

# KOLOMB'TAN MÜLTECİLERE 1492-1850 AVRUPASI VE BUGÜNÜN GÜVENLİK HAKKI OLMAYAN ÖZNELERİ

*From Colomb to Refugees Europe Between 1492-1850 and the Subjects without Freedom and Security*

Dr. Buğrahan ELDELEKLİ\*

**Öz:** XVI. yüzyılın başında yeni ticaret yolları keşfetmek için çıkılan yol Rönesans ve Reform ile bir yeniden yapılandırma hareketinin yolunu açmıştır. Bu reformasyon ile devletler, üretim şekilleri, ekonomi ve nihayetinde hayatın kendisi dizayn edilmiştir. Günümüzde insan haklarının evrenselliği halen güncel bir tartışma konusudur. Tartışma güncel krizler ile yenilenmekte ve boyut kazanmaktadır. Çalışmada insan hakları denildiğinde ilk akla gelen özgürlük ve güvenlik konusundaki tartışmaların sürmesinin nedeni, sürecin kendisinde aranmış, gündemde yer tutan ve gelecekte de yer tutacak olan mülteci tartışmaları ekseninde değerlendirme yapılmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa, modernite, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özgürlük ve güvenlik hakkı

**Summary:** The expeditions to find new trade routes in the beginning of XVI. century paved the way for a restructuring movement with the Renaissance and Reformation. With these reformation revolutions, states, production methods, economy and ultimately life itself were re-designed. The universality of human rights is still a topic of discussion today. The debate is being renewed and gaining dimensions with current crises. In the study, the reason for the continuation of the discussions on freedom and security, which comes to mind first when human rights are mentioned, has been sought in the history of the above mentioned period, and an evaluation has been made in the axis of the refugee debates which will possibly remain a topic in the near future.

**Keywords:** Europe, modernity, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, right to freedom and security

\* beldelekli@erdemir.com.tr, ORCID: 0000-0003-0320-4976

Makale Geliş Tarihi: 28.07.2022, Makale Kabul Tarihi: 16.08.2022  
DOI: 10.57083/adaletdergisi.1217787

## GİRİŞ

XVI. yüzyılın başında Avrupalı kâşifler doğuda Hint Okyanusu'na kadar uzanarak yeni ticaret yolları keşfetmek için yola çıkmış, bu keşif harekâtı Amerika kıtasının sömürgeleştirilmesi ile sonuçlanmıştır. Yeni ticaret rotaları ve bakir bir kıta bulan Avrupa, kavuştuğu kaynaklar ve savuşturduğu salgın hastalıklar sonrasında Rönesans ve Reform ile hem düşünsel hem siyasal anlamda şekillenmiştir. Nihayetinde Fransız devrimi ile devletler, sanayi devrimi ile de ekonomi yeniden dizayn edilmiştir.

Günümüzde bir yandan insan haklarının evrenselliği tartışılırken bir yandan da bu hakların ihlalinin nasıl önlenebileceği, etkin mekanizmaların neler olduğu konuları ele alınmaktadır. İnsan hakları denildiğinde ilk akla gelen özgürlük ve güvenlik konusunda halen benzer tartışmaların sürmesi ise düşündürücüdür.

Bu bağlamda aydınlanmanın bir çıktısı olarak insan haklarının bu dönemin ürünü olduğu ve bu nedenle de ürünün Avrupa kökenli olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Ancak Avrupa'nın insan hakları konusunda tek ve hâkim otorite olduğunu ileri sürmek, bu hakların ancak Avrupa'da ya da Avrupa standartlarında var olabileceğini söylemenin aynı derecede mümkün olmadığını düşünülmemektedir.

Çalışmada 1492-1850 Avrupa'sı ele alınırken mümkün olduğunca ülkeler özelinde açıklamalardan uzak durularak bu dönemde kıtada meydana gelen olaylar ele alınmaya çalışılacaktır. Çalışmada Kolomb'un yeni kıtayı keşfi bir milat olarak ele alınmıştır, zira bu keşif sonrasında yaşanan ekonomik, siyasal ve sosyal değişim bugünün dünyasını hazırlamıştır. Bu nedenle Avrupa denildiği zaman sadece coğrafi olarak sınırları belirlenmiş kıta değil aynı zamanda aydınlanma hareketinin doğduğu ve olgunlaştığı düşünsel alanı da kastediyor olacağız.

Bu çerçevede çalışmada dönemin kısa kronolojisine yer verilecek, bağlantılı olarak dönemde düşünsel alanda meydana gelen değişim ana hatlarıyla ele alınacak ve daha sonra insan haklarının evrenselliğinin esasında iddia edildiği ölçüde kapsayıcı olmadığını ortaya koyabilmek adına mültecilerin özgürlük ve güvenlik hakları konusuna değinilmeye çalışılacaktır. Mültecilerin özgürlük ve güvenlik hakkı durumunun saptanabilmesi açısından bir örnek olarak da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili hükmü (Sözleşme veya AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin konu hakkında vermiş olduğu karar ele alınmaya çalışılacaktır.

## I- 1492-1850 ARASI AVRUPA

### A-KRONOLOJİ

Çalışmaya konu olan dönem kimi tarihçiler bakımından ortaçağın sonu olarak kabul edilmektedir. Yeni bir çağdan bahsolunurken bu çağda düşünsel, siyasal ve sosyal alanda bir ortak desen ortaya

koyulmaya çalışmaktadır. Bu durumda kimi tarih okumalarında 1453 Ortaçağ'ın sonu olarak kabul edilmektedir. İstanbul'un fethi savaş teknolojisi bakımından ateşli silahların bir daha çıkmamak üzere sahneye girişini ve aynı zamanda "Müslüman Osmanlı ülkesi ile Ortodoks Rusya arasındaki sevgi, nefret ilişkisi" gündeme getirmiştir.<sup>1</sup> Barutlu silahlar Amerika kıtasının sömürgeleştirilmesi hareketinde büyük önem taşıırken, İstanbul gibi bir merkezin fethinin yarattığı kırılma Avrupa düşüncesine uzun süre hâkim olacak "diğerleri" koduna Müslümanları net olarak yerleştirmiştir. XVI. yüzyılın başları bakımından Avrupa'da geçerli bir başka ortak yan önceki yüzyılda nüfusu büyük oranda etkileyen salgın hastalıkların (özellikle vebanın) etkisinin azalması, nüfusun yeniden yükselmeye başlamasıdır.<sup>2</sup> X-XIII. yüzyıllar arasında Dünyadaki en büyük kentler Avrupa dışında Çin, Afrika Hindistan'da iken XV. yüzyıldan itibaren Avrupa'da da bu klasmanda şehirler var olmaya başlamıştır.

Dönemde önemli bir tarih olarak 1492 üzerinde durmak gerekmektedir. Bu tarih Amerika kıtasının Kolomb tarafından keşfi ile açılan yeni bir dönemi belirtmesi açısından semboldür. Roma'nın çöküşünden sonra giderek daha parçalı bir hal alan siyasi hayatta önemli aktörler, krallar ve kilise olarak karşımıza çıkmaktadır. Keşif ve sonrasındaki sömürge hareketi, hem kralın hem kilisenin tahakküm alanında kalan çiftçiler ve tüccarlar bakımından bir kırılmaya işaret eder. Bu tarihten sonra giderek artan ticaret olanakları ve zenginlik, bir grubun lehine olmak üzere toplumsal yapıyı değiştirmiş, ticaretle uğraşan kesimin giderek güçlenmesi hem taleplerinin artmasına hem de çeşitlenmesine yol açmıştır.

XVI. yüzyıl doğuda giderek ağırlığını hissettiren Osmanlı İmparatorluğu'nun yükseliş dönemi olarak anılırken Avrupa'da bu yükselişin etkilerinin edebiyattan güzel sanatlara ve siyasete kadar gözlemlenebildiği bir dönemdir. Doğu ile ilişkilerde gerek Osmanlı'nın Avrupalı devletlere karşı tutumu, gerekse Avrupalı devletlerin güç savaşındaki konumlanmaları belirleyici olmuştur. Bu anlamda XVI. yüzyılın ilk yarısı bir yanda Osmanlı ile kapitülasyonlarla anlaşma zemininin aranmasına, bir diğer yanda ise Avrupa'da devletler arasında ve devletlerin kendi içinde uzun süren savaşlara sahne olmuştur. Benzer şekilde iktidar iddiası olan bir diğer odak olan kilisenin ise Protestanlık (1517) ile mücadelesi söz konusudur.

XVI. yüzyılın ikinci yarısında Amerika'nın sömürgeleştirilmesine öncü olan İspanya ve Portekiz'in denizlerde İngiltere karşısındaki güç kaybı, kıtada ise Fransa tarafından geriletilmesi genel siyasi havayı özetler. Bu yüzyıl düşünsel hayatta da köklü değişimlerin olduğu bir

<sup>1</sup> Charles Tilly, Avrupa'da Devrimler 1492-1992, çev. Özden Arıkan, Afa Yayıncılık, İstanbul, 1995, s.45.

<sup>2</sup> Mehmet Ali Ağaogulları, Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s.289.

dönemdir. Ortaçağ dogmalarının sorgulandığı, yeni bilimin, yeni dinin ve yeni sanatın ortaya çıktığı yüzyıldır.<sup>3</sup>

XVII. yüzyıl ise bir yandan sömürgelerden elde edilen zenginliğin devletler arasında paylaşılması savaşlarına sahne olurken beri yandan da devletin ne olduğu, nasıl ortaya çıktığına ilişkin ilk düşüncelerin ortaya atıldığı dönem olmuştur. Doğanın bilimsel alanda yeninde keşfi ve insicamının kurallarla izahı bir izlek olarak düşünsel alanda da takip edilmiştir. Thomas Hobbes'un "De Cive" (1642), ve "Leviathan"ı (1650), Baruch (Benedictus) Spinoza'nın "Tractus Theologico Politicus"u (1670), John Locke'un "Yönetim Üzerine İki İnceleme"si (1689) bu yüzyılın eserleridir.

XVII. yüzyıl Osmanlı için fetih ile sonuçlanamayan Viyana Kuşatmaları ve Karlofça Antlaşması (1689) ile kapanır. XVIII. yüzyıl Avrupa bakımından doğu denildiği zaman artık sadece Müslüman Osmanlı'nın değil, Ortodoks Rusya'nın da varlığının hissedildiği yüzyıldır. Bu dönemde önceki yüzyıldan itibaren giderek artan ticaret – sömürgeleştirme sayesinde hem artan, hem çeşitlenen talepleri ile sesini daha çok duyuran burjuva sınıfı Avrupa'da ağırlığını iyice hissettirmektedir. Düşünsel anlamda geçen yüzyılda ortaya konulan doğal hak ve toplumsal sözleşme fikirleri olgunlaşmaya ve somutlaşmaya başlar. Artık aydınlanma ve rasyonelleşme düşüncesi temel motif olmaktadır. Montesquieu, Rousseau ve Kant döneme eserleri ile yön vermişlerdir. Yüzyılın sonunda Fransa'da gerçekleşen devrim sadece devlet düzleminde değil, güzel sanatlardan sosyolojiye birçok alanda bir "yeni"ye yol açmıştır.

XIX. yüzyıl devrimle kapanan yüzyıldan aldığı ivme ile salt siyasal değil ancak düşünsel, ekonomik ve üretim biçimleri açısından da yenilenmelerin ve devrimlerin yaşandığı çağ olmuştur. Sanayi devrimine kadar gelen süreçte bir yanda Fransız Devrimi sonrası ulus devlet fikri iyice olgunlaşırken, diğer yanda yeni üretim biçimleri ile ortaya çıkan artık değer ve toplumsal sınıf çatışmaları tartışmaları sürmektedir. Bu dönemde İdealizm, Marksizm, Varoluşçuluk, Pozitivizm gibi akımların canlı biçimde tartışıldığı, Hegel, Nietche, Marx, Engels, Stuart Mill, Auguste Comte gibi yazarların sonraki dönemdeki düşünürler üzerinde derin etkiler bırakacak eserlerini ortaya çıkardığı dönem olmuştur.

## B. KRONOLOJİNİN DÜŞÜNSEL İZDÜŞÜMÜ

1492-1850 arası Avrupa'da yukarıda kısaca yer vermeye çalıştığımız değişimler ve dönüşümler yaşanmıştır. Çöken Roma İmparatorluğu sonrasında yaşanan çekişme küçük krallıklar şeklinde bir yapılanmaya yol açmış olsa da tüm kıtada tek ve merkezi egemenlerden

<sup>3</sup> Jacqueline Russ, Avrupa Düşüncesinin Serüveni Antik Çağlardan Günümüze Batı Düşüncesi, çev. Özcan Doğan, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2011, s.101.

bahsetmek henüz mümkün değildir. Kralların iktidarı ile başat olarak kilise iktidar iddiasını korumuş, bu ikisinin zaman zaman çekişmesi ve zaman zaman ittifakı her ikisinin de siyaset sahnesinden çekilmesine kadar sürmüştür.

Avrupa XVI. yüzyılda siyasal olarak çok parçalı bir haldedir. Bunun bir sonucu diğer coğrafyadakilerin aksine toprak sahipleri ve kapitalistlerin serpilmesi olmuştur. Örneğin Çin’de ve Japonya’da devlet, toprak sahipleriyle kapitalistleri sınırlandırmayı başararak, onların elindeki rantlarla kârların önemli bir bölümünü memurlara aktarmayı başarırken, Avrupa’da hiçbir imparatorluk, toprak sahiplerini ya da kapitalistleri kıta ölçeğinde denetimi altına tutmayı başaramamıştır.<sup>4</sup>

Avrupa 1300’lerden itibaren salgın hastalıklar nedeniyle nüfusunun önemli bir kısmını yitirmiş buna bağlı olarak da ekonomik hayat durma noktasına gelmiştir.<sup>5</sup> XVI. yüzyıla gelindiğinde kontrol altına alınmaya başlanan hastalıklar ile nüfus artmaya başlamış, ancak bu büyük belanın neden ortaya çıktığı ve nasıl olup da kilise tarafından savuşturulamadığı bir soru işareti olarak kalmıştır. Buna ek olarak Avrupa için büyük önem taşıyan baharatların ve doğunun diğer ticari emtiasının sevkiyatının kontrolünün Osmanlı’nın eline geçmiş olması yeni ticari yolların keşfini zorunlu kılmıştır. 1492’de yapılmaya çalışılan aslında yeni ticari yolların bulunmasıdır. Hedef doğudur. Kolomb’un meşhur “Hindistan” şaşırmasının altında yatan neden budur.

Kolomb’un keşiflerinin Avrupa’daki değişimlerine aşağıda değineceğiz. Bu keşifler sonrası yeni kıtada meydana gelen değişikliklerin etraflıca ele alınması ise ayrı bir çalışmanın konusudur; ancak çalışmamızın kapsamı dahilinde şunlara değinmek mümkündür. “Yeni” kıtada yaşayan insanlar bakımından, kıyılarda beliren insanlar tamamen başka bir uygarlıktan gelmekteydiler. Amerika’da yaşayan yerliler farklı ihtiyaçlar çerçevesinde bilimsel ve teknik olarak farklı biçimde gelişmişlerdi. Astronomi ve matematik tarım için büyük önem taşıdığından oldukça ileri düzeyde iken, silah teknolojisi Avrupa’nın gerisindeydi. Özellikle barutlu silahlar ve atlı süvariler bu insanlar için daha önce görmedikleri bir teknolojiyi ifade etmekteydi.<sup>6</sup> Buna karşın İspanyolların gözünde bu yerliler insan *statüsünde* dahi değildiler. Her şeyden önce Hristiyan, dolayısıyla medeni değildiler. Böylece ilahi kuralların kendilerine uygulanmasına imkân yoktu. Kaşifler ile gelen papazlar tarafından gerçek dine ve medeniyete çağrılmalarına rağmen itaat etmediler. Bu noktadan sonra katledilmeleri önünde de bir engel

---

<sup>4</sup> Tilly, s.50.

<sup>5</sup> Tilly, s.40 vd.

<sup>6</sup> Jared Diamond, Tüfek, Mikrop ve Çelik İnsan Topluluklarının Yazgıları, çev. Ülker İnce, Pegasus Yayınları, İstanbul, 2018, s.70 vd.

kalmamıştı. Zengin altın ve gümüş madenleri doğal olarak onları *ehlileştirmeye* çalışan medeniyet temsilcilerinin oldu.<sup>7</sup>

Sömürgecilerin yarattığı katliamdan kaçabilen yerliler bu keşiflerin yan ürünü olan mikrop ve hastalıkların eline düştüler. Daha önce kıtada olmayan kızamık, suçiçeği, veba gibi hastalıklar nüfusu ciddi oranda düşürmüş, madenlerin işletilmesi için gerekli işgücü bulunamaz hale gelmiştir. Bu duruma çözüm ise Afrika'dan getirilen köleler ile bulunmuştur.<sup>8</sup>

Kolomb'un keşifleri ile ticaret hacminin büyümesi, fiyatların giderek artması karşısında sömürge ve kölelik hareketi ile ucuzlayan iş gücü, hem toprak sahiplerinin hem de kapitalistlerin işine yaramış ve kıtanın birçok bölümünde bu ikisinin ittifak kurmasına, hatta birbiriyle bütünleşmesine olanak sağlamıştır.<sup>9</sup>

Bu iş birliğinin düşünsel hayata yansımaları ise kentleşme ile mümkün olmuştur. Bu yerleşim biçimi yeni toplumsal ilişkilerin ve yeni mücadelelerin sahnesi haline gelmiş böylece düşünsel üretim içinde merkez konumunu almıştır<sup>10</sup>. Bu etkileşim ve çatışma düşünsel hayattaki özgürlük, hak, hukuk gibi kavramların da bu etkileşim üzerinden tanımlanmasına neden olmuştur.

Amerika kıtasının sömürgeleştirilmesi ve buna bağlı olarak kapitalist dünya sisteminin bu dönemde Avrupa merkezinde gelişmesi<sup>11</sup> ile koşut olarak gelişen bir başka olay kilisenin siyasal iktidarın ortağı değil; ona tabi olan bir unsur haline gelmesidir. 1517 tarihinde Martin Luther tarafından fitili ateşlenen Reform hareketi ile somutlaştırılan bu düşünceye göre yozlaşmış – kurumsallaşmış kilisenin alternatifi olarak gerçek kilise, iman sahibi Hristiyanların sadece manevi dünyasında iktidar sahibidir. Bunun haricindeki alanlarda iktidar-zor kullanma hakkı yoktur. Şu hâlde manevi dünya dışında kilise kurum olarak dünyevi iktidara tabidir.<sup>12</sup>

Kilisenin iktidarı bakımından tehlikeli olan bu görüşler gelişen ve toplumsal alanda giderek ağırlığı artan burjuvazi tarafından hemen büyük bir iştahla karşılanmamıştır. Her ne kadar bir yeniden yapılanma arayışında olsa da Luther nihayetinde bozulmamış Hristiyanlığı ve arzularından uzakta mümin-hakiki Hristiyan'ı tesis etmek peşindedir.

Burjuvazinin aradığı, ihtiyaç duyduğu, dünya ile barışık ancak dinden çıkmamış insan sentezini Jean Calvin sunmuştur:

---

<sup>7</sup> Cemal Bali Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu İspanyol Altın Çağı*, Dost Yayınları, Ankara, 1997, s.93.

<sup>8</sup> Akal, s.90-91.

<sup>9</sup> Akal, s.43.

<sup>10</sup> Ağaoğulları, s.290-291.

<sup>11</sup> Tilly, s.48.

<sup>12</sup> Ağaoğulları, s.303.

Calvin sayesinde bir yanda bu dünyanın nimetleri için didinip duran Hristiyanlar, öbür yanda bu dünyadan vazgeçmiş ve tümüyle tanrısal krala adanmış Hristiyanlar arasındaki uçurum kapatılacaktır.(...) Calvinci yaklaşım, dünyevi bir başarıyı sınırsız bir kazanç arzusu olarak ele almamaktadır. Dünyevi başarı yeniden başka dünyevi başarıları için sermaye haline getirilmektedir. Artık kutsanan paranın kendisi değildir; sermaye olarak paradır.<sup>13</sup>

Yukarıda değindiğimiz üzere bu dönem iktidarın sorgulandığı, açıklanmaya – temellendirilmeye çalışıldığı bir dönemdir. Bu bakımdan Kolomb'un keşifleri XVI. yüzyılın ekonomik yaşantısında ne kadar kökten bir değişiklik getirdiyse Machiavelli'nin eserleri ve düşüncesi de siyasi iktidarın temellendirilmesi yolundaki düşünceleri o kadar etkilemiştir.

Machiavelli ideal olandan, olması gerekenden çok, mevcut yapının-siyasi olgunun açıklanması peşindedir. Bu konudaki duruşunu Prens isimli eserinde şu şekilde ortaya koyar:

“Bu konuda çok yazılmış olduğunu biliyorum; o yüzden benim de yazdığımı görenlerin beni kendini beğenmiş biri sanmalarından çekiniyorum; hele ki bu konuda benim görüşüm başkalarınınkinden oldukça farklıken. Ama değil mi ki niyetim bana kulak vereceklere hizmet etmektir insanın hayalinde canlandırabileceğinden çok, şeylerin fiili gerçeğine bağlanmak bana gerekli gözükmektedir. Hakikaten, çokları hiç kimsenin fiilen görmediği ya da tanımadığı cumhuriyetler ve prenslikler hayal etmişlerdir. Ama yaşanan biçim ile yaşanılması gereken biçim arasındaki mesafe öylesine büyüktür ki her kim ki olana gözlerini kapar da yalnızca olması gerekeni görür aslında nasıl yaşamasını değil nasıl canından olmasını öğrenir; zira senin tam karşıtın olan öncü insan arasında her zaman ve her şeyde iyi insan örneği olmak istersen kesinlikle yitip gidersin. Demek ki bir prens tahtını elinde tutmak istiyorsa katı yürekli olmasını bilmeyi öğrenmeli ve gerektiğinde bu sanata başvurmalıdır.

O halde, prensler hakkında çıkartılmış bir sürü hayali öyküyü bir yana bırakıp yalnızca gerçeklere bakalım.”<sup>14</sup>

Ona göre siyasal öğretilerde asıl ele alınması gereken siyasal olgulardır, iktidarın korunmasıdır. “...[T]üm zamanlar ve mekanlar için geçerli olan bir ideal devlet biçiminden söz edilemez. Bu anlayış, meşruluk kavramının teorik açıdan dışarıda bırakılmasına yol açar... Bir başka deyişle, iktidarı ele geçirmek ve korumak amacıyla girişilen her eylem, Başarıya ulaştığında meşrudur.”<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Ağaoğulları, s.311-12.

<sup>14</sup> Machiavelli, Prens, çev. Nazım Güvenç, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 1994, s.100 (vurgu bize ait).

<sup>15</sup> Ağaoğulları, s.325-326.

Machiavelli çağdaşları ve sonrasındaki düşünürler üzerinde büyük etkiler bırakmış bir yazardır. Kimi eleştirmenler tarafından özgürlükçü kimi eleştirmenler tarafından ise monarşist olarak ele alınıp eleştirilmiştir. Kimilerine göre şeytanın uşağı, canavar, burjuvanın adamıdır. Ayrıca ragion de stato'nun asıl tarihini yazan kişi olarak hedeftedir.<sup>16</sup>Bizim çalışmamız bakımından önemi, tek bir evrensel - ideal devleti reddetmesi ve insanın doğası gereğince iktidar için savaştığı önermesidir.<sup>17</sup> Bu hareket noktası bilindiği üzere daha sonra Hobbes tarafından da ele alınacak ve devletin bu mücadelenin bir sonucu olarak bir sözleşme ile örgütlendiği sonucuna varılacaktır.

Coğrafi keşifler, bilimsel gelişmeler ve düşünsel alanda ortaya konan eserler XVII. yüzyıl Avrupası'nda esaslı bir değişikliği işaret etmektedir. Doğa bilimlerinin ve aklın giderek kendine daha çok yer bulması düşünsel dünyada da etkili olmuştur. Artık ilahi bir egemen tarafından buyrulan hukukun yerini açıklamalarını doğada arayan hukuk almaya başlamıştır. Çalışmamız bakımından önemli olan bu referans değişimi öz olarak doğal hak tartışması çerçevesinde açıklanabilir.

Klasik dönemde her şeyin özü ile tanımlanması temelinden hareketle bu öze uygun davranma ve bu öze ulaşma fikri çerçevesinde şekillenen doğa durumu; Hıristiyanlık sonrasında Tanrı tarafından verilen öze uygun davranma şekline, böylece erdemli insan da mümin insana dönüşür.<sup>18</sup>

Hobbes ise bu varsayımı reddeder. Şeylerin bir öz tarafından tanımlanmadıklarını, bir kudret tarafından tanımlandıklarını söyler. Demek ki doğal hak şeyin özüne uygun olan demek değildir, şeyin yapabileceği her şeydir. Ve herhangi bir şeyin, -hayvan olsun insan olsun- hakkı, yapabileceği her şeyi yapmaktır. Yapabileceği her şey hakkı içindedir. O andan itibaren şu tipten büyük önermeler baş gösterecektir: Ama büyük balıklar küçükleri yerler. Bu onun doğal hakkıdır.<sup>19</sup>

Böylelikle doğa durumu ile doğal hak arasındaki geçiş sağlanmıştır.

Hobbes'un bu önermesi iki bakımdan önem taşımaktadır. Hobbes topluluk halinde yaşamayı (ve devleti) açıklarken bir toplum öncesi hal ileri sürer. Doğal durum tarifinden ortaya çıkan aslında insanın

<sup>16</sup> Abdurrahman Saygılı, Kutsal Canavar Devlet, İmaj Yayınları, Ankara, 2019, s.136.

<sup>17</sup> Ağaoğulları, s.329 vd.

<sup>18</sup> Gilles Deleuze, Spinoza Üzerine II Ders, çev. Ulus Baker, Öteki Yayınları, Ankara, 2000, s.101-103. Bu dönüşümü Cicero'da takip etmek mümkündür: "Cicero, yasaların ve adaletin kaynağını göstermeye çalışmakta ve adaletin kökünü doğa ve insan doğasında aramaktadır. Ona göre, "doğaya uygun olarak bütün insanlar için geçerli olan, aynı kalan ve değişmeden sonsuza dek süren gerçek bir yasa vardır; bu doğru akıldır. Bu yasa, buyruklarıyla insanları ödevlerini yerine getirmeye iter, yasaklarıyla da onları hata işlemekten alıkoymaz." Ağaoğulları, s.184.

<sup>19</sup> Deleuze, s.104.



toplumsal bir varlık olarak doğmadığıdır. İnsan nasıl toplumsal bir varlık olarak doğmaz ise akli başında bir varlık olarak da doğmaz. Bu varsayım Hristiyan inancındaki Adem'in ilk günahı işlemeden önceki mükemmel insan olduğu savına karşı çıkış olarak değerlendirilmiştir.<sup>20</sup> Bizim çalışmamız bakımından önemli olan ise Hobbes'un ortaya koymuş olduğu düşünce yapısının kendisinden sonraki düşünürler tarafından bir model olarak ele alınması, iktidar, toplum, hak gibi kimi kavramların bu model üstünden anlatılmaya çalışılmasıdır. Hobbes'un açmış olduğu yol Ortaçağ cadılarına karşı aklın kazandığı zafer olarak ele alınmıştır.<sup>21</sup>

Doğal hak konusunda Hobbes ile aynı doğa durumu varsayımından hareket eden Spinoza ise doğal hakkı, "*doğanın evrensel gücü, yani insanları varlıklarını sürdürmeye yönelten şeyin kendisi*"<sup>22</sup> olarak tanımlamıştır. Tüm insanların bu doğal hakkının peşinde koşması halinde barışçıl bir düzen içinde yaşama olanağı olamayacağını ileri süren Spinoza bu çıkmaz duruma çareyi tüm bireylerin haklarının egemene devretmesinde bulmuştur. Spinoza'nın açıklamalarının o dönem itibarıyla en radikal yönü hukuku yorumlayanların bağımsızlığına ilişkin açıklamaları ve devletin dinden özerkleşerek hukuk üzerinde temellenmesi gerektiği yönündeki düşünceleridir.<sup>23</sup>

Toplum öncesi doğa hali ve insanın bu doğa halindeki haklarının muhafazası için devlet egemenliğine razı olması çerçevesinde şekillenen toplumsal sözleşme düşüncesinde Hobbes ve Spinoza'nın takipçisi Locke olmuştur. Şu farkla ki Locke doğa durumunu Hobbes ve Spinoza'nın aksine barış, eşitlik ve özgürlük durumu olarak tasvir eder.<sup>24</sup> İnsanlar bu barışçıl durumun muhafazası ve devamı için ancak kendi rızaları ile egemen gücün çıkartmış olduğu yasalara uyarlar ve böylece kendilerini iç ve dış tehditlere karşı korurlar.<sup>25</sup>

XVII. yüzyılın bu düşünsel temeli üzerine XVIII. yüzyılda inşa edilen ve eski düzenin eleştirisi ekseninde yer alan düşünce akımını "Aydınlanmacılar" olarak bir başlık altında toplamak mümkündür. Voltaire, Hume, Kant gibi önemli temsilcileri olan bu akımın temelde her türlü önyargıdan uzak, insanın bu dünyada mutlu olmasını sağlayacak akla dayalı bir toplumsal düzen kurgulamaya çalıştığını belirtebiliriz.<sup>26</sup> Özellikle Kant tarafından dile getirildiği şekliyle insanın

---

<sup>20</sup> Deleuze, s.106.

<sup>21</sup> Costas Douzinas, The End of Human Rights Critical Legal Thought At The Turn of The Century, Hart Publishing, Oregon, 2000, p.9.

<sup>22</sup> Ağaoğulları, s.467.

<sup>23</sup> Ağaoğulları, s.473.

<sup>24</sup> Ağaoğulları, s.485.

<sup>25</sup> Ağaoğulları, s.496.

<sup>26</sup> Ağaoğulları, s.518.

mutlu olabilmesi, kendi aklını kullanamaya cesaret edebilmesinin önündeki engel ise mevcut düzenin devamından yana olan iktidardır.<sup>27</sup>

Bu düşünürlerin katkılarıyla oluşturulan “Ansiklopedi” de dönem bakımından önem taşımaktadır. Bu eserle yazarlar kamuya düşüncelerini ve bilgilerini toplu olarak sunma imkânı bulmuşlardır.

Bu düşünce akımları ile şekillenen XVIII. yüzyılın sonunda Avrupa’da ortaya çıkan ise devrimdir. Aydınlanma düşüncesinin de etkisiyle ortaya çıkan Fransız devriminin ürünleri, ulus devlet düşüncesi ile anayasa ile düzenlenmiş bir devlet sistematiği fikridir. İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi ise kendinden sonra gelecek İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi bakımından bir model olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>28</sup>

Devrim ve sonrasında yaşananlar devlet ile tabiiyeti altında olanların ilişkisi bakımından belirleyici olmuştur. Devrim dünyaya kendisini, bildirmede yer alan ilkeler ile duyurmuş ve insanlara evrensel ve doğal haklar müjdelemiştir. Bu müjde bildirmede kendine yer bulan “insan” a aittir. Bu “insan” ise mülkiyet hakkı bulunan ve devrimin sahibi olan burjuva erkekten başkası değildir.<sup>29</sup> Devrim sonrasında Avrupa’da yaşanan savaşlar devleti tabiiyetinden daha fazla vergi, daha fazla asker ve daha fazla itaat talep etmeye itmiştir:

Yöneticiler, daha önce görülmemiş bir ölçekte kendi ulusal topraklarını ve barındırdığı kaynakları tanımlayıp çevrelemeye, sermaye, emek, mal ve para ile bunların hareketlerini denetlemeye, bunlara müdahale etmeye başladılar. Ulusal kimlikte kendi çıkarları bulunan sınıflarla iş birliği halinde yöneticiler, standart diller yaratarak, ulusal eğitim sistemleri oluşturarak, ortak bir kültürel miras yaratıp yaygınlaştırarak ulusal nüfuslarını homojenleştirmeye de çalıştılar.

Başka devletler ve uluslararası gruplanmalar da ortak kimlik temelinde devletlerin meşrulaşmasını pekiştirmeye girişince, önce bir mitos, ardından kısmi bir gerçek olarak ulus devleti ortaya çıktı. Aynı zamanda silahlı kuvvetlerin oluşturulması için verilen mücadele de, nüfusun belli başlı kesimleriyle pazarlığa oturulmasına, yurttaşlığın genişletilmesine ve önceden devleti pek ilgilendirmeyen pek çok faaliyetin, konunun, meselenin devlete bırakılmasına sebep oldu.<sup>30</sup>

Böylece XIX. yüzyıl, ulus devlet fikrinin monarşileri ve imparatorlukları kemirmeye başladığı dönem olmuştur. İlginç bir şekilde devrimin ortaya çıktığı Fransa, Napolyon’un yönetiminde 50 yıl içinde cumhuriyetten yeniden imparatorluğa ve sonra cumhuriyete savrulmuştur.

<sup>27</sup> Ağaoğulları, s.520.

<sup>28</sup> Costas Douzinas, İnsan Haklarının Sonu Yeni Binyılda Eleştirel Hukuk Kuramı, çev. Kasım Akbaş/Umre Deniz Tuna, Dipnot Yayınları, Ankara, 2018,s. 104.

<sup>29</sup> Douzinas, s.119.

<sup>30</sup> Tilly, s.76.

XIX. yüzyılda, ardı ardına yaşanan devrimlerle birlikte tarihin seyri hızlanır (1830 ve 1848 devrimleri); öte yandan bugünkü düşünce yapısını oluşturan unsurlar şekillenmeye başlar. Karmaşık, zengin ve çelişkilerle dolu olan XIX. yüzyıl karşıt imgeler ve düşünceler barındırır. XIX. yüzyılda birey düşüncesi güçlü bir biçimde kendini gösterir. Bu, büyük romantik eserlerle birlikte öne çıkan "Ben" yüyüylüdür.<sup>31</sup>

Beri yandan Avrupa nüfusunda üretim modelinin değişmesine bağlı olarak köklü değişimler olmaktadır:

Üretimin örgütlenmesindeki değişimin bir sonucu olarak Avrupa'da nüfus proleterleşmiştir. Proleterleşme, hane halkının ücretli emeğe giderek daha fazla bağımlı hale gelmesini ve/veya üretim araçları üzerindeki denetimini yitirmesini içerir. On dokuzuncu yüzyılın üstü başı kir içinde fabrika işçisi şeklindeki "proleter" imajına rağmen, neredeyse o yüzyılın ortalarına kadar Avrupa'da proleterleşme büyük ölçüde kırsal kesimde ve küçük kasabalarda gerçekleşmişti; toprak sahipleri, tüccarlar, köylüler ve zanaatkarlar arasında, topraksız tarım işçilerinin, yarım gün çalışan dokumacıların, saatlik, günlük, aylık, yıllık işe göre ya da parça başı ücret alan diğer işçilerin sayısı gittikçe artıyordu.<sup>32</sup>

Yaratılan ulus miti üzerine inşa edilen devletler belirledikleri sınırları içerisinde egemenlik iddia etmeye, tabiiyetinde olanlara vergi, askerlik gibi yükümlülükler buyurmaya muktedir olmuşlardır. Bu değişim devlet ile tabiiyet arasındaki mücadelenin biçimine de etki etmiştir. Devletin gelişimi ile paralel olarak incelenebilecek diğer bir gelişim de kapitalizmin gelişimidir. Bu gelişimde de temel çatışma emek-sermaye, sermaye-toprak sahibi ve sermaye ile pazara yeni girmeye çalışan diğer sermayedar arasında olmuştur." Bu değişim mücadele yöntemlerine de yansımış, yeni toplumsal ilişki modelleri yeni talepleri ve dolayısıyla yeni mücadele biçimlerini ortaya çıkarmıştır. "Mesela XVII.yüzyıldaki İngiliz işçileri, dilekçe verir, utanç törenleri düzenler, patronlara karşı bütün bir yerleşim ölçeğinde direnişler örgütler, parlamento adayları için parayla tezahürat yapar (ama tabii oy kullanamaz) ve taleplerini başka pek çok yoldan ifade ederlerdi. Ama şirket temelinde greve gitme, sendikalaşma, siyasal bir partiye başvurma gibi XIX.yüzyıldaki işçilerin taleplerini dile getirmede yararlanacağı imkanlardan yoksundular.<sup>33</sup>

Aydınlanma ve akılcılık düşüncesi bu yüzyılda yerini romantizme bırakır.<sup>34</sup> Yıkıcı aydınlanma akılcılığı karşısında romantikler "ben"i, bireyi keşfederler:

---

<sup>31</sup> Russ, s.271.

<sup>32</sup> Tilly, s.51.

<sup>33</sup> Tilly, s.65-66.

<sup>34</sup> Russ, s.276.

XVIII. yüzyılda İngiltere'de başlayan sanayileşme hareketi 1815'ten itibaren Fransa'dan Renanya'ya kadar Avrupa'nın kuzey batısına yayılır. Sanayi devrimi her ülkenin kendisine özgü ritmiyle zamanla Avrupa'nın bir bölümüne hâkim olur. Burada birey kendisini aşan bu dönüşüme bir tepki olarak ortaya çıkar. Bu bağlam içerisinde, romantik ben, bütün bir XIX. yüzyıl boyunca, birinci tekil şahıs üzerinden kendini ifade etmek ister. Öznellik ve bireysellik öne çıkmaya başlar.<sup>35</sup>

XIX. yüzyılın ilk yarısında doğa, tarih ve düşünce bir bütün olarak tasavvur edilir. *“1800'den 1850'ye kadar, felsefi, bilimsel ve politik alanda birçok yeni ve etkili düşünce ortaya çıkmıştır. Hümanizmin temsilcileri (Feuerbach) bütünsel tarihin (Hegel) ve bireyciliğin temsilcileriyle (Constant, Tocqueville) yan yana durur; bilimin yarattığı etkiyi de unutmamak gerekir (Comte).”*<sup>36</sup>

Bu yüzyıl bilimin ve aklın iktidarının sağlamlaştığı yüzyıl olmuştur. İlerlemeci düşünce insanın doğa bilimleri sayesinde doğaya tahakküm ettiği bir dünya vadetmektedir. *“Bilimsel akıl artık iktidarından fazlasıyla emindir; güçlü bir biçimde organize olmuş kurumlar arasında yayılır: Araştırmalar ileri düzeyde bilimsel eğitim çerçevesinde gerçekleşir ve yeni bilimsel metotlar geliştirilir.”*<sup>37</sup> Modernite XIX. yüzyıl ile hayatımıza çıkmamak üzere girer.

## II. İNSAN HAKLARI

### A- SÜREÇ

Yukarıda yer verdiğimiz kronoloji ve bunun düşünsel hayata iz düşümünü insan hakları serüveni perspektifinden şu şekilde özetlemek mümkündür. Kolomb'un keşifleri ile zenginleşen Avrupa burjuvazisi bir yandan üzerinde baskı kuran iktidar odaklarına karşı mücadele yürütürken bir yandan da düşünsel alanda aktif olmuştur. Bu mücadele ve üretimin bir görünümü devrimdir. İnsan hakları bu süreçte doğal halden doğal hukuka oradan da doğal hakka evrilen düşünceler çerçevesinde şekillenmiştir.

*“Klasik dönemin ve Ortaçağ döneminin klasik hukuku, kozmos'un ve onun içindeki insan topluluklarının doğru düzenini, yurttaşa yerini, zamanını ve onurunu bahşeden bir düzeni ifade ederken, modernite insanı özgürleştirir, yurttaştan bireye dönüştürür ve toplumsal ve politik örgütlenmenin ve faaliyetin merkezine yerleştirir.”*<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Russ, s.280.

<sup>36</sup> Russ, s.314.

<sup>37</sup> Russ, s.289.

<sup>38</sup> Douzinas, s.34.

Bu anlamda insan hakları Avrupa'nın yukarıda özetlenen dönemdeki mücadelelerinin ürünüdür denilebilir; ancak tam da bu sebepten evrensellik iddiası akamete uğramaktadır. Yukarıda da değindiğimiz üzere birçok eleştirmen tarafından Fransız Yurttaş ve İnsan Hakları Beyannamesi'nde yer bulabilen insanın, yani hakkın süjesinin, devrimin taşıyıcısı olan, mülkiyet hakkının korunmasını talep eden burjuva olduğu ileri sürülmüştür.<sup>39</sup> Avrupa'da 1850 ve sonrasında yaşananların bu eleştirileri haksız çıkartmadığını belirtmek gerekir.

Çalışmada ele aldığımız dönemdeki bu rasyonelleşme hukukun süjesi bakımından tanımlama ve kategorileştirmeyi de beraberinde getirmiştir. Bunun bir yansıması olarak Bildirge'yi ele alabiliriz. Diğer taraftan XVI. yüzyıldan itibaren çeşitli kurumlar tarafından toplum içerisindeki birey bakımından bir "normal" tanımı ve bu tanıma uydurma-sığdırma pratiği gelişmiştir.<sup>40</sup> Böylece iktidara karşı yürütülen mücadele içinde, iktidarın şekillendirdiği bir başka görüntü ortaya çıkmıştır. İktidar tabiiyetine sahip çıkmanın ötesinde onu biçimlendiren, aykırıları ve aykırılıklarını temizleyen bir bahçivana dönüşmüştür.<sup>41</sup>

Bahçivan imgesi ile tahayyül edilen devlet çeşitli bakış açıları ile kategorilere ayrılabilir. Üretim modeli, yönetim şekli, yönetimde toplumun ne şekilde ve ne kadar söz sahibi olduğu gibi kıstaslar kullanılabilir; ancak nihayetinde basholunan ulus devlet ve onun iktidar pratikleridir. Ulus devlet ise yeknesak bir toplum, yeknesak bir pazar, yeknesak bir ölçümleme ve tabii ki yeknesak bir hukuk düzenine ihtiyaç duyar ve bunlar çerçevesinde tecessüm eder.<sup>42</sup>

Ulus devletin inşasındaki yeknesaklık arayışı ulusların birbirleri ile olan ilişkilerinde de benzer bir inşa arayışını getirmiştir. Böylelikle hukukun evrensel ilkelerinden bahsedebilmek mümkün hale gelmiş, bu sayede "evrensel değerlerin" aktarımı ya da kabul görmüş söylem ile ifade etmek gerekirse "ortak değerlerin paylaşımı" mümkün olabilmektedir.

## B. İNSAN HAKLARININ EVRENSELLİĞİ

Kabul etmek gerekir ki insan nüfusunun oldukça kısıtlı bir kısmının doğrudan yaşadığı ve görece dar bir coğrafyada yaşananlar, günümüzde "evrensel" ilkeler olarak dünyada tartışılan, Birleşmiş Milletler'e üye devletlerin birçoğu tarafından kabul edilen insan hakları beyannamesinin temelini oluşturmuştur. 1789'un yukarıda kısaca

<sup>39</sup> Douzinas, s.117-19. Karşılaştırınız: Karl Marks / Friedrich Engels, Devlet ve Hukuk, çev. Rona Serozan, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2016, s.143-44.

<sup>40</sup> Michel Foucault, Klasik Çağda Deliliğin Tarihi Akıl ve Akıl Bozukluğu, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Yayınları, Ankara, 2017, s. 100.

<sup>41</sup> Zygmunt Bauman, Yasa Koyucular ile Yorumcular Modernite, Postmodernite ve Entellektüeller Üzerine, çev. Kemal Atakay, Metis Yayınları, İstanbul, 1996, s.66-7.

<sup>42</sup> Ali Murat Özdemir/Abdurrahman Saygılı/Gökçe Zabunoğlu etal. Genel Kamu Hukuku Kuramsal Yaklaşım, İmge Kitapevi, Ankara, 2019, s.65.

değınmeye çalıştığımız dönemin bir ürünü olduğu kabul edilmelidir. 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 1789 tarihli Bildiri'nin yakın takipçisi olduğu söylenebilir. Nihayetinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de BM Beyanamesine yapmış olduğu atıf nedeniyle 1789 tarihli Bildiri'den ayrı düşünülmemesi gerekir. O halde bugün insan haklarının uluslararası platformda dünyadaki en etkili koruma mekanizmasının temel dokümanı ve Birleşmiş Milletlere üye devletlerin büyük bir kısmı bakımından kabul edilen ilkeler, Avrupa kültürünün bir ürünü olarak karşımızdadır.

Bildiride insanın korunması, yüceltilmesi, bir hakka layık bulunması için ayrıca bir özellik aranmayacağı vurgulanmaktadır. İnsan, insan olduğu için bu haklara sahiptir. Peki ama neden? İnsan olmanın onuru kavramı cevaplanmaya çalışılan bu soru başka sorular da gündeme getirmektedir. Bildiride de *temel olarak bahsedilen bu onur kavramından ne anlaşılması gereklidir? Kısaca değindiğimiz üzere aydınlanmanın bir ürünü olarak ele alındığında insan haklarının temelinde yer olan insan onuru kavramı da bu temel de aydınlanma düşüncesiyle bağlantılıdır, insana biçilen eşsiz değeri tasvir eder.* <sup>43</sup>

Bildiri şekillenirken yaşanan doğu – batı çekişmesi bildirinin temel karakterini de belirlemiştir. Batının Bildirideki etkisi gözle görülür bir ağırlıktadır. Bunda elbette insan haklarının liberal bir geleneğin ürünü olması da etkindir. <sup>44</sup>

Günümüzde insan haklarının *mücadeleci ruhunu kaybetmesi* <sup>45</sup> ve giderek *kültürel emperyalizmin bir aracı* haline geldiği yönündeki eleştirinin <sup>46</sup> kaynağı bu temel çekişmede ve “haklara” yaklaşımdaki bu temel farklılaşmada bulunabilir. Özellikle soğuk savaş döneminin mirası olarak doğu-batı çekişmesi, insan hakları konusundaki tartışmalarda da kendisini göstermektedir. Batının bu hakların patentine sahip çıkması ve diğer toplumlara “benimsetme” çabaları, bizzat batı toplumlarındaki uygulama aksaklıklarını işaret eden tartışmaları getirmiştir. Eleştirilerde haklılık payı olduğunu yukarıda belirtmiştik. Gerçekten gerek coğrafi gerek kültürel olarak Dünya'nın tamamını temsilden uzak olan Avrupa'nın, Ortaçağ ile Yeniçağ döneminde ortaya koymuş olduğu eserler sadece fizik, matematik, kimya gibi bilim dallarında değil, sosyoloji, psikoloji, hukuk siyaset ve iktisat gibi alanlarda da temel niteliktedir.

Bu çerçevede aynı derecede geçerli olabilecek bir başka önerme, insan hakları, eşitlik, kötü muamele ve işkencenin kabul edilemez olduğu gibi evrensel olması gereken düşüncelerin yegâne üreticisi ve

<sup>43</sup> Gökçe Zabunoğlu, Kültürel Görecelilik ve İnsan Haklarının Evrenselliği, Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011 s.789-812

<sup>44</sup> Zabunoğlu, 2011, s.798

<sup>45</sup> Douzinas, s.21.

<sup>46</sup> Douzinas, s.12.

hâkim otoritesinin Avrupa ya da onun temsil ettiği medeniyet olamayacağıdır. Değerlerin diğer kültürlerle ihracı (ya da tıpkı 1492’de olduğu gibi zorla benimsetilmesi), çoğunlukla kültürel emperyalizm araçları ile birlikte yürütüldüğünden haklı bir reaksiyona da neden olmaktadır. Bu değerlerin Avrupa kültürüne içkin olması onların benimsenmesi için “Avrupalı” olunması gerektiği yolunda bir şaşırtmacaya neden olmaktadır.

Bu temel eleştiriye karşı öne sürülen bir yorumlama modeli kültürel görecelik kuramı olarak adlandırılmaktadır.

Kültürel görecelik, bir yorumlama aracı olarak düşünülmüş olmakla birlikte, bu eğilim sonucu, zamanla araç olmanın ötesinde, evrensellik vurgularına karşı bir kültürel karşı çıkış biçimine dönüşmüştür. Sömürgeci güçlerin kendilerini tek doğru ve ileri medeniyet olarak sunmaları karşısında düşünürler, bu yaklaşıma karşı çıkarak her toplumun kendi kültürel farklılıklarına vurgu yaparak, sömürgeci yaklaşımın diğer kültürleri yok etme tehlikesi doğuracağına işaret etmişlerdir.<sup>47</sup>

Konuyu insan hakları bağlamında değerlendirirsek, bu kavramların evrensel olduğu konusunda varılan konsensüsün, bu değerlerin etkin korunmasına sıra geldiğinde ortaya konmadığını kabul etmek gerekmektedir. Bu konudaki en güncel sınav olan mültecilerin Avrupa’daki durumu, bizzat bu değerlerin havariliğini yapan ülkelerin, aslında halen insan haklarını bütün insanlar için mutlak bir değer olarak kabul edemediğini, kimileri için göreceli olarak daha az insan hakkının mümkün olabileceği anlayışında olduklarını ortaya koymaktadır. Uluslararası bir sözleşme<sup>48</sup> ile hukuki statüleri belirlenmiş mülteciler ise, gittikleri ülkelerdeki hakkın süjesi statüsüne, yani insan statüsüne uzak bir muamele ile karşı karşıya kalmaktadır. Bunun temelinde yatanın yurttaş olan ile olmayan, yabancı ile yerel olan arasındaki gerginlik olduğunu söylemek mümkündür.<sup>49</sup>

### C. YURTTAŞ VE MÜLTECİ

Modernite özü itibariyle bir dönüşüm ve değişim sürecidir. Bu sürece kayıtsız kalmak mümkün olmadığı gibi, süreç dışında kalmaya çalışmak da “modern dünyadan” soyutlanmak anlamına gelmektedir. Modern dünyanın ihtiyaç duyduğu doğal kaynaklara sahip bir coğrafyada yaşayanların ise (insan gücü, madenler ya da verimli topraklar) tercih hakkı yoktur. Bu değişimin objesi ya da süjesi olarak bir rol oynamak zorundadırlar.

<sup>47</sup> Zabunoğlu, 2011, s.800

<sup>48</sup> 1948 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme.

<sup>49</sup> Douzinas, s.162

Moderniteye eşlik eden değişim, çeşitli disiplinlerde ve sahalarda gözlemlenmiştir. Sanat, hukuk, siyaset ve ekonomi bu değişimin net biçimde takip edilebildiği alanlardır. Ekonomik gelişme ve çeşitlenme ile giderek kurumsallaşan siyasal iktidar bakımından modernitenin ürettiği model ise ulus devlet olmuştur.

Bu üretim-değişim süreci egemen ile teba arasındaki ilişkiler bakımından da dönüştürücü bir etki yaratmıştır. Bu süreçte egemen, egemenlik alanı olarak benimsediği toprakları daha önce görülmemiş şekilde sınırlamaya başlamış, bu toprak üzerindeki insan topluluğunu da egemenliğin doğrudan süjesi haline getirmiştir. Böylece siyasal iktidarlar “ulusal topraklarını ve barındırdığı kaynakları tanımlayıp çevrelemeye, sermaye, emek, mal ve para ile bunların hareketlerini denetlemeye, bunlara müdahale etmeye başladılar. Ulusal kimlikte kendi çıkarları bulunan sınıflarla iş birliği halinde yöneticiler, standart diller yaratarak, ulusal eğitim sistemleri oluşturarak, ortak bir kültürel miras yaratıp yaygınlaştırarak ulusal nüfuslarını homojenleştirmeye de <sup>50</sup>çalışmışlardır. Ulus devletlerin diğer devletler karşısında üstünlükleri sayesinde bu süreç giderek yayılmış ve böylece ulus devlet mitosuna ete kemiğe bürünmüştür.

Devletin toprağına ve vatandağına “sahip çıkması” onlar üzerinde sonsuz bir değiştirme gayretini de beraberinde getirmiş; şehirlerin planlanıp düzenlenmesine nüfusun planlanması ve düzenlemesi eşlik etmiştir. Kimin çocuk sahibi olacağına karar vermektan, istikbalin güvencesi için nasıl bir neslin yetiştirileceğine karar vermeğe kadar bir dizi düzenleyici – dönüştürücü araç ile devlet giderek daha seçici hale gelmiştir. <sup>51</sup> Bu *seleksiyon* çabası ise biyoloji kitaplarının arasından sıyrılıp facia yaratma potansiyelini hep elinde tutmuştur. Nihayetinde toplum hafızasına kazınan prototip yurttaş, “normal” tip olarak edilmiş bu formatın dışında kalan “yabancı” ise derhal tehlikeli olarak damgalanmıştır. Bauman’ın da saptadığı gibi “yabancılar tam da “yaban” - dolayısıyla, günlük olarak etkileşimde olduğumuz ve ne beklediğimizi bildiğimize inandığımız insanlardan farklı olarak-yani korkutucu şekilde öngörülemez oldukları için kaygıya neden olmaya eğilimlidir; çünkü hepimiz biliriz ki kitlesel yabancı akını değer verdiğimiz şeyleri yok edebilir ve bu, avutucu şekilde aşına olduğumuz yaşam şeklini sakatlamak ya da yok etmek anlamına gelebilir.” <sup>52</sup>

Ulus devletlerin doğuşu için XVI. yüzyıl milat olarak kabul edilmektedir.<sup>53</sup> Ulus devletlerin iyiden iyiye büyüüp serpilmesinin çalışma konumuz bakımından önem taşıyan bir sonucu olmuştur: Yurttaşlık kavramı ve buna yüklenen anlam. Antik Yunan’da rastlanan

<sup>50</sup> Tilly, s.76.

<sup>51</sup> Bauman, 1996, s.66.

<sup>52</sup> Zygmunt Bauman, *Kapımızdaki Yabancılar*, çev. Emre Barca, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2018, s.14

<sup>53</sup> Hamdi Gökçe Zabunoğlu, *Modern Devletin Kıyısındaki Ayrıksılar Mülteciler*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2018, s.9



bu kavram ulus devlet mitosu içinde evrilmiş, öteki üzerinden tanımlanarak uluslaşma hareketinin pivotu haline gelmiştir. Kavramsal olarak yurttaş Antik Yunan'da kent devleti birliğini ifade etmektedir. Aristoteles'in ifade ettiği şekliyle, bir araya gelen yurttaşlar kent devletini oluştururlar.<sup>54</sup> Bu yurttaş tanımı tüm bireyleri kapsayıcı değildir. Kavram dışında kalanların kent devletinin yönetiminde hak sahibi olması söz konusu olmadığı gibi diğer hak kategorilerinde de kısıtlı bir varlıkları söz konusudur.

Roma, Yunan şehir devletlerinden farklı olarak yurttaşlığı hukuksal bir statü olarak tanımlamış, başlarda bunu belirli bir kesime hasretmiş, İmparatorluk döneminde de sınırlarında yaşayan herkese "bahşetmiştir".

Orta Çağ'da Roma'nın gerilemesi ve yerini feodaliteye bırakması yurttaşlığa atfedilen önemi de silikleştirmiştir. Dini temelde bir ortak payda bulunması ve Avrupa'da güçlü bir merkezi devletin olmayışı, doğuda ise yurttaşlık kavramına ilginin bulunmayışı kavramı kamusal alandan uzaklaştırmıştır. Bu dönemde yöneten – yönetilen ilişkisinin sadakat ve himaye kavramları üzerinden şekillendiği görülmektedir. XVI. yüzyılda özellikle sömürgecilik hareketleri ile birlikte gelişen burjuvazi ile feodalite arasındaki mücadele kent-kentli-yurttaş kavramını bir kez daha öne çıkartmıştır.<sup>55</sup>

Feodalitenin zayıflaması karşısında güçlenen monarşiler klasik anlamda yurttaşlık kavramını silerken teba ile ilişkisini modern anlamda yurttaş üzerinden kurmaya başlamıştır. Monarkların başucu kitabını yazan Machievelli ve onun bir arada yaşama kurgusunun takipçileri yurttaşlık kavramını ve devletle ilişkilerini ele alırken haklar ve karşılıklı ödevler ortaya koymuşlardır.

Bu hakların süjesi olarak belirlenen "insan" ve "yurttaş"ın kim olduğu çalışmamız bakımından önem taşımaktadır. Yukarıda yer verdiğimiz insan hakları beyannamelerinin bir birleri ile olan takip ilişkisini akılda tutarsak, günümüzde evrensel olduğu iddia edilen değerlerin kökeni olması bakımından<sup>56</sup> Fransız Beyannamesinde kurgulanan yurttaşlık modeli bugün yaşanan mülteci-yurttaş geriliminin de habercisidir.

Beyannameye adını da veren yurttaşlık, devrimde önemli bir kavram olarak karşımızdadır. Beyanname, insanların doğal hakları olduğunu ilan ederek başlar. Ancak ilerleyen maddelerinde bu doğal haklar devletin yasaları ile belirlenen sınırlara alınır ve önce pozitif haklara daha sonra da yurttaş haklarına dönüşür. Birey insan değil, yurttaş kimliğiyle bir değere sahip olur. *Zaten bu yüzden özellikle siyasal haklardan yoksul bırakıldıkları için tam anlamıyla yurttaş sayılmayan kadınlar,*

<sup>54</sup> Zabunoğlu, 2018, s.22.

<sup>55</sup> Ağaoğulları, s.291.

<sup>56</sup> Douzinas, s.104.

*bu bildirim kendilerine hitap etmediğini düşüneceklerdir.*<sup>57</sup> Beyannamedeki insan kavramı da kapsayıcı değil dışlayıcıdır. Herkes bu insan kavramı içerisine düşmez.<sup>58</sup> Meclisteki tartışmalar ve bizzat Beyanname'nin diliyle teyit edilen bu nokta, yurttaşın da fonksiyonunu ortaya koyar. Yurttaşlık, ulus-egemenlik arasındaki bağ sayesinde ayrıcalıklar sona ermektedir; ancak her yurttaş her hak alanında tam olarak var olamaz. Aktif-pasif yurttaşlık, pozitif hakların her yurttaşın tanınırken, siyasal haklar bakımından bir ayırım aranması tartışmaları yurttaşın yabancıyı dışlama fonksiyonunu da göstermektedir.<sup>59</sup>

Böylece modern öncesi dönemde yabancı yahut Roma'daki değişim ile "barbar" kavramının yerine yurttaş olmayan oturtulmuştur.<sup>60</sup> Yurttaş sadece siyasal haklara sahip olan değildir. Bu statü aynı zamanda ulusal aidiyetin de timsali haline gelmiştir. Bu anlamda hak ve söz sahibi olmayan, yurttaş statüsü dışında kalan yabancılar bir hak iddia edemez konumdadırlar. Mülteciler bu statüde yer almaktadır.

Bu dışarda kalmak durumu salt kavramsal olarak ele alınmaz. Modern devletleri öncekilerden keskin biçimde ayıran somut bir unsur yabancıyı ya da mülteciyi dışarda tutar: Sınır. Sınırlar modern öncesi toplumlarda bugün algıladığımız anlamda ve işlevde değilken, günümüzde egemenliğin başlayıp bittiği yeri sembolize etmektedir. Böylece sınırın içindekiler ile sınırdan geçmek için bekleyenler arasında ayırım yapmak da mümkün olmaktadır. Modern dünyada toprak bir uzamdır ve devletler tarafından egemenlik altına alınmıştır. Dolayısıyla, toprağa malik olan devlet, aslında üzerinde yaşayanların da maliki demektir.<sup>61</sup>

Gerek savaşlar gerekse kıt kaynaklar nedeniyle tarih boyunca insanların yerleştikleri yerleri terk ettikleri yahut terke zorlandıkları olmuştur. Ancak modern çağda bu olaylar kitlesel boyutlara ulaşmış, devletler karşılaştıkları bu yabancı akımının getireceği olumsuzluklardan endişe duymuşlardır. Bu akıma ilk refleks, sınırlarda bu kişilerin tutulması veya başka bir yere yönlendirilmesine yönelik olsa da, nihayetinde soruna kalıcı bir çözüm getirilmesinin zorunlu olduğu anlaşılmıştır.

Mültecilerin durumuna ilişkin ilk uluslararası girişim Milletler Cemiyeti döneminde olmuştur. Rusya'daki büyük göçmen hareketi nedeniyle oluşturulan komiserlik tarafından oluşturulan raporlar bu anlamdaki ilk belgeler olarak kabul edilebilir. Ancak II. Dünya Savaşı ve Cemiyetin dağılması bu konudaki çalışmaları ötelemişdir.

<sup>57</sup> Ağaogulları, s.612-13.

<sup>58</sup> Karl Marks / Friedrich Engels, s.143.

<sup>59</sup> Zabunoğlu, 2018, s.44.

<sup>60</sup> Douzinas, s.162

<sup>61</sup> Abdurrahman Saygılı, İnsan Haklarının Kıyısındaki Özneler: Mülteciler, İmaj Yayınları, Ankara, 2018, s.5.

### III. MÜLTECİLERİN ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI

#### A- MÜLTECİLERİN HUKUKİ DURUMUNA DAİR SÖZLEŞME

Baştan belirtmek gerekir ki “mülteci” kavramı bir durumu - statüyü ifade etmek için kullanılabilir. Bir kişinin mülteci “statüsünün” tanınması talebi ve muhatapı olan devletin bu talebi kabulü ile hukuki sonuçlardan bahsolunabilir.<sup>62</sup>

Yukarıda da belirttiğimiz üzere I. Dünya Savaşının hemen öncesindeki dönemde kitlesel boyuta ulaşan mültecilik durumu hem mültecilerin kendisi hem de buldukları yerdeki mülteci olmayanlar için sorun teşkil etmeye başlamıştır. Avrupa’da gerek I. Dünya Savaşı döneminde gerekse bunu takip eden dönemde yabancıların hukuki durumlarının düzenleyen yasalara rastlamak mümkündür.<sup>63</sup> II. Dünya Savaşı sonrasında ise durum daha kritik bir hal almış, devletlerarası bir anlaşma ile bu insanların hukuki durumunun düzenlenmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu çerçevede Birleşmiş Milletler tarafından başlatılan çalışmalar neticesinde Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1950 tarih ve 429 (V) sayılı Kararıyla toplanan Konferansta kabul edilmiş, 28 Temmuz 1951 tarihinde Cenevre’de imzalanmıştır. Sözleşme mülteciyi “1 Ocak 1951 tarihinden önce meydana gelen olaylar sonucunda..., zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için... vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan her şahıs” şeklinde tanımlanmaktadır.

*“Sözleşmenin kabulü sırasında devletlerin yükümluluklerini o anda mevcut olan ya da o ana kadar gerçekleşmiş olan olaylardan kaynaklanıp da sonuçları daha ileride ortaya çıkabilecek mülteci sorunlarıyla sınırlamak istemeleri üzerine, 1 Ocak 1951 tarihi sınır olarak kabul edilmiştir. Zamanla yeni mültecilik durumlarının ortaya çıkması üzerine, 1951 tarihli Sözleşme hükümlerinin bu yeni mültecilere de uygulanması gerekmiş, Mültecilerin Statüsüne ilişkin Protokol bu nedenle hazırlanmıştır. Protokol, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca incelendikten sonra 31 Ocak 1967 tarihinde Devletlerin imzasına açılmış ve 4 Ekim 1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1967 Protokolü’ne katılan Devletler, 1 Ocak 1951 sınır tarihine ve 1951 tarihli Sözleşme’de yer alan coğrafi sınırlamaya bakmaksızın, durumları 1951 tarihli Sözleşmedeki tanıma uyan mültecilere Sözleşmenin temel hükümlerini uygulamayı taahhüt etmişlerdir.”<sup>64</sup>*

Bu noktaya kadar belirtilenlerden mültecinin kim olduğunun ve hangi hukuki korumaya müstahak olduğunun kolayca saptanabileceği

<sup>62</sup> Saygılı, 2018, s.17-18.

<sup>63</sup> 1915 Fransa, 1922 Belçika, 1926 İtalya, 1933 Avusturya, 1935 Almanya. Bkz. Eda Bozbeyoğlu, “Mülteciler ve İnsan Hakları”, S.2, 2015, Moment Dergi, ss.62.

<sup>64</sup> BM Mülteciler Yüksek Komiserliği, Mültecilerin Statüsüne İlişkin 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak Ölçütler ve Usuller Hakkında El Kitabı, 2013, s.6.

düşünülse de uygulamada durum böyle olmamıştır. Devletlerin mültecileri kabulde ve ihtiyaçlarını gidermede gösterdiği isteksizlik Birleşmiş Milletler’i bu konuda çalışmalar yapmaya zorlamıştır. Mültecilerin tabi olduğu rejimi netleştirmek için başvurulacak önemli bir kaynak olan Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak Ölçütler ve Usuller Hakkında Elkitabı’nda bir kimse 1951 tarihli Sözleşme anlamında mülteci tanımında uyduğu andan itibaren mülteci sayılır denilmektedir. Şu halde geçerli bir korku sebebiyle ülkesini terk ederek bir başka ülkeye sığınmak zorunda kalan kişilerin mülteci olarak sözleşmenin kapsamında ve korumasında olduğunu kabul etmek gerekir.

## B- ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI

Çalışmamızın bu noktasında *herkes* için geçerli olan özgürlük ve güvenlik hakkı tanımı üzerinde kısaca durmaya çalışacağız.

Özgürlük herhangi bir kısıtlamaya ve zorlamaya tabi olmadan, düşünme, davranma kendi düşüncesine dayanarak karar verme durumudur.<sup>65</sup> Özgürlüğe temel olan serbestliğin sınırına ilişkin ana ilke ise 1789 tarihinde verilmiştir: “Başkasına zarar vermeden ve kanunlar dairesinde her şey yapılabilir.” Bu tanımı geçerli kabul edersek şunu da kabul etmek gerekir ki özgürlük ancak toplum içinde anlam ifade etmektedir.

Bu anlamda özgürlük, yakalama ve tutuklama gibi özgürlüğün sınırlandırıldığı durumların bulunmadığını belirtirken, güvenlik hakkı ise, özgürlüğü sınırlandıran bu durumların uygulanması konusunda keyfiliğin engellenmesine dair bir güvencedir.<sup>66</sup> Özgürlüğün temel bir hak olduğu konusunda bir duraksama olmamalıdır. <sup>67</sup> Güvenliğin mutlak olduğu, özgürlüğe karşı yapılacak tüm keyfi müdahalelere karşı kişilerin korunması hususunu ifade ettiği AIHM tarafından da karara bağlanmıştır.<sup>68</sup>

Görülebileceği üzere temel bir hak olarak özgürlük ve bunun güvencesi olarak güvenlik hakkı yurttaşlara değil herkese tanınmış bir haktır. Bu temel hakkın yurttaşlık statüsü dolayısıyla askıya alınabilmesi devletlerin egemenlik hakkının doğal bir görünümü olarak kabul edilmektedir. Ancak AIHS’nin beşinci maddesi herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğunu belirttikten hemen sonra büyük bir parantez açmakta ve mültecileri bu parantezin içine hapsetmektedir.

<sup>65</sup> Ahmet Mumcu/Elif Küzeci, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri Kavramlar ve Ulusal Gelişimleri Bugünkü Durumları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, 11.

<sup>66</sup> Betül Kalyoncu, Türk Pozitif Hukuku’nda ve Avrupa İnsan Hakları Hukuku’nda Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.13.

<sup>67</sup> Mumcu/Küzeci, 18.

<sup>68</sup> Tanju Sarıgül, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s.33.

AIHM'nin özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin vermiş olduğu kararlar, bu hakkın kapsamını belirleyen en önemli kaynaklardan birini oluşturmaktadır. <sup>69</sup> AIHM hukuka uygun tutma kavramının tanımını yaparken iç hukuktaki usulü temel almakta, öngörülen usule uygun davranılmasını önemli bir kriter olarak belirlemektedir. <sup>70</sup> Bu bakımdan AIHM'nin vermiş olduğu bir karara burada yer vermenin önemli olduğunu düşünüyoruz. Bu karar 5.maddenin f bendinin nasıl algılandığı konusunda ilk içtihat olması ve AIHM'nin mülteciler konusundaki “aydınlatıcı” rolü bakımından önemlidir.

### C- SAADI / BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI <sup>71</sup>

Saadi/Birleşik Krallık davasında verilen karar, AIHM'nin AIHS'nin 5.maddesinde mülteciler bakımından yer verilen istisna hükmünü nasıl yorumladığını göstermesi bakımından önemlidir. Davaya konu olayda başvuru Iraklı bir Kürt'tür. Irak'tan kaçan başvuru 30 Aralık 2000 tarihinde Londra'nın Heathrow havalimanına varmıştır. Başvuru hemen sığınma talebinde bulunmuş ve kendisine “geçici kabul” verilmiştir. Başvurucuya kendisi hakkında yapılacak işlemi beklemek üzere yakınlardaki bir otele gitmesi için, ertesi gün tekrar gelmesi şartı ile izin verilmiştir. Başvuru ertesi gün gelerek yetkililer ile görüşmüş, Oakington mülteci merkezinde boş yer olmadığı için ertesi gün bir daha gelmesi söylenmiştir. Başvuru bu şekilde 4 gün boyunca gidip geldikten sonra 2 Ocak 2001 tarihinde, göç bürosuna geldiğinde “yakalanıp” Oakington mülteci merkezine gönderilmiştir.

Bu merkez Mahkeme'nin saptamaları uyarınca “kaçma ihtimali zayıf olan dolayısıyla durumu “seri inceleme usulüyle” incelenmeye müsait mülteciler”in yollandığı bir kamptır. Bu merkezde başvurucuya tutulma nedenini ve haklarını belirtmesi gereken bir form verilmiş ancak formda başvurunun seri inceleme amacıyla tutulduğu yazılmamıştır. 5 Ocak 2001 tarihinde, göç bürosundan bir memur telefonla başvurunun temsilcisine müvekkilinin Oakington'daki merkezde tutulma kriterlerine uyan bir Irak vatandaşı olmasından dolayı orada tutulduğunu ifade etmiştir. “8 Ocak 2001 tarihinde, başvurunun sığınma talebi reddedilmiş ve başvurunun Birleşik Krallık topraklarına girişi resmen yasaklanmıştır.” <sup>72</sup> Ancak ertesi gün başvuru

<sup>69</sup> Kalyoncu, s.49.

<sup>70</sup> Kalyoncu, s.51.

<sup>71</sup> AIHM Büyük Daire Kararı Başvuru No: 13229/03, 29 Haziran 2008, Saadi/Birleşik Krallık. <https://hudoc.echr.coe.int/> Erişim Tarihi 04.06.2022. Karar bu konuda AIHM tarafından verilmiş yegane karar değildir ancak AIHM'nin konuyu ele almasını net biçimde yansıttığı için çalışmada ele alınmıştır. AIHM'nin içtihadında bu karar ekseninin ötesine geçen bir değişiklik bulunmadığından diğer benzer kararlarda da aynı motifi görmek mümkündür.

<sup>72</sup> AIHM Büyük Daire Kararı Başvuru No: 13229/03, 29 Haziran 2008, Saadi/Birleşik Krallık. P.13

serbest bırakılmış, ülke topraklarına girişine izin vermeyen karara karşı yaptığı itiraz haklı bulunmuş ve daha sonra da sığınma talebi kabul edilmiştir. Başvurucu Oakington merkezinde alıkonulması kararının adli denetimden geçirilmesi talebinde bulunmuştur. Sonuçta Lordlar Kamarası başvurusunun Oakington prosedürü çerçevesinde alıkonulmasının orantılı ve makul bir tedbir olduğuna karar vermiş ve dolayısıyla başvurusunun reddetmiştir. AİHM, 11 Temmuz 2006 tarihli kararıyla, AİHS'nin 5.maddesinin birinci fıkrasının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

AİHM kararını verirken Oakington merkezinde uygulanan tutulma rejiminin, o dönemde Birleşik Krallık'a her sene yapılan yaklaşık 84.000 sığınma talebinden bu merkezin payına düşen 13.000 talebin hızlı bir şekilde incelenmesini sağlamayı amaçladığını kabul etmiştir. Mahkemeye göre bu sayısal zorunluluk başvurucuya yapılan işlemi makul hale getirmektedir (80.paragraf). Buna göre Mahkeme sistemin kusursuz işlemesi için, günde 150 mülakat yapılması gerektiğine işaret etmiş, gecikmeler nedeniyle bütün sistemin işleyişinin zarar görmesi riski olduğunu belirtmiştir (76.paragraf). Mahkemeye göre başvuru, dosyası seri inceleme usulüne uygun olduğu için özgürlüğünden mahrum bırakılmıştır. Dolayısıyla, başvurusunu tutuklayan makamlar iyi niyetle hareket etmişlerdir. Alıkonmanın yer ve şartlarına oldukça *elverişli* olduğundan bu hususta bir sorun saptanmamıştır (78.paragraf). Son olarak, Mahkemeye göre "sığınma talebinin ilk derecede reddedilmesinden sonraki gün salıverilmeden önce, başvurusunun özgürlüğünden mahrum kaldığı yedi günlük süre sığınma talebinin hızlı bir şekilde incelenmesi için gerekli makul süreyi aşmış sayılmaz." (79.paragraf).

Kararın karşı oyunda da belirtildiği üzere Mahkeme kararını verirken başvurusunun özel durumuna hiç yer vermemiştir. Olayı salt sığınmacı-mülteci kavramsal çerçevesinde incelemiştir. Ne var ki bunu yaparken de esaslı biçimde düzenlemenin amacının uzağına düşmüştür. Kararda Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme ile Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme hükümlerine yer verilmekte, bu kapsamda yer alan kişilerin mülteci statüsünde olduğu kabul edilmektedir (paragraf 32). Ancak hemen sonra Devletlerin tartışılmaz egemenlik hakkından bahsedilerek, mülteci olacak kişilerin saptanması aşamasında özgürlüklerinden mahrum edilmesinin hukuka uygun olduğu belirtilmektedir (paragraf 64). Ayrıca kararda binlerce başvurusunun sağlıklı biçimde karara bağlanması için kişilerin özgürlüklerinden mahrum bırakılmasının onların iyiliği için olduğu savı ileri sürülmektedir (paragraf 76).

Yukarıda yer verdiğimiz üzere bir kimse 1951 tarihli Sözleşme anlamında mülteci tanımında uyduğu andan itibaren mülteci sayılmaktadır. AİHM hukuka uygun tutma kavramının tanımını yaparken iç hukuktaki usulü temel aldığı, öngörülen usule uygun

davranması önemli bir kriter olarak belirlediği gözetilirse <sup>73</sup> söz konusu Sözleşmeye taraf olan ülkenin başvurusunun mülteci olup olmadığını karara bağlaması gibi bir ön şartta ihtiyaç bulunmamaktadır. Yine AİHS'nin beşinci maddesinin lafzını da doğru biçimde ele almak gerekmektedir.<sup>74</sup> Beşinci madde herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğunu herhangi bir yoruma ihtiyaç duymayacak şekilde açıkça düzenlemiştir. AİHM'nin kararının dayanak noktası olan (f) bendi ise bu hakkın hangi hallerde kısıtlanabileceğini düzenlemektedir. Buna göre bir kişinin yasalara aykırı biçimde ülkeye girişini engellemek için alıkonması özgürlük hakkının istisnasını teşkil etmektedir. Oysa olayda başvuru ülkeye uçak ile gelmiş, pasaport kontrolünde de sığınma talebini açıkça beyan etmiştir. O halde bu kişinin ülkeye yasaya aykırı biçimde girmeye teşebbüs dahi etmediğini kabul etmek gerekir.

Bu noktada en fazla durumundan şüphe duyulan kimsenin kaçma ihtimalini bertaraf edilmesi için önleyici tedbirlere başvurulmasının AİHS'nin beşinci maddesi birinci fıkrası kapsamında yorumlanabileceği kabul edilse dahi, olayda başvurusunun kaçma şüphesi de yoktur. Kişi dört gün üst üste otelden kendi isteği gelmiş ve yetkililere kendini göstermiştir. Bu durumda AİHM, şikâyet edilen ülkenin binlerce başvuru karşısındaki durumundan kendiliğinden bir önşart çıkartmakta, henüz mülteciliğine karar verilmemiş kişiler statüsü icat etmekte ve böylece bir statüsüz alan ihdas etmektedir. Bu kişiler herhangi bir statüye dolayısıyla hukuki korumaya ve hakka sahip olmadığı için de her

---

<sup>73</sup> Kalyoncu, s.51.

<sup>74</sup> Madde 5 Özgürlük ve güvenlik hakkı

1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

- a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;
- b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;
- c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;
- d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması;
- e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması;
- f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

türlü muamaleye tabi tutulabilir hale gelmektedir. Karar uyarınca kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılması için “kişinin usulüne aykırı biçimde ülke topraklarına girmekten alıkonulması” şartı aranmak zorunda değildir.<sup>75</sup> Ancak Mahkemenin içi rahattır; çünkü başvuru “konforlu” bir kampta sadece yedi gün tutulmuştur. Bu şekilde sözleşmenin “az” ihlali Mahkemeye göre ihlal sayılmaz.

Görülebileceği üzere AIHM yapılan başvuruların çokluğunun yaratmış olduğu sayısal “zorunluluk” ile başvuru kişinin özgürlüğü arasında bir karşılaştırma yapmış, devletin egemenlik hakkı karşısında kişilerin güvenliğinin ikinci planda değerlendirilebileceğini hükme bağlamıştır.

## SONUÇ

1492-1850 Avrupa’sı birden çok inceleme sahasında ciltlerce kitaba konu olabilecek gelişmelerin yaşandığı dönem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu dönemde ortaya konulan eserler düşünsel anlamda tartışmalara konu olmakta ve böylece güncelliğini korumaktadır.

Avrupa’da bu dönemde yaşananların dünyaya etkisi sadece düşünsel değildir. Bu dönem yeni devlet şekilleri ve hükümet modelleri de doğurmuştur. Ayrıca keşifler sonrasında sömürgecilik hareketinin sonucunda kıtaların demografik yapısı değişmiş, dünyadaki zenginlik kaynağı madenler bu madenlere hiç sahip olmayanların kontrolüne geçmiştir.

Avrupa bu dönemdeki değişimden sonra dünyaya bir evrensel değerler ihracına da başlamıştır. Hukuk, ekonomi ve siyaset alanındaki bu değerlerin tüm insanlık için en iyisi olduğu yolundaki düşüncenin sonunda, bu dayatmacı tavır değil, değerlerin kendisi sorgulanır haldedir.

Bir silsile halinde Fransız İhtilali’nden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan bu evrensellik iddiası Avrupalı devletlerin diğer devletler ile olan ilişkilerindeki gerilime bir açıklama olarak ileri sürülebilir. Ancak 1492-1850 döneminin çıktısı olarak kabul edilebilecek bu evrensel değerlerin sahibi ve koruyucusu Avrupa’nın yaşamış olduğu mülteci krizine vermiş olduğu cevap için nasıl bir açıklama yapılacağı merak konusudur. Tüm dünyadaki insan hakları ihlalleri için komisyonlar kurarak raporlar düzenlemekten geri kalmayan Avrupa’nın sınırları içindeki bu somut örneğe kimi zaman kayıtsızlığı kimi zaman ise histeri boyutunda reaksiyonu ayrı bir araştırma konusudur.

*“Hegel’e göre tarihsel her bir yapı olgunluğa eriştiği anda yok olmaya mahkumdur. Ulus-devletin ulaştığı zaferde de madalyonun ironik diğer yüzünü görmek için, Hegel’in tarih felsefesini özümsemek gerekmez. Ekolojik ve askeri*

<sup>75</sup> Alice Edwards, Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and ‘Alternatives to Detention’ of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants, s.29



*risklerdeki küreselleşme artık bizleri, bir ulus-devlet çerçevesi içerisinde ya da daha önce alışlagelmiş yollarla egemen devletlerin birleşerek çözemeyeceği sorunlarla karşı karşıya bırakmaktadır.”*<sup>76</sup>

Çalışmada yer verdiğimiz AIHM kararı salt hukuksal bir el çabukluğunun gösterilmesi bakımından önemli değildir. İnsan haklarının ulusüstü düzeyde korunmasına en iyi örneklerden birisi olarak gösterilen AIHM başvurusunun mülteci olarak kabul edilmesini, kaçma girişimi ya da şüphesinin olmamasını ve şikâyet edilen ülke tarafından keyfi biçimde (ancak iyi niyetle) göz altına alınmasını dikkate değer biçimde hukuki bulmakta, bu kişinin mülteci kampında tutulmasında bir beis görmemektedir. Bu refleksin altında yüzyıllardır kurulması hayal edilen pax europanın mülteci akınları ile sarsılmasından duyulan endişe yatıyor olabilir mi? Avrupa Roma İmparatorluğu'nu yok eden kavimler göçünün bir benzerini yaşadığını, Roma'nın düşüşü sonrasındaki karanlık dönemleri hatırladığı için kendi icat ettiği insan hakları ideallerine kendisi ihanet ediyor olabilir mi?

Bu soruların yanıtından bağımsız olarak şunu ileri sürmek mümkün olabilir; günümüzde kanıksadığımız, hatta devletler tarafından lütuf olarak sunulan mülteci kampları, öteki konumunda olan kişilerin sınırdan geçmesine izin verilse de bir başka şekilde sınırlar içinde tutulmasına yarayan modern zamanın icatlarıdır.<sup>77</sup> Bu sınır içindeki sınır ile kamp hem kontrol hem de egemenlik aracı olmaktadır.<sup>78</sup> Buraya alınan kişi, AIHM kararında da izlenebildiği üzere hakkın öznesi olmaktan çıkarak nesne haline getirilmektedir. Bu temsili vazifesini layıkıyla ancak “insanca” yerine getiren kampların varlığı ise AIHM yargıçlarının bazıları bakımından rahatlatıcı bir unsur teşkil etmektedir.

Unutulmamalıdır ki hali hazırdaki mültecilerin büyük çoğunluğu güvenlik nedeniyle ülkelerini terk etmek zorunda kalanlardır. Yakın gelecekte ekolojik felaketler nedeniyle kimi yerleşim yerlerinde barınma imkânı kalmayacağı öngörülmektedir. Çok uzak olmayan bir gelecekte bu felaketler nedeniyle şu andaki mültecilerin birkaç katı büyüklüğünde bir kitle harekete geçtiğinde ne yapılacaktır?

Hannah Arendt 1943 yılında yayımladığı “Biz Mülteciler”<sup>79</sup> isimli yazısında Hitler Almanyası'ndan kaçan Yahudilerin sığındıkları ülkelerde Yahudiliklerinden vazgeçme ya da gizleme çabalarını anlatırken bir noktaya değinir. Mülteciler herhangi bir yasanın ya da konvansiyonun konusu olmaktan çıkıp salt insan oldukları anda hukuk

<sup>76</sup> Jürgen Habermas, “Öteki” Olmak, “Öteki”yle Yaşamak, çev. İlkur Aka, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2004, s.14-15.

<sup>77</sup> Giorgio Agamben, Kutsal İnsan, çev. İsmail Tükrmen, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2017, s.199.

<sup>78</sup> Zabunoğlu, 2018, s.55.

<sup>79</sup> Hannah Arendt, “We Refugees”, The Menorah Journal, 1943; Altogether Elsewhere: Writers on Exile, Marc Robinson, Boston: Faber and Faber, 1996, s. 110-119.

dışı haline gelmektedirler. Zira sadece insan olmak artık bir hakkın süjesi olmak için yeterli değildir.

Sorunun bu kısmına devletlerin bir arada çözüm bulmasının, en azından çağımızda mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. Elbette en kalıcı çözüm insanları ilticaya iten nedenlerin ortadan kaldırılmasıdır. Savaşların, kıtlığın ve gelir dağılımındaki adaletsizliğin olmadığı bir dünyada kitlesel göç hareketlerinin olmayacağını varsayabiliriz. Ancak bu “varsayımsal” dünya hayalini bir kenara bırakırsak, insan haklarının özümsemesine çaba sarf etmenin şu anda bizi çözüme götürebilecek en emin yol olduğunu düşünölmektedir.

Sonuç olarak 1492-1850 Avrupa’sını sanat, bilim ve hukuk alanında dünyaya yadsınmaz ve vazgeçilemez katkıların sunulduğu dönem olarak kabul etmek gerekir. Bugün yaşanan ikilem ve bocalamanın ise yine Avrupa düşüncesinin temelindeki korkudan kaynaklanabileceğini, yüz yıllardır hedeflenen Avrupa barışı idealine yaklaşılmışken bu idealin sarsılmasına bir tepki olabileceği ileri sürülebilir.

Avrupa idealine inanan ve bu ideale savaşız ulaşmayı hedefleyen Avrupalı için gerek yabancıların “istilası”, gerek bu idealden uzaklaşan devletlerin isteksizliği, gerekse idealin temellerinde yer alan yukarıda belirtmeye çalıştığımız çelişkiler bu idealin yeniden ele alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu yeniden değerlendirmeye temel teşkil edecek, düşünsel alanda 1492-1850 Avrupa’sının ortaya koyduğu çeşitlilik ve zenginlikte bir üretimin günümüzden geleceğe doğru olanaklı olup olmadığını ise bizler ve sonraki nesiller yaşayarak deneyimleyecektir.

## KAYNAKÇA

Giorgia A, Kutsal İnsan Egemen İktidar ve Çıplak Hayat, Çev. İsmail Türkmen, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017.

Ağaoğulları M.A, Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler, İletişim Yayınları, İstanbul 2016.

Akal C B, Modern Düşüncenin Doğuşu İspanyol Altın Çağı, Dost Kitapevi Yayınları, Ankara, 1997.

Arendt H, "We Refugees", The Menorah Journal, 1943; Altogether Elsewhere: Writers on Exile, Marc Robinson, Boston: Faber and Faber, 1996, s. 110-119.

<https://www.jus.uio.no/smr/om/aktuelt/arrangementer/2015/arendt-we-refugees.pdf>.

Bauman Z, Kapımızdaki Yabancılar, Çev. Emre Barca, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2018.

Bauman Z, Yasa Koyucular ile Yorumcular Modernite, Postmodernite ve Entellektüeller Üzerine, Çev. Kemal Atakay, Metis Yayınları, İstanbul, 1996.

BM Mülteciler Yüksek Komiserliği, Mültecilerin Statüsüne İlişkin 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak Ölçütler ve Usuller Hakkında El Kitabı, 2013. <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55fa66404>.

Bozbeyoğlu E, Mülteciler ve İnsan Hakları, Moment Dergi, 2015 Cilt 2 Sayı 1 60-80

<https://doi.org/10.17572/mj2015.1.6080>

Deleuze G, Spinoza Üzerine 11 Ders, Çev. Ulus Baker, Öteki Yayınları, Ankara, 2000.

Diamond J, Tüfek, Mikrop ve Çelik İnsan Topluluklarının Yazgıları, Çev. Ülke İnce, Pegasus Yayınları, İstanbul, 2018.

Douzinas C. İnsan Haklarının Sonu Yeni Binyılda Eleştirel Hukuk Kuramı, Çev. Kasım Akbaş/Umre Deniz Tuna, Dipnot Yayınları, Ankara, 2018.

Douzinas C, The End of Human Rights Critical Legal Thought At The Turn of The Century, Hart Publishing, Oregon, 2000.

Edwards A, Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants. <https://www.unhcr.org/4dc949c49.pdf>

Foucault M, Klasik Çağda Deliliğin Tarihi Akıl ve Akıl Bozukluğu, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2017.

Habermas J, "Öteki" Olmak, "Öteki"yle Yaşamak, çev. İlknur Aka, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2004.

Kalyoncu B, Türk Pozitif Hukuku'nda ve Avrupa İnsan Hakları Hukuku'nda Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Machiavelli, Prens, Çev. Nazım Güvenç, Anahtar Kitaplar Yayın Evi, İstanbul, 1994.

Marks K / Engels F, Devlet ve Hukuk, Çev. Rona Serozan, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2016.

Mumcu A / Küzeci E, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri Kavramlar ve Ulusal Gelişimleri Bugünkü Durumları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

Özdemir A M/Saygılı A./Zabunoğlu H G, etal. Genel Kamu Hukuku Kuramsal Yaklaşım, İmge Kitapevi, Ankara, 2019.

Russ J, Avrupa Düşüncesinin Serüveni Antik Çağlardan Günümüze Batı Düşüncesi, Çev. Özcan Doğan, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2011.

Saygılı A, İnsan Haklarının Kıyısındaki Özneler: Mülteciler, İmaj Yayınları, Ankara, 2018.

Saygılı A, Kutsal Canavar Devlet, İmaj Yayınları, Ankara, 2019.

Sarıgül T, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.

Tilly C, Avrupa'da Devrimler 1492-1992, Çev. Özden Arıkan, Afa Yayıncılık, İstanbul, 1995.

Zabunoğlu H G, Modern Devletin Kıyısındaki Ayrıksılar Mülteciler, İmaj Yayınevi, Ankara, 2018.

Zabunoğlu H G, Kültürel Görecelilik ve İnsan Haklarının Evrenselliği, Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011.

Saadi/Birleşik Krallık AİHM Büyük Daire Kararı Başvuru No: 13229/03, 29 Haziran 2008.

<https://hudoc.echr.coe.int/> Erişim Tarihi 04.06.2022.