye almasını olanaklı kılan, kültürel kimliklerini içeren mülkiyet hakkına dayanarak yatay etki kapsamında kişinin kültürel kimliğe zarar veren tasarrufun engellenmesini isteyebilir.

V. KÜLTÜREL KİMLİK HAKKININ KÜLTÜREL, SİYASAL, EKONOMİK VE SOSYAL HAKLARLA İLİŞKİSİ

A. KÜLTÜREL HAKLARLA İLİŞKİSİ

Kültürel haklar, kişilerin ve toplulukların kültürel çıkarlarını doğrudan destekleyen ve koruyan ve kültürel kimliklerini koruma, geliştirme ve değiştirme kapasitelerini ilerletmeyi amaçlayan insan haklarıdır.¹⁴⁴⁶ Kültürel haklar aslında bir dönem ihmal edilen geniş bir haklar kataloğunu oluşturmaktadır. Kültürel haklar genel anlamda kültüre açıkça atıfta bulunan ve kültürle doğrudan bağlantısı olan haklar olarak ifade edilebilir. Kültürel yaşama katılma hakkı, kendi kültüründen yararlanma hakkı,

¹⁴⁴⁶ Donders, "International Human Rights and Cultural Diversity," s. 129-130.

kültürel kendi kaderini tayin hakkı, kültürel kimlik hakkı, kültürel miras hakkı, eğitim ve öğrenim hakkı temel kültürel haklardır. Kültürel kimlik hakkı bu kültürel haklardan sonra hukukça tanınan bir kültürel haktır. Oldukça geniş bir kapsama sahip olan kültürel kimlik hakkı birçok kültürel hakla yakından ilişkili bir haktır. Hatta bazı kültürel haklar açıkça kültürel kimlik hakkının kapsamına girmekte, hakkın konusu olmaktadır. Kültürel kimlik hakkının hukukça geç dönemlerde tanınması bu durumun bir nedeni olarak gösterilebilir. Kültürel kimlik hakkı, hukukça tanınmasına kadar özellikle kültürel yaşama katılma hakkı, kendi kültüründen yararlanma hakkı gibi kültürel haklar çerçevesinde güvence altına alınmıştır. Fakat kültürel kimlik hakkının tanınmasından sonra bu kez birçok kültürel hak kültürel kimlik hakkı kapsamına girecek şekilde ele alınmıştır.

Kültürel haklar ilk olarak eksik bir kapsamla kültürel yaşama katılma hakkı olarak uluslararası hukuk belgeleri tarafından tanınmıştır.¹⁴⁴⁷ Kültürel yaşama katılma hakkı, İHEB (m. 27/1) ve ESKHS’de (m. 15) herkesin toplumun kültürel yaşamına özgürce katılma hakkı olarak tanınmıştır. Her iki belge de kültürel hakları eksik bir kapsamla ele aldığı gibi açık kültürel hak olarak yalnızca kültürel yaşama katılma hakkını güvence altına almıştır. Ayrıca Sözleşme (m. 13), bir kültürel hak olarak kabul edilen eğitim ve öğretim hakkını¹⁴⁴⁸ güvence altına almıştır. Sözleşmede eksik kapsamla ele alınmış kültürel yaşama katılma hakkı ESKHK tarafından oldukça geniş yorumlanmış ve kültürel kimlik hakkı da bu çerçevede değerlendirilmiştir. Hakkın çerçevesinin genişletilmesinde ESKHK, öncelikle Sözleşme m. 15’teki “herkes”ten kastın birey veya topluluk olduğunu belirtmiştir. Buna göre kültürel haklar bir birey veya topluluk tarafından, başkalarıyla birlikte veya grup içinde kullanılabilen haklardır.¹⁴⁴⁹ Komiteye göre “kültürel yaşam” ifadesi ise geçmiş, bugünü ve geleceği olan, yaşayan, tarihsel, dinamik ve evrimleşen bir

¹⁴⁴⁷ Stavenhagen, “A Social Science Perspective,” s. 85.

¹⁴⁴⁸ Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 485.

¹⁴⁴⁹ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 9.

süreç olarak kültüre açık bir göndermedir.¹⁴⁵⁰ Dolayısıyla burada “kültürel yaşam” ile güvence altına alınan hak, tam olarak genel bir kültür hakkı veya kültürel hakır denilebilir. Komiteye göre Sözleşmedeki “katılma” kavramının kültürel yaşama katılım, kültürel yaşama erişim ve kültürel yaşama katkı olmak üzere üç ana bileşeni vardır. Buna göre katılım, özellikle herkesin — tek başına, başkalarıyla birlikte veya bir topluluk olarak — özgürce hareket etme, bir veya birkaç toplulukla özdeşleşme veya özdeşleşmeme, kendi kimliğini seçme ya da bu seçimi değiştirme, kendi kültürel uygulamalarına katılma, toplumun siyasal yaşamına katılma ve kendi seçtiği dilde kendini ifade etme hakkını kapsar. Erişim, özellikle herkesin — tek başına, başkalarıyla birlikte veya bir topluluk olarak — eğitim ve bilgi yoluyla kendi kültürünü ve başkalarının kültürünü bilme, öğrenme ve kültürel kimliğe gereken saygı gösterilerek kaliteli eğitim ve öğrenim alma hakkını kapsar. Kültürel yaşama katkı ise herkesin toplumun manevi, maddi, entelektüel ve duygusal ifadelerinin yaratılmasına katılmasını ifade eder. Bu, bir kişinin kültürel hakları üzerinde etkiye sahip olan politikaların ve kararların tanınmasına, geliştirilmesine ve uygulanmasına katılma hakkıyla desteklenir.¹⁴⁵¹ O hâlde “herkesin toplumun kültürel yaşamına katılma hakkı” ile ifade edilmek istenen geniş kapsamlı bir kültürel haktır ve bu hak kültürel kimlik hakkını içerir. Zira kültürel yaşama katılım, öncelikle kültürel kimliğin temel unsurları olan kendi kimliğini seçme, bir kültürel toplulukla özdeşleşip özdeşleşmeme, kendi kültürel uygulamalarına katılma ve erişme unsurlarını kapsar şekilde ele alınmıştır. Aslında burada yapılan, açık bir kültürel kimlik hakkı tanımlamasıdır. Zira daha önce yapılan kültürel kimlik hakkı tanımlamalarına bakıldığında bu kavram setlerinin açıkça kültürel kimlik hakkının temel unsurları olduğu görülür. Öte yandan erişim, eğitim ve bilgi yoluyla kültürel kimlikle doğrudan ilintili kişinin kendi kültürünü ve başkalarının kültürünü bilme, öğrenme ve kültürel kimliğe

¹⁴⁵⁰ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 11.

¹⁴⁵¹ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 15.

uygun kaliteli eğitim ve öğrenim alma hakkını içerir şekilde ele alınmıştır. Bu bağlamda AİHM, kültüre erişim ve başkalarının kültürünü bilme kapsamında, Fransızca yayımlanan bir romanın yasaklanmasına ilişkin *Akdaş v. Turkey* davasında, devletlerin ahlaki gerekliliklere ilişkin görüşlerinin çeşitli kültürel, dinsel, medeni veya felsefi toplulukların varlığını dikkate alacak şekilde belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. AİHM kültüre erişim açısından Avrupa edebi mirasının bir parçası olan dava konusu esere erişimin engellenemeyeceğine karar vermiştir.¹⁴⁵² Yine AİHM kültürel kimlikle ilgili olarak kültüre erişim (göçmenlerin menşe ülkeleriyle bağlarını sürdürme hakları) konusunda AİHS m. 10 çerçevesinde karar vermiştir. Mahkeme kiracıların, menşe ülkeleri olan Irak'tan Arapça ve Farsça televizyon programları izlemelerini sağlayan uydu anteninin kaldırılmasını reddetmeleri sonucunda tahliye edilmeleriyle ilgili *Khurshid Mustafa ve Tarzibachi v. Sweden* davasında başvuruçuların kültürel kimliklerinin bir parçası olarak erişim hakkını korumuştur.¹⁴⁵³

MSHS (m. 27) ise kültürel haklardan etnik, dinsel veya dilsel azınlıklara mensup kişilerin kendi kültürlerinden yararlanma hakkını tanımıştır. Kültürel haklar alanında uzman isim Thornberry'e göre, kendi kültüründen yararlanma hakkı kültürün tüm yönlerini ifade eder. Diğer bir ifadeyle bu hak, genel bir kültür hakkıdır. Yazara göre MSHS m. 27 düzenlemesindeki amaç, azınlıkların kültürel kimliklerini, kültürel miraslarını, kendi kültürlerini koruyabilmeleridir.¹⁴⁵⁴ İHK de m. 27 ile ilgili Genel Yorumunda söz konusu hükmün kapsamının genişletilmesi çerçevesinde dinamik bir yaklaşım benimseyerek lafzi yorumun ötesine geçmiştir.¹⁴⁵⁵ İHK kendi kültüründen yararlanma hakkı ile kültürel kimlik hakkı arasında doğrudan doğruya bir amaçsallık ilişkisi kurmuş, kendi kültüründen yararlanma hakkındaki bir amacın da ilgili azınlıkların

¹⁴⁵² ECHR, *Akdaş v. Turkey*, Application No. 41056/04, 16.02.2010, para. 30.

¹⁴⁵³ ECHR, *Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden*, Application No. 23883/06, 16.12.2008, para. 44.

¹⁴⁵⁴ Thornberry, *Rights of Minorities*, s. 187.

¹⁴⁵⁵ Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law*, s. 147.

kültürel kimliklerinin hayatta kalmasını ve sürekli gelişimini sağlamak olduğunu belirtmiştir.¹⁴⁵⁶ Bu yorum m. 27 hükmünün, lafzi niteliğini aşmasına ve bireylerin yanı sıra özellikle toplulukların kültürel kimlikleri başta olmak üzere kolektif nitelikteki hakların korunmasında bir araç haline gelmesine olanak tanımıştır.¹⁴⁵⁷ Şu durumda kendi kültüründen yararlanma hakkı geniş anlamda kültürel kimlik hakkını içerir. Zira Komiteye göre MSHS m. 27 koruması, ilgili azınlıkların kültürel, dinsel ve sosyal kimliklerinin hayatta kalmasını ve sürekli gelişimini sağlamaya yöneliktir.¹⁴⁵⁸ Dolayısıyla bu hüküm, aynı zamanda kendilerini bir topluluğa ait gören kişi veya toplulukların kültürel kimlik hakkı olarak görülebilir.¹⁴⁵⁹ Hatta bir adım öteye geçilerek kültürel kimlik hakkının bu hakları kapsadığı ileri sürülebilir. Nitekim kültürel kimlik hakkının, AİHS'ye eklenmesine ilişkin faaliyetler kapsamında kurulan Çalışma Grubu, bir önerisinde ise “herkesin, kendi kültürel kimliğine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğunu” ve bu hakkın, “kişinin kültürel kimliğini değiştirme özgürlüğünü ve tek başına veya başkalarıyla topluluk içinde kamuya açık veya özel olarak kendi kültüründen yararlanma hakkını” içerdiğini belirtmiştir. Dolayısıyla bu öneriden kültürel kimlik hakkının, birçok sözleşme ve bildirmede tanınan kendi kültüründen yararlanma hakkını kapsayan bir hak olduğu çıkarımı yapılabilir. Daha önce de belirtildiği üzere bu görüş, kendi kültüründen yararlanma, kültürel yaşama katılma gibi kültürel hakları kapsayan kültürel kimlik hakkı yaklaşımlarını doğrulamaktadır.

Kültürel kimlik hakkı açık bir şekilde kültürel kendi kaderini tayin hakkıyla ilişkilidir. Hatta kültürel kendi kaderini tayin hakkı kültürel kimliğin bir konusunu oluşturur. Zira kültürel kimlik, kişi ve toplulukların kültürel kimliklerini özgürce seçme, bir topluluğa ait olup olmama, kültürel uygulamalarını ve yaşam tarzlarını hayata geçirme

¹⁴⁵⁶ HCR, *CCPR General Comment No. 23*, para. 9.

¹⁴⁵⁷ Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law*, s. 147.

¹⁴⁵⁸ HCR, *CCPR General Comment No. 23*, para. 9.

¹⁴⁵⁹ Pierigli, “The Right to Cultural Identity,” s. 599.

ve kültürel seçimlerine saygı duyulmasını isteme hakkı anlamına gelir. Dolayısıyla kültürel kendi kaderini tayin hakkı kültürel kimliğin doğal bir konusu olur. Irk Ayrımcılığı Komitesinin belirttiği gibi, kültürel kendi kaderini tayin hakkıyla doğrudan ilişkili olan halkların yaşam tarzlarını ve örgütlenme biçimlerini ve kültürlerini koruması, sürdürmesi ve geliştirmesi kültürel kimlik hakkının kapsamına girer.¹⁴⁶⁰

Kültürel haklardan kültürel miras hakkı kültürel kimlik hakkıyla doğrudan ilişkili bir haktır. Hatta somut ve somut olmayan kültürel mirasın korunması doğrudan kültürel kimlik hakkının konusunu oluşturur. Zira daha önce de belirtildiği üzere kültürel miras çoğu yerli halkın kültürel kimliğinin önemli bir boyutunu temsil eder. Aynı zamanda kültürel kimliğin sonraki kuşaklara aktarımının önemli araçlarından biridir. Kültürel miras, yerli halkların kültürel kimliklerini tanımlayan temel unsurdur. Bu nedenlerle kültürel miras ile kültürel kimlik ayrılmaz bir şekilde birbirleriyle bağlıdır.

Kültürel kimlik hakkı aynı zamanda bir kültürel hak olan eğitim ve öğrenim hakkıyla doğrudan ilişkili bir haktır. Eğitim ve öğrenim kültürel kimliğin en iyi şekilde ifade edilebilmesi için temel araçlarından biridir. Kişinin kültürel kimliğini bilmesi, tanınması, öğrenmesi açısından vazgeçilmez bir haktır. Anadili ile birlikte eğitim ve öğrenim kültürel kimliğin sonraki kuşaklara aktarılmasında yaşamsal önem taşır.

B. SİYASAL HAKLARLA İLİŞKİSİ

Genel anlamda devlete karşı haklar olarak düşünülen siyasal haklar, devlete karışmama ödevi yükler.¹⁴⁶¹ Bu haklar devlete ve diğer kişilere karşı bireyin güvenliğini sağlayan haklardır.¹⁴⁶² Seçme ve seçilme hakkı (oy hakkı ve aday olma hakkı), siyasal

¹⁴⁶⁰ CERD, *General Recommendation No. 34*, para. 4(b) .

¹⁴⁶¹ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 157.

¹⁴⁶² Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 41.

parti kurma özgürlüğü, siyasal katılım hakları, kamu hizmetlerine girme hakkı, dilekçe hakkı temel siyasal haklardandır.¹⁴⁶³

Esasında aynı amaca hizmet eden siyasal haklar pozitif hukukta değişkenlik gösterebilmektedir. Örneğin 1982 Anayasası siyasal hakları (m. 66) vatandaşlık, (m. 67) seçme ve seçilme ve siyasal faaliyette bulunma hakkı, (m. 68-69) siyasal parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma hakkı, (m. 70) kamu hizmetlerine girme hakkı, (m. 74) dilekçe hakkı olarak güvence altına almıştır. AİHS Ek-Protokol (m. 3) siyasal hak olarak seçim hakkını tanımıştır. MSHS, AİHS'ye göre biraz daha somut ve ayrıntılı bir şekilde siyasal hakları güvenceye almıştır. Sözleşme (m. 25) serbest seçimler sonucunda seçilmiş temsilciler aracılığıyla kamu hizmetlerine katılma, seçme ve seçilme, genel olarak eşitlik temelinde kamu hizmetlerine girme haklarını siyasal haklar olarak belirlemiştir.¹⁴⁶⁴

Kültürel kimlik hakkı ile kişi ve kişi topluluklarını devlete ve üçüncü kişilere karşı koruyan siyasal haklar arasında yakın bir ilişkiden söz edilebilir. Şöyle ki temel olarak seçme ve seçilme ile kamu hizmetlerine girme şeklindeki siyasal haklar kültürel kimlik hakkının temel yararlanıcıları olan azınlıkların haklarının korunmasına, teşvik edilmesine ve bunların gerçek anlamda gerçekleştirilmesine katkıda bulunan haklardır.¹⁴⁶⁵ Kültürel kimlik hakkı bir kültürel kimliği seçip seçmeme, bir kültürel toplulukla özdeşleşip özdeşleşmeme veya bir anlamda farklı olma özgürlüğü olarak anlaşıldığında, siyasal

¹⁴⁶³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 204; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 260.

¹⁴⁶⁴ MSHS (m. 25) her vatandaşın,

(a) *Doğrudan doğruya veya serbestçe seçilmiş temsilciler aracılığıyla kamu işlerinin yürütülmesine katılma;*

(b) *Genel ve eşit oyla belli aralıklara yapılan ve seçmen iradelerinin özgürce ifade edilmesini güvence altına alan seçimlerde oy kullanma ve seçilme;*

(c) *Genel anlamda eşit olarak ülkenin kamu hizmetlerine girme ve erişim hakkına sahip olduğunu ifade eder.*

¹⁴⁶⁵ Henrard, "Minorities, Identity, Socio-Economic Participation and Integration," 2013, s. 31.

katılım hakları öncelikle bu seçimlere saygı duyulmasını güvence altına alan temel araçlardan biri olur. Öte yandan özellikle azınlık korumasının temel bir aracı anlamına gelen siyasal katılım, çoğunluğa karşı kültürel azınlıkların ve mensuplarının kültürel kimliklerini güvenceye alınması, korunması ve temsil edilmesinde önemli bir işlevi yerine getirebilir. Öncelikle siyasal katılım azınlıkların ve mensuplarının temsil yeteneğini arttırarak bu işlevin yerine getirilmesinde kolaylaştırıcı rol oynar.¹⁴⁶⁶ Siyasal karar alma süreçlerine katılımda azınlıkların ve üyelerinin bizzat aktif olarak yer almadığı düzende devlete ve çoğunluğa karşı kültürel kimlik hakkı dahil diğer hakların güvenceye alınması ve azınlık ayrımcılığının önlenmesi güçtür. Bu nedenle etkin bir katılım olmadan güvence sisteminin ve koruma mekanizmalarının önemli ölçüde zayıf kalabileceği savunulabilir. Nitekim Kanada Yüksek Mahkemesinin *Corbiere v. Canada* davasında belirttiği gibi bir sistemde belli topluluk üyelerine oy hakkı verilmemesi, katılım hakkının reddedilmesi bu kişilerin üye oldukları topluluklara olan aidiyetlerini ve bağlılıklarını etkiler. Zira toplulukla özdeşleşmenin en güçlü ifadelerinden biri oy verme uygulamasıdır. Dolayısıyla karar alma mekanizmalarının seçiminde siyasal katılımın engellenmesi veya sınırlandırılması doğrudan kültürel kimlik hakkını etkiler. Çünkü bir kişinin kültürel kimliğinin korunması o kişinin topluluğuyla özdeşleşmesini, aidiyet duygusunu gerektirir.¹⁴⁶⁷ Benzer şekilde AMİHM *Kichwa Yerli Halkı Sarayaku-Ekvador* davasında Sarayaku Halkına danışılmamasının kültürel kimliklerini etkilediğini, çünkü kültürel miraslarına yapılan müdahale ve bunların yok edilmesinin, onların sosyal ve kültürel kimliklerine, geleneklerine, göreneklerine, dünya görüşlerine ve yaşam biçimlerine karşı önemli bir saygı eksikliğini beraberinde getirdiğine şüphe olmadığını

¹⁴⁶⁶ Florian Bieber, *Balancing Political Participation and Minority Rights: The Experience of the Former Yugoslavia*, 2002, s. 2.

¹⁴⁶⁷ Supreme Court of Canada, *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, para. 81.

belirtmiştir.¹⁴⁶⁸ Mahkemeye göre yerli halklara danışma hakkı (ön istişare hakkı), özellikle çoğulcu, çokkültürlü ve demokratik bir toplumda güvence altına alınması gereken, yerli halkların kültürlerine veya kültürel kimliklerine saygı gösterilmesine dayanan genel bir uluslararası hukuk ilkesidir.¹⁴⁶⁹ Mahkeme devletin, Sarayaku Halkına toprakları üzerinde doğrudan etkisi olacak bir projenin yürütülmesi konusunda danışılmamasını bir ihlal nedeni olarak görmüştür. Mahkemeye göre davalı devletin, uluslararası hukuk ilkeleri ve kendi iç hukuku uyarınca Sarayaku Halkının kendi kurumları ve mekanizmaları aracılığıyla değerleri, uygulamaları, gelenekleri ve örgütlenme biçimlerine uygun olarak toprakları, yaşamları, kültürel ve sosyal kimlikleri üzerinde etkisi olan veya olabilecek konular ve politikalar ile ilgili alınan kararlara katılımını garanti altına almak için gereken yükümlülüklerini yerine getirmediğini belirterek¹⁴⁷⁰ açıkça siyasal katılım ve kültürel kimlik arasındaki doğrudan ilişkiyi ortaya koymuştur.

Siyasal katılımın, kültürel azınlıkların ve mensuplarının kültürel kimliklerinin güvenceye alınması konusundaki ikinci işlevi, bunların siyasal, sosyal ve kültürel sistemden dışlanmasını engellemek veya güçleştirmek olarak ifade edilebilir. Zira azınlıkların siyasal katılım mekanizmalarından yoksun kalması onların siyasal, sosyal ve kültürel sistemden dışlanma riskiyle karşı karşıya kalmasına neden olabilir.¹⁴⁷¹ Gerçekten de azınlıkların temsil yeteneklerinin zayıf olduğu bir anayasal ve siyasal düzende katılma olanaklarının sınırlı kalması kültürel kimlik hakkının güvenceye alınması ve korunmasını güçleştirebilir. Bu bağlamda çoğunluğa karşı azınlıkları koruyan siyasal parti ve seçim

¹⁴⁶⁸ IACHR, *The Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, para. 220.

¹⁴⁶⁹ IACHR, *The Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, para. 159; IACHR, *Garifuna Triunfo de La Cruz Community and Its Members v. Honduras*, para. 158.

¹⁴⁷⁰ IACHR, *The Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, para. 231.

¹⁴⁷¹ Bieber, *Balancing Political Participation and Minority Rights*, s. 1.

sistemleri başlıca önemli unsurlar olarak öne çıkar. Dolayısıyla kültürel kimlik ile siyasal parti ve seçim sistemleri arasında oldukça yakın bir ilişki vardır.

Siyasal katılımın temel aracı olarak siyasal partiler o kadar önemlidir ki, modern demokrasiler partiler demokrasisi olarak ifade edilmektedir. Zira demokrasileri, siyasal partiler olmaksızın düşünmeye imkân yoktur.¹⁴⁷² Robert Dahl'ın gerçek demokrasi dediği, tam duyarlılık kapasitesine sahip olmasa da tüm vatandaşların veya neredeyse tamamının isteklerine cevap veren bir siyasal sistem olarak tanımladığı poliarsinin (*polyarchy*)¹⁴⁷³ temel araçlarından biri siyasal partilerdir.¹⁴⁷⁴ Gerçekten de siyasal katılma ile siyasal partiler arasında yakın bir ilişki vardır. Çağdaş siyasal partilerin birçoğunun katılma krizinden, yani siyasal sistem içinde etkin bir rolden yoksun bulunan kesimlerin, siyasal sistemin işleyişinde söz sahibi olma arzusundan ortaya çıktığı dikkate alınırsa bu olgu daha iyi anlaşılabilir.¹⁴⁷⁵ Seçmenlerin siyasal katılım ve kamu politikalarının belirlemesi olanaklarına sahip olması, gerçek anlamda siyasal partilerle işlerlik kazanmıştır. Şöyle ki siyasal partiler, farklı kişi ve grupların istek ve menfaatlerinin temel politika seçenekleri arasına girmesini sağlamaktadır.¹⁴⁷⁶ Öte yandan tarihsel olarak da siyasal partilerin ortaya çıkışı ve yükselişi ile siyasal katılımın genişlemesinde bir örtüşme dikkat çekmektedir. Siyasal sistemde merkeze karşı söz sahibi olmaya çalışan çevrenin siyasal katılma istekleri oy hakkının genişlemesini doğurmuş, seçmen kitlelerinin genişlemesi ise parlamento dışı siyasal parti örgütlerini gerektirmiştir. Sonuç

¹⁴⁷² Merih Öden, *Seçmenlerin "Kişi Tercih" Açısından Seçim Sistemleri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), s. 13.

¹⁴⁷³ Son derece kapsayıcı ve kamuoyunun itirazlarına geniş ölçüde açık bir rejim olarak poliarsi, diğer unsurların yanı sıra örgüt (siyasal parti) kurma ve bunlara katılma özgürlüğü ve oy verme hakkını içerir. Robert A. Dahl, *Polyarchy: Participation and Opposition* (New Haven and London: Yale University Press, 1971), s. 2-3.

¹⁴⁷⁴ Dahl, *Polyarchy*, s. 3.

¹⁴⁷⁵ Ergun Özbudun, *Siyasal Partiler*, 2. Baskı (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977), s. 26.

¹⁴⁷⁶ Öden, *Seçmenlerin "Kişi Tercih" Açısından Seçim Sistemleri*, s. 13.

olarak siyasal katılımın yüksek olduğu toplumlarda siyasal partiler bu katılımı sağlayan temel araçları olmuştur ve olmaktadır.¹⁴⁷⁷

Siyasal partilerin temel işlevlerinden biri toplumdaki bölünmeleri ve çatışmaları yansıtmak ve ifade etmektir.¹⁴⁷⁸ Sosyal bölünme çizgilerini yok saymaya veya ortadan kaldırmaya çalışan ya da bunların açık bir şekilde ifade edilmesini yasaklayan tek parti sistemleri bir yana bırakılırsa çoğulcu parti sistemleri toplumdaki sosyal bölünmeleri yansıtırlar. Dolayısıyla parti sistemi ile bölünme çizgileri arasında yadsınamaz bir ilişki vardır.¹⁴⁷⁹ Tek bir bölünme çizgisinin olduğu toplumlarda iki-parti sisteminin ortaya çıkması; birden fazla bölünme çizgisinin olduğu toplumlarda ise çok-parti sistemi ortaya çıkması olağan durumdur.¹⁴⁸⁰ Kültürel kimlik taleplerinin, genellikle birden çok bölünme çizgisinin olduğu çoğulcu toplumların konusu olmasına bakılırsa bu toplumlarda çok-parti sisteminin kurulmuş olması önem arz eder. Zira çoğulcu toplumlardaki temel bölünme çizgilerinden biri kültürel-etnik boyuttur.¹⁴⁸¹ Bu da kültürel kimlik hakkı ile siyasal katılımın temel aracı olarak siyasal partiler arasında karşılıklı ilişkiyi ortaya çıkarır. Buna göre kültürel kimlik talebinin içinde olduğu kültürel-etnik boyut siyasal parti sisteminin şekillenmesine etki ederken siyasal partiler de sorun boyutlarını yansıtır. Şu durumda bölünme çizgileri veya sorun boyutları ölçüsünde parti sayısının olması siyasal temsil ve katılım açısından büyük önem taşır. Zira bazı parti sistemleri, kişi veya

¹⁴⁷⁷ Özbudun, *Siyasal Partiler*, s. 35. Merkez-çevre kavramları ve ilişkileri için bkz. Şerif Mardin, “Türk Siyasetini Açıklayabilecek Bir Anahtar: Merkez-Çevre İlişkileri,” içinde *Türkiye’de Toplum ve Siyaset: Makaleler I*, ed. Mümtaz’er Türköne ve Tuncay Önder, 1. Baskı (İstanbul: İletişim Yayınları, 1990), s. 30-66; Levent Gönenç, “2000’li Yıllarda Merkez-Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek,” *Toplum ve Bilim*, Sayı: 105 (2006), s. 129-52.

¹⁴⁷⁸ Ergun Özbudun, *Türkiye’de Parti ve Seçim Sistemi*, 2. Baskı (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016), s. 3.

¹⁴⁷⁹ Özbudun, *Siyasal Partiler*, s. 37.

¹⁴⁸⁰ Özbudun, *Türkiye’de Parti ve Seçim Sistemi*, s. 3.

¹⁴⁸¹ Arend Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, Çev: Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran (Ankara: Yetkin Yayınları, 1966), s. 119.

toplulukların çıkarlarını diğerlerinden çok daha etkili bir şekilde bir koruma aracı olurken bazısı büyük ölçüde bu işlevi yerine getirmekten yoksun kalır. Bu nedenle bir sistemde parti sayısı (hem sorun boyutlarının yansıtılması hem de temsil ve katılım açısından) önemli bir faktördür. Örneğin türdeş olmayan geniş bir seçmen kitlesine karşı sorumlu olan iki-partili sistemler genellikle birleştirici politikalar bakımından yetersiz kalır.¹⁴⁸² Bu türden bir parti sisteminin bölünme çizgilerini yansıtmaktan uzak kalması ve dolayısıyla bir bölünme çizgisini temsil eden kültürel kimlik hakkı açısından olumsuz sonuçlar doğurması olasıdır.¹⁴⁸³ Şu durumda temel sorun boyutları olarak dinsel, dilsel, ırksal, kültürel, ideolojik veya etnik bölünmelerin¹⁴⁸⁴ olduğu toplumlarda bölünme çizgilerine uygun olmayan parti sistemlerinin kurulmuş olması halinde özellikle azınlıkların kültürel kimlik hakkı güvencesiz kalabilir. Zira bu durumda siyasal katılım yeteneklerinin sınırlanması veya eksik temsil durumlarının ortaya çıkması yüksek olasılıktır. Bütün bunlar kültürel kimlik hakkını güvencesiz bırakan durumlar olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla azınlık haklarının güvenceye alınmadığı toplumlarda mümkün olduğunca çok sayıdaki kişinin çıkarlarını korumaya aday anayasal ve siyasal sistemlerin, diğer bir ifadeyle demokrasilerin geleneksel kurumlarının, dezavantajlı kesimlerin haklarını güvenceye alma ve korumada yetersiz olduğu savunulabilir.

Seçim sistemleri ile kültürel kimlik hakkı arasında da önemli bir ilişkiden söz edilebilir. Bu olgu siyasal katılımı ilintili olarak seçim sistemlerinin işlevleri, etkileri ve amaçlarından kaynaklanır. Doğru bir seçim sistemi, parti sisteminde olduğu gibi toplumdaki bölünme çizgilerini ve seçmen tercihlerini yansıtır. Bu bağlamda en iyi seçim

¹⁴⁸² Gabriel A. Almond and G. Bingham Powell, *Comparative Politics: A Developmental Approach* (Boston: Little, Brown and Company, 1966), s. 102-103.

¹⁴⁸³ Bir bölünme çizgisi olan kültürel-etnik sorun boyutu Kanada, Belçika, İsviçre ve Finlandiya'da görülmektedir. Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler*, s. 119-120.

¹⁴⁸⁴ Arend Lijphart, *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration* (New Haven and London: Yale University Press, 1977), s. 3-4.

sistemi, seçmenlerin tercihlerini doğrudan ve en doğru şekilde yansıtan sistemdir. Ne var ki Horowitz'e göre, hiçbir seçim sistemi yalnızca seçmen tercihlerini veya toplumdaki mevcut ayrışma örüntülerini veya hâkim siyasal parti yapılanmalarını yansıtmaz.¹⁴⁸⁵ O hâlde özellikle çoğunluğa karşı azınlık haklarını güvenceye almayan seçim sistemleri siyasal ve kültürel katılımı zayıflatan etkenlerden biri olarak ele alınabilir. Zira bu türden bir seçim sistemi dağılmış azınlıkları temsilden yoksun bırakma tehlikesini doğurur. Öte yandan kültürel kimlik bağlamında seçim bölgelerinin baskın çoğunlukların çıkarlarını kayıracak şekilde çizilmesi sonucunda azınlıkların katılım hakları güvencesiz kalabilir. Bir dizi araç, kasıtlı veya kasıtsız olarak azınlıkların siyasal kurumlardaki temsil payını engelleyebilir veya en aza indirebilir.¹⁴⁸⁶

Çok boyutlu sonuçları olan seçim sistemlerinin, partiler dışında kişiler üzerindeki etkileri de yadsınamaz. Zira seçim sistemleri kişiler ve kararları üzerinde sınırlandırıcı, alıkoyucu, yönlendirici hatta zorlayıcı etkilere sahiptir.¹⁴⁸⁷ Öte yandan seçim sistemleri politikacıların ve seçmenlerin davranış biçimlerini şekillendirir.¹⁴⁸⁸ Yine seçim sistemleri, sadece belli bir dönem için seçmenlerin temsilcilerini seçmesi ile sınırlı bir etkiye sahip olmayıp aynı zamanda ülkede veya bir bölgede uygulanacak kamu politikalarının belirlenmesi ve temsilcilerin temel kararları alma süreçlerinde yönlendirilmesinde bir etkiye sahiptir.¹⁴⁸⁹ Diğer bir anlatımla seçim sistemleri yalnızca pasif anlamda bir gözlemden ibaret olmayıp bunun yanı sıra aktif anlamda siyasal sistemi ve karar vericileri biçimlendirmeyi amaçlayan kişiler bakımından oldukça elverişli ve

¹⁴⁸⁵ Donald L. Horowitz, "A Primer for Decision Makers," in *Electoral Systems and Democracy*, ed. Larry Diamond and Marc F. Plattner (Baltimore: Johns Hopkins Univ. Press, 2006), s. 3.

¹⁴⁸⁶ Bieber, *Balancing Political Participation and Minority Rights*, s. 1-2.

¹⁴⁸⁷ Giovanni Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği: Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, Çev: Ergun Özbudun (Ankara: Yetkin Yayınları, 1997), s. 49-50.

¹⁴⁸⁸ Horowitz, "A Primer for Decision Makers," s. 4.

¹⁴⁸⁹ Öden, *Seçmenlerin "Kişi Tercih" Açısından Seçim Sistemleri*, s. 12.

etkin araçlardan biri anlamına gelmektedir.¹⁴⁹⁰ Seçim sistemleri yöneticilere hesap sorma ve onları izlediği politikalardan sorumlu tutma işlevi sayesinde politikacı ve yöneticileri halkın tercihlerine karşı duyarlı hale getirir.¹⁴⁹¹ Diğer yandan seçim sistemleri açık bir şekilde etnik, kültürel veya diğer çıkar topluluklarının (dinsel, dilsel azınlıkların) temsili üzerinde (sınırlayıcı veya genişletici) açık etkilere sahiptir.¹⁴⁹² Dolayısıyla seçim sistemleri etkileri itibariyle özellikle azınlıkların kültürel kimlik hakkı üzerinde olumlu veya olumsuz, doğrudan ya da dolaylı sonuçlar doğurma potansiyeline sahiptir. Seçim sistemleri kamu politikalarının belirlenmesi, karar alıcıların yönlendirilmesi ve biçimlendirilmesi, kültürel azınlıkların temsili gibi konularda açıkça kültürel kimlik hakkıyla doğrudan ilişkili bir alanı meydana getirir.

Seçim sistemleri ile kültürel kimlik hakkı arasındaki ilişki seçim sistemlerinin amaçları üzerinden de kurulabilir. Bir seçim sistemi, klasik olarak adalet ve istikrar amaçlarının dışında siyasal sorumluluk, hesap verilebilirlik mekanizmalarını uygulamaya geçirme, temsil kabiliyetini sağlamayı hedefleyebilir.¹⁴⁹³ Bunun dışında bir seçim sistemi sandalyelerin oylarla orantılı şekilde dağılmasını sağlama, azınlıkların belli kamu görevlerine gelme hakkını güvenceye alma veya kolaylaştırma, farklı etnik ve dinsel topluluklar arasında uzlaşmayı kolaylaştırma ve teşvik etme amaçlarını taşıyabilir.¹⁴⁹⁴ Dolayısıyla seçim sistemleri bu amaçların gerçekleştirilmesi açısından kültürel kimlik hakkıyla doğrudan ilişkilidir. Zira bir seçim sistemi kültürel kimlikle ilgili olarak etnik, dinsel, dilsel, kültürel unsurlar açısından olabildiğince toplumun bütün kesimlerinin

¹⁴⁹⁰ Ali Ersoy Kontacı, *Kırılğan Demokrasilerde Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü*, 1. Baskı (Ankara: Savaş Yayınevi, 2016), s. 103.

¹⁴⁹¹ Öden, *Seçmenlerin “Kişi Tercih” Açısından Seçim Sistemleri*, s. 12.

¹⁴⁹² Bernard Grofman and Arend Lijphart, “Introduction,” in *Electoral Laws and Their Political Consequences*, ed. Bernard Grofman and Arend Lijphart, 3. Baskı (New York: Agathon Press, 2003), s. 3.

¹⁴⁹³ Kontacı, *Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü*, s. 107-109.

¹⁴⁹⁴ Horowitz, “A Primer for Decision Makers,” s. 4.

temsilini sağlama hedefi üzerine kurulabilir. Yine Horowitz'ten yola çıkarak bir seçim sistemi farklı kültürel azınlıklar arasında bir uzlaşma aracı olabilir, uzlaşmayı kolaylaştırabilir veya teşvik edebilir. Şöyle ki bir seçim sistemi bazı siyasal aktörleri belli bir seçim başarısı uğruna etnik (kültürel) azınlık ve üyeleriyle uzlaşmaya zorlayabilir, daha ılımlı söylemlerin ortaya çıkmasını sağlayarak uzlaşma ortamını teşvik edebilir.¹⁴⁹⁵ Gerçekten de uzlaşmayı teşvik etmede en güçlü seçim sistemleri, politikacıları karşılıklı olarak kendi grupları dışındaki grupların oylarına bağımlı kılan sistemlerdir.¹⁴⁹⁶

Benzer şekilde seçim sistemleri azınlıkların belli görevlere gelmesinin veya kamu hizmetlerine katılma hakkının güvenceye alınmasının aracı olabilir. Yine seçim sistemi kültürel azınlıkların temsilini kolaylaştırabilir. Eğer temsilden kasıt, nüfusun azınlık payıyla orantılı bir seçim sonucunu doğurmak ise birçok seçim sisteminin, azınlık gruplarının üyelerini yasama organlarında yeterince temsil etmeyen sonuçlar ortaya çıkardığı görülür. Örneğin çoğunluk sisteminin olduğu bir seçimde azınlıklar ülke genelinde dağılmışsa seçim sonuçlarının çoğunluk lehine olması kuvvetle muhtemeldir.¹⁴⁹⁷ Bu durumda azınlık temsilinin zayıflaması olağan sonuç olur. O hâlde seçim sistemi tasarlanırken bir ülkenin tarihsel, kültürel ve sosyolojik geleneklerini ve özelliklerini göz önünde bulundurmamak gerekir.¹⁴⁹⁸ Sosyal ve kültürel kompozisyona uymayan, diğer bir ifadeyle kültürel-etnik sorun boyutlarını içermeyen ve bu sorunları çözme hedefine uygun olmayan, ideal bir seçim sisteminin amaçlarını taşımayan bir seçim sistemi kültürel kimlik hakkı açısından katılımı sınırlayabilir. İşin sonucunda en genel hatlarıyla oyların gerçek dağılımını yansıtan parlamentoları amaçlamayan; açık bir

¹⁴⁹⁵ Horowitz, "A Primer for Decision Makers," s. 6-7.

¹⁴⁹⁶ Benjamin Reilly, "Electoral System for Divided Societies," *Journal of Democracy* 13, no. 2 (2002), s. 157.

¹⁴⁹⁷ Horowitz, "A Primer for Decision Makers," s. 6.

¹⁴⁹⁸ Richard W. Soudriette and Andrew Ellis, "A Global Snapshot," in *Electoral Systems and Democracy*, ed. Larry Diamond and Marc F. Plattner (Baltimore: Johns Hopkins Univ. Press, 2006), s. 16.

galibi hedefleyen çoğunlukçu seçim sistemlerinin,¹⁴⁹⁹ bölünme çizgilerinin çok olduğu çoğulcu toplumlarda veya derinlemesine bölünmüş toplumlarda olumsuz sonuçlar doğurması kaçınılmazdır. Bu nedenle genellikle kültürel kimlik hakkı sahasını oluşturan bölünmüş toplumlarda çoğunlukçu seçim sistemlerine karşı bir ortak görüş vardır.¹⁵⁰⁰ Larry Diamond'ın belirttiği gibi derin etnik, bölgesel, dinsel veya diğer duygusal ve kutuplaştırıcı bölünmelere sahip ülkeler için çoğunlukçu sistemler kötü tercihler olur. Bu nedenle topluluk kimlikleri ve gruplar arası güvensizlik ve şüphelerin derin bir şekilde hissedildiği yerlerde herhangi bir önemli grubun iktidardan geniş ve süresiz olarak dışlanmasından kaçınmak bir zorunluluktur.¹⁵⁰¹ Dolayısıyla açıkça çoğunlukçu felsefeyi egemen kılmayı amaçlayan veya buna hizmet eden ve azınlıkların temsil kabiliyetini sınırlayan çoğunluk sistemleri,¹⁵⁰² kültürel kimlik hakkı açısından siyasal katılımı engeller nitelikte seçim sistemleri olacaktır. Bunun aksine en temel düzeyde gerek çoğunluğun gerekse azınlıkların temsilini olanaklı kılan, artık veya eksik temsili dışlayan, oyların sandalyelere orantılı dağılımını sağlayan nispi temsil sistemleri¹⁵⁰³ siyasal katılımı kolaylaştırarak kültürel kimliğin temsiline ve korunmasına yardımcı olabilir. Nispi temsilin olumlu tarafı orantılılık ve azınlık temsili üretmenin yanı sıra, tüm gruplara -etnik, ırksal, dinsel veya hatta topluluk dışı gruplara- eşit ve tarafsız bir şekilde yaklaşmasıdır.¹⁵⁰⁴

Azınlık temsili için önemli bir araç olan nispi temsil sistemleri karşısında, Yeni Zelanda'daki özel Maori bölgeleri, Hindistan'daki imtiyazlı kastlar ve kabileler için

¹⁴⁹⁹ Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, s. 17.

¹⁵⁰⁰ Arend Lijphart, "The Case for Power Sharing," in *Electoral Systems and Democracy*, ed. Larry Diamond and Marc F. Plattner (Baltimore: Johns Hopkins Univ. Press, 2006), s. 46.

¹⁵⁰¹ Larry Jay Diamond, *Developing Democracy: Toward Consolidation* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1999), s. 104.

¹⁵⁰² Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler*, s. 131.

¹⁵⁰³ Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler*, s. 131.

¹⁵⁰⁴ Lijphart, "The Case for Power Sharing," s. 46.

ayrılmış sandalyelerde olduğu gibi çoğunlukçu sistemler de azınlık temsili için işlevsel mekanizmalar olarak görülebilir. Ancak nispi temsil, yalnızca seçim kanunları tarafından özel olarak seçilmiş azınlıklar için değil, asgari düzeyde gereken oy desteğine ulaştıklarında genel olarak herhangi bir azınlığın temsil edilmesini sağlama gibi büyük bir ek avantaja sahiptir. Böylece nispi temsil ile yalnızca belli azınlık grupları lehine sonuç elde etmekten kaçınılmış olunur.¹⁵⁰⁵ Öte yandan her seçmene seçilecek temsilci sayısı kadar oy hakkı veren “kümülatif oy hakkı”; doğru tasarlanmış “sınırlı oy hakkı”; seçim çevrelerinin *ad hoc* biçimde düzenlenmesi, yani (dezavantajlı durumda bulunan azınlıklar lehine) seçim çevreleri sınırlarının bilerek kazanacak çoğunlukları çıkaracak şekilde çizilmesi kültürel azınlıkların temsilini kolaylaştıracak sistemler olarak tercih edilebilir.¹⁵⁰⁶ Yine birden fazla hedefi gerçekleştirmek üzere tasarlanan, temsil ile istikrar arasında doğru bir denge kuran¹⁵⁰⁷ ve fakat nispi temsilin telafi edici olduğu karma seçim sistemleri azınlık temsilini daha doğru ve olanaklı kılabılır. Benzer şekilde parlamentodaki belli sayıdaki sandalyenin, seçimlerde alınan oy oranına ve genel seçim başarısına bakılmaksızın belli azınlık gruplarına tahsis edilmesini ifade eden “tahsisli sandalyeler”¹⁵⁰⁸ siyasal katılımı sağlayarak azınlıkların kültürel kimlik hakkının korunmasına yardımcı olabilir. Örneğin Slovenya Anayasası (m. 80) İtalyan Ulusal Topluluğu ile Macar Ulusal Topluluğundan birer temsilcinin Ulusal Meclise seçilmesini güvence altına almaktadır. Hindistan Anayasası (m. 330) İmtiyazlı Kastlar (*Scheduled Castes*), Özerk Assam Bölgesindeki İmtiyazlı Kabileler ve Özerk Assam Bölgesi Dışındaki İmtiyazlı Kabileler’in Halk Meclisinde temsil edilebilmesi için çeşitli güvenceler sağlamaktadır. Ayrıca Anayasa (m. 331) Anglo-Hint Topluluğunun temsilini

¹⁵⁰⁵ Arend Lijphart, *Electoral Systems and Party Systems: A Study of Twenty-Seven Democracies, 1945-1990* (Oxford, New York: Oxford University Press, 1994), s. 140.

¹⁵⁰⁶ Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, s. 36-37.

¹⁵⁰⁷ Horowitz, “A Primer for Decision Makers,” s. 8.

¹⁵⁰⁸ Kontacı, *Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü*, s. 156.

özel olarak düzenlemekte ve Cumhurbaşkanı'nın Anglo-Hint Topluluğunun, Halk Meclisinde yeterli düzeyde temsil edilmediği kanaatine varması halinde, Halk Meclisine bu topluluktan en fazla iki üyeyi atama hakkını güvence altına almaktadır. Romanya Anayasası (m. 62/2) parlamentoda temsil edilmek için gerekli oy sayısını elde edemeyen, temsilden yoksun kalan ulusal azınlıklara mensup vatandaşlar tarafından kurulan örgütlerin her birinin seçim yasasına göre bir milletvekili sandalyesini güvence altına almaktadır. Bunun dışında tahsisli sandalyelerden farklı olarak neredeyse sürekli bir şekilde çoğunluk sisteminin uygulandığı ülkelerde görülen “topluluk oy pusulaları” uygulamasında, doğrudan toplulukların temsili temel alınmakta ve parlamento temsilinin bütünü etnik ve kültürel toplulukların temsiline dayanmakta ve genellikle azınlıkların imtiyazlı durumu sağlamlaştırılmaya çalışılmaktadır. Bu sistemde tanımlı her bir topluluk kendi oy pusulasına sahip olup sadece kendi topluluklarını temsil eden adaylar için oy kullanmaktadır.¹⁵⁰⁹ Bu yöntemin ilk uygulamaları sömürge dönemi Hindistan'ında Hristiyanlar, Anglo-Saksonlar, Sihler ve Brahman olmayanların ayrı seçmen grupları olarak tanımlanmasında görülmüştür.¹⁵¹⁰ Belirtilen seçmenler ancak kendi gruplarının adaylarını seçmek üzere oy kullanabilmişlerdir.¹⁵¹¹ Dolayısıyla topluluk oy pusulaları sistemi de kültürel azınlıkların temsilinde, kültürel kimlik hakkının korunmasında işlevsel bir araç olarak görülebilir. Yine her bölgede seçilen üye sayısına bağlı olarak küçük azınlıkların bile temsile erişmesine olanak sağlayabilen, çok üyeli bölgeler etrafında şekillenen orantılı bir seçim sistemi olarak “devredilebilir tek oy”¹⁵¹² kültürel azınlıkların temsilinde işlevsel bir araç olarak görülebilir. Öte yandan kültürel boyuta uygun bir seçim

¹⁵⁰⁹ Ben Reilly and Andrew Reynolds, *Electoral Systems and Conflict in Divided Societies* (Washington: National Academies Press, 1999), s. 40; KONTACI, *Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü*, s. 159-160.

¹⁵¹⁰ Reilly and Reynolds, *Electoral Systems and Conflict in Divided Societies*, s. 40.

¹⁵¹¹ KONTACI, *Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü*, s. 160.

¹⁵¹² Reilly, “Electoral System for Divided Societies,” s. 158.

sistemi, olabildiğince toplumun farklı kesimlerinin onayını alacağından meşruluk zeminine de sahip olmuş olur.¹⁵¹³

Arendt Lijphart'ın oydaşmacı demokrasiler (*consociational democracy*) için gerekli gördüğü iki temel unsur “güç paylaşımı” ve “grup özerkliği” siyasal katılım ve kültürel kimlik ilişkisinde elverişli iki kavram seti olarak ele alınabilir. Zira güç paylaşımı, tüm önemli toplumsal grupların temsilcilerinin siyasal karar alma süreçlerine, özellikle de yürütme düzeyinde katılımını ifade ederken grup özerkliği, bu grupların özellikle eğitim ve kültür alanlarında kendi iç işlerini yürütme yetkisine sahip olması anlamına gelir.¹⁵¹⁴ Kültürel kimlik bağlamında kültürel azınlıklar, güç paylaşımı aracılığıyla siyasal karar alma süreçlerine girerek hakkın korunmasında etkin rol alabilir. Yine kültürel azınlıklar grup özerkliği aracılığıyla kendi iç işlerini yürütme yetkisine sahip olarak kültürel kimliği geliştirme, koruma yeteneğine sahip olabilirler.

Siyasal bir hak olarak belli kamu görevlerine gelme hakkı ile kültürel kimlik hakkı arasında da bir ilişkiden söz edilebilir. Kültürel azınlık üyelerinin belli kamu görevlerine girme hakkına sahip olması kültürel kimliklerine uygun kamu hizmetlerine erişme olanağı sağlar. Öte yandan belli kamu görevlerine girme hakkı azınlık mensubu bireylerin çoğunluk ile bir uzlaşma kültürünü kurmasına, bir arada yaşamaya yardımcı olabilir.

C. EKONOMİK VE SOSYAL HAKLARLA İLİŞKİSİ

Kişisel ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, temelde hukuksal olarak veya uygulamada birbirlerinden bağımsız haklar değildir. Tüm temel haklar bölünemez ve birbirine bağlıdır.¹⁵¹⁵ Diğer bir ifadeyle insan hakları veya temel hak ve

¹⁵¹³ Soudriette and Ellis, “A Global Snapshot,” s. 16.

¹⁵¹⁴ Lijphart, “The Case for Power Sharing,” s. 42-43.

¹⁵¹⁵ United Nations, *Economic, Social and Cultural Rights: Handbook for National Human Rights Institutions* (New York: United Nations, 2005), s. 3. Burada bölünmezlik veya bağlılık mutlak olarak

özgürlükler bölünemez, birbirine bağlı ve birbiriyle ilişkili haklardır.¹⁵¹⁶ Zira haklar, herkesin aynı anda tüm haklardan yararlanmasını sağlama amacını taşıdığından tamamen birbirinden ayıramaz veya mutlak olarak sınıflara bölünemez.¹⁵¹⁷ Bu nedenle günümüzde insan hakları veya temel hak ve özgürlükler arasında birtakım sınırlandırmalar yapılması giderek sembolik hâle gelmektedir. Örneğin genellikle kişisel ve siyasal bir hak olarak kabul edilen dernek kurma özgürlüğü, aynı zamanda ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla bağlı bir temel hak olarak anlaşılır.¹⁵¹⁸ Benzer şekilde 1982 Anayasasında sosyal hak olarak tanınan eğitim ve öğrenim hakkı, farklı yerlerde kültürel hak olarak kabul edilmektedir.¹⁵¹⁹ Yine sağlık hakkı, sağlıklı beslenme veya gıda hakkı aynı zamanda kültürel bileşenlere sahip haklardır.¹⁵²⁰ Hatta yerli halklar için kültürel gıda hakkı, doğrudan bir kültürel hak olmanın yanı sıra açıkça kişisel ve ekonomik nitelikleri de haizdir. Dolayısıyla birden fazla noktaya ve amaca sahip olan hakların birbirinden bağımsız düşünülmesi güçtür.

Hakların yakın ilişkileri ve çok boyutlu nitelikleri nedeniyle bazen farklı kategorilerde düzenlendiği görülmektedir. Örneğin mülkiyet hakkı, 1961 Anayasasında (m. 36) ekonomik ve sosyal haklar kısmında düzenlenirken 1982 Anayasasında (m. 35)

anlaşılmalıdır. Hakların bölünememesi veya bağlılığı, haklar arasında var olan karşılıklı ilişkiyi ortaya koymak amacıyla ifade edilmiştir.

¹⁵¹⁶ B. G. Ramcharan, ed., *Judicial Protection of Economic, Social and Cultural Rights: Cases and Materials*, Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library 22 (Leiden; Boston: M. Nijhoff Publishers, 2005), 1; Asbjørn Eide, "Economic and Social Rights," in *Human Rights: Concept and Standards*, ed. Janusz Symonides, 1st Edition (London: Routledge, 2000), s. 119.

¹⁵¹⁷ United Nations, *Economic, Social and Cultural Rights*, s. vii.

¹⁵¹⁸ Jeff Kenner, "Economic and Social Rights in the EU Legal Order: The Mirage of Indivisibility," in *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights A Legal Perspective*, ed. Tamara Hervey and Jeff Kenner, 1st Edition (London: Bloomsbury Publishing Plc, 2006), s. 3; Kaboğlu, *İnsan Haklarının Hukusal Yapısı Üzerine Bir İnceleme*, s. 253. Eğitim ve öğrenim hakkı belli bir yaşam kalitesinin elde edilmesi, kültürel bilince sahip olmak, kişinin kendi kültürünü tanıması ve öğrenmesi için gerekli bir unsur olarak öne çıkar.

¹⁵¹⁹ Symonides, "Cultural Rights," s. 190.

¹⁵²⁰ Eide, "Economic and Social Rights," s. 109-174.

kişi hak ve devleri kısmında düzenlenmiştir.¹⁵²¹ Öte yandan yakın ilişkiye sahip olan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, ESKHS örneğinde olduğu gibi açık bir sınıflandırmaya gidilmeksizin bir arada düzenlenebilir. Bunun bir nedeni, hakları tam olarak birbirinden ayırma zorluğunun olması iken diğer bir neden, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların birçoğunun, ekonomik ve sosyal boyutlarının olması ve kişilere ekonomik ve sosyal yararlar sağlamasıdır.¹⁵²²

Bir kültürel hak olarak kültürel kimlik hakkının ekonomik ve sosyal haklarla ilişkisi açıktır. Öncelikle bu haklarla ilgili olarak sosyoekonomik statü ve kültür, topluluk oluşumunun kesişen ilkeleridir. Sosyal ve ekonomik haklar ile katılımın içsel bir kültürel boyutu vardır. Bu bağlamda sosyoekonomik statü ile azınlık (kültürel) kimliği arasında karşılıklı güçlendirici ilişkiler tanımlanabilir. Bu nedenle, ekonomik ve sosyal kaynaklara erişim etnik ve kültürel kimliklerin oluşumunu etkiler.¹⁵²³ İkinci olarak kültürel kimlik hakkının uygulama boyutu, haklar arasındaki karşılıklı ilişkinin bir diğer gösterge alanıdır. Kültürel kimlik hakkının yararlanıcılarının kültürel yaşama katılma, kendi kültüründen yararlanma, kendi kültürünü geliştirme gibi konularda güvenceye alınıp korunması belli bir düzeyde ekonomik ve sosyal olanakları ve eşitsizliklerin giderilmesini gerektirir. Ekonomik olarak güçsüz durumda bulunan, sosyal eşitsizlikler içinde olan kişi ve kişi topluluklarının kültürel yaşama katılmada birtakım sorunlar yaşaması kuşkusuzdur. Özellikle azınlıklara mensup kişiler, genellikle dezavantajlı veya daha savunmasız durumda olduklarından bunların, ekonomik ve sosyal dezavantajlarının giderilmesine yönelik güvencelerin sağlanması önem arz eder. Nitekim evrensel ve bölgesel insan hakları belgelerinde ekonomik ve sosyal haklar, öncelikle belli başlı

¹⁵²¹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 114.

¹⁵²² Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, s. 28.

¹⁵²³ José-María Arraiza, “Calibrating Cultural Lenses: Socio-Economic Participation, Identity and Migration Policy Shifts,” in *The Interrelation Between the Right to Identity of Minorities and Their Socio-Economic Participation*, ed. Kristin Henrard (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), s. 79.

savunmasız grupların korunmasını amaçlamaktadır.¹⁵²⁴ Bu bağlamda devletlerin dezavantajlı durumda bulunan öznelere ekonomik koşullarını düzeltme ve geliştirme ödev ve sorumluluğu doğar.

Ekonomik haklar içerik ve konuları açısından ekonomiyle ilgilidir.¹⁵²⁵ Amaçları bakımından ise belli bir yaşam standardı sağlamaya çalışan ve diğer haklara bir temel kurma hedefine sahip olan haklardır. Bu nedenle ekonomik haklar çok boyutlu haklardır.¹⁵²⁶ Sosyal haklar ise aslında sosyal eşitsizliklere karşı ortaya çıkan,¹⁵²⁷ sosyal engelleri ortadan kaldırmayı amaçlayan, sosyal eşitsizlikleri törpülemeye hizmet eden haklardır.¹⁵²⁸ Daha geniş bir yaklaşımla ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ekonomik, sosyal ve kültürel hayatta kişilere asgari bir yaşam düzeyini sağlama amacını taşıyan, kişilerin ekonomik, sosyal ve kültürel çıkar ve özgürlüklerini güvence altına alan haklar olarak tanımlanabilir.¹⁵²⁹ Birçok kişisel ve siyasi hak maliyetsiz olmasına rağmen ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tam olarak gerçekleştirilmesi önemli oranda ekonomik kaynak ve kültürel altyapı gerektirir. Kültürel kimlik hakkı da yararlanıcılarının, kültürel kimliklerini sürdürmesi, geliştirmesi ve koruması açısından ekonomik ve sosyal haklarla yakından ilişkilidir. Ekonomik dezavantajların ve sosyal eşitsizliklerin giderilmesi kültürel kimlik hakkının etkin kullanımını sağlar. Kültürel kimlik hakkı kültürel miras, kendi kültüründen yararlanma, kültürel yaşama erişim ve katılım gibi konularda eylem gerektiren ve somutlaşan bir temel haktır. Bu bağlamda yararlanıcılarının kültürlerini üretip iletmelerini, korumalarını sağlayan

¹⁵²⁴ Martin Scheinin, "Economic, Social and Cultural Rights as Legal Rights," in *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, ed. Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, 2nd Edition (Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), s. 29.

¹⁵²⁵ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 200.

¹⁵²⁶ Eide, "Economic, Social And Cultural Rights as Human Rights," s. 18.

¹⁵²⁷ Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, s. 71.

¹⁵²⁸ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 200.

¹⁵²⁹ Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, s. 31.

sosyoekonomik koşulların geliştirilmesine dayanır.¹⁵³⁰ Bu aynı zamanda kişi ve toplulukların kültürel bilgi ve birikim elde etmesi, kültürel faaliyetlerde bulunması veya kültürel varlıklardan yararlanması konularında devletlerin gerekli sosyoekonomik koşulları iyileştirme ödev ve sorumluluğunu doğurur.¹⁵³¹ Nitekim Kolombiya Anayasa Mahkemesi ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ve kültürel kimlik hakkının etkili bir şekilde kullanılmasının, yerli toplulukların sosyoekonomik haklarını/ihtiyaçlarını karşılayacak kaynaklarla desteklenmesine bağlı olduğunu ve bu konuda devletin ödev ve sorumluluklarının olduğuna karar vermiştir. Mahkeme sosyal devlet ilkesinin, herkes için onurlu yaşam koşullarının teşvik edilmesi ve toplumda mevcut olan eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için zayıf, dışlanmış ve savunmasız kesimlerin ulusun kültürel, ekonomik ve sosyal yaşamına dahil edilmesini ve katılımını kolaylaştırmasını gerektirdiğini belirtmiştir.¹⁵³²

Bir hakkın aynı anda birden fazla boyuta ve anlama sahip olmasına veya diğer haklar ilişkisinin olmasına örnek olarak mülkiyet hakkı örnek verilebilir. Mülkiyet hakkı esasında bir ekonomik haktır.¹⁵³³ Fakat bu hak, yerli halklar örneğinde olduğu gibi ekonomik ve sosyal faaliyetlerin bir kişi topluluğunun veya azınlığa mensup kişilerin kültürü için vazgeçilmez olduğu durumlarda ekonomik ve sosyal haklar ile kültürel kimlik hakkının karşılıklı ilişkisi içinde farklı bir denkleme sahip olur. Zira yerli halkların toprak mülkiyetine ilişkin menfaatleri hem kültürel hem de ekonomiktir.¹⁵³⁴ Ayrıca yerli halkların bu menfaatlerle ilgili olarak, sosyal refah ve kalkınma hakları da ortaya çıkar. Diğer bir ifadeyle ekonomik nitelik arz eden yerli halkların mülkiyet hakkında, hak, aynı

¹⁵³⁰ Evangelia Psychogiopoulou, “Accessing Culture at the EU Level: An Indirect Contribution to Cultural Rights Protection?,” in *Cultural Human Rights*, ed. Francesco Francioni and Martin Scheinin (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), s. 224.

¹⁵³¹ Psychogiopoulou, “Culture, Heritage and Human Rights,” s. 240.

¹⁵³² Constitutional Court of Colombia, *Decision T-025/04*, 2014, para. 8.1.

¹⁵³³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 200.

¹⁵³⁴ Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, s. 107.

anda hem sosyal hem de kültürel bileşenleri içerir. Bu durumda mülkiyet hakkı ile kültürel kimlik hakkı birbirinden ayrılmaz bir nitelik kazanır. Nitekim yerli halkların toprak mülkiyeti ve diğer doğal kaynakları arasındaki özel bağa son dönemlerde Dünya Bankası tarafından da dikkat çekilmiş ve yerli toprak haklarının yeterli şekilde korunmamasının bu halkların ayırt edici kültürel kimliklerinin kaybolmasına nasıl yol açabileceğini vurgulamıştır.¹⁵³⁵ Benzer şekilde MSHS ile kurulan ve yerli halkların haklarıyla ilgili hükümet raporlarını incelemek ve çoğunlukla MSHS m. 27'nin azınlık hakları hükmüyle bağlantılı olarak çağdaş normlara uygun resmi politikaları ve davranışları teşvik etmek konusunda aktif tutum benimseyen İnsan Hakları Komitesi, toprak kullanımı, ekonomik faaliyet ve siyasal örgütlenmeyle bağlantılı kültürel özellikler de dahil olmak üzere, MSHS kapsamında olmamasına rağmen yerli halkların kültürel bütünlüğünü güvence altına almak amacıyla MSHS m. 27'yi oldukça geniş bir şekilde yorumlamıştır.¹⁵³⁶ Bu bağlamda İHK *Lubicon Lake Band* davasında MSHS m. 27'nin Kanada Hükümeti tarafından ihlal edildiğini tespit ederken m. 27 ile korunan hakların, kişilerin, topluluk içinde ait oldukları toplumun kültürünün bir parçası olan ekonomik ve sosyal faaliyetlerde bulunma haklarını da içerdiğini belirtmiştir.¹⁵³⁷ Dolayısıyla İHK, bir yandan kişisel ve siyasal haklar ile diğer yandan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasındaki karşılıklı ilişkiyi ortaya koymuştur.¹⁵³⁸ Benzer şekilde İHK, ren geyiği yetiştiriciliğinin ekonomik bir faaliyet olmasına rağmen Saami kültürünün temel bir unsuru olduğunu kabul etmiştir. YHHB (m. 5) de yerli halkların, devletin siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel yaşamına tam olarak katılma haklarını korurken kendilerine

¹⁵³⁵ Federico Lenzerini, "Cultural Identity, Human Rights, and Repatriation of Cultural Heritage of Indigenous Peoples", *Brown Journal of World Affairs* 23, no. 1 (Fall/Winter 2016), s. 133.

¹⁵³⁶ Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, s. 156.

¹⁵³⁷ HCR, *Lubicon Lake Band v. Canada*, para. 32.2.

¹⁵³⁸ Bloch, "Minorities and Indigenous Peoples," s. 379.

özgü siyasal, hukuksal, ekonomik, sosyal ve kültürel kurumlarını koruma ve güçlendirme hakkının olduğunu belirtmiştir.

Sendika kurma hakkı, sendikaya katılma hakkı, sendika değiştirme hakkı gibi sendikal haklar ile çevre hakkı, konut hakkı, çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı kültürel kimlikle ilişkili sosyal haklar olarak değerlendirilebilir. İfade edilen haklar sosyal eşitsizliklerin ortadan kaldırılmasına hizmet ederek kültürel kimlik hakkı yararlanıcılarının kültürel kimliklerini daha etkin bir şekilde korumasına ve geliştirmesine yardım edebilir. Bu bağlamda 1982 Anayasasında sosyal haklar arasında sayılan, sosyoekonomik bir hak olarak görülen veya en azından sosyoekonomik boyutları olan eğitim ve öğrenim hakkı, kültürel kimlik hakkıyla doğrudan ilişkili bir haktır. Eğitim ve öğrenim hakkı sonraki kuşaklara değerlerin, dillerin ve kültürün aktarılması, dolayısıyla bir sonraki nesile kimlik aktarımıyla ilgili bir temel haktır.¹⁵³⁹

VI. KÜLTÜREL KİMLİK HAKKININ SINIRLANMASI

A. GENEL OLARAK

Temel hak ve özgürlüklerde serbestlik kural, sınırlanma ise istisnadır. Bazı istisnai durumlarda kamu yararı, kamu düzeni, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi birtakım meşru nedenlerle hak ve özgürlükler sınırlanabilir. Burada önemli olan bir hukuk devletinde sınırlamanın keyfi ve sınırsız olmaması, ancak belli koşullar altında yapılmasıdır.¹⁵⁴⁰ Sınırlama, temel hak ve özgürlüklerin anayasa ile güvence altına alınan norm alanlarının, yani yaşam alanlarının daraltılması anlamına gelir.¹⁵⁴¹ Hukukça sınırsız bir hak ve özgürlük anlayışı kabul edilemeyeceğinden hak ve özgürlüklerin

¹⁵³⁹ Kristin Henrard, "Introduction," in *The Interrelation Between the Right to Identity of Minorities and Their Socio-Economic Participation*, ed. Kristin Henrard (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), s. 5.

¹⁵⁴⁰ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 206.

¹⁵⁴¹ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s. 21.

sınırlanabilmesi gerekir. Temel hak ve özgürlükler anayasa ile sınırlanabileceği gibi kanunla da sınırlanabilir. Bunun dışında bir de her hak ve özgürlüğün kendisinden kaynaklanan nesnel veya objektif ya da içkin sınırlar olarak ifade edilen sınırları vardır.

Anayasayla sınırlanma, anayasa ile tanınan bir temel hak ve özgürlüğün kanun koyucunun takdirine bırakılmadan¹⁵⁴² doğrudan doğruya anayasanın kendisi tarafından sınırlarının çizilmesidir. Bu hakkın anayasal sınırları olarak ifade edilir.¹⁵⁴³ Diğer bir ifadeyle bu sınırlama, hak ve özgürlüğün bizzat tanımında yer alır ve onun anayasal sınırını oluşturur. Şu durumda anayasa, o hak ve özgürlüğü ancak belli sınırlar içinde tanımış olur. Sonuç olarak temel hak ve özgürlük doğrudan anayasa tarafından sınırlanmış olur.¹⁵⁴⁴ Örneğin 1982 Anayasasına göre toplantı ve gösteri yürüyüşü Anayasa’da belirtilen sınırla, ancak silahsız ve saldırsız olması kaydıyla kullanılabilir. Yine hak arama özgürlüğü ancak meşru yollardan faydalanmak koşuluyla tanınır. Kişiler ibadet, dinsel ayin ve törenlerini yerine getirirken 1982 Anayasası m. 14’te belirtilen hükümlere aykırı olmamak koşuluyla serbestçe hareket edebilir.

Hak ve özgürlükler ikinci olarak kanunla sınırlanabilir. Sınırlanma denilince aslında ilk akla gelen yöntem kanunla sınırlamadır.¹⁵⁴⁵ Bu bağlamda anayasanın kanun koyucuya sınırlama konusunda vereceği takdir yetkisinin kapsamı ve sınırı büyük önem taşır. Kanunla sınırlama aynı zamanda yürütmenin hak ve özgürlükleri sınırlandıramaması anlamına gelir. Bu durumda yalnızca yasama organının hak ve özgürlükleri sınırlayabileceği sonucu ortaya çıkar.

¹⁵⁴² Mehmet Sağlam, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu,” *Anayasa Yargısı* 18, Sayı: 1 (2002), s. 236.

¹⁵⁴³ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s. 22.

¹⁵⁴⁴ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 112; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 147-149.

¹⁵⁴⁵ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 223.

Üçüncü olarak çoğunluk görüşüne göre,¹⁵⁴⁶ hak ve özgürlüklerin anayasa veya kanunla sınırlanması dışında, eşyanın tabiatında olan objektif sınırları vardır.¹⁵⁴⁷ Diğer bir ifadeyle bunların doğasında olan, işin mahiyetinden kaynaklanan içkin sınırları vardır.¹⁵⁴⁸ Buna göre her hak kendi varlığında, mahiyetinde birtakım sınırlar ihtiva eder. O hâlde içkin sınır teorisi, hak ve özgürlüklerin dışarıdan getirilmiş sınırlarına değil, hakkın bizzat kendisinden kaynaklanan sınırlarına dayanır.¹⁵⁴⁹ Örneğin 1982 Anayasasında tanınan basın özgürlüğü, başkalarının şeref ve haysiyetine dokunmama ve zarara vermeme objektif sınırı ile sınırlıdır. Bu özgürlüğe ilişkin herhangi bir sınır anayasada belirtilmemişse bile, özgürlüğün yine bu işin doğasından kaynaklanan içkin sınırlar ile sınırlı olduğu kabul edilmelidir. Yani başkalarının şeref ve haysiyetini, onurunu ihlal eden bir basın özgürlüğü olamaz.

Birçok hak ve özgürlükte olduğu gibi kültürel kimlik hakkı da sınırsız bir hak olarak görülemez. Öncelikle kültürel kimlik hakkının niteliğinden kaynaklanan doğal, içkin sınırlarla sınırlı olduğunu belirtmek gerekir. Kültürel kimlik hakkı dışarıdan herhangi bir sınırlamaya bağlı kılınmadan tanınmış olsa bile hak, ancak kendi içkin veya objektif sınırları içinde kullanılmak zorundadır. Bu bağlamda kültürel kimlik hakkının içkin sınırlarının çok boyutluluğundan söz edilebilir. Şöyle ki kültürel kimlik hakkı, öncelikle kültürel uygulamaları ve yaşam tarzlarını hayata geçirme boyutuyla şiddetten uzak, saldırsız, zararsız olmalıdır. Şiddet veya saldırı ya da zararlı uygulamalar içeren bir kültürel kimlik hakkının kullanımı düşünülemez. Dolayısıyla kültürel kimliğin bir parçası olarak kişinin maddi ve manevi varlığına veya vücut bütünlüğüne zarar veren kültürel uygulamalar ve ritüeller tanınma kapsamında korunamaz. Öte yandan kültürel

¹⁵⁴⁶ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s. 33-34; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 113; Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 149. Karşı görüş olarak bkz. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 213-220.

¹⁵⁴⁷ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 113.

¹⁵⁴⁸ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s. 33.

¹⁵⁴⁹ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s. 33.

kimlik hakkı, hakkın ifade edilmesi boyutuyla başkalarının kimliğine veya onuruna tecavüz ve hakaret edilerek kullanılamaz. Kültürel kimlik hakkının ifade edilmesi çerçevesinde kimsenin kimliğine dokunulamaz.

Kültürel kimlik hakkı doğasından kaynaklanan içkin veya objektif sınırların haricinde, dışarıdan getirilebilecek bir müdahaleyle de sınırlanabilir. Fakat sınırlamaların keyfi değil, bazı ilke ve kurallara uygun olarak yapılması gerekir. Diğer bir ifadeyle kültürel kimlik hakkı ancak meşru nedenlerle sınırlanabilir. Nitekim gerek uluslararası insan hakları belgeleri gerekse ulusal anayasalar sınırlama rejimi konusunda birtakım ölçütler belirlemiştir. Kültürel kimlik hakkı uluslararası hukuk öncülüğünde tanınan temel bir insan hakkı olduğundan, sınırlama yöntem ve ölçütlerine uluslararası hukuktan başlanarak bakılabilir.

Kültürel kimlik hakkı iki temel BM sözleşmesinde, yani MSHS ve ESKHS’de dolaylı olarak tanınmıştır. Daha önce belirtildiği gibi, İHK’nin yorumları ışığında MSHS kültürel kimlik hakkını içermektedir. Genel Yorum 23’te kendi kültüründen yararlanma hakkıyla kültürel kimlik hakkı arasında doğrudan doğruya bir amaçsallık ilişkisi kuran İHK’ye göre, kendi kültüründen yararlanma hakkının tanınmasıyla ilgili azınlıkların kültürel kimliklerinin hayatta kalması ve sürekli gelişimi güvence altına alınmak istenmiştir.¹⁵⁵⁰ Dolayısıyla bu yorum kapsamında MSHS (m. 1) halkların kendi kaderini belirleme hakkının bir parçası olarak kültürel gelişim hakkını ve (m. 27) ulusal, etnik, dinsel ve dilsel azınlık üyelerinin kendi kültüründen yararlanma hakkını tanıyarak dolaylı yoldan kültürel kimlik hakkını da güvence altına almış sayılır. O halde MSHS’nin kültürel kimlik hakkını içerdiği sonucuna ulaşıldığına göre, Sözleşme’nin sınırlama rejimine bakılabilir. Bu bağlamda MSHS (m. 5)

¹⁵⁵⁰ HCR, *CCPR General Comment No. 23*, para. 9.

“Bu Sözleşme’nin hiçbir hükmü, herhangi bir Devlete, gruba ya da kişiye, Sözleşme ile tanınan hakların ya da özgürlüklerin herhangi birinin ortadan kaldırılmasına ya da bu Sözleşme’de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmasına yönelik bir eyleme girişme ya da bir davranışta bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz.”

hükmü sınırlamaya ilişkin bir düzenleme olarak ele alınabilir. Buna göre kendi kültüründen yararlanma hakkı kapsamında kültürel kimlik hakkı, MSHS m. 5’e uygun olmak koşuluyla sınırlandırılabilir. O hâlde kültürel kimlik hakkı, MSHS’de tanınan hak veya özgürlüklerden birini ortadan kaldıracak ya da bunların Sözleşme’de öngörülenden daha geniş ölçüde sınırlayacak şekilde kullanılamaz. Bu, kültürel kimlik hakkının sınırlarından birini teşkil eder.

ESKHS (m. 1) halkların kendi kaderini belirleme hakkının bir parçası olarak kültürel gelişim hakkını ve (m. 15/1) kültürel yaşama katılma hakkını tanıır. ESKHK’nin yorumları ışığında, ESKHS’nin de MSHS gibi kültürel kimlik hakkını dolaylı yoldan tanıyıp güvence altına aldığı çıkarımı yapılabilir. Zira ESKHK’ye göre, ESKHS m. 15/1 hükmü, yani kültürel yaşamı katılma hakkı, azınlıkların ve azınlıklara mensup kişilerin ayrıca kendi kültürlerini koruma, tanıma ve geliştirme haklarını da içermektedir.¹⁵⁵¹ ESKHK Genel Yorum 21’de kültürel yaşama katılma hakkının, ikisi kültürel kimlikle ilişkili olmak üzere üç ana bileşenin olduğunu belirtmiştir. Bunlar, kültürel yaşama katılma, kültürel erişim ve kültürel katkıdır. Birinci unsur olan kültürel yaşama katılma, kültürel kimlik hakkıyla ilişkili olarak herkesin tek başına veya başkalarıyla birlikte veya bir topluluk olarak özgürce hareket etme, kendi kimliğini seçme, bir veya birkaç toplulukla özdeşleşip özdeşleşmeme hakkını kapsar.¹⁵⁵² Bu unsur, açık bir şekilde kültürel kimlikle doğrudan ilişkilidir. ESKHK’ye göre ikinci unsur olan kültürel yaşama erişim ise kendi kültürünü ve başkalarının kültürünü eğitim ve bilgi yoluyla öğrenme ve

¹⁵⁵¹ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 32.

¹⁵⁵² CESCR, *General Comment No. 21*, para. 15.

anlama, “kültürel kimliğe gerekli saygı gösterilerek” kaliteli eğitim ve öğrenim alma hakkını kapsar.¹⁵⁵³ Bu unsur da açık bir şekilde kültürel kimlik hakkını içerir. O hâlde ESKHS’nin de kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak tanıdığı çıkarımı yapılabildiğine göre, bu Sözleşme’nin sınırlamaya ilişkin hükümlerine bakılabilir. ESKHS (m. 4) Sözleşme’ye Taraf Devletlerin, bu Sözleşme’de tanınan hakları Sözleşme’ye uygun olarak ancak kanunun belirttiği ölçüde, hakkın doğasıyla uygun olması kaydıyla ve demokratik bir toplumda genel refahı sağlamak amacıyla sınırlanabileceğini düzenlemiştir. Bu düzenleme biçiminin, klasik sınırlama rejimindeki ölçülülük, kanunilik, içkin sınır ve demokratik düzende gereklilik unsurlarına paralel olduğu söylenebilir. Yine ESKHS (m. 5)

“Bu Sözleşme’nin hiçbir hükmü, herhangi bir Devlete, gruba ya da kişiye, Sözleşme ile tanınan hakların ya da özgürlüklerin herhangi birinin ortadan kaldırılmasına ya da bu Sözleşme’de öngörülmiş olandan daha geniş ölçüde sınırlanmasına yönelik bir eyleme girişme ya da bir davranışta bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz.”

hükmü kültürel kimlik hakkının sınırlanmasına ilişkin bir düzenleme olarak ele alınabilir. Dolayısıyla kültürel yaşama katılma hakkı kapsamında kültürel kimlik hakkı, ESKHS m. 4 ve m. 5’e uygun olmak koşuluyla sınırlanabilir. Buna göre kültürel kimlik hakkı, Sözleşme’ye uygun olarak kanunun belirttiği ölçüde (ölçülülük ilkesine), hakkın doğasına uygun olarak ve genel refahı sağlamak amacıyla sınırlanabilir. Ayrıca Sözleşme’de tanınan diğer hakları ortadan kaldıran veya ihlal eden kültürel kimlik hakkı ve uygulaması düşünülemez. Nitekim ESKHK de Genel Yorum 21’de gelenek ve görenekler dahil olmak üzere, diğer insan haklarını ihlal eden olumsuz uygulamalar söz konusu olduğunda, kültürel yaşama katılma hakkının (dolayısıyla kültürel kimlik hakkının) sınırlanabileceğini belirtmiştir. ESKHK sınırlama rejiminde sınırlamaların meşru bir amaç taşıması gerektiğini, hakkın doğasıyla uyumlu olmasının şart olduğunu ve Sözleşme

¹⁵⁵³ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 15.

m. 4'e uygun olarak demokratik bir toplumda genel refahı sağlması gerektiğini belirtmiştir. Komite ayrıca sınırlamanın orantılı olması gerektiğini, yani getirilebilecek farklı sınırlamalar içinde en az kısıtlayıcı olan önlemin uygulanması gerektiğini saptamıştır.¹⁵⁵⁴ Özetle Komite sınırlamada meşru amaç, ölçülülük, hakkın özüne uygunluk ve genel refahın sağlanması kriterlerini gözetmiştir.

İHEB (m. 27/1) kültürel yaşama katılma hakkını, (m. 22) kültürel haklarını gerçekleştirme hakkını, dolayısıyla kültürel kimlik hakkını tanır. Zira kültürel kimlik hakkı kültürel uygulamaların hayata geçirilme hakkı olarak görülebileceği gibi¹⁵⁵⁵ kendi kültürünü sürdürme ve geliştirme hakkı olarak da değerlendirilebilir.¹⁵⁵⁶ Dolayısıyla kültürel kimlik hakkı, Bildirge ile güvence altına alındığından hak, aynı zamanda düzenlemeler çerçevesinde sınırlanabilir. O hâlde İHEB m. 29/2'ye göre kültürel kimlik hakkı, demokratik bir toplumda ahlâkın, kamu düzeninin ve genel refahın gereklerini yerine getirmek amacıyla sınırlanabilir.

Bölgesel düzeyde AMİHS (m. 21/1-2) mülkiyet hakkını ve ek protokol San Salvador Protokolü (m. 14/1) kültürel yaşama katılma hakkını, bu haklar dolayısıyla kültürel kimlik hakkını tanır. AAİHM ve AAİHK da uygulamalarında mülkiyet hakkını, kültürel kimlik hakkını kapsar şekilde ele almış, diğer bir ifadeyle kültürel kimlik hakkını mülkiyet hakkının bir parçası olarak değerlendirmiş; hatta son dönemlerde kültürel kimlik hakkını kendi başına bağımsız bir hak olarak tanıyıp güvence altına almıştır. Amerikan Yerli Halkların Hakları Bildirgesi (m. 10 ve m. 13/1) ise kültürel kimlik hakkını açıkça tanır.

Genel bir sınırlama anlamına gelen AMİHS m. 29'a göre,

“Bu Sözleşme'nin hiçbir hükmü:

¹⁵⁵⁴ CESCR, *General Comment No. 21*, paras. 18–19.

¹⁵⁵⁵ CESCR, *General Comment No. 21*, paras. 15, 21.

¹⁵⁵⁶ Burgers, “The Right to Cultural Identity,” s. 251-253.

Herhangi bir Devlet, grup veya kişinin bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını engelleyecek biçimde veya bunları burada öngörülenden daha fazla kısıtlamasına izin verecek şekilde yorumlanamaz;

Herhangi bir Taraf Devletin yasaları veya söz konusu devletlerden birinin taraf olduğu başka bir sözleşme uyarınca tanınan herhangi bir hak veya özgürlüğün kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını kısıtlayacak şekilde yorumlanamaz.”

Dolayısıyla bu düzenleme çerçevesinde kültürel kimlik hakkı, AMİHS’de tanınan haklardan hiçbirinin kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını engelleyecek şekilde yorumlanamaz. Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını engelleyecek bir kültürel kimlik hakkı yorumu ve evleviyetle kullanımı, kültürel kimlik hakkının sınırı anlamına gelir.

Amerikan Yerli Halkların Hakları Bildirgesi (m. 35) de genel bir sınırlama rejimi belirler. Buna göre,

“Bu Bildirge’de yer alan hiçbir hüküm, insan haklarını herhangi bir şekilde sınırlayıcı, kısıtlayıcı veya inkâr edici veya uluslararası insan hakları hukukuna uymayan herhangi bir eyleme yetki verici olarak yorumlanamaz.”

Dolayısıyla kültürel kimlik hakkı, herhangi bir hakkın sınırlanması, kısıtlanması veya inkâr edilmesine neden olacak şekilde yorumlanıp kullanılamaz. Herhangi bir hak ve özgürlüğün sınırlanması ve yok sayılmasına varan kültürel kimlik hakkı yorumu hakkın sınırını oluşturur.

AİHS kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımamıştır. Fakat AİHM, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı, dernek kurma özgürlüğü, din özgürlüğü, ifade özgürlüğü gibi hak ve özgürlükler kapsamında kültürel kimlik hakkını tanıyıp güvence altına almıştır. Dolayısıyla AİHS’nin kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak tanıır. AİHS kültürel kimlik hakkını doğrudan düzenlemediğinden hak, ancak uygun olduğu ölçüde öncelikle

kapsamına alındığı hak veya özgürlüğün sınırlanmasına ilişkin hükümlerine göre sınırlanabilir. Buna göre kültürel kimlik hakkı kapsamında tanınıp korunduğu hak ve özgürlük çerçevesinde, başta kanunilik ilkesi olmak üzere diğer koşulların da sağlanmasıyla, ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması amacıyla sınırlanabilir. Öte yandan hakkı kötüye kullanma yasağını düzenleyen AİHS m. 17,

“Bu Sözleşme’deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme’de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verecek şekilde yorumlanamaz.”

hükmü kültürel kimlik hakkının sınırlandırılmasında uygulanabilir. Öte yandan AİHS m. 18 ise haklara getirilen kısıtlamaları, Sözleşme’nin kendisinde açıkça belirtilen amaçlarla sınırlar.¹⁵⁵⁷ Dolayısıyla kültürel kimlik hakkı, AİHS’de tanınan hak ve özgürlükleri yok edecek veya bunların Sözleşme’de öngörülenden daha geniş bir sınırlamaya tâbi tutulmasına yol açacak bir şekilde yorumlanamaz.

AİHM bir hak veya özgürlüğün Sözleşme’ye uygun olarak sınırlanıp sınırlanmadığını incelerken kademeli olarak bazı kriterleri gözetir. AİHM ilk olarak Sözleşme kapsamında hakka yönelik bir müdahalenin olup olmadığına bakar. Müdahale varsa bunun kanunla yapılıp yapılmadığını kontrol eder. Ardından müdahalenin meşru bir amaç taşıyıp taşımadığına, yani ilgili düzenlemede belirtilen nedenlere dayanıp dayanmadığına bakar. Son olarak müdahalenin ölçülü ve demokratik bir toplumda gerekli

¹⁵⁵⁷ Steven Greer, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects* (Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2008), s. 22.

olup olmadığını ve acil bir toplumsal gereksinimi karşılayıp karşılamadığını denetler.¹⁵⁵⁸ Bu bağlamda AİHM, kültürel kimlik hakkıyla ilgili müdahaleleri de kanunilik, ölçülülük ve meşru amaç açılarından denetler. Örneğin AİHM, kültürel kimliğe ilişkin talepleri içeren “*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Turkey*” davasında kanuna dayanan müdahalenin, yani sendikanın kapatılmasına ilişkin işlemlerin, izlenen amaçla orantısız olduğunu ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığını tespit etmiştir.¹⁵⁵⁹

Kültürel kimlik hakkını özel yaşama saygı hakkı kapsamında ele alan AİHM, *Chapman v. the United Kingdom* davasında sınırlamaya ilişkin denetimde başvurucunun, karavanında yaşamasına izin verilmemesine ilişkin müdahalenin AİHS m. 8 kapsamındaki haklara müdahale niteliğinde olduğunu; dolayısıyla müdahalenin Sözleşme kapsamında korunduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, meşruluk konusunda müdahalenin acil bir toplumsal ihtiyaca cevap vermesi ve izlenen meşru amaçla orantılı olması durumunda demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edileceğini belirtmiştir.¹⁵⁶⁰ Mahkeme, müdahalenin meşruluğu hakkında taraf devletin geniş takdir yetkisinin olduğunu ve bu yetkinin, sürekli temasları nedeniyle yerel ihtiyaçları ve koşulları değerlendirmek konusunda kaçınılmaz olarak uluslararası bir mahkemeden daha iyi konumda olan ulusal makamlara bırakılması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre devletin takdir yetkisindeki payı (marjı), söz konusu hakkın niteliğine, kişiler açısından önemine, sınırlanan faaliyetlerin ve sınırlamalarla güdülen amacın niteliğine göre değişir. Mahkeme, Avrupa Konseyi Sözleşmeciler Devletleri arasında Çerçeve Sözleşme kapsamında yalnızca azınlıkların değil, tüm toplumun kültürel çeşitliliğini korumak için azınlıkların özel ihtiyaçlarının, güvenliklerinin, kimliklerinin ve yaşam tarzlarının korunması konusunda uluslararası bir fikir birliğinin olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda

¹⁵⁵⁸ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 150-151.

¹⁵⁵⁹ ECHR, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Turkey*, paras. 76, 66–77.

¹⁵⁶⁰ ECHR, *Chapman v. the United Kingdom*, paras. 71–90.

Mahkeme *Chapman v. the United Kingdom* davasında Romanların azınlık olarak içinde oldukları savunmasız konumlarının onların ihtiyaçlarına ve farklı yaşam tarzlarına özel bir önem verilmesini gerektirdiğini; bu konuda devletlerin pozitif ödevlerinin olduğunu tespit etmesine rağmen, alternatif konaklamanın uygun olup olmadığının tayininde asil yetkinin, açıkça daha iyi konumda olan ulusal makamlara ait olduğunu saptamıştır. Nitekim Mahkeme somut olayda başvuruçunun, Yeşil Kuşak alanında planlama izni olmadan araziyi işgal etmesinden başka bir alternatifinin bulunmadığına ikna olmamış ve bireylerin ikamet yeri tercihlerinin kamu yararını ortadan kaldırmasına veya ona zarar vermesine izin verecek kadar ileri gidemeyeceğini belirtmiştir. Dolayısıyla Mahkemeye göre müdahale meşrudur ve AİHS m. 8 ihlal sonucunu doğurmamıştır.¹⁵⁶¹

AİHM, *S.A.S. v. France* davasında her ne kadar başvurunun reddine karar vermiş olsa da müdahalenin (peçe takma yasağının) orantılılığına ilişkin olarak kadınların bu yasağı kimliklerine yönelik bir tehdit olarak algılayabileceklerini, başvuruçucu gibi inançlarının gereği olarak peçe takmayı seçen kadınların durumunu önemli ölçüde olumsuz etkileyeceği konusunda şüphe olmadığını kaydetmiştir. Mahkeme yasağın, onları tecrit etme ve özerkliklerini kısıtlama, ayrıca inançlarını açıklama özgürlüklerini ve özel yaşamlarına saygı haklarını kullanmalarını engelleyici etkiye sahip olabileceğini belirtmiştir.¹⁵⁶² Yine Mahkeme, insan onuruna saygının gereği olarak kamuya açık yerlerde yüzü kapatan bir peçenin genel olarak yasaklanmasının meşru görülemez olduğunu belirtmiştir.¹⁵⁶³ Fakat AİHM birçok kararda olduğu gibi, taraf devletin bu konuda geniş takdir yetkisine sahip olduğunu belirterek ihlal kararı vermekten kaçınmıştır.

¹⁵⁶¹ ECHR, *Chapman v. the United Kingdom*, paras. 91–116. Ayrıca bkz. ECHR, *Buckley v. the United Kingdom*, paras. 74–81.

¹⁵⁶² ECHR, *S.A.S. v. France*, para. 146.

¹⁵⁶³ ECHR, *S.A.S. v. France*, para. 120.

Kültürel kimlik hakkını da içeren kararlarda görüldüğü gibi AİHM, Sözleşme kapsamında korunan hakların sınırlandırılmasında taraf devletlerin takdir yetkisini geniş yorumlamaktadır. Öyle ki Mahkeme, sınırlama rejiminde ölçülülük, demokratik toplumun gerekleri, meşru amaç konularında önemli problemler tespit etmesine rağmen son aşamada, taraf devletin geniş takdir yetkisinin olduğunu ortaya koyarak müdahalenin AİHS’ye aykırı olmadığına karar vermektedir. Bu nedenle taraf devletlerin takdir yetkisi sınırlama rejiminde oldukça önemli, hatta yerine göre en yaşamsal unsur haline dönüşmektedir.

Doktrinde takdir payı veya takdir marjı öğretisi olarak ifade edilen bu yaklaşım, Sözleşme’nin yorumlanmasında çok önemli rol oynamaktadır. Takdir payı incelenen bireysel başvurularda da görüldüğü gibi, taraf devletlerin Sözleşme’de yer alan bir hakla ilgili olarak yasama, yürütme (idare) veya yargı organlarının bir eylemde bulunduğu ve buna ilişkin bir yargı denetimiyle karşılaştığında belirli bir ölçüde takdir yetkisine sahip olması anlamına gelmektedir.¹⁵⁶⁴ Çok fonksiyonlu bir kavram olan takdir marjı, bir müdahalenin gerekliliği konusunda en iyi kararın ulusal makamlar tarafından verilebileceği varsayımına dayanmaktadır.¹⁵⁶⁵ Mahkemeye göre devletlerin takdir marjının çerçevesi, söz konusu hakkın niteliğine, kişiler açısından önemine, sınırlanan faaliyetlerin ve sınırlamalarla güdülen amacın niteliğine, hakkı sınırlandırılan başvuru sahibinin eylemine/tasarrufuna ve ülkenin hukuksal-siyasal koşullarına göre belirlenir. Bu nedenle takdir payının kapsamı her davada aynı değildir ve bağlama göre değişir.¹⁵⁶⁶ Ayrıca takdir payının belirlenmesi konusunda Mahkeme, somut olaya ilişkin

¹⁵⁶⁴ David Harris, Michael O’Boyle, Ed Bates, Carla Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford Univ. Press, 3rd Edition, 2014, s. 11.

¹⁵⁶⁵ H. Burak Gemalmaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında ‘Adil Denge’ İlkesi,” *İÜHF Mecmuası* 69, Sayı: 1–2 (2011), s. 653.

¹⁵⁶⁶ ECHR, *The Handyside v. The United Kingdom*, para. 48; ECHR, *Chassagnou and Others v. France*, paras. 112–113; ECHR, *Leyla Şahin v. Turkey*, paras. 99–115.

kuralların veya uygulamaların diğer taraf devletlerde nasıl düzenlendiğine bakar ve taraf devletler arasında bir örneklem olup olmadığını denetler. Bir örnek bulunmaması halinde taraf devletin daha geniş bir takdir payının olduğuna karar verilir.¹⁵⁶⁷ Özel durum ve yerel faktörlerden dolayı ulusal makamlar kural olarak geniş bir takdir payına sahiptir.¹⁵⁶⁸ Ancak ulusal makamların takdir marjının AİHM'nin denetiminden tamamen soyut olduğu söylenemez. Bu bağlamda bir sınırlama, ancak onu gerekli kılan “sosyal ihtiyaç baskısı” varsa meşru olabilir. Demokratik bir toplumda hakların sınırlandırılmasına varan müdahale, gerekli olmayan sıradan bir kaygıya dayanılarak yapılamaz.¹⁵⁶⁹

Pozitif hukukta sınırlama genel olarak kanunla sınırlama, nedene bağlılık, ölçülülük ve sınırlamanın sınırı olarak demokratik toplum düzeninin gerekleri ve hakkın özü ölçütleri gözetilerek yapılabilmektedir. Bu yaklaşım genel anlamda hem uluslararası hukuk hem de ulusal hukuklarda baskın olan sınırlama rejimidir. Nedene bağlılıkta genel sınırlama nedenleri düzenlenebileceği gibi özel sınırlama nedenleri de düzenlenebilir. 1982 Anayasasının orijinal metninde olduğu gibi anayasa ile düzenlenen bir hak veya özgürlük hem genel hem de özel sınırlama nedenleriyle sınırlanabilir.¹⁵⁷⁰

1982 Anayasasının ilk düzenleme biçimine göre¹⁵⁷¹ bir hak veya özgürlük hem m. 13'te sayılan genel nedenlerle yani, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün,

¹⁵⁶⁷ Polat Akgün, *Sanat Özgürlüğü*, s. 253.

¹⁵⁶⁸ ECHR, *Buckley v. the United Kingdom*, para. 75.

¹⁵⁶⁹ Gemalmaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında ‘Adil Denge’ İlkesi,” s. 653.

¹⁵⁷⁰ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 151.

¹⁵⁷¹ 1981 Anayasası m. 13 (orijinal biçimi)

“Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.”

millî egemenliğinin, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, genel asayişin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın veya genel sağlığın korunması amacıyla hem de Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel nedenlerle sınırlanabilmekteydi. Diğer bir ifadeyle Anayasa m. 13'ün 2001 değişikliğinden önceki özgün halinde, temel hak ve özgürlüklerin hem genel sınırlama nedenleri ile hem de bu hak ve özgürlüklerin düzenlendiği ilgili maddelerdeki “özel sınırlama nedenleri” ile sınırlanabileceği kümülatif bir sınırlama sistemi öngörülmüştü.¹⁵⁷² Ancak 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile genel sınırlama nedenleri kaldırılmış, sınırlamanın sınırı olarak öze dokunmama ölçütü Anayasaya eklenmiştir.¹⁵⁷³ AİHS'ye paralel olarak yalnızca özel sınırlama nedenleri ile hak veya özgürlüklerin sınırlanması anlayışı kabul edilmiştir. Buna göre,

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Bu düzenleme şekli, genel sınırlama nedenlerine yer vermeyen AİHS sistemine de uygun olduğundan olumlu karşılanmıştır.¹⁵⁷⁴ Bu düzenleme ile sınırlamayı ön plana çıkaran yöntemden vazgeçilmiş, sınırlama rejimi temel hak ve özgürlüklerin m. 13'teki genel sınırlama nedenlerinin baskı ve ağırlığından arındırılmış, bunun yerine özgürlüğün asıl, sınırlamanın ise istisna olduğu kademeli bir sınırlama sistemine geçilerek daha etkin bir

¹⁵⁷² Levent Gönenç, “The 2001 Amendments to the 1982 Constitution of Turkey,” *Ankara Law Review* 1, Sayı: 1 (2004), s. 99.

¹⁵⁷³ Zühtü Arslan, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler,” *Anayasa Yargısı* 18, Sayı: 1 (2002), s. 140-141.

¹⁵⁷⁴ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 112; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 151.

koruma sistemi tesis edilmiştir.¹⁵⁷⁵ Öte yandan 1982 Anayasası, getirmiş olduğu yeni sınırlamanın sınırı ölçütleri sayesinde sınırlama rejimi bakımından 1961 Anayasasının da ötesinde bir koruma sağlamıştır.¹⁵⁷⁶

Kültürel kimlik hakkını tanıyan ulusal hukuklara bakıldığında Estonya Anayasası (m. 11) hak ve özgürlüklerin ancak Anayasaya uygun olarak sınırlanabileceğini belirtmiştir. Anayasa (m. 11) sınırlamaların demokratik bir toplumda gerekli olmasını ve sınırlanan hak ve özgürlüğün niteliğini bozmamasını gerekli görmüştür. Genel veya özel sınırlama nedenlerine yer vermeyen Estonya Anayasası, sınırlamanın sınırları olarak hakkın özüne benzer olan hakkın niteliğine uygunluk ve demokratik bir toplumda gereklilik ölçütlerini getirmiştir. Buna göre kültürel kimlik hakkı, anayasaya uygun olarak demokratik bir toplumda gerekli olması halinde ve hakkın niteliğiyle uyduğu ölçüde sınırlanabilir.

2006 Sırbistan Anayasası (m. 20/1) anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin, anayasanın belirttiği amaçlarla demokratik bir toplumda gerekli ise ölçülülük ilkesine uygun olarak ve hakkın özüne dokunmadan kanunla sınırlanabileceğini düzenler. Buna göre kültürel kimlik hakkı anayasanın belirlediği nedenle ölçülülük ilkesine uygun olarak ve hakkın özüne dokunulmaksızın kanunla sınırlanabilir. Fakat Sırbistan Anayasası bazı temel hak ve özgürlükler için özel sınırlama nedenleri öngörmüş olmasına rağmen kültürel kimlik hakkı için bir sınırlama nedeni öngörmemiştir. Anayasa (m. 20/3)

“İnsan ve azınlık hakları sınırlanırken tüm devlet organları, özellikle mahkemeler, sınırlanan hakkın özünü, sınırlamanın uygunluğunu, niteliğini ve kapsamını, ölçüsünü ve amacını ve sınırlamanın amacına

¹⁵⁷⁵ Fazıl Sağlam, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları,” *Anayasa Yargısı Dergisi* 18, Sayı: 1 (2002), s. 289.

¹⁵⁷⁶ Arslan, “Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler,” s. 141.

daha az sınırlayıcı yollarla ulaşma olasılığını dikkate almakla yükümlüdür.”

hükmü tüm devlet organlarının sınırlamada uyması gereken hakkın özü, ölçülülük, nitelik ve kapsam ölçütlerini özel olarak belirlemiştir.

Ukrayna Anayasası (m. 64/1) temel hak ve özgürlüklerin Anayasa’da öngörülen durumlar haricinde sınırlamayacağını düzenlemiştir. Anayasa (m. 64/2) sıkıyönetim veya olağanüstü hâl koşullarında, sınırlamaların yürürlükte kalma süresi belirtilerek hak ve özgürlüklere ilişkin özel sınırlamalar konulabileceğini belirtir. Anayasa, bu Anayasa’nın 24, 25, 27, 28, 29, 40, 47, 51, 52, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62 ve 63. maddelerinde öngörülen hak ve özgürlüklerin sınırlanamayacağını kaydeder. Kültürel kimlik hakkı Ukrayna Anayasası m. 11’de tanınmıştır. Bu nedenle kültürel kimlik hakkı, m. 64/2 hükmü çerçevesinde öngörülen istisnalar kapsamında olmadığından sınırlanabilir bir haktır. Bu bağlamda Ukrayna vatandaşlarının hak ve özgürlüklerini kullanmak ve korumak, siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel ve diğer çıkarlarını korumak için siyasal partilerde ve kamu kuruluşlarında örgütlenme özgürlüğüne sahip olduğunu güvence altına alan Anayasa m. 36, ulusal güvenlik ve kamu düzeninin, halkın sağlığının veya diğer kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla kanunla sınırlanabileceğini düzenler. Dolayısıyla Ukrayna Anayasasına göre kültürel kimlik hakkı ulusal güvenlik ve kamu düzeninin, halkın sağlığının korunması veya diğer kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla kanunla sınırlanabilir.

Tunus Anayasası (m. 49), Anayasada güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmadan kanunla sınırlanabileceğini düzenler. Anayasaya göre sınırlamalar, ancak medeni ve demokratik bir devlet için zorunlu olan nedenlerle ve başkalarının haklarını korumak amacıyla veya kamu düzeni, ulusal savunma, kamu sağlığı veya genel ahlakın gereklerine dayanarak ölçülülük ilkesine uygun olmak koşuluyla getirilebilir. Bu bağlamda Tunus Anayasası tarafından dolaylı olarak tanınan

kültürel kimlik hakkı, hakkın özüne dokunulmaksızın demokratik toplumda zorunlu olan nedenlerle ve başkalarının haklarını korumak amacıyla veya kamu düzeni, ulusal savunma, kamu sağlığı ya da genel ahlakın gereklerine dayanarak ölçülülük ilkesine uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir.

Romanya Anayasası (m. 53) hak veya özgürlüklerin kullanılmasının, ancak kanunla ve ulusal güvenlik, kamu düzeni, sağlık veya genel ahlak ya da vatandaşların hak ve özgürlüklerini korumak; bir suçu araştırmak veya doğal bir afeti önlemek amacıyla ve gerekliyse sınırlanabileceğini düzenler. Anayasaya göre sınırlama ancak demokratik bir toplumda gerekliyse uygulanabilir. Ayrıca önlem veya sınırlama, buna neden olan durumla orantılı olmalı, ayrımcılık yasağına uygun olmalı ve söz konusu hakkı veya özgürlüğü ortadan kaldırmamalıdır.

Kuzey Makedonya Anayasası (m. 54) hak ve özgürlüklerin Anayasa'da belirtilen hallerde sınırlanabileceğini belirtir. Anayasa, hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, milliyet veya toplumsal köken, mülkiyet veya toplumsal statü temelinde ayrımcılık yapılamayacağını düzenler. Bu bağlamda kültürel kimlik hakkı Anayasa'da belirtilen hallerde anayasaya ve ayrımcılık yasağına uygun olarak sınırlanabilir.

Angola Anayasası (m. 57) hak ve özgürlüklerin yalnızca Anayasa'da açıkça öngörülen durumlarda ve kanunla sınırlanabileceğini düzenler. Anayasaya göre bu sınırlamalar diğer temel hak ve özgürlükleri korumak için özgür ve demokratik bir toplumda gerekli ise orantılı bir şekilde yapılabilir. Ayrıca sınırlamaya ilişkin kanunlar genel ve soyut nitelikte olmalı ve geriye dönük bir etkiye sahip olmamalıdır. Buna göre kültürel kimlik hakkı, ancak kanunla, açıkça Anayasa'da öngörülen hallerde demokratik bir toplumda gerekli ise genel ve soyut nitelikte ve geriye yürüyemeyecek şekilde ölçülülük ilkesine uygun olarak sınırlanabilir.

Cezayir Anayasasına göre (m. 11/2-3) hak ve özgürlükler ancak kanunla ve kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması amacıyla ve Anayasa ile korunan diğer hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması için gerekli olan hallerde sınırlanabilir. Her durumda, bu kısıtlamalar bu hak ve özgürlüklerin özüne zarar vermemelidir. Buna göre kültürel kimlik hakkı, özüne dokunulmadan kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması ve Anayasa ile korunan diğer hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amacıyla ancak kanunla sınırlanabilir.

B. SINIRLAMA ÖLÇÜTLERİ

Kültürel kimlik hakkı 1982 Anayasasında doğrudan tanınmamıştır. Bu nedenle özellikle 1982 Anayasasının “nedene bağlılık” veya “sınırlama nedenleri” ölçütünün eksik kalması boyutuyla 1982 Anayasasına göre sınırlama konusunun doğrudan doğruya uygulama olanağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla 1982 Anayasasına göre kültürel kimlik hakkının sınırlama rejimini belirlemek güç görünmektedir. Diğer taraftan Türk Anayasa Mahkemesi, AİHM veya AAİHM gibi bölgesel ya da Kanada Federal Yüksek Mahkemesi gibi ulusal yargı organlarının yaptığı şekilde kültürel kimlik hakkını başka bir hakkın kapsamında onun bir unsuru olarak veya kendi başına bağımsız bir hak olarak tanıyıp korumamıştır. Dolayısıyla Türk anayasa hukuku bağlamında bir sınırlamadan söz etmek güçtür. Bu nedenle sınırlama ölçütleri konusunda genellikle bazı kısımlarda uluslararası hukuk ve diğer ulusal hukuklar çerçevesinde incelemeler yapmak gerekir.

Türk anayasa hukukunda ancak 1982 Anayasası m. 90/5'ten hareketle kültürel kimlik hakkının dolaylı olarak güvence altına alınmasından söz edilebilir. Diğer bir ifadeyle usulüne göre yürürlüğe konulan uluslararası sözleşmeler çerçevesinde iç hukukta kültürel kimlik hakkının kanun düzeyinde tanındığı çıkarımı yapılabilir. O hâlde sınırlama rejiminin, kültürel kimlik hakkının doğrudan veya dolaylı yoldan düzenlendiği belgelere paralel olarak ele alınması en doğru seçenek gibi durmaktadır. Bu açıdan

bakıldığında ilgili AİHS ve AİHM mekanizmalarının incelenmesi iç hukuk boyutuyla da anlam ve değer kazanır.

1. Kanunla Sınırlama

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında ilk ölçüt kanunla sınırlamadır. Bir hukuk devletinde esas olan temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanmasıdır. Diğer bir ifadeyle sınırlamada temel kural, sınırlamanın yasama organı tarafından ancak kanunla yapılmasıdır.¹⁵⁷⁷ Burada kanundan kasıt hukuktan hukuka veya organdan organa değişebilmektedir. Örneğin Türk hukukunda kanun denilince hem şekli hem de maddi kanun anlaşılır.¹⁵⁷⁸ Anayasa Mahkemesi de şekli kanun yanında maddi kanun anlayışını benimsemektedir.¹⁵⁷⁹ Anayasa Mahkemesi kültürel kimlik hakkında bağımsız olarak bir kararında bir hak veya özgürlüğü,

“... sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir.”¹⁵⁸⁰

diyerek açıkça maddi kanun anlayışından hareket etmiştir. Kanunilik ölçütünü hukuk devleti ilkesi kapsamında değerlendiren Anayasa Mahkemesi aynı kararda,

“13. Esasen temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir... Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik,

¹⁵⁷⁷ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 230.

¹⁵⁷⁸ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 154.

¹⁵⁷⁹ AYMK, E. 1963/124, K. 1963/243, KT: 11.10.1963, RG: 04.12.1963-11572; AYMK, E. 1972/13, K. 1972/18, KT: 06.04.1972, RG: RG. 24.07.1972-14255; AYMK, E. 1978/56, K. 1978/60, KT: 23.11.1978, RG: 30.03.1979-16594.

¹⁵⁸⁰ AYMK, E. 2022/146, K. 2023/31, KT: 16.02.2023, RG:12.05.2023-32188.

Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır."¹⁵⁸¹

diyerek yasal düzenlemenin genel, nesnel ve soyut olmasını; kişisel ve keyfi olmamasını aramıştır.¹⁵⁸²

AİHM'ye göre bir sınırlamanın meşru sayılabilesinin ilk koşulu, müdahalenin kanunla öngörülmüş olmasıdır. Bunun anlamı hak veya özgürlüğe yapılan müdahalenin iç hukukta yasal dayanağının olması gerektiğidir.¹⁵⁸³ Burada AİHM'ye göre de kanundan anlaşılması gereken¹⁵⁸⁴ yalnızca şekli kanun değil, aynı zamanda maddi kanundur. Buna göre kanun, hem yazılı hukuku (kanun dahil normlar hiyerarşisindeki kanun altı normları) hem yazılı olmayan hukuku ve hem de yargı içtihatlarını içerir.¹⁵⁸⁵ Dolayısıyla ilgili norm, kanun adı taşımasa bile düzenleyici kural koyması koşuluyla sınırlamaya elverişli bir normdur.¹⁵⁸⁶

Bir sınırlamanın kanunla yapılmış sayılabilesi için öncelikle müdahalenin iç hukukta bir dayanağının (kanunun) olması gerekir. Ayrıca kanunun, ilgili kişilerin erişimine açık olması ve onların makul ölçüde, belirli bir eylemin yol açabileceği sonuçları öngörmelerini ve davranışlarını düzenlemelerini sağlayacak açıklık ve

¹⁵⁸¹ Uzunpinar, *Kültürel Mirasın Korunması*, s. 296-97.

¹⁵⁸² Ayrıca bkz. AYMK, E. 2015/41, K. 2017/98, KT: 04.05.2017, RG: 03.08.2017-30143; AYMK, E. 2021/84, K. 2022/117, KT: 13.10.2022, RG: 06.12.2022-32035.

¹⁵⁸³ Mehmet Turhan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırma Sistemi," *Çankaya University Journal of Law* 8, Sayı: 2 (2011), s. 85.

¹⁵⁸⁴ Mahkemenin kanunla öngörülmüş olma ifadesinin anlamını araştırdığı ilk dava *Sunday Times v. United Kingdom* davası olmuştur. Mahkeme kararda bir sınırlamanın, yalnızca mevzuatta yer almaması nedeniyle kanunla öngörülmediği yönünde bir karar alınmasının söz konusu olamayacağını belirtmiştir. Berend Hovius, "The Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights: A Guide for the Application of Section 1 of the Charter," *Ottawa Law Review* 17, no. 2 (1985), s. 227.

¹⁵⁸⁵ ECHR, *Leyla Şahin v. Turkey*, para. 88; ECHR, *Sunday Times v. The United Kingdom*, Application No. 6538/74, 26.04.1979, paras. 47-49.

¹⁵⁸⁶ Polat Akgün, *Sanat Özgürlüğü*, s. 258.

kesinlikte olması gerekir.¹⁵⁸⁷ Diğer bir ifadeyle bir temel hak ve özgürlüğün kanunla sınırlanmasından söz edilebilmesi için kanunun ulaşılabilir ve öngörülebilir olması gerekir. Ayrıca kanun, kişinin eylemini düzenlemesine olanak sağlayacak kesinlikte olmalıdır.¹⁵⁸⁸ Belirlilik, ulaşılabilirlik ve kesinlik Anayasa Mahkemesinin de aradığı koşullardır. Anayasa Mahkemesine göre,

“Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında yapılan bir müdahalenin kanunilik şartını sağladığının kabulü için de müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunması zaruridir. Bununla birlikte temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli değildir. Kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirmekte olup bu noktada kanunun niteliği önem kazanmaktadır. Kanunla sınırlama ölçütü, sınırlamanın erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliğini ifade etmekte; böylece uygulayıcının keyfî davranışlarının önüne geçtiği gibi kişinin hukuku bilmesine de yardımcı olmakta, bu yönüyle hukuk güvenliği teminatı sağlamaktadır.

Kanunun, bu gerekliliklere uygun olduğunun söylenebilmesi için yeterince ulaşılabilir olması yani vatandaşların belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesi, ayrıca ilgili normun keyfiliğe karşı uygun bir koruma sağlaması, yetkili makamlara verilen yetkinin genişliğini ve icra edilme biçimlerini yeterli bir netlikte tanımlaması gerekmektedir...

Hukukun kendisi, beraberinde getireceği idari pratiğin dışında, söz konusu işlemin meşru amacını da göz önünde tutarak keyfî müdahalelere karşı bireyi korumak için yetkili makamlara bırakılan takdir yetkisinin kapsamını yeterince açık bir şekilde göstermelidir. Hukuk sistemi vatandaşlara, ... müdahalenin sonuçları açısından bir öngörüde bulunabilmeleri imkânı tanınmalıdır.”¹⁵⁸⁹

Belirlilik ve kesinlik şartlarının her ikisi de hukukun üstünlüğüyle yönetilen bir toplumda bir bireyin yasadışı hareket etmekten kaçınmak için plan yapabilme olanağına

¹⁵⁸⁷ ECHR, *Gorzelik and Others v Poland*, para. 64; ECHR, *Leyla Şahin v. Turkey*, para. 84.

¹⁵⁸⁸ ECHR, *Silver and Others v. The United Kingdom*, Application No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03. 1983, para. 88; Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 153.

¹⁵⁸⁹ AYM, *Halime Sare Aysal Kararı*, Başvuru No: 2013/1789, 11.11.2015, paras. 62–64.

sahip olmasına dayanmaktadır. Dolayısıyla sorun bir kanunun çok belirsiz veya muğlak olmasından çok kişinin belirli koşullarda yasanın uygulamasını öngörebilmesidir.¹⁵⁹⁰ Şu durumda kanun, ancak normun uygulandığı ilgili kişilerin davranışlarını düzenlemesine olanak sağladığı takdirde öngörülebilir sayılacaktır. Dolayısıyla kanuna uygunluk koşulu, sadece itiraz edilen tedbirin yerel hukukta bir dayanağının olması ile sağlanmış olmaz. Bunun yanında kanunun belli nitelikleri de taşıması gerekir. Söz konusu kanunun ilgili kişi tarafından erişilebilir ve etkileri açısından öngörülebilir açıklıkta olması gerekir.¹⁵⁹¹ Yine kanunun, kamu otoritesinin takdir yetkisinin sınırlarını belirtip kişiye ona göre davranışlarını düzenleme olanağını vermesi gerekir. Bu bağlamda takdir yetkisi veren kanunun o yetkinin sınırlarını, kapsamını da belirlemesi gerekir.¹⁵⁹² O halde kanun, idareye veya yargıca aşırı bir takdir yetkisi tanıyacak ölçüde belirsiz olmamalıdır.¹⁵⁹³ Bu nitelikleri barındıran kanunilik ilkesi önemlidir. Zira bunun ihmal edilmesi halinde hedeflenen meşru amaç ile kişilerin hak ve özgürlüklerine yapılan müdahale arasında denge bozulmuş olacaktır. Bununla birlikte kanunun her bir sonucunun mutlak bir şekilde öngörülebilir olması da beklenemez. Zira birçok kanun kaçınılmaz olarak değişen koşullara uygunluk arz etmek için az ya da çok birtakım belirsizlikler içerebilir. Bir yasal hüküm ne kadar açık bir şekilde kaleme alınmış olursa olsun, onun uygulamasının kaçınılmaz bir yargısal yorumlama unsuru içerdiği, her zaman yoruma açık noktaların açıklığa kavuşturulması ve belirli koşullara uyarlanması gerekebileceği akılda tutulmalıdır.¹⁵⁹⁴ Örneğin *Gorzelik and others v. Poland* davasında Mahkeme, yerel

¹⁵⁹⁰ Hovius, “The Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights: A Guide for the Application of Section 1 of the Charter,” s. 232.

¹⁵⁹¹ ECHR, *Rotaru v. Romania*, Application No. 28341/95, 04.05.2000, para. 52.

¹⁵⁹² Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 153.

¹⁵⁹³ Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 90.

¹⁵⁹⁴ ECHR, *Gorzelik and Others v Poland*, paras. 64, 65; ECHR, *Akçam v. Turkey*, Application No. 32964/96, 30.10.2001, para. 87; ECHR, *Sunday Times v. The United Kingdom*, para. 49; ECHR, *Flinkkilä and Others v. Finland*, Application No. 25576/04, 06.04.2010, para. 65.

mevzuattaki “ulusal azınlık” kavramının açık bir tanımının olmamasının, Polonya Devleti’nin yasayı yeterince kesin terimlerle ifade etmediği şeklinde yorumlanamayacağını belirtmiştir. Mahkeme, söz konusu alanda yasaların kesin bir şekilde tanımlamanın zor olabileceğini kabul ederek uyuşmazlık konusu kanundaki ulusal azınlık kavramıyla ilgili olarak uygulanabilir kriterleri belirleme konusunda yerel yetkililere takdir yetkisi bırakmanın, başvuruların iddia ettiği gibi, onlara sınırsız ve keyfi bir takdir yetkisi vermek anlamına gelmediğini belirtmiştir.¹⁵⁹⁵

Kanunla sınırlama ölçütü kültürel kimlik hakkı için de geçerlidir. Kültürel kimlik hakkı her ne kadar AİHS’de doğrudan tanınmamış olsa da AİHM tarafından Sözleşme’de tanınan diğer hak ve özgürlükler kapsamında tanınıp korunmaktadır. Şu durumda kültürel kimlik hakkı, kapsamında tanınıp korunduğu hak ve özgürlüğün rejimine tâbi olarak ancak kanunla sınırlanabilir. Örneğin AİHS (m. 8/2) özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında kültürel kimlik hakkının sınırlanması ancak kanunla mümkün olabilir. Dolayısıyla kültürel kimlik hakkına yönelik herhangi bir müdahalenin meşru olabilmesi için mutlaka kanunla öngörülmüş olması gerekir. Kanunla öngörülmeleyen bir müdahale ile kültürel kimlik hakkının sınırlanması söz konusu olamaz. Mahkemenin genel içtihatları çerçevesinde bu kanunun olabildiğince erişilebilir, açık, öngörülebilir, belirli ve takdir yetkisinin sınırlarını belirlemiş olması gerekir.¹⁵⁹⁶ Erişiminin güç olduğu, açık ve öngörülebilir olmayan, yoğun belirsizlikler içeren ve takdir yetkisinin sınırlarını belirlemeyen bir kanun keyfi müdahalelere kapı açarak kültürel kimlik hakkını tehlikeye atabilir.

¹⁵⁹⁵ ECHR, *Gorzelik and Others v Poland*, paras. 69–70.

¹⁵⁹⁶ ECHR, *Silver and Others v. The United Kingdom*, para. 88; ECHR, *Sunday Times v. The United Kingdom*, paras. 47–49.

2. Sınırlama Nedenleri

Kültürel kimlik hakkının sınırlanması konusunda uluslararası ve ulusal hukukun bir kısmının genel sınırlama nedenleri ile özel sınırlama nedenlerinden birini tercih ettiği görülürken bir kısmının da bunlardan hiçbirini benimsemediği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında, temel hak ve özgürlüklerin ancak belli amaçlara yönelik olarak sınırlandırılabilceğini ifade eden “nitelikli yasa kaydı” ile temel hak ve özgürlüklerin herhangi bir nedenle sınırlandırılmasını öngörmeyen, kanunla sınırlamayı yeterli gören “basit yasa kaydı” yöntemlerinin benimsendiği görülmektedir.¹⁵⁹⁷ Örneğin genel sınırlama rejimi öngören İHEB m. 29/2’ye göre kültürel kimlik hakkı, demokratik bir toplumda ahlâkın, kamu düzeninin ve genel refahın gereklerini yerine getirmek amacıyla sınırlanabilir. MSHS ile ESKHS sözleşmelerinde yer alan; bu sözleşmelerde tanınan hak veya özgürlüklerden hiçbirinin bir diğerini ortadan kaldıracak ya da bunların sözleşmelerde öngörülenden daha geniş ölçüde sınırlayacak şekilde kullanılmayacağına ilişkin kayıt da kültürel kimlik hakkı açısından genel bir sınırlama nedeni olarak değerlendirilebilir.

Benzer şekilde bölgesel düzeyde kültürel kimlik hakkını doğrudan tanıyan belgelerden biri olarak Amerikan Yerli Halkların Hakları Bildirgesi m. 29 hükmü de genel bir sınırlama düzenlemesi olarak görülebilir. Düzenleme çerçevesinde kültürel kimlik hakkı dahil hiçbir hak ve özgürlük, Bildirge’de tanınan hak ve özgürlüklerden hiçbirinin kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını engelleyecek şekilde yorumlanamaz. Dolayısıyla Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını engelleyecek bir kültürel kimlik hakkı yorumu ve evleviyetle kullanımı, kültürel kimlik hakkının genel bir sınırı olarak değerlendirilebilir. Benzer bir durum Amerikan Yerli Halkların Hakları Bildirgesi için de geçerlidir.

¹⁵⁹⁷ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s. 30.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminde özel sınırlama nedenlerini benimseyen AMİHS, m. 16/1 hükmüyle herkesin kültürel, siyasal, dinsel, ekonomik amaçlarla dernek kurma hakkına sahip olduğunu belirtir ve kültürel kimlik hakkını dolaylı olarak güvence altına alır. Sözleşme (m. 16/2) bu hakkın kullanılmasının, ancak demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği veya kamu düzeninin korunması ya da kamu sağlığı veya ahlakının ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla kanunla konulan sınırlamalara tâbi tutulabileceğini düzenler. Ayrıca AAİHM'nin içtihatları kapsamında mülkiyet hakkının bir unsuru olarak ele alınan kültürel kimlik hakkının, bu hakkın sınırlama rejimine de tâbi olduğu söylenebilir. Zira Mahkeme özellikle kültürel kimlik hakkına ilişkin ilk içtihatlarında kültürel kimlik hakkını mülkiyet hakkının bir parçası olarak ele almıştır. Buna göre AMİHS m. 21/1-2 çerçevesinde herkesin mülkiyet hakkı, dolayısıyla kültürel kimlik hakkı kamu menfaati veya sosyal yarar nedeniyle adil bir tazminat karşılığında sınırlanabilir. Burada kamusal menfaat veya sosyal yarar sınırlama nedeni, adil bir tazminat ise ölçülülük unsuru olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla kültürel kimlik hakkı, AMİHS m. 21 gereği kamu yararı veya sosyal menfaat nedenleriyle sınırlanabilir.

AMİHM, devletlerin yerli halkların toprakları, bölgeleri ve doğal kaynakları üzerindeki mülkiyet hakkının kullanımına sınırlamalar getirdiğinde belirli ölçütlere uyulması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda yerli ortak mülkiyet ile bireysel özel mülkiyet gerçek veya görünür bir çatışmaya girdiğinde AMİHS ve Mahkemenin içtihatları, kabul edilebilir kısıtlamaları tanımlamak için yol gösterir.¹⁵⁹⁸ Buna göre hakka yönelik sınırlamalar kanunla belirlenmeli, gerekli, orantılı olmalı ve demokratik bir toplumda meşru bir amaca ulaşmayı hedeflemeli, ayrıca yerli toplulukların bir halk olarak

¹⁵⁹⁸ IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of 17.07.2005, para. 144; IACHR, *The Saramaka People v. Suriname*, para. 128.

var olma haklarını reddetmemelidir.¹⁵⁹⁹ Mahkemeye göre, yukarıdaki ölçütlere ek olarak devletlerin yerli halkların mülkiyet hakkına, dolayısıyla kültürel kimlik hakkına ilişkin kısıtlamalarının yerli halkın hayatta kalma olanağını ortadan kaldırmadığını da doğrulaması gerekir.¹⁶⁰⁰ AMİHM (sınırlamada ölçülülük başlığı altında görüleceği üzere) uygulamada hakkın sınırlandırılmasına ilişkin davalarda genellikle sınırlama nedenlerinden ziyade ölçülülük ilkesinden hareketle ihlal kararları vermiştir. Örneğin AMİHM *Moiwana Community v. Ekvador, Awas Tingni Community, Xákmok Kásek Community* davalarında sınırlama nedenlerinde bir sorun bulmamasına karşın sınırlamada ölçüsüzlük tespit ederek ihlal kararları vermiştir.

AİHS hak ve özgürlükler konusunda genel ilkeleri saymakla yetinmemiş; sınırlama rejimi bakımından hak ve özgürlüklerin somut ve ayrıntılı bir şekilde tanınması ve bunların sınırlarının belirlenmesi yöntemini benimsemiştir. Diğer bir ifadeyle AİHS genel sınırlama nedenleri yerine özel sınırlama nedenleri rejimini tercih etmiştir. Örneğin İHEB, bütün hak ve özgürlüklere uygulanabilecek genel bir sınırlama hükmüne (m. 29) sahip olmasına rağmen AİHS, böyle bir düzenleme içermez. Dolayısıyla AİHS’de ilgili hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasına ilişkin bir neden yoksa o hak ve özgürlük sınırlanamaz. Yalnızca Sözleşme’nin ilgili maddesinde hak ve özgürlüğün sınırlandırılması için açık bir hüküm varsa o hak ve özgürlük sınırlanabilir. O halde AİHS sisteminde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusundaki temel ilke, sınırlandırmanın ancak Sözleşme’de açıkça belirtilen sınırlama nedenlerine dayanılarak yapılabilmesidir. Bu temel ilke Sözleşme’nin herhangi bir yerinde açıkça ifade edilmemesine rağmen belgenin bütününün yorumundan ortaya çıkmaktadır.¹⁶⁰¹

¹⁵⁹⁹ IACHR, *The Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, para. 156.

¹⁶⁰⁰ IACHR, *The Saramaka People v. Suriname*, para. 129.

¹⁶⁰¹ Turhan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırma Sistemi,” s. 80-83.

AİHS kapsamında uygun düştüğü ölçüde ifade özgürlüğü, din özgürlüğü, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı, dernek kurma özgürlüğü için belirtilen sınırlama nedenleri kültürel kimlik hakkı için de geçerli sınırlama nedenleri olarak görülebilir. Bu bağlamda kültürel kimlik hakkı, AİHS (m. 8/2) özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlanabilir. Yine kültürel kimlik hakkı AİHS (m. 9/2) din özgürlüğü çerçevesinde ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın korunması amacıyla sınırlanabilir. Keza kültürel kimlik hakkı AİHS (m. 11/2) dernek kurma özgürlüğü çerçevesinde de aynı koşullarda benzer gerekçelerle sınırlanabilir. Özel sınırlama nedenlerinden anlaşıldığı üzere AİHS sisteminde sınırlama rejimi katı bir şekilde uygulanmaktadır. Öte yandan AİHS m. 18'e göre ilgili hak ve özgürlüklere getirilen sınırlandırmaların ancak öngörülen amaçlar için uygulanması gerekir. Nitekim Mahkeme de *Sidiropoulos and Others v. Greece* davasında özgürlüklere getirilen istisnaların dar yorumlanması gerektiğini, dolayısıyla bunların tüketici ve tanımlarının da kesinlikle kısıtlayıcı olması gerektiğini belirtmiştir.¹⁶⁰² Mahkeme *Chapman v. the United Kingdom* davasında çevre planlama yetkililerinin, başvuranın karavanında kalmasına izin verilmemesine ilişkin kararını ve bu çerçevede alınan önlemleri AİHS m. 8/1 kapsamında özel ve aile yaşamına müdahale teşkil ettiğini tespit etmiştir. Maruz kalınan müdahalenin yasaya uygun olduğunu; söz konusu tedbirlerin ülkenin ekonomik refahı, çevrenin ve halk sağlığının korunması yararına olduğunu, yani başkalarının haklarını koruma amacına yönelik olduğunu, dolayısıyla meşru amacın söz konusu olduğunu belirtmiştir.¹⁶⁰³ AİHM *S.A.S. v. France* davasında kamusal alanlarda

¹⁶⁰² ECHR, *Sidiropoulos and Others v. Greece*, para. 38.

¹⁶⁰³ ECHR, *Chapman v. the United Kingdom*, paras. 79–82.

yüzü gizlemek için tasarlanmış peçe takma yasağının, inançlarıyla ilgili nedenlerle tam yüz peçesi takmak isteyen kadınların özel yaşama saygı hakkı ve inançlarını ifade etme özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğini; bir kişinin kamusal veya özel alanlarda istediği şekilde giyinmesine ilişkin sınırlamasının kişiliğin ifadesiyle ilgili olduğunu; bunun da özel yaşam ile din özgürlüğü kavramları kapsamına girdiğini tespit etmiştir. Yasağa ilişkin önlemin kanunla öngörüldüğünü ve bununla kamu düzeni ve güvenliğinin tesis edilmesinin amaçladığını belirten Mahkeme, insan onuruna saygının, kültürel kimliğin bir ifadesi olarak kamusal alanlarda yüz peçesinin takılmasına yönelik genel bir yasağı meşru kılamayacağını; buna karşın “toplumda yaşamın asgari gerekliliklerine saygının” veya “birlikte yaşamının” belirli koşullar altında “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” meşru amacıyla ilişkilendirilebileceğini belirtmiştir. Bu değerlendirmelere karşın Mahkeme, yüzü tamamen gizleyen bir örtünün başkalarına karşı bir bariyer oluşturduğunu belirterek müdahalenin meşru olabileceği yorumunun yapılabileceğine karar vermiştir.¹⁶⁰⁴

Ulusal hukuk tarafında kültürel kimlik hakkını tanıyan Estonya Anayasası (m. 11) temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında herhangi bir genel veya özel sınırlama nedenine yer vermeyerek Anayasa'nın belirttiği diğer kriterlere uymayı yeterli görmüştür. Diğer bir ifadeyle Estonya Anayasası basit yasa kaydı ile kayıtlı bir sınırlama rejimi benimsemiştir.

Kültürel kimlik hakkını tanıyan ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında genel sınırlama nedenleri yöntemini benimseyen Ukrayna Anayasası, sınırlanamayacak hak ve özgürlükleri özel olarak belirtmiştir. Buna göre kültürel kimlik hakkı (m. 64/2 hükmü çerçevesinde) sınırlanamayacak haklar arasında yer almadığından sınırlanabilir bir haktır. Şu durumda kültürel kimlik hakkı Anayasaya göre

¹⁶⁰⁴ ECHR, *S.A.S. v. France*, paras. 106–122.

genel sınırlama nedenleri çerçevesinde ulusal güvenlik ve kamu düzeninin, halkın sağlığının korunması veya diğer kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla kanunla sınırlanabilir.

Genel sınırlama nedenlerini öngören bir diğer ulusal hukuk örneği Tunus Anayasasıdır. Anayasa (m. 49), devlet için zorunlu olan nedenlerle ve başkalarının haklarını korumak amacıyla veya kamu düzeni, ulusal savunma, kamu sağlığı veya genel ahlakın gereklerine dayanarak ölçülülük ilkesine uygun olmak koşuluyla temel hak ve özgürlüklere sınırlamalar getirilebileceğini belirtmiştir. Yine genel sınırlama nedenlerini öngören Romanya Anayasası (m. 53) hak veya özgürlüklerin kullanılmasının, ancak kanunla ve ulusal güvenlik, kamu düzeni, sağlık veya genel ahlak ya da vatandaşların hak ve özgürlüklerini korumak; bir suçu araştırmak veya doğal bir afeti önlemek amacıyla sınırlanabileceğini düzenler.

Cezayir Anayasası genel sınırlama nedeni olarak yorumlanabilecek (m. 11/2-3) hükmüyle hak ve özgürlüklerin, kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması amacıyla ve Anayasa ile korunan diğer hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması için gerekli olan hallerde sınırlanabileceğini belirtir. Buna göre kültürel kimlik hakkı, kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması ve Anayasa ile korunan diğer hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amacıyla ancak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında özel sınırlama rejimini benimseyen Kuzey Makedonya Anayasası, m. 54 hükmü ile hak ve özgürlüklerin Anayasa'da belirtilen hallerde sınırlanabileceğini belirtir. Buna göre bireyin ve vatandaşın hak ve özgürlükleri, savaş veya olağanüstü hallerde Anayasa hükümlerine uygun olarak sınırlanabilir. Hak ve özgürlükler sınırlandırılırken cinsiyet, ırk, cilt rengi, dil, din, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet veya toplumsal statü temelinde ayrımcılık yapılamaz. Özel sınırlama nedenlerinin tayin edildiği Anayasa (m. 26), konut dokunulmazlığı hakkının yalnızca suçların tespiti veya önlenmesi veya kişilerin

sağlığının korunması durumlarında mahkeme kararıyla sınırlandırılabilceğini düzenler. Yine Anayasa (m. 27) Makedonya Cumhuriyeti'nin her vatandaşının Cumhuriyet topraklarında serbest dolaşım hakkına ve ikamet yerini serbestçe seçme hakkına; her vatandaşın Cumhuriyet topraklarından ayrılma ve Cumhuriyet'e geri dönme sahip olduğunu; bu hakların kullanımının yalnızca Cumhuriyet'in güvenliğinin korunması, cezai soruşturma veya halk sağlığının korunması için gerekli olduğu durumlarda kanun ile sınırlandırılabilceğini belirtir. Buna karşın kültürel kimlik hakkını doğrudan tanıyan Anayasa, kültürel kimlik hakkına ilişkin herhangi bir özel sınırlama nedenine yer vermemiştir. Şu durumda bütün temel hak ve özgürlükleri için geçerli olan genel sınırlama nedenlerini de benimsemeyen Anayasa'ya göre kültürel kimlik hakkına yönelik bir sınırlamanın getirilemeyeceği akla gelebilir. Fakat gerek Alman gerekse Türk doktrini ve anayasa yargısında kabul edilen içkin, nesnel veya objektif sınırlar teorisine göre kültürel kimlik hakkının sınırlanması mümkündür. Her hakkın kendi zatında, varlığında, mahiyetinde belli sınırlar içerdiği varsayımına dayanan içkin sınırlar teorisine göre bir hak, nitelikli yasa kaydı içermese bile sınırlanabilir.¹⁶⁰⁵ Diğer bir ifadeyle anayasa veya kanunla sınırlanmasa dâhi temel hak ve özgürlüklerin eşyanın tabiatında olan objektif sınırları vardır.¹⁶⁰⁶ Dolayısıyla hiçbir temel hak ve özgürlük sınırsız bir kullanım olanağı sunmaz. Normların objektif içerikleri ve koruma alanları ancak sınırlı bir kullanım sağlar.¹⁶⁰⁷ O hâlde Kuzey Makedonya Anayasasının özel sınırlama nedeni öngörmediği kültürel kimlik hakkı, sınırsız bir hak olarak değerlendirilemez. Hak, ancak içkin, nesnel sınırlarıyla bağlı olan sınırlı bir kullanıma sahiptir denilebilir.

Benzer bir yaklaşım 1982 Anayasasına da uyarlanabilir. Şöyle ki 1982 Anayasasında anayasal düzeyde doğrudan tanınmayan kültürel kimlik hakkının, isimsiz

¹⁶⁰⁵ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s. 32-33.

¹⁶⁰⁶ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 113.

¹⁶⁰⁷ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 159.

veya kapsayan özgürlükler ışığında tanınması durumunda nesnel sınırlar tezi uygulanabilir. Zira norm alanlarının nesnel sınırlılığının bir sonucu olarak haklar sınırsız olamaz. Her temel hak normatif yapısı gereği ancak belli bir nesnel alanda geçerlidir.¹⁶⁰⁸ Somutlaştırılacak olunursa kültürel kimlik hakkının, Anayasa m. 17 kapsamında, yani bütün temel hak ve özgürlüklerin anası olarak kabul edilen kişinin maddi ve manevi varlığını koruması ve geliştirmesi hakkı¹⁶⁰⁹ çerçevesinde tanınması durumunda, hakkın sınırlanmasında objektif sınırlar teorisi uygulanabilir. Zira 2001 yılındaki Anayasa değişikliği sonrası temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejiminde genel sınırlama nedenlerinden vazgeçen, yalnızca özel sınırlama nedenlerini kabul eden 1982 Anayasasının m. 17 hükmü herhangi bir özel sınırlama nedeni veya basit yasa kaydı içermez.¹⁶¹⁰ Dolayısıyla sınırsız bir kültürel kimlik hakkı anlayışı düşünülemez. Doğal olarak hakkın içkin, nesnel sınırlarından hareketle sınırlandırılması akla gelebilir. Gerçekten de Anayasa tarafından bir temel hak ve özgürlüğe hiçbir sınırlama getirilmese dâhi onun niteliğinden ve eşyanın tabiatından kaynaklanan doğal sınırlarının olduğu kuşkusuzdur. Daha önce de belirtildiği gibi her bir temel hak ve özgürlük normatif yapısı gereği belirli bir nesnel alanda, yani yaşam alanında geçerli olur.¹⁶¹¹ Nitekim Anayasa Mahkemesi kültürel kimlik hakkından bağımsız olarak birçok kararda temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusunda hem içkin sınırlar hem de pratik uyum ilkesinin uygulamasını göstermiştir.¹⁶¹² Anayasa Mahkemesi bir kararda,

¹⁶⁰⁸ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s. 47.

¹⁶⁰⁹ Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması,” s. 58.

¹⁶¹⁰ Tijen Dündar Sezer, “1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları,” *Anayasa Hukuku Dergisi* 3, Sayı: 5 (2014), s. 378-379.

¹⁶¹¹ Sağlam, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu,” s. 254-257.

¹⁶¹² AYMK, E. 2022/10, K. 2022/72, KT: 01.06.2022, RG: 22.06.2022-31874; AYMK, E. 2022/135, K. 2023/30, KT: 16.02.2023, RG: 05.04.2023-32154; AYMK, E. 2021/128, K. 2022/68, 04.08.2022, RG: 04.08.2022-31913; AYMK, E. 2022/104, K. 2023/28, KT: 16.02.2023, RG: 29.03.2023-32147; AYMK, E. 2018/104, K. 2020/39, KT: 16.07.2020, RG: 27.11.2020-31317.

“Anayasa’nın 49. maddesinde çalışma hakkı için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da o hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Öte yandan Anayasa’nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevler, özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebilir.”¹⁶¹³

diyerek; yine bir diğer kararda,

“Anayasa’nın 36. maddesinde ise hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Öte yandan Anayasa’nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak da bu hakkın sınırlandırılması mümkündür.”¹⁶¹⁴

diyerek açıkça hem içkin sınırlar teorisinin hem de haklar arasında bir çatışma ortaya çıktığında pratik uyum ilkesinin uygulanabileceğini belirtmiştir. Dolayısıyla Anayasa m. 17 kapsamında tanınan bir kültürel kimlik hakkı, bir sınırlamaya konu olduğunda nesnel sınırlara tâbi tutulabilecektir. Şu hâlde sınırlama bağlamında kültürel kimlik hakkının norm alanının ve nesnel sınırlarının tespit edilmesi önem arz eder.

Öncelikle norm ile ilgili olabilecek her türden nesnel (objektif) veri, normun nesnel alanını meydana getirir. Norm alanı, her normun nesnel bir alan içinden seçmiş olduğu, ayırdığı, yeni bir biçim verdiği nesnel verilerdir. Nesnel veriler ise norm uygulandığında, yani belli bir olay üzerinde somutlaştığında normun kurucu unsuru haline gelen verilerdir. Bu bağlamda ilkeler, saf halde herhangi bir norm alanı içermeyen normları olurken; temel haklar nesnel unsurların belirgin olduğu normlardır. Diğer bir ifadeyle temel haklar nesnel nitelikleri somutlaşmış normlardır. Bu bağlamda düşünce, dernek, aile, sendika, bilim gibi kavramlar temel hak normlarının esasını oluşturur. Örneğin toplantı özgürlüğündeki barışsallık ve silahsızlık, birer norm alanı işareti olarak

¹⁶¹³ AYMK, E. 2021/1, K. 2021/32, KT: 29.04.2021, RG: 23.06.2021-31520.

¹⁶¹⁴ AYMK, E. 2018/99, K. 2021/14, KT: 03.03.2021, RG: 07.05.2021-31477.

hakkın nesnel sınırlarını belirler. Dolayısıyla toplantı ve gösteri yürüyüşünün ancak barışçıl ve silahsız olarak yapılabilmesi temel hakkın norm alanını oluşturur. Şu hâlde bir temel hakkın kullanımı olarak görülen bir eylemin, o temel hakkın norm alanı ile olan bağlantı düzeyi önem arz eder. Zira sadece norm alanı ile nesnel bir bağlantı içinde sayılabilecek temel hak kullanımları ilgili hakkın geçerlilik alanı içinde kalır. Dolayısıyla normun koruduğu temel hak kullanımı, yalnızca norm alanının sağladığı özgül eylem olanaklarıdır. Fakat bir temel hak kullanımıyla yalnızca dışsal bir bağlantı içerisinde olan eylem biçimleri, o temel hak normunun geçerlilik alanı içinde sayılmazlar.¹⁶¹⁵ Örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünde, hakkın silahsız ve barışçıl olması asıl olandır. Toplantı ve gösteri yürüyüşünün barışçıl ve silahsız olarak kullanılması, yani suç teşkil eden bir hak kullanımı özgül koruma alanı dışında kalır.

Kültürel kimlik hakkı geniş bir norm alanına sahiptir. Kültürel kimlik kişilerin ve toplulukların paylaştığı, sıklıkla değer verdikleri ve kolektif kimliklerini şekillendiren ve tanımlayan kültürel değerlerden oluşur. Yine kültürel kimlik hakkı kültürel uygulamaları ve yaşam tarzlarını hayata geçirme ve kültürel seçimlere saygı duyulmasını isteme hakkından oluşur. Dolayısıyla aitlik bağının yanı sıra kültürel ritüellerin ve yaşam tarzlarının hayata geçirilmesi kültürel kimlik hakkının norm alanına girer. Benzer şekilde halkların yaşam tarzlarını ve örgütlenme biçimlerini, kültürlerini, dillerini ve dinsel ifadelerini koruması, sürdürmesi ve geliştirmesi kültürel kimlik hakkının norm alanına girer. Ayrıca kişilerin ve toplulukların paylaştığı, sıklıkla değer verdikleri ve kolektif kimliklerini şekillendiren ve tanımlayan kültürel değerler de kültürel kimlik hakkının norm alanını girer. Özetle kültürel değerler, kültürel ritüel ve yaşam tarzlarının hayata geçirilmesi, kültürün sürdürülmesi ve geliştirilmesi, dinsel ve dilsel ifadeler kültürel kimliğin norm alanını oluşturur. Bununla beraber her temel hak ve özgürlük gibi, kültürel kimlik hakkı da normatif yapısı gereği ancak belli bir nesnel alanda, yaşam alanında

¹⁶¹⁵ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s. 48-50.

geçerli olur. Bu nedenle kültürel kimlik hakkının nesnel sınırlarının nereye kadar geçerli olduğunu tespit etmek gerekir. Bu bağlamda kültürel kimlik hakkının özgül koruma alanının dışında kalan eylemler, dışsal bir bağlantı içinde olan eylem biçimleri kültürel kimlik hakkının geçerlilik sınırları içinde kalmaz.

Kültürel kimlik hakkının norm alanını oluşturan kültürel değerlerin, kültürel ritüel ve yaşam tarzlarının her eylem biçim ve olanaklarının özgül koruma kapsamında değerlendirilmesi güçtür. Kültürel değer, ritüel ve yaşam tarzlarıyla dışsal bir bağlantı içinde olan eylem biçimleri ve olanakları, norm alanının dışında kalır. Bu bağlamda kültürel uygulamaları ve yaşam tarzlarını hayata geçirme boyutuyla yalnızca şiddetten uzak, saldırsız, zararsız bir kültürel kimlik hakkı kullanımı özgül koruma kapsamında değerlendirilebilir. Ayrıca kültürel kimliğin bir parçası olarak kişinin maddi ve manevi varlığına veya vücut bütünlüğüne zarar veren kültürel uygulamalar ve ritüeller de hakkın yaşam alanı dışında kalır. Yani kültürel kimlik hakkının ifade edilmesi boyutuyla başkalarının kimliğine veya onuruna tecavüz ve hakaret eden bir kültürel kimlik kullanımı bu çerçevede korunamaz. Kültürel kimlik hakkının ifade edilmesi kapsamında kimsenin kimliğine dokunulamaz, saldırılamaz, hakaret edilemez. Böyle bir eylem, suç teşkil eden bir hak kullanımı olarak özgül koruma alanı dışında kalır. Dolayısıyla şiddet veya saldırı içeren ya da zararlı bir kültürel kimlik hakkının kullanımı düşünülemez.

Kültürel kimlik hakkının nesnel alanının, yani yaşam alanının dışında kalan eylem biçimlerine veya olanaklara kadın sünneti, çocuk evliliği, zorla evlilik, başlık parası, erkeğe daha fazla miras verilmesi gibi kültürel kabul edilen uygulamalar örnek verilebilir. Temel hak ve özgürlüklerle açıkça bir çatışma içinde olan bu ve benzer kültürel uygulamalar ile değerler, yaşam tarzları, normun koruduğu temel hak kullanımı olarak görülemez. Örneğin bir kültürel ritüel veya değer ya da uygulama olarak kız çocuklarının sünnet edilmesi eylemi, kültürel kimlik hakkının özgül koruma alanı kapsamında kabul edilemez. Bu türden bir eylem açıkça hakkın yaşam alanının dışında kalır. Böyle bir

eylemin dışsal bir bağlantı olarak kabul edilmesi dâhi güçtür. Hatta böyle bir eylem suç teşkil eden bir hak kullanımı olarak özgül koruma alanı dışında kalır. Zira adı geçen sünnet eylemi açıkça kadın sağlığına zararlı bir uygulama teşkil eder. Benzer şekilde hamile kadınlar için diyet kısıtlamaları ile doğumlarda yalnızca erkek çocukların doğumuna izin verilmesi zararlı ve temel haklar rejimine aykırı uygulamalar olarak ön plana çıkar. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere aykırı kültürel uygulamalar kültürel çeşitliliğin bir gereği olarak gerekçelendirilemez. Salt kültürel olduğu gerekçesiyle herhangi bir kültürel uygulamanın korunması, sınırsız bir şekilde özgürce yerine getirilmesi, bir kişi veya kişi topluluğunun kültürel kimlik hakkının bir parçası veya gereği olarak görülemez. Diğer bir ifadeyle, bir kişinin veya kişi topluluğunun kültürel kimliğini şekillendiren kültürel uygulamalar, salt bu nedenle temel hak normunun geçerlilik alanı içerisinde yer alacak şekilde yorumlanamaz. Zira insan hayatına yönelen zararlı kültürel eylem biçim ve olanaklarının kültürel kimlik hakkının norm alanı ile doğrudan bir bağlantısı yoktur.¹⁶¹⁶

Anayasa Mahkemesinin kararlarında da görüldüğü gibi bir temel hak ve özgürlüğün sınırlılığı yalnızca kendi norm alanından, yaşam alanından doğmaz.¹⁶¹⁷ Diğer bir ifadeyle bir temel hak ve özgürlüğün başka bir temel hak ve özgürlük ile çatışması halinde de onun sınırlılığından söz edilebilir. Şu durumda yasa kaydına dayanmayan bir sınırlılık ortaya çıkar.¹⁶¹⁸ Bu bağlamda birer kültürel kimlik pratiği olarak çocuk evliliği ve zorla evlilik kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesine aykırı uygulamalar şeklinde görülebileceği gibi, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına aykırı olur. Yine çok eşli

¹⁶¹⁶ Benzer bir yaklaşım için bkz. Uzunpınar, *Kültürel Mirasın Korunması*, s. 305.

¹⁶¹⁷ AYMK, E. 2022/10, K. 2022/72, KT: 01.06.2022, RG: 22.06.2022-31874; AYMK, E. 2021/1, K. 2021/32, KT: 29.04.2021, RG: 23.06.2021-31520; AYMK, E. 2022/135, K. 2023/30, KT: 16.02.2023, RG: 05.04.2023-32154; AYMK, E. 2021/128, K. 2022/68, 04.08.2022, RG: 04.08.2022-31913; AYMK, E. 2022/104, K. 2023/28, KT: 16.02.2023, RG: 29.03.2023-32147; AYMK, E. 2018/104, K. 2020/39, KT: 16.07.2020, RG: 27.11.2020-31317.

¹⁶¹⁸ Sağlam, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu,” s. 258-259.

evlilik, başlık parası, erkeğe daha fazla miras verilmesi veya kadının mirastan tamamen yoksun bırakılması gibi kültürel pratikler eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına açıkça aykırılık teşkil eden kültürel uygulamalar olarak öne çıkar. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı karşısında, toplumsal cinsiyet rollerini pekiştiren ve böylece cinsiyete dayalı ayrımcılığa yol açan bu türden kültürel uygulamaların kültürel kimlik hakkı kapsamında korunması düşünülemez. Dolayısıyla cinsiyete dayalı bir ayrımcılık özgül koruma alanının dışında kalır. Bu durumda eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kültürel kimlik hakkının diğer anayasal sınırları olarak ortaya çıkar. Yine kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı da onun bir sınırı olur.

Sözü edilen sınırlılık, anayasa hukukunda aslında pratik uyuşum ilkesine göre çözülür. Buna göre bir temel hak veya özgürlük başka bir temel hak veya özgürlükle ya da anayasanın koruduğu başka bir hukuki değerle çatıştığında gerek temel hak veya özgürlüğün gerekse anayasanın koruduğu hukuki değerlerin varlık ve etkileri optimal düzeyde korunur. Her anayasal değer, oransal bir düzen içinde korunarak optimal etkilerini devam ettirir. Dolayısıyla burada bir hukuksal değer bir diğerini bertaraf etmesi söz konusu olamaz.¹⁶¹⁹ Bu ilkeye göre çatışan haklar, yasa kaydından bağımsız olarak ayrı bir sınırlamaya konu olur.¹⁶²⁰ Anayasanın bütünlüğü ilkesinin ve sistematik yorumun bir uzantısı olarak ortaya çıkan pratik uyuşum ilkesi, çatışan her bir unsuru optimal düzeyde korumayı hedefler. Buna göre çatışma unsurları öyle ölçülü bir şekilde sınırlanmalıdır ki, birlikte etkili olabilsinler, yaşam alanı bulsunlar.¹⁶²¹ O hâlde Anayasa m. 17 kapsamında tanınan bir kültürel kimlik hakkı, başka bir temel hak ve özgürlük ile çatıştığında pratik uyuşum ilkesinden hareketle haklar arasında optimal bir denge kurularak sınırlanabilir. Örneğin bir kültürel uygulama olarak kadın sünneti, açıkça kadın

¹⁶¹⁹ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s. 40.

¹⁶²⁰ Sağlam, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu," s. 259.

¹⁶²¹ Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma* (İstanbul: Beta Yayınları, 2010), s. 64.

sağlığına zararlı bir uygulama olarak özgül koruma alanının dışında kalır. Zira kişinin vücut bütünlüğüne, yaşam hakkına dokunulamaz. Ayrıca kadın sünneti, kişinin maddi ve manevi varlığını koruması ve geliştirmesi hakkıyla açık bir çatışmaya girer. Sonuç olarak kişinin maddi ve manevi varlığını koruması ve geliştirmesi değerine, yaşam hakkına üstünlük tanınır.

Pratik uyuşum ilkesi sadece hakkı sınırlandırıcı nitelikte ele alınmayabilir. Pratik uyuşum ilkesinden hareketle bazı kültürel uygulamalara üstünlük tanınabilir. Şöyle ki yerli halkların vazgeçilmez kültürel kimlik uygulamalarından biri olarak yabancı hayvan avı, özgül koruma alanı kapsamında değerlendirilebilir. Nitekim *Frank v. Alaska* davasında Carlos Frank'ın av mevsimi dışında öldürülen bir geyiği yasa dışı olarak bir yere götürme suçundan aldığı mahkûmiyet kararını bozan ABD Federal Yüksek Mahkemesi, cenaze töreninin ve geyik avının Orta Alaska *Athabascan Kızılderililerinin* kültürünün ve dinsel inancının ayrılmaz bir parçası olduğuna karar vermiştir. Federal Yüksek Mahkeme, rekabet halindeki hakları analiz ederken ilk olarak geçimlik avcılığın birçok kişinin (Athabascan) kültürel geleneğinin merkezinde yer aldığını belirtmiştir. Federal Yüksek Mahkeme ABD Anayasasının Birinci Değişikliğinin (*First Amendment*) ve Alaska Anayasası m. 1/4 hükmünün Frank'ın davranışını koruduğu ve devletin bunu yasaklamayı haklı çıkaracak nedenler göstermediği sonucuna varmıştır.¹⁶²² Mahkeme kararda çatışan iki hak arasında nevi pratik uyuşum ilkesinin yerel biçimi olarak *Sherbert* testini uygulayarak dinsel inanç özgürlüğüne (dolayısıyla kültürel kimlik hakkına) üstünlük sağlamış, onun korunmasına hükmetmiştir.

AAİHM, AİHM'nin aksine pratik uyuşum ilkesini uygulamaktadır. AAİHM kültürel kimlik hakkını da içeren kararlarda bireysel mülkiyet ile kolektif mülkiyet arasında ölçülü bir denge sağlamaya çalışırken (adı konmamış olsa da) pratik uyuşum

¹⁶²² Supreme Court of Alaska, *Frank v. State*.

ilkesine göre karar vermiştir. Buna göre Mahkeme bir temel hak veya özgürlük (örneğin sıklıkla dava konusu olan özel mülkiyet) başka bir temel hak veya özgürlükle ya da anayasanın koruduğu başka bir hukuki değerle (yani yerli halkların kolektif toprak mülkiyeti ile) çatıştığında gerek temel hak veya özgürlük gerekse anayasanın koruduğu hukuki değer varlık ve etkilerini optimal düzeyde korumaya çalışmaktadır. Diğer bir ifadeyle her hukuksal değer optimal etkilerini devam ettirmeyi amaçlamaktadır. Somutlaştırılacak olunursa Mahkemeye göre sınırlama rejimi, özel mülkiyet ile yerli toplulukların atadan kalma mülkiyet talepleri arasındaki çatışmalara uygulanırken devletler, bir hakkın diğerine göre tanınmasından kaynaklanacak sınırlamaları vaka bazında değerlendirmelidir. Bu nedenle devletler, yerli toplulukların kültürel miraslarını korumasını sağlayan, daha geniş ve farklı bir norm alanına sahip olan yerli ortak (kolektif) toprak mülkiyetini ayrıca dikkate almalıdır. Zira Yerli toplulukların üyelerinin kendi toprakları üzerindeki atalarından kalma ortak haklarının göz ardı edilmesi, kültürel kimlik hakkı ve yerli toplulukların ve üyelerinin hayatta kalma hakkı gibi diğer temel hakları etkileyebilir. Bu durumda özel mülkiyete ilişkin hakların sınırlanması demokratik ve çoğulcu bir toplumda kültürel kimlikleri koruma ortak amacına ulaşmak için gerekli olabilir ve AMİHS m. 21/2 uyarınca etkilenenlere ancak adil bir tazminat ödenirse orantılı olabilir.¹⁶²³ Hatta Mahkeme kararlarına bakıldığında bazen adil bir tazminatın ödenmesi yetmez, aynı zamanda toprakları işgal edilen yerli halkların atalarından kalma topraklarına denk bir alanın kullanım ve mülkiyetinin de verilmesi gerekir. Fakat Mahkemeye göre bu yorum, üçüncü kişilerin veya devletin toprak mülkiyetine ilişkin çıkarları ile yerli toplulukların üyelerinin toprak çıkarları arasında her çatışma olduğunda, her zaman için ikincisinin birincisine üstün gelmesi gerektiği anlamına gelmez. Devletler, somut ve haklı nedenlerle geleneksel toprakları ve toplumsal kaynakları yerli halklara

¹⁶²³ IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, paras. 146–148.

iade etmek için önlemler alamadıklarında toprağın onlar için taşıdığı anlam oranında tazminat ödeyebilir.¹⁶²⁴

3. Sınırlamada Ölçülülük

Ölçülülük ilkesi,¹⁶²⁵ günümüz anayasa hukukunun temel bir doktrini haline gelmiştir. Ölçülülük, temel hakların dengelenmesinde rehberlik eden bir standarttır. Bu ilkeyi herhangi bir hukuk sisteminin tanıması gereken evrensel bir rasyonellik standardı olarak kabul etmek mümkündür.¹⁶²⁶ İnsan haklarına uygulandığında orantılılık, evrensel bir insan hakları ilkesi sunar. İlke, çeşitli yargı bölgelerinde hukuki dengelemenin bir kılavuzu olarak giderek daha fazla kabul görmektedir. Nitekim Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin hemen hemen tüm anayasa mahkemeleri tarafından kabul edilmiş olup Orta ve Güney Amerika yargı sistemlerinde de giderek daha fazla kullanılır hale gelmiş,¹⁶²⁷ Kanada,¹⁶²⁸ İngiltere,¹⁶²⁹ Almanya,¹⁶³⁰ Avustralya'da¹⁶³¹ temel hak ve özgürlüklerin yargısal denetiminde baskın doktrini oluşturmuştur. Ölçülülük, anayasal olarak korunan

¹⁶²⁴ IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, para. 149.

¹⁶²⁵ Ölçülülük ilkesi hakkında kapsamlı çalışmalar için bkz. David Duarte and Jorge Silva Sampaio, *Proportionality in Law: An Analytical Perspective*, (Springer International Publishing, 2018); Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, (New York: Cambridge University Press), 2012; Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s. 11-140.

¹⁶²⁶ Jan Sieckmann, "Proportionality as a Universal Human Rights Principle," *Proportionality in Law: An Analytical Perspective*, Ed. David Duarte, Jorge Silva Sampaio, (Springer International Publishing, 2018), s. 3.

¹⁶²⁷ Kai Möller, "US Constitutional Law, Proportionality, and the Global Model," in *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, ed. Vicki C. Jackson and Mark Tushnet (Cambridge University Press, 2017), s. 136.

¹⁶²⁸ Dieter Grimm, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence," *The University of Toronto Law Journal* 57, No. 2, s. 383.

¹⁶²⁹ David Feldman, "Proportionality and the Human Rights Act 1998" in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Ed. Evelyn Ellis, (Oxford: Hart Publishing, 1999), s. 117.

¹⁶³⁰ Susanne Baer, "Equality: The Jurisprudence of the German Constitutional Court," *Columbia Journal of European Law* 5, 1999, s. 261-64.

¹⁶³¹ Paul Loftus, "Proportionality, Australian Constitutionalism and Governmental Theory- Changing the Grundnorm," *Southern Cross University Law Review* 30, 1999, s. 30.

hakların sınırlandırılmasının koşullarını belirleyen bir dizi kuraldır. Diğer bir ifadeyle orantılılık ile anayasal olarak korunan bir hakkın sınırlandırılabilmesinin gerekli ve yeterli koşullarını belirleyen bir dizi kurala atıfta bulunulur. Orantılılık doktrini de anayasal hakların kapsamı ile bunların korunması arasındaki temel bir ayrıma dayanmaktadır.¹⁶³² Bu bağlamda ölçülülük ilkesi öz biçimiyle “sınırlamada başvurulan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın, sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder.”¹⁶³³

Son dönemlerde insan hakları ve temel hak ve özgürlükler denetiminde giderek daha fazla uluslararası kabul gören ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık unsurlarından oluşmaktadır.¹⁶³⁴ Bunlardan elverişlilik, alınan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından uygun olmasıdır. Gereklilik, amaca ulaşma yolunda birden çok araç veya yöntem içinden hakkı en az sınırlayacak olanın, yani en yumuşak olan aracın seçilmesidir. Orantılılık ise başvurulan önlemin (kişisel) sınırlamayla toplumsal yarar arasında bir denge sağlamasıdır.¹⁶³⁵ Elverişlilik unsuru amaca ilişkin objektif bir test işlevi görür. Eğer bir önlem, iddia edilen amaca ulaşmak için etkili, uygun veya rasyonel bir araç değilse o zaman önlemin bu amaca ulaşmak için alındığı söylenemez. Bu durumda başka bir meşru amaç ortaya çıkmadığı sürece, önlemin kabul edilemez bir amaçla alındığı varsayılır. Gereklilik unsuru uygulanabilir en az sınırlayıcı araçların seçilmesini gerektirir. Orantılılık unsuru ise çatışan veya gerilim içinde olan ilke veya

¹⁶³² Ariel L. Bendor and Tal Sela, “How Proportional Is Proportionality?” *International Journal of Constitutional Law* 13, No. 2, 2015, s. 530-31.

¹⁶³³ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 114.

¹⁶³⁴ Robert Alexy, “Constitutional Rights and Proportionality,” *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* 22 (2014), s. 52.

¹⁶³⁵ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 164-165; Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, s. 3; Sieckmann, “Proportionality as a Universal Human Rights Principle,” s. 11.

menfaatlerin uzlaştırılmasını içerir.¹⁶³⁶ Ölçülülüğü meydana getiren unsurlar kümesi, anayasal haklara getirilen sınırlamaları haklı çıkaran anayasal bir metodolojiyi yansıtan hukuksal bir yapıdır. Orantılılığın doğası, anayasal haklara karşı tarafsız bir yaklaşım önermez. Kavram aynı zamanda hakların sınırlanmasına karşı kayıtsız kalmaz. Aksine onları koruma ihtiyacına dayanır. Orantılılığın anayasal bir hakka getirdiği sınırlamalar ile hakkın bizzat kendisi, yetkilerini ve içeriklerini aynı kaynaktan alırlar. Bu nedenle orantılılık, anayasal haklara dayalı demokratik bir toplumda anayasal haklar için uygun koruma düzeyini belirler.¹⁶³⁷

Ölçülülük doktrini elverişlilik, gereklilik ve orantılılık formülasyonu ile birçok ülkede anayasal veya diğer temel normların yorumlanması ve uygulanmasıyla yaygınlaşmıştır.¹⁶³⁸ Ölçülülük ilkesi bir yandan bireyi koruyan, diğer yandan subjektif bir hak teşkil etmeyen bir genel hukuk ilkesi olarak ayrılmaktadır.¹⁶³⁹ Hukuksal amaç ile hukuksal önlem arasındaki orantılılık veya denge bu ilkenin özünü oluşturur.¹⁶⁴⁰ Ölçülülük ilkesi, öncelikle hakka yönelik bir müdahalede amaca ulaşmak için gereken ölçünün aşılmamasını sağlayarak temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla ve keyfi olarak sınırlanmasını engeller. İkinci olarak sınırlamayla güdülen amaca ulaşmak için temel hak ve özgürlüklerin ne ölçüde sınırlanmasının yeterli olacağını belirler.¹⁶⁴¹ Bu bağlamda ölçülülük ilkesi rekabet eden, yarışan çıkarların dengelenmesini amaç

¹⁶³⁶ Jeremy Kirk, "Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality," *Melbourne University Law Review* 21, no. 1 (1997), s. 6-9.

¹⁶³⁷ Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, s. 4.

¹⁶³⁸ Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, "Introduction," in *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, ed. Vicki C. Jackson and Mark Tushnet (Cambridge University Press, 2017), s. 1.

¹⁶³⁹ Christian Rumpf, "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği," *Anayasa Yargısı Dergisi* 10 (1993), s. 28.

¹⁶⁴⁰ Turhan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırma Sistemi," s. 94.

¹⁶⁴¹ Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002), s. 15-16.

edinir.¹⁶⁴² Diğer bir ifadeyle dengeleme en az iki rekabet eden ilkeyi içerir.¹⁶⁴³ Ölçülülük ilkesinde ölçme ve dengeleme, her iki taraf için de tartışmalı önlemin veya eylemin anlamını veya amacını değerlendirmede, bir tarafın bundan ne kazandığını ve diğerinin ne kaybettiğini değerlendirmede ve bir taraf veya hatta her iki taraf için daha kabul edilebilir alternatifler olup olmadığını bulmada kıstas olarak kullanılır. Benzer şekilde çatışan hakların veya çıkarların derecesini tespit etmede kolaylık sağlar.¹⁶⁴⁴ Bir açıdan ölçülülük testinin özünde, hak sahiplerinin menfaatlerinin söz konusu kamu menfaatlerine karşı dengelenmesi vardır.¹⁶⁴⁵ Dolayısıyla ilke gereği, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerde yalnızca elverişli ve gerekli olan, yani ulaşılmak istenen amaca katkı sağlayan ve en az yükümlülük doğuran araçlar kullanılarak sınırlamada orantılılık sağlanır.¹⁶⁴⁶

Ölçülülük ilkesi hukuk devleti ve demokratik toplum düzeninin bir gereği olarak ortaya çıkmıştır.¹⁶⁴⁷ Diğer bir ifadeyle ölçülülük, çağdaş anayasal teorinin geliştirilmesindeki iki temel unsur olan demokrasi ve hukukun üstünlüğü kavramlarından kaynak bulmuştur.¹⁶⁴⁸ Orantılılık anayasallığın evrensel bir ölçütüdür. Her anayasal metnin vazgeçilmez, kaçınılmaz bir parçasıdır.¹⁶⁴⁹ İlke hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının hakkaniyete uygun olup olmadığını belirleyen bir dizi testi ifade eder.¹⁶⁵⁰ İlke ayrıca temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında etkili bir koruma sağlar. Diğer

¹⁶⁴² Kirk, “Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality,” s. 5.

¹⁶⁴³ Sieckmann, “Proportionality as a Universal Human Rights Principle,” s. 12.

¹⁶⁴⁴ Bernhard Schlink, “Proportionality”, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Ed. Michel Rosenfeld and András Sajó, (Oxford: Oxford University Press, 2012), s. 722.

¹⁶⁴⁵ Möller, “US Constitutional Law, Proportionality, and the Global Model,” s. 143.

¹⁶⁴⁶ Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, Sayı: 1 (2017), s. 6.

¹⁶⁴⁷ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 165.

¹⁶⁴⁸ Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, s. 1-2.

¹⁶⁴⁹ David Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2004), s. 162.

¹⁶⁵⁰ Turhan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırma Sistemi,” s. 94.

sınırlama ölçütlerinden farklı olarak temel hak ve özgürlüklere yönelen gereksiz ve aşırı müdahaleleri önlemede belki de en önemli ve işlevsel araç olarak anayasal hakların güvencesi olur.¹⁶⁵¹ Ölçülülüğün avantajlarından biri, gerçekten de tüm haklara uygulanabilecek bir çerçeve sunması, aynı zamanda somut olaydaki farklılıkları ve ayrımları olanaklı kılmasıdır.¹⁶⁵²

Ölçülülük ilkesi uluslararası hukukta kabul görmüş yaygın bir hukuk ilkesidir.¹⁶⁵³ Örneğin BM düzeyinde ESKHK belirli durumlarda, özellikle örf ve adetlere atfedilenler de dahil olmak üzere, diğer temel hak ve özgürlükleri ihlal eden olumsuz uygulamalar söz konusu olduğunda herkesin kültürel yaşama katılma hakkına, dolayısıyla kültürel kimlik hakkına sınırlamalar getirilmesinin gerekli olabileceğini belirtmiştir. Buna göre sınırlamalar meşru bir amaç gütmeli, bu hakkın doğasıyla uyumlu olmalı ve ESKHS m. 4'e uygun olarak demokratik bir toplumda genel refahın geliştirilmesi için gerekli olmalıdır. Bu nedenle her türlü sınırlama ölçülü olmalı, yani birden fazla sınırlama arasında en az sınırlayıcı önlemler alınmalıdır.¹⁶⁵⁴

Bazen üst hukuk normu (anayasa hükmü) bir hakkın sadece kanunla sınırlandırılabilmesini belirtebilir ve fakat orantılılığa açıkça atıfta bulunmayabilir. Ancak yaygın görüş sınırlama hükmünün orantılı olması gerektiği yönündedir. Bazı durumlarda, bir anayasa veya sözleşme bir hakkın sınırlandırılması hakkında açık bir şey söylemeden hakkın dokunulmaz çekirdeğini, özünü ifade edebilir. Fakat yaygın görüş, anayasal sessizliğin hakkı mutlak kılmadığı ve sınırlama orantılı olduğu sürece hakkın kanunla sınırlandırılabilmesi yönündedir.¹⁶⁵⁵ Gerçekten de Alman Anayasasında

¹⁶⁵¹ Polat Akgün, *Sanat Özgürlüğü*, s. 341-342.

¹⁶⁵² Möller, "US Constitutional Law, Proportionality, and the Global Model," s. 130.

¹⁶⁵³ Vicki C. Jackson, "Proportionality and Equality," in *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, ed. Vicki C. Jackson and Mark Tushnet (Cambridge University Press, 2017), s. 171.

¹⁶⁵⁴ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 19.

¹⁶⁵⁵ Aharon Barak, "Proportionality," *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. Michel Rosenfeld and András Sajó, (Oxford: Oxford University Press, 2012), s. 741-742.

orantılığa açıkça atıfta bulunulmamasına rağmen Federal Anayasa Mahkemesi, orantılılığı kendi başına yüksek bir anayasal ilke haline getirmiş ve temel hakları ihlal eden mevzuatın geçerliliğini değerlendirmede önemli bir araç olarak kullanmıştır. Mahkeme ölçülülük ilkesini anayasal bir devlette vazgeçilmez olarak tanımlamıştır.¹⁶⁵⁶ Yine AİHS ölçülülük ilkesini açıkça içermemesine rağmen bu ilke AİHM'nin içtihatlarıyla sınırlama ölçütlerinden biri haline gelmiştir. Mahkeme AİHS'ye egemen bir ilke olarak değerlendirdiği ölçülülük ilkesini¹⁶⁵⁷ kültürel kimlik hakkıyla da ilişkili olan AİHS (m. 8) özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı, (m. 10) ifade özgürlüğü (sanatsal ifade özgürlüğü) ve (m. 11) toplantı ve dernek kurma özgürlüğüne ilişkin içtihatlarında kabul etmiştir. Aslında Mahkeme ölçülülük ilkesini, bu maddelerde tanınan hak ve özgürlüklere yapılan bir müdahalenin “demokratik toplumda zorunlu olması” ölçütünde yer alan “zorunlu” kavramını yorumlayarak türetmiştir.¹⁶⁵⁸ AİHM hakka yönelik bir müdahale gerçekleştiğinde kişinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ile meşru amaç arasında ölçülü bir denge olup olmadığını denetlemektedir.¹⁶⁵⁹ Bu ilke bir taraftan hakkın güvence altına alınmasında, diğer taraftan da sınırlamaya ilişkin norm alanının belirlenmesinde uygulanmaktadır.¹⁶⁶⁰ Mahkeme bir müdahalenin demokratik bir toplumda ancak izlenen meşru amaçla orantılı olması halinde gerekli kabul edilebileceğine karar vermiştir. Bu bağlamda ölçülülük kavramı, arzulanan hedefe ulaşılması için hak ve özgürlüklere yönelik bir sınırlamanın, açıkça gerekli olan bir araçla

¹⁶⁵⁶ Donald P. Kommers and Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany: Third Edition, Revised and Expanded*, (Duke University Press, 2012), s. 67.

¹⁶⁵⁷ ECHR, *Soering v. The United Kingdom*, Application No. 14038/88, 07.07.1989, para. 39; ECHR, *Jersild v. Denmark*, para. 31, 33.

¹⁶⁵⁸ Turhan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırma Sistemi,” s. 94.

¹⁶⁵⁹ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 165. Örnek olarak şu kararlara bakılabilir: ECHR, *Karataş v. Turkey*, para. 48, 53; ECHR, *Alınak v. Turkey*, para. 36, 39; ECHR, *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, para. 49, 57; ECHR, *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria*, Application No. 68354/01, para. 38; ECHR, *Süre v. Turkey*, Application No. 26682/95, 08.07.1999, para. 57, 62; ECHR, *Wingrove v. The United Kingdom*, Application No. 17419/90, 25.11.1996, para. 53.

¹⁶⁶⁰ Rumpf, “Ölçülülük İlkesi,” s. 30.

sınırlandırılmasını gerektirir. Sınırlama aşırı ise, istenen amaca ulaşmada başarılı olursa bile buna izin verilmez.¹⁶⁶¹

AİHM'ye göre bir müdahale, acil bir toplumsal ihtiyaca cevap veriyorsa ve özellikle izlenen meşru amaçla orantılıysa gerekli olarak kabul edilebilir. O hâlde bir davada çatışan iki hukuksal yarar varsa iki çıkar arasında bir dengeleme yapılır, birine üstünlük tanınır. Nitekim Mahkeme, kültürel kimlik hakkında ilgili *Chapman v. the United Kingdom* davasında başvurucunun Sözleşme m. 8 uyarınca sahip olduğu konutuna saygı gösterilmesi hakkı ile üçüncü diğer kişilerin çevrenin korunması hakkı arasında bir çıkar çatışması tespit ederek ikili arasında bir denge, ölçü kurmaya çalışmıştır. Mahkeme başvurucunun Yeşil Kuşak alanında kalmaktan başka bir alternatifi olmadığına ikna olmamış; Chapman'ın ikamet yerine ilişkin tercihinin kamu yararına üstün gelecek kadar gerekçelendirilmediğine karar vermiştir.¹⁶⁶² Fakat Mahkeme Romanlara ilişkin *Muñoz Díaz v. Spain* davasında, bu kez başvurucuya ve Roman ailesine bir aile kayıt defteri düzenleyen, onlara geniş aile statüsü veren, kendisine ve altı çocuğuna sağlık yardımı sağlayan ve Roman kocasından on dokuz yılı aşkın bir süre boyunca sosyal güvenlik primi tahsil eden İspanyol Devletinin, ölüm aylığı söz konusu olduğunda Roman evliliğinin etkilerini tanımamasını orantısız bulmuştur.¹⁶⁶³ Yine kültürel miras ile ilgili bir davada, daha önce sanat eseri haline getirilen ve 17. yüzyıldan kalma kültürel miras niteliğinde olan “*Domaine de la Source*” isimli yapının dış cephesinde yapılan sanatsal çalışmalar sonucunda, yerel makamlar önceden bildirimde bulunmaksızın imar izninden muaf bir çalışma yürütmenin ve tarihsel binaların ikincil listesinde sayılan yapıların görüş alanındaki yapıların görünümünü etkileyen bir çalışma yapmanın, binanın bulunduğu çevrenin geleneksel yapısı ve mimarisi ile uyuşmadığı, kültürel mirasa ve sanat

¹⁶⁶¹ Hovius, “The Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights: A Guide for the Application of Section 1 of the Charter,” s. 248-249.

¹⁶⁶² ECHR, *Chapman v. the United Kingdom*, para. 113; ECHR, *Buckley v. the United Kingdom*, para. 81.

¹⁶⁶³ ECHR, *Muñoz Díaz v. Spain*, para. 69.

eserlerinin sergilenmesine ilişkin yerel normlara uymadığı gerekçesiyle ilgililer hakkında idari para cezası uygulamıştır. Başvurucular bu yaptırıma karşı sanatsal ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürüp şikâyetçi olmuşlardır. AİHM önüne gelen davada, sanat eserleri yaratan, icra eden, dağıtan veya sergileyenlerin demokratik bir toplum için temel olan fikir ve görüş alışverişine katkıda bulunduğunu ifade etmiş ve Devletin, kişilerin ifade özgürlüğüne haksız yere tecavüz etmemesi yükümlülüğünün olduğunu belirtmiştir. Fakat yerel mahkemelerin de belirttiği üzere söz konusu planlama yönetmeliklerinin, kamu düzeninin korunması ve planlama tercihlerinde ifade edildiği gibi kolektif niyete saygı gösterilmesi anlamına gelen düzensizliğin önlenmesi için demokratik bir toplumda gerekli tedbirleri oluşturduğunu tespit etmiştir. AİHM mevcut davada kültürel mirasın korunmasının ve bunun sonucunda ortaya çıkan kamu yararının, başvuranların belirli planlama yönetmeliklerine uymasını gerektirdiğini, başvurucuya mülkün eski haline getirilmesi emriyle birlikte verilen idari yaptırım kararının demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edilebileceğini, müdahalenin orantısız olarak değerlendirilemeyeceğini tespit etmiştir.¹⁶⁶⁴

AİHM denetim yaparken ölçülülük ile beraber ayrıca devletlerin sahip olmuş olduğu takdir marjı arasında da bir denge sağlamaya özen gösterir.¹⁶⁶⁵ Hatta bazen somut olaya göre özellikle benzer bir uygulama yoksa bu dengede devletlerin takdir marjına daha fazla ağırlık verebilmektedir. Mahkeme yerel ihtiyaçları ve koşulları değerlendirme konusunda uluslararası bir mahkemeden daha iyi konumda olan ulusal makamlara, kaçınılmaz bir şekilde ilke olarak bir takdir marjı bırakılması gerektiğini içtihat haline getirmiştir.¹⁶⁶⁶ Mahkeme, denetimde ulusal makamların takdir yetkisini kullanırken yapılan müdahalenin izlenen meşru amaçla “orantılı” olup olmadığını incelemektedir.

¹⁶⁶⁴ ECHR, *Ehrmann and SCI VHI v. France*, Application No. 2777/10, 7.6.2011.

¹⁶⁶⁵ Turhan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırma Sistemi,” s. 96.

¹⁶⁶⁶ ECHR, *Dudgeon v. The United Kingdom*, Application No. 7525/76, 22.10.1981, para. 52; ECHR, *Gillow v. the United Kingdom*, Application No: 9063/80, 24.11.1986, para. 55.

Örneğin Mahkeme kültürel kimlik hakkını da tartıştığı *Sidiropoulos and Others v. Greece* davasında müdahalenin (başvuranların derneğinin tescil edilmesine ilişkin ret kararının) izlenen amaçlarla ölçüsüz olduğu sonucuna vararak Sözleşme m. 11'in ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁶⁶⁷ AİHM ayrıca takdir marjı ve müdahalenin ölçülülüğünü tespit ederken alternatif bir müdahale şansının olup olmadığına da bakar. Diğer bir ifadeyle alınacak başka bir önlem varsa bu devletin takdir marjını ve ölçülülüğünü etkiler. Örneğin *Chapman v. the United Kingdom* davasında ulusal makamların gerçekleştirmiş olduğu müdahalede, alternatif bir konaklama yerinin mevcut olmaması halinde önlemin daha ciddi olacağını; alternatif konaklama yerinin uygunluğu ölçüsünde başvuru sahibinin mevcut konaklama yerinden edilmesiyle oluşan müdahalenin daha az ciddi olacağını ifade etmiştir. Alternatif konaklama yerinin uygunluğunun tespitinde ise gerekli değerlendirmeyi yapma konusunda daha iyi konumda oldukları açık olan ulusal makamlara geniş bir takdir marjı tanınmasının uygun olduğunu belirtmiştir.¹⁶⁶⁸

AİHM kültürel kimlik unsurlarını da içeren davada yüzü tamamen kapatan bir peçenin kullanımının sınırlandırılmasının ancak belli koşullar altında ölçülü olacağını belirtmiştir. Buna göre yüzü gizlemek için tasarlanmış giysilerin kamusal alanlarda giyilmesine yönelik genel bir yasak, ancak kamu güvenliğine yönelik genel bir tehdit olduğu durumda “orantılı” olarak kabul edilebilir. Öte yandan başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasının bir parçası olarak toplum yaşamının asgari gerekliliklerine uyulmasını sağlamak amacıyla böyle bir sınırlama getirilebilir. Mahkeme taraf devletlerin takdir marjı bağlamında temel hakların korunması alanında hem uluslararası hem de ulusal çok sayıda aktörün genel bir yasağı orantısız (ölçüsüz) bulduğunu belirtmekle beraber, demokratik bir toplumda görüşlerin makul ölçüde farklılaşabileceği genel politika konularında yerel politika yapıcılarının rolüne özel bir ağırlık verilmesi

¹⁶⁶⁷ ECHR, *Sidiropoulos and Others v. Greece*, para. 47.

¹⁶⁶⁸ ECHR, *Chapman v. the United Kingdom*, paras. 103–104.

gerektiğini; diğer bir ifadeyle Taraf Devletin geniş bir takdir yetkisi olduğunu; Avrupa’da kamusal alanlarda yüzü tamamen kapatan peçe takmanın genel bir yasak olup olmaması konusunda bir fikir birliği olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, özellikle davalı Devlete mevcut davada tanınan takdir yetkisinin genişliğini göz önünde bulundurarak getirilen yasağın, izlenen amaçla, yani başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasının bir unsuru olarak birlikte yaşama koşullarının korunmasıyla orantılı kabul edilebileceği sonucuna varmıştır.¹⁶⁶⁹ Buna karşın Mahkeme başka bir davada belirli bir grup veya topluluk üzerinde olumsuz etkiler doğuran genel bir politika veya tedbirin, özellikle o grup veya topluluğa yönelik olarak gerçekleştirilmemesi durumunda dahi ayrımcı ve ölçüsüz olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir.¹⁶⁷⁰ Bu davalarda görüldüğü üzere takdir marjı esnek bir yapıya sahiptir. Buna göre devletlerin takdir marjının sınırları belirlenirken önlemin alındığı ülkenin hukuksal ve siyasal koşulları, hakkın önemi, müdahale edilen kişinin eylemi veya tasarrufu, sınırlamanın amacı dikkate alınır.¹⁶⁷¹ Dolayısıyla devletlerin takdir marjı, ifade edilen ölçütlere göre değişkenlik göstererek müdahalenin ölçülülük oranını da etkiler.

AİHM’nin bir görevi de ulusal düzeyde alınan önlemlerin ilke olarak hakkaniyetli ve ölçülü olup olmadığını belirlemektir.¹⁶⁷² Bu bağlamda devletlere tanınan takdir marjı hassas ve zor bir alan teşkil etmektedir. Devletler bir önlem alırken azami özen göstermekle yükümlüdür. Nitekim sınırlama konusunda devletler sınırsız bir marja sahip değildir. Öte yandan hakka yönelik bir sınırlama getirilirken olabildiğince her yararlanıcı kesim açısından norm alanına dikkat edilmelidir. Diğer bir ifadeyle hakkın yaşam

¹⁶⁶⁹ ECHR, *S.A.S. v. France*, paras. 139–157.

¹⁶⁷⁰ ECHR, *İzzettin Doğan and Others v. Turkey*, paras. 112, 157.

¹⁶⁷¹ Gemalmaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında ‘Adil Denge’ İlkesi,” s. 653.

¹⁶⁷² ECHR, *Manoussakis and Others v. Greece*, Application No. 18748/91, 26.09.1996, para. 44; ECHR, *Leyla Şahin v. Turkey*, para. 110.

alanının dışında bırakılan kesimlere yönelik tedbirin gerekli olduğunun doğrulanması gerekir. Örneğin Mahkeme, müdahale ile gözetilen amaç arasında açıkça bir ölçsüzlük tespit ettiği *İzzettin Doğan and Others v. Turkey* davasında, davalı devletin dinsel mezhep kavramını, bir dinin geleneksel olmayan azınlık biçimini yasal korumadan yoksun kılacak şekilde yorumladığında bir inancın dinsel mahiyetinin inkâr edilmesi suretiyle söz konusu hakkın kullanımını sınırlamasının muhtemel olduğunu belirtmiştir.¹⁶⁷³ O hâlde müdahaleye dayanak oluşturan tanımlamalar, dinin geleneksel olmayan biçimlerinin aleyhine olacak şekilde yorumlanmamalıdır. Ölçülülük ilkesi sadece, alınan önlemin veya müdahalenin gerçekleştirilmek istenen amaca uygun olması ile sınırlı yorumlanamaz. Ayrıca ilke gereği söz konusu amacın gerçekleştirilmesi için belirli kişilerin veya toplulukların, önlemin uygulama alanı dışında tutulmasının gerekli olduğunun da gösterilmesi gerekir.¹⁶⁷⁴ Dolayısıyla aynı anda elverişlilik, gereklilik ve orantılılık alt ölçütleri kümülatif olarak yerine getirilmelidir.

AMİHS’de düzenlenmeyen ölçülülük ilkesi, AAİHM tarafından da uygulanmaktadır. AMİHS’de doğrudan tanınmayan kültürel kimlik hakkı, AAİHM’nin içtihatları çerçevesinde mülkiyet hakkının bir unsuru olarak ele alınmaktadır. Dolayısıyla kültürel kimlik hakkının, bu hakkın sınırlama rejimine tâbi olduğu söylenebilir. Buna göre AMİHS m. 21/1-2 çerçevesinde herkesin mülkiyetini kullanma ve ondan yararlanma hakkı, dolayısıyla kültürel kimlik hakkı kamu menfaati veya sosyal yarar nedeniyle adil bir tazminat karşılığında sınırlanabilir. Burada kamusal menfaat veya sosyal yarar sınırlama nedeni, adil bir tazminat ise ölçülülük unsuru olarak değerlendirilebilir. Fakat AAİHM geliştirmiş olduğu içtihatla yerli toprak mülkiyeti dolayısıyla kültürel kimlik hakkını ele aldığı davalarda, yerli halkların toprakla olan özel ilişkisi nedeniyle adil tazminattan önce ya dava konusu toprakların geri verilmesi ya da aynı nitelikte alanların

¹⁶⁷³ ECHR, *İzzettin Doğan and Others v. Turkey*, para. 114.

¹⁶⁷⁴ ECHR, *İzzettin Doğan and Others v. Turkey*, paras. 176, 181.

tarafına teslim edilmesi gerektiğine hükmederek ölçülülükün tayininde başkaca ölçütler geliştirmiştir. Buna göre ölçüsüzlük durumunda yerli halklara öncelikle topraklarının iade edilmesi veya eşdeğer ölçü ve nitelikte bir alanın kullanımıyla beraber mülkiyetinin verilmesi gerekir. Zira Mahkemeye göre yerli toplulukların üyelerinin kültürü, geleneksel toprakları ve doğal kaynaklarıyla yakın ilişkilerine dayanarak oluşmuştur. Yerli toprağı yalnızca onların temel geçim kaynakları olduğu için değil, aynı zamanda kozmolojilerinin, maneviyatlarının ve dolayısıyla kültürel kimliklerinin ayrılmaz bir unsuru olduğu için belirli bir yaşam biçimine karşılık gelir. Yerli kabileler veya halklar söz konusu olduğunda, topraklarının geleneksel ortak mülkiyeti ile bu yakın ilişkiden kaynaklanan kültürel kalıplar kimliklerinin bir parçasını oluşturur. Bu nedenle toprak, yerli halk(lar)ın çok eski zamanlardan beri geleneksel yaşam alanlarının bir parçasıdır ve yerli halk(lar) bu toprakları geri alma veya kültürel kimliklerini koruma ve geliştirme hakkını garanti altına almak için aynı büyüklük ve nitelikte başkaca eşdeğer topraklar elde etme hakkına sahiptir.¹⁶⁷⁵ Dolayısıyla Mahkemenin uygulamasında ölçülülük ilkesi, farklı boyutlarla ele alınarak sadece uygun tazminat çerçevesinde denetlenmemektedir. Mahkeme hakkın sahip olduğu bağlamlar nedeniyle uygun tazminattan önce duruma göre misliyle veya aynıyla bir hukuksal değeri de tayin edebilmektedir.

AAİHM birçok yerli halkın haklarının sınırlandırılmasını ya orantısız bulmuş ya da sınırlandırmayı telafi etmek amacıyla yapılan ikamenin, yani yeni bir toprak verilmesinin veya tazminat ödenmesinin sınırlandırmayı telafi etmediğine karar vermiştir. Örneğin *Xákmok Kásek Community* davasında AAİHM, kültürel kimliklerini koruma ve geliştirme haklarını garanti altına almak için yerli halkların, bu toprakları geri alma veya eşdeğer ölçü ve nitelikte başka toprakları alma hakları olduğunu belirtmiştir.¹⁶⁷⁶ Mahkemeye göre yerli halkların atalarından kalan topraklarının iadesinin

¹⁶⁷⁵ IACHR, *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, 171–82.

¹⁶⁷⁶ IACHR, *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, para. 121.

mümkün olmaması durumunda, 169 sayılı ILO Sözleşmesi m. 16/4 gereği, bu halklara mevcut ihtiyaçlarını ve gelecekteki kalkınmalarını karşılaması için daha önce işgal ettikleri topraklarla en azından eşdeğer nitelikte ve yasal statüde topraklar temin edilmelidir. Bu bağlamda ilgili halklar para veya aynı tazminat tercihinde bulduklarında uygun tazminata hükmedilmelidir. Şunu belirtmek gerekir ki, alternatif toprakların seçimi ve teslimi, adil bir tazminatın ödenmesi veya her ikisi tamamen Devletin takdir yetkisinde değildir. Bunun yerine 169 sayılı ILO Sözleşmesi ve AMİHS çerçevesinde yerli halkların danışma mekanizmalarına, değerlerine, geleneklerine ve örf ve âdet hukukuna uygun bir anlaşma sağlanmalıdır.¹⁶⁷⁷ Bu koşulların yerine getirilmemesine örnek olarak *Xákmok Kásek Community* davasında topluluğun yaşamı için en uygun olan geleneksel toprakların iade edilmesine ilişkin idari başvuruda Mahkemeye göre, davalı hükümetin gereken özeni göstermemesi, başvuruyu makul bir sürede işleme almaması nedeniyle başvuru etkisiz kaldığı gibi, Topluluğun geleneksel toprakları oranında gerçek bir seçenek de sunulmamıştır. Diğer bir ifadeyle sınırlama ile elverişlilik arasında ölçülü bir denge sağlanmamıştır. Ayrıca Paraguay yerel makamlarının, özellikle Cumhuriyet Kongresinin yerli topraklar sorununu yalnızca toprağın verimliliği perspektifinden ele almış olması, *Xákmok Kásek* Topluluğunun içsel özelliklerini ve üyelerinin talep ettiği toprakla olan özel ilişkisini göz ardı edilmesine neden olmuştur.¹⁶⁷⁸ Dolayısıyla eksik kapsamlı ele alınan başvuru, sınırlama ile elverişlilik arasında ölçülü bir denge kurulamaması nedeniyle kültürel kimlik hakkının da ihlal edilmesi sonucunu doğurmuştur.

Mahkeme *Awás Tingni Community* davasında yerli halkların toprakla geçindiğini, diğer bir ifadeyle Yerli halkların toplumsal birliğinin, kültürel korunumunun, fiziksel ve kültürel olarak hayatta kalma olanağının geçmişten bu yana toprağın kolektif, toplumsal

¹⁶⁷⁷ IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, paras. 150–151.

¹⁶⁷⁸ IACHR, *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, paras. 170, 337/2.

varoluşuna ve bakımına bağlı olduğunu belirtmiştir.¹⁶⁷⁹ Mahkemeye göre yerli halklar arasında toprak mülkiyetinin bir kişide değil, grup veya toplulukta olduğu dikkate alındığında toprağın kolektif mülkiyeti bakımından toplumsal örüntüye dayanan bir topluluk geleneği olduğu görülür. Dolayısıyla yerli halkın toprakla olan yakın bağları, kültürlerinin, manevi yaşamlarının, bütünlüklerinin ve ekonomik hayatta kalmalarının temeli olarak tanınmalı ve anlaşılmalıdır. O hâlde yerli topluluklar için, toprakla ilişkiler yalnızca bir sahip olma ve üretim meselesi değil, aynı zamanda kültürel miraslarını korumak ve gelecek nesillere aktarmak için tam olarak yararlanmaları gereken maddi ve manevi bir unsurdur.¹⁶⁸⁰ Çoğunluk görüşü bu davada *Awas Tingni* Topluluğu üyelerinin, devletten, topluluk üyelerinin yaşadığı ve faaliyetlerini yürüttüğü coğrafi alanda bulunan mülkün varlığını, değerini, kullanımını veya ondan yararlanılmasını sınırlayacak eylemlerde bulunmaktan kaçınma hakkına sahip olduğunu belirterek örtülü olarak ölçülülük ilkesini uygulamıştır. Hatta farklı nedenlerle çoğunluğun kararına uyan “mutabık bir görüş” (*concurring opinion*) açık bir şekilde müdahalenin ölçülülük ilkesi uygun olmasını aramıştır. Bu görüş, birçok Latin Amerika ülkesinde geniş bir kapsamla anayasal bir hak niteliğini kazanan yerli toprak mülkiyetinin, yani yerli halklar ve toplulukların atadan kalma, ortak toprak mülkiyetinin sınırlanmasında en önemli ölçütün “ölçülülük” olması gerektiğini belirtmiştir.¹⁶⁸¹

AAİHM *Yakye Axa Community* davasında ise açıkça AMİHS’de yer almayan sınırlama ölçütlerini kapsamlı bir şekilde ortaya koymuştur. Mahkemeye göre yerli ortak mülkiyet ile bireysel özel mülkiyet arasında bir çatışma ortaya çıktığında AMİHS ve Mahkemenin içtihatları, bu hakların kullanılması ve buna ilişkin kabul edilebilir sınırlamaların konulması için gereken kılavuz ilkeleri sunar. Buna göre sınırlamalar

¹⁶⁷⁹ IACHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, s. 30.

¹⁶⁸⁰ IACHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, para. 149.

¹⁶⁸¹ IACHR, *Moiwana Village v. Suriname*, Concurring Opinion of Judge Hernán Salgado Pesantes.

kanunla belirlenmeli, gerekli ve orantılı olmalı ve demokratik bir toplumda yerli toplulukların halk olarak var olma haklarını inkâr etmeksizin meşru bir hedefe ulaşmayı amaçlamalıdır.¹⁶⁸² Mahkeme burada AİHM'nin uygulamış olduğu sınırlama ölçütlerini aynen benimseyerek önemli bir içtihat geliştirmiştir. Mahkemeye göre AMİHS (m. 21/1) uyarınca mülkiyet hakkının kullanılması ve ondan yararlanılması ancak toplumun yararına sınırlandırılabilir. Yasa ile belirlenmiş sınırlamaların gerekliliği ise müdahalenin zorunlu bir kamu çıkarını sağlamaya yönelik olup olmamasına bağlıdır. Dolayısıyla salt yasanın yararlı olduğu veya meşru bir amacı yerine getirdiğinden bahisle sınırlama yapılamaz. Bunun yanı sıra sınırlamanın orantılı olması gerekir. Ölçülülük, sınırlamanın, meşru bir amaca ulaşma ile sıkı sıkıya bağlı olması ve sınırlanan hakka mümkün olduğunca az müdahalede bulunulması, diğer bir ifadeyle hakkı olabildiğince az sınırlaması esaslarına dayanır. Son olarak AMİHS'ye uygun olması için sınırlamanın, açıkça üstün kolektif amaçlarla haklı gösterilmesi gerekir.¹⁶⁸³ Yani sınırlama aracı, amaca ulaşma yolunda doğrudan elverişli bir araç değilse; müdahale, hakkı olması gerekenden daha fazla sınırlandırmaktaysa ölçülülük ilkesine aykırı hareket edilmiş olunacaktır.

Afrika Şartı da ölçülülük ilkesini düzenlemez. Fakat AFİHK ve AFİHM ölçülülüğü açıkça denetimde kullanılmaktadır. AFİHM *Lohé Issa Konaté vs Burkina Faso* davasında hakka yönelik müdahalenin, demokratik bir toplumda gerekli olmasının yanı sıra MSHS m. 19/3 gereği olarak ancak başkalarının haklarının korunması amacıyla yapılabileceğini ve orantılı olması gerektiğini belirtmiştir.¹⁶⁸⁴ Afrika Komisyonu sınırlamanın koşullarını tayin ettiği *Newspapers of Zimbabwe v. Zimbabwe* davasında müdahalenin ölçülü olması gerektiğini belirtmiştir. Komisyona göre ölçülülük ilkesi,

¹⁶⁸² IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, para. 144; IACHR, *The Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, paras. 156–157.

¹⁶⁸³ IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, para. 145.

¹⁶⁸⁴ African Court on Human and Peoples' Rights, *Lohé Issa Konaté vs Burkina Faso*, Application No. 004/2013, Judgment of 05.12.2014, paras. 144–145.

bireyin hak ve özgürlüklerinin korunması ile bir bütün olarak toplumun çıkarları arasında bir denge kurulup kurulmadığının tespit edilmesinde işlevsel bir araç olarak kullanılır. Bu bağlamda sınırlamanın ölçülü olup olmadığının belirlenmesinde müdahalenin; haklı bir nedene dayanması, en az sınırlayıcı müdahale olması, yani hedeflenen amaca ulaşmada elverişli olan araçlar arasından en az rahatsız edici aracın seçilmesi ve güvence altına alınan hakkın özünü ortadan kaldırmaması gerekir.¹⁶⁸⁵ Dolayısıyla Komisyon sınırlama ölçütleri olarak nedene bağlılık, ölçülülük ve bunun kapsamında hakkın özünü belirlemiştir. Komisyon *Media Rights Agenda and Others v. Nigeria* davasında da müdahalenin geçerli olması için meşru amaç, gereklilik ve orantılılık koşullarının sağlanması gerektiğini belirtmiştir.¹⁶⁸⁶

4. Sınırlamanın Sınırları

Hak ve özgürlüklerin kullanılmasında özgürlük kural, sınırlama ise istisnadır. Sınırsız bir özgürlük anlayışı düşünülemediği gibi, sınırsız bir sınırlama rejimi de kabul edilemez. Bu nedenle genel olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında olduğu gibi kültürel kimlik hakkının sınırlandırılmasında da belli sınırlar olur. Sınırlamanın sınırı olarak ifade edilen bu ölçütler, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile hakkın özüdür. Gerek AİHM gerekse Anayasa Mahkemesi bu iki ölçütü sınırlamanın sınırı olarak kabul eder. Son dönemlerde AİHM de demokratik toplum düzeninin gereklerini sınırlama ölçütleri arasında saymaya başlamıştır. Bu iki ölçüt özünde nitelikleri ve işlevleri bakımından birbirinden farklı ölçütlerdir.¹⁶⁸⁷ Hakkın özü, hak ve özgürlüğün bizatihi kendi içinde var olan bir güvence iken demokratik toplum düzeninin gerekleri, hak ve

¹⁶⁸⁵ ACHPR, *Newspapers of Zimbabwe v. Zimbabwe*, Communication No: 284/03, 03.04.2009, paras. 176–178.

¹⁶⁸⁶ ACHPR, *Media Rights Agenda and Others v. Nigeria*, Communication Nos: 105/93-128/94-130/94-152/96, 1998, para. 69.

¹⁶⁸⁷ Arslan, “Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler,” s. 151.

özgürlüğün dışında olan bir olgudur. Hakkın özü, hakkın öznesine dokunulmaz asgari bir alan sağlar.¹⁶⁸⁸

a. Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri

Kültürel kimlik hakkı sınırlanırken yasama organının bağlı olduğu belli sınırlar vardır. Diğer bir ifadeyle kültürel kimlik hakkının nereye kadar sınırlanabileceğine dair ölçütler sınırlamanın sınırını meydana getirir. Bu ölçütlerin birincisi demokratik toplum düzeninin gerekleridir. AİHM birçok hak ve özgürlüğün sınırlanmasında demokratik toplum düzeninin gereklerini bir ölçüt olarak ele aldığı gibi, kültürel kimlik hakkını içeren davalarda da bu ölçütü dikkate almıştır. AİHM hakka yönelen müdahalenin meşru sayılabilmesi için demokratik bir toplumda gerekli (zorunlu) olmasını arar. Mahkemeye göre yalnızca ikna edici ve zorlayıcı nedenler hakka getirilen sınırlamaları haklı çıkarabilir.¹⁶⁸⁹ Şu durumda demokratik bir toplumda hak veya özgürlüğü sınırlayan müdahale, gerekli olmayan sıradan bir kaygıya dayanılarak yapılamaz.¹⁶⁹⁰ Mahkeme “gerekli” sıfatına ilişkin olarak kavramın, vazgeçilmez anlamına gelmediği gibi kabul edilebilir, sıradan, yararlı, makul veya arzu edilir gibi ifadelerin esnekliğine de sahip olmadığını belirtmiştir. Buna göre gerekli sıfatı, acil bir toplumsal ihtiyacın varlığını ima eder.¹⁶⁹¹ Dolayısıyla müdahale ancak “acil bir toplumsal ihtiyaca” cevap veriyorsa ve özellikle de “izlenen meşru amaçla orantılıysa” ancak “demokratik bir toplumda gerekli” olarak kabul edilebilir.¹⁶⁹² Diğer bir ifadeyle müdahale, ancak zorlayıcı bir toplumsal gereksinime cevap vermesi, özellikle izlenen meşru hedefle orantılı olması ve müdahaleyi

¹⁶⁸⁸ Mehmet Turhan, “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri,” *Anayasa Yargısı* 8 (2017), s. 404-405.

¹⁶⁸⁹ ECHR, *Gorzelik and Others v Poland*, para. 88.

¹⁶⁹⁰ Gemalmaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında ‘Adil Denge’ İlkesi,” s. 653.

¹⁶⁹¹ ECHR, *Sunday Times v. The United Kingdom*, para. 59.

¹⁶⁹² ECHR, *Chapman v. the United Kingdom*, para. 90.

haklı kılmak için ulusal makamlar tarafından ileri sürülen gerekçelerin “yerinde ve yeterli” olması ve meşru bir hedef taşıması halinde “demokratik bir toplumda gerekli” olarak değerlendirilebilir.¹⁶⁹³ Bu durumda alınan önlemin demokratik toplum düzenine uygun olması ölçülülük ilkesiyle yakından ilişkili olmaktadır.¹⁶⁹⁴ Nitekim Mahkeme, istikrarlı bir şekilde bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli sayılıp sayılmayacağını tespit ederken aynı zamanda önlemin izlenen meşru amaçlarla orantılı olup olmadığını da incelemektedir.¹⁶⁹⁵ Belirtilen sınırlama ölçütlerini uygulayan ve kültürel kimlik hakkını içeren bir davada Mahkeme, başvuruçunun Mahkemeyi Yeşil Kuşak alanında planlama izni olmayan bir arazide kalmaktan başka bir alternatifini olmadığına ikna edemediğini; idare tarafından yerleşik yaşam tarzına sahip olmayan Chapman’ın yeşil alanda konaklamasının engellenmesini kamu yararı, genel yarar karşısında meşru bulunduğunu; müdahalenin yetkililer tarafından rekabet eden çeşitli çıkarlar dengelendikten sonra yapıldığını, bu nedenle izlenen meşru amaçla orantılı olduğunu ve demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kararlaştırmıştır.¹⁶⁹⁶

Mahkeme demokratik toplum düzeninin gereklerini tayin ederken kaçınılmaz olarak ulusal makamlara önemli bir takdir yetkisi/marjı tanır. Zira Mahkemeye göre yerel ihtiyaçları ve koşulları değerlendirmek, öncelikle uluslararası bir mahkemeden daha iyi konumda olan ulusal makamların işidir. Takdir marjı, Sözleşme ile korunan hakkın niteliğine, birey açısından önemine, sınırlanan eylemlerin özelliğine ve sınırlama ile güdülen amacın niteliğine göre değişir.¹⁶⁹⁷ Mahkeme yine *Chapman v. the United Kingdom* davasında, Avrupa Konseyi’nin Sözleşmeciler Devletleri arasında yalnızca

¹⁶⁹³ ECHR, *İzzettin Doğan and Others v. Turkey*, para. 105.

¹⁶⁹⁴ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 171.

¹⁶⁹⁵ Hovius, “The Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights: A Guide for the Application of Section 1 of the Charter,” s. 249.

¹⁶⁹⁶ ECHR, *Chapman v. the United Kingdom*, paras. 112–115.

¹⁶⁹⁷ ECHR, *Chapman v. the United Kingdom*, paras. 90–91.

azınlıkların özel gereksinimleri için değil, aynı zamanda tüm toplum açısından değerli olan kültürel çeşitliliği korumak için azınlıkların güvenliklerini, kimliklerini ve yaşam tarzlarını güvenceye alma konusunda uluslararası fikir birliğinin olduğunu; fakat fikir birliği ilkelerinin Sözleşmecî Devletlere bir rehberlik edecek kadar somut olmadığını belirtmiştir.¹⁶⁹⁸ Bu bağlamda yerel ihtiyaçlar, somut koşullar, imkânlar, yarışan haklar arasındaki denge ve alternatif önlemlerin varlığı müdahalenin gerekli olup olmasını etkiler. Dolayısıyla bir devletin kanun veya uygulamasının diğer üye devletlerin kanun ve uygulamalarıyla uyumsuz olması, onun tek başına demokratik bir toplumda gerekli kabul edilemeyeceği anlamına gelmez. Ancak devlet, özellikle söz konusu hak, bir demokraside temel olarak kabul ediliyorsa veya müdahale ağır bir sınırlama niteliğinde ise bu tutarsızlığı açıklamak için ikna edici argümanlar sunmalıdır.¹⁶⁹⁹ Demokratik bir toplumda gerekliliğin ilk değerlendirmesini yapmak ulusal makamlara ait olsa da müdahale için belirtilen nedenlerin ilgili ve yeterli olup olmadığına ilişkin nihai değerlendirme, Sözleşmenin gerekliliklerine uygunluk denetimi yapmak AİHM'nin görevidir.¹⁷⁰⁰ Mahkeme bu denetimi yaparken demokratik toplum düzeninin dayandığı çoğulculuk, hoşgörülülük, azınlık haklarına saygılılık gibi değerleri ve özellikleri ön plana çıkararak yapmaktadır.¹⁷⁰¹

AİHM'ye göre çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik demokratik bir toplumun ayırt edici özellikleridir.¹⁷⁰² Çoğulculuk, AİHM kararlarında toplumsal ve siyasal farklılıklara yaşam alanı sağlayan bir kavram olarak algılanmaktadır.¹⁷⁰³ Gerçekten de demokratik toplumun ayırt edici özelliklerinden biri olan çoğulculuk kültürel kimlik

¹⁶⁹⁸ ECHR, *Chapman v. the United Kingdom*, paras. 93–94.

¹⁶⁹⁹ Hovius, “The Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights: A Guide for the Application of Section 1 of the Charter,” s. 257.

¹⁷⁰⁰ ECHR, *Chapman v. the United Kingdom*, paras. 90–91.

¹⁷⁰¹ Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 92–93.

¹⁷⁰² ECHR, *S.A.S. v. France*, para. 128.

¹⁷⁰³ Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005), s.159.

hakkı için yaşamsaldır. Zira çoğulculuk, aynı zamanda çeşitliliğin ve kültürel geleneklerin, etnik ve kültürel kimliklerin, dinsel inançların tanınması ve bunlara saygı gösterilmesi üzerine kuruludur.¹⁷⁰⁴ O hâlde kültürel kimliğe yapılan bir müdahale, izlenen meşru hedefle orantılı değilse, zorlayıcı bir toplumsal gereksinime cevap vermiyorsa veya demokratik bir toplumda gerekli değilse bu müdahale kültürel azınlıkları ve mensuplarını zayıflatarak çoğulculuğa zarar verebilir. Kültürel azınlıklar, hâkim unsurlar karşısında dezavantajlı konumlarının yanı sıra demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı müdahaleler ile karşılaştığında silikleşebilir; görünmez hale gelebilir. Ayrıca kültürel azınlıklar ve üyeleri demokrasi, çoğulculuk ve hoşgörünün özü olan çoğunluğa karşı azınlığın korunmasından yoksun kalabilir. Kültürel kimlik hakkının norm alanını oluşturan yaşam tarzları, kültürel uygulamalar, ritüeller ve değerler, somut ve somut olmayan kültürel miras, kısaca farklılıklar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir şekilde sınırlanabilir. Bu nedenle toplumsal ve siyasal farklılıklara yaşam alanı sunan, devletin farklı görüşler karşısında eşit mesafede durmasını hedefleyen çoğulculuk,¹⁷⁰⁵ kültürel kimlik hakkı için azımsanmayacak bir öneme sahiptir. Gerçekten de AİHM'nin belirttiği gibi demokrasi, her zaman çoğunluğun görüşlerinin üstün gelmesi gerektiği anlamına gelmez. Hâkim pozisyonun kötüye kullanılmasının engellenmesi ve azınlıkların ve üyelerinin korunması demokrasinin gereğidir. Her bir bireyin temel hakları arasındaki sürekli denge arayışı demokratik toplumun temelini oluşturur ki,¹⁷⁰⁶ demokratik bir toplumun özelliği, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların bunları geliştirecek meşru bir amaç için yapılması ve bu sınırlamaların gereğinden fazla olmamasıdır.¹⁷⁰⁷ Bu nedenle demokratik bir toplumda kültürel kimlik hakkına müdahale

¹⁷⁰⁴ ECHR, *Gorzelik and Others v Poland*, para. 92.

¹⁷⁰⁵ Zühtü Arslan, "Anayasal Devletin Normatif Temelleri: Siyasal Tarafsızlık (I)," *Liberal Düşünce*, Sayı: 16 (1999), s. 8-10.

¹⁷⁰⁶ ECHR, *S.A.S. v. France*, para. 128.

¹⁷⁰⁷ Aharon Barak, "A Research Agenda for the Future," in *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, ed. Vicki C. Jackson and Mark Tushnet (Cambridge University Press, 2017), s. 332.

edilebilmesi, ancak zorlayıcı nedenlerin varlığına, acil bir toplumsal ihtiyacın karşılanması koşullarına bağlanmalıdır. Rekabet halindeki yararlar arasından kültürel kimlik hakkına yönelik bir müdahalenin demokratik toplum açısından gerekli olabilmesi için, tedbirin gerekli olmayan sıradan bir kaygıya dayanılarak yapılmaması gerekir. Her hak ve özgürlükte olduğu gibi kültürel kimlik hakkında da özgürlük kural, sınırlama istisna olduğuna göre hakkı sınırlayan müdahalenin dar yoruma tabi tutulması gerekir.

AİHM dışında BM ESKHK de demokratik toplum düzeninin gereklerini sınırlamada bir ölçüt olarak ele almaktadır. Komite kültürel yaşama katılma hakkı dolayısıyla kültürel kimlik hakkına bir müdahale gerçekleştirildiğinde bunun, meşru bir amaç gütmesi, hakkın doğasıyla uyumlu olması ve (ESKHS m. 4'e uygun olarak) genel refahın geliştirilmesi için demokratik bir toplumda zorunlu olması koşullarını sağlaması gerektiğini belirtmiştir.¹⁷⁰⁸

1982 Anayasası m. 13'e göre temel hak ve özgürlükler demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı sınırlanamaz. Anayasa Mahkemesi demokratik toplum konusunda, her ne kadar başlangıçta farklı bir yorum benimsemiş olsa da daha sonraki içtihatlarında AİHM'ye benzer tutum takınmıştır. Anayasa Mahkemesi sonraki süreçte demokrasiyi, temel hak ve özgürlüklerin en geniş şekilde güvence altına alındığı rejimler olarak ifade etmiştir.¹⁷⁰⁹ Anayasa Mahkemesine göre,

“Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirme ve gerçekleştirme konusunda başkalarını ikna etme çabaları ve bu çabaların hoşgörüsüyle karşılanması çoğulcu demokratik düzenin gereklerindedir.”¹⁷¹⁰

Dolayısıyla çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik Anayasa Mahkemesi tarafından da demokrasinin unsurları olarak kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi sınırlamanın sınırı

¹⁷⁰⁸ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 19.

¹⁷⁰⁹ AYM, E. 2017/180, K. 2018/109, KT: 06.12.2018, RG: 23.01.2019-30664.

¹⁷¹⁰ AYM, *Metin Yalçın Kararı*, Başvuru No: 2014/5959, 06.02.2019, para. 29.

ölçütlerini farklı şekillerde ve anlamlarda kullanmaktadır. Mahkeme demokratik toplum düzeninin gerekleri bakımından denetim yaparken hem hakkın özü hem de ölçülülük ölçütlerini birlikte kullanmaktadır. Örneğin demokrasiyi de tanımladığı bir kararda Anayasa Mahkemesi,

“26... Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hâle getiren veya ortadan kaldıran sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun kısıtlamaların bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.”¹⁷¹¹

diyerek demokratik toplum düzeninin gerekleriyle hakkın özünü özdeşleştirerek ele almıştır.¹⁷¹² Bu durumda Anayasa Mahkemesine göre bir temel hak ve özgürlüğün özüne zarar verildiğinde demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı hareket edilmiş olunur.¹⁷¹³ Dolayısıyla bir sınırlama, ancak zorlayıcı bir toplumsal gereksinimi karşılama amacına yönelikse demokratik toplum düzeninin gerekleri kapsamında değerlendirilebilir.¹⁷¹⁴ O hâlde bir müdahale hakkın özüne dokunarak onu kullanılmaz

¹⁷¹¹ AYMK, E. 2018/108, K. 2019/5, KT: 13.02.2019, RG: 14.03.2019-30714. Aynı yönde kararlar için bkz. AYMK, E. 2017/180, K. 2018/109, KT: 06.12.2018, RG: 23.01.2019-30664; AYMK, E. 2017/163, K. 2018/90, KT: 06.09.2018, RG: 06.12.2018-30617; AYMK, E. 2018/9, K. 2018/84, KT: 11.07.2018, RG:15.11.2018-30596; AYMK, E. 2017/136, K. 2018/7, KT: 18.01.2018, RG: 2.3.2018-30348.

¹⁷¹² Gören, *Anayasa Hukuku*, s. 502; Turhan, “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri,” s. 416.

¹⁷¹³ AYMK, E. 1986/17, K. 1987/11, KT: 22.05.1987, RG: 18.09.1987-19578.

¹⁷¹⁴ AYMK, E. 2018/69, K. 2018/47, 31.05.2018, RG: 06.06.2018-30443; AYMK, E. 2016/205, K. 2019/63, 24.07.2019, RG: 31.10.2019-30934; AYMK, E. 2017/130, K. 2017/165, 29.11.2017, RG: 20.3.2018-30366; AYMK, E. 2016/133, K. 2017/155, 15.11.2017, RG: 11.01.2018-30298; AYMK, E. 2017/27, K. 2017/117, 12.07.2017, RG: 22.09.2017-30188.

hale getiriyor, onun kullanımını aşırı düzeyde güçleştiriyor veya etkisiz hale getiriyorsa, araç ile amaç arasında ölçüsüz bir denge kuruyorsa demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırı olur.¹⁷¹⁵ Benzer şekilde bir kararda

“Temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı olması gerekir. Açıktır ki bu başlık altındaki değerlendirme, sınırlamanın amacı ile bu amacı gerçekleştirmek üzere başvuru araç arasındaki ilişki üzerinde temellenen ölçülülük ilkesinden bağımsız yapılamaz. Çünkü Anayasa’nın 13. maddesinde demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama biçiminde iki ayrı kritere yer verilmiş olmakla birlikte bu iki kriter bir bütünün parçaları olup aralarında sıkı bir ilişki vardır.”¹⁷¹⁶

diyerek demokratik toplum düzeninin gereklerinin ölçülülük ilkesinden bağımsız değerlendirilemeyeceğini açıkça belirtmiştir.¹⁷¹⁷ Sonuç olarak Mahkemenin de belirttiği gibi hakka yapılan bir müdahale, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamaktan yoksunsa ya da zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılıyor olsa ve fakat orantılı değilse; diğer bir ifadeyle daha hafif bir sınırlama olanağı olmasına rağmen gereğinden daha ağır bir tedbir uygulanmışsa bu müdahale demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir sınırlama olarak değerlendirilemez.¹⁷¹⁸ Mahkemeye göre amaç ile araç arasında makul bir ilişkinin olması veya dengenin bulunması aynı zamanda demokratik toplum düzeninin bir gereğidir. Anayasa Mahkemesi görüldüğü kadarıyla bu güne kadar doğrudan kültürel kimlik hakkıyla ilgili bir uyuşmazlıkla karşılaşmadığından konu hakkında herhangi bir karar vermiş değildir. Mahkeme, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi hakkı çerçevesinde olası bir kültürel kimlik konusuyla karşılaştığında hakkın sınırlandırılması

¹⁷¹⁵ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 173.

¹⁷¹⁶ AYM, *Metin Yalçın Kararı*, para. 30.

¹⁷¹⁷ AYM, *Mehmet Ali Aydın Kararı*, Başvuru No: 2013/9343, 04.06.2015, paras. 42–43; AYM, *Bekir Coşkun Kararı*, paras. 33–35.

¹⁷¹⁸ AYM, *Metin Yalçın Kararı*, para. 35.

konusunda genel yaklaşımları ışığında bir yorum geliştirebilir. Buna göre kültürel kimlik hakkı, demokrasinin unsurlarından biri olan çoğulculuk kapsamında korunabilir. Kültürel kimlik hakkına yönelik bir uyuşmazlık varsayımında hakka getirilen sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gerekleriyle birlikte hakkın özü ve ölçülülük ilkeleri kapsamında korunabilir.

b. Hakkın Özü

Kültürel kimlik hakkı sınırlanırken yasama organının bağlı olduğu ikinci ölçüt hakkın özüdür. Diğer bir ifadeyle kültürel kimlik hakkının sınırlanmasında demokratik toplum düzeninin gereklerinden sonra uyulması gereken ikinci sınır hakkın özüdür. Neredeyse herkesin hak sahibi olduğu hakların asgari bir çekirdeği, özü vardır.¹⁷¹⁹ Hakkın özü temel hukuk normunun varoluş sebebi, tanımının esası ve mutlak dönüm noktası olarak ifade edilebilir.¹⁷²⁰ Hakkın özü, gerekçelendirme için başka hiçbir temele dayanmayan veya ona ihtiyaç duymayan hakkın en temel özelliği olarak da tanımlanabilir. Hakkın özü, kendisine dokunulduğunda artık o haktan yararlanmayı anlamsız kılacak hakkın vazgeçilmez unsuru, yani asli çekirdeğidir.¹⁷²¹ Hakkın özü temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceği en son sınırı ifade eder.¹⁷²² Hakkın özü bir hakkın asgari, esas veya mutlak ya da dokunulmaz çekirdeği olarak da tanımlanabilir.¹⁷²³ Diğer bir ifadeyle hakkın özü her temel hakkın dışarıdan gelen bir müdahale karşısında korunan

¹⁷¹⁹ David Bilchitz, “Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence,” *South African Journal on Human Rights* 19, 2003, s. 5

¹⁷²⁰ Katharine G. Young, “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content,” *The Yale Journal of International Law* 33, No: 113, 2008, s. 126.

¹⁷²¹ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 115.

¹⁷²² Selin Esen, “Notion of ‘Essence of the Right’ and the Turkish Constitutional Court’s Approach as a Limit to the Restriction of the Rights and Freedoms,” in *Constitutional Justice and Evolution of Individual Rights*, ed. Rainer Arnold and Alexandru Tanase (XIXth International Congress on European and Comparative Constitutional Law, Chişinău/Moldova, 2017), s. 377.

¹⁷²³ Maja Brkan, “In Search of the Concept of Essence of EU Fundamental Rights Through the Prism of Data Privacy,” *Maastricht Faculty of Law Working Paper* 4 (2017), s. 3.

asgari içeriğini ifade eder.¹⁷²⁴ Bu bağlamda her temel hak ve özgürlük için öz, hak ve özgürlüğün niteliğine göre farklılık arz eder.¹⁷²⁵

Hakkın özü veya çekirdeği, meşru amaç ile müdahale arasında ölçülü bir denge kurulurken başvuru en iyi analitik araçlardan biridir.¹⁷²⁶ Bir hakka nereye kadar müdahale edilebileceği, sınırlamanın sınırı olarak hakkın özünü ilgilendirir. Bir görüş hakkın özünü veya çekirdeğini, temel hakların hiçbir şekilde müdahale edilemeyecek alanı olarak tanımlar. Buna göre hakkın özü, temel bir hakkın sıradan (veya ciddi) ihlalden farklı olarak aşırı ihlale denk gelir. Şu hâlde “mutlak öz” sadece örnek teşkil eden bir ihlalden ziyade aşırı bir ihlal olarak anlaşılır. Teori hakların hiçbir şekilde müdahale edilemeyecek mutlak bir çekirdeğe sahip olduğunu ileri sürer.¹⁷²⁷ Hakka mutlak bir koruma sağlayan “mutlak teori” özün rekabet eden başka bir hak veya çıkarla dengelenemeyeceği anlayışına dayanır. Diğer bir ifadeyle mutlak öz, hakkın dokunulamayacak bir norm alanını ifade eder.¹⁷²⁸ Mutlak öz teorisi ile dengeleme yapılmadan devlet müdahalesine net bir sınır getirilmeye çalışılır. Buna göre öz veya çekirdek kavramının herhangi bir faydası olacaksa bu, ölçülülükten bağımsız olarak tanımlanabilir olmalı ve belli başlı devlet müdahalelerini önleme konusunda belirgin bir rol oynamalıdır.¹⁷²⁹ Buna karşın göreceli teori ise özün diğer hak ve çıkarlarla ölçülü bir oran içinde dengelenebileceğini ifade eder. Bu görüş, özü diğer hak ve menfaatlerle

¹⁷²⁴ Takis Tridimas and Giulia Gentile, “The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?,” *German Law Journal* 20, no. 6 (2019), s. 794.

¹⁷²⁵ Arslan, “Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler,” s. 143.

¹⁷²⁶ Vlad Perju, “Proportionality and Stare Decisis: Proposal for a New Structure,” in *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, ed. Vicki C. Jackson and Mark Tushnet (Cambridge University Press, 2017), s. 215.

¹⁷²⁷ Julian Rivers, “Proportionality and Variable Intensity of Review,” *Cambridge Law Journal* 65, No. 1, 2006, s. 184.

¹⁷²⁸ Brkan, “In Search of the Concept of Essence of EU Fundamental Rights Through the Prism of Data Privacy,” s. 7-8.

¹⁷²⁹ Rivers, “Proportionality and Variable Intensity of Review,” s. 185.

dengelemeye ve dolayısıyla özün orantılılık açısından tanımlanmasına izin verir. O hâlde göreceli teori, bir hakkın özü ile diğer menfaatlerin dengelenmesine izin vermekte ve böylece öz kavramını orantılılığa oldukça yaklaştırmaktadır.¹⁷³⁰

AİHS hakkın özü kavramını açıkça içermemesine rağmen AİHM kararlarında hakkın özünü temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması denetiminde bir ölçüt olarak kullanmaktadır. Mahkeme gözaltı sürelerinin uzaması, kişinin ilk kez yargıç önüne çıkarılması gibi yargılama faaliyetlerinin zamanında yapılmaması nedeniyle hakkın özünün zarar görebileceğini belirtmiştir.¹⁷³¹ Bu kullanım bazen sınırlama nedenleri belirtilmeyen hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında ortaya çıkmaktadır.¹⁷³² Örneğin Mahkeme, Sözleşme m. 8 ile m. 11’den farklı olarak sınırlama nedenlerinin belirtilmediği AİHS Ek-Protokol 1, m. 2 yani, eğitim hakkına ilişkin *Leyla Şahin v. Turkey* davasında, eğitim hakkına getirilen sınırlamaların, söz konusu hakkın özüne zarar verecek ve onun etkinliğini ortadan kaldıracak ölçüde olmaması gerektiğini belirtmiştir.¹⁷³³ Buna göre hakkı erişilemez kılan ve hakkın kullanılmasını engelleyen sınırlamalar öze aykırılık olarak değerlendirilebilir.

Hakkın özü AİHM’nin bazı kararlarında ölçülülük ilkesi ile birlikte aynı anlamda kullanılmıştır. Bu kullanımda hakka yönelen orantısız müdahale hakkın özüne de dokunmuş sayılır. Örneğin Mahkeme *Brand v. Netherlands* davasında hakkın özünün ihlal edildiğini, çünkü devletin rekabet eden çıkarlar arasında makul bir denge kurmayı

¹⁷³⁰ Esen, “Notion of ‘Essence of the Right’ and the Turkish Constitutional Court’s Approach as a Limit to the Restriction of the Rights and Freedoms,” s. 375.

¹⁷³¹ ECHR, *McKay v. The United Kingdom*, No. 543/03, 03.10.2006, par. 33; ECHR, *Brogan and Others v. the United Kingdom*, 29.10.1988, par. 62.

¹⁷³² Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 172.

¹⁷³³ ECHR, *Leyla Şahin v. Turkey*, para. 154. Yine *Rees v. The United Kingdom* davasında da hakkın özü bağımsız bir ölçüt olarak kullanılmıştır. ECHR, *Rees v. The United Kingdom*, Application No. 9532/81, 17.10.1986, para. 50.

başaramadığını belirtmiştir.¹⁷³⁴ Dolayısıyla Mahkemenin değerlendirmesinde müdahaledeki bir ölçsüzlük hakkın özüne de zarar verir. Diğer bir ifadeyle, “öz” kavramı “ölçülülük” ile eşanlamli olarak kullanılmıştır. Mahkeme *Christine Goodwin v. the United Kingdom* davasında evlenme hakkının kullanılmasının sosyal, kişisel ve hukuksal sonuçlar doğurduğunu; bu hakkın Sözleşmecii Devletlerin ulusal kanunlarına tabi olduğunu, ancak getirilen sınırlamaların hakkın özüne zarar verecek şekilde veya ölçüde olamayacağını belirtmiştir.¹⁷³⁵ Mahkeme, yine mahkemeye erişimle ilgili bir davada hakkın özüne zarar vermeyen müdahale ile sınırlanabileceğini; buna karşın müdahalenin meşru bir amaç gütmemesi ve kullanılan araç ile ulaşılacak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin bulunmaması halinde Sözleşme ile uyumlu olmayacağını belirtmiştir.¹⁷³⁶ Mahkeme, bir davada serbest seçim hakkı bağlamında devlet tarafından dayatılan koşulların söz konusu hakkın özünü zedeleyecek ve etkinliğini ortadan kaldıracak ölçüde kısıtlanmadığını; meşru bir amaçla yapıldığını ve kullanılan araçların orantısız olmadığını tespit etmiştir.¹⁷³⁷ Mahkeme seçme ve seçilme haklarına ilişkin çoğu davada şüpheli kısıtlamaları içeren müdahaleleri, meşru amaçların ölçülü bir şekilde izlenmesi perspektifinden ele almış ve buna göre ihlal olup olmadığına dair kararlar vermiştir.¹⁷³⁸ Bu davalarda AİHM söz konusu tedbirlerin orantısız olması nedeniyle hakkın özünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Benzer şekilde AİHM ifade özgürlüğü ve mülkiyet hakkı konularında başvuranlar haklarının özünün ihlal edildiğini

¹⁷³⁴ ECHR, *Brand v. the Netherlands*, Application No. 49902/99, 10.11.2004, para. 66.

¹⁷³⁵ ECHR, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, Application No. 28957/95, 11.07.2002, paras. 99, 101. Mahkeme *F. v. Switzerland* davasında da evlenme hakkının özünü etkileyen tartışmalı tedbirin, izlenen meşru amaçla orantısız olduğunu belirterek hakkın özünü ölçülülük ile aynı anlamda kullanmıştır. ECHR, *F. v. Switzerland*, Application No. 11329/85, 18.12.1987, par. 40.

¹⁷³⁶ ECHR, *Baka v. Hungary*, Application No. 20261/12, 23.06.2016, paras. 120–121.

¹⁷³⁷ ECHR, *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, Application No. 9267/81, 02.02.1987.

¹⁷³⁸ ECHR, *Gitonas and Others v. Greece*, Application Nos. 18747/91, 19376/92, 19379/92, 01.07.1997; ECHR, *Labita v. Italy*, Application No. 26772/95, 06.04.2000.

ileri sürmelerine rağmen başvuruları ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirmiştir.¹⁷³⁹ Mahkeme yerel makamların gözaltı tedbiri nedeniyle dava konusu evliliğin geciktirilmesini ihlal nedeni saymış, gerekçe olarak kamusal ve bireysel çıkarlar arasında orantılı bir denge kurulamamasını ve dolayısıyla hakkın özünün zarar görmesini göstermiştir.¹⁷⁴⁰ Fakat AIHM'nin hakkın özünü daima, istikrarlı bir şekilde ölçülülük ilkesiyle eşanamlı olarak kullandığı söylenemez. AIHM kişi özgürlüğü konusunda *Winterwerp v. Netherlands*,¹⁷⁴¹ özel yaşamın gizliliği konusunda *Şahin v. Germany*,¹⁷⁴² din özgürlüğü konusunda *Larissis and Others against Greece*,¹⁷⁴³ dernek kurma özgürlüğü konusunda *Sigurdur Sigurjonssen v. Iceland*,¹⁷⁴⁴ dilekçe hakkı konusunda *Orhan v. Turkey*¹⁷⁴⁵ ve *Tanrıkulu v. Turkey*¹⁷⁴⁶ davalarında hakkın özü kavramını bu kez, ciddi bir ihlalle eşanamlı olarak kullanmıştır. Mahkeme *Winterwerp v. Netherlands* davasında akıl hastalığının kişinin mahkemeye erişimi, özgürlüğünden alıkonulması gibi bir hakların kullanılma biçiminin kısıtlanmasını veya değiştirilmesini gerektirebileceğini; zihinsel engelleri nedeniyle kendi adlarına hareket edemeyen kişilerin çıkarlarını korumak için özel usul güvencelerinin gerekebileceğini ancak bunların hakkın özünü zedeleyemeyeceğini açıkça belirtmiştir.¹⁷⁴⁷ *Şahin v. Germany* davasında muhalefet şerhi, ulusal mahkemelerin babanın kızına erişiminin yasaklanmasını radikal bir önlem olarak ifade etmiş; bu önlemin sadece babanın ve kızın (babasına karşı) aile hayatına ilişkin hakkını geçici olarak engellemekle kalmadığını, gerçekte onu tamamen ortadan

¹⁷³⁹ ECHR, *Barthold v. Germany*, Application No. 8734/79, 25.03.1985; ECHR, *Hutten-Czapska v. Poland*, Application No. 35014/97, 19.06.2006; ECHR, *Schirmer v. Poland*, Application No. 68880/01, 21.09.2004.

¹⁷⁴⁰ ECHR, *Jaremowicz v. Poland*, Application No. 24023/03, 05.01.2010, para. 64.

¹⁷⁴¹ ECHR, *Winterwerp v. Netherlands*, Application No. 6301/73, 24.10.1979.

¹⁷⁴² ECHR, *Şahin v. Germany*, Application No. 30943/96, 07.08.2003.

¹⁷⁴³ ECHR, *Larissis and Others against Greece*, Application No. 140/1996/759/958–960, 24.02.1998.

¹⁷⁴⁴ ECHR, *Sigurdur Sigurjonssen v. Iceland*, Application No.16130/90. 30.06.1993.

¹⁷⁴⁵ ECHR, *Orhan v. Turkey*, Application No. 25656/94, 18.06.2002.

¹⁷⁴⁶ ECHR, *Tanrıkulu v. Turkey*, Application No. 23763/94, 08.07.1999.

¹⁷⁴⁷ ECHR, *Winterwerp v. Netherlands*, para. 60.

kaldırıldığını, ihlal kararı için AİHS m. 8'in tek başına yeterli olduğunu belirtmiştir.¹⁷⁴⁸ Bu çerçevede açık bir şekilde görüldüğü gibi hakkın özü, ortadan kaldırıldığında hakkı tamamen anlamsız kılan çekirdek olarak kullanılmıştır. AİHM *Orhan v. Turkey ve Tanrıkulu v. Turkey* davalarında başvuru sahiplerinin yaptıkları başvurular hakkında sorgulanmasının, bireysel dilekçe hakkının kullanılmasını engelleyen bir tür yasadışı ve kabul edilemez baskı anlamına geldiğini; Hükümetin belirli bir davada bireysel dilekçe hakkının kötüye kullanıldığına inanmak için sebepleri olsa bile Hükümet için uygun olan yolun Mahkemeyi uyarmak ve endişelerini ona bildirmek olduğunu; Hükümetin mevcut davada yaptığı gibi hareket etmenin, başvuru sahibi tarafından makul bir şekilde kendisini korkutma girişimi olarak yorumlandığını; bunların da bu aynı zamanda bireysel dilekçe hakkının özünün reddedilmesi anlamına geldiğini belirtmiştir.¹⁷⁴⁹ O hâlde bu kararlar ışığında AİHM'nin hem mutlak öz hem de göreceli öz teorilerini kabul ettiği söylenebilir.¹⁷⁵⁰

AİHM bazı kararlarda ise hakkın özünü bağımsız bir ölçüt olarak kullanmıştır. Mahkeme kültürel kimlik hakkını da içeren *Muñoz Díaz v. Spain* kararında sınırlamanın, hakkın özüne zarar verecek şekilde yapılmaması gerektiğini belirtmiştir.¹⁷⁵¹ Mahkeme *Heaney and McGuinness v. Ireland* davasında davaya konu olan kanun hükmünün uygulanmasıyla başvurulara dayatılan zorlama derecesinin, adil yargılanma hakkının özünü ihlal ettiğini tespit etmiştir.¹⁷⁵² Mahkeme *Al-Dulimi v. Switzerland* davasında ise mahkemeye erişim hakkının mutlak olmamasına ve Sözleşmeciler Devletlerin belirli bir takdir yetkisine sahip olmasına karşın başvuruların mahkemeye erişim hakkının özünün

¹⁷⁴⁸ ECHR, *Şahin v. Germany*,

¹⁷⁴⁹ ECHR, *Tanrıkulu v. Turkey*, par. 132; ECHR, *Orhan v. Turkey*, para. 410.

¹⁷⁵⁰ Esen, "Notion of 'Essence of the Right' and the Turkish Constitutional Court's Approach as a Limit to the Restriction of the Rights and Freedoms," s. 375.

¹⁷⁵¹ ECHR, *Muñoz Díaz v. Spain*, para. 78.

¹⁷⁵² ECHR, *Heaney and McGuinness v. Ireland*, Application No. 34720/97, 21.03.2001, para. 55.

zedelenmemesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁷⁵³ Bu kararlarda görüldüğü üzere hakkın özü, doğrudan ölçülülük ilkesi ilişkilendirilmemiş, bağımsız bir ölçüt olarak kullanılmıştır.

AİHM hakkın özünü aynı zamanda demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ilişkilendirerek ele almakta veya iki ölçüt arasında nedensellik bağı kurarak denetim yapmaktadır.¹⁷⁵⁴ Mahkeme, *Galstyan v. Armenia* davasında, devletin sadece gösteriye katıldıkları için katılımcılara yaptırım uygulanmasının barışçıl toplanma özgürlüğünün özüne zarar verdiğine, bu nedenle başvuranın barışçıl toplanma özgürlüğü hakkına yapılan müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı sonucuna varmıştır.¹⁷⁵⁵ O hâlde “hakkın özü” kullanımının, öncelikle ölçülülük, demokratik toplum düzeninin gerekleri gibi farklı ölçütler kapsamında değerlendirilerek değişkenlik gösterdiği söylenebilir. Öte yandan hakkın özü, bazı kararlarda görüldüğü gibi Mahkemenin değerlendirmesinde bazen de bağımsız bir ölçüt olarak kullanılmaktadır. Sonuç olarak AİHM’nin sınırlamaya ilişkin değerlendirmeleri incelendiğinde hakkın özü, ölçülülük ilkesi ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütlerinin birbiriyle sıkı sıkıya bağlı ölçütler olduğu çıkarımı yapılabilir.

AİHS’nin aksine “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (*European Union Charter of Fundamental Rights*)” temel hakların sınırlanmasında hakkın özü (*essence of right*) ölçütünü açıkça düzenlemiştir. Şart m. 52/1’e göre

“Bu Şart tarafından tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasına getirilecek her türlü sınırlama kanunla öngörülmeli ve bu hak ve özgürlüklerin özüne saygı göstermelidir. Ölçülülük ilkesine tabi olmak kaydıyla, sınırlamalar ancak gerekli olmaları ve Birlik tarafından tanınan

¹⁷⁵³ ECHR, *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, Application No. 5809/08, 21.06.2016, paras. 129, 151.

¹⁷⁵⁴ Esen, “Notion of ‘Essence of the Right’ and the Turkish Constitutional Court’s Approach as a Limit to the Restriction of the Rights and Freedoms,” s. 377.

¹⁷⁵⁵ ECHR, *Galstyan v. Armenia*, Application No. 26986/03, 15.02.2008, para. 117.

genel yarar hedeflerini veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma ihtiyacını gerçekten karşılamaları halinde yapılabilir.”

Şart, hakkın özünün yanı sıra kanunilik, ölçülülük, nedene bağlılık ve gereklilik ölçütlerini de belirlemiştir. Bu bağlamda Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) da kavramın anlamı ve önemi hakkında bir açıklama yapmadan, içtihatlarında öz kavramını kullanmıştır. ABAD *Maximillian Schrems* davasında, müdahalenin kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel hakkın ve özel yaşama saygı hakkının özünü tehlikeye attığını belirterek hakkın özü ölçütünden ihlal kararı vermiştir. ABAD’a göre bir bireyin kendisine ilişkin kişisel verilere erişmek veya bu verilerin düzeltilmesini veya silinmesini sağlamak için yasal yollara başvurmasına olanak sağlamayan kanun, Şart m. 47’de yer alan etkili yargısal korumaya ilişkin temel hakkın özüne saygı göstermez. Aynı şekilde kamu makamlarının elektronik haberleşmelerin içeriğine genel anlamda erişimine izin veren kanun, Şart m. 7 ile güvence altına alınan özel yaşama saygı hakkının özüne zarar vermektedir.¹⁷⁵⁶

Hakkın özü Şart’ın yanı sıra, aynı zamanda çeşitli Avrupa Konseyi üye devletleri anayasalarında düzenlenmiştir. Örneğin kültürel kimlik hakkını tanıyan ülkelerden Polonya Anayasası m. 31/3,

“Anayasal özgürlüklerin ve hakların kullanılmasına ancak kanunla ve demokratik bir devlette güvenliğin veya kamu düzeninin korunması ya da doğal çevrenin, sağlığın veya genel ahlakın veya diğer kişilerin özgürlüklerinin ve haklarının korunması amacıyla ancak gerekli olan hallerde sınırlama getirilebilir. Bu tür sınırlamalar özgürlüklerin ve hakların özünü ihlal edemez.”

¹⁷⁵⁶ CJEU, *Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner*, Case C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, 23.09.2015, para. 94,95.

düzenlemesiyle hakkın özünün de içinde olduğu güvenceli bir sınırlama rejimi belirlemiştir. Slovakya Anayasası da (m. 13/4) temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında hakkın özüne dokunulamayacağını belirtmiştir.

AFİHK ve AFİHM de hakkın özü açısından denetim yapmaktadır. Komisyon davasında Kenya devletinin müdahalesinin hakkın özüne zarar verdiğini belirterek açıkça hakkın özünü denetimde bir ölçüt olarak kullanmıştır. Komisyon kırsal bir topluluğun atalarının topraklarından uzaklaştırılmaya zorlanmasını ve böylece onların kültürel ve dinsel uygulamalarından, ayrıca geçim ve kalkınma araçlarından mahrum bırakılmasını; özellikle Afrika Şartı m. 17 ile ilgili olarak hayvanlar için yaşamsal değerde olan doğal tuz kaynaklarına erişimin engellenmesini ihlal nedeni saymış; hayvanların, tuzun olmadığı yarı kurak topraklarda yaşamaya zorlanmasının Endorois'in pastoral yaşam tarzına büyük bir tehdit oluşturduğunu, dolayısıyla Endorois'in kültür(el kimlik) hakkının özünün zarar gördüğünü tespit etmiştir.¹⁷⁵⁷ Afrika Komisyonu *Endorois* Topluluğunun atalarından kalma topraklarındaki tüm yasal haklarından mahrum bırakılarak bir Av Koruma Alanı oluşturulmasının ve Topluluğun topraklarından tahliye edilmesinin (kültürel kimlik hakkını da içeren) mülkiyet hakkının özünü ihlal ettiğini ve böyle bir müdahalenin “toplumun genel menfaati” veya “kamu ihtiyacı” ile gerekçelendirilemeyeceğini belirtmiştir.¹⁷⁵⁸

AFİHM “*African Commission v. Republic of Kenya*” davasında ortak menfaatin sağlanması amacıyla Ogiek nüfusunun kültürel haklarının sınırlaması anlamına gelen Mau Orman Kompleksi'nin doğal çevresinin korunma altına alınmasının, ilke olarak haklı görülebileceğini belirtmiştir. Ancak Taraf Devletin kültür(el kimlik) hakkına müdahale edilmesini gerektiren bir ortak çıkarın varlığını ileri sürmesinin tek başına, hakkın sınırlandırılması veya hakkın özünün bütünüyle ortadan kaldırılması için yeterli

¹⁷⁵⁷ ACHPR, *Endorois Welfare Council v. Kenya*, para. 251.

¹⁷⁵⁸ ACHPR, *Endorois Welfare Council v. Kenya*, para. 215.

olmayacağını belirtmiştir. Mahkeme bunun yerine Taraf Devletin, müdahalesinin gerçekten de ortak bir çıkarı koruma ihtiyacından kaynaklandığını kanıtlaması gerektiğini ifade etmiş; ayrıca Şart ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklere yönelik her müdahalenin gerekli olması ve bunun elde edilmek istenen meşru amaçla orantılı olması gerektiğine karar vermiştir.¹⁷⁵⁹

Hakkın özü ölçütü Federal Alman Cumhuriyeti Anayasasından mülhem olarak 1961 Anayasasının orijinal metninde en baştan itibaren düzenlenmiştir.¹⁷⁶⁰ 1982 Anayasası her ne kadar orijinal metninde hakkın özü yerine, demokratik toplum düzeninin gereklerini getirmiş olsa bile¹⁷⁶¹ 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliği sonucunda hakkın özü ölçütüne de sahip olmuştur. Fakat Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde ölçütün Anayasada düzenlenmediği zaman aralığında da temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerde hakkın özü ölçütünü gözetmiş; demokratik toplum düzeninin gerekleriyle birlikte hakkın özüne dokunan sınırlamaların yapılamayacağını belirtmiştir.¹⁷⁶² Diğer bir ifadeyle Anayasa Mahkemesi kuruluşundan bu yana her iki Anayasanın tüm dönemlerinde sınırlama denetiminde hakkın özü ölçütünü uygulamıştır. Mahkeme 1961 Anayasası döneminde denetim yaparken aynı zamanda hakkın özü kavramını çeşitli kararlarında açıklamıştır. Buna göre bir hak ve özgürlüğü,

*“... açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir biçimde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikteki yasal sınırlamalar ...”*¹⁷⁶³

hakkın özüne dokunur. Yine Anayasa Mahkemesine göre,

¹⁷⁵⁹ African Court on Human and Peoples' Rights, *African Commission on Human and Peoples' Rights v Republic of Kenya*, para. 188.

¹⁷⁶⁰ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 115.

¹⁷⁶¹ Turhan, “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere,” s. 402.

¹⁷⁶² Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 117.

¹⁷⁶³ AYMK, E. 1962/208, K. 1963/1 KT: 04.01.1963, RG: 13.03.1963-11354.

“... bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halindedir ki o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz konusu edilebilir.”¹⁷⁶⁴

Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili kararlarına bakıldığında hakkın özü kavramına yüklenen anlamın değişkenlik gösterdiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde bir kararında temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hale getiren sınırlamaların hakkın özüne dokunduğunu belirtmiştir.¹⁷⁶⁵ Mahkeme bu dönemdeki bir diğer kararında ise hakkın özünün, dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan çekirdek alanı ifade ettiğini; bir yönüyle her temel hak açısından kişiye dokunulmaz, güvenceli bir asgari alan sağladığını belirtmiştir.¹⁷⁶⁶ O hâlde Anayasa Mahkemesine göre, bir hak ya da özgürlüğün amacına uygun olarak kullanılmasını zorlaştıran ya da onu kullanılamaz bir hale getiren bir müdahale ortaya çıktığında o hak veya özgürlüğün özüne dokunulmuş olur. Öte yandan hakkın özü, kişiye dokunulmaz, güvenceli asgari bir norm alanı sağlar. Bu kararlar ışığında Anayasa Mahkemesinin mutlak öz teorisini benimsemiş olduğu söylenebilir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin göreceli öz teorisini de kabul ettiği ifade edilebilir. Zira Mahkemenin birbirinin yerine ikame olacak şekilde hakkın özü ve ölçülülük ilkesini demokratik toplum düzeninin gerekleriyle birlikte kullandığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi bir temel hakkın özünü ortadan kaldıran sınırlamanın, aynı zamanda demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olacağı sonucuna vararak her iki ölçütü birlikte ve birbiriyle bağlı olarak kullanmaktadır. Diğer bir ifadeyle Anayasa

¹⁷⁶⁴ AYMK, E. 1963/17, K.1964/84 KT: 08.04.1963, RG: 17.07.1963-11456.

¹⁷⁶⁵ AYMK, E. 2010/83, K. 2012/169, KT: 01.11.2012, RG: 12.07.2013-28705.

¹⁷⁶⁶ AYMK, E. 2018/78, K. 2022/114, KT: 13.10.2022, RG: 02.03.2023-32120.

Mahkemesi demokratik toplum düzeninin gereklerini hakkın özü ölçütüyle özdeşleştirerek denetim yapmaktadır.¹⁷⁶⁷ Örneğin Anayasa Mahkemesine göre,

“... yapılan sınırlama hak ve özgürlüğün özüne dokunarak, kullanılmasını durduruyor veya aşırı derecede güçleştiriyorsa, etkisiz hale getiriyorsa veya ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlama aracı ile amacı arasındaki denge bozuluyorsa demokratik toplum düzenine aykırı olacaktır.”¹⁷⁶⁸

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin yaklaşımına benzer biçimde temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan, onların kullanılmasını aşırı derecede güçleştiren bir müdahalenin, ölçülü bir müdahale sayılmayacağını ve bu nedenle demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olacağını belirterek ölçülülük, hakkın özü ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütlerini birbirleriyle bağlantılı olarak kullanmaktadır.¹⁷⁶⁹

Anayasa Mahkemesine göre hakkın özü, her temel hak ve özgürlük bakımından farklılık gösterir.¹⁷⁷⁰ Bir müdahalenin hakkın özüne dokunmadığının kabul edilebilmesi için sınırlamanın, temel hakkın kullanılmasını ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşımaması gerekir.¹⁷⁷¹

Örneğin Anayasa Mahkemesine göre

“Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz... Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde

¹⁷⁶⁷ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 118-119.

¹⁷⁶⁸ AYM, *Fatih Taş Kararı*, Başvuru No: 2013/1461, 12.11.2014, para. 93.

¹⁷⁶⁹ Polat Akgün, *Sanat Özgürlüğü*, s. 368.

¹⁷⁷⁰ AYM, E. 1963/128, K. 19634/8 KT: 28.01.1964, RG: 17.4.1964/11685.

¹⁷⁷¹ AYM, *Mehmet Ali Aydın Kararı*, para. 66.

değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak; istisnâ olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmamasıdır."¹⁷⁷²

Mahkeme 1982 Anayasası hazırlık çalışmalarının aksine, hakkın özü ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütlerini birbirinin alternatifi olarak değil, birbirini tamamlayan veya tanımlayan ölçütler olarak ele almıştır. Zira Mahkemeye göre hakkın özüne dokunulamaması demokratik toplum düzeninin gereklerindedir.¹⁷⁷³ Alıntılanan kararda da görüldüğü gibi Mahkeme hem hakkın özünü hem ölçülülüğü hem de demokratik toplum düzeni ölçütlerini birlikte kullanmaktadır.¹⁷⁷⁴ Mahkemeye göre Anayasanın m. 13'te yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan bu ölçütler, bir bütünün parçaları olup demokratik bir hukuk devletinin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır.¹⁷⁷⁵ Hatta Anayasa Mahkemesinin bu ölçütler arasında da bir sıralama yaptığı savunulabilir. Zira Mahkeme sınırlama rejiminin denetiminde hakkın özü ölçütünü en başa olarak öze dokunan sınırlamaların, "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük" ilkelerine evleviyetle aykırı olacağını belirtmiştir. Dolayısıyla bir temel hak ve özgürlüğün özüne dokunan bir sınırlama varsa "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük" ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek kalmaz.¹⁷⁷⁶

¹⁷⁷² AYMK, E. 1985/8, K. 1986/27, KT: 26.11.1986; RG: 14.08.1987-19544.

¹⁷⁷³ Arslan, "Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler," s. 151.

¹⁷⁷⁴ Benzer yönde kararlar için bkz. AYMK, E. 1988/14, K. 1988/18, KT: 14.06.1988, RG: 14.07.1988-19872; AYMK, E. 1997/59, K. 1998/71, KT: 18.11.1998, RG: 16.01.2000-23935; AYMK, E. 1997/75, K. 1999/10, KT 13.04.1999, RG: 18.04.2000-24024; AYMK, E. 2013/108, K. 2014/15, KT: 29.01.2014, RG: 09.05.2014-28995; AYMK, E. 2014/177, K. 2015/49, KT: 14.05.2015, RG: 11.06.2015-29389.

¹⁷⁷⁵ AYM, *Mehmet Ali Aydın Kararı*, para. 72.

¹⁷⁷⁶ AYM, *Mehmet Ali Aydın Kararı*, para. 67.

Her temel hak ve özgürlüğün olduğu gibi kültürel kimlik hakkının da korunması gereken ve değişkenlik gösteren bir özü vardır. Sınırlamanın bir sınırı olarak hakka yönelen müdahalenin öze dokunmaması gerekir. Daha önce de belirtildiği gibi kültürel kimlik hakkı oldukça geniş bir norm alanına sahip bir temel haktır. Kültürel kimlik hakkına getirilen bir sınırlamanın, hakkın özüne yönelik bir müdahale niteliğinde olup olmadığını tespit etmek için geniş norm alanında ayrı ayrı inceleme yapmak, kültürel kimliğin olabildiğince somut görünümleri üzerinden sınırlama rejimini uygulamak gerekir. Bu bağlamda kişilerin ve toplulukların paylaştığı, sıklıkla değer verdikleri ve kolektif kimliklerini şekillendiren ve tanımlayan kültürel değerleri kullanılmaz hale getiren, kullanılmasını oldukça güçleştiren bir müdahale olduğunda hakkın özüne dokunulmuş olur. Yine bir kişinin kültürel kimliğini özgürce seçmesini veya istediği kültürel toplulukla özdeşleşmesini açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde uygulanamaz hale koyucu; kültürel uygulamaların ve yaşam tarzlarının hayata geçirilmesini fevkalade güçleştiren veya anlamsız kılan; somut ve somut olmayan kültürel mirasa ulaşılmasını olanaksız hale getiren sınırlamalar hakkın özüne zarar veren müdahaleler olarak nitelendirilebilir. Örneğin yerli halklar, romanlar gibi farklı ve geleneksel bir yaşam tarzına sahip kişi topluluklarının yaşam tarzlarına yapılacak bir müdahale onların kültürel kimliklerine zarar verici nitelik taşıyabilir.

Öte yandan kültürel kimlik hakkının özünün, asli çekirdeğinin bölgeden bölgeye, coğrafyadan coğrafyaya, ülkeden ülkeye veya topluluktan topluluğa değişkenlik gösterebileceğini belirtmek gerekir. Dolayısıyla kültürel kimlik hakkı bakımından her sınırlamanın somut olarak kendi koşullarında değerlendirilmesi gerekir. Örneğin mülkiyet hakkının yerli halklar için ifade ettiği anlam ile bölgedeki diğer sıradan kişiler için taşıdığı anlam farklılık arz eder. Toprak mülkiyeti öncelikle yerli halklar için sıradan, tek boyutlu bir hak olmayıp kolektif bir nitelik taşır. Toprak mülkiyeti aynı zamanda yerli halkların yaşam tarzlarını sürdürmesi, kültürel miras ve kimliklerini yaşatması ve

koruması için yaşamsaldır. Bu toplulukların yaşamış oldukları bölgeden koparılmaları tek başına mülkiyet hakkının özüne zarar vermez, aynı zamanda kültürel kimlik haklarına da dokunur. Çünkü toprak onlar için aynı zamanda yaşam tarzı, kültürel olarak hayatta kalmadır. Dolayısıyla hakka getirilecek sınırlamalar somut olaya göre kendi koşullarında değerlendirilmelidir.

VII. KÜLTÜREL KİMLİK HAKKININ KÖTÜYE KULLANILAMAMASI

Hakkın kötüye kullanılması hak yararlanıcısının hakkını, hakkın olağan amacıyla değil başka bir amaçla kullanmasıdır. Bir hak, salt başkasına zarar vermek kastıyla kötüye kullanılabilir gibi, olağan amacı dışında kullanıldığında veya gayrimeşru ya da gayriahlaki olarak kullanıldığında kötüye kullanılmış olur.¹⁷⁷⁷ Hakkın kötüye kullanılmaması temel bir hukuk ilkesidir ve hukuk, kötüye kullanılan bir hakkı korumaz. Bu nedenle hiçbir temel hak ve özgürlük kötüye kullanılmaz.¹⁷⁷⁸ Birçok uluslararası ve ulusal hukuk belgesi insan haklarının veya temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını yasaklar. Örneğin BM İHEB (m. 29/2), Bildirge ile tanınan hak ve özgürlüklerin hiçbir durumda BM'nin amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılmayacağını belirtmiştir. Yine Bildirge (m. 30), Bildirge'de tanınan hiçbir hükmün, herhangi bir devlete, gruba veya kişiye Bildirge ile tanınan hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik bir faaliyette bulunma veya bir eylem gerçekleştirme hakkı verir şekilde yorumlanamayacağını belirtmiştir. Benzer şekilde ESKHS (m. 5), MSHS

¹⁷⁷⁷ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 303-308.

¹⁷⁷⁸ Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 9. Baskı (İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1992), s. 92.

(m. 5),¹⁷⁷⁹ AİHS (m. 17)¹⁷⁸⁰ ve AMİHS (m. 29)¹⁷⁸¹ ortak olarak sözleşmelerde güvence altına alınan hiçbir hükmün, herhangi bir Devlete, gruba veya kişiye, sözleşmelerde tanınan hak ve özgürlüklerden herhangi birinin yok edilmesini veya bu sözleşmelerde öngörülenden daha geniş ölçüde sınırlandırılmasını amaçlayan herhangi bir faaliyette bulunma veya eylemde bulunma hakkı verecek şekilde yorumlanamayacağını ifade etmiştir. Kültürel Çeşitlilik Evrensel Bildirgesi (m. 4) hiç kimsenin uluslararası hukuk tarafından garanti altına alınan insan haklarını ihlal etmek veya bunların kapsamını sınırlamak için kültürel çeşitliliğe başvuramayacağını düzenler. BM YHHB (m. 34) yerli halkların kendilerine özgü gelenek göreneklerini, ritüel ve hukuk sistemlerini uluslararası insan hakları standartlarına uygun olarak teşvik etme, geliştirme ve sürdürme hakkına sahip olduğunu belirtir. BM Ulusal veya Etnik, Dinsel ve Dilsel Azınlıklara Ait Kişilerin Hakları Bildirgesi (m. 4) ancak ulusal hukuku ihlal eden ve uluslararası standartlara aykırı olan durumlar haricinde, belirli kültürel uygulamaların, gelenek ve göreneklerin sürdürülmesini ve ifade edilmesini korur.

¹⁷⁷⁹ ESKHS ve MSHS m. 5, “*Bu Sözleşme'nin hiçbir hükmü, herhangi bir Devlete, gruba ya da kişiye, Sözleşme ile tanınan hakların ya da özgürlüklerin herhangi birinin ortadan kaldırılmasına ya da bu Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmasına yönelik bir eyleme girişme ya da bir davranışta bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz.*”

¹⁷⁸⁰ AİHS m. 17 “*Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verecek şekilde yorumlanamaz.*”

¹⁷⁸¹ AMİHS m. 29, “*Bu Sözleşme'nin hiçbir hükmü:*
Herhangi bir Devlet, grup veya kişinin bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını engelleyecek biçimde veya bunları burada öngörülenden daha fazla kısıtlamasına izin verecek şekilde yorumlanamaz;
Herhangi bir Taraf Devletin yasaları veya söz konusu devletlerden birinin taraf olduğu başka bir sözleşme uyarınca tanınan herhangi bir hak veya özgürlüğün kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını kısıtlayacak şekilde yorumlanamaz.”

1961 Anayasası orijinal metninde temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması ile ilgili bir düzenleme içermezken 1971 yılında değişiklikle m. 11'e 3. ve 4. fıkralar eklenmiştir. Buna göre,

“Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz.

Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir.”

1982 Anayasası da temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmayacağını belirtmiştir. 1982 Anayasası m. 14 orijinal metni,

“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayırımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar.

Bu yasaklara aykırı hareket eden veya başkalarını bu yolda teşvik veya tahrik edenler hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.

Anayasanın hiçbir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz.”

şeklinde düzenlenirken 2001 Anayasa değişikliğinden sonra AİHS'ye benzer bir hüküm içermiştir.

“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.”

1961 ve 1982 Anayasalarının dikkat çeken bir özelliği, diğer uluslararası hukuk belgelerinden farklı olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamını genişletmiş olmasıdır. Uluslararası hukuk belgeleri genellikle bir hak ve özgürlüğü korumak amacıyla kötüye kullanma yasağı getirirken anayasalarımız buna ek olarak, devleti de hakkın kötüye kullanılması yasağına karşı korumayı arzu etmiştir. Buna göre, farklı olarak hiçbir hak ve özgürlük devletin ülkesi ve milletin bölünmez bütünlüğünü bozacak ve demokratik ve laik cumhuriyeti ortadan kaldıracak şekilde kullanılamaz. Dolayısıyla anayasalarımızda hakkın kötüye kullanılması kapsamının daha geniş olduğu ifade edilebilir. Anayasalarımızdaki bu düzenleme yönteminin militan demokrasi anlayışından geldiği söylenebilir. Zira bu anlayışa göre temel hak ve özgürlüklerin özgür, hür demokratik düzeni yıkmak için kullanılması hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir. Hiçbir hukuk hakkın kötüye kullanılmasını korumaz. Dolayısıyla demokratik hukuk devleti, kendini hakkın kötüye kullanılmasına karşı korumalı, hakkı kötüye kullananlarla mücadele etmelidir.¹⁷⁸² Bu bağlamda anayasalarımızın, temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmamasında neyi yasaklayıp yasaklamadıkları konusunda tartışmalar yaşanmış, 1971’de yapılan değişiklikle eklenen “ortadan kaldırma” lafzının bir eylemi ifade ettiği, düşünceyi açıklamanın bu kapsama girmediği genel olarak kabul edilmiştir.¹⁷⁸³ Ayrıca bir temel hak ve özgürlüğün ortadan kaldırma kastıyla kullanılmasının ancak söz konusu eylemle “açık ve yakın” bir nedensellik bağı içinde

¹⁷⁸² Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 311, 319.

¹⁷⁸³ Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, s. 148; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 156.

olması durumunda hakkın kötüye kullanma yasağı kapsamına gireceği ifade edilmiştir.¹⁷⁸⁴ Anayasalarımız kendi arasında kıyaslandığında 1982 Anayasasının son şekline göre kötüye kullanma hallerinin azaldığı, çok sayıdaki kavram yığınının sadeleştirildiği, eylemlerin bozma ve ortadan kaldırmaya indirildiği görülmektedir.¹⁷⁸⁵ Netice itibariyle hakkın kötüye kullanılma yasağının dar yorumlanması gerektiği ifade edilebilir. Zira 2001 anayasa değişikliğinden sonra AİHS'ye paralel bir şekilde kullanılan "faaliyet" kavramıyla eylemlerin kastedildiğinin kabul edilmesi özgürlükçü anlayışa daha uygun bir yaklaşım olacaktır.¹⁷⁸⁶

Tüm temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi kültürel kimlik hakkı da kötüye kullanılamaz. Kültürel kimlik hakkı açısından kötüye kullanmanın kapsamını belirlerken bunu, eylemlerle sınırlı tutmak, düşünce açıklamalarını kapsam dışında bırakmak daha doğru bir seçenek gibi görünmektedir. Birçok izleme organının kültürel kimlik hakkının kötüye kullanılmasının örnekleri olarak ele aldığı uygulamaların eyleme dönüşen faaliyetler olduğuna dikkat edilirse düşünceyi açıklama, ifade etme şeklindeki kültürel kimlik hakkı kullanımlarının kötüye kullanma olarak yorumlanamayacağına ilişkin tez de desteklenmiş olur. O hâlde kültürel kimlik hakkının kötüye kullanılması zorla evlilik, başlık parası, kadın sünneti, miras konusunda erkeklere kıyasla kadınlara daha az hak tanınması veya kadınların mirastan tamamen yoksun bırakılması gibi ancak eyleme dönüşen zararlı kültürel geleneklerde ortaya çıkabilir.¹⁷⁸⁷ Nitekim BM sisteminde "zararlı geleneksel uygulamalar" (*harmful traditional practices*) kapsamında ifade edilen kadın sünneti, namus cinayeti tarzı uygulamalar gelenek ve görenek, kültür gibi faktörlere

¹⁷⁸⁴ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s. 135.

¹⁷⁸⁵ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 156.

¹⁷⁸⁶ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 121.

¹⁷⁸⁷ Donders, "From Controversy to Celebration," s. 76.

bağlanır.¹⁷⁸⁸ Kültürel kimlik adı altında her türden kültürel uygulamanın hayata geçirilmesi veya sınırsız bir kültürel kimlik hakkı anlayışı kabul edilemez. Aksi bir durum kültürel kimlik hakkının açıkça kötüye kullanılmasına neden olur. Diğer bir ifadeyle uluslararası insan hakları belgeleri veya temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı anayasa hükümleriyle açık bir çatışma içine giren veya hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilebilecek kültürel uygulamaların, kültürel kimlik hakkı kapsamında korunmasından bahisle meşrulaştırılması düşünülemez. Nitekim bazı BM izleme organları, aynı zamanda kültürel kimlik hakkının kötüye kullanılmasının örnekleri olarak ele alınabilecek zararlı uygulamalar hakkında değerlendirmelerini ve görüşlerini sunmuştur. Örneğin CEDAW Komitesi, 1990 yılında hakkı kötüye kullanmanın bir örneği olarak kadın sünneti hakkında bir Genel Tavsiye kabul ederek devletleri, kadınların sağlığına zararlı uygulamayı ortadan kaldırmaya çağırmıştır.¹⁷⁸⁹ Komite, 1992 yılında kabul ettiği kadına yönelik şiddete ilişkin Genel Tavsiye Kararında, kadınların erkeklere tâbi tutulmasıyla ve kalıplaşmış birtakım rollerin benimsenmesiyle ortaya çıkan geleneksel tutumların yol açtığı zorla evlendirme ve kadın sünneti gibi cebir içeren yaygın uygulamaların, kadınları Sözleşmeyle korunan haklarından mahrum bıraktığını tespit etmiştir.¹⁷⁹⁰ 2014 yılında CEDAW ve Çocuk Hakları Komiteleri zararlı uygulamalar hakkındaki ortak Genel Yorumda özellikle kadın sünneti, çocuk evliliği ve zorla evlendirme, çok eşlilik ve sözde namus adına işlenen suçları zararlı kültürel uygulama örnekleri olarak açıklamıştır.¹⁷⁹¹ Örneklenen uygulamalar, kültürel kimlik hakkının bir parçası olarak meşrulaştırılmaya çalışıldığı zaman hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilerek uluslararası hukuk kurumları ve anayasa hükümleri

¹⁷⁸⁸ Yakın Ertürk, “Kadına Şiddet Olgusunu Kavramlaştırmak,” *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi* 13, Sayı:1 (2020), s. 6.

¹⁷⁸⁹ Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *General Recommendation No. 14*.

¹⁷⁹⁰ Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *CEDAW General Recommendation No. 19*, para. 11.

¹⁷⁹¹ Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *CEDAW Recommendation No. 31*.

ışığında korumadan yoksun bırakılabilir. Hemen hemen bütün çağdaş hukuk sistemlerine egemen olan hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi, yani herhangi bir hak veya özgürlüğün ister bir devlet ister kişi veya topluluk olsun hiç kimseye, hukukça tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların hukuk belgelerinde öngörölmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir faaliyette ya da eylemde bulunma hakkı verecek şekilde yorumlanamaması, bu uygulamaları korumasız kılmaktadır.

Devletin kültürel uygulamaları koruması yönündeki argümanlar kültürel topluluklar tarafından, genellikle topluluğun kimlikle ilgili çıkarlarının ve değerlerinin tehlikede olduğu ve böyle bir korumanın yokluğunda tehdit altında olduğu gerekçesiyle ileri sürölür.¹⁷⁹² Fakat koruma amacını aşan nitelikteki kültürel çeşitliliğe ilişkin kimlik politikaları, bir açıdan kültürü bir çekişme alanı veya kültürel kimliği bir baskı aracı haline getirerek kötüye kullanılabilir.¹⁷⁹³ Kültür ve kültürel kimlik, çeşitli toplumsal rol ve kimlik kalıplarına gerekçe olarak bir sığınak veya birincil kaynak olarak suistimal edilebilir. Kültürel kimliğin yerleşik yorumları, bir temel hak ve özgürlüğün parçası olarak zararlı uygulamaları mazur göstermek amacıyla kullanılabilir, herhangi bir zamanda meşrulaştırılabilir ve bir topluma veya topluluğa dayatılabilir.¹⁷⁹⁴ Diğer bir ifadeyle kültürel hoşgörü açıkça kültürel toplulukların kendi içlerindeki baskı ve adaletsizliğin bir perdesi olarak kötüye kullanılabilir.¹⁷⁹⁵ Günümüzde zararlı kültürel uygulamalar dikkate alındığında, kültürel görecelik bir açıdan uluslararası insan hakları

¹⁷⁹² Avigail Eisenberg, "Identity and Liberal Politics: The Problem of Minorities Within Minorities," in *Minorities Within Minorities: Equality, Rights, and Diversity* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), s. 249.

¹⁷⁹³ Shahrzad Mojab, "The Politics of Theorizing 'Islamic Feminism': Implications for International Feminist Movements," in *Women Living Under Muslim Law*, ed. Harsh Kapoor (London: Dossier, 2001), s. 71.

¹⁷⁹⁴ Yakın Ertürk, "Intersections Between Culture and Violence Against Women," Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes and Consequences, 2007, s. 9-12, 19, U.N. Doc. A/HRC/4/34.

¹⁷⁹⁵ Kukathas, "Are There Any Cultural Rights?," s. 251.

standartlarının uygulanmasının önünde önemli bir engel ve kadınların insan hakları ihlallerinin bir aracı olarak hizmet eder bir durum alır. Zira birçok ülkede, kültürel kimliğe, gelenek ve göreneklere ve azınlık veya yerli kültürel değerlere dayalı iddialar, birtakım baskın yerel kurumlar tarafından kadınlara ve kız çocuklarına yönelik şiddet eylemlerini mazur göstermek için kullanılmaktadır.¹⁷⁹⁶

Kültürel kimliğin bir parçası olarak değerlendirilebilecek yaygın bir uygulama kadın sünnetidir. BM Özel Raportörü Warzazi'nin kapsamlı nihai raporuna göre, kökeni tam olarak belirlenemeyen, Hristiyanlık ve İslam'dan önce var olduğuna inanılan kadın sünnetinin farklı birçok nedeni olmakla birlikte bunlardan bazıları, din, gelenek, kültür, doğurganlıktır. Kadın sünneti uygulaması 2000'lerin başına kadar Afrika'da en az yirmi beş ülkede görülmüştür. Somali, Cibuti, Sudan'ın kuzeyi, Etiyopya'nın bazı bölgeleri, Mısır ve Mali, Gambiya, Gana'nın kuzey kesimi, Nijerya, Liberya, Senegal, Sierra Leone, Gine, Gine Bissau, Burkina Faso, Benin'in bazı bölgeleri, Fildişi Sahili, Tanzanya'nın bazı bölgeleri, Togo, Uganda, Kenya, Çad, Orta Afrika Cumhuriyeti, Kamerun ve Moritanya'da farklı türlerde kadın sünnetlerinin olduğu yerlerdir. Son veriler uygulamanın bazı Avrupa ülkelerindeki ve Avustralya'daki göçmen topluluklar arasında da gerçekleştirildiğini ortaya koymuştur. Sünnetin yapıldığı yaş, Etiyopya'nın bazı bölgelerinde olduğu gibi birkaç günlük çocuklardan başlamakta Mısır'da yedi yaşına ve Batı Afrika'da ergenliğe kadar çıkmaktadır.¹⁷⁹⁷ Uygulamaya maruz kalanların büyük ölçüde kırsal kesimlerde geleneksel toplumlarda yaşayan kadınlar olduğu görülürken uygulama, gerçek anlamda sağlık riskleri barındırmaktadır. Uygulamanın kısa ve uzun

¹⁷⁹⁶ Yakın Ertürk, "The Due Diligence Standard as a Tool for the Elimination of Violence against Women," Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences, 2006, para. 66, E/CN.4/2006/61; Radhika Coomaraswamy, "Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective," Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences, 2002, E/CN.4/2002/83.

¹⁷⁹⁷ Halima Embarek Warzazi, "Study on Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children: Final Report," 1999, s. 3-4, E/CN.4/Sub.2/1991/6.

vadede çok açık bir şekilde sağlığa zararlı etkilerinin olduğu bilimsel olarak ispatlanmıştır. Kanama, enfeksiyon hemen görülen sonuçlar olurken keloid oluşumu, enfeksiyon sonucu kısırlık, engellenen doğumlar, psikolojik komplikasyonlar daha sonraki etkiler olarak belirlenmiştir.¹⁷⁹⁸

İnsan sağlığına açıkça zararlı olan kadın sünneti, kişinin maddi ve manevi bütünlüğü hakkına açıkça zarar verir nitelikte bir kültürel uygulamadır. Dolayısıyla hakkın hukukça tanınmış olduğu durumlarda uygulama, öncelikle hakkın kötüye kullanılma yasağı ile engellenebilir. Zira din, gelenek görenek, kültürel kimlik gibi kisveler altında gerçekleştirilen uygulama, aynı zamanda kişinin maddi ve manevi bütünlüğü hakkını öngörülenden daha fazla sınırlamakta, hakkın asli çekirdeğine zarar vermektedir. “Kültürel Çeşitlilik Evrensel Bildirgesi”nin (m. 4) belirttiği üzere hiç kimse uluslararası hukuk tarafından güvence altına alınan insan haklarını ihlal etmek veya bunların kapsamını sınırlamak için kültürel çeşitliliğe başvuramaz.

Kadın sünneti gibi toplumsal normların ihlal edildiği iddiasıyla işlenen namus cinayetleri de kabul edilebilir geleneksel, kültürel uygulama biçimleri olarak değerlendirildiğinde¹⁷⁹⁹ çok açık hakkın kötüye kullanılma örneği teşkil eder. Bu uygulama diğer temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmanın ötesinde doğrudan yaşam hakkını ortadan kaldırarak suça vücut verir. Çocuk evliliği, zorla evlendirme gibi kültürel uygulamalar da hukukça tanınan diğer hak ve özgürlükleri öngörülenden daha fazla sınırlandırır niteliktedir. Çocuk evliliği kültürel kimliğin bir parçası olarak meşrulaştırılmaya çalışılırsa bu açık bir hakkın kötüye kullanılma örneği olur. Zira böyle bir kültürel uygulama çocuğun kişiliğini geliştirme hakkına açıkça zarar verir. Öte yandan

¹⁷⁹⁸ Warzazi, “Study on Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children: Final Report,” s. 4.

¹⁷⁹⁹ Ertürk, “The Due Diligence Standard as a Tool for the Elimination of Violence against Women,” para. 65.

çocuğun yaşam hakkı, eğitim ve öğrenim hakkı, sağlık hakkı gibi temel haklar da böyle bir uygulama karşısında öngörülenden daha fazla sınırlanır.

Evrensel olarak kabul görmüş değerleri, özellikle de zararlı kültürel uygulamaları meşrulaştırmak için hiçbir gelenek, görenek veya dinsel düşüncenin öne sürülemeyeceği, yani hakkın kötüye kullanılmaması ilkesini başarıyla uygulamak için bu tür söylemlerin arkasındaki meşrulaştırma sürecini ele almak ve anlamak gerekir. Bu bağlamda topluluk düzeyinde, aileleri ve diğer devlet dışı aktörleri de dahil ederek günlük yaşamda mevcut olan olumsuz uygulamaların temel nedenlerini anlamak ve kültür adına sürdürülen belirli uygulamaların baskıcı doğasına ilişkin farkındalığı artırmak için “kültürel müzakere” yaklaşımıyla temel hak ve özgürlüklerin güçlendirilip korunmasına çalışılabilir.¹⁸⁰⁰ Bu bağlamda BM Özel Raportörü Ertürk’ün belirttiği gibi, 25 Kasım 2006’da Kahire’deki El-Ezher Üniversitesinde toplanan seçkin İslam alimlerinden oluşan bir heyetin kadın sünnetinin zararlarına ilişkin içtihadı kültürel müzakerenin iyi bir örneği olarak ele alınabilir. Heyet, kadın sünnetinin bazı toplumlarda uygulanan ve birçok ülkede bazı Müslümanlar tarafından taklit edilse de kınanması gereken, yasak, miras alınmış bir gelenek olduğunu belirtmiştir. Heyet Kur’an-ı Kerim’de ve Peygamberin uygulamasında böyle bir geleneğin olmadığını açıklayarak ayrıca günümüzde uygulanan kadın sünnetinin kadınlara psikolojik ve fiziksel olarak zarar verdiğini ve insanlığa karşı cezalandırılabilir bir saldırı olarak görülmesi gerektiğini önermiştir. Ayrıca uygulamanın, İslam’ın en yüksek değerlerinden biri olan başkasına zarar vermeme ilkesi kapsamında durdurulması gerektiğini talep etmiş ve bunun suç sayılması çağrısında bulunmuştur.¹⁸⁰¹

¹⁸⁰⁰ Yakın Ertürk, “Towards an Effective Implementation of International Norms to End Violence against Women,” Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences, 2003, para. 55(b), E/CN.4/2004/66.

¹⁸⁰¹ Ertürk, “Intersections Between Culture and Violence Against Women,” s. 20.

Bu örnek ile görüldüğü gibi kültürel müzakere yöntemi işletilerek zararlı uygulamalar azaltılabilir veya engellenebilir.

Kültürel uygulamalar çok çeşitlilik gösterir ve bu da onların insan haklarıyla veya temel hak ve özgürlüklerle ilişkili olarak kabul edilebilirliği hakkında genel ifadelerde bulunmayı olanaksız hale getirir. Genel olarak temel hak ve özgürlüklerle ve uluslararası insan hakları normlarıyla açıkça çatışan kültürel uygulamalar, kültürel hakları savunmak için haklı gösterilemez. Kültürel toplulukların sahip olmuş olduğu haklar, ancak hukukun meşru görmüş olduğu sınırlar kapsamında geçerlidir. Kültürel toplumlar, iç yapılarını ve kurumlarını düzenlemek için belirli bir özgürlüğe, özerkliğe sahip olsalar da üyelerinin haklarını ve özgürlüklerini her zaman garanti etmeli ve onlara saygı göstermelidir. Bu haklara, topluluğun kültürel yaşamını belirleyen ve geliştiren karar alma süreçlerine katılma hakkı ve topluluğu terk etme hakkı da dahildir.¹⁸⁰² Diğer bir ifadeyle kültürel kimlik hakkı veya kültürel görecelik kapsamında kötüye kullanılan uygulamalara karşı bir çözüm, kişiyi kültürüne veya kültürel topluluğuna karşı korumaktır.¹⁸⁰³ Bu koruma yöntemi insan hakları hukukunda veya temel hak ve özgürlükler rejiminde en genel anlamda hakkın kötüye kullanılma yasağı ile sağlanmaya çalışılmaktadır. Hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesi konusunda daha özel, somut bir çözüm ise kültürel topluluktan ayrılma hakkının güvence altına alınmasıdır.

Kültürel haklar alanında uzman bir isim olan Kukathas'a göre zararlı kültürel uygulamalardan bağımsız olarak, bunun da ötesinde bireyin topluluktan ayrılma hakkı olmalıdır. Zira çoğu kültürel topluluk bir anlamda gönüllü birlikler değildir. Bunlarda üyelik genellikle bilinçli bir tercihten ziyade doğumla belirlenir ve birçok durumda, dışarıda doğanlar için katılma seçeneği yoktur. Kültürel toplumlar, üyelerin birleşme şartlarını ve bunları destekleyen otoriteyi meşru olarak kabul ettikleri ölçüde gönüllü

¹⁸⁰² Donders, "Cultural Heritage and Human Rights," s. 403.

¹⁸⁰³ Ertürk, "Kadına Şiddet Olgusunu Kavramlaştırmak," s. 6.

birlikler olarak kabul edilebilir. Böyle bir meşruluk bireyin topluluğa karşı “ayrılma hakkı” olmadan anlamsız olacaktır. Kukathas’a göre topluluğun otoritesinin temeli, kültürün devam etme hakkına, hatta var olma hakkına değil; üyelerinin rızasına dayanır. Bu üyelerin topluluktan ayrılma hakkı, üyelikten vazgeçme hakkı devredilemezdir.¹⁸⁰⁴

Kültürel azınlıkların üyelerine birtakım hakların verilmesi önemlidir. Çoğunluğa karşı azınlığı koruyan haklar, bazen içeride azınlığın kendi içindeki azınlıkların veya bireylerin haklarını ihlal etmesine neden olabilir. Azınlık topluluklarının haklarının olduğu yerde iç azınlıkların da aynı haklara sahip olması gerektiği düşünülebilir. Zira onlar da farklı azınlık grupları oluşturur. Öte yandan bireylerin de haklarının tanınması gerekir. Dolayısıyla iç azınlıkların üyeleri bir azınlık grubunun kendilerine davranış biçiminden hoşlanmazlarsa çıkış yetkilerini kullanabilir ve topluluktan ayrılabilir.¹⁸⁰⁵ Örneğin Britanya Kolombiya’sındaki Lyackson Kızılderili Topluluğunun bir üyesi olan ve topluluktan çıkış hakkını kullanmak isteyen David Thomas, bir vakada zorla ve rızası olmadan yakalanmış ve ruh dansı törenine dahil edilmiş, bu tören sırasında saldırıya uğramış, dövülmüş ve haksız yere alıkonulmuştur. Onu kaçıranlar (diğer toplulukların üyeleri) bu uygulamanın Thomas’ın kişisel haklarını ihlal etmesine rağmen eylemlerini, ruh dansı geleneklerini sürdürme konusunda kolektif haklara sahip olduklarına dayandırmışlardır. Mahkeme ise kişinin (David Thomas’ın), herhangi bir dine veya geleneğe inanmakta özgür olduğunu, kolektif haklarını kullandığını iddia eden herhangi bir topluluk tarafından zorlanamayacağını, somut olayda bireysel özgürlüklerin Aborjin halkının haklarına, geleneklerine tabi olmadığını belirtmiştir.¹⁸⁰⁶

¹⁸⁰⁴ Kukathas, “Are There Any Cultural Rights?,” s. 238.

¹⁸⁰⁵ Leslie Green, “Internal Minorities and Their Rights,” in *The Rights of Minority Cultures*, ed. Will Kymlicka (New York: Oxford University Press, 1995), s. 257, 262.

¹⁸⁰⁶ Supreme Court of Canada, *Thomas v. Norris*, [1992] 2 C.N.L.R. 139, para. 162.

Thomas v. Norris davasında da görüldüğü üzere kültürel topluluktan ayrılma hakkının koruyucu bir işlevinden söz edilebilir. Öte yandan ayrılma hakkının dönüştürücü bir işlevinin de olduğu söylenebilir. Koruyucu işlev, ayrılma nedeniyle savunmasız kalan topluluk üyelerinin maruz kalabilecekleri baskıya karşı korunmasını güvence altına alınmasını ifade eder. Buradaki argüman, topluluk üyesinin topluluktan ayrılma olasılığında baskı altında kalmaması için bir çıkış güvencesine sahip olmasını sağlamaktır. Ayrılma hakkının dönüştürücü işlevi ise ayrılmanın, bir topluluğun kültürel reformunu sağlamak için kültürel topluluğa baskı uygulanarak yanlış, zararlı uygulamaların unsurlarının iyileştirilmeye çalışılmasıdır. Dönüştürücü işlevin argümanı ise çıkış yoluyla kültürel yok oluşu önleyerek değişimi sağlamaktır.¹⁸⁰⁷ Bunun dışında ayrılma hakkı ile topluluğun, üyelerinin çıkarlarına daha duyarlı hale gelmesi sağlanarak¹⁸⁰⁸ dönüştürücü işleve başka bir boyut kazandırılabilir. Dolayısıyla topluluktan ayrılma hakkının koruyucu işlevi, topluluk üyelerine topluluğun zararlı uygulamalarına karşı çıkış hakkı vererek bir yaşam alanı sunarken; ayrılma hakkının dönüştürücü işlevi ise topluluk üyelerine çıkış hakkı verilmesi sonucunda zayıflama tehlikesi ile karşı karşıya kalan topluluğun zararlı uygulamalarını gözden geçirmesini sağlar. Şu durumda dönüştürücü işlev, topluluğun bir oto-kontrol ile kendisini içten düzeltmesinin, bireylerin haklarına daha duyarlı hale gelmesinin bir aracı olabilir.

Ayrılma hakkı diğer birtakım güvencelerle birlikte ESKHK'nin de dikkatini çekmiştir. Buna göre kültürel haklarından yararlanılırken ayrımcılık yapılmaması ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin güvence altına alınması için yasal ve diğer gerekli adımların atılması; herkesin kendisini bir veya daha fazla toplulukla özdeşleştirme veya özdeşleştirmeme hakkına ve bu tercihini değiştirme hakkına saygı gösterilmesi; azınlık gruplarına, yerli halklara veya diğer topluluklara mensup kişilerin kendilerini etkileyen

¹⁸⁰⁷ Reitman, "On Exit," s. 189-190.

¹⁸⁰⁸ Leslie Green, "Rights of Exit," *Legal Theory* 4, no. 2 (1998), s. 171.

yasa ve politikaların yapım ve uygulanmasına katılımın sağlanması gerekir.¹⁸⁰⁹ Dolayısıyla kültürel kimlik açısından katılma hakkı kadar ayrılma hakkı da yaşamsaldır. Fakat bu durumda kişinin topluluk üyesi olduğu için sahip olduğu haklardan yoksun kalma durumu ortaya çıkabilir.

CEDAW Sözleşmesi (m. 5(a)) Devletlere, erkekler ve kadınlar için kalıplaşmış rollere dayanan önyargıları ve geleneksel ve diğer tüm uygulamaları ortadan kaldırmak için erkeklerin ve kadınların sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirme konusunda somut bir yükümlülük yükler. ESKHK, Devletlerin yapısal ayrımcılık biçimlerini düzeltmek ve kültürel kimliklerine dayalı olarak bireylere ve topluluklara karşı her türlü önyargıyı ortadan kaldırmak için tedbirler alması gerektiğini belirtmiştir.¹⁸¹⁰ Komite ayrıca, kültürel yaşama katılma hakkının, dolayısıyla kültürel kimlik hakkının temel bir gereğinin, herkesin insan haklarına saygı göstererek kendi kültürel uygulamalarına katılabilmesi olduğunu ifade etmiştir.

VIII. KÜLTÜREL KİMLİK HAKKININ KORUNMASI

A. GENEL OLARAK

Bir hak ve özgürlüğün hukukça tanınması onun güvenceye kavuşturulduğu anlamına gelmez. Tanınma dışında etkin koruma mekanizmalarının da tesis edilmiş olması yaşamsaldır. Aksi takdirde hukuk belgeleri birer kâğıt parçasından ibaret kalabilir. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla hem uluslararası hem ulusal düzeyde çeşitli yargısal, yarı yargısal ve yargı dışı mekanizmalar ve araçlar tesis edilmiştir. Kültürel kimlik hakkı da bu mekanizmalar aracılığıyla korunabilir.

¹⁸⁰⁹ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 55.

¹⁸¹⁰ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 52.

Temel hak ve özgürlüklerin korunması için tesis edilen mekanizmaların en başında hukuk devleti gelmektedir. Hukuk devleti vatandaşların hukuksal güvenlik içinde oldukları, devletin eylem ve işlemlerinin de hukuk kurallarına bağlandığı bir sistemi ifade eder.¹⁸¹¹ Hukuk devleti ilkesi her şeyden önce devletin işlem ve eylemlerinin hukuka bağlılığını ifade eder. Bunu sağlayacak mekanizma ise devletin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi tutulmasıdır. Bu bağlamda hukuk devleti denilince ilk akla gelen, yürütmenin işlem ve eylemlerinin bağımsız yargı organlarınca denetlenmesidir. Fakat yürütmenin işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi tutulması tek başına vatandaşların hukuksal güvenliğini sağlamaya yetmez. Zira yürütmenin yargısal denetimi işlemlerin kanunlara uygunluğunu sağlar. Dolayısıyla buna ek olarak yasama işlemlerinin de bağımsız yargı organlarınca denetlenebilmesi gerekir ki, hukuk devleti ilkesi tam olarak gerçekleşsin.¹⁸¹²

Hukuk devleti ilkesi herhangi bir temel hak ve özgürlüğe bir müdahale olduğunda başvurulacak en temel araçtır. Bilindiği gibi temel hak ve özgürlüklerin bir güvencesi olarak inşa edilen devlet(ler), bir oksimoron olarak aynı zamanda temel hak ve özgürlükler için bir tehlike olabilmektedir. Hatta devlet, sahip olduğu yetki ve olanaklar sonucunda temel hak ve özgürlükler için tehlike arz eden başlıca kurumdur.¹⁸¹³ Bu noktada hukuk devleti, temel hak ve özgürlüklere bir müdahale gerçekleştirildiğinde müdahalenin kimden geldiğine bakılmaksızın kişilere hak arama özgürlüğü vererek bir güvence sağlar. Diğer bir ifadeyle yasama ve yürütme organları tarafından temel hak ve özgürlüklere bir müdahale gerçekleştiğinde bağımsız yargı organları, hukuk devletinin bir gereği olarak bu müdahalelerin hukuka uygun olup olmadığını denetleyebilir.

¹⁸¹¹ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 124.

¹⁸¹² Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 125-133.

¹⁸¹³ Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 132.

Devlet, tüm kurumlarıyla hakkı koruma kapsamında işlem ve eylemler gerçekleştirirken birtakım ödev ve sorumluluklar altına girer. Devletin ödev ve sorumlulukları aynı zamanda hakkın korunmasında bir araç olur ve devlet yükümlülüklerini yerine getirirken dolaylı olarak veya doğrudan doğruya hakkın korunması konusunda işlevler üstlenir. Devletin ödev ve sorumlulukları, aynı zamanda bir hakkın korunmasıyla ilişkili hukuksal bir alanı ifade eder. Kültürel kimlik hakkının negatif statü hakkı kapsamında bir hak olması, hakkın öncelikle karışmama yükümlülüğü çerçevesinde korunmasını gerektirir. Bu bağlamda devletin kültürel kimliğe dokunmaması dolaylı olarak hakkın korunmasını sağlayacaktır. Nitekim özellikle yargısal ve yarı yargısal organlar hakkı korumaya çalışırken en başta hakka yapılan müdahalelerin geçerli olup olmadığını denetler. Klasik haklar kişiyi devlete karşı koruyan haklardır. Bu bağlamda devlete düşen öncelikli görev kişiye karışmamaktır.¹⁸¹⁴ Öte yandan kültürel kimlik hakkının açık bir şekilde pozitif statü hakkı kapsamında bir hak olması gerek hakkın kullanılması gerekse korunması kapsamında devletin birtakım olumlu edimlerini gerektirir. Günümüzde haklar konusunda devletin sorumlulukları önemli ölçüde genişlemiştir. Devletin sorumluluğu yalnızca doğrudan bir hakkın ihlal edilmesi ile sınırlı olarak anlaşılamaz. Aynı zamanda devlet, devlet güvencesi altında olan bir hakkın korunması konusunda başarısız olduğunda sorumluluk sahibi olur.¹⁸¹⁵ Şu hâlde devlet, yerine getirmesi gereken bir edimi yapmadığında ve bunun sonucunda bir zarar ortaya çıktığında ihmalden sorumlu olacaktır.

Gerçekten de insan hakları kuruluşları uzun zamandır devletin hem işlem ve eylemlerini hem de ihmallerini insan hakları ihlallerinin kaynağı olarak görmektedir.¹⁸¹⁶ BM tarafından 1970’te hazırlanan bir rapor da devletlere karşı açılan davalarda,

¹⁸¹⁴ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 72.

¹⁸¹⁵ Waisman, “Human Trafficking: State Obligations to Protect Victims’ Rights,” s. 406.

¹⁸¹⁶ Dinah Shelton, “Private Violence, Public Wrongs, and the Responsibility of States,” *Fordham International Law Journal* 13, Issue. 1, 1989, s. 17.

ihmallerden kaynaklı olan dava sayısının eylemlere dayalı davalardan çok daha fazla olduğunu göstermektedir.¹⁸¹⁷ Nitekim İHK bir süre sonra, devletin ancak negatif ve pozitif yükümlülüklerini bir arada yerine getirilmesiyle Sözleşme ile tanınan hakların etkili bir şekilde güvence altına alabileceği yorumunu yapmıştır.¹⁸¹⁸ MSHS Taraf Devletlerin yalnızca bu haklara saygı duymalarını yeterli görmez, aynı zamanda Sözleşmede tanınan hakları etkin kılmak için yapılması gereken yasaları veya diğer önlemlerin alınmasını gerekli görür.¹⁸¹⁹ Dolayısıyla devletler, özel kişi veya kuruluşların eylemlerinden kaynaklanan zararları önlemek, ilgilileri cezalandırmak, soruşturmak veya telafi etmek için uygun tedbirleri almamaları veya gerekli özeni göstermemeleri ya da buna izin vermeleri halinde sorumlu tutulabilirler.¹⁸²⁰ Dolayısıyla devletler sadece ihlal yapmaktan kaçınmakla sorumluluktan kurtulamaz, aynı zamanda hakların başkaları tarafından ihlal edilmesinden de sorumlu olurlar.¹⁸²¹

Gelinen aşamada devlet, kültürel kimlik hakkı konusunda birçok alanda pozitif edimlerde bulunmak zorundadır. Devletin birtakım olumlu edimleri aynı zamanda hakkın korunmasının da araçları olarak görülebilir. Kültürel kimlik hakkında ve bu nitelikteki birçok hak ve özgürlükte olduğu gibi, kişilerin haklarını kullanabilmesi başkalarının ve devletin müdahale etmemesini gerektirir. Bu noktada devlet negatif ediminin yanı sıra, aynı zamanda başkalarının müdahalelerini engelleme pozitif edimi ile yükümlüdür. Nitekim AİHM, Belçika Dil Davasında başlayan süreç sonrasında, yani 1970'li yılların sonundan itibaren Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri koruma

¹⁸¹⁷ Shelton, "Private Violence, Public Wrongs, and the Responsibility of States," s. 17.

¹⁸¹⁸ Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*.

¹⁸¹⁹ Shelton and Gould, "Positive and Negative Obligations," s. 566.

¹⁸²⁰ HRC, *General Comment No 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, 26.05.2004, para.8. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.

¹⁸²¹ Celina Romany, "State Responsibility Goes Private: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law," *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, Rebecca J. Cook, (Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1994), s. 97-98.

kapsamında devletin pozitif ve negatif edim yükümlülüklerini ele almıştır.¹⁸²² AİHM devlet otoritelerine pozitif yükümlülükler yüklemenin teorik temelini, birbiriyle ilişkili üç ilkeye dayandırmıştır. Buna göre devletler, ilk olarak AİHS m. 1 gereği yargı yetkileri dahilindeki herkesin Sözleşme haklarını güvence altına alma yükümlülüğü altındadır. İkinci olarak Sözleşme ile güvence altına alınan hakların işlevsel ve etkili olması, yani güvencelerin teorik ve yanıltıcı olmaması gerektiğine dair ilke pozitif yükümlülüklerin bir diğer temelidir. Son olarak AİHS m. 13 ile güvence altına alınan etkili başvuru yolu pozitif yükümlülüklerin bir diğer kaynağıdır.¹⁸²³ Buna göre devletler, bir hakkı korumak ve ihlalin meydana gelmesini engellemek için gereken önlemleri almalı ve mekanizmaları tesis etmelidir. ESKHK de ESKHS m. 15 çerçevesinde Taraf Devletlerin etnik, dinsel veya dilsel azınlıklara mensup kişilerin azınlık kültürlerinin ayırt edici karakterini korumaya yönelik özel önlemler almakla yükümlü olduğunu belirtmektedir.¹⁸²⁴ Komiteye göre devletin öncelikli ödevi çoğunluğa karşı azınlık mensuplarının haklarını korumaktır. Bu bağlamda Taraf Devletlerin, başta ekonomik önlemler olmak üzere herkesin kültürel yaşama katılma hakkını, dolayısıyla kültürel kimlik hakkını koruyacak önlemleri alması, gerekli adımları atması konusunda katılımı kolaylaştıracak ödev ve sorumlulukları vardır.¹⁸²⁵ Ayrıca Taraf Devletlerin kişi veya toplulukların kültürel kimlikleri nedeniyle karşı karşıya kaldığı ayrımcılıkları ve her türlü önyargıyı ortadan kaldırmak şeklinde pozitif edimi vardır.¹⁸²⁶ BM İnsan Hakları Komisyonu da herkesin kültürel haklardan tam olarak yararlanmasını teşvik etme ve farklı kültürel kimliklere saygıyı geliştirme konusunda birincil sorumluluğun devletlere ait olduğunu

¹⁸²² Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 10. Baskı 2024), s. 538-539; Akandji-Kombe, “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights,” s. 8.

¹⁸²³ Starmer, *European Human Rights Law*, s. 194.

¹⁸²⁴ CESCR, *General Comment No. 17*.

¹⁸²⁵ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 52.

¹⁸²⁶ CESCR, *General Comment No. 21*, para. 52/i.

belirtmiştir.¹⁸²⁷ Komiteye göre pozitif edim olarak herkesin kültürel haklardan tam olarak yararlanmasında teşvik edilmesi ve farklı kültürel kimliklere saygı gösterilmesi kültürel çeşitliliğin korunması açısından yaşamsal bir konudur.¹⁸²⁸ Ayrıca devletin kültürel konularda ilgilileri önceden bilgilendirme, onların onayını alma, onlara danışma şeklinde pozitif edim yükümlülükleri vardır.¹⁸²⁹ Devletin pozitif ve negatif edimlerini zamanında, amacına uygun olarak yerine getirmesi önemlidir. Zira Francesco Capotorti'nin belirttiği gibi devletin negatif ve pozitif edimleri konusunda gereken önlemleri aksatması veya bunları hiç yerine getirmemesi durumunda korunan haklar anlamsız ve etkisiz hâle gelir.¹⁸³⁰

Tüm temel hak ve özgürlükler gibi kültürel kimlik hakkı da öncelikle yargı organları aracılığıyla korunabilir. Bunu sağlayacak en temel araçlar hem uluslararası hem de ulusal yargı organlarıdır. Öte yandan yarı yargısal organlar ve yargı dışı kurumlar da kültürel kimlik hakkını güvenceye alan araçlar olarak hizmet edebilir. Nitekim kültürel kimlik hakkının BM düzeyinde yarı yargısal ve yargı dışı organlar aracılığıyla korunduğu görülmektedir. Bu bağlamda uluslararası hukuk öncülüğünde tanınan kültürel kimlik hakkı açısından öncelikle uluslararası mekanizmalara bakılabilir. Uluslararası hukukta koruma mekanizmaları temel olarak evrensel düzeyde (Birleşmiş Milletler) ve bölgesel düzeyde (Avrupa Konseyi, Amerikan Devletleri Örgütü ve Afrika Birliği) olmak üzere ikiye ayrılır.

¹⁸²⁷ Commission on Human Rights, "Respect for Different Cultural Identities," para. 5.

¹⁸²⁸ Commission on Human Rights, "Respect for Different Cultural Identities," para. 6.

¹⁸²⁹ Donders, "Towards a Right to Cultural Identity?" 2018, s. 534.

¹⁸³⁰ Capotorti, *Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, para. 588.

B. ULUSLARARASI DÜZEYDE KORUNMA

1. Birleşmiş Milletler Düzeyinde Korunma

Uluslararası hukukta evrensel düzeyde insan haklarını korumak için kurulmuş olan en önemli kurum Birleşmiş Milletler Örgütüdür. BM'nin kurulmasından sonra insan haklarının evrensel düzeyde korunması amacıyla ilk olarak 1946'da "İnsan Hakları Komisyonu" kurulmuştur. "Ekonomik ve Sosyal Konseye" bağlı olarak kurulan ve İHEB'nin hazırlanmasına katkı sunan "İnsan Hakları Komisyonu", 1945-1957 yılları arasında insan hakları ihlallerine ilişkin başvuruları inceleme yetkisinin olmadığını belirterek denetim yapmaktan kaçınmıştır. Fakat Komisyon daha sonra 1967'de almış olduğu kararla başvuruları incelemeye başlamıştır.¹⁸³¹ BM Genel Kurulu tarafından İnsan Hakları Komisyonunun yerine bu kez İnsan Hakları Konseyi (*Human Rights Council*) kurulmuştur.¹⁸³² Konseye herhangi bir ayırım gözetmeksizin ve eşit bir şekilde tüm insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunmasına yönelik evrensel saygıyı teşvik etmek sorumluluğu yüklenmiştir.¹⁸³³ Yine BM bünyesinde BM Genel Kurulu tarafından İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Bürosu kurulmuştur.¹⁸³⁴ BM Genel Kurulu tarafından 20.12.1993 tarih ve 48/134 sayılı karar ile kabul edilen Paris İlkeleri, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli olan bir diğer uluslararası araçtır.¹⁸³⁵ Paris İlkeleri ile ulusal kurumlar için uluslararası standartlar belirlenmiştir.¹⁸³⁶ Paris İlkeleri ile öz olarak "insan haklarının geliştirilmesi ve korunması için ulusal mevzuatla uyum içinde etkili

¹⁸³¹ Eren, *Anayasa Hukuku*, s. 519-522.

¹⁸³² İnsan Hakları Konseyi 15.03.2006 tarih ve 60/251 sayılı BM Kararı ile kurulmuştur.

¹⁸³³ United Nation General Assembly, *Resolution Adopted by the General Assembly 60/251*, 2006, s. 1-2, A/RES/60/251.

¹⁸³⁴ İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Bürosu, BM Genel Kurulunun 20.12.1993 tarih ve 48/141 sayılı kararıyla kurulmuştur.

¹⁸³⁵ United Nation General Assembly, *National Institutions for The Promotion and Protection of Human Rights*, 1993, A/RES/48/134.

¹⁸³⁶ Eren, *Anayasa Hukuku*, s. 582-583.

ulusal kurumların geliştirilmesi; bunların üyeliklerinde çoğulculuğun ve bağımsızlığının temin edilmesi; söz konusu kurum veya kuruluşların oluşturulmasında ve üyelerinin seçimle veya başka bir yoldan belirlenmesinde sivil topluma ait tüm sosyal güçlerin çoğulcu temsilini sağlamak için gerekli tüm güvenceleri içerecek bir usulün tesis edilmesi; bu kurumların insan haklarının geliştirilmesi ve korunmasına ilişkin yetkilerle donatılması amaçlanmaktadır.”¹⁸³⁷

Birleşmiş Milletler düzeyinde insan haklarını güvence altına alan dokuz temel Sözleşme vardır. Ayrıca bunlardan birçoğunun ihtiyari ek protokolleri de vardır. Bu sözleşmeler ve ek protokoller üye devletlerin taraf olma koşuluyla yürürlüğe girmekte ve kabul eden devletler açısından bağlayıcı hale gelmektedir. Öte yandan bu sözleşmelerin her birinin bağımsız uzmanlardan oluşan birer denetim organı vardır.¹⁸³⁸ Bu bağlamda çalışmada sıklıkla başvurulmuş sözleşmelerden MSHS ile İHK, ESKHS ile ESKHK, Irk Ayrımcılığı Sözleşmesi ile Irk Ayrımcılığı Komitesi, CEDAW Sözleşmesi ile CEDAW Komitesi, ÇHS ile ÇHK, Göçmen İşçileri Sözleşmesi ile Göçmen İşçileri Komitesi, Engelli Kişiler Sözleşmesi ile Engelli Kişilerin Hakları Komitesi kurulmuştur. Belirtilen her bir Komite, denetim organı olarak sözleşmeye taraf devletler açısından sözleşme ile güvence altına alınan haklara bir koruma sağlar. Komitelerin kararları bağlayıcı olmayıp tavsiye niteliğinde olsa da bu organların sözleşme hükümlerinin taraf devletler tarafından kolayca uygulanması için geliştirdiği genel yorumlar (*general comment*), BM genel organlarının tavsiye kararları almasında, bildirimler yayımlamasında ve bağlayıcı hukuk belgelerinin hazırlamasında etkili olarak önemli bir işlevi yerine getirmektedir.¹⁸³⁹ Komiteler birçok kez farklı bağlamlarda değinildiği üzere, kültürel kimlik hakkının doğrudan güvence altına alınmadığı sözleşmelerde düzenlenen kültürel haklara ilişkin

¹⁸³⁷ United Nation General Assembly, *National Institutions for The Promotion and Protection of Human Rights*.

¹⁸³⁸ Eren, *Anayasa Hukuku*, s. 535-536.

¹⁸³⁹ Eren, *Anayasa Hukuku*, s. 536.

yorumlarda, bu hakları geniş değerlendirerek kültürel kimlik hakkının tanınıp korunması konusunda önemli işlevler üstlenmiştir. Nitekim komitelerin yorumları ışığında kültürel kimlik hakkının ilgili sözleşmeler ile güvence altına alındığına dair genel kabul ve kanaatler oluşmuştur.

BM İnsan Hakları Komitesi, MSHS'nin İhtiyari Protokolü kapsamında birçok kararında dolaylı olarak kültürel kimlik hakkını korumuştur. Komite, Kanada sınırları içinde Alberta Eyaletinde yaşayan yerli halk Cree Kızılderili grubu Lubicon Lake Band'ın ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimini sürdürme hakkının yanı sıra doğal zenginlikler ve kaynaklar üzerinde özgürce tasarruf etme hakkının ve bunlardan yoksun bırakılma yasağının Kanada hükümeti tarafından ihlal edildiğine ilişkin başvuruda ihlal kararı verirken karara dayanak oluşturan yerli halkın özelliklerine bakmıştır. Buna göre başvuruya konu olan Lubicon Lake Band Topluluğu, çok eski zamanlardan beri kuzey Alberta'da yaklaşık 10.000 kilometrekarelik geniş bir alanda sürekli olarak yaşayagelen, avlanan ve balık tutan; topluluk toprakları nispeten erişilemez olduğundan, yakın zamana kadar Kızılderili olmayan toplumlarla çok az temas kuran ve soyut bir yaşam tarzına sahip olan; bu sayede geleneksel kültürünü, dinini, siyasal yapısını ve ekonomisini sürdürmeye devam eden bir yerli halk topluluğu olarak tanımlanmıştır. Başvurucular Kanada Hükümetinin, 1970 tarihli Kızılderili Yasası ve (Alberta'nın kuzeyindeki yerli toprak haklarıyla ilgili) 21.06.1899 tarihli 8 Sayılı Antlaşma aracılığıyla, o bölgenin yerli sakinlerinin geleneksel yaşam tarzlarını sürdürme hakkını tanıdığını iddia etmiştir. Bu yasalara ve anlaşmalara rağmen Kanada Hükümetinin, Lubicon Lake Bandı topraklarını petrol, gaz araması yapan özel şirketlerin çıkarlarına olacak şekilde kamulaştırdığını ileri sürmüştür. Kanada Hükümeti bunu yaparken Bandın siyasal statüsünü özgürce belirleme, MSHS m 1/1'de güvence altına alınan ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimini sürdürme haklarını ihlal etmekle suçlanmıştır. Hatta yerli halk topraklarında enerji aramanın, tüm halklara doğal zenginliklerinden ve kaynaklarından yararlanma hakkı veren güvencelerin

de ihlal edildiği ileri sürülmüştür.¹⁸⁴⁰ Komite de kamulaştırma, petrol arama faaliyetleri sonucunda Lubicon Lake Band'in avcılık veya balıkçılık gibi geleneksel ve/veya kültürel geçim kaynağının yakın zamanda zarar gördüğünü, başvuruya konu müdahalelerin yerli halkın yaşam biçimini ve kültürünü tehdit ettiğini belirtmiştir. Komite MSHS m. 1'in ihlal edilmediğine, bu konuda yeterli ölçüde delilin sunulmadığına; buna karşın m. 27'nin yani, kültürel gelişim hakkının, kültürel yaşama katılma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁸⁴¹ Komitenin Genel Yorum 23'teki kararı dikkate alındığında geniş anlamda kültürel kimlik hakkının ihlali sonucunun ortaya çıktığı çıkarımı yapılabilir. Zira MSHS m. 27'deki hakların korunmasındaki temel amaçlardan biri kültürel kimlik hakkını güvenceye almaktır. Karara bakıldığında Kanada Hükümetinin söz konusu şirketlerin yerli halkın birçok hakkına zarar veren eylemlerini durdurmuyarak, iç hukuk yollarında yapılan başvurulara zamanında cevap vermeyerek ortaya çıkan zarar ve ihmalden sorumlu kılındığı söylemek mümkündür.

Länsman et al v. Finland başvurusunda Saami ren geyiği yetiştiricileri olan başvuruçular ren geyiği yetiştiriciliği alanlarında yapılan ağaç kesimi ve yol yapımına itiraz etmişlerdir. Başvuruçular dava konusu alanın eski, el değmemiş ormanlardan oluştuğunu, yani hem toprakların hem de ağaçların likenle kaplı olduğunu, bunun da ren geyikleri için yaşamsal olduğunu belirtmişlerdir. Başvuruçular ayrıca Angeli bölgesinde ren geyiği çobanlığı üzerinde olumsuz etkilere neden olacak herhangi bir yeni müdahalenin, Samilerin kendi kültürlerinden yararlanma hakkının reddedilmesi anlamına geleceğini belirterek İHK'ye başvurmuşlardır. İHK MSHS m. 27 çerçevesinde ulusal azınlıklar açısından geleneksel geçim araçlarının, kültür için elzem ve onun hayatta kalması için gerekli olduğu ölçüde korunmasını gerektiğini belirtmiştir. İHK bölgedeki madencilik faaliyetlerinin geniş çapta onaylanması ve işletme izni verilen şirketler

¹⁸⁴⁰ HCR, *Lubicon Lake Band v. Canada*, para. 2.

¹⁸⁴¹ HCR, *Lubicon Lake Band v. Canada*, para. 33. Benzer şekilde bkz. HCR, *Ivan Kitok v. Sweden*.

tarafından önemli ölçüde genişletilmesi sonucunda m. 27 kapsamındaki hakların, özellikle de kendi kültüründen yararlanma hakkının ihlalinin ortaya çıkabileceğini belirtmiştir.¹⁸⁴² İHK karar verirken başvuruçuların MSHS m. 27 kapsamında azınlık üyesi ve bu nedenle tartışmasız olarak kendi kültürlerinden yararlanma hakkına sahip olduklarını belirtmiştir. Komiteye göre ren geyiği yetiştiriciliği onların kültürlerinin temel bir unsurudur. Kararda dikkat çeken bir nokta, bazı başvuruçuların ek gelir elde etmek için ren geyiği yetiştiriciliği yaparak ekonomik faaliyetlerde bulunmasının sonucu değiştirmeyeceğine ilişkin vurgudur. Hatta Komite, ekonomik faaliyetlerin bir etnik veya kültürel topluluğun kültürünün temel bir unsuru olmaları durumunda m. 27 kapsamına girebileceğini belirtmiştir. Bu değerlendirmeler bir taraftan olağan koşullarda ekonomik gibi görünen ancak özel durumu nedeniyle kültürel boyutları olan faaliyetlerin kültürel haklar ile korunma yolunun seçildiğini göstermektedir. Komiteye göre kendi kültüründen yararlanma hakkını ihlal eden önlemler veya ihmaller m. 27'deki yükümlüklerle bağdaşmaz. Bu bağlamda Komite, azınlıkların veya yerli toplulukların avcılık, balıkçılık veya ren geyiği yetiştiriciliği gibi geleneksel faaliyetlerin korunması hakkına sahip olduğunu ve azınlık topluluk üyelerinin kendilerini etkileyen kararlara etkili katılımını sağlamak için önlemler alınması gerektiğini belirterek hak konusunda devletin sorumluluklarına da işaret etmiştir.¹⁸⁴³

Bir diğer uyuşmazlıkta İHK kültürel yaşama katılma, yeraltı kaynakları ve kültürel kimlik hakkı arasında doğrudan kümülatif bir bağlantı kurarak ihlal kararı vermiştir. *Angela Poma Poma v. Peru* davasında, Peru'daki yerli bir topluluğun üyesi olan başvuruçusu, Peru hükümetinin topraklarındaki yeraltı suyunun (toprak kaynaklarının) yönünü değiştirmesi nedeniyle sulak alanların kurduğunu, bu nedenle bu alanlarda geleneksel olarak binlerce yıldır yapılan alpaka yetiştiriciliğinin zarar gördüğünü ve bir

¹⁸⁴² HCR, *Länsman et al v. Finland*.

¹⁸⁴³ HCR, *Länsman et al v. Finland*, para. 9.8.

dizi Sözleşme hükmünün ihlal edildiğini iddia etmiştir. Nitekim söz konusu müdahale sonucunda binlerce büyükbaş hayvan telef olmuş, halkın tek geçim kaynağı olan lama ve alpaka otlatma ve yetiştirme faaliyetleri kesintiye uğramış ve yerli halk yoksulluk içine girmiştir.¹⁸⁴⁴ İHK kararında, bir azınlığın veya yerli topluluğun kültürel açıdan önemli ekonomik faaliyetlerini ciddi derecede tehlikeye atan veya bunlara müdahale eden önlemlerin kabul edilebilirliğinin, aynı zamanda söz konusu topluluk üyelerinin bu önlemlerle ilgili olarak karar alma süreçlerine katılma olanağına sahip olup olmamasına bağlı olduğunu belirtmiştir. Komisyon, yerli halklar söz konusu olduğunda kültürel haklarla girift bir ilişkiye sahip olan ekonomik haklar konusunda aynı zamanda karar verme süreçlerine katılımın etkili olması gerektiğini, bunun da yalnızca müzakere olanağı ile sağlanamayacağını; topluluk üyelerinin özgür olması ve önceden bilgilendirilmiş olma koşullarının da sağlanması gerektirdiğini belirtmiştir.¹⁸⁴⁵ Komite, m. 27 kapsamında korunan hakların belli bir kültürden yararlanma, toprak ve kaynaklarının kullanımıyla yakından ilişkili bir yaşam biçimleri olabileceğini, bunun özellikle azınlık oluşturan yerli toplulukların üyeleri durumunda geçerli olabileceğini ifade etmiştir. Komite bu hakların balıkçılık veya avcılık gibi geleneksel faaliyetleri ve yasayla korunan rezervlerde yaşama hakkını içerebileceğini; bu hakların kullanılmasının yasal koruma önlemlerini ve azınlık topluluklarının üyelerinin kendilerini etkileyen kararlara etkili katılımını sağlayacak önlemler gerektirebileceğini; bu hakların korunmasının, kültürel kimliğin hayatta kalmasını ve sürekli gelişimini garanti altına almaya yönelik olduğunu belirtmiştir.¹⁸⁴⁶ Komite somut davada, başvuruçunun etnik bir azınlığın üyesi olduğunu ve lama yetiştirmenin, bir geçim biçimini ve atalardan aktarılan bir geleneği temsil ettiğini ve Aymara toplumunun kültürünün temel bir unsuru olduğunu saptamıştır.¹⁸⁴⁷ Sonuç olarak

¹⁸⁴⁴ HCR, *Angela Poma Poma v. Peru*, para. 3.1.

¹⁸⁴⁵ HCR, *Angela Poma Poma v. Peru*, para. 7.6.

¹⁸⁴⁶ HCR, *Angela Poma Poma v. Peru*, para. 7.2.

¹⁸⁴⁷ HCR, *Angela Poma Poma v. Peru*, para. 7.3.

Komite *Angela Poma Poma v. Peru* davasında, proje kapsamında alınan tedbirlerin orantılılık ilkesine uygun olması gerektiğini; projenin yürütülmesiyle ilgili olarak katılım eksikliğinden; Taraf Devlet tarafından herhangi bir zamanda başvurucuya ve ait olduğu topluluğa danışılmamasından; olumsuz sonuçları en aza indirmek ve zararı onarmak üzere herhangi bir önlem alınmamasından Sözleşme m. 27'nin ihlal edildiği sonucuna varmış, başvurucuların kültürel kimlik hakkı dahil diğer haklarını korumuştur.¹⁸⁴⁸ İHK'nin bu kararı aslında birçok hakkı etkileyen önemli bir karar anlamına gelmektedir. Karar, öncelikle hakların birbiriyle yakın ilişkisini ortaya koymaktadır. Öte yandan ekonomik, kültürel ve siyasi haklardan birinin eksik uygulanmasının veya sakatlanmasının diğerlerinin de ihlali anlamına gelebileceğini, bunlar arasında hassas bir dengenin olduğunu göstermektedir.

Dava konusunun temel olarak balıkçılık ve geleneksel kültürel yaşamın tehdit edilmesi olduğu *Mahuika et al. v. New Zealand* davasında, (her ne kadar talepler kabul edilmemiş olsa da) başvurucular, hakkın korunması açısından oldukça kapsamlı ve önemli iddialar ileri sürmüş, hakkın korunması konusunda esas teşkil edecek hukuksal argümanlarla taleplerini yöneltmişlerdir. Başvurucular hükümetin eylemlerinin, MSHS m. 27'yi ihlal ederek kendi yaşam tarzlarını ve kabilelerinin kültürlerini tehdit ettiğini; balıkçılığın, geleneksel kültürlerinin ana unsurlarından biri olduğunu; günümüzde balıkçılık çıkarlarına sahip olduklarını ve balıkçılık yoluyla kültürlerini geleneksel topraklarının en geniş kapsamına kadar yayma konusunda güçlü bir arzuya sahip olduklarını ileri sürmüşlerdir. Ayrıca geleneksel kültürlerinin ticari unsurlar içerdiğini, ticari balıkçılık ile geleneksel balıkçılık arasında net bir ayrımın olmadığını savunmuşlar; çıkarılan yeni mevzuatın, Maorilerin kendi kaderini tayin hakkı ve kabile balıkçılığını kontrol etme hakkı da dahil olmak üzere çeşitli haklarını güvence altına alan Watiangi Antlaşması (*Treaty of Waitangi*) haklarının, Watiangi Antlaşması Uzlaşma Yasası

¹⁸⁴⁸ HCR, *Angela Poma Poma v. Peru*, para. 7.7.

(*Treaty of Waitangi Settlement Act*) ile hükümsüz kılındığını ve balıkçılık kotasından kendilerine verilmesi gereken payın da verilmediğini ileri sürmüşlerdir.¹⁸⁴⁹ Başvurucular taleplerine ek olarak Waitangi Antlaşması Uzlaşma Yasası'nın balıkçılık kaynaklarına el koyduğunu, siyasal statülerini özgürce belirleme haklarını engellediğini; ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimlerini özgürce sürdürme haklarına müdahale ettiğini iddia etmişlerdir.¹⁸⁵⁰ Başvurucular balıkçılığın Maori kültürünün ve dininin temel bir boyutu olduğunu; Yeni Zelanda Hükümeti'nin MSHS m. 27 ile güvence altına alınan haklar konusunda yapmış olduğu müdahalelerin gerekliliğine ve orantılılığına ilişkin ikna edici kanıtları ortaya koyamadığını; Sözleşme m. 27'nin, devletin Maorilerin kendi kültürlerinden yararlanmalarına yardımcı olmak için olumlu adımlar atmasını gerektirdiğini ileri sürmüş; Hükümetin eylemlerinin bunları yerine getirmekten uzak olmakla kalmadığını, müdahalelerin m. 27 kapsamındaki haklarından yararlanmalarına ciddi şekilde güçleştirdiğini savunmuşlardır.¹⁸⁵¹ Başvurucular söz konusu yasayla kendileri ile balıkçılıkları arasındaki ilişkinin kutsal doğasına bakılmaksızın balıkçılık haklarına veya balıkçılıklarındaki çıkarlarına yapay bir bölünme dayatıldığını; kabilelerinin balıkçılıklarını koruma yeteneğini ciddi bir şekilde kısıtladığını; ortak hukuk ve Waitangi Antlaşması haklarının veya çıkarlarının sınırlandırıldığını ya da tamamen ortadan kaldırıldığını; balıkçılıklarını kültürel ve dinsel gelenek ve göreneklerine uygun olarak yerine getirme ve yönetme yeteneklerini etkilediğini ileri sürmüşlerdir.¹⁸⁵²

İHK bu talepler karşısında balıkçılığın başvurucuların kültürlerinin temel bir unsuru olduğunu, ekonomik faaliyetlerin bir toplumun kültürünün temel bir unsuru olmaları halinde m. 27 kapsamına girebileceğini tekraren hatırlatmıştır.¹⁸⁵³ Komite

¹⁸⁴⁹ HCR, *Mahuika et al. v. New Zealand*, para. 5.

¹⁸⁵⁰ HCR, *Mahuika et al. v. New Zealand*, para. 6.1.

¹⁸⁵¹ HCR, *Mahuika et al. v. New Zealand*, para. 8.1-2.

¹⁸⁵² HCR, *Mahuika et al. v. New Zealand*, para. 8.3.

¹⁸⁵³ HRC, *Kitok v. Sweden*, para. 9.2; HCR, *Mahuika et al. v. New Zealand*, para. 9.3.

MSHS m. 27'nin yalnızca azınlıkların geleneksel geçim kaynaklarını korumakla kalmadığını aynı zamanda bu kaynakların çağdaş yaşam biçimine ve ortaya çıkan teknolojiye uyarlanmasını gerektirdiğini belirtmiştir. Bu durumda Komiteye göre Devlet tarafından çıkarılan normlar, Maorilerin ticari ve geleneksel balıkçılık yapma olanaklarını çeşitli şekillerde etkilemektedir. Komite özellikle yerli halklar söz konusu olduğunda, kişinin kendi kültürüne sahip olma hakkının kullanılmasının bir Devlet tarafı tarafından pozitif yasal koruma önlemleri ve azınlık topluluklarının üyelerinin kendilerini etkileyen kararlara etkili katılımını sağlayacak önlemler gerektirebileceğini belirten m. 27 hakkındaki genel yorumunu hatırlatarak, bir azınlığın kültürel açıdan önemli ekonomik faaliyetlerini etkileyen veya bunlara müdahale eden önlemlerin kabul edilebilirliğinin, söz konusu azınlık üyelerinin bu önlemlerle ilgili karar alma sürecine katılma fırsatına sahip olup olmadıklarına ve geleneksel ekonomilerinden faydalanmaya devam edip etmeyeceklerine bağlı olduğunu vurgulamıştır. Komite, Waitangi Anlaşması Yasası ve mekanizmalarının başvuru sahiplerinin kendi kültürlerinden yararlanma haklarını sınırladığını kabul etmiştir.¹⁸⁵⁴ Fakat Komite danışma sürecinde, Maoriler için balıkçılığın kültürel ve dinsel önemine, özellikle de Maori bireylerinin ve topluluklarının ticari olmayan balıkçılık faaliyetlerine katılma olasılığını güvence altına almaya özel dikkat gösterildiğini; çözüm ve sürecin, Maoriler arasında bölünmelere yol açmış olmasının endişe verici olmakla birlikte Devlet tarafının, yasama aşamasına geçmeden önce geniş bir danışma sürecine girdiğini; Maori balıkçılık faaliyetlerinin sürdürülebilirliğine özen gösterdiğini belirtmiştir. Sonuç olarak Komite bu süreçte devletin m. 27'ye gerekli adımları attığı sonucuna vararak ihlal kararı vermemiştir.¹⁸⁵⁵

İHK'nin kararlarına bakıldığında toprak hakları veya mülkiyet hakkı bir topluluğun kültürel kimliği bakımından MSHS m. 27 uyarınca başvuru sahiplerine elverişli tek

¹⁸⁵⁴ HCR, *Mahuika et al. v. New Zealand*, para. 9.5.

¹⁸⁵⁵ HCR, *Mahuika et al. v. New Zealand*, para. 9.8.

unsur olmadığı görülmektedir. Bir diğer önemli unsur ise anadilidir. Azınlık anadilinde bir gazetenin yayımlanma izninin reddine ilişkin bir davada¹⁸⁵⁶ İnsan Hakları Komitesi, azınlık anadilinin kullanımının azınlık kültürünün temel bir parçası olduğunu tespit etmiştir. Komite Özbekistan'daki Tacik azınlık topluluğu için önemli ve değerli konuları yayımlama aracı olarak azınlık (ana)dilinde yayın yapan basın, Tacik azınlık kültürünün temel bir unsuru olduğuna karar vermiştir. Azınlık Tacik kültüründen yararlanma hakkının sınırlandırılmasını dikkate alan Komite, m. 2 ile birlikte yorumlandığında m. 27'nin dolayısıyla kültürel kimlik hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁸⁵⁷ Dolayısıyla İHK kültürel kimlik hakkını korumuştur.

2. Bölgesel Düzeyde Korunma

Temel hak ve özgürlükler evrensel koruma dışında, bölgesel olarak da korunmaktadır. Bölgesel düzeyde çeşitli insan hakları bölgesel koruma mekanizmaları geliştirilmiştir. Bu bağlamda uluslararası hukukta bölgesel düzeyde en fazla öne çıkan koruma mekanizması Avrupa Konseyidir. Avrupa Konseyi bünyesinde insan haklarının yargı dışı korunmasında Bakanlar Komitesi (*Committee of Ministers*) karar ve yürütme organı işlevi görürken, Parlamenterler Meclisi (*Parliamentary of Assembly*) ise danışma organı niteliğindeki ana organdır. “Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği” (*Secretary General*) de bunlara yardım eden diğer bir organdır. Bunun dışında yardımcı organlar olarak “Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri” (*Commissioner for Human Rights*) insan haklarına saygı, farkındalık oluşturmak amacıyla kurulan bağımsız ve tarafsız yargı-dışı kurum olarak tanımlanmıştır. Komiserliğin temel işlevi ulusal insan hakları uygulamalarını izlemektir. “Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi”, “İrkçilik ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu”, “Eşitlik ve Ayrımcılık Komitesi” temel hakların korunması için kurulan diğer yardımcı organlardır. Avrupa Konseyi'nde AİHS

¹⁸⁵⁶ HCR, *Rakhim Mavlonov and Shansiy Sa'di v. Uzbekistan*, para. 2.

¹⁸⁵⁷ HCR, *Rakhim Mavlonov and Shansiy Sa'di v. Uzbekistan*, para. 8.7.

ve onun denetim organı AİHM temel yargısal koruma mekanizmaları iken, Avrupa Sosyal Şartı ve onun denetim organı “Avrupa Sosyal Haklar Komitesi”, “Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi” ve onun denetim organı “Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi” diğer koruma mekanizmalarıdır.¹⁸⁵⁸ İnsan hakları ve temel özgürlükleri korumaya yönelik olarak kurulan bu mekanizmalar kültürel kimlik hakkının korunmasında da işlevsel araçlar olarak ele alınabilir.

Diğer temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, kültürel kimlik hakkı en iyi şekilde yargısal koruma mekanizması ile korunabilir. AİHS kültürel kimlik hakkını doğrudan içermediğinden AİHM bu hakkı, Sözleşme ile güvence altına alınan çeşitli hak ve özgürlüklerin bir parçası olarak korumaktadır. Mahkeme kültürel kimlik hakkını genellikle dernek kurma özgürlüğü, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı, ifade özgürlüğü, eğitim ve öğrenim hakkı kapsamında korumuştur. AİHM kültürel kimliğe ilişkin davaların bazısında dernek kurma özgürlüğü temelinde belirli bir kültürel veya siyasal kimliğin hukuksal olarak tanınmasını talep etme hakkını tesis eden içtihatlar geliştirmiştir. Mahkeme din özgürlüğünün de işlendiği *Salvation Army v. Russia* davasında derneğin kurulmasına ilişkin müdahaleler hakkında dernek kurma özgürlüğünden ihlal kararı verirken demokrasi ve çoğulculuğun, diğerlerinin (kültürel gelenekler, etnik kimlikler, dinsel inançlar vb.) yanı sıra kültürel kimliğin tanınması ve buna saygı duyulması üzerine kurulu olduğunu belirtmiştir.¹⁸⁵⁹ Mahkeme bu davada ilk kez bu kadar açık bir şekilde dernek kurma özgürlüğü kapsamında kültürel kimlik hakkının korunmasını ve ona saygı duyulmasını istemiştir. Dinsel toplulukların geleneksel olarak örgütlü yapılar biçiminde var olduğunu belirten Mahkeme, din özgürlüğünün aynı zamanda dernek yaşamını haksız devlet müdahalelerine karşı koruyan AİHS m. 11 ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu perspektiften

¹⁸⁵⁸ Eren, *Anayasa Hukuku*, s. 542-579.

¹⁸⁵⁹ ECHR, *The Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*, para. 61.

bakıldığında, inananların din özgürlüğü başkalarıyla birlikte dinini açıklama hakkını ve keyfi bir devlet müdahalesi olmaksızın özgürce dernek kurma özgürlüğünü verir.¹⁸⁶⁰ Mahkemenin içtihatlarında ele alındığı üzere tarafsızlık ve objektiflik sorumluluğu, devletin dinsel inançların meşruiyetini değerlendirmesiyle bağdaşmaz.¹⁸⁶¹ Sözleşme ile güvence altına alınan m. 8, 9, 10, ve 11’deki haklardan herhangi birine müdahaleyi haklı çıkarabilecek tek gereklilik demokratik toplumdan kaynaklandığı iddia edilebilecek zorunluluktur.¹⁸⁶² Dini ilan eden veya öğretenler de dahil olmak üzere başka amaçlarla kurulan derneklerin demokrasinin düzgün işlemesi için önemli olduğunu belirten Mahkeme, kültürel kimliğin de içinde olduğu çeşitli kimliklere sahip olan kişilerin ve toplulukların uyumlu etkileşiminin, diğer bir ifadeyle toplumsal uyumun esas olduğunu belirtmiştir.¹⁸⁶³ Devlet kurumları ve vatandaşları koruma sorumluluğu altındadır. Fakat bunları yerine getirirken -istisnaların dar yorumlanmasının gereği olarak- devletin, kişi ve kurumların varlığını ve haklarını tehlikeye atabilecek derneklerden koruma görevine ihtiyatla yaklaşılmalıdır. Yalnızca ikna edici ve zorlayıcı nedenler bu özgürlüğe getirilen kısıtlamaları haklı gösterebilir. Bu nedenle her türlü müdahale acil bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmelidir.¹⁸⁶⁴

AİHM eğitim ve öğretim hakkı, anadilde eğitim ve dernek kurma özgürlüğüyle ilişkili “*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Turkey*” davasında, ulusal dil dışında bir anadilde eğitim hakkının desteklenmesi nedeniyle derneğin kapatılmasını Sözleşme m. 11’e aykırı bulmuştur. Kültürel kimlik hakkını da içeren kararda, Mahkeme Türkçe’den farklı bir anadili olan vatandaşların o anadilinde eğitim vererek kültürlerini geliştirme

¹⁸⁶⁰ ECHR, *The Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*, para. 58.

¹⁸⁶¹ ECHR, *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, Application No. 45701/99, 13.12.2001, para. 118, 123.

¹⁸⁶² ECHR, *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, paras. 43-45

¹⁸⁶³ ECHR, *Gorzelik and Others v Poland*, para. 92.

¹⁸⁶⁴ ECHR, *The Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*, para. 62.

amacının kendi başına ulusal güvenlikle bağdaşmaz bulunamayacağını ve kamu düzeni için bir tehdit oluşturmayacağını belirtirmiştir.¹⁸⁶⁵ Mahkeme bu davada dernek kurma özgürlüğü bakımından ihlal kararı vermiş olsa da aynı zamanda, farklı bir anadili olan vatandaşların kültürel gelişim hakkını, dolayısıyla kültürel kimlik hakkını korumuştur. Mahkeme kültürel kimlik hakkını doğal olarak Sözleşme’de tanınan bir hakkın parçası, yani dernek kurma özgürlüğünün bir unsuru olarak ele almıştır.

AİHM Yunan makamlarının Makedon kültürü ve kimliğini tanıtmayı amaçlayan bir derneğin tesciline izin vermemesinden kaynaklanan *Sidiropoulos and others v. Greece* davasında AİHS m. 11 kapsamında karar verirken kültürel unsurları, geniş anlamda kültürel kimlik hakkını da güvenceye almıştır. Somut davada Makedon etnik kökenli ve Makedon ulusal bilincine sahip olduklarını savunan başvuruçular, Florine merkezli “Makedon Medeniyet Yurdu” adında bir dernek kurmak istemiş fakat bu talepleri reddedilmiştir. Dernek tüzüğü m. 2’de derneğin amaçlarını sıralanmıştır. Buna göre dernek üyelerinin ve genel olarak Florine sakinlerinin kültürel, entelektüel ve sanatsal gelişimi ve onların aralarında işbirliği, dayanışma ve sevgi ruhunun geliştirilmesi; kültürel ademi merkeziyetçilik ve entelektüel ve sanatsal çabaların ve geleneklerin ve medeniyet anıtlarının korunması ve daha genel olarak halk kültürünün teşviki ve geliştirilmesi; bölgenin doğal ve kültürel çevresinin korunması derneğin amaçları olarak belirlenmiştir. İlgili düzenlemede görüldüğü üzere derneğin amaçları arasında açıkça kültürel kimlik unsurları da yer almaktadır. AİHM Yunan mahkemeleri dahil otoritelerin dernek başvurusunu reddetmesini, başvuranların dernek kurma özgürlüğü kapsamındaki haklarını kullanmalarına müdahale anlamına geldiğini düşünmüştür. Buna göre derneğin kurulmasına ilişkin ret kararı, başvuruçuların derneğin kuruluş tüzüğünde ortaya koydukları amaçları takip etme ve böylece söz konusu hakkı kullanma olanağından

¹⁸⁶⁵ ECHR, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Turkey*, paras. 55, 59.

mahrum bırakmıştır.¹⁸⁶⁶ Gerçekten de dernek kurma özgürlüğü m. 11’de belirtilen hakkın ayrılmaz bir parçasıdır. Kişilerin karşılıklı çıkarlar kapsamında birlikte hareket etmek için tüzel kişilik kurabilmeleri, dernek kurma özgürlüğünün en önemli yönlerinden birini oluşturmaktadır. Bu olmadan hakkın herhangi bir anlamından yoksun kalacağı açık olmakla birlikte ilgili hükümdeki istisnai haller dar yorumlanmalıdır. Bu bağlamda yalnızca ikna edici ve zorlayıcı nedenler dernek kurma özgürlüğüne getirilen kısıtlamaları haklı çıkarabilir.¹⁸⁶⁷ AİHM somut olayda kısmen bir azınlık kültürünü geliştirmeyi amaçladığı varsayılsa bile, amacı tamamen açık ve meşru olan ve bir bölgenin kültürünü geliştirmek olan bir derneğin faaliyetlerinin toprak bütünlüğünü, ulusal güvenlik ve kamu düzenini tehdit etmediğine; bir ülkede azınlıkların ve farklı kültürlerin varlığının demokratik bir toplumun uluslararası hukuk ilkelerine göre hoşgörü ile karşılanması, hatta korunması ve desteklenmesi gerektiğine karar vererek AİHS m. 11’in ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁸⁶⁸ Diğer bir ifadeyle Mahkeme, bir azınlığa ait olma bilincine ve bir azınlığın kültürünün korunması ve geliştirilmesine yönelik program ve açıklamaların, gerginliklere yol açsa bile demokratik toplum için bir tehdit oluşturmadığını düşünmüştür.¹⁸⁶⁹

Kültürel kimlikle ilişkili *Stankov v. Bulgaria* davası, grupların alenen tanınan bir azınlık kimliğini talep etme hakkını teyit etmiştir.¹⁸⁷⁰ *Stankov v. Bulgaria* davasında başvuruçular, Bulgaristan’daki tüm Makedonları bölgesel ve kültürel bir temelde birleştirmek; Makedon azınlığın tanınmasını sağlamak amacıyla bir dernek kurmak istemişler, bunu yaparken de şiddet içeren, sert, insanlık dışı veya hukuka aykırı araçlar kullanılmayacağını taahhüt etmişlerdir. Fakat bu talepleri yerel otoriteler tarafından

¹⁸⁶⁶ ECHR, *Sidiropoulos and Others v. Greece*, para. 31.

¹⁸⁶⁷ ECHR, *Sidiropoulos and Others v. Greece*, para. 40.

¹⁸⁶⁸ ECHR, *Sidiropoulos and Others v. Greece*, para. 41, 47.

¹⁸⁶⁹ ECHR, *Ouranio Toxo and Others v. Greece*, para. 40.

¹⁸⁷⁰ ECHR, *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, para. 97.

derneğin amaçlarının ulusun birliğine karşı olduğu, ulusal ve etnik nefreti savunduğu ve Bulgaristan'ın toprak bütünlüğü için tehlike oluşturduğu gerekçeleriyle reddedilmiştir.¹⁸⁷¹ AİHM, demokrasinin temel özelliklerinden birinin bir ülkenin sorunlarını -bu sorunlar can sıkıcı olsa bile- şiddete başvurmadan diyalog yoluyla çözme olanağı sunması olduğunu; bir grubun yalnızca toplumun bir kısmının durumunu kamuoyunda tartışmaya açması ve demokratik kurallara göre ilgili herkesi tatmin edebilecek çözümler bulma çabasının engellenmesi için hiçbir haklı gerekçe olamayacağını; bir ülkedeki bölge sakinlerinin, bölgenin özel durumlarını tanıtmak için dernek kurma özgürlüğüne ve barışçıl toplantı ve gösteri yapma hakkına sahip olduğunu; bir derneğin azınlık bilincini öne sürmesinin kendi başına Sözleşme m. 11 kapsamındaki haklara müdahaleyi haklı çıkaramayacağını belirtmiştir.¹⁸⁷² Öte yandan Mahkeme, Sözleşme'nin teorik veya hayali değil, pratik ve etkili olabilecek hakları güvence altına almayı amaçladığını sık sık tekrarlamıştır.¹⁸⁷³ Bu bulgudan, dernek kurma özgürlüğüne gerçek ve etkili bir saygının, Devletin sadece müdahale etmeme yükümlülüğüne indirgenemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Salt negatif edimli bir anlayış ne dernek kurma özgürlüğü ne de Sözleşme'nin tanıdığı diğer hak ve özgürlüklerin amaçlarıyla uyumlu olacaktır. Dolayısıyla bireyler arasındaki ilişkilerde bile örgütlenme özgürlüğünün etkili bir şekilde kullanılmasını güvence altına almak için pozitif yükümlülükler olabilir.¹⁸⁷⁴

Mahkeme, kamu otoritelerinin tutumunun gerginliğin artmasına katkıda bulunduğu bir davada, yerel yetkililerin, olaylardan iki gün önce halkı temel haklarını kullanmak isteyen kişileri protesto etmek için toplanmaya açıkça teşvik etmesini ve

¹⁸⁷¹ ECHR, *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, para. 1-18.

¹⁸⁷² ECHR, *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, paras. 87-89.

¹⁸⁷³ ECHR, *Artico v. Italy*, Application No. 6694/7413.05.1980, para. 33.

¹⁸⁷⁴ ECHR, *Wilson, National Union of Journalists and Others v. the United Kingdom*, Application Nos. 30668/96, 30671/96 and 30678/96, para. 41.

üyelerden bazılarının bu protestolara katılmasını, hakkın korunması bir yana devletin ödev ve sorumlulukları ile bağdaşmaz bulmuştur. Gerçekten davranışlarıyla nüfusun bir kesiminin temel haklarını kullananlara karşı düşmanca duygular beslemesine katkıda bulunmak çoğulculuk, hoşgörü ve toplumsal uyum gibi demokratik bir sistemde var olan değerleri savunmaya ve teşvik etmeye uygun düşmez. Dolayısıyla Devlet, şiddeti önlemek veya en azından sınırlamak için uygun önlemleri almalı, olumlu edimler gerçekleştirmelidir.¹⁸⁷⁵ Aksi takdirde hakkın korunmasında başarısız olunur.

AİHM, Ermenistan ile Azerbaycan arasındaki ihtilafli bir bölgede bulunan ve diğerlerinin yanı sıra m. 8'in ihlal edilmesi sonucunu doğuran davada, başvuruçunun akrabalarının mezarlarına erişiminin engellenmesini Sözleşme'ye aykırı görmüştür. Mahkeme bu davada akrabaların mezarlarıyla olan kültürel ve dinsel bağlılığı özel yaşamın ve aile yaşamının bir parçası olarak görmüş ve özel yaşama ve aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkı bakımından ihlal kararı vermiştir.¹⁸⁷⁶ Mahkeme bu davada da kültürel kimlik hakkını içeren talepleri Sözleşme'nin tanıdığı başka bir temel hak ile güvenceye alıp korumuştur.

AİHM özel yaşama saygı hakkını, özellikle Romanlar veya yerli halklar gibi geleneksel yaşam tarzına sahip olan kişi topluluklarının haklarıyla ilişkilendirmiştir. *Buckley v. the United Kingdom* davasında kadın bir Roman-İngiliz vatandaşı olan başvuruçusu June Buckley, İngiltere'nin Güney Cambridgeshire kentinde sahibi olduğu arazide üç çocuğuyla birlikte bir karavanda yaşamaktadır. Buckley hayatı boyunca karavanlarda yaşamış ve çocukluğunda ailesiyle birlikte Güney Cambridgeshire'de seyahat etmiştir. Buckley, başvurusunda karavanda yaşamayı sürdürmeyi ve bu geleneği çocuklarına da aktarmayı amaçladığını belirtmiş, fakat Buckley'in, Güney Cambridgeshire Bölge Konseyinin emriyle karavanlarını kendi arazisine park etmesine

¹⁸⁷⁵ ECHR, *Ouranio Toxo and Others v. Greece*, para. 41-43.

¹⁸⁷⁶ ECHR, *Sargsyan v. Azerbaijan*, para. 257.

izin verilmemiştir. Buckley'in başvurusunu reddeden Konsey, Güney Cambridgeshire'in Romanların barınma konusunda doyum noktasına ulaştığını açıklamış ve Buckley'e karavanlarını alandan çıkarmasını emretmiştir. Bireysel başvuru incelemesi sonucunda Mahkeme, şehir ve ülke planlamalarının takdir yetkisinin kullanılması için uygun alanlar olduğunu; çok sayıda yerel faktörü içeren planlama politikalarının seçim ve uygulamasında ulusal makamların ilke olarak geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu; ancak müdahale tedbirlerine yol açan karar alma sürecinin adil olması ve Sözleşme ile bireyin güvence altına alınan çıkarlarına gereken saygının gösterilmesi gereğinin yerleşik içtihat olduğunu belirtmiştir.¹⁸⁷⁷ Başvurucuya iki defa işgal ettiği araziden yaklaşık yedi yüz metre uzaklıkta bulunan karavan sitesine başvurma fırsatı sunulduğunu belirten Mahkeme, her ne kadar bu alternatifin mevcut olan barınma yeri kadar tatmin edici olmadığını gösteren kanıtlar sunulmuş olsa da m. 8 uygulamasının, bireylerin ikamet yerlerine ilişkin tercihlerinin genel menfaatin önüne geçmesine izin verecek kadar geniş yorumlanamayacağını belirtmiştir.¹⁸⁷⁸ Bu kararda da görüldüğü üzere, özellikle izlenen meşru amaçlara ulaşmak için kullanılan araçların orantısız olarak değerlendirilmediği, dolayısıyla ulusal makamların takdir yetkilerini aştıklarının tespit edilemediği durumlarda her ne kadar ortada geçek bir müdahale olsa da bir ihlalin ortaya çıkmadığına karar verilebilir. Kararda yargıç Lohmus'un karşı oyu, açıkça kültürel kimliği içermesi açısından dikkat çekmektedir. Lohmus'a göre karavanda yaşamak ve seyahat etmek Roman kültürel mirasının ve geleneksel yaşam tarzının yaşamsal parçaları olup bu gerçek, bir Roman ailesinin hakları ile toplumun genel çıkarı arasında ölçülü dengenin kurulup kurulmadığına karar vermede önemlidir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararının da göçebe yaşam tarzına sahip olan kişilerin kültürel mirasının ve kimliğinin korunması gerektiği yönünde olduğunu belirten yargıç, Mahkemenin, başvuranın bir

¹⁸⁷⁷ CHR, *Buckley v. the United Kingdom*, para. 74-77. ECHR, *McMichael v. the United Kingdom*, Application No. 16424/90, 24.02.1995, para. 87.

¹⁸⁷⁸ CHR, *Buckley v. the United Kingdom*, para. 24, 25, 26, 81.

Roman olarak toplumun diğer tüm üyeleriyle aynı haklara ve yetkilere sahip olduğunu belirtmesini azınlık hakları sorununun aşırı basitleştirilmesi olarak görmüştür. Buna göre göre azınlık topluluklarının üyelerinin eşit muamele görmesini sağlamak için ayrımcılığı önlemek tek başına yeterli bir önlem olmayabilir. Bunun yanı sıra kültürel mirasın korunması gibi farklı uygulamalar da gerekebilir.¹⁸⁷⁹ Gerçekten de Avrupa Konseyi Araştırma Ofisinin de belirttiği gibi kültürel veya etnik kimliği sürdürme ve bu kimliğe veya geleneğe uygun olarak hayatını devam ettirme hakkının yanı sıra, Sözleşme m. 8, nesnel temellere dayandığı takdirde kültürel veya etnik kimliğini özgürce seçme ve bu tercihe saygı gösterilmesi hakkına, özetle kültürel kimlik hakkına uygulanabilir.¹⁸⁸⁰

Nitekim Moldova etnik kimliğinin zorla dayatılmasına ilişkin *Ciubotaru v. Moldova* davasında başvuru, kimlik hakkına ve dolayısıyla özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkına müdahale teşkil eden bir durumun olduğunu ve kişinin herhangi bir kültürel toplulukla olan ilişkisinde kanıt sunmasına gerek olmaksızın kimliğini özgürce seçme hakkına sahip olduğunu ve Devletin bu konuda pozitif bir yükümlülüğü olduğunu ileri sürmüştür.¹⁸⁸¹ AİHM özel yaşam kavramının geniş bir terim olduğunu yineleyerek m. 8 uyarınca kişinin etnik kimliğinin¹⁸⁸² özel yaşamının temel bir yönünü oluşturduğuna karar vermiştir.¹⁸⁸³ Mahkeme burada kültürel unsurları da içeren etnik (kültürel) kimliğe ilişkin başvuruyu özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde kabul ederek ihlal kararı vermiştir. Buna göre kişisel özerklik kavramı, m. 8'de öngörülen güvencelerin yorumlanmasının altında yatan önemli bir ilkedir. Bu ilke kapsamında, herkesin bireysel

¹⁸⁷⁹ CHR, *Buckley v. the United Kingdom*, Partly Dissenting Opinion of Judge Lohmus.

¹⁸⁸⁰ Research Division of European Council, *Cultural Rights*, para. 15.

¹⁸⁸¹ ECHR, *Ciubotaru v. Moldova*, para. 39.

¹⁸⁸² Mahkeme, etnisiteyi veya etnik kimliği karakterize edebilecek nesnel dayaklar olarak paylaşılan dil, dinsel inanç veya kültürel ve geleneksel kökenler ve geçmişleri görmektedir. ECHR, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*.

¹⁸⁸³ ECHR, *Ciubotaru v. Moldova*, para. 49; ECHR, *S. and Marper v. the United Kingdom*, Application Nos. 30562/04 and 30566/04, 04.12.2008, par. 66.

olarak kimliğinin ayrıntılarını belirleme hakkı da dahil olmak üzere, kişisel alanına koruma sağlanmaktadır.¹⁸⁸⁴ AİHS m. 8'in amacı esasen bireyi kamu otoritelerinin keyfi müdahalesine karşı korumak olsa da hükmün kapsamı, Devleti yalnızca negatif müdahalelerden kaçınmaya zorlamak ile sınırlı yorumlanamaz. Birincil olumsuz edime ek olarak, özel yaşama saygının doğasında bulunan olumlu yükümlülükler de korunma kapsamına girebilir. Bu yükümlülükler, özel yaşama saygıyı güvence altına almak için tasarlanmış önlemlerin benimsenmesini içerebilir.¹⁸⁸⁵ Bu bağlamda devletin söz konusu hüküm kapsamındaki olumlu ve olumsuz yükümlülükleri arasındaki sınırlar her zaman kesin bir tanımlamaya elverişli olmasa da yine de uygulanabilir ilkeler benzerdir. Her iki bağlamda da bireyin ve toplumun bir bütün olarak rekabet eden çıkarları arasında kurulması gereken adil dengeye dikkat edilmelidir.¹⁸⁸⁶ Bu bağlamda özel yaşama saygı ile garanti altına alınan hakların etkili bir şekilde kullanılması için ilgili karar alma sürecinin adil olması ve bu sürecin, koruduğu çıkarlara gereken saygıyı göstermesi, pozitif bir yükümlülük olarak nesnel bir şekilde doğrulanabilir kanıtların incelenmesi önem arz eder.¹⁸⁸⁷

Muñoz Díaz v. Spain davasında başvuruçular Roman gelenek ve göreneklerine uygun bir evlilik gerçekleştirmiş ve bu da topluluk tarafından tanınmıştır. Roman topluluğu için kendi gelenek ve göreneklerine uygun olarak gerçekleştirilen bir evlilik, olağan sosyal etkilere, kamusal tanınmaya, birlikte yaşama yükümlülüğüne ve evlilik kurumunun doğasında bulunan diğer tüm hak ve yetkileri kazandırmaktadır. Eşlerden kocanın ölmesi üzerine başvuruçular, Devlete eş aylığı için başvurmuştur. Fakat evlilik ilişkisinin olmasına rağmen İspanyol yasalarına uygun bir şekilde evliliğin tescil

¹⁸⁸⁴ ECHR, *Burghartz v. Switzerland*, Application No. 16213/90, 22.02.1994, para. 24; ECHR, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, para. 90.

¹⁸⁸⁵ ECHR, *X and Y v. the Netherlands*, Application No. 8978/80, 26.03.1985, para. 23

¹⁸⁸⁶ ECHR, *Paulík v. Slovakia*, Application No. 10.10.2006, 10699/05, para. 43.

¹⁸⁸⁷ ECHR, *Ciubotaru v. Moldova*, para. 51, 59.

edilmemesi nedeniyle, tarafların dini bir şekilde akdedilen evlilik ilişkilerinin geçerli olmadığı belirtilip iç hukuktaki başvurular reddedilmiştir.¹⁸⁸⁸ AİHM ise başvurucuya ve Roman ailesine bir aile kayıt defteri düzenleyen, onlara geniş aile statüsü veren, kendisine ve altı çocuğuna sağlık yardımı sağlayan ve Roman kocasından on dokuz yılı aşkın bir süre boyunca sosyal güvenlik primi tahsil eden İspanyol Devletinin ölüm aylığı verme konusunda Roman evliliğinin etkilerini tanımamasını orantısız bulmuş, Çerçeve Sözleşme uyarınca Sözleşmeye Taraf Devletlerin ulusal azınlıklara mensup kişilerin özel koşullarını gerektiği gibi dikkate almaları gerektiğini belirtmiş, sonuç olarak Sözleşme m. 14'ün yani ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁸⁸⁹

AİHS anadili ve diğer diller hakkında bir güvence içermediğinden Mahkeme, geniş anlamda kültürel kimlik hakkını ve anadil hakkını m. 10 ile güvence altına alınan ifade özgürlüğü kapsamında koruma yolunu seçmiştir. Örneğin Mahkeme, Türkiye'de *Ulusoy and Others v. Turkey* davasında¹⁸⁹⁰ Kürtçe bir oyunun belediye binalarında sahnelenmesine ilişkin yasağın ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Benzer şekilde *Şükran Aydın and Others v. Turkey* davasında başvurular, yalnızca bir seçim kampanyası sırasında Kürtçe konuştukları için mahkûm edilmelerinin ve cezalandırılmalarının, Sözleşme kapsamındaki adil yargılanma hakkı, düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, ayrımcılık yasağı ve serbest seçim hakkını ihlal ettiğini iddia edip şikayetçi olmuşlardır. Mahkeme davaya konu olan dönemde seçim kampanyalarında resmi olmayan dillerin kullanılmasına ilişkin yasağın 298 Sayılı Kanun, m. 58'de öngörüldüğünü ve fakat bunun başvuruları doğrudan etkilemiş olduğunu ve dolayısıyla ifade özgürlüklerine müdahale teşkil ettiğini gözlemlemiştir. Mahkeme davanın, resmi makamlarla veya resmî kurumlar nezdinde

¹⁸⁸⁸ ECHR, *Muñoz Díaz v. Spain*, paras. 7-21.

¹⁸⁸⁹ ECHR, *Muñoz Díaz v. Spain*, para. 64-69.

¹⁸⁹⁰ ECHR, *Ulusoy and Others v. Turkey*.

resmi olmayan bir dilin kullanılmasıyla ilgili olmadığını, kamusal olmayan alanlarda uygulanan bir dil kısıtlamasıyla ilgili olduğunu belirtmiştir. Mahkeme m. 10'un, yani ifade özgürlüğünün herhangi bir dilde bilgi ve fikir alma ve verme özgürlüğünü kapsadığını ve kişilerin her türlü kültürel, siyasal ve sosyal bilgi ve fikir alışverişine katılmalarına izin verdiğini yinelemiştir. Dikkat edilecek olunursa AİHM açıkça kültürel unsurları, diğer bir ifadeyle geniş anlamda kültürel kimlik hakkını ifade özgürlüğü kapsamında ele almıştır. Mahkeme o dönem yürürlükte olan ilgili kanunun¹⁸⁹¹ seçim kampanyalarında resmi dil olan Türkçe dışında herhangi bir dilin kullanılmasına ilişkin kapsamlı bir yasak içerdiğinin altını çizmiştir. Mahkeme, devletlerin dil politikalarını belirleme konusunda takdir yetkisi olmasına ve seçim kampanyaları sırasında dillerin kullanımını düzenleme yetkisine sahip olduğunu belirtmekle birlikte¹⁸⁹² resmi olmayan dillerin kullanımına yönelik genel bir yasağın konulmasını ve cezai yaptırımların belirlenmesini ifade özgürlüğü ile bağdaşmaz bulmuştur. Bu nedenle Mahkeme, başvuruların ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olmaması nedeniyle ifade özgürlüğünün (dolayısıyla kültürel kimlik hakkının) ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁸⁹³

Kültürel kimlik hakkıyla yakın ilişkili olan, aynı zamanda kültürel kimliği de içeren *İzzettin Doğan and Others v. Turkey* davasında başvurucular, dinsel inançlarını

¹⁸⁹¹ Dava açıldığı dönemde, madde 58 – (17/5/1979 tarihli ve 2234 sayılı Kanunun hükmüdür.) “*Propaganda için kullanılan el ilanları ve diğer her türlü matbualar üzerinde, Türk Bayrağı, dini ibareler, bulundurulması yasaktır. Radyo ve televizyonda yapılacak propaganda yayınlarıyla, diğer seçim propagandalarında, Türkçeden başka dil ve yazı kullanılması yasaktır.*” şeklinde düzenlenmiştir. AİHM ihlal kararından sonra bu hüküm, Madde 58 – ikinci fıkra - (8/4/2010 tarihli ve 5980 sayılı Kanunun hükmüdür.) “*Siyasi partiler ve adayların yapacakları propagandalarda Türkçe kullanılması esastır.*” olarak değiştirilmiştir.

¹⁸⁹² AİHM bir kararında ulusal makamlara tanınan takdir marjının kapsamını belirlerken, özellikle çoğulculuğu teşvik eden faktörlerin söz konusu olduğu durumlarda, bir üye Devletin kendine özgü siyasal yapısının yanı sıra kültürel ve dilsel çoğulculuğunu da dikkate almak gerektiğini belirtmiştir. ECHR, *Demuth v. Switzerland*, Application No. 38743/97, 5.11.2002, para. 44.

¹⁸⁹³ ECHR, *Şükran Aydın and Others v. Turkey*.

açıklama özgürlüğünün iç hukukta yeterince korunmadığını; çocuklarının zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi dersine girmek zorunda bırakıldıklarını; Sünni mezhebi üyelerine kıyasla Alevi topluluğu üyelerine herhangi makul ve nesnel bir gerekçe olmaksızın negatif ayrımcılık yapıldığını; Diyanet İşleri Başkanlığının Sünni anlayışın üyelerine birçok kamusal hizmet sunmasına rağmen Alevilere herhangi bir hizmet sunmadığını; ulusal makamların inançlara karşı tarafsız olma ilkesine aykırı davrandığını ve inançlarının belli özelliklerinin inkar edildiğini; Alevi vatandaşların özel ihtiyaçlarının neredeyse tamamının göz ardı edildiğini ve başvurularının reddedilmesinin devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.¹⁸⁹⁴ AİHM Alevi dinsel topluluğunun tanınmamasına yönelik değerlendirmesinde, bir dinsel topluluğun özerk olarak var olma hakkının Sözleşme m. 9'un güvencelerinin tam merkezinde yer aldığını; bunun sadece örgütlenmeyle ilgili değil, din özgürlüğünün etkin bir şekilde kullanılmasıyla da ilgili olduğunu; dolayısıyla din özgürlüğüne ilişkin korumanın aynı zamanda Sözleşme m. 11 ışığında da yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.¹⁸⁹⁵ Mahkeme yerel makamların Alevilik inancına yönelik uygulamalarının söz konusu inancın reddi anlamına geldiğini; Alevi topluluğunun statüsünün tanınmasının inancın varlığını devam etmesi ve gelişimi için elzem olduğunu; başvuruların yerel makamlarca reddedilmesinin, AİHS m. 9 kapsamındaki din özgürlüğüne yönelik bir müdahale anlamına geldiğini belirtmiştir.¹⁸⁹⁶

Mahkemenin genel yaklaşımına bakıldığında din özgürlüğü gibi haklar başta olmak üzere, Sözleşme ile güvence altına alınan haklara herhangi bir müdahalede bulunmama negatif yükümlülüğün yanı sıra bu haklarda içkin pozitif yükümlülüklerin de

¹⁸⁹⁴ ECHR, *İzzettin Doğan and Others v. Turkey*, para. 138-140.

¹⁸⁹⁵ ECHR, *İzzettin Doğan and Others v. Turkey*, para. 93; ECHR, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria*, para. 79.

¹⁸⁹⁶ ECHR, *İzzettin Doğan and Others v. Turkey*, para. 95.

olabileceği yönünde bir kanaat hakim olduğunu söylemek gerekir.¹⁸⁹⁷ Bu bağlamda devletin Sözleşme kapsamındaki pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki sınırlar kesin bir ayrıma elverişli olmasa da uygulanabilir ilkeler yine de benzerdir.¹⁸⁹⁸ Nitekim çoğulculuğun, etnik ve kültürel kimliklerin tanınmasına ve saygı gösterilmesine dayandığını hatırlatan Mahkeme, çeşitliliğin tehdit olarak değil zenginleşme kaynağı olarak görülmesi gerektiğine; Devletin Alevilik inancına karşı olan tutumunun, Alevi topluluğunun Sözleşme m. 9’da yer alan güvencelerin tam merkezinde bulunan özerk varlık hakkını ihlal ettiğine; yerel makamlarının Alevi topluluğuna, dinsel uygulamalarına ve mabedlerine yönelik tutumunun tarafsızlık ödeviyle bağdaşmadığına; davalı Devletin eğitim sisteminin, söz konusu ebeveynlerin inançlarına saygı gösterilmesini sağlayacak bir çerçeveye sahip olmadığına karar vermiştir.¹⁸⁹⁹

AİHM takdir marjı konusunda ulusal makamların geniş bir yetkiye sahip olduğunu sıklıkla ifade etmesine rağmen din özgürlüğüne ilişkin davalarda bu yaklaşımı uygulamaktan kaçınmaktadır. Zira “din özgürlüğünün doğası” ve bunun bir gereği olarak “devletin tarafsızlık ödevi”, dinsel inançların ve bunların ifade edilme biçimlerinin meşruiyetini belirleme konusunda devletlerin herhangi bir takdir yetkisine sahip olmasını önler. Devletlere tanınan takdir marjının ölçüsü, devletlerin dinsel mezhep kavramını bir dinin geleneksel olmayan azınlık biçimlerini yasal korumadan yoksun kılacak kadar sınırlı bir şekilde yorumlamasına olanak verdiği takdirde, AİHS m. 9’daki haklar oldukça teorik ve yanıltıcı olacaktır. Diğer bir ifadeyle gelenekselin dışında kalan mezheplerin hukuksal koruma dışında kalmasına neden olacak bir takdir marjı yetkisinden söz

¹⁸⁹⁷ ECHR, *Mouvement raëlien suisse v. Switzerland*, para. 50.

¹⁸⁹⁸ ECHR, *Fernández Martínez v. Spain*, 114.

¹⁸⁹⁹ ECHR, *İzzettin Doğan and Others v. Turkey*, paras. 109, 121, 124, 129.

edilemez. Şu durumda bir inancın dinsel mahiyetinin inkâr edilmesi suretiyle söz konusu hakkın kullanımının sınırlanması kuvvetle muhtemel olacaktır.¹⁹⁰⁰

Bölgesel korumada önemli ikinci önemli koruma mekanizması Amerikan Devletleri Örgütü'dür. Amerikan Devletleri Örgütü, "Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi" ve AMİSH çerçevesinde AAİHM ve AAİHK aracılığıyla bölgesel düzeyde temel hakları korumaktadır. Mahkeme ve Komisyon kültürel kimlik hakkının korunmasında oldukça etkin bir rol üstlenmektedir. Bu organlar ilk kararlarında kültürel kimlik hakkını mülkiyet hakkının bir parçası olarak güvenceye alıp korurken daha sonraki kararlarda bağımsız bir hak olarak tanıyıp korumuştur. Organlar incelemiş olduğu davalarda özgün ve yaratıcı yorumlarla mülkiyet hakkının kültürel kimlik hakkıyla ilişkisini kurmuştur. Toprak ve onun kaynaklarının kullanımı ve bunlardan yararlanılması yerli toplulukların fiziksel ve kültürel hayatta kalmalarının ayrılmaz bileşenleri olarak görülmüş, bu toplulukların toprak ve kaynaklarını kullanamamasının kültürel ve tarihsel kimliklerini tehlikeye attığı vurgulanmıştır.

AAİHM, kültürel kimlik hakkının mülkiyet hakkının bir parçası olarak ele aldığı önemli dava zincirinin ilki "*Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*" davasıdır. Bu davada yerli halkların tanımındaki temel temalardan birinin, onların toprakla nasıl bir ilişki içinde olduklarına dair olmuştur. Mahkeme yerli halklar ile toprak mülkiyeti arasındaki ayrıksı-özel ilişkiyi, yerli halkların kültürel kimliğini olanaklı kılan temel bir bağ olarak ele almıştır. Buna göre (toprak mülkiyetinin konusu olarak) toprak, yalnızca ekonomik veya tarımsal üretim aracı değil, aynı zamanda yerli halkların tarihsel ve güncel dinamiklerinin bağlantılı olduğu coğrafi, sosyal, kültürel ve dinsel alanın bir bütünleyicisidir.¹⁹⁰¹ Gerçekten de yerli toplulukların toprakla olan yakın ilişkisi, onların

¹⁹⁰⁰ ECHR, *Folgerø and Others v. Norway*, Application No. 15472/02, 14.02.2006, para. 84; ECHR, *Kimly and Others v. Russia*, para. 85.

¹⁹⁰¹ IACHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, s. 24.

kültürlerinin, manevi dünyalarının, kültürel bütünlüklerinin ve ekonomik hayatta kalmalarının temelidir. Diğer bir ifadeyle yerli topluluklar için toprakla olan ilişki sadece mülkiyet ve üretim ilişkisi değil, aynı zamanda maddi ve manevi bir unsur, kültürel miraslarını korumak ve gelecek nesillere aktarmak için temel bir araçtır.¹⁹⁰² Mahkeme, bu davada doğrudan doğruya kültürel kimlik hakkını korumamış olsa da *Awas Tingni* toprakları üzerindeki mülkiyet hakkının sınırlandırılması konusunda kültürel referansları ön plana çıkarmış ve bu tür önlemlerin topluluğun değerlerine ve geleneklerine uygun olarak yapılması gerektiğini vurgulayarak dolaylı yoldan kültürel kimlik hakkını da korumuştur.¹⁹⁰³

AAİHK *Maya Indigenous Community* davasında yerli halkların, geleneksel olarak kullandıkları toprak ve kaynaklarla özel bir ilişkiye sahip olduğunu yinelemiştir. Yerli halkların atalarından kalma topraklarıyla ilgili mülkiyet haklarının özel bir önem arz ettiğini belirten Komisyon, bu hakkın yalnızca ekonomik değil aynı zamanda sosyal ve kültürel bileşenlere sahip olduğunu ifade etmiştir.¹⁹⁰⁴ Komisyon, yerli halklar söz konusu olduğunda mülkiyet hakkının ayırt edici benzersiz bir anlamı olduğunu saptamıştır. Toprağın ve kaynaklarının kullanımı ve bunlardan yararlanılmasının yerli halkın fiziksel ve kültürel olarak hayatta kalmasının ayrılmaz bileşenleri olduğu kanaatine varılmıştır.¹⁹⁰⁵

AAİHM, *Yakye Axa Yerli Topluluğu* davasında *Yakye Axa Yerli Topluluğunun* geleneksel geçim araçlarından yoksun kalmasını kültürel kimlikle ilişkilendirmiş ve AMİHS m. 21'in ekonomik hakların yanı sıra kültürel kimlik hakkını koruduğuna karar vermiştir.¹⁹⁰⁶ Mahkemeye göre atalarının topraklarının ortak mülkiyetinin yerli halklar

¹⁹⁰² IACHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, para. 149.

¹⁹⁰³ Donders, "Towards a Right to Cultural Identity?" 2018, s. 53.

¹⁹⁰⁴ IACHR, *Maya Indigenous Community of the Toledo District v. Belize*, para. 120.

¹⁹⁰⁵ IACHR, *Maya Indigenous Community of the Toledo District v. Belize*, paras. 114, 167.

¹⁹⁰⁶ IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, para. 50.100, 124.

için özel anlamı, kültürel kimliklerinin korunması ve gelecek nesillere aktarılmasıdır. Mahkeme, Sözleşme m. 21'in içeriğine ve kapsamına ilişkin değerlendirmesinde, yerli halkların kültürel kimliklerinin korunması ve gelecek nesillere aktarılması da dahil olmak üzere bu toplulukların atalarına ait toprakların ortak mülkiyetinin özel anlamına dikkat çekmiştir. Buna göre yerli topluluklarının üyeleri adına alınması gereken özel önlemlerin hedef ve amacı, onların geleneksel yaşam tarzlarını sürdürmelerini sağlamak ve farklı kültürel kimlikleri, sosyal yapıları, ekonomik sistemleri, gelenekleri, inançları güvenceye almak olmalıdır. Yerli toplulukların üyelerinin, atalarının kendi toprakları üzerindeki haklarını göz ardı etmek veya kullanmalarını engellemek "kültürel kimlik hakkı", yaşam hakkı, kültürel miras gibi temel hakları etkileyebilir ki, bu da hakların telafisi imkansız bir şekilde zarar görmesine neden olabilir.¹⁹⁰⁷ Bu nedenlerle Mahkeme, yerli toplulukların atalarına ait topraklarını etkili bir şekilde kullanmasını ve bunlardan yararlanmasını engellediği gerekçesiyle Paraguay'ın geleneksel mülkiyet hakkını ihlal ettiğini tespit etmiştir.¹⁹⁰⁸ Sonuç olarak Mahkeme mülkiyet hakkı bakımından ihlal kararı verirken bunun içine kültürel kimlik hakkı, yaşam hakkı gibi hakları da korumuştur.¹⁹⁰⁹ AAİHM *Xákmok Kásek Community* davasında da *Xákmok Kásek* topluluğunun kültürel kimliğinin temel olarak topluluğun atalarından kalma topraklardan uzak kalmasından ve onunla birlikte gelen doğal kaynaklardan doğan etkenler nedeniyle çeşitli ihlallere maruz kaldığını ve AAİHS m. 21/1 ve m. 1/1'in ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁹¹⁰

AAİHM, kültürel kimlik hakkını bağımsız bir hak olarak tanıyıp koruduğu *Kichwa Indigenous People* davasında, açık bir şekilde bu kez kültürel kimlik hakkının yerli toplulukların temel bir hakkı olduğunu ve bunun kolektif nitelikte bir hak olduğunu ve çok kültürlü, çoğulcu ve demokratik bir toplumda hakka saygı duyulması gerektiğini

¹⁹⁰⁷ IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, paras. 147, 203.

¹⁹⁰⁸ IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, para. 242.1.

¹⁹⁰⁹ IACHR, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, para. 242.2.

¹⁹¹⁰ IACHR, *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, para. 182.

belirtmiş; bunun bir anlamının da devletlerin, yerli halkların kültürel ve sosyal yaşamlarını etkileyen veya etkileyebilecek konularda kendi değerlerine, geleneklerine, göreneklerine ve örgütlenme biçimlerine uygun şekilde danışılmasını sağlama yükümlülüğü olduğunu ifade etmiştir.¹⁹¹¹ Mahkeme *Sarayaku* halkıyla müzakere edilmemesinin onların kültürel kimliklerini etkilediği kanaatine varmıştır. Buna göre yerli halkların kültürel mirasına müdahale edilmesi ve kültürel miraslarının yok edilmesi onların sosyal ve kültürel kimliklerine, gelenek ve göreneklerine önemli ölçüde saygı gösterilmemesine yol açmaktadır.¹⁹¹² Dolayısıyla davalı devlet, Sarayaku'nun Kichwa Yerli Halkı aleyhine, AMİHS m. 1(1) ve 2 ile ilişkili olarak m. 21 uyarınca danışma, yerli topluluk ortak mülkiyeti ve kültürel kimlik haklarının ihlal edilmesinden sorumludur.¹⁹¹³

Kichwa Indigenous People davasında Mahkeme bu kanaate varırken ortak mülkiyet hakkı konusunda en kapsayıcı ve inşacı içtihatlarından birisini geliştirerek kültürel kimlik hakkının bağımsız bir hak olarak ele alınmasının temellerini atmıştır. Buna göre her halkın kültürüne, uygulamalarına, geleneklerine ve inançlarına dayalı olarak mülkiyet hakkını kullanma ve ondan yararlanmanın kendine özgü biçimlerini görmezden gelmek, mülkiyet hakkını kullanmanın ve ondan yararlanmanın tek bir yolu olduğunu savunmakla eşdeğer olacaktır ki, bu da Sözleşme m. 21 kapsamındaki korumayı etkisiz hale getirir. Yerli ve kabile halklarının topraklarıyla olan bu içsel bağı göz önüne alındığında, mülkiyet haklarının korunması, bu hakların kullanılması ve bunlardan yararlanılması onların hayatta kalmalarını sağlamak için gereklidir. Bu nedenle yerli ve kabile halklarının topraklarının korunması aynı zamanda doğal kaynakların kontrol edilmesi ve güvenliğinin sağlanması ve sürekliliğinin garanti altına alınması ihtiyacından kaynaklanır ki, bu da onların yaşam biçimlerini sürdürmelerini sağlar. AMİHS m. 21

¹⁹¹¹ IACHR, *The Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, para. 217.

¹⁹¹² IACHR, *The Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, para. 220.

¹⁹¹³ IACHR, *The Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, paras. 227, 232.

kapsamında yerli ve kabile halklarının geleneksel olarak kullandıkları, fiziksel ve kültürel hayatta kalmaları, dünya görüşlerinin gelişmesi ve devamı için gerekli olan topraklar ve doğal kaynaklar arasındaki bu bağlantı, onların geleneksel yaşam biçimlerini sürdürebilmelerini ve kendilerine özgü kültürel kimliklerine, sosyal yapılarına, ekonomik sistemlerine, geleneklerine, inançlarına ve göreneklerine Devletler tarafından saygı gösterilmesini gerekli kılar.¹⁹¹⁴ Dolayısıyla toprak mülkiyeti yerli halklar açısından topyekûn sonuçlar doğurur.

AAİHM, kültürel kimlik hakkının mülkiyet hakkının bir unsuru olmasının dışında kendi başına bir bağımsız hak olduğu düşüncesini,¹⁹¹⁵ *Garifuna Triunfo Community* davasında yeniden teyit etmiştir. Mahkemeye göre yerli topluluklar varoluşları temelinde kendi topraklarında özgürce yaşama hakkına sahiptir. Yerli halkların toprakla olan yakın bağları, onların kültürlerinin, manevi yaşamlarının, bütünlüklerinin ve ekonomik hayatta kalmalarının esas temelidir. Yerli topluluklar için toprakla olan ilişki sadece bir mülkiyet ve üretim konusu değil, onların kültürel miraslarını korumak ve gelecek nesillere aktarmak için de tam olarak yararlanmaları gereken maddi ve manevi bir unsurdur. Zira toprak mülkiyeti genel olarak yerli ve kabile halkları, özel olarak ise *Triunfo de la Cruz Garifuna* topluluğu için özel bir anlama sahiptir. Bu hakların kullanımının engellenmesi, bu halkların yaşamları ve kültürel kimlikleri ile gelecek nesillere aktarılacak kültürel miraslarını kaybetme veya bunların onarılamaz bir şekilde zarar görme tehlikelerini doğurur.¹⁹¹⁶ Mahkeme bu davada toprak ve kültürel kimlik arasındaki bağlantının yanı sıra Taraf Devletlerin mülkiyet hakkı kapsamında toplumun kültürel kimliğine saygı duyma ve bunu koruma yükümlülüklerine ilişkin içtihatlarını yinelemiştir. Mahkeme

¹⁹¹⁴ IACHR, *The Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, paras. 145–146.

¹⁹¹⁵ Donders, “Towards a Right to Cultural Identity?” 2018, s. 542.

¹⁹¹⁶ IACHR, *Garifuna Triunfo de La Cruz Community and Its Members v. Honduras*, para. 261, 262, 294. Aynı yönde bir karar için bkz. IACHR, *Kuna Indigenous People of Madungandí and the Emberá Indigenous People of Bayano and its members v. Panama*, Judgment of 14.10.2014, para. 112.

devletin pozitif edimleri yerine getirmesi bağlamında geri verilmesi mümkün olmayan topraklarla aynı büyüklük ve kalitedeki alternatif toprakların mülkiyetinin topluluğa verilmesine; bu tedbirin uygulanması için Devletin bu konuda uluslararası standartlara uygun bir prosedürle Triunfo de la Cruz Topluluğu ve üyeleriyle istişare etmesine; Devletin üçüncü kişilerin Garífuna bölgesine herhangi bir zarar vermesini önlemek için gerekli önleme mekanizmalarını geliştirmesine ve AAİHS m. 21/1 ayarınca uygun bir tazminatın ödenmesine hükmetmiştir.¹⁹¹⁷ Bu kararda da görüldüğü üzere hakkın korunması devletin pozitif edimlerini gerektirebilir. Bu bağlamda hakkın korunmasında devletin olumlu edimleri somut olaya göre değişkenlik gösterebilir: Dava konusu toprakların benzerlerinin teslim edilmesi, karar aşamasında topluluk ile istişare edilmesi, hakkın zarar görmesini engelleyecek önleme mekanizmalarının geliştirmesi gibi edimler ön plana çıkabilir.

AAİHM *Lhaka Honhat v. Argentina* davasında, 2005 *Yakye Axa Community* davasındaki görüşlerini yinelemiştir. Mahkeme yerli toplulukların kendi kültürleriyle bağlantılı doğal kaynakları ve onlardan türetilen soyut unsurları da tanıyıp güvenceye almıştır.¹⁹¹⁸ Mahkeme ilgili toplulukların kültürel özelliklerini göz ardı ederek mağdur olduğu varsayılan kişileri sınırlandırmanın, yerli halkların ve toplulukların kültürel kimliklerine dayalı haklarının korunmasıyla tutarsız olacağını tespit ederek doğrudan kültürel kimlik hakkını güvence altına alıp korumuştur.¹⁹¹⁹

Bölgesel düzeyde Afrika Birliği Örgütü bir diğer önemli koruma mekanizmasıdır. AFİHS ve AFİHM bağlayıcı nitelikte koruma mekanizmalarını oluşturur. AFİHM “*African Commission v. Republic of Kenya*” davasında ortak menfaatin sağlanması amacıyla Ogiek nüfusunun kültürel haklarının sınırlaması anlamına gelen Mau Orman

¹⁹¹⁷ IACHR, *Garífuna Triunfo de La Cruz Community and Its Members v. Honduras*, paras. 258.

¹⁹¹⁸ IACHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, para. 94.

¹⁹¹⁹ IACHR, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, para. 34.

Kompleksi'nin doğal çevresinin korunma altına alınması kapsamında Taraf Devletin müdahalesinin, gerçekten de ortak bir çıkarı koruma ihtiyacından kaynaklandığını kanıtlaması gerektiğini ifade etmiş; ayrıca Şart ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklere yönelik her müdahalenin gerekli olması ve bunun elde edilmek istenen meşru amaçla orantılı olması gerektiğine karar vermiştir.¹⁹²⁰ AFİHK *Ogoni* başvurusunda,¹⁹²¹ Nijerya Federal Cumhuriyeti'nin, Afrika Şartı ilgili m. 2, 4, 14, 16, 18(1) ve 24'ün yanı sıra kültürel kimlik hakkıyla ilgili olarak m. 21 ve 22'yi ihlal ettiğine karar vermiştir. Kasım 2009'da ölçülü bir tazminat alamadan atalarının topraklarından sürülen Kenya'daki *Endorois* yerli topluluğuyla ilgili davada yerinden edilmenin, topluluğun kırsal yaşam biçimini aksattığı ve dinini ve kültürünü yaşamasını engellediği ileri sürülmüştür.¹⁹²² Komisyon da toprak mülkiyetini yerli halkların kültürel kalıpları, sosyal kurumları ve dinsel sistemleriyle özdeşleştirerek toprak ve kaynaklarıyla ilgili hakların (kültürel) kimliği koruma hakkını temsil ettiğini belirtmiştir.¹⁹²³ Komisyon bu davada yerli halkların, toprak haklarının kolektif doğasını tanımış ve topluluğun kendi kültürel kimliğini korumasının, geleneksel topraklarında yaşama olanağıyla sıkı sıkıya bağlı olduğuna karar vermiştir. Davalı Devletin müdahalesiyle hayvanların yaşamsal kaynaklara erişimi mümkün olmayan yarı kurak topraklarda yaşamaya zorlanmasının aynı zamanda topluluğun yaşam tarzına büyük bir tehdit oluşturduğunu belirten Komisyon, *Endorois*'in kültürel kimlik hakkının özünün zarar gördüğüne ve sonuç olarak m. 17/2, 21 ve 22'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁹²⁴ Bu kararda görüldüğü üzere

¹⁹²⁰ African Court on Human and Peoples' Rights, *African Commission on Human and Peoples' Rights v Republic of Kenya*, para. 188.

¹⁹²¹ ACHPR, *Morka and The Social and Economic Action Rights Centre v. Nigeria*, Communication No: 155/96, 27.05.2002, para. 64, ACHPR/COMM/A044/1.

¹⁹²² ACHPR, *Endorois Welfare Council v. Kenya*, para. 1.

¹⁹²³ ACHPR, *Endorois Welfare Council v. Kenya*, para. 157.

¹⁹²⁴ ACHPR, *Endorois Welfare Council v. Kenya*, paras. 249, 251, 268, 298.

AFİHK kültürel kimlik hakkını tartışmasız olarak Sözleşme'nin farklı hükümleri kapsamında güvenceye alıp korumuştur.

AFİHK kültürel kimliğin, din, dil ve diğer tanımlayıcı özellikleri kapsadığını tespit ederken kültürel kimlikle ilişkili olarak devletin birtakım olumlu ve olumsuz edim ve sorumluluklar yüklemiştir. Komisyon ASİHS m. 17'nin kütüphaneler, kiliseler, camiler, tapınaklar ve sinagoglar gibi binalar ve yerler dahil olmak üzere topluluk kimlikleri için gerekli olan dinsel ve kültürel miraslara saygıyı ve bunların korunmasını gerektirdiğini belirtmiştir.¹⁹²⁵

Anadil hakkını kişinin kültürel kimliğinin bir parçası olarak ele alan Komisyon, anadilinin kültürün ayrılmaz bir parçası ve en iyi ifade aracı olduğunu; aslında onun temelini oluşturduğunu belirtmiştir.¹⁹²⁶ Komisyona göre anadilinin kullanımı kişiyi zenginleştirir ve bir kişiyi böyle bir haktan yoksun bırakmak, onu kimliğinden mahrum etmek anlamına gelir.¹⁹²⁷ Dolayısıyla anadilden yoksunluk doğrudan kültürel kimliği sakatlayan bir etken olarak görülebilir. Bu yorumdan bir kişinin, anadilinin kullanımından doğan yararlarından yoksun bırakılamayacağı, aksi takdirde kültürel kimliğinden yoksun kalacağı çıkarımı yapılabilir. Bu da anadilinin kullanılması yoluyla kültürel kimliğin güvenceye alınmasını dolaylıdır.¹⁹²⁸ Bu bağlamda etnik toplulukların ve azınlıkların ve nüfusun yerli kesimlerinin kültürel mirasına ilişkin farkındalığın ve bunlardan yararlanmanın teşvik edilmesi, azınlıkların korunması için ilgili devlete gerekli önlemleri alması ödevi yüklenebilir.¹⁹²⁹

¹⁹²⁵ ACHPR, *Endorois Welfare Council v. Kenya*, para. 241. ACHPR, *Endorois Welfare Council v. Kenya*, para. 241.

¹⁹²⁶ Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law*, s. 190.

¹⁹²⁷ ACHPR, *Malawi African Association and Others v. Mauritania*, Communication No. 54/91, 2000, para. 137.

¹⁹²⁸ Lenzerini, *The Culturalization of Human Rights Law*, s. 190.

¹⁹²⁹ ACHPR, *Endorois Welfare Council v. Kenya*, para. 246.

C. ULUSAL DÜZEYDE KORUNMA

Ulusal düzeyde temel hak ve özgürlükleri koruyan mekanizmalar genellikle yargısal ve yargı dışı araçlar şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Yargısal mekanizmalar kural olarak ihlal sonrası ortaya çıkan, hukuka uygunluk denetimiyle sınırlı olan, kararları bağlayıcı olan ve teknik usulleri olan koruma mekanizmalarıdır. Yargı dışı mekanizmalar ise çoğunlukla önleyici denetim işlevi gören, iş birliğine dayalı, kesin ve bağlayıcı kararları olmayan, daha basit koruma usulleri olan korunma mekanizmalarıdır.¹⁹³⁰

Ulusal düzeyde yargı dışı koruma mekanizmaları olarak ulusal insan hakları kurumları, insan haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla kurulan, anayasal ve/veya yasal bir yetkiye sahip kurumlardır. Bunlar bir ülkede kurulan herhangi bir kurum değil, özel olarak temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla kurulan kuruluşlardır. Dolayısıyla bu kurumlar aynı zamanda kültürel kimlik hakkını da koruyacak olan kurumlardır. Paris İlkeleri'ne uygun olarak kurulan ulusal insan hakları kurumları uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasında köprü görevi görürler. Bu bağlamda bölgesel insan hakları mekanizmaları ile ulusal insan hakları koruma mekanizmaları insan haklarının teşviki ve korunmasında simbiyotik bir ilişkiye sahiptir.¹⁹³¹ Uluslararası hukuk ulusal kurumların kuruluşunda devletlere belli bir model dayatmazken kendi ihtiyaçlarına uygun araçları belirleme hakkı tanımıştır. Uygulamada ombudsmanlık, insan hakları kurumu, insan hakları komisyonu, kadın hakları komisyonu, çocuk hakları komisyonu gibi koruma mekanizmaları kurulmaktadır.¹⁹³² Ülkeden ülkeye değişkenlik gösterebilen, fakat özünde temel hak ve özgürlükleri koruma amacına sahip olan yargı dışı ulusal kurumlar kültürel kimlik hakkının da korunmasında işlevsel araçlar olabilir.

¹⁹³⁰ Eren, *Anayasa Hukuku*, s. 580.

¹⁹³¹ United Nations, *National Human Rights Institutions: History, Principles, Roles and Responsibilities*, Professional Training Series 4 (New York, Geneva, 2010), s. 13.

¹⁹³² United Nations, *National Human Rights Institutions*, s. 15-16.

Türkiye’de de temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla anayasal veya yasal düzeyde yasama ve yürütme organları içinde çeşitli koruma mekanizmaları kurulmuştur. Yasama organı içinde kurulan koruma araçlarından ilki Dilekçe Komisyonudur. 1982 Anayasası (m. 74/1) vatandaşlara ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılara kendileri veya kamu konularıyla ilgili istek ve şikayetler hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine başvurma hakkı tanımıştır. Buna ilişkin dilekçeler TBMM İçtüzüğü (m. 115) gereğince Dilekçe Komisyonuna verilir. Dilekçe Komisyonu dışında, yasama organı içinde temel hak ve özgürlükleri korumak üzere “İnsan Hakları İnceleme Komisyonu” kurulmuştur. 1990 yılında 3686 sayılı Kanun ile kurulan “İnsan Hakları İnceleme Komisyonu”, insan haklarının ihlal edilmesine yönelik iddia ve başvuruları inceler. Komisyon TBMM bünyesinde yer alan ihtisas komisyonların birisidir. 3686 sayılı Kanun m. 4’e göre Komisyonun bazı görevleri “uluslararası alanda genel kabul gören insan hakları konusundaki gelişmeleri izlemek; Türkiye’nin insan hakları alanında taraf olduğu uluslararası antlaşmalarla Anayasa ve kanunlar arasında uyum sağlamak amacıyla yapılması gereken değişiklikleri tespit etmek ve bu amaçla yasal düzenlemeler önermek; insan haklarının ihlal edilmesine dair iddialar ile ilgili başvuruları incelemek ve gerekli görülen hallerde ilgili birimlere iletmek” olarak sayılmıştır. Bunun dışında “Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu” da temel hak ve özgürlüklerin korunması kapsamında cinsiyet eşitliğinin ihlal edilmesi ve toplumsal cinsiyet ayrımcılığına ilişkin başvuruları inceler.¹⁹³³

Paris İlkeleri’ne göre ulusal koruma mekanizmalarının etkin bir korunma sağlayabilmesi için kurumun oluşumunda ve üyelerinin seçimle veya başka bir şekilde atanmasında, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesiyle ilgili toplumsal güçlerin (sivil toplumun) çoğulcu temsilinin olanaklı kılınmasında bağımsızlık,

¹⁹³³ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 182-183.

tarafsızlık ve etkinliği sağlayacak bir usulün belirlenmesi önem arz eder. Yine ulusal kurumun faaliyetlerinin düzgün bir şekilde yürütülmesi için uygun bir altyapıya, özellikle yeterli finansmana sahip olması gerekir. Bu finansmanın amacı, hükümetten bağımsız olmak ve kurumun bağımsızlığını etkileyebilecek mali kontrole tabi olmamak için kendi personeline ve tesislerine sahip olmasını sağlamaktır. Türkiye’de TBMM çatısı altında kurulan koruma mekanizmalarının uygulamada etkili olmadığını belirtmek gerekir. Zira bu mekanizmalar Paris İlkelerinin belirttiği kurumsal ve finansal bağımsızlık güvencelerinden yoksun bir şekilde kurulmaktadır. Şöyle ki kurumların üye çoğunluğunun belli bir siyasal kompozisyondan gelmesine neden olan seçim usulü koruma mekanizmalarının tarafsızlık ve bağımsızlığını tehlikeye düşürmektedir.¹⁹³⁴ Ayrıca komisyonların kararlarının bağlayıcı olmaması da koruma mekanizmalarını etkisiz kılan bir diğer faktör olarak saptanabilir.

Türkiye’de temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla idare içinde de bazı koruma mekanizmaları tesis edilmiştir. Yargı dışı koruma mekanizmalarından biri Kamu Denetçiliği Kurumudur. Birçok ülkede ombudsman, arabulucu, halkın savunucusu, halk avukatı, adalet temsilcisi gibi farklı adlarla kurulan koruma mekanizmasının temel amacı, idarenin işlem ve eylemlerine karşı temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişilere başvuru hakkı tanımaktır.¹⁹³⁵ TBMM Başkanlığına bağlı olarak kurulan “Kamu Denetçiliği Kurumu”, 2010 Anayasa değişikliği ile kurulmuş, “14.06.2012 tarih ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu” ile kuruluşu, işleyişi ve çalışma usulleri belirlenmiştir. Kurumun görevi idarenin şikâyet konusu olan işlem ve eylemlerini incelemek ve önerilerde bulunmaktır. İdarenin tutum ve davranışları da şikâyet konusu yapılabilmektedir. Kamu Denetçiliği sadece hukuka uygunluk denetimi yapmaz, idarenin işlem ve eylemini aynı zamanda adalet anlayışı, hakkaniyete uygunluk ve insan haklarına

¹⁹³⁴ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 183.

¹⁹³⁵ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 446-447; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 301.

saygı ilkeleri çerçevesinde inceler. Kurumun olumsuz yanlarından biri bağlayıcı nitelikte karar verememesi, öneri niteliğinde karar alabilmesidir.¹⁹³⁶ Kurumun başdenetçisinin demokratik devlet yöntemlerinden farklı olarak, farklı siyasal kompozisyonların uzlaşmasını gerektirmeyecek bir çoğunlukla seçilebilmesi,¹⁹³⁷ kurumu yasama ve yürütmeye organlarının etki ve baskısına açık hale getirmektedir. Öte yandan kurumun yönetsel ve mali güvencelerden yoksun olması, bağımsız ve özerk çalışmasını da tehlikeye atmaktadır.¹⁹³⁸ Bu nedenlerle Kamu Denetçiliği Kurumu temel hak ve özgürlüklerin korunmasında etkili bir koruma mekanizması olmaktan uzaklaşmaktadır.

Türkiye’de temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla idare içinde kurulan bir koruma mekanizması da “İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu”dur. “06.04.2016 tarih ve 6701 sayılı Kanun ile kurulan İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu”, idari ve mali özerkliğe sahip, özel bütçeli Adalet Bakanlığı ile ilişkili bir koruma mekanizmasıdır.¹⁹³⁹ Kurumun görevleri arasında “insan haklarının korunması, geliştirilmesi, ayrımcılığın önlenmesi ve ihlallerin giderilmesine yönelik çalışmalar yapmak; insan hakları ve ayrımcılıkla mücadele konularında duyarlılığı geliştirmek; insan hakları ihlallerini resen incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek; ayrımcılık yasağı ihlallerini re’sen veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek; işkence ve kötü muamele ile mücadele etmek ve bu konuda çalışmalar yapmak” vardır. Ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini düşünen her gerçek ve tüzel kişi Kuruma başvurabilir. İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun karar organı İnsan Hakları ve Eşitlik

¹⁹³⁶ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 448-449.

¹⁹³⁷ 1982 Anayasası (m. 74/5), (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/8 md.) “*Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur.*”

¹⁹³⁸ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 183.

¹⁹³⁹ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 447.

Kuruludur. Kurul bir başkan olmak üzere on bir üyeden oluşur. Üyeler ilgili Kanun (m.10/2) gereği Cumhurbaşkanı tarafından seçilir. Öte yandan Kurulun kararları bağlayıcı niteliktedir. Türkiye’de temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla kurulan yargı dışı koruma mekanizmalarının, temel olarak Paris İlkelerine uygun kuruluş ve işleyişe sahip olmamaları nedeniyle etkin bir koruma sağlayamadıkları görülmektedir.¹⁹⁴⁰

Genel olarak tüm temel hak ve özgürlüklerin korunması için değil de doğrudan kültürel kimlik hakkının korunması amacıyla özel komisyon veya kurumlar da kurulabilir. Nitekim bazı ulusal hukuklarda kültürel kimlik hakkının korunması için yargı dışı özel komisyon veya kurumların kurulduğu görülmektedir. Bu bağlamda Kolombiya iyi bir örnek olarak ele alınabilir. Kolombiya Anayasası geçici m. 55/1, yasama organı Kongreye kolektif mülkiyet hakkına uygun olarak Pasifik Havzası nehirlerine bitişik kırsal bölgelerdeki Siyah Toplulukları dikkate alacak bir yasa çıkarmasını emretmiş; geçici m. 55/4 de aynı yasayla, bu toplulukların kültürel kimliğinin korunmasına, yönelik koruma mekanizmaları kurulmasını istemiştir. Nitekim bu amaçla öncelikle “Siyah Kolombiyalıların Atalarından Kalma Topraklara Topluca Sahip Olma ve Bu Toprakları İşgal Etme Haklarının Tanınmasına ilişkin 1993 tarih ve 70 sayılı Kanun”¹⁹⁴¹ çıkarılmıştır. İlgili Kanun (m. 41) Devletin, Siyah Toplulukların kültürel kimliklerini yeniden kazanmaları, korumaları ve geliştirmeleri amacıyla gerekli kaynakları sağlayarak örgütlenme süreçlerini destekleyeceğini belirtmiştir. Nitekim bu kanun kapsamında Kolombiya’da yerli halkların haklarını korumak amacıyla Siyah Toplulukların gerçekleri hakkında geniş bilgiye sahip teknik bir komisyon olarak “Yerli Toprakları Ulusal Komisyonu” “(*The National Commission on Indigenous Territories*)” kurulmuştur. İlgili yasaya göre koruma mekanizması olarak kurulan Komisyonun bir amacı,

¹⁹⁴⁰ Esen, *Dolaşım Özgürlüğü*, s. 184.

¹⁹⁴¹ *Law 70 of Colombia (1993): In Recognition of the Right of Black Colombians to Collectively Own and Occupy their Ancestral Lands.*

Kolombiya'daki Siyah Toplulukların etnik topluluk olarak kültürel kimliklerini ve haklarını korumak ve bu toplulukların Kolombiya toplumunun geri kalanına göre gerçek eşit fırsatlara sahip olmasını garanti altına almak için ekonomik ve sosyal gelişimlerini desteklemek üzere mekanizmalar kurmaktır. Bu bağlamda 1996 yılında “Yerli Toprakları Ulusal Komisyonu” tarafından 08.08.1996 tarih ve 1397 sayılı Kararname m. 12 uyarınca kolektif kültürel hakların korunması konusunda yerli halkların haklarını koruma yollarının geliştirilmesine yardımcı olmak için Yerli topluluklarla birlikte çalışmak üzere özel bir büro kurulmuştur.

Benzer şekilde Filipinler 1997 yılında 1997 tarihli “Yerli Halkların Hakları Yasası” “(*Indigenous Peoples’ Rights Act of 1997/Republic Act 8371*)” ile “Yerli Halklar Ulusal Komisyonu” “(*National Commission on Indigenous Peoples*)” kurulmuştur. Bu düzenleme ile daha önce var olan “Kuzey Kültür Toplulukları Ofisi ile Güney Kültür Toplulukları Ofisi” “(*The Office for Northern Cultural Communities and Office for Southern Cultural Communities*)” tek çatı altında Yerli Halklar Ulusal Komisyonunda birleştirilmiştir. Yasanın amacı, yerli halkların toprak üzerindeki yerel haklarını ve (sınırlı) kendi kaderlerini tayin etme ve kültürlerini özgürce uygulama haklarını tanımaktır. Kanun m. 3(k) hükmü uyarınca “Yerli Halklar Ulusal Komisyonu”, Başkanlık Ofisine (*Office of the President*) bağlı ve Yerli Kültürel Topluluklar/Yerli Halkların haklarını tanımak, korumak ve teşvik etmek için politika, plan ve programların oluşturulması ve uygulanmasından sorumlu birincil devlet kurumudur. Kurum 2024 yılına kadar Sosyal Refah ve Kalkınma Bakanlığına bağlı iken, 71 sayılı Başkanlık Kararnamesi (*Executive Order No. 71*) ile bu tarihten sonra Başkanlık Ofisine bağlanmıştır. Komisyonun görevleri arasında Yerli Kültürel Topluluklar/Yerli Halkların ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimi için politikalar, planlar, programlar ve projeler hazırlamak, uygulamak ve bunların uygulanmasını izlemek; Yerli Kültürel Topluluklar/Yerli Halkların atalarından kalma toprakların tapusunu düzenlemek;

politikaları veya planları gözden geçirmek, değerlendirmek ve önermek için Yerli Kültürel Topluluklar/Yerli Halkların periyodik kongrelerini veya meclislerini toplamak; Başkanlık Ofisine uygun bütçeyi hazırlamak ve sunmak vardır.

Norveçte 1964'te oluşturulan ve ulusal, ilçe ve yerel yönetimlere Saami politikaları konusunda tavsiyelerde bulunan Norveç Saami Konseyi de dahil olmak üzere çok sayıda danışma organı kurulmuştur. Danışma organın üyeleri, Saami ve diğer örgütlerin yanı sıra en büyük Saami nüfusuna sahip altı ilçe ve dokuz belediye tarafından aday gösterilmesi üzerine Kral tarafından atanır. 1975'te Kilise ve Eğitim İşleri Dairesinin danışma organı olarak bir Saami Eğitim Konseyi kurulmuş ve 1984'te Norveç Kültür Konseyi altında bir Saami Kültür Komitesi oluşturulmuştur. 1948'de kurulan hükümet dışı Norveç Ren Geyiği Çobanları Derneği, ekonomik ve diğer konularda devletle iş birliği içinde çalışmaktadır. 1982'de de bir İsveç Saami Hakları Komitesi kurulmuştur.¹⁹⁴²

Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası (m. 185) “Güney Afrika İnsan Hakları Komisyonu” dışında, kültürel haklar alanında “Kültürel, Dinsel ve Dilsel Toplulukların Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi Komisyonu” kurmuştur. Komisyon özel olarak kültürel, dinsel ve dilsel toplulukların haklarını korumak amacıyla anayasal bir koruma mekanizması olarak kurulmuştur. Anayasa m. 185'e göre Komisyonun kültürel, dinsel ve dilsel toplulukların haklarına saygıyı teşvik etme; kültürel, dinsel ve dilsel topluluklar arasında eşitlik, ayrımcılık yapmama ve serbest örgütlenme temelinde barış, dostluk, insanlık, hoşgörü ve ulusal birliği teşvik etme ve geliştirme; ulusal mevzuata uygun olarak Güney Afrika'daki topluluk veya topluluklar için kültürel konsey veya konseylerin kurulmasını veya tanınmasını tavsiye etme görevleri vardır. Komisyon, kültürel, dinsel ve dilsel toplulukların haklarını ilgilendiren konularda izleme, araştırma, eğitim, lobi

¹⁹⁴² Hannum, *Autonomy, Sovereignty and Self-Determination*, s. 252, 255.

yapma, tavsiyelerde bulunma ve raporlama yetkisi de dahil olmak üzere, temel amaçlarına ulaşmak için gerekli yetkilere sahiptir. Komisyon, yetki ve görev alanına giren herhangi bir konunun soruşturulması için Güney Afrika İnsan Hakları Komisyonuna rapor verebilir.

Ulusal hukukta kültürel kimlik hakkı doğrudan tanıyan 1998 tarihli Kuzey İrlanda Kimlik ve Dil Kanunu (*Identity and Language Act*) kültürel kimlik ilkelerini belirlemiş, (m. 78G) yargı dışı bir koruma mekanizması olarak Kimlik ve Kültürel İfade Kurumunu (*The Office of Identity and Cultural Expression*) kurmuştur. Kanun Bölüm 7A, Ulusal ve Kültürel Kimlik İlkeleri (*National and Cultural Identity Principles*) başlığını taşıyan m. 78F (1) bir kamu otoritesinin, Kuzey İrlanda ile ilgili görevlerini yerine getirirken ulusal ve kültürel kimlik ilkelerine gerekli saygıyı göstermesi gerektiğini belirtmiştir. Kanun m. 78H/1'e göre Kimlik ve Kültürel İfade Ofisinin görevleri arasında Kuzey İrlanda'da kültürel çoğulculuğa ve çeşitliliğe saygıyı teşvik etmek; farklı ulusal ve kültürel kimliklere sahip olan kişiler arasında sosyal uyum ve uzlaşmayı teşvik etmek; Kuzey İrlanda'daki insanların ulusal ve kültürel kimlik farklılıklarıyla ilgili sorunları ele alma kapasitelerini ve dirençlerini artırmak vardır. Öte yandan Kanun m. 78H'ye göre, Ofisin temel görevleri arasında Meclise rapor vermek, Kuzey İrlanda'da ulusal ve kültürel kimlikle ilgili konularda araştırmalar yapmak, yaptırmak veya desteklemek; ulusal ve kültürel kimlikle ilgili konularda eğitim programları yapmak da vardır. Dolayısıyla farklı kültürel kimliklere ve kültürel çoğulculuk ve çeşitliliğe saygıyı tesis etmek, farklı kültürel kimlikler arasında uyumu sağlamak üzere Kimlik ve Kültürel İfade Kurumu kurularak yargı dışı bir koruma mekanizması ile kültürel kimlik hakkı korunmak istenmiştir.

Kültürel kimlik hakkının ulusal korunmasında en etkin araç yargısal korumadır. Zira yargısal korumada yargı organlarının kararları öncelikle bağlayıcı niteliktedir. Öte yandan yargısal koruma daha teknik ve ayrıntılı incelemelerin sağladığı avantajlarla daha etkin bir korumayı olanaklı kılmaktadır. Bu bağlamda Kanada Yüksek Mahkemesine

yapılan bir başvuruda davalılar kendileri ve *Batchewana Indian Band*'in yerleşik olmayan tüm üyeleri adına grup/topluluk seçimlerinde oy kullanabilmek için topluluk üyelerinin yedek bölgede ikamet etmelerini gerektiren Hindistan Yasası (*Indian Act*) m. 77(1)'in Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı m. 15(1)'i ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Federal Mahkeme, Hindistan Yasası 77(1)'in Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı m. 15(1)'de güvence altına alınan hakları ihlal ettiğine ve ihlalin Şart m. 1'e göre haklı nedene dayanmadığına karar vermiştir.¹⁹⁴³ Yüksek Mahkeme *Corbiere v. Canada* davasında Aborjin kimliğinin Aborjin halklarının varoluşunun merkezinde yer aldığını, bu kimliği sürdürmenin şehirlerdeki Aborjin halkı için temel bir arayış olduğunu belirtmiştir. Kentli Aborjin halkının kültürel kimliğinin atalarına ait topraklara bağlı olduğunu belirten Mahkeme, kültürel kimlik ile yerli halkların toprakları (toprak mülkiyeti) arasındaki ilişkiyi teyit etmiştir. Mahkeme somut olayda Hindistan Yasası m. 77(1)'in rezerv dışı grup üyelerinin, kişisel bir özelliğe bağlı olarak keyfi bir şekilde topluluk yönetimine tam olarak katılma hakkını engellediğini; rezerv dışı Aborjinlerin kültürel kimliğine yüzeysel bir şekilde bakıldığını; burada yaşayan Aborjinlerin topluluğa anlamlı bir katılımı sürdürmek veya kültürel kimliklerini korumakla ilgilenmediklerinin ve bu nedenle topluluğun daha az hak eden üyeleri olduklarının varsayıldığını; bütün bunlar dikkate alındığında, m. 77(1)'deki haklardan mahrum bırakmanın ayrımcılık yasağına aykırı olduğunu belirtmiştir.¹⁹⁴⁴ Mahkeme bu davada eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağından ihlal kararı verirken gerekçesinde açık bir şekilde kültürel kimliğe dayanmış, dolaylı olarak kültürel kimlik hakkını güvenceye alıp korumuştur. Mahkemeye göre düzenleme, topluluk üyelerini yedekte yaşamak ve siyasal haklarını kullanmak ya da yedeksiz yaşamak ve siyasal haklarını kullanmaktan vazgeçmek arasında seçim yapmaya zorlamaktadır ki, söz konusu siyasal haklar, etkilenen kişilerin ırkı ve kültürel

¹⁹⁴³ Supreme Court of Canada, *Corbiere v. Canada*.

¹⁹⁴⁴ Supreme Court of Canada, *Corbiere v. Canada*, para. 18.

kimlikleriyle ilgilidir.¹⁹⁴⁵ Mahkemeye göre belli topluluk üyelerine bir sistemde söz hakkı verilmemesi, hakkın reddedilmesi bu kişilerin üye oldukları topluluklara olan aidiyetlerini ve bağlılıklarını etkiler. Topluluk veya kabile reisinin demokratik bir yolla seçilmesi önemlidir. Çünkü toplulukla özdeşleşmenin en güçlü ifadelerinden biri oy verme uygulamasıdır. Dolayısıyla siyasal katılımın engellenmesi veya sınırlandırılması doğrudan kültürel kimlik hakkını etkiler. Zira bir kişinin kültürel kimliğinin korunması o kişinin topluluğuyla özdeşleşmesini, aidiyet duygusunu gerektirir.¹⁹⁴⁶ Sonuç olarak ayrımcılık yasağı ihlalini doğuran karar, aynı zamanda kültürel kimlik hakkının güvence altına alınıp korunması anlamına gelecek şekilde yorumlanabilir.

Kanada Yüksek Mahkemesi *Sparrow v. the Queen* davasında ise Balıkçılık Yasası (*Fisheries Act*) ile getirilen sınırlamanın Kanada Anayasası m. 35(1) ile güvence altına alınan yerli halkların mevcut ve sözleşme haklarının ihlal edilmediğine ilişkin temyiz mahkemesinin kararını bozmuştur. Yüksek Mahkeme balıkçılık haklarının klasik mülkiyet hakkı anlamına gelmediğini, bunların bir topluluğun sahip olduğu kolektif haklar olduğunu ve o topluluğun kültürü ve varoluşuyla uyumlu olduğunu belirterek hem balıkçılık hakkını kültürel kimlik hakkını içerir şekilde ele almış hem de bu hakkın kolektif niteliğini teyit etmiştir. Bu bağlamda derece mahkemelerinin, yerli hakların kendi doğasına özgü (*sui generis*) anlayışlarını geliştirirken klasik (özel) mülkiyet hakkı uygulanmasından kaçınma konusunda özen göstermesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre Balıkçılık Yasası'nda Hint yerlilerinin balık tutma hakkını ortadan kaldırmaya yönelik açık ve net bir olguyu gösteren hiçbir hüküm yoktur. Antropolojik kanıtların Musqueamler için somon balıkçılığının her zaman kendilerine özgü kültürlerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunu belirten Mahkeme, balık tutmanın

¹⁹⁴⁵ Supreme Court of Canada, *Corbiere v. Canada*, para. 19.

¹⁹⁴⁶ Supreme Court of Canada, *Corbiere v. Canada*, para. 81.

kültürel kimliğin ayrılmaz bir bileşeni olduğunu ifade ederek dolaylı yoldan kültürel kimlik hakkını korumuştur.¹⁹⁴⁷

Kanada Yüksek Mahkemesi (ana)dil hakkıyla ilgili *R. v. Beaulac* davasında dil topluluklarının resmi iki dilden de eşit bir şekilde faydalanmalarına ilişkin karar verirken (ana)dilin, kişinin kültürel kimliğinin önemli bir parçası olduğunu belirtmiştir. Mahkeme davaya konu olan dil seçiminin amacının, sanığın kendi dilsel ve kültürel kimliğine uygun bir kamu hizmetine eşit erişimine yardımcı olmak olduğunu ifade ederek (ana)dilinin, kültürel kimliğe uygun bir kamu hizmetinin aracı olduğunu saptamıştır.¹⁹⁴⁸ Yine *NIL/TU,O Child and Family* davasında hizmetler sunulurken çocukların güvenliği ve refahının desteklenmesi kapsamında Aborjin çocukların kültürel kimliğinin korunması gerektiğini belirtmiştir.¹⁹⁴⁹

Kültürel kimlik hakkının korunması konusunda Kolombiya Anayasa Mahkemesi dikkat çeken yargısal organlardan biridir. Kuşkusuz bu durumun ortaya çıkmasında Kolombiya Anayasasının kültürel kimlik hakkını açıkça tanımış olması, Kolombiya'nın ülke olarak bir kültürel kimlik sahası olması ve yerli halklar faktörü temel etkenlerdir. Kolombiya Anayasa Mahkemesi, 2010 yılında Awá (La Cabaña) Topluluğunun, muhatap konsorsiyum tarafından yerli topluluğun himayesindeki topraklarda gerçekleştirilen hidrokarbonların keşfi ve işletilmesiyle ilgili davada, Awá ile zorunlu ön istişarede bulunmayan konsorsiyumun faaliyetlerinin çevreye ilişkin temel hakları ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre yenilenemeyen kaynaklar üzerindeki eylemler kültürel değerleri de içeren çevre üzerinde aşırı olumsuz bir etki yaratmıştır. Sonuç olarak, petrol

¹⁹⁴⁷ Supreme Court of Canada, *Sparrow v. the Queen*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

¹⁹⁴⁸ Supreme Court of Canada, *R. v. Beaulac*, [1999] 1 SCR 768, paras. 34, 45.

¹⁹⁴⁹ Supreme Court of Canada, *NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696, para. 26.

kullanımı La Cabaña Topluluğunun yaşamını ve kültürel yapısını kötüleştirmiştir.¹⁹⁵⁰ Anayasa Mahkemesi 2019 yılında Afro-Kolombiyalı Palenque ve Raizal Topluluklarının kendi tüketimleri ve geleneksel tıp uygulamaları için atalarından kalma alkollü içeceklerin üretimini dolaylı olarak sınırlayan bir düzenlemenin anayasaya uygunluğunun denetlenmesine ilişkin bir davada, bu halkların, yerli topluluklarına benzer şekilde kültürel kimliklerinin, geleneksel ilaçlarının ve geleneklerinin bir parçası olan “biche” gibi alkollü içecekleri üretme hakkı olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre davacı toplulukların kültürel, atalarından kalma veya geleneksel bir anlamı olan alkollü içecekleri üretme imkanından mahrum bırakılması, haksız bir müdahale anlamına gelmektedir.¹⁹⁵¹ 2019 yılında Shipia Wayúu Yerli Otoriteleri Derneği, topluluklarına üyeliği engelleyen aşırı bürokratik işlemlerin kendilerine dayatılmasına ilişkin davada yerli kültürleri, kimlikleri, gelenek ve görenekleri ile dernek kurma haklarına ilişkin anayasal haklarının korunmasını talep etmişlerdir. Mahkeme geleneksel otoritenin göz ardı edilmesinin Wayúu yerli halkının gelenek ve göreneklerine uymadığını ve bu nedenle kültürel kimlik, katılım, özerklik ve örgütlenme haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁹⁵² Arhuaca yerli topluluğunun bir üyesi olan tutuklu, idarenin Arhuaca yerli topluluğunun geleneksel el sanatları ürünleri olan ayú ve poporonun ceza infaz kurumuna girişine izin vermemesi nedeniyle diğer haklarının yanı sıra kültürel kimlik temel haklarının ihlal edildiğini ileri sürdüğü davada, Mahkeme kültürel kimlik hakkı açısından ihlal kararı vermiştir. Mahkeme davacının yerli halk olduğu için özel olarak anayasa tarafından korunduğunu, koka yaprağı kullanımının Anayasa tarafından

¹⁹⁵⁰ Constitutional Court of Colombia, *Decision SU-123/18*, Notable Judgements on Vulnerable and Disadvantaged Groups, 2021, s. 6.

¹⁹⁵¹ Constitutional Court of Colombia, *Decision C-480/19*, Notable Judgements on Vulnerable and Disadvantaged Groups, 2021, s. 6.

¹⁹⁵² Constitutional Court of Colombia, *Decision T-172/19*, Notable Judgements on Vulnerable and Disadvantaged Groups, 2021, s. 7.

korunan geçerli ve yasal bir yerli gelenek olarak kabul edildiğini ve bunun da kültürel kimliğin bir parçası olduğunu belirterek hakkı korumuştur.¹⁹⁵³

Kolombiya’da *The Atrato River* davasını konu olan esasında su hakkı, güvenli gıda hakkı, çevre hakkı, sağlıklı çevre hakkı, kültürel kimlik hakkı, etnik ve kültürel çeşitlilik hakkı gibi birçok hak açısından uyumsuzluk konusu olan Atrato Nehri, Kolombiya’nın en büyük ve aynı zamanda Magdalena Nehri ve Cauca Nehri’nden sonra ülkenin üçüncü gezilebilir nehridir. Nehir altın ve orman kaynakları açısından oldukça zengin olup tarım için en yüksek verimliliğe sahip bölgelerden biri olarak kabul edilir. Atrato’nun kıyıları, davacılar da dahil olmak üzere, atalarından beri buralarda yaşayan birçok Afro-Kolombiyalı ve yerli topluluğa ev sahipliği yapmaktadır.¹⁹⁵⁴ Davacı etnik topluluklar, yasal yollara başvurarak Mahkemeden Chocó’daki Atrato Nehri’nde çeşitli maden çıkarma ve ağır makinelerle ağaç kesme yöntemlerinin yoğun ve büyük ölçekli kullanımının ve cıva gibi son derece zehirli maddelerin kullanımının durdurulması için yetkililere emir çıkarmasını talep etmiştir.¹⁹⁵⁵ Nehrin su havzalarının, bataklığının, sulak alanlarının ve kollarının geri dönüşü olmayan bir kirlenmeye maruz kaldığını ileri süren başvuruçular, bu müdahalenin sağlık için olduğu kadar bölgedeki toplulukların kültürel

¹⁹⁵³ Constitutional Court of Colombia, *Decision T-365/20*, Notable Judgments on Vulnerable and Disadvantaged Groups, 2021, s. 7.

¹⁹⁵⁴ Constitutional Court of Colombia, *Decision T-622/16 (The Atrato River Case)*, trans. Erin Daly and James R. May, 2016, para. 1.

¹⁹⁵⁵ Kolombiya’da *acción de tutela* olarak ifade edilen araç, Anayasa m. 86 ile güvence altına alınan özel bir korunma mekanizmasıdır. *Acción de tutela* herkesin temel haklarının derhal yargısal olarak korunmasını her zaman ve her yerde yargıçlar önünde talep etme hakkına sahip olmasını olanaklı kılan bir mekanizmadır. Anayasa m. 86/1’e göre,

“Herkes, temel anayasal haklarından herhangi birisinin bir kamu makamının eylemi ya da ihmali nedeniyle tehlikeye düşmesinden ya da tehdit altında olmasından endişelendiği takdirde, bu haklarının derhal korunması için, herhangi bir zamanda ya da yerde, tercihli ve seri bir yargılama usulüyle, kendisi ya da kendi adına hareket eden kişi tarafından hâkim önünde yasal koruma talep edebilir.”

Bu koruma, koruma talebine karşılık başkalarının bir eylemde bulunmasını ya da eylemden kaçınmasını sağlama amacıyla haksız uygulamayı durdurma emrinden oluşan bir hâkim kararından oluşur.

ve yaşamsal faaliyetlerinin gelişimi için de bir risk oluşturduğunu belirtmişlerdir. Mahkeme davaya konu olan hakların, yani en temel tanımla biyokültürel haklar olarak adlandırılan hakların geniş kapsamına işaret ederek Nehir üzerinde gerçekleştirilen faaliyetlerin niçin birden fazla hakka müdahale ettiğini açıklamıştır. Buna göre biyokültürel haklar etnik toplulukların kendi toprakları üzerinde, kendi yasaları ve geleneklerine göre ve kültürlerinin, geleneklerinin ve yaşam biçimlerinin çevre ve biyolojik çeşitlilikle kurdukları özel ilişkiye dayalı olarak geliştiği yaşam alanlarını oluşturan doğal kaynaklar üzerinde özerk vesayet ve yönetim haklarını ifade etmektedir. Mahkemeye göre bu haklar, doğa kaynakları ve bu kaynaklarda yaşayan etnik ve yerli toplulukların kültürleri arasında var olan derin ve içsel bağın tanınmasından kaynaklanır. Dolayısıyla birbirine bağlı olan bu haklar birbirinden ayrı olarak anlaşılabilir. Bu yaklaşımın temel unsurları, doğa ve kültür arasında içsel bir bağ kurmakta ve insan türünün çeşitliliğini doğanın bir parçası ve çoklu yaşam oluşumlarının bir tezahürü olarak görmektedir. Bu açıdan bakıldığında, biyolojik çeşitliliğin korunması zorunlu olarak onunla etkileşim içinde olan yaşam biçimlerinin ve kültürlerin de korunmasını gerektirmektedir. Diğer bir ifadeyle, etnik topluluklar için yeni haklar olmayan biyokültürel haklar, doğal kaynaklar ve kültür üzerindeki hakları birleştiren, bunları bütünleşik ve birbiriyle ilişkili olarak gören özel bir kümedir.¹⁹⁵⁶ Mahkeme etnik grupların hayatta kalmak ve kültürlerini geliştirmek için yerleştikleri topraklara ihtiyaç duyduklarını; bu bakış açısıyla avcılık, balıkçılık ve tarım gibi ortak faaliyetlerin geliştirilmesi yoluyla bu topraklarda bulunan doğal kaynakların kullanımının (kültürel kimlik dahil) birçok kimlikle ilişkili olduğunu ve bunun da toplulukların bu tür faaliyetlerle ilgili kararlara katılma ve müdahale etme hakkını gerektirdiğini belirtmiştir.¹⁹⁵⁷ Mahkeme 2014 tarihli T-576 kararına atıf yaparak ön istişare kapsamında

¹⁹⁵⁶ Constitutional Court of Colombia, *Decision T-622/16 (The Atrato River Case)*, para. 5.11.

¹⁹⁵⁷ Constitutional Court of Colombia, *Decision T-622/16 (The Atrato River Case)*, para. 5. 35.

siyah toplulukların kültürel kimlik ve ata kültürünün haklarının korunduğunu; bu bağlamda yerli ve kabile topluluklarının yaşam biçimlerini değiştirebilecek, kendi gelişim süreçlerini etkileyebilecek veya geleneklerini, göreneklerini ve kurumlarını herhangi bir şekilde etkileyebilecek projeler veya kararlar hakkında görüş bildirme fırsatına sahip olmalarının garanti altına alınması gerektiğini belirtmiştir.¹⁹⁵⁸ Mahkeme dava konusu nehrin, Chocó için sadece bölgesel entegrasyon, ticaret ve geçim kaynağı anlamına gelmediğini aynı zamanda onu ve kollarını doğal yaşam alanları haline getiren siyah ve yerli topluluklar için kültürel kimlik referansı olarak hizmet ettiğini belirtmiştir. Mahkeme kültürel kimliğin toplulukların çeşitliliğinin tezahürü, insan ve toplumsal zenginliğin ifadesi olduğunu, örgütlü toplumların inşası ve sağlamlaştırılmasının bir aracı olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkeme dava konusu müdahalenin gerekçelerinden biri olan sürdürülebilir kalkınmanın, ekonomik ve sosyal koşulları iyileştirme ve doğal kaynakları ve çeşitliliği koruma süreci olduğu; insanların yaşamları üzerindeki kontrolün geliştirilmesini ve toplumun kimliğinin korunmasını amaçlayan sosyal sürdürülebilirliği ve gelişimin etkilenen halkların kültürü ve değerleriyle uyumlu olmasını gerektiren kültürel sürdürülebilirliği sağlamaya çalışması gerektiği sonucuna varmıştır.¹⁹⁵⁹ Ulusun kültürel mirasını koruma ve savunma yükümlülüğünün kamu makamları ve hatta bireyler için bir zorunluluk olduğunu belirten Mahkeme, kültürel kimliğin, toplumların çeşitliliğinin bir tezahürü ve insani ve sosyal zenginliğin bir ifadesi olduğunu, örgütlü toplumların inşası ve pekiştirilmesi için bir araç olduğunu ve bu toplumların ilişkilerini geliştirmeyi amaçladığını belirtmiştir.¹⁹⁶⁰ Mahkeme ayrıca, farklılaştırılmış toplulukların katılımını güvence altına alma görevinin, Anayasa'da da belirtildiği üzere, maden kaynaklarının ekonomik kullanımı, çevrenin korunması, sürdürülebilir kalkınmanın sağlanması ve söz konusu toplulukların etnik ve kültürel kimlikleri arasında bir denge

¹⁹⁵⁸ Constitutional Court of Colombia, *Decision T-622/16 (The Atrato River Case)*, para. 5.36.

¹⁹⁵⁹ Constitutional Court of Colombia, *Decision T-622/16 (The Atrato River Case)*, para. 5.53, 5.55.

¹⁹⁶⁰ Constitutional Court of Colombia, *Decision T-622/16 (The Atrato River Case)*, para. 6.7.

kurulması ihtiyacına dayandığını tespit etmiştir. Bu dengeleme ancak, etkilenen yerli halkların konum ve çıkarlarının ilgili kamu politikasına ilişkin tartışmalara entegre edilmesiyle mümkündür. Aksi takdirde devlet faaliyeti, bu halkların Devlet tarafından özel olarak korunan bir azınlık olarak tanınmasına ilişkin anayasal haklarını göz ardı edecektir.¹⁹⁶¹

¹⁹⁶¹ Constitutional Court of Colombia, *Decision T-622/16 (The Atrato River Case)*, para. 7.11.

SONUÇ

Kültürel kimlik hakkı, herkesin tek başına veya başkalarıyla birlikte bir topluluk içinde dil, din, miras ve gelenekler gibi çeşitli yönleriyle kendi kültürel kimliğini özgürce seçebilmesidir. Bu yönüyle kültürel kimlik hakkı kültürel kimliğini özgürce seçme, bir topluluğa ait olup olmama, kültürel uygulamaları ve yaşam tarzlarını hayata geçirme ve kültürel seçimlere saygı duyulmasını isteme hakkı olarak değerlendirilebilir. Aitlik bağının yanı sıra kültürel ritüellerin ve yaşam tarzlarının hayata geçirilmesi kültürel kimlik hakkının kapsamına girer. Kişilerin ve toplumların paylaştığı, sıklıkla değer verdikleri ve kolektif kimliklerini şekillendiren ve tanımlayan kültürel değerler kültürel kimlik hakkının konusunu oluşturur.

Kültürel kimlik hakkı merkeze alındığında, birçok hak ve özgürlük bu hakkın kapsamına girmiş olur. Örneğin azınlıkların ve üyelerinin kültürel kimliklerini seçip geliştirmesi için kültürel kendi kaderini tayin hakkı temel bir araç olur. Zira kültürel kendi kaderini tayin hakkı, toplumların kültürel değerlerin paylaşımına tam ve özgürce katılmasını, kültürel sistemlerini ve kurumlarını kurmasını, kendi kültürünü seçmesini, sürdürmesini ve geliştirmesini olanaklı kılar. Kültürel kendi kaderini tayin kültürel, etnik, dinsel ve dilsel olarak farklılaşan kişi toplumlarına bu alanlara özgü olarak kendilerini yönetme yetkisi verir. Diğer bir ifadeyle söz konusu araç, devlet niteliğinde olmayan kurum veya kişi toplumlarına kültürel alanda kendi koydukları hukuk kurallarıyla düzenleme yapma imkânı sağlar. Azınlıkların kültürel kendi kaderini tayin hakkına sahip olması, aynı zamanda onların hâkim unsurlar karşısında da bir güvenceye alınmasını sağlar. Kültürel kendi kaderini tayin hakkının en temel hedeflerden biri, kültürel azınlıkların yeterli demokratik temsile sahip olmalarını sağlamaktır. Bu nedenle temsil, azınlıklara mensup kişilerin en azından önemli bir bölümünü içermeli ve özerk eylem ve işlemler özgürce seçilmiş demokratik organlar tarafından gerçekleştirilmelidir.

Benzer şekilde kültürel miras da kültürel kimlik hakkının kapsamına girer. Somut ve soyut kültürel miras kültürel kimliğin bir parçası olarak yaratıcı ifadelerin, uygulamaların ve mekânların bütününe temsil eder. Kültürel miras, önceki nesillerden öğrenme yoluyla alınan kültürel kimliğin sonraki nesillere aktarılmasını sağlayan kültürel nesnelere, geleneklerin, bilgi ve becerilerin bütününe temsil eder. Kültürel miras ile kültürel kimlik arasındaki içsel bağ nedeniyle kültürel kimlik hakkı ondan bağımsız tasavvur edilemez.

Anadili, eğitim ve öğretim kültürel kimliğin temel taşıyıcılarından, kültürel gelişiminin önemli araçlarındadır. Uluslararası Adalet Divanının belirttiği gibi anadili, bir halkın kültürünün anlamlı ve yaygın bir aktarım biçimidir. Anadili topluluğun kültürel geleneklerini aktaran, bireyi topluluğa bağlayan ve aynı zamanda bireyin diğer referans topluluklarından ayırt edilmesini sağlayan bir kimlik aracıdır. Anadili, bir topluluğun inançlarını, yaşam biçimini, kültürünü yansıtmasının yanı sıra çocuklara kültürel kimlik ve aidiyet duygusu kazandırma işlevlerine sahiptir. Çocuğun eğitim sistemi yoluyla anadilinden koparıldığı bir toplumda kültürel kimliğin de doğal süreçte zarar görmesi ihtimal dahilinde olacaktır. Ancak kültürel kimlik hakkı kapsamında anadil hakkı denince yalnızca anadilde eğitim ve öğrenim akla gelmemeli, bu hak geniş norm alanına sahip bir alan olarak anlaşılmalıdır. Eğitim ve öğretim dışında azınlık anadillerinin diğer kamusal ve özel alanlarda örneğin devlet dairelerinde, mahkemelerde, hastanelerde, basın ve yayın organlarında vb. kullanılabilmesi de anlaşılmalıdır.

Eğitim ve öğretim kültürel bilincin kazanılmasında; bir topluluk üyesinin kendi yaşam tarzını, kültürel kimliğini seçmesinde veya farklı bir kültürel topluluğa üye olmasında; kültürel topluluktan ayrılmasında olduğu gibi gerekli temel becerilerin elde edilmesinde yaşamsal bir rol oynar. Ayrıca eğitim ve öğretim kurumları kültürel kimliğin yaşatılmasını sağlayan temel alanlardan biri anlamına gelir. Kişiler ve topluluklar kültürel kimliklerini, geleneklerini, değerlerini aynı zamanda eğitim yoluyla ve eğitim

kurumlarıyla sonraki nesillere aktarırlar. Kültürel kimliğin aktarılmasında eğitim ve öğretimde çokkültürlü müfredat ve tipik olarak çokkültürlü eğitim temel bir gereklilik ve zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle eğitim kurumları, zorunlu müfredat programının bir parçası olarak kültürel azınlıkların tarihini, kültürünü ve geleneklerini içerecek ve öğretecek şekilde müfredatlar sunmalıdır. Öte yandan çocuğun ilköğretimde anadilinde eğitim alması için gerekli altyapı ve olanaklar sağlanmalıdır. Kültürel kimliklerin yaşaması için kültür ve eğitim arasındaki bağların güçlendirilmesi; yerel bağlamlara ve kültürel kimliklere uygun okul müfredatının yapılması; sanatçıların ve kültür profesyonellerinin, okulların ve diğer eğitim kurumlarının faaliyetlerine katılmaya davet edilmesi; öğrencilerin kültürel ifadelerin çeşitliliği konusundaki farkındalığını artırmak üzere öğretmenlerin kapasitelerinin artırılması gibi çalışmaların yapılması öngörülebilir.

Sanat, kültürün farklı bir biçimde ifade edilmesi ve kültürün yaşatılmasının bir aracıdır. Kültür aynı zamanda sanatsal ve bilimsel yaratım sürecidir. Sanat özgürlüğü, sanatın aynı zamanda bir inancı ve kültürü ifade etme ve bir dünya görüşü geliştirme aracı olması boyutuyla kültürel kimlik hakkı ile ilişkili olur. Dil gibi sanat da birçok yönden kültürel kimliğin ifadesidir. Dolayısıyla sanatsal bir yapıyı aynı zamanda kültürel mirasın, kimliğin bir parçasıdır. Bu boyutuyla kültürel mirasa erişim ile sanat özgürlüğünün kaçınılmaz bir ilişkisi ortaya çıkar ki, herkesin sanat eserine serbestçe erişebilmesi aynı zamanda kültürel yaşama katılmanın, dolayısıyla kültürel kimliğin temel bir gereğidir. Sanat özgürlüğü kültürün yaşatılması, kültürel geleneklerin ve mirasın, yaşam tarzlarının sanat eserlerinde kendine yer bulması açısından yaşamsaldır. Sanat özgürlüğü, kültürel haklar bağlamında sanatçının herhangi bir kısıtlamaya maruz kalmaksızın eserlerine serbestçe kültürel unsurları dahil edebilmesini sağlar.

Öte yandan din açıkça birtakım kültürel bileşenleri içerir. Din yalnızca bir inanç kaynağı olarak değil, bunun yanı sıra bir yaşam tarzı, kültürdür. Dinsel uygulamalar aynı

zamanda kültürel sonuçlar doğurur. Dolayısıyla din, yaşam biçimlerini, sanatı, kültürleri ve kimlikleri biçimlendirerek kültürel kimliğin konusu olur. O hâlde kültürel kimlik hakkı denilince dar kapsamlı hakkın anlaşılması güçtür. Kültürel kimlik oldukça geniş bir norm alanına sahip birçok hak ve özgürlükle ilişkili, çeşitli yönlerle o hakları kapsayan bir temel haktır. Kültürel azınlıklara mensup kişilerin kültürel kimliklerinin güvence altına alınmasının bir yandan azınlıkların kültürlerini yaşatmaları ve geliştirmeleriyle diğer yandan, kimliklerinin asli unsurları olan din, dil, gelenekler ve kültürel mirasın korunmasıyla bağlantılıdır.

Kültürel kimlik hakkı aslında demokrasilerin özünü oluşturan çoğulculuk ve hoşgörünün temel bir gereğidir. AİHM'nin belirttiği gibi çoğulculuk, kültürel çeşitliliğin ve geleneklerin, etnik ve kültürel kimliklerin, dinsel inançların tanınması ve bunlara saygı gösterilmesi üzerine kuruludur. Farklılıklara yaşam alanı sunan ve devletin farklı görüşler karşısında eşit mesafede durmasını gerektiren çoğulculuk, kültürel kimliklerin de temel sığınaklarından biridir. Ayrıca demokrasi aynı zamanda çoğunluğa karşı azınlığın güvencesidir. Zira demokrasi her durumda çoğunluğun görüşlerinin üstünlüğü anlamına gelmez. Başat unsurların haklarını kötüye kullanmasının engellenmesi ile beraber azınlıkların ve üyelerinin korunması demokrasinin gereğidir. Herkesin temel hakları arasında sürekli denge kurma çabası demokratik toplumun temelini oluşturur. Dolayısıyla kültürel azınlıkların ve üyelerinin kültürel kimlik hakkının çoğunluğa karşı korunması demokrasinin temel gereklerinden biri olarak ortaya çıkar.

Kültürel kimlik hakkı birçok temel hak ve özgürlüğe oranla geç dönemlerde tanınan bir haktır. Hatta günümüzde hakkın, birçok ulusal hukuk tarafından tanınmadığı görülmektedir. Fakat özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna olduğu bir anlayışta haklar lehine yapılacak bir değerlendirmede hakkın hukukça tanınması ilk tercih olarak saptanabilir. Kültürel kimlik hakkı genellikle kültürel-etnik bölünme çizgilerinin olduğu derinlemesine bölünmüş toplumların konusu olmaktadır. Diğer bir ifadeyle sosyal

bölünme çizgilerinin olduğu toplumlar kültürel kimlik hakkının sahasını oluşturur. Sosyal bölünme çizgilerini yok saymaya veya ortadan kaldırmaya çalışan ya da bunların açık bir şekilde ifade edilmesini yasaklayan sistemler bir yana bırakılırsa bölünmüş toplumlarda bütünleştirme (*integration*) eğilimli yaklaşımlar ve uzlaştırma eğilimli yaklaşımlar öne çıkar. Bütünleştirme eğilimli yaklaşımlar özel alanın aksine kamusal alanda kültürel kimlik dahil tek bir ortak kimliği hedeflemektedir. Buna karşın güç paylaşımı veya uzlaştırma eğilimli yaklaşımlar, farklı kültürel topluluk ve kimliklerin eşit bir şekilde tanınmasını hedeflemekte, farklılıkların kamusal alanda da görünür kılınmasını, birden fazla aidiyetin ve (kültürel) kimliğin tanınmasını ve bunların bir arada yaşamasını savunmaktadır. Şu durumda kültürel kimlik hakkının tanınıp korunmasında güç paylaşımı yaklaşımların daha tercih edilebilir olduğu söylenebilir. Zira kültürel azınlıklar, güç paylaşımı aracılığıyla karar alma süreçlerine girerek hakkın korunmasında daha etkin rol alabilir, hâkim unsurlara karşı daha güçlü bir şekilde korunabilir. Yine kültürel azınlıklar grup özerkliği aracılığıyla kendi iç işlerini yürütme yetkisine sahip olarak kültürel kimliği geliştirme, koruma yeteneğine sahip olabilirler.

Kültürel kimlik hakkından yararlanılabilmesi kültürel çoğulculuğun ve güç paylaşımının uygulanabilir olmasıyla ilintilidir. Bu da siyasal, kültürel katılım olanaklarının geliştirilmesiyle ilişkilidir. Zira kültürel ve siyasal katılım, çoğunluğa karşı kültürel azınlıklar ve mensuplarının kültürel kimliklerini güvenceye alma, koruma ve temsil etme konusunda önemli bir işlevi yerine getirebilir. Katılım öncelikle azınlık mensuplarının temsil yeteneğini artırarak bu işlevin yerine getirilmesinde kolaylaştırıcı rol oynar, onların sistem dışında kalmasını güçleştirir. Kanada Yüksek Mahkemesinin belirttiği gibi bir sistemde belli topluluk üyelerine oy hakkı verilmemesi veya onların oy haklarının kısıtlanması ya da katılım haklarının reddedilmesi bu kişilerin üye oldukları topluluklara olan aidiyetlerini ve bağlılıklarını etkiler. Dolayısıyla çoğulculuğa ve kültürel çeşitliliğe uygun parti ve seçim sistemlerinin anayasal düzende tesis edilmesi

önem arz eder. Bu bağlamda tek bir doğru sistemden söz edilemeyeceğinden toplumsal koşullara, sosyal bölünme çizgilerine uygun sorun boyutlarını yansıtan, temsil ve katılımı sağlayan, mümkün olduğunca çok sayıdaki kişinin çıkarlarını korumaya aday kapsayıcı sistemlerin kurulması olması gerektir. Örneğin birden çok bölünme çizgisinin olduğu toplumlarda klasik anlamda iki-parti sisteminin kural olarak uygun bir tercih olmayacağı belirtilebilir. Yine seçim bölgelerinin baskın çoğunlukların çıkarlarını kayıracak şekilde çizilmesi kültürel çoğulculuk ve çeşitliliğe aykırı düşer. Şu durumda kültürel topluluk ve üyelerinin temsil kabiliyetini olanaklı kılan, kamu hizmetlerinde istihdamı sağlayan, sorun boyutlarını çözmeye aday sistemlerin tesis edilmesi gerekir. Bu bağlamda nispi temsil sistemleri dışında Yeni Zelanda'daki özel Maori bölgeleri, Hindistan'daki imtiyazlı kastlar ve kabileler için ayrılmış sandalyelerde olduğu gibi uygun çoğunlukçu sistemler de azınlık temsili için işlevsel mekanizmalar olarak görülebilir. Öte yandan her seçmene seçilecek temsilci sayısı kadar oy hakkı veren kümülatif oy hakkı; doğru tasarlanmış sınırlı oy hakkı; parlamentodaki belli sayıdaki sandalyenin, seçimlerde alınan oy oranına ve genel seçim başarısına bakılmaksızın belli azınlık gruplarına tahsis edilmesini ifade eden tahsisli sandalyeler; tahsisli sandalyelerden farklı çoğunluk sisteminin uygulandığı ülkelerde görülen topluluk oy pusulaları; her bölgede seçilen üye sayısına bağlı olarak küçük azınlıkların bile temsile erişmesine olanak sağlayabilen devredilebilir tek oy; seçim çevrelerinin *ad hoc* biçimde düzenlenmesi, yani dezavantajlı durumda bulunan azınlıklar lehine seçim çevreleri sınırlarının bilerek kazanacak çoğunlukları çıkaracak şekilde çizilmesi kültürel azınlıkların temsilini kolaylaştıracak sistemler olarak tercih edilebilir.

Kültürel kimlik hakkının yaşamsal alanlarından birisi hakkın yararlanıcılarına ilişkindir. Herkesin kültürel kimlik hakkının yararlanıcısı olmasında kuşku yoktur. Hukuk, herkesin kültürel kimlik hakkını korumalıdır. Herkes gelenek ve göreneklerini, kültürel uygulamalarını ve değerlerini hayata geçirme hakkına sahip olmalıdır. Ancak

kültürel kimlik hakkı esas olarak daha çok dezavantajlı durumda bulunan kişi ve kişi toplulukları için anlam ifade eder. Zira bunlar, genellikle bir toplumda azınlık oluşturur ve başat unsurlara göre birtakım dezavantajlara sahip olarak yaşamlarını sürdürür. Örneğin birçok açıdan dezavantajlı durumda bulunan yerli halkların kültürel kimliklerini yaşatması, hâkim unsurlara, çoğunluklara kıyasla çok daha zordur. Benzer şekilde çocuklar veya göçmenler dezavantajları nedeniyle daha çok korunmaya ihtiyaç duyar. Bu nedenle bireylerin kültürel kimlik hakkı kadar, kişi topluluklarının kültürel kimlik hakkının tanınıp korunması önemlidir. Yalnızca bireylerin kültürel kimlik hakkının tanınması bir kültürel kimliği yaşatmaya yetmez. Bunların yanı sıra kültürel azınlıkların da kültürel kimlik hakkının tanınıp korunması yaşamsaldır. Zira bazı haklarda olduğu gibi kültürel kimlik de aynı zamanda açık bir şekilde kolektif nitelik arz eder. Örneğin yerli halkların toprak mülkiyeti kolektif bir nitelik taşır. Bu hak, onlar açısından ancak topluluk hakkı, yani kolektif bir hak olarak anlaşılır. Dolayısıyla kişi topluluklarının, yani kültürel azınlıkların kültürel kimlik hakkının hukukça güvence altına alınıp korunması yaşamsaldır. Hakkın yararlanıcısı olarak kişi toplulukları çeşitlilik arz eder. Buna göre ulusal, etnik, dinsel ve dilsel azınlıklar kişi toplulukları olarak ayrı ayrı hakkın yararlanıcısı olur. Nitekim hem uluslararası hukuk hem de birçok ulusal hukuk farklı şekillerde bu azınlıkları hakkın yararlanıcısı olarak tanımış durumdadır. Kültürel azınlıklar arasında birtakım farklar ve ayrı baskın özellikler bulunsa da bunlar ortak dile, geleneklere ve kültüre atıfta bulunur.

Devletin kültürel kimlik hakkı kapsamında hem negatif hem de pozitif yükümlülükleri vardır. Devlet, öncelikle negatif yükümlülükler kapsamında kişilerin kültürel yönelimine, kimliklerine ve tercihlerine karışmama ve bunları geliştirme özgürlüğüne saygı göstermekle yükümlüdür. Öte yandan devletin, herkesin kültürel haklardan tam olarak yararlanmasını sağlama ve farklı kültürel kimliklere saygı gösterilmesini güvence altına alma konusunda çokça pozitif yükümlülüğü vardır. Bu

bağlamda devletin yargı yetkisi dahilindeki herkesin haklarını güvence altına alması, güvence altına alınan hakların uygulanabilir ve etkili kılınması ve hak ihlallerine yönelik etkili çözümler sağlaması pozitif yükümlüler olarak anlaşılır.

Devlet pozitif yükümlülükler çerçevesinde ya olumlu adımlar atar ya da uygun önlemler alır. Bu bağlamda kültürel kimlik hakkı konusunda devletin pozitif yükümlülükleri, genel olarak kültürel kimlik alanlarını geliştirme, etkili bir koruma sağlayan yasal bir çerçeve oluşturma, hak ihlallerini önleme ve ihlal ortaya çıkmışsa onu giderme, ihlallerle ilgili bilgi ve tavsiye verme görevi olarak belirginleşir. Devletin alacağı önlemler yargısal olabileceği gibi yargı dışı mekanizmalar, pratik uygulamalar ve yasal düzenlemeler şeklinde de olabilir.

Kültürel kimlik hakkı oldukça geniş kapsama sahip bir temel hak olduğundan söz konusu hak açısından devletin pozitif yükümlülükleri çeşitlilik gösterir. Somutlaştırmak gerekirse devlet, öncelikle olumlu edim olarak kültürel kimliğin tanınması kapsamında kişi ve kişi topluluklarının kültürel kimliklerinin tanınması için gereken yasal adımları atmalıdır. İkinci olarak devlet, hak ihlallerinin durdurulması ve hakkın korunması çerçevesinde etkili koruma mekanizmalarını kurmalıdır. Örneğin kültürel kimliğin korunması kurumu, kültürel kimlik kurumu gibi yargı dışı bir organ kurularak hakkın korunmasına hizmet edilebilir. Devlet, ayrıca Kültür Bakanlığı, Eğitim Bakanlığı gibi bakanlıklar aracılığıyla kültürel kimliğin korunmasında somut ve aktif projeler geliştirebilir. Bu bağlamda kültürel kimliğin ve unsurlarının geliştirilmesi için müzeler, arşiv merkezleri kurulabilir, tiyatro olanakları sağlanarak farklı bir alanda kültürel kimliğin yaşatılmasına yardımcı olunabilir.

Pozitif yükümlülükler kapsamında ekonomik ve sosyal alanlarda kültürel yaşama katılma olanakları geliştirilebilir. Kültürel azınlıkların dernek faaliyetlerini teşvik eden programlar geliştirilebilir ya da bunlara birtakım muafiyetler tanınabilir. Öte yandan eğitim alanında kültürel azınlıkların ve üyelerinin kendi eğitim kurumlarını kurma ve

yönetme hakkı göz önüne alındığında devletler, bu kurumların kurulması ve yönetilmesi konusunda aşırı külfetli yasal ve idari yükümlülükler getirerek bu hakkın kullanılmasını güçleştirmekten veya engellemekten kaçınmalıdır. Aksine devlet bu alanlarda azınlıkların eğitim kurumlarının inşasında ve sürdürülmesinde birtakım ekonomik, mali muafiyetleri uygulamaya koyarak dezavantajlı durumdaki azınlıklara kolaylıklar sağlamalıdır. Devlet, imkanlar ölçüsünde eğitim bakanlıkları ve ofisleri aracılığıyla mümkün olan her yerde ebeveynlerin istemeleri durumunda okul öncesi, anaokulu ve ilköğretim seviyelerinde eğitim ve öğretimin ideal olarak çocuğun anadilinde verilmesinin olanaklarını geliştirmelidir. O hâlde devletler uygunluk ölçüsünde azınlıklara yönelik eğitim merkezleri kurabilir veya azınlıkların bölgesel olarak kümелendiği durumlarda azınlık anadilinde eğitim veren kurumlar kurabilir. Bu bağlamda devletler, diğerlerinin yanı sıra, öğretmen eğitimi ve ders kitaplarına erişim için yeterli fırsatlar sağlayabilir. Ayrıca eğitim ve öğretim müfredatının kültürel azınlıklara göre düzenlenmesi gerekebilir. Çocuğun kültürel kimliğinden haberdar olması, kültürel kimliğini tanınması, bilmesi ve geliştirmesi için müfredatın çoğulcu, çok kültürlü bir niteliğe sahip olması, kültürel azınlıklara yönelik içerikler barındırması önem arz eder.

Kültürel kimlik hakkı bağlamında devletlerin kültürel mirası, sanatçıları ve sanat özgürlüklerini koruma, savunma ve onlara yardım etme ödevi de vardır. Devletler, özellikle kültür bakanlıkları aracılığıyla müzeler, kültür merkezleri, sanat galerileri ve arşivler kurarak sanat ve kültürel miras alanında yapacakları hizmetlerle kültürel kimliğin korunmasına yardımcı olabilir. Sözü edilen araçlar özellikle sanata ve kültüre erişimde hem kolaylık sağlar hem de sanat ve kültürün yaşamasını olanaklı kılar. Bu bağlamda kültürel ifadeleri yaratması, yayması açısından kültürel kimliğin temsilcileri olarak sanatçı ve kültür yaratıcılarının sendika ve meslek örgütleri kurma ve bunlara üye olma özgürlüğüne sahip olmaları, sanatçıları temsil eden örgütlerin kültürel ve istihdam politikalarının oluşturulmasına katılabilmeleri gerekir. Böylece sanatçılar, bireysel olarak

veya dernekleri ya da sendikaları aracılığıyla sanatlarını icra ettikleri toplulukların yaşamına tam olarak katılabilir, yerel ve ulusal kültürel politikaların oluşturulmasında yer alarak süreçlere katkı sunabilir.

Öte yandan devlet, azınlıkları ve onların üyelerini başat unsurlara karşı korumakla yükümlüdür. Bu bağlamda kültürel kimlik hakkı açısından devletin negatif ve pozitif edimlerinin iki farklı düzeyde ortaya çıktığını belirtmek gerekir. Şöyle ki devlet, ilk olarak hem kişilere hem de kişi topluluklarına karşı negatif ve pozitif yükümlülükler altındadır. İkinci olarak devlet, kişi topluluklarına karşı topluluk üyesinin haklarını koruma sorumluluğu altındadır. Yani devlet, kişinin kültürel kimliğini seçmesine müdahalede bulunamama ediminin yanı sıra azınlık üyesini, mensup olduğu kişi topluluğuna karşı korumakla yükümlüdür.

Kültürel kimlik hakkı 1982 Anayasasında tanınmadığından hakkın sınırlanması konusunda uluslararası hukuka bakmak gerekir. Bu bağlamda AİHS ve AMİHS ile bölgesel mahkemelerin kararları çerçevesinde kültürel kimlik hakkı ancak kanunla, nedene bağlı kalarak, ölçülülük ilkesine ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak sınırlanabilir. AİHS kültürel kimlik hakkını doğrudan tanımamıştır. Fakat AİHM, çeşitli hak ve özgürlükler kapsamında kültürel kimlik hakkını tanıyıp güvence altına almıştır. Sözleşme kültürel kimlik hakkını doğrudan düzenlemediğinden hak, ancak uygun olduğu ölçüde öncelikle kapsamına alındığı hak veya özgürlüğün kayıtlanmasına ilişkin hükümlerine göre sınırlanabilir. Buna göre kültürel kimlik hakkı, kapsamında tanınıp korunduğu hak ve özgürlük çerçevesinde başta kanunilik ilkesi olmak üzere diğer koşulların da sağlanması şartıyla, ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve

tarafsızlığının güvence altına alınması amacıyla sınırlanabilir. Kültürel kimlik hakkı AMİHS m. 21'e göre ise kamu yararı veya sosyal menfaat nedenleriyle sınırlanabilir.

Kültürel kimlik hakkının aynı zamanda niteliğinden kaynaklanan doğal, içkin sınırlarla sınırlı bir hak olduğunu belirtmek gerekir. Bu bağlamda kültürel kimliğin bir parçası olarak kişinin maddi ve manevi varlığına veya vücut bütünlüğüne zarar veren kültürel uygulamalar ve ritüeller tanınma kapsamında korunamaz. Ayrıca kültürel kimlik hakkı, hakkın ifade edilmesi boyutuyla başkalarının kimliğine veya onuruna tecavüz ve hakaret edilerek kullanılamaz. Kültürel kimlik hakkının ifade edilmesi çerçevesinde kimsenin kimliğine dokunulamaz. Her temel hak ve özgürlük gibi, kültürel kimlik hakkı da normatif yapısı gereği ancak belli bir nesnel alanda, yaşam alanında geçerli olur. Kültürel kimlik hakkının özgül koruma alanının dışında kalan eylemler, yani dışsal bir bağlantı içinde olan eylem biçimleri kültürel kimlik hakkının geçerlilik sınırları içinde kalmaz. Bu bağlamda kültürel uygulamaların ve yaşam tarzlarının hayata geçirilmesi boyutuyla yalnızca şiddetten uzak, saldırsız, zararsız bir kültürel kimlik hakkı kullanımı özgül koruma kapsamında değerlendirilebilir. Ayrıca kültürel kimliğin bir parçası olarak kişinin maddi ve manevi varlığına veya vücut bütünlüğüne zarar veren kültürel uygulamalar ve ritüeller de hakkın yaşam alanı dışında kalır.

Tüm temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi kültürel kimlik hakkı da kötüye kullanılamaz. Kültürel kimlik hakkının kötüye kullanılması zorla evlilik, başlık parası, kadın sünneti, miras konusunda erkeklere kıyasla kadınlara daha az hak tanınması veya kadınların mirastan tamamen yoksun bırakılması gibi zararlı kültürel geleneklerde ortaya çıkabilir. Kültür ve kültürel kimlik, çeşitli toplumsal rol ve kimlik kalıplarına gerekçe olarak bir sığınak veya birincil kaynak olarak suistimal edilebilir. Kültürel kimliğin yerleşik yorumları, bir temel hak ve özgürlüğün parçası olarak zararlı uygulamaları mazur göstermek amacıyla kullanılabilir, herhangi bir zamanda meşrulaştırılabilir ve bir topluma veya topluluğa dayatılabilir. Diğer bir ifadeyle kültürel hoşgörü açıkça kültürel

toplulukların kendi içlerindeki baskı ve adaletsizliğin bir perdesi olarak kötüye kullanılabilir. Kültürel kimlik adı altında herhangi kültürel uygulamanın hayata geçirilmesi veya sınırsız bir kültürel kimlik hakkı anlayışı hukukça kabul edilemez. Aksi bir durum kültürel kimlik hakkının açıkça kötüye kullanılmasına neden olur. Kültürel kimlik hakkının kötüye kullanılmasına karşı bir çözüm kişiyi kültürüne veya kültürel topluluğuna karşı korumaktır. Bu bağlamda temel bir çözüm, bireyin kültürel topluluktan ayrılma hakkının tanınıp güvence altına alınması olabilir. Kültürel topluluktan ayrılma hakkı bir taraftan bireyi topluluğuna karşı korurken diğer taraftan topluluğun kendisini oto-kontrolden geçirmesini sağlayarak olumlu sonuçlar verebilir.

Kültürel kimlik hakkının tanınması kadar, hakkın kapsayıcı olması ve korunması da yaşamsaldır. Zira eksik kapsamlı veya korunmasız bir tanınma gerçek anlamda bir tanınma olmaz. Kültürel kimlik hakkı en temel anlamda hukuk devleti ile korunabilir. Bunun dışında hak, yasama ve idare içinde kurulan çeşitli koruma mekanizmaları ile korunabilir. Fakat kapsamlılık, bağlayıcılık, etkinlik gibi açılardan en etkili ve gerçekçi koruma yönteminin yargısal korunma olduğunu belirtmek gerekir. Bu bağlamda kültürel kimlik hakkı öncelikle ulusal düzeyde korunabilir. Öte yandan hak, ikinci olarak uluslararası düzeyde korunabilir.

Kültürel kimlik hakkı ülkemizde 1982 Anayasası dahil herhangi bir dönemde doğrudan veya dolaylı olarak tanınmamıştır. Hakkın dolaylı olarak tanınmasına yönelik yargısal veya yarı-yargısal tanınma da bu çalışmada yapılan araştırmalar kapsamında tespit edilememiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesine kültürel kimlik hakkıyla ilgili yapılan bir başvuru tespit edilemediği gibi Anayasa Mahkemesinin de bu konuda tanınma veya korunmaya ilişkin bir kararına rastlanılmamıştır. Fakat 1982 Anayasası m. 90/5'ten hareketle kültürel kimlik hakkının iç hukukumuzda kanun düzeyinde tanındığı savunulabilir. Türkiye'nin taraf olduğu ve onayladığı hukuksal belgeler iç hukukumuzda kanun hükmündedir. Şu durumda kültürel kimlik hakkını doğrudan veya dolaylı olarak

içeren belgelerin iç hukukumuzun bir parçası olarak kabul edilip kültürel kimlik hakkına ilişkin talepler dinlenebilir. Öte yandan kapsayan özgürlük veya isimsiz özgürlükler çerçevesinde 1982 Anayasasının kültürel kimlik hakkını içerdiği savunulabilir. Buna göre Anayasa m. 17 kapsayan özgürlük olarak ele alındığında, kültürel kimlik hakkı da kişinin maddi ve manevi varlığını koruması ve geliştirmesi hakkının bir parçası olarak tanınabilir. Bu sayede kültürel kimlik hakkına ilişkin olası talepler karşısında hakkın yargısal korunması işletilebilir.

KAYNAKÇA

I. KİTAPLAR VE MAKALELER

Adorno, Theodor W. *Kültür Endüstrisi-Kültür Yönetimi*. Çev. Nihat Ülner, Mustafa Tüzel, Elçin Gen, İstanbul: İletişim Yayınları, 6. Baskı, 2011.

Âhrén, Matthias. “Protecting Peoples’ Cultural Rights: A Question of Properly Understanding the Notion of States and Nations?” In *Cultural Human Rights*, edited by Francesco Francioni and Martin Scheinin, 91–118. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

Akandji-Kombe, Jean-François. “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights,” *Human Rights Handbooks*, No. 7. Belgium: Council of Europe, 2007.

Aksan, Doğan. *Her Yönüyle Dil: Ana Çizgileriyle Dilbilim*. Ankara: Türk Dil Yayınları, 5. Baskı, 2009.

Akyürek, Güçlü. *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin, 2021.

Alderman, Geoffrey. “Conclusions.” In *Governments, Ethnic Groups and Political Representation: Comparative Studies on Governments and Non-Dominant Ethnic Groups in Europe 1850–1940*, edited by Geoffrey Alderman. Dartmouth: New York Univ. Press, 1993.

Alexander, Larry. *Is There a Right of Freedom of Expression?* Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Alexander, Yonah, and Robert A. Friedlander, eds. *Self-Determination: National, Regional and Global Dimensions*. Boulder, Colo: Westview Press, 1980.

- Alexy, Robert. "Constitutional Rights and Proportionality." *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* 22 (2014), 51–65.
- Algan, Bülent. *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2007.
- Almond, Gabriel A., and G. Bingham Powell. *Comparative Politics: A Developmental Approach*. Boston: Little, Brown and Company, 1966.
- Almqvist, Jessica. *Human Rights, Culture, and the Rule of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2005.
- American Anthropological Association. "Statement on Human Rights." *American Anthropologist, New Series* 49, no. 4 (1947), 539–43.
- Anaya, S. James. "Indigenous People and the International System." In *International Human Rights and Indigenous Peoples*, edited by S. James Anaya, 1st Edition., 1–54. Austin: Wolters Kluwer Law & Business, 2009.
- . *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- . "Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples," 2011. A/HRC/18/35/Add.2.
- Anayurt, Ömer. *Toplanma Hürriyeti ve Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1998.
- Apostolov, Mario. *Religious Minorities, Nation States and Security: Five Cases from the Balkans and the Eastern Mediterranean*. Routledge, Taylor & Francis, 2017.

- Arai-Takahashi, Yutaka. “Rationalizing the Differentiation between ‘New’ and ‘Old’ Minorities? The Role of the Margin of Appreciation Doctrine in Determining the Scope of Protection of Minority Rights.” In *Double Standards Pertaining to Minority Protection*, edited by Kristin Henrard, 219–42. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- Arraiza, José-María. “Calibrating Cultural Lenses: Socio-Economic Participation, Identity and Migration Policy Shifts.” In *The Interrelation Between the Right to Identity of Minorities and Their Socio-Economic Participation*, edited by Kristin Henrard, 74–91. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- Arsava, Ayşe Füsün. *Azınlık Kavramı ve Azınlık Haklarının Uluslararası Belgeler ve Özellikle Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 27. Maddesi Işığında İncelenmesi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1993.
- Arsava, Ayşe Füsün. “Halkların Kendi Kaderini Tayin Etme Hakkının Tarihçesi ve Günümüzde Getirdiği Problemler,” *Yaşar Üniversitesi e-Dergisi* 8. Sayı: Özel, (2013), 387-404.
- Arslan Öncü, Gülay. *Özel Yaşam ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*. Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2019.
- Arslan, Zühtü. *Anayasa Teorisi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005.
- . *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü*. Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2005.
- . “Anayasal Devletin Normatif Temelleri: Siyasal Tarafsızlık (I).” *Liberal Düşünce*, Sayı: 16 (1999), 5–19.
- . “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler.” *Anayasa Yargısı* 18, Sayı: 1 (2002), 139–54.

- Arzoz, Xabier. "The Autonomy of Catalonia", in *Solving Ethnic Conflict through Self-Government, A Short Guide to Autonomy in Europe and South Asia*. ed. Thomas Benedikter Bozen/Bolzano, Eurac Research, 2009.
- Atalay, Esra. "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, (2004), 43–66.
- Aybay, Rona. *İnsan Hakları*. 4. Baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2019.
- . "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 70 (2007), 187–213.
- Aydın, Mehmet S. *Din Felsefesi*. 12. Baskı. İzmir: İzmir İlahiyat Vakfı Yayınları.
- Baehr, Peter R., and Koo VanderWal. "Introduction Item: Human Rights as Individual and as Collective Rights." In *Human Rights in a Pluralist World: Individuals and Collectivities*, edited by Jan Berting, Peter R. Baehr, J. Herman Burgers, Cees Flinterman, Barbara de Klerk, Rob Kroes, Cornelis A. van Minnen, and Koo VanderWal, 33–38. Westport, London: Meckler, 1990.
- Baer, Susanne. "Equality: The Jurisprudence of the German Constitutional Court," *Columbia Journal of European Law* 5, 1999.
- Baldvin, Clive. "Do Vulnerable Groups within Ethnic, Religious or Linguistic Minorities Need Special Standards?" In *Double Standards Pertaining to Minority Protection*, edited by Kristin Henrard, 243–58. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- Barak, Aharon. "A Research Agenda for the Future." In *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, edited by Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, 322–36. Cambridge University Press, 2017.

- Barak, Aharon. "Proportionality," *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Ed. Michel Rosenfeld and András Sajó. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Barak, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. New York: Cambridge University Press, 2012.
- Barendt, E. M. *Freedom of Speech*. Oxford: Clarendon Press, 1985.
- Barten, Ulrike. *Minorities, Minority Rights and Internal Self-Determination*. New York, Dordrecht, London: Springer International Publishing, 2015.
- Barth, Fredrik. *Etnik Gruplar ve Sınırları: Kültürel Farklılığın Toplumsal Organizasyonu*. Ed: Fredrik Barth. Çev: Ayhan Kaya ve Seda Gürkan. 1. Basım. İstanbul: Bağlam, 2001.
- Barth, William K. "Cultural Rights: A Necessary Corrective to the Nation State." In *Cultural Human Rights*, edited by Francesco Francioni and Martin Scheinin, 169–92. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Barth, William Kurt. *On Cultural Rights: The Equality of Nations and the Minority Legal Tradition*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Beatty, David. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Bendor, Ariel L. and Sela, Tal. "How Proportional Is Proportionality?" *International Journal of Constitutional Law* 13, No. 2, 2015.
- Blake, Tehran Janet. "Cultural Heritage in the Human Rights System," *Culture and Human Rights: The Wroclaw Commentaries*. Eds. Andreas Joh. Wiesand, Kalliopi Chainoglou, Anna Śledzińska-Simon and Yvonne Donders, De Gruyter, 2016, s. 61-71.

- Benedikter, Thomas. *The World's Modern Autonomy Systems: Concepts and Experiences of Regional Territorial Autonomy*. Bolzano: EURAC Research, 2009.
- Biber, Sümeyye Elif. *Özel Yaşamın Korunmasına İlişkin Anayasa Normlarının Bireysel Başvuru İctihadında Somutlaştırılması*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- Bieber, Florian. *Balancing Political Participation and Minority Rights: The Experience of the Former Yugoslavia*, 2002.
- Bielefeldt, Heiner. *Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief*, 22.12.2011. A/HRC/19/60.
- Bilchitz, David. "Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence". *South African Journal on Human Rights* 19, 2003.
- Bisaz, Corsin. *The Concept of Group Rights in International Law: Groups as Contested Right-Holders, Subjects and Legal Persons*. Brill | Nijhoff, 2012.
- Blake, Janet. "Collective Cultural Rights Considered in the Light of Recent Developments in Cultural Heritage Law." In *Cultural Rights as Collective Rights*, edited by Andrzej Jakubowski, 60–84. Leiden, Boston: Brill | Nijhoff, 2016.
- Bloch, Anne-Christine. "Minorities and Indigenous Peoples." In *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, edited by Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, 2nd Edition., 373–88. Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- Boyle, Kevin. "Thought, Expression, Association, and Assembly," in *International Human Rights Law*. Eds. D. Moeckli et al., Oxford: Oxford University Press, 2010.

- Brélmann, C.M, and M.Y.A Zieck. "Indigenous Peoples." In *Peoples and Minorities in International Law*, edited by Catherine Brölmann, R. Lefeber, and Marjoleine Zieck, 187–220. Dordrecht, Boston: M. Nijhoff, 1993.
- Brkan, Maja. "In Search of the Concept of Essence of EU Fundamental Rights Through the Prism of Data Privacy." *Maastricht Faculty of Law Working Paper 4* (2017), 1–30.
- Brownlie, Ian. *The Rights of Peoples in Modern International Law*. Edited by James Crawford. Oxford: Clarendon press, 1992.
- Burgers, J. Herman. "The Function of Human Rights as Individual and Collective Rights." In *Human Rights in a Pluralist World: Individuals and Collectivities*, edited by Jan Berting, Peter R. Baehar, J. Herman Burgers, Cees Flinterman, Barbara de Klerk, Rob Kroes, Cornelis A. van Minnen, and Koo VanderWal, 63–74. Westport, London: Meckler, 1990.
- . "The Right to Cultural Identity." In *Human Rights in a Pluralist World: Individuals and Collectivities*, edited by Jan Berting, Peter R. Baehar, J. Herman Burgers, Cees Flinterman, Barbara de Klerk, Rob Kroes, Cornelis A. van Minnen, and Koo VanderWal, 251–54. Westport, London: Meckler, 1990.
- Capotorti, Francesco. *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*. New York: United Nations, 1979.
- Carens, Joseph H. *Culture, Citizenship, and Community: A Contextual Exploration of Justice as Evenhandedness*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2000.
- Carozza. Paolo G. "Human Dignity," *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Ed. Dinah Shelton. Oxford: Oxford University Press, 2013.

- Chiriboga, Oswaldo Ruiz. "The Right to Cultural Identity of Indigenous Peoples and National Minorities: A Look from the Inter-American System." Translated by Alex Ferrara. *International Journal on Human Rights*, No. 5 (2006), 43–69.
- Choudhry, Shazia. "Right to Respect for Private and Family Life (Family Life Aspects)." In *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, edited by Steve Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner, and Angela Ward, 183–222. London: Hart Publishing, 2014.
- CJEU. *Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner*. Case C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, 23.09.2015.
- Clebert, Jean-Paul. *The Gypsies*. New Impression. Penguin Books, 1969.
- Cohen, Joshua. "Freedom of Expression," *Philosophy and Public Affairs* 22. No. 3, 1993.
- Coomaraswamy, Radhika. "Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective." Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences, 2002. E/CN.4/2002/83.
- Cristescu, Aureliu. *The Historical and Current Development of the Right to Self-Determination on the basis of the Charter of the United Nations and Other Instruments adopted by United Nations Organs, with particular reference to the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Final Report*. 03.07.1978, UN Doc.E/CN.4/Sub.2/404.
- Cullen, Holly. "Education Rights or Minority Rights?" *International Journal of Law, Policy and the Family* 7, no. 2 (1993), 143–77.
- Cummins, Jim. "From Multicultural to Anti-racist Education: An analysis of Programmes and Policies in Ontario," *Linguistic Human Rights: Overcoming Linguistic Discrimination*. Ed. Tove Skutnabb-Kangas and Robert Phillipson, Berlin-New York, Mouton de Gruyter, 1995.

- Çatal, Betül. “İnsan Haklarının Korunmasında Ulusal, Bölgesel ve Uluslararası Mekanizmalar.” *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi* 1, Sayı: 1 (2018), 69–99.
- Çavuşoğlu, Naz. “Azınlık Nedir?” *İnsan Hakları Yıllığı* 19–20, Sayı: 19–20 (1998), 94–101.
- Çavuşoğlu, Naz. *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları*. Ankara: Su Yayınları, 2. Baskı, 2001.
- Çelebi, Mustafa Burak. *İnsan Haklarının Uluslararası Düzeyde Korunması ve Birleşmiş Milletler Sistemi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Konya: Selçuk Üniversitesi, 2012.
- Dahl, Robert A. *Polyarchy: Participation and Opposition*. New Haven and London: Yale University Press, 1971.
- Danchin, Peter G. “Introduction.” In *Protecting the Human Rights of Religious Minorities in Eastern Europe*, edited by Peter G Danchin and Elizabeth A. Cole, 1–30. New York: Columbia University Press, 2002.
- David, Anne. “Freedom of Association and Civil Society,” in *Freedom of Association, Seminar Organized by the Secretariat General of Council of Europe in Collaboration with the Ministry of Justice of Iceland*. Reykjavik, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
- De Matos, Mariana Monteiro. “Cultural Identity and Self-Determination as Key Concepts in Concurring Legal Frameworks for the International Protection of the Rights of Indigenous Peoples.” In *Cultural Heritage and International Law*, edited by Evelyne Lagrange, Stefan Oeter, and Robert Uerpman-Witzack, 273–92. Cham: Springer International Publishing, 2018.
- Denis, Huisman. *Estetik*, Çev. Cem Muhtaroglu. İstanbul: İletişim Yayınları, 1992.

- Deschenes, Jules. "Proposal Concerning a Definition of the Term 'Minority' Submitted." Promotion, Protection and Restoration of Human Rights at the National, Regional and International Levels, 1985. E/CN.4/Sub.2/1985/31.
- Diamond, Larry Jay. *Developing Democracy: Toward Consolidation*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1999.
- Doğanoğlu, Ali Erdem. "Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında 'Atipik Örgütlenmeler'" *The Turkish Yearbook of International Relations* 47, 2016
- Doğanoğlu, Ali Erdem. *Anayasa Hukukunda Dernek Özgürlüğü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- Donders, Yvonne. "A Right to Cultural Identity in UNESCO." In *Cultural Human Rights*, edited by Francesco Francioni and Martin Scheinin, 317–40. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- . "Cultural Diversity and Cultural Identity in Human Rights." In *Culture and Human Rights: The Wrocław Commentaries*, edited by Andreas J. Wiesand, Kalliopi Chainoglou, and Anna Sledzinska-Simon, 23–32. De Gruyter, 2016.
- . "Cultural Heritage and Human Rights." In *International Cultural Heritage Law*, edited by Ana Filipa Vrdoljak and Francesco Francioni, 379–406. New York: Oxford University Press, 2020.
- . "Cultural Human Rights and the UNESCO Convention: More than Meets the Eye?" In *Globalization, Culture, and Development*, edited by Christiaan De Beukelaer, Miikka Pyykkönen, and J. P. Singh, 117–31. London: Palgrave Macmillan UK, 2015.
- . "Cultural Human Rights in International Law: From Recognition to Realization." In *Formação Jurídica e Juridiciária - Colectânea*, no. X (2014), 131–52.

- . “Cultural Rights in International Human Rights Law: From Controversy to Celebration.” *Japanese Yearbook of International Law*, no. 62 (2019), 61–84.
- . “Do Cultural Diversity and Human Rights Make a Good Match?: Cultural Diversity and Human Rights.” *International Social Science Journal* 61, no. 199 (2010), 15–35.
- . “Foundations of Collective Cultural Rights in International Human Rights Law.” *SSRN Electronic Journal*, 2015, 1–22.
- . “Foundations of Collective Cultural Rights in International Human Rights Law.” In *Cultural Rights as Collective Rights*, edited by Andrzej Jakubowski, 85–112. Leiden, Boston: Brill | Nijhoff, 2016.
- . “International Human Rights and Cultural Diversity: A Balancing Act.” *Romanian Journal of Comparative Law*, no. 2 (2013), 123–38.
- . *Towards a Right to Cultural Identity?* Antwerpen: Intersentia, 2002.
- . “Towards a Right to Cultural Identity? Yes, Indeed!” *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, no. 3 (2018), 523–48.
- Dönmezkuş, Dilara. *Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Donnelly, Jack. “Human Rights, Individual Rights and Collective Rights.” In *Human Rights in a Pluralist World: Individuals and Collectivities*, edited by Jan Berting, Peter R. Baehre, J. Herman Burgers, Cees Flinterman, Barbara de Klerk, Rob Kroes, Cornelis A. van Minnen, and Koo VanderWal, 39–62. Westport, London: Meckler, 1990.
- . *Universal Human Rights in Theory and Practice*. 3rd Edition. Ithaca: Cornell University Press, 2013.

- Duarte, David and Sampaio, Jorge Silva. *Proportionality in Law: An Analytical Perspective*. Springer International Publishing, 2018.
- Dugard, Jackie, Bruce Porter, Daniela Ikawa, and Lilian Chenwi, eds. *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2020.
- Dünder Sezer, Tijen. “Dernek Kurma Özgürlüğünün İçeriği ve Gelişim Süreci Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 10, Sayı: 1 (2008), 1–58.
- . “1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları.” *Anayasa Hukuku Dergisi* 3, Sayı: 5 (2014), 375–411.
- . *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Dernek Kurma Özgürlüğü*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.
- Eide, Asbjørn. *Commentary to the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*. Geneva, 2001, E_CN.4_Sub.2_AC.5_2001_2-EN.
- . “Cultural Rights as Individual Human Rights.” In *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, edited by Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, 2nd Edition, 289–302. Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- . “Economic and Social Rights.” In *Human Rights: Concept and Standards*, edited by Janusz Symonides, 1st Edition, 109–74. London: Routledge, 2000.

- . “Economic, Social And Cultural Rights as Human Rights.” In *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, edited by Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, 2nd Edition, 9–28. Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- . “The Rights of ‘New’ Minorities: Scope and Restrictions.” In *Double Standards Pertaining to Minority Protection*, edited by Kristin Henrard, 165–94. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- Eide, Asbjørn, Catarina Krause, and Allan Rosas, eds. *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*. 2nd Edition. Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- Eide, Asbjørn, and Allan Rosas. “Economic, Social And Cultural Rights: A Universal Challenge.” In *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, edited by Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, 2nd Edition., 3–8. Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- Eisenberg, Avigail. “Identity and Liberal Politics: The Problem of Minorities Within Minorities.” In *Minorities Within Minorities: Equality, Rights, and Diversity*, 249–70. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Emerson, Thomas I. “Freedom of Association and Freedom of Expression.” *The Yale Law Journal* 74, no. 1 (1964), 1–35.
- . *The System of Freedom of Expression*. New York: Vintage Books, 1971.
- Erdoğan, Mustafa. “1982 Anayasasında Din Özgürlüğü.” *Liberal Düşünce* 5, Sayı: 18 (2000), 109–17.
- . *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*. 7. Baskı. Ankara: Hukuk Yayınları, 2019.

- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku*. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Ergül, Ozan. “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine.” içinde *Erdal Onar Armağanı*, 1, 435–88. Ankara: AÜHF Yayınları, 2013.
- . “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir.” *Yıldırım Uler’e Armağan*, 2014, 65–86.
- Ertürk, Yakın. “Intersections Between Culture and Violence Against Women.” Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes and Consequences, 2007. U.N. Doc. A/HRC/4/34.
- . “Kadına Şiddet Olgusunu Kavramlaştırmak.” *Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi* 13, Sayı: 1 (2020), 1–19.
- . “The Due Diligence Standard as a Tool for the Elimination of Violence against Women.” Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences, 2006. E/CN.4/2006/61.
- . “Towards an Effective Implementation of International Norms to End Violence against Women.” Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences, 2003. E/CN.4/2004/66.
- Esen, Selin. *Anayasa Hukuku Açısından Dolaşım Özgürlüğü*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- . “Notion of ‘Essence of the Right’ and the Turkish Constitutional Court’s Approach as a Limit to the Restriction of the Rights and Freedoms.” In *Constitutional Justice and Evolution of Individual Rights*, edited by Rainer Arnold and Alexandru Tanase. Chişinau/Moldova, 2017.

- Etgü, Mehmet Akif. *Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkına Bakışı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Evatt, Elizabeth. “Enforcing Indigenous Cultural Rights: Australia as a Case-Study.” In *Cultural Rights and Wrongs: A Collection of Essays in Commemoration of the 50th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, edited by Halina Nieć, Unesco, and Institute of Art and Law (Great Britain), 57–80. Paris: UNESCO, 1998.
- Feldman, David. *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*. Oxford New York: Oxford University Press, 2nd Edition, 2002.
- Feldman, David. “Proportionality and the Human Rights Act 1998” in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Ed. Evelyn Ellis, Oxford: Hart Publishing, 1999.
- Flynn, Jeffrey Regan. “Human Rights and Cultural Diversity: Rawls, Taylor, Habermas.” Northwestern University, 2006.
- Francioni, Francesco. “Culture, Heritage and Human Rights: An Introduction.” In *Cultural Human Rights*, edited by Francesco Francioni and Martin Scheinin, 1–15. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- . “Plurality and Interaction of Legal Orders in the Enforcement of Cultural Heritage Law.” In *Enforcing International Cultural Heritage Law*, edited by Francesco Francioni and James Gordley, First Edition., 9–21. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2013.
- . “The 1972 World Heritage Convention: An Introduction.” In *The 1972 World Heritage Convention: A Commentary*, edited by Francesco Francioni and Federico Lenzerini, Second Edition., 3–8. Oxford: Oxford University Press, 2023.

- . “The International Legal Framework for Enforcement of Cultural Rights.” In *Cultural Rights as Collective Rights: An International Law Perspective*, edited by Andrzej Jakubowski, 272–87. Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2016.
- Francioni, Francesco, and Martin Scheinin. *Cultural Human Rights*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Freeman, Michael. “Are There Collective Human Rights?” *Political Studies* 43, no. 1 (1995), 25–40.
- . “Are There Collective Human Rights?” In *Group Rights*, edited by Peter Jones, 1st ed., 409–24. London: Routledge, 2022.
- Ghai, Yash. *Autonomy and Ethnicity: Negotiating Competing Claims in Multi-Ethnic States*. Hong Kong: 2000.
- Galenkamp, Marlies. “Collective Rights: Much Ado about Nothing - A Review Essay.” *Netherlands Quarterly of Human Rights* 9, no. 3 (1991), 291–307.
- . *Individualism Versus Collectivism: The Concept of Collective Rights*. Rotterdam: Erasmus Univ, 1998.
- Gemalmaz, H. Burak. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında ‘Adil Denge’ İlkesi.” *İÜHF Mecmuası* 69, Sayı: 1–2 (2011), 649–73.
- Gilbert, Geoff. “Religio-Nationalist Minorities and the Development of Minority Rights Law.” *Review of International Studies* 25, no. 3 (1999), 389–410.
- Gibsson, John S. *Dictionary of International Human Rights*. Maryland, London: Scarecrow Press, 1996.
- Girasoli, Nicola. *National Minorities: Who Are They?* Budapest: Akad. Kiadó, 1995.

- Grimm, Dieter. "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence,"
The University of Toronto Law Journal 57, No. 2
- Glaser, Konstanze. *Minority Languages and Cultural Diversity in Europe: Gaelic and Serbian Perspectives*. Clevedon: Multilingual matters, 2007.
- Glazer, Nathan. "Individual Rights Against Group Rights." In *The Rights of Minority Cultures*, edited by Will Kymlicka, 123–38. New York: Oxford University Press, 1995.
- Gönenç, Levent. "2000'li Yıllarda Merkez-Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek."
Toplum ve Bilim, Sayı: 105 (2006), 129–52.
- . "The 2001 Amendments to the 1982 Constitution of Turkey." *Ankara Law Review* 1, no. 1 (2004), 89–109.
- Gören, Zafer. *Anayasa Hukuku*. 5. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- . *Temel Hak Genel Teorisi*. 5. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- . "Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması" 9 (1992), 165–84.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı*. 2. Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2019.
- . *İnsan Hakları Hukuku*. 3. Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2023.
- . *Türk Anayasa Hukuku*. 3. Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2019.
- . *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. 28. Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2023.
- Green, Leslie. "Internal Minorities and Their Rights." In *The Rights of Minority Cultures*, edited by Will Kymlicka, 256–74. New York: Oxford University Press, 1995.
- . "Rights of Exit." *Legal Theory* 4, no. 2 (1998), 165–85.

- Greer, Steven. *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2008.
- Grofman, Bernard, and Arend Lijphart. "Introduction." In *Electoral Laws and Their Political Consequences*, edited by Bernard Grofman and Arend Lijphart, 3. Baskı., 1–18. New York: Agathon Press, 2003.
- Güler, A. Deman. "The Protection of Minorities in the Council of Europe: Possibilities To Use the European Convention on Human Rights for Minority Issues." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan* 19, Özel Sayı (2017), 2451–2506.
- Gümüş, Ali Tarık. "Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13 (2005), 133–72.
- . *Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı*. Konya: Eğitim Akademi Yayınları, 2010.
- Gurpreet, Mahalan. "Can Intra-Group Equality Co-Exist with Cultural Diversity? Re-Examining Multicultural Frameworks of Accommodation." In *Minorities within Minorities: Equality, Rights and Diversity*, edited by Avigail Eisenberg and Jeff Spinner-Halev, 68–90. New York: Cambridge University Press, 2004.
- Gutmann, Amy, ed. "Freedom of Association: An Introductory Essay." In *Freedom of Association*, 3–34. Princeton, N.J: Princeton Univ. Press, 1998.
- Habermas, Jürgen. "Religious Tolerance-The Pacemaker for Cultural Rights." *Philosophy* 79, no. 307 (2004), 5–18.
- Hanağası, Emel. *Davada Menfaat*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.

- Hannikainen, Lauri. "Self-Determination and Autonomy in International Law." In *Autonomy: Applications and Implications*, edited by Markku Suksi, 79–95. Brill | Nijhoff, 1998.
- Harris, David, O'Boyle, Michael, Bates, Ed, Buckley, Carla. *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford Univ. Press, 3rd Edition, 2014.
- Hartney, Michael. "Some Confusions Concerning Collective Rights." In *The Rights of Minority Cultures*, edited by Will Kymlicka, 202–27. New York: Oxford University Press, 1995.
- Henley, Kenneth. "Oaths and the Pledge of Allegiance: Freedom of Expression and the Right to Be Silent," in *Freedom of Expression in a Diverse World*. edited by Deirdre Golash, Dordrecht-Heidelberg-London-New York: Springer, 2010.
- Henrard, Kristin. *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*. Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 2000.
- , ed. *Double Standards Pertaining to Minority Protection*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- . "Introduction." In *The Interrelation Between the Right to Identity of Minorities and Their Socio-Economic Participation*, edited by Kristin Henrard, 1–20. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- . "Minorities, Identity, Socio-Economic Participation and Integration: About Interrelations and Synergies." In *The Interrelation Between the Right to Identity of Minorities and Their Socio-Economic Participation*, edited by Kristin Henrard, 21–72. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- Hannum, Hurst. *Autonomy, Sovereignty and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1996.

- Horowitz, Donald L. "A Primer for Decision Makers." In *Electoral Systems and Democracy*, edited by Larry Diamond and Marc F. Plattner, 3–15. Baltimore: Johns Hopkins Univ. Press, 2006.
- Horvâth, Enikö. "Cultural Identity and Legal Status: Or, the Return of the Right to Have (Particular) Rights." In *Cultural Human Rights*, edited by Francesco Francioni and Martin Scheinin, 169–92. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Hovius, Berend. "The Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights: A Guide for the Application of Section 1 of the Charter." *Ottawa Law Review* 17, no. 2 (1985), 213–61.
- Jackson Preece, Jennifer. *Minority Rights: Between Diversity and Community*. Cambridge, Malden: Polity Press, 2005.
- Jackson, Vicki C. "Proportionality and Equality." In *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, edited by Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, 171–96. Cambridge University Press, 2017.
- Jackson, Vicki C., and Mark Tushnet. "Introduction." In *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, edited by Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, 1–12. Cambridge University Press, 2017.
- Jacobsen, Anette Faye. "The Rights to Freedom of Assembly and Association," in *Human Rights Monitoring: A Field Mission Manuel*. ed. Anette Faye JACOBSEN, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- . "Freedom of Expression" in *Human Rights Monitoring: A Field Mission Manuel*. ed. Anette Faye JACOBSEN, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Jakubowski, Andrzej, ed. *Cultural Rights as Collective Rights: An International Law Perspective*. Leiden, Boston: Brill | Nijhoff, 2016.

- . “Culture and Human Rights: Concepts, Instruments and Institutions.” In *Culture and Human Rights: The Wroclaw Wommentaries*, edited by Andreas Johannes Wiesand, Kalliopi Chainoglou, Anna Śledzińska-Simon, and Yvonne Donders. De Gruyter Handbook. Berlin, Boston: De Gruyter, 2016.
- Johnston, Darlene M. “Native Rights as Collective Rights: A Question of Group Self-Preservation.” In *The Rights of Minority Cultures*, edited by Will Kymlicka, 179–201. New York: Oxford University Press, 1995.
- Jordan, Deirdre F. “Rights and Claims of Indigenous People: Education and the Reclaiming of Identity: The Case of the Canadian Natives, the Sami and Australian Aborigines,” in *Minority Education: From Shame to Struggle*. ed. T. Skutnabb-Kangas and J. Cummins, Clevedon, Philadelphia: 1998.
- Jovanović, Miodrag. “Cultural Rights as Collective Rights.” In *Cultural Rights as Collective Rights: An International Law Perspective*, edited by Andrzej Jakubowski, 13–35. Brill | Nijhoff, 2016.
- Jovanović, Miodrag A. *Collective Rights: A Legal Theory*. New York: Cambridge University Press, 2012.
- . “Recognizing Minority Identities through Collective Rights.” *Human Rights Quarterly* 27, no. 2 (2005), 625–51.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar*. 12. Baskı. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017.
- . “Dernek ve Toplantı Özgürlükleri.” *İnsan Hakları Yılığ* 14 (1992), 109–29.
- . *Kolektif Özgürlükler*. 1. Baskı. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989.
- . *Özgürlükler Hukuku*. 6. Baskı. Ankara: İmge Kitabevi, 2002.

- . *Özgürlükler Hukuku I: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*. Yenilenmiş 7. baskı. Ankara: İmge Kitabevi, 2013.
- . *Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir İnceleme*. 3. Baskı. İstanbul: Afa Yayınları, 1996.
- Kalabalık, Halil. *İnsan Hakları Hukuku*. 5. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Kanadoğlu, Osman Korkut. *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*. 1. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2000.
- Kapani, Münci. *Kamu Hürriyetleri*. 7. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Karadeniz Çelebican, Özcan. *Roma Eşya Hukuku*. 2. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.
- Karakocalı, Ahmet. *Roma Medeni Yargılama Hukuku ve Roma Eşya Hukuku Bakımından İstihkak Davası*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Karan, Ulaş. *İfade Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*. Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018.
- Kemal Kirişçi ve Gareth M. Winrow, *Kürt Sorunu: Kökeni ve Gelişimi*. Çev: Ahmet Fethi, İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1997.
- Kenner, Jeff. “Economic and Social Rights in the EU Legal Order: The Mirage of Indivisibility.” In *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights A Legal Perspective*, edited by Tamara Hervey and Jeff Kenner, 1st Edition., 1–25. London: Bloomsbury Publishing Plc, 2006.
- Kirk, Jeremy. “Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality.” *Melbourne University Law Review* 21, no. 1 (1997), 1–64.
- Knop, Karen. *Diversity and Self-Determination in International Law*. Digitally Printed Cersion. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2008.

- Kommers Donald P. and Miller, Russell A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany: Third Edition, Revised and Expanded*. Duke University Press, 2012.
- Kontacı, Ali Ersoy. “Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Korunması.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 66, Sayı: 2 (2017), 427–59.
- . *Kırılgan Demokrasilerde Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü*. 1. Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi, 2016.
- Kukathas, Chandran. “Are There Any Cultural Rights?” In *The Rights of Minority Cultures*, edited by Will Kymlicka, 228–55. New York: Oxford University Press, 1995.
- . “The Idea of a Multicultural Society.” In *Multicultural Citizens: The Philosophy and Politics of Identity*, edited by Chandran Kukathas, 17–30. Australia: Centre for Independent Studies, 1993.
- Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Clarendon Press, 2003.
- . *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*. Reprinted. Oxford: Oxford Univ. Press, 2010.
- . *The Rights of Minority Cultures*. New York: Oxford University Press, 1995.
- Lapidoth, Ruth. *Autonomy: Flexible Solutions to Ethnic Conflicts*. Washington: USA Institute of Peace Press, 1997.
- Lee, Steven P. “Hate Speech in the Marketplace of Ideas,” in *Freedom of Expression in a Diverse World*. Edited by Deirdre Golash, Dordrecht-Heidelberg-London-New York: Springer, 2010.

- Leader, Sheldon. *Freedom of Association: A Study in Labor Law and Political Theory*.
New Haven: Yale University Press, 1992.
- Leiris, Michel. *Race and Culture*. Paris: Unesco, 1958.
- Lenard, Patti Tamara, and Peter Balint. *Debating Multiculturalism: Should There Be
Minority Rights?* 1st Edition. Oxford University Press, 2022.
- Lenzerini, Federico. “Cultural Identity, Human Rights, and Repatriation of Cultural
Heritage of Indigenous Peoples.” *Brown Journal of World Affairs* 23, no. 1
(2016), 127–42.
- . “Indigenous Peoples’ Cultural Rights and the Controversy over Commercial Use
of Their Traditional Knowledge.” In *Cultural Human Rights*, edited by Francesco
Francioni and Martin Scheinin, 119–49. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff
Publishers, 2008.
- . “Intentional Destruction of Cultural Heritage.” In *International Cultural
Heritage Law*, edited by Ana Filipa Vrdoljak and Francesco Francioni, 75–99.
New York: Oxford University Press, 2020.
- . “Sovereignty Revisited: International Law and Parallel Sovereignty of
Indigenous Peoples.” *Texas International Law Journal* 42, no. 1 (2006), 155–90.
- . *The Culturalization of Human Rights Law*. 1st Edition. Oxford: Oxford Univ.
Press, 2014.
- . “The Safeguarding of Collective Cultural Rights through the Evolutionary
Interpretation of Human Rights Treaties and Their Translation into Principles of
Customary International Law.” In *Cultural Rights as Collective Rights*, edited by
Andrzej Jakubowski, 133–53. Brill | Nijhoff, 2016.

- Leontiev, Alexei A. "Linguistic Human Rights and Educational Policy in Russia," *Linguistic Human Rights: Overcoming Linguistic Discrimination*. Ed. Tove Skutnabb-Kangas and Robert Phillipson, Berlin-New York, Mouton de Gruyter, 1995.
- Lerner, Natan. *Group Rights and Discrimination in International Law*. Martinus Nijhoff Publishers, 2003.
- Letendre, Gerald K. "The 'Problem' of Minority Education in an International Perspective." *International Journal of Educational Research* 33 (2000), 577–83.
- Levy, Jakop T. "Three Modes of Incorporating Indigenous Law." In *Citizenship in Diverse Societies*, edited by Will Kymlicka and W. J. Norman, 297–325. Oxford, New York: Oxford University Press, 2000.
- Liégeois, Jean-Pierre, and Nicolae Gheorghe. *Roma, Gypsies: A European Minority*. 1995. London: Minority Rights Group International Report, 1995.
- Lijphart, Arend. *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*. Çev: Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran. Ankara: Yetkin Yayınları, 1966.
- . *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*. New Haven and London: Yale University Press, 1977.
- . *Electoral Systems and Party Systems: A Study of Twenty-Seven Democracies, 1945-1990*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1994.
- . "Self-Determination versus Pre-Determination of Ethnic Minorities in Power-Sharing Systems." In *The Rights of Minority Cultures*, edited by Will Kymlicka, 275–87. New York: Oxford University Press, 1995.

- . “The Case for Power Sharing.” In *Electoral Systems and Democracy*, edited by Larry Diamond and Marc F. Plattner, 42–55. Baltimore: Johns Hopkins Univ. Press, 2006.
- Loftus, Paul. “Proportionality, Australian Constitutionalism and Governmental Theory—Changing the Grundnorm,” *Southern Cross University Law Review* 30, 1999.
- Malloy, Tove H. *National Minority Rights in Europe*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2005.
- Mancini, Susanna, and Bruno de Witte. “Language Rights as Cultural Rights: A European Perspective.” In *Cultural Human Rights*, edited by Francesco Francioni and Martin Scheinin, 247–84. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Mardin, Şerif. “Türk Siyasasını Açıklayabilecek Bir Anahtar: Merkez-Çevre İlişkileri.” İçinde *Türkiye’de Toplum ve Syaset: Makaleler I*, ed. Mümtaz’er Türköne ve Tuncay Önder, 1. Baskı, 30–66. İstanbul: İletişim Yayınları, 1990.
- Margalit, Avishai, and Harbertal. “Liberalism and the Right to Culture.” *Social Research* 61, no. 3 (1994), 491–510.
- Marko, Joseph. “Law and Sociology: The Constructivist and Interpretative Turn.” In *Human and Minority Rights Protection by Multiple Diversity Governance: History, Law, Ideology and Politics in European Perspective*, edited by Joseph Marko and Sergiu Constantin, 138–77. Abingdon, Oxon ; New York: Routledge, 2019.
- Marko, Joseph, Edith Marko- Stöckl, Benedikt Harzl, and Hedwig Unger. “The Historical-Sociological Foundations: State Formation and Nation Building in Europe and the Construction of the Identitarian Nation-Cum-State Paradigm.” In *Human and Minority Rights Protection by Multiple Diversity Governance: History, Law, Ideology and Politics in European Perspective*, edited by Joseph

- Marko and Sergiu Constantin, 33–95. London New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2019.
- Marks, Stephen P. “Defining Cultural Rights.” In *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden: Essays in Honour of Asbjorn Eide*, edited by Morten Bergsmo, 293–324. Brill | Nijhoff, 2002.
- Martinez Cobo, Jose R. *Study of Problem Discrimination against Indigenous Populations*. New York, 1997. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4.
- May, Stephen. “Misconceiving Minority Language Rights: Implications for Liberal Political Theory.” In *Language Rights and Political Theory*, edited by Will Kymlicka and Alan Patten, 123–52. New York: Oxford University Press, 2007.
- Mayall, David. *Gypsy Identities, 1500-2000: From Egipcians and Moon-Men to the Ethnic Romany*. London: Routledge, 2004.
- McCrea, Ronan. “EU Law and Religion: Protecting a Privileged Position for Majority Faiths?” In *Freedom of Religion: An Ambiguous Right in the Contemporary European Legal Order*, edited by Hedvig Bernitz and Victoria Enkvist, 51–60. Chicago: Hart Publishing, 2020.
- McDermott, Philip. “Language Rights and the Council of Europe: A Failed Response to a Multilingual Continent?” *Ethnicities* 17, no. 5 (2017), 603–26.
- McDonald, Leighton. “Can Collective and Individual Rights Coexist?” *Melbourne University Law Review* 22, no. 2 (1998), 310–36.
- McGonagle, Tarlach. “The Development of Freedom of Expression and Information within the UN: Leaps and Bounds or Fits and Starts?” in *The United Nations and Freedom of Expression and Information: Critical Perspectives*. ed. Tarlach McGonagle and Yvonne Donders, Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

McGonagle, Tarlach and Donders, Yvonne. *The United Nations and Freedom of Expression and Information: Critical Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

Medda-Windischer, Roberta. “Changing Paradigms in the Traditional Dichotomy of Old and New Minorities.” In *Double Standards Pertaining to Minority Protection*, edited by Kristin Henrard, 195–218. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

Metcalf, Eric William. *Are Cultural Rights Human Rights? A Cosmopolitan Conception of Cultural Rights*, 2000.

Metin, Yüksel. *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.

———. “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, Sayı: 1 (2017), 1–74.

Mızrak, Dilan. *Bir etnik Çatışma Çözüm Yöntemi Olarak Özerklik*. Yayımlanmamış Doktora Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.

Mızrak, Dilan. “Azınlık Hakları ve Yerli Halkların Haklarının Kolektif Kullanımı Çerçevesinde Karşılaştırılması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, Sayı: 2, 2018, 631-634.

Mızrak, Dilan. “Kültürel Özerklik Uygulamasının Hukuki Çerçevesi,” *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, Sayı:1, 2019, 23-45.

Minority Rights Group International. “State of the World’s Minorities and Indigenous Peoples 2012 - Case Study: Sami Rights to Culture and Natural Resources,” 2012.

- Mohanty, Ajit, and Tove Skutnabb-Kangas. "MLE as an Economic Equaliser in India and Nepal: Mother Tongue Based Multilingual Education Fights Poverty through Capability Development and Identity Support." In *The Interrelation between the Right to Identity of Minorities and Their Socio-Economic Participation*, edited by Kristin Henrard, 159–89. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- Mojab, Shahrzad. "The Politics of Theorizing 'Islamic Feminism': Implications for International Feminist Movements." In *Women Living Under Muslim Law*, edited by Harsh Kapoor, 64–80. London: Dossier, 2001.
- Moon, Richard. *The Constitutional Protection of Freedom of Expression*. Toronto: University of Toronto Press, 2000.
- Moore, Margaret. "Sub-State Nationalism and International Law," *Michigan Journal of International Law* 25, Sayı: 4, 2004.
- Moran, Berna. *Edebiyat Kuramları ve Eleştiri*. İstanbul: İletişim Yayınları, 7. Baskı, 2002.
- Morange, Jean. "Freedom of Association" in *Freedom of Association*, Seminar Organized by the Secretariat General of Council of Europe in Collaboration with the Ministry of Justice of Iceland. Reykjavik, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
- Mowbray, Alastair. *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford: Hart Publishing, 2004.
- Morley, David ve Kevin Robins. *Kimlik Mekanları: Küresel Medya, Elektronik Ortamlar ve Kültürel Sınırlar*. Çev: Emrehan Zeybekoğlu. 2. Baskı. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2011.

- Möller, Kai. "US Constitutional Law, Proportionality, and the Global Model." In *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, edited by Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, 130–47. Cambridge University Press, 2017.
- Murray, Rachel, and Steven Wheatley. "Groups and the African Charter on Human and Peoples' Rights." *Human Rights Quarterly* 25, no. 1 (2003), 213–36.
- Murswiek, Dietrich. "The Issue of a Right of Secession-Reconsidered." In *Modern Law of Self-Determination*, edited by Christian Tomuschat, 21–40. Dordrecht, Boston: M. Nijhoff Publishers, 1993.
- Ndahinda, Felix Mukwiza. "The Future of Indigenous Rights in Africa: Debating Inclusiveness and Empowerment of Collective Identities." In *Indigenous Peoples' Rights in International Law: Emergence and Application*, edited by Roxanne Dunbar-Ortiz, Dalee Sambo Dorough, Gudmundur Alfredsson, Lee Swepston, and Petter F. Wille, 428–49. Kautokeino: Gáldu Čála, 2015.
- Niessen, Jan. "Migrant Workers." In *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, edited by Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, 2nd Edition:389–406. Dordrecht / Boston / London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- Novic, Elisa. "From 'Genocide' to 'Persecution': 'Cultural Genocide' and Contemporary International Criminal Law." In *Cultural Rights as Collective Rights: An International Law Perspective*, edited by Andrzej Jakubowski, 313–36. Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2016.
- Nowak, Manfred. "Civil and Political Rights." In *The Interrelation Between the Right to Identity of Minorities and Their Socio-Economic Participation*, edited by Kristin Henrard, 69–108. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- Nowak, Manfred. *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*.

- . “The Right to Education.” In *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, edited by Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, 2nd Edition:245–72. Dordrecht / Boston / London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- O’Brien, Sharon. “Cultural Rights in the United States: A Conflict of Values.” *Minnesota Journal of Law & Inequality* 5, no. 2 (1987), 267–358.
- Odello, Marco. “Indigenous Peoples’ Rights and Cultural Identity in the Inter-American Context.” *The International Journal of Human Rights* 16, no. 1 (2012), 25–50.
- O’Flaherty, Michael. “International Covenant on Civil and Political Rights: Interpreting Freedom of Expression and Information Standards for the Present and the Future,” in in *The United Nations and Freedom of Expression and Information: Critical Perspectives*. ed. Tarlach McGonagle and Yvonne Donders, Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Öden, Merih. *Seçmenlerin “Kişi Tercih” Açısından Seçim Sistemleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- Oder, Bertil Emrah. “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık.” *Anayasa Yargısı Dergisi* 29, Sayı: 1 (2013), 49–59.
- . *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma*. İstanbul: Beta Yayınları, 2010.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi, and Saibe Oktay. *Eşya Hukuku*. 25. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023.
- Okely, Judith. *The Traveller-Gypsies*. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 1983.

- Okutan, Çağatay. "Teori ve Uluslararası Metinlerde Azınlık Tanımı." *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 59, (2004), 59–75.
- O'Nions, Helen. *Minority Rights Protection in International Law: The Roma of Europe*. Aldershot: Ashgate, 2007.
- Oran, Baskın. *Etnik ve Dinsel Azınlıklar: Tarih, Teori, Hukuk, Türkiye: Gayrimüslimler, Kürt Hakları, Alevi Hakları, OHAL Rejimi*. Literatür Yayınları. İstanbul: Literatür, 2018.
- . *Türkiye'de Azınlıklar: Kavramlar, Teori, Lozan, İç Mevzuat, Uygulama*. 4. Baskı. İstanbul: İletişim Yayınları, 2008.
- Özbay, İbrahim. *Grup Davaları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Özbudun, Ergun. *Siyasal Partiler*. 2. Baskı. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977.
- . *Türk Anayasa Hukuku*. 22. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- . *Türkiye'de Parti ve Seçim Sistemi*. 2. Baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016.
- Özpolat, Elif. *Sanatsal İfade Özgürlüğü: ABD ve Türkiye Karşılaştırması*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023.
- Parekh, Bhikhu C. *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*. Basingstoke: Macmillan, 2000.
- Paulston, Christina Bratt. "Linguistic Minorities in Central and Eastern Europe: An Introduction." In *Linguistic Minorities in Central and Eastern Europe*, edited by Christina Bratt Paulston and Donald Peckham, 1–17. Clevedon, Philadelphia: Multilingual Matters, 1998.

- Paust, Jordon J. "A Definitional Focus: Self-Determination." In *Self-Determination: National, Regional and Global Dimensions*, edited by Yonah Alexander and Robert A. Friedlander, 3–20. Boulder, Colo: Westview Press, 1980.
- Pavković, Aleksandar. "Self-Determination, National Minorities and the Liberal Principle of Equality." In *Self-Determination: National, Regional, and Global Dimensions*, edited by Yonah Alexander and Robert A. Friedlander, 123–38. Boulder, Colo: Westview Press, 1980.
- Paz, Moria. "The Failed Promise of Language Rights: A Critique of the International Language Rights Regime." *Harvard International Law Journal* 54, no. 1 (2013), 157–217.
- Perju, Vlad. "Proportionality and Stare Decisis: Proposal for a New Structure." In *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, edited by Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, 197–220. Cambridge University Press, 2017.
- Piergigli, Valeria. "The Right to Cultural Identity." *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 29, no. 2013 (2014), 597–619.
- Pogge, Thomas W. "Group Rights and Ethnicity." In *Ethnicity and Group Rights*, edited by Ian Shapiro and Will Kymlicka, 187–221. New York, NY: New York Univ. Press, 1997.
- Polat Akgün, Deniz. *Sanat Özgürlüğü*. 1. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Prott, Lyndel V. "Cultural Rights as Peoples' Rights in International Law." In *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy*, edited by James Crawford, 93–106. Oxford: Clarendon press, 1992.

———. “Understanding One Another on Cultural Rights.” In *Cultural Rights and Wrongs: A Collection of Essays in Commemoration of the 50th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, edited by Halina Nieć, 161–75. Paris: UNESCO, 1998.

Psychogiopoulou, Evangelia. “Accessing Culture at the EU Level: An Indirect Contribution to Cultural Rights Protection?” In *Cultural Human Rights*, edited by Francesco Francioni and Martin Scheinin, 223–46. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

Rainey, Bernadette, Elizabeth, Wicks, and Clare Ovey, Jacobs. *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*. 5th Edition. New York: Oxford University Press, 2010.

Rainey, Bernadette, Elizabeth, Wicks, and Clare Ovey, Jacobs. *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*. 7th Edition (New York: Oxford University Press, 2017)

Ramaga, Philip Vuciri. “The Bases of Minority Identity.” In *Global Minority Rights*, edited by Joshua Castellino, 69–88. New York, London: Routledge, 2011.

Ramcharan, B. G., ed. *Judicial Protection of Economic, Social and Cultural Rights: Cases and Materials*. Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library 22. Leiden; Boston: M. Nijhoff Publishers, 2005.

Raz, Joseph. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Rev. Edition. Oxford: Clarendon, 1995.

Raz, Joseph, and Avishai Margalit. “National Self-Determination.” In *The Rights of Minority Cultures*, edited by Will Kymlicka, 79–92. New York: Oxford University Press, 1995.

- Read, Herbert. *Icon and Idea: The Function of Art in the Development of Human Consciousness*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1st Edition, 1955.
- Reaume, Denise G. "Official-Language Rights: Intrinsic Value and the Protection of Difference." In *Citizenship in Diverse Societies*, edited by Will Kymlicka and W. J. Norman, 245–72. Oxford, New York: Oxford University Press, 2000.
- Registry of European Council. *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights: Protection of Property*, 2022.
- Reich, Robb. "Minors within Minorities: A Problem for Liberal Multiculturalists." In *Minorities within Minorities: Equality, Rights and Diversity*, edited by Avigail Eisenberg and Jeff Spinner-Halev, 209–26. New York: Cambridge University Press, 2004.
- Reilly, Ben, and Andrew Reynolds. *Electoral Systems and Conflict in Divided Societies*. Washington, D.C.: National Academies Press, 1999.
- Reilly, Benjamin. "Electoral System for Divided Societies." *Journal of Democracy* 13, no. 2 (2002), 156–70.
- Reitman, Oonagh. "On Exit." In *Minorities within Minorities: Equality, Rights and Diversity*, edited by Avigail Eisenberg and Jeff Spinner-Halev, 190–208. New York: Cambridge University Press, 2004.
- Ringelheim, Julie. "Between Identity Transmission and Equal Opportunities: The Multiple Dimensions of Minorities' Right to Education." In *The Interrelation Between the Right to Identity of Minorities and Their Socio-Economic Participation*, edited by Kristin Henrard, 91–114. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

- . “Identity Controversies Before the European Court of Human Rights: How to Avoid the Essentialist Trap?” *German Law Journal* 3, no. 7 (2002).
- Rivers, Julian. “Proportionality and Variable Intensity of Review.” *The Cambridge Law Journal* 65, no. 1 (2006), 174–207.
- Celina Romany. “State Responsibility Goes Private: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law.” *Human Rights of Women: National and International Perspectives*. Ed. Rebecca J. Cook, (Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1994).
- Rosas, Allan. “The Right of Self-Determination.” In *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, edited by Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, 2nd Edition., 111–18. Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- . “The Right to Development.” In *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, edited by Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, 2nd Edition., 119–32. Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- Rumpf, Christian. “Ölçülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği.” *Anayasa Yargısı Dergisi* 10 (1993), 25–48.
- Sadurski, Wojciech. *Freedom of Speech and Its Limits*. Dordrecht: Springer Netherlands, 1999.
- Sadurski, Wojciech. “Gerhardy v. Brown v. the Concept of Discrimination: Reflections on the Landmark Case That Wasn’t.” *Sydney Law Review* 11, no. 1 (1986), 5–43.
- Sağlam, Fazıl. “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları.” *Anayasa Yargısı Dergisi* 18, Sayı: 1 (2002), 288–312.

- . *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.
- Sağlam, Mehmet. “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu.” *Anayasa Yargısı* 18, (2002), 233–66.
- Sanders, Douglas. “Collective Rights.” *Human Rights Quarterly* 13, no. 3 (1991), 368–86.
- Sartori, Giovanni. *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği: Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*. Çev: Ergun Özbudun. Ankara: Yetkin Yayınları, 1997.
- Schaper, Eva. “Significant Form,” *The British Journal of Aesthetics* 1. Issue. 2, 1961.
- Scheinin, Martin. “Economic, Social and Cultural Rights as Legal Rights.” In *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, edited by Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, 2nd Edition., 29–54. Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- . “The Right of a People to Enjoy Its Culture: Towards a Nordic Saami Rights Convention.” In *Cultural Human Rights*, edited by Francesco Francioni and Martin Scheinin, 151–68. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Sen, Amartya. “Culture and Identity.” In *Women Living Under Muslim Law*, edited by Harsh Kapoor, 27–32. London: Dossier, 2001.
- Shaheed, Farida. “Foreword.” In *Cultural Rights as Collective Rights: An International Law Perspective*, edited by Andrzej Jakubowski, ix–xi. Brill | Nijhoff, 2016.
- . “Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights.” Submitted Pursuant to Resolution 10/23 of the Human Rights Council, 2010. A/HRC/14/36.

- . “Right to Freedom of Artistic Expression and Creativity” Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights, A/HRC/23/34, 14.03.2013.
- Shapiro, Ian, and Will Kymlicka, eds. *Ethnicity and Group Rights*. New York, NY: New York Univ. Press, 1997.
- Sieckmann, Jan. “Proportionality as a Universal Human Rights Principle,” *Proportionality in Law: An Analytical Perspective*. Ed. David Duarte, Jorge Silva Sampaio, Springer International Publishing, 2018.
- Schlink, Bernhard. “Proportionality,” *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Ed. Michel Rosenfeld and András Sajó. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Silverman, Carol. “Persecution and Politicization: Roma (Gypsies) of Eastern Europe.” *Nationalism in Eastern Europe* 19, no. 2 (1995).
<https://www.culturalsurvival.org/publications/cultural-survival-quarterly/19-2-nationalism-eastern-europe>.
- Skutnabb-Kanga, Tove. *Bilingualism or Not: The Education of Minorities*. Translated. Lars Malmberg and David Crane, Sweden: 1981.
- Skutnabb-Kanga, Tove. *Language, Literacy and Minorities: A Minority Rights Group Report*. London, 1990.
- Skutnabb-Kanga, “Multilingualism and the Education of Minority Children,” in *Minority Education: From Shame to Struggle*. ed. T. Skutnabb-Kangas and J. Cummins, Clevedon, Philadelphia, 1998.
- Skutnabb-Kangas, Tove and Phillipson, Robert. “Linguistic Human Rights, Past and Present,” *Linguistic Human Rights: Overcoming Linguistic Discrimination*. Ed. Tove Skutnabb-Kangas and Robert Phillipson, Berlin-New York, Mouton de Gruyter, 1995.

- Smith, Anthony D. *Nationalism: Theory, Ideology, History*. Malden, Mass: Polity Press, 2001.
- Soudriette, Richard W., and Andrew Ellis. "A Global Snapshot." In *Electoral Systems and Democracy*, edited by Larry Diamond and Marc F. Plattner, 16–26. Baltimore: Johns Hopkins Univ. Press, 2006.
- Soysal, Mümtaz. *100 Soruda Anayasanın Anlamı*. 9. Baskı. İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1992.
- Suksi, Markku. *Sub-State Governance through Territorial Autonomy: A Comparative Study in Constitutional Law of Powers, Procedures and Institutions*. Berlin: Springer Berlin Heidelberg, 2011.
- Starmer, Keir. *European Human Rights Law*. London: Legal Action Group, 1999.
- Stamatopoulou, Elsa. "Taking Cultural Rights Seriously: The Vision of the Un Declaration on the Rights of Indigenous Peoples." In *Reflections on the Un Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, edited by Stephen Allen and Alexandra Xanthaki, 387–407. Hart Publishing, 2011.
- . "Walking the Talk? Including Indigenous Peoples' Issues in Intergovernmental Organizations." In *Indigenous Peoples' Rights in International Law: Emergence and Application*, edited by Roxanne Dunbar-Ortiz, Dalee Sambo Dorough, Gudmundur Alfredsson, Lee Swepston, and Petter F. Wille, 172–99. Kautokeino: Gáldu Čála, 2015.
- Stamatopoulou, Elissavet. "Day of General Discussion: Right to Take Part." Submission to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 2008. E/C.12/40/13.

- Stavenhagen, Rodolfo. "Cultural Rights: A Social Science Perspective." In *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, edited by Asbjørn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, 2nd Edition., 85–110. Dordrecht / Boston / London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- . *The Ethnic Question: Conflicts, Development, and Human Rights*. Tokyo: United Nations University Press, 1990.
- . "The Right to Cultural Identity." In *Human Rights in a Pluralist World: Individuals and Collectivities*, edited by Jan Berting, Peter R. Baehar, J. Herman Burgers, Cees Flinterman, Barbara de Klerk, Rob Kroes, Cornelis A. van Minnen, and Koo VanderWal, 255–58. Westport, London: Meckler, 1990.
- Symonides, Janusz. "Cultural Rights." In *Human Rights: Concept and Standards*, edited by Janusz Symonides, 1st ed., 175–227. London: Routledge, 2000.
- . "Cultural Rights: A Neglected Category of Human Rights." *International Social Science Journal* 50, no. 158 (1998), 559–72.
- Tanör, Bülent. *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*. 1. Baskı. İstanbul: May Yayınları, 1978.
- . *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*. 3. Baskı. İstanbul: BDS Yayınları, 1994.
- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. 19. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2019.
- Tanrıverdi, Hasan. "Din-Kültür İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme." *Ordu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi* 8, (2018), 595–601.
- Tavani, Claudia. *Collective Rights and The Cultural Identity of the Roma: A Case Study of Italy*. Leiden, Boston: M. Nijhoff, 2012.

- . “The Protection of the Cultural Identity of Minorities in International Law: Individual versus Collective Rights.” *European Yearbook of Minority Issues Online* 9, no. 1 (2012), 55–92.
- Ten, C.L. “Multiculturalism and Value of Diversity.” In *Multicultural Citizens: The Philosophy and Politics of Identity*, edited by Chandran Kukathas, 5–16. St. Leonards, Australia: Centre for Independent Studies, 1993.
- Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku: Genel Esaslar*. 21. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2017.
- Thornberry, Patrick. “Day of General Discussion: Right to Take Part in Cultural Life.” Submission to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 2008. E/C.12/40/9.
- . *International Law and the Rights of Minorities*. Oxford, New York: Clarendon Press, Oxford University Press, 1991.
- . *International Law and the Rights of Minorities*. Reissue. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- Thornberry, Patrick, and María Amor Martín Estébanez. *Minority Rights in Europe: A Review of the Work and Standards of the Council of Europe*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2006.
- Torbisco Casals, Neus. *Group Rights as Human Rights: A Liberal Approach to Multiculturalism*. Dordrecht: Springer, 2006.
- Torp, Eivind. “The Legal Basis of Sami Reindeer Herding Rights in Sweden.” *Arctic Review on Law and Politics* 4 (2013), 43–61.
- Tridimas, Takis, and Giulia Gentile. “The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?” *German Law Journal* 20, no. 6 (2019), 794–816.

Tunalı, İsmail *Estetik*. İstanbul: Remzi Kitabevi, 5. Baskı, 1998.

Turhan, Mehmet. “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri.” *Anayasa Yargısı* 8 (2017), 401–20.

———. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırma Sistemi.” *Çankaya University Journal of Law* 8, Sayı: 2 (2011), 77–108.

UNESCO. *Cultural Rights as Human Rights*. 3. Impression. Paris, 1977.

———. *Report of the Director-General on the Activities of the Organization in 1977-1978*. General Conference, Twenty-First Session 1980. Paris: UNESCO, 1979.

———. *Resolution Adopted by the General Assembly 60/251*, 2006. A/RES/60/251.

United Nations. *Economic, Social and Cultural Rights: Handbook for National Human Rights Institutions*. New York: United Nations, 2005.

———. *National Human Rights Institutions: History, Principles, Roles and Responsibilities*. Professional Training Series 4. New York, Geneva, 2010.

———. *The Right to Self-Determination: Historical and Current Development on the Basis of United Nations Instruments*. Edited by Aureliu Cristescu. New York, 1981.

Uzunpınar, Çiğdem Serra. *Anayasa Hukuku Açısından Kültürel Mirasın Korunması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.

Van der Vyver, Johan D. “Cultural Identity as a Constitutional Right in South Africa.” *Stellenbosch Law Review* 14, no. 1 (51-67), 2003.

———. “Self-Determination of the Peoples of Quebec under International Law.” *J. Transnational Law & Policy* 10, no. 1 (Fall 2000), 1–37.

- . “The Right to Self-Determination of Cultural, Religious and Linguistic Communities in South Africa.” *Potchefstroom Electronic Law Journal* 14, no. 4 (2011), 2–28.
- Van Dyke, Vernon. *Human Rights, Ethnicity and Discrimination*. Westport: Greenwood Press, 1985.
- . “The Individual, the State and Ethnic Communities in Political Theory.” *World Politics* 29, no. 3 (1977), 343–69.
- . “The Individual, the State and Ethnic Communities in Political Theory.” In *The Rights of Minority Cultures*, edited by Will Kymlicka, 31–56. New York: Oxford University Press, 1995.
- Veriava, Faranaaz, and Kate Paterson. “The Right to Education.” In *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, edited by Jackie Dugard, Bruce Porter, Daniela Ikawa, and Lilian Chenwi, 113–36. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2020.
- Vermeulen, B. P. “The Freedom of Religion in Article 9 of the European Convention on Human Rights: Historical Roots and Today’s Dilemma’s.” In *Freedom of Religion*, edited by A. van de Beek, Ed A. J. G. van der Borgh, and B. P. Vermeulen, 9–30. Leiden, Boston: Brill, 2010.
- Vrdoljak, Ana Filipa. “Self-Determination and Cultural Rights.” In *Cultural Human Rights*, edited by Francesco Francioni and Martin Scheinin, 41–78. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Vrdoljak, Ana Filipa, and Francesco Francioni. “Introduction.” In *International Cultural hHeritage Law*, edited by Ana Filipa Vrdoljak and Francesco Francioni, 1–12. New York: Oxford University Press, 2020.

- Vollebaek, Knut. "Linguistic Rights in the Work of the HCNM: New and Old Challenges in Promoting Comprehensive Security", *Opening speech to to the Conference on Linguistic Rights of National Minorities: Ten Years after the Oslo Recommendations and Beyond*. Oslo: 2008.
- Waldron, Jeremy. "Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative." In *The Rights of Minority Cultures*, edited by Will Kymlicka, 93–122. New York: Oxford University Press, 1995.
- Wall, Edmund. "Problems with the Group Rights Thesis." *American Philosophical Quarterly* 40, no. 4 (2003), 269–85.
- . "The Problem of Group Agency." *The Philosophical Forum* 31, no. 2 (2000), 187–97.
- Walzer, Michael. "Pluralism: A Political Perspective." In *The Rights of Minority Cultures*, edited by Will Kymlicka, 139–54. New York: Oxford University Press, 1995.
- Warzazi, Halima Embarek. "Study on Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children: Final Report," 1999. E/CN.4/Sub.2/1991/6.
- Waisman, Viviana. "Human Trafficking: State Obligations to Protect Victims' Rights, the Current Framework and a New Due Diligence Standard." *Hastings International and Comparative Law Review* 33, No. 2, 2010,
- Wiessner, Siegfried. "Indigenous Peoples and Cultural Heritage." In *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, edited by Dalee Sambo Dorough, Francesco Francioni, and Ana Filipa Vrdoljak, 1st Edition., 407–30. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- . "Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis." *Harvard Human Rights Journal* 12, 57–128.

Wolfrum, Rüdiger. “The Emergence of ‘New Minorities’ as a Result of Migration.” In *Peoples and Minorities in International Law*, edited by Catherine Brölmann, R. Lefeber, and Marjoleine Zieck, 153–66. Dordrecht, Boston: M. Nijhoff, 1993.

Yarsuvat, Duygun. *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968.

Young, Katharine G. “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content” *The Yale Journal of International Law* 33, No: 113, 2008.

Zeno-Zencovich, Vincenzo. *Freedom of Expression: A Critical and Comparative Analysis*, New York: Routledge-Cavendish, 2008.

II. MAHKEME KARARLARI

1. Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Mahkemesi

IACHR. *Garifuna Triunfo de La Cruz Community and Its Members v. Honduras*. Judgment of 8.01.2015.

———. *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*. Judgment of 06.02.2020.

———. *Maya Indigenous Community of the Toledo District v. Belize*. Case 12.053, Report No. 40/04, OEA/Ser.L/V/II.122, 12.10.2004. Doc.5 rev.1 at 727 (2004).

———. *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*. Judgment of 31.08.2001.

———. *Moiwana Village v. Suriname*. Judgment of 15.06.2005.

———. *The Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*. Judgement of 27.08.2012.

———. *The Saramaka People v. Suriname*. Judgment of 28.11.2007.

———. *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*. Judgment of 24.08.2010.

———. *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*. Judgment of 17.07.2005.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

ECHR. *Akçam v. Turkey*. Application No. 32964/96, 30.10.2001.

———. *Akdaş v. Turkey*. Application No. 41056/04, 16.02.2010.

———. *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*. Application No. 5809/08, 21.06.2016.

———. *Ahnak v. Turkey*. Application No. 40287/98, 29.03.2005.

———. *Artico v. Italy*. Application No. 6694/7413.05.1980

———. *Baka v. Hungary*. Application No. 20261/12, 23.06.2016.

———. *Barthold v. Germany*. Application No. 8734/79, 25.03.1985

———. *Beyeler v. Italy*. Application No. 33202/96, 05.01.2000.

———. *Brand v. the Netherlands*. Application No. 49902/99, 10.11.2004.

———. *Brogan and Others v. the United Kingdom*. 29.10.1988.

———. *Buckley v. the United Kingdom*. Application No. 20348/92, 25.09.1996.

———. *Bulgakov v. Ukraine*. Application No. 59894/00, 11.09.2007.

———. *Burghartz v. Switzerland*. Application No. 16213/90, 22.02.1994.

———. *Campbell and Cosans*. Application Nos. 7511/76 and 7743/76, 25.02.1982.

———. *Catan and Others v. Moldova and Russia*. Applications Nos. 43370/04, 8252/05 and 18454/06, 19.10.2012.

———. *Cha'are Shalom Ve Tsedek v France*. Application No. 27417/95, 27.06.2000.

———. *Chapman v. the United Kingdom*. Application No. 27238/95, 18.01.2001.

- . *Chassagnou and Others v. France*. Application Nos: 25088/94-28331/95-28443/95, 29.04.1999.
- . *Christine Goodwin v. the United Kingdom*. Application No. 28957/95, 11.07.2002.
- . *Ciubotaru v. Moldova*. (Fourth Section), Application No. 27138/04, 27.07.2010.
- . *Cyprus v. Turkey*. Application No. 25781/94.
- . *De Haes and Gijssels v. Belgium*. Application No. 19983/92, 24.02.1997.
- . *Demuth v. Switzerland*. Application No. 38743/97, 5.11.2002.
- . *Dudgeon v. The United Kingdom*. Application No. 7525/76, 22.10.1981.
- . *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Turkey*. Application No. 20641/05, 25.12.2012.
- . *Ehrmann and SCI VHI v. France*, Application No. 2777/10, 7.6.2011
- . *Eweida and Others v. the United Kingdom*, Applications Nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10.
- . *Fikri Sali Hasan and Ismail Ahmed Chaush v Bulgaria*. Application No: 30985/96, 26.10.1999.
- . *Flinkkilä and Others v. Finland*. Application No. 25576/04, 06.04.2010.
- . *F. v. Switzerland*. Application No. 11329/85, 18.12.1987.
- . *Folgerø and Others v. Norway*, Application No. 15472/02, 14.02.2006
- . *Galstyan v. Armenia*. Application No. 26986/03, 15.02.2008.
- . *Gillow v. the United Kingdom*. Application No: 9063/80, 24.11.1986.
- . *Gitonas and Others v. Greece*. Application Nos. 18747/91, 19376/92, 19379/92, 01.07.1997.

- . *Gorzelik and Others v. Poland*. (Fourth Section), Application No. 44158/98, 20.12.2001.
- . *Gorzelik and Others v Poland*. (Grand Chamber), Application No. 44158/98, 17.02.2004.
- . *Grande Oriente D'italia di Palazzo Giustiniani v. Italia*. Application No. 35972/97, 02.08.2001.
- . *Guide to Article 2 of Protocol No. 1-Right to Education*, 2015.
- . *Hasan ve Chaush*, Application No. 30985/96, 26.10.2000.
- . *Heaney and McGuinness v. Ireland*. Application No. 34720/97, 21.03.2001.
- . *Hokkanen v. Finland*. Application No. 19823/92, 24.08.1994.
- . *Hutten-Czapska v. Poland*. Application No. 35014/97, 19.06.2006.
- . *İ.A. v. Turkey*. Application No. 42571/98.
- . *İrfan Temel and Others v. Turkey*. Application No. 36458/02, 03.03.2009,
- . *İzzettin Doğan and Others v. Turkey*. Application No. 62649/10, 26.04.2016.
- . *Jaremowicz v. Poland*. Application No. 24023/03, 05.01.2010.
- . *Jersild v. Denmark*. Application No. 15890/89, 23.09.1994.
- . *Judgment of 27 July 1968, Series A No. 6*.
- . *Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden*. Application No. 23883/06, 16.12.2008.
- . *López-Ostra v. Spain*. Application No. 16798/90, 09.12.1994.
- . *Kimlya and Others v. Russia*. Application Nos. 76836/01 and 32782/03, 01.10.2009.

- . *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*. Application No. 5095/71; 5920/72; 5926/72, 07.12.1976.
- . *Kokkinakis v. Greece*,. Application No. 14307/88, 25.05.1993.
- . *Kozacıoğlu v. Turkey*. Application No. 2334/03, 19.02.12009.
- . *Labita v. Italy*. Application No. 26772/95, 06.04.2000.
- . *Larissis and Others against Greece*. Application No. 140/1996/759/958–960, 24.02.1998.
- . *Lentia and Others v. Austria*. Application Nos. 13914/88; 15041/89; 15717/89; 15779/89; 17207/90, 24.11.1993.
- . *Leyla Şahin v. Turkey*. Application No. 44774/98, 10.11.2005.
- . *Karataş v. Turkey*. Application No. 23168/94, 08.07.1999.
- . *Kemal Taşkın and Others v. Turkey*, Application No. 30206/04, 02.02.2010
- . *Manoussakis and Others v. Greece*. Application No. 18748/91, 26.09.1996.
- . *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*. Application No. 9267/81, 02.02.1987.
- . *McKay v. The United Kingdom*, No. 543/03, 03.10.2006.
- . *McMichael v. the United Kingdom*. Application No. 16424/90, 24.02.1995.
- . *Mehmet Nuri Özen and Others v. Turkey*. Application No. 15672/08, 11.01.2011.
- . *Mentzen alias Mencena v. Latvia*. Application No. 71074/01, 07.12.2004.
- . *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*. Application No. 45701/99, 13.12.2001.
- . *Muñoz Díaz v. Spain*. Application No. 49151/07, 8.12.2009.
- . *Müller and Others v. Switzerland*. Application No. 10737/84, 24.05.1988.

- . *Nusret Kaya and Others v. Turkey*. Applications Nos. 43750/06, 43752/06, 32054/08, 37753/08 and 60915/08, 22.04.2014.
- . *Oberschliek v. Austria*. Application No. 11662/85, 23.05.1991.
- . *Orhan v. Turkey*. Application No. 25656/94, 18.06.2002.
- . *Otto-Preminger-Institut v. Austria*. Application No. 13470/87, 20.09.1994.
- . *Ouranio Toxo and Others v. Greece*. Application No. 74989/01, 20.10.2005.
- . *Paulík v. Slovakia*. Application No. 10.10.2006, 10699/05,
- . *Rees v. The United Kingdom*. Application No. 9532/81, 17.10.1986.
- . *Plattform “Ärzte für das Leben” v. Austria*. Application No. 10126/82, 25.05.1988.
- . *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*. Application Nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968.
- . *Religionsgemeinschaft Der Zeugen Jehovas and Other v. Austria*. Application No. 40825/98, 31.07. 2008.
- . *Rotaru v. Romania*. Application No. 28341/95, 04.05.2000.
- . *Sargsyan v. Azerbaijan*. Application No. 40167/06, 16.17.2015.
- . *S. and Marper v. the United Kingdom*. Application Nos. 30562/04 and 30566/04, 04.12.2008.
- . *S.A.S. v. France*. Application No. 43835/11, 01.07.2014.
- . *Schirmer v. Poland*. Application No. 68880/01, 21.09.2004.
- . *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*. Application Nos. 27996/06 and 34836/06, 22.12.2009.

- . *Sidiropoulos and Others v. Greece*. Application No. 26695/95, 10.07.1998.
- . *Sigurður Sigurjonssen v. Iceland*. Application No.16130/90. 30.06.1993.
- . *Silver and Others v. The United Kingdom*. Application No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03. 1983.
- . *Sindicatul “Păstorul cel Bun” v. Romania*, Application No. 2330/09, 09.07.2013.
- . *Sinan Işık v Turkey*. Application No. 21924/05, 02.02.2010.
- . *Socialist Party and Others v. Turkey*. Application No. 21237/93, 25.05.1998.
- . *Soering v. The United Kingdom*. Application No. 14038/88, 07.07.1989
- . *Sporrong and Lönnroth*. Application No. 7151/75; 7152/75, 23.09.1982.
- . *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*. Applications No. 29225/95, 2.10.2001.
- . *Sunday Times v. The United Kingdom*. Application No. 6538/74, 26.04.1979.
- . *Sürek v. Turkey*. Application No. 26682/95, 08.07.1999.
- . *Şahin v. Germany*. Application No. 30943/96, 07.08.2003.
- . *Şükran Aydın and Others v. Turkey*. Application No. 49197/06, 22.01.2013.
- . *Tanrıkulu v. Turkey*. Application No. 23763/94, 08.07.1999.
- . *Tatár and Fáber v. Hungary*, Application No. 26005/08-26160/08, 12.06.2012.
- . *The Handyside v. The United Kingdom*. Application No. 5493/72, 07.12.1976.
- . *The Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*. Application No. 72881/01, 05.10.2006.
- . *Ulusoy and Others v. Turkey*. Application No. 34797/03, Judgment, (Section II) 3.5.2007.

- . *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*. Application No. 19392/92, 30.01.1998.
- . ECHR, *Van Kück v. Germany*, Application No. 35968/97, 12.09.2003.
- . *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria*. Application No. 68354/01
- . *Vgt Verein Gegen Tierfabriken v. Switzerland*. Application No. 24699/94, 28.09.2001.
- . *Wilson, National Union of Journalists and Others v. the United Kingdom*. Application Nos. 30668/96, 30671/96 and 30678/96.
- . *Wingrove v. The United Kingdom*, Application No. 17419/90, 25.11.1996.
- . *Winterstein v. France*. Application No. 27013/07, 17.09.2013.
- . *Winterwerp v. Netherlands*. Application No. 6301/73, 24.10.1979.
- . *X and Y v. the Netherlands*. Application No. 8978/80, 26.03.1985
- . *Zhdanov and Others v. Russia*. Application Nos. 12200/08, 35949/11, 58282/12, 16.10.2019.

3. Anayasa Mahkemesi

- AYM. *Ali Ekber Akyol ve Diğerleri Kararı*. Başvuru No: 2015/17451, 16.02.2017.
- . *Ali Gürbüz Kararı*. Başvuru No: 2013/724, 25.06.2015.
- . *Ali Gürbüz ve Hasan Bayar Kararı*. Başvuru No: 2013/568, 24.06.2015.
- . *Ali Rıza Özer ve Diğerleri Kararı*. Başvuru No: 2013/3924, 06.01.2015.
- . *Ali Rıza Üçer (2) Kararı*. Başvuru No: 2013/8598, 02.07.2015.
- . *Anıl Pınar ve Ömer Bilge Kararı*. Başvuru No: 2014/15627, 05.10.17.
- . *Arif Güven Kararı*. Başvuru No: 2014/13966, 15.02.2017.

- . *Bekir Coşkun Kararı*. Başvuru No: 2014/12151, 04.06.2015.
- . *Emin Aydın Kararı*. Başvuru No. 2013/2602, 23.01.2014.
- . *Esra Nur Özbey Kararı*. Başvuru Numarası: 2013/7443, 25.05.2015.
- . *Fatih Taş Kararı*. Başvuru No: 2013/1461, 12.11.2014.
- . *Fikriye Aytin ve Diğerleri Kararı*. Başvuru No: 2013/6154, 11.12.2014.
- . *Halime Sare Aysal Kararı*. Başvuru No: 2013/1789, 11.11.2015.
- . *İsa Yağbasan ve Diğerleri Kararı*. Başvuru No: 2013/1481, 20.11.2014.
- . *Mehmet Aksoy Kararı*. Başvuru No: 2014/5433, 11.07.2019.
- . *Mehmet Ali Aydın Kararı*. Başvuru No: 2013/9343, 04.06.2015.
- . *Mehmet Reşit Arslan ve Diğerleri Kararı*. Başvuru No: 2013/583, 10.12.2014.
- . *Metin Yalçın Kararı*. Başvuru No: 2014/5959, 06.02.2019.
- . *Necmiye Çiftçi ve Diğerleri Kararı*. Başvuru No: 2013/1301, 30.12.2014.
- . *Osman Erbil Kararı*. Başvuru No: 2013/2394, 25.03.2015.
- . *Özcan Özsoy Kararı*. Başvuru No: 2014/5881, 15.02.2017.
- . *Rauf Bekiroğlu Kararı*. Başvuru No: 2014/127, 19.7.2017.
- . *Sara Akgül Kararı*. Başvuru No: 2015/269, 22.11.2018.
- . *Şehmus Altuğrul Kararı*. Başvuru No: 2017/38317, 13.01.2021.
- . *Sevim Akat Ekşi Kararı*. Başvuru No: 2013/2187, 19.12.2013.
- . *Tuğba Arslan Kararı*. Başvuru No: 2014/256, 25.06.2014.
- . *Yaman Akdeniz ve Diğerleri Kararı*. Başvuru No: 3986, 02.04.2014.
- AYMK. E. 1962/208, K. 1963/1 KT: 04.01.1963, RG: 13.03.1963-11354.
- . E. 1963/17, K.1964/84 KT: 08.04.1963, RG: 17.07.1963-11456.

———. E. 1963/124, K. 1963/243, KT: 11.10.1963, RG: 04.12.1963-11572.

———. E. 1963/128, K. 1963/48, KT: 28.01.1964, RG: 17.4.1964/11685.

———. E. 1972/13, K. 1972/18, KT: 06.04.1972, RG: RG. 24.07.1972-14255.

———. E. 1978/56, K. 1978/60, KT: 23.11.1978, RG: 30.03.1979-16594.

———. E. 1985/8, K. 1986/27, KT: 26.11.1986; RG: 14.08.1987-19544.

———. E. 1986/17, K. 1987/11, KT: 22.05.1987, RG: 18.09.1987-19578.

———. E. 1988/14, K. 1988/18, KT: 14.06.1988, RG: 14.07.1988-19872.

———. E. 1997/59, K. 1998/71, KT: 18.11.1998, RG: 16.01.2000-23935.

———. E. 1997/75, K. 1999/10, KT 13.04.1999, RG: 18.04.2000-24024.

———. E. 2010/83, K. 2012/169, KT: 01.11.2012, RG: 12.07.2013-28705.

———. E. 2013/108, K. 2014/15, KT: 29.01.2014, RG: 09.05.2014-28995.

———. E. 2014/177, K. 2015/49, KT: 14.05.2015, RG: 11.06.2015-29389.

———. E. 2015/41, K. 2017/98, KT: 04.05.2017, RG: 03.08.2017–30143.

———. E. 2018/69, K. 2018/47, 31.05.2018, RG: 06.06.2018-30443.

———. E. 2018/78, K. 2022/114, KT: 13.10.2022, RG: 02.03.2023-32120.

———. E. 2018/99, K. 2021/14, KT: 03.03.2021, RG: 07.05.2021-31477.

———. E. 2018/104, K. 2020/39, KT: 16.07.2020, RG: 27.11.2020-31317.

———. E. 2018/108, K. 2019/5, KT: 13.02.2019, RG: 14.03.2019-30714.

———. E. 2021/1, K. 2021/32, KT: 29.04.2021, RG: 23.06.2021-31520.

———. E. 2021/84, K. 2022/117, KT: 13.10.2022, RG: 06.12.2022-32035.

———. E. 2021/128, K. 2022/68, 04.08.2022, RG: 04.08.2022-31913.

———. E. 2022/10, K. 2022/72, KT: 01.06.2022, RG: 22.06.2022-31874.

———. E. 2022/104, K. 2023/28, KT: 16.02.2023, RG: 29.03.2023-32147.

———. E. 2022/135, K. 2023/30, KT: 16.02.2023, RG: 05.04.2023-32154.

———. E. 2022/146, K. 2023/31, KT: 16.02.2023, RG:12.05.2023-32188.

4. Diğer Mahkeme Kararları

African Court on Human and Peoples' Rights. *African Commission on Human and Peoples' Rights v Republic of Kenya*. Application No. 006/2012, Judgment of 26.05.2017.

———. *Lohé Issa Konaté vs Burkina Faso*. Application No. 004/2013, Judgment of 05.12.2014.

Constitutional Court of Colombia. *Decision C-480/19*. Notable Judgements on Vulnerable and Disadvantaged Groups, 2021.

———. *Decision SU-123/18*. Notable Judgements on Vulnerable and Disadvantaged Groups, 2021.

———. *Decision T-025/04*, 2014.

———. *Decision T-172/19*. Notable Judgements on Vulnerable and Disadvantaged Groups, 2021.

———. *Decision T-365/20*. Notable Judgements on Vulnerable and Disadvantaged Groups, 2021.

———. *Decision T-622/16 (The Atrato River Case)*. Translated by Erin Daly and James R. May, 2016.

Constitutional Court of South Africa. *Alexkor Limited and the Government of the Republic of South Africa v. the Richtersveld Community and Others*. CCT 19/03, 14.10.2004.

High Court of Australia. *Gerhardy v Brown*. [1985] HCA 11.

- . *Mabo v. Queensland*. (No. 2) [1992] HCA 23; (1992) 175 CLR 1 F.C. 92/014.
- International Criminal Court. *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*. No. ICC-01/12-01/15, 17.08.2017.
- Permanent Court of International Justice. *Collection of Advisory Opinions: The Greco-Bulgarian “Communities.”* Series B, No: 7, 1930.
- Supreme Court of Alaska. *Frank v. State*. 604 P.2d 1068 (1979).
- Supreme Court of Canada. *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*. [1999] 2 S.C.R. 203.
- . *Ford v. Quebec (Attorney General)*. [1988] 2 S.C.R. 712.
- . *Mahe v. Alberta*. [1990] 1 S.C.R. 342.
- . *NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees’ Union*. 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696.
- . *R. v. Beaulac*. [1999] 1 SCR 768.
- . Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.), [1990] 1 S.C.R. 1123.
- . *Sparrow v. the Queen*. [1990] 1 S.C.R. 1075.
- . *Thomas v. Norris*. [1992] 2 C.N.L.R. 139.
- Supreme Court of the United States. *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495 (1952)
- . *Lau v. Nichols*. 414 U.S. 563 (1974).
- . *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).
- . *Santa Clara Pueblo v. Martinez*. 436 U.S. 49 (1978).
- . *Sherbert v. Verner*. 374 U.S. 398 (1963).
- . *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

———. *Winters v. New York*, 333 U.S. 507 (1948).

III. DİĞER KAYNAKLAR

ACHPR. *Endorois Welfare Council v. Kenya*. Communication No: 276/2003., 2003.

———. *Guidelines for National Periodic Reports, in Second Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples Rights 1988–1989*, ACHPR/RPT/2nd, Annex XII.

———. *Malawi African Association and Others v. Mauritania*. Communication No. 54/91., 2000.

———. *Media Rights Agenda and Others v. Nigeria*. Communication Nos: 105/93-128/94-130/94-152/96., 1998.

———. *Morka and The Social and Economic Action Rights Centre v. Nigeria*. Communication No: 155/96, 27.05.2002. ACHPR/COMM/A044/1.

———. *Newspapers of Zimbabwe v. Zimbabwe*. Communication No: 284/03, 03.04.2009.

———. *Opinion on Ukraine*. Strasbourg, 2002. ACFC/INF/OP/I(2002)010.

CERD. *CERD Report*, 2005. CERD A/48/18(1993).

———. *General Recommendation No. 21: Right to Self-Determination*, 1996. A/51/18.

———. *General Recommendation No. 23: On the Rights of Indigenous Peoples*, 1997. A/52/18.

———. *General Recommendation No. 30: On Discrimination Against Non-Citizens*, 2005.

———. *General Recommendation No. 34: Racial Discrimination Against People of African Descent*, 2011. CERD/C/GC/34.

- CESCR. *General Comment No 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)*, 1990.
- . *General Comment No. 4: The Right to Adequate Housing (Art. 11 (1) of the Covenant)*, 1991.
- . *General Comment No. 13: The Right to Education (Article 13 of the Covenant)*, 1999. E/C.12/1999/10.
- . *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Article 12)*, 2000. E/C.12/2000/4.
- . *General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral And Material Interests Resulting from Any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He Or She Is the Author (Article 15, Paragraph 1 (C), of the Covenant)*, 2006. E/C.12/GC/17.
- . *General Comment No. 20: Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (Art. 2, Para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, 2009. E/C.12/GC/20.
- . *General Comment No. 21: Right of Everyone to Take Part in Cultural Life*, 2009. E/C.12/GC/21.
- . *General Comment No. 25: On Science and Economic, Social and Cultural Rights (Article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, 2020. E/C.12/GC/25.
- . *General Comment No. 26: On Land and Economic, Social and Cultural Rights*, 2023. E/C.12/GC/26.
- . *General Discussion on the Right to Take Part in Cultural Life as Recognized in Article 15 of the Covenant*, 1992. E/C.12/1992/SR.17.

CMW. *CMW General Comment No. 2: On the Rights of Migrant Workers in an Irregular Situation and Members of Their Families*, 2013. CMW/C/GC/2.

Commission on Human Rights. 48th Session, Summary Record of the 7th Meeting, 1992. E/CN.4/1992/SR.7.

———. *Draft International Covenant on Human Rights and Measures of Implementation*, 1951.

———. “Promotion of the Enjoyment of the Cultural Rights of Everyone and Respect for Different Cultural Identities,” 2003.

———. “Report on the Fifty-Eighth Session: 49th Meeting,” 2002. E/CN.4/2002/200.

———. “Resolution No. 2002/26,” 2002.

———. “Resolution No. 2004/20,” 2004.

———. “Resolution No. 2005/20,” 2005.

———. *The Realization of Economic Social and Cultural Rights*, 1992. E/CN.4/SUB.2/1992/16.

Committee of Experts on Issues Relating to the Protection of National Minorities.

“Results of the Exchange of Information on the Question to Which Groups the Framework Convention Will Be Applied.” Strasbourg, 1999. DH-MIN(98)4 Addendum 1.

Committee on the Elimination of Discrimination Against Women. *General Recommendation No. 14: Female Circumcision*, 1990.

———. *General Recommendation No. 19: Violence Against Women*, 1992.

———. *Joint General Recommendation No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/General Comment No. 18 of the Committee on the*

Rights of the Child on Harmful Practices, 2014. CEDAW/C/GC/31-CRC/C/GC/18 (2014).

Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities.

Opinion on Germany. Strasbourg, 2002. ACFC/INF/OP/I(2002)008.

Council of Europe. *Explanatory Report to the European Charter for Regional or Minority Languages*. European Treaty Series-No. 148. Strasbourg, 1992.

Council of Europe Parliamentary Assembly. *Recommendation 1990 (2012), The Right of Everyone to Take Part in Cultural Life*, 2012.

CRC. *General Comment No. 1: The Aims of Education (Article 29/1)*, 2001. CRC/GC/2001/1.

———. *General Comment No. 11: Indigenous Children and Their Rights Under the Convention*, 2009. CRC/C/GC/11.

———. *General Comment No. 17: On the Right of the Child to Rest, Leisure, Play, Recreational Activities, Cultural Life and the Arts (Art. 31)*, 2013. CRC/C/GC/17.

CRPD. *General Comment No. 2: (Accessibility) Article 9*, 2014. CRPD/C/GC/2.

———. *General Comment No. 4: On the Right to Inclusive Education*, 2016. CRPD/C/GC/4.

———. *General Comment No. 5: On Living Independently and Being Included in the Community*, 2017. CRPD/C/GC/5.

CSCE, *Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE*, 1990.

Division for Social Policy and Development Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues. “Biodiversity, Traditional Knowledge and Rights of Indigenous Peoples.” IPRs Series No. 5. Panama City, 2005. PFII/2005/WS.TK/5.

European Council. "Explanatory Report to the Framework Convention for the Protection of National Minorities." Strasbourg, 1995.

Germany. *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant: Fifth Periodic Report*, 2002. CCPR/C/DEU/2002/5.

HCR. *Angela Poma Poma v. Peru*. Communication No. 1457/2006, 24.03.2006. UN Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006.

———. *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand*. Communication No. 547/1993, 16.11.2000. CCPR/C/70/D/547/1993.

———. *Ballantyne and Elisabeth Davidson and Gordon McIntyre v. Canada*, Case Nos. 359 and 385/1989, CCPR/C/40/D/359/1989 and 385/1989.

———. *CCPR General Comment No. 12: Article 1 (Right to Self-Determination)*, 1984.

———. *CCPR General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant*, 1986.

———. *CCPR General Comment No. 17: Article 24 (Rights of the Child)*, 1989.

———. *CCPR General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion)*, 1993. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.

———. *CCPR General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities)*, 1994. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5.

———. *Compilation of Proposals Concerning the Definition of the Term "Minority,"* 1985.

———. *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant*, 1996. CCPR/C/79/Add.73.

———. "General Assembly, Official Records Fifty-Fifth Session Supplement," 2000. A/55/40, A/49/40.

- . *Ivan Kitok v. Sweden*. Communication No. 197/1985, 22.07.1987. CCPR/C/33/D/197/1985(1988).
- . *J.G.A. Diergaard et al. Against Namibia*, 2000. CCPR/C/69/D/760/1997.
- . *Länsman et al v Finland*. Communication No. 511/1992, 08.11.1994, CCPR/C/52/D/511/1992.
- . *Lubicon Lake Band v. Canada*. Communication No. 167/1984, 26.03.1990.
- . *Rakhim Mavlonov and Shansiy Sa'di v. Uzbekistan*. Communication No. 1334/2004, 29.04.2009, CCPR/C/95/D/1334/2004.
- . *Palko v. State of Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).
- . *Robert W. Gauthier v. Canada*, Communication No: 633/1995, CCPR/C/65/D/633/1995.
- . *Sandra Lovelace v. Canada*. Communication No. 24/1977, 29.12.1977. U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 83 (1984).
- Human Rights Council. *Promotion of the Enjoyment of the Cultural Rights of Everyone and Respect for Cultural Diversity*, 2019. A/HRC/40/L.11.
- . *Protection of Cultural Heritage as an Important Component of the Promotion and Protection of Cultural Rights*. Resolution 6/11, 2007.
- ICJ. Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia), Reports, 1995.
- International Labor Office. *Understanding the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169)*. Genova, 2013.
- Office of the High Commissioner on National Minorities, *The Hague Recommendations Regarding the Education Rights of National Minorities & Explanatory Note*, Netherlands: 1996.

OSCE, Joint Guidelines on Freedom of Association, 101st Plenary Session, Strasbourg: 2014.

Queensland Human Rights Commission. "Cultural Rights"

Parliamentary Assembly. "Additional Protocol on the Rights of Minorities to the European Convention on Human Rights," 1993.

———. "Gypsies in Europe," 1993.

———. "Legal Situation of the Roma in Europe," 2002.

Research Division of European Council. *Cultural Rights in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, 2011.

United Nation General Assembly. *National Institutions for The Promotion and Protection of Human Rights*, 1993. A/RES/48/134.

UN Subcommittee on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. "Report of the 3rd Session of the Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities to the Commission on Human Rights, Lake Success, New York, 9 to 27 January 1950." New York, January 30, 1950. E/CN.4/Sub.2/119.

ÖZET

Kültürel kimlik hakkı kişilerin ve toplumların paylaştığı, sıklıkla değer verdikleri ve kolektif kimliklerini şekillendiren ve tanımlayan kültürel değerlerden oluşur. Kültürel kimlik hakkı, bir taraftan bu değerleri paylaşmayan toplum ve kişilerin kültürel değerlerine saygı gösterilmesi anlamına gelir. Diğer taraftan herkesin tek başına veya başkalarıyla birlikte bir toplum içinde dil, din, miras ve gelenekler gibi çeşitli yönleriyle kendi kültürel kimliğini özgürce seçebilmesi olarak anlaşılır. Bu bağlamda kültürel kimlik hakkı kültürel kimliğini özgürce seçme, bir topluluğa ait olup olmama, kültürel uygulamalarını ve yaşam tarzlarını hayata geçirme ve kültürel seçimlere saygı duyulmasını isteme hakkı olarak tanımlanabilir.

Kültürel kimlik hakkının karşılaştırmalı olarak incelendiği bu çalışmada giriş bölümünde kültür, kimlik, kültürel kimlik ve kültürel haklar kavramları açıklanmaya çalışılmıştır. Çalışmanın birinci bölümünde kültürel kimlik hakkının öncelikle doğmuş olduğu uluslararası hukukta hakkın dar ve geniş anlamda bir incelemesi yapılmıştır. İlk aşamada Birleşmiş Milletler düzeyinde, ikinci aşamada bölgesel düzeyde kültürel kimlik hakkının nasıl düzenlendiği ele alınmıştır. Akabinde yerel inilerek ulusal düzeyde ulusal hukuklarda kültürel kimlik hakkının anayasa, kanun ve yargı yoluyla tanınması incelenmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise kültürel kimlik hakkının hukuksal çerçevesi ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda kültürel kimlik hakkının konusu ele alınmış; hakkın yararlanıcıları (özneleri), yükümlüleri incelenmiş; diğer kültürel haklar ve siyasal, sosyal ve ekonomik haklarla ilişkisi ortaya konulmuş; kültürel kimlik hakkının sınırlandırılması, kötüye kullanılmaması ve korunması karşılaştırmalı olarak incelenerek değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kültürel Kimlik Hakkı, Kültürel Kimlik, Kültür, Anayasa Hukuku, Temel Hak ve Özgürlükler.

ABSTRACT

The right to cultural identity consists of cultural values that individuals and communities share, often value, and that shape and define their collective identities. The right to cultural identity, on the one hand, means respecting the cultural values of communities and individuals who do not share these values. On the other hand, it is understood as the ability of everyone to freely choose their own cultural identity, either alone or with others within a community, in various aspects such as language, religion, heritage, and traditions. In this context, the right to cultural identity can be defined as the right to freely choose their cultural identity, to belong to a community or not, to practice their cultural practices and lifestyles, and to demand respect for their cultural choices.

In this study, which examines the right to cultural identity comparatively, the concepts of culture, identity, cultural identity, and cultural rights are tried to be explained in the introduction section. In the first section of the study, a narrow and broad examination of the right in international law, where the right to cultural identity first emerged, was made. In the first stage, it was discussed how the right to cultural identity was regulated at the United Nations level and in the second stage, at the regional level. Then, by going to the local level, the recognition of the right to cultural identity in national laws through the constitution, law, and judiciary was examined. In the second section of the study, the legal framework of the right to cultural identity was tried to be presented. In this context, the subject of the right to cultural identity has been discussed; the beneficiaries (subjects) and obligors of the right have been examined; its relationship with other cultural rights and political, social, and economic rights has been put forward; and the limitation, non-abuse, and protection of the right to cultural identity have been comparatively analyzed and evaluated.

Keywords: Right to Cultural Identity, Cultural Identity, Culture, Constitutional Law, Fundamental Rights and Freedoms.