

ISSN 1016-7617

İNSAN HAKLARI Yıllığı

Cilt 41 - 2023

Firuze YİĞİT

Doğal Hakkın İnsan Hakkına Dönüşümü

Damla AKKAYA

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ülke
Dışında Uygulanması ve 56. Madde:
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin
"Sömürge Kaydı" yla İmtihanı

Hikmet Berk TURHAN

AIHM'in Gölgede Kalan Yargılama Yetkisi:
Danışma Görüşü (AIHS-47 vd.-ve Ovideo
Sözleşmesi)

Taylan ŞENGÜL
Anıl AYGEN

Arendt ve Douzinas'ın Düşüncelerinden
İnsan Haklarını Okumak



ANKARA
HACI BAYRAM VELİ
ÜNİVERSİTESİ

İNSAN HAKLARI Yıllığı

Cilt 41, 2023



ANKARA
HACI BAYRAM VELİ
ÜNİVERSİTESİ

İNSAN HAKLARI Yıllığı

ISSN 1016-7617

Sahibi

Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Rektörlüğü
adına Prof. Dr. Mehmet Naci BOSTANCI

Yazı İşleri Müdürü ve Editör

Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

Editörler Kurulu

Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU
Dr. Öğr. Üy. Murat ERDOĞAN
Dr. Öğretim Üyesi Zeynep HAZAR

Yayın İdare Adresi

Hacı Bayram Veli Üniversitesi Rektörlüğü
85. Cad. No: 8 Yücetepe / ANKARA 06100

Yayının Türü

Yaygın Süreli Yayın

Yayın Şekli

Yıllık – Türkçe

Basımcı

Mebid Eğitim Danışmanlık Yayıncılık
Organizasyon Ticaret Limited Şirketi

Basımcı Adresi

Cevizlidere Mah. 1208. Cad. No: 12/11
Çankaya / ANKARA

Basım Tarihi

Şubat, 2024

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Prof. Dr. Abdurrahman EREN
Prof. Dr. Ece GÖZTEPE
Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU
Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Feroz AHMAD, (Yeditepe Üniversitesi)
Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU (Bilkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (Başkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Faruk BİLİR (Kişisel Verilerin Korunması Kurulu)
Prof. Dr. İlyas DOĞAN (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Prof. Dr. Osman DOĞRU (Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. Françoise DREYFUS, (Sorbonne Üniversitesi)
Doç. Dr. Ozan ERGÜL (Atılım Üniversitesi)
Prof. Dr. H. Burak GEMALMAZ (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ (Anayasa Mahkemesi)
Prof. Dr. M. Şükrü HANİOĞLU, (Princeton Üniversitesi)
Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Prof. Dr. Halil KALABALIK (İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi)
Doç. Dr. Ulaş KARAN (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Prof. Dr. Ioanna KUÇURADI (Maltepe Üniversitesi)
Prof. Dr. Yüksel METİN (Süleyman Demirel Üniversitesi)
Prof. Dr. Bertil Enrah ODER (Koç Üniversitesi)
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Prof. Dr. Yasemin SEBECZEK, (Cambridge Üniversitesi)
Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK (9 Eylül Üniversitesi)
Doç. Dr. Tolga ŞİRİN (Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. Yusuf TEKİN, (Milli Eğitim Bakanlığı)
Prof. Dr. Oktay UYGUN (Yeditepe Üniversitesi)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Prof. Dr. Engin YILDIRIM (Anayasa Mahkemesi)
Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU (Galatasaray Üniversitesi)

İnsan Hakları Yıllığı iki hakemli, ulusal bir yayındır.

Ulusal veri tabanı olan TÜBİTAK-ULAKBİM Sosyal Bilimler Veri Tabanı ve TR Dizin indekslerinde taranmaktadır. Dergide yayımlanan yazılar yazarın kişisel görüşünü yansıtır. Yayımlanan yazılar kaynak gösterilerek kullanılabilir.

İNSAN HAKLARI

Yıllığı

Cilt 41, 2023

Firuze YİĞİT	01 - 28	Doğal Hakkın İnsan Hakkına Dönüşümü <i>Araştırma Makalesi</i>
Damla AKKAYA	29 - 76	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ülke Dışında Uygulanması ve 56. Madde: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "Sömürge Kaydı" yla İmtihanı <i>Araştırma Makalesi</i>
Hikmet Berk TURHAN	77 - 104	AIHM'in Gölgede Kalan Yargılama Yetkisi: Danışma Görüşü (AIHS-47 vd.-ve Ovideo Sözleşmesi) <i>Araştırma Makalesi</i>
Taylan ŞENGÜL Anıl AYGEN	105 - 132	Arendt ve Douzinas'ın Düşüncelerinden İnsan Haklarını Okumak <i>Araştırma Makalesi</i>

İNSAN HAKLARI

Yıllığı

Cilt 41, 2023

Firuze YİĞİT	01 - 28	Transformation of Natural Right into Human Right <i>Research Article</i>
Damla AKKAYA	29 - 76	Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights and Article 56: Test of European Court of Human Rights with “Colonial Clause” <i>Research Article</i>
Hikmet Berk TURHAN	77 - 104	A Neglected Matter in the Jurisprudence of ECHR: Advisory Opinion (Article 47 of the ECHR and Oviedo Convention) <i>Research Article</i>
Taylan ŞENGÜL Anıl AYGEN	105 - 132	Reading Human Rights from the Thoughts of Arendt and Douzinas <i>Research Article</i>

İnsan Hakları Yıllığı,
Yıllık Yayınları

Tel/Phone : +90 312 231 73 60
URL: www.yayin.hacibayram.edu.tr

DOĞAL HAKKIN İNSAN HAKKINA DÖNÜŞÜMÜ

Araştırma Makalesi

*Firuze YİĞİT**

ÖZET

İnsan hakları, yaygın kullanımı ve akademik çalışmalardaki popülaritesine karşın görece yeni bir kavramdır. Bu kavramı anlayabilmek için ise her Şeyden önce hak kavramını incelemek gerekir. Hak kavramının bize sunduğu muhteva, doğal haklar için tekrarlanagelen “dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez” niteliği açıklamaktadır. Bu bağlamda etimolojik köken üzerinden sahip olduğumuz kavrayışla doğal hukuk doğru bir temelde ele alınabilecektir. Böylece insan haklarının günümüzde ifade ettiği anlam ve kapsama nasıl kavuştuğu aydınlatılabilecektir. Zira insan hakları, kendinden önceki hak anlayışlarından bağımsız bir Şekilde ortaya çıkmış değildir. Bilakis tarihi süreç içerisinde hak kavramının geçirdiği değişim sonucunda doğmuştur. Bu minvalde doğal hak ile insan hakları arasındaki bağ önem arz etmektedir. Dolayısıyla çalışmada doğal hak anlayışı başlangıç noktası olarak belirlenmiştir. Nitekim doğal hakkın nihai olarak insan hakları vücudunda enkarne edildiği görülebcektir.

Anahtar Kelimeler: *İnsan hakları, Doğal Hak, Sekülerizm, Pozitivizm, Aydınlanma*

TRANSFORMATION OF NATURAL RIGHT INTO HUMAN RIGHT

ABSTRACT

* Araştırma Görevlisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
ORCID ID: 0000-0001-5399-2806, e-posta: firuze.yigit@hbv.edu.tr

Makale Geleiş Tarihi: 27.09.2023
Makale Kabul Tarihi: 01.02.2024

Human rights, despite its widespread use and popularity in academic studies, is a relatively new concept. To understand this concept, it is necessary to first examine the notion of rights. The essence provided by the concept of rights explains the qualities of "inalienable, indivisible, and irrevocable" often repeated for natural rights. In this context, through the understanding we have from its etymological origin, natural law can be properly addressed as a foundation. Thus, it will be possible to shed light on how the meaning and scope of human rights have come to be understood today. Human rights, in fact, did not emerge independently from the understanding of rights that existed before them. Rather, they emerged as a result of the changes the concept of rights underwent throughout history. In this vein, the enchanting connection that remains unseen between natural rights and human rights is of significance. Therefore, in the study, the understanding of natural law is set as the starting point. Indeed, it will be seen that natural rights are ultimately embodied in the entity of human rights.

Keywords: *Human rights, Natural right, Secularism, Positivism, Enlightenment*

GİRİŞ

Günümüz insan hakları anlayışını tek bir perspektiften izah etmek oldukça zordur. Nitekim insan hakları farklı şekillerde telakki edilebilmektedir. Bu önerme insan haklarının açık ve evrensel olduğu iddiasıyla çelişiyor görünebilir¹. Dolayısıyla insan haklarının anlaşılabilmesi en başta hak kavramının açık bir şekilde ortaya konulmasına ve doğal hak yaklaşımının anlaşılmasına bağlıdır.

Bu çalışma, doğal hakkın içeriğini ve uzamını belirleyerek hak kavramına ilişkin tanımda üstlendiği rolü ortaya koymayı ve insan hakkına dönüşüm yolculuğunu aydınlatmayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda ilk olarak, doğal hakkın nasıl bir formülasyona sahip olduğu ortaya koyulacaktır. Sonrasında doğal hakkın geçirdiği dönüşüm takip edilecektir. Bu bağlamda öncelikle İlk Çağ ve Orta Çağ'da nasıl algılandığına, akabinde Aydınlanma Çağı ile yüklendiği anlama ve Fransız Devrimi ile açığa çıkan özellikleri incelenecektir. Son olarak insan hakları anlayışında bir dönüm noktası olan II. Dünya Savaşı ile doğal hakkın yeni ismiyle tekrar doğuşu aydınlatılmaya çalışılacaktır.

İnsan haklarının literatüre yerleşmesiyle birlikte bu kavramın nasıl temellendirileceği ve kapsamı tartışma konusu olmuştur. Bu bağlamda insan hakkına yönelik çeşitli yaklaşımlar bulunmaktadır. Fakat çalışmamızın amacı insan hakları teorisine ilişkin tutumları incelemek olmadığından yalnızca doğal

¹ Dembour, Marie-Bénédicte: "What Are Human Rights? Four Schools of Thought", *Hum. Rts. Q.*, 32, 2010, 1-20, s.2.

hakkın insan hakkına dönüşümünde bize kaynaklık edecek iki temel yaklaşım (ortodoks ve pratik odaklı yaklaşım) ele alınmıştır. Söz konusu yaklaşımları seçmemizin sebebi insan haklarını sınıflandırmada doğal hak üzerinde açıkça bir karşıtlık içinde bulunmalarındır. Ayrıca doğal hakkın dönüşüm sürecine ilişkin tarihi olaylara konuyu aydınlatmaya yetecek ölçüde yer verilmiş olup, tarihi bir anlatıdan kaçınılmıştır. Çalışmanın amacı doğal hakkın insan hakkına dönüşümünü incelemek olduğundan veri toplama yöntemi olarak literatür taramasına başvurulmuştur; dolayısıyla alanyazında konuya ilişkin makale ve kitaplar birincil kaynak oluşturmaktadır, ayrıca insan hakları teorisine ilişkin görüşlerin yer aldığı antlaşmalara da ilgili kısımlarıyla sınırlı olarak yer verilmiştir.

1. Doğadan Damıtılan Bir Nosyon: Hak

“Tanrılar, başından itibaren bize her şeyi ifşa etmediler; ancak zamanın akışıyla birlikte, araştırma yoluyla insanlar neyin[kendiler için] daha iyi olduğunu buluyorlar...”²

Günümüzde insan haklarının insanlığın ortak değeri olarak kabul gördüğü yadsınamaz bir gerçek olmakla birlikte insan hakları, karşılıklı etkileşim içinde bulunduğu alanlara dair geniş yelpazesıyla karmaşık denklemler oluşturmaktadır³. Bu ilişkiler ağını doğru bir çerçevede ele alabilmek için her şeyden önce hakkın ortaya çıkışını ve dolayısıyla hak sözcüğünü incelemek gerekmektedir.

Hak, Arapça “hakk(حَقّ)” kelimesinden gelmekte olup doğruluk, hakikat ve yasallığı ifade etmektedir⁴. Sözcük İbranice oyma, taşa veya metale yazı yazma anlamındaki *huḳḳā* ile eş kökenli olup⁵ sözlüklerde “hakk(حَكِّ)” kelimesi de kazıma, bir şeyin üstünü çelik kalemlerle yazı veya resim olarak oyma olarak verilmektedir⁶. Üzerine şekil verilen cisim taş, metal, fildişi gibi çeşitlilik arz etmekle birlikte bugün daha çok taş kazımacılığı ve mühür akla gelmekte ve bu

² Xenophanes; Tarnas, Richard: Batı Düşüncesi Tarihi-1: Antik Yunan'dan Modern Döneme (Cilt I), çev.Yusuf Kaplan, İstanbul, Külliyyat Yayınları, 2011, s.55.

³ Sunay, Reyhan: Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları, Çizgi Kitabevi, Konya, 2013, s.9.

⁴ Kelimenin diğer anlamları için bkz: <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/hak>, erişim: 07.06.2023.

⁵ <https://www.etimolojiturkce.com/arama/hak>, erişim: 07.06.2023.

⁶ Develioğlu, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 13.Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara, 1996, s.314.

işi sürdüren kişilere “hakkak” denilmektedir⁷. Bu açıklamalardan sonra kelimenin etimolojik kökeni hakkın doğuşuna ışık tutacaktır.

Douzinaz’ın da belirttiği gibi insan haklarına yapılan ilk gönderme görece yenidir. Bununla birlikte insanın sahip olduğu haklar ve onun oluşturduğu sistem doğal hukuk kavramıyla ilk kez Antik Yunan’da kullanılmıştır⁸. O günden beri üzerine pek çok şey yazılmasına rağmen doğal hukuk kuşatıldığı belirsizlik kılıfından sıyrılamamıştır⁹. Bu bağlamda doğal hak için tekrarlanagelen “dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez” nitelik, insanın insan olmasından dolayı atfedilen bir sahiplikten öteye gidememiş ve açıklamalar çoğunlukla kısır kalmıştır. Oysa söz konusu ayırıcı nitelik, hakkı kavramada ve ona yüklenen anlamı açıklamada nirengi noktasıdır. Bu minvalde hak kelimesine sunulan etimolojik köken, doğal hak yaklaşımının doğru temellendirilmesine yardımcı olacaktır. Hak kelimesinin sert bir cisim üzerine şekil verilmesine yaptığı vurgu, o şeklin cisimle bütünleştiğine ve artık onun ayrılmaz bir parçası olduğuna işaret etmektedir. Zira nakşedilen desen yüzeyden kolayca ayrılammakta; ayırmak için zorlandığında yüzey deforme olmakta ve özelliğini yitirmektedir. Dolayısıyla o cismi, kendisine bezenen şeyden ayrı düşünmek imkânsız olmaktadır. Hak da tıpkı nakşedilen şey gibi hak sahibinin özüne işlemekte ve hakkı ondan ayırma ihtimali bulunmamaktadır. Ezcümle, doğal haklar insan varlığından ayrılamayan, ayrılma durumunda insan olma vasfının ortadan kalktığı, bu yönüyle insan doğasına işlenmiş haklardır. Öyleyse doğal hakka ilişkin, doğuştan getirilme ve başkası tarafından verilmeme niteliği de devlet-birey bağından çok daha öncesine uzanmakta, doğrudan insan olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu hakların kazanımı ne bir toplum ne de bir grup üyeliğine bağlıdır. Hak, varlığı için herhangi bir sosyal formasyona ihtiyaç duymadığı gibi aksine varlığıyla toplumun siyasal yapısına meşruiyet sağlar¹⁰. Böylece doğal hakkın genel karakteri ortaya koyulduktan sonra doğuşu ve gelişimi incelenebilir.

Doğal hukuk, olan - olması gereken geriliminden doğal olarak olanın olması gereken olduğu¹¹ teziyle çatışmasız sıyrılmaktadır. Tarihsel sürecin ilk dönemlerinde insanlar kendilerini yaşadığı ortamdan farklı görmeyip varlığını

⁷ <https://islamansiklopedisi.org.tr/hakkaklik>, erişim: 07.06.2023.

⁸ Douzinaz, Costas: İnsan Hakları ve İmparatorluk, 1.Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, s.16-17.

⁹ MacCormick, Neil: “Doğal Hukuku Yeniden Ziyaret (Kitap Değerlendirmesi: John Finnis, Doğal Hukuk ve Doğal Haklar)”, çev. Şule Şahin Ceylan, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 64.3, 915-930, 2015, s.915.

¹⁰ Sunay: s.20, dipnot 16.

¹¹ Wacks, Raymond: Hukuk Kuramını Anlamak, çev.Fatma Süzgün Şahin Ünver, Serdar Ünver, Astana Yayınları, Ankara, 2016, s.37.

doğanın bir parçası addetmekteydi¹². Dışarıdan bakılmasıyla doğa, felsefi bir değer kazanarak atalardan kalma hak iddiasının tahtını sarstı; salt atalardan kaldığı için değil, doğası gereği ve akıl tarafından keşfolunabildiği için o şeye yönelmenin önü açıldı¹³. Böylece insanlar doğayı gözlemlerken akli bir araç olarak kullanarak iyiye ve doğruya ulaştılar. İnsanın sahip olduğu haklar da aynı şekilde keşfedildi. Doğayı inceleyip onun kurallar bütününden çıkarımlar yaparak neyin doğru neyin yanlış olduğu ve nelere hakkının olduğu ve olmadığı ayırımı yaptı. Diğer bir deyişle evrenin ve içindeki her varlığın intizam içinde işleyen bir doğası vardı ve her nesne bu nizamı uygun hareket ettiği gibi insan da ancak doğasına uygun davranırsa faziletli olabilirdi¹⁴. Bu bağlamda doğal hukuk geleneği, bazı dönemlerde daha çok faziletli, ahlaki bir hayat gibi insana ilişkin sorunlara; diğer bazı dönemlerde ise farklılıkları aynı çatı altında birleştiren norm arayışları gibi topluma dair sorunlara eğilmiştir¹⁵. Doğal hukuk düşünürleri tarihi süreç içerisinde kimi zaman insanı kimi zamansa toplumu esas almış ve doğal hukuk fikrini bu temel aldıkları şey üzerine inşa etmişlerdir.

Öte yandan doğal hukukun ilk formülasyonu Stoacılara aittir¹⁶. Stoacılar, “doğa”yı insan doğasından ayırmayan ve ona yalnızca deskriptif özellik atfeden doğal hukuk düşünürlerinden ayrılarak kozmosu parçalamış ve beşeri olanı doğadan çıkararak insan doğası ve fiziksel doğa şeklinde iki ayrı unsur elde etmiştir¹⁷. Böylece bir cevher olarak insan akli doğal hukuk arenasına çıkmıştır. İnsan akli, doğal hukukun temellendirilmesinde vazgeçilmez bir role sahip olmuştur¹⁸. Burada akıl, doğa ile çatışma içinde olmayıp onunla eşsiz bir harmoni yakalamaktadır. Zira insan akli(logos) evrensel olup aklın öngördüğü biçimde yaşamak doğayla uyum içinde olmak anlamına geliyordu¹⁹. Çünkü akıl yalnızca insanda bulunmayıp evrenin tümüne teşmil etmiştir ve insanın sahip olduğu akıl evrensel aklın bir parçası olarak

¹² Coşkun, Vahap: İnsan Hakları Liberal Açıdan Bir Tahlil, Liberte Yayınları, Ankara, 2006, s.29.

¹³ Douzinas: s.37.

¹⁴ Douzinas: s.37.

¹⁵ Bix, Brian H.: “Doğal Hukuk: Modern Gelenek”, çev. Ertuğrul Uzun, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6.2, 291-344, s.293.

¹⁶ Küçükali, Rıdvan, Hasibe Akbaş: “Bir Haklılaştırma Zemini Olarak Doğal Hukuk”, *MSKU Eğitim Fakültesi Dergisi* 3.1, 64-73, 2016, s.68.

¹⁷ Küçükali, Akbaş: s.68.

¹⁸ Yeşilçayır, Celal: “Hugo Grotius'un Doğal Hukuk Düşüncesine Kazandırdığı Paradigmal Dönüşüm”, *FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi* 30, 241-258, 2020, s.242.

¹⁹ Aktaş, Sururi: “İdeal Hukuk Kavramı Üzerine”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13.3-4, 2009, 1-21, s.8.

onun davranışlarını yönlendirmektedir²⁰. İnsan akli evrensel olduğuna göre insan doğası ve ulaşılacak hukuk da evrensel nitelik taşıyordu²¹. Nihayetinde tüm evreni kapsayan bir akıl ve onun oluşturduğu bir dünya devletinden-kozmopolis- bahsediliyordu²². Böylece kozmopolit bir toplum inşa ülküsü, dünya vatandaşlığı ile zirveye ulaşıyordu²³.

Varılan noktada; evrensel bir akıl var ise onun ürettiği kavramlar ve nihayetinde oluşacak hukuk da evrensel olacaktı öyleyse ortaya çıkacak bütünlük korunmalı, sınırlarla bölmek yerine kozmopolisin muhafazasına çalışılmalıydı. Esasında bu da kendiliğinden sağlanacaktı. Nitekim insan, doğası gereği eşit olduğundan yasalar da herkes için ortak ve eşit olacak²⁴ ve dünya tek bir yasa tarafından yönetilen bütünlüklü bir yapı arz edecekti²⁵. Bütünleştirici, kapsayıcı ve kuşatıcı dünya idealinin²⁶ yarattığı kozmopolisin vatandaşları arasında hiçbir sınıfsal ayırım bulunmamaktaydı. Fakat dünya vatandaşlığının vaat ettiği eşitlik, Roma'nın toplumsal statüsü karşısında soyut bir kabul olarak kaldı. Devlet yasaları insan ürünü olup insan akli da evrensel olduğuna göre bu yasalara ve onun doğurduğu statülere uygun yaşamak logosu ve doğal hukuka uymak demektir²⁷. İmparatorluğun artan nüfuzuyla felsefi çehresi değişen dünya vatandaşlığı fikri²⁸ evrensel bir hukuk düzeninden ziyade İmparatorluk yasalarına meşruiyet zemini oluşturmaktaydı. Nihayetinde insanlar arası eşitlik ve dolayısıyla hakları belirleyen evrensel normlar, statü merkezci toplum yapısının pekişmesinde bir araca dönüştü.

Stoacıların insan aklına yaptığı vurgu Orta Çağ döneminde iman üzerine kaymıştır; Orta Çağ Hıristiyanlığı, kozmopolisin vatandaşını dine bağlamış ve inanç düzeyinde bir eşitlikten bahsetmiştir²⁹. Hiyerarşik Yunan geleneğindeki eşitsizliğe güçlü bir eleştiri olarak yükselen kozmopolitanizm nasıl ki Roma'nın elinde imparatorluk gücünün meşruiyetine dönüştüyse şimdi

²⁰ Göze, Ayferi: *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.62.

²¹ Aktaş: s.8

²² Türe, Fatih: "İnsan Haklarının Normatif Kökeni", *Muğla Sıtkı Koçman University Journal of Social Sciences* 32, 2014, 149-161, s.151-152.

²³ Değirmencioğlu, Burcu: *Westphalian Modelden Bugüne Egemenliğin Dönüşümü Bağlamında Yeni Dünya Düzeninin İnşası*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s.129.

²⁴ Aktaş: s.8.

²⁵ Göze: s.63.

²⁶ Değirmencioğlu: *Westphalian Modelden Bugüne Egemenliğin Dönüşümü...*, s.129.

²⁷ Türe: s.152.

²⁸ Değirmencioğlu: *Westphalian Modelden Bugüne Egemenliğin Dönüşümü...*, s.130.

²⁹ Türe: s.152-153.

de Tanrı'nın kalplerimize yerleştirdiği doğal hukuk kilisenin elinde güçlü bir silaha dönüşüyordu³⁰. Din aracılığıyla Tanrı tarafından gönderilen ilkeler kesin geçerliliğe sahipti ve mutlak iktidar yalnızca Tanrıya ait olduğundan yönetenler bu yetkileri onun adına kullanıyordu³¹. Böylece Hıristiyanlık Avrupa'ya hâkim olurken doğal hukuk Tanrısal hukukla ilişkilendirilmeye başlanmıştı³².

2. Işıklar Yüzyılı Yahut Sekülerizm Şafağı

Aydınlanma, Tanrı'nın dünyevi meselelerden uzaklaştırıldığı bir çağdır. Doğal hukuktan doğal hakka dönüş de tam olarak bu zamana rastlar. Aydınlanma Çağı'nda nesnel doğal hukukun öznel bireysel haklara dönüşümüyle merkeze egemen ve birey yerleşti. Dönem filozoflarınca doğal hukukun kapsamı, iktidara ve onun kiliseyle olan bağına içkin soyut ilkeler topluluğu değil; vatandaşların doğasından kaynaklanan bireysel haklar demetiydi. Klasik ve Hıristiyan düşüncesindeki doğal hukuk anlayışı terk edilerek, insan aklının doğasıyla uyumlu yeni bir hukuk anlayışı takip edildi. Böylece, hak ne doğanın nesnel verilerinden elde ediliyor ne de tanrı tarafından bildiriliyordu; ussal ve öznel haklar demeti oluşuyordu. Tüm bu bakış açılarına ve sunulan yeni tanıma karşın aslında olan; doğa ve tanrıya göre doğru addedilen şeyin hukuka uygun bireysel haklar olarak sunulmasından başka bir şey değildi.³³

Bireysel haklar demetine ilişkin yeni formu ortaya çıkaran gücün ne olduğunu anlayabilmek için öncelikle aydınlanmanın getirdiği değişiklikler incelenmeli ve sonrasında temeline inerek aydınlanma felsefesini tetikleyen durum analiz edilmelidir. Bu bağlamda Aydınlanma veya bir diğer adıyla Işıklar Yüzyılı³⁴, ismini verdiği çağı geçmiş zamanların karanlığından kurtarma amacıyla birçok düşünsel ve toplumsal harekete ev sahipliği yapmıştır. Bunu yaparken felsefesinin büyütüp beslediği kurucu akıl kendini yeni bir dogmanın ağlarında bulmuştur.

Pek çok zihin aydınlanma çağını, yıkıcı muahezelerin ve Hıristiyanlığa veya en azından kiliseye karşı düşmanca tavırların sahnesi olarak

³⁰ Douzinas: s.19.

³¹ Çeçen, Anıl: İnsan Hakları, 5.Baskı, Astana yayımları, Ankara, 2020, s.33.

³² Özmen, Seda: “Orta Çağ Avrupa'sında İnsan Hakları”, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi* 6.10, 143-164, 2023, s.148.

³³ Douzinas: s.20-21.

³⁴ Şenşekerci, Erkan: “Avrupa’da Işıklar Yüzyılı ve Siyasetin Özerkleşmesi”, *Uludağ Üniv. Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi*, 2005, 9-26; Duman, Olcay Özkaya: “Tarih Bilimi ve Bilgisi Açısından Aydınlanmadan Günümüze Sorularla Tarih Felsefeleri ve Kavrayışları”, *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2010, 7: 51-69, s.53; Lacombe, Olivier/ Karasan, Mehmet: “Hayat”, *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi*, 2.5, 2017, 743-752, s.743; Türe: s.155

canlandırmaktadır³⁵. Bu imajda Rönesans'ın getirdiği salt akıl merkezci tutum ve dünyevileşen fikir formu önemli etkide bulunmuştur. Nitekim siyasi ve ahlaki hiyerarşiler normatif idealler olarak reddedilirken doğal hak laik bir karakter kazanmıştır³⁶. Nihayetinde 18. yüzyıl, skolâstik Orta Çağ düşüncesinden kesin bir şekilde kopuşu ifade eder³⁷. 18. yüzyıldaki bu düşünsel kopuş, 1688 Devrimiyle başlayıp 1789'da zirveye ulaşmıştır; İngiltere'deki modern politik ve bireysel özgürlük talepleri Fransa'da özgürlük hareketlerine uzanmış ve son olarak Almanya'da felsefi temellerini bulmuştur³⁸. Bu minvalde skolâstik düşünceden kopuş ve aklın ön plana çıkışı olarak *rasyonalizm*; bireyi toplumdan önce gören *bireycilik* gibi çeşitli düşünce akımları ile bu akımların temel kavramlarını kendine unsur edinen *liberalizm* ortaya çıkmıştır³⁹.

Akılcılık, usçuluk olarak da isimlendirilen ve entelektüel bir faaliyet olarak akletmeyi insanın dahil olduğu tüm alanlarda hareket noktası olarak kabul eden rasyonalizm⁴⁰ Aydınlanma Felsefesi düşünce akımları içerisinde önemli bir yere sahiptir. Zira insan aklına yaptığı vurgu ve birey merkezci yaklaşımı, skolâstik Orta Çağ düşüncesinin kilise merkezli anlayışına karşı açık bir tavır teşkil etmektedir⁴¹. Bu bağlamda Aydınlanma'nın parolası olan *Sapare Aude*⁴²'nin aklın gücüne yaptığı atıf, rasyonalizmin yapıtaşlarıyla tamamen

³⁵ Copleston, Frederick: Aydınlanma, Vol. 1. İdea Yayınevi, 2022, s.11.

³⁶ Bulut, Nihat: “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12.3-4, 2008, 1-12, s.9.

³⁷ Türe: s.155.

³⁸ Çüçen, Kadir: “Batı Aydınlanmasının Düşünsel Kökenleri ve Eleştirisi”, *Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 25-34, 2013, s.25.

³⁹ Türe: s.153.

⁴⁰İRde, Mesut: “Türkçe Felsefe Sözlüklerinde Rasyonalizm Nedir?”, *Anadolu Akademik Sosyal Bilimler Dergisi*, 5.1, 2023, 117-124, s.117.

⁴¹Ögçem, Ergin: “Akıl-Vahiy İlişkisinde Bir Denge Filozofu (Aydınlanma Çağının Farklı Bir Yüzü Olarak John Toland)”, *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, 2019, 8.4: 3372-3389, s.3374.

⁴²Eyigün, Canan: “Kant'ın ve Foucault'un Gözünden Aydınlanmaya Bakmak”, *Etkileşim*, 2019, 3: 142-154, s.144; “Bilmeye cesaret et” anlamına gelen cümle ilk kez Romalı şair Horatius'a ait Mektuplar'da yer almıştır. Aklın nelere kadir olduğunu Odyssea destanı üzerinden göstermek isteyen Horatius, bu sözle okuyucuyu akletmeye, düşünmeye cesaretlendirir. Aynı minvalde Alman filozofu Immanuel Kant tarafından “Was ist Aufklärung?” (Aydınlanma Nedir?) adlı makalesinde kullanılan *Sapare Aude* Aydınlanma Çağı'nın mottosu haline gelmiştir. Zira, yeni düşünce akımları boy vermesine karşın, kilise ve otorite baskısı az da olsa hala hissediliyordu. Böylece Kant'ın çağrısı Aydınlanma'ya cesaret telkin ediyordu, <https://jimithekewl.com/2008/12/06/sapere-aude/>, erişim: 24.11.2023.

örtüşüyordu. Nitekim Kant, insanın kendi aklını tek rehber olarak görmesi gerekliliğini şöyle ifade etmiştir:

Aydınlanma, insanın kendi suçu ile düşmüş olduğu bir ergin olmama durumundan kurtulmasıdır. Bu ergin olmayış durumu ise, insanın kendi aklını bir başkasının kılavuzluğuna başvurmaksızın kullanamayışıdır. İşte bu ergin olmayışa insan kendi suçu ile düşmüştür; bunun nedenini de aklın kendisinde değil, fakat aklını başkasının kılavuzluğu ve yardımı olmaksızın kullanmak kararlılığını ve yürekliliğini gösteremeyen insanda aramalıdır.⁴³

İnsanın düşünce ve muahezesinde dine bağlı olmaktan kurtulmaya bir çağrı niteliği taşıyan Kant'ın çözümü yine insan aklında billurlaşmaktadır. Zira Aydınlanma, transandantal olan hayat düzeninden kökü ve ereği bu dünyada bulunan bir hayat düzenine geçişi ifade etmektedir⁴⁴. Transandantal dünyanın, yerini rasyonel dünyaya bırakması ise rasyonellik sayesinde mümkün olmuştur; artık toplum ve tabiat belirlenebilir ve denetlenebilir hale gelmiştir⁴⁵. Toplum ve tabiatın yasalarını belirleyecek olan ise insanın bizzat kendisidir. Böylece akıl, aşkın ideallerden bağını koparmış ve kendi rehberliğinden taviz vermeyen insanın aydınlanma çabasında bayrak kavram haline gelmiştir.

Aydınlanma Felsefesi'ne yön veren rasyonalizm ve bireycilik akımları, liberal ideolojiyi oluşturan ögeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Aydınlanma Çağı'ndan önce kilisenin baskıcı otoritesine karşı bir tepki olarak güçlenen bireycilik, yerleşik toplumsal yargıları sarsan bir akım olarak gelişimini sürdürmüş ve bireyi toplumdan önde tutmuştur⁴⁶. Bu noktada liberalizmi diğer ideolojilerden ayıran en önemli unsurun da söz konusu karakteri olduğu söylenebilir⁴⁷. Akıl ise dünyanın rasyonel karakterine ve bunun ancak insanın inceleme ve araştırmasıyla açığa çıkacağına inanan liberal düşüncenin ikinci bir ögesi olarak belirmektedir⁴⁸. Bu bağlamda rasyonel bir varlık olarak insan,

⁴³ Kant, Immanuel: "Aydınlanma Nedir?" Sorusuna Yanıt (1784), Seçilmiş Yazılar, çev. Nejat Bozkurt, İstanbul, Remzi Kitabevi Yayınları, 1984, s. 213.

⁴⁴ Gökberk, Macit: Felsefe Tarihi, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1996, s.326.

⁴⁵ Saygılı, Abdurrahman: Kutsallık ile Rasyonellik Sarkacında Devlet, İmaj Yayınevi, Ankara, 2014, s.187.

⁴⁶ Çetin, Halis: "Liberalizmin Temel İlkeleri", *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 2.1, 2001, 219-237, s.221.

⁴⁷ Berber, Yunus Emre: "İnsan Haklarında Hümanizmin ve Liberalizmin İzleri", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2022-2, 2022, 315-358, s.330.

⁴⁸ Heywood, Andrew: Siyaset, çev. Bekir Berat Özipek vd., Ankara, 2013, s.72.

kendi aklının ışığında iyi olana ulaşmaya çalışmaktadır⁴⁹. Böylece, idealize ettiği iyi doğrultusunda bir toplum inşa edecektir⁵⁰. Dolayısıyla liberalizmde toplum ve devlet, kaynağını özgür ve eşit olan insan iradesinden almaktadır⁵¹. Bu ideolojide toplum gibi daha büyük kolektif oluşumlar temel beşeri ünite olarak gördüğü bireylerden meydana gelir⁵². Bu meyanda devletin yapıcı unsuru kabul edilen birey, aynı zamanda toplumun ve devletin amacıdır; devlete düşen görev ise onun doğuştan sahip olduğu ve devlete devretmediği özgürlüklerini korumaktır⁵³. Nihai noktada liberalizm, rasyonalizm ve bireycilik akımlarının ortaya koyduğu temel izleği esas almıştır. İnsanı felsefesinin özü kabul etmiş ve insanın oluşturacağı siyasal kurumlardan toplumsal kodlara kadar her beşeri yaratıda aklın gücüne üstünlük sağlamıştır.

Aydınlanma Çağı'na yön veren ve onu izleyen düşünce akımlarının insanı merkeze koyduğu ve akli temel aldığı görülmektedir. Zira insanlığın ilerleyişini aydınlanmanın temel nosyonu olan akıl üzerine kurmuşlardır. Bununla birlikte insanlığın düz bir şekilde gelişme gösterdiği dogması, sosyetenin topluluk veçhesini bireycilik adına; insanın aşkınlık veçhesini ise pozitivizm adına budamıştır⁵⁴. Bu süreçte aydınlanma kendini mite dönüştürmüştür⁵⁵. Oysa aydınlanmanın amacı insanı mitlerden ve rasyonel olmayan düşüncelerden kurtarmaktı fakat bilimsel bilgiyi en tepeye konumlandırarak onun kendi tahakkümünü kurmasına olanak tanıyan aydınlanma tıpkı mitler gibi bilimsel bilgiyi efsaneleştirdi⁵⁶. Bilimin tüm problemleri çözebileceği; çözüme kavuşturamadığı veya deneyemediği şeylerin ise mevcut olmadığı fikriyle pozitivizm, sanatsal yaratma, aşk ve iman gibi hayata için boyutları görmezden geldi⁵⁷. Bu göz ardı ediş, insan varlığının

⁴⁹ Erdoğan, Mustafa: Liberal Toplum Liberal Siyaset, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1998, s.2-26.

⁵⁰ Heywood: s.72.

⁵¹ Göze: s.394.

⁵² https://ansiklopedi.tubitak.gov.tr/ansiklopedi/liberalizm_siyaset_bilimi , erişim: 24.11.2023.

⁵³ Göze: s.395.

⁵⁴ Garaudy, Roger: Yobazlıklar, 4.baskı, Türk Edebiyatı Yayınları, İstanbul, 2017, s.28.

⁵⁵ Horkheimer, Max, Adorno, Theodor W.: Dialectic of Enlightenment, ed. Gunzelin Schmid Noerr, çev. Edmund Jephcott, Stanford University Press, 2002; Pagden, Anthony: The Enlightenment and Why It Still Matter?. New York: Random House Publishing Group, 2013, s.13.

⁵⁶ Eren, Leyla Gizem: "Mitlerin Kendini Yeniden Üretimi: Aydınlanma Felsefesinden Aydınlanma Projesine", *Başkent Üniversitesi Ticari Bilimler Fakültesi Dergisi* 1.1, 2017, 115-129, s.122-123.

⁵⁷ Garaudy: s.30.

metafizik boyutunda en yüksek bir soyutlama seviyesine erişilmesiyle sonuçlanmıştır.

Hıristiyan imanının hakikatleri doğaüstüydü ve rasyonalizmin yayılmacılığına karşı en üst düzeyde korunmalıydı. Kilisenin, seküleristleri lanetlenen fikirler listesine yazması ve uyguladığı sansür akılcı düşünceye ket vuramadı. Akıl gücünün tadını alan filozoflar geleneksel iman hakikatleriyle çatışma pahasına aklın eleştirel izini takip ettiler. Böylece teoloji ve felsefe arasındaki kopuş, bir daha kapanmamak üzere bilimciliğin Pandora'nın kutusunu açmıştı.⁵⁸

Pandora'nın kutusundan salınan radikal aydınlanma, despotizme varacak şekilde akli kutsamıştı. Reform ve Rönesansın ektiği düşünce tohumları gelecek yüzyılda patlak verirken yeni bir kutsal doğurmuştu: rasyonalizm. Bu çağa uzanan süreçte Galileo, Newton ve Kepler gibi birçok isim bilime; Descartes, Bacon ve Kant gibi düşünürler de felsefeye önemli katkı sunmuştu. Aklın öncülüğünde nüve bulan her ışık zerresi büyük bir güçle çağı aydınlatıyordu. Yüzyılı ışığa boğan bu büyük gücü tetikleyen; en büyük korkusu olan dogmaydı. Zira akli karşısına koydukları şey kilise baskısı ve itaate mecbur olunan kurallar bütünüydü. Dolayısıyla akılcılık, sosyal ve siyasal düzenden bağımsız olarak ortaya çıkmış soyut bir kavram değildi. Hıristiyanlığın geleneksel inanç sistemine, doğrularına, kilise ve otoriteye başkaldırıydı, bir nevi kilisenin dini hayat dışındaki tüm kurumlardan azledilişiydi. Bu bağlamda Işıklar Yüzyılı'nı doğuran şey sekülerizme duyulan özlemdi. Bireysel haklar demeti de ışıklarla kaplı bir yüzyıldan ziyade sekülerizm şafağında yükselmeye başlamıştı.

3. Bireysel Hakların Topyekûn Görünümü: Fransız Devrimi

Doğal haklara sahip özgür bir varlık olarak beliren insan devrimle, kendisine yeterli otonom alan bırakmayan mutlak monarşiden bağıni koparıyordu; nitekim Fransız Devrimi bireyciliğin büyük bir utkusu olarak görülüyordu⁵⁹. Bu görüşe göre bütün haklar tek gerçek olan insandan kaynaklanır, bir diğer deyişle her hakkın kaynağı bireydir⁶⁰. İnsanın hak ve ihtiyaçlarının çerçevesini de içinde buldukları hal belirler⁶¹. Akabinde kişi, sahip olduğu haklar aracılığıyla gereksinimlerini karşılayacak bir toplum düzeni oluşturacaktır. Yeni düzen aynı zamanda siyasi topluma karşı birtakım sorumluluklar getirecektir. Bununla

⁵⁸ Tarnas, s.316-317.

⁵⁹ Ağaoğulları, Mehmet Ali: "Fransız Devriminde Birey-Devlet İlişkisi (1789-1794)", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 44.03, 1989, 198-228, s.195.

⁶⁰ Çeçen: 38.

⁶¹ Çeçen: 38.

birlikte her bir kişi, o zamana dek savaşımını verdiği özerk alanına kavuşacaktır.

Bu minvalde 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, bir yandan insana doğasından kaynaklanan haklardan ötürü otonom bir alan bırakırken diğer yandan doğal hakların topluma nazaran önceliği ideasıyla devletin kökenini insanın söz konusu vasıflarına dayandırmaktadır. Buna karşın Fransız devrimcilerinin bireye yüklediği anlam bir noktada çatışmaktadır. İlk olarak bireyci kaygıların doğrultusunda, iktidarın müdahalesinden korunması gereken birey, üstün bir değer olarak ortaya çıkmaktadır. Öte yandan kontrol edilmesi hatta tahakküm altında tutulması gereken şahsi çıkarların kaynağı olarak görülmektedir. Bu baskıcı politika, hem yönetimin artık kendi ellerinde bulunması hem de Rousseau gibi modern hukuk kuramcılarının bakış açısını benimsemeleri nedeniyle siyasal toplum birliğini kurma amacından kaynaklanır.⁶²

Doğal hukuk kuramının devrimci niteliği bizzat devrimi yapanları terdirgin etmişti⁶³. Zira insanın, kendisine herhangi bir kişi veya kurum tarafından bahşedilmeyen doğal haklara sahip olması ve buradan hareketle iktidarın despotik ilkelerine karşı çıkararak onu değiştirmeye varan güçlü potansiyeli bir kez açığa çıkmıştı. Bu potansiyeli doğru kanalize ederek iktidarı ele geçiren devrimciler şimdi bumerangın kaçınılmaz dönüşünden korkuyordu. Dolayısıyla özgürlüğü salt içsel bir nosyon olarak görmüyor; özgürlüğün siyasi topluma aidiyetle mümkün olacağını savunuyorlardı⁶⁴. Böylece birey, vatandaş statüsüne girerek yönetimin yasalarına boyun eğecek ve özgür bir kimse olacaktı⁶⁵. Devrimci nitelikli bu haklara yurttaş olmaları nedeniyle sahip olan bireyler; yurttaşlık sıfatı dolayısıyla da eşit ve asildiler⁶⁶. Bireycilik temelli insan hakları, yönetime karşı kişiye otonom bir alan bırakmakla birlikte ondan gelecek baskıya karşı güvence sunamamıştı⁶⁷. Tersine birey devlet dengesinde ikinci kefeye ağırlık vermişti⁶⁸.

Devrimler sonrası ortaya çıkan devletler de potansiyel tehlikeyi bertaraf etmek adına doğal hukuk kuramını terk etmişti. Yerine, meşruiyetlerini

⁶² Ağaoğulları: “Fransız Devriminde...” s.195-196.

⁶³ Douzinas: 21.

⁶⁴ Ağaoğulları, Mehmet Ali: “Halk ya da Ulus Egemenliğinin Kurumsal Temelleri Üzerine Birkaç Düşünce”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 41.1, 1986, 131-152, s.143.

⁶⁵ Ağaoğulları: “Fransız Devriminde...” s.202.

⁶⁶ Parlak, İsmet, Öztürk, Enis: “Bireyler ve Birey Olamayan Bireyler: Liberalizm ve 19. Yüzyılın Çelişkileri”, *Mülkiye Dergisi* 42.4, 2018, 565-592, s.572.

⁶⁷ Çeçen: 38.

⁶⁸ Ağaoğulları: “Fransız Devriminde...” s.205.

pekiştiren hukuki pozitivizmi koyarak devletin koyduğu yasaya itaati sağlamışlardı. Böylece 19. yüzyıl siyasi yapısında hukuk; idare ve reformcular için araç olmaktan öteye gidemedi. Devletin koyduğu yasalardan daha üstün ilkeler veya bireysel haklar olduğunu iddia etmek imkânsızdı. Doğal hukukun düşüşü 20.yüzyılın ilk yarısına kadar sürdü⁶⁹.

20. yüzyıla gelene değin, insanın doğal haklara sahip olduğu fikri çeşitli mücadele ve devrimlerin taşıyıcısı olmuştur. İktidar-halk denkleminde karşı safa geçmeyi başaran devrimciler, doğal hakları yurttaş statüsünde potasında eritmeye çalışmıştır. Böylece doğal hak bumerangının dönüşünü engellemeyi ya da en azından hızını kesmeyi ummuşlardır. Neticede hukuki pozitivizm yükselirken, doğal hukuk aşağı yönlü bir trend takip etmiştir.

Doğal hukukun seyri; Rönesans, Reform ve onları izleyen Aydınlanma Çağı ile eş zamanlı ve fakat ters istikamette devam etmiştir. Söz konusu gelişmeler büyük bir işiyakla karşılanırken, doğal hukuk düşüncesi pozitif bilginin otoritesi altında ezilmiştir. Bu tablonun düşünsel arka planında Rönesans ile başlayan bilimsel gelişmeler etkili olmuştur. Rönesans, her şeyden önce Orta Çağ ile Yeni Çağ arasında bir köprü, diğer bir deyişle geçit dönemidir ve bu dönemin felsefesi dünya hakkındaki görüşlerini salt deney ve aklın verileriyle oluşturmuştur⁷⁰. Dolayısıyla bilimsel araştırmalar önem kazanmış ve bilgi kilisenin tekelinden çıkmaya başlamıştır. Örneğin 1543 senesinde Copernicus “Gök Cisimlerinin Dönüşleri Üstüne” eseriyle modern astronominin temelini kurarken, anatomist Vesalius aynı yıl “İnsan Bedeninin Yapısı Üzerine” kitabıyla insan anatomisi hakkındaki yanlış bilgileri açığa çıkarmıştır⁷¹. Yine bu dönemde modern matematiğin temelleri atılmış; John Napier logaritma kavramını ortaya koyarken, Bacon tümevarım, Galilei ise tümdengelim yöntemi ile önemli başarılarla imza atmıştır⁷². Bilginin en önemli değer olarak görüldüğü bu çağda Galilei ona ulaşmanın yöntemini bir sorun olarak ele almış ve deney ile matematiksel düşünceyi birleştirerek tümdengelim metodunu geliştirmiştir; böylece sonraki yüzyıllarda tartışılacak olan yöntem probleminde yön vermiştir⁷³. Matematik biliminde elde edilen başarılar, doğaya ilişkin doğru bilginin sayısal verilerden elde edilebileceği inancını

⁶⁹ Douzinas: s. 21-22.

⁷⁰ Gökberk: s.181-184.

⁷¹ <https://ansiklopedi.tubitak.gov.tr/ansiklopedi/ronesans>, erişim: 25.11.2023.

⁷² Boyer, Carl B.-Merzbach, Uta C.: A History of Mathematics, Third Edition, Foreword by Isaac Asimov, John Wiley&Sons Inc., New Jersey, 2011, aktaran: Salihpaşaoğlu, Yaşar: “Mutlak Monarşiye Laik Savunma: Tevratın Canavarı Leviathan”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 62.3, 2013, 819-854, s.823.

⁷³ Gökberk: s. 237-239.

kuvvetlendirmiş ve deneylenemeyen, sayısal veri sunamayan kaynaklara şüpheyle yaklaşılmıştır; bu şüphe Aydınlanma'ya bir kıvılcım çakmıştır⁷⁴.

Aydınlanma Çağı düşüncesi akıl ve bilim ışığında mekanik bir insan ve doğa tasavvuruna sahiptir. Hegel ve 19. yüzyıl düşünürleri tam da bu noktada eleştiri getirmektedir; insan ve doğanın tek boyutlu kabulü, sosyal dönüşüm süreçlerinin de tüm toplumlarda ortak olduğu anlamına gelmektedir. Oysa sosyal yapıların bariz bir biçimde farklı olduğu gerçeği karşısında evrensel bir sosyal dönüşüm sürecinden bahsetmek zor olmaktadır. Bu nedenle Aydınlanma'nın tek tip birey ve toplum fikri tehlikeli sonuçlar doğurabilmektedir. Bu doğrultuda Max Horkheimer ve Theodor Adorno, Aydınlanmaya esas teşkil eden bilim ve aklın başta dini inançlar olmak üzere tüm transandantal kaynakları yok sayarak kendi otoritesini kurduğunu ileri sürer. Ayrıca onlara göre, akılcılığın salt metodik bir olgu olarak algılanması II. Dünya Savaşı'nda soykırımı neden olmuştur.⁷⁵

4. Doğal Haklar Perdesine Yeni Bir Uvertür: İnsan Hakları

Yeni dünya düzeninin kurucuları, doğal hakka saygınlığını geri vermek için büyük bir insanlık trajedisini beklemişlerdi. II. Dünya Savaşı adı verilen bu trajik yıkım, hak kavramına yönelik kuramları da yerle bir etmişti. Öyle ki yüzyıllar boyu ayak bağı olarak görülen, hatta cadılar ve tek boynuzlu atlara inanmakla eş tutulan doğal hak⁷⁶, şimdi adaletin tek kurtarıcısıydı. Hukuki pozitivizm, II. Dünya Savaşı'nın yaralarını saramamıştı. Bu acı tecrübeler sonucu hak kavramının devletlerin iç meselesine özgü olamayacağı anlaşılmış ve uluslararası hukukta kendine yer edinmeye başlamıştı⁷⁷. 1943 yılında savaş devam ederken Müttefik Devletler, ağır suçlar işleyen görevlilerin ülkelerine iade edilerek yargılamalarının kendi ülkelerince yapılmasına; suçları muayyen bir yerle sınırlı kalmayan üst düzey isimlerin ise uluslararası bir mahkemede yargılanmasına karar verdi⁷⁸. Kararın verildiği Moskova Konferansı'ndan sonra Dört Ulus Ortak Beyannamesi, İtalya Beyannamesi, Avusturya Beyannamesi ve Zulüm Bildirisi olmak üzere dört bildirgeden oluşan Moskova Bildirileri (Moscow Declaration) imzalandı; Zulüm Bildirisi ile yaşanan katliam ve vahşette sorumluluğu bulunan veya bunların yapılmasına razı olan Alman

⁷⁴ Salihpaşaoğlu: s.823-824.

⁷⁵ Çüçen: s.32-33.

⁷⁶ Jeremy Bentham'ın doğal hakka ilişkin yorumu; Douzinas: 22.

⁷⁷ Değirmencioğlu, Burcu: "Klasik Egemenlik Anlayışında Bir Kırılma: 'Pozitif Yükümlülük Doktrini' ve Türkiye'ye Yansıması", *İnsan Hakları Yıllığı* 39.1, 2021, 55-104, s.55.

⁷⁸ Aybay, Rona: "Uluslararası Mahkemeler ve Bireylerin Ceza Sorumluluğu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Köksal Bayraktar'a Armağan*, C 9, 2010, 125-150, s.134.

subayları ve Nazi Partisi üyelerinin Hitlercilerden kurtarılan ülke kanunlarına göre yargılanması için o fiilleri işledikleri ülkelere geri gönderilecekleri kararlaştırıldı⁷⁹. Yargılamalara ilişkin kararlılık, Moskova Konferansı sonrasında gerçekleşen Tahran (1943) ve Yalta (1945) Konferanslarında da gösterildi⁸⁰. Böylece savaşın akabinde 8 Ağustos 1945’de imzalanan anlaşmayla Nürnberg’de uluslararası nitelikte bir ceza mahkemesi kurulmasının adımları atıldı⁸¹.

Her şeyden önce Nürnberg Yargılamaları’nın esas gayesi, II. Dünya Savaşı sürecinde tüm dünyanın şahit olduğu vahşet ve katliamların hesabını sormak olmuştur. Bu amaçla yeni dünyanın aktörleri ulusal sınırların aşılmasını acil ve zorunlu bir ihtiyaç olarak görmüşlerdi. Böylece, ulusal sınırları aşmanın da ötesinde onu ekarte ederek yeni bir hukuk sistemi şekillendirilmişti. Bu dizaynın temel aracı ise uluslar üstü bir hukuk anlayışı olmuştur. Fakat söz konusu hukuk anlayışını takip etmek yeni metodlar izlemeyi gerektiriyordu. Yeni metoda hayat veren ise Nürnberg ile başlayan yargılamalar olmuştur.⁸²

Nürnberg’de kurulan Uluslararası Askeri Mahkeme’nin yargı üyeleri ABD, Büyük Britanya, Sovyetler Birliği ve Fransa’nın gönderdiği birer hâkim ve kovuşturma ekibinden oluşmuş; Mahkeme kuralları ise Kıta Amerikası ve Anglo-Amerikan yargı sistemlerinin hassas bir uzlaşımı ile belirlenmiş ve görülen davalar İngilizce, Fransızca, Almanca ve Rusça dillerine tercüme edilmiştir⁸³. Yetki ve işleyişi, Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü ile belirlenen Mahkeme⁸⁴ askeri niteliğinden ötürü, tarafların savaş sırasında işledikleri suç teşkil eden bütün fiiller hakkında yargılama yapmamıştı⁸⁵ zira

⁷⁹ Konferans; ABD, Birleşik Krallık, Sovyetler Birliği ve Çin Hükümetleri’nin katılımıyla gerçekleşmiş ve Mihver Devletlere karşı ortak bir politika izleneceği konusunda anlaşmaya varmışlardır, <https://avalon.law.yale.edu/wwii/moscow.asp>, erişim: 26.11.2023; Değirmencioglu: Westphalian Modelden Bugüne Egemenliğin Dönüşümü..., s.172.

⁸⁰ Parlak, Türkan Melis: “Galiplerin Adaleti Nürnberg ve Tokyo Askeri Ceza Mahkemeleri”, *Anadolu Bil Meslek Yüksekokulu Dergisi* 37, 2015, 137-153, s.42.

⁸¹ Avrupa Eksen Devletlerinin Büyük Savaş Suçlarının Yargılanması ve Cezalandırılmasına İlişkin Londra Antlaşması; https://diabgm.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2622020084918zcansu_orhan.pdf, s.17, erişim: 20.06.2023.

⁸² Değirmencioglu: Westphalian Modelden Bugüne Egemenliğin Dönüşümü..., s.173.

⁸³ <https://encyclopedia.ushmm.org/content/tr/article/international-military-tribunal-at-nuremberg>, erişim: 26.11.2023.

⁸⁴ Eren, M. Yusuf: “Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar”, *Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1.2, 2013, 7-37, s.10.

⁸⁵ Parlak: s.45.

yargılama yapılacak üç başlık kuruluş belgesinde belirlenmişti; barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar⁸⁶.

Yargılama, BM Uluslararası Hukuk Komisyonunca hazırlanan ve Nürnberg İlkeleri olarak adlandırılan prensiplere göre yapılmıştır. Bu ilkelerle ulus devletleri açan yeni bir sistem oluşmuştur. Mahkeme'nin kurulmasından önce işlenen fiillerle ilgili ve fakat bu fiillerin işlenmesinden sonra kabul edilen ilkelere göre yapılan yargılamalar suçta ve cezada kanunilik ilkesine açıkça aykırıydı zira barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar Nürnberg İlkeleri ile henüz ihdas edilmiişti. Yeni düzenin, yargılamadan önce işlenmiş olsa dahi suç teşkil eden fiillerin cezalandırılacağı anlayışını ilk iki ilkede açıkça görmek mümkündür. Nitekim *uluslararası hukuka göre suç kabul edilen bir eylemde bulunan şahıs, eyleme karşı bir ceza öngörölme*se dahi bu eylemden sorumlu tutulacak ve yargılanabilecektir.⁸⁷

Yargılamalara ilişkin bir diğer husus doğal yargıç ilkesine aykırılık teşkil etmesiydi. Bir suçun işlendiği tarihten sonra oluşturulan kurumların olağan bir mahkeme sayılması mümkün deđildir⁸⁸. Bu anlamda Mahkeme'nin olağanüstü niteliğe sahip olduğu söylenebilecektir⁸⁹. Öte yandan Mahkeme'nin kuruluşuna ilişkin hukuki temel günümüze değin tartışmalı bir nokta olarak gelmiřtir⁹⁰. Bir görüş, Nürnberg Mahkemesi'nin uluslararası nitelikte olduğunu kabul ederken; bir diğer görüş dünya ölçeğine yayılan ve korkunç boyutlarda katliamlarla sonuçlanan bu trajik yıkıma karşın Mahkeme'nin yetkisini Avrupa ile sınırlı tutmasından bahisle uluslararası nitelik taşımadığını savunmaktadır⁹¹.

Nürnberg'de kurulan Uluslararası Askeri Mahkemesini 1946 yılında Müttefik Kuvvetlerin Komutanı Mac Arthur 'un deklarasyonu ile Tokyo'da

⁸⁶ Aybay: "Uluslararası Mahkemeler..." s.135.

⁸⁷ Değirmencioğlu: Westphalian Modelden Bugüne Egemenliğin Dönüşümü..., s.174-178.

⁸⁸ Aybay: "Uluslararası Mahkemeler..." s.137.

⁸⁹ Erdal, Selcen: Uluslararası Ceza Mahkemesinin Ulus-Devlet Egemenliğine Etkisi (Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2010, s.15.

⁹⁰ şahin, Mehmet: "Nürnberg Mahkemeleri Üzerine Bir İnceleme". *Aksaray Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi*. Cilt: 2.1, 2010, 49-61, s.52.

⁹¹ Mahkeme'nin hukuki dayanağına ilişkin farklı tezler ileri sürölmüştür, bu görüşlerden birine göre; suçu hangi ölke sınırları içerinde işlemiiş olduğuna bakılmaksızın tutuklandığı ölkede yargılanabilen deniz haydutları gibi Naziler de uluslararası bir mahkemede yargılanabilecektir. Bir devletin diğerini yargılamasının devletlerin eşitliği ilkesine aykırı düşeceği iddiası ise, Nürnberg'de "yargılanan" sıfatının devlete değil kişilere ait olduğu gerekçesiyle çürütölmeye çalışılmıştır; Azarkan, Ezeli: Nuremberg'ten La Haye'ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri, İstanbul, Beta Yayınları, 2003,s.131, aktaran: şahin: s.53.

kurulan Askeri Mahkeme takip etmiştir⁹². 1946 yılında başlayan yargılamalar iki buçuk yıl sürmüş ve 1948'in Kasım ayında sona ermiştir⁹³. Yargılamalara ilişkin prensipler Nürnberg Askeri Mahkemesi ile paralellik arz etmiştir. Bu bağlamda sanıkların işledikleri fiilleri üstlerinden aldıkları emir sonucu yerine getirmiş olmaları veya üst düzey pozisyonlarda bulunmuş olmaları gibi savunmalar onları sorumluluktan kurtarmamıştır⁹⁴.

Yargılanan sanık sayısı Nürnberg'de 22; Tokyo'da 25 olmasına⁹⁵ karşın savaş sonrası yürütülen yargılamaya savaş esnasında işlenen fiillerin konu edilmesi tek başına önemli bir mesaj veriyordu. Nürnberg ve Tokyo yargılamaları ile yeni bir düzgüsel sistem oluşuyordu; yapılan katliamlar medeni milletlerin örfi hukukuyla örtüşemez ve bu durum yasal çerçeveye haklı kılınamazdı; sonuçta mahkeme doğal hukukun temel ilkesini tekrar keşfediyordu⁹⁶. II. Dünya Savaşı'nda insanlıkla bağdaşmayan politikalar izlenmesi yeni anlayışları beraberinde getirmişti; bu politikaların karşında durmak artık salt ahlaki bir problem değil aynı zamanda ve her şeyden önce bir hukuk konusuydu⁹⁷. Doğal hukuk bünyesinde barındırdığı sorgulanamaz ve aşkın değerlerle yeni dünya düzeninde önce hâkim gücün kurulmasına, akabinde devletleri uluslararası bir çatı altında toplamaya yardımcı olmuştu; bu halin devamı ise hukuki pozitivizm ile sağlanmıştı⁹⁸.

İnsan hakları teorisi edindiği yeni perspektifle insan haklarına yönelik sistematik ihlallerin önüne geçmeye çalışmış, faşist ve nazist devletler tarafından işlenen suçların tekrarlanmaması için uluslar üstü bir sisteme adım atılmıştır⁹⁹. ABD başkanı Roosevelt'in 6 Ocak 1941 tarihinde yaptığı Dört Özgürlük Üzerine Konuşmasında özgürlüklerin dünyanın her yerinde (*everywhere in the world*)¹⁰⁰ güvence altında olması gerekliliğine yaptığı vurgu,

⁹² https://diabgm.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2622020084918zcansu_orhan.pdf , s.17, erişim: 20.06.2023.

⁹³ Aybay: "Uluslararası Mahkemeler..." s.136.

⁹⁴ Aybay: "Uluslararası Mahkemeler..." s.136.

⁹⁵ Aybay: "Uluslararası Mahkemeler..." s.136-137.

⁹⁶ Douzinas: s.23.

⁹⁷ Aybay, Rona: İnsan Hakları Hukuku, 1.baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015, s.48.

⁹⁸ Balan, Arzu: "Orta Yolcu Bir Formül Olarak Radbruch Formülü", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 8.1, 2018, 69-89, s.88.

⁹⁹ Değirmenci, Rıdvan: Meşruiyet ve Hukukilik Çerçevesinde Saf Hukuk Kuramı, Astana Yayınları, Ankara, 2021, s.103.

¹⁰⁰ <https://voicesofdemocracy.umd.edu/fdr-the-four-freedoms-speech-text/> , erişim: 27.11.2023.

insan haklarının yeni dünya düzeninin kurucu nosyonlarından biri olduğuna¹⁰¹ ve yeni insan hakları teorisinin kozmopolit yapıyla harmoni oluşturduğuna işaret etmektedir. Nitekim hem uluslararası kurumlar hem de ulusal anayasalar insan hakları koruma mekanizmaları geliştirmiş, ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler nezdindeki diğer kurumlar insan hakları teorisine dönük rapor ve görüşler hazırlamıştır¹⁰². İnsan hakları anlayışındaki bariz değişiklik gerek yasal düzenlemeleri gerekse kurumları şekillendirmeye başlamıştı.

Doğal haklar artık yepyeni bir isimle modern görünüme kavuşmuştu: insan hakları. Gerçekte insan hakları, otoritesini kurarken bir yandan doğal hakları esas alıp diğer yandan onun en temel ilkelerini yok saymıştı. Öncelikle, yürürlükteki yasalarla çelişme pahasına, her insanın doğuştan sahip olduğu hakların varlığı kabulüyle savaş suçlularını yargılayabilmiş ve kanunların da üstünde geçerli bir hukukun olduğunu ileri sürerek doğal hakkı referans almıştı. Bunu yaparken kanunsuz suç ve ceza olmaz gibi temel prensipleri ihlal etmişti. Böylece doğal hakkı, yine onun esas kaidelerini bir defaya mahsus göz ardı ederek yüceltmışti. Bu kutsayıta doğal hak, biline geldiği isim ve kapsamdan sıyrılarak “insan hakkı” vücudunda enkarne edilmişti. Doğal hakkın kavuştuğu bu yeni görünüm, hakkın tasnifine ait bir konsept olarak ortaya çıkmıştır. Zira insan haklarına yönelik yaklaşımlar hakkın ne olduğunu tanımlamaktan ziyade hangi hakların insan hakkı olarak niteleneceği noktasında toplanmıştır. Bu konseptte kilit soru “bir şeyi insan hakkına çeviren şey nedir?”dir.

İnsan haklarına yönelik yaklaşımlardan ortodoks yaklaşıma göre insan hakları sırf insan olmaktan kaynaklanmaktadır. Bu tanım insan haklarını pozitif hukuk sınırlarının ötesine taşıyarak doğal haklara yaklaştırmaktadır. Nitekim pozitif hukuktan bağımsız olarak ideal hakları işaret eden bu yaklaşımda insan hakları, ulusal veya uluslararası bir tanınma şartı aramamaktadır. Bu minvalde insan haklarının evrensel niteliği ortodoks yaklaşımda mündemiçtir. Zira tek başına insan hakları kavramı bile evrenselliği çağrıştırmaktadır. Bu bağlamda belirli bir dine, ırka, etnisiteye mensubiyet aranmadığı gibi zaman ve mekan ile sınırlandırılmaksızın tüm insanlar bu haklara sahiptir.¹⁰³

Öte yandan insanın sahip olduğu tüm hakların insan hakkı olarak kabul edilmediği belirtilmelidir. Nitekim ortodoks yaklaşımın önde gelen düşünürlerinden Alan Gewirth'e göre, insan haklarının tasnifinde ölçüt yasallık değil ahlaki nitelik olmalıdır. Bu durumda dahi ahlaki hakların hepsi insan

¹⁰¹ Salihpaşaoğlu, Yaşar: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.14.

¹⁰² Değirmenci: s.103.

¹⁰³ Pekel, Abdülkadir: İnsan Haklarının Evrenselliğine Kültürel Görecilik İtirazı ve Tartışmayı Uzlaştırma Çabaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s.18-21.

hakkı olarak sınıflandırılmayacaktır; sadece tüm insanlar arasında ahlaki olarak dağıtılması gerekenler insan hakkı kabul edilecektir¹⁰⁴. Görüldüğü üzere Gewirth, insan haklarını ahlaki hakların bir kategorisi olarak incelemektedir. Bu tutum, yeni yaklaşımların hakların tasnifini esas aldığını ve bu tasnifin hangi hakkın insan hakkı sayılacağını belirlemede kriter olarak kullanıldığını göstermektedir. Ortodoks yaklaşımda bir başka sınıflandırmanın daha esas alındığı görülmektedir. Buna göre devlete pozitif bir edim yükleyen ikinci kuşak haklar ile ortaya çıkması belli bir grubun mevcudiyetine bağlı olan üçüncü kuşak haklar insan hakkı sayılmaz¹⁰⁵, zira bu haklar sırf insan olmaktan öte birtakım şartlar gerektirmektedir.

İnsan haklarına yönelik yaklaşımlardan ikincisi pratik odaklı yaklaşımdır. Ortodoks yaklaşıma karşıt olan bu görüş, insan hakları anlayışının II. Dünya Savaşı'ndan sonra büyük ölçüde değiştiğine ve başta Birleşmiş Milletler olmak üzere çeşitli uluslararası kurumların çatısı altında koruma mekanizmaları kurulduğuna dikkat çekmektedir. Neticede oluşan bu yeni sistemi açıklamakta ortodoks yaklaşımın yetersiz kaldığını ileri sürmektedirler. Çünkü insan hakları onların soyut tasavvurundan ötede pratik bir veçhete sahiptir ve bir hakkı insan hakkı olarak niteleyebilmek için pratikte oynadığı rolü dikkate almak gerekmektedir. Bu minvalde evrensel nitelik, ortodoks yaklaşımdaki gibi insan haklarının tanımı gereği ortaya çıkmamakta; söz konusu pratiğe göre belirlenmektedir. Dolayısıyla bir hakkın evrenselliğinden bahsedebilmek, ulusal ve uluslararası ölçekte dünyanın her yerinde kabul edilmiş olmasına bağlıdır.¹⁰⁶

Pratik odaklı yaklaşım, insan haklarının ahlaki boyutunu yok saydığı şeklinde anlaşılmalıdır; bu görüş kişilerin birtakım ahlaki hakları olduğunu kabul etmekle birlikte insan haklarının bu ölçüte göre sınıflandırılmasına itiraz eder¹⁰⁷. Dolayısıyla “bir şeyi insan hakkına çeviren şey nedir?” sorusu bu yaklaşımda hakkın fonksiyonelliği ile cevaplanmaktadır. Diğer bir deyişle bir hakkın, insan hakkı olarak kabul edilebilmesi uluslararası hukukta ne derece etkin olduğuna bağlıdır. Bu doğrultuda insan hakları, devletlerin egemenliğini sınırlayarak bu haklardan birine yönelik ihlal oluştuğunda ilgili devlete yaptırım uygulanmasını mümkün kılmaktadır¹⁰⁸. Elbette söz konusu pratiğin tam anlamıyla uygulama alanı bulması, insan haklarının evrensel kabulüyle daha

¹⁰⁴ Gewirth, Alan: “The Basis and Content of Human Rights”, *Nomos: American Society for Political and Legal Philosophy*, vol.23, 1981, 119-147, s.120.

¹⁰⁵ Pekel: s.21-22.

¹⁰⁶ Pekel: s.22-25.

¹⁰⁷ Çelik, Elif: “İnsan Hakları Teorisindeki Geleneksel, Politik Ve Hukuki Ayrışmalar”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11.2, 2021, 961-996, s.976.

¹⁰⁸ Çelik: “İnsan Hakları Teorisindeki Geleneksel, Politik Ve Hukuki Ayrışmalar”, s.976.

açık bir ifadeyle insan haklarının toplumu yönetmek için mümkün olan en iyi hukuki ve siyasi standartlar olduğu inancının yerleşmesiyle gerçektelecektir¹⁰⁹. Devlet egemenliğini sınırlayan bu yaptırım gücü iki hususun kabulünü gerektirmektedir; ilki bu haklara saygı gösterme ve yerine getirme konusunda devlete birtakım yükümlülüklerin düştüğu, ikincisi ise devletin, bu yükümlülüklerine uyma konusunda diğer devletler tarafından müdahaleye karşı bağışıklık haklarının olmadıđıdır¹¹⁰. Oysa bu kabul, istikrarlı bir dünya tasavvurundan hareket etmektedir ve kozmopolit bir devletin mevcudiyetini varsaymaktadır¹¹¹. Bununla birlikte tüm devletlerin aynı ahlaki kural ve toplumsal normları benimsemeyeceği göz önüne alındığında, işlevsellik, evrensel bir insan hakları tasnifinde ölçüt olarak kullanılamayacaktır.

Bir hakkın insan hakkı olduğu yargısına varmak için kullanılan ölçütler farklılık arz etmekle birlikte tüm yaklaşımların değerlendirmeye aldıđı¹¹² ve günümüzdeki anlamını görece yeni kazanan bir kavram ortaya çıkmaktadır: insan onuru¹¹³. En genel anlamıyla insan onuru, taşıdığı özellikler dolayısıyla diğer canlılardan ayrılan insanın sahip olduğu değerinin farkındalığına işaret eder¹¹⁴. Bununla birlikte kavrama ilişkin birçok soru hala cevaplanamamıştır; çünkü terimi destekleyenler ve eleştirenler, terimin belirsiz olduğunu ve bu nedenle geniş yorumlara açık olduğunu kabul etmektedir¹¹⁵. Öte yandan bugün insan onuru, herkesin eşit haklara sahip olduğu argümanını desteklemek için kullanılmaktadır¹¹⁶ ve söz konusu bağlamsal strüktürüyle insan haklarının kilit kavramı olmuştur. Bu bağlamda II. Dünya Savaşı dönüm noktası olmuştur. Savaş öncesi, insan onuruna ilişkin atıflara pek rastlanmazken, savaştan sonra kavramın kullanımında belirgin bir artış görülmüřtür¹¹⁷. Özellikle, Birleşmiş

¹⁰⁹ Dembour: s.3.

¹¹⁰ Tasioulas, John, "Are Human Rights Essentially Triggers for Intervention?", *Philosophy Compass*, 4.6, 2009, 938-950, s.945.

¹¹¹ Tasioulas: s.946.

¹¹² Çelik: "İnsan Hakları Teorisindeki Geleneksel, Politik ve Hukuki Ayrışmalar".

¹¹³ Çelik, Elif: "İnsan Hakları Hukukunda İnsan Onurunun Yeri ve Rolü", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9.2, 2019, 282-310, s.287.

¹¹⁴ Kuçuradi, İoanna: *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları*, 2.baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2011, s.72.

¹¹⁵ Shultziner, Doron; Carmi, Guy E.: "Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers", *The American Journal Of Comparative Law*, 62.2, 2014, 461-490, s.462.

¹¹⁶ Çelik: "İnsan Hakları Hukukunda İnsan Onurunun Yeri ve Rolü", s.287.

¹¹⁷ Beitz, Charles R: "Human Dignity in the Theory of Human Rights: Nothing but a Phrase?", *Philosophy & Public Affairs*, 41.3, 2013, 259-290, s.264.

Milletler Antlaşması¹¹⁸ ile İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinin¹¹⁹ başlangıç kısmına dahil edilmesinin ardından iç hukukun merkezi kavramı haline gelmiştir¹²⁰. Bilhassa insan onurunun dokunulmaz olduğu ibaresiyle başlayan Alman Anayasası¹²¹ bu anlamda dikkat çekicidir. Zira insan onurunun dokunulmaz olduğuna ilişkin söz konusu madde Alman yakın tarihiyle doğrudan ilişkilidir¹²². II. Dünya Savaşı akabinde hazırlanan anayasa, katliam ve vahşetin kanlı rolüne karşı insan onurunu bir nevi tekrar hatırlatmaktadır. İnsanın sahip olduğu hakların dokunulmaz ve devredilemezliği ile insan onurunu devletin kurucu metninde vurgulamak suretiyle devletin yeni insan hakları anlayışını benimsediğini ortaya koymaktadır. Görüldüğü üzere doğuşuna etki eden olaylar ve hukuka entegre edilmesindeki gayeye matuf olarak insan onurunun öncelikle uluslararası bir konseptte sahip olduğu söylenebilir. Bununla birlikte kavram uluslararası düzenlemelerle sınırlı kalmamış ve ulusal hukukta içselleştirilerek anayasalarda¹²³ yer edinmiştir.

Öte yandan gerek iç hukukta gerekse uluslararası hukukta insan onuru kavramı bütüncül çerçeveye sahip değildir. Örneğin, insan onuruna toplumsal bir değer yargısı, genel ahlak veya kamu düzeni lehine atıfta bulunulan davalarda, kavramın salt hukuki değil, politik boyutu da devreye girmektedir¹²⁴.

¹¹⁸ 26 Haziran 1945 tarihinde imzalanan Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın giriş kısmında insan onuru şu şekilde vurgulanmıştır: “*Bir insan yaşamı içinde iki kez insanlığa tarif olunmaz acılar getiren savaş felaketinden gelecek kuşakları korumaya, temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerine, erkeklerle kadınların ve büyük uluslarla küçük ulusların hak eşitliğine olan inancımızı yeniden ilan etmeye ... istekli olarak, bu amaçları gerçekleştirmek için çaba harcamaya karar verdik.*” https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf , erişim: 01.12.2023.

¹¹⁹ Beyanname'nin önsözünde insan onuruna “*İnsanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan haysiyetin ve bunların eşit ve devir kabul etmez haklarının tanınması hususunun, hürriyetin, adaletin ve dünya barışının temeli olmasına...*” şeklinde yer verilmiştir, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf> , erişim: 01.12.2023.

¹²⁰ Shulztiner: s.461.

¹²¹ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0016, erişim: 30.01.2024.

¹²² Doğan, İlyas: “Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13.2, 2005, 51-59, s.57.

¹²³ Örnek olarak bkz: Afganistan Anayasası m.6 ve m.24; Yunanistan Anayasası m.7 ve m.106, https://web.archive.org/web/20110531153703/http://www.supremecourt.gov.af/PDFFiles/constitution2004_english.pdf; <https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20agglko.pdf>, erişim: 30.01.2024.

¹²⁴ Çelik: “İnsan Hakları Hukukunda İnsan Onurunun Yeri ve Rolü”, s.306.

Bu noktada, söz konusunun atfın gerçekten kişinin değerini korumaya mı yoksa yerleşmiş toplumsal kalıpları muhafaza etmeye mi hizmet ettiği tartiřılabilecektir¹²⁵. Dolayısıyla insan onurunun, insan haklarının temeli hakkında bilgilendirici olamayacak kadar soyut nitelikte olduğu veya yalnızca diğer değerleri açıklamada bir işaret levhası vazifesi gördüğu düşünülebilir¹²⁶. Neticede “insan onuru” kavramının neyi ifade ettiği ve kapsamına hangi değerlerin girdiği konusunda bir konsensüsten bahsetmek mümkün değildir. Zira doğal hakka açıkça dayanmaksızın, tartişmalı bir kavram olan insan onuru üzerinden inşa edilen insan hakları anlayışı “bir Şeyi insan hakkına çeviren Şey nedir?” sorusunu yanıtlanmakta güçlük çekmektedir. Ortodoks yaklaşım insan doğasına gönderme yaparken, pratik odaklı yaklaşım insanın neden bu tür haklara sahip olduğunu sorusuna yine doğal hukukun literatürüyle çözüm bulmaktadır. Bu husus en iyi ifadesini İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin hazırlanmasında rol alan Maritain'in açıklamalarında bulmaktadır: “*insan hakları konusunda bir Őartla anlaşmıştık; kimse neden oldukları sorusunu sormayacaktı*”¹²⁷. Böylece insan hakları yaklaşımı insan onurunu bir aksiyom olarak kabul ederek evrensel, devredilmez ve vazgeçilmez nitelikleri üzerinde daha güçlü bir insan hakları formülasyonu ortaya koymaktadır.

SONUÇ

Hak kelimesinin bizzat etimolojik kökeni hak kavramını aydınlatmakta ve doğal hakların “dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez” niteliğini açıklamaktadır. Antik Yunan'da hak, doğadan damıtılan bir nosyon olarak elde edilmiştir. Diğer bir deyişle insanlar hakkın kapsamını doğayı gözlemleyerek ve akıl yoluyla keşfetmişlerdir. Bu tabii keşif süreci Orta Çağ döneminde “Tanrı'nın kalplerimize yerleştirdiği doğal hukuk” ile son bulmuş ve artık hak Tanrı tarafından bildirilen bir Şeye dönüşerek dışarıda aranılmasından vazgeçilmiştir. Aydınlanma Çağıyla birlikte kilisenin otoritesi sarsılmış ve din dışında neredeyse tüm kurumlardan azledilmiştir. Yerini akıl ve bilimsel bilgi almıştır. Öyle ki hak, ne doğadan damıtılıyor ne de Tanrı tarafından bahşediliyordu; Işıklar Yüzyılında akla uygun bireysel haklar demeti oluşuyordu. Bu yüzyıldaki gelişmeler esasında sekülerizme duyulan özlemin dışa vurumuydu. Zira kilise baskısından kurtulan zihinler aklın gücüne sığınarak ilerliyor ve bireysel hakların ortaya çıkışı tam da bu ana rastlıyordu. Dolayısıyla bireysel haklar, sekülerizm Şafağında bir işık demeti gibi doğuyordu. Fakat bu işık demetinin devrimci potansiyelini fark eden ve devrimle başa gelen yöneticiler bumerangın kaçınılmaz dönüşünden “hukuki pozitivizm”in ardına gizlenerek kurtulmaya

¹²⁵ Çelik: “İnsan Hakları Hukukunda İnsan Onurunun Yeri ve Rolü”, s.306.

¹²⁶ Beitz: s.260.

¹²⁷ Çelik: “İnsan Hakları Teorisindeki Geleneksel, Politik ve Hukuki Ayrışmalar”, s.962.

çalışmıştır. Böylece doğal hukukun düşüşü başlamıştır. Bu düşüş, II. Dünya Savaşı'na kadar sürmüştür.

II. Dünya Savaşı'nın tarihe kara bir leke gibi bıraktığı katliam ve vahşet beraberinde çok ciddi hukuki sorunları getirmişti. Zira kamu vicdanı, yaşanan zulümden hesap sorulmasını istiyor ancak yapılan uygulamalar o dönemde geçerli olan yasalara uygunluk taşıyordu. Dolayısıyla söz konusu uygulamaları suç olarak niteleyecek yasal bir düzenleme bulunmadığından onları tatbik eden kimseler de fail addedilemiyordu. Neticede bu kimseler pozitif hukuka göre yargılanamıyordu. Tam da bu noktada yeni bir formülasyon devreye giriyordu: pozitif hukukun üzerinde bulunan ve tüm dünyada geçerli olan insan hakları anlayışı. Bu anlayış her şeyden önce insan hakkı olarak kabul edilen hakların yürürlükteki mevzuat gerekçe gösterilerek ihlal edilemeyeceğini ortaya koyuyordu. İkinci olarak herhangi bir ihlal halinde devletlerin yargılamadan bağışık olmadığını vurgulayarak ulus üstü bir düzen kuruyordu. Böylece yeni bir düzgüsel sistem oluşturan Nürnberg yargılamaları ile doğal hukukun temel ilkeleri yeniden keşfediliyordu.

Öte yandan yapılan yargılamalar doğal hukukun temel ilkeleri ile açıkça çelişiyordu. Zira yargılama, Mahkemelerin kurulmasından önce işlenmiş ve işlendiği dönemde herhangi bir yasal düzenlemede suç olarak yer almayan fiillere ilişkindi. Bu durum, suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil ediyordu. Bir diğeri fiilin işlenmesinden sonra kurulan Mahkeme önünde yargılama yapılmasıydı ki; doğal yargıç ilkesi göz ardı ediliyordu. Böylece savaş sonrası yargılamalar, doğal hukuka başvururken bir defaya mahsus olarak temel ilkelerini hiçe sayıyordu. Neticede doğal haklar yepyeni isimle modern bir görünüme kavuşuyordu; insan hakları.

İnsan hakları, doğal hak anlayışından farklı biçiminde hakkın tasnifine ilişkin bir konsept olarak ortaya çıkmıştır. Çünkü yeni formülasyon, insanın kullandığı her türlü hakkı insan hakkı olarak kabul etmemektedir. Bu noktada hangi hakların insan hakkı olarak nitelenebileceğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ortodoks yaklaşım, tasnifte ahlaki niteliği ölçüt almaktadır. Ortodoks yaklaşımın ahlaki dayanağını yetersiz gören pratik odaklı yaklaşım ise hakkın pratikte oynadığı rolü dikkate almaktadır. İnsan hakkına yönelik yaklaşımların “bir şeyi insan hakkına çeviren şey nedir?” sorusuna verdiği cevaplar farklılık arz etmekle birlikte, tümünde değerlendirmeye esas bir kavram bulunmaktadır: insan onuru. Kavram, özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında yaygınlık kazanmış ve gerek insan haklarına dair belgelerde gerekse uluslararası antlaşmalarda önemli bir yer edinmiştir. Öyle ki insan onuru günümüz insan hakları anlayışının vazgeçilmez değeri olmuştur. Bu minvalde vazgeçilmez olduğu gibi sorgulanamaz bir nitelik de taşımaktadır; zira insan onuru “insan hakları” adı altında yapılan yeni tasnifin temel hareket noktasına aksiyom olarak yerleştirilmiştir. Böylece temeline sorgulanamayan bir nosyon

yerleştiren insan hakları, oluşturduğu modern formülasyonla hakları tasnif etmeye ve kapsamını belirlemeye devam etmektedir.

KAYNAKÇA

Ağaoğulları, Mehmet Ali: “Fransız Devriminde Birey-Devlet İlişkisi (1789-1794)”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 44.03, 1989, 198-228.

Ağaoğulları, Mehmet Ali: “Halk ya da Ulus Egemenliğinin Kurumsal Temelleri Üzerine Birkaç Düşünce”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 41.1, 1986, 131-152.

Aktaş, Sururi: “İdeal Hukuk Kavramı Üzerine.” *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, 13.3-4, 1-21.

Aybay, Rona: “Uluslararası Mahkemeler ve Bireylerin Ceza Sorumluluğu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Köksal Bayraktar’a Armağan, C 9*, 2010, 125-150.

Aybay, Rona: İnsan Hakları Hukuku, 1.baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015.

Balan, Arzu: “Orta Yolcu Bir Formül Olarak Radbruch Formülü”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 8.1, 2018, 69-89.

Beitz, Charles R: “Human Dignity in the Theory of Human Rights: Nothing but a Phrase?”, *Philosophy & Public Affairs* , 41.3, 2013, 259-290.

Berber, Yunus Emre: “İnsan Haklarında Hümanizmin ve Liberalizmin İzleri”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2022-2, 2022, 315-358.

Bix, Brian H.: “Doğal Hukuk: Modern Gelenek”, çev. Ertuğrul Uzun, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6.2, 291-344.

Bulut, Nihat: “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış.” *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12.3-4, 2008, 1-12.

Copleston, Frederick: *Aydınlanma*. Vol. 1. İdea Yayınevi, 2022.

Coşkun, Vahap: İnsan Hakları Liberal Açıdan Bir Tahlil, Liberte Yayınları, Ankara, 2006.

Çeçen, Anıl: İnsan Hakları, 5.baskı, Astana yayınları, Ankara, 2020.

Çelik, Elif: “İnsan Hakları Hukukunda İnsan Onurunun Yeri ve Rolü”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9.2, 2019, 282-310.

Çelik, Elif: “İnsan Hakları Teorisindeki Geleneksel, Politik ve Hukuki Ayırışmalar”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11.2, 2021, 961-996.

Çetin, Halis: “Liberalizmin Temel İlkeleri”, *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 2.1, 2001, 219-237.

Çüçen, Kadir: “Batı Aydınlanmasının Düşünsel Kökenleri ve Eleştirisi”, *Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2013, 25-34.

Değirmenci, Rıdvan: Meşruiyet ve Hukukilik Çerçevesinde Saf Hukuk Kuramı, Astana Yayınları, Ankara, 2021.

Değirmencioğlu, Burcu: “Klasik Egemenlik Anlayışında Bir Kırılma: ‘Pozitif Yükümlülük Doktrini’ ve Türkiye’ye Yansıması”, *İnsan Hakları Yıllığı* 39.1, 2021, 55-104.

Değirmencioğlu, Burcu: Westphalian Modelden Bugüne Egemenliğin Dönüşümü Bağlamında Yeni Dünya Düzeninin İnşası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Dembour, Marie-Bénédicte: “What Are Human Rights? Four Schools of Thought”, *Hum. Rts. Q.*, 32, 2010, 1-20.

Develioğlu, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 13.Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara, 1996.

Doğan, İlyas: “Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13.2, 2005, 51-59, s.57.

Douzinas, Costas: İnsan Hakları ve İmparatorluk, 1.Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017.

Duman, Olcay Özkaya: “Tarih Bilimi ve Bilgisi Açısından Aydınlanmadan Günümüze Sorularla Tarih Felsefeleri ve Kavrayışları”, *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 7, 2010, 51-69.

Erdal, Selcen: Uluslararası Ceza Mahkemesinin Ulus-Devlet Egemenliğine Etkisi (Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2010.

Erdoğan, Mustafa: Liberal Toplum Liberal Siyaset, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1998.

Eren, Leyla Gizem: “Mitlerin Kendini Yeniden Üretimi: Aydınlanma Felsefesinden Aydınlanma Projesine”, *Başkent Üniversitesi Ticari Bilimler Fakültesi Dergisi* 1.1, 2017, 115-129.

Eren, M. Yusuf: “Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar”, *Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1. 2, 2013, 7-37.

Eyigün, Canan: “Kant'ın ve Foucault'un Gözünden Aydınlanmaya Bakmak”, *Etkileşim*, 2019, 3: 142-154.

Garaudy, Roger: *Yobazlıklar*, 4.baskı, Türk Edebiyatı Yayınları, İstanbul, 2017.

Gewirth, Alan: “The Basis and Content of Human Rights”, *Nomos: American Society for Political and Legal Philosophy*, vol.23, 1981, 119-147.

Gökberk, Macit: *Felsefe Tarihi*, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1996.

Göze, Ayferi: *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Heywood, Andrew: *Siyaset*, çev. Bekir Berat Özipek vd., Ankara, 2013.

Horkheimer, Max, Adorno, Theodor W.: *Dialectic of Enlightenment*, ed. Gunzelin Schmid Noerr, çev. Edmund Jephcott, Stanford University Press, 2002.

İrde, Mesut: “Türkçe Felsefe Sözlüklerinde Rasyonalizm Nedir?”, *Anadolu Akademi Sosyal Bilimler Dergisi*, 5.1, 2023, 117-124.

Kant, Immanuel: “Aydınlanma Nedir?” Sorusuna Yanıt (1784), Seçilmiş Yazılar, çev. Nejat Bozkurt, İstanbul, Remzi Kitabevi Yayınları, 1984.

Kuçuradi, İoanna: *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları*, 2.baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2011.

Küçükali, Rıdvan/ Hasibe Akbaş: “Bir Haklılaştırma Zemini Olarak Doğal Hukuk”, *MSKU Eğitim Fakültesi Dergisi* 3.1, 2016, 64-73.

Lacombe, Olivier/ Karasan, Mehmet: “Hayat”, *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi*, 2.5, 2017, 743-752.

MacCormick, Neil: “Doğal Hukuku Yeniden Ziyaret (Kitap Değerlendirmesi: John Finnis, Doğal Hukuk ve Doğal Haklar)”, çev. Şule Şahin Ceylan, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 64.3, 2015, 915-930.

Ögcem, Ergin: “Akıl-Vahiy İlişkinde Bir Denge Filozofu (Aydınlanma Çağının Farklı Bir Yüzü Olarak John Toland)”, *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, 2019, 8.4: 3372-3389.

Özmen, Seda: “Orta Çağ Avrupa'sında İnsan Hakları”, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi* 6.10, 2023, 143-164.

Pagden, Anthony: *The Enlightenment and Why It Still Matter?*. New York: Random House Publishing Group, 2013.

Parlak, İsmet, Öztürk, Enis: “Bireyler ve Birey Olamayan Bireyler: Liberalizm ve 19. Yüzyılın Çelişkileri”, *Mülkiye Dergisi* 42.4, 2018, 565-592.

Parlak, Türkan Melis: “Galiplerin Adaleti Nürnberg ve Tokyo Askeri Ceza Mahkemeleri”, *Anadolu Bil Meslek Yüksekokulu Dergisi* 37, 2015, 137-153.

Pekel, Abdülkadir: *İnsan Haklarının Evrenselliğine Kültürel Görecilik İtirazı ve Tartışmayı Uzlaştırma Çabaları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

Salihpaşaoğlu, Yaşar: “Mutlak Monarşiye Laik Savunma: Tevratın Canavarı Leviathan”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 62.3, 2013, 819-854.

Salihpaşaoğlu, Yaşar: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Saygılı, Abdurrahman: *Kutsallık ile Rasyonellik Sarkacında Devlet, İmaj Yayınevi, Ankara, 2014.*

Shulztiner, Doron; Carmi, Guy E.: “Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers”, *The American Journal Of Comparative Law*, 62.2, 2014, 461-490.

Sunay, Reyhan: *Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları*, Çizgi Kitabevi, Konya, 2013.

Şahin, Mehmet: “Nürnberg Mahkemeleri Üzerine Bir İnceleme”. *Aksaray Üniversitesi İ.İ.B.F.* 2.1, 2010, 49-61.

Şenşekerci, Erkan: “Avrupa’da Işıklar Yüzyılı ve Siyasetin Özerkleşmesi”, *Uludağ Üniv. Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi*, 2005.

Tarnas, Richard: *Batı Düşüncesi Tarihi-1: Antik Yunan'dan Modern Döneme (Cilt I)*. çev. *Yusuf Kaplan*, İstanbul, Külliyat Yayınları, 2011.

Tasioulas, John, “Are Human Rights Essentially Triggers for Intervention?”, *Philosophy Compass*, 4.6, 2009, 938-950.

Türe, Fatih: “İnsan Haklarının Normatif Kökeni”, *Mugla Sıtkı Kocman University Journal of Social Sciences* 32 2014, 149-161.

Wacks, Raymond: *Hukuk Kuramını Anlamak*, çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver, Serdar Ünver, Astana yayınları, Ankara, 2016,

Yeşilçayır, Celal: “Hugo Grotius'un Doğal Hukuk Düşüncesine Kazandırdığı Paradigmatal Dönüşüm”, *FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi* 30, 2020, 241-258.

https://ansiklopedi.tubitak.gov.tr/ansiklopedi/liberalizm_siyaset_bilimi , erişim: 24.11.2023.

<https://avalon.law.yale.edu/wwii/moscow.asp> , erişim: 26.11.2023.

https://diabgm.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2622020084918zcansu_orhan.pdf, erişim: 20.06.2023.

<https://encyclopedia.usmmm.org/content/tr/article/international-military-tribunal-at-nuremberg>, erişim: 26.11.2023.

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0016, erişim: 30.01.2024.

<https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20aggliko.pdf>, erişim: 30.01.2024.

https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf, erişim: 01.12.2023.

<https://islamansiklopedisi.org.tr/hakkaklik>, erişim: 07.06.2023.

<https://jimithekewl.com/2008/12/06/sapere-aude/>, erişim: 24.11.2023.

<https://voicesofdemocracy.umd.edu/fdr-the-four-freedoms-speech-text/> , erişim: 27.11.2023.

<https://www.etimolojiturkce.com/arama/hak>, erişim: 07.06.2023.

<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf>, erişim: 01.12.2023.

<https://www.nisanyansozluk.com/kelime/hak>, erişim: 07.06.2023.

https://web.archive.org/web/20110531153703/http://www.supremecourt.gov.af/PDFFiles/constitution2004_english.pdf, erişim: 30.01.2024.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN ÜLKE DIŞINDA UYGULANMASI ve 56. MADDE: AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN “SÖMÜRGE KAYDI”YLA İMTİHANI

EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND ARTICLE 56: TEST OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS WITH “COLONIAL CLAUSE”

Araştırma Makalesi

*Damla AKKAYA**

ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer bakımından uygulamaya ilişkin iki düzenleme bulunmaktadır. Konuyla ilgili genel düzenleme 1. maddede yer almaktadır. “Sömürge kaydı” olarak da bilinen 56. Madde ise taraf devletlerin uluslararası ilişkilerinden sorumlu oldukları ülkelere ilişkin olan düzenlemedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1. madde çerçevesinde Sözleşme'nin ülke dışı uygulanmasını kabul etmektedir. Buna karşın 56. madde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, taraf devletlerin uluslararası ilişkilerinden sorumlu oldukları ülkeleri Sözleşme koruması dışında bırakacak şekilde

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: damlayildirim@gmail.com. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-9928-735X>.

Makale Geliş Tarihi: 28.09.2023
Makale Kabul Tarihi: 25.10.2023

yorumlanmaktadır. Adil olmadığı Mahkeme tarafından da kabul edilen bu durum Mahkemenin 1. madde ve ülke dışı uygulamaya ilişkin bakış açısıyla uyum göstermemekte, sömürgecilik döneminin siyasi ve hukuki kalıntılarını günümüze taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: yetki, ülke dışı uygulama, sömürge kaydı, etkin kontrol, yer bakımından uygulama

ABSTRACT

There are two provisions regarding territorial application in the European Convention on Human Rights. General rule of territorial application is regulated by Article 1. As to Article 56, also known as the "colonial clause", it is the regulation regarding the territories for whose international relations a state party is responsible. The European Court of Human Rights recognizes the extraterritorial application of the Convention within the framework of Article 1. On the other hand, Article 56 is interpreted by the European Court of Human Rights in a way that excludes from the protection of the Convention the territories for whose international relations the party states are responsible. This situation, which was accepted by the Court itself as unfair, does not comply with the Court's perspective on Article 1 and extraterritorial application, and carries the political and legal remnants of the colonial period to the present day.

Keywords: jurisdiction, extraterritorial application, colonial clause, effective control, territorial application

GİRİŞ

Andlaşmaların yer bakımından uygulanması meselesi, insan hakları sözleşmelerinde koruma yükümlülüğünün mekansal kapsamının belirlenmesi açısından oldukça önemlidir. Andlaşmalar hukukunda geçerli olan kural, andlaşmadan farklı bir niyet anlaşılmadığı sürece bir andlaşmanın taraf devletin ülkesinin tamamında uygulanacağıdır.¹ Avrupalı devletler sömürge toprakları bakımından bu kuraldan kaçınmak amacıyla, II. Dünya Savaşından sonra başlattıkları bir uygulamayla, tarafı oldukları kimi andlaşmalara, kendi sömürge topraklarını bu andlaşmaların uygulaması dışında tutmalarına imkân tanıyan çeşitli hükümler eklemeye başlamışlardır. Bu hükümler literatürde "sömürge kaydı" olarak bilinmektedir.

¹¹ Bkz. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, Madde 29. Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 UNTS 331.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi²³ de sömürge kaydı içeren andlaşmalardan biridir. Sözleşme'nin “Ülkesel Uygulama” başlıklı 56. Maddesinin (eski 63. Madde) 1. fıkrasına göre “Her devlet, onaylama sırasında veya daha sonra herhangi bir zamanda, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne göndereceği bir bildirimle bu Sözleşme'nin, uluslararası ilişkilerinden sorumlu olduğu bütün ülke topraklarına veya bunlardan herhangi birine, bu maddenin 4. fıkrası saklı kalmak kaydıyla, uygulanacağını beyan edebilir.”⁴ Sözleşme'de, “uluslararası ilişkilerinden sorumlu olduğu ülke” ifadesi; “sömürge” (*colony*) ya da “ana vatan ülkesi olmayan bölge” (*non-metropolitan territory*) gibi daha dar kapsamlı kavramların yerine kullanılmıştır ve herhangi bir özel hukuki statü ya da ünvandan bağımsız olarak tüm bağlı toprakları (*dependent territory*) kapsayan bir nitelik arz etmektedir.⁵

Birleşik Krallık'ın yoğun baskıları sonucunda Sözleşme'ye dâhil edilen 56. madde, yer bakımından uygulamaya ilişkin AİHS'deki tek düzenleme değildir. AİHS'nin yer bakımından uygulanmasına ilişkin asıl düzenleme 1. maddedir ve bu düzenlemeye göre “Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetkileri dâhilinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.” Taraf devletler, bu madde uyarınca, kural olarak, Sözleşme'den kaynaklanan koruma yükümlülüklerini, yetkileri altında bulunan herkese sunmakla mükelleftirler.

Doktrinde, “yetki” kavramının Sözleşme bakımından ne anlama geldiğine ilişkin bir görüş birliği bulunmamaktadır.⁶ Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi⁷ kararları, “yetkisi dâhilinde bulunma”nın, “ulusal toprakları içinde” bulunma anlamına gelmediği konusunda istikrarlıdır.⁸ Bu yorum Sözleşme'nin

² Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950, 213 UNTS 221.

³ Bundan sonra AİHS veya Sözleşme olarak belirtilecektir.

⁴ Çalışmada okuyucuya kolaylık sağlaması amacıyla ekseriyetle “56. madde” olarak ifade edilen düzenleme esasen 56. maddenin 1. fıkrası olup, aksi belirtilmedikçe diğer fıkralar kastedilmemiştir.

⁵ Bkz. X v. Belçika (Com.), BN. 1065/61, KT. 30/5/1961, 1961 Y.B. Eur. Conv. on H.R. 260, s. 266. Çalışmada da “uluslararası ilişkilerinden sorumlu olunan ülke” kavramı yerine zaman zaman “deniz aşırı ülke”, “sömürge toprakları”, “bağlı toprak” gibi ifadeler kullanılarak somut olayın bağlamına göre hareket edilmiştir.

⁶ Duttwiler, Michael: “Authority, Control and Jurisdiction in the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights”, Netherlands Quarterly of Human Rights, C. 30, S. 2, 2012, s. 138.

⁷ Bundan sonra AİHM veya Mahkeme olarak belirtilecektir.

⁸ European Court of Human Rights: “Guide on Article 1 of the European Convention on Human Rights”, 31.8.2022, s. 7. (https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_1_eng. Erişim: 20.9.2023).

ülke dışı uygulanabilirliğini beraberinde getirmiştir. Bugün gelinen noktada taraf devletlerin kendi ülkeleri dışında gerçekleştirdikleri veya buralarda sonuç doğuran kimi fiillerinden Sözleşme kapsamında sorumlu oldukları AİHM tarafından kabul edilmektedir.

Bu çalışmanın amacı 56. maddeye tâbi topraklarda Sözleşme'nin yer bakımından uygulanıp uygulanamayacağına AİHM'nin ülke dışı uygulamaya ilişkin 1. madde içtihatları çerçevesinde incelenmesi ve gelecekteki olası uyuşmazlıklar bakımından konuya ışık tutulmasıdır. Çalışmada 56. maddenin özellikle ülke dışı uygulamaya ilişkin içtihatlar çerçevesinde incelenmesinin iki sebebi bulunmaktadır. Bunlardan ilki Mahkemenin Sözleşme'nin koruma alanını gün geçtikçe genişleten ülke dışı uygulamaya ilişkin içtihatlarıyla 56. madde içtihatları arasındaki tezatlığın daha net ortaya konulmasıdır. İkinci sebep ise uluslararası ilişkilerinden sorumlu olunan ülkelerin, sorumlu taraf devletlerin ana vatan ülkeleri olmamaları nedeniyle Mahkeme tarafından söz konusu devletlerin ülkesel yetkisi dâhilinde değerlendirilmiyor olmasıdır. 56. madde topraklarını taraf devletlerin ülkesel yetki alanlarından dışlayan bu tutum, bu topraklarda işlenen fiillerden doğabilecek sorumluluğun yalnızca ülke dışı yetki kullanımı durumunda mümkün olmasını zorunlu kılmaktadır. Çalışmada 56. madde tüm bu veriler ışığında detaylı olarak incelenerek, bugün için AİHM'nin, uluslararası ilişkilerinden sorumlu olunan ülkelerde gerçekleşen fiiller bakımından ülke dışı yetki kullanımı temellerini kabul etmediği ve bu toprakları dünyanın hiçbir bölgesine yapmadığı şekilde Sözleşme'nin koruma alanı dışında bıraktığı tespit edilecek ve buna ilişkin eleştirilerde bulunulacaktır.

1. 56. Maddenin Hazırlık Çalışmaları (*Travaux Préparatoires*)

Andlaşmaların yorumu bakımından esasen yardımcı araç niteliğinde olan hazırlık çalışmaları (*travaux préparatoires*) 56. maddenin yorumu bakımından oldukça önem arz etmektedir. Bunun sebebi AİHM'in 56. madde kararlarında sıklıkla düzenlemenin Hazırlık Çalışmaları'na başvurmuş olmasıdır. Dolayısıyla Hazırlık Çalışmaları'na ilişkin verilecek ön bilgi, Mahkemenin yapmış olduğu yorum faaliyetinin değerlendirilmesinde kolaylık sağlayacaktır.

AİHS'ye ilişkin ilk çalışma Avrupa Hareketi tarafından 1949 yılında kaleme alınan otuz iki sayfalık Taslak Sözleşme'dir. AİHS'de pek çok emaresi görülen bu ilk Taslakta, yer bakımından uygulamaya ilişkin olarak, düzenlenen hakların her bir taraf devletin "ülkesindeki bütün kişilere" sağlanacağı ifade edilmişti.⁹ İlerleyen zamanlarda İstişare Meclisi Hukuk Komitesi (İMHK)

⁹ Bkz. "Draft European Convention on Human Rights submitted by the European Movement to the Committee of Ministers of the Council of Europe in July 1949" (Doc. INF/5/E/R s. 5-6), Preparatory Work on Article 63 of the European Convention on Human Rights, 2 March

tarafından tavsiye edilen metinde ise, üye devletlerin “Sözleşme’den kaynaklanan hakları, ülkelerinde ikamet eden herkese sunmayı” garanti edeceği ifadesi yer aldı.¹⁰ Bununla birlikte, tavsiye edilen metne ek raporda İMHK, Komite üyelerinin çoğunluğunun Sözleşme’de yer alacak hakların yalnızca üye devletlerin ana vatan ülkelerinde ikamet eden kişiler açısından değil, denizaşırı ülkelerde ve sömürge topraklarında ikamet eden kişiler bakımından da garanti edilmesi gerektiğini düşündüğünü belirtti.¹¹ Bu çerçevede Komite, Taslak 1. maddede yer alan “ülke” (*territory*) kavramını bilinçli olarak kullanmış, “ana vatan ülkesi” (*metropolitan territory*) gibi ifadelerle kavramın kapsamını daraltmak istememişti.¹²

Eksperler Komitesi tarafından yapılan görüşmelerde ise, aynı dönemde Birleşmiş Milletler çatısı altında Hazırlık Çalışmaları yürütülen Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmesi Taslağı¹³’nın 2. maddesinde yer alan “*Her bir taraf devlet işbu Sözleşme’de tanımlanan hakları kendi yetkisi dahilinde bulunan tüm bireylere sağlamayı garanti eder.*” ifadesi benimsendi. Bu çerçevede hazırlanan yeni Rapor ve Taslak’ta, Sözleşme’de yer alacak hakların, taraf devletlerin yetkisi altında bulunan tüm kişiler bakımından garanti edilmesi gerektiği belirtildi.¹⁴ Eksperler Komitesi’ne göre bu değişikliğin nedeni, Sözleşme’nin korumasından faydalanacak kişilerin kapsamını olabildiğince genişletmek ve “ikamet”, “oturma” gibi her ülkenin iç hukukunda farklılıklar gösterebilecek kavramlardan mümkün olabildiğince kaçınmaktı.¹⁵

1978, s. 2. ([https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour\(78\)8_eng.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour(78)8_eng.PDF), Erişim: 20.9.2023).

¹⁰ Bkz. “Report of the Legal Committee to the Consultative Assembly, 5 September 1949” (Doc. AS (1) 77), Preparatory work on Article 63 of the European Convention on Human Rights, 2 March 1978, s. 6.

([https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour\(78\)8_eng.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour(78)8_eng.PDF), Erişim: 20.9.2023).

¹¹ *Ibid.* s. 5.

¹² Schabas, William A.: “The European Convention on Human Rights, A Commentary”, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 84.

¹³ UN Economic and Social Council, “Draft International Covenant on Human Rights”, UN Doc. E/1371(SUPP)-E/CN.4/350, s. 27-51. (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/005/22/PDF/GL900522.pdf?OpenElement>. Erişim: 20.9.2023).

¹⁴ Bkz. “Draft Text of the First Section of a Draft Convention based on the Work of the Consultative Assembly, 7 February 1950” (Doc. A 809, s. 2), Preparatory Work on Article 1 of the European Convention on Human Rights, 31 March 1977, s. 35. ([https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART1-COUR\(77\)9-EN1290551.PDF](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART1-COUR(77)9-EN1290551.PDF), Erişim: 20.9.2023).

¹⁵ “Preliminary Draft Report of the Committee of Experts to the Committee of Ministers, 24 February 1950” Doc. CM/WP 1 (50) 1 s. 5-8, 9, 10, 12 ve 21), Preparatory work on Article 1 of

1. maddenin bu şekilde düzenlenmesi, 63. maddenin kaleme alınmasıyla mümkün oldu. Sözleşme'nin sunduğu korumanın taraf devletlerin ana vatan ülkeleri dışındaki topraklarında ne şekilde uygulanacağını düzenleme iddiasında olan 63. madde, Sözleşme görüşmelerinin en başından itibaren sömürge kaydı içermeyen bir metni kabul etmeyeceğini ifade eden Birleşik Krallık'ın baskıları sonucunda Sözleşme metnine dahil edildi.¹⁶

Birleşik Krallık'ın öncüsü olduğu 63. madde, Danışma Meclisi toplantılarında çoğunlukla eleştiri konusu oldu. Çeşitli temsilciler, düzenlemenin, üye devletlerin yetkileri altında bulunan topraklarda Sözleşme'nin sağladığı koruma açısından ayrımcılık yapmalarına imkan sağlayacak nitelikte olduğunu ve hem İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi¹⁷'nde yer alan genel ilkelerle hem de Sözleşme'nin 1. maddesiyle çeliştiğini ileri sürdüler.¹⁸ Düzenlemeye ilişkin oylamayı bu şartlar çerçevesinde gerçekleştiren Danışma Meclisi, düzenlememenin Taslak Sözleşme'den tamamen çıkarılmasını tavsiye etti.¹⁹

Birleşik Krallık Dışişleri Bakanı konuyla ilgili yaptığı açıklamada, ileri sürülen endişelerin yersiz olduğunu ve 63. maddenin, herhangi bir devletin gizli emellerinin gerçekleştirilmesi amacını taşımadığını belirtti. Her sömürge sisteminin yerli kabile şeflerinin himayesindeki farklı kademelerden oluştuğunu ifade eden Bakan, farklı gelişmişlik kademesindeki bu yerlerde Sözleşme'nin tekdüze şekilde uygulanmasının hem pek çok yerde soruna neden olacağını hem de sömürge idaresinin gelişimine ket vuracağını ileri sürdü. Buna ek olarak İngiliz Bakan, 63. maddede açık bir şekilde her bir taraf devletin herhangi bir

the European Convention on Human Rights, 31 March 1977, s. 40. ([https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART1-COUR\(77\)9-EN1290551.PDF](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART1-COUR(77)9-EN1290551.PDF), Erişim: 20.9.2023).

¹⁶ Bates, Ed: "The Evolution of the European Convention on Human Rights", Oxford University Press, Oxford, 2010, s. 93.

¹⁷ UN General Assembly, "Resolution 217(III), International Bill of Human Rights", UN Doc. A/RES/217(III), 1 January 1948. (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/043/88/pdf/NR004388.pdf?OpenElement>. Erişim: 20.9.2023).

¹⁸ "Report of the Sitting of the Consultative Assembly, 25 August 1950" (Rep, 1950, III, s. 938 ve 940), Preparatory Work on Article 63 of the European Convention on Human Rights, 2 March 1978, s. 31. ([https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour\(78\)8_eng.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour(78)8_eng.PDF), Erişim: 20.9.2023).

¹⁹ "Explanatory Note by the Secretariat General on the Assembly's Recommendation No. 24, 5 September 1950" (Doc CM (50) 57, s. 4), Preparatory Work on Article 63 of the European Convention on Human Rights, 2 March 1978, s. 36. ([https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour\(78\)8_eng.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour(78)8_eng.PDF), Erişim: 20.9.2023).

zamanda Sözleşme’yi uluslararası ilişkilerini yürüttüğü bütün ülke topraklarına genişletebileceğinin düzenlediğini ve bu genişlemenin mümkün olan en kısa zamanda sağlanmasının herkes açısından bir görev niteliğinde olduğunu ifade etti.²⁰

Sonuç olarak 63. madde Sözleşme bünyesinde yer aldı ve “(1) Her devlet, onaylama sırasında veya daha sonra herhangi bir zamanda, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne göndereceği bir bildirimle bu Sözleşme’nin, uluslararası ilişkilerinden sorumlu olduğu bütün ülke topraklarına veya bunlardan herhangi birine uygulanacağını beyan edebilir. ...” şeklinde kaleme alındı. Sözleşme’ye Ek 11 No.lu Protokol ile madde numarası 56 olarak değişen düzenlemeye, “bu maddenin 4. fıkrası saklı kalmak kaydıyla” ibaresi ve “Ülkesel Uygulama” başlığı eklenerek düzenleme günümüzdeki halini aldı.

2. AİHS Organları Kararlarında Ülke Dışı Uygulama ve Sömürge Kaydı

2.1. Komisyon Kararları

Sözleşme yürürlüğe girdiği zaman geçerli olan “eski” sistemde Mahkemenin yeri oldukça sınırlı olduğundan²¹, 1. maddeye ilişkin inceleme ve yorumlar 1990’ların başına kadar çoğunlukla Avrupa İnsan Hakları Komisyonu²² tarafından gerçekleştirilmiştir. Komisyonun, 56. maddeye ilişkin değerlendirmelerde bulunduğu ilk karar X v. Belçika Kararı²³’dır. Davanın başvurucuları, Belçika Kongosu ve Ruanda-Urundi’de Belçika egemenliğinin sona ermesi ve bu ülkelerin bağımsızlıklarının tanınması sebebiyle uğradıklarını iddia ettikleri mülkiyet kaybının Sözleşme’nin ihlali anlamına geldiğini ileri süren üç Belçika vatandaşı ve bunlardan ikisinin hissedarı olduğu bir şirketti. Başvuranlara göre, Belçika Kongosu, Belçika’nın ana vatan topraklarının ayrılmaz bir parçasıydı ve bu nedenle de AİHS bu topraklarda hiçbir 56. madde beyanı gerekmezdi. Dolayısıyla başvurucuların ihlal edildiğini iddia ettikleri hak ve

²⁰ “Report of the Sitting of the Consultative Assembly, 25 August 1950” (Rep, 1950, III, s. 942), Preparatory Work on Article 63 of the European Convention on Human Rights, 2 March 1978, s. 33-34. ([https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour\(78\)8_eng.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour(78)8_eng.PDF), Erişim: 20.9.2023).

²¹ Yaklaşık kırk beş yıl yürürlükte kalan eski denetim mekanizmasıyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Salihpaşaoğlu, Yaşar: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller”, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 31-35.

²² Bundan sonra “Komisyon veya AİHK” olarak belirtilecektir.

²³ Bkz. *dn. 5*.

özgürlüklerinin korunması, bu topraklar bakımından Belçika'nın sorumluluğu altındaydı.²⁴

AİHK, kabul edilebilirlik incelemesinde, Belçika Parlamentosu'nun 1953-1955 yılları arasında AİHS'nin uygulanmasının denizaşırı topraklara genişletilmesi meselesini tartışmış olduğunu ve bu durumun, Belçika'nın sömürge topraklarını ana vatan ülkesinin bir parçası olarak değerlendirmede anlamına geldiğini belirtti.²⁵ 56. madde bildirimının etkisini ise taraf devletin yetkisinden ziyade kendi yargı yetkisi bakımından değerlendiren Komisyon, bu bildirim yapılmadığı topraklar bakımından AİHK'nin yer bakımından yetkisiz olduğunu ifade etti²⁶ ve konuya ilişkin değerlendirmesini burada noktaladı.

Görüldüğü üzere Komisyon'un bu ilk kararında başvurular, ihlallerin gerçekleşmiş olduğunu iddia ettikleri toprakların Belçika'nın ana vatan ülkesine dâhil olduğunu iddia etmiştir. Dolayısıyla hakkında 56. madde bildirim yapılmamış olan uluslararası ilişkilerinden sorumlu olunan ülkelerde Sözleşme'nin uygulanma ihtimali tartışma konusu olmamıştır. Komisyon da bu bakış açısıyla uyumlu olarak Sözleşme'nin 1. maddesi çerçevesinde bir tartışma yapmamıştır. Sonuç olarak kararda, taraf devletlerin uluslararası ilişkilerinden sorumlu oldukları ülkelerin, bu devletlerin 1. madde anlamında yetkisi altında kabul edilip edilemeyeceğine ve 56. maddenin 1. maddeyle olan ilişkisine dair herhangi bir tespit bulunulmamıştır.

Komisyonun, 1. madde anlamında yetki ve ülke dışı uygulamaya ilişkin ilk değerlendirmesi ise X v. Federal Almanya Cumhuriyeti Kararı²⁷ çerçevesinde gerçekleşmiştir. Söz konusu başvuruda, başvuru sahibi Alman vatandaşı X, Fas'ta gerçekleşen ve X'in Fas'tan sınır dışı edilmesini de kapsayan bir dizi fiilin, o sırada Fas'ta görevli olan Alman konsolosluk görevlileriyle olan kişisel husumeti nedeniyle gerçekleştiğini, bu nedenle bu fiillerden Federal Almanya'nın sorumlu olduğunu ileri sürdü.²⁸ Komisyon, bu iddiaları dayanaktan yoksun bulunduğu için başvuruyu reddetti. Ancak konuyla ilgili olarak "*taraf devletlerin uyruklarının, belirli açılardan, ülke dışında oturmaları veya ikamet etmeleri durumunda dahi söz konusu devletin yetkisi dâhilinde olduğunu*" belirtti.

²⁴ Başvuru, Belçika Hükümeti'ne tebliğ edilmeden, Komisyon tarafından yapılan kabul edilebilirlik incelemesi aşamasında reddedilmiş; bu nedenle Belçika'nın başvuruya ilgili herhangi resmi bir cevabı olmamıştır.

²⁵ Moor, Louise/Simpson, AW Brian: "Ghosts of Colonialism in the European Convention on Human Rights", British Yearbook of International Law, C. 76, S. 1, 2005, s. 166-167.

²⁶ Moor/Simpson: s. 168.

²⁷ X v. Federal Almanya Cumhuriyeti (Com.), BN. 1611/62, KT. 25/9/1965, 1965 Y.B. Eur. Conv. on H.R. 158.

²⁸ Bkz. X v. Federal Almanya Cumhuriyeti, s. 160 ve 162.

Özellikle diplomatik ve konsolosluk temsilcilerinin, temsil ettikleri taraf devletin uyruklarına karşı belirli görevler icra ettiğini belirten Komisyon, bunun, söz konusu devleti Sözleşme bakımından sorumlu kıldığını ifade etti.²⁹

Komisyon X v. Federal Almanya Cumhuriyeti Kararı'nda, koruma yükümlülüğü bakımından ülke dışı yetki kullanımını kabul etmiş görünmektedir. Zira somut değerlendirmede uyruklu ilkesi çerçevesinde kişisel yetki, Sözleşme'nin uygulanması bakımından 1. maddenin aradığı bağı oluşturmak açısından yeterli görülmüştür. Bununla birlikte karardan, taraf devletin uyruklarının her zaman ve her koşulda o devletin yetkisi dâhilinde kabul edildiği anlamı çıkmamaktadır. Aksine, Komisyon burada somut olay çerçevesinde yapılacak değerlendirmeye göre sonuca varılacağını işaret etmiştir.³⁰

Komisyon 1. ve 56. maddeler arasındaki ilişkiye dair ilk değerlendirmesini ise Kıbrıs v. Türkiye Kararı³¹'yla yapmıştır. Karar, Kıbrıs Rum Yönetimi'nin Kıbrıs Cumhuriyeti adına, Kıbrıs Harekâtı sırasında ve sonrasında Ada'da gerçekleşmiş olduğunu iddia ettiği çeşitli olaylar çerçevesinde Türkiye aleyhine AİHM'ye yapmış olduğu devletler arası başvurulara ilişkindir. AİHK tarafından birleştirilerek incelenen söz konusu başvurularla ilgili çeşitli kabul edilemezlik iddiaları ileri süren Türkiye'nin bu iddialarından biri de başvuruya konu olayların Kıbrıs Adası'nda gerçekleşmiş olması nedeniyle Komisyonun başvurularla ilgili olarak yer bakımından yetkisiz olduğuydu. Türkiye, Kıbrıs'ı ne işgal etmiş ne de burada kendi askeri veya sivil yönetimini kurmuştu. Başvuruya konu olayların geçtiği topraklar, Kıbrıs Türkleri tarafından kurulmuş olan yönetimin mutlak yetkisi altındaydı. Dolayısıyla Türkiye'nin bu topraklar açısından yetkisini genişlettiği ileri sürülemezdi. Buna ek olarak Türkiye, Kıbrıs Adası'nın tamamı veya bir bölümünün uluslararası ilişkilerinden de sorumlu değildi. Yani Ada'yla arasında, eski sömürgeci devletler ile deniz aşırı toprakları arasındaki ilişkiyle özdeş bir bağ da bulunmuyordu. Bu nedenle Türkiye'nin başvuruya konu olaylarla ilgili 56. maddeden kaynaklanan bir sorumluluğu olması da mümkün değildi.³²

Türkiye'nin yetkiye ilişkin iddialarıyla ilgili olarak, Komisyon, 1. maddede yer alan “yetkisi dâhilinde” ifadesinin taraf devletlerin “ulusal toprakları içinde” ifadesi ile eşdeğer ve sınırlı olmadığını belirtti. AİHK'ye göre, taraf devletlerin fiili kontrolü ve sorumluluğu altında olan kişiler bakımından

²⁹ Bkz. X v. Federal Almanya Cumhuriyeti, s. 168.

³⁰ Mallory, Conall: “Human Rights Imperialists, The Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights”, Hart Publishing, Oxford, 2020, s. 64.

³¹ Kıbrıs v. Türkiye (Com.), BN. 6780/74 ve 6959/75, KT. 26/5/1975, 2 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 125.

³² Kıbrıs v. Türkiye (Com.), BN. 6780/74 ve 6959/75, s. 130.

Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması yükümlülüğü, bu kişilerin taraf devletin ülkesi dışında bulunmaları durumunda da geçerliydi.³³

56. madde ile ilgili olarak ise, bu maddenin, 1. maddedeki yetki kavramının kapsamını taraf devletlerin ana vatan ülkeleriyle sınırlayacak şekilde yorumlanamayacağını belirten Komisyon, düzenlemenin amacının, aynı zamanda, Sözleşme'nin, ana vatan ülkesi sayılmayan topraklarda mevcut olan muhtariyet ölçüsüne ve bu topraklardaki kültürel ve sosyal farklılıklara göre uyarlanması olduğunu belirtti. Bu bağlamda 56. maddeye tabi olan topraklar doğrudan 1. madde anlamında yetkiden hariç sayılmıyordu.³⁴ Başka bir deyişle Komisyona göre 56. maddenin varlık sebebi, denizaşırı toprakların Sözleşme'nin koruma sistemine dâhil edilip edilmeyeceği kararının yalnızca bu birimlerin bağlı oldukları taraf devletlere bırakılması değildi. Dolayısıyla 56. madde kapsamına giren topraklarda da 1. maddeye ilişkin kurallar uygulama alanı bulabilirdi.

X v. Federal Almanya Cumhuriyeti ve Kıbrıs v. Türkiye kararları incelendiğinde, Komisyonun, 1. madde anlamındaki yetki bakımından iki ilke benimsemiş olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki taraf bir devletin ulusal topraklarında gerçekleşen fiillerin kural olarak o devletin yetkisi dâhilinde varsayıldığıdır. İkinci ilke ise, taraf bir devletin kendi ülke toprakları dışında gerçekleştirdiği fiillerin AİHS çerçevesinde sorumluluk doğurup doğurmayacağını somut olay çerçevesinde belirlenmesi gerektiğidir. Komisyon'un Kıbrıs v. Türkiye Kararı bu ikinci ilkenin 56. madde toprakları bakımından da geçerli olduğunu göstermektedir. Bu durumda taraf bir devletin, hakkında 56. madde bildiriminde bulunmadığı denizaşırı topraklarında bulunan kişi ve mallar üzerinde fiili otorite kullanmasının bu kişi ve malları o devletin 1. madde anlamında yetkisi altına sokabileceği kabul edilecektir. Nitekim 56. madde kapsamındaki bir bildirimle üzerinde ülkesel yetki tesis edilebilen bir ülke ile ilgili böyle bir bildirimde bulunulmamış olması durumunda ilgili taraf devletin 1. madde yetkisinin mevcudiyetinin kabulü, kişisel bağ ile kurulmuş olan ülke dışı yetkinin varlığını zorunlu kılmaktadır.

1990 yılında verilmiş olan Bui Van Thahn ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı³⁵, yukarıdaki paragrafın son cümlesinde yapılan yorumu doğrular niteliktedir. Başvuru konusu Vietnam'dan Hong Kong'a yasadışı yollarla gelerek sığınma başvurusunda bulunan Bui Van Thahn ve arkadaşlarının, Hong Kong hukukunda gerçekleşen değişikliklerin ardından mülteci statülerini kaybetmeleri ve haklarında Vietnam'a iade kararı verilmesidir. Hong Kong o dönemde Birleşik

³³ Kıbrıs v. Türkiye (Com.), BN. 6780/74 ve 6959/75, s. 136.

³⁴ Kıbrıs v. Türkiye (Com.), BN. 6780/74 ve 6959/75, s. 136-137.

³⁵ Bui Van Thahn ve Diğerleri v. Birleşik Krallık (Com.), BN. 16137/90, KT. 12/3/1990, 65 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 330.

Krallık yönetimi altında olduğundan, başvuruçular, haklarında verilen iade kararının AİHS'ye aykırı olduğu iddiasıyla Birleşik Krallık aleyhine AİHM'ye başvurdular.³⁶ O dönemde Birleşik Krallık'ın Hong Kong'a ilişkin herhangi bir 56. madde beyanı bulunmuyordu. Bu durumun farkında olduklarını belirten başvuranlar, Vietnamlı mültecilerin ülkelerine zorla geri gönderilmelerinin esasen Birleşik Krallık'ın konuya ilişkin politikalarının sonucu olduğunu ileri sürdüler. Başvuranlara göre Hong Kong makamları, işlevlerini Birleşik Krallık tarafından alınan kararlar çerçevesinde yerine getiriyordu. Bu nedenle de şikâyet konusu fiiller Birleşik Krallık'ın 1. madde anlamında yetkisi dâhilindeydi.³⁷

Komisyon konuyla ilgili olarak, 1. madde anlamında yetkinin, taraf devletlerin ulusal topraklarıyla sınırlı olmadığını; bununla birlikte, 56. madde çerçevesinde kurulan sistemin, taraf devletlere, Sözleşme'yi ülkesel olarak denizaşırı topraklarını kapsayacak şekilde genişletme seçeneği sunduğunu ifade etti. Komisyona göre bu sistemin temel özelliği, AİHS'nin yer bakımından uygulanmasını denizaşırı topraklara genişleten bir beyan mevcut olmadığı sürece, Sözleşme'nin buralardaki yerel makamların eylemlerine veya ilgili taraf devletin söz konusu topraklara ilişkin sorumluluklarını yerine getirirken uyguladığı politikalara uygulanamaz olmasıydı. Birleşik Krallık'ın Hong Kong'a ilişkin böyle bir bildirimini bulunmadığını belirten AİHK, Hong Kong makamlarının eylemlerinin Birleşik Krallık politikasına dayandığını kabul etse bile başvuruyu inceleme yetkisi olmadığını belirtti ve başvuruyu reddetti.³⁸

Bui Van Thahn Kararı, Komisyonun sahneyi AİHM'ye bırakmadan önce vermiş olduğu esasa ilişkin son 56. madde kararıdır. Komisyon bu kararda Kıbrıs v. Türkiye Kararı'nda benimsemiş olduğu, 1. madde kurallarının 56. madde toprakları bakımından da geçerli olduğu görüşünden uzaklaşmış ve 56. maddenin, AİHS'nin, taraf devletlerin denizaşırı topraklarında gerçekleştirdikleri fiillerine uygulanabilmesini sağlayan bir istisna düzenlemesi olduğu savına yaklaşmıştır. Ancak yine de Komisyonun, ülke dışı yetki kullanımı açısından, ikili bir ayrıma gittiği görülmektedir. Gerçekten de Sözleşme'nin 56. madde topraklarındaki yerel makamların eylemlerine veya ilgili taraf devletin söz konusu topraklara ilişkin sorumluluklarını yerine getirirken uyguladığı politikalara uygulanamayacağını belirten Komisyon, ihlale sebep olan eylemlerin doğrudan uluslararası ilişkilerden sorumlu taraf devletin eylemi sayıldığı durumlarla ilgili herhangi bir açıklama yapmamıştır. Bu durum, bu tür fiillerin 1. madde kapsamında ülke dışı yetki kullanımı olarak kabul edilebileceği anlamına gelebilir. Dolayısıyla 56. maddeye ilişkin bu son kararından yola çıkarak Komisyonun, 56. madde topraklarını 1. madde anlamında yetkinin tamamen

³⁶ Bui Van Thahn ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, s. 331.

³⁷ Bui Van Thahn ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, s. 331-332.

³⁸ Bui Van Thahn ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, s. 333.

dışında saymadığı, dar bir bakış açısıyla da olsa somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiğini işaret ettiği düşünülebilir.

2.2. AİHM Devreye Giriyor

Sözleşme sisteminin değişmesiyle 1990'larda etkinliği artan AİHM de, Soering v. Birleşik Krallık Kararı³⁹ bir kenara bırakılırsa, ilk zamanlarında 1. madde anlamında yetkinin taraf devletlerin ulusal topraklarıyla sınırlı olmadığı konusunda Komisyonla uyumlu bir yaklaşım benimsemiştir.

Soering Davası'nda, başvuru Soering, ABD ve Birleşik Krallık arasında yapılmış olan suçluların iadesine ilişkin anlaşmalar çerçevesinde Birleşik Krallık tarafından hakkında verilmiş olan ABD'ye iade kararına karşı AİHM'ye başvurdu. Soering, iade edilmesi halinde, ABD mahkemeleri tarafından, hakkında idam cezası verileceğini ve bu durumun⁴⁰ iade işlemini gerçekleştirecek olan Birleşik Krallık'ın AİHS'den doğan kimi yükümlülüklerinin ihlali anlamına geldiğini iddia ediyordu.⁴¹

Mahkeme, Sözleşme'nin kapsam bakımından açık bir şekilde ülkesel bir sınır çizdiğini, taraflarca üstlenilen taahhüdün, listelenen hak ve özgürlüklerin devletin yetkisi dâhilindeki kişiler bakımından güvence altına alınmasıyla sınırlı olduğunu belirtti. Mahkemeye göre Sözleşme, taraf olmayan devletlerin eylemlerini düzenlemediği gibi, taraf devletlerin Sözleşme standartlarını diğer devletlere dayatmasını da gerektirmiyordu. Bununla birlikte bu durum, taraf devletlerin iadenin öngörülebilir ve o devletin yetki alanının dışında mağduriyet yaratan tüm sonuçları bakımından sorumluluktan muaf tutulması anlamına gelmiyordu. Nitekim Mahkemeye göre Sözleşme'deki düzenlemeler yorumlanırken, Sözleşme'nin insan hakları ve temel özgürlüklerinin kolektif olarak uygulanmasına yönelik bir andlaşma olarak taşıdığı özel niteliğinin göz önünde bulundurulması gerekiyordu. Bu çerçevede, bir kişinin iade edileceği ülkede maruz kalacağı koşulların, iade kararını verecek olan Sözleşmecî devlet tarafından Sözleşme standartlarına göre değerlendirilmesi gerektiğini belirten Mahkeme, aksi bir durumda taraf devlet açısından Sözleşme çerçevesinde sorumluluk doğacağını ifade etti.⁴²

³⁹ Soering v. Birleşik Krallık, BN. 14038/88, KT. 7/7/1989. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57619>. Erişim: 20.9.2023).

⁴⁰ Soering, ABD'de uygulanan "ölüm hücresi" uygulamasının AİHS'nin 3. maddesine aykırı olduğunu iddia etmiştir.

⁴¹ Soering v. Birleşik Krallık, para. 76.

⁴² Soering v. Birleşik Krallık, para. 86, 87 ve 91.

Soering Davası'nda esasen ülke dışı yetki kullanımı mevzu bahis değildir.⁴³ Birleşik Krallık kendi ülkesinde bulunan bir kişiyle ilgili, ancak kişi üzerindeki sonuçları ülke sınırları dışında ve başka bir devlet eliyle etki doğuracak bir tasarrufla bulunmuştur. Dolayısıyla karar tam olarak AİHS'nin ülke dışı uygulanması meselesi hakkında değildir. Bununla birlikte Mahkeme ilk kez bu kararda 1. madde anlamında yetkiyi "esasen" ülkesel olarak algıladığının işaretini vermiş ve fakat buna ilişkin detaylı tartışmaları ilerleyen yıllara bırakmıştır.

Soering Kararı ile hemen hemen aynı zamanlarda başvurusu yapılan Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya Kararı⁴⁴, Mahkemenin 1. madde anlamında yetkiyi tartıştığı kararı Komisyonun uzun süredir benimsemiş olduğu içtihatlarla uyumludur. Bu davada kabul edilebilirlik incelemesi yapan Komisyon, Andora'da gerçekleşmiş bir ceza yargılamasına ilişkin başvuruyu, Andora ile Fransa ve İspanya arasındaki siyasi ve hukuki ilişki⁴⁵ nedeniyle kabul edilebilir bulmuştu. Kararında, Sözleşme'nin, taraf devletlerin ülkelerinde doğrudan uygulanır olduğunu belirten Komisyon, Andora'nın Fransa ve İspanya'nın bir parçası olmaması nedeniyle Sözleşme'nin Andora'da gerçekleşen fiillere doğrudan uygulanamayacağını bununla birlikte belirten Komisyon, taraf devletlerin çeşitli kişileri fiili otorite ve kontrolleri altına alarak ülke dışında yetki tesis etmeleri durumunda da Sözleşme çerçevesinde sorumluluk doğacağını ifade etmişti.⁴⁶

Aynı davanın esas bakımından incelemesinde Mahkeme, Komisyonun yetkiye ilişkin görüşlerine katıldığını belirtti ve 1. madde anlamında yetkinin taraf devletlerin ulusal topraklarıyla sınırlı olmadığını, devlet yetkililerinin ülke dışında etki doğuran eylemleri sebebiyle de sorumluluğun söz konusu olabileceğini ifade etti.⁴⁷ Daha önce de belirtildiği üzere Mahkeme böylece, Komisyonun konuya ilişkin içtihadına uyum göstermiş ve ulusal topraklar dışında bulunan kişiler üzerinde kurulan fiili otoritenin, bu kişileri o devletin yetkisi altına soktuğunu kabul etmiş oluyordu.

⁴³ Arsava, Füsün: "AİHK'nun Konvansiyon Alanı Dışında Uygulanması Kriterleri ve Bu Çerçeve de Doğan Uluslararası Sorumluluk", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2011 s. 1-25, s. 4.

⁴⁴ Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya, BN. 12747/87, KT. 26/6/1992. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57774>, Erişim: 20.9.2023).

⁴⁵ Andora o dönemde İspanyol Urgel Başpiskoposu ile Fransa Cumhurbaşkanı tarafından yönetilen ülkesel bir birimdi. Detaylı bilgi için bkz. Çamyamaç, Anıl: "Avrupa'daki Minyatür Devletlerin İkili Diplomatik İlişkilerine Dair Uluslararası Hukuk Açısından Pragmatik Bir Değerlendirme", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2019: s. 84-87.

⁴⁶ Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya (Com.), BN. 12747/87, KT. 12/12/1989, 64 D.R. 97, s. 120.

⁴⁷ Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya, para. 89 ve 91.

İlk kararlarında ülke dışı yetkinin kurulmasını devlet ile kişi arasındaki fiili kontrol bağı çerçevesinde kabul eden Mahkeme, *Loizidou v. Türkiye Kararı*⁴⁸nda bu kıstası genişletmiştir. Mahkeme, taraf bir devletin belirli bir bölge üzerinde "etkin kontrol" sahibi olması durumunda da, söz konusu devlet bölgedeki kişiler üzerinde doğrudan fiili kontrol uygulamamış olsa bile, o bölgede meydana gelebilecek ihlallerden taraf devletin sorumluluğunun doğabileceğini kabul etmiştir.

Dava konusu başvuru, *Loizidou* tarafından, Kıbrıs Harekâtı sonrasında Kıbrıs Adası'nın bölünmesi ve gayrimenkullerinin KKTC sınırları içinde kalması nedeniyle bu gayrimenkullere erişiminin engellenmesinin ve katıldığı KKTC karşıtı protestolarda KKTC kolluk kuvvetlerince gözaltına alınmasının AİHS'den kaynaklanan hak ve özgürlüklerinin ihlali anlamına geldiği iddiasıyla Türkiye aleyhine Komisyona yapılmıştır. Başvuru daha sonra Kıbrıs Rum Yönetimi tarafından Mahkemeye taşınmıştır.⁴⁹

Türkiye, Mahkemenin yer bakımından yetkisiz olduğunu, bu nedenle başvurunun reddedilmesi gerektiğini ileri sürerek ön itirazda bulundu. Türkiye'nin konuya ilişkin ön itirazı iki temele dayanmaktaydı. Bunlardan ilki, başvuruya konu fiillerin Türkiye'nin değil, KKTC'nin 1. madde anlamında yetkisi dâhilinde gerçekleşmiş olduğuydu. İkincisi ise Türkiye'nin, Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini yalnızca kendi ana vatan ülkesinde gerçekleşen fiiller bakımından kabul ettiği, bu nedenle de Türkiye'nin ulusal toprakları dışında gerçekleşmiş olan başvuruya konu fiillerin AİHM'nin yargı yetkisi dışında olduğuydu.⁵⁰ Türkiye bu çerçevede, 25. ve 46. maddeler⁵¹ kapsamında kurulan, Mahkemenin zorunlu yargı yetkisine ilişkin sistemin isteğe bağlı bir sistem olduğunu belirtti ve Sözleşme taslağı hazırlanırken, taraf devletlerin Mahkemenin yargı yetkisinin kısmen tanınmasının kabul edilemez olduğuna dair bir görüş birliği içerisinde olmadıklarını iddia etti. Buna ek olarak Sözleşme'nin kaleme alındığı dönemde uluslararası bir mahkemenin yargı yetkisi tanınırken devletler tarafından çeşitli koşul ve kısıtlamalar ileri sürülmesinin uluslararası uygulamada yaygın olduğunu belirten Türkiye, AİHM'nin zorunlu yargı

⁴⁸ *Loizidou v. Türkiye*, BN. 15318/89, KT. 23/3/1995 (Preliminary Objections). (<https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57920>). Erişim: 20.9.2023).

⁴⁹ *Loizidou v. Türkiye* (Preliminary Objections), para. 1.

⁵⁰ *Loizidou v. Türkiye* (Preliminary Objections), para. 55.

⁵¹ AİHS'nin ilk halinde, AİHK'nin bireysel başvuru inceleme yetkisi (md. 25) ve Mahkeme'nin yargı yetkisi (md. 46), ilgili taraf devletçe yapılacak bildirimler yoluyla tanınyordu.

yetkisiyle ilgili ileri sürmüş olduğu ülkesel sınırlandırma nedeniyle Mahkemenin davaya bakamayacağını ileri sürdü.⁵²

Mahkeme, Türkiye'nin savları karşısında ilk olarak 1. madde anlamında yetkinin taraf devletlerin ulusal topraklarıyla sınırlı olmadığını belirtti. Daha sonra ülke dışı yetki tesisi bakımından kabul edilen çeşitli durumlara işaret eden AİHM, taraf bir devletin, hukuki olsun veya olmasın, bir askeri eylemin sonucu olarak kendi ulusal toprakları dışındaki bir alanda etkin kontrol tesis etmesi durumunda da bu devlet açısından sorumluluk doğabileceğini ifade etti. Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin bu tür bir alanda güvence altına alınması yükümlülüğü, taraf devletin o alandaki her bir kişi üzerinde ayrı ayrı uyguladığı fiili kontrolden değil; söz konusu topraklar üzerinde sağlanan etkin kontrolün doğrudan taraf devletin temsilcileri veya ona bağlı bir yerel yönetim aracılığıyla uygulanması olgusundan kaynaklanmaktaydı.⁵³ Dolayısıyla Mahkemeye göre herhangi bir kişinin taraf bir devletin 1. madde anlamında yetkisi altında kabul edilmesi için o kişinin Sözleşme ile korunan haklarından herhangi birinin taraf devletin etkin kontrolü altında bulunan bir bölgede ihlal edilmiş olması yeterli sayılmalıydı.

Mahkeme, zorunlu yargı yetkisinin kabulü çerçevesinde ileri sürülen çekincelerin hukuki geçerliliğine ilişkin olarak ise, Sözleşme'nin, mevcut günün koşulları göz önünde bulundurularak yorumlanması gereken yaşayan bir belge olma niteliğinin⁵⁴ AİHM içtihatlarında yerleşik olduğunu belirtti. Bu yaklaşımın Sözleşme'nin maddi hükümleriyle sınırlı olmadığını ifade eden AİHM, Sözleşme'nin uygulama mekanizmasının işleyişini yöneten hükümlerin de bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürdü. Mahkemeye göre bu düzenlemeler, yalnızca yazarlarının kırk yıldan fazla bir süre önce ifade edilen kastlarına göre yorumlanamazdı ve o dönemde geçerli olan devlet uygulamaları güncel kararlar bakımından belirleyici olamazdı.⁵⁵

İncelemesini bu çerçevede tamamlayan Mahkeme Türkiye'nin her iki ön itirazını da reddetti. Böylelikle, önceki kararlarında ülke dışı yetkinin tesisi bakımından taraf devlet temsilcisiyle başvuran arasındaki kişisel bağı gerekli gören AİHM, Loizidou Kararı'yla birlikte etkin kontrol sağlanan topraklar açısından bu bağı aramayı bırakmış oldu. Bu yeni bakış açısının en önemli sonucu ise kurulup kurulmadığı o güne kadar somut olay incelemesi çerçevesinde tek tek

⁵² Loizidou v. Türkiye (Preliminary Objections), para. 67.

⁵³ Loizidou v. Türkiye (Preliminary Objections), para. 62.

⁵⁴ Bkz. Tyrer v. Birleşik Krallık, BN. 5856/72, KT. 25/4/1978 (Merits). (<https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57587>. Erişim: 20.9.2023).

⁵⁵ Loizidou v. Türkiye (Preliminary Objections), para. 71.

tespit edilen ülke dışı yetkinin, taraf devletin etkin kontrolü altında bulunan topraklar bakımından varsayılması oldu.

Kıbrıs v. Türkiye Kararı⁵⁶'nda da bu tavrını devam ettiren AİHM, Türkiye'nin sorumluluğunun, Türkiye sayesinde varlığını sürdürdüğünü iddia ettiği "Kıbrıs Yönetimi"nin tüm eylemlerini kapsadığını ve bu sorumluluğun Sözleşme'de ve Türkiye'nin onayladığı Ek Protokoller'de belirtilen tüm temel haklar bakımından geçerli olduğunu belirtti. Mahkeme bu karara varırken, Sözleşme'nin bireylerin korunmasına ilişkin bir Avrupa kamu düzeni belgesi niteliğinde olmasından kaynaklanan özel karakterine atıfta bulundu. Davacı tarafın, davaya konu olayların gerçekleştiği bölgede Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getiremeyecek durumda olduğunu göz önünde bulundurduğunu belirten Mahkeme, Türkiye'nin sorumlu tutulmaması gibi aksi yönde bir kararın insan haklarının korunması sisteminde istenmeyen bir boşluk yaratacağını ifade etti.⁵⁷

1. madde anlamında yetkiye ve ülke dışı yetki kullanımına ilişkin içtihadını yukarıdaki kararlar çerçevesinde oluşturan AİHM'nin 56. maddeye ilişkin ilk doğrudan incelemesi Yonghong v. Portekiz Kararı⁵⁸'yla gerçekleşti. Başvurunun konusu, o dönemde Portekiz idaresinde bir Çin toprağı olan Makao'da bulunan Yonghong hakkında, Çin Halk Cumhuriyeti tarafından sahtecilik suçu çerçevesinde yapılmış olan iade talebi üzerine Makao Valisi tarafından verilen ve yerel mahkeme tarafından onanan iade kararıydı. Yonghong, başvurusunda, Portekiz'in Makao'ya ilişkin herhangi bir 56. madde beyanının bulunmadığını; bununla birlikte Drozd ve Janousek Kararı'nda sözü edilen fiili otorite ve kontrol çerçevesinde sağlanan yetki tesisinin somut olayda mevcut olduğunu iddia etti. Makao Valisi, Portekiz'in Makao'daki baş temsilcisiydi ve suçluların iadesi sürecinin vali kararı olmadan başlaması mümkün değildi. Bu sebeple Yonghong'a göre, hakkında verilmiş olan iade kararı Portekiz'in 1. madde anlamında yetkisi dahilinde gerçekleştirilmiş bir işlemdi.⁵⁹

Mahkeme ilk olarak, yetki kavramının taraf devletlerin ulusal topraklarıyla sınırlı olmadığını; ancak 1. maddenin 56. madde ışığında değerlendirilmesi gerektiğini belirtti. Mahkemeye göre 56. madde ile kurulan sistemin temel özelliği, Sözleşme'nin yer bakımından uygulama alanını uluslararası ilişkilerinden sorumlu olunan ülkelere genişleten bir beyan mevcut olmadığı

⁵⁶ Kıbrıs v. Türkiye (GC), BN. 25781/94, KT. 10/5/2001 (Merits). (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59454>. Erişim: 20.9.2023).

⁵⁷ Kıbrıs v. Türkiye (GC), BN. 25781/94, KT. 10/5/2001 (Merits), para. 77-78.

⁵⁸ Yonghong v. Portekiz, BN. 50887/99, KT. 25/11/1999. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5646>. Erişim: 20.9.2023).

⁵⁹ Yonghong v. Portekiz, s. 3.

sürece Sözleşme'nin, bu tür toprakların yerel makamlarının eylemlerine veya ilgili taraf devletin bu topraklara ilişkin sorumluluklarını yerine getirirken uyguladığı politikalara uygulanmasını engeller nitelikte olmasıydı. İade sürecini başlatan kararın Makao Valisi tarafından verilmesi, söz konusu kararın iade sürecini başlatan sıradan bir idari karar olma özelliğini değiştirmiyordu. Zira iadeye ilişkin nihai karar Makao adli mercileri tarafından verilmişti. Bu bağlamda başvuruya konu eylemlerin Makao'nun yetkisi dâhilinde gerçekleşmiş olduğunu belirten Mahkeme, yer bakımından yetkisiz olduğu gerekçesiyle başvuruyu reddetti.⁶⁰

Bu kararda ilk göze çarpan, Mahkemenin 1. ve 56. maddeleri birbiriyle ilişkili olarak incelemesidir. Yani AİHM bu iki düzenlemeyi ayrı ayrı değerlendirmeyi reddetmiş ve bir anlamda somut bir olayda her iki maddenin de ne anlama geldiğinin diğer madde ışığında yorumlanması gerektiğine işaret etmiştir. Gerçekten de Mahkeme 56. maddeyi yoruma kapalı ve 1. maddeden bağımsız bir düzenleme olarak görüyor olsaydı, başvuru konusu fiiller, hakkında 56. madde bildirim yapılmamış olan Makao'da gerçekleştiği için fiillerin kimler tarafından gerçekleştirildiğine dair bir inceleme yapmazdı. Ancak Mahkeme hem konuyla ilgili somut olay değerlendirmesi yapmış, hem de 56. madde kapsamındaki ülkelerde gerçekleşen fiillerle ilgili olarak 1. maddenin uygulanma ihtimalini dışlamamıştır.

Karara ilişkin dikkat çeken diğer nokta ise, Loizidou Kararı'yla 1. madde anlamında yetki anlayışını bir anlamda genişletmiş olan Mahkemenin, söz konusu kararda kullandığı yorum tekniğini, yetki meselesiyle yakından alakalı olan Yonghong Kararı'nda kullanmamış olduğudur. Hatırlanacağı üzere Loizidou Kararı'nda Mahkeme Sözleşme'nin yalnızca maddi hükümlerinin değil, Sözleşme'nin uygulanmasını düzenleyen hükümlerinin de mevcut günün koşulları göz önünde bulundurularak yorumlanması gerektiğini belirtmişti. Mahkeme içtihatlarına Tyrer v. Birleşik Krallık Kararı⁶¹'yle giren ve doktrinde "dinamik yorum"⁶² olarak adlandırılan bu yorum tekniğine Mahkeme tarafından özellikle taraf devletlerin ülke dışı faaliyetlerinden doğan davalarda sıkça başvurulmuştur.⁶³ Ancak Mahkeme bu tekniği 56. maddeye ilişkin incelemesinde dışlamayı tercih etmiş ve kendi içtihadı açısından çelişkili bir durum yaratmıştır. Öyle ki Loizidou ve Yonghong Kararları birlikte okunduğunda ortaya çıkan

⁶⁰ Yonghong v. Portekiz, s. 4

⁶¹ Tyrer v. Birleşik Krallık, BN. 5856/72, KT. 25/4/1978 (Merits). (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57587>. Erişim: 20.9.2023).

⁶² Bkz. Council of Europe, "The Doctrines and Methodology of Interpretation of the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights", 2021, s. 38. (<https://rm.coe.int/echr-eng-the-doctrines-and-methodology-of-interpretation-of-the-europe/1680a20aee>. Erişim: 20.9.2023).

⁶³ Örn. Bkz. Loizidou v. Türkiye (Preliminary Objections).

sonuç şudur: Denizaşırı toprakları bulunmayan taraf devletler bakımından, Sözleşme'nin yer bakımından uygulanmasıyla ilgili herhangi bir sınırlandırma söz konusu olamayacak ve bu devletler, etkin kontrol uyguladıkları tüm bölgelerde, söz konusu bölge ile taraf devlet arasında egemenlikten kaynaklanan herhangi bir bağ aranmaksızın Sözleşme'yi uygulamakla yükümlü olacaklardır. Denizaşırı toprakları olan taraf devletler ise yüzyıllardır tam bir egemen olarak kontrolleri altında bulundurdıkları bu toprakları Sözleşme'nin uygulaması dışında bırakabilecek, yani hakkında 56. madde bildirim bulunmayan ve kuvvetle muhtemel taraf devletin etkin kontrolü altında bulunan bu topraklarda etkin kontrol testi incelemesi dahi yapılmadan başvuru reddedilecektir.

Bu anlamsız durum Mahkemenin kendi yargıçları tarafından da çeşitli karşı görüş yazılarında dile getirilmiştir. Loizidou Davası'nda Komisyon üyeleri Nørgaard, Jörundsson, Gözübüyük, Soyer ve Danelius tarafından kaleme alınan ve ön itirazlara ilişkin Daire kararında Yargıç Gölcüklü tarafından bir kısmı olduğu gibi alıntılanan karşı görüş yazısında bu durum şu şekilde ifade edilmiştir:

“Eğer bir devlet [56]. maddede sözü edilen bir bölgeyi 25. maddenin uygulaması dışında bırakabiliyorsa, bu devletin, kendi ana vatan ülkesi ile arasındaki anayasal bağların çok daha gevşek olduğu bir bölgeyi uygulama dışında bırakmasına izin verilmemesini gerektiren özel bir sebep yoktur.”⁶⁴

“Birleşik Krallık, Avrupa'daki bağlı toprakları olan Guernsey, Jersey ve Man Adası'yla ilgili olarak 25. maddeyi uygulamıştır. En başta, 12 Eylül 1967'de 25. madde çerçevesinde yapılan ve ülkesel bakımdan Komisyonun yetkinliğini belirleyen bildirimde Guernsey ve Man Adası [sisteme] dâhil edilmiştir. 1969'da bildirim ilk defa yenilendiğinde, Guernsey ve Man Adası bu defa [sistemden] hariç tutulmuştur. Daha sonra bu iki bölge, ilgili beyannamelere eşlik eden coğrafi listelere yeniden eklenmiştir. Yukarıda da bahsedildiği üzere Man Adası bu listeden 1976 yılında çıkarılmıştır. Garip bir şekilde Jersey'den açıkça ilk kez 4 Aralık 1981 tarihli bildirimle, olumlu anlamda da olsa, '25. madde denetim mekanizmasına yeniden yerleştirildi ("renew")' olarak bahsedilmiştir. Bu uygulamaya bugüne kadar herhangi bir itirazda bulunulmamıştır. Bu nedenle, [56]. maddenin 4. fıkrasının, ulusal sınırların ötesindeki topraklar söz konusu olduğunda, 25. madde kapsamındaki beyanlarının ülkesel kapsamıyla ilgili olarak

⁶⁴ Nørgaard, Jörundsson, Gözübüyük, Soyer ve Danelius'un Yarı Mutabık Yarı Karşı Oy Yazısı, Loizidou v. Türkiye (Com.), BN. 15318/89, KT. 4/3/1991, RT. 08/07/1993 (Report of the Commission), s. 18.

Devletlere sınırsız takdir yetkisi veren bir maddeye evrildiği iddia edilebilir.”⁶⁵

Bu görüş AİHM bakımından azınlık görüşü olarak kalmıştır. Bununla birlikte uluslararası ilişkilerinden sorumlu olunan ülkelerin, sorumlu taraf devletlerle aralarındaki güçlü “anayasal” bağlara rağmen yine taraf devletin inisiyatifiyle Sözleşme uygulaması dışında bırakılabilmesine karşın taraf devletlerin ulusal toprakları dışında kalan diğer bölgelerin ilgili taraf devletin iradesinden bağımsız objektif bir teste tabi tutulmasının Sözleşme düzeni açısından taraflı sonuç doğuran bir nitelik arz ettiği açıktır. Bu durum, ikisi de yer bakımından uygulamaya ilişkin düzenlemeler olan 1. ve 56. maddelerin Mahkeme tarafından birbirine tamamen zıt bakış açılarıyla değerlendirildiğini göstermektedir.

2.3. Bankovic Kararı ve Sonrası

İkinci milenyuma girildiğinde AİHM’nin ülke dışı uygulama konusundaki içtihadı genel anlamda yerleşik ve tutarlıydı.⁶⁶ Mahkeme, “yetkisi dâhilinde” ifadesinin Sözleşme çerçevesinde ne anlama geldiğine ilişkin kesin bir tespit bulunmamıştı. Ancak ifadenin taraf devletin ulusal toprakları içinde bulunmak anlamına gelmediği konusunda yeknesak bir uygulama geliştirmişti.⁶⁷ Tam da bu yüzden Mahkemenin 2001 tarihli Bankovic ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri Kararı⁶⁸ ve bu kararda yapmış olduğu tespitler doktrin tarafından şaşkınlık ve eleştiriyi karşılandı.⁶⁹

⁶⁵ *Ibid.* s. 18.

⁶⁶ Mallory, Conall: “A Second Coming of Extraterritorial Jurisdiction at the European Court of Human Rights?”, *Questions of International Law*, Vol. 82, 2021, s. 32.

⁶⁷ Bkz. Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya, para. 91; Loizidou v. Türkiye (Preliminary Objections), para. 62.

⁶⁸ Bankovic ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri (GC), BN. 52207/99, KT. 12/12/2001. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-22099>. Erişim: 20.9.2023).

⁶⁹ Bkz. Altıparmak, Kerem: “Bankovic: An Obstacle to the Application of the European Convention on Human Rights in Iraq?”, *Journal of Conflict and Security Law*, C. 9, S. 2, 2004, s. 213-251; Lawson, Rick: “Life after Bankovic: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights” içinde 83-124 eds. Coomans, Fons/Kamminga, Menno T., Intersentia, Antwerp - Oxford, 2004; Loucaides, Loukis G.: “Determining the Extra-Territorial Effect of the European Convention: Facts, Jurisprudence and the Bankovic Case” *European Human Rights Law Review*, C. 4, 2006, s. 391-407; Milanovic, Marco: “From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties”, *Human Rights Law Review*, C. 8, S. 3, 2008, s. 411-448; Orakhelashvili, Alexander: “Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, C. 14, S. 3, 2003, s. 529-568; Roxstrom, Erik/Gibney, Mark/ Einarsen, Terje: “The Nato Bombing Case (Bankovic et al. v. Belgium et al.) and the Limits of Western Human Rights Protection”,

Davanın başvuranları, NATO'nun, Kosova Krizi nedeniyle Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ne (YFC) karşı başlattığı hava saldırısı sırasında bombalanan Sırp Radyo Televizyonu binasında hayatını kaybedenlerden bazılarının yakınlarıydı. Başvuranlar, hava saldırısı nedeniyle meydana gelen ölüm ve yaralanmalardan, saldırıyı gerçekleştiren uluslararası örgüt olan NATO'nun üyelerinin sorumlu olduğunu iddia ediyordu. Buna göre davalı devletlerin YFC'de gerçekleştirdikleri veya kendi ülkelerinde gerçekleştirmekle beraber sonuçlarını YFC'de doğuran eylemleri; başvuranları ve ölen akrabalarını bu devletlerin yetkisi altına sokmuştu.⁷⁰

Başvuruyu inceleyen Büyük Daire, başvuranlar ile davalı devletler arasındaki bağlantının, nerede karar verilmiş olursa olsun, davalı devletlerin toprakları dışında gerçekleşen ya da sonuç doğuran ülke dışı fiilleri olduğunu belirtti. Bu nedenle incelenmesi gereken esas mesele; söz konusu ülke dışı fiillerin, başvuranların davalı devletlerin yetkisi altında sayılması bakımından yeterli olup olmadığıydı.⁷¹

Sözleşme'nin 1. maddesinin yorumlanmasını gerektiren bu incelemenin Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (VAHS) çerçevesinde yapılması gerektiğini belirten Mahkeme "yetkisi dahilinde" ifadesine kendi bağlamında ve Sözleşme'nin konusu ve amacı ışığında verilecek olağan anlamı (VAHS m. 31/1) belirlemeye çalışacağını ifade etti. Mahkemeye göre, bu anlamın belirlenebilmesi için, kullanılan ifadelerin bağlamlarına ek olarak Sözleşme'nin uygulanmasında tarafların Sözleşme'nin yorumlanmasına ilişkin mutabakatını sağlayan sonraki uygulamalarının (VAHS m. 31/3/b) ve taraflar arasındaki ilişkilerde geçerli olan ilgili uluslararası hukuk kurallarının (VAHS m. 31/3/c) incelenmesi gerekiyordu. Bu noktada Loizidou Kararı'na atıfta bulunan AIHM, Sözleşme'nin insan haklarının korunmasına yönelik özel karakterinin göz önünde bulundurulması gerektiğini, bununla beraber Sözleşme'nin temelini oluşturan ilkelerin dış dünyadan kopuk bir şekilde yorumlanamayacağını belirtti. Mahkemeye göre Sözleşme, uluslararası hukukun bir parçasıydı ve Sözleşme'nin yorumlanması faaliyeti, uluslararası hukuk ilkeleriyle olabildiğince uyum içinde gerçekleştirilmeliydi. Bu nedenle de Divan'ın, yetkiye ilişkin meseleleri incelerken uluslararası hukukun ilgili kurallarını da dikkate alması gerekiyordu.⁷² Son olarak, tüm bu yollar izlenerek varılan sonucu teyit etmek amacıyla Sözleşme'nin Hazırlık Çalışmaları'na da başvurulabileceğini belirten Mahkeme,

Boston University International Law Journal, Vol. 23, 2005, s. 55-136; Wilde, Ralph: "Triggering State Obligations Extraterritorially: The Spatial Test in Certain Human Rights Treaties", Israel Law Review, C. 40, S. 2, 2007, s. 513-526.

⁷⁰ Bankovic ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri, para. 30.

⁷¹ Bankovic ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri, para. 54.

⁷² Bankovic ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri, para. 55-57.

Sözleşme'nin mekânsal kapsamının ancak bu şekilde belirlenebileceğini ifade etti ve 1. maddenin yorumuna geçti.⁷³

Mahkeme ilk olarak, yetki kavramının, uluslararası hukuktaki olağan anlamı bakımından ülkesel nitelikte olduğunu; uluslararası hukukun, bir devletin ülkesi dışında yetki tesis etmesini dışlamamakla beraber buna ilişkin yetki dayanaklarının kural olarak diğer devletlerin egemenlikten kaynaklanan ülkesel hakları çerçevesinde tanımlandığını ve sınırlandırıldığını belirtti. Sözleşme'nin 1. maddesi de bu çerçevede -diğer dayanaklar istisnai ve her somut olaya mahsus koşullar çerçevesinde özel haklı sebep gerektiren nitelikte olduğundan- yetkinin söz konusu olağan ve özünde ülkesel anlayışını yansıtır şekilde değerlendirilmeliydi. Mahkemeye göre hem tarafların sonraki uygulamaları hem de Sözleşme'nin Hazırlık Çalışmaları yetki kavramının taraf devletlerce esasen ülkesel olarak algılandığını açık şekilde teyit ediyordu. Nitekim Hükümetler Arası Uzman Komitesi “*kendi topraklarında ikamet eden tüm kişiler*” ifadesini, “*kendi yetki alanlarındaki*” kişiler olarak değiştirmiş, bunu da bir taraf devletin ülkesinde yasal anlamda ikamet etmese bile fiziken bu devletin ülkesinde bulunan kişilerin de Sözleşme'nin sunduğu korumadan yararlanması amacıyla gerçekleştirmişti.⁷⁴

Başvuranlar, yetki kavramının tanımının işlevsel nitelikte olduğunu ve mekansal “etkin kontrol” testinden uyarlanabileceğini; böylelikle Sözleşme haklarını güvence altına alma konusundaki pozitif yükümlülüğün kapsamının fiilen uygulanan kontrol düzeyiyle orantılı olacağını iddia etmişlerdi. Mahkeme, başvuranların bu iddiasının, taraf bir devletin, bu devlete atfedilebilen herhangi bir fiilden olumsuz olarak etkilenen herkes üzerinde 1. madde anlamında yetki

⁷³ Görüldüğü üzere Mahkemenin Sözleşme düzenlemelerinin yorumuna ilişkin bu yaklaşımı, *Loizidou* kararındaki yaklaşımından oldukça farklıdır. *Loizidou* kararında Sözleşme'nin yaşayan belge olma niteliğine atıfta bulunarak dinamik yorum yöntemini benimseyen Mahkeme; Türkiye'nin Mahkemenin yetkisine ilişkin itirazlarını bu çerçevede reddetmiş; Sözleşme'nin, Sözleşme metninin kaleme alındığı zamandaki koşullara ve Sözleşme'yi kaleme alanların o günkü kastlarına göre yorumlanacağını belirtmişti. *Bankovic* kararında ise, bu tutumun tam aksini sergileyen AIHM 1. maddeye ilişkin yorumunda Sözleşme'nin Hazırlık Çalışmaları'na da başvurdu. Mahkeme bu tutumunun sebebinin iki davanın konularının farklı olması ile temellendirdi. Mahkemeye göre *Loizidou*'da Sözleşme organlarının dava inceleme yetkisi mevzubahisken *Bankovic*'de taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerinin kapsamı ve dolayısıyla insan haklarının korunmasına ilişkin tüm Sözleşme sisteminin kapsamı ve erişim alanı söz konusuydu. Buna ek olarak *Bankovic* kararında 1. maddenin yorumlanması bakımından Hazırlık Çalışmaları belirleyici olmamış, söz konusu materyal halihazırda tespit edilmiş olan olağan anlamın açık ve doğrulayıcı kanıtı olarak göz önünde bulundurulmuştu. Dolayısıyla Mahkemenin yetkiye ilişkin yorum faaliyetini yürütürken Hazırlık Çalışmaları'ndan yararlanmasında herhangi bir beis bulunmamaktaydı. Bkz. *Bankovic ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri*, para 65.

⁷⁴ *Bankovic ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri*, para. 59, 61, 62, 63.

kullanmış sayılacağını savunmakla eşdeğer olduğunu belirtti.⁷⁵ Başvuranların Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerin bölünebileceği ve somut duruma göre uyarlanabileceği iddiasını da aynı şekilde reddeden Mahkeme, Sözleşme'nin Belgrad'da etki doğuran eylemlere uygulanabilmesi olasılığını kabul etmedi.⁷⁶ Mahkemeye göre, Sözleşme esasen ülkesel bağlamda ve özellikle taraf devletlerin hukuki alanında (*espace juridique*) işleyen çok taraflı bir andlaşmaydı ve YFC toprakları, YFC'nin AİHS'ye taraf olmaması nedeniyle bu alana dahil değildi. Mahkeme, geçmiş kararlarında Sözleşme'nin koruma sisteminde boşluk meydana gelmemesi amacıyla ülke dışı yetki bağının mevcudiyetini kabul ettiğini, ancak bu unsura yalnızca Sözleşme'nin hukuki alanı (*espace juridique*) içerisindeki topraklarda meydana gelen fiiller bakımından başvurduğunu ifade etti. Mevcut davada ise böyle bir durum söz konusu değildi.⁷⁷ Dolayısıyla bombalama eyleminden etkilenen kişilerin, mağduriyetlerini AİHS sistemi çerçevesinde gidermeleri mümkün değildi.

AİHM, taraf devletlerin kendi ulusal toprakları dışında gerçekleştirdikleri veya buralarda sonuç doğuran eylemlerinin 1. madde anlamında bir yetki tesisi anlamına gelmesinin yalnızca istisnai durumlarda mümkün olabileceğini belirtti. Esasen bu değerlendirme Mahkemenin önceki kararlarıyla örtüşüyordu. Ancak Divan bu istisnalardan biri olan belirli bir bölgede etkin kontrol uygulanması durumuyla ilgili olarak, taraf devletin bu bölgede ülke dışı yetki kullanmış olduğunun kabulü açısından ek bir koşul aradı. Buna göre uygulanan etkin kontrolün 1. madde anlamında yetki tesisi anlamına gelebilmesi için etkin kontrolü uygulayan devletin, normalde bu kontrolü uyguladığı bölge yönetimi tarafından kullanılan kamusal yetkilerin tamamını veya bir kısmını da kullanıyor olması gerekiyordu.⁷⁸ Etkin kontrolle ilgili getirilen bu ek koşul ise, Mahkemenin ülke dışı yetkiye ilişkin içtihadının ciddi anlamda daralması anlamına geliyordu.⁷⁹

Bankovic Kararı'nın önemi, yetki kavramının Sözleşme bakımından ne anlama geldiğinin ve Sözleşme'nin yer bakımından uygulanması meselesinin ilk kez Büyük Daire tarafından, andlaşmalar hukuku kuralları çerçevesinde kapsamlı bir şekilde ele alınmasından kaynaklanmaktadır. Ülke dışı uygulamaya ilişkin davaların sayısının 11 Eylül saldırılarının ardından artacağı öngörüsünde bulunan

⁷⁵ Bankovic ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri, para. 46 ve 75.

⁷⁶ Mallory, Conall: "Human Rights Imperialists, The Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights", Hart Publishing, Oxford, 2020, s. 93.

⁷⁷ Bankovic ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri, para. 80.

⁷⁸ Bankovic ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri, para. 71.

⁷⁹ Happold, Matthew: "Bankovic v. Belgium and the Territorial Scope of the European Convention on Human Rights", Human Rights Law Review, C. 3, S. 1, 2003, s. 80-81.

Mahkeme, müstakbel davalar açısından konuyu açıklığa kavuşturmak istemiştir.⁸⁰ Doktrindeki bazı yazarlara göre AİHM'nin Bankovic Kararı çerçevesinde gitmiş olduğu bu değişikliğin altında Batılı devletlerin Avrupa dışındaki askeri müdahalelerine ilişkin olası başvurulardan kaçınma amacı yatmaktadır.⁸¹ Gerçekten de Bankovic Kararı'nı 11 Eylül saldırılarından yalnızca üç ay sonra ve Avrupalı güçlerin hâlihazırda Afganistan'da askeri operasyonlar yürüttüğü bir dönemde veren Mahkemenin, bu tutumu, Avrupa dışından gelebilecek karmaşık ve ağır iş yükü altında boğulmamak adına benimsemiş olabileceği akla hiç de uzak gelmemektedir.⁸²

Bu düşünce, AİHM Başkanı Wildhaber'in AİHM 2002 Adli Yılı'nın başlangıç töreninde yapmış olduğu ve aşağıda bir kısmına yer verilmiş olan konuşmadan da anlaşılmaktadır:

“Geçen yıla ilişkin algımız, trajik 11 Eylül olayları ve sonrasında yaşananlar tarafından belirlenmiştir. Terörizm, insan hakları hukukunun ele alması gereken iki temel konuyu gündeme getirmektedir. ... İlk olarak, terörizm, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iki temel sütunu olan demokrasi ve hukukun üstünlüğüne saldırmaktadır. Bu nedenle hukukun üstünlüğü çerçevesinde yönetilen demokratik devletlerin kendilerini terörizme karşı etkin bir şekilde korumaları mümkün olmalıdır; insan hakları hukuku bu ihtiyaca uymalıdır. Avrupa Sözleşmesi, devletleri, demokrasiyi ve hukukun üstünlüğünü korumak adına makul ve orantılı olarak harekete geçmekten alıkoyacak şekilde uygulanmamalıdır.”⁸³

Yine aynı konuşmada Wildhaber, Bankovic Kararı'yla ilgili olarak şu ifadeleri kullanmıştır:

“Şunu anlamalıyız ki, hiçbir zaman Sözleşme'nin gezegendeki tüm sorunlara çare olması amaçlanmamıştır ve gerçekten de bunu etkin bir şekilde başarması mümkün değildir. Bu durum, bizi

⁸⁰ Gondek, Michal: “Extraterritorial Application of The European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?”, Netherlands International Law Review, C. 52, S. 3, 2005, s. 356.

⁸¹ Bkz. Mallory: A Second Coming, s. 36; Lawson: s. 116; Hannum, Hurst: “Bombing for Peace: Collateral Damage and Human Rights”, Proceedings of the ASIL Annual Meeting, C. 96, 2002, s. 99.

⁸² Mallory: A Second Coming, s. 36.

⁸³ “Speech given by Mr Luzius Wildhaber, President of the European Court of Human Rights, on the occasion of the opening of the judicial year, Strasbourg, 31 January 2002” ECtHR Annual Report 2001, s. 20-25, s. 20. (https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2001_ENG.pdf. Erişim: 20.9.2023).

Sözleşme'nin ve Sözleşme'de korunan hakların etkinliği konusuna geri getirmektedir. Sözleşmeyi uygularken bu haklara sağlanabilecek pratik etkiyi gözden kaçırmamalıyız."⁸⁴

Daha önce de değinildiği üzere Bankovic Kararı hukuk çevrelerinde eleştiriyile karşılanmıştır.⁸⁵ Bunun temel nedeni, Mahkemenin kararda politik konjonktüre göre konum alarak ülke dışı yetkiye ilişkin yerleşik içtihadını göz ardı etmiş olmasıdır. Nitekim Bankovic Kararı'nda Mahkemenin içtihatlarıyla ilgili tavrı; ya önceki ülke dışı yetki temellerini yok saymak ya da bu temelleri, kurmaya çalıştığı kısıtlayıcı anlayışa uygun olarak daraltmak olmuştur. Bu çerçevede geçmiş kararlarından yalnızca mevcut bakış açısını destekleyebilecek olanlara atıfta bulunan Mahkeme, atıfta bulunduğu kararlarla ilgili değerlendirmelerini de son derece muğlak ifadelerle gerçekleştirmiştir.⁸⁶

Bankovic Kararı'nda benimsenen sınırlı yetki anlayışı, 56. maddeye ilişkin bu dönemdeki tek karar olan Quark Fishing Ltd. v. Birleşik Krallık Kararı⁸⁷,nda da etkisini göstermiştir. Karara konu olaylar şu şekilde özetlenebilir: Önceden Falkland Adaları idaresi altında bulunan ve Birleşik Krallık'ın bağlı ülkesi olan Güney Georgia ve Güney Sandwich Adaları'nın (GGGSA) bu statüsü 1985'te değişti ve bölge Birleşik Krallık denizaşırı ülkesi haline geldi. Bu dönemde GGGSA Hükümeti, Birleşik Krallık tarafından atanan resmi görevlilerden oluşuyordu. İnsan nüfusunun olmadığı bu bölgede balıkçılık faaliyetleri Birleşik Krallık'ın tarafı olduğu Antarktika Deniz Yaşamı Kaynaklarının Korunmasına İlişkin Sözleşme⁸⁸ çerçevesinde Antarktika Deniz Yaşamı Kaynaklarının Korunması Komisyonu'nun (ADYKK Komisyonu) belirlediği limitler dâhilinde gerçekleştiriliyor; ADYKK Komisyonu tarafından belirlenen limitlerin uygulanması ise taraf devletlerce sağlanıyordu. GGGSA suları bakımından yetkili taraf devlet olan Birleşik Krallık, başvuru Quark Şirketi'ne 1997'den 2001 yılına kadar çeşitli balıkların avlanmasına ilişkin lisans vermişti. Ancak Quark Şirketi'nin 2001 yılında yaptığı başvuru Birleşik Krallık Dışişleri Bakanı tarafından verilen resmi talimat doğrultusunda GGGSA makamları tarafından reddedildi. Quark Şirketi hem ret kararının iptali hem de 2001 yılında lisans alamaması sebebiyle uğradığı maddi zararın AİHS'ye Ek 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesi çerçevesinde tazmin edilmesi istemleriyle İngiliz Mahkemelerine

⁸⁴ *Ibid.* s. 23.

⁸⁵ Bkz. *dn.* 69.

⁸⁶ Mallory: Human Rights Emperalists, s. 97.

⁸⁷ Quark Fishing Ltd. v. Birleşik Krallık, BN. 15305/06, KT. 19/9/2006. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-77008>. Erişim: 20.9.2023).

⁸⁸ Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources, 20 May 1980, 1329 UNTS 47.

başvurdu. Lisans verilmesinin reddi kararını İngiliz hukukuna aykırı bularak iptal eden yerel mahkeme, Birleşik Krallık Ek Protokol’le ilgili olarak GGGSA topraklarına ilişkin bir 56. madde bildiriminde bulunmadığından tazminat talebini reddetti.⁸⁹

Bu karar üzerine Quark Fishing Şirketi, balıkçılık ruhsatı alma hakkına, yani mal varlığına, hukuka aykırı olarak müdahale edildiği ve bu durumun Ek Protokol’ün 1. maddesinden kaynaklanan haklarının ihlali anlamına geldiği iddiasıyla AIHM’ye başvurdu. Quark Fishing Şirketi, başvurusunda, Ek Protokolle ilgili olarak GGGSA’yı kapsayan bir 56. madde bildirim olmadığını farkında olduğunu, bununla birlikte böyle bir bildirim olmamasının Protokol’ün GGGSA’da uygulanması bakımından önemli bir eksiklik oluşturmadığını iddia etti ve konuya ilişkin iki gerekçe öne sürdü. İlk gerekçesini etkin kontrol ilkesi çerçevesinde temellendiren Quark Fishing Şirketi, taraf bir devletin ulusal sınırları dışında bulunan bölgelerde etkin kontrol uygulamasının, Mahkeme içtihatlarında ülke dışı yetki tesisi bakımından yeterli görüldüğünü ileri sürdü. GGGSA’daki görevlilerin Birleşik Krallık tarafından doğrudan kontrol edildiğini ve bu görevlilerin verdiği kararların yine Birleşik Krallık eliyle iptal edilebildiğini belirten Şirket, bu durumun Birleşik Krallık’ın GGGSA üzerinde etkin bir genel kontrol uyguladığı anlamına geldiğini iddia etti.⁹⁰

Quark Fishing Şirketi diğer gerekçe olarak 56. madde sisteminin, miadını doldurmuş bir uygulama olan sömürgecilik düzenini yansıttığını ve çağın gerçekleriyle uyummadığını ileri sürdü. Birleşik Krallık’ın AIHS ve Protokollerini tüm deniz aşırı topraklarına tam olarak genişletmemesi için hiçbir nesnel gerekçesi olmadığını ifade eden Şirket, Sözleşme’nin Birleşik Krallık’ın Sözleşme’den kaynaklanan sorumluluklarından kaçmasına izin verecek şekilde yorumlanmaması gerektiğini iddia etti.⁹¹

AIHM ilk iddiayla ilgili olarak, etkin kontrol ilkesinin 56. madde çerçevesinde kurulmuş olan bildirim sisteminin yerini almadığını belirtti. Bankovic Kararı’nda Sözleşme’nin ülkesel esasının ve Sözleşme’nin hukuki alanının (*espace juridique*) ötesine taşmaların istisnai niteliğinin vurgulanmış olduğunu belirten Mahkeme, bu istisnai durumların taraf bir devletin 56. madde çerçevesindeki bir bildirimle Sözleşme veya herhangi bir Protokolü uluslararası ilişkilerinden sorumlu olduğu ülkelere genişletmediği durumlardan bariz bir şekilde ayrı ve farklı olduğunu ifade etti.⁹²

⁸⁹ Quark Fishing Ltd. v. Birleşik Krallık, s. 1-2.

⁹⁰ Quark Fishing Ltd. v. Birleşik Krallık, s. 3.

⁹¹ Quark Fishing Ltd. v. Birleşik Krallık, s. 3.

⁹² Quark Fishing Ltd. v. Birleşik Krallık, s. 4.

İkinci iddiayla ilgili olarak ise Sözleşme'nin kaleme alındığı tarihten başvurunun incelenmekte olduğu zamana kadar şartların önemli ölçüde değiştiği görüşüne katıldığını belirten Mahkeme, Sözleşme'ye ilişkin yorum faaliyetinin - bu faaliyet her ne kadar hakların korunmasını etkili kılmak bakımından gerekli bir araç olsa da- sınırları olduğunu ve Sözleşme'de yer alan hükümleri iptal edecek güçte olmadığını ifade etti. Mahkeme, böyle bir etkinin ancak Sözleşme'de yapılacak bir değişiklik ile mümkün olabileceğini ve mevcut durumda taraf devletlerin herhangi bir özel Protokolü uluslararası ilişkilerinden sorumlu oldukları ülkelere genişletme yükümlülükleri bulunmadığını belirtti⁹³ ve bu gerekçeler ile başvuruyu reddetti.

Quark Fishing Kararı'yla hem Yonghong içtihadı değişmiş hem de ülke dışı yetki tesisi bakımından yeni bir kısıtlama getirilmiş oldu. Şöyle ki; Yonghong Kararı'nda Mahkeme, 56. madde bildirim yapılmamış ülkelerde gerçekleşen fiiller bakımından bu fiillerin doğrudan taraf devlet eliyle gerçekleşmesi halinde ülke dışı yetki tesisi bakımından elverişli sayılabileceğini işaret etmişti. Buna göre söz konusu şartların sağlanıp sağlanmadığı somut olay incelemesi çerçevesinde değerlendirilmeliydi. Quark Fishing Kararı'nda ise, uluslararası ilişkilerinden sorumlu olunan ülkelerin, sorumlu taraf devletlerin 1. madde anlamında yetkisi dışında bulunduğu var sayıldı. Bunun anlamı, ihlalin doğrudan taraf devletin eylemi sayıldığı durumlarda bile, şayet ihlalin gerçekleştiği topraklar hakkında bir 56. madde bildirim bulunmuyorsa, söz konusu devletin bu ihlaller nedeniyle AİHS kapsamında sorumlu tutulmasının artık mümkün olmadığıdır.

Quark Fishing Kararı incelendiğinde, bu kararın Bankovic Kararı etkisi altında alındığı net bir şekilde görülmektedir. Bununla birlikte, Bankovic Kararı hukuken değilse de Mahkemenin politik motivasyonu bakımından anlaşılabilir nitelikteyken Quark Fishing Kararı açısından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Zira Sözleşme çerçevesinde uluslararası ilişkilerinden sorumlu olunan ülke olarak tanımlanan toprakların sayısı gün geçtikçe azalmakta; bu ülkeler ya bağımsız devlet ya da bir devletin ana vatan ülkesi haline gelmektedir.⁹⁴ Dolayısıyla 11 Eylül saldırıları sonrasında artma potansiyeli gösteren ülke dışı faaliyetler ve buna bağlı başvurulara karşı kalkan olarak kullanılan sınırlandırıcı yorumun, uluslararası ilişkilerinden sorumlu olunan ülkelere ilişkin davalarda da benimsenmesinin ne hukuken ne de politik olarak bir açıklaması bulunmaktadır.

⁹³ Quark Fishing Ltd. v. Birleşik Krallık, s. 4

⁹⁴ Detaylı bilgi için bkz. United Nations, "United Nations and Decolonization". (<https://www.un.org/dppa/decolonization/en/about#:~:text=The%20United%20Nations%20monitors%20progress,as%20the%20Declaration%20on%20Decolonization.> Erişim: 20.9.2023).

2.4. Al-Skeini Kararı ve Sonrası

Bankovic Kararı'yla ortaya çıkan kısıtlayıcı eğilim, sonraki davalar bakımından belirsizliğe neden oldu. Daireler, kimi kararlarında bu kısıtlayıcı tavrı devam ettirirken kimi kararlarında ise farklı yorum tekniklerini benimseyerek kendi içinde uyum yakalayamayan bir kararlar manzumesi yarattılar.⁹⁵ Örneğin Büyük Daire Bankovic Kararı'nda, ülke dışı yetkinin mevcudiyeti bakımından etkin kontrol altına alınan bölgenin Sözleşme'nin hukuki alanı (*espace juridique*) içinde bulunması şartını aramıştı. Bankovic Kararı'ndan üç yıl sonra verilen Issa v. Türkiye Kararı⁹⁶'nda 2. Daire, Türkiye'nin, Sözleşme'nin hukuki alanı (*espace juridique*) dışında bulunan Kuzey Irak üzerinde mekânsal kontrol sağlaması durumunda bu bölgede yaşanan ihlallerden sorumlu tutulabileceğini tespit etti.⁹⁷ Yine Bankovic Kararı'nda, anlık fiillerin bu fiilleri gerçekleştiren taraf devlet bakımından yetkinin kurulması anlamına gelmeyeceği belirtilmişti. Ancak sonraki Daire kararlarında, Kıbrıs'ta bulunan BM tampon bölgesi üzerinden ateş açılması yoluyla gerçekleşen anlık şiddet eylemlerinin Türkiye'nin yetkisi dâhilinde olduğuna ilişkin çeşitli hükümler⁹⁸ verildi. Bunun anlamı, Bankovic Kararı'nı izleyen on yıllık dönemde AİHM Daireleri tarafından kararının zaman zaman Mahkeme içtihatlarının geri kalanıyla tutarsız ve kaçınılması gereken bir kural dışılık olarak, zaman zaman ise yetki kavramını kısıtlayıcı bir bakış açısıyla uygulamak için güvenilen bir otorite olarak görüldüğüdür.⁹⁹

Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı¹⁰⁰ tam bu noktada Mahkemenin yetkiye ilişkin içtihadını düzenlemek için Büyük Daire tarafından bir fırsat olarak görüldü. Divan bu fırsatı, karara yetkiye ilişkin genel ilkeleri ana hatlarıyla incelediği bir bölüm ekleyerek kullandı. On yedi yargıç tarafından oybirliği ile alınan kararda mutabık görüş yazısı kaleme alan Yargıç Bonello, Sözleşme'nin hem kurucu üyelerinin hem de Sözleşme'ye sonradan taraf olan devletlerin tümünün tek bir gayeyi gerçekleştirmeye çabaladıklarını, bunun da insan hakları hukukunun üstünlüğünün sağlanması olduğunu belirtti. Bonello'ya göre taraf devletlerin, 1. madde uyarınca, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri, yetki alanlarında bulunan **herkese** sağlama yükümlülüğü

⁹⁵ Mallory: A Second Coming, s. 37.

⁹⁶ Issa ve Diğerleri v. Türkiye, BN.31821/96, KT. 16/11/2004. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67460>. Erişim: 20.9.2023).

⁹⁷ Bkz. Issa ve Diğerleri v. Türkiye, para. 74.

⁹⁸ Bkz. Örn. Andreou v. Türkiye, BN. 45653/99, KT. 3/6/2008, para. 25. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88068>. Erişim: 20.9.2023).

⁹⁹ Mallory: A Second Coming, s. 37.

¹⁰⁰ Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık (GC), BN. 55721/07, KT. 7/7/2011. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105606>, Erişim: 20.9.2023).

Sözleşme'nin mihenk taşıydı.¹⁰¹ Al-Skeini Kararı, AIHM'nin ülke dışı uygulamaya ilişkin içtihadındaki on yıllık belirsizliği sona erdiren bir karar oldu ve bu karar çerçevesinde Bonello'nun sözlerinden de anlaşılabilceği üzere Sözleşme'nin koruma alanı yeniden genişlemeye başladı.

Al-Skeini Davası'ndaki altı başvuru, Irak'ın, Birleşik Krallık ve ABD önderliğindeki devletler tarafından işgal edildiği dönemde, Irak'ta Birleşik Krallık güçleri tarafından öldürülen sivillerin yakınlarıydı. Başvuranlar arasındaki ortak bağ, akrabalarının o tarihlerde Birleşik Krallık'ın komutası altında olan Basra'da öldürülmüş olmalarıdır. Her bir başvuruyla ilgili maddi gerçekler şu şekilde özetlenebilir: Birinci başvuranın erkek kardeşi, başvuranın içinde bulunduğu cenaze evine doğru yolda yürürken İngiliz askerleri tarafından vurularak öldürülmüştür.¹⁰² İkinci başvuranın kocası, İngiliz askerlerinin arama ve tutuklama amacıyla baskın yaptığı bir evde, İngiliz askerleri tarafından öldürülmüştür.¹⁰³ Üçüncü başvuranın karısı, evlerinde yemek yedikleri sırada İngiliz askerleri ile kimliği belirsiz silahlı kişiler arasında çıkan çatışmada isabet eden kurşunlar nedeniyle ölmüştür.¹⁰⁴ Dördüncü başvuranın erkek kardeşi, sürmekte olduğu minibüs İngiliz askerler tarafından durdurulduktan sonra minibüsü durduran İngiliz askeriyle tartışma yaşamış ve bunun üzerine minibüsü hareket ettirmiş ve İngiliz askeri tarafından minibüse açılan ateş sonucunda ölmüştür.¹⁰⁵ Beşinci başvuranın oğlu, sokakta yapılan rutin kontrolde İngiliz askerleri tarafından tutuklanmış ve iki gün sonra cesedi Şattularap Nehri'nde bulunmuştur.¹⁰⁶ Altıncı başvuranın oğlu, çalıştığı otelde yapılan rutin soruşturmada gözaltına alınmış ve gözaltındayken öldürülmüştür.¹⁰⁷

Davada başvuranların iddiası, yakınlarının, öldükleri sırada Birleşik Krallık'ın yetkisi altında buldukları ve hem bu kişilerin öldürülmelerinin hem de ölümlere ilişkin etkin ve bağımsız soruşturmalar yürütülmemiş olmasının Birleşik Krallık'ın AIHS'den kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı olduğuydu.¹⁰⁸ Başvuranlara göre Birleşik Krallık 1. madde anlamında yetki tesisini hem Güneydoğu Irak'ta sahip olduğu etkin kontrol hem de askerleri

¹⁰¹ Bonello'nun Mutabık Görüş Yazısı, Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık (GC), BN. 55721/07, KT. 7/7/2011, para. 9. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-105606>, Erişim: 20.9.2023).

¹⁰² Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, para. 34-35.

¹⁰³ Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, para. 39-41.

¹⁰⁴ Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, para. 43-45.

¹⁰⁵ Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, para. 47-49.

¹⁰⁶ Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, para. 55-56.

¹⁰⁷ Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, para. 63-65.

¹⁰⁸ Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, para. 3.

aracılığıyla merhumlar üzerinde uyguladığı kişisel otorite ve kontrol aracılığıyla sağlamıştı.¹⁰⁹

Birleşik Krallık'ın iddiası ise, yetkinin ülkeselliği prensibinin başlıca istisnası olan etkin kontrol ilkesine, yalnızca Sözleşme'nin hukuki alanı (*espace juridique*) içerisinde gerçekleşen ülke dışı fiiller bakımından başvurulabileceğiydi. Bu çerçevede Quark Fishing Kararı'na da değinen İngiliz Hükümeti; Mahkemenin 56. maddeye ilişkin içtihadının, etkin kontrol ilkesinin taraf devletlerin uluslararası ilişkilerinden sorumlu oldukları ülkelerde uygulanmayacağı yönünde olduğunu belirtti. Birleşik Krallık'a göre bunun anlamı, etkin kontrol ilkesine Sözleşme'nin hukuki alanı (*espace juridique*) dışındaki **hiçbir** bir bölge açısından başvurulamayacağıydı. Kişiler üzerinde uygulanan otorite ve kontrol aracılığıyla kurulmuş olduğu iddia edilen ülke dışı yetkiyle ilgili olarak ise, merhumların Irak'ta askeri güvenlik operasyonları yürütüldüğü sırada İngiliz askerleri tarafından vurulmasının bu kişiler üzerinde bir yetki kullanımı anlamına gelmediğini ileri süren Birleşik Krallık, bir bombalama eylemi sonucunda meydana gelen ölüm ile bir kara harekâtı sırasında ateş açılması sonucu meydana gelen ölüm arasında hiçbir ayırım yapılamayacağını, dolayısıyla böyle bir iddianın *Bankovic* kararına doğrudan aykırı olduğunu ileri sürdü.¹¹⁰

Büyük Daire, incelemesine, taraf devletlerce üstlenilen taahhüdün, üzerlerinde 1. madde anlamında yetki kurmuş oldukları kişiler bakımından Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri güvence altına almak ile sınırlı olduğunu ifade ederek başladı. 1. madde anlamında yetki ise, taraf bir devletin kendisine isnat edilen fiillerden sorumlu tutulabilmesi bakımından eşik ölçüt mahiyetindeydi. 1. madde anlamında yetki esasen ülkesel olmakla beraber, taraf devletlerin ülke dışı fiillerinin çeşitli istisnai durumlarda yetki tesisi bakımından elverişli sayılabildiğini belirten Mahkeme, bu istisnai durumların kişiler üzerinde “devlet temsilcisi otoritesi ve kontrolü” uygulanması ve belirli bir bölgenin “etkin kontrol” altına alınması olduğunu ifade etti.¹¹¹

Taraf devlet temsilcisinin ülke dışında gerçekleştirdiği eylemlerin, bu devlet bakımından, otorite ve kontrol kullanımı yoluyla 1. madde anlamında yetki tesisi anlamına gelmesinin üç durumda mümkün olduğunu ifade eden Mahkeme, yabancı topraklarda bulunan diplomatik ve konsolosluk temsilcilerinin fiillerinin bunlardan ilkinin oluşturduğunu belirtti. Mahkeme'ye göre bu durumlardan ikincisi ise, taraf bir devletin yabancı bir ülke hükümetinin daveti, rızası veya zımni kabulü sonucunda, normalde bu hükümet tarafından kullanılan kamusal yetkilerin tamamı veya bir kısmını kullanıyor olmasıydı. Son olarak bir devletin

¹⁰⁹ Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, para. 121.

¹¹⁰ Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, para. 110, 111 ve 116.

¹¹¹ Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, para. 130-132.

ülke dışında faaliyet gösteren temsilcilerinin, buradaki kişiler üzerinde güç kullanmalarının da, kontrol altına alınan kişiyi o devletin 1. madde anlamında yetkisi altına sokabileceğini belirten Mahkeme; devletin, temsilcileri aracılığıyla bireyler üzerinde kontrol ve otorite uyguladığı, dolayısıyla da yetki tesis ettiği her durumda, söz konusu bireylerin o anki durumuyla alakalı Sözleşmede koruma altına alınan hak ve özgürlüklerini güvence altına almakla yükümlü olduğunu ifade etti.¹¹²

Mahkeme, yetkinin ülkeselliği ilkesinin diğer istisnası olan etkin kontrole ilgili olarak, taraf bir devletin hukuki veya hukuka aykırı askeri bir eylem sonucunda kendi ulusal toprakları dışındaki bir alanı etkin bir şekilde kontrol etmesi durumunda, kontrol altına alınan bölgede ülke dışı yetkinin tesis edilmiş sayılacağını ve bu bölgede gerçekleşen fiillerden söz konusu taraf devletin sorumlu olacağını belirtti. Bir devletin kendi toprakları dışındaki bir alanda etkin kontrol sahibi olup olmadığının ise olgusal bir mesele olduğunu belirten AİHM, bunun, somut olay çerçevesinde tespit edilmesi gerektiğini ifade etti.

Birleşik Krallık'ın, etkin kontrol ilkesinin 56. madde çerçevesinde yorumlanarak Sözleşme'nin hukuki alanı (*espace juridique*) dışındaki hiçbir alanda uygulanmaması gerektiğine ilişkin iddiasıyla ilgili olarak ise, 56. maddenin, tarihsel sebeplerle Sözleşme'ye dahil edildiğini ve mevcut günün koşullarında, 1. maddede yer alan yetki kavramının kapsamını daraltacak şekilde yorumlanamayacağını belirten Mahkeme; etkin kontrol ilkesinin kapsamına giren durumların, taraf bir devletin, deniz aşırı toprakları hakkında 56. madde bildiriminde bulunmadığı durumlardan bariz bir şekilde farklı olduğunu ileri sürdü.¹¹³

Mahkeme, tüm bu inceleme ve açıklamalardan sonra ortaya koyduğu kuralları somut davaya uygulayarak Güneydoğu Irak'ta egemen hükümet tarafından kullanılması gereken kamusal yetkilerin bazılarının, başvuruya konu olayların gerçekleştiği dönemde Birleşik Krallık tarafından kullanılıyor olduğu sonucuna vardı. İngiliz askerlerinin, güvenlik operasyonları sırasında öldürülen kişiler üzerinde, bu kişiler ile Birleşik Krallık arasında 1. madde anlamında yetkisel bağ kuracak şekilde otorite ve kontrol uygulamış olduğunu tespit eden¹¹⁴ Büyük Daire; Birleşik Krallık'ın -altıncı hariç tüm başvurularla ilgili olarak- Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettiğine karar verdi.¹¹⁵

¹¹² Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, para. 134-137.

¹¹³ Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, para. 140.

¹¹⁴ Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, para. 149.

¹¹⁵ Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, para. 168-177.

Al-Skeini Kararı'nda Mahkeme, Bankovic Kararı'nda benimsenen 1. madde anlamında yetkinin esasen ülkesel olduğu görüşünü devam ettirmiştir. Bununla birlikte Büyük Daire, kararda, ülke dışı eylemlerin 1. madde anlamında yetki tesisi bakımından elverişli sayıldığı durumların kapsamını oldukça genişletmiştir. Nitekim Bankovic Kararı'nda, herhangi bir ülke dışı eylemin 1. madde anlamında bir yetki kullanımı anlamına gelebilmesi için, bu eylemi gerçekleştiren taraf devletin eylemin gerçekleştiği bölgede normalde bölge yönetimi tarafından kullanılması gereken kamusal yetkileri kullanıyor olmasını gerekli gören Mahkeme; Al-Skeini Kararı'nda, bu koşulu, başlı başına ülke dışı yetki kullanımı oluşturan ayrı bir durum olarak değerlendirmiş, devlet temsilcisi otorite ve kontrolü çerçevesinde kabul edilen diğer istisnai durumlar ve etkin kontrol bakımından ise bu şartı aramayı bırakmıştır. Al-Skeini Kararı'nın getirmiş olduğu diğer bir yenilik, taraf bir devletin ülke dışında faaliyet gösteren temsilcilerinin kişiler üzerinde güç kullanarak sağladığı kontrolün 1. madde anlamında yetki tesisi bakımından yeterli görülmüş olmasıdır. AİHM bu tespitleriyle, Sözleşme'nin yalnızca hukuki alanı (*espace juridique*) içerisinde uygulanacak bir Avrupa belgesi olmadığını tespit etmiş; taraf devletlerin, ülke dışında gerçekleştirdikleri kimi fiillerinden, bu fiiller dünyanın neresinde gerçekleşmiş olursa olsun, AİHS çerçevesinde sorumlu tutulacaklarını ilan etmiştir.

Mahkemenin 56. maddeye ilişkin yorumunun, Sözleşme'nin ülkesel etkilerini genişleten bu bakış açısı içerisindeki yerini kestirmek ise kolay gözükmemektedir. AİHM, Bankovic Kararı'nın özellikle ülke dışı yetki kullanımının kabulü bakımından çizmiş olduğu sınırları yeni yetki temelleri kabul ederek ve eskilerinin koşullarını kolaylaştırarak değiştirmiş; buna karşın 56. maddeye ilişkin değerlendirmesini bu kararın kısıtlayıcı bakış açısını bire bir yansıtan Quark Fishing Kararı çerçevesinde yapmıştır. Bununla birlikte Mahkemenin bu değerlendirmesi de yoruma muhtaç gözükmemektedir. Gerçekten de Mahkeme, değerlendirmesinde, hakkında 56. madde bildiriminde bulunulmamış olan denizaşırı ülkeler bakımından etkin kontrol ilkesinin uygulanmayacağını belirtmiş, buna karşın bu topraklarda devlet temsilcisi otoritesi ve kontrolü çerçevesinde 1. madde anlamında yetki tesisinin mümkün olup olmadığını tartışmamıştır. Mahkemenin bu konuya ilişkin herhangi bir açıklama yapmamış olmasının nedeni, Birleşik Krallık'ın bu yetki temeline ilişkin herhangi bir iddiada bulunmamış oluşudur. Dolayısıyla AİHM'nin, uluslararası ilişkilerinden sorumlu olunan ülkeleri yalnızca etkin kontrol ilkesinin uygulama alanı dışında kalan topraklar olarak mı, yoksa 1. madde anlamında yetkinin tamamen dışında kabul edilen istisna toprakları olarak mı gördüğü belirsizdir. AİHM'nin, Al-Skeini Kararı'nda menfi ya da müspet, hakkında

herhangi bir cevap vermediği bu konuya ilişkin yorumu ancak 2012 tarihli Chagos Adalılar v. Birleşik Krallık Kararı¹¹⁶yla açığa çıkmıştır.

Hint Okyanusu'nda bulunan Chagos Takımadaları, 1814 ile 1965 yılları arasında Birleşik Krallık'ın Morityus sömürge yönetimi altında bulunan bir bağlı bölgeydi. 20. yüzyılın başında adalarda sürekli oturma halinde bulunmayan, bununla birlikte bazıları kendilerini adaların yerlisi olarak gören 426 aile bulunuyordu. 1960'larda adalardaki nüfus düşüşe geçti. 1962'ye gelindiğinde ise yalnızca üç ana adada yerleşim bulunuyordu ve nüfus binin altındaydı.¹¹⁷

1964 yılında ABD, Chagos Takımadaları'nın en büyük adası olan Diego Garcia'da askeri tesisler kurmak amacıyla Birleşik Krallık'la görüşmelere başladı. Görüşmelerin başından itibaren, böyle bir durumda adanın tüm sakinlerinin adadan gönderileceği öngörülmüştü. Aynı yıl içinde Birleşik Krallık da Morityus yönetimiyle Chagos Takımadaları'nın Morityus'tan ayrılması konusunda görüşmelere başladı. Sonuç olarak 1965 yılında Chagos Takımadaları Morityus'tan ay(ı)rıldı ve Chagos gibi bağlı olduğu Seyşeller'den ay(ı)rılan Aldabra, Farquhar ve Desroches Adalarıyla birlikte İngiliz Hint Okyanusu Bölgesi (*British Indian Ocean Territory-BIOT*) adında yeni bir İngiliz sömürgesi kuruldu. Ayrı bir anayasa ve hükümete sahip olan bu topraklar Seyşeller sömürgesi valisinin yönetimi altına konuldu.¹¹⁸

ABD ve Birleşik Krallık arasında yapılan anlaşma çerçevesinde, 1967 ve 1973 yılları arasında ada sakinleri tahliye edilerek, yine Birleşik Krallık kontrolünde olan Morityus ve Seyşeller'e yerleştirildi. Adalardan daha önce ayrılmış olan sakinlerin ise adalara geri dönmesine izin verilmedi. 1971 yılında BIOT valisi 1 Numaralı Göç Kararnamesi'ni yayınladı. Bu Kararname'de, bölgede izinsiz kalmak ve bölgeye izinsiz giriş yapmak suç olarak tanımlandı.¹¹⁹ Tüm bunların karşılığında, Morityus hükümetine, yerlerinden edilen adalılarının zararlarının tazmin edilmesi amacıyla belirli miktarda ödeme yapıldı. Seyşeller'e tahliye edilmiş olan adalılarla ilgili olarak ise herhangi bir ödeme yapılmadı.¹²⁰

¹¹⁶ Chagos Adalılar v. Birleşik Krallık, BN. 35622/04, KT. 11/12/2012. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115714>. Erişim: 20.9.2023).

¹¹⁷ Chagos Adalılar v. Birleşik Krallık, para. 4.

¹¹⁸ 1976 yılında yapılan düzenlemeyle Aldabra, Fraquhar ve Derosches Adaları Seyşeller'e iade edilmiş ve BIOT Chagos Takımadaları'ndan ibaret kalmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Dalar, Müge: "Uluslararası Adalet Divanı'nın Chagos Takımadaları'nın 1965'te Morityus'tan Ayrılmasının Hukuki Sonuçları Hakkında Danışma Görüşü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 33, S. 152, 2021, s. 415-444.

¹¹⁹ Chagos Adalılar v. Birleşik Krallık, para. 10.

¹²⁰ Chagos Adalılar v. Birleşik Krallık, para. 11.

Eski Chagos sakinleri İngiliz mahkemelerinde bir dizi dava açtılar. Talepleri, genel olarak, mülkiyete ilişkin menfaat yoksunluğu ve zamanaşımı çerçevesinde reddedildi.¹²¹ Bunun üzerine AİHM'ye başvuran kimi Chagoslular, Sözleşme'den kaynaklanan çeşitli hak ve özgürlüklerinin Birleşik Krallık tarafından ihlal edildiğini iddia ettiler.

Chagos Adalılar Davası'nda başvuruların ilk amacı, başvurularının 56. maddeye ilişkin önceki kararlardan ayrı değerlendirilmesiydi. Zira Chagoslular, sonucu belli bir 56. madde savaşına girmek istemiyor; başvurularını ya ülkesel yetki ya da taraf devletlerin ülke dışı eylemlerinin 1. madde anlamında yetki tesisi bakımından yeterli sayıldığı istisnai durumlar kategorisine sokmak istiyorlardı. Bu çerçevede ilk olarak Bui Van Thahn ve Yonghong Kararlarına değinen Chagoslular, bu kararlara konu olaylarda başvuruları etkileyen idari kararların yerel yönetim makamları tarafından alındığını ve taraf devletlerin yalnızca yerel yönetimlerin uyguladığı politikaları belirleme yetkisini üstlenmiş olduğunu iddia ettiler. Benzer şekilde Quark Fishing Davası'nda da Birleşik Krallık Dışişleri Bakanı, başvurucuyu etkileyen kararı alırken Birleşik Krallık adına hareket etmemiş, GGGSA Hükümetinin temsilcisi olarak karar almıştı. Mevcut başvuruda ise, başvuru konusu fiillerin Birleşik Krallık'ın doğrudan emri altında hareket eden resmi memurlar tarafından gerçekleştirildiğini iddia eden Chagoslular, başvurularının adı geçen bu kararlardan ayrı tutularak incelenmesi gerektiğini ileri sürdüler.¹²²

Başvuruların ilk iddiası, BIOT yönetiminin Londra'nın etkisi altında olması ve BIOT'ye ilişkin politika ve kararların ilgili İngiliz Bakanlıklarınca Birleşik Krallık topraklarında alınması nedeniyle, başvuru konusu tüm fiillerin Birleşik Krallık'ın ülkesel yetkisi dâhilinde gerçekleşmiş olduğuydu. Diğer bir sav olarak, Birleşik Krallık'ın BIOT'de etkin kontrol sağlayarak ülke dışı yetki kullanmış olduğunu ileri süren Chagoslular, taraf bir devletin herhangi bir bölgeyi etkin kontrol altına alması durumunda doğan sorumluluğun, 56. maddede öngörülmüş olan ve gönüllülük esasına dayanan dolaylı sorumluluktan farklı olduğunu iddia ettiler. Etkin kontrolün mevcudiyetinin olgusal bir mesele olduğuna ilişkin Al-Skeini Kararı'na atıfta bulunan Chagoslulara göre, Birleşik Krallık makamları Chagos Takımadaları üzerinde, adaları insansızlaştırarak, müttefikleri ABD'nin askeri kuvvetleriyle birlikte adaları işgal ederek ve Birleşik Krallık memurlarından oluşan tali bir yerel yönetim kurarak bu kontrolü sağlamıştı.¹²³

Başvurular, Mahkemenin başvurunun 1. madde çerçevesinde değerlendirilmesine yönelik taleplerini reddetmesi ihtimaline karşı alternatif iki

¹²¹ Bkz. Chagos Adalılar v. Birleşik Krallık, para. 13-20.

¹²² Chagos Adalılar v. Birleşik Krallık, para. 51.

¹²³ Chagos Adalılar v. Birleşik Krallık, para. 48, 49 ve 60.

iddia daha ileri sürdüler. Bunlardan ilki, 56. maddeye ilişkin en güncel karar olan Quark Fishing Kararı'nın ilgili tüm içtihatlar değerlendirilmeden verildiği ve Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanması meseleleriyle ilgili olarak yeniden değerlendirmeyi gerektiren önemli bir sorun ortaya çıkardığı, yani hukuken yanlış bir karar verildiği idi. Nitekim Büyük Daire Al-Skeini Kararı'nda, 56. madde düzenlemesinin 1. maddede yer alan yetki kavramının kapsamını sınırlandıramayacağını açıklığa kavuşturmuştu. 56. maddenin kaleme alınma sebebi, Sözleşme'nin bir bütün olarak uygulanmasından kaynaklanan yükümlülükleri dayatmanın, sömürge topraklarındaki yerel gereksinimler bakımından uygun olmayabileceği düşüncesiydi. 56. madde, taraf devletlerin aksi takdirde 1. madde anlamında yetki kullanımı manasına gelecek olan ve doğrudan yetkileri altında hareket eden resmi görevlilerinin fiillerinden kaynaklanan sorumluluktan kaçınmaları amacıyla tasarlanmamıştı. Buna ters düşen herhangi bir yorum, Birleşik Krallık'ın kendi makamlarının tarihsel, coğrafi veya kültürel olarak Avrupa ailesine hiçbir zaman dâhil olmamış dünyanın herhangi bir bölgesinde gerçekleştirdikleri fiillerinden dahi sorumlu olması; buna karşın aynı koşullarda aynı makamlarca gerçekleştirilen aynı nitelikteki ihlallerin Birleşik Krallık'ın 200 yıldır egemenliği altında bulunan topraklarda meydana gelmiş olması halinde bu ihlallerin Sözleşme'nin koruma alanı dışında kalması anlamına gelmekteydi.¹²⁴

Başvuranlar tarafından ileri sürülen son iddia ise; 56. maddenin geride bırakılması gereken, çağ dışı bir uygulama olduğuydu. Buna göre 56. maddenin yerini 1. madde çerçevesinde kabul edilen diğer yetki temelleri almalıydı. Böylece Sözleşme'nin uygulanmasında 56. madde nedeniyle ortaya çıkan boşluk engellenebilirdi.¹²⁵

Mahkeme, başvuruya konu olayların Birleşik Krallık'ın ülkesel yetkisi dâhilinde olduğuna ilişkin iddiayla ilgili olarak bu tür bir kabulün, yetkinin, Adalara ilişkin tüm işlemlerin İngiliz Hükümetinin himayesinde ve onun yetkilileri tarafından alındığı olgusu üzerine temellendirilmesi anlamına geleceğini; ancak Mahkemenin bu argümanla ikna olmadığını ifade etti. Bankovic Davası'nda, başvuranlar açısından Belgrad'da ciddi sonuçlar doğuran karar ve eylemlerin taraf devletlerin ülkelerinde planlanmış olması, bu eylemleri Mahkemenin yargı yetkisi altına sokmamıştı. Benzer şekilde Quark Fishing Davası'nda da balıkçılık lisanslarına ilişkin kararları alan ve uygulayan görevliler, Birleşik Krallık makamları tarafından ya doğrudan kontrol ediliyor ya da kararları bu makamlar tarafından iptal edilebiliyordu. Ancak Mahkeme, kararını yine de 56. madde çerçevesinde vermişti. Mevcut başvuruda da, başvuranların şikâyetine konu karar ve önlemler büyük ölçüde BIOT makamları

¹²⁴ Chagos Adalılar v. Birleşik Krallık, para. 48 ve 50.

¹²⁵ Chagos Adalılar v. Birleşik Krallık, para. 74.

tarafından uygulanmakta ve tamamen BIOT’de etki doğurmaktaydı. Bu nedenle Birleşik Krallık’taki politikacıların veya resmi görevlilerin nihai kararı verme yetkilerinin bulunması, bu toprakların Birleşik Krallık’ın ülkesel yetkisi çerçevesinde değerlendirilmesi açısından yeterli değildi.¹²⁶

Mahkeme etkin kontrol çerçevesinde tesis edildiği iddia edilen 1. madde anlamında yetkiyle ilgili olarak bu konuya ilişkin en güncel ve buyurucu ilkesel açıklamaları barındıran karar olan Al-Skeini Kararı’ını dikkate alacağını ifade etti. Büyük Daire bu kararında, konuyla ilgili otorite olarak Quark Fishing Kararını alıntılımış ve etkin kontrol ilkesinin uluslararası ilişkilerinden sorumlu olunan topraklarda uygulanamayacağını belirtmiş, dolayısıyla da Quark Fishing Kararını hukuka aykırı verilmiş yanlış bir karar olarak değerlendirmemişti. Büyük Daire’nin etkin kontrole ilişkin bu değerlendirmeyi Birleşik Krallık’ın somut davaya yönelik iddialarına cevaben yaptığını belirten Mahkeme buna rağmen, konuya ilişkin tespitlerin genel bir nitelik arz ettiğini belirtti.¹²⁷

56. maddenin geride bırakılması gereken çağ dışı bir uygulama olduğu iddiasıyla ilgili olarak ise Mahkeme, ne kadar çağ dışı olursa olsun 56. madde düzenlemesinin anlamının açık olduğunu ve bu anlamın salt, bir adaletsizliği düzeltme ihtiyacının mevcut olduğuna yönelik algı nedeniyle göz ardı edilemeyeceğini ifade etti. 56. madde, Sözleşme’nin yürürlükte olan bir hükmü olmaya devam etmekteydi ve arzu edildiği var sayılan bir sonuca ulaşmak amacıyla Mahkeme tarafından istenildiği zaman yürürlükten kaldırılmazdı.¹²⁸

Son olarak Mahkemeye göre, Al-Skeini Kararı’nın taraf bir devletin Sözleşme’nin uygulanmasını denizaşırı topraklarına genişletmediği durumlarda dahi uygulanabilecek alternatif yetki temellerine işaret edip etmediği belirsizdi. Taraf devletlerin denizaşırı topraklarında geçmişte olduğu gibi günümüzde de genellikle otorite ve kontrol uyguladığını ifade eden Mahkeme, böylesi bir yorumun 56. maddeyi büyük ölçüde amaçsız ve içerikten yoksun hale getireceğini ifade etti. Başka bir deyişle Mahkemeye göre bir devletin denizaşırı topraklarında hem kişisel hem de mekânsal otorite ve kontrol uygulaması eşyanın tabiatı gereği idi ve bu tür bir otorite ve kontrolün uygulanması kaçınılmazken, buna 1. madde anlamında yetki kullanımı manası yüklemek 56. maddenin varlığını gereksiz hale getiriyordu. Bu açıklamalarına karşın konuya ilişkin kesin bir görüş açıklamaktan imtina eden Mahkeme, bu noktada incelemesini sonlandırdı ve başvuruyu Sözleşme’nin başka maddeleri çerçevesinde reddetti.¹²⁹

¹²⁶ Chagos Adalılar v. Birleşik Krallık, para. 65.

¹²⁷ Chagos Adalılar v. Birleşik Krallık, para. 70 ve 73.

¹²⁸ Chagos Adalılar v. Birleşik Krallık, para. 73.

¹²⁹ Chagos Adalılar v. Birleşik Krallık, para. 75-76.

Chagos Adalılar Kararı, 1. madde anlamında yetki anlayışının yeniden genişlemeye başladığı Al-Skeini Kararı sonrası dönemde verilmiş olmasına rağmen Mahkemenin Bankovic Kararı vizyonunu yansıtan bir karardır. Kararda büyük ölçüde Quark Fishing Kararı takip edilmiştir. Mahkeme, Büyük Daire'nin, Al-Skeini Kararı'nda öne sürmüştüğü, etkin kontrol ilkesinin 56. maddede yer alan beyanlar sisteminin yerini alamayacağı tespitine atıfta bulunmuş ve buna bağlı olarak 1. maddenin, taraf devletlerin uluslararası ilişkilerinden sorumlu oldukları ülkeler bakımından da geçerli olabilecek alternatif bir yetki temeli oluşturmadığı görüşüne yakın olduğunun sinyalini vermiştir. Bu da, taraf devletlerin uluslararası ilişkilerinden sorumlu oldukları tüm ülkelerin, 1. madde anlamında yetkinin dışında kaldığının varsayılması ve bu yetki alanının sınırlandırılması anlamına gelmektedir.

Karardaki en su götürür tespit ise, taraf devletlerin denizaşırı toprakları üzerinde geçmişte olduğu gibi bugün de genellikle otorite ve kontrol uyguluyor olmaları sebebiyle alternatif yetki temellerinin kabulüne yönelik bir yorumun 56. maddeyi büyük ölçüde amaçsız ve içerikten yoksun kılacağıdır. Nitekim bu tür topraklarda taraf devletin yerel yönetim üzerinde belirli bir düzeyde kontrol sahibi olacağı kabul edilebilirse de, bu gücü AİHM içtihatlarında yetki tesisi açısından kabul edilen ve daha doğrudan olan kişi üzerindeki otorite ve kontrol veya bölge üzerindeki etkin kontrolden ayırt etmek pekâlâ mümkündür.¹³⁰ Her ne olursa olsun, Mahkemenin görüşünün ağırlığı, bu özel konuda karar vermeyi gereksiz bulmuş olması ve kararın oybirliği ile değil oy çokluğuyla alınmış olması gerçeğiyle azalmaktadır.¹³¹ Dolayısıyla konuya ilişkin genişletici bir yorumun önü halen tamamen kesilmiş gözükmemektedir.

2.5. Yakın Dönem

Chagos Adalılar Davası'ndan günümüze kadar 56. maddeye ilişkin doğrudan inceleme yapılmış herhangi bir karar bulunmamaktadır. Bu nedenle AİHM'nin günümüzde, hakkında 56. madde bildiriminde bulunulmamış topraklar bakımından ülke dışı yetki kullanımını istisnai durumlarda da olsa kabul etmeye hazır olup olmadığı muallaktır. Bununla birlikte, Mahkemenin son dönem kararlarından, bu topraklar bakımından böyle bir ihtimalin halen geçerli olmadığı anlaşılmaktadır.

¹³⁰ Frostad, Magne: "The «Colonial Clause» and Extraterritorial Application of Human Rights: The European Convention on Human Rights Article 56 and its Relationship to Article 1", Arctic Review on Law and Politics, C. 4, S. 1, 2013, s. 40-41.

¹³¹ Milanovic, Marco: "Update on the Extraterritorial Application of Human Rights Treaties", EJIL: Talk!, Blog of the European Journal of International Law, 21/5/2013. (<https://www.ejiltalk.org/update-on-the-extraterritorial-application-of-human-rights-treaties/>, Erişim: 20.9.2023).

Güncel kararlarında AİHM, yetkinin esasen ülkesel olduğuna¹³² ve ülke dışı yetki kullanımının istisnai niteliğine¹³³ ilişkin içtihatlarını kararlılıkla devam ettirmektedir. Bununla birlikte ülke dışı yetki kullanımını olarak değerlendirilen istisnai durumlar Al-Skeini vizyonuna uygun olarak genişlemeye devam etmiştir.¹³⁴ AİHM tarafından “özel durumlar” olarak adlandırılan bazı hallerde Al-Skeini Kararı’nda çizilen ülke dışı yetki kullanımının çerçevesi genişlemiştir.¹³⁵ Özel durumların var sayılarak taraf devlet bakımından yetki tesis edildiği bu kararlarda 56. maddeye ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmamış olması sebebiyle bu kararlar çalışmamızda yer almayacaktır. Buna karşın, içeriğinde yine 56. maddeyle ilişkili herhangi bir hukuki mesele barındırmayan 2020 tarihli N.D. ve N.T. v. İspanya Kararı¹³⁶ çalışmamın konusu açısından oldukça önemli ipuçları sunmaktadır.

Büyük Daire kararı olan N.D. ve N.T Davası’nın konusu, Fas üzerinden İspanya topraklarına giriş yapan yasa dışı göçmenler N.D. ve N.T.’nin sınır dışı edilmelerinden sonra İspanya topraklarına yeniden giriş yapmaları, daha sonrasında ise haklarında yeniden sınır dışı kararı verilmesini kapsayan bir dizi olaydır.¹³⁷ Başvuranlar, sınır dışı edilmelerine ilişkin kararlar ve bu çerçevede haklarında alınan önlemlerin İspanya’nın AİHS’den kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı olduğu gerekçesiyle AİHM’ye başvurular. Başvuruda yetki meselesinin gündeme gelmesinin sebebi, İspanya’nın Fas ile İspanya’yı ayıran sınır bölgesinde meydana gelen olaylardan sorumlu tutulamayacağı iddiasıydı.¹³⁸ Bu iddia başvuranların İspanya’ya giriş yaptıkları Melilla sınırında, İspanya tarafından oluşturulmuş üç kademeli sınır duvarı sisteminin, yasadışı girişleri 1. madde anlamında yetki bakımından kategorize ettiği savına dayanıyordu. Yabancı uyrukluların izinsiz girişini engellemek amacıyla tasarlanmış olan bu sınırların berisinde İspanyol Polis Hattı bulunuyordu.

¹³² Bkz. M.N. ve Diğerleri v. Belçika (GC), BN. 3599/18, KT. 5/5/2020, para. 99. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202468>, Erişim: 20.9.2023).

¹³³ Bkz. Catan ve Diğerleri v. Moldova ve Rusya (GC), BN. 43370/04, 8252/05 ve 18454/06, KT. 19/10/2012, para. 104. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114082>. Erişim: 20.9.2023).

¹³⁴ Bkz. Jaloud v. Hollanda, BN. 47708/08, KT. 20/11/2014 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148367>. Erişim: 20.9.2023); Güzeluyurtlu ve Diğerleri v. Kıbrıs ve Türkiye, BN. 36925/07, KT. 29/1/2919 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189781>. Erişim: 20.9.2023); Romeo Castano v. Belçika, BN. 8351/17, KT. 9/10/2019 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-194618>. Erişim: 20.9.2023).

¹³⁵ Mallory: A Second Coming, s. 40.

¹³⁶ N.D. ve N.T. v. İspanya (GC), BN. 8675/15 ve 8697/15, KT. 13/2/2020. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-201353>. Erişim: 20.9.2023).

¹³⁷ Bkz. N.D. ve N.T. v. İspanya, para. 24-30.

¹³⁸ Bkz. N.D. ve N.T. v. İspanya, para. 91-94.

İspanya, bu toprakların tümünün ulusal topraklarına dâhil olduğunu, bununla birlikte sınır duvarları ile Polis Hattı arasındaki alanda gerçekleşen fiillerin İspanya'nın 1. madde anlamında yetkisi dışında kaldığını iddia etti. Başka bir deyişle, 1. madde anlamında yetki ancak, göçmenlerin hem sınır kontrol sistemini oluşturan duvarların üçünü birden hem de Polis Hattı'nı geçtiği noktada devreye giriyordu. N.D. ve N.T.'nin İspanyol Sivil Muhafızları tarafından Polis Hattı'ndan bir önceki olan üçüncü duvarda yakalanarak Fas'a iade edildiklerini belirten İspanya, Polis Hattını geçememiş olmaları nedeniyle bu kişilerle ilgili yapılmış olan işlem ve fiillerin AİHS'nin koruması altında olmadığını ileri sürdü.¹³⁹

AİHM, incelemesinde ilk olarak yetkinin esasen ülkesel olduğuna ilişkin içtihadını hatırlattı. Yetkinin bir devlet tarafından kendi topraklarında normal olarak icra edildiğinin varsayıldığını belirten Mahkeme, bu karinenin yalnızca istisnai durumlarda, özellikle de bir devletin kendi topraklarının bir bölümünde yetkisini kullanmasının engellendiği durumlarda sınırlanabileceğini ifade etti. Mahkeme, Schengen Bölgesi'nin dış sınırlarını oluşturan devletlerin artan göçmen ve sığınmacı akınıyla başa çıkmakta önemli zorluklar yaşadıklarını kabul ettiğini; bununla birlikte Sözleşme'nin 56. madde dışında herhangi bir ülkesel hariç tutmaya izin vermediğini belirtti. İspanya'nın, Melilla sınırındaki toprakları üzerindeki yetkisini etkili bir şekilde kullanmasını sınırlayabilecek ve "yetki karinesini" çürütebilecek herhangi bir durumun da somut davada mevcut olmadığını ifade eden Mahkeme, sonuç olarak başvuru konusu fiillerin İspanya'nın 1. madde anlamında yetkisi dâhilinde olduğunu tespit etti.¹⁴⁰

N.D. ve N.T. Kararı daha önce de belirtildiği üzere doğrudan 56. maddeye ilişkin bir karar değildir. Bununla birlikte Mahkeme somut olay incelemesinde, taraf devletlerin, 56. madde kapsamındaki topraklarını Sözleşme uygulaması dışında tutabileceğine ilişkin bir tespitte bulunmuştur. Bu durum, Mahkemenin, hakkında 56. Madde bildirim yapılmamış bir bölgede gerçekleşmiş olaylara ilişkin herhangi bir başvuruda olgusal bir inceleme yapma gereği duymaksızın başvuruyu reddedeceği anlamına gelmektedir. Bu da, Mahkeme tarafından Bankovic Kararı'ndan beri benimsenen tutumun devam ettiğini göstermektedir.

N.D. ve N.T. Kararı'ndan anlaşılan, Mahkemenin 56. maddeye ilişkin içtihadının yerleşik hale geldiği ve bu içtihadın değişmesinin en azından yakın gelecekte çok da olası gözükmediğidir. Gerçekten de Mahkeme, yetkiye ilişkin içtihatlarını günün bazen sosyal bazen hukuki koşullarına göre güncelleyerek ve genellikle pragmatik seçimlerde bulunarak geliştirmektedir. 56. maddeye ilişkin içtihat ise, 11 Eylül saldırılarının ağırlığıyla şekillenen Bankovic sonrası

¹³⁹ N.D. ve N.T. v. İspanya, para. 91.

¹⁴⁰ N.D. ve N.T. v. İspanya, para. 103, 106 ve 108.

dönemde deyim yerindeyse zamanda donup kalmıştır. “Hukuki” olarak nitelendirilebilirse de “adil” olarak nitelendirilemeyecek olan bu içtihadın ise pek çok yönden eleştiriyeye açık olduğu ortadadır.

SONUÇ

AİHS’nin yer bakımından uygulanmasına ilişkin düzenlemeler Sözleşme’nin 1. ve 56. maddelerinde yer almaktadır. AİHM içtihatları, AİHS’nin yer bakımından uygulanmasında ülke dışı yetki kullanımını yani AİHS’nin taraf devletlerin ulusal toprakları dışında uygulanmasını, 1. madde çerçevesinde kabul etmektedir. Bu konuda istisnai nitelikte olan Bankovic Kararı ve sonrasındaki on yıllık dönem bir yana bırakıldığında ülke dışı yetki kullanımına ilişkin içtihatların dinamik yorum çerçevesinde her geçen gün daha da genişlemeye devam ettiği görülmektedir. Bununla birlikte Mahkeme 1. maddeye ilişkin bu tutumuna 56. madde bakımından bağlı kalmamış ve 1. madde ile 56. madde arasında karmaşık bir ilişki ortaya koymuştur.¹⁴¹

Bu durum, 1. ve 56. maddeler bakımından, yetkiye ilişkin çelişkili bir sonuç yaratmaktadır. 1. madde anlamında yetki, taraf devletlerce uluslararası ilişkilerinden sorumlu olunan ülkelerde farklı, diğer tüm topraklarda farklı iki ayrı unsurlar manzumesi öngörmektedir. Buna göre taraf bir devletin, uluslararası ilişkilerinden sorumlu olduğu bir ülkede gerçekleşen bir fiilden sorumlu olabilmesi için o ülkeyle ilgili açık bir 56. madde bildiriminde bulunmuş olması gerekirken, kendi ana vatan ülkesine dahil olmayan diğer tüm topraklar bakımından Mahkeme içtihatlarıyla kurulmuş olan ülke dışı yetki kullanımı durumları yeterli olmaktadır. Bunun en etkileyici sonucu; taraf devletlerin uluslararası ilişkilerinden sorumlu oldukları ülkelerde gerçekleştirdikleri eylemleriyle ilgili olarak, bu topraklarla aralarında bulunan kapsamlı tarihsel ve hukuki bağlarına ve bu topraklar üzerindeki, başka hiçbir bölge üzerinde sahip olmadıkları kalıcı kontrol ve etkilerine rağmen Sözleşme’den kaynaklanan sorumluluklarını kendi iradeleriyle sınırlandırabilmelerine izin verilmesidir. Yani 1. madde anlamında yetkinin varlığı, taraf devletle aralarında egemenlikten kaynaklanan resmi bir ilişki bulunmayan topraklar bakımından objektif kriterler aracılığıyla, taraf devletin iradesi hilafına kabul edilebilirken; bir zamanlar taraf devletlerin sömürgesi olan ve halen bu devletlerin egemenliği altında bulunan topraklarda, ilgili devletin iradesi çerçevesinde belirlenmektedir.

Mahkeme bu tutarsızlığın farkında olduğunu çeşitli kararlarında dile getirmiş, fakat bunun Sözleşme’nin yorumlanması yoluyla halledilebilecek bir mesele olmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre mevcut durumdaki “adaletsizliğin” giderilmesi ancak Sözleşme’de yapılacak bir değişiklik yoluyla mümkün olabilecektir. Mahkemenin bu bakış açısı, kendi yaratmış olduğu

¹⁴¹ Salihpaşaoğlu: s. 49.

karmaşayı çözülemez halde bırakmaktadır. Doktrin tarafından eleştirilen bu yaklaşımın değişip değişmeyeceğini ise zaman gösterecektir.

KAYNAKÇA

KİTAP ve MAKALELER

Altıparmak, Kerem: "Bankovic: An Obstacle to the Application of the European Convention on Human Rights in Iraq?", *Journal of Conflict and Security Law*, C. 9, S. 2, 2004, s. 213-251.

Arsava, Füsun: "AİHK'nun Konvansiyon Alanı Dışında Uygulanması Kriterleri ve Bu Çerçeve de Doğan Uluslararası Sorumluluk", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, 2011, s. 1-25.

Bates, Ed: "The Evolution of the European Convention on Human Rights", Oxford University Press, Oxford, 2010.

Bonello'nun Mutabık Görüş Yazısı, Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık (GC), BN. 55721/07, KT. 7/7/2011. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-105606>. Erişim: 20.9.2023)

Çamyamaç, Anıl: "Avrupa'daki Minyatür Devletlerin İkili Diplomatik İlişkilerine Dair Uluslararası Hukuk Açısından Pragmatik Bir Değerlendirme", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, 2019, s. 59-162.

Dalar, Müge: "Uluslararası Adalet Divanı'nın Chagos Takımadaları'nın 1965'te Morityus'tan Ayrılmasının Hukuki Sonuçları Hakkında Danışma Görüşü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 33, S. 152, 2021, s. 415-444.

Den Heijer, Maarten/Lawson, Rick: "Extraterritorial Human Rights and the Concept of 'Jurisdiction'", *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, eds. Langford, Malcolm/ Vandenhoe, Wouter/ Scheinin, Martin/ Genugten, Willem içinde s. 153-191, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

Duttwiler, Michael: "Authority, Control and Jurisdiction in the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, C. 30, S. 2, 2012, s. 137-162.

Frostad, Magne: "The «Colonial Clause» and Extraterritorial Application of Human Rights: The European Convention on Human Rights Article 56 and its Relationship to Article 1", *Arctic Review on Law and Politics*, C. 4, S. 1, 2013, s. 21-41.

Gondek, Michal: “Extraterritorial Application of The European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?”, *Netherlands International Law Review*, C. 52, S. 3, 2005, s. 349-387.

Hannum, Hurst: “Bombing for Peace: Collateral Damage and Human Rights”, *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, C. 96, 2002, s. 95-108.

Happold, Matthew: “Bankovic v. Belgium and the Territorial Scope of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, C. 3, S. 1, 2003, s. 77-90.

Larsen, Kjetil Mujezinović: “The Human Rights Treaty Obligations of Peacekeepers”, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

Laursen, Andreas: “NATO, the War over Kosovo, and the ICTY Investigation”, *American University International Law Review*, C. 14, S. 4, 2002, s. 765-814.

Lawson, Rick: “Life after Bankovic: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights” içinde 83-124 eds. Coomans, Fons/Kamminga, Menno T., Intersentia, Antwerp - Oxford, 2004.

Loucaides, Loukis G.: “Determining the Extra-Territorial Effect of the European Convention: Facts, Jurisprudence and the *Bankovic* Case” *European Human Rights Law Review*, C. 4, 2006, s. 391-407.

Mallory, Conall: “A Second Coming of Extraterritorial Jurisdiction at the European Court of Human Rights?”, *Questions of International Law*, Vol. 82, 2021, s. 31-51.

Mallory, Conall: “Human Rights Imperialists, The Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights”, Hart Publishing, Oxford, 2020.

Milanovic, Marco: “Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy”, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Milanovic, Marco: “From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties”, *Human Rights Law Review*, C. 8, S. 3, 2008, s. 411-448.

Milanovic, Marco: “The Spatial Dimension: Treaties and Territory”, *Research Handbook on the Law of Treaties* içinde 186-221 eds. Tams, Christian J./Tzanakopoulos, Antonios/ Zimmermann, Andreas, Edward Elgar, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, 2014.

Miltner, Barbara: "Revisiting Extraterritoriality after Al-Skeini: The ECHR and its Lessons", Michigan Journal of International Law, C. 33, S. 4, 2012, s. 693-747.

Moor, Louise/ Simpson, AW Brian: "Ghosts of Colonialism in the European Convention on Human Rights", British Yearbook of International Law, C. 76, S. 1, 2005, s. 121-194.

Orakhelashvili, Alexander: "Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights", European Journal of International Law, C. 14, S. 3, 2003, s. 529-568.

Roxstrom, Erik/Gibney, Mark/ Einarsen, Terje: "The Nato Bombing Case (Bankovic et al. v. Belgium et al.) and the Limits of Western Human Rights Protection", Boston University International Law Journal, Vol. 23, 2005, s. 55-136.

Salihpaşaoğlu, Yaşar: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller", Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Schabas, William A.: "The European Convention on Human Rights, A Commentary", Oxford University Press, Oxford, 2015.

Scheinin, Martin: "Extraterritorial Effect of the International Covenant on Civil and Political Rights", içinde 73-81 eds. Coomans, Fons/Kamminga, Menno T., Intersentia, Antwerp - Oxford, 2004.

Von Der Decken, Kerstin: "Article 29", Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary, eds. Dörr, Oliver/Schmalenbach, Kirsten içinde s. 1209-1232, Springer, Berlin, 2018.

Wilde, Ralph: "Triggering State Obligations Extraterritorially: The Spatial Test in Certain Human Rights Treaties", Israel Law Review, C. 40, S. 2, 2007, s. 503-526.

AVRUPA İNSAN HAKLARI

MAHKEMESİ VE YARGILAMADA

KULLANDIĞI YÖNTEM,

İLKE VE USULLER

MAHKEME KARARLARI

A.A. ve Diğerleri v. Kuzey Makedonya, BN. 55798/16, 55808/16, 55817/16, 55820/16 ve 55823/16, KT. 5/7/2022. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-21686>. Erişim: 20.9.2023).

Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık (GC), BN. 55721/07, KT. 7/7/2011. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105606>. Erişim: 20.9.2023).

Andreou v. Türkiye, BN. 45653/99, KT. 3/6/2008. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88068>. Erişim: 20.9.2023).

Bankovic ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri (GC), BN. 52207/99, KT. 12/12/2001. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-22099>. Erişim: 20.9.2023).

Bui Van Thahn ve Diğerleri v. Birleşik Krallık (Com.), BN. 16137/90, KT. 12/3/1990, 65-A D.R. 330.

Catan ve Diğerleri v. Moldova ve Rusya (GC), BN. 43370/04, 8252/05 ve 18454/06, KT. 19/10/2012. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114082>. Erişim: 20.9.2023).

Chagos Adalılar v. Birleşik Krallık, BN. 35622/04, KT. 11/12/2012. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115714>. Erişim: 20.9.2023).

Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya (Com.), BN. 12747/87, KT. 12/12/1989, 64 D.R. 97.

Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya, BN. 12747/87, KT. (26/6/1992. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57774>. Erişim: 20.9.2023).

Güzelyurtlu ve Diğerleri v. Kıbrıs ve Türkiye (GC), BN. 36925/07, KT. 29/1/2019. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189781>. Erişim: 20.9.2023).

Issa ve Diğerleri v. Türkiye, BN.31821/96, KT. 16/11/2004. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67460>. Erişim: 20.9.2023).

Jaloud v. Hollanda (GC), BN. 47708/08, KT. 20/11/2014. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148367>. Erişim: 20.9.2023).

Kıbrıs v. Türkiye (Com.), BN. 6780/74 ve 6959/75, KT. 26/5/1975, 31 D.R. 125.

Kıbrıs v. Türkiye (GC), BN. 25781/94, KT. 10/5/2001. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59454>. Erişim: 20.9.2023).

Loizidou v. Türkiye, BN. 15318/89, KT. 23/3/1995. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57920>. Erişim: 20.9.2023).

Loizidou v. Türkiye, BN. 15318/89, KT. 4/3/1991, RT. 08/07/1993 (Report of the Commission). (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-45610>. Erişim: 20.9.2023).

M.N. ve Diğerleri v. Belçika (GC), BN. 3599/18, KT. 5/5/2020. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202468>. Erişim: 20.9.2023).

N.D. ve N.T. v. İspanya (GC), BN. 8675/15 ve 8697/15, KT. 13/2/2020. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-201353>. Erişim: 20.9.2023).

Quark Fishing Ltd. v. Birleşik Krallık, BN. 15305/06, KT. 19/9/2006. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77008>. Erişim: 20.9.2023).

Romeo Castano v. Belçika, BN. 8351/17, KT. 9/10/2019. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-194618>. Erişim: 20.9.2023).

Soering v. Birleşik Krallık, BN. 14038/88, KT. 7/7/1989. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619>. Erişim: 20.9.2023).

Tyrer v. Birleşik Krallık, BN. 5856/72, KT. 25/4/1978. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57587>. Erişim: 20.9.2023).

X v. Belçika (Com.), BN. 1065/61, KT. 30/5/1961, 1961 Y.B. Eur. Conv. on H.R. 260.

X v. Federal Almanya Cumhuriyeti (Com.), BN. 1611/62, KT. 25/9/1965, 1965 Y.B. Eur. Conv. on H.R. 158.

Yonghong v. Portekiz, BN. 50887/99, KT. 25/11/1999. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5646>. Erişim: 20.9.2023).

BELGELER ve İNTERNET KAYNAKLARI

“Draft European Convention on Human Rights submitted by the European Movement to the Committee of Ministers of the Council of Europe in July 1949” (Doc. INF/5/E/R s. 5-6), Preparatory work on Article 63 of the European Convention on Human Rights içinde s. 2, 2/3/1978. ([https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour\(78\)8_eng.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour(78)8_eng.PDF) . Erişim: 20.9.2023).

“Draft Text of the First Section of a Draft Convention based on the Work of the Consultative Assembly, 7 February 1950” (Doc. A 809 s. 2), Preparatory work on Article 1 of the European Convention on Human Rights içinde s. 35, 31/3/1977. ([https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART1-COUR\(77\)9-EN1290551.PDF](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART1-COUR(77)9-EN1290551.PDF). Erişim: 20.9.2023).

“Explanatory note by the Secretariat General on the Assembly’s Recommendation No. 24, 5 September 1950” (Doc. CM (50) 57, s. 4), Preparatory work on Article 63 of the European Convention on Human Rights içinde s. 36, 2/3/1978.

([https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour\(78\)8_eng.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour(78)8_eng.PDF) . Erişim: 20.9.2023).

“Official Report of the Meeting of the Committee of Ministers, 7 August 1950” (Doc. Committee of Ministers, 5th Session, s. 68 ve 70), Preparatory work on Article 63 of the European Convention on Human Rights içinde s. 23-24, 2/3/1978.

([https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour\(78\)8_eng.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour(78)8_eng.PDF) . Erişim: 20.9.2023).

“Preliminary Draft Report of the Committee of Experts to the Committee of Ministers, 24 February 1950” (Doc. CM/WP 1 (50) 1 s. 5-8, 9, 10, 12 ve 21), Preparatory work on Article 1 of the European Convention on Human Rights içinde s. 37-40, 31/3/1977.

([https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART1-COUR\(77\)9-EN1290551.PDF](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART1-COUR(77)9-EN1290551.PDF). Erişim: 20.9.2023).

“Report of the Legal Committee to the Consultative Assembly, 5 September 1949” (Doc. AS (1) 77), Preparatory work on Article 63 of the European Convention on Human Rights içinde s. 5-6, 2/3/1978.

([https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour\(78\)8_eng.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour(78)8_eng.PDF) . Erişim: 20.9.2023).

“Report of the Legal Committee to the Consultative Assembly, 5 September 1949”, Doc. AS (1) 77, Preparatory work on Article 1 of the European Convention on Human Rights Doc. Cour77(9).

“Report of the sitting of the Consultative Assembly, 25 August 1950” (Rep. 1950, III, s. 938 ve 940), Preparatory work on Article 63 of the European Convention on Human Rights içinde s. 31-33, 2/3/1978.

([https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour\(78\)8_eng.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour(78)8_eng.PDF) . Erişim: 20.9.2023).

“Report of the sitting of the Consultative Assembly, 25 August 1950” (Rep. 1950, III, s. 942), Preparatory work on Article 63 of the European Convention on Human Rights içinde s. 33-34, 2/3/1978.

([https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour\(78\)8_eng.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour(78)8_eng.PDF) . Erişim: 20.9.2023).

“Speech given by Mr Luzius Wildhaber, President of the European Court of Human Rights, on the occasion of the opening of the judicial year, Strasbourg,

31 January 2002” ECtHR Annual Report 2001, s. 20-25. (https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2001_ENG.pdf. Erişim: 20.9.2023).

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950, 213 UNTS 221.

Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources, 20 May 1980, 1329 UNTS 47.

Council of Europe, “The Doctrines and Methodology of Interpretation of the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights”, 2021. (<https://rm.coe.int/echr-eng-the-doctrines-and-methodology-of-interpretation-of-the-europe/1680a20aee>. Erişim: 20.9.2023).

European Court of Human Rights, “Guide on Article 1 of the European Convention on Human Rights”, 31.08.2022. (https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_1_eng. Erişim: 20.9.2023).

ILC, Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, 187-274.

Milanovic, Marco: “Update on the Extraterritorial Application of Human Rights Treaties”, EJIL: Talk!, Blog of the European Journal of International Law, 21/5/2013. (<https://www.ejiltalk.org/update-on-the-extraterritorial-application-of-human-rights-treaties/>. Erişim: 20.9.2023).

UN Economic and Social Council, “Draft International Covenant on Human Rights”, UN Doc. E/1371(SUPP)-E/CN.4/350, s. 27-51. (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/005/22/PDF/GL900522.pdf?OpenElement>. Erişim: 20.9.2023).

UN General Assembly, “Resolution 217(III), International Bill of Human Rights”, UN Doc. A/RES/217(III), 1 January 1948. (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/043/88/pdf/NR004388.pdf?OpenElement>. Erişim: 20.9.2023).

United Nations, “United Nations and Decolonization”. (<https://www.un.org/dppa/decolonization/en/about#:~:text=The%20United%20Nations%20monitors%20progress,as%20the%20Declaration%20on%20Decolonization>. Erişim: 20.9.2023).

United Nations, “United Nations and Decolonization”. (<https://www.un.org/dppa/decolonization/en/about#:~:text=The%20United%20>

Nations%20monitors%20progress,as%20the%20Declaration%20on%20Decolo
nization. Erişim: 20.9.2023).

Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 UNTS 331.

Wenzel, Nicola: “Human Rights, Treaties, Extraterritorial Application and
Effects”, (May 2008), Max Planck Encyclo-pedia of Public International Law
(online edn).
(<https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e819>). Erişim: 20.9.2023).

AİHM'İN GÖLGEDE KALAN YARGILAMA YETKİSİ: DANIŞMA GÖRÜŞÜ (AİHS-47 vd.- VE OVIEDO SÖZLEŞMESİ)

Araştırma Makalesi

*Hikmet Berk TURHAN**

ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM), ikisi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamında; biri ise AİHS'in kapsamı dışında düzenlenen üç tür danışma görüşü verme yetkisi bulunmaktadır. AİHM'in AİHS kapsamında düzenlenen danışma görüşü verme yetkilerinden biri, AİHS'in 16 numaralı ek protokolünde düzenlenirken; diğeri, 47 vd. maddelerinde, doğrudan Sözleşme metninde düzenlenmiştir. AİHM'in AİHS kapsamı dışındaki danışma görüşü verme yetkisi ise "Oviedo Sözleşmesi" olarak da bilinen, "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi"nin 29. maddesinde düzenlenmiştir. AİHS'in son ek protokolü olan 16 numaralı ek protokolün imzaya açılmasıyla birlikte AİHM'in danışma görüşü verme yetkisi, Türk öğretisinin dikkatini çekmiş ancak konuya ilişkin çalışmaların hepsi 16 numaralı ek protokol ile sınırlı kalmıştır. Uzun geçmişine rağmen AİHS 47. madde kapsamında düzenlenen danışma görüşü verme yetkisine yönelik incelemelerin ise oldukça sınırlı kaldığı gözlemlenmiştir. Aynı durum Oviedo Sözleşmesi'nin 29. maddesinde düzenlenen danışma görüşü verme yetkisi açısından da geçerlidir. Söz konusu yetkinin kapsam ve usulünü -kıyasen- AİHS'in 47. maddesini ve ilgili İçtüzük kurallarını uygulayarak belirleyen AİHM, karşı oyunda bu yöntemin uygulanmasına yönelik eleştirilerin yer aldığı 2021 tarihli ilk ve tek kararında, mevcut istem hakkında görüş verme yetkisine sahip olmadığı yönünde karar vermiştir. Karar, AİHM'e AİHS dışında başka bir sözleşme ile yargılama yetkisi tanınip tanınamayacağı yönündeki tartışmaları içermesi yönüyle de dikkate değerdir. Çalışmada, oldukça dar kapsamlı nitelikteki söz konusu danışma

* Araştırma Görevlisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
ORCID ID: 0000-0002-1356-2905 E-posta: hikmet.turhan@hbv.edu.tr

Makale Geliş Tarihi: 19.10.2023
Makale Kabul Tarihi: 06.12.2023

görüşü verme yetkileri, şimdikiye değin verilen görüşler eşliğinde amaç, kapsam ve usul yönünden bütüncül bir yaklaşımla incelenecektir.

***Anahtar Kelimeler:** Danışma Görüşü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 47. Madde, Oviedo Sözleşmesi 29. Madde.*

A NEGLECTED MATTER IN THE JURISPRUDENCE OF ECHR: ADVISORY OPINION (ARTICLE 47 OF THE ECHR AND OVIEDO CONVENTION)

ABSTRACT

The European Court of Human Rights (ECtHR) has the competence to issue three types of advisory opinions, two of them are within the scope of the European Convention on Human Rights (ECHR) and one of them is outside the scope of the Convention. One of the ECtHR's competence to give advisory opinions within the scope of the Convention is regulated in Additional Protocol No. 16 of the ECHR and the other is regulated directly in the text of the Convention, in Article 47 ff. The ECtHR's competence to give advisory opinions outside the scope of the ECHR is has been specified in Article 29 of the "Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine", also known as the "Oviedo Convention". Since the opening of Additional Protocol No. 16 for signature, the ECtHR's competence to give advisory opinions attracted the attention of Turkish public law and human rights scholars. However, the scope of all related studies have been focused on the protocol. Despite its long history, it has been observed that the examinations regarding the competence to give advisory opinions regulated under Article 47 of the ECHR remain quite limited. The same applies to the competence to give advisory opinions regulated in Article 29 of the Oviedo Convention. In its first and only decision dated back 2021, the Court determined the scope and procedure of this competence by applying Article 47 of the ECHR and the relevant provisions of Rules of Court, per analogiam. The Court decides that the request for an advisory opinion is not within its competence. In the dissenting opinion, this approach of the Court's majority has been criticized. The decision is also noteworthy in that it includes discussions on whether the ECtHR can be granted jurisdiction under another agreement other than the ECHR. In the study, these rather narrow-scope competence to give advisory opinions will be examined with a holistic approach in terms of purpose, scope and procedure, in the light of the opinions given so far.

Key Words: Advisory Opinion, European Court of Human Rights, Article 47 of the European Convention on Human Rights, Article 29 of the Oviedo Convention.

GİRİŞ

Uluslararası insan hakları yargılamasında çekişmeli yargılama sonucu verilen kararların aksine, kural olarak bağlayıcı olmayan ve yol gösterici olma-rehberlik etme amacına yönelik olduğu kabul edilen danışma görüşlerinin, esasında, uluslararası insan hakları yargılaması yapan mercilerin yargılama yetkisine dâhil olduğu ve yargılama yetkisinin iki yüzünden birini oluşturduğu söylenebilir¹.

AİHM'in de birincil işlevi, AİHS'in sırasıyla 33. ve 34. maddelerinde düzenlenen devletlerarası başvurular ve bireysel başvurularda olduğu gibi çekişmeli yargılama işlerine ilişkindir². Bununla birlikte AİHM'e danışma görüşü verme yetkisi de tanınmıştır.

AİHM'in danışma görüşü verme yetkisi, ilk olarak 1970 yılında yürürlüğe giren 2 numaralı ek protokol ile AİHM yargılaması sistemine girmiştir. Bu yetki daha sonra, 2 numaralı ek protokolün işlevini yitirmesine yol açan ve 1998 yılında yürürlüğe giren 11 numaralı ek protokol ile doğrudan AİHS metninde, 47 vd. maddelerde, düzenlenmiştir. AİHM'e verilen ikinci tür danışma görüşü verme yetkisi -AİHS dışındaki bir sözleşmeyle- 1997 yılında imzaya açılıp 1999 yılında yürürlüğe giren ve Türkiye'nin de 2004 yılında tarafı olduğu "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Oviedo Sözleşmesi³)"nin 29. maddesinde düzenlenmiştir. AİHM'in üçüncü ve son tür danışma görüşü verme yetkisi ise 2013 yılında imzaya açılan ve 01.08.2018 tarihinde yürürlüğe giren 16 numaralı ek protokol ile düzenlenmiştir.

16 numaralı ek protokolün imzaya açılmasıyla birlikte AİHM'in danışma görüşü verme yetkisi, Türk öğretisinin dikkatini çeken konulardan biri olmuştur. Hâlbuki yukarıdaki ifadelerden de anlaşıldığı üzere danışma görüşü verme yetkisi Mahkeme'nin yabancı olduğu bir durum değildir⁴. 16 numaralı ek protokol,

¹ Saçar, Ali: İnsan Hakları Hukuku'nda Danışma Görüşlerinin Yeri, İşlevi ve Etkililiği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.1. Danışma görüşü verme yetkisinin, yargılama yetkisine girip girmediğine ve girdiği kabul edilirse hangi nitelikte bir yargılama yetkisi olduğuna ilişkin tartışmalar için bkz. Saçar: s.16 vd.

² Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §28.

³ Sözleşme, İspanya'nın Oviedo kentinde imzaya açıldığından bu isimle anılmaktadır.

⁴ Salihpaşaoğlu, Yaşar: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.231. Bu doğrultuda Kolçak/Gençtürk'ün, 16 numaralı ek protokol ile devlet başvurusu ve bireysel başvuru dışında AİHM'e yeni bir başvuru yolu getirildiği yönündeki ifadelerine katılmak mümkün gözükmemektedir. Bkz. Kolçak, Hakan/Gençtürk, Ünal: " Danışma Görüşü Başvurusu: İHAS'a Ek 16 Nolu Protokol Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.20, S.3, 2022, s.1632.

daha önceden mevcut olan bu yetkiyi önemli ölçüde genişletmiştir⁵. Ancak danışma görüşüne ilişkin az sayıdaki güncel çalışmanın hepsi, yalnızca 16 numaralı ek protokolü ele almaktadır. Bu çalışmalarda AİHM'in diğer danışma görüşü verme yetkilerine değinilmemiş veya çok az değinilmiştir. Diğer danışma görüşü verme yetkilerine ilişkin olarak yapılan çalışmaların, 16 numaralı ek protokolün imzaya açılmasından önceki dönemde de oldukça sınırlı olduğu gözlemlenmiştir.

Yaklaşık elli yıllık geçmişine rağmen AİHS 47. madde kapsamında düzenlenen danışma görüşü verme yetkisine yönelik olarak öğretilerdeki incelemelerin oldukça sınırlı kalmasının başlıca iki sebebinin olduğu söylenebilir. İlk olarak AİHS 47 vd. maddelerinde düzenlenen yetkinin gerek AİHS metni gerekse AİHM içtihatları doğrultusunda temel hak ve özgürlükler/bireysel başvuru alanı ile doğrudan ilişkili olmaması, diğeri ise 2000'li yıllara kadar bu kapsamda bir danışma görüşü isteminde bulunulmamış olmasıdır.

Oviedo Sözleşmesi kapsamındaki danışma görüşü verme yetkisine yönelik öğretilerdeki incelemelerin oldukça sınırlı kalması bakımından ise aynı sebepleri sıralamak mümkün değildir. Zira her ne kadar, AİHS 47 vd. maddelerinde düzenlenen danışma görüşü verme yetkisine benzer şekilde, mahkemede görülmekte olan herhangi bir davaya doğrudan atıfta bulunulmama şartı yer alsın da Sözleşme'nin yorumuna ilişkin hukuki sorunlar hakkında danışma görüşü talep edilebilmektedir. Sözleşme'nin yorumuna ilişkin hukuki sorunlar ise temelde insan onuru ve onunla bağlantılı olarak yaşama hakkı, kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, özel yaşamın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı gibi birçok temel hak ve özgürlükle doğrudan ilişkilidir. Kaldı ki Oviedo Sözleşmesi kapsamındaki yetki açısından, ilgili madde metninde, AİHS 47 vd. maddelerinde düzenlenen yetkide olduğu gibi *“hak ve özgürlüklerin içeriği veya kapsamı ile ilgili sorunlara”* ve *“Mahkeme veya Bakanlar Komitesi'nin Sözleşme'de öngörülen bir başvuru sonucunda karara bağlamak durumunda kalabileceği diğer sorunlara”* ilişkin olmama sınırlandırması da bulunmamaktadır. Ayrıca Oviedo Sözleşmesi kapsamındaki danışma görüşü verme yetkisi, AİHS 47 vd. maddelerinde düzenlenen danışma görüşü verme yetkisi kadar uzun bir geçmişe sahip değildir. Sözleşme yukarıda da belirtildiği gibi 1 Aralık 1999 tarihinde yürürlüğe girmiş, Sözleşme kapsamında ilk ve tek danışma görüşü istemi ise 2019 yılında yapılmıştır. AİHM'in, 2021 tarihli kararıyla yetkisinde görmeyerek hakkında

⁵ Sezer, Abdullah: “İHAS'a Ek 15 ve 16 No.lu Protokollere İlişkin Genel Gözlemler”, Anayasa Hukuku Dergisi, C.4, S.8, 2015, s.120; Salihpaşaoğlu: s.231. Gözlügöl/Poyraz, 16 numaralı ek protokol kapsamındaki yetkinin AİHS 47 vd. maddelerdeki yetkiye ek bir yetki olduğunu ifade etmektedir [Gözlügöl, Said Vakkas/Poyraz, Yasin: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında 15 ve 16 Nolu Ek Protokollerle Öngörülen Reform”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.6, S.20, 2015, s.75.].

görüş vermediği bu istem, AİHM'e AİHS dışında başka bir sözleşme ile yargılama yetkisinin tanınıp tanınmayacağı yönündeki tartışmaları içermesi yönüyle de dikkat çekmektedir.

Özünde birbirinden bağımsız olan bu iki yetkinin, aynı türdeki yargılama yetkileri olması dışında, çalışmada birlikte incelenmesinin bir sebebi daha vardır. O da AİHM'in, Oviedo Sözleşmesi kapsamında düzenlenen danışma görüşü verme yetkisinin kapsamını belirlerken AİHS 47/2. maddede öngörülen sınırlandırmayı; usulünü belirlerken ise İçtüzük'ün AİHS 47 vd. maddelerine ilişkin hükümlerini uygulamasıdır.

Çalışma, Mahkeme'nin, AİHS'in 47 vd. maddeleri ve Oviedo Sözleşmesi'nin 29. maddesi kapsamındaki danışma görüşü verme yetkilerinin şimdiye değin verilen görüşler eşliğinde amaç, kapsam ve usul yönünden bütüncül bir yaklaşımla incelenmesine ve öğretilerde konuya yönelik tespit edilen eksikliğin giderilmesine katkı sunma amacına yöneliktir.

Çalışmada öncelikle isimlendirme üzerinde durulacak; ardından söz konusu danışma görüşü verme yetkileri; amaç, kapsam ve usul yönünden şimdiye değin verilen görüşler eşliğinde iki ayrı başlık altında karşılaştırma yapılarak açıklanacaktır.

I. İsimlendirme

AİHS 47 vd. maddelerinde düzenlenen yetki, Fransızca ve İngilizce resmi metinde sırasıyla “*des avis consultatif*” ve “*advisory opinion*” ifadeleriyle isimlendirilmiştir. Gerek Fransızca “*consultatif*” gerek İngilizce “*advisory*” sözcükleri, Türkçeye “tavsiye niteliğinde”, “*istişari nitelikte*”, “*istişari*”, “*danışma*” veya “*tavsiye*” olarak çevrilebilir. Gerek Fransızca “*avis*” gerekse İngilizce “*opinion*” sözcükleri ise Türkçeye “*görüş*” veya “*mütalaa*” olarak çevrilebilir. 11 numaralı ek protokolün yayımlandığı Resmi Gazete’de yer alan resmi Türkçe çeviride bu ifadeler, “*istişari mütalaa*” olarak karşılanmıştır⁶.

Oviedo Sözleşmesi'nin 29. maddesinde de bu yetki, AİHS 47 vd. maddelerinde olduğu gibi, Fransızca ve İngilizce resmi metinde sırasıyla “*des avis consultatif*” ve “*advisory opinion*” ifadeleriyle isimlendirilmiştir. Oviedo Sözleşmesi'nin yayımlandığı Resmi Gazete’de yer alan resmi Türkçe çeviride ise bu ifadeler, “*istişari nitelikte görüş*” olarak karşılanmıştır⁷.

⁶ Resmi Gazete, T. 20.06.1997, S. 23025.

⁷ Resmi Gazete, T. 20.04.2004, S. 25439.

“*İstişari mütalaa*” veya “*istişari nitelikte görüş*” ile “*danışma görüşü*” ifadeleri, hukuk dünyasında doğurduğu sonuçlar bakımından farklılık oluşturmadığından⁸ gerek AIHS 47 vd. maddelerde gerekse Oviedo Sözleşmesi’nin 29. maddesinde düzenlenen yetkinin yaygın kullanımında olduğu gibi “*danışma görüşü*” olarak karşılanmasında sakınca görmemekteyiz⁹. Çalışmada bu doğrultuda “*danışma görüşü*” isimlendirmesi benimsenmiştir¹⁰.

II. AIHS’in 47 vd. Maddeleri Kapsamında Danışma Görüşü Verme Yetkisi

1. Hukuki Düzenlemeler

AIHM’in danışma görüşü verme yetkisi, ilk olarak 1970 yılında yürürlüğe giren 2 numaralı ek protokol¹¹ ile düzenlenmiştir. Bu yetki daha sonra, 1998 yılında

⁸ Ulaşılan benzer bir sonuç için bkz. Saçar: s.14 vd.

⁹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri’ne göre de “*istişare*”, “*danışma*”; “*mütalaa*” ise “*görüş*” biçiminde karşılanmaktadır (<https://sozluk.gov.tr/>, Erişim: 20.01.2023). AIHS’in bilgilendirme amacıyla hazırlanan Türkçe çevirisinde de AIHS 47 vd. maddelerinde düzenlenen yetki, “*danışma görüşü*” ifadesiyle karşılanmıştır (https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, Erişim: 29.01.2023). Öğretide “*istişari*” veya “*danışma*” yerine “*tavsiye*” sözcüğünü kullanan yazarlar da vardır [Arslan, Gülay: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Koruma Mekanizmasının Etkililiği Meselesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2002, s.53.]. Ulaştığımız sonuç, “*tavsiye*” sözcüğü açısından da aynı şekilde geçerlidir.

¹⁰ Türkiye Cumhuriyeti, 16 numaralı ek protokolü imzalamakla birlikte henüz onaylamadığından protokolün tarafı değildir. Hâliyle protokolün Resmi Gazete’de yayımlanmış resmi Türkçe çevirisi mevcut değildir. Ancak AIHS’in 16 numaralı ek protokolünde de bu yetki, AIHS’in 47 vd. maddelerinde ve Oviedo Sözleşmesi’nin 29. maddesinde olduğu gibi, Fransızca ve İngilizce resmi metinde sırasıyla “*des avis consultatif*” ve “*advisory opinion*” ifadeleriyle isimlendirilmiştir. Buradan hareketle 16 numaralı ek protokol kapsamındaki yetkinin de “*istişari mütalaa*” veya “*istişari nitelikte görüş*” olarak karşılanabileceği düşünülebilir. Bununla birlikte aynı gerekçeyle 16 numaralı ek protokol kapsamındaki yetkinin de “*danışma görüşü*” olarak isimlendirilebileceğini düşünmekteyiz. Dalkılıç, 16 numaralı ek protokol kapsamındaki yetki için “*istişari görüş*” ifadesini özellikle tercih ettiğini belirtmektedir [Dalkılıç, E. Evrim: “İlk İstişari Görüşünün Ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ‘Yeni’ Yetkisinin Kısa İncelemesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.36, S.2, 2019, s.157, 1. dipnot.]. Sezer ise esas olarak “*istişari mütalaa*” ifadesini tercih etmekle beraber bu ifadenin yanında parantez içinde “*danışma görüşü*” ifadesine de yer vermektedir. Buradan hareketle Sezer’in, her iki ifadenin birbiri yerine kullanılabilmesi düşüncesinde olduğunu çıkarsamaktayız [Sezer: s.122.]. Mahkeme’nin gerek 16 numaralı ek protokol gerekse AIHS 47 vd. maddeleri kapsamındaki bu yetkisini “*danışma görüşü*” olarak isimlendiren başka yazarlar olarak bkz. Salihpaşaoğlu: s.230 vd.; Gözlügül/Poyraz: s.75 vd.; Açıkgül, H. Ali: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokoller ile Getirilen Yenilikler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.12, S.48, 2021, s.122 ve 137; Aybay, Rona: İnsan Hakları Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015, s.162.

¹¹ Resmi Gazete, T. 06.02.1968, S. 12819.

yürürlüğe giren 11 numaralı ek protokol ile doğrudan AİHS metninde, 47 vd. maddelerde, düzenlenmiştir.

“Danışma görüşleri” başlıklı 47. maddeye göre, “1. Mahkeme, Bakanlar Komitesi’nin istemi üzerine, Sözleşme ve protokollerinin yorumlanması ile ilgili hukuki meseleler konusunda danışma görüşleri verebilir./ 2. Ancak bu görüşler, ne Sözleşme’nin 1. bölümünde ve protokollerinde belirlenen hak ve özgürlüklerin içeriği veya kapsamı ile ilgili sorunlara, ne de Mahkeme veya Bakanlar Komitesi’nin Sözleşme’de öngörülen bir başvuru sonucunda karara bağlamak durumunda kalabileceği diğer sorunlara ilişkin olabilir./ 3. Bakanlar Komitesi’nin Mahkeme’den görüş isteme kararı, Komite’ye katılma hakkına sahip temsilcilerin oy çoğunluğuyla alınır.”. “Mahkeme’nin danışma görüşü verme yetkisi” başlıklı 48. maddeye göre, “Mahkeme, Bakanlar Komitesi’nden gelen görüş isteminin 47. maddede tanımlandığı biçimiyle Mahkeme’nin yetki alanına girip girmediğine karar verir.”. “Danışma görüşlerinin gerekçesi” başlıklı 49. maddeye göre ise “1. Mahkeme’nin verdiği görüş gerekçelidir./ 2. Görüş içeriği, tamamen veya kısmen, yargıçların kanaatlerini oy birliği ile yansıtmadığı takdirde, her yargıç kendi ayrı görüşünü belirtme hakkına sahiptir./ 3. Mahkeme’nin verdiği görüş Bakanlar Komitesi’ne bildirilir.”.

İçtüzük’ün¹² 82. maddesine göre bu kapsamdaki danışma görüşleri konusunda, Sözleşme’nin yukarıda yer verilen hükümlerine ek olarak, İçtüzük’ün 83 vd. maddeleri de uygulanacaktır. Mahkeme ayrıca, uygun gördüğü ölçüde, İçtüzük’ün diğer hükümlerini de uygulayabilir.

2. Amaç, Kapsam ve Usul Yönünden Değerlendirme

2.1. Yetkinin Amacı

AİHM, 2 numaralı ek protokolün hazırlık çalışmaları sürecine atıfla, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na danışma görüşü verme yetkisi tanınmasının, asıl olarak, Komisyon’un mevcut yargılama yetkisini tamamlama amacına yönelik olduğunu belirtmiştir. Diğer bir deyişle amaç, çekişmeli yargılama yetkisi dışında kalan konularda Sözleşme’nin yorumlanmasına ilişkin genel bir yetki sağlamaktır¹³. Buradan hareketle AİHS’in 47. maddesi kapsamında AİHM’e tanınan danışma görüşü verme yetkisinin, AİHM’in devletlerarası başvurular ve bireysel başvurular gibi çekişmeli yargılama işlerinin tamamlayıcısı niteliğinde olduğu söylenebilir.

¹² (https://www.echr.coe.int/documents/rules_court_eng.pdf, Erişim: 14.04.2023). İçtüzük hükümlerine ilişkin olarak www.echr.coe.int/documents/rules_court_tur.pdf adresinde yer alan Türkçe çevirinin yanı sıra Anayurt’un Fransızca metin üzerinden yapmış olduğu Türkçe çeviriden de yararlanılmıştır [Anayurt, Ömer: Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.399-400.].

¹³ Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §28.

Danışma görüşü verme yetkisi de mahkemenin yargılama yetkisine dâhildir. AİHS'in "Mahkeme'nin yargı yetkisi" başlıklı 32. maddesinin 1. fıkrasında bu husus açıkça belirtilmiştir. Buna göre, "*Mahkeme'nin yargı yetkisi, 33, 34, 46 ve 47. maddelerde belirlenen koşullar uyarınca kendisine sunulan, bu Sözleşme'nin ve Protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunları kapsar.*"¹⁴.

2.2. Yetkinin Kapsamı (Yetki Alanı)

2.2.1. Genel Olarak

Sözleşme'nin 47. maddesinin 1. fıkrasında açıkça yer verildiği üzere danışma görüşünün kapsamı, "*Sözleşme ve protokollerinin yorumlanması ile ilgili hukuki meseleler*" olarak belirlenmiştir. Ancak bu kapsama, aynı maddenin 2. fıkrasıyla sınırlandırmalar getirilmiştir.

2.2.2. Sınırlandırmalar

Görüşlerin konusunun "hukuki" meseleler" şeklinde belirlenmesi ile -2 numaralı ek protokolün açıklayıcı raporunda da belirtildiği gibi- Mahkeme'nin "politik" meselelere ilişkin herhangi bir yetkisinin olmadığı ve salt yorumun ötesine geçen eklemeler, iyileştirmeler veya düzeltmelerle metnin özünü değiştirme eğiliminde olan meselelerin yetkinin kapsamı dışında tutulduğu vurgulanmaktadır¹⁵.

Görüşler, "*Sözleşme'nin 1. bölümünde ve protokollerinde belirlenen hak ve özgürlüklerin içeriği veya kapsamı ile ilgili sorunlara*" ve "*Mahkeme veya Bakanlar Komitesi'nin Sözleşme'de öngörülen bir başvuru sonucunda karara bağlamak durumunda kalabileceği diğer sorunlara*" ilişkin olamaz. Anlaşıldığı üzere kapsama, hakların içeriği ve organların karşılaşacağı sorunlar dâhil edilmemiştir¹⁶.

¹⁴ Vurgu bize aittir. Bu doğrultuda Selçuk'un danışma görüşü yetkisinin yargılamaya ilişkin olmadığı görüşüne katılmamaktayız. Bkz. Selçuk, Engin: "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Danışma Görüşü Verme Yetkisi: Bilanço ve Perspektifler", Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi, C.12, S.4, 2022, s.2405.

¹⁵ Danışma Görüşüne İlişkin 2 Numaralı Ek Protokol'ün Açıklayıcı Raporu, §6. (<https://rm.coe.int/16800c92be>, Erişim: 08.06.2023). Her ne kadar bu tür meselelerin zaten yapısal olarak Mahkeme'nin yetkisi kapsamında olmadığından bahisle "hukuki" şeklindeki vurgulamanın gerekli olmadığı düşünülebilirse de danışma görüşlerinin, Mahkeme'nin birincil yargılama yetkisinin dışında bir yargılama yetkisi olması ve danışma görüşlerinin uluslararası hukukta politik işleve sahip olabilmesi yönü göz önüne alındığında bu vurgulamanın yapılmasının yerinde olduğunu belirtmek gerekir.

¹⁶ Sezer: s.121.

Öğretide ilgili sınırlandırmanın danışma görüşünün etkinliğini azalttığı hatta etkisizleştirdiği ileri sürülmüşse de¹⁷ bu durumun esasen amaç başlığı altında belirtilen husustan kaynaklandığını ve bu hususla tutarlı olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim 47/2. madde ile düzenlenen kapsama yönelik bu sınırlandırma ile danışma görüşü verme yetkisinin, mahkemenin birincil işlevi olan çekişmeli yargılama işlerinin tamamlayıcısı olma niteliğinin ötesine geçerek onun yerini almasının veya ona denk bir yargılama yetkisi niteliği kazanmasının önüne geçilmek istenmiştir. Diğer bir deyişle “Sözleşme’nin 1. bölümünde ve protokollerinde belirlenen hak ve özgürlüklerin içeriği veya kapsamı ile ilgili sorunlar”ın ve “Mahkeme veya Bakanlar Komitesi’nin Sözleşme’de öngörülen bir başvuru sonucunda karara bağlamak durumunda kalabileceği diğer sorunlar”ın, yalnızca Mahkeme’nin birincil işlevi olan çekişmeli yargılama işleri -AİHS 33. ve 34. maddeler- kapsamında kaldığı kabul edilmiştir¹⁸.

AİHM de 47. madde kapsamındaki ilk danışma görüşü istemini, istemin söz konusu sınırlandırmaya girdiği gerekçesiyle reddetmiştir. AİHM, 47. madde kapsamında istenebilecek danışma görüşlerinin, AİHM’e yargıç seçimi, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’nin Sözleşme kapsamındaki görevleri ve Bakanlar Komitesi’nin kararların uygulanmasına ilişkin görevlerini yerine getirme prosedürü gibi usuli hususlarla ilgili olabileceğini belirtmektedir¹⁹.

2.3. Yetkinin Usulü

Bireysel başvurular ve devletlerarası başvurularda olduğu gibi danışma görüşü için de öncelikli olarak istem gereklidir. Mahkeme’nin isteme yönelik değerlendirmesinin üç aşamada gerçekleştiği söylenebilir. İlk aşama, yargısal süreç öncesi idari süreç; ikinci aşama, yargısal süreç ve üçüncü aşama ise yargısal süreç sonrası idari süreçtir.

2.3.1. İstem Yetkisi ve İstem İçeriği

47. madde kapsamında danışma görüşü isteme yetkisi, maddenin 1. fıkrasına göre, Avrupa Konseyi’nin karar alma organı olan Bakanlar Komitesi’ne aittir. Danışma görüşü istemi, Bakanlar Komitesi’nin bu yönde alacağı yazılı kararlar mümkündür. Aynı maddenin 3. fıkrasına göre Bakanlar Komitesi’nin bu yönde alacağı karar, Komite’ye katılma hakkına sahip olan temsilcilerin oy çoğunluğuyla alınır. Diğer bir deyişle karar yeter sayısı, Bakanlar Komite’sine katılma hakkına sahip olan temsilcilerin salt çoğunluğudur.

¹⁷ Saçar: s.25.

¹⁸ Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §26-27.

¹⁹ Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §28; Advisory Opinion-Article 47, 12/02/2008, §37.

AİHM İçtüzüğü'nün 83. maddesinde Bakanlar Komitesi'nin danışma görüşü istemini içeren kararında bulunması gereken hususlar düzenlenmiştir. Hükümde, Bakanlar Komitesi'nin danışma görüşü istemini içeren yazılı kararında, hakkında görüş istenen sorunun tam ve açık biçimde ortaya konulması gerektiği vurgulanmıştır. Bu amaca yönelik olarak kararda, Mahkeme'nin ihtiyaç duyabileceği açıklamaları yapmak üzere Bakanlar Komitesi tarafından görevlendirilmiş olan kişi veya kişilerin adları ve adresleri yer almalı²⁰; sorunun açıklanmasına hizmet edecek her türlü belgenin karara eklenmesi gerekmektedir. Ayrıca kararda, danışma görüşü isteminin hangi tarihte kabul edildiğine de yer verilmelidir.

2.3.2. AİHM'in Değerlendirme Süreci

2.3.2.1. Yargısal Süreç Öncesi İdari Süreç

Bakanlar Komitesi'nin yapacağı danışma görüşü istemi, AİHM İçtüzüğü'nün 83/1. maddesine göre AİHM Yazı İşleri Müdürlüğü'ne gönderilir. İçtüzük'ün 84. maddesine göre, istemi alan Yazı İşleri Müdürü, istemin ve diğer belgelerin birer kopyasını Mahkeme'nin bütün üyelerine iletir. Ayrıca Sözleşmecilerle taraflara, istem hakkında Mahkeme'ye yazılı görüş sunabileceklerini de bildirir.

İçtüzük'ün 85. maddesine göre Mahkeme Başkanı, yazılı açıklamaların veya diğer belgelerin gönderilmesi için belirli bir süre²¹ tayin eder ve bu süre içerisinde Yazı İşleri Müdürlüğü'ne gönderilen yazılı açıklamalar ile diğer belgelerin birer kopyası, Yazı İşleri Müdürü tarafından Mahkeme'nin bütün üyelerine, Bakanlar Komitesi'ne ve Sözleşmecilerle tarafların her birine iletir²². Yazılı usul böylece tamamlanmış olmaktadır. İçtüzük'ün 86. maddesine göre yazılı usulün tamamlanmasından sonra Mahkeme Başkanı, yazılı açıklamalarını sunmuş olan Sözleşmecilerle taraflara, bu amaçla düzenlenecek bir oturumda açıklamalarını sözlü olarak geliştirmelerine fırsat verilip verilmeyeceğine karar verir²³.

²⁰ Mahkeme'nin ihtiyaç duyabileceği açıklamaları yapmak üzere Bakanlar Komitesi tarafından kimi kişilerin görevlendirilmesi gerekliliği, hakkında görüş istenen sorunun tam ve açık biçimde ortaya konmasına ne denli önem atfedildiğini göstermektedir.

²¹ Şimdiye değin yapılan istemlerde yaklaşık 2-3 ay arasında bir sürenin verildiği görülmektedir [Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §3; Advisory Opinion-Article 47, 12/02/2008, §3; Advisory Opinion-Article 47, 22/01/2010, §3.].

²² Sözleşmecilerle tarafların yazılı açıklamaları, son iki danışma görüşü isteminde, İçtüzük'ün ilgili maddesinde sayılmamasına rağmen Parlamenteler Meclisi'ne de iletilmiştir [Advisory Opinion-Article 47, 12/02/2008, §5; Advisory Opinion-Article 47, 22/01/2010, §4.]. Bunun sebebi, fikrimizce, hakkında görüş istenen sorunların Parlamenteler Meclisi'nin yaklaşımından kaynaklanması ve doğrudan onu ilgilendirmesidir.

²³ Şimdiye değin yapılan üç istemde de Mahkeme Başkanı, Sözleşmecilerle tarafların açıklamalarının sözlü olarak alınmasına ilişkin bir karar almamış olup Sözleşmecilerle tarafların

2.3.2.2. Yargısal Süreç

48. maddeye göre AİHM, öncelikle, kendisine gelen danışma görüşü isteminin 47/1-2. maddede düzenlenen kapsama girip girmediğini inceleyecektir. Bu inceleme, Mahkeme'nin, bireysel başvurularda konu bakımından yetki (*ratione materiae*) kapsamında yaptığı incelemeye benzetilebilir. Danışma görüşü isteminin kapsama girip girmediğine yönelik incelemeyi yapacak olan yargısal birim, AİHS'in 31/c.²⁴ ve İktüzük'ün 87/1. maddesine²⁵ göre, Büyük Daire'dir.

Danışma görüşü isteminin, 47/1-2. maddede düzenlenen kapsama girmediği sonucuna ulaşırsa nasıl bir yöntem izleneceği AİHS'de doğrudan düzenlenmemiş olup İktüzük'te düzenlenmiştir. Bu durumda Büyük Daire, istemin reddine ilişkin kararı gerekçeli olarak (İktüzük, 87/2. madde) Bakanlar Komitesi'ne ve Sözleşmeciler tarafından her birine bildirecektir (İktüzük 89. madde).

Büyük Daire'nin danışma görüşü isteminin reddine ilişkin kararı, İktüzük'ün 87/2 vd. maddelerinde, “reasoned decision” yani “gerekçeli karar” olarak ayrıca isimlendirilmiştir. İlgili maddelerde “reasoned decision or advisory opinion” yani “gerekçeli karar veya danışma görüşü” şeklinde ikili bir ayırım yapıldığı dikkat çekmektedir. Bu bağlamda, gerekçe ile ilgili olarak, danışma görüşü isteminin reddine ilişkin “gerekçeli karar” ile istemin kabulü hâlinde verilecek olan danışma görüşünün gerekçeli olma zorunluluğunun (AİHS 49/1. madde) birbirinden farklı olduğu belirtilmelidir. Diğer bir deyişle gerek danışma görüşü isteminin reddine ilişkin karar gerek istemin kabulü hâlinde verilecek olan danışma görüşü gerekçeli olmalıdır. Ancak danışma görüşü isteminin reddi hâlinde verilecek olan karar, ayrıca “gerekçeli karar” olarak da isimlendirilmiştir.

Danışma görüşü isteminin, 47/1-2. maddede düzenlenen kapsama girdiğine karar verilirse danışma görüşünü verecek olan yargısal birim yine Büyük Daire'dir. İlgili yargısal birimin Büyük Daire olduğu, İktüzük'ün 88/1. maddesinde açıkça belirtilmiştir. İlgili yargısal birimin Büyük Daire olduğu sonucuna AİHS hükümlerinden de dolaylı biçimde ulaşılabilir. Zira AİHS'in 31/c. maddesi, danışma görüşü isteminin kapsama girip girmediğine yönelik incelemenin yanı sıra istemin kapsama girdiği kanaatine ulaşırsa danışma görüşü verme işini de kapsayacak biçimde anlaşılabilir.

Büyük Daire, gerek danışma görüşü isteminin 47/1-2. maddede düzenlenen kapsama girip girmediğini incelerken gerek “gerekçeli kararını” ya

açıklamalarının yazılı biçimde alınması ile yetinmiştir [Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §5; Advisory Opinion-Article 47, 12/02/2008, §6; Advisory Opinion-Article 47, 22/01/2010, §5.].

²⁴ “Büyük daire, (...) 47. madde uyarınca önüne gelen görüş bildirme taleplerini inceler.”

²⁵ “Danışma görüşü istemi hakkında karar vermek üzere bir Büyük Daire oluşturulur.”

da “danışma görüşünü” verirken İçtüzük’ün 24/2-f. maddesine göre aynı maddenin 2-a.²⁶ ve 2-d.²⁷ hükümleri uyarınca oluşturulacaktır.

İstemin kabulü hâlinde verilecek olan danışma görüşünü içeren karar, doğrudan “advisory opinion” yani “danışma görüşü” olarak isimlendirilmiştir. Gerek “gerekçeli karar” gerekse “danışma görüşü”, İçtüzük’ün 88/1. maddesine göre Büyük Daire’nin oy çokluğu ile verilir. Aynı hükme göre oy çokluğunun hangi sayıyla sağlandığı, diğer bir deyişle, çoğunluğu oluşturan yargıç sayısı da kararlarda belirtilir. Söz konusu çoğunluk, Bakanlar Komitesi’nin danışma görüşü isteminde bulunurken aranan çoğunlukla aynıdır.

İçtüzük’ün 88/2. maddesine göre eğer “gerekçeli karar” veya “danışma görüşü”, yargıçların oybirliği ile verilmemişse muhalif her bir yargıç ayrı görüşünü de belirtme hakkına sahiptir. “Danışma görüşü” bakımından bu husus, AİHS’in 49/2. maddesinde de düzenlenmiştir. İçtüzük’ün 88/1B. maddesine göre ise gerek “gerekçeli karar” gerek “danışma görüşü”, her ikisi de eşit derecede geçerliliğe sahip, Mahkeme’nin resmi dilleri olan, Fransızca ve İngilizce olarak verilir.

2.3.2.3. Yargısal Süreç Sonrası İdari Süreç

İçtüzük’ün 89. maddesine göre gerek “gerekçeli karar” gerek “danışma görüşü”, Bakanlar Komitesi ve Sözleşmeciler taraflara önceden haber verilmek suretiyle herkese açık bir oturumda Büyük Daire’nin Başkanı veya Başkan’ın görevlendireceği bir yargıç tarafından Fransızca veya İngilizce resmi dillerinden birinde okunur. Aynı hükme göre aksi takdirde, yani açık oturumda okuma yapılmazsa, kararlar İçtüzük’ün 90. maddesinde belirtilen şekilde tebliğ edilir. Buna göre, “*Yazı İşleri Müdürü onaylı örnekleri Bakanlar Komitesi’ne, Sözleşmeciler taraflara ve Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne gönderir.*”. Bildirilme hususu, “danışma görüşü” açısından AİHS 49/3. maddede de “*Mahkeme’nin verdiği görüş Bakanlar Komitesi’ne bildirilir.*” biçiminde genel olarak düzenlenmiştir.

²⁶ “Büyük Daire bünyesinde Mahkeme Başkanı ve Başkan Yardımcıları ile Bölüm Başkanları yer almaktadır. Bir Mahkeme Başkan Yardımcısı’nın veya Bölüm Başkanı’nın Büyük Dairede yer alamayacak olması halinde, ilgili Bölümün Başkan Yardımcısı bunların yerini almaktadır.”

²⁷ “Büyük Daire’ye gönderilen her davada Büyük Daire’yi oluşturacak diğer hâkimler ve yedek hâkimler, Mahkeme Başkanı tarafından Yazı İşleri Müdürü’nün huzurunda geri kalan hâkimler arasından kura çekme suretiyle seçilmektedirler. Kura çekme yöntemleri, Sözleşmeciler taraflarda mevcut olan hukuk sistemlerinin çeşitliliğini yansıtan ve coğrafi açıdan dengeli bir oluşumun sağlanmasını temin eden Mahkeme Genel Kurulu tarafından belirlenmektedir.”

Ayrıca İhtüzük'ün 90. maddesine göre, gerek “danışma görüşü” gerek “gerekçeli karar”, Büyük Daire Başkanı ve Yazı İşleri Müdürü tarafından imzalanır ve bu özgün kopya Mahkeme arşivinde saklanır.

3. Şimdiye Değın Verilmiş Danışma Görüşleri

AİHM'e, AİHS 47 vd. maddeleri kapsamında, Bakanlar Komitesi'nce üç adet danışma görüşü isteminde bulunulmuştur. Bu istemlerden ilki, 47/1-2. maddede düzenlenen kapsama girmediği gerekçesiyle reddedilmiştir. Diğer iki istem hakkında ise kapsama girdiği kabul edilerek “danışma görüşü” verilmiştir.

3.1. Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004

İlk istem, “Bağımsız Devletler Topluluğu İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi (BDT Sözleşmesi)” ile “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”nin bir arada bulunması sorununa ilişkindir. Sorun, bazı Sözleşmeciler tarafından aynı zamanda BDT Sözleşmesi'nin de tarafı olmasından kaynaklanmaktadır^{28,29}

Parlamenteler Meclisi'nin tavsiye kararı üzerine Bakanlar Komitesi, insan haklarının korunması noktasında zayıf bir oluşum niteliğindeki BDT Komisyonu'nun³⁰, AİHS'in 35/2-b. maddesi kapsamında “uluslararası diğer bir soruşturma veya çözüm mercii” kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin olarak danışma görüşü isteminde bulunmuştur³¹. AİHS'in ilgili maddesine göre “Mahkeme, 34. madde uyarınca sunulan bireysel başvuruları aşağıda sayılı hallerde ele almaz: (...) Başvuru, Mahkemece daha önce incelenmiş ya da uluslararası diğer bir soruşturma veya çözüm merciine daha önceden sunulmuş bir başka başvuruyla esasen aynı olup yeni olgular içermiyorsa.”³².

AİHM ilk olarak, istemde yer alan sorunun AİHS 35/2-b. maddesinin yorumuyla ilgili olduğu gerekçesiyle, istemin “Sözleşme ve protokollerinin yorumlanması ile ilgili hukuki meseleler konusu” (AİHS 47/1. madde) kapsamında kaldığını tespit etmiştir. Bu tespitin ardından Mahkeme, istemin,

²⁸ Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §32.

²⁹ Bu devletlerin iç hukukunda iki sözleşme arasında bağdaşmazlık riskleri oluşabileceği, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'nin, iki raporörü bu sorunu incelemek üzere görevlendirmesinden de anlaşılmaktadır [Göçer, Mahmut: “Uluslararası İnsan Hakları Andlaşmalarının Bağdaşmazlığı Sorunu ve Uluslararası Hukuk”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.56, S.3, 2001, s.54.].

³⁰ BDT'ye üye devletler tarafından BDT Sözleşmesi çerçevesinde üstlenilen insan hakları yükümlülüklerinin yerine getirilip getirilmediğini izlemek üzere kurulan insan hakları komisyonu.

³¹ Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §14.

³² Vurgu bize aittir.

47/2. maddede belirtilen kapsama girip girmeyeceğine yönelik incelemesine başlamıştır. Mahkeme'ye göre istemde yer alan sorunun, “Sözleşme'nin 1. bölümünde ve protokollerinde belirlenen hak ve özgürlüklerin içeriği veya kapsamı ile ilgili” olmadığı açıktır. Ancak sorunun, “Mahkeme veya Bakanlar Komitesi'nin Sözleşme'de öngörülen bir başvuru sonucunda karara bağlamak durumunda kalabileceği diğer sorunlar”dan olup olmadığı ayrıca incelenmelidir. Nitekim bu tür sorunlar, AİHS'in 33. ve 34. maddeleri uyarınca yapılan başvurulara, diğer bir deyişle, çekişmeli yargılama işlerine ilişkin sorunlardır. Mahkeme, ulaştığı bu sonucun, 2 numaralı ek protokolün hazırlık çalışmaları tarafından da desteklendiğini ifade etmiştir. Geçmişte Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun, bir merciin “uluslararası diğer bir soruşturma veya çözüm mercii” olup olmadığına yönelik incelemelerinin çekişmeli yargılama işleri kapsamında yapıldığını ve bu tutumun kendisince de desteklendiğini ifade eden AİHM, sonuç olarak, sorunun “Mahkeme veya Bakanlar Komitesi'nin Sözleşme'de öngörülen bir başvuru sonucunda karara bağlamak durumunda kalabileceği diğer sorunlar” kapsamında kaldığı ve bu nedenle danışma görüşü verme yetkisine sahip olmadığı yönünde karar vermiştir³³.

Mahkeme hükmünü açıklamadan önce, yazılı açıklama sunan Sözleşmeci tarafların bazı argümanlarını da değerlendirmiştir. Mahkeme'nin somut istem bakımından danışma görüşü verme yetkisine sahip olduğunu düşünen Malta ve Türkiye, buna gerekçe olarak, somut istemin Mahkeme'nin önünde hâlihazırda bekleyen belirli bir başvuruyla ilişkili olmamasını göstermiştir³⁴. Mahkeme, bu yöndeki yorumun, “(...) Sözleşme'de öngörülen bir başvuru sonucunda karara bağlamak durumunda kalabileceği (...)”³⁵ hükmünün lafzıyla uyuşmadığını belirtmiştir. Nitekim danışma görüşünün kapsamına yönelik sınırlandırmaların amacı, sonradan Sözleşme'nin 33. veya 34. maddeleri uyarınca yapılan başvurularda karşısına çıkabilecek sorunların çözümüne engel bir durum oluşmamasıdır ve böyle bir başvurunun yapılmamış veya yapılamayacak olmasının bu bağlamda bir önemi yoktur³⁶.

3.2. Advisory Opinion-Article 47, 12/02/2008

İkinci danışma görüşü, Sözleşmeci tarafların, Parlamenterler Meclisi'ne, AİHM'e seçilmek üzere sunduğu yargıç listesiyle ilgilidir³⁷. Süreç özetle şu

³³ Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §24-35.

³⁴ Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §23.

³⁵ Vurgu bize aittir.

³⁶ Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004, §33.

³⁷ Arsava, AİHM'den bu hususta danışma görüşü isteminde bulunulabilmesini ilginç olarak nitelemiştir [Arsava, A. Fusun: “AİHM'nin İnsan Hakları Alanında Oynadığı Anayasa Mahkemesi Rolü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.9, S.35, 2018, s.27.]. Hâlbuki

şekilde ilerlemiştir³⁸: Malta'nın Parlamenterler Meclisi'ne sunduğu liste, tamamı erkeklerden oluştuğu gerekçesiyle, Meclis tarafından reddedilmiştir. Nitekim Meclis'in muhtelif kararlarıyla Sözleşmeciler tarafından Meclis'e sunulan listelerde her cinsiyetten en az bir adayın olması şartı getirilmiştir. Malta, yargıçların niteliklerini düzenleyen Sözleşme'nin 21. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirdiğini ve Sözleşme'nin kendisinde cinsiyet dengesi hakkında hiçbir hüküm bulunmadığını belirterek itiraz etmiş ancak Meclis görüşünü değiştirmemiştir. Bunun üzerine Malta'nın talebiyle Bakanlar Komitesi şu iki sorun hakkında AİHM'den danışma görüşü isteminde bulunmuştur³⁹:

1) Sözleşme'nin 21. maddesinde belirtilen niteliklere uygun bir yargıç listesi, sırf cinsiyet dengesine ilişkin problem nedeniyle reddedilebilir mi?

2) 1366 (2004) ve 1426 (2005) sayılı kararlar, Meclis'in, Sözleşme'nin 21. maddesinde belirtilen niteliklere uygun bir yargıç listesini veya bu listedeki bir ismi yalnızca maddede belirtilen kriterler temelinde reddetme yetki ve sorumluluklarını ihlal ediyor mu?

Mahkeme öncelikle sorunların politik mi yoksa hukuki bir nitelik mi arz ettiği meselesi üzerinde durmuştur. Mahkeme'ye göre sorunlar, Sözleşme'nin yorumlanmasına ilişkin olup politik değil, hukuki niteliktedir. Bu yüzden 47/1. maddede yer verilen “*hukuki meseleler*” şartı sağlanmaktadır. Sorunların, 47/2. maddede belirtilen kapsam dışı alana girmediği de açıktır. Kısaca mahkeme, ilk danışma görüşü isteminde olanın aksine, sorunların danışma görüşü verme yetkisinin kapsamı içinde olduğu sonucuna ulaşmıştır⁴⁰.

Danışma görüşü isteminin 47/1-2. maddede düzenlenen kapsama girdiği sonucuna ulaşan AİHM, öncelikle listede gösterilen adaylara ilişkin olarak Meclis'in ortaya koyduğu tek kriterin cinsiyet olmadığını; bundan önce adayların Fransızca ve İngilizce dillerinden en az birini çok iyi derecede bilmesine yönelik kriter koyduğunu hatırlatmıştır. Mahkeme'ye göre yargıçların niteliklerini düzenleyen Sözleşme'nin 21. maddesinde bu husus açıkça belirtilmese de bu kriterin ilgili maddeden zımnen kaynaklandığı ve bir anlamda onu daha ayrıntılı olarak açıkladığı meşru olarak kabul edilebilir. Benzer şekilde her ne kadar cinsiyet eşitliğinin sağlanması noktasında ortak bir anlayış mevcut ve meşru olsa da bu yönde getirilecek bir şart, 21/1. maddede öngörülen hukukçu olma şartı

AİHM, zaten bu kapsamdaki ilk istemde, istemin ilişkin olabileceği örnek konular arasında yargıç seçimini de saymıştır.

³⁸ Advisory Opinion-Article 47, 12/02/2008, §8-14.

³⁹ Advisory Opinion-Article 47, 12/02/2008, §7.

⁴⁰ Advisory Opinion-Article 47, 12/02/2008, §38-40.

bazı devletlerde hukukla iştil eden kişilerin sayısının az olması gerçeği ile birlikte düşünüldüğünde, devletleri kendi vatandaşlığında olmayan adayları listeye sokmaya zorlayacaktır. Bu da devletlerin egemenliğine aykırı olacağı gibi bu yöndeki kadim prensibi de zedeleyecektir. Eğer bu yönde bir şart getirilecekse bunlar Sözleşme çerçevesinde yapılmalıdır. Sonuç olarak AİHM, yargıç listesinin sırf cinsiyet dengesinde problem olduğu gerekçesiyle reddedilmesi yönündeki uygulamayı AİHS ile uyumlu görmemiştir⁴¹.

3.3. Advisory Opinion-Article 47, 22/01/2010

Üçüncü danışma görüşü de Sözleşmeciler tarafların AİHM'e seçilmek üzere sunduğu yargıç listesiyle ilgilidir. Ukrayna'nın sunduğu listede adaylardan biri kişisel sebeplerden ötürü adaylıktan çekilmiştir. Ukrayna bunun üzerine ve ek bazı sebeplerle tüm listenin çekildiğini duyurmuştur. Parlamenterler Meclisi, listenin geri çekilmesini haklı gösterecek hiçbir istisnai durum bulunmadığından Ukrayna'nın tamamen yeni bir liste değil, çekilen aday yerine yeni bir aday sunması gerektiği görüşünü benimsemiştir. Ukrayna'nın talebi üzerine Bakanlar Komitesi şu sorunlar hakkında danışma görüşü isteminde bulunmuştur⁴²:

1) (a) Sözleşmeciler taraf sunduğu yargıç listesini geri çekip bunun yerine yeni bir liste sunabilir mi? Öyleyse bunun için herhangi bir süre sınırı var mıdır?

(b) Geri çekilen listedeki adaylar, Sözleşme'nin 22. maddesi bağlamında aday gösterilmiş olarak kabul edilebilir mi?

(c) Parlamenterler Meclisi, geri çekilen listenin yerine sunulan yeni listeyi dikkate almak zorunda mıdır?

2) (a) Parlamenterler Meclisi'ne sunulan listedeki bir aday, Meclis listeyi oylamadan önce Sözleşmeciler tarafca geri çekilirse, Sözleşmeciler taraf listeyi tamamlamak için çekilen aday yerine yeni bir aday mı sunmalıdır yoksa baştan yeni bir liste sunabilir mi?

⁴¹ Advisory Opinion-Article 47, 12/02/2008, §47-54. AİHM'in, bu görüşüyle, kendi ve kendi gibi uluslararası yargı yerlerine üye seçilirken cinsiyet dengesinin dikkate alınması gerekliliği konusunda öncü olabilme fırsatını teptiği yönündeki eleştiriler için bkz. Gyekye, Akua: "Introductory Note to Advisory Opinion on Certain Legal Questions Concerning The Lists of Candidates Submitted with a View to the Election of Judges to the European Court of Human Rights", International Legal Materials, C.47, S.4, 2008, s.518-520.

⁴² Advisory Opinion-Article 47, 22/01/2010, §7-18.

(b) 1432 (2005) sayılı Karar'ın ekinin 1. ve 2. paragraflarında yer alan şartlar⁴³, Sözleşme'nin 21. maddesinde aranan şartları sağlayan bir listenin Meclis tarafından dikkate alınmasına ilişkin yükümlülüğünü ihlal ediyor mu?

AİHM, istemde yer alan sorunların yetkisi kapsamında olup olmadığına yönelik incelemesinde 2-b dışındaki tüm sorunların, ikinci danışma görüşündekine benzer biçimde “hukuki” nitelikte olduğu gerekçesiyle, yetkisi kapsamında olduğu sonucuna ulaşmıştır⁴⁴.

Mahkeme'nin yetkisi kapsamında gördüğü 1-a, 1-b ve 1-c sorunlarına ilişkin danışma görüşü özetle şu şekildedir: Sözleşmeciler taraflar egemenlik yetkilerinin bir sonucu olarak sundukları yargıç listelerini geri çekebilir. Ancak Sözleşmeciler tarafların herhangi bir kısıtlama veya şart olmaksızın sunulan listeyi geri çekmelerine izin verilmesi seçim sürecinin normal işleyişi ile uyumlu olmayacağından listenin geri çekilmesi için bir süre sınırı konulmalıdır. Buna göre Parlamenterler Meclisi'ne sunulmaları için belirlenen son tarihe kadar yargıç listeleri geri çekilebilir; bu tarihten sonra artık listelerin geri çekilmesi mümkün olmayacaktır. Bu değerlendirmeden hareketle geri çekme işlemi eğer söz konusu süre sınırına uyularak yapılmışsa geri çekilen listedeki adayların 22. madde bağlamında aday olarak gösterildiği de kabul edilemez (1-b). Benzer şekilde geri çekme işlemi eğer söz konusu süre sınırına uyularak yapılmışsa yeni listenin Parlamenterler Meclisi tarafından dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır (1-c)⁴⁵. Yine söz konusu değerlendirmeden hareketle 2-a sorununa ilişkin olarak ise şu sonuca ulaşılmıştır: Eğer yargıç listesindeki aday, süre sınırına uyularak geri çekilmişse listeyi tamamlamak üzere onun yerine yeni bir aday sunulabileceği gibi baştan yeni bir liste de sunulabilir. Aksi durumda ise yalnızca onun yerine yeni bir aday sunulabilir⁴⁶.

⁴³ “1. Parlamenterler Meclisi'ne sunulan bir yargıç listesi kural olarak değiştirilmemelidir. Meclis, ilgili hükümetin inisiyatifıyla listenin kısmen veya tamamen değiştirilmesini ancak istisnai olarak kabul eder./ 2. Yargıçlık veya İnsan Hakları Komiserliği için bir listedeki üç adaydan birinin ilk oylamadan önce çekilmesi durumunda Meclis, işlemi durdurur. Meclis, bu gibi durumlarda, yargıçlar açısından ilgili hükümetten; komiserler açısından Bakanlar Komitesi'nden aday listesinin tamamlanmasını isteyecektir.” [Advisory Opinion-Article 47, 22/01/2010, §21.].

⁴⁴ Advisory Opinion-Article 47, 22/01/2010, §31-34. Mahkeme, 2-b sorununa ilişkin danışma görüşü verdiği takdirde sorunda belirtilen ilgili hükümlerin Sözleşme ile uyumluluğunun değerlendirilmesi gibi bir sonuç doğacağından bu sorunun yetkisi kapsamı dışında olduğuna karar vermiştir.

⁴⁵ Advisory Opinion-Article 47, 22/01/2010, §47-50.

⁴⁶ Advisory Opinion-Article 47, 22/01/2010, §57.

III. Oviedo Sözleşmesi Kapsamında Danışma Görüşü Verme Yetkisi

Oviedo Sözleşmesi kapsamında danışma görüşü verme yetkisine ilişkin hukuki düzenlemeler, yetkinin amacı, kapsamı ve usulü hususlarına ilişkin açıklamalara geçmeden önce, bu başlıkta, AİHS'in 47 vd. maddelerinde düzenlenen danışma görüşü verme yetkisine ilişkin açıklamalarda izlenen sistematikten yer yer ayrılacağımızı belirtmeliyiz. Zira amaç, kapsam ve usul konusunda AİHS'in 47 vd. maddelerinde düzenlenen danışma görüşü verme yetkisinde olduğu gibi yeterli açıklıkta hukuki düzenleme mevcut değildir. Yetkinin amaç, kapsam ve usulünün çerçevesi AİHM'in 2021 tarihli ilk ve tek kararında çizilmiştir. AİHM, kapsam ve usul hususunda AİHS'in 47 vd. maddelerini ve ilgili İçtüzük hükümlerini kıyasen uygulamıştır. Bu nedenle Oviedo Sözleşmesi kapsamında düzenlenen danışma görüşü verme yetkisine yönelik detaylı açıklamalarımız, büyük oranda, konuya ilişkin referans alınabilecek tek ölçüt olan AİHM'in söz konusu kararı çerçevesinde ve kararda izlenen sistematığe göre yapılacaktır.

3 Aralık 2019 tarihli yazıyla Avrupa Konseyi Biyoetik Komitesi Başkanı, Oviedo Sözleşmesi'nin 29. maddesi çerçevesinde, Biyoetik Komitesi'nin AİHM'den şu soruları içeren danışma görüşü talebini AİHM Başkanı'na iletmiştir:⁴⁷

1) Oviedo Sözleşmesi'nin "ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne saygı gösterilmesini güvence altına alma" amacı (1. madde⁴⁸) doğrultusunda, bir üye devletin asgari koruma gereklerini karşılaması için 7. maddede⁴⁹ bahsi geçen "koruyucu koşullar" hangileridir?

2) İlgili kişinin rızası olmadan ve başkalarını ciddi zararlardan korumak amacıyla (7. madde kapsamında olmayıp 26 (1).⁵⁰ madde kapsamında olan) yapılan zihinsel bozukluk tedavisi

⁴⁷ Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §1.

⁴⁸ "Bu Sözleşmenin Tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır. (...)"

⁴⁹ "Gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dahil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlarla bağlı olmak üzere, ciddi nitelikli bir akıl hastalığı olan kişi, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakati olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tabi tutulabilir."

⁵⁰ "Bu Sözleşmede yeralan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanun tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlardan başka kısıtlama konulmayacaktır."

durumunda, soru 1’de belirtilenlerle aynı koruyucu koşullar mı geçerli olmalıdır?

AİHM, yetkinin kapsamına yönelik değerlendirmesinde, istemin yetkinin kapsamı dışında kaldığı sonucuna ulaşmış ve bu gerekçeyle istem hakkında görüş verme yetkisine sahip olmadığı yönünde karar vermiştir. Bu karar, Mahkeme’nin kuruluşunu ve yargılama yetkisini düzenleyen ana sözleşme (AİHS) dışında başka bir sözleşme ile Mahkeme’ye yargılama yetkisi tanınıp tanınmayacağı sorununa ilişkin tartışmaları içermesi ve Mahkeme’nin bu soruna yönelik yaklaşımını ortaya koyması bakımından da ayrı bir öneme sahiptir.

1. Hukuki Düzenlemeler

AİHM’in AİHS kapsamı dışındaki danışma görüşü verme yetkisinin düzenlendiği “Oviedo Sözleşmesi”nin “Sözleşmenin yorumu ve izlenmesi” başlıklı 11. bölümü içinde yer alan “Sözleşmenin yorumu” başlıklı 29. maddesine göre,

“Avrupa İnsan Hakları Divanı,

-Taraflardan birinin, diğer Taraflara bilgi verdikten sonra iletceği,

-32. Maddeye göre Sözleşme Taraflarının Temsilcileriyle kısıtlı bir şekilde oluşturulan Komitenin, kullanılan oyların üçte iki çoğunluğuyla alacağı karara dayalı talepler üzerine,

bir mahkemede görülmekte olan herhangi bir davaya doğrudan atıfta bulunmaksızın, işbu Sözleşme’nin yorumuna ilişkin hukukî sorunlar hakkında istişarî nitelikte görüş bildirebilir.”⁵¹

AİHM İçtüzüğü’nde, AİHS 47 vd. maddeler ve 16 numaralı ek protokol kapsamında düzenlenen danışma görüşü verme yetkilerinden farklı olarak, Oviedo Sözleşmesi kapsamında düzenlenen danışma görüşü verme yetkisine ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır.

2. Amaç, Kapsam ve Usul Yönünden Değerlendirme

2.1. Yetkinin Amacı

Sözleşme, biyoetik sorunlarını ve temel ilkelerini insan hakları hukuku çerçevesine oturtan ilk bağlayıcı insan hakları belgesi olma niteliğine sahip olup biyoloji ve tıbbın uygulanmasını insan haklarının konusu hâline getirmiştir⁵².

⁵¹ Resmi Gazete, T. 20.04.2004, S. 25439.

⁵² Katoğlu, Tuğrul: “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.55, S.1, 2006, s.189.

Sözleşme'nin amacı ve konusu, 1. maddede, “*tüm insanlığın haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almak*” olarak belirlenmiştir. Bu doğrultuda Sözleşme'nin AİHS ile birçok ortak noktasının olduğunu söylemek mümkündür. Sözleşme'nin 29. maddesine ilişkin olarak Açıklayıcı Rapor'da yer alan “*Bu Sözleşme, bireylere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde dava açma hakkını tek başına vermez. Bununla birlikte, bu Sözleşme'de yer alan hakların ihlali niteliğindeki olaylar, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan haklardan birinin de ihlalini teşkil ediyorsa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki yargılamalarda dikkate alınabilir.*”⁵³ şeklindeki ifade de Sözleşme ile AİHS'in birçok ortak noktasının olduğu gerçeğini pekiştirmektedir⁵⁴. Nitekim Sözleşme kapsamında AİHM'den danışma görüşü isteminde bulunulabilmesi tek başına Sözleşme ile AİHS arasındaki sıkı bağı teyit etmektedir⁵⁵. Sözleşme'nin Açıklayıcı Raporu'nun 9. maddesinde de bu durum, “*İki Sözleşme yalnızca aynı temel yaklaşımı değil, aynı zamanda birçok etik ilkeyi ve hukuki kavramı da paylaşmaktadır. Aslında bu Sözleşme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan bazı ilkeleri detaylandırmaktadır.*” şeklinde ifade edilmiştir⁵⁶.

İşte her iki sözleşmenin paylaştığı birçok ortak hukuki kavramın tek tip yorumunu teşvik etmek ve bunların farklı yorumlanmasını önlemek amacıyla

Bu nitelikte bir metin hazırlanmasının altında yatan temel motivasyon, Sözleşme'nin başlangıç kısmında yer alan ifadelerle de atıfla Kök tarafından şu şekilde açıklanmaktadır: “*Böyle bir hukuki metin hazırlanmasının gerekçelerinden birisi, belki de en önemlisi Sözleşme hükmünden de anlaşılacağı üzere tıptaki gelişmelerin özellikle tıp uygulamasına büyük olanaklar sağlayan biyolojide ve biyoloji alt alanı olan genetikte görülen gelişmelerin kötüye kullanılmasının, insan onurunu ve insan temel hak ve özgürlüklerini tehlikeye sokacak eylemlere neden olabilecek tehdit düzeyine vardığı/varabileceği endişesidir.*” [Kök, A. Nezih: “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Uygulanmasında Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, S.1, 2018, s.155].

⁵³ Oviedo Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, §165.

⁵⁴ Öğretide, Oviedo Sözleşmesi ile AİHS'in birbirinden farklı iki sistemi barındırdığı ve bundan dolayı temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından iki sözleşmenin bağdaştırılmasının sağlayacağı pratik yararın oldukça az olacağını savunan görüşler de vardır. Bu konuda bkz. Seatzu, Francesco/Fanni, Simona: “The Experience of The European Court of Human Rights with The European Convention on Human Rights and Biomedicine”, Utrecht Journal of International and European Law, C.31, S.81, 2015, s.7.

⁵⁵ Seatzu/Fanni: s.7.

⁵⁶ Oviedo Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, §9. <https://rm.coe.int/1680a8e4d0>, Erişim: 24.08.2023.

Sözleşme'nin 29. maddesi ile AİHM'den danışma görüşü isteme imkânı getirilmiştir⁵⁷.⁵⁸

2.2. AİHM'in Yargılama Yetkisine Sahip Olup Olmadığı Sorunu

AİHS'in "Mahkeme'nin kuruluşu" başlıklı 19. maddesi⁵⁹ ile "Mahkeme'nin yargı yetkisi" başlıklı 32. maddesinin⁶⁰ açık hükümleri karşısında AİHM'e AİHS dışında bir sözleşme ile yargılama yetkisi tanınması çetrefilli bir tartışmaya neden olmaktadır. Zira Oviedo Sözleşmesi, ne "bu" (AİHS) sözleşmedir ne de onun protokolüdür. Kaldı ki AİHS'in 32. maddesinin 2. fıkrası⁶¹ da 1. fıkra kapsamındaki yargılama yetkisine ilişkin ihtilaflara ilişkindir.

Kendisine AİHS dışında bir sözleşme ile yargılama yetkisi tanınmış olması sorununun farkında olan AİHM de Oviedo Sözleşmesi kapsamındaki danışma görüşü istemine ilişkin ilk ve tek kararında ilk olarak bu sorunu ele almıştır⁶². Mahkeme, Oviedo Sözleşmesi'nin taslağının hazırlanması sürecine atıfta bulunarak Mahkeme'ye danışma görüşü verilmesi yönündeki öneriyi Mahkeme'nin ve diğer paydaşların olumlu karşıladığını, yetkinin düzenlenişi yönünden de Mahkeme'nin o dönemki 2 numaralı ek protokol (şimdiki AİHS 47 vd. maddeler) modelini önerdiğini hatırlatmıştır⁶³.

⁵⁷ Katoğlu, Sözleşme ile AİHM'e danışma görüşü verme yetkisinin tanınmasını, Sözleşme'nin taraf devletler açısından bağlayıcılığını pekiştiren bir unsur olarak değerlendirmiştir. Bkz. Katoğlu: s.165.

⁵⁸ Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §14, 44.

⁵⁹ "**Bu Sözleşme ve protokolleri** gereği Yüksek Sözleşmeci Taraflar'a yüklenen taahhütlere uyulmasını sağlamak için, bundan böyle 'Mahkeme' olarak anılacak bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. (...)"

⁶⁰ "1. Mahkeme'nin yargı yetkisi, **33, 34, 46 ve 47. maddelerde belirlenen koşullar uyarınca kendisine sunulan, bu Sözleşme'nin ve Protokollerinin** yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunları kapsar. (...)"

⁶¹ "Mahkeme'nin yetkili olup olmadığı hakkında ihtilaf durumunda, kararı Mahkeme verir."

⁶² Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §29 vd.

⁶³ Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §14, 15, 35. Mahkeme'nin yargılama yetkisine sahip olup olmadığı konusunda sözleşmeci taraflardan ve müdahil kuruluşlardan da görüş alınmıştır. Bazı ülkeler, Mahkeme'nin yargılama yetkisinin yalnızca AİHS ve protokolleri ile sınırlı ve onlara tabi olduğu, ancak AİHS'de değişiklik yapılması veya yeni protokoller yürürlüğe koymak suretiyle Mahkeme'ye yeni bir yetkinin tanınabileceği, AİHS ile ne kadar yakından bağlantılı olsa da bunun başka bir sözleşme ile yapılamayacağı yönünde görüş bildirmiştir. Ayrıca Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin, bir andlaşmanın üçüncü bir devlete rızası olmadan hak ve yükümlülük yaratamayacağı yönündeki hükmü hatırlatılmıştır. Bir kısım ülke ise Mahkeme'nin yargılama yetkisine sahip olduğu görüşünü benimsemiştir. Bu ülkeler Oviedo Sözleşmesi'nin Avrupa Konseyi bünyesinde imzalanmış olmasına, Mahkeme'nin daha önce çeşitli kararlarında bu sözleşmeye atıfta bulunmasına, AİHS ile yakından ilgili bir sözleşme olmasına ve

Söz konusu yetkinin ana sözleşmede (AİHS) açıkça düzenlenmemiş olmasını AİHS'in bu konuda sessiz kalması şeklinde yorumlayan Mahkeme, AİHS'in 19. ve 32. maddelerinin Mahkeme'ye AİHS dışında bir sözleşme ile yargı yetkisi tanınmasına engel olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, kendisine yargı yetkisinin tanındığı sözleşmenin, Avrupa Konseyi bünyesinde akdedilmiş ve AİHS ile çok sayıda ortak hukuki kavram ve ilkeyi paylaşan bir insan hakları sözleşmesi olmasına da ayrıca önem atfetmiştir. Sonuç olarak AİHM, Oviedo Sözleşmesi'nin 29. maddesi çerçevesinde yargılama yetkisine sahip olduğuna karar vererek yetkinin kapsam ve usulünü belirleme aşamasına geçmiştir⁶⁴.

2.3. Yetkinin Kapsamı (Yetkinin Alanı)

2.3.1. Genel Olarak

Sözleşme'nin 29. maddesinin son cümlesinde açıkça yer verildiği üzere danışma görüşünün kapsamı, *“işbu Sözleşme'nin yorumuna ilişkin hukukî sorunlar”* olarak belirlenmiştir. Ancak 2021 tarihli ilk ve tek kararında AİHM, hükümde açıkça yer almayan çeşitli sınırlandırmalar uygulamıştır.

2.3.2. Sınırlandırmalar

Görüşlerin konusu, AİHS 47 vd. maddelerde düzenlenen danışma görüşü yetkisinde olduğu gibi ve aynı amaçla⁶⁵ *“hukukî sorunlar”* olarak belirlenmiştir. Hakkında görüş istenen hukuki sorunun *“bir mahkemede görülmekte olan herhangi bir davaya doğrudan atıfta bulunmaması”* gerekmektedir. Hükümde bu koşul dışında kapsamı sınırlandıran bir unsur yer almamaktadır. Anlaşılacağı üzere hükümde, AİHS 47 vd. maddelerinde düzenlenen yetkiye yönelik *“hak ve özgürlüklerin içeriği veya kapsamı ile ilgili sorunlara”* ve *“Mahkeme veya Bakanlar Komitesi'nin Sözleşme'de öngörülen bir başvuru sonucunda karara bağlamak durumunda kalabileceği diğer sorunlara”* ilişkin olmama benzeri bir sınırlandırma mevcut değildir. Ancak Mahkeme, hükümde açıkça yer

Sözleşme'nin hazırlanması sürecinde 29. maddeye yönelik yaygın desteğe değer atfetmiştir. Ayrıca söz konusu yetkinin çekişmeli bir yargılama işlemi olmadığından AİHS hükümlerini etkilemeyeceğine de dikkat çekmiştir. Ancak bu yetki açısından AİHS 47 vd. maddelerde öngörülen sınırlamaların uygulanmaması gerektiği, aksi takdirde Sözleşme'yi hazırlayanların açık amaçlarının göz ardı edilmiş olacağı ve 29. maddenin etkinliğinin zedeleneyeceği ifade edilmiştir. Diğer ülkeler ve müdahil kuruluş ise Mahkeme'nin yargılama yetkisine sahip olduğu kanaatini taşımakla birlikte AİHS 47/2. maddede öngörülen sınırlandırmaların bu yetki açısından da uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür (Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §37-40).

⁶⁴ Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §41-46.

⁶⁵ Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §48.

almamasına rağmen AİHS 47/2. maddede yer alan sınırlandırmaları bu yetki açısından da uygulamıştır.

Mahkeme öncelikle her iki maddenin terminolojisindeki benzerliğe dikkat çekerek Oviedo Sözleşmesi'nin 29. maddesi düzenlenirken AİHS 47/1. maddenin lafzından açıkça yararlanıldığını tespit etmiştir. Ardından Oviedo Sözleşmesi taslağının hazırlanması sürecinde Mahkeme'nin, bu yetkinin düzenlenişi açısından ön karar usulünün uygun olmayacağı yönündeki görüşünü ve o dönem 2 numaralı ek protokoldeki (şimdiki AİHS 47 vd. maddeler) modellemeyi önerdiğini hatırlatmış; yetkinin kapsamını da bu doğrultuda belirlemiştir. Nitekim Mahkeme'ye göre, aksi takdirde, Oviedo Sözleşmesi kapsamındaki yetkinin AİHS kapsamındaki çekişmeli yargılama yetkisinin kullanılması üzerinde etkisi olabilecektir. Böyle bir etki ise, bu kapsamda yapılmış veya sonradan yapılacak bir bireysel veya devletlerarası başvurunun incelenmesine zarar verebilecek pozisyon benimsenmesi ihtimalini doğurabileceğinden, arzu edilmemektedir. Zira çekişmeli yargılama yetkisi, Mahkeme'nin en üstün işlevidir ve dikkatle korunmalıdır. Oviedo Sözleşmesi kapsamındaki danışma görüşü verme yetkisi, AİHS kapsamındaki yargılama yetkisiyle ve her şeyden önce çekişmeli yargılama yetkisiyle uyumlu işlemelidir⁶⁶. Özetle AİHM, AİHS 47 vd. maddelerde düzenlenen danışma görüşü verme yetkisine yönelik sınırlandırmaların amacı ışığında, aynı endişenin bu yetki açısından da geçerli olduğu gerekçesiyle ilgili hükmün lafzında yer alan sınırlandırmaya ek olarak AİHS 47/2. maddedeki sınırlandırmaları da uygulamaya karar vermiştir.

Yetkinin kapsamı çizildikten sonra ise mevcut talebin değerlendirilmesi aşamasına geçilmiştir. Mahkeme ilk olarak 29. maddenin açık hükmünde yer alan “*bir mahkemede görülmekte olan herhangi bir davaya doğrudan atıfta bulunmama*” şartının sağlandığını teyit etmiştir. Ancak mevcut isteme ilişkin verilecek görüşün Oviedo Sözleşmesi kadar AİHS'in kendisini de etkileyeceğini saptamıştır. Diğer bir deyişle istemde yer alan sorunun AİHS 47/2. maddede yer alan sınırlandırmalar kapsamında kaldığı ve bu sorulara yönelik verilecek cevabın AİHS kapsamındaki çekişmeli yargılama yetkisini engelleme potansiyeli taşıdığı sonucuna ulaşan Mahkeme, danışma görüşü verme yetkisine sahip olmadığı yönünde karar vermiştir⁶⁷.

Ancak bu karar Mahkeme'nin oybirliğiyle alabildiği bir karar olmamıştır. Karşı oyda, Mahkeme çoğunluğunun yetkinin kapsamını belirlemeye yönelik yaklaşımı eleştirilmiştir. Karşı oyu kaleme alan yargıçlar, Mahkeme'nin yargılama yetkisine sahip olduğu hususunda çoğunluk ile aynı fikri paylaşmakla beraber Oviedo Sözleşmesi kapsamındaki yargılama yetkisi ile AİHS

⁶⁶ Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §47-55.

⁶⁷ Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §64-71.

kapsamındaki çekişmeli yargılama yetkisi arasında çoğunluğun kurduğu tarzda bir ilişki kurmanın doğru olmadığı düşüncesindedir. Her iki yargılamanın amacı, en azından biçimsel olarak, tamamen farklıdır. Oviedo Sözleşmesi daha özerk yorumlanmalıdır; bu Sözleşme, her ne kadar AİHS ile yakından ilgili olsa da onun eki değildir ve kendine özgü mantığı olan ayrı bir sözleşmedir. Hâliyle AİHS 47/2. maddede yer alan ve AİHS'in doğasından kaynaklanan bu sınırlandırmalara tâbi olamaz. Ayrıca Oviedo Sözleşmesi'nin 29. maddesinin lafzı da oldukça açıktır. Hükümde AİHS 47/2. maddede öngörülen nitelikte bir sınırlandırma yer almamaktadır. Hakkında danışma görüşü talep edilen sorunun *bir mahkemede görülmekte olan herhangi bir davaya doğrudan atıfta bulunmaması* ve *Oviedo Sözleşmesi'nin yorumuna ilişkin hukukî sorunlar hakkında* olması yeterlidir. Söz konusu yetkinin amacı doğrultusunda düşünüldüğünde de bu tarz bir yaklaşımın, beklenenin aksine sonuç doğuracağı ortadadır. Zira Mahkeme, bu yetki kapsamında, çekişmeli yargılama işlerinde ortaya çıkabilecek sorunları inceleyemeyecekse tek tip yorum da desteklenemeyecektir⁶⁸.

2.4. Yetkinin Usulü

Oviedo Sözleşmesi'nde yetkinin usulüne ilişkin özel kurallar yer almamaktadır. AIHM İçtüzüğü'nde de herhangi bir hükme rastlamak mümkün değildir. Mahkeme, bu durum karşısında yetkinin usulünü belirleyecek olanın yine kendisi olduğu sonucuna ulaşarak⁶⁹, kıyasen, İçtüzük'ün AİHS'in 47 vd. maddelerine ilişkin 82-90. madde hükümlerini uygulamıştır⁷⁰. Mahkeme'nin bu kurallar çerçevesinde analogi yöntemine başvurması, yetkinin kapsamına yönelik sınırlandırmalar belirlenirken ortaya konan gerekçelere dayanmaktadır.

AİHS 47 vd. maddelerinde düzenlenen danışma görüşü verme yetkisinde olduğu gibi bu yetki açısından da Mahkeme'nin istemi değerlendirecek olan birimi Büyük Daire'dir (İçtüzük 87/1 ve 88/1. madde).

Danışma görüşü istem yetkisi ise Oviedo Sözleşmesi'nin 29. maddesine göre, “32. Maddeye göre Sözleşme Taraflarının Temsilcileriyle kısıtlı bir şekilde oluşturulan Komite”ye aittir. Sözleşme'nin 32/1. maddesine göre “İşbu Madde ve 29. Madde ile 'Komite'ye verilen görevler Biyoetik Yürütme Kurulu (CDBI) veya Bakanlar Komitesi tarafından tayin edilecek herhangi başka bir komite tarafından yerine getirilecektir”. Bu doğrultuda istem yetkisi Biyoetik Yürütme Kurulu'na aittir. Ancak 1 Ocak 2012 tarihinden itibaren Biyoetik Yürütme Kurulu, yerini, Avrupa Konseyi Biyoetik Komitesi'ne (DH-BIO) bıraktığından istem yetkisi, başvurunun yapıldığı tarihte, Biyoetik Komitesi'ne (DH-BIO) aittir. Biyoetik Komitesi ise 1 Ocak 2022 tarihi itibarıyla yerini Biyotıp ve Sağlık

⁶⁸ Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, Joint Dissenting Opinion.

⁶⁹ Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §45.

⁷⁰ Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021, §3.

Alanında İnsan Hakları Yürütme Komitesi'ne bırakmıştır⁷¹. Diğer bir deyişle yeni bir danışma görüşü isteminin yetkili organı Biyotıp ve Sağlık Alanında İnsan Hakları Yürütme Komitesi'dir. Sözleşme'nin 29. ve 32/2. maddesi⁷² uyarınca Komite'nin, danışma görüşü isteminde bulunurken, Sözleşme taraflarının temsilcileriyle teşekkül etmesi ve kararını kullanılan oyların üçte iki çoğunluğuyla alması gerekmektedir.

Özetle İçtüzük'ün, AİHS 47 vd. maddelerinde düzenlenen danışma görüşü verme yetkisine ilişkin özel usul kurallarını içeren, 82-90. maddeleri gerek yargısal süreç öncesi idari süreç gerek yargısal süreç ve gerekse de yargısal süreç sonrası idari süreç açısından *mutadis mutandis* bu yetki açısından da uygulanmıştır.

SONUÇ

AİHM'in yargılama yetkisinin birincil kısmını, bireysel ve devletlerarası başvurulardan oluşan çekişmeli yargılama işleri oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra danışma görüşü verme yetkisi de Mahkeme'nin yargılama yetkisine dâhil olup yargılama yetkisinin ikincil kısmını oluşturmaktadır. AİHM'in üç tür danışma görüşü verme yetkisinden en eskisi olan Sözleşme'nin 47 vd. maddeleri kapsamındaki danışma görüşü verme yetkisi, istem yetkisine sahip olan merciinin yalnızca Bakanlar Komitesi ile sınırlandırılmasının yanı sıra kapsamının oldukça sınırlı biçimde düzenlenmiş olması nedeniyle oldukça dar kapsamlı bir yetki niteliğindedir⁷³. Nitekim Mahkeme de verdiği ilk danışma görüşünde, görüş verebileceği hususların, yargıç seçimi, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'nin Sözleşme kapsamındaki görevleri ve Bakanlar Komitesi'nin kararların uygulanmasına ilişkin görevlerini yerine getirme prosedürü gibi usuli hususlarla ilgili olabileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, ilk istemi de hakkında danışma görüşü istenen sorunun yargılama yetkisinin birincil kısmını oluşturan çekişmeli yargılama işleriyle çözülebilecek sorunlardan olması nedeniyle reddetmiştir. Diğer iki istem ise Sözleşmeciler tarafından AİHM'e seçilmek üzere

⁷¹ (<https://www.coe.int/en/web/bioethics/cdbio>, Erişim: 09.09.2023).

⁷² “29. Madde'nin özel hükümlerine zarar gelmeksizin, Avrupa Konseyine üye Devletlerden her biri ve bu Sözleşme'nin Avrupa Konseyi üyesi olmayan Taraflarının her biri Komite bu Sözleşme tarafından verilen görevleri yerine getirirken Komite'de temsil edilebilecek ve bir oy hakkına sahip olacaktır.”

⁷³ Selçuk: s.2405; Sezer: s.120; Open Society Justice Initiative, Legal Briefing: Implementing ECHR Protocol 16 on Advisory Opinions, (2016), (<https://www.justiceinitiative.org/publications/implementing-echr-protocol-16-advisory-opinions>, s.4, Erişim: 05.01.2023). 2 numaralı ek protokol bakımından yapılan aynı yöndeki değerlendirme için bkz. Beddard, Ralph: “The Second Protocol to the European Convention of Human Rights Author”, The International and Comparative Law Quarterly, C.13, S.1, 1964, s. 258.

sunulan yargıç listeleriyle ilgili olup Mahkeme, bu istemler hakkında görüş vermiştir.

AİHM'in AİHS kapsamı dışındaki danışma görüşü verme yetkisi ise "Oviedo Sözleşmesi"nin 29. maddesinde düzenlenmiştir. Oviedo Sözleşmesi ile AİHS arasında sıkı bir bağ mevcuttur ve bu sözleşme ile de AİHM'e danışma görüşü verme yetkisi tanınmasının amacı, her iki sözleşmenin paylaştığı ortak hukuki kavramların tek tip yorumunu teşvik etmek ve bunların farklı yorumlanmasını önlemektir. Bu kapsamdaki ilk ve tek isteme yönelik 2021 tarihli kararında AİHM, öncelikle yargılama yetkisine sahip olup olmadığını tartışmıştır. Tartışma, Mahkeme'ye AİHS dışında bir sözleşme ile yargılama yetkisi tanınmasından kaynaklanmaktadır. Yargılama yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaşan Mahkeme, yetkinin usulünü düzenleyen özel kuralların eksikliği karşısında, kıyasen, AİHM İçtüzüğü'nün -AİHS 47 vd. maddelerine ilişkin- 82-90. maddelerini; bunun yanı sıra yetkinin kapsamını belirlerken de Oviedo Sözleşmesi'nin metninde yer almamasına rağmen AİHS 47/2. maddede düzenlenen sınırlandırmaları uygulamıştır. Mahkeme'nin gerekçesi, birincil yargılama işlevi olan çekişmeli yargılama işlevine hanel gelmemesi olmuştur. Karşı oyunda Mahkeme çoğunluğunun bu yaklaşımına yönelik eleştirilerin yer aldığı kararında AİHM, Biyoetik Komitesi'nin, Sözleşme'nin "Akıl hastalığı olan kişilerin korunması" başlıklı 7. maddesine ilişkin isteminin söz konusu sınırlandırmalara girdiği gerekçesiyle danışma görüşü verme yetkisine sahip olmadığı yönünde karar vermiştir. Sözleşme'nin ilgili maddesinin metninde AİHS'in 47 vd. maddeleri kapsamındaki danışma görüşü verme yetkisi kadar dar kapsamlı düzenlenmemiş olan bu yetki, AİHM'in içtihadı ile en az onun kadar dar bir kapsama indirgenmiştir. Mahkeme'nin bireysel ve devletlerarası başvurudan müteşekkil çekişmeli yargılama işlevine yönelik korumacı ve hassas yaklaşımı, biyoloji ve tıp alanında insan haklarının korunması meselesine yönelik çözüm fırsatları sunma potansiyeline sahip alternatif bu yetkinin etkinliğini oldukça azaltmıştır.

Danışma görüşlerinin bağlayıcı olup olmadığı Sözleşme veya İçtüzük'te düzenlenmemiştir. Yetkinin isimlendirmesi ve uluslararası insan hakları yargılama sürecinde danışma görüşlerinin kural olarak bağlayıcı olmadığı gerçeği birlikte gözetildiğinde görüşlerin bağlayıcı olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Bununla birlikte çeşitli kararlarında AİHM, AİHS 19. madde ile kendisine verilen Sözleşme ve buna ek protokollere taraf olunarak üstlenilen yükümlülüklerle uyulmasını denetleme görevini, hem çekişmeli yargılama usulü hem de danışma görüşü usulüyle yerine getirdiğini belirtmiştir⁷⁴. Bu çerçevede danışma

⁷⁴ Salah v. The Netherlands, 8196/02, 06/07/2006, §69; Baybaşın v. The Netherlands, 13600/02, 06/07/2006, §71; Sylla v. The Netherlands, 14683/03, 06/07/2006, §71.

görüşlerinin içtihat hukukunun bir parçası olarak görüldüğü ve dolaylı hukuki bağlayıcı etkiye sahip olduğu söylenebilir⁷⁵.

KAYNAKÇA

Açıkgül, H. Ali: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokoller ile Getirilen Yenilikler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.12, S.48, 2021, s.109-150.

Anayurt, Ömer: Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Arsava, A. Fusun: “AİHM’nin İnsan Hakları Alanında Oynadığı Anayasa Mahkemesi Rolü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.9, S.35, 2018, s.1-40.

Arslan, Gülay: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Koruma Mekanizmasının Etkililiği Meselesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2002.

Aybay, Rona: İnsan Hakları Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015.

Beddard, Ralph: “The Second Protocol to the European Convention of Human Rights Author”, The International and Comparative Law Quarterly, C.13, S.1, 1964, s.256-259.

Dalkılıç, E. Evrim: “İlk İstişari Görüşünün Ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ‘Yeni’ Yetkisinin Kısa İncelemesi” , Anayasa Yargısı Dergisi, C.36, S.2, 2019, s.155-165.

Göçer, Mahmut: “Uluslararası İnsan Hakları Andlaşmalarının Bağdaşmazlığı Sorunu ve Uluslararası Hukuk”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.56, S.3, 2001, s.47-70.

Gözlügül, Said Vakkas/Poyraz, Yasin: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında 15 ve 16 Nolu Ek Protokollerle Öngörülen Reform”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.6, S.20, 2015, s.59-86.

Gyekye, Akua: “Introductory Note to Advisory Opinion on Certain Legal Questions Concerning The Lists of Candidates Submitted with a View to the Election of Judges to the European Court of Human Rights”, International Legal Materials, C.47, S.4, 2008, s.518-520.

Katoğlu, Tuğrul: “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.55, S.1, 2006, s.157-193.

⁷⁵ Saçar: s.184.

Kolçak, Hakan/Gençtürk, Ünal: “ Danışma Görüşü Başvurusu: İHAS’a Ek 16 Nolu Protokol Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.20, S.3, 2022, s.1627-1669.

Kök, A. Nezi: “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin Uygulanmasında Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, S.1, 2018, s.147-162.

Open Society Justice Initiative, Legal Briefing: Implementing ECHR Protocol 16 on Advisory Opinions, (2016), <https://www.justiceinitiative.org/publications/implementing-echr-protocol-16-advisory-opinions>, Erişim: 05.01.2023.

Saçar, Ali: İnsan Hakları Hukuku’nda Danışma Görüşlerinin Yeri, İşlevi ve Etkililiği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Salihpaşaoğlu, Yaşar: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Seatzu, Francesco/Fanni, Simona: “The Experience of The European Court of Human Rights with The European Convention on Human Rights and Biomedicine”, Utrecht Journal of International and European Law, C.31, S.81, 2015, s.5-16.

Selçuk, Engin: “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Danışma Görüşü Verme Yetkisi: Bilanço ve Perspektifler”, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi, C.12, S.4, 2022, s.2401-2417.

Sezer, Abdullah: “İHAS’a Ek 15 ve 16 No.lu Protokollere İlişkin Genel Gözlemler”, Anayasa Hukuku Dergisi, C.4, S.8, 2015, s.107-129.

Advisory Opinion-Article 47, 02/06/2004.

Advisory Opinion-Article 47, 12/02/2008.

Advisory Opinion-Article 47, 22/01/2010.

Advisory Opinion-Oviedo Convention Article 29, 15/09/2021.

Baybaşın v. The Netherlands, 13600/02, 06/07/2006.

Salah v. The Netherlands, 8196/02, 06/07/2006.

Sylla v. The Netherlands, 14683/03, 06/07/2006.

<https://rm.coe.int/1680a8e4d0>, Erişim: 24.08.2023.

<https://rm.coe.int/16800c92be>, Erişim: 08.06.2023.

<https://www.coe.int/en/web/bioethics/cdbio>, Erişim: 09.09.2023

ARENİT VE DOUZİNAS'İN DÜŞÜNCELERİNDEN İNSAN HAKLARINI OKUMAK

Araştırma Makalesi

*Taylan ŞENGÜL**
*Anıl AYGEN***

ÖZET

Bu çalışma güncelliğini koruyan bir tartışma alanı olarak insan haklarının 'olanaklılığı' tartışmasına odaklanmaktadır. Günümüzde küresel olarak çeşitli vesilelerle devam eden hak ihlallerinin ve haklara erişimde karşılaşılan engellerin temelinde hakların konusu olarak bireyler ve hakları tanımak/korumakla yükümlü devletler ile devletlerarası/devletler üstü kurumlar arasında yaşanan gerilimin olduğu öne sürülmektedir. Hakların muğlaklaşmasına yol açan bu gerilimin ise tarihsel olarak liberal teoriden kaynaklandığı vurgulanmaktadır. Bu bağlamda hakların gerçekleşmemesini modern bir kopuş; adikia olarak gören Costas Douzinas'ın perspektifi de haklara ilişkin tartışmaya bir giriş imkânı sağlamaktadır. Bunun yanında Hannah Arendt'in "haklara sahip olma hakkı" kavramı ise tartışmanın bel kemiğini teşkil etmektedir. Arendt'in insan haklarını hayata geçirmek adına vita activa terimi üzerinden ele aldığı anlamlı bir emek anlayışı ise cumhuriyetçi bir perspektiften insan haklarına zemin tesis etmektedir. Ancak Arendt'in bu yolla tartıştığı kamusal düşünçesine için bir sorun olarak görülen "dışlama" biçimlerini aşmak adına ise, Douzinas'ın ütopyacılık temelli hak düşüncesi ve arzulardan kaynaklı hak taleplerini göz önüne alma önerisi ortaya konulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Adikia, Haklara sahip olma hakkı, Vita Activa, Ütopyacılık, Cumhuriyetçilik

* Arş. Gör., Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, İ.İ.B.F., Kamu Yönetimi Bölümü, Siyaset ve Sosyal Bilimler A.B.D., taylan.sengul@gop.edu.tr
ORCID: 0000-0002-3865-0063

** Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Genel Kamu Hukuku A.B.D., a_aygen@anadolu.edu.tr
ORCID: 0000-0002-4025-6436

Makale Geliş Tarihi: 11.09.2023

Makale Kabul Tarihi: 01.02.2024

READING HUMAN RIGHTS FROM THE THOUGHTS OF ARENDT AND DOUZINAS

ABSTRACT

This study aims on human rights' 'possibility', as an area of discussion that preserves its actuality. It is claimed that the tension between individuals as the subject of rights and the states/interstate/supra-state institutions is responsible for recognizing/protecting rights is the essence of the violations of rights and barriers fronted to access rights, which continue on various occasions globally today. It is underlined that this tension, which causes the ambiguity of rights, is historically caused by liberal theory. In this context, the perspective of Douzinas, who sees the lack of actuality of rights as a modern break as adikia, also provides an introduction to the debate on rights. Beside this, Hannah Arendt's "right to have a right" concept constitutes the spine of the discussion. In order to actualize human rights, the understanding of "meaningful labor", which is discussed by Arendt through the term vita activa, provides a basis for human rights from a republican perspective. However, in order to overcome the forms of "exclusion", which is seen as an inherent problem in the idea of public space that Arendt discusses, Douzinas' proposal to consider the rights claims stemming from utopian-based right ideas and desires is put forward.

Keywords: Adikia, Right to Have Right, Vita Activa, Utopianism, Republicanism

GİRİŞ

İnsan hakları, hukuk, siyaset bilimi ve siyaset felsefesi gibi birden fazla disiplinin ilgilendiği ve üzerine yapılan tartışmalar sebebiyle güncelliğini koruyan bir çalışma alanı olarak karşımıza çıkmaktadır. Hakların neler olduğunun belirlenmesi; hakların tanınması, bu hakların garanti altına alınarak sürekliliğinin sağlanması ve geliştirilmesi adına devletler, bireyler ve çeşitli siyasal-toplumsal organizasyonlar arasında meydana gelen gerilimler¹ ise insan haklarının konusunu ve alanını belirleyen temel zemini oluşturmaktadır.

Dünya üzerinde yaşanagelen sayısız insan hakkı ihlali bahsedilen gerilimin güncelliğini koruduğunu göstermektedir. Özellikle bir siyasal organizasyon biçimi olarak ulus devletin, hukukun üstünlüğü ve halk egemenliği söylemiyle iktidara taşındığı dönemden bu yana en temel örgütlü siyasal birim olması, öncelikle devlet ile özne/birey arasında ilişki kurulmasını ve ardından bu ilişkinin hukuk yoluyla düzenlenmesini beraberinde getirmiştir. Bunun ötesinde

¹ İnsan haklarını korumaya yönelik mevcut mekanizmaların da bu gerilimi teşkil eden kurumlar üzerinden şekillenmesi söz konusudur. Somut bir örnek olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine mağdur sıfatıyla kimlerin başvurabileceği bir diğer deyişle kişi yönünden yetkinin kapsamı insan haklarına dair problemlerin kimler ve hangi kurumlar arasında ortaya çıktığını da gösterir. Bu konuda geniş bilgi için; Salihpaşaoğlu, Yaşar: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 50 vd.

konu olan bu denkleme, tikelin hukuk yoluyla tanındığı ve siyasal olarak aidiyetinin “tanımlandığı” ulus devletten başka devletlerin de dahil olduğunu ve haliyle birey-devlet arasında kurulan bu ilişkinin uluslararası bir nitelik kazandığını söylemek gerekmektedir. Kaldı ki ekolojik yıkım, küresel salgın veya göç süreçlerinde görülebileceği üzere insan hakları ihlalleri ve hakların korunmasındaki problemler önemli ölçüde ulus devlet sınırlarını aşmaktadır. Özellikle 2. Dünya Savaşı’nın bitiminden itibaren devletlerin egemenlikleri çeşitli “ulusüstü” koruma mekanizmalarıyla sınırlandırılmış ve çeşitli eksikliklere rağmen bireysel haklar temelde güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Bu eksikliğin bir gerekçesi olarak ulus devletin oluşumu ve devletlerarası reel-politiğin yarattığı koşulların baskısı gösterilebilmektedir. Ancak insan hakları ihlallerinin çağımızda bile bu denli yaygınlaşması ve hakları korumaya ilişkin pek çok organizasyonun inşasına rağmen ihlallerin devamı sadece reel-politiğin bir dayatmasıyla açıklamak mümkün müdür? Yoksa sorunu daha geride, insan haklarının temellerinde mi aramak gerekmektedir?

Tam da bu soru çerçevesinde çalışmamız, insan haklarının niteliği ve hakların ne olduğu sorusu etrafında şekillenmektedir. Bu doğrultuda modern dönemde insan haklarının barındırdığı paradoksu, içinde bulunduğu dönem itibarıyla deneyimleyerek net bir biçimde ifade eden ünlü düşünür Hannah Arendt, hak düşüncesi ile bu hakların korunması adına siyasal bir zemin olarak tahayyül ettiği kamusal anlayışı doğrultusunda cumhuriyetçi bir tavır almıştır.² Ancak Arendt’in hak kavramı üzerinden çerçevesini çizdiği kamusal fikrinin karşılaştığı ve bu düşüncenin yanıtız bıraktığı birtakım çelişkiler de söz konusu olmaktadır. Özellikle rasyonel-evrensel bir tahayyül olarak bu kamusalığın ortaya çıkardığı başlıca sorun ise yine böylesi bir oluşumun, bir aradalığın imkânı ile hak iddialarının ve insan hakları taleplerinin evrensel anlamda kurulabileceğine dair sorun olmaktadır. Bu noktada ortaya çıkan mesele ise hak taleplerinin kültürel, ekonomik, politik vs. nedenlerle çeşitlilik kazanmış ve kazanıyor olmasıdır. Dolayısıyla bu akış, doğası gereği insan hakları anlayışının kendisine ket vurmasını engelleyen bir başka bakış açısına duyulan ihtiyacı da gündeme getirmektedir. Bu bağlamda aktif bir biçimde politik yaşamda yer alan ve aynı zamanda hukuka radikal bir gözle bakan bir düşünür olarak Douzinas’ın insan haklarını özne ve ütopya üzerinden inceleyen perspektifi, Arendt’in kamusal anlayışına bağlı olarak erişilmesi oldukça güç hatta imkânsız bir noktaya koyarak askıda bıraktığı haklar sorununa yeni bir perspektif kazandırarak netleştirmeye ve cevaplamaya yönelik bir girişim olarak aktarılacaktır.

² Baştürk, Efe: “Haklara Sahip Olma Hakkı’nın Siyasal Teorisi: Ranciere ve Balibar Üzerinden Arendt’çi Bir Okuma”, Sosyal Bilimler Dergisi, C.X, S.2, 2017, s.43.

1. NİÇİN İNSAN HAKLARI ?

Yukarıda kısaca değinildiği üzere, insan hakları kavramı üzerine yazma ihtiyacının hissedilmesi aslen insan haklarına duyulan ihtiyacın güncelliğini korumasından kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan insan haklarına yönelik uygulamadaki sorunlardan çok kavramın bünyesindeki açmazlara ve dolayısıyla kavramın yapısına odaklanmaya ihtiyaç vardır. Özellikle kavramın, bir hak ve özgürlük alanından bahsetmekle beraber bu alanı bir egemenlik alanı ve otorite olarak “devlet” nosyonu ile çekişmeli bir biçimde paylaşıyor olması; hakları tanıyan otorite olarak devlet ve devletlerden müteşekkil uluslararası kurum ve kuruluşlar nezdinde insan haklarının uygulamada hayata geçebiliyor olmasından veya özellikle devlet otoritesinin gücü dolayısıyla haklara yönelik ihlallerin ortaya çıkması, kavram olarak insan haklarının karşılaştığı öncül çelişkisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mülkiyet, emek gibi toplumsal güçlerin temerküz ettiği sınıfların siyasi güç elde etmek için iktidara karşı verdiği mücadele sonucunda bireylerin elde ettiklerini düşündükleri bir alan ve özgürlük olarak haklar “... bireylerin hayatını üstü örtülü ama gittikçe daha kuvvetli bir biçimde devlet düzeninin nesnelere birisi”³ haline getirmektedir çünkü doğal olarak mücadeleyi veren sınıf yeni iktidar olarak iktidarının devamı için baskı araçlarını farklı görünüm biçimlerinde de olsa devam ettirmek zorunda kalır ve böylece bireylerin egemene giderek daha fazla tabi olmasını olanaklı kılmaktadır. Bu tabiiyet ilişkisinin hiç kuşkusuz liberal modern demokrasilere içkin olarak da ortaya çıktığına değinmek mümkün olmaktadır: Modern demokrasi kutsal hayatı ortadan kaldırmaktansa parçalar ve bütün insanların bedenine dağıtmaktadır. Bu sistemle siyasal çatışmaların nesnesi haline dönüştürmektedir.⁴ Modern devlet, hukukun öznesi olan bireyi önce doğal haklarla donatır ve şeklen eşitler öte taraftan aynı bireyi kamusal alandan ve yönetim araçlarından dışlar, siyaseten pasifize eder, tektipleştirir ve birer Babbitt’e dönüştürür.⁵ Artık birey -kullanmaya ihtiyaç duymadığı- haklarının ihlalinden de bahsedemeyecektir. Ola ki bir hak ihlaline maruz kaldığında ise bunu duyuracağı kamusal alandan yoksun olmaktadır. Çünkü liberal devlet anlayışı içinde sosyal bağlar ortadan kalkmış ve toplum gittikçe artan nüfusun ve

³ Agamben, Giorgio: Kutsal İnsan, (Çev. İ. Türkmen), 2. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2013, s.146

⁴ Agamben, 2013: s.146-149.

⁵ Babbitt, Sinclair Lewis’in sosyo-politik romanının başkahramanı. Eserde kapitalist üretim toplumu içinde küçük bir burjuva olan Babbitt’in yaşadığı sıkışmışlık ve “kendi olamamak” hissi işlenir. Babbitt, günümüzde ait olduğu sınıfın (genellikle orta sınıfın) gereklerini sorgulamadan yerine getiren kişi anlamında kullanılmaktadır. Lewis, Sinclair: Babbitt, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2022.

üretim ihtiyacının etkisi ile proleterleşme eğilimine girmiş vaziyettedir.⁶ Böylece çatışma çözümsüz kalmaktadır. Bu sebepten hak ile ihlal arasındaki çatışmanın sürekliliği birey, hak ve modern devletin ortaya çıkma ve siyasallaşma biçiminden kaynaklanmaktadır. Bu siyasallaşma tarzından hareketle hakların egemene tabi kılınışı insan haklarının kollayıcı bir potansiyel olarak hukukun dışındaki konumunu da netleştirmektedir. Örneğin Rancière’in, Arendt’in insan haklarının çelişkilerine dair tartışmasından hareketle işlediği mülteciler, haklarından mahrum bırakılmış ve sadece “insan” olmaları sıfatıyla, “bedenleri” ile baş başa kalmışlar olarak tanımlanmaktadır. Bu bakımdan insanların hakları, insan olmak haricinde başka bir özelliği olmayan, mülkiyet sahibi dahi olmayan insanların; hak sahibi olmayanların hakları olarak görünür hale gelmiştir.⁷ İnsan hakları böylece günümüz *homo sacer*’lerinin yaşayabilmeleri için en alt limiti belirleyecek biçimde işlev kazanmışlardır. Öte taraftan liberal teorinin temellerini attığı modern demokrasiler de en nihayetinde bürokrasi ve burjuva sınıfının diktatörlüğünün bir yansıması olarak “hepimizi *homo sacer* olmaya indirgeyen kalıcı bir olağanüstü hale dönüşmektedirler”⁸. Bu çerçevede bakıldığında insan haklarının veya bir başka deyişle temel hak ve hürriyetlerin, özellikle modern bir siyasal örgütlenme biçimi olarak ulusal ve demokratik devletin şekillenmesiyle beraber, tanımlandığı, tanındığı ve baskılandığı bir sürece girilmiştir. Böylece hakların bir mesele olarak güncelliğini sürdürmesinin temel gerekçesi, bahsedilen siyasal ilişkinin güncelliğinin devam ediyor oluşundan kaynaklıdır. Özellikle modern ulus devletin oluşumunda yurttaş fikri, yalnızca biçimsel olarak “doğuştan yaşam, özgürlük ve mülkiyet hakkına” sahip olduğunu ifade eden liberal teoriye dayandığı için haklar, bir yandan devletten türeyen bir yandan da devlet tarafından baskılanan bir alanın konusu olagelmektedirler.

İnsan hakları kavramının özellikle liberal teoriyle yakından ilişkili olması ve kavramın liberalizme kaynaklık eden “doğal hak” anlayışından gelmesi, kavram ile liberal düşünce ve liberal demokratik siyasal rejimler arasında söylemsel bir özdeşliğe yol açmıştır. Tam da bu nedenle insan hakları meselesine eleştirel-sol siyaset de yoğun bir mesai harcamak durumundadır. Örneğin Wallerstein, liberalizmin artık kendi mantığı tarafından köşeye sıkıştırılması nedeniyle insan hakları ve halkların haklarının meşruiyetini savunmaya devam etmek zorunda kaldığını ancak bunda samimi olmadığını ifade eder. Ona göre

⁶ Zabunoğlu, H. G. (2021). “Kapitalizm, Biyoiktidar ve Özne”, Bilgi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 23 S.2, s. 246

⁷ Ranciere, Jacques: “Who Is the Subject of the Rights of Man”, South Atlantic Quarterly, C.103, S.2/3, 2004, s.298.

⁸ Boukalas, Christos: “Olağanüstülük Yok: Otoriter Devletçilik. Agamben, Poulantzas ve İç Güvenlik”, (Çev. A. Aygen), Praksis, 40, 2016, s.44.

liberalizm hakları “tam olarak uygulanmamaları” amacıyla savunmaktadır.⁹ Öyle ki liberalizmin “tarafsızlık” iddiası, yeri geldiğinde insan haklarının ihlali adına işlevselleştirilebilmekte veya ihlallere karşı pasif bir tutumu beraberinde getirebilmektedir. Gerçekten de liberal teorinin kaynaklık ettiği insan hakları kavramı bireyler arasında biçimsel olarak bir eşitlik sağlamakta fakat bu hakların kullanılması için gerekli araçlara bireylerin sahip olması/ulaşabilmesi ile ilgilenmemektedir. Böylece insan haklarının bir toplumda makul ölçüde korunabilmesi için gereken bireyler arası ‘eşitlik’ ilkesi en baştan göz ardı edilmiş olmaktadır. Bu anlamda Zizek, kendisini nötr, ideoloji sonrası ve hukukun üstünlüğüne dayalı olarak gören fakat bunu maddi anlamda gerçekleştirmekten oldukça uzak liberal merkeze karşı, hukukun nötr etki alanını askıya almanın gerekliliğine dayanan sol bir söylemin benimsenmesi gerektiğini savunur. Bu doğrultuda varılan sonuç taraf tutmaktan kaçınılamayacağıdır; tarafsız duruşun ta kendisi bir taraf olmayı gerektirmektedir. Ona göre sol’un iddiası, liberal tarafsız bir duruşun mevcut olmadığı ve bu tarafsızlık anlayışının her durumda bir taraf teşkil ettiğini göstermektedir.¹⁰

Liberal bir hak konsepti vaatlerinin niçin gerçekleşt(e)memiş olduğunu açıklamaya yönelik Douzinas’ın yaklaşımı, yasa-adalet ve adaletsizlik kavramları ekseninde insan haklarına ilişkin temel bir çelişkiyi vurgulaması sebebiyle önemlidir. Adalet ile adaletsizlik, diyalektik kavramlardır fakat Douzinas için bu unsurlar arasında bir sentez söz konusu olamaz. Daha da önemlisi *adikia*¹¹’nin; Platon’un tanımıyla öfkenin, korkunun, hazzın, acının, kıskançlıkların ve tutkunun ruhtaki egemenliği olarak tanımladığı adaletsizliğin¹², modern çağda görünüm biçimi; kapitalizmin kendisidir. *Adikia*, süreklilikte bir kesilme nedeni, düzensizlik yaratan veya eşitliği bozan bir eylemdir. Böylece Douzinas, adaletsizliğin bir görünüm biçimi olarak gördüğü kapitalizmin karşısına doğal olarak komünist ideali, adaletin görünüm biçimi olarak yerleştirir.¹³ İşte bu an’ın; modern bir imkânsızlık, süreksizlik, kopuş ve/veya adaletsizlik olarak kapitalizmin (modern *adikia*’nın) özellikle insan hakları adına bir dönüm

⁹ Wallerstein, Immanuel: Liberalizmden Sonra (Çev. E. Öz), 4. Baskı, 2013, Metis Yayıncılık, İstanbul, s.154.

¹⁰ Zizek, Slavoj: Gıdıklanan Özne (Çev. Ş. Can), Epos Yayınları, Ankara, s.271-272.

¹¹ Douzinas’ın metninde *adikia*, Anaksimandros’un, “şey”lerin kökenleri ile yok oluşlarının aynı yerde gerçekleştiğini vurguladığı fragmana atfen, “kopukluk, yersizlik ve adaletsizlik” anlamında ele alınarak, Varlık’ın düzensizliği veya “süregidişine eşlik eden açık edilmeyişi” biçiminde tanımlanır. Douzinas, Costas: “Adikia: Komünizm ve Haklar Üzerine”. Alain Badiou, Slavoj Zizek (Ed.), Bir İdea Olarak Komünizm (s. 98-120) içinde, (A. Ergenç ve E. Kılıç, Çev.), İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2011, s.115.

¹² Platon: Yasalar, (C. Şentuna ve S. Babür, Çev.), 3. Baskı, Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 2007, s.356.

¹³ Douzinas, 2011: s.108-109.

noktasını teşkil ettiğini de vurgulamak gerekmektedir.¹⁴ Çünkü bu kopuş, liberal hak felsefesinin burjuva hak hukukuyla özdeşleştiği bir noktaya işaret eder ve insan hakları kavramını ortaya çıkaran devrimci momentin, politik iddiaların bireyselleştirilmesi suretiyle söğürüldüğü ve haklar aracılığıyla politikanın da politik olmaktan çıkartıldığı bir duruma işaret etmektedir. Bu doğrultuda haklar, “kurucu iktidarın ibarelerinden kurulu hukuki-politik düzenin merkezi ifadelerine” dönüşerek “liberal sınırlı özgürlük ve biçimsel eşitlik¹⁵ ideolojisini” sistematize etmişler ve bu anlamda politik olandan hukuki olana/hukuka dahil olmaya yönelmişlerdir.¹⁶

İnsan hakları Douzinas’a göre “çifte bir tutumla işler: Bir yandan egemen yapıyı örtbas eder ve olumlar fakat öte yandan eşitsizliği ve baskıyı ifşa edip karşı bir mücadele de yürütebilir.”¹⁷ Bu mücadelenin çeşitli iktidar araçları ile toplum içinde devrimci bir nitelik kazanmadan sönmülenmesi günümüzde süregiden hak ihlallerinin de nedenini teşkil etmektedir. Özellikle bölgesel çatışmalarda yaşamlarını kaybedenlerin yanı sıra mültecilerin; hakim üretim ilişkisi olarak neoliberal kapitalizme eklenen neo-muhafazakâr politik ideolojinin, sosyal ve ekonomik hakları devlet organizasyonundan “özgürleştirilmesi” sebebiyle güvencesiz yaşayan yığınların; küresel-ekolojik yıkım nedeniyle sağlık ve temel insani kaynaklara erişim konularında engellerle karşılaşan kitleler göz önüne alındığında insan haklarının korunmasında sadece “devlet” nosyonu ve organizasyonunun yeterli olmadığı ve olamayacağı görünmektedir. Tam da bu noktada Douzinas’a göre bu insanlar “tek kullanımlık” olarak belirlenirler; talep edilen insan haklarının önkoşulu ve aynı zamanda insan haklarının

¹⁴ Douzinas’ın *adikia*’yı kullanımı, kavramın salt bir kesinti olarak okunması gerektiğini de ifade etmemektedir. Bu bağlamda *adikia*, *techne* ile *dike* arasındaki alanı yaratan ve siyasi-teorik-özel niteliği olan bir tür mücadeledir. *Adikia*’nın siyasi yönü, insan eylemi ile toplumsal örüntü ve hiyerarşiler arası değişen tavırları ele alırken felsefi biçimi ise dönemsel kesintilerin kendine has biçimlerini ele alır. Tam da bu çerçevede *adikia*, kendisine direnen ve onu değiştirmeye yönelen özneleri yaratır. Bu bağlamda *adikia*, “siyaset, düşünce ve radikal öznelğin bir bileşimiyle” tarih yapıcıdır. Öte yandan bu devrim, adalet ile adaletsizlik arasında bir diyalektik ilişki olduğunu kabullenerek bir senteze varmayı hedeflemediği gibi adalet ve adaletsizlik arasında, aralarında sonsuz sayıda bağ kurmak için elverişli olan bir boşluğu da ifade eder. Dolayısıyla denetlenemeyen/yönetilemeyen radikal bir tarih dışı tarihyapıcıdan da bahsedilmiş olur ki modernitede bu tarihdışılığı kavramak adına *adikia*’ya tepki, “direnmeye hakkı” biçiminde ortaya çıkmıştır. Bkz. Douzinas, Costas: *Krizde Felsefe ve Direniş*, (Tulga Buğra Işık, Çev.), Metis Yayınları, İstanbul, 2015, s. 120-124.

¹⁵ Biçimsel eşitliği “mülkiyet edinme hakkı” olarak da okuyan Douzinas’a göre bu yolla eşit olmayan kişilere hak ve aidiyet üzerinden eşit muamelenin de önü açılır. Ancak bu çerçevede biçimsel eşitlik, “eşitlik” anlayışını “ideolojik bir kurguya” çevirerek maddi eşitsizliği, yoksulluğu vs. pekiştirerek insani ilişkilere zarar verir. Douzinas, 2011: s.101.

¹⁶ Douzinas, 2011: s.113-114.

¹⁷ Douzinas, Costas: *İnsan Hakları ve İmparatorluk*, (K. Akbaş ve R. Sağlam, Çev.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, s.114.

imkânsızlığının da bir kanıtıdır.18. Bu insanlar kamusal hayattan ve siyasal alandan dışlanmışlardır. İnsan haklarının öznesi değildirler fakat "...vazgeçilmez ön koşullarıdır, çoğunlukla da ölen kanıtıdır"19. İnsan haklarının öznesi olmayan bu insanlar bir taraftan kapitalist üretim tarzının toplumu homojenleştirme uğraşı karşısında20 belirgin bir heterojen tehlike olarak var olmaya çabalarken öte taraftan insan hakları mekanizmalarının ajite yüzleri haline gelmektedirler. Şu hâlde günümüzde hakların ihlalinin devamında ve insan hakları ile ilgili tartışmaların güncelliğini korumasında, bir yandan modern *adikia* olarak kapitalizmin bir diğer yandan ise hakların devrimci niteliğini absorbe eden liberal hak felsefesi ve liberal-demokratik kurumların bu kopuşu ile adaletsizliğin sistematik bir biçimde düzenlenme biçimini gözden kaçırmamak gerekmektedir. Özellikle liberal hukuk felsefesinin öne sürdüğü "insanların özgür ve eşit doğduğu" ilkesinin, yalnızca biçimsel bir anlam ifade ettiği fakat bunun dışında gerçekliği karşılamayan bir durum tespiti olduğunu ve bu nedenle de "durumun bu olması gerektiği" yönünde normatif bir ibareyi yansıttığını belirten Douzinas için, yine durumun "bu olması" yani insanların özgür ve eşit doğabilmesi adına politik ve hukuki kurumların müdahalesi gereklidir. Liberal ortodoksinin kurumsal araçları kullanmasındaki asıl amaç ise sınırlı özgürlüğün ve biçimsel eşitliğin yayılmasıdır ki bir "ideolojik kurgu" olarak biçimsel eşitlik, örneğin A.B.D.'nin Irak müdahalesinin de temel dayanak noktası olarak belirlemektedir.

Görüldüğü üzere insan haklarının özellikle liberal teori kökenli bir devlet aygıtıyla olan tarihsel ilişkisi, bu ilişkinin güncelliği nedeniyle halen hakkında konuşmamızı gerektiren bir hal almıştır. 20. yüzyılın ilk yarısı bize göstermiştir ki insan haklarının başta devletler olmak üzere bütün siyasal mekanizmalar tarafından içselleştirilmesi gerekmektedir. Fakat liberal teorinin içinden yeşeren insan hakları biçimsel bir korumadan öteye gitmeyen -pek çok zaman bunu bile başarmaktan aciz ve ihlalleri önlemekte yetersiz kurumlar ortaya çıkarmıştır. Devletlerin çıkarları insan haklarının önüne geçmeye 20. yüzyılın ikinci yarısında da devam etmiştir. Hatta insan hakları devletler tarafından bizzat hak ihlallerinin aracı haline getirilmiştir. Dolayısıyla şimdi, insan hakları ve devlet arasındaki paradoksal ilişkiyi, iki büyük savaş ve faşizm olgusunu bizzat deneyimlemiş bir düşünür olarak Arendt'in kuramı üzerinden ele alarak başlamak gerekmektedir.

18 Douzinas, 2011: s.116.

19 Douzinas, 2017: 113.

20 Zabunoğlu: 2021: 252

2. ARENDT’TE İNSAN HAKLARI VE “HAKLARA SAHİP OLMA HAKKI”

Arendt’in insan haklarına ilişkin tutumunu belirleyen temel etkenin, bizzat tanıdığı olduğu, Avrupa’dan Dünya’ya yayılan iki büyük savaşın yarattığı koşullar ve faşizm deneyimi olduğunu söyleyebiliriz. Bu çerçevede Arendt, özellikle 1. Dünya Savaşı ardından, evrensel bir mesele haline gelen devletsizler ve mülteciler gibi kitlelerin hukuki statülerinin belirsizliğinden yola çıkarak insan hakları üzerine konuşmakta ve fakat “insan hakları”nın savunusundan çok insan haklarının içeriğine dair bir tartışma yürütmektedir. Dolayısıyla Arendt’in genel olarak “hak” kavramıyla insan hakları arasında bir ayırım gözettiğini söyleyerek başlamak gerekir.

Arendt, 1. Dünya Savaşı sonrası gelişmeleri değerlendirdiğinde, özellikle Avrupa’da totaliter politikaların “uygarlığa” nasıl saldırdığına ve bu saldırının, hak ihlalleri bağlamında sisteme içkin gizli yanları açığa çıkardığına dikkat çeker. Bu bakımdan imparatorlukların dağıldığı ve ardından büyük savaşların geldiği bu dönemde göçmenler, yurtsuzlar, devletsizler bağlamında insanların haklardan yoksun bırakılması ve hak sahibi olmayanlar gibi toplulukların ortaya çıkışı yine Avrupa uygarlığına ve ulus devletlerine içkindir. Avrupa ulus devletlerinin hakları tesis etme veya korumada “kifayetsiz” kalması göstermiştir ki totaliter yönetimler kendi değerlerini “muarızlarına” dayatma “becerisine” sahiptir. Şu hâlde Arendt’in işaret ettiği üzere totaliter sistem, kendini uluslararası bağlamda güçlenebilen, birbirinden destek alarak büyüyen ve birinin “öteki”sini yine “öteki” kabul eden bir sistem olarak görülmektedir. Diktatörlükten, tiranlıktan veya alelade bir otoriter rejimden farklı ve çok daha tehlikeli aynı zamanda gelişimi dikkatli bir gözlem ile fark edilmediği müddetçe önüne geçmesi mümkün olmayan sinsi bir hastalık gibidir.²¹ Bu da totaliterizmin kendini ne denli güçlü bir biçimde tahkim edebildiğini göstermektedir. Totaliterizmin güçlenerek yayılması, insan hakları ihlallerinin de yaygın bir “sistem” sorunu olduğunu bize anlatmış olur. Çünkü mevcut bir sistemi kollamak adına, insandan ziyade totaliter devletin *status quo*’su söz konusu olduğunda, yine totaliter devletler arasında bir dayanışmadan bahsedilmektedir. II. Dünya Savaşı sonrası Doğu ve Güney Avrupa’dan sürülen azınlıkların ulusal haklardan yoksun bırakılmasını, “totaliter politikaların güçlü bir silahı” olarak gören Arendt için bu yoksunluk, “insan haklarının devredilemez oluşu” gibi bir söylemin ne denli içerikten yoksun olduğunu göstermesinin yanı sıra insan haklarına yönelik idealist tavrın ikiyüzlülüğünü ortaya koymaktadır.²²

²¹ Yazıcı, Tuğba: “Hannah Arendt’te Totalitarizmin Neliği”, Kaygı, s.30, 2018, s.193.

²² Arendt, Hannah: Totalitarizmin Kaynakları-2: Emperyalizm, (B. S. Şener, Çev.), 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014, s.256-259.

İnsan haklarına yönelik idealizmin yarattığı ikiyüzlülüğün bir diğer sonucu bizzat insan haklarını korumaya yönelik ortaya çıkan çeşitli uluslararası kuruluşların yol açtığı haksızlıklar olmuştur. Giderek artan hak ihlalleri karşısında ulus devletlerin yetersiz kaldığı alanlarda (ki bu durumun küreselleşen hak ihlalleriyle eş zamanlı olarak artmaya devam ettiği söylenebilir) işlev kazanan uluslararası koruma kurumları sadece etkisiz kalmamış, ayrıca hak ihlalleri lehine işlevselleşen kurumlar haline de gelmişlerdir. Örneğin Milletler Cemiyeti, azınlıklar tarafından asimilasyona götürecektir bir yapı olarak görülmüştür. Cemiyet'e karşı azınlıklardan oluşan Avrupa Devletlerindeki Örgütlü Ulusal Gruplar Kongresi ise çözümü azınlıkların ortak çıkarlarına göre değil, yine ulusal çıkarlara göre üretmiştir.²³

Arendt'in tarihsel bir hattı izleyerek "ulus" kavramının yol açtığı çelişkileri açığa çıkarmaya çalıştığı görülebilmektedir. Bu çelişkilerin en önemlisi ise yine kişinin sahip olduğu haklarla ilgili ortaya çıkmaktadır. Koşulları göz önüne alacak olursak monarşilerin çözülüp yerine ulus devletlerin kurulduğu bu dönemde haklar, çoğunlukla "vatandaş olmak" üzerinden kurgulanan siyasal haklara odaklanmaktadır. Ancak daha da önemlisi, ulus üzerinden tanımlanan egemenlik dolayısıyla, anayasa ile sınırlandırılmış iktidara dayalı yönetimlerin ortaya çıkışıdır. Arendt'e göre ulus devlet ile anayasal devletin çakıştığı ölçüde ulus devlet keyfi yönetime karşı hukukun üstünlüğünün de temsilcisi haline gelmiştir. Ayrıca burada, hakların korunması adına anayasal yönetime de bir vurgu söz konusudur. Ancak Arendt'e göre ulus devlet, her durumda insan haklarını koruyan bir yapı değildir ve özellikle "devletsiz halklar" olgusu, bu yanılsamanın en bariz örneğidir.²⁴ Devletsiz halklar olgusu, bir taraftan insan haklarına ilişkin yetersizliği açığa çıkarmışken öte yandan Arendt'in özellikle işaret ettiği üzere, hakları yaşayabilmek adına bir kaçış alanı olarak belirlemiştir. 1. Dünya Savaşı sonrası Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun dağılması sonrasında insanlar oldukları yerde kalabilmek adına, "yabancı" konumuna düşecekleri bir anavatanı gönderilmemek için "devletsizliğe" sığınmışlardır.²⁵ Bu örnek iki açıdan önemlidir. Birincisi devletsizliğin kendisi, Arendt'in deyiimiyle "haklara sahip olma hakkı"nı ortaya koyan bir örnektir. Yani insan hakları sadece devlet tarafından tanınan ve korunan bir hak kategorisi ise pekala "hak"sız kalma durumuyla da karşılaşmak mümkündür. Ancak devletsizliğin kendisi, çıplak yaşam anlamında bir yaşam imkânını ve bu imkân üzerinden tanımlanabilecek bir hakka alan açabilmektedir ki bu örnekte de ilgili alanın sağlandığını söylemek mümkündür. İkincisi ise bir sürgün ile "anavatan"a gönderilme durumunun tercih edilmemesi, aslen anavatan olarak ulus devletin hakları ne denli sağlayabileceğine dair şüpheyi yansıtmaktadır. Bu noktada

²³ Arendt, 2014: s.266-267.

²⁴ Arendt, 2014: s.269-270.

²⁵ Arendt, 2014: s.272-273.

anavatan, Douzinas’ın ifadesiyle insan haklarının oluşumu için gerekli bir kurucu olumsuzluk²⁶ anlamında ulus devlet ve pozitif hukuku ifade eder. Yani anavatana ilticanın hakları sağlayabileceği varsayılmakta fakat ulus devlet ve haklar paradoksu nedeniyle hakların hayata geçişi veya uygulanması garantilenmemektedir. Dolayısıyla başkalarının, bu örneklerde ise “ev sahibi” olarak ulus devletin vatandaşlarının, vatansızlara iyi davranma yükümlülüğüne dayalı bir etiğe olan güven nedeniyle vatansızlığa sığınmayı tercih ettikleri söylenebilir. Yine de Arendt’in, devletsizlik olgusunu bir tür insan hakkı imkânı olarak gördüğünü söylemek için acele etmemek gerekir. Ona göre yüzbinlerce devletsiz insanın ortaya çıkışının ulus devlete verdiği ilk büyük zarar, insan haklarının temel ilkelerinden biri olan barınma hakkının lağvedilmesidir. Öte yandan barınma (ve iltica) hakkı, devletin uluslararası haklarıyla çeliştiği gerekçesiyle yasal kurumların yetersiz kaldığı anlarda bir başvuru mercii olarak “muğlak” bir varlık kazanmıştır. Nihayetinde ise Avrupa ülkeleri, mültecilik meselesini geri iade veya sığınılan ülkenin uyuşmasına geçirme yoluyla çözmeye yönelmiştir. Hatta 1. Dünya Savaşı sürecinde azınlık anlaşmaları mutlak bir koruma sağlamanın değil, belli grupların nihai sürgün için ayıklanmasının aracı olmuştur.²⁷

Şimdiye kadar verilen çerçeve içinde fark edileceği üzere Arendt’in insan haklarına ilişkin yaklaşımında bir çekince vardır. Kurumsal anlamda savunulduğu iddia edilen bir tema olarak insan hakları, kişi ve devlet arasındaki gerilim alanında konumlanır. Kaldı ki devletlerin koruyucu örtüsünü uyuşgunun üzerinden çektiği an kişilerin hak namına bir statüye sahip olamamaları, insan haklarının paradoksunu net biçimde yansıtmaktadır. Bu bakımdan Arendt, bireylerin yeni bir düzen içerisinde, haklarından eskisi kadar emin olamadıkları bir konumda kaldığını belirtmektedir. Bireyin bu bağlamda insan haklarından yararlanabilmesi için bir başka deyişle insan haklarının birey için anlam ifade edebilmesi için öncelikle bu haklara ihtiyaç duyacak kadar zor bir durumda kalması gerekmektedir. Bu noktada da birey şüphesiz en savunmasız anındayken karşısında devlet aygıtı en güçlü konumdadır. İnsan hakları bu yönüyle adeta devletin nekropolitik²⁸ bir güce erişme imkânı elde ettiği anda görünür hale gelmektedir. Bu doğrultuda gelişen ulus devletler ile bireyler karşı karşıya geldiğinde insan hakları, karar verici konumundaki bir referans kaynağı haline gelerek bir fren mekanizması görevi üstlenmişlerdir. Ancak insan haklarının devredilemez ve başka yasalara indirgenemez ve onlardan çıkarsanamaz olması

²⁶ Douzinas, Costas: İnsan Haklarının Sonu, (K. Akbaş ve U. D. Tuna, Çev.), Dipnot Yayınları, Ankara, 2018, s.396.

²⁷ Arendt, 2014: s.276-279.

²⁸ Nekropolitika, egemenliğin, kimin yaşaması ve ölmesi gerektiğine karar veren bir aşamasını temsil eder. Bkz. Mbembe, Achille: “Necropolitics”, (Libby Meintjes, çev.), Public Culture, C. 15, S. 1, 2003, s. 11-40.

sebebiyle hiçbir otoriteye de başvurulmamıştır ve insan haklarının korunması için özel bir yasa da gerekli görülmemiştir.²⁹ Dolayısıyla Arendt, insan haklarının kaynağının “insan” olarak “bırakılmış” olması nedeniyle kavramın niçin yasalaş(a)madığını, bu anlamda da korunmasına dair mekanizmaların niçin yetersiz kaldıklarını bize göstermiş olur. Diğer yandan Arendt, insan haklarının korunmasına dair özel, ayrıcalıklı bir yasanın gerekli görülmediğini belirterek tam da insan hakları ile bunun ötesinde tanınması gereken haklar arasındaki ayrımı belirtmektedir. Arendt’e göre bu haklar, temel “hak-sızlık” koşullarında dahi tanınabilirler. Çünkü hak-sızların yaşadığı felaket artık herhangi bir topluluğun üyesi olmamaktan, onlar için bir yasanın olmamasından kaynaklıdır; öyleyse onları koruyacak olanlar da yasalar olmayacaktır ve yaşadıkları tehlikenin asıl sebebi, yaşamlarının “lüzumsuz” olarak görülüp kimsenin onlara sahip çıkmaya yeltenmemesinden kaynaklanır.³⁰ Bu bağlamda hak-sızların, sadece bir yasa ile korunmasından veya korunmamasından öte bir dışlamaya maruz kaldıklarına da değinmek gerekir. Öyle ki insanı savunmasız kılan bu durum, kendilerine uygulanabilecek bir yasanın yokluğunun yanı sıra düşüncelerini ifade edebilecekleri bir bağlamdan da yoksun bırakılmış olmaktan kaynaklanır.³¹ İnsan haklarından mahrum kalınan durum, bir aşırılık halidir; özgürlük haklarından değil, eyleme haklarından; istediklerini düşünme hakkından değil, kanaat oluşturma hakkından yoksun bırakıldıkları, kişinin tamamen keyfi muameleye maruz kaldığı bir ‘hiçlik’ durumudur.³² Öyleyse Arendt’in, insan haklarını anlamlandırabilmek adına bir “boşluk” üzerinden tanımlama yaptığını da söyleyebiliriz. Kişinin eylemeye, kanaat oluşturmaya, ifade etmeye vs. hakkının olmadığı bir durum, hakların bir imkân olarak ortadan kalktığı aslen tüm bir siyasi yapının çözülüşünün simgesi niteliğindedir.

Arendt’in haklar tanımı, hakların niteliği hakkındaki doğal hukuk kökenli insan hakları teorisine karşı bir eleştiriyi de içermektedir. Buna göre hakların işleyebilmesi veya var olabilmesi, kişinin kendini “etkin” kılabildiği ve diğer kişilerle bir etkileşime geçebildiği sürece söz konusudur. Dolayısıyla hakların “doğumla birlikte sahip olunması” gibi bir yaklaşımı benimseyen doğal hukuk kaynaklı liberal teorisinin boşluğunun açığa çıkartıldığını söylemek mümkündür.³³ Bu bağlamda hakların anlamı, örgütlü bir topluluğun içindeki sorunların çözümüne yönelmeye ve hakların doğuştan edinilmesinin ötesinde bir etkinlik alanına göndermede bulunmaktadır. Bu bağlamda hak, siyasal topluluğa üye

²⁹ Arendt, 2014: s.293-294.

³⁰ Arendt, 2014: s.302.

³¹ Ecevitoglu, Pınar: “İnsan Hakları Siyasetini Yeniden Düşünmek”, Eğitim Bilim Toplum Dergisi, C.13, S.50, 2015, s.207.

³² Arendt, 2014, s.303-304.

³³ Heper, Altan: “Hannah Arendt’te Haklara Sahip Olma Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.28, S.2, 2022, s.654.

olmak ile kişinin eylem ve görüşlerine göre yargılandığı bir çerçevede yaşamaya hakkına karşılık gelmektedir³⁴ Böylece liberal teorinin biçimciliğine karşılık olarak hak düşüncesi, Arendt’de kişinin ancak kamusal alanda varlığıyla sahip olabileceği bir olguya dönüşür. Bu çerçevede Arendt, artık “haklara sahip olma” diye bir hakkın varlığını fark ettiğimizi belirtir. Haklara sahip olma hakkı kavramı, öncelikle hem siyasetin öznesinin kim olduğu hem de siyasetin devindirici ilkesinin ne olduğu sorusuna yöneltmiş bir soru olarak da karşımıza çıkmaktadır.³⁵ Ayrıca haklara sahip olma hakkı bir tür örgütlü topluluğun üyesi olma gibi bir hakkın, yeni bir küresel durumdan kaynaklı olarak yitirilmesi ve yeniden kazanılması olanaksız hale gelmesi sürecinde belirgin hale gelmiştir. Yine insan haklarının bağlamının yitirilmesi, konuşmanın bağlamının ve bütün beşerî ilişkinin, dolayısıyla yaşamın en temel özelliklerinden bazılarının yitirilmesine neden olur. Bu çerçevede Arendt, Aristoteles’in insanı konuşma ve düşünme yetisine sahip bir varlık olarak tanımlamasını referans almaktadır. Arendt’e göre insan hakları ve özgürlüklerinin bu denli muğlak bir içeriğe sahip olmasının nedeni ve asıl tehlikesi, mutlak bir iktidarın baskısından kaynaklanan bir zor kullanım sebebiyle değildir. Burada asıl tehlike kamusal olana karşı ilgisini kaybetmiş ve böylece “uygarlaşmış” bir dünyanın var olmasıdır. Dolayısıyla, insan haklarına karşı asıl kusur, onu doğal kabul edilmesinde ve bu anlamda ona karşı her tür ilginin kaybolmasındadır.³⁶ Kamusal alanda görünürlüğünü yitiren ve haklara ‘kendiliğinden’ sahip olduğunu düşünen kişi *zoonpolitikon* vasfını yitirmekte, böylece hakları da tehlikeye girmektedir. Çünkü bu haklara ihtiyacı olduğunda, toplum tarafından görünmeyecek ve savunma mekanizmalarına erişim olanağı bulamayacaktır. Bu noktada konuşma eyleminin bir topluluğu/toplumu kurucu bir eylem olarak görüldüğüne de işaret edebiliriz ki bu durum da Arendt’i bir ölçüde “müzakere” fikrine, rasyonalist bir temele de yönlendirmiş gözükmektedir. Bu açıdan Arendt’in cumhuriyetçiliği de aktif katılım, irade ve eylem olgularıyla yasa yapımını ve dolayısıyla müzakereyi temel alır. Arendt’e göre kişinin toplumsal karar süreçlerine aktif katılımı ve yönetilen olmak kadar da yöneten olması bir vatandaşlık sorumluluğu olarak gereklidir.³⁷ Böylece, kamusal alanda görünürlük Arendt’in hem cumhuriyetçilik anlayışında hem de haklara sahip olma hakkı kavramı açısından temel bir koşul olarak karşımıza çıkmaktadır.

Arendt, bir yandan hakları “doğumla kazanma” üzerine inşa eden teoriyi ve buna dayalı bir insan hakları anlayışı ve pratiğini eleştirirken öte yandan bu hak anlayışının evrenselliğine ve bu doğrultuda yapılanan garantör kurumlara

³⁴ Ecevitoglu: s.207

³⁵ Baştürk, Efe: “Neoliberalizm ve Cumhuriyetçilik Arasında Bir Sınır-Kavram: Kamusal Alan”, *Liberal Düşünce*, 71, 2013, s.29.

³⁶ Arendt, 2014: s.304-305.

³⁷ Baştürk, 2017: s.145.

karşı şüpheyle yaklaşmaktadır. Haklara sahip olma hakkı ve her bireyin insanlığın üyesi olma hakkının “insanlık” gibi evrensel bir kategoriye yaslan(dırıl)ması ne denli etkilidir? Örneğin bir “dünya hükümeti” fikri, insan haklarına ilişkin bahsedilegelen fikir ve uygulama arasındaki çelişkiden ve bu çelişkiden kaynaklı sorunlardan ne denli muafır?³⁸ Bu temel sorular, Arendt’i insan haklarına karşı mesafeli olmaya ve onu “haklara sahip olma hakkı” kavramına götüren sorulardır. Böylece “insanlık” kavramı, uluslararası hukuk ve ulusların ötesinde bir anlam kazanmaktadır çünkü bireylerin yerini almış uluslardan oluşan liberal bir dünya hükümetinin de veya bizzat ulus devletin bir kısım insanı haklardan dışlamayacağını da herhangi bir garantisi yoktur.³⁹

Haklara sahip olma hakkı ve insan hakları kavramları arasında bir ayrım gözetirken bile Arendt’in, dönem koşulları gereği, ulusal-millî hakların koruyucu niteliğini tamamen yadsıdığını söylemek de oldukça zordur. Özellikle toplama kamplarına kapatılanlar, buralardan sağ kurtulanlar veya devletsizlerin, en büyük tehlike olarak “insandan başka bir şey olmamanın soyut çıplaklığının kendileri için en büyük tehlike” olduğunun farkına varmış olmaları, Arendt’e göre bu insanların doğal haklarına güvenmeyerek ulusal hakları tercih etmelerine ve doğal hakların vahşilere bile bahşedildiğinin farkında olmalarına işaretler.⁴⁰ Bu noktada Arendt, doğal hakkın “vahşilere bile bahşedilmiş” olduğu için insan haklarını koruma anlamında etkin olmadığını belirtir. O halde insan haklarının korunabilmesi için mevcut aygıt ve imkân olarak millî bağlar ve vatandaşlık hakları (vatansızlık durumunda dahi) savunulan bir hat olagelmıştır. Benhabib’e göre Arendt, yine de demokratik egemenliğe ulaşmak ve sınırların ötesinde bir adaletin tesisi için 20. yüzyılın devlet merkezli sisteminin ötesine geçmek gerektiğinin farkındadır; haklara sahip olma hakkının paradoksları ulus-devletin verili çerçevesi içerisinde.⁴¹ Bu son husus, Arendt’in hakların varlığı adına gerekli olan temel koşulun altını çizdiğini göstermektedir. Arendt’e göre insanlar eşit olarak doğmayan ve “...karşılıklı olarak eşit haklara sahip olduğumuzu birbirimize garanti etme doğrultusundaki kararımıza güvenen bir grubun üyeleri olarak” eşitlenir.⁴² Bu bakımdan da Arendt, hakların doğal olarak verili olmadığını, örgütlü bir yaşam çerçevesinde ve bunun gereği olarak ortaya çıktığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Haklar doğal olarak verili kabul edildiğinde etkisiz kaldığına göre insan haklarının etrafında geliştiği çekirdek bir hak, bir ilk sebep olarak “haklara sahip olma hakkı”nın varlığı gereklidir. Arendt’e göre eşitlik, adalet ilkesince yön verildiği kadarıyla insani

³⁸ Arendt, 2014: s.307-308

³⁹ Ecevitoglu: s.209.

⁴⁰ Arendt, 2014: s.310.

⁴¹ Benhabib, Seyla: Ötekilerin Hakları, (B. Akkıyal, Çev.), 3. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s.74.

⁴² Arendt, 2014: s.312.

örgütlenmenin bir sonucudur.⁴³ Eşitliğin, dolayısıyla da “müşterek yaşamın”, çözüldüğünde veya hiç tesis edilmediğinde ise insanların, tıpkı hayvanlar gibi sadece bir insan ırkının üyeleri olmasını getireceğinden, Arendt için yaşamsal bir öneme sahip olduğu ortadadır.⁴⁴ Kaldı ki tam da bu nokta, yani yaşamın müşterek kuruluşu, Arendt’i siyasal olarak cumhuriyetçi gelenekte konumlandırmaktadır. Dolayısıyla Arendt, insan hakları yerine ikamet ettiği haklara sahip olma hakkının ve insanlığın devamlılığının sağlanabilmesi adına yeni bir başlangıç yeteneği olarak cumhuriyetçiliği somutlaştırmaktadır.⁴⁵ Öyleyse Arendt’in cumhuriyetçilik anlayışı, onun insan hakları anlayışının da tamamlayıcısı veya ayrılmaz bir parçası konumundadır.

3. “HAKLARA SAHİP OLMA HAKKI”NIN EYLEMSELLİĞİ VE ARENDT’İN CUMHURİYETÇİLİĞİ

Arendt’in düşüncesinde cumhuriyetçiliğin⁴⁶, “haklara sahip olma hakkı” bağlamında geliştiğini söylemek mümkündür. Çünkü haklar ile müşterek yaşam arasında kopmaz bir bağ gözetilmektedir. Bu doğrultuda Benhabib, öncelikle “haklara sahip olma hakkı” ifadesinin anlamını sorunsallaştırır ve “hak” kavramının iki biçimde kullanıldığına dikkat çeker. Ancak Benhabib’e göre, hak kavramı, ifadenin iki yanında denk bir biçimde kullanılmaz. Öncelikle haklara sahip olma hakkı, “diğer kişiler tarafından hakları taşımaya yetkili bir kişi olarak kabul görme hakkı” biçiminde anlaşılır. Hak kavramının ilk kullanımı, insanlardan oluşan bir gruba üye olma durumunu tanıma anlamında “ahlaki bir buyruk” niteliğindedir. Kavramın ikinci kullanımı ise kişinin içerisinde bulunduğu örgütlü politik ve hukuki topluluk ile ilişkisi bağlamındadır. Bu noktada hak, kişinin bir eylemi yapmak veya yapmamak talebi karşısında, bu örgütlü topluluğun engelleyici bir tutum takınmamasını talep etmekle ilgilidir. Bu talebin karşılık bulabilmesi için hemen belirtmek gerekir ki toplumun öncelikle politikadan el çekmemiş olması gerekir. Kamusal alana ilgisini kaybetmiş bir

⁴³ Ecevitoglu: s.215.

⁴⁴ Arendt, 2014: s.313.

⁴⁵ İnce, Halil Onur. “Hannah Arendt: Özgürlükçü Bir Cumhuriyetçilik Kuramına Doğru”, Armağan Öztürk (Ed.), Res Publica (ss. 286-310 içinde), Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2013, s.299-300.

⁴⁶ Etimolojik olarak cumhuriyetçilik, kamusalılık ve halk ifadelerini bir araya getirir. Kavramsal olarak ise cumhuriyetçilik hem ideal bir rejim veya yönetimi hem de kamusal-siyasal katılım ve sorumluluk pratiğini yansıtır. Ancak bu tarifler, cumhuriyetçiliğin anlamını kapsamlı bir biçimde ele alamaz. Cumhuriyetçiliği özgürlük-evrensellik diyalektiğinde düşünmek gerekir; özgürlük ve evrenselliğin karşılıklı olarak birbirlerinin formunu alıp verdikleri bir ilişkide ele alınmalıdır Yalçiner, Ruhtan: “Cumhuriyetçilik: Bir Aktüalite Ontolojisi”, Amme İdaresi Dergisi, C.49, S.4, 2013, s.2.

toplum Arendt'e göre beraberinde totaliter rejimleri getirmektedir. Bireyin bu noktadan sonra haklarının mer'i olup olmadığı hususu siyasi rejimin insafına kalacaktır. Sağlam temeller üzerine inşa edilmiş bir kamusal alanın başlıca işlevlerinden biri bu alanda alınan ortak kararlar aracılığı ile hakların korunmasının sağlanmasıdır.⁴⁷ Dolayısıyla haklarla ilgili talepler cumhuriyetçi bir kamusal alan açısından kişileri belli bir eylem doğrultusunda hareket edip etmemeye yetkili kılar ve bu yetkiler karşılıklı yükümlülükler yaratır. Böylece hak ve yükümlülük, topluluğun üyeleri olarak kabul edilenler arasındaki karşılıklı yükümlülük anlamında "sivil ve politik" hakları veya vatandaşların haklarını ifade etmektedir.

Hakkın ikinci anlamı, "hukuki-sivil kullanım" çerçevesinde gelişmektedir. Bu tanımdan ise haklara ilişkin üç unsur belirir: i. hakları kullanmaya yetkili kişi, ii. bu yetkinin üzerine ödev yüklediği diğer kişiler, iii. haklara ilişkin taleplerin korunması. "Kabul görme talebi" anlamında hak, kimin kabul edeceği sorusundan kaynaklı "belirsiz bir kitleyi" de işaretlemiş olur. Bu noktada ise Arendt, üye olarak kabul edecek olan kesimin "insanlığın kendisi" olduğunu belirtir ancak bunun mümkün olup olmadığını hiçbir zaman kesin olmadığını belirtir. Öte yandan hakkın doğurduğu ödev yükümlülüğü de "ödevin ne olduğu" sorusunu ortaya çıkaracaktır ki Arendt'e göre bu ödev, kişiyi yasal-politik otorite tarafından korunan bir üye ve haklardan yararlanma yetkisine sahip biri biçiminde muamele edilecek biri olarak kabul etme ödevidir.⁴⁸ Dolayısıyla Arendt'te haklara sahip olma bağlamında cumhuriyetçiliği tartışabilmek için, kamusal ve siyasallığa ilişkin bir tartışmanın zemini yer aldığı görülmektedir.

Arendt'te kamusal, bir başlangıç olarak kurulu düzen güçlerinin karşısına haklara sahip olma hakkı olarak politik özneyi çıkarır ve bu özne, verili yönetimler ile düzeni tartışmaya açarak "söz" ve "eylem" hakkını iddia eder. Şu haliyle kamusal, aynı zamanda siyasal olanı kuran bir başlangıç niteliğindeki "negatif mevcudiyet"e yani yokluğu halinde anlam kazanan bir kurucu ilkeye işaret etmektedir. Politik özneyi inşa eden, hak sahibi olma bağlamında haklar ise verili koşullar içindeki ayrıcalıklar olmaktan ziyade karşılıklı ve ortak bir varoluş eylemi olarak politikadan türeyen edimlerdir. Siyasal olanın gerçekleşmesi ise eşitleyici-özgürleştirici bir düzlem dâhilinde mümkündür. Bu bakımdan hakların öznesinin kim olduğu sorusu, liberal-burjuva hak anlayışının anti-siyasallığı ve anti-siyasallığın ise hak öznesi olarak bireyi sürekli olarak temsil alanında edilgin kılan ve failliği iş ve emeğe indirgeyen yapısı itibarıyla önem kazanmaktadır. Dolayısıyla bireyin var oluşunu dışarıdan edilginleştiren burjuva hak sahibi birey

⁴⁷ Zabunoğlu, G. "Bir Radikal Demokrasi Teorisi Olarak Müzakereci Demokrasi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 66, S.4, s. 798

⁴⁸ Benhabib: s.66-68.

anlayışı, Arendt’in bakış açısının dışındadır.⁴⁹ Burjuva hak sahibinin her şeyden önce kendisi de bir *homo laborans*’tır; kamusal olana ilgisiz ve belli davranış kalıplarına sıkışmış haldedir. Bu sıkışmışlık ve ilgisizlik, neoliberal dünyada neoliberal akılsallığın yaşamın her yanını sarması ile devleti iktisadi bir rasyonalizmin aracı olarak tekrar işlevselleştirmesi neticesinde ortaya çıkar.⁵⁰ Birey bu noktada içine düştüğü atomize olma ve filisitenizme tuzağı beraberinde politikayı ve dolayısı ile politikanın bir konusu olarak hakları tartışma ve müzakere konusu olmanın dışına iter ve var olan tartışmaları da banal birer duruma indirger. Politika üretim süreçlerinin nesnesi konumundaki haklar da bu durumdan nasiplerini alırlar. Hayata dair diğer her şey gibi haklar da verilidir ve birer akılsallığın ürünü olarak varlıkları rasyonel oldukları sürece verilirler. “...Arendt, haneye ait olan ekonominin, toplumsalın yükselişiyle politikayı absorbe ederek bireyin kitle içinde erimesine yol açtığını ileri sürer”⁵¹ Oysa politika üretimi Arendt’e göre toplumsal sınırların içine sıkışmaktan ziyade bu sınırlara yeni şeyler eklemeyi gerektirir. Arendt’in cumhuriyetçiliğinin modern *adikia*’ya dair eleştirel bir perspektife sahip olduğunun da tekrar vurgulamakta fayda vardır. Çünkü Arendt’in düşüncesinde mevzubahis kopuşun/adaletsizliğin kökeninde, aslen insan olmayı da işaretleyen ve bir fail veya politik özne olarak insanın iş-emek kategorileriyle beraber tanımlandığı başka bir unsurdan kopuşun bulunduğunu öne sürmek mümkündür. Aşağıda ise bu “başka” unsurun ne olduğu, özellikle salt emek ile yapılan işin veya harcanan emeğin anlamlılığını vurgulayan *vita activa* kavramı farkı üzerinden aktarılmaya çalışılacaktır.

Arendt’in faillik dolayısıyla bahsedegeldiği kamusallık anlayışı, onun cumhuriyetçi anlayışının temelini oluşturmaktadır ve bu anlayış, Antikite’den modern döneme değin uzanan bir hattın izleğini takip eder. Arendt’in, özellikle Aristoteles’in *vita activa-vita contemplativa* yani eylem ve düşünce ayrımını; Kant’ın liberal tavrını ve Rousseau ile Tocqueville’den gelen cumhuriyetçi düşünce geleneğini referans aldığı görülebilir ki bu zemin Arendt’i cumhuriyetçi düşünce içerisinde okumamızı da sağlayan temel hattı teşkil eder.

Arendt *vita activa*’yı öne çıkararak tefekkür yaşamını, *vita contemplativa*’yı, esas alan Platon ve Aristoteles’in karşısında konumlanır. Çünkü katılmak, müzakere etmek varolmak için Arendt’e göre duyu ve düşünüş ile hareket halinde olmak gerekir.⁵² *Vita activa* aynı zamanda Arendt’in cumhuriyetçilik anlayışı içinde önemli bir kavramdır. Çünkü, cumhuriyet fikri en temelde köklerini yönetime aktif bir biçimde katılım fikrinden alır. Böylece bir

⁴⁹ Baştürk, 2017: s. 32-33.

⁵⁰ Baştürk, 2017: s.135.

⁵¹ Yıldırım, Adem: “Hannah Arendt’de Biyopolitika Düşüncesi”, Onur Kartal (Ed.), Biyopolitika I (ss. 249-280 içinde), Nota Bene Yayınları, Ankara, 2016, s.261.

⁵² Yıldırım: s.255.

proje olarak cumhuriyet kapasitesine *vita activa*'yı benimsemiş bireylerin toplumun ne kadar büyük bir kesimini teşkil ettiklerine bağlı olarak ulaşmaktadır. Cumhuriyet fikrinin bir proje olarak ulaşmaya çalıştığı bu kapasitenin adı 'demokrasidir'.⁵³ Öte taraftan Kant'ın bireye attığı otonomi ve özellikle bireylerin ahlaki açıdan değerlerinin birbirlerine eşit olduğu fikri liberalizm için bir başlangıç noktası teşkil eder.⁵⁴ Anlaşılabacağı üzere bu fikir liberalizme öncülük ettiği kadar, demokrasi kapasitesinin olmazsa olmaz bir koşulu olan "eşitlik" anlayışına ve haklara sahip olma hakkına da öncülük teşkil eder ve böylece insan hakları için Arendt'in hak kavramına kaynaklık ederek bir kerteriz noktası oluşturur. Arendt, bireyselleşmenin ve politik konulara karşı ilgisizleşmenin yaratacağı tehlikeler ve bu tehlikenin sonucunda doğacak totalitarizm fikrini Tocqueville'den alır.⁵⁵ Tocqueville'in politikaya ilgisiz, kendi ekonomik kaygılarının peşine düşmüş ve atomize olmuş bireylerin toplum içinde sayısının artması neticesinde ortaya çıkacak 'güçsüzleşme' ve totaliter rejimin ortaya çıkabilmek için uygun şartlara kavuşması endişesi karşısında Arendt *vita activa* önerisiyle gelir. *Vita activa-vita contemplativa* karşılaştırması bu açıdan eylemli bir hayat ile tefekküre dalınmış bir yaşam arasındaki zıtlığın ötesindedir. *Vita contemplativa*, içe dönük bir yaşamı simgeler. Fakat bu içe dönüklüğü geniş yorumlamak gerekir. Yalnızca tefekküre dalmış, episteme'ye yönelmiş bir birey fikrinden ziyade *vita contemplativa* ile kastedilen bundan daha fazlasıdır. Tocqueville'in kendi bireysel sorunlarına yönelmiş apolitize kendi ekonomik kaygılarına yoğunlaşan bireyi de *vita contemplativa* yaşamaktadır. Çünkü politika bir tanımı ile de toplumsal sorunları içselleştirme, kendi sorunlarını ise kamusal hale getirme faaliyetidir.⁵⁶ Bu faaliyet dolayısı ile eylemli bir hayatı diğer bir deyişle *vita activa*'yı gerektirir. Arendt'in siyaset kuramı, marksizm ve liberalizmin siyasal eylemin özündeki anlamı çarpıtıldığı eleştirisine dayanmakta, modern siyaseti de bir biçimde siyaseti aşağılayan Hıristiyan geleneğinin veya geleneksel anlayışın devamı olmakla eleştirmektedir. Oysa Arendt'e göre siyasetin normatif bir amacı yoktur ve bireylerin nasıl yaşamak istedikleri önceden *a priori* bir şekilde bilinemez ve bu nedenle siyaset bir gerekliliktir. Dolayısıyla Arendt'e göre siyasal olanın otonomisinden bahsetmek mümkündür ve siyasalın otonomisi, siyasalın bir ön belirlenimle kesilmediği bir eylem kuramına bağlanmaktadır.⁵⁷ Siyasetin bir ön belirlenimle kesintiye uğramadığı bu

⁵³ Özdemir, Ali Murat; Saygılı, Abdurrahman; Zabunoğlu, Hamdi Gökçe; Akyıldız, Necat; Ketizmen, Muhammer; Demirli, Aynur; Aykut, Ebubekir; Türkoğlu Karacaova, Ezgi Nur; Uğurlu, Göksu; Şahin, Ozan Giray: Genel Kamu Hukuku, 4. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara, 2020, s.29.

⁵⁴ Erdoğan, Mustafa: "Liberalizmin Tarihi ve Felsefi Temelleri", EskiYeni, C.15, 2015, s.8.

⁵⁵ Baştürk, 2017: s.136.

⁵⁶ Baumann, Zigmunt: Liquid Modernity, Polity Press, Cambridge, 2006, s.39.

⁵⁷ İnce: s.288-291.

nokta ise aynı zamanda politik bir öznenin ortaya çıkma imkânını yaratan kamusalığa yönelik vurgu nedeniyle cumhuriyetçi düşünceye bağlanmaktadır.

Her ne kadar Arendt, Antik Yunan düşüncesinden *vita activa* kavramını temel alarak bu yolla bir kamusalılık tahayyül etse de baştan belirtmek gerekir ki *vita activa* içerik olarak dönüşüme uğratılmaktadır. Yalçiner'e göre Arendt'in kullanımıyla *vita activa*, modernlerin cumhuriyetçiliğinin temellerini belirleyen bir aktüalite ontolojisinin hareket dinamiği olarak değerlendirilebilir. Yani *vita activa*, hem eskilerin hem de modern cumhuriyetçiliğin aktüel faillik ve ihtimam dayanağıdır.⁵⁸ Bu bakımdan da Arendt'in *vita activa* üzerinden geliştirdiği izleği takip edebilmek için *İnsanlık Durumu* isimli çalışmasına kısaca göz atmak gereklidir.

Aristoteles doğrultusunda, insanı siyasi bir varlık kılan şeyin “söz” olduğunu ifade eden Arendt, bu anlamda eylemsellik üzerinden kurulan kamusalığın temelini de belirler. Ancak Arendt'in yaşadığı dönemde ve hatta günümüzde sözün bilimsel literatür ve matematik ile ikame edilmesi, sözün anlamsızlaştığı bir süreci ifade eder. Bu sürecin en önemli dönüşüm noktalarından biri olarak modernite, bir yandan çalışmayı kutsamış ancak diğer tüm yüksek anlamlı etkinlikleri yok ederek, emeğinden başka yapacak bir şeyi kalmamış olan çalışan toplumlarını da beraberinde getirmiştir.⁵⁹ Tam da bu noktada Arendt, “gelenekle yüklü”⁶⁰ olan *vita activa* terimini sorgular. Özellikle Aristoteles'in kullandığı anlamda *vita activa* terimi, *bios politikos* olarak siyasal yaşamdan çok *askholia* yani, boş zamana sahip olmama anlamında bir “huzursuzluğu” karşılamaktadır ki *vita activa* terimi bu içeriğini modern çağların başına değin kaybetmemiştir.⁶¹ *Vita activa* yalnız eylemi değil özellikle modern çağda yeni ve siyasi anlamlar kazanan emeği ve işi de içermektedir. Öte taraftan Arendt, *vita activa*'nın içerdiği olguların kendi içinde de hiyerarşik bir ilişkiye sahip olduğuna dikkat çeker. Emek, iş ve eylem bir değildir ve birbirlerinden farklı öneme sahiptirler. İnsan öncelikle, emeği ile hayatta kalır ve yaşamını sürdürmektedir. Bu açıdan emek *vita activa* için olmazsa olmaz bir koşul olarak karşımıza çıktığı gibi marksist teorilerin katkısı ile çarpık bir biçimde iş ile karıştırılarak ve anlam kaymasına uğrayarak hiyerarşik olarak da en önemli bileşen haline gelmiştir.⁶² Oysa Arendt'te emek ve iş arasında ayırım, *animal*

⁵⁸ Yalçiner: s.9.

⁵⁹ Arendt, Hannah: *İnsanlık Durumu*, (B. S. Şener, Çev.), 9. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018, s.30-32.

⁶⁰ Arendt, 2018: s.42.

⁶¹ Arendt, 2018: s.46-47.

⁶² Özüaydın, Bergen Coskun: “Hannah Arendt'in Vita Activa'sı”, A. U. Hacıfevzioğlu (Ed.), *İnsan, Toplum ve Siyaset: Felsefi Sorgulamalar* (s. 87-140 içinde), Sosyal Yayınları, 2019, s.105.

laborensis ile *homo faber* arasındaki ayrımın ortaya konması ile belirlenir. Kol ve kafa emeği birbirinden bu şekilde ayrılır ve kalıcı olmayan bir ürün üreten emek ile ortaya kalıcı bir ürün koyan iş arasında bir fark vardır. “Arendt’e göre, emeğin varoluşsal açılımı, döngüsel bir şekilde (sürekli yinelenerek) sürdürülen ve kalıcı hiçbir nesne, değer ya da anlam yaratmayan her faaliyet emek zihniyeti ya da mantığı olarak anlaşılabilir. Bu faaliyetin nerede gerçekleştiği önemli değildir; özel alanda olsun, kamusal alanda olsun, fabrikada veya üniversitede ve yahut parlamentoda olsun, harcanabilirlik, tüketilebilirlik, geçicilik ve döngüsellik özelliklerini taşıyan, otomatikleşen, rutinleşen her faaliyet emektir.⁶³ “Oysa iş, Arendt’e göre kalıcı ürünler ortaya koymayı amaçlayan ve *tekhne* aracılığı ile gerçekleştirilen faaliyetlerdir. Antik Yunan’da doğrudan episteme ile ilişkili bir bilgi türü olarak görülen *tekhne*⁶⁴ dolayısıyla Arendt, Antik Yunan’dan beri süregelen *vita activa*’yı *vita contemplativa*’ya dayalı bir biçimde tanımlamaya odaklı bu geleneği dönüşüme uğratmayı hedefler⁶⁵ ve *vita activa* terimini dönüştürerek tartışmayı “kamusalığın oluşumu” sürecine çekmektedir. *Vita activa*, yani “aktif olarak bir şeyler yapmaya yöneldiği ölçüde insani yaşam”ın kökleri, yine insan yapısı olan bir dünyaya dayanmaktadır ve bu köken insanın tümüyle aşamayacağı bir bağıdır. İşte bu köken üzerinden insan ile emek arasındaki ilişkiyi belirleme fikrinde olan Arendt için, emek her ne kadar insanın kendi başına gerçekleştirebildiği bir potansiyel de olsa, onu insan kılan bir nitelik değildir. Dolayısıyla diğer insanların katılımı yoluyla özgün bir biçimde ortaya çıkan şey, “eylem”dir; eylem, *animal laborans* veya *homo faber*’i bir diğer deyişle emek veya işi gerçekleştiren tamamlar ve bunları insan kılan etkinlik olarak karşımıza çıkar.⁶⁶

Arendt’in siyaset kuramında belirleyici bir noktada duran *vita activa* düşüncesinin, tekrar ele alınması, verili olanı bir araç olarak kullanan *homo faber* üzerinden gelişmeye başlayan insan yaşamının yükselişi ve dolayısıyla yeniçağda insan yaşamı ve toplumsal yaşamın kendisinin bir *praxis* olarak algılanması gerekliliği nedeniyle daha önemli hale gelir. Bu süreçte *vita activa*’nın, “insan eylemliliği” bağlamından “üretim şekli ve süreci” bağlamına kayması, eylemin özünü üretime indirgemiş ve bu bakımdan da eylemin belli normlar çevresinde gerçekleşebileceği düşünölmeye başlanmıştır. Dolayısıyla eylem, eylem halinde olanların aslen dönüştürücü ve yaratıcı güçlerini kıran ve özneler arası iletişimsel karakteri zayıflatarak araçsallığı baskılayan bir olgu haline dönüşmekte ve dönüştürmektedir. Bu dönüşümün en belirgin alanı ise apolitikleşme ve kamusal-

⁶³ Gambetti, Zeynep: “Marx ve Arendt: Emek, İş, Eylem Üzerinden Üç Siyaset Biçimi”, Birikim, S.217, 2007, s.50.

⁶⁴ Haşlakoğlu, Oğuz: Platon Düşüncesinde Tekhne: Sanat ve Felsefenin Ortak Kökeni Üzerine Bir İnceleme, Sentez Yayıncılık, Bursa, s.17.

⁶⁵ Arendt, 2018: s.48-49.

⁶⁶ Arendt, 2018: s.57-58.

özel olan ayırımındaki dönüşüm olarak ortaya çıkar. Arendt'e göre Marx da emek ve iş arasındaki ayrımı yapamayarak tüketim toplumunu ortaya çıkaran kapitalist üretim tarzının bu yönünü iskalalar ve “düşünsel anlamda ‘emek’ ile ‘iş’ arasında bir ayrım yapma gereği duymamış olması” dolayısıyla Marx'ın kendisi de “farkında olmayarak ‘katı olan her şeyi buharlaştıran’ tüketim zihniyetine” destek verir⁶⁷. Öyle ki, emeğin eylem olmadan yüceltilmesi ve siyasetin bir iş olduğunun atlanarak işçilerin politik söyleme dahil olmaları, özel olanın giderek ve daha çok kamusal dahil edilişi, toplumsal sorunları merkezî bir konuma getirirken siyasal olanın arka plana itilmesini ve siyasete dair yönlendirme ve idare mekanizmalarının ön plana çıkışını beraberinde getirmiştir⁶⁸. Oysa Arendt için kamusal olanın kendisi hane içerisinde “efendi” olmaktan geçen, “yükümlülüklerden” kaynaklanan bir özgürlük sahasıdır; bu özgürlük ise ancak kamusalılıkta mümkündür. Ayrıca kamusal özgürlük, politikadan bir çekilişi değil tam da politikanın kendisiyle meşgul olmayı gerektiren; politikaya dâhil eden bir anlayış olması ve daha da önemlisi siyasi otoriteyi “sınırlandırmayı gerektirmesi” nedeniyle⁶⁹ bir anlamda moderniteyle beraber içeriği sönmümlenen bir özgürlük anlayışını ifade etmektedir. Dolayısıyla Arendt için cumhuriyetçiliğin tam da bu kamusal özgürlük alanında yine kamusal yükümlülüklerle temellenen bir anlayış olduğu ortadadır. Evrenselin özgüllüğe doğru hareketi bağlamında cumhuriyetçiliğin, evrenselleştirilebilir ilkeleri yurttaşlar cemaatine özgü biçimlere dönüştüren bir kamusal faillik sistemi olması ve diğer yandan evrensel ilkelerin içkinleştirilmesine ilişkin aktüel bir farkındalık ve sorumluluk rejimini mümkün kılması⁷⁰ dolayısıyla cumhuriyetçi bir politikadan uzaklaşarak ne kamusal ve özgürlük sağlanabilir ne de “haklara sahip olma hakkı” veya ulusal haklar bağlamında bile olsa “insan haklarının” tesis edilmesi veya korunması mümkün olabilir.

Arendt'in kamusalılık anlayışı ile haklar arasında kurduğu ilişkide vurgulanması gereken bir başka husus Antik Yunan'dan bu yana çizilen bir ayrım olarak özel yaşam-kamusal yaşam ayırımıdır. Bu ayrım üzerinde liberal teorinin modern çağa taşıdığı insan yaşamının temelinde dokunulmaması gereken çekirdek haklar olduğu anlayışı, “özel yaşam” fikrini ve bu anlamda negatif özgürlüğü vurguluyor olsa da Arendt için hakların garantilenmesi asla özel yaşamda mümkün olmayacaktır; ona göre “özel ve içsel yaşamlarımızı aydınlatan alacakaranlık bile gücünü kamusal alanın keskin parlaklığından alır”⁷¹. Dolayısıyla Arendt için kamusalılığın kendisi, hakların varlığı adına başlı başına bir gerekliliktir. Öte yandan Arendt için kamusal olanın en belirgin özelliği,

⁶⁷ Gambetti: s.47.

⁶⁸ İnce: s.291- 293.

⁶⁹ Arendt, 2018: s.68.

⁷⁰ Yalçın: s.3.

⁷¹ Arendt: 2018: s.94.

sadece bir mekândan ibaret olmayışı ve insanlar tarafından “müşterek bir yapıntı” oluşudur ki bu bakımdan hakların korunması adına insan eylemliliğinin önemi bir kez daha vurgulanmış olur.⁷² Kamusalığın müşterek inşası, insanlar arasında bir araya getirme, ayırma ve bağlantılandırma gücüne de işaret ettiği için kalabalığın bir kitle toplumu olarak amorflaşmasının da önüne geçmektedir. Böylece “birbirimizin üzerine yıkılmamızı önleyen” kamusalılık⁷³, insanlar arasında bir duyarlılığı geliştirerek, aynı zamanda “hak-sızlar” olarak bir yasanın koruyuculuğundan mahrum kalan insan grupları için de haklarına sahip olma hakkının garantisi olarak görülecektir.

Bu noktaya kadar ifade edilmeye çalışıldığı üzere Arendt için haklara sahibi olma hakkı bağlamında insan yaşamı, bir şekilde karşılıklı etkinlik ve müştereklik yoluyla kurulan bir kamusallıkla mümkün olmaktadır. Ancak bu kamusalığın ulus devlet bağlamında hak ihlallerine yol açtığı yine Arendt'in bizzat kendisi farkındadır. Öte yandan Benhabib, bu tip bir kamusalığın veya cumhuriyetçiliğin ve yine haklara sahip olma hakkının “kendi özel dışlama biçimlerini yaratabileceği” yönündeki tehlikeye işaret etmektedir.⁷⁴ Dolayısıyla gerek insan haklarının ve hatta daha ötede “hak”ların var oluşu adına ortaya çıkan paradoksu aşmak mümkün müdür? Bu soru bağlamında mutlak bir cevap üretmek oldukça zor görünmekle beraber insan haklarının niteliğine ilişkin başka bir bakış açısı faydalı olabilir. Tam da bu bağlamda Douzinas'ın postyapısalcı teorisinin imkânlarıyla ele aldığı insan hakları çerçevesine değinilecektir.

4. DOUZINAS'TA ÖZNE, ARZU VE HAKLAR

Douzinas'ın hak teorisinde takip ettiği hat, özne-hukuk-ütopyacılık arasındaki ilişki üzerine gelişmiştir. Douzinas da Arendt gibi insanın doğuştan hakları olduğunu ifade eden doğal hukukçu öğretiye eleştirel yaklaşmaktadır: “...insanlar haklara sahiptir demek yerine insanları haklar inşa eder demek daha doğrudur”⁷⁵. İnsan hem bir tahakküm ve baskı aracı olan devletin ve iktidarın hem de ürettiği bu araçların karşısında kendi haklarını üretir. Böylece zehir de panzehir de aynı kaynaktan çıkar. “Douzinas'ın Hegelci özne eleştirisinden ilham alan insan hakları kuramında haklar, baskı ve tahakkümün panzehiri, her biri eşsiz ve biricik benliklerin tam ve karşılıklı tanınmasına aracılık eden hukuki

⁷² Baştürk, 2017: s.147.

⁷³ Arendt, 2018: s. 94-96

⁷⁴ Benhabib: s.76.

⁷⁵ Douzinas, 2018: s.402.

enstrümanlar olarak anlaşılır”.⁷⁶ Bu bakımdan insanı kurucu bir unsur olarak hakkın nasıl temellendirildiği önemli bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

Douzinaz’a göre Arendt’in de gösterdiği şekilde insan hakları söyleminin çoğunlukla reel-politiğin dayatması biçiminde işlenmiş olduğu ve bu doğrultuda insan haklarının “dosta yardım etmenin, düşmana zarar vermenin aracı” haline geldiği meselesi üzerinde durmaktadır ki bu bakımdan insan haklarını evrensel bir ahlâk üzerinden tartışmak bir anlam ifade etmeyecektir.⁷⁷ İnsan hakları temelde, ona “son çare olarak başvurmaktan başka yapacak bir şeyi olmayalar için bir tür düşsel ya da istisnai yasa”dır ve bu nedenle de yasamanın ürünü olarak bir yasa değil, onun karşıtıdır. Bu bakımdan insan haklarının korunması ve geliştirilmesi devletlerin, hükümetlerin veya ulusüstü kuruluşların vs. politikalarına değil, “aşağıdan, yaşamları baskı ve sömürüyle karartılanlara ve politik duyarsızlığa neden olan kandırmacaları kabul etmeyenlere” dayanmaktadır.⁷⁸ İnsan hakları kavramından, en nihayetinde dikey etki göstermesi beklenir ve bu kavramlar baskı ve tahakküm aracı olarak gücün temerküz ettiği kurum ve kuruluşlara karşı ortaya çıkmışlardır. Şiddet tekeline sahip kurumlara karşı etkin bir biçimde fren mekanizması işlevi gördükleri oranda başarılı sayılırlar. Bu bağlamda karşılarına birer korunma mekanizması olarak çıkan hakların ‘korunması ve geliştirilmesi’ için bu kurumların insafına bırakılması kurda kuzunun emanet edilmesinden başkaca bir sonuç doğurmamaktadır. Bu çerçevede Douzinaz’ın insan hakları ile Arendt’in haklara sahip olma hakkı kavramsallaştırması arasında, hakların, hakları ihlal edilme tehlikesi ile doğrudan yüzleşen veya yüzleşme ihtimali altında yaşamak zorunda kalanlar” tarafından savunulması yönünde bir ortaklığın söz konusu olduğu vurgulanabilir. Öte yandan Arendt, hakların korunmasına ilişkin yükümlülüğü tamamen kamuya dair etik yaklaşım olarak sunarken Douzinaz, Arendt’in bu noktada bıraktığı sorunsala ilişkin haklar meselesini etik üzerinden ele almanın bir sonuca ulaştırmayacağına dikkat çekmiş olur.

Douzinaz’ın hakları etik çerçeve dışından değerlendirmeye yönelik önerisi, bir yandan haklar ile formel hukuk arasındaki gerilime ve farka göndermede bulunurken diğer yandan hakların nasıl kurulacağı/gündeme getirileceği sorusunu beraberinde getirir. O’Byrne’a göre insan hakları sadece hukuki inşalar olmanın ötesinde toplumsal olarak kurulan inşalardır. Ancak bu toplumsal kurgunun işlerliğinin sağlanması insan haklarının yaygın toplumsal söylemi ile ilişkilidir. Bu bakımdan insan hakları dili (literatürü) ahlaki bir çerçeve olarak, devletin işlediği suçlar karşısında bir mühimmat olarak

⁷⁶ Türk, Rıdvan: “Sosyal Hakları Yeniden Düşünmek: Costas Douzinaz’ın İnsan Hakları Öznesine Yönelik Eleştirileri Işığında Bir Deneme”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.21/22, 2017, s.71.

⁷⁷ Douzinaz, 2018: s.147.

⁷⁸ Douzinaz, 2018: s.165-166.

kullanılmaktadır. Ancak insan hakları dilini güçlendirebilmek için bu yasal dilden uzaklaşarak hak iddialarının “gerçek anlamına” ve temsil ettikleri “genel” hak iddialarına dönülmesi gerekmektedir.⁷⁹ O’Byrne’in öne sürdüğü “hakların gerçek anlamlarına” dönülmesi argümanının, en azından Douzinas’ın da felsefi bir pozisyon olarak kendini konumlandığı postyapısalcı felsefeyle çelişkiye düştüğü öne sürülebilir. Ne var ki “yasal dilden” uzaklaşmak kaydıyla gerçekleşen bu anlam arayışı bir diğer yandan yasal ve gerektiğinde toplumsal dilin yapıbozuma uğratılması potansiyelini de taşımaktadır. Kaldı ki insan haklarının toplumsal olarak kurulan inşalar olduğunu söylemek de dil üzerinde gerçekleşmesi muhtemel bir çekişmeyi ve anlam’ın toplumsal olarak inşası sürecini dışlamayacaktır. Bu nedenle O’Byrne’in dikkat çektiği “insan hakları dili” ve söylemi, dili kullanan toplumsal-politik tikeller olarak “özneler”in potansiyeline işaret etmesi bakımından önem arz etmektedir. Yine Douzinas da bir “insanlık” fikrinden “özne”ye doğru kaymakta ve hakların kaynağı olarak hukuk ile özne arasındaki ilişkiyi de belirginleştirmektedir. Douzinas, hukukun özneyi varsaydığını ve hukukun özneyi yarattığını ifade ederek hak ve öznenin beraber ortaya çıktığına işaret eder.⁸⁰ Ancak bu ifade, hakların kaynağının hukuka dayandığı anlamına da gelmemektedir. Douzinas’a göre; haklar, arzuların hukukileştirilmesi süreciyle ortaya çıkarlar ve tüm arzuların hukuki hale gelmesi mümkündür. Bu durum, insan hakları adına oldukça geniş bir alanı/ımkânı tanımakla beraber kendi paradoksunu da ortaya çıkarmaktadır: Hakların arzuları karşılamak adına “sonsuz” büyümesi hakların korunması adına çeşitli tehditlerin de ortaya çıkmasına yol açmaktadır.⁸¹

Hakların kaynağı olarak özne ve arzular, hakların sadece hukuk yoluyla tanınması ve bu bakımdan sınırlandırılması olgusunun karşısında büyük bir genişleme potansiyelini ve aynı zamanda cumhuriyetçi özgürlüğe içkin dışlama biçimlerini aşma imkânını da bünyesinde barındırması açısından önem arz eder çünkü bu doğrultuda tahayyül edilebilecek insan hakları, “hukukun geleceğe dönük ütopycı yönü”ne işaret etmektedir.⁸² Bu noktada insan hakları paradoksundan çıkan yeni bir imkân olarak, haklarının ütopyik niteliği karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede Douzinas’ın önerdiği ütopya, Ernst Bloch’un *Umut İlkesi*’nden hareketle ortaya çıkar ve gerek hukukun ve hakların içeriğini sorgulaması gerekse de hakları zenginleştiren bir “ilke” olması anlamında önem kazanmaktadır. Öte yandan ütopya, başlı başına “olmayan yer”i ifade ettiğinden, var olmayan hakların işaretlendiği ve bunlara ilişkin bir tasavvurun da üretildiği bir konuma da göndermede bulunmaktadır. Dolayısıyla arzunun “insan hakkı”na,

⁷⁹ O’Byrne, Darren: “Re-imagining the Theory of Human Rights”, *The International Journal of Human Rights*, S.16, C.7, 2012, s. 1082-1083.

⁸⁰ Douzinas, 2018: s.257.

⁸¹ Douzinas, 2018: s.266-267.

⁸² Douzinas, 2018: s.275.

hukukun olumsuzlaması aracılığıyla dönüşebildiği bir süreç için de bu ütöpik momente ihtiyaç duyulmaktadır. İnsanı aşağılayan, köleleştiren, her tür özgürlüğünden mahrum eden her tür ilişkinin bozulması gerektiğini ifade eden umut ilkesi⁸³ bu anlamda yine *adikia*'nın modern biçiminin eleştirisini de bünyesinde taşıması nedeniyle, doğal haklar kuramında olduğu üzere çevresinden yalıtık, soyut ve varsayımsal bir birey anlayışına dayanmaz. Bu bakımdan da insan hakları ütopyasının bir gerçekliğinin olduğunu ifade etmek gerekir. Bu gerçeklik ise hem mevcut hakların savunulabilmesi anlamında hem de potansiyel hak taleplerinin ortaya çıkışına dair imkânların yaratmasına bir dayanak olması sebebiyledir.

Ütopya imgesinin haklar bağlamında ortaya çıkardığı bir başka mesele, edimlerimizin haklar olarak nesneleşmeden önce doğrudan veya dolaylı bir biçimde bir başkasını muhatap almakla ilgilidir. Dolayısıyla insan hakları ütopyası, birinin diğerini, kendi imgesel alanında tasarlanan varoluşsal bütünlüğünü tanıyıp kollamaya yönelik bir öneri biçimindedir.⁸⁴ Öyleyse ütopya, aynı zamanda özneler arasında kurulan ve her öznenin imgesel olarak varoluşsal bütünlüğünü korumaya çalışması anlamında yeni bir kamusal fikriyle de özdeşleştirilebilir. Ancak bu kamusal biçimi, Arendt'in *vita activa* anlayışı yerine özne ve arzuyu ikame eder görünmektedir. Böylece tahayyül edilen bir ütopya, “özgürlüğün dinamik olarak gerçekleştirilmesini teşvik ederek, varlıkların emsalsiz bütünlüklerini, kendi varoluşsal ötekilikleri içerisinde korur”. Tam da bu çerçevede, yani hem öznelerin kendilerinin hem de diğerlerinin “içsel ötekilikleri”nin tanınması bağlamında ütopya, özneye haiz baskılanmış duygulanımların da açığa çıktığı veya en azından bir şekilde tanınmalarının önünün açıldığı bir hal almaktadır. Bu bakımdan ütopyanın bu arzu ve duygulanımları baskılayıcı bir boyuta varmaması önem arz etmektedir. Ve yine insan hakları ütopyacılığının, “kolektif bir plana uyacak ‘yeni insan’ı yaratmayı uman klasik ütopyaların” karşısında yer aldığını vurgulamak gerekmektedir.⁸⁵

Sonuç

Bu çalışmanın dayandığı iki ana referans kaynağı olarak Arendt ve Douzinas düşüncesinde hak, temelde şu soruya istinaden tanımlanma ihtiyacı duyar: Hak nedir ve kendisini nasıl gerçekleştirir? Bu soruya ilişkin verilen cevaba göre Arendt ve Douzinas'ın görüşlerinde beliren ortak nokta ise her ikisinin de haklar ve insanlık arasında kurmuş oldukları bağın biçimine ilişkindir. Buna göre hakların hayata geçebilmesi, sadece hukuk yoluyla değil, hukuk öncesinde gerekli olan bir tür kamusalığa ihtiyaç duymaktadır. Fakat kamusal fikrinin

⁸³ Douzinas, 2017: s.82.

⁸⁴ Douzinas, 2016: s.97.

⁸⁵ Douzinas, 2016: 98.

veya kamusallığın oluşumuna ilişkin yaklaşımın ise iki düşünürde aynı momentleri kapsadığını söylemek de zordur. Bu noktada Arendt, müşterekliğe ve eyleme yönelik bir vurguya sahipken Douzinas'ın meseleyi özneye ve özneler arasında olmasına rağmen öznenin özgünlüğüne taşıdığı görülmektedir.

Öte yandan Arendt'in cumhuriyetçiliğinin bir kamusal duyarlılık yaratması gerekçesiyle hakların garantilenmesi bağlamında bir imkân yaratması söz konusudur. Bu bakımdan cumhuriyetçilik fikri, aynı zamanda evrensel bir ilkenin özgün bir bağlama aktarılması açısından da bir geçiş süreci veya bağlantı noktası olması anlamında önem kazanmaktadır. Bu yaklaşım ise Arendt'i, hakların evrenselliği ve evrensel olarak korunup tanınabileceğine ilişkin bir düşünceye de yaklaştırmaktadır. Fakat Arendt, evrensellik fikrinin de hakları mutlak anlamda koruyabildiğinden şüphe duyar. Ortaya çıkan bu paradoksu tamamlamaya yönelik olarak ise Douzinas'ın “ütopyacı insan hakları” fikri bir bakıma evrensellik ve özgünlük arasında bir bağı farklı bir yerden kurmaktadır. Douzinas'ın önerisinin farklı bir imkân olarak görülebilecek olmasının nedeni ise ütopyacılığın aslında tam anlamıyla ulaşılamayan ve aslen hiç de ulaşılamayacak olan bir noktaya işaret etmesinden kaynaklanır. Dolayısıyla insan hakları, tam da ütopya “ilkesi” üzerinden sürekli olarak sorgulanan ve örneğin bir dizi hukuki ilke ile sabitlenmeyen, bir statü olarak durağanlaştırılmayan, dinamik ve değişken bir “var oluş” olarak algılanmaktadır. Arendt'in bakışının bir anlamda kurumlarda takıldığı noktada “ütopya düşüncesinin” potansiyel zenginliğinin pek çok imkân sunacağı en azından göz ardı edilmemesi gereken bir düşüncedir. Ve hak ihlallerinin onlarca geniş çaplı siyasal, toplumsal, ekonomik vs. organizasyona rağmen yaygınlaştığı ve ihlallerin engellenmediği günümüzde de bu düşünceye bakmaya ihtiyacımız bulunmaktadır.

Kaynakça

Agamben, Giorgio: Kutsal İnsan (İsmail Türkmen, çev.), 2. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2013.

Arendt, Hannah: Totalitarizmin Kaynakları-2: Emperyalizm, (Bahadır Sina Şener, çev.), 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014.

Arendt, Hannah: İnsanlık Durumu, (Bahadır Sina Şener, çev.), 9. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018.

Baştürk, Efe: “Haklara Sahip Olma Hakkı'nın Siyasal Teorisi: Ranciere ve Balibar Üzerinden Arendt'çi Bir Okuma”, YDÜ Sosyal Bilimler Dergisi, C. X, S. 2, 2017, s. 27-49, <http://dergi.neu.edu.tr/public/journals/7/sayi/NEU-Journal-of-Social-Science-Vol-X-No-2.pdf>, Erişim: 05.06.2023.

Baştürk, Efe: “Neoliberalizm ve Cumhuriyetçilik Arasında Bir Sınır-Kavram: Kamusal Alan”, Liberal Düşünce, S. 71, 2013, s. 123-151, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/790649>, Erişim: 05.06.2023

Bauman, Zygmunt: *Liquid Modernity*, Polity Press, Cambridge, 2006.

Boukalas, Christos: “Olağanüstülük Yok: Otoriter Devletçilik. Agamben, Poulantzas ve İç Güvenlik”, (Anıl Aygen, çev.), *Praksis*, S. 40, 2016, s. 41-66.

Benhabib, Seyla: *Ötekilerin Hakları*, (Berna Akkıyal, çev.), 3. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.

Douzinias, Costas: “*Adikia*: Komünizm ve Haklar Üzerine”, *Bir İdea Olarak Komünizm*, (Alain Badiou, Slavoj Žižek vd., ed.), (Ahmet Ergenç ve Ebru Kılıç, çev.), *Ayrıntı Yayınları*, İstanbul, 2011, s. 98-120.

Douzinias, Costas: *Krizde Felsefe ve Direniş*, (Tulga Buğra Işık, çev.), *Metis Yayınları*, İstanbul, 2015.

Douzinias, Costas: *Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları*, (Rabia Sağlam ve Kasım Akbaş, çev.), 2. Baskı, *Nota Bene Yayınları*, Ankara, 2016.

Douzinias, Costas: *İnsan Hakları ve İmparatorluk*, (Kasım Akbaş ve Rabia Sağlam, çev.), *İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları*, İstanbul, 2017.

Douzinias, Costas: *İnsan Haklarının Sonu*, (Kasım Akbaş ve Umre Deniz Tuna, çev.), *Dipnot Yayınları*, Ankara, 2018.

Ecevitoglu, Pınar: “İnsan Hakları Siyasetini Yeniden Düşünmek”, *Eğitim Bilim Toplum Dergisi*, C. 13, S. 50, 2015, s. 203-226, http://egitimsen.org.tr/wp-content/uploads/2015/06/9045f37bc510abf_ek.pdf, Erişim: 05.06.2023

Erdoğan, Mustafa: “Liberalizmin Tarihi ve Felsefi Temelleri”, *EskiYeni*, S. 15, 2009, s. 5-17, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/484754>, Erişim: 05.06.2023

Gambetti, Zeynep: “Marx ve Arendt: Emek, İş, Eylem Üzerinden Üç Siyaset Biçimi”, *Birikim*, S. 217, 2007, s. 46-54.

Haşlakoğlu, Oğuz: *Platon Düşüncesinde Tekhne: Sanat ve Felsefenin Ortak Kökeni Üzerine Bir İnceleme*, *Sentez Yayıncılık*, Bursa, 2016.

Heper, Altan: “Hannah Arendt’te Haklara Sahip Olma Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 28, S. 2, 2022, s. 650-672, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2619334>, Erişim: 05.06.2023.

İnce, Hilal Onur: “Hannah Arendt: Özgürlükçü Bir Cumhuriyetçilik Kuramına Doğru”, *Res Publica*, (Armağan Öztürk, ed.), *Doğu Batı Yayınları*, Ankara, 2013, s. 286-310.

Lewis, Sinclair: *Babbitt*, (Gamze Öncül, çev.), *Türkiye İş Bankası Yayınları*, İstanbul, 2022.

Mbembe, Achille: “Necropolitics”, (Libby Meintjes, çev.), *Public Culture*, C. 15, S. 1, 2003, s. 11-40, https://warwick.ac.uk/fac/arts/english/currentstudents/postgraduate/masters/modules/theoryfromthemargins/mbembe_22necropolitics22.pdf, Erişim: 05.06.2023.

O'Byrne, Darren: "Re-imagining the Theory of Human Rights", *The International Journal of Human Rights*, C. 16, S. 7, 2012, s. 1078-1093, Scopus, Erişim: 25.01.2019.

Özdemir, Ali Murat; Saygılı, Abdurrahman; Zabunoğlu, Hamdi Gökçe; Akyıldız, Necat; Ketizmen, Muammer; Demirli, Aynur; Aykut, Ebubekir; Türkoğlu Karacaova, Ezgi Nur; Uğurlu, Göksu; Şahin, Ozan Giray: *Genel Kamu Hukuku*, 4. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara, 2020.

Özüaydın, Bergen Coşkun: "Hannah Arendt'in Vita Activa'sı", *İnsan, Toplum ve Siyaset: Felsefi Sorgulamalar* (s. 87-140), (Ed. A. U. Hacifevzioğlu), İstanbul: Sosyal Yayınları, 2019.

Platon: *Yasalar*, (Candan Şentuna ve Saffet Babür, çev.), 3. Baskı, İstanbul: Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 2007.

Ranciere, Jacques: "Who Is the Subject of the Rights of Man", *South Atlantic Quarterly*, C. 103, S. 2/3, 2004, s. 297-310, <http://cscs.res.in/dataarchive/textfiles/textfile.2010-11-27.9388690495/file>, Erişim: 05.06.2023.

Salihpaşaoğlu, Yaşar: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, 1. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara, 2020, s. 50 vd.

Türk, Rıdvan: "Sosyal Hakları Yeniden Düşünmek: Costas Douzinas'ın İnsan Hakları Öznesine Yönelik Eleştirileri Işığında Bir Deneme", *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 21/22, 2020, s. 45-80, http://hfd.kocaeli.edu.tr/dosyalar/dergi/sayi-21-22/2-KocaeliUniversites_OcakTemmuz2020-Sayi21-22_Turk.pdf, Erişim: 05.06.2023.

Wallerstein, Immanuel: *Liberalizmden Sonra* (Erol Öz, çev.), 4. Baskı, Metis Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Yalçiner, Ruhtan: "Cumhuriyetçilik: Bir Aktüalite Ontolojisi", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 49, S. 4, 2016, s. 1-35, http://194.27.218.22/resimler/ekler/457db534a2a3ff9_ek.pdf?dergi=Amme%20Idaresi%20Dergisi, Erişim: 01.01.2019.

Yazıcı, Tuğba: "Hannah Arendt'te Totalitarizmin Neliği", *Kaygı*, S. 30, 2018, s. 191-207, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/451332>, Erişim: 05.06.2023.

Yıldırım, Adem: "Hannah Arendt'de Biyopolitika Düşüncesi", *Biyopolitika I* (s. 249-280), (Onur Kartal, ed.), Nota Bene Yayınları, Ankara, 2016.

Zabunoğlu, H. G. *Kapitalizm, Biyoiktidar ve Özne*. *Bilgi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 23 S. 2, 2021, s. 231-256

Zabunoğlu, H. G. "Bir Radikal Demokrasi Teorisi Olarak Müzakereci Demokrasi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 66, S.4 , 2017, s. 795-818

Zizek, Slavoj: *Gıdıklanan Özne* (Çev. Şamil Can), Epos Yayınları, Ankara, 2007.