

SPOR MÜSABAKALARINDA MEYDANA GELEN BEDENSEL ZARARLARDA SPORCUNUN DİKKAT VE ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

DUTY OF CARE AND ATTENTION OF ATHLETE CONCERNING BODILY HARM AT THE SPORTS COMPETITIONS

Alparslan ŞİMŞEK*

Özet: Hukuk düzenince belirli bir hareket serbestîsinin tanındığı spor müsabakalarında, hukuka aykırı her fiil hukuki sorumluluğu doğurmayacaktır. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep ve/veya kabul edilen riskin varlığında hukuki sorumluluk gündeme gelmeyecektir. Ayrıca, haksız fiile ilişkin genel ilkelerden farklı olarak, spor müsabakalarında sporcunun kusuru da ayrı birtakım özellikler barındırmaktadır. Basit, düşüncesiz hareketlerle oyun kurallarının aşılması sonucu oluşan zararların, zarar gören tarafından talep edilemeyeceği esası getirilerek kusurun subjektifleştirildiğini görmekteyiz. İhmalin tespitinde oyun kuralları esas alınır. Ancak, bir meslek olarak icra edilen sporlarda dahi, müsabakanın vermiş olduğu yorgunluk, heyecan gibi sebepler neticesinde sporcunun dikkatsiz davranışı sonucu oluşan zarardan dolayı sporcu sorumlu olmayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sporcu, Haksız Fiil, İhmal.

Abstract: According to the legal order, in sports competitions recognized a certain freedom of movement, every unlawful act will not cause legal liability. In the presence of a reason extinguishing unlawfulness and accepted risk, legal liability will not come into question. Also, as distinct from the general principles on unlawful act, in sport competitions foul of the athlete contains a number of various features. We see that the fault is rendered subjective by being brought to the basis that the damages occurring as a result of transgressing the game rules with reckless, disregardful movements will not be demanded by the damaged person. In determination of negligence, the game rules are taken as a basis. But also in professional sports, in consequence of the factors such as tiredness and excitement caused by competition athlete will not be held liable for the damage occurring as a result of his disregardful behavior.

Keywords: Athlete, Torts, Negligence.

I. Giriş

Öncelikle, belirtmek gerekir ki spor hukukunda ayrı bir hukuki sorumluluk rejimi bulunmamaktadır ancak sportif faaliyetlerin kendine özgü yapısından kaynaklanan bir takım farklılıklar bulunmaktadır.¹

Spor, önceden belirlenmiş kurallar dâhilinde yapılan, yarışma ve eğlenceye dayalı olarak ve/veya maddi bir karşılık için yapılan bedensel veya zihinsel harekettir.² Tanımdan da anlaşılacağı üzere spor, kurallara uygun olarak yapılması zorunlu bir sosyal faaliyet olduğundan, her türlü sportif faaliyetin ister profesyonel isterse amatör olsun kurallara uygun olarak yapılması zorunludur.³ Kurallara uygun olarak yapılmayan bir karşılaşma içerisinde meydana gelen veya oyun kurallarının izin vermediği sertlikler sonucu meydana gelen ölüm ve yaralanmalardan dolayı hukuki ve cezai sorumluluk gündeme gelecektir.⁴

Sporcuların ölümlerinden ve yaralanmalarından dolayı sporcuların hukuki sorumluluğu Türk Borçlar Kanununun 49 vd. hükümlerine tabi bir haksız fiil sorumluluğudur. Spor karşılaşmalarına katılan sporcular arasında kural olarak doğrudan bir sözleşmesel ilişki bulunmadığından, sporcuların birbirlerine karşı sorumluluklarında haksız fiil hükümleri uygulanacaktır.⁵

Spor müsabakalarında sporcuların fiillerinden dolayı sorumlulukları zarar, kusur, hukuka aykırılık, illiyet bağı unsurları bir arada

¹ Ümit Kocasakal, "Sporda Hukuki ve Cezai Sorumluluk", 1. Uluslararası Spor Hukuku Kurultayı, Ankara, 12 Ocak 2009, (ss. 54-61), Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2010. s. 54; Geniş bilgi için bkz. Alparslan Şimşek, Spor Müsabakalarında Sporcuların Ölmesinden ve Yaralanmasından Doğan Hukuki Sorumluluk (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2013, s. 77 vd.

² Ramazan Çağlayan, Spor Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2007, s. 12; Dieter Voigt, Spor Sosyolojisi, (Çev. Ayşe Atalay), Alkım Yayınları, İstanbul 1998, s. 86; Rifat Erten, Milletlerarası Özel Hukukta Spor, Adalet Yayınları, Ankara 2007, s. 10; Recep Gülşen, Spor Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.1; Kurthan Fişek, Devlet Politikası ve Toplumsal Yapıyla İlişkileri Açısından Dünya'da ve Türkiye'de Spor Yönetimi, Bağırğan Yayınevi, (2. Baskı), Ankara 1998, s. 37; Spor, sporcu, spor müsabakası kavramlarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Şimşek, s. 9 vd.

³ Şeref Ertaş, Hasan Petek, Spor Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 307.

⁴ Ertaş, Petek, s. 307.

⁵ Ertaş, Petek, s. 310; Çağlayan, s. 178; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2013/4-364 Esas, 2013/1543 Karar, 06.11.2013 Tarih.

gerçekleştiği an gündeme gelecektir. Sporcuların hukuki sorumluluğunun tespitinde, genel düzenlemelerden farklılık arz eden hususlar kabul edilen risk ve kusurda karşımıza çıkmaktadır.

Zarar gören, hukuk düzenince izin verilen bir takım faaliyetlere kendi isteği ile katılarak açık veya örtülü rızası ile bu faaliyet neticesinde kendisinde meydana gelen zararları kabul etmiş olur ve meydana gelen zarardan dolayı zarar vereni hukuki olarak sorumlu tutamaz. Spor müsabakalarda bu husus karşımıza çıkmaktadır ve kabul edilen risk ile açıklanmaya çalışılmaktadır.⁶ Kabul edilen risk (*acceptation du risque*, *assumption of the risk*, *Handeln auf eigene Gefahr*), kişinin, genel davranış kurallarını ihlal eden belirli riskli hareketleri sonucunda meydana gelen zararlı neticeden sorumlu olmamasıdır. Başka bir deyişle, kişinin belirli riskli hareketi sonucu, hukuk düzenince koruma altına alınan değerlerin ihlali neticesinde meydana gelen zarardan sorumlu olmamasıdır.⁷

Bir hareket neticesinde meydana gelen zararın “kabul edilen risk” ile açıklanabilmesi için o hareketin, icra edilen sporun doğasında olması gerekmektedir.⁸ Yani, zararı doğurucu hareket olmaksızın o sporun icrasının mümkün olmaması gerekir. Onun içindir ki riskli hareket belirli olmalı ve risk sonucu meydana gelen zarar sporcunun hareketine yüklenebilmelidir. Sporun kapsamını aşan bir hareketle gönüllü olarak yaralanma riski söz konusu olamaz.

⁶ Doktrinde kabul edilen risk terimi yerine “zararı göze alarak katılım” terimi de kullanılmaktadır (Ertas, Petek, s. 64; Çağlayan, s. 37.); Bazı Yargıtay kararlarında aksi tesadüf ifadesinin de kullanıldığını görmekteyiz (Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 2007/4504 Esas, 2007/8407 Karar, 22.5.2007 Tarih).

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şimşek, s. 85 vd.

⁸ Karşılaştırmalı hukuk için bkz. Klaus Vieweg, “Spor Hukukunun Büyüsü”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (1), 2010, 15-52, s. 43; Simon Gardiner, Mark James, John O’Leary, Roger Welch, Jan Blackshaw, Simon Boyes, Ander Caiger, *Sports Law*, (Third Edition), Cavendish Publishing Limited, Oxon 2006, s. 642; Walter Champion, *Sports Law: Cases, Documents and Metterials*, Aspen, New York 2005, s. 332; Glenn M. Wong, *Essential of Sports Law*, (Fourt Edition), ABC-CLIO, California 2010, s. 76; Dominic Villa, “Liability for Personal Injury Arising from the Supply of Recreational Services”, *Australian and New Zealand Sports Law Journal*, 4 (1), 2009, s. 65; Natasha Schot, “Negligent Liability in Sport”, *Sports Law eJournal*, 1 (1), 2005, s. 4; Kocasakal, s. 57; Alexandru-Virgil Voicu, “Romania Civil Liability Arising from Breaches of Sports Regulations”, *The International Sports Law Journal*, (1-2), 2005, 22-23, s. 22.

Spor müsabakasına katılan sporcu, meydana gelebilecek zararlı neticeyi kabul etmiştir.⁹ Burada “kabul”ü kullanmamızdaki amaç, sporçunun zararlı sonucu istemese de kabul edilen risk gereği, zarar veren sporcudan tazminat talep edememesidir. Müsabakaya katılan hiçbir sporcu, riskli hareket sonucu meydana gelen zararı istemez.¹⁰ Benzer bir hukuki durum olan tıbbi müdahalede de ameliyat olan hasta, iyileşmek ümidiyle tıbbi müdahaleyi kabul etmektedir. Hasta, hiçbir zaman ölmek istememektedir. Aksine, iyileşme umuduyla tıbbi müdahaleye razı olmaktadır. Sporcu zararlı neticeyi istemese dahi böyle bir yaralanma olasılığını göze alarak sportif etkinliğe katılmıştır.¹¹ Bir diğer husus ise kabul edilen riskin sorumluluğu engelleyebilmesi için sporcu katılmış olduğu sporda bu riskin meydana gelebileceğini bilmesi gerekmektedir.¹² Bunun yanında, müsabakaya gönüllü olarak katılmış olması gerekir. Nitekim sporçunun zorla müsabakaya katılması halinde, meydana gelen zarardan zarar veren sporcu sorumlu olacaktır. Sporcu, riskli hareket neticesinde meydana gelen zararı kabul etme iradesini ise açık veya zımni iradesi ile ortaya koymaktadır.¹³

Kabul edilen riskin varlığından söz edebilmek için sporun kurallarına uygun bir şekilde gerçekleştirilmiş olması gerekir.¹⁴ Ayrıca, devletin izin verdiği bir spor olması gerekir. Nitekim yapılan oyunun spor kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerekir.¹⁵

Meydana gelen zararın kabul edilen risk kapsamında değerlendirilebilmesi için katılımcı sporunun gerekli tüm dikkat ve özeni göstermesi gerekmektedir. Sporcular öngörülebilir riskleri önlemek için her türlü özeni göstermekle yükümlüdürler. Bu aşamada sporçunun dikkat ve özen yükümlülüğünün tespiti önem arz etmektedir.

⁹ Aydın Zevkliler, M. Beşir Acabey, Emre Gökyayla, Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku- Aile Hukuku, (6. Baskı), Ankara 1999, s. 506; Ertaş, Petek, s. 64; Çağlayan, s. 38.

¹⁰ Zevkliler, Acabey, Gökyayla, s. 506; Ertaş, Petek, s. 64; Çağlayan, s. 38.

¹¹ Zevkliler, Acabey, Gökyayla, s. 506; Ertaş, Petek, s. 64; Çağlayan, s. 38.

¹² Erica K. Rosenthal, “Inside the Lines: Basing Negligence Liability in Sports for Safty-Based Rule Violations on the Level of Play”, *Fordham Law Review*, 72, 2004, s. 2642.

¹³ Ertaş, Petek, s. 64; Çağlayan, s. 38.

¹⁴ Zevkliler, Acabey, Gökyayla, s. 506; Ertaş, Petek, s. 64; Çağlayan, s. 38.

¹⁵ Ertaş, Petek, s. 65; Çağlayan, s. 38; Zevkliler, Acabey, Gökyayla, s. 506.

II. Sporcunun Dikkat ve Özen Yükümlülüğü

Spor müsabakalarında, sporcuların ölmesinden ve yaralanmasından kaynaklanan sorumlulukta ilke olarak, sporcuların sorumluluğu kusur sorumluluğuna dayanmaktadır.

Kusur sorumluluğunda, fiilin işlenmesinde kusurlu olunması esastır. Doktrinde verilen tanımlar nazara alındığında kusurun tarifini şöyle yapabiliriz: *“Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeteri derecede kullanmamaktır.”*¹⁶

Bir spor müsabakasında sporcunun kusurundan bahsedebilmemiz için sporcunun, hukuka aykırı sonucu istemesi veya bu sonucu istememekle beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeterince kullanmaması gerekir.

Spor müsabakalarında sporcunun kusurun bir türü olan kastın tespiti kolay olsa da sporcunun davranışının ne zaman kınan bir davranış olacağıнын kesin ölçüsü verilemeyecek ve tayini güç bir sorun oluşturacaktır. Sadece spor müsabakalarında değil, aynı zamanda failin hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmış sayılıp sayılmayacağı sorunu genel olarak diğer haksız fiil sorumluluklarında da tespiti zordur.¹⁷

A. Sporcunun Kusurunun Kast Derecesinde Olması

Kast, kusurun en ağır derecesi olup failin hukuka aykırı sonucu bildiğini ve bu sonucu istediğini ifade etmektedir.¹⁸

¹⁶ Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (4. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul 2004, s. 526; Diğer tanımlar için bkz. S. Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (7. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul 1993, s. 492; Haluk Tandoğan, Türk Mes’uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet, Ajans- Türk Matbaası, Ankara 1961, s. 45; Selim Kaneti, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, 21-22 Ekim 1977 Ankara, (ss. 29-66), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1980, s. 40; Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (20. Baskı), Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 136; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (6. Baskı), Turhan Kitapevi, Ankara 2005, s. 223; Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (8. Baskı), Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 529,530; Haluk Nomer, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (10. Baskı), Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 110,112; Ertaş, Petek, s. 66; Çağlayan, s. 38.

¹⁷ Oğuzman, Öz, s. 527.

¹⁸ Oğuzman, Öz, s. 528; Kaneti, s. 52; Kılıçoğlu, s. 224; Eren, s. 535,536; Zahit İmre, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes’uliyet Halleri, İstanbul 1949, s. 26;

Sporcu davranışı ile hukuka aykırı sonucu görüp ve istemesi halinde kastının varlığından söz edebiliriz. Bir futbol müsabakasında, bir sporcu, bir başka sporcuya kasten yumruk atarak o sporunun burnunun kırılması, gözünün zarar görmesi gibi zarar verici bir fiil işlerse, bu hareketler spor kuralları dışında olacağından, sporçunun hukuki sorumluluğu gündeme gelecektir.¹⁹ Burada sporcu oyun kuralları dışına çıktığını ve bu fiilin hukuka aykırı, zarar verici bir sonuca sebep olduğunu bilmekte ve istemektedir.

Spor müsabakalarında, sporçunun amatör veya profesyonel olması, fiilin kastla işlenmesinde herhangi bir değişiklik ortaya çıkarmayacaktır.²⁰ Sporcu, ister amatör olsun isterse profesyonel olsun kusurun derecesi kast ise meydana gelen zarardan dolayı hukuki sorumluluğu gündeme gelecektir.

Eğer sporcu, doğrudan doğruya sonucu istemişse doğrudan kast,²¹ eğer sporcu, sonucu doğrudan doğruya istememekle beraber bu sonucun meydana gelmesi ihtimalini göze alarak hareket etmişse dolaylı veya ihtimali kasttan(dolus eventualis) söz edilir.²² Her iki durumda da sporçunun kastının varlığı nedeni ile hukuki sorumluluk gündeme gelecektir.

Kastın söz konusu olduğu durumlarda, fail ihlal ettiği kuralın varlığını bilmesede dahi, failin isteyerek meydana getirdiği sonuca ilişkin fiili hukuka aykırı ise kastın varlığı kabul edilir.²³ Sporcu oyun kuralları dışına çıkararak vermiş olduğu zarardan sorumlu olacaktır. Bu sebeple katılmış olduğu müsabakada ilgili sporun kurallarını bilmediğini ileri sürmesi sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.

Sporçunun kasttan dolayı sorumluluğuna gidilmesinde, doğacak zararın biçimini ve kapsamını bilmesi aranmayacaktır. Nitekim kasttan dolayı sorumlu olmak için failin doğacak zararın biçimini ve kapsamını bilmesi aranmamaktadır ve sadece hukuka aykırılık bilinci ve isteğine sahip olmak yeterli olacaktır.²⁴

Ertaş, Petek, s. 66; Çağlayan, s. 39.

¹⁹ Çağlayan, s. 16.

²⁰ Ertaş, Petek, s. 313.

²¹ Oğuzman, Öz, s. 528; Hüseyin Hatemi, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, (2. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul 1998, s. 68.

²² Hatemi, s. 68; Oğuzman, Öz, s. 528; Reisoğlu, s. 137.

²³ Oğuzman, Öz, s. 528.

²⁴ Oğuzman, Öz, s. 529.

B. Sporcu Kusurunun İhmal Derecesinde Olması

1. Genel Olarak

İhmal, failin, hukuka aykırı sonucu istememesine rağmen, bu sonucun meydana gelmemesi için iradesini yeteri derecede kullanmaması, hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesidir.²⁵ Hukuka aykırı sonucu meydana getiren fiil işlenirken, böyle bir fiil işleyen herkesin göstereceği dikkat ve özeni göstermemeye ağır ihmal,²⁶ hukuka aykırı fiil işlenirken böyle bir fiili işleyen herkesin değil, dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstereceği dikkat ve özeni göstermemiş olmaya da hafif ihmal denmektedir.²⁷

Sporcunun dikkat ve özen yükümlülüğünün sosyal hayatta diğer kişilerden beklenen yükümlülükten farklı olduğu ilk olarak Kanada'da Agar v. Canning kararında ileri sürülmüş ve bu kararda, oyun esnasında sporcunun davranışlarının doğuştan var olduğu, önceden planlanmadığı ve normal sosyal hayatta beklenen dikkat ve özen yükümlülüğü dikkate alınarak karar verilemeyeceği vurgulanmıştır.²⁸

Sporcunun dikkat ve özen yükümlülüğünün standardının normal sosyal hayatta beklenen dikkat ve özen yükümlülüğünden farklı olduğu gerçeği birçok hukuk sistemince kabul edilmiştir.²⁹ Örneğin, İngiltere'de Yüksek Mahkeme, Condon v Basi olayında,³⁰ sezilebilir

²⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 494; Oğuzman, Öz, s. 529; Kılıçoğlu, s. 225; Reisoğlu, s. 137,138; Eren, s. 540; Kaneti, s.52; Ertaş, Petek, s. 66; Çağlayan, s. 39.

²⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 495,496; Oğuzman, Öz, s. 529; Kılıçoğlu, s. 225; Tandoğan, s. 55; İmre, s. 27.

²⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 496; Oğuzman, Öz, s. 529; Kılıçoğlu, s. 226; Ergun Özsunay, "Türk Hukukunda İşleten'in Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından "Kusur"un Etkisi ve Önemi", Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, 21-22 Ekim 1977 Ankara, (ss. 67-128), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1980, s. 72; Tandoğan, s. 49.

²⁸ (1965) 54 WWR 302 (Tim Kevan, "Sports Person Injury", *International Sports Law Review* "Pandektis", (3), 2005, s. 64).

²⁹ Kevan, s. 64; Gardiner, James, O'Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 633; Rosenthal, s. 2656; Wong, s. 106; Champion, s. 252, Michael J. Belof, Tim Kerr ve Marie Demetriou, *Sports Law*, Hart Publishing, Oxford 1999, s. 114; Jack Anderson, "Spear-tackles and Sporting Conspiracies:Recent Developments in Tort Liability for Foul Play", *International Sports Law Journal*, (1-2), 2006, s. 41; Peter Charish, "A Reckless Approach to Negligence", *Journal of Personal Injury Law-Liability*, (4-04), 2004, s. 291; Mark James, "Sports Torts and the Development of Negligence in England", *International Sports Law Journal*, (2), 2003, s. 17; Vieweg, s. 45.

³⁰ [1985]1 WLR 866 (Gardiner, James, O'Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s.

yaralanmalara karşı bütün sporcuların objektif özen yükümlülüğüne sahip olması ile beraber, bunun belirlenmesinde subjektif ölçülerin ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, sporçunun tehlikeli bir oyun tarzı sergileyerek oyun kuralları dışına çıktığını belirterek, tazminata hükmetmiştir. Ancak, İngiltere Temyiz Mahkemesinin bu kararı ile de özen yükümlülüğünün tespitinin belirsizliği giderilememiştir.³¹ Daha sonra, *Caldwell v Maguire and Fitzgerald*³² kararında ihmalin sübjektifleştirilmesi daha belirgin olarak ortaya çıkmış ve spor müsabakalarındaki dikkat ve özen yükümlülüğü belirlenmiştir.³³ İngiliz Hukukunda sporçunun dikkat ve özen yükümlülüğünün tespitinde şu hususlar nazara alınmaktadır: Her sporcu diğer sporculara karşı özen yükümlülüğü altındadır; bu yükümlülük, müsabakanın niteliğine uygun ve makul olan her türlü özenin gösterilmesidir; bu yükümlülük, yarışma boyunca devam eder ve objektif koşullar altında diğer sporcuları yaralamaktan kaçınmayı kapsar; yarışmacılardan beklenen tehlikeden kaçınmak yükümlülüğünde ortalama bir insandan beklenen davranış beklenir yani, rakip oyuncunun kurallara uygun davranacağı beklenir. Bir diğer husus ise stres durumlarında (örneğin, üst düzey bir maçta) beceriksizlik, hata, anlık yanlış bir kararda özen yükümlülüğünün ihlal edilmiş olduğundan bahsedilemeyeceği belirtilmiştir.³⁴

631 vd.); İngiltere’de oynanan bir amatör lig futbol maçında futbolcu Basi, futbol kuralları dışına çıkarak rakip sporcu Condon’a faul yapmış ve ayağının kırılmasına sebep olmuştur. Basi, oyun kuralları dışına çıkarak tehlikeli ve dikkatsiz bir şekilde müdahale ederek Condon’un ayağının kırılmasına sebep olmuştur. Tehlikeli ve dikkatsiz bir oyun tarzı sergilediği ve oyun kuralları dışına çıktığı için hukuken sorumlu tutulmuştur.

³¹ James, s. 17; Gardiner, James, O’Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 632.

³² [2001] EWCA Civ 1054 (Gardiner, James, O’Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 632.).

³³ Gardiner, James, O’Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 632; James, s. 17; Charlsh, s. 292.

³⁴ Gardiner, James, O’Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 632 vd.; James, s. 17 vd.; Charlsh, s. 292 vd.; Beloff, Kerr ve Demetriou, s. 114 vd.; Kevan, s. 66; Aynı doğrultuda Amerika Hukuku için bkz. Rosenthal, s. 2656 vd.; Wong, s. 106; Chanpion, s. 252 vd.; Avusturalya Hukuku incelendiğinde de aynı hususlarla karşılaşıldığını görmekteyiz. Spor kuralları dâhilinde yapılan bir hareket neticesinde meydana gelen zarardan sorumlu olmamak için de dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulması gerektiği belirtilmiştir (Schot, s. 3; Andersan, s. 44). Avusturalya’da, ragbi sporcusu olan McCracken, 2000 yılında katıldığı bir müsabakada, spear-takle hareketi sonucu boyun ve bel kemiğinde önemli kırılmalar oluşmuş ve spor hayatı bitmiştir. İki rakip takım oyuncusu komplo kurarak McCracken’e zarar verdiği için mahkeme tazminata hükmetmiştir. [McCracken v Melbourne Storm Rugby

Bir başka hukuk sisteminden örnek vermek gerekirse, Alman Hukukunda zarara sebep olan sporcunun oluşan yaralanmaların bütünü için sorumlu tutulması ilgili müsabaka kurallarına uyulmuş olması halinde herhalde yerinde olmayacağı belirtilmiştir.³⁵ Bu bağlamda, sporun kuralları sporda özen yükümlülüğünün ölçüsünü değişime uğrattığı belirtilmiştir.³⁶ Anlaşılabilir hırslı oyun hamleleri, basit düşüncesizlikler veya müsabaka nedenli bitkinlik halleri gibi durumlar sınırlandırılmış bir hukuki sorumluluk alanı oluşturduğu belirtilmiştir.³⁷ Tasvip edilen bir sertliğe müsaade edilmekte ve adil olmanın sınırlarının aşıldığı durumlar bakımından sporcuların sorumlu tutulacağı belirtilmiştir.³⁸ Nitekim spor müsabaka kurallarının basit bir ihlali rekabet bağlamını aşmaz ve sporcu objektif olarak dikkatsizdir.³⁹ Bu hususun somut olayın koşulları göze alınarak tespit edilmesi gerektiği ve her spor çeşidine göre nazara alınması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁰

Netice itibari ile ihmalin subjektifleştirildiği, salt oyun kurallarına uymamanın ihmalin varlığı için yeterli olmayacağı ve bir takım hususların nazara alınması gerektiğini kabul edilmiştir.

2. Dikkat ve Özen Yükümlülüğünün Tespitinde Nazara Alınacak Hususlar

Spor müsabakasında katılımcı sporcuların, kişi olarak dokunulmazlık alanlarına girildiği zaman fiil hukuka aykırılık teşkil edecektir. İşte buradan sonra ihmalin sınırlandırılması ve kabul edilen riskin sorumluluğu kaldırıcı veya sınırlayıcı etkisi gündeme gelecektir.

Bir güce/kuvvete başvurulduğunda, failin hareketinden kaynaklanan, makul bir şekilde öngörülebilir bütün yaralanmalardan ya da hareketin doğrudan sonucu olan bütün yaralanmalardan sorumlu olup olunmayacağı belirsizdir. Müsabakaya katılan bir sporcu, diğer

League Football Club and Others [2005] NSWSC 107 (22 February 2005), (Anderson, s. 44)]

³⁵ Vieweg, s. 45.

³⁶ Vieweg, s. 46.

³⁷ Vieweg, s. 46.

³⁸ Vieweg, s. 46.

³⁹ Dieter Rössner, "Sporda Hukuki ve Cezai Sorumluluk", 1. Uluslararası Spor Hukuku Kurultayı, Ankara, 12 Ocak 2009, (ss. 50-53), Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2010, s.51.

⁴⁰ Vieweg, s. 47.

sporcularda sezilebilir, öngörülebilir bir yaralanmalara karşı objektif akla uygun dikkat ve özeni göstermelidir. Yani yasal bir sportif karşılaşmaya katılan her sporcu diğer yarışmacılara karşı özen yükümlülüğü ile borçludur.

Yapılan hareketin çeşidi, oyuncuların beklentisi, yaralanma riski, oynanan oyunun kuralları ve özellikleri bir bütün olarak ele alınıp değerlendirilmesi gerekir. Eğer kabul edilebilir bir temas sonucu yaralanma ise özen yükümlülüğünün ihlalinden söz edilmeyecek. İzin verilen bir kural dışı hareket alanının varlığından söz edilecektir.

Bir beklenmeyen akla uygun olmayan riske girmek ihmaldir. Sporun müsaade ettiği hareket sonucu meydana gelecek bütün yaralanmalar kabul edilen riske bağlanamaz. Kabul edilen risk kapsamındaki bir zararın ihmal neticesinde oluşmaması gerekir. Sporcu gerekli tüm dikkat ve özen yükümlülüğünü göstermesi gerekir. Ancak burada sporçunun dikkat ve özen yükümlülüğü kendi fiili hâkimiyeti yani, yükümlülükleri ile sınırlıdır. Örneğin, müsabakaya çıkan bir cirit sporcusunun, oyun kuralları dâhilinde cirit sopasını atması neticesinde seyircilerden bir kişinin yaralanmasında sporçunun kusuru incelemeye alınmayacaktır. Nitekim sporçunun, müsabaka alanının güvenliğini sağlamak gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu durumda organizatör, gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü göstermemiş ve müsabaka alanının güvenliğini sağlamamış ise organizatörün sorumluluğuna gidilecektir. Bu durumda sporçunun müsabaka alanının güvenliğini sağlama yükümlülüğü yoktur.

Sporun kendine özgü yapısı nazara alınarak ihmalin tespitinde, genel kurallardan ayrılarak ve fakat bu kuralların uygulanabilirliği ile beraber farklı ilkelerin konulması gerekmektedir. Bu sebeple spor müsabakalarında sporçunun ihmalinin tespitinde oyun kuralları, oyun kültürü, profesyonel veya amatör sporcu (farklı ligler), deneyim, oyuncunun yaşı, cinsiyeti gibi hususların nazara alınması gerekir.

a. Subjektif-Objektif Özen Yükümlülüğü

Objektif teoriye göre, ihmalin tespiti yapılırken olayın özelliklerinden hareket edileceği için rasgele normal bir insan tipi değil, o olayla ilgili normal insan tipinin değerlendirmede dikkate alınması gerektiği

belirtilmiştir.⁴¹ Bu durumda, olayda etkinlik arz eden meslek, failin yaşı, cinsiyeti dikkate alınacak ve normal insan tipi belirlenecektir.⁴² Ancak spor müsabakalarında subjektif teorinin benimsenerek, spor müsabakasına ilişkin olarak bir olayı ele alırken her sporun kendine özgü yapısı ve kuralları dikkate alınarak, sporcunun yaşı, tecrübesi, cinsiyeti, sporu meslek olarak yapıp yapmadığı, oyun kuralları ve o anki koşullar nazara alınmalıdır.

Türk doktrininde ileri sürüldüğü gibi⁴³ oyun kurallarına uyan sporcu objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır. Ancak, oyun kurallarına uymak başlı başına ihmalin tespiti için yeterli olmayacaktır. Bazı durumlarda oyun kurallarının aşıldığını görmekteyiz. Örneğin, basit düşüncesiz hareketler neticesinde, müsaade edilebilir bir sertlik sonucu oyun kurallarının dışına çıkılması halinde sporcunun ihmalden bahsedilememelidir. Bu gibi durumlarda da sporcunun hukuki sorumluluğu gündeme gelmemelidir. Bu durumda, ihmalin tespitinde subjektif teori esas alınmalıdır. Ancak, sporcunun ihmalinin tespitinde, temel hareket noktası oyun kuralları olacaktır.

Sporcunun ihmalinin tespitinde, sporcunun tecrübesi ve yaşı da dikkate alınmalıdır. Deneyimli bir sporcunun kabul edilebilir kural dışı hareketlerinin ölçüsü daha sınırlı olması gerekmektedir. Nitekim objektif teoriyi benimseyenler dahi, makul bir şahsın ortalama davranışı esas alınmakla birlikte, zarar veren daha yüksek bilgi ve yeteneğe sahipse, artık, ortalama davranışın ölçü alınamayacağını belirtmiştir.⁴⁴ Gerekçe olarak: aksi bir durumda, yetenekli kişilere zarar verme ayrıcalığının tanınmış olacağı belirtilmiştir.⁴⁵ Ortalama bir sporcuda aranan yetenekleri olmayan sporcunun ihmalinin olmaması da aynı gerekçe ile kabul edilmelidir. Makul bir sporcunun fiziki, fikri, ahlaki, güç ve yetenekleri, teknik ve mesleki becerilerini göz önünde tutarak oluşturulan model davranışa uygun davranması gerektiği bilincinde olmayan bir sporcunun davranışının kınanmaması gerekir.⁴⁶

⁴¹ Oğuzman, Öz, s.530; Tandoğan, s. 52.

⁴² Oğuzman ve Öz, s.530; Tandoğan, s. 52; Kaneti, s. 53; Reisoğlu, s. 138; Eren, s. 538.

⁴³ Ertas, Petek, s. 313; Çağlayan, s. 177.

⁴⁴ Eren, s. 539.

⁴⁵ Eren, s. 539.

⁴⁶ "Model davranışa uygun hareket edemeyeceğinin bilincinde olmayan bir kimse- nin, model davranışa uygun hareket edememesi kınanacak bir durum değildir. Model davranıştan sapma, ancak bunun bilincinde olanlar bakımından kusur ad- dedilebilir." (Nomer, s. 111).

Yaşı küçük olan bir sporçunun oyun kültürüne sahip olması ile yaşı büyük olan sporunun oyun kültürüne vakıf olması arasında farklar söz konusu olabilecektir. Unutmamak gerekir ki sporçunun davranışının kusurlu olabilmesi için ahlaken kınanabilir olması gerekir.

Sonuç olarak, her sporcu kendi, bilgi, tecrübe ve niteliklerini taşıyan bir sporcudan beklenen özeni göstermekle yükümlüdür. Bu durumda, sporçunun ruhsal durumu,⁴⁷ icra ettiği sporla ilgili bilgi, tecrübe ve yetenekleri, yaşı ve cinsiyeti ihmalin tespitinde nazara alınmalıdır.

b. Profesyonel-Amatör Sporcu

Sporcu ise spor faaliyetini fiilen gerçekleştiren gerçek kişidir. Sporcu, sporun ana unsuru olup sporu bizzat yerine getiren kişidir.⁴⁸ Başka bir deyişle, spor olayını gerçekleştiren, sporun genel kurallarına uyararak yetenek ve bilgisi ile rakiplerini yenmeye çalışan kişidir.⁴⁹ Hareket ve iradenin birleşmesiyle, bu hareketlerin anlam ve sonuçlarını bilerek vücutlarını kullanan kişiler sporcu olarak tanımlanmıştır.⁵⁰

Sporcular, profesyonel ve amatör olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutularak hukuki durumları tespit edilmektedir. Amatörlük kavramı, Latince sevmek, hoşlanmak anlamına gelen 'amare' kelimesinden türetilmiştir; sporçunun sevdiği ve hoşlandığı için spor yaptığını ifade etmektedir.⁵¹ Bu durumda, bir sporçunun amatör olabilmesi için yaptığı spor dalını meslek olarak seçmemiş olması ve spordan devamlı gelir elde etmek amacının olmaması gerekir.⁵² Sporda profesyonellik ise sporçunun maddi bir kazanç sağlamak amacıyla belli bir organi-

⁴⁷ Önemi itibari ile çalışmanın ilerleyen kısmında "Basit, Düşüncesiz Hareketler" başlığında ayrı bir başlık açılmış ve incelenmiştir.

⁴⁸ Erkan Küçükgüngör, "Türk Hukukunda Sporcuların Hukuki Durumu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1-2), 1998, s.39.

⁴⁹ Durmuş Ali Genç, *Spor Hukuku*, Alfa Yayınları, İstanbul 1998 s. 37; Çağlayan, s. 58.

⁵⁰ Ertaş, Petek, s. 318; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2003/19877 Esas, 2003/20178 Karar, 08.12.2003 Tarih.

⁵¹ Ertaş, Petek, s. 220; Küçükgüngör, s. 40; Genç, , s. 39; Çağlayan, s. 59.

⁵² Ertaş, Petek, s. 220; Kemal Makasçı, *Türkyede Profesyonel Futbol Şubesi Bulunan Spor Kulüplerinde Şirketleşme (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1990, s. 3; Küçükgüngör, s.40; Genç, s. 39; Çağlayan, s. 59.

zasyona bağlı olarak spor yapması anlamına gelmektedir.⁵³ Amatör sporcu spor icra ederken, profesyonel sporcu meslek icra eder. Bu itibarla, meslek olarak yaptığı başka bir işin yanında, arızı olarak spor yapan bir sporcu, faaliyetlerinden para kazansa bile profesyonel kabul edilmeyecektir.⁵⁴

Profesyonellik sadece futbol dalında tanınmıştır. Ancak diğer spor dallarında da sporu profesyonel olarak yapan sporcular bulunmaktadır. Doktrinde bu duruma gizli profesyonellik,⁵⁵ yarı profesyonel sporcu,⁵⁶ fiili profesyonel sporcu,⁵⁷ sözleşmeli sporcu⁵⁸ denilerek sporcu profesyonel olarak kabul edilmiştir. Uygulamada da hukuken profesyonel olarak tanınmamış bir spor dalında kazanç sağlamak için spor yapan sporcunun profesyonel olduğu kabul edilmektedir.⁵⁹ Hukuken amatör sayılan bir spor dalında faaliyet gösteren sporcunun, kulübünden ücret almak suretiyle profesyonel olarak spor yapabileceği gibi, hukuken profesyonel kabul edilen bir spor dalında ücret almaksızın amatör olarak spor da yapabilir.⁶⁰ Bu sebeple, spor dalının profesyonel olup olmadığına bakılmaksızın, eğer bir sporcu, sporu meslek olarak icra ediyorsa profesyonel sporcu olarak kabul etmek gerekir.⁶¹

Profesyonel sporcu ile amatör sporcunun ihmalinin tespitinde farklılıklar olacaktır. Profesyonel sporcu meslek olarak sporu icra ettiği için daha dikkatli olması gerekir. Bu durumda, farklı liglerde oynayan sporcuların dikkat ve özen yükümlülüğünde farklı değerlendirmeler olacaktır.⁶²

Doktrinde, amatör spor müsabakalarında meydana gelen zararda hukuki sorumluluğun söz konusu olabilemesi için failin kastının veya ağır ihmalinin; buna karşılık profesyonel spor karşılaşmalarında ortaya çıkan zarardan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için ise failin

⁵³ Küçükgüngör, s. 40; Ertaş, Petek, s. 220; Çağlayan, s. 52,53.

⁵⁴ Ertaş, Petek, s. 224.

⁵⁵ Küçükgüngör, s. 41.

⁵⁶ Genç, s. 40.

⁵⁷ Ertaş, Petek, s. 223.

⁵⁸ Çağlayan, s. 55,59.

⁵⁹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2002/14234 Esas, 2003/3148 Karar, 20.03.2003 Tarih; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2012/5555 Esas, 2012/14356 Karar, 04.06.2012 Tarih.

⁶⁰ Küçükgüngör, s. 42.

⁶¹ Küçükgüngör, s. 42. Genç, s. 40. Ertaş, Petek, s. 223. Çağlayan, s. 55.

⁶² Ertaş, Petek, s. 313.

hafif ihmalinin dahi yeterli olduğu ileri sürülmüştür.⁶³ Buna gerekçe olarak, amatör sporculara göre profesyonel sporcular, meslek olarak icra ettikleri sporu ciddiyet ve itinayla yapmaları gerektiğinden, dikkatli ve özenli bir sporcunun göstermesi gereken tüm dikkat ve özeni göstermesi gerektiği belirtilmiştir.⁶⁴

Profesyonel sporcular, sporu meslek olarak icra etmektedirler; amatör sporcular ise zevk, eğlence, sağlık vs. sebeplerle spor yapmaktadır. Bir işin meslek olarak yapılması halinde, o kişiden, icra etmiş olduğu meslekle ilgili olarak daha dikkatli ve özenli davranması beklenir. Bu sebeple, profesyonel sporcunun göstermesi gereken dikkat ve özen yükümlülüğü, amatör sporcuya nazaran daha fazla olacaktır. Ancak, sportif dürüstlüğe bağlı kalmak amatör ve profesyonel sporcular için geçerliliğini sürdürecektir. Yani, ilgili sporun kurallarının yanında sportif davranışlara da riayet edilmesi gerekmektedir ve amatör sporcu veya profesyonel sporcu ayırımı yapılmaması gerekir. Örneğin, bir boks müsabakasında rakip boksörü köşeye sıkıştırarak, normalde hakemin oyunu durdurması gerekirken durdurulmaması durumunda, rakip sporcuya yumruk atarak onun ölümüne sebep olan sporcunun hukuki sorumluluğu doğacaktır⁶⁵ ve boksör, boks sporunun kurallarına riayet etse de spor ahlakı dışına çıkarak rakip sporcuya zarar vermiştir. Bu durumda, boksör ister amatör olsun ister profesyonel olsun sorumluluğu gündeme gelecektir.

c. Oyun Kültürü

Sporcunun ilgili spor dalının kurallarına uygun olarak hareket ettiğinde dikkat ve özne yükümlülüğünün ihlalinden bahsedemeyeceğimizi belirttik. Ancak, izin verilen bir kural dışı hareket alanının olduğu yukarıdaki açıklamalarımızdan çıkan bir sonuçtur. Bu durumda, sporcunun dikkat ve özen yükümlülüğünün tespiti fair play, oyun kültürü gibi hususlar dikkate alınarak müsaade edilen kural dışı hareket alanı tespit edildikten sonra sağlanacaktır. Bu sebeple, oyun kültürü ihmalin tespitinde dikkate alınması gereken bir husustur.

⁶³ Ertaş, Petek, s. 313.

⁶⁴ Ertaş, Petek, s. 313.

⁶⁵ Ertaş, Petek, s. 312.

Hukuki sorumluluğun tespitinde oyun kültürü, kurallar, ilgili sporun örf, adet ve alışkanlıkları, oyunun amacı, sporun doğasında olan tehlikeler, sporculardan yapması gereken beklentiler, oyunun standartları ve akla uygun, beklenebilir yeteneklerdir. Bunların yanında, sporun bünyesine uygun düşen diğer ilkeler de nazara alınmalıdır. Örneğin, sporcunun yaşı, tecrübesi, sporun seviyesi, resmi olup olmaması gibi hususlar da oyun kültürü içinde ele alınmalıdır. Ancak, bu hususlar icra edilen sporun bünyesi nazara alınarak somut olaya uygulanmalıdır. Bir amatör futbol müsabakasındaki ihmalin tespiti ile basketbol müsabakasındaki ihmalin tespiti farklı özellikler arz edecektir.

Oyun kültürü içerisinde algılanan bu hususlar, bazı spor kuruluşları tarafından normatif bir hale getirilmektedir. Örneğin, Uluslararası Kayak Federasyonunun "10 FIS Rules for Conduct" bu tarz bir düzenlemedir.⁶⁶ Bu düzenlemeler, bir özel hukuk kişinin mevzuatı olarak herhangi bir kamu normu teşkil etmemektedirler, yine de temel alınması gereken özen ölçüsünü somutlaştırdıkları için dikkate alınmalıdır.

Bir spor dalında yer alan kötü gelenekler özen yükümlülüğünü kaldırmayacaktır. Nitekim bir meslekteki kötü gelenekler özen yü-

⁶⁶ FIS'in kayak ve snowboard'cular için düzenlemiş olduğu davranış kurallarında şu hususlara yer vermiştir: Kayak veya snowbord'cu başkalarını tehlikeye atmayacak ve yaralanmalara sebep olmayacak şekilde davranmalı, kontrollü hareket etmeli, hızını ve kayma şeklini kişisel kabiliyet, zemin, kalabalık, kar ve hava durumlarına göre ayarlamalı, arkadan gelen kayak veya snowbord'cu, yolunu öndekileri tehlikeye atmayacak şekilde seçmeli, önündekileri geçtiği sahsın bilinçli-bilinçsiz hareketlerine yetecek alan bırakacak şekilde; yukarı, aşağı, sol veya sağ taraflardan geçmeli, işaretli bir piste giren, durduktan sonra tekrar kaymaya başlayan veya pistte yukarı doğru hareketlenen bir kayak veya snowbord'cu yukarı ve aşağı yönleri bakarak, hareketleriyle kimseyi tehlikeye atmayacağına emin olmalı, kesinlikle gerekli olmadığı sürece kayak veya snowbord'cu pistin görüş mesafesi sınırlı veya dar yerlerinde durmamalı ve böyle bir noktada düşerse en kısa sürede pist dışına çıkmalı, pistte yukarı veya aşağı yürüten kayak veya snowbord'cu pist kenarını kullanmalı, tüm işaretlere uymalı, kaza durumlarında yardım her kayak veya snowboard'cunun görevi, kaza durumunda kayakçı, snowbord'cu veya şahit herkes sorumlu olsun olmasın isim ve adres bilgilerini birbirlerine vermelidir. Bu kuralların yorumu yapan FIS, kayak veya snowbord sporları da diğer sporlar gibi kendi içerisinde riskler barındırdığını, amacın kazaları önlemek olduğu ve bu kurallara uyulmaz ise hukuki veya cezai sorumluluk gündeme geleceği belirtildikten sonra, kayakçılar veya snowbord'cular kendi, ve aynı zamanda kendi kusurlu ekipmanlarından da sorumlu oldukları belirtilmiştir; İngiltere'de Lyon v. Maidment [2002] EWHC 1227 kararında Mahkeme bu kurallara atıf yaparak sorumluluğu tesis etme yoluna gitmiştir (Gardiner, James, O'Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 637).

kümlülüğünün tespitinde dikkate alınmaz.⁶⁷ Aynı şekilde ihmalin genel bir alışkanlık haline gelmiş olması da sorumluluktan kurtarmaz.⁶⁸

Sporun genel kültürü, ahlak kuralları, icra edilen sporun oluşturduğu kültürün yanında varlığını devam ettirecektir. Örneğin, sporcu almış olduğu doping sonucu, bu dopingin etkisi altında rakip sporcuya zarar verirse bu tür durumlarda müsaade edilen kural dışı bir hareket alanından söz edilemeyecektir.

d. Basit, Düşüncesiz Hareketler

Spor müsabakalarında zarar veren sporçunun istisnai sübjektif niteliklerinin nazara alınıp alınmayacağı bir sorundur. Normal olarak failin sübjektif niteliklerinin dikkate alınması, istisnai mazeretleri kapsamaz; bir kimsenin çok üzüntülü olduğu için tedbir almamış, özen göstermemiş olmasının dikkate alınmayacağı kabul edilmektedir.⁶⁹ Ancak, spor müsabakaları için aynı husustan bahsedebilir miyiz? Bazı hukuk sistemlerinde anlaşılabilir basit düşüncesizlikler, müsabaka heyecanı gibi durumlarda oyun kurallarının dışına çıkılması halinde, sporçunun ihmalinin varlığından bahsedilemeyeceği belirtilmiştir.⁷⁰ Bu gibi durumlarda, ihmalin genel ölçütlerinden sapıldığı, ihmalin sınırlandırılması karşımıza çıkmaktadır.

Dikkatsizliğin nazara alınmaması (reckless disregard), İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin Wooldridge v Sumner olayında ele alınmıştır.⁷¹ İlerleyen süreçte, özellikle İngiltere için, Caldwell v Maguire and Fitzgerald⁷² ve Condon v Basi⁷³ olaylarında daha da belirginleşmiştir.

⁶⁷ Oğuzman, Öz, s. 530.

⁶⁸ Reisoğlu, s. 138; Alman Hukukunda, Rössner, disiplin için alışla gelmiş ve duruma göre ayarlanmış şekilde spor kurallarını ihlal eden sporçunun cezai açıdan sorumlu olmayacağını belirtmiştir (Rössner, s. 52).

⁶⁹ Eren, s. 539; Oğuzman, Öz, s. 530; Tandoğan, s. 52.

⁷⁰ Gardiner, James, O'Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 638,641; James, s. 17 vd.; Charlsh, s. 292 vd.; Beloff, Kerr, Demetriou, s. 114 vd.; Kevan, s. 66; Rosenthal, s. 2656 vd.; Wong, s. 106; Walter, s. 252 vd; Vieweg, s. 46.

⁷¹ [1963] 2 QB 43 (Gardiner, James, O'Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 638.)

⁷² [2001] EWCA Civ 1054 (Gardiner, James, O'Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 632.).

⁷³ [1985]1 WLR 866 (Gardiner, James, O'Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 631 vd.); İngiltere'de oynanan bir amatör lig futbol maçında futbolcu Basi, futbol kuralları dışına çıkarak rakip sporcu Condon'a faul yapmış ve ayağının kırılmasına sebep olmuştur. Basi, oyun kuralları dışına çıkarak tehlikeli ve dikkatsiz bir şekilde müdahale ederek Condon'un ayağının kırılmasına sebep olmuştur. Tehlikeli ve

Avusturalya'da, Frazer v Johnstone⁷⁴ olayında mahkeme basit düşüncesiz hareketler sonucu meydana gelecek zarardan dolayı sorumlu olunmayacağını belirtmiştir. Davacı ve davalının profesyonel jokey olduğu davada, davalının müsabaka esnasında iki yarışmacıyı geçerken davacının önünü kapatması ve atların sıkışması neticesinde davacının yaralanmasına sebep olmuştur. Mahkeme, somut olayın cerayan ediş şeklini nazara alarak basit düşüncesiz bir hareket olduğunu belirtmiş ve davalının sorumlu olmayacağını belirtmiştir. İngiltere'de mahkemeye yansıyan Caldwell v Maguire and Fitzgerald olayı da benzerlik taşımaktadır. Aynı şekilde, davalı ve davacı birer profesyonel jokeydir. Davalılar, müsabaka esnasında diğer sporcu Byrne'yi geçmeye çalışırken davacıya zarar vermiştir.

İhmalin, mutlak manada spor kurallarına riayet edilmesi şeklinde anlaşılması adil olmayan sonuçlar doğuracaktır. Her sporcu müsabakayı kazanmak için çaba harcamaktadır. Kimi zaman çok yorğun düşmektedir kimi zaman aşırı bir heyecanla yüklenmektedir. Bu gibi durumlarda spor kuralları dışına çıkarak diğer bir sporcuya zarar verebilir. Bu durumda, sporcunun hukuken sorumlu tutulması sporun yapısı ile bağdaşmayacağı gibi sporcuları hareketsizliğe iter ve spordan beklenen ferdi ve toplumsal yarar boşa çıkar. Bu nedenle, sportif bir harekete yönelmiş irade sonucunda, davranışın, anlaşılabilir bir kural dışı alana sapması halinde sorumluluk söz konusu olmamalıdır.⁷⁵

Spor müsabakalarında bu tarz kural dışı hareketlerin nereye kadar sorumluluğu doğurmayacağı sorusu akıllara gelebilir. İlgili spo-

dikkatsiz bir oyun tarzı sergilediği ve oyun kuralları dışına çıktığı için hukuken sorumlu tutulmuştur.

⁷⁴ (1990) 21 NSWLR 89 (Gardiner, James, O'Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 640)

⁷⁵ Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 1937/2809 Esas, 1937/615 Karar, 11.12.1937 Tarihli kararında benzer bir değerlendirmeye karşılaşılmaktadır. Somut olayda, bir futbol maçında kafaları birbirine tokuşan sporculardan biri ölmüştür. Diğer sporcunun cezalandırılması için açılan davada Yargıtay 1. Ceza Dairesi " Bir futbol oyununda kafaları birbirine tokuşarak Ömer'in ölümüne sebebiyet vermede 455. maddedeki suç mevcut görülmemesine binaen verilen karar kanuna uygundur." gerekçesine yer vermiştir (Mahmut Alicanoğlu, Türk Ceza Kanunu ve Yargıtay İçtihatları ve Harçlar Kanunu, Cilt: 2, Halk Basımevi, İstanbul 1952, s. 267). Kafaların birbirine tokuşması futbol oyun kuralları içerisinde yer almamaktadır. Ancak, bu hareket neticesinde meydana gelen ölümden dolayı tedbirsizlik ile ölüme sebebiyet verme suçunun unsurlarının oluşmadığı belirtilmiştir.

run bünyesi nazara alınarak, müsaade edilebilir bir sertliği aşan kural dışı hareketler sorumluluğu doğuracaktır.⁷⁶

Halı sahada futbol oynadığı sırada, rakip takım oyuncusu davalının kusurlu davranışı neticesinde ayak kemiğinin kırılması neticesinde uğramış olduğu zararın tazmini için açılan davada; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2013/4-364 Esas, 2013/1543 Karar, 06.11.2013 Tarihli kararında, "... ayağının muhtelif yerlerinden kırılması sonucu ve % 4,3 süreklili işgücü kaybına uğrayacak şekilde yaralanması ile sonuçlanan olayda davalı eyleminin; futbol oyun kurallarına aykırı olarak sert ve ciddi faul eylemi olup olmadığı, tasvip edilen sertliğin yani adil olmanın sınırlarının aşılıp aşılmadığı, sportmenliğe veya fair play (spor ahlakı) ilkesine aykırı tutum ve davranış olup olmadığı hususu dosya kapsamından yeteri açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu bakımdan, futbol konusunda uzman, futbol hakemi, futbol teknik adamı ve futbol oyuncusundan oluşacak üç kişilik bilirkişi heyetinden rapor alınarak, bu husus açıklığa kavuşturulup varılacak uygun sonuca göre bir karar verilmesi gerekmektedir." gerekçesine yer vermiştir. Ancak bu düzenlemeler spor müsabakası için getirilmiştir. Taraflar bir araya gelerek resmi olamayan ve kendi aralarında düzenledikleri bu faaliyet bir oyundur. Spor müsabakası ise ulusal veya uluslararası kuruluşlar tarafından konulan kurallar çerçevesinde, bireysel veya kolektif olarak gerçekleştirilen sportif faaliyetidir. Belirli bir sportif faaliyetin belirlenen hukuki sonucu doğurabilmesi için ilgili sporun kuralları dâhilinde icra edilmesi gerekir.⁷⁷ Buna ilişkin olarak, sporun, dünyada ve -ülkemiz için- Avrupa'da örgütlenmiş bulunan uluslararası teşkilatın ilgili spora ilişkin olarak koymuş olduğu kurallara uygun biçimde icra edilmesi gerekmektedir.⁷⁸ Her ne kadar ilgili spor dalının kuralları kısmen uygulanırsa da aranan özen ölçüsü spor müsabakası gibi olamaz. Nitekim basit ve düşüncesiz hareketler, adil olmanın sınırları içerisinde kalmak şartı ile spor müsabakasında geçerli olup anlaşılabilir hırslı oyun hamleleri, müsabakanın vermiş olduğu baskı ve yorgunluk sebebi ile sorumluluğu sınırlamaktadır. Eğlence amaçlı, resmi olmayan ve oyun kurallarının tamamen uygulanmadığı bir faaliyette bu kriterler bulun-

⁷⁶ Vieweg, s. 46.

⁷⁷ Halit Aker, "Futbol Karşılaşmalarına İlişkin Yayın Haklarının Hukuki Niteliği ve Rekabet Hukuku Açısından Yayın Haklarının Merkezi Pazarlanması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55 (1), 2006,1-46, s. 3; Çağlayan, s. 15; Ertaş, Petek, s. 26.

⁷⁸ Aker, s. 3.

mamaktadır. Ancak failin, subjektif teoriyi benimsediğimiz için, salt o faaliyet içerisinde, faaliyetin (örf, kültür vs.) ve failin özellikleri nazara alınarak adil olmanın sınırlarında kalan fiilden sorumlu tutulmaması gerekir. Örneğin, oyun oynayan çocuklardan birinin dirseğinin diğerinin gözüne gelmesi sonucu çocuğun yaralanması olayında da Yargıtay 3. Hukuk Dairesi şu değerlendirmede bulunmuştur: *"...küçük oğlunun vazgeçilmez oyun oynama hakkı kapsamında kalan ve genelde tehlike yaratmayan bir oyunu oynaması sırasında beklenmedik bir davranıştan doğan zarardan sorumlu tutulmaması gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. ..."*⁷⁹ Bu olayda, faaliyetin niteliği ve çocuğun oyun hakkı nazara alınarak hukuki sorumluluğa gidilmemiştir.

III. Sonuç

Spor, kişinin ve toplumun ilerlemesi için kişiye tanınan geniş bir hareket serbestisi alanında yer almaktadır. Bu alandan sorumluluk hukukunun uzak durması düşünülemez. Nitekim bu etkileşim neticesinde kişilerin birbirlerine zarar vermesi kaçınılmaz olacaktır. Hatta bazı spor müsabakaları kişilerin zarar görmelerinden arı olarak yapılamamaktadır. Sorumluluk hukukunun amacı ise zararın zarar gören üzerinde bırakılıp bırakılmayacağını saptamaktır.

Spor müsabakalarında sporcunun ihmalinin tespitinde oyun kuralları, oyun kültürü, profesyonel veya amatör sporcu (farklı ligler), deneyim, oyuncunun yaşı, cinsiyeti ve müsabaka koşulları gibi hususların nazara alınması gerekir.

Sporcu, oyun kurallarına uygun davranmakla objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır. Ancak, oyun kurallarına uymak başlı başına ihmalin tespiti için yeterli olmayacaktır. Bazı durumlarda oyun kurallarının aşıldığını görmekteyiz. Örneğin, basit düşüncesiz hareketler neticesinde, müsaade edilebilir bir sertlik sonucu oyun kurallarının dışına çıkılması halinde sporcunun ihmalden bahsedilmemelidir.

Sporu meslek olarak seçen profesyonel sporcu ile amatör sporunun dikkat ve özen yükümlülüğünün farklı olacağı muhakkaktır. Amatör spor müsabakalarında meydana gelen zararda hukuki sorum-

⁷⁹ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 2012/23712 Esas, 2013/1599 Karar, 05.02.2013 Tarih .

luluğun söz konusu olabilemesi için failin kastının veya ağır ihmalinin; buna karşılık, profesyonel spor karşılaşmalarında ortaya çıkan zarardan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için ise failin hafif ihmalinin dahi yeterli olması gerekmektedir.

Dikkat ve özen yükümlülüğünün tespitinde dikkate alınacak oyun kültürünün içerisinde kurallar, ilgili sporun örf, adet ve alışkanlıkları, oyunun amacı, sporun doğasında olan tehlikeler, sporculardan yapması gereken beklentiler, oyunun standartları ve akla uygun, beklenilebilir yetenekler yer alır. Bunların yanında, sporun bünyesine uygun düşen diğer ilkelerde nazara alınmalıdır.

İhmalin, mutlak manada spor kurallarına riayet edilmesi şeklinde anlaşılması adil olmayan sonuçlar doğuracaktır. Her sporcu, müsabakayı kazanmak için çaba harcamaktadır. Kimi zaman çok yorgun düşmektedir kimi zaman aşırı bir heyecanla yüklenmektedir. Bu gibi durumlarda spor kuralları dışına çıkarak diğer bir sporcuya zarar verebilir. Bu durumda, sporçunun hukuken sorumlu tutulması sporun yapısı ile bağdaşmayacağı gibi sporcuları hareketsizliğe iter ve spordan beklenen ferdi ve toplumsal yarar boşa çıkar. Bu nedenle, sportif bir harekete yönelmiş irade sonucunda, davranışın anlaşılabilir bir kural dışı alana sapması halinde sorumluluk söz konusu olmamalıdır. Ancak, ilgili sporun bünyesi nazara alınarak, müsaade edilebilir bir sertliği aşan kural dışı hareketler sorumluluğu doğuracaktır

Basit bir kural ihlali ölçüsünü aşan ve saldırganca, sportmence olmayan bir davranış hukuki sorumluluğu gündeme getirecektir. Bu durumda, her ne kadar fiil oyun kuralları dışında olsa da belirli bir seviyeye kadar fiil, hukuk düzenini bozmamaktadır. Fiil, hukuk düzeninin bozulduğu seviyeye geldiğinde haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir. Sporun doğasından çıkıp hukuk düzeninin düzenleme alanına giren bir fiil söz konusu olduğu vakit haksız fiil sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Kaynakça

- Aker Halit, "Futbol Karşılaşmalarına İlişkin Yayın Haklarının Hukuki Niteliği ve Rekabet Hukuku Açısından Yayın Haklarının Merkezi Pazarlanması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55 (1), 2006,1-46.
- Alicanoğlu Mahmut, *Türk Ceza Kanunu ve Yargıtay İçtihatları ve Harçlar Kanunu*, Cilt: 2, Halk Basımevi, İstanbul 1952.

- Anderson Jack, "Spear-tackles and Sporting Conspiracies: Recent Developments in Tort Liability for Foul Play", [Spear-tackle ve Komplolar: Spor Kuralları Dışı Davranıştan Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğundaki Son Gelişmeler], *International Sports Law Journal*, (1-2), 2006, 41-48.
- Belof Michael J., Kerr Tim, Demetriou Marie, *Sports Law*, Hart Publishing, Oxford 1999.
- Champion Walter, *Sports Law: Cases, Documents and Metterials*, Aspen, New York 2005.
- Charish Peter, "A Reckless Aproach to Negligence", *Journal of Personal Injury Law-Liability*, (4-04), 2004, 291-296.
- Çağlayan Ramazan, *Spor Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2007.
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, (8. Baskı), Beta Yayınları, İstanbul 2008.
- Ertaş Şeref, Petek, Hasan, *Spor Hukuku, Yetkin Yayınları*, Ankara 2005.
- Erten Rifat, *Milletlerarası Özel Hukukta Spor*, Adalet Yayınları, Ankara 2007.
- Gardiner Simon, James Mark, O'Leary John, Welch Roger, Blackshaw Ian, Boyes Simon, Caiger Ander, *Sports Law*, (Third Edition), Cavendish Publishing Limited, Oxon 2006.
- Genç Durmuş Ali, *Spor Hukuku*, Alfa Yayınları, İstanbul 1998.
- Gülşen Recep, *Spor Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Fişek Kurthan, *Devlet Politikası ve Toplumsal Yapıyla İlişkileri Açısından Dünya'da ve Türkiye' de Spor Yönetimi*, (2. Baskı), Bağırhan Yayınevi, Ankara 1998.
- Hancı İ. Hamit, "Spor Karşılaşmalarında Meydana Gelen Yaralanma ve Ölüm Olaylarında Yasal Sorumluluk", *Spor Hekimliği Dergisi*, 30 (1), 1995, 35-41.
- Hatemi Hüseyin, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, (2. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul 1998.
- İmre Zahit, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes'uliyet Halleri*, İstanbul 1949.
- James Mark, "Sports Torts and the Development of Negligence in England", *International Sports Law Journal*, (2), 2003, 17-19.
- Kaneti Selim, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi", *Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu*, 21-22 Ekim 1977 Ankara, (ss. 29-66), İstanbul Üniversitesi Mükaseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1980.
- Kevan Tim, "Sports Person Injury", *International Sports Law Review "Pandektis"*, (3), 2005, 61-67.
- Kılıçoğlu Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (6. Baskı), Turhan Kitapevi, Ankara 2005.
- Küçükgüngör Erkan, "Türk Hukukunda Sporcuların Hukuki Durumu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1-2), 1998, 127-139.
- Kocasakal Ümit, "Sporda Hukuki ve Cezai Sorumluluk", 1. Uluslararası Spor Hukuku Kurultayı, Ankara, 12 Ocak 2009, (ss. 54-61), Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2010.

- Makasçı Kemal, Türkiye'de Profesyonel Futbol Şubesi Bulunan Spor Kültürlerinde Şirketleşme (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1990.
- Nomer Haluk, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (10. Baskı), Beta Yayınları, İstanbul 2011.
- Oğuzman Kemal, Öz Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (4. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul 2004.
- Özsunay Ergun "Türk Hukukunda İşleten'in Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından "Kusur"un Etkisi ve Önemi", Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, 21-22 Ekim 1977 Ankara, (ss. 67-128), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1980.
- Reisoğlu Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (20. Baskı), Beta Yayınları, İstanbul 2008.
- Rosenthal Erica K., "Inside the Lines: Basing Negligence Liability in Sports for Safty-Based Rule Violations on the Level Of Play," *Fordham Law Review*, 72, 2004, 2631-2675.
- Rössner Dieter, "Sporda Hukuki ve Cezai Sorumluluk", 1. Uluslararası Spor Hukuku Kurultayı, Ankara, 12 Ocak 2009, (ss. 50-53), Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2010.
- Schot Natasha, "Negligent Liability in Sport", *Sports Law eJournal*, 1 (1), 2005, 1-14.
- Şimşek Alparslan, Spor Müsabakalarında Sporcuların Ölmesinden ve Yaralanmasından Doğan Hukuki Sorumluluk (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2013.
- Tandoğan Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ajans- Türk Matbaası, Ankara 1961.
- Tekinay S. Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk, Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (7. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul 1993.
- Wong Glenn M., *Essential of Sports Law*, (Fourth Edition), ABC-CLIO, California 2010.
- Vieweg Klaus, "Spor Hukukunun Büyüsü", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (1), 2010, 15-52.
- Villa Dominic, "Liability for Personal Injury Arising from the Supply of Recreational Services", *Australian and New Zealand Sports Law Journal*, 4(1), 55-81
- Voicu Alexandru-Virgil, "Romania Civil Liability Arising from Breaches of Sports Regulations", *The International Sports Law Journal*, (1-2), 2005, 22-23.
- Voigt Dieter, Spor Sosyolojisi, (Çev. Ayşe Atalay), Alkım Yayınları, İstanbul 1998.
- Zevkliler Aydın, Acabey M. Beşir Gökyayla, Emre, Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku- Aile Hukuku, (6. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999.

YABANCI IRK VE MİLLET İSİMLERİYLE SOYADI ALINMASI YASAĞI VE ANAYASA MAHKEMESİ

THE CONSTITUTIONAL COURT AND THE PROHIBITION OF SURNAMENES BELONGING TO FOREIGN RACES AND NATIONS

E. İrem AKI*

Özet: Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin, Soyadı Kanunu'nun 3.maddesinin anayasaya uygunluk denetimine ilişkin kararı ele alınacak ve üç problem üzerinde durulacaktır: 1) Anayasa Mahkemesi kadının soyadına ilişkin kararlarında olduğu gibi bu kararda da soyadı kullanımını Anayasa'nın 17. maddesi çerçevesinde değerlendirmekte ve soyadı kullanımının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu belirtmekte ancak "kamu düzeni" ve "kamu yararı" çerçevesinde kanun koyucunun bu konuyu düzenlemek konusunda takdir hakkı olduğunu iddia etmektedir. Oysaki Anayasa'nın 17. maddesi "kamu düzeni" ve "kamu yararı" gibi bir sınırlama nedeni öngörmemektedir. 2) Anayasa Mahkemesi itiraz konusu kuralın eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığını incelerken, pek çok kararında olduğu gibi, "haklı neden"e başvurmakta ancak "haklı neden" in ne olduğunu açıklamamakta/açıklayamamaktadır. 3) Mahkeme'nin uluslararası hukuku ele alış biçimi de problemler içerir.

Anahtar kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Soyadı Kanunu, Ad, Soyad, Eşitlik İlkesi, Kuşku Sınıflandırma, Takdir Yetkisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

Abstract: This article studies the decision of the Constitutional Court of Turkey in regards to the constitutionality of the 3rd article of the Surname Law. It centers on three questions: 1) as in its decisions on the woman's surname, in this decision as well the Constitutional Court evaluates the use of the surname within the context of the 17th article of the Constitution and states that the use of surname is a strictly bonded personal right but also argues that the legislator has discretionary power to regulate this issue in the context of "public order" and "public interest". However, the 17th article of the Constitution does not provide for any reason for limitation on the grounds of "public order" or "public interest". 2) the Court studied whether the objected rule was contrary to the equality principle and, as in many other decisions, it resorted to "justifiable cause" but does not/cannot define what "justifiable cause" is. 3) The method the Court deals with international law contains a number of problems.

Keywords: Constitutional Court, Surname Law, Name, Surname, Principle of Equality, Suspect Classification, Discretion, European Court of Human Rights.

* Arş. Gör, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

Giriş

Anayasa Mahkemesi'nin soyadıyla ilişkisi uzun yıllar öncesine dayanmaktadır. Hikaye, kadının soyadıyla başlamıştır.¹ En son karar 10.3.2011 tarihli 2011/49 sayılı karardır. Bugün ise kadının evlendikten sonra kendi soyadını alabileceğine ilişkin bireysel başvuru kararları görülebilmektedir.²

Anayasa Mahkemesi'nin soyadına ilişkin bir diğer kararı ise "yabancı ırk ve millet isimleriyle" soyadı alınamamasının anayasa aykırılığı³ iddiasıyla gündeme gelmiştir. Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında görülen problemler üç nokta üzerinde durulacaktır. Bu doğrultuda ilk olarak itiraz konusu kuralın anlamı belirlenmeye çalışılacaktır. Ardından soyadı kullanma hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu üzerinde durulacak ve bir sonraki başlıkta söz konusu kuralın anayasa aykırılığı denetlenirken eşitlik ilkesi ve kuşku sınıflandırmalar öğretisi üzerinde durulacaktır. Son olarak da Anayasa Mahkemesi'nin uluslararası hukuku ele alış biçimindeki problemler noktalar üzerinde durulacaktır.

1. İtiraz Konusu Kural

Favlus Ay isimli Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı adını ve soyadını Paulus Bartuma olarak değiştirmek için dava açmıştır. Davacı Süryanice olan Bartuma soyadını kullanmak istemektedir. 21.06.1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 3. maddesi "*Rütbe ve memuriyet, aşiret ve yabancı ırk ve millet isimleriyle umumi edelere uygun olmayan veya iğrenç ve gülünç olan soyadları kullanılamaz.*" şeklindedir. Midyat Asliye Hukuk Mahkemesi bu maddedeki "*yabancı ırk ve millet isimleriyle*" ibaresinin anayasaya aykırılık itirazını ciddi bulmuş ve söz konusu hükümün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

¹ E.1997/61, K.1998/59, k.t. 29.9.1998, RG 15.11.2002, Sayı 24937.

² Başvuru numarası 2013/2187, k.t 19/12/2013; başvuru numarası 2013/4439, k.t 6/3/2014; başvuru numarası 2014/5836, k.t.16.04.2015.

³ E.2009/47, K.2011/51, k.t. 17.03.2011, Sayı 27992: *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 48, Cilt 2, 2011, s. 891-908.

Öncelikle kanunun ifadesinin çok net olmadığını belirtmek gerekmektedir. “*Yabancı ırk ve millet isimleriyle ... soyadları kullanılamaz*” ifadesi, yabancı ırk veya millet isimlerinin soyadı olarak kullanılmayacağı mı ifade etmektedir? Örneğin, “Alman”, “İngiliz” gibi. Yoksa ifade etmek istediği şey Türkçe dışındaki dillerde soyadı alınamayacağı mıdır? Bunu ortaya koyabilmek için ilk olarak meclis tutanaklarına bakılabilir. Soyadı Kanunu’nun genel gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir:

“edildiği veçhile rütbe ve memuriyetin soy adı yerinde kullanılması sui istimali mucip olacağı

ve aşiret ve yabancı millet isimlerinin de millet birliği mefkuresini rencide edeceği şüphesizdir. Adliye encümeni üçüncü maddeye (millet) kelimesinden evvel bir de (ırk) kelimesinin ilâvesile bu maksadı daha ziyade tavezih etmiştir.”⁴

Gerekeçdeki ifadeler çerçevesinde, yabancı bir dilde değil fakat “Alman”, “İngiliz” gibi yabancı millet isimleriyle soyadı alınmayacağı öngörülmektedir. Ancak 27.12.1934 tarihli 2891 sayılı Soyadı Nizamnamesi’nin 5. maddesine göre de “*Yeni takılan soyadları Türk dilinden alınır.*” Nizamname’nin 7. maddesine göre “*Yabancı ırk ve millet isimleri soyadı olarak kullanılamaz.*” Dolayısıyla anayasaya aykırılığı ileri sürülen kural Türkçe dışında bir dilde soyadı alınmasını yasaklayan kural değildir. Türkçe dışında bir dilde soyadı alınmasını yasaklayan Nizamname’dir. Kanun’a göre “*yabancı bir ırk ve millet ismini*”, örneğin “Alman”, “İngiliz” gibi, soyadı olarak almak yasaklanmıştır. Anayasa Mahkemesi de ilgili kuralın anlamını belirlemek konusunda böyle bir ayrıma gitmekte⁵ ve Nizamname’ye atfen “*yeni alınacak soyadlarının yabancı ırk ve millet ismi olmaması ve aynı zamanda Türk dilinden alınması*” gerektiğini belirtmektedir.

⁴ <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c023/tbmm04023069ss0203.pdf>

⁵ Faruk Turinay, “Yabancı İrk ve Millet İsimlerinin Soyadı Olarak Kullanılması Yasağı ve Bir Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 112, 2012, s.40.

2. Haklar Çerçevesinde Soyadı

a. Anayasa'nın 17. Maddesi Çerçevesinde Soyadı

Anayasa Mahkemesi 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 3.maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını incelerken ilk olarak soyadının bir kişilik hakkı olması üzerinde durmuştur.

“Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, vazgeçilmez, devredilmez, feragat edilmez ve kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır. Soyadı üzerindeki hak, mutlak haklardan olması nedeniyle herkese karşı ileri sürülebilmekte ve yasayla özel olarak korunmaktadır.”⁶

Mahkeme soyadı üzerindeki hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir kişilik hakkı olarak gördüğünü belirttikten sonra, kanun koyucunun bu hak üzerinde bir sınırlama getirebileceği sonucuna varmıştır:

“Soyadının, bir kimsenin kimliğini belirleme işlevi yanında ailesini ve soyunu belirleme, kişiyi başka ailelerin bireylerinden ayırt etme ya da kişinin hangi kökene, topluluğa veya ulusa ait olduğunu belirleme işlevi de bulunmaktadır. Bu işlevleri nedeniyle yasa koyucu⁷, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi, ailenin korunması, ulusal birliğin sağlanması, dil ve dil kimliğinin korunması gibi sebeplerle soyadı kullanımını yasal düzenlemelerle kural altına almaktadır. Kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca soyadı kullanımına yapılan bu müdahalede, Anayasaya uygun olmak koşuluyla yasa koyucunun takdir hakkının bulunduğu açıktır.”⁸

Anayasa Mahkemesi her ne kadar kanun koyucunun takdir yetkisinin Anayasa'ya uygun olması gerektiğini belirtmişse de bu konuda bir inceleme yaptığını söylemek zordur. Zira Merih Öden ve Selin Esen'in de kadının soyadına ilişkin karar üzerine yazdıkları makalede⁹ belirttiği gibi Anayasa Mahkemesi *“kişiye sıkı surette bağlı' bir kişilik hakkı olarak soyadını 'vazgeçilmez' ve 'devredilmez' görmekte; ancak, bu hak-*

⁶ AYMKD, Sayı 48, Cilt 2, s.897.

⁷ Bu metinde “kanun” terimi tercih edilmekle birlikte, Anayasa Mahkemesi “yasa” terimini kullanmaktadır. Aynen alıntı olduğu için orijinal metne sadık kalınmıştır.

⁸ AYMKD, Sayı 48, Cilt 2, s.897.

⁹ Merih Öden, Selin Esen, “Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı”, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, Cilt 2, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 391, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2013, s.818.

kın 'dokunulmaz' bir nitelik taşımadığını, yani kanunla ve 'kamu yararı' ve 'kamu düzeni' nedenleriyle sınırlanabileceğini kabul etmektedir. Anayasanın 2001 yılında 4709 sayılı Kanunla değiştirilen 13.maddesi, temel hakların '... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ... sınırlanabileceği'ni öngörmektedir."¹⁰ Anayasa'nın 17. maddesi ise "kamu yararı" ve "kamu düzenini" sınırlama nedeni olarak saymamıştır.¹¹ Dolayısıyla, Öden ve Esen'in belirttiği gibi, Anayasa Mahkemesi'nin "soyadı üzerindeki 'kişilik hakkı'nın 'kamu yararı' ve 'kamu düzeni' nedenleriyle sınırlanabileceğini söylerken, bu yargının anayasal dayanağını göstermesi gerekirdi."¹²

Anayasa Mahkemesi, kadının soyadına ilişkin kararıyla paralel bir şekilde soyadı kullanmanın aynı zamanda bir yükümlülük olduğu üzerinde de durmuştur. Bu kararda kadının soyadı kararından farklı olarak ailenin korunmasının yanına, ulus birliğini eklemiştir:

*"Yasa koyucu kural ile birleştirici, bütünleştirici, çoğunluğun içinde azınlığın hak ve hürriyetlerinde ayrımcılık yapılmasını engelleyen, ulusal aidiyet ilkesi içinde anayasal birliktelik altında aynı topraklarda ve ortak atmosferde yaşayan vatandaşlar yönünden ulus kimliği ve dili altında toplanan bir dil kimliği anlayışı getirmiştir."*¹³

Mahkeme, kanun koyucunun "bir dil kimliği" anlayışı getirdiğini, ardından "Ulus bütünlüğünün algılanabilmesi ve aynı iklimde yaşayan insanların tasa ve kıvanç ortaklığı, koruma, kollama, yardımlaşma duygularının devamlılığı ve birbirlerine karşı yabancılaştırmalarının önlenmesi nedeniyle yasa koyucunun bu alana müdahale yetkisi, kamu yararı ve kamu düzeni niteliğini içermekte ve takdir yetkisi içinde"¹⁴ kaldığını belirtmekle birlikte, bu ifadelerin 1982 Anayasası'yla ilişkisi kurulamamaktadır. Zira yukarıda belirtildiği gibi, her hak maddede belirtilen nedenle sınırlana-

¹⁰ Öden, Esen, "Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı", s.818.

¹¹ Öden, Esen, "Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı", s.819. Dahası Mahkeme'nin bu ifadesiyle 2001 öncesi değişikliğe dönüş yaptığı ileri sürülebilir. Zira 1982 Anayasası'nın 13.maddesinin eski haline göre "temel hak ve hürriyetler... kamu düzeninin, genel ayaşışın, kamu yararının...korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde görülen özel sebeplerle Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir."

¹² Öden, Esen, "Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı", s.819.

¹³ AYMKD, Sayı 48, Cilt 2, s.897.

¹⁴ AYMKD, Sayı 48, Cilt 2, s.897.

bilir. 17. madde ise sınırlama nedeni ön görmemiştir. Dahası Anayasa Mahkemesi'nin hangi gerekçeyle Türkçeden başka bir dilde soyadı almayı yasaklamasının ulusal birliği sağladığı iddiasını ileri sürdüğünü anlayabilmek güçtür. Mahkeme'den beklenen bu tür iddialar ileri sürmesi değil, hukuka dayanan gerekçeler öne sürebilmesidir.

Soyadı Kanunu'nun 3.maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasında söz konusu olan bir diğer kural Anayasa'nın 10. maddesidir. Yani söz konusu kuralın eşitlik ilkesi açısından incelenmesi gerekmektedir.

b. Eşitlik İlkesi ve Soyadı

Eşitlik ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 10. maddesi anayasaya uygunluk denetiminde Anayasa Mahkemesi'nin önüne sıklıkla çıkan maddelerden biridir. Dahası hakların kullanılmasında ve güvence altına alınmasında büyük bir öneme sahiptir. Bu nedenle de üzerinde durulması, anlamının ortaya koyulması gerekmektedir.

*"Eşitlik ilkesi, maddi bir anayasa ilkesi olarak, kanunlarda eşitliğin, yani kanunlarla yaratılan haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde eşitliğin sağlanmasını..."*¹⁵ gerektirmekte ve kanunların genelliğini zorunlu kılmaktadır.¹⁶ Kanunların genelliği ise özel, aktüel, geçici bir durumu ifade etmemeyi, belirli bir kişiyi hedef almamayı ve aynı zamanda önceden tespit edilmiş, soyut olmayı gerektirmektedir.¹⁷ Genellik kavramıyla birlikte düşünüldüğünde, eşitlik ilkesinin, *"... yasama organının herkesi eşit olarak kapsamayan, dolayısıyla herkese eşit olarak uygulanamayacak kanunlar yapmasını, başka bir anlatımla kanun koyarken kişiler arasında fark gözetip ayırım yapmasını yasakladığı öne sürülebilir."*¹⁸

Bununla birlikte hukuk önünde eşitlik herkese aynı şekilde davranılmasını gerektirmemektedir.¹⁹ Kanun koyucunun herkesi kapsa-

¹⁵ Merih Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.186.

¹⁶ Tahsin Bekir Balta, İdare Hukuk I Genel Konular, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1970/72, s.109.

¹⁷ Ripert G, Les Grandes Oeuvres Politiques, Paris, 1955, s.313'ten aktaran Erdoğan Teziç, Türkiye'de 1961 Anayasası'na göre Kanun Kavramı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972, s.35.

¹⁸ Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.187.

¹⁹ Geoffrey Marshall, Constitutional Theory, Oxford University Press, London, 1972, s.142.

yacak ve herkes için aynı olacak kanunlar yapması imkansızdır; bu nedenle kanun koyucunun sınıflandırmalar yapması kaçınılmazdır.²⁰ Bu nedenle denilebilir ki sınıflandırma yasamanın kendisinde (doğasında) mevcuttur.²¹

*“Çünkü kanunlar, soyut önermelerden ibaret olmayıp, sosyal ilişkileri, olayları düzenlemek için başvurulan hukuki araçlardır. Yasama organı, herhangi bir sosyal ilişki alanını kanunla düzenleyerek hukuk alanı içine alır veya hukuk alanındaki bir ilişkiyi bu alandan çıkarır. Her kanun düzenlediği belli bir sosyal ilişki alanıyla ilgili kurallar koyar, dolayısıyla zorunlu olarak belirli durumlara ve durumlarla ilgili kişilere yönelir. Her kanun, kişilerin, şeylerin veya durumların bazı özellikleri yönünden benzerlikleri veya farklılıkları üzerine kuruludur. Dolayısıyla, yalnızca düzenlediği hukuki durumlarla ilgili, ilişkili kimseleri hedefler, onlara yönelir.”*²²

Bu nedenle eşitlik ilkesi kanun koyucunun sınıflandırma yapma zorunluluğuyla birlikte düşünülmelidir.²³ Bununla birlikte, kanuni sınıflandırmalar yapılırken, çok dikkatli davranılmalı bazı kişileri kayırcı veya bazı kişileri ezecek kanunlar yapmaktan kaçınılmalıdır.²⁴ Eşitlik ve kanuni sınıflandırma bir arada ele alınmalı ve bir orta yol bulunmalıdır.²⁵ Kanun koyucunun görevinin gereği olarak sınıflandırma kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir; ancak kanun koyucunun bu konuda takdir yetkisi olmakla birlikte; *“eşitlik veya ayırım yapmama ilkesi, kanun koyucunun kişiler, şeyler ve durumlar arasında fark gözetip ayırım yapmasını yasaklamamakla birlikte, bu ayrımları ve farklılaştırmaları yalnız belli nedenlerin haklılaştırabileceğini, savunulur kılabileceğini ifade etmektedir.”*²⁶ Diğer bir ifadeyle kanun koyucunun sınıflandırma yaparken kullandığı takdir yetkisini eşitlik ilkesine²⁷ ve

²⁰ Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.187; Equal Protection of the Law, Encyclopaedia of the Social Sciences, Editor -in- Chief Edwin R.A. Seligman, Associate Editor Alvin Johnson, Cilt 5, The Macmillan Company, New York 1948, s.573.

²¹ Marshall, Constitutional Theory, s.142.

²² Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.187.

²³ Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.188.

²⁴ Mümtaz Soysal, Anayasaya Giriş, A.Ü.S.B.F Yayını, Ankara, 1969, s.216.

²⁵ Joseph Tussman, Jacobus Tenbroek, “The Equal Protection of Laws”, *California Law Review*, Cilt 37, Sayı 3, 1949, s.344.

²⁶ Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.191.

²⁷ Marshall, Constitutional Theory, s.138’den aktaran Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.191.

anayasaya uygun kullanması gerekmektedir. Dahası sınıflandırma yapmanın ve eşitlik ilkesinin gereklerinin karşılanmasının yasama ahlâkı veya yasama etiğiyle doğrudan ilişkili olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır.²⁸

Sınıflandırma sınıfı, bir bireyin belirli bir sınıfın üyesi olup olmadığını ve bireyin o sınıfı tanımlayan özelliklere sahip olup olmadığını tanımlama işlemi ifade eder.²⁹ Yukarıda belirtildiği gibi kanun koyucunun bu konuda takdir yetkisi olmakla birlikte, esas mesele sınıflandırmanın nasıl yapılacağıdır. Geoffrey Marshall'a göre bu konuda çeşitli kriterler olabilir:

- Sınıflandırma ve kanunun konusu arasında bir uyum olmalıdır.
- Sınıflandırma anlaşılır bir farklılığa dayandırılmalıdır.
- Sınıflandırma gerçek ve somut bir ayrıma dayandırılmalıdır.
- Sınıflandırma kanunun amacıyla ilişkili olmalıdır.
- Sınıflandırma amaçla makul bir şekilde ilişkili olmalıdır.
- Sınıflandırma amaçla adil bir şekilde ilişkili olmalıdır.
- Sınıflandırma değişken ve haksız olmamalıdır.
- Sınıflandırma makul olmalıdır.
- Sınıflandırma adil olmalıdır.³⁰

Marshall gibi Joseph Tussman ve Jacobus Tenbroek de makul, akla uygun olma ve yasamanın amacıyla ilgili olma ölçütlerinin de sınıflandırmanın anayasaya uygunluğunun denetiminde kullanılabileceğini belirtmektedir.³¹ Buna göre yapılan sınıflandırmaların makul olması gerekmektedir. Ancak makullük tek başına yeterli

²⁸ Marshall, *Constitutional Theory*, s.138'den aktaran Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, s.191. Kanun koyucunun ödevi için ayrıca bkz. Marc C. Murphy, *Philosophy of Law-The Fundamentals*, Blackwell Publishing, 2007, s.63-69, David Ingram, *Law Key Concepts in Philosophy*, Continuum International Group, London, 2006, s.31-34.

²⁹ Tussman, Tenbroek, "The Equal Protection of Laws", s.344.

³⁰ Marshall, *Constitutional Theory*, s.143.

³¹ Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, s.193; *Equal Protection of the Law*, *Encyclopaedia of the Social Sciences*, s.573.

olmayıp; bunun da ötesinde kanunun amacıyla uygunlukla birlikte makullük kabul edilmektedir. Makul bir sınıflandırma kanunun amacı bakımından benzer konumda olanları içine alan bir sınıflandırmadır.³² Bununla birlikte eşitlik ilkesiyle ilgili sınıflandırma probleminin makul sınıflandırma kavramıyla tüketilebileceği düşünülmemelidir.

Makul sınıflandırma kavramının yanında, kuşkulu sınıflandırmalar öğretisi de sınıflandırmaların anayasaya uygunluğunun denetiminde önemli bir işlev görmektedir. Kuşkulu sınıflandırmalar öğretisine göre öyle bazı durumlar vardır ki bunların sınıflandırmaya konu olması düşünülemez (forbidden classification) veya kanuni sınıflandırmaya konu olmaları halinde anayasaya uygunluğuna şüpheyle (suspect classification) bakılır.³³ Kuşkulu sınıflandırmalar öğretisi Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilmiştir. Bu öğretiye göre *“ırk, renk, soy ve etnik köken, yabancılık gibi özelliklerin meşru kanuni amaçlarla ilgisi, ilişkisi kuşkuludur. Bu gibi özelliklere dayalı kanuni sınıflandırmalarda haksızlık veya keyfilik olasılığı yüksektir. Başka bir deyişle, ırk, renk ve benzeri özelliklere dayalı sınıflandırmalar, eşitlik ilkesine uygunluğu kuşkulu, belirsiz sınıflandırmalardır. O halde bu sınıflandırmalar, ancak onları haklılaştıran çok önemli ve zorlayıcı nedenlerin varlığı haline geçerli sayılabilirler.”*³⁴

Kuşkulu sınıflandırmaların Türkiye’deki yansımaları 1961 ve 1982 Anayasaları’nda görülebilir. 1961 Anayasası’nın 12. maddesinde, 1982 Anayasası’nın ise 10. maddesinde kuşkulu sınıflandırmalara yer verilmiştir. 1961 Anayasası’nın 12. maddesine göre *“Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.”* 1982 Anayasası’nın 10. maddesine göre de *“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.”* 1961 Anayasası’ndan farklı olarak 1982 Anayasası 10. maddedeki ayırım yasaklarına ek olarak *ve benzeri sebeplerle* ifadesine yer vermiş ve ayırım yasaklarının alanını genişletmiştir. Kuşkulu sınıflandırmalar öğretisine göre, bu

³² Tussman, Tenbroek, “The Equal Protection of Laws”, s.346.

³³ Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.317.

³⁴ Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.317.

maddelerde sayılan ayrımlar özel yasak hükümleri olup, genel eşitlik ilkesinden daha sıkı şartlarla denetlenebilirler.³⁵ Dolayısıyla, 1961 ve 1982 Anayasaları bu maddelerde düzenlenmiş olan kanuni sınıflandırma veya ayrımların eşitlik ilkesi yönünden anayasaya aykırılığını karine olarak kabul etmişlerdir.³⁶ Ancak hemen belirtilmelidir ki bu aksi kanıtlanabilir bir karinedir. Zira Anayasa mahkemesi, (kuşku sınıflandırmalar öğretisini uygulamayı kabul ettiği takdirde) anayasaya uygunluk denetiminde bu özelliklere dayanan bir sınıflandırmayı hemen anayasaya aykırı görmek yerine; bu sınıflandırmayı *haklı* ve savunulabilir kılabilecek *çok önemli* veya *zorlayıcı kamusal yararın* olup olmadığının kanun koyucu tarafından *açıkça* ortaya koyulup koyulmadığını araştıracaktır.³⁷

T.C. Anayasa Mahkemesi ise kanunlardaki sınıflandırmaların eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığını denetlerken genellikle "*haklı neden*" kavramına başvurur:

"... 'Kanun önünde eşitlik' ilkesi, Mahkememizin pek çok kararlarında belirtildiği gibi tüm yurttaşların mutlaka her yönden, her zaman aynı kurallara bağlı tutulmaları zorunluluğunu da içermez. Birtakım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemez."³⁸

"Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları -eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konularındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi aykırı değil, geçerli kılar. Aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, eylemli değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. Durumlardaki de-

³⁵ Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.315-316.

³⁶ Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.323.

³⁷ Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.323. Koyultmalar bana ait.

³⁸ E.1981/13, K 1983/8, k.t 28.4.1983, AYMKD, Sayı 20, s.52.

ğişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz.”³⁹

Anayasa Mahkemesi'nin sunmuş olduğu kriterlere göre haklı nedenin varlığı halinde kanun koyucunun yapmış olduğu sınıflandırma takdir yetkisinin sınırları içinde kalmış olur. Bununla birlikte haklı nedenin varlığı her somut olay için ayrı ayrı belirlenmelidir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin getirmiş olduğu *haklı neden* kriteri sınıflandırmayla ilgili bütün problemleri çözmektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesi'nin getirdiği kriterlere göre somut olayda kanuni eşitsizliklerin *haklı nedene* dayanıp dayanmadığının nasıl belirleneceği konusunda belirsizlik vardır.⁴⁰ Anayasa Mahkemesi *haklı neden* kavramını, kanuni sınıflandırmayı haklı, savunulabilir, desteklenebilir kılan her türlü nedeni içerebilecek şekilde geniş yorumlama eğilimdedir. Mahkeme'nin çeşitli kararlarında da ölçüler olarak “gereklilik”, “zorunluluk”, “işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk”, “dengeli ve makul görülebilecek ölçüler”, “adetli ve eşit ölçüler” gibi kavramlar kullanılmıştır.⁴¹

Somut olayda, Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunan Midyat Asliye Hukuk Mahkemesi ilgili kanun maddesinin eşitlik ilkesine aykırılığını şu şekilde dile getirmiştir: “*Soyadı Kanunu'ndaki ve iptali istenen düzenleme ile Türkçeye ve Türkçe kökenli soyadları lehine ayırım yapıldığını*” ve “*Kişi mevcut olan soy ismini Türkçe kökenli bir sözcük ile değiştirmek amacı ile Mahkemeye başvurduğunda yasal anlamda herhangi bir sorunla karşılaşmaz iken; kamu düzenine aykırı anlam içermeyen, Türk dilinin gramatikal yapısına uygun, ancak Türkçe kökenli olmayan bir sözcüğü soyadı olarak kullanmak amacı ile Mahkemelere başvuran kişiler ise taleplerinin*

³⁹ “Şu halde, fuhuşu kendisine meslek edinen kadınlara karşı işlenen zorla kaçırarak veya ırza geçmek suçlarında böyle bir kadının uğradığı zararın aynı eylemlerle karşılaşan iffetli bir kadının uğradığı zarara göre daha az olması bu ayırımın haklı nedenini oluşturmaktadır. Bu bakımdan eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilen itiraz konusu Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesi, bu eylemlerle karşılaşan kadınların değişik durumlarından kaynaklanan zorunluluklara ve dolayısıyla haklı nedenlere dayandığından Anayasa'nın 10.maddesinde açıklanan eşitlik ilkesine aykırı değildir.” E.1988/4, K.1989/3, k.t 12.1.1989, AYMKD, Sayı 25, s.8

⁴⁰ Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.195.

⁴¹ Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.196.

olumsuz sonuçlanması durumu ile karşı karşıya kalmaktadır. Böylece hukuksal durumları aynı olan kişiler maalesef farklı muamelelere tabi tutulması sonucu hasıl olabilmektedir.”⁴²

Özetle, Soyadı Kanunu’na göre kişinin soyadı Türkçe kökenli bir sözcük olduğu zaman değiştirilebilirken, Türkçe kökenli olmayan bir sözcük seçildiğinde soyadı kullanımı üzerindeki hak kısıtlanmaktadır. Kanun koyucu soyadı kullanımı üzerindeki hakkı kısıtlayabilir mi? Kısıtlayabilirse ne dereceye kadar kısıtlayabilir? Ya da bazıları için kısıtlarken diğerleri için aynı kısıtlamayı getirmiyor mudur? Eğer kanun koyucu soyadının kullanımı konusunda bir sınıflandırma yapmışsa bu sınıflandırma eşitlik ilkesinin gerekleri çerçevesinde mi yapılmıştır? Bu sorulara cevap verirken göz önünde tutulması gereken ilk şey Anayasa’nın dil, ırk ve benzeri nedenlere dayalı ayrımları anayasaya uygunluğu kuşkulu sınıflandırmalar olarak görmesidir. Dolayısıyla bu tür özelliklere dayalı ayrımlar veya sınıflandırmalar *“ancak onları haklılaştıran çok önemli ve zorlayıcı nedenlerin varlığı halinde geçerli sayılabilirler.”⁴³* Bu tür kanunların anayasaya veya eşitlik ilkesine uygunluğunun denetimini yapan mahkeme de bu tür sınıflandırmaları denetlerken bu sınıflandırmaları *haklı* ve savunulabilir kılacak *çok önemli* veya *zorlayıcı kamusal yararın* olup olmadığının kanun koyucu tarafından *açıkça* ortaya koyulup koyulmadığını denetlemelidir.

Anayasa Mahkemesi ise itirazı öne sürülen kuraldaki sınıflandırmanın anayasaya uygunluğunu *“didikleme”* bir yana, kuralın *“yeni alınacak soyadını yabancı ırk ve millet ismi olarak almak isteyen herkese ayırım gözetmeksizin”* uygulanabileceğini belirtmekte ve *“eşitlik ilkesine aykırı bir yönü”* bulunmadığını ifade etmektedir. Eşitlik ilkesinin bu şekilde ele alınışı oldukça dardır. Öden’in de belirtmiş olduğu gibi eşitlik ilkesinin bu şekilde dar ele alınması, *“kanunların içerikleri yönünden eşitlik ilkesine uygunluğunun araştırılmasında yararlanılabilecek bir denetim ölçütü de sağlamamaktadır.”⁴⁴*

⁴² AYMKD, Sayı 48, Cilt 2, s.892.

⁴³ Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.323.

⁴⁴ Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.173.

Anayasa Mahkemesi'nin kararına gerekçe olarak sunduğu bir diğer husus AİHM'in "ulusal yasa koyucunun bu konuda bir takdir hakkı olduğu" iddiasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve soyadıyla ilgili yapılan başvurular üzerinde ayrıca durulmalıdır.

c. AİHM ve Soyadı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ad ve soyadı hakkı olarak bir hak yer almamaktadır. Bununla birlikte, Sözleşme'de bu haklara yer verilmemiş olması, sözleşme tarafından korunmadığı anlamına gelmemektedir.⁴⁵ "Tam tersine günümüzde, isim⁴⁶ ve soyisim ulusal hukukun bir sorunu olmaktan çıkarak uluslararası hukukun bir parçası haline gelmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme) isim ve soyisim hakkını zengin içtihatlarıyla Sözleşme ile korunan haklar kategorisi içine sokmuştur."⁴⁷ AİHM ad ve soyadına ilişkin başvuruları Sözleşme'nin 8.maddesi⁴⁸ ve 14.maddesi⁴⁹ çerçevesinde değerlendirmektedir.⁵⁰ Dolayısıyla AİHM ad ve soyadın hukuki statüsünü kabul etmekte ve var olan soyadının muhafaza edilmesi ve özgürce ad seçme hakkı olmak üzere iki hususun korunmaya değer olduğu sonucuna varmaktadır.⁵¹ Bu doğrultuda

⁴⁵ Ümit Kılınc, "İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 89, 2010, s.243.

⁴⁶ Bu metinde "ad ve soyad" terimleri tercih edilmekle birlikte, alıntı yapılan metinde "isim ve soyisim" terimleri kullanılmaktadır. Aynen alıntılarda orijinal metne sadık kalınmıştır.

⁴⁷ Kılınc, "İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması", s.243-244.

⁴⁸ Madde 8 - Özel hayatın ve aile hayatının korunması
Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.

⁴⁹ Madde 14 - Ayırıcılık yasağı

Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırıcılık yapılmadan sağlanır.

⁵⁰ Nuray Ekşi, *Vatandaşlık Hukukumuzda Türkçe Olmayan Ad ve Soyadı Meselesi*, Beta, İstanbul, 2008, s.116.

⁵¹ Kılınc, "İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında

var olan soyadının muhafazasına ilişkin bir dava olarak Ünal Tekeli-Türkiye davası gösterilebilir. Kemal Taşkın ve Diğerleri - Türkiye davası ise soyadını özgürce seçmeye ilişkindir. Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya uygunluğu denetlenen kanun ise soyadını özgürce seçmeye ilişkindir. Soyadını özgürce seçme konusunda da Kemal Taşkın ve Diğerleri- Türkiye davası önem taşımaktadır.

Davada “Taşkın, ‘Kemal’ olan adının Kürtçe ‘arzulanan’ anlamına gelen ‘Dilxwaz’ olarak değiştirilmesini talep etmiştir. Aynı iddiaya atıfta bulunan Alpkaya, Fırat, Anğ ve Şimşek isimlerinin sırasıyla ‘Xoşewist’ (Kürtçede ‘Yüce, saygın’) ve Fırat, Anğ ve Şimşek için ‘Berxwedan’ (Kürtçe’de ‘direnc’) olarak değiştirilmesini talep etmişlerdir.”⁵² Davaya bakan Asliye Hukuk Mahkemeleri ise “başvuranların seçtiği isimlerin ‘q’, ‘w’ ve ‘x’ gibi harfler içerdiğini ve bu harflerin Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında 1353 Sayılı Kanun’da belirtilen yirmi dokuz resmi harf arasında bulunmadığı gerekçesiyle söz konusu başvuranlar için dava açılmasının imkansız olduğuna karar vermiştir... Yargıtay, ilk derece mahkemesi kararlarını onamıştır.”⁵³

AİHM, Anayasa Mahkemesi’nin belirttiği gibi, ad değişiklikleri konusunda taraf devletlerin takdir yetkisini tanıyordur. AİHM’e göre, dil özgürlüğünün AİHS kapsamında düzenlenmediğinden bahisle “her Akit Devlet, serbestçe kimlik belgelerinde ve diğer resmi belgelerde kendi resmi dil veya dillerinin kullanımını zorunlu kılmak ya da kurallara bağlamak hakkına sahiptir.”⁵⁴ Ayrıca, AİHM, “yakın çevresi tarafından tanınan kullanılan bir isim taşıma hakkının Türk Yargıtay’ı tarafından doğal bir hak olarak değerlendirildiğini not etmektedir. Yine, isimlerin “Türkleştirilmesi” yönünde olası bir politikayı kınayan Yargıtay, kişinin etnik kökeniyle ilişkili bir isim taşıma hakkını açık bir şekilde kabul etmiştir. (Güzel Erdagöz ilgili bölüm, prg.53 ile kararlaştırınız). Buna ilaveten, ‘ulusal kültüre’ uygun isim taşıma zorunluluğu 2003 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.”⁵⁵ AİHM’e göre, “1990’lı yıllarda yetkili makamların bazı tereddütlü uygulamaları gö-

Korunması”, s.246.

⁵² Karara erişim adresi : <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/28697-05.pdf> , Erişim tarihi: 21.06.2015, s.2-3.

⁵³ Kemal Taşkın ve Diğerleri/Türkiye, s.3.

⁵⁴ Kemal Taşkın ve Diğerleri/Türkiye, s.9.

⁵⁵ Kemal Taşkın ve Diğerleri/Türkiye, s.9-10.

rülse de AİHM, olayların meydana geldiği dönemde ilgili şahısların, istedikleri takdirde, Kürtçe ad ve soyadı taşıma imkanına sahip oldukları sonucuna varmaktadır. Bununla birlikte AİHM, her ne olursa olsun istenilen ismin, 1353 sayılı Kanun gereğince, ulusal alfabe kurallarına göre yazılması gerektiği kanaatindedir.”⁵⁶

Dolayısıyla, AİHM her ne kadar Kürtçe harfler içeren adların kullanılmasına ilişkin başvuruyu reddetmiş olsa da, Yargıtay tarafından verilen kararlar ve Nüfus Kanunu⁵⁷’nda yapılan değişiklikler çerçevesinde, Türkiye’de Kürtçe isim alınabileceğini kararında vurgulamaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi’nin, AİHM’in devletlerin bu konuda takdir hakkına sahip olduğunu belirtip, konu üzerinde durmaması eleştirilmesi gereken bir diğer husustur. Kaldı ki Tolga Şirin’in de belirttiği gibi *“Bu konuda devletlerin bu hakların sınırlandırılması konusunda takdir yetkisi olduğu kabul edilse de, İnsan Hakları Sözleşmesi asgari bir standarttır ve Sözleşme’ye taraf devletler, bu hakkı geliştirmekle yükümlüdür.”⁵⁸*

Ayrıca, karşı oy yazılarında Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesine İlişkin Sözleşmeye yer verilirken, Anayasa Mahkemesi’nin bu metne yer vermemesi de ayrı bir eksikliktir. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesine İlişkin Sözleşme’nin 1. maddesi ırk ayrımcılığını tanımlamaktadır: *“ ‘İrk ayrımcılığı’ terimi, siyaset, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, uygulanmasını, bu hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacıyla ya da etkisine yönelik, ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayırım,*

⁵⁶ Kemal Taşkın ve Diğerleri/Türkiye, s.10.

⁵⁷ 2003 yılında 4928 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” da Nüfus Kanunu’nun 16.maddesindeki “milli kültürümüze” ifadesi kaldırılmıştır. Maddenin yeni hali şu şekildeydi: “Ancak ahlak kurallarına uygun düşmeyen veya kamuoyunu inciten adlar konulmaz, doğan çocuk babasının, evlilik dışında doğmuş ise anasının soyadını alır.” Bununla birlikte Nüfus Kanunu 29.4.2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu tarafından yürürlükten kaldırılmıştır. Nüfus Hizmetleri Kanunu’nda, mülga Kanun’un 16.maddesine paralel bir düzenleme yer almamaktadır. Ekşi, Vatandaşlık Hukukumuzda Türkçe Olmayan Ad ve Soyadı Meselesi, s.71, dipnot 82.

⁵⁸ <http://www.bianet.org/bianet/azinliklar/131687-anayasa-mahkemesi-nin-soy-ile-imtihanı>, Erişim tarihi: 21.06.2015.

*dışlama, kısıtlama ya da tercih anlamındadır.*⁵⁹ Bu tanımda dikkat çeken şey Sözleşme'nin ırk ayrımını dar değil, renk, soy, ulusal veya etnik kökene dayalı herhangi bir ayrım olarak kabul etmesidir. Sözleşme'nin 2. maddesine göre: *"Taraf Devletler ırk ayrımcılığını kınar ve uygun her imkânla ve gecikmeden, ırk ayrımcılığının her türünün ortadan kaldırılması ve tüm ırklar arasında bu anlayışın geliştirilmesi politikası izlemeyi üstlenir."*⁶⁰ Dolayısıyla Sözleşme devletlere bu konuda bir yükümlülük getirmektedir. Ancak, yukarıda belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesi bu hususun da üzerinde durmamıştır.

Sonuç

Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin E.2009/47 K.2011/51 sayılı kararındaki problemlerli noktalar üzerinde durulmuştur. Bu problemlerli noktalardan ilki, Mahkeme'nin soyadını Anayasa'nın 17.maddesi kapsamında değerlendirirken, "kamu düzeni" ve "kamu yararı" nedeniyle sınırlanabileceğini ileri sürmesidir. Oysaki yukarıda belirtildiği gibi, 17.madde herhangi bir sınırlama nedeni içermemektedir.

Ayrıca, kamu düzeninin sınırlama nedeni olabileceği kabul edilse bile, kararın esasında kamu düzeni ve soyadı kullanımı üzerinde nasıl bir ilişki kurulabileceği üzerinde durulmamaktadır. Bu anlamda karşı oy yazılarından bir tanesinde kanun koyucunun kamu düzeninden kaynaklanan bir takım sınırlamalar yapıp yapamayacağını üzerinde durulması dikkate değerdir: *"...soyadı kullanımı üzerinde kamu düzeninden kaynaklanan bazı sınırlamalar yapılabileceği düşünülebilirse de; kişinin diğer vatandaşlardan ayrılmasını ve tanınmasını, kamusal alanda kimliğinin belirlenmesini sağlama dışında kamu düzeninden kaynaklanan bir sınırlama nedeni olamayacağı, hele ırk temelinde bir düzenleme yapılamayacağı açıktır. Esasen, soyadının resmi dil olan Türkçede ve Türk alfabesiyle yazılabilir, okunabilir ve anlaşılabilir olması dışında, soyadının kamu düzenini ilgilendiren bir yönü bulunmamaktadır."*⁶¹

Bugün de gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde, gerekse Yargıtay kararlarında tartışılan husus ismin Türkçe olup olmaması

⁵⁹ <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4750.html>, Erişim tarihi: 21.06.2015.

⁶⁰ <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4750.html>, Erişim tarihi: 21.06.2015.

⁶¹ AYMKD, Sayı 48, Cilt 2, s.904.

değil, Kürtçe isimde yer alan 'x', 'w', 'q' gibi harflere yer veren isimlerin kabul edilip edilmeyeceğidir. Yargıtay 'x', 'w', 'q' harflerinin Türkçe alfabede bulunmadığını ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun'u ileri sürerek kabul etmemektedir.⁶² AİHM de devletlerin alfabelerinde bulunmayan harfleri kabul edip etmemek konusunda devletlerin takdir yetkisi olduğunu belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi ise "ulusal yasa koyucunun bu konuda bir takdir hakkı olduğunu" ifade ederken bunu sanki sınırı olmayan bir takdir yetkisi gibi yorumluyor görünmektedir.

Geçmişte Anayasa Mahkemesi pek çok kararı bakımından eleştirildi. Şimdi bu kararlar "nelerin hukuki gerekçede" kullanılmayacağına örnekleri olarak okutuluyor. Bunlar yirmi otuz sene önce verilmiş kararlardı. Ancak Mahkeme'nin hâlâ o kararlara ve hukuki olmayan gerekçelere tutunduğu görülebiliyor. Gerekçelendirmedeki bu tür problemler ise hak ihlallerinin devamına neden oluyor. Böylesi bir durum ise Mahkeme'nin kuruluş ve var oluş amacına ters düşmektedir.

Kaynakça

- Balta Tahsin Bekir, İdare Hukuk I Genel Konular, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1970/72.
- Ekşi Nuray, Vatandaşlık Hukukumuzda Türkçe Olmayan Ad ve Soyadı Meselesi, Beta, İstanbul, 2008.
- Equal Protection of the Law, Encyclopaedia of the Social Sciences, Editor -In- Chief Edwin R.A. Seligman, Associate Editor Alvin Johnson, Volume 5, The Macmillan Company, New York, 1948.
- Ingram David, Law Key Concepts in Philosophy, Continuum International Group, London, 2006.
- Kılınc Ümit, "İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 89, 2010, s.242-276.
- Marshall Geoffrey, Constitutional Theory, Oxford University Press, London, 1972.
- Murphy Marc C., Philosophy of Law-The Fundamentals, Blackwell Publishing, 2007.
- Öden Merih- Esen Selin, "Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı", *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan*, Cilt 2, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 391, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2013, s.817-835.

⁶² Bkz. Kemal Taşkın ve Diğerleri/Türkiye, s.9-10.

- Öden, Merih, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Soysal Mümtaz, *Anayasaya Giriş*, A.Ü.S.B.F Yayını, Ankara, 1969.
- Teziç Erdoğan, *Türkiye’de 1961 Anayasası’na göre Kanun Kavramı*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972.
- Turinay Faruk, “Yabancı İrk ve Millet İsimlerinin Soyadı Olarak Kullanılması Yasağı ve Bir Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 112, 2012, s.29-54.
- Tussman Joseph- Tenbroek Jacobus, “The Equal Protection of Laws”, *California Law Review*, Cilt. 37, Sayı 3, 1949, s.341-381.
- Türkiye İnsan Hakları Raporu 2003, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, Ankara, 2004.

İnternet Kaynakları

- [http://www.bianet.org/bianet/azinliklar/131687-anayasa-mahkemesi-nin-soy-ile-
imtihanı](http://www.bianet.org/bianet/azinliklar/131687-anayasa-mahkemesi-nin-soy-ile-imtihanı) erişim tarihi: 21.06.2015.
- <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4750.html>
- [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c023/
tbmm04023069ss0203.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c023/tbmm04023069ss0203.pdf)