

İNSAN HAKLARI Yıllığı

Cilt 42, Sayı 2 - 2024

Deniz KIZILSÜMER ÖZER

İletişimin KitleSEL Gözetiminde Usuli Güvencelerin
Sağlanması: AIHM'nin İki Kararı Çerçevesinde
Değerlendirme

Burcu TAŞKIN

The Historical And Contemporary Context of The
"Forced Transfer of The Ethnic Groups" From Human
Rights Perspective: The Balkan Case

Ayşe Dicle ERGİN
Yiğit KADER

Uluslararası Koruma ve Geçici Koruma Rejiminde
Geçicilik Unsuru: "Geçici" Olan Nedir ?

Bahar KONUK SOMMER

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin 25 No'lu
Genel Yorumu Çerçevesinde Dijital Ortamda Çocuk
Haklarının Korunmasında Mahremiyet, Güvenlik ve
Bilgiye Erişim Dengesi

Gözdenur ÖZDEMİR
Dilara Buket DİDİN

Kürtaja Liberteryen Bir Bakış: Block Vs. Wisniewski

Hasibe AYSAN

Kurumsal Kuram Perspektifinden İnsan Hakları ve
Örgütsel Meşruiyet: Toplumsal Sorumlulukların
Sürdürülebilir İş Modellerine Etkisi

Yeter AVŞAR

Seeking Human Rights in The Services of Local
Governments: Human Rights City



ANKARA
HACI BAYRAM VELİ
ÜNİVERSİTESİ

İNSAN HAKLARI Yıllığı

Cilt 42, Sayı 2 - 2024

 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. Üyesi Murat ERDOĞAN
Dr. Öğr. 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

Aralık, 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 Emrah 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 42, Sayı 2 - 2024

Deniz KIZILSÜMER ÖZER	01 - 44	İletişimin Kitlesele Gözetiminde Usuli Güvencelerin Sağlanması: AİHM'nin İki Kararı Çerçevesinde Değerlendirme <i>Araştırma Makalesi</i>
Burcu TAŞKIN	45 - 78	İnsan Hakları Açısından Etnik Grupların Zorunlu Göçlerinin Tarihsel ve Güncel Bağlamda Analizi: Balkanlar Örneği <i>Araştırma Makalesi</i>
Ayşe Dicle ERGİN Yiğit KADER	79 - 122	Uluslararası Koruma ve Geçici Koruma Rejiminde Geçicilik Unsuru: "Geçici" Olan Nedir ? <i>Araştırma Makalesi</i>
Bahar KONUK SOMMER	123 - 154	Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin 25 No'lu Genel Yorumu Çerçevesinde Dijital Ortamda Çocuk Haklarının Korunmasında Mahremiyet, Güvenlik ve Bilgiye Erişim Dengesi <i>Araştırma Makalesi</i>
Gözdenur ÖZDEMİR Dilara Buket DİDİN	155 - 194	Kürtaja Liberteryen Bir Bakış: Block Vs. Wisniewski <i>Araştırma Makalesi</i>
Hasibe AYSAN	195 - 224	Kurumsal Kuram Perspektifinden İnsan Hakları ve Örgütsel Meşruiyet: Toplumsal Sorumlulukların Sürdürülebilir İş Modellerine Etkisi <i>Derleme Makale</i>
Yeter AVŞAR	225 - 259	Yerel Yönetimlerin Hizmetlerinde İnsan Hakları Aramak: İnsan Hakları Kenti <i>Derleme Makale</i>

İNSAN HAKLARI

Yıllığı

Cilt 42, Sayı 2 - 2024

Deniz KIZILSÜMER ÖZER	01 - 44	Procedural Safeguards Regarding The Bulk Mass Surveillance: An Assessment Of Two ECHR Judgments <i>Research Article</i>
Burcu TAŞKIN	45 - 78	The Historical And Contemporary Context of The "Forced Transfer of The Ethnic Groups" From Human Rights Perspective: The Balkan Case <i>Research Article</i>
Ayşe Dicle ERGİN Yiğit KADER	79 - 122	Temporariness in International Protection and Temporary Protection Regime: What is "temporary"? <i>Research Article</i>
Bahar KONUK SOMMER	123 - 154	Balancing Privacy, Security and Access to Information in the Protection of Children's Rights in the Digital Environment within the Framework of General Comment No. 25 of the United Nations Committee on the Rights of the Child <i>Research Article</i>
Gözdenur ÖZDEMİR Dilara Buket DİDİN	155 - 194	A Libertarian Perspective on Abortion: Block vs. Wisniewski <i>Research Article</i>
Hasibe AYSAN	195 - 224	Human Rights and Organizational Legitimacy From The Perspective Of Institutional Theory: The Impact Of Social Responsibilities On Sustainable Business Models <i>Review Article</i>
Yeter AVŞAR	225 - 259	Seeking Human Rights in The Services of Local Governments: Human Rights City <i>Review Article</i>

İnsan Hakları Yıllığı,
Yıllık Yayınları

Tel/Phone : +90 312 231 73 60

URL: www.yayin.hacibayram.edu.tr

İLETİŞİMİN KİTLESEL GÖZETİMİNDE USULİ GÜVENCELERİN SAĞLANMASI: AİHM’NİN İKİ KARARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRME*

Araştırma Makalesi

*Deniz KIZILSÜMER ÖZER***

ÖZET

25 Mayıs 2021 tarihinde, AİHM Büyük Dairesi, *In Centrum för Rättvisa v. İsveç ve Big Brother Watch ve Diğerleri v. İngiltere* davasında, Birleşik Krallık ve İsveç hükümetlerinin, kitle iletişiminin gözetimi (KİG) hakkındaki ulusal mevzuatlarının gizliliğin korunması için yeterli usul güvenceleri içermemesi nedeniyle AİHS Madde 8'i ihlal ettiğine hükmetti. Mahkemenin bu kararlardaki yaklaşımı özellikler gösterdiği için çeşitli yönlerden incelenmelidir. Öncelikle, Mahkeme, KİG'nin özelliğini göz önünde bulundurarak, mağduriyeti kanıtlamanın neredeyse imkansız olması nedeniyle mağduriyet gerekliliğini ortadan kaldırarak, davalının iç başvuru yollarını tüketmesini aramadan davayı soyut olarak karara bağladı. İkinci olarak, Mahkeme, KİG ile ilgili mevzuatın “kanunun kalitesi” koşulunu karşılayıp karşılamadığını değerlendirdi. Mahkeme, hedefli gözetim konusundaki önceki davalarında bazı usulî güvenceleri

* Bu makale Yaşar Üniversitesi tarafından gerçekleştirilen 140 Nolu “Türk Kamu Yönetiminde idari Makamların İdari Faaliyetlerinde Yapay Zekayla İlgili Uyması Gereken İlkelere Dair Çerçeve Metin Oluşturulması” başlıklı BAP projesi tarafından desteklenmiştir.

** **Prof. Dr.**, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk ABD,
ORCID ID: 0000-0001-7512-7928, **e-posta:** deniz.ozer@yasar.edu.tr,
DOI: 10.69958/ihy.1573602

Makalenin Geliş Tarihi: 25.10.2024

Makalenin Kabul Tarihi: 11.11.2024

belirlemiş olsa da, bu kararlarında özel hayatın gizliliğinin korunması için KİG ile ilgili mevzuatın içermesi gereken minimum güvenceleri belirledi. Mahkeme, “toplul gözetim rejiminin per se Sözleşmeyi ihlal etmediğine” karar verdi; ancak Mahkemeye göre KİG ile ilgili mevzuat özel hayatın korunmasını sağlamak üzere “baştan sona güvenceler” sağlamalıdır. Özetle, gizli gözetimi düzenleyen kanunların Mahkemenin önüne gelmesi halinde yapılan denetim sırasında müdahalenin hukuka uygunluğu “kanuna uygunluk” ve “gereklilik” koşullarının birlikte değerlendirilmesi suretiyle yapılmaktadır. Burada, “kanunun kalitesi” koşulu, ilgili kanunların hem “erişilebilir ve öngörülebilir” olmasını hem de gizli gözetim önlemlerinin yalnızca “demokratik bir toplumda gerekli” olduğunda uygulanmasını, özellikle kanunlarda özel hayatın korunmasını sağlamak üzere yeterli ve etkili güvencelerin ve garantilerin bulunmasını ifade eder. Son olarak, Mahkemenin bu davalarda benimsediği “kanunun kalitesi” ve “usulî güvenceler” yaklaşımının gelecekte önüne gelecek benzeri türdeki toplul gözetim ve yapay zeka ile ilgili davalar için ne ölçüde geçerli olacağını zaman gösterecektir.

Anahtar Kelimeler: Kitle iletişiminin gözetimi, YZ ile ilgili davalar, AİHS m.8 özel hayatın korunması hakkı, usulî güvenceler, hukukun kalitesi.

PROCEDURAL SAFEGUARDS REGARDING THE BULK MASS SURVEILLANCE: AN ASSESSMENT OF TWO ECHR JUDGMENTS

ABSTRACT

On 25 May 2021, ECHR Grand Chamber ruled in the In Centrum för Rättvisa v. Sweden and Big Brother Watch and Others v. UK that the UK and Swedish governments violated the EConHR Article 8 as their national legislations on bulk mass surveillance (BMS) did not contain adequate procedural safeguards for the protection of privacy. The Court’s approach in these judgments should be examined from various aspects. First, the Court decided the case in abstractio and decide that the case is admissible even before the exhaustion of domestic remedies. The Court has eased the victim status by eliminating the requirement of the individual harm but relying on potential victim. Second, the Court assessed if the relevant legislation on BMS satisfies the “quality of law” requirement. Although in its previous cases the Court decided on the procedural safeguards in targeted surveillance regimes, this time decided on the requirements of

minimum procedural safeguards in their laws on BMS. The ECHR ruled that “operating a bulk interception regime did not per se violate the Convention”, however, the Respondent States’ legislation on BMS must provide “end-to-end safeguards” for the protection of privacy. The Court asserted that the legality of the BMS will be assessed by evaluating the requirements of “in accordance with law” and “necessity” together. The “quality of law” requires not only the relevant laws to be “accessible and foreseeable”, but also the BMS can be permitted only if they are “necessary in a democratic society”, and adequate and effective safeguards and guarantees are provided against violation of privacy.

Keywords: Bulk Mass Surveillance, AI Related cases, ECHR art. 8 right to privacy, procedural safeguards, quality of law.

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire(si) 25 Mayıs 2021 tarihinde verdiği iletişimin kitlesel gözetimine ilişkin *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık* [BD]¹ ve *In Centrum för Rättvisa v. İsveç* [BD]² kararlarında İsveç’in ve Birleşik Krallık’ın iletişimin kitlesel gözetimine ilişkin mevzuatlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. ve 10. maddelerine uygunluğunu denetlemiştir.

İletişimin kitlesel gözetimi sorunu, 2013 Edward Snowden’in ABD Ulusal Güvenlik Ajansının³ (NSA) iletişime küresel müdahalesini ifşa etmesi ile uluslararası kamuoyunun gündemine geldi. Değerlendirilecek kararlar, iletişime kitlesel müdahaleye, bu müdahale sonucunda elde edilecek verilerin korunmasına, elde edilen verilerin istihbarat paylaşımına ilişkin ulusal düzenlemelerde, başta kanunlarda bulunması gereken minimum usulî güvenceleri hükme bağlamaları bakımından önemlidirler. İletişime kitlesel müdahale, ulusal güvenliğin korunması ve ağır suçların önlenmesi, terörizmle mücadele, siber saldırıların önlenmesi, casusluk faaliyetlerinin, seçimlere müdahalenin önlenmesi, uyuşturucu kaçakçığı ya da çocuk pornosu ile mücadele ve benzeri amaçlarla yapılmaktadır.

¹ *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*, BN. 58170/13, 62322/14 and 24960/15 (ECtHR May 25, 2021).

² *Centrum för Rättvisa v. Sweden*, BN. 35252/08 (ECtHR May 25, 2021).

Kararlar uyarınca, iletişime kitlesele müdahale *per se* AİHS'ye aykırı değildir; taraf devletlerin kitle iletişiminin gözetimine ilişkin konularda takdir marjları geniştir. Mahkeme, belli kişilerin izlendiği hedefli kitle müdahalelerine ilişkin önceki kararlarında ilgili mevzuatın Sözleşmeye uygunluğunu incelemiş konuya ilişkin bazı usulî güvenceler öngörmüşse de söz konusu güvenceler bu makalenin inceleme konusu olan kitle iletişiminin gözetimi bakımından yeterli değildir. Bunun sebebi, iletişimin kitlesele gözetimi ile yalnızca belli/bazı belirteçlerin kullanılması yoluyla geniş çapta, milyonlarca kişinin verilerinin toplanmasıdır. Her iki durumda da iletişime müdahale söz konusu olsa da kitle iletişiminin izlenmesi sonuçları itibarıyla hedefli kitle müdahalelerine nazaran kitlesele temel hak ihlallerine sebep olabilir.

Mahkemeye göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde özel hayatın gizliliğinin korunması bakımından kitle iletişiminin gözetimine ilişkin mevzuatın ilk aşamadan son aşamaya kadar bazı usulî güvenceler içermesi gereklidir. Bu çerçevede, kitle iletişiminin gözetimine ilişkin kararın, izinlerin alınması, bunların uygulanması ve sona erdirilmesi aşamalarında usule ilişkin güvenceler sağlanmalı ve söz konusu işlem ve eylemler yargısal denetime açık olmalıdır. Keza, ulusal mevzuatta kitle iletişimine müdahale sürecinde kanunlarda her aşamada alınacak önlemlerin orantılılık ve gereklilik bakımından denetlenmesi öngörülmelidir. Bu çerçevede, kanunlarda iletişime kitlesele müdahale kararının yürütmeden bağımsız bir organ tarafından alınmasına; her bir operasyonun amacının ve kapsamının tanımlanmasına; her bir operasyon sona erdiğinde yürütmeden bağımsız bir organ tarafından denetlenmesine ilişkin güvenceler bulunmalıdır. Keza kanunlarda, gözetim yapan ülkelerin uygun bir zaman sonrasında çalınmasını önlemek için elde edilen verileri yok etmesine ilişkin hükümler de bulunmalıdır.

Bu davaların en büyük katkısı; Büyük Dairenin kitle iletişiminin gözetimine ilişkin Mahkeme içtihadında bir boşluk olduğunu tespit etmesi, bunun ardından özellikle kitle iletişimine müdahaleyi düzenleyen ulusal mevzuatın içermesi gereken güvenceleri belirlemesidir.

Her iki karar büyük ölçüde paralel hükümler içermektedir. *Big Brother Watch v. Birleşik Krallık* ve *In Centrum för Ratvisa v. İsveç* kararlarını inceleyeceğimiz bu çalışma kapsamında öncelikle, genel olarak bu davaların özelliklerinden söz edilecek; sonrasında her bir dava bakımından başvuru ve başvuruların iddiaları; Büyük Dairenin her

iki dava bakımından hüküm altına aldığı ortak konular; Büyük Dairenin ayrı ayrı davalar için verdiği hükümler ele alınacak son olarak yargıçların ve doktrinin kararlara yönelik eleştirileri üzerinde durulacaktır.

I. İletişime Kitlesele Müdahaleye ve Değerlendireceğimiz Davalara İlişkin Ön Açıklamalar

İncelenecek kararlarda öncelikle iletişime kitlesele müdahalenin hangi aşamalardan geçilerek yapılabileceği açıklanmıştır. Teknolojinin gelişmesi sebebiyle günümüzde iletişime devasa boyutlarda müdahaleler söz konusu olmakta neredeyse otomatik olarak kitle iletişimine ulaşılabilir. Söz konusu müdahalenin nasıl gerçekleştiğinin bilinmesi, ilgili hakların anlamlı bir şekilde korunması bakımından çok önemlidir. Kitle gözetimi/izlenmesi⁴, iletişime toplu müdahale Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde düzenlenen özel hayatın korunması hakkının kapsamındadır. Kitlesele gözetim her ülkede ya da her zaman aynı şekilde gerçekleşirse de aşama aşama gerçekleşen bir süreç

⁴ “Kitlesele gözetim” (mass surveillance), iletişimin kitlesele gözetimi (mass surveillance of correspondence) çeşitli kurum ve örgütler bünyesinde farklı şekillerde anılmaktadır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kitle dijital gözetimi (mass digital surveillance), çevrimiçi gözetim (online surveillance), toplu müdahale (bulk interception), Venedik Komisyonu 2015 tarihli Güvenlik Hizmetleri ve Sinyal İstihbarat Ajansları Demokratik Denetim Raporunda (the Venice Commission in its Report on Democratic Oversight of Security Services and the Report on Democratic Oversight of Signal Intelligence Agencies) stratejik genel gözetim (exploratory or generalized surveillance), AIHM kararlarında (*Klass ve Diğerleri v. Almanya*, 6 Eylül 1978, Series A no. 28; ve *Weber and Saravia v. Almanya*, BN.54934/00, 29 Haziran 2006) ise ya da genel gözetim, iletişime toplu müdahale i kitle iletişimine müdahale (bulk interception of communications), stratejik izleme (strategic monitoring) ifadeleri kullanılmıştır. Bkz.: Domazet, Sinisa; Dinic Slavica: “International Legal Aspects of Mass Surveillance and Implications of Privacy”, *Kultura Polisa*, C. 19, S. 1, 2022, s. 87; bu çalışmada ise “gözetim” (surveillance), iletişimin kitlesele gözetimi, kitle iletişiminin gözetimi, kitlesele gözetim (bulk surveillance) ifadesi tercih edilmiştir: Türkçe terminoloji tercihleri için bkz.: Güzey, Emre: “AIHM Kararları Çerçevesinde Kitlelerin İstihbarat Maksatlı Gözetimi”, *SAVSAD Savunma ve Savaş Araştırmaları Dergisi*, C. 30, S. 2, 2020, s. 197-208; Molu, Benan: “İHAM Büyük Dairesi’nin Brother Watch v. Birleşik Krallık kararlarının özet çevirisi: Kitlesele dinleme ve iletişim hizmeti sağlayıcılarından iletişim verilerinin alınması rejimi, özel hayatı ve ifade özgürlüğünü ihlal eder.”, *Anayasa Gündemi*, 2021. (<https://anayasagundemi.com/2021/06/25/iham-buyuk-dairesinin-big-brother-watch-ve-digerleri-v-birlesik-krallik-kararinin-ozet-cevirisi-kitlesele-dinleme-ve-iletisim-hizmeti-saglayicilarindan-iletisim-verilerinin-alinmasi/>) Erişim Tarihi: 25/06/2021; Yokuş Sevik, Handan: “Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 67, 2006, s. 41-56.

olduğu için her bir aşamada 8. maddenin ihlal edilip edilmediği değerlendirilmelidir. Mahkemeye göre, kitlesele gözetim kabaca aşağıdaki aşamalardan geçerek gerçekleşmektedir.

İlk aşama, elektronik haberleşmeye istihbarat örgütleri tarafından ilk müdahale, başka bir deyişle haberleşmenin ve haberleşme verilerinin ele geçirilmesidir; çok sayıda kişinin iletişimine müdahale edilen ilk aşamada bazı verilerin filtre edilmesi mümkündür.

İkinci aşama, elde edilen haberleşme ve haberleşme verilerine bazı spesifik belirteçlerin uygulanmasıdır. Bu aşamada, yapılacak araştırmalar için e-mail adresleri gibi güçlü ve/veya karmaşık sorgular içeren belirteçler kullanılabilir; hatta hedeflenen kişilere ulaşmak için algoritmalar kullanılmaya başlanabilir;

Üçüncü aşamada, müdahale sonucu elde edilen veriler analistler tarafından değerlendirilir;

Son aşamada ise elde edilen verinin saklanması, “son ürünün” kullanılması ve bunların üçüncü taraflarla paylaşılması söz konusudur.⁵

Büyük Daire, iletişime kitlesele müdahalenin ve kitlesele gözetimin istihbarat teşkilatları bakımından suçların ve tehditlerin önlenmesi için çok önemli olduğunu bu sebeple, devletlerin bu konudaki takdir marjlarının geniş olduğunu belirtmiştir.

A. Kabul Edilebilirlik Şartlarına İlişkin Özellikler

AİHM'ye yapılan bireysel başvuruların kabul edilebilirliği için diğer kabul edilebilirlik şartları yanında başvuru sahibinin 34. maddede belirtilen başvuru kategorilerinden (gerçek kişiler, birey; hükümet dışı kuruluşlar, NGO; kişi grupları) birine dahil olması ve başvuruçunun Sözleşmenin ihlalinden kaynaklanan bir mağduriyetinin olması gerekir. Mahkeme, kural olarak, kanunların ya da idari uygulamaların soyut olarak (*in abstracto*) Sözleşmeye aykırılık iddialarını kabul etmemekte; *a priori* iddiaları reddetmekte yalnızca mevcut zararlara ilişkin başvuruları kabul etmektedir. Kural olarak, başvuruçular kendileri bakımından herhangi bir

⁵ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 325; *In Centrum för Rättvisa v. İsveç*, p. 239.

kişisel etki yaratmayan kanunlara ya da idari uygulamalara karşı *in abstracto* iddiada bulunamazlar.

Ayrıca Mahkeme, başvuruçunun kendi çıkarlarını değil de başkalarının veya bir bütün olarak toplumun çıkarlarını korumak için açtığı davaları (*actio popularis*) da kabul etmemektedir. Başvuruçuların kural olarak, şikayetine konu olan önlemlerden “doğrudan doğruya etkilenmiş olduklarını” kanıtlamaları gereklidir.⁶ Oysa, söz konusu davada başvuruçuların amacı kendilerinin yanında “başkalarının menfaatlerinin veya toplumun haklarının korunmasıdır.”⁷ Mahkeme büyük ölçüde önüne gelen davalarda, somut olayda yasama, yürütme, yargı organlarının ve idarenin Sözleşmeyi ihlal edip etmediğine ve bunun neticesinde bir mağduriyetin doğup doğmadığına ilişkin kararlar vermektedir. Ele aldığımız davalarda ise bu durumun bir istisnası söz konusudur; bunun sebebi bu tür davalarda başvuruçuların kitle iletişimlerine müdahale edildiğini ve müdahale neticesinde bireysel olarak mağdur olduklarını bilmelerinin dolayısıyla mağduriyetlerini ve zararlarını kanıtlamalarının neredeyse mümkün olmamasıdır. Bütün bu sebeplerle potansiyel mağdurların başvuruları kabul edilmiş ve başvuruçuların iç başvuru yollarını tüketmeleri koşulu aranmamıştır.⁸

Davalarda gizli gözetimle ilgili mevzuatın ve mevzuattan kaynaklanabilecek ancak henüz gerçekleşip gerçekleşmediği bilinmeyen bir uygulamanın yerine yalnızca soyut olarak hukuki rejimin, mevzuatın, kanunların Sözleşmeye uygunluğu değerlendirilmiştir. Bu tür soyut değerlendirmelerde, mevzuattan kaynaklanan yetkinin henüz kullanılıp kullanılmadığına, bir mağduriyetin doğup doğmadığına bakılmaksızın ya da uygulamanın Sözleşmeye aykırı olup olmadığı değerlendirilmeksizin yalnızca mevcut mevzuatın uygulanması halinde ortaya çıkabilecek

⁶ Sloot, Bart van der/Kosta, Eleni: “Big Brother Watch and Others v UK: Lessons from the Latest Strasbourg Ruling on Bulk Surveillance” *European Data Protection Law Review*, C. 5, S. 2, 2019, s. 252-261.

⁷ AİHM önündeki *in abstracto* iddialar ayrıntılı açıklamalar için bkz.: Kosta, Eleni: “Algorithmic state surveillance: Challenging the Notion of Agency in Human Rights”, *Regulation & Governance*, C. 16, S. 1, 2020, s. 216.

⁸ Sloot, Bart van der: “Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom & Centrum for Rattvisa v. Sweden: Does the Grand Chamber Set Back the Clock in Mass Surveillance Cases?”, *European Data Protection Law Review*, C. 7, S. 2, 2021, s. 321.

ihaller değerlendirilmektedir.⁹ Bu çerçevede, Sözleşmeye aykırılığın sebep olduğu bir mağduriyetin henüz oluşup oluşmadığı bilinmeden, mevzuat ya da uygulamadan doğan bireysel mağduriyet kanıtlanmadan hatta bir mağduriyet iddiasında bulunulmadan, yalnızca iletişime müdahaleyi düzenleyen mevzuatın gerekli güvenceleri içerip içermediğinin denetlenmesi söz konusudur.

Benzeri bir soyut değerlendirme, 2015 tarihli *Zakharov v. Rusya* davasında söz konusu olmuştur. Mahkeme, *Zakharov v. Rusya* ve önceki bazı davalarda¹⁰ hedefli kitle dinlemelerinin Sözleşmeye uygun olarak yapılabilmesi için ilgili mevzuatın içermesi gereken bazı güvencelere ilişkin kararlar vermiştir. Bu davaların en önemli katkısı, Büyük Dairenin hedefli kitle iletişimine müdahaleye ilişkin içtihadında bir boşluk olduğunu tespit etmesi ve hedefli kitle iletişimine müdahaleyi düzenleyen mevzuatın içermesi gereken usulî güvenceleri belirleyerek bu boşluğu doldurma yoluna gitmesidir.¹¹

Ele alacağımız davalarda ise hedefli kitle iletişimine müdahaleden farklı olarak yalnızca bazı belirteçlerin kullanılması (sondajlama) yolu ile yapılan iletişimin kitlesele gözetimi Sözleşmenin 8. ve 10. maddelerine uygunluk bakımından değerlendirilmektedir. Mahkeme, bu davalarda da söz konusu mevzuatın yeterli denge ve denetim güvenceleri içerip içermediğini değerlendirirken devletin kitlesele gözetim yetkisini henüz kullanıp kullanmadığına bakmaksızın soyut bir değerlendirme yapmıştır. Başka bir deyişle, Büyük Daire, başvuruçuların bireysel zararı olup olmadığına ya da yetkinin gerçekte yürütme organı tarafından kanuna uygun olarak kullanılıp kullanılmadığına ilişkin bir değerlendirme

⁹ Mevzuatın soyut olarak Sözleşmeye aykırılığının ele alındığı benzeri bir dava ise *Dudgeon v. Birleşik Krallık*, BN. 7525/76, ve *Roman Zakharov v. Rusya* [BD], 2015, p. 173-78 davalarıdır. Bkz: Practical Guide on Admissibility Criteria, updated on 31 August 2023, Council of Europe, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/admissibility_guide_eng; Gerards, Janneke: General Principles of European Court of Human Rights, Cambridge University Press, 2019.

¹⁰ *Roman Zakharov v. Rusya*, BN. 47143/06; *Kennedy v. Birleşik Krallık*, BN. 26839/05, 18 Mayıs 2010, p. 155; *Klass and Others v. Almanya*, BN. 5029/71, 6 Eylül 1978, A 28.

¹¹ Sloot, Bart van der: "The Quality of Law: How the European Court of Human Rights Gradually Became a European Constitutional Court for Privacy Cases", Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law: JIPITEC, C. 11, S. 2, 2020, s. 163-164.

yapmadan yalnızca ilgili kanunların soyut olarak belli usulî güvenceleri içerip içermediğine yoğunlaşmıştır.¹²

B. Başvurucular ve İddiaları

1. In Centrum för Rattvisa v. İsveç

Centrum för Rattvisa, insan haklarına ilişkin davalarla ilgilenen, kâr amacı gütmeyen bir sivil toplum örgütüdür; çeşitli faaliyetleri gereği ülke içinde ve dışındaki kişilerle, benzeri örgütlerle, şirketlerle e-mail, telefon ve faks üzerinden haberleşmekte ve özel hayatın gizliliği bakımından hassas konularda bilgi paylaşımları söz konusu olmaktadır.

Centrum för Ratvisa, İsveç'te özellikle “sinyal istihbaratı” olarak adlandırılan iletişime toplu müdahalelerin gerçekleştirildiği iddiasında bulunmaktadır. "Sinyal istihbaratı", elektronik sinyallerden elde edilen istihbaratın yakalanması (ele geçirilmesi), işlenmesi, analiz edilmesi ve raporlanması anlamına gelmektedir. Sinyal istihbaratında veri trafiği çoğunlukla kablolar üzerinden gerçekleşmektedir. Bu şekilde elde edilen istihbarat, iletişimin içeriğine ve bunlarla ilgili iletişim verilerine (konum, gönderen, alıcı vb.) ilişkin olabilir.

Centrum för Rättvisa, İsveç'te etkin bir başvuru yolu olmadığı gerekçesi ile iddiaları için iç hukuk yollarına başvurmamıştır. İsveç kanunları uyarınca, dış istihbarat, dış politikayı, savunma ve güvenlik politikasını desteklemek ve ülkeye yönelik dış tehditleri tespit etmek amacıyla yürütülmektedir. İsveç'te dış istihbarat elektronik sinyallerin toplanması ile yapılmaktadır ve “Sinyal İstihbarat Kanunu¹³” ile düzenlenmektedir; bu kanun ile, Savunma Bakanlığı'na bağlı bir kamu kurumu olarak Ulusal Savunma Radyo Dairesi¹⁴ (FRA) kurulmuş ve sinyal istihbaratı yürütme yetkisi bu kuruma verilmiştir.¹⁵ Kanun uyarınca, FRA kitlesel müdahaleleri gerçekleştirmeden önce tamamıyla gizlilik içinde görev yapan Dış İstihbarat Mahkemesinden¹⁶ izin almalıdır.

¹² Sloot: The Quality of Law:... s. 164-165.

¹³ Signals Intelligence Act.

¹⁴ National Defence Radio Establishment.

¹⁵ ‘Centrum för Ratvisa v. Sweden’, <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/centrum-rattvisa-v-sweden/>, erişim tarihi:10.11.2022.

¹⁶ The Foreign Intelligence Court.

Başvurucular, sinyal istihbaratına ilişkin mevzuatın ve ilgili uygulamanın Sözleşmenin 8. maddesini geçmişte ihlal ettiğini ve bu ihlalin başvuru sırasında dahi devam ettiğini iddia etmiştir.

2. Big Brother ve Diğerleri v. Birleşik Krallık

Dava, ABD Ulusal Güvenlik Kurumu'nda sözleşmeli olarak çalışan Edward Snowden'in ABD ve Birleşik Krallık ulusal istihbarat servislerinin, iletişime müdahale ve istihbarat paylaşımının kötüye kullanıldığının ve bunlara ilişkin delillerin kamuoyu ile paylaşmasından sonra açılmıştır. Başvurucular, çeşitli sivil toplum örgütleri, kâr amacı gütmeyen gruplar, akademisyenler ve gazetecilerdir.¹⁷

Başvurucuların iddialarına göre, Birleşik Krallık Hükümet İletişim Daire Başkanlığı¹⁸ (GCHQ) ve Birleşik Krallık Sinyal İstihbarat Ajansının¹⁹ faaliyetleri özel hayatın gizliliğini ve ifade özgürlüğünü ihlal etmektedirler. TEMPORA isimli bir program çerçevesinde sınır aşan iletişime otomatik olarak müdahale edilmekte ve yeraltı kablolarından devasa büyüklükte veri elde edilmektedir. Ayrıca, ABD Ulusal Güvenlik Ajansı²⁰ (NSA) tarafından PRISM ve UPSTRAM gözetim programlarını kullanarak elde edilen veriler Birleşik Krallık istihbaratına aktarılmaktadır. Son olarak, internet servis sağlayıcılarından geniş kapsamlı olarak ham (metadata) haberleşme verileri toplanmaktadır.

Bütün bunlar iletişimin toplu gözetimi olarak adlandırılmakta; 2000 tarihli Soruşturma Yetkilerini Düzenleme Kanunu²¹ (RIPA), GCHQ'ya bu suretle elde edilen verilerin depolanması, sonrasında belli kriterler esas alınarak filtre edilmesi ve daha sonra incelenmesi konusunda yetkiler vermektedir.

¹⁷ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık* (BN. 58170/13); *Bureau of Investigative Journalism and Alice Ross v. Birleşik Krallık* (BN. 62322/14); and *10 Human Rights Organisations and Others v. Birleşik Krallık*, (BN. 24960/15).

¹⁸ Government Communications Headquarters (GCHQ).

¹⁹ Signal Intelligence Agency (SIGINT).

²⁰ U.S. National Security Agency (NSA).

²¹ Regulation of Investigatory Powers Act.

Başvurucular, ilk olarak RIPA²² çerçevesine çeşitli kitlesel müdahale teknikleri uygulanarak kendilerine ilişkin verilerin de elde edilmiş olabileceği; ikinci olarak yabancı devletlerle elde edilmiş olan verilerin istihbarat olarak üçüncü taraflar ile paylaşıldığı ve üçüncü olarak yine aynı Kanunun İkinci Bölümü çerçevesinde (muhtemelen) iletişim servis sağlayıcılarından da kendilerine ait verilerin elde edildiği iddiasında bulunmuşlardır.

Başvurucular, iddia edilen bu önlemlerin Sözleşmenin 8. maddesine uygun olmadığını; ayrıca ikinci ve üçüncü iddialar bakımından Sözleşmenin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmektedirler.

II. Büyük Dairenin Her İki Dava İçin Verdiği Kararlardaki Ortak Noktalar

Büyük Dairenin her iki dava için aldığı kararlarda temel olarak iki ayrı konuda değerlendirmeler yapmaktadır. Bu konulardan ilki kitle iletişiminin gözetimine ilişkin hukuki düzenlemeler diğeri ise gizli gözetim tedbirlerine ilişkin genel ilkeler ve güvencelerdir. Esasen ele aldığımız davaların kitlesel gözetime ilişkin kuralların, güvencelerin oluşmasına yaptığı en önemli katkılar da bu paragraflarda yer almaktadır. Burada ele alacağımız ilk konu kitle iletişiminin gözetimine ilişkin hukuki düzenlemelerdir.

A. Kitle İletişiminin Gözetimine İlişkin Hukuki Düzenlemeler²³

Mahkeme, her iki kararda da yaklaşık 50-60 paragrafta kitlesel gözetime ilişkin Uluslararası Hukuk, Avrupa Birliği Hukuku düzenlemelerini belirterek, ilgili karşılaştırmalı hukuk kuralları ve sınırlı olarak uygulamalar (Avrupa Konseyine üye bazı ülkeler ve ABD) konusunda örnekler vermiştir; bu paragraflar her iki kararda büyük ölçüde paraleldir.

²² 1. section 8(4) of the RIPA.

²³ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 191-252; *In Centrum för Rättvisa v. İsveç*, p. 81-146.

1. Uluslararası Hukuk Düzenlemeleri

a. Birleşmiş Milletler Hukuku

Dijital Çağda Gizlilik Hakkı ile ilgili 68/167 sayılı 2013 tarihli BM Kararı,²⁴ tüm devletleri, insan hakları hukuku kapsamında gizliliği daha iyi sağlamak için gözetimle ilgili politikalarını ve uygulamalarını gözden geçirmeye; şeffaflığı ve hesap verebilirliği sağlamak için bağımsız, etkin denetim mekanizmaları oluşturmaya davet etmektedir.

Keza, 1992 Uluslararası Telekomünikasyon Birliği Anayasası ve Sözleşmesi²⁵ de Üye Devletlerin vatandaşlarının uluslararası yazışmalarının gizliliğini mümkün olduğu ölçüde güvence altına alması gereğini düzenlemektedir.

b. Avrupa Konseyi

Kararlarda, Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan çeşitli belgelere atıf yapılmaktadır. Bunlar, Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Taâbi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi,²⁶ Sözleşmenin Ek Protokolü,²⁷ 1995 Telekomünikasyon Hizmetleri Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına ilişkin Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararı,²⁸ 2001 Budapeşte Siber Suçlar Sözleşmesi²⁹ ve “2015 Sinyal İstihbarat Teşkilatlarının Demokratik Gözetimi Hakkında Kanun Yoluyla Demokrasi için Avrupa Komisyonu Raporu³⁰”dur. Bütün bu

²⁴ The Right to Privacy in the Digital Age: resolution adopted by the General Assembly, A/RES/68/254, 2013.

²⁵ 1992 Constitution and Convention of the International Telecommunication Union.

²⁶ The Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data 1981.

²⁷ The Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data regarding supervisory authorities and transborder data flows of 8 November 2001 (CETS No. 181).

²⁸ Recommendation of the Committee of Ministers on the protection of personal data in the area of telecommunication services, Recommendation (No. R (95) 4 of the Committee of Ministers).

²⁹ 2001 Convention on Cybercrime, Budapest Convention ETS No.185 and its Protocols.

³⁰ The 2015 Report of the European Commission for Democracy through Law (“the Venice Commission”) on the Democratic Oversight of Signals Intelligence Agencies.

belgelerde, BM Kararında ortaya konulan benzer gizliliği koruma ilkeleri yinelenmiş ve benimsenmiş, etkili bir gözetim çağrısında bulunulmuştur.

2. Avrupa Birliği

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı,³¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin tamamlayıcısı niteliğindeki maddelerinde özel hayat ve aile hayatına, kişisel verilerin korunmasına, ifade ve bilgi edinme özgürlüğüne ilişkin hükümler içermektedir. Mahkeme, Veri Koruma Yönetmeliğinin, Genel Veri Koruma Yönetmeliğinin³² (GDPR) ve Gizlilik ve Elektronik İletişim Yönetmeliğinin³³ özel hayatın gizliliği ile ilgili olabilecek hakları tanıyan ve koruyan düzenlemelerini işaret etmekte; ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın verilerin korunmasına ilişkin kararlarından örnekler vermektedir.³⁴

3. Karşılaştırmalı Hukuk

Kararlarda Finlandiya, Fransa, Almanya, Hollanda, İsveç, İsviçre ve Birleşik Krallık olmak üzere resmi olarak en az yedi akit devletin kablo üzerinden ya da havadan kitle iletişiminde müdahale gerçekleştirdikleri belirtilmektedir. İstihbarat paylaşma anlaşmalarına gelince en az 39 akit devlet diğer bir devletle istihbarat paylaşım anlaşması yapmıştır ya da böyle bir anlaşma yapması imkân dahilindedir. Söz edilen anlaşmalardan ikisi yabancı bir gücün kendilerine adına verilere müdahalesini açıkça yetkilendirirken ikisi de açıkça bu tür bir müdahaleye izin vermiştir. Diğer devletlerin ise konuya ilişkin tutumları net değildir. Son olarak, birçok devlet yurtdışında ve içinde uygulanabilecek standartları benzer şekilde tespit etmiştir; elde edilmiş verilerin kullanılması için çeşitli sınırlamalar getirilmiştir; bazı ülkelerde ise gereksiz hale geldiğinde verilerin yok edilmesine ilişkin yükümlülükler de mevcuttur.

³¹ The Charter of Fundamental Rights of the European Union.

³² The General Data Protection Regulation (“GDPR”) adopted in 2016.

³³ The Privacy and Electronic Communications Directive Directive 2002/58 EC.

³⁴ Digital Rights Ireland Ltd v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources and Others and ärntner Landesregierung and Others (Cases C-293/12 and C-594/12; ECLI:EU:C:2014:238); Tele2 Sverige AB v Post- och telestyrelsen and Secretary of State for the Home Department v Tom Watson and Others (Cases C-203/15 and C-698/15; ECLI:EU:C:2016:970); Ministerio Fiscal (Case C-207/16; ECLI:EU:C:2018:788).

B. Gizli Gözetim Önlemlerine İlişkin Genel İlkeler ve Güvenceler

AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen hakların sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeler aynı maddenin 2. fıkrasında aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

“Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin hukuka uygun ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir önlem olması durumunda söz konusu olabilir.”

Öncelikle, Mahkeme Sözleşmenin 8. maddesinin ihlaline ilişkin bir iddia önüne geldiğinde başvuruçunun iddiasının 8. madde ile korunan hakların kapsamına girip girmediğini değerlendirmektedir. Daha sonra, Mahkeme, söz konusu hakkın sınırlandırılması ya da hakka bir müdahale söz konusuysa çeşitli aşamalardan geçerek bu sınırlamanın, müdahalenin Sözleşmeye uygunluğunu denetlemektedir.

Mahkeme, gizli gözetim önlemleriyle ilgili kararlarında da hakların sınırlandırılmasına ilişkin temel ilkeleri esas almıştır. 8. madde bakımından hakların sınırlandırılmasına ilişkin ilkeler, 8. maddenin 2. fıkrası uyarınca “sınırlamanın hukuka uygun olması” (in accordance with law) ve 2. fıkranın atıfta bulunduğu “meşru amaçlardan birinin ya da birkaçının sağlanması amacıyla yapılmış olması ve demokratik bir toplumda bu amaçlara ulaşmak için gerekli olmasıdır”.³⁵

1. Hukuka Uygunluk Koşulu

“Hukuka uygunluk” koşulu ile önlemin iç hukukta bir temelinin olması aranmaktadır. Sınırlandırmanın 8. maddenin amaç ve kapsamında yer alan ve Sözleşmenin giriş kısmında söz edilen hukuk devleti ilkesi ile bağdaşması gerekir. Ayrıca, “hukuka uygunluk” çerçevesinde kanuni

³⁵ *Roman Zakharov v. Rusya*, p. 227; *Kennedy v. Birleşik Krallık*, BN. 26839/05, 18 Mayıs 2010, p. 130.

düzenlemelerin ilgili kişiler bakımından “ulaşılabilir olması” ve etkilerinin muhatapları tarafından öngörülebilir olması gerekir.³⁶

Hukuka uygunluk koşulu, alınan önlemin iç hukukta bir temelinin olmasını gerektirmektedir. Bunun anlamı, bir hakkın sınırlanmasının kanun ya da bağlayıcılığı olan bir düzenleme hatta içtihat ile yapılmasıdır. Mahkeme, *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık* kararında “söz konusu kanuni düzenlemenin ilgili kişiler bakımından erişilebilir ve kanunun etkilerinin yeterince öngörülebilir olması gereğini” ifade etmiştir. Bu çerçevede, “demokratik toplumda gereklilik ve öngörülebilirlik koşullarının karşılanması için iç hukukun erişilebilir olması, yeterli ve etkin güvence ve garantileri içermesi gerekmektedir.”³⁷ Hukuka uygunluk koşulunun gerçekleşmesi için ulusal hukuk açık, öngörülebilir ve yeterince erişilebilir olmalıdır.³⁸

a. Yeterince Erişilebilir Olma Koşulu

Mahkeme kararlarında, yeterince erişilebilir olma koşulu, “gizli gözetim faaliyetleri bakımından, iç hukukun ya da kanuni düzenlemenin yeterince erişilebilir olması, gizli gözetiminin kapsamına ve süresine, verilere erişilmesine, verilerin saklanmasına, incelenmesine, kullanılmasına, elde edilen verilerin iletilmesine ve imha edilmesine, izin usullerine, gizli gözetim önlemlerinin uygulanmasının denetlenmesine yönelik düzenlemelere, bildirim mekanizmalarına ve ulusal mevzuatın öngördüğü çözüm yollarına yeterince erişilebilirliği” ifade etmektedir.³⁹

b. Öngörülebilir Olma Koşulu

Öngörülebilir olma koşulu, iç hukukun bireylere, kamu kurumlarının hangi koşulda ve hangi durumlarda kendilerine Sözleşmede

³⁶ AİHS 8. Madde Rehberi, Özel Hayata ve Aile Hayatına, Konuta ve Haberleşmeye Saygı, European Court of Human Rights, Güncelleme Tarihi 31 Ağustos 2019, *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 332.

³⁷ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 361-365.

³⁸ Council of Europe, Guide on Article 8, Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence, updated on 31 August 2020, p. 15; *Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, p. 87.

³⁹ *Roman Zakharov v. Rusya*, p. 238; ayrıca, *Dragojević v. Hırvatistan*, BN. 68955/11, 15 Ocak, 2015, p. 83; *Szabó and Vissy v. Macaristan*, BN.: 37138/14, 12 Ocak 2016, p. 56; *Centrum för Rättvisa v. İsveç*, BN. 35252/0819 Haziran 2018; *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, BN.58170/13, 13 Eylül, 2018, p. 307.

tanınan haklarını etkileyebilecek önlemlere başvurulabileceği konusunda yeterli işaretlerin sağlanması gerektiğini ifade eder.⁴⁰ Öngörülebilirlik mutlak bir öngörülebilirlik şeklinde anlaşılmamaktadır; başvuruçular, en azından hukukçuların yardımıyla da olsa makul bir oranda, konu ile ilgili mevzuata tâbi olacaklarını öngörebilmelidirler.⁴¹

Hukuki düzenlemeler, kişilerin hukuka uygun olarak hareket etmesini sağlayabilecek ölçüde öngörülebilir olmalı ve kamu kurumlarının takdir yetkisinin kapsamını açık bir şekilde belirlemelidir. Örneğin, Mahkeme'nin gözetime ilişkin davalarda vurguladığı üzere, kanun hükümleri, vatandaşlara, hangi koşullarda ve durumlarda kamu kurumlarının gizli gözetim ve veri toplama faaliyetine yetkili olacakları hususunda yeterli ölçüde açık olmalıdır.⁴²

Gizli gözetim önlemleri kapsamında öngörülebilirlik, diğer alanlardan bir ölçüde farklı anlaşılmalıdır. "Öngörülebilirlik", bireylerin iletişimin dinlenmesi gibi gizli gözetim önlemlerini ve çeşitli önlemlere başvurma ihtimalinin yüksek olduğunu öngörmesi ve davranışlarını buna göre ayarlaması anlamına gelmemektedir.⁴³ Ancak, özellikle gizli gözetim konusunda yürütmeye verilen yetkilerin gizlilik içinde icra edilmesi keyfilik tehlikesini arttıracaktır. Keza, gözetim teknolojilerinin sürekli olarak gelişmesi ve alınabilecek önlemlerin gittikçe daha da sofistike hale gelmesi gizli gözetime ilişkin kuralların açık ve ayrıntılı olmasını gerektirmektedir. İç hukuk düzenlemeleri, kamu kurumlarının hangi durumlarda ve koşullarda hangi önlemlere başvurmaya yetkili oldukları konusunda yeterince açık olmalıdır. Ayrıca, kanunlarda, keyfi müdahaleye karşı yeterli koruma sağlamak üzere yetkili makamların takdir yetkisinin kapsamı ve yetkilerin kullanılma biçimleri yeterli açıklıkla düzenlenmelidir.⁴⁴

⁴⁰ AİHS 8. Madde Rehberi, parag. 14; *Fernández Martínez v. İspanya [BD]*, BN. 56030/07, 2014, p. 117.

⁴¹ AİHS 8. Madde Rehberi, parag. 14; *Slivenko v. Letonya [BD]*, BN. 48312/99, 9 Ekim 2003, p. 170.

⁴² AİHS 8. Madde Rehberi, parag. 12, Bkz.: *Shimovolos v. Rusya*, BN. 30194/09, 21 Haziran 2011, p. 68.

⁴³ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 333; *In Centrum för Rattvisa v. İsveç*, p. 247

⁴⁴ *In Centrum för Rattvisa v. İsveç*, p. 247.

Gerards'a göre, birçok davada, bütün bu koşullar “öngörülebilirlik” koşulu çerçevesinde değil “orantılılık” ve “gereklilik” ya da “usuli pozitif yükümlülükler” çerçevesinde değerlendirilmektedir. Yazar, bu sebeple, sınırlama koşullarının birbirleriyle bağlantılı olduğunu ifade etmektedir.⁴⁵

c. Kanunun Kalitesi Sorunu; Kanunlarda Çeşitli Usulî Güvencelerin Sağlanması

Gizli gözetime ilişkin kanunların açık ve ayrıntılı olması önemlidir ve gizli gözetim sürecinin farklı aşamaları için farklı kurallar ve güvenceler öngörülebilir. Bu çerçevede, gizli gözetim sırasında veri elde etme sürecinin aşamaları yukarıda da belirttiğimiz şekilde Mahkeme tarafından tanımlanmıştır.

(a) ilk olarak iletişimin dinlenmesi ve iletişim verilerinin saklanması, ele geçirilmesi;

(b) saklanan, ele geçirilen iletişim verilerine belirli seçicilerin uygulanması yoluyla bazı iletişim verilerinin seçilmesi;

(c) seçilen iletişim ve ilgili iletişim verilerinin analistler tarafından incelenmesi; ve

(d) incelenen verilerin depolanması ve "nihai ürünün" kullanılması, verilerin üçüncü taraflarla paylaşılması.⁴⁶

Bu aşamalar, özellikle Mahkemenin aşağıda ele alacağımız usulî güvencelerin baştan sona ve gizli gözetimin her aşamasında sağlanması gerektiğini hükme bağlaması sebebiyle önemlidir. *Turanjanin*, aşamaların özellikle sonlarına doğru özel hayatın gizliliğine ilişkin ihlallerin artabileceği gerekçesiyle aşağıda ele alacağımız güvencelerin artarak sağlanması gerektiğini vurguluyor.⁴⁷

⁴⁵ *Gerards*: s. 219.

⁴⁶ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 333; *In Centrum för Rättvisa v. İsveç*, p. 247.

⁴⁷ *Turanjanin*, Veljko: “When does bulk interception of communications violate the right to privacy? The limits of the state’s power and European Court of Human Rights Approach”, *International Cybersecurity Law Review*, C. 4, S.1, 2023, s. 115.

Van der Sloot makalesinde, Mahkemenin Sözleşmede yer alan hakların sınırlandırılmasına ilişkin içtihadındaki gelişmeleri özetlemiştir. Mahkeme, ilk kararlarında yürütmenin kanunlarla düzenlenmiş sınırlamalar içinde kalıp kalmadığını denetlerken, 80'lerden itibaren hukuka uygunluğu 'erişilebilirlik ve öngörülebilirlik' koşulları çerçevesinde incelemiştir. Günümüzde ise Mahkeme, özellikle gizli gözetim gibi niteliği gereği yürütmenin bilfiil yetki kullandığı alanlarda "kanunun kalitesi" çerçevesinde kanunlarda bazı usul güvencelerinin mevcut olup olmadığını denetlemeye başlamıştır.⁴⁸

Keza, yazar, Mahkemenin önceki kararlarında da "erişilebilirlik ve öngörülebilirlik" koşullarının özel hayatın gizliliği alanında uygulanması konusunda çekingen olduğunu belirtmektedir. Bunun sebebi hiç kuşkusuz, yukarıda açıkladığımız üzere gizli gözetimin niteliği gereği gizli bir şekilde icra edilmesidir. Mahkeme, gizli gözetim tedbirlerinin Sözleşmeye uygunluğunu ele aldığı davalarda "erişilebilirlik" ve "öngörülebilir" koşullarını daha esnek bir şekilde değerlendirirken hukuka uygunluk koşulu çerçevesinde önüne gelen kanunların bazı usulî güvenceler içermesi gerektiğine hükmetmiştir.⁴⁹ Mahkeme ilk kez, *Malone v. Birleşik Krallık* davasında "hukuka uygunluğun yalnızca mevcut ulusal hukuka uygunluk şeklinde anlaşılacağına", "hukuka uygunluğun 'kanunun kalitesi' ile ilgili olduğuna", "sınırlandırmaların 'Sözleşmenin Giriş kısmında açıkça belirtilen hukukun üstünlüğü' ile bağdaşması gerektiğine" hükmetmiştir.⁵⁰ Mahkeme, özellikle, gizli gözetimde de olduğu üzere yürütme organının bilfiil yetki kullanmasını gerektiren alanlarda, ilgili kanuni düzenlemelerde bu yetkilerin kullanımına ilişkin ek bazı koşulların, sınırlamaların ve güvencelerin öngörülmesi gereğini ifade etmiştir. Bunun anlamı, gizlilik arzeden konularda, Mahkemenin Sözleşmeye uygunluk konusunda yapacağı değerlendirmeler sırasında mevcut kanunlarda özel hayatın korunmasına ilişkin (usule ilişkin) güvencelerin yasama organı tarafından sağlanıp sağlanmadığının denetlemesidir.⁵¹

⁴⁸ Sloot: The Quality of Law:... s. 179; ayr. bkz.: Kaplan, Onur: "Hukuk Devleti" Bağlamında Kanun Kalitesi, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C. 10, S.23, 2018, s. 83-118.

⁴⁹ Sloot: The Quality of Law:... s.163-164.

⁵⁰ *Malone v. Birleşik Krallık*, BN. 8691/79, 2 Ağustos 1984, p. 67.

⁵¹ Sloot: The Quality of Law:... s.165.

Mahkeme, gizli gözetimi düzenleyen mevzuatın Sözleşmeye uygunluğu önüne geldiğinde “hukuka uygunluk” ve “müdahalenin gerekliliği” şartlarını birlikte değerlendirmektedir. Bu çerçevede “kanunun kalitesi” ile mevcut kanunların iç hukukun “erişilebilir ve öngörülebilir olması” yanında gizli gözetim önlemlerinin kötüye kullanılmasını engelleyecek etkin ve yeterli güvence ve garantiler içermesi ve sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olması aranmaktadır.

aa. Kanunlarla Sağlanması Gereken Minimum Altı Güvence

Mahkeme, *Weber ve Saravia v. Almanya* ve *Liberty ve Others v. Birleşik Krallık*⁵² kararlarında da ceza soruşturma ve kovuşturmaları sırasında belli kişilerin izlendiği hedefli müdahalelerin Sözleşmeye uygunluğunu incelemiş ve ilgili mevzuatta bulunması gereken minimum güvenceleri öngörmüşse de bu güvenceler kitle iletişiminin gözetimi söz konusu olduğunda yeterli değildir. Günümüzde teknolojik gelişmeler çok daha geniş kapsamlı müdahalelere imkan tanımaktadır. Daha önceki davalarda, Mahkeme hedefli müdahale ile kitle gözetimi arasındaki önemli farkları da yeterli açıklıkta ortaya koymamıştır. Hedefli müdahaleye nazaran kitle gözetimi çoğunlukla uluslararası iletişimin izlenmesine yöneliktir, yabancı istihbaratın toplanması ve bilinen ya da bilinmeyen aktörlerden kaynaklanabilecek tehditlerin saptanması amacıyla yapılmaktadır.⁵³

Mahkeme, hedefli ya da ceza soruşturması çerçevesinde iletişime müdahaleye ilişkin davalar bakımından geliştirdiği içtihadında, yürütmenin gücünü kötüye kullanılmasını önlemek için kanunlarda açıkça düzenlenmesi gereken minimum usul güvencelerini belirtmiştir. Aşağıda belirteceğimiz usule ilişkin bu güvenceler “Altı Weber Güvencesi”⁵⁴ olarak adlandırılmaktadır.⁵⁵ Bu güvenceler kanunlarda

1. iletişime müdahale kararı alınabilecek suç tiplerinin belirtilmesine;

⁵² *Weber and Saravia v. Almanya* (dec.), BN. 54934/00, 2006-XI; *Liberty and Others v. Birleşik Krallık*, BN. 58243/00, 1 Temmuz 2008; bkz.: *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 335; *Centrum för Rättvisa v. İsveç*, p. 249 .

⁵³ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 332; *Centrum för Rättvisa v. İsveç*, p. 236.

⁵⁴ “Six Weber Criteria”.

⁵⁵ Bkz.: *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 361-2; *Centrum för Rättvisa v. İsveç*, p. 275-6.

2. iletişimlerine müdahale edilecek kişi kategorilerinin tanımlanmasına;
3. müdahale süresinin sınırlandırılmasına;
4. müdahale neticesinde elde edilen verilerin incelenmesi, kullanılması ve depolanması sırasında izlenmesi gereken usullerin;
5. elde edilen verilerin diğer Devletlerle paylaşılması sırasında alınması gereken önlemlerin;
6. müdahale neticesi elde edilen verilerin hangi durumlarda yok edileceğinin, kayıtların silinmesinin ya da silinebilmesinin düzenlenmesine ilişkindir.

Mahkeme, *Roman Zakharov v. Rusya* kararında da AIHM, “konu ile ilgili mevzuatta aşağıda inceleyeceğimiz ‘usule ilişkin minimum güvencelerin’ bulunması halinde öngörülebilirliğin gerçekleşeceğini” belirttikten sonra aynı altı asgari güvencenin, mümkün olduğu ölçüde ulusal güvenlik sebebiyle yapılan kitle iletişimin gözetimi bakımından da geçerli olacağına hükmetmiştir.⁵⁶

Bununla beraber, toplu gözetim rejiminin 8. maddeyi ihlal edip etmediğini değerlendirilirken altı asgari güvenceye ek bazı güvencelerin de sağlanması gerekmektedir.⁵⁷ Günümüzde iletişim teknolojilerinin eriştiği düzey göz önüne alındığında, iletişime kitlesele müdahaleye ilişkin rejimlerin içermesi gereken (usule ilişkin) güvencelerin genişletilmesi gereği açıktır. Ele aldığımız davalarda da kitle gözetimine ilişkin mevzuatın içermesi gereken usule ilişkin güvencelerin daha da genişletilmesi yönünde kararlar verilmiştir. Mahkeme, daha sonra gizli gözetime ilişkin yeni bir dava önüne geldiğinde ilgili devletin kanunlarında bu güvencelerin yer alıp almadığını değerlendirecek, bu güvencelerin olması halinde “kanunun kalitesi” koşulunun sağlandığına hükmedecektir.

⁵⁶ *Roman Zakharov v. Rusya*, (GC) BN. 47143/06, 4 Aralık 2015.

⁵⁷ *Roman Zakharov v. Rusya*, p. 335.

bb. Ele Alınan Davalar Bakımından Kanunlarla Sağlanması Gereken Sekiz Minimum Güvence⁵⁸

Makalenin konusu olan kitle iletişiminin gözetimi, suçların önlenmesi için istihbarat elde edilmesi amacıyla yapılmaktadır. Kitle iletişiminin gözetimi önlemi, belli bir suç çerçevesinde kişilerin yakalanması ya da yargılanması amacı ile uygulanmamaktadır. Bu sebeple, “Altı Weber Güvencesi” arasında yer alan “müdahale kararı alınabilecek suçların tipleri” ve “iletişimlerine müdahale edilecek kişi kategorilerinin tanımlanması” ya da “makul şüpheye” ilişkin güvencelerin kitle gözetimi alanında uygulaması söz konusu değildir. Buna karşılık, kitle iletişiminin gözetimine izin verilme sebepleri, iletişime toplu müdahalenin kendisine özgü koşulları kanunlarda açıkça ve yeterli ek güvenceler içerecek şekilde düzenlenmelidir.

Özellikle, kitle iletişimine müdahalenin niteliği gereği gizli olması bazı ciddi ihlal risklerini de beraberinde getirmektedir. Ele aldığımız kararlar uyarınca, ulusal kanunlarda kitle iletişiminin gözetiminde ilk aşamadan son aşamaya kadar⁵⁹ yeni bazı usul güvencelerin getirilmesi özel hayatın gizliliğinin sağlanması bakımından gereklidir. Buna göre, kitle iletişiminin gözetimine ilişkin izin verilmesi, gözetimin uygulanması ve sona erdirilmesi aşamalarında usule ilişkin güvenceler sağlanmalı ve bu amaçla alınacak kararlar ve uygulama denetlenebilmelidir. Belirtilen kararlar uyarınca, ulusal mevzuatta kitle iletişimine müdahaleye ilişkin önlemlerin, her aşamada orantılılık ve gereklilik bakımından denetlenmesi öngörülmelidir. Keza, mevzuatta iletişime kitlesel müdahaleye yürütmeden bağımsız bir organ tarafından izin verilmesine; her bir operasyonun amacının ve kapsamının tanımlanmasına; bir operasyon sona erdiğinde yürütmeden bağımsız bir organ tarafından denetlenebileceğine ilişkin güvenceler bulunmalıdır. Son olarak, kanunlarda gözetim yapan ülkelerin elde ettikleri verileri, uygun bir zaman sonrasında çalınmasını önlemek için, yok etmeleri de düzenlenmelidir.

⁵⁸ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 365-427; *In Centrum för Rättvisa v. İsveç*, p. 246-374.

⁵⁹ Bu çerçevede Büyük Daire, kitle iletişimine müdahalenin aşama aşama (adım adım) gerçekleştiğini belirtmiştir. Bu aşamalar ve müdahale ilerledikçe Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali söz konusu olabilir ya da ihlal daha da artabilir. Mahkemeye göre, müdahalenin her bir aşamasında 8. maddenin uygulanması mümkündür. *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 330.

Bu konuya ilişkin olarak her iki kararda da ortak olan bazı paragrafların değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle, kararlarda yer alan “iç hukukta sürecin baştan sona her aşamasında alınacak önlemlerin *gereklilik ve orantılılık* bakımından değerlendirilmesi gerekir. İletişimin toplu gözetimine yürütmeden bağımsız bir organ tarafından izin verilmesi; operasyonun amaç ve kapsamının açıkça tanımlanması, denetime tâbi tutulması ve bağımsız bir *ex post facto* gözden geçirme mümkün olmalıdır.”⁶⁰ ifadesi çok önemlidir.

Büyük Daire, iletişimin toplu denetlenmesinin kötüye kullanılmasını önlemek için sürecin baştan sona sahip olması gereken güvenceleri belirlemiştir. Bunu yaparken, Mahkeme, yalnızca kitle iletişiminin gözetimine ilişkin kanuni düzenlemeleri kanunun kalitesi açısından değil aynı zamanda sürecin işleyişi ve uygulamayı da değerlendirmelidir. Mahkeme bütün bu güvencelerin olup olmadığına karar verirken rejimin işleyişiyle ilgili tüm hususları dikkate alacaktır, iç hukukun kötüye kullanmaya karşı gerekli garantileri içerip içermediğine ve baştan sona güvencelere sahip olup olmadığına yoğunlaşacaktır. Burada müdahale rejiminin aslında nasıl işlediğine, gerçekte kötüye kullanmanın olup olmadığına bakılacaktır. Bu çerçevede, kitle iletişiminin gözetimine ilişkin yetkinin kullanımı sırasında denge ve denetim mekanizmalarının işleyip işlemediği ve kötüye kullanım iddiaları varsa bunlara ilişkin deliller de değerlendirilecektir.⁶¹

Keza, Mahkeme davalı devletin dar takdir marjı içinde hareket edip etmediğini değerlendirirken yukarıda belirttiğimiz altı Weber Güvencesinden daha ayrıntılı usul güvenceleri üzerinden bir değerlendirme yapmaktadır. *Lubin*, Mahkemenin altı Weber Güvencesini bu kararlarda reddettiğini ifade etse⁶² de kanımızca burada bir reddin ziyade altı Weber Güvencesinin geliştirilmesi, toplu gözetime uyarlanması söz konusudur. Mahkeme, “kanuna uygunluk” ve “gereklilik” koşullarını

⁶⁰ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 361; *In Centrum för Rättvisa v. İsveç*, p. 264.

⁶¹ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 360; *In Centrum för Rättvisa v. İsveç*, p. 274.

⁶² *Lubin*, Asaf: “Introductory Note to *Big Brother Watch v. UK* (Eur. Ct. H. R. Grand Chamber)”, *International Legal Materials*, C. 61, S. 4, 2022, s. 605-653.

birlikte değerlendirerek aşağıda belirtilecek güvencelerin iç hukukta açık bir şekilde düzenlenip düzenlenmediğini inceleyecektir.⁶³

Kararlarda, “iç hukukta düzenlenen toplu gözetim rejiminin demokratik bir toplumda “gereklilik” ve “öngörülebilirlik” koşullarının sağlanması için içermesi gereken yeterli ve etkin güvenceler ve garantiler,”⁶⁴ “Minimum Sekiz Güvence” olarak adlandırılmıştır. Kararlarda ayrıca kanunlarda yer alması gereken her bir güvencenin “gereklilik” ve “orantılılık” koşulları bakımından inceleneceği de belirtilmiştir.

Bu çerçevede kanunlarda sağlanması gereken güvenceler aşağıdaki gibi özetlenebilir.

1. Toplu gözetime hangi sebeplerle izin verilebileceğinin kanunlarda düzenlenmesi gereklidir. İlke olarak izin sebeplerinin geniş tutulması kötüye kullanma potansiyeli artacaktır. Sebeplerin dar ve sıkı bir şekilde tanımlanması halinde ise toplu gözetime ancak bu sebep “gerekli ve orantılı” ise izin verilebilir. Kanunda öngörülen bir sebep çerçevesinde yetkilendirme yapılması halinde yeterli ve etkin güvencelerin söz konusu olduğu kabul edilecektir. Mahkemeye göre, toplu gözetimin sebepleri göreceli olarak geniş düzenlemiş olsa da rejim bir bütün olarak değerlendirildiğinde yeterli güvencelerin sağlanmış olup olmadığı değerlendirilecektir.

2. Hangi durumlarda iletişimin gözetilebileceği;

3. Kitle iletişiminin gözetimine izin verilirken izlenmesi gereken usul;

Toplu gözetime yürütmeden bağımsız bir kurum tarafından izin vermelidir; ancak bu kurumun yargı organı olması şart değildir. İzin alınacak kurum, yürütme tarafından müdahalenin amacı, sağlayıcılar (bearers) ve muhtemelen hangi iletişim rotalarına müdahale edilebileceği konusunda bilgilendirilmelidir. Bu sayede, izin verecek kurum gereklilik ve orantılılık konusunda bir değerlendirme yapabilecektir. Bazı belirteçlerin seçilmesi toplu gözetimin en önemli aşamalarındandır. Bütün belirteçler olmasa bile bu aşamada gözetim sırasında kullanılacak

⁶³ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 361.

⁶⁴ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 347.

“belirteçlerin tipleri ve kategorileri” belirlenmelidir. İstihbarat servisleri kullanmak istedikleri bütün bu belirteçleri gereklilik ve orantılılık bakımından gerekçelendirmelidir.

4. Müdahale neticesinde edilen verilerin seçilmesi, incelenmesi ve kullanılması sırasında izlenmesi gereken usullerin kanunlarda düzenlenmesi;

5. Kitlesele gözetim sonucu elde edilen verilerin diğer ülkelerle (uluslararası örgütlerle) paylaşılması sırasında alınması gereken önlemler bakımından ise alıcı devletlerin bütün bu standartlara tam olarak uyması beklenmemektedir. Bununla beraber, gazetecilik materyalleri gibi özel gizlilik içeren konularda alıcı devletin standartlara uyması beklenebilir; verilerin yabancı istihbarat ortakları ile paylaşılması da bağımsız bir denetime tabi olmalıdır.

6. Kanunlarda, iletişime müdahalenin süresinin sınırlandırılması, elde edilen materyalin depolanması, bu materyalin silinmesi ve yok edilmesi gereken durumların düzenlenmesi gereklidir.

7. Kanunların, yukarıda sayılan güvencelere uyulup uyulmadığının her aşamada bağımsız bir denetim organı tarafından denetlenmesinin sağlanması için usuller ve modeller içermesi gerekmektedir. Keza, hukuka aykırılık iddiaları konusunda yetkili olacak denetim organının ve yetkilerinin ve alınan önlemlerin her aşamada gereklilik ve orantılılık bakımından bağımsız bir otorite tarafından yeterli derecede denetlenmesi için İstihbarat Servislerinin gözetimin her aşamasında detaylı kayıtlar tutmasına ilişkin yükümlülüğünün kanunlarda düzenlenmesi gerekir.

8. Kanunlarda, *ex post facto* hukuka uygunluk denetiminin bağımsız bir organ tarafından yapılmasına yönelik usuller öngörülmesi ve hukuka aykırılık iddiası halinde görevli olacak bu organın yetkileri düzenlenmelidir. İstihbarat servisleri tarafından iletişimine müdahale edildiğinden şüphe duyan herkese bu müdahalenin hukuka ya da Sözleşmeye uygunluğunu denetleyecek etkin bir başvuru yolu sağlanmalıdır. Bu başvuru yolunun yargısal olması şart değildir; ancak yürütmeden bağımsızlığı; keza uygulamaların ve süreçlerin adil olması sağlanmalıdır. *Ex post facto* denetim çerçevesinde mümkün olduğunca çekişmeli bir yargılama yapılmalı; organın kararlarının bağlayıcı ve gerekçeli olması gereği de kanunlarda düzenlenmelidir.

Mahkeme bu güvencelerin iletişimin yalnızca içeriğinin korunmasına yönelik olmasını yeterli görmemektedir; aynı güvenceler ayrıca verilerin toplanması ve metaverinin işlenmesi sırasında da sağlanmalıdır.⁶⁵

2. Müdahalenin Meşru Bir Amaca Ulaşmak için Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olması

a. Müdahalenin Meşru Bir Amacı Desteklemesi Koşulu

Sözleşmenin 8. ilâ 11. maddelerinin ikinci paragraflarında yer alan meşru bir amacın varlığını tespit sırasında Mahkeme oldukça kısa ve öz bir değerlendirme yapmaktadır.⁶⁶ 8. maddenin 2. fıkrasında madde ile korunan hakların ihlalinin haklı kılabilen meşru amaçlar “ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir önlem olmasıdır.” olarak belirtilmiştir. Mahkeme alınan önlemin ya da hakka yapılan müdahalenin meşru bir amacı desteklediğinin davalı Hükümet tarafından gösterilmesini beklemektedir.⁶⁷ Ele aldığımız kararlarda da, “müdahalenin meşru bir ya da birkaç amaca ulaşmak için demokratik bir toplumda gerekli olması” koşulu vurgulanmıştır.⁶⁸

⁶⁵ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 342-363-4.

⁶⁶ AİHS 8. Madde Rehberi, parag. 18; bkz.: *S.A.S. v. Fransa* [BD], BN. 43835/11, 1 Temmuz 2014, p. 114.

⁶⁷ *Mozer v. Moldova Cumhuriyeti ve Rusya* [BD], BN. 11138/10, 2016, p. 194; Mahkeme, örneğin, hükümetin amacı nüfus yoğunluğu nedeniyle emek piyasasını düzenlemekse, göç önlemlerini, düzenin korunmasından ziyade Madde 8 (2) çerçevesinde ülkenin ekonomik refahının sağlanması amacıyla ile meşru olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir, bkz.: *Berrehab v. Hollanda*, BN. 10730/84, 21 Haziran 1988, Series A no. 138, p. 26; Mahkeme, ayrıca, bir havalimanının genişletilmesi gibi büyük hükümet projelerini ekonomik refahın korunması bakımından meşru amaç olarak değerlendirmiştir. Bkz.: *Hatton ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* [BD], BN. 36022/97, 2003-VIII, p. 121.

⁶⁸ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 338; *In Centrum för Rattvisa v. İsveç*, p. 246.

b. Müdahalenin “Demokratik Bir Toplumda Gerekli” Olması Koşulu

Demokratik bir toplumda gerekli olma koşulunun değerlendirilmesi sırasında Mahkeme çoğu zaman, başvurucunun 8. madde ile korunan menfaatlerini, üçüncü bir kişinin Sözleşme ve Protokollerin diğer maddeleriyle korunan menfaatleri ile dengelemeye gerek duymaktadır.⁶⁹ Mahkeme, özel hayata müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması koşulunu çeşitli kararlarında vurgulamıştır; ele aldığımız bu kararlarında ise ek olarak demokratik toplumda gerekli olma koşulu çerçevesinde alınacak önlemin ulusal kanunların kalitesinin değerlendirilmesiyle hukukun üstünlüğünün sağlanacağını belirtmiştir.⁷⁰

Bir müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığını tespiti sırasında Mahkeme, başvurucunun hakları ile Devletin menfaatlerini dengelemektedir. Mahkeme, bu bağlamda “gerekli” ifadesinin “işe yarar”, “makul” veya “arzu edilen” ifadelerindeki esnekliğe sahip olmadığını ve belli bir müdahale bakımından “zorunlu bir toplumsal ihtiyacın” varlığının aranması gerektiğini belirtmiştir. Her olay bakımından zorunlu bir toplumsal ihtiyacın olup olmadığına ilişkin değerlendirme öncelikle iç hukukta yetkili makamlar tarafından yapılmaktadır. İç hukuk makamlarının bu konuda takdir yetkisinin olduğu kabul edilmektedir. Ancak, elbette idari kararlar Mahkeme tarafından değerlendirilecektir. Bir hakkın sınırlandırılması, güdülen meşru amaçla orantılı olmadığı sürece “demokratik bir toplumda gerekli” olduğu kabul edilemez.⁷¹

Mahkeme, önüne gelen önlemlerin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığını değerlendirirken, bir bütün olarak dava göz önüne alındığında bu önlemleri meşru kılmak için belirtilen gerekçelerin ilgili ve yeterli; önlemlerin güdülen meşru amaçlarla orantılı olup olmadığını göz önüne alacağını belirtmiştir.⁷² Ayrıca, Mahkeme, 8. madde bakımından “gerekliliğin” müdahalenin bir toplumsal ihtiyacın

⁶⁹ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 246-253; *In Centrum för Rättvisa v. İsveç*, p. 246-253.

⁷⁰ AİHS 8. Madde Rehberi, parag. 11;26; *Halford v. Birleşik Krallık*, BN. 22009/93, p. 49.

⁷¹ AİHS 8. Madde Rehberi, parag. 22. Bkz. *Dudgeon v. Birleşik Krallık*, p. 51-53.

⁷² *Z v. Finlandiya*, BN. 22009/93, p. 94.

karşılması için zorunlu ve özellikle güdülen amaçla orantılı olması gerektiği anlamına geldiğini ifade etmiştir. Bir müdahalenin “gerekli” olup olmadığını belirlerken Mahkeme kamu kurumlarına verilen takdir yetkisinin kapsamını dikkate alacaktır; ancak müdahalenin toplumsal bir gereksinimin karşılanması bakımından zorunlu olduğunu davalı Devlet gösterecektir.⁷³

Mahkeme, gizli gözetim faaliyetlerine ilişkin olan *Klass ve Diğerleri v. Almanya* kararında⁷⁴ “günümüzde çok gelişmiş casusluk biçimlerinin ve terörizmin demokratik toplumları tehdit ettiğini; bu tehditlerle etkin şekilde mücadele etmek için Devletin ülkesinde faaliyet gösteren bölücü gruplara karşı gizli gözetim önlemine başvurabilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Mahkemeye göre, “mektup, posta ve telekomünikasyonun gizli şekilde izlenmesine ilişkin mevzuatın, istisnai durumlarda, ulusal güvenlik ve/veya kamu düzeninin korunması ve suçun önlenmesi için demokratik bir toplumda gerekli olduğu kabul edilmelidir.” Ancak, Sözleşme uyarınca, vatandaşların gizli şekilde gözetimine yalnızca demokratik kurumların korunması amacıyla “kesin olarak gerekli” olduğunda izin verilebilir.⁷⁵ Buna göre, gizli gözetim önleminin demokratik kurumları korumak genel amacıyla yapılması ya da belli bir operasyon sırasında özel olarak yaşamsal verilerin elde edilmesi kesin olarak gereklilik olarak anlaşılabilir; bunlar söz konusu değilse kamu makamlarına kitle gözetimi konusunda izin verilmesi yetkilerini “kötüye kullanmaları” sonucunu ortaya çıkarır.⁷⁶

Mahkeme, müdahalenin meşru bir amaca ulaşmak için “demokratik bir toplumda gerekli olma” koşulunu değerlendirirken ulusal güvenliğin korunması meşru amacına ne şekilde ulaşılacağı konusunda ulusal makamların geniş bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir. Ancak Mahkeme, takdir marjına ilişkin değerlendirmesini mevzuatı, uygulamayı ve olayın bütün özellikleri dikkate alarak yapmalıdır. Bu çerçevede, alınacak olası önlemlerin kapsamı ve süresi, gerekçeleri, önlemlerin alınması, izin verme, yürütme ve onaylama konusunda yetkili makamlar; kararların ve uygulamanın denetlenmesi ve ulusal hukukta sağlanacak

⁷³ AİHS 8. Madde Rehberi, parag. 23, bkz. *Piechowicz v. Polonya*, BN. 20071/07, 17 Nisan 2012, p. 212.

⁷⁴ *Klass ve Diğerleri v. Almanya*, p. 48.

⁷⁵ AİHS 8. Madde Rehberi, parag. 526, bkz.: *Szabó ve Vissy v. Macaristan*, p. 72-73.

⁷⁶ AİHS 8. Madde Rehberi, parag. 526.

çözüm yolları göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.⁷⁷ Örneğin, ulusal güvenliğin korunması amacıyla yapılan gizli gözetim demokratik süreçlerin düzgün bir şekilde işlemlerini engelleyebilir. Bütün bu sebeplerle, yetkilerin kötüye kullanılmasına karşı yeterli ve etkin güvenceler sağlanmalıdır.⁷⁸

Mahkeme, Sözleşmede yer alan hakları sınırlayıcı önlemlerin emredilmesini ve uygulanmasını denetlerken “müdahalenin” “demokratik bir toplumda gerekli” olanla sınırlı olup olmadığını değerlendirmektedir.⁷⁹

Öncelikle, her iki kararda da çeşitli müdahalelerin birkaçı birlikte olsa dahi karmaşık yapıdaki suç örgütleri, terörizm ve yabancı devletlerin istihbaratı ile mücadelede iletişimin kitlesele gözetiminin yerini alamayacağı vurgulanmıştır. Büyük Daireye göre, iletişimin kitlesele gözetimi *per se* AİHS’ye aykırı değildir; taraf devletlerin kitle iletişiminin gözetimine ilişkin geniş bir takdir marjları vardır. Devletler ulusal güvenliklerini korumak için gerekli olan kitle gözetim rejimi oluşturabilirler. Başka bir ifadeyle, yalnızca kitle iletişimine müdahalenin çeşitli kanuni düzenlemelerde yer alması ve toplu müdahaleye ilişkin çeşitli uygulamalar 8. maddenin ihlali anlamına gelmemektedir.

c. Gereklilik ve Orantılılık (Ölçülülük) Koşulu

“Gereklilik ve orantılılık” ifadeleri *Big Brother Watch v. Birleşik Krallık* davasında 41, *In Centrum för Rattvisa v. İsveç* davasında ise 7 defa geçmektedir.

Mahkeme, gizli izlemeye izin veren mevzuatın Sözleşmeye aykırılığı iddiasını, müdahalenin hukuka uygun olup olmadığını denetlerken “kanuna uygun olma” ve “gereklilik” koşullarının birlikte ele alınmasının uygun olduğuna hükmetmiştir. Bu çerçevede “hukukun/mevzuatın kalitesi” yalnızca iç hukukun “erişilebilir ve uygulamasının öngörülebilir olması” anlamına gelmemektedir; bunun yanında gizli gözetim önlemleri özellikle kötüye kullanmaya karşı yeterli,

⁷⁷ *In Centrum för Rattvisa v. İsveç*, p. 253.

⁷⁸ *In Centrum för Rattvisa v. İsveç*, p. 248.

⁷⁹ *In Centrum för Rattvisa v. İsveç*, p. 253.

etkin koruma ve garantiler sağlamalı ve yalnızca “demokratik bir toplumda gerekli olduğunda” uygulanmalıdır.⁸⁰

AİHM, kitle gözetiminin kötüye kullanılması riskini en aza indirmek için sürecin “baştan sona bazı güvencelere” tabi olması gerektiği kanaatindedir. Baştan sona sağlanması gereken güvenceler, ulusal düzeyde, sürecin her aşamasında alınan önlemlerin “gerekliklik ve orantılılık” konusunda değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Bu çerçevede, kararlarda operasyonun henüz amacı ve kapsamı tanımlanırken, kitle gözetiminin henüz başında bağımsız bir otoriteden izin alınması ve operasyonun *ex post facto* ve bağımsız denetime tabi olması gerektiği vurgulanmaktadır.⁸¹

Kararlarda, yetkilendirmeye ilişkin izne ve sürecin denetlenmesine ilişkin güvencelerin, kitle gözetimi konusunda 8. madde çerçevesinde yapılan başvurular bakımından kilometre taşı olduğu belirtilmektedir. Ancak, Büyük Daire, yargı makamları tarafından kitle gözetimine izin verilmesinin “keyfiligi önlemek bakımından önemli bir güvence” olduğunu belirtmekle beraber “zorunlu” olmadığı konusunda Daire ile aynı görüştedir; her halükarda kitle gözetimi konusunda izin verecek kurum yürütmeden bağımsız olmalıdır.⁸²

Ayrıca, yetkinin kötüye kullanılmasını önlemek için izin verecek bağımsız kurum, müdahalenin amacı ve müdahale edilebilecek iletişim rotaları ya da iletişim sağlayıcıları konusunda kitle gözetimi konusunda yetki talep eden kurum tarafından bilgilendirilmelidir. Bu sayede, izin verecek bağımsız kurum kitlesel gözetim operasyonlarının ve yapılması düşünülen müdahalenin amacı ile servis sağlayıcıların (bearer) seçiminin gerekli ve orantılı olup olmadığını değerlendirecektir.⁸³

Zalneriute'e göre, kararlarda benimsenen gevşek ve usuli yaklaşım ile kitlesel gözetimin “vazgeçilmezliği” ve tehditlerle mücadele bakımından alternatifinin olmadığı vurgulanırken bu rejimler etkinlik ve orantılılık bakımından sorgulamamıştır. Yazar, kitlesel gözetimin ulusal

⁸⁰ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 334; *In Centrum för Rättvisa v. İsveç*, p. 248.

⁸¹ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 350.

⁸² *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 351.

⁸³ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 352.

güvenliğin sağlanması bakımından gerekli ve etkin olduğunun farz edildiğini belirtmektedir.⁸⁴

III. Mahkemenin Her Bir Davaya İlişkin Hükümleri

Kararlarda öncelikle, özellikle interneti kullanan uluslararası aktörlerden kaynaklanan tehlikelerin arttığından söz edilmiştir; bu sebeple devletlerin ulusal güvenliklerini korumak için seçecekleri gözetim yöntemleri konusunda geniş bir takdir marjına sahip oldukları belirtilmiştir. Bu sebeple, yalnızca kitlesele gözetim rejiminin mevcut olması 8. maddenin ihlal edilmesi anlamına gelmemektedir.

A. In Centrum för Rattvisa v. İsveç

Öngörülen sekiz güvenceyi, İsveç'in iletişime kitlesele müdahale rejimine uygulayan Mahkeme, İsveç istihbarat servislerinin Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmek için büyük özen gösterdiğini ve İsveç toplu dinleme rejiminin temel olarak Sözleşmede yer alan şartları karşıladığını belirtmiştir. Yukarıdaki sekiz güvenceyi değerlendiren Büyük Daire, İsveç'te kitle iletişime müdahaleye ilişkin mevzuatın "öngörülebilirlik" ve "demokratik toplum gerekleri" koşulları açısından, "yeterli" ve "etkin güvenceler" içerdiğine hükmetmiştir.

Mahkeme, İKİM rejimini sekiz güvence bakımından ele alarak ayrıntılı hukuk kuralları içerdiğine ve müdahaleyi açık bir şekilde sınırlamakta, uygun güvenceleri sağlamakta olduğuna hükmetmiştir. Bu çerçevede, kanunlarda, İsveç'te kitle iletişimine müdahaleye hangi sebeplerle izin verilebileceği;⁸⁵ keza İsveç'te kitle iletişimine hangi durumlarda müdahale edileceği ve müdahalenin denetimi yeterli açıklıkla düzenlenmiştir.⁸⁶ Bunlardan başka, izin alınırken izlenmesi gereken usul, İsveç kanunlarına göre, her istihbarat görevi çerçevesinde FRA tarafından yürütülecek izleme için önceden Dış İstihbarat Mahkemesinden⁸⁷ izin alınması gerekmektedir. Hiç şüphe yok ki, Dış İstihbarat Mahkemesi yürütmeden bağımsız olma şartını sağlamaktadır; kanunda, müdahalenin

⁸⁴ Zalnieriute, Monika: "Big Brother Watch and Others v. the UK International Decisions" American Journal of International Law, C. 116, S. 2, 2022, s. 590.

⁸⁵ In Centrum för Rattvisa v. İsveç, p. 284-288.

⁸⁶ In Centrum för Rattvisa v. İsveç, p. 289-294.

⁸⁷ Foreign Intelligence Court.

süresi ve denetlenmesi düzenlenmiştir. Müdahale neticesi elde edilen materyalin seçilmesi, incelenmesi ve kullanılması için getirilen usuller de kötüye kullanmaya karşı yeterli güvenceler içermektedir.⁸⁸ Keza, kanunlarda, elde edilmiş materyalin diğer devlet kurumlarına, yabancı devletlere ve örgütlere iletilmesi halinde alınması gereken önlemler de düzenlenmiştir.

Buna karşılık, İsveç Hukukunda müdahalenin süresine ilişkin sınırlamalar ve müdahale neticesinde elde edilen materyalin saklanmasına ve bu tür materyallerin silinmesine ve imha edilmesine ilişkin konular düzenlenmemiştir.⁸⁹

Denetim bakımından önemli olan, 8. maddenin orantısız olarak etkilenme riskinin sınırlanması ve iç hukukta gereklerinin uygulanmasını sağlamak için ilke olarak bağımsız bir organın denetim gerçekleştirmesi ve yargısal ön-yetkilendirme usulünün bulunmasıdır. Büyük Daire, İsveç kitle iletişim rejimine müdahale rejiminin kanunun kalitesi (quality of law) koşulunu karşıladığını ve uygulamanın da “demokratik toplum ve gereklilik” sınırları içinde olduğuna karar vermiştir. Bu tespitlerden sonra Büyük Daire, İKİM rejiminde üç temel eksiklik tespit etmiştir. Mevcut güvenceler bu eksiklikleri gidermemiştir ve büyük ölçüde özel hayata saygı yükümlülüğünün ihlaline sebep olabilirler. Mahkeme ele alınan rejimin üç eksiği olduğuna hükmetti; bunlardan ilki, İsveç hukukunda ele geçirilen materyallerin kişisel veri içermemesi halinde imha edilmelerine ve silinmelerine ilişkin açık bir kuralın bulunmamasıdır.⁹⁰ İkinci eksiklik, Sinyal İstihbaratı Kanununda ve ilgili diğer mevzuatta istihbarat materyallerinin yabancı ortaklara aktarılmasına ilişkin kararlar alınırken özel hayatın gizliliğinin dikkate alınmasına ilişkin şart/kriter/güvence bulunmamasıdır.⁹¹ İstihbarat değeri çok az olsa dahi haberleşmenin gizliliği ve özel hayatın gizliliği göz ardı edilerek bazı bilgilerin mekanik olarak yabancı istihbarat örgütlerine aktarılmasının bazı kişiler ve kurumlar bakımından çok ciddi sonuçları olabilir, bu şekilde yapılacak aktarımlar 8. madde bakımından orantısız tehlike yaratabilir. Ayrıca kanunlarda, FRA'ya yabancı istihbarat alıcısının kabul edilebilir bir teklif sunup sunmadığını belirlemek ve asgari düzeyde güvenlik önlemlerinin

⁸⁸ *In Centrum för Rättvisa v. İsveç*, p. 303-316.

⁸⁹ *In Centrum för Rättvisa v. İsveç*, p. 331-344.

⁹⁰ *In Centrum för Rättvisa v. İsveç*, p. 369-370.

⁹¹ *In Centrum för Rättvisa v. İsveç*, p. 369.

analiz edilmesi konusunda bağlayıcı bir yükümlülük getirilmemektedir.⁹² Son olarak, Mahkeme, iletişime kitlesele müdahaleye ilişkin şikayet ve soruşturmalara verilecek cevapların gerekçeli olması zorunluluğunun olmamasına atıf yaparak bunun temel hakların ihlal edilmesi halinde *ex post facto* denetim mekanizmasını zayıflatacağını belirtmektedir.⁹³

Müdahalenin son aşamalarında etkin bir denetim yolunun öngörülmemesi Mahkemenin süreç ilerledikçe 8. maddedeki haklara müdahalenin derecesinin artabileceği yaklaşımı ile bağdaşmamaktadır. Bütün bu sebeplerle, Büyük Daire, İsveç mevzuatının “baştan sona güvence” koşulunu karşılamaması dolayısıyla keyfilik ve kötüye kullanmaya karşı yeterli ve etkin garantiler içermediği gerekçesiyle 8. maddenin ihlaline hükmetmiştir.⁹⁴

B. Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık

1. 8. Maddenin İhlali İddiasına İlişkin Olarak

Birleşik Krallık kitlesele gözetimi rejiminin Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiği iddiasına ilişkin olarak; Mahkeme, kitlesele gözetimin Sözleşmeciler Devletler bakımından ulusal güvenliklerine yönelik tehditlerin belirlenmesi bakımından hayati önemini kabul ettiğini belirtmektedir. Terörizm Mevzuatı Bağımsız İnceleme Uzmanı⁹⁵ da çok sayıda kapalı materyali inceledikten sonra özellikle, teröristler, suçlular ve düşman yabancı istihbarat servisleri ve giderek daha sofistike bir hal alan terörizm ile mücadelede kitlesele gözetiminin önemine dikkat çekmiştir. İnternet'in doğası gereği belirli bir iletişimin gideceği yolun son derece belirsiz olması sebebiyle kitlesele gözetimin hedefli müdahale, insan kaynaklarının ve ticari siber savunma ürünlerinin kullanımı gibi alternatiflerinin birkaçı birarada uygulansa dahi kitle gözetiminin yerini alamayacağı anlaşılmaktadır.⁹⁶

Mahkeme, bir bütün olarak bakıldığında, Kanunun 8(4) maddesinde düzenlenen rejimin, yukarıda belirtilen bazı sağlam

⁹² *In Centrum för Rättvisa v. İsveç*, p. 371.

⁹³ *In Centrum för Rättvisa v. İsveç*, p. 354-365.

⁹⁴ *In Centrum för Rättvisa v. İsveç*, p. 368.

⁹⁵ Independent Reviewer of Terrorism Legislation.

⁹⁶ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 424.

güvenceleri⁹⁷ içerdiği; ancak bunların keyfilik ve suistimal riskine karşı baştan sona yeterli ve etkin güvenceler olmadığı görüşündedir.⁹⁸

Özellikle, söz konusu rejimde aşağıdaki temel eksiklikler tespit edilmiştir: bu eksiklikler, kitlesel gözetimine izin verecek bağımsız bir yetkilendirme kurumunun bulunmaması, seçici kategorilerinin kanunlarda yeterli açıklıkta düzenlenmemesi, izin başvurusuna dahil edilmesi gereken bilgiler ve bireye bağlı seçiciler spesifik hale getirilse de bunun önceden içeride bir denetime tabi tutulmamasıdır. Başka bir deyişle, servis sağlayıcılarından kitlesel metadata elde edilmesi yalnızca ciddi suçlarla mücadele amacı ile sınırlandırılmamakta; ayrıca bağımsız bir denetime tabi tutulmaları sebebiyle yürütülen programlara ilişkin kanun hükümleri “hukuka uygunluk” koşulunu karşılamamaktadır.⁹⁹

Bu eksiklikler, iletişim içeriklerinin (contents of communications) ve ilgili iletişim verilerinin ele geçirilmesiyle ilgilidir.¹⁰⁰ Mahkemeye göre, İletişimin Dinlenmesi Komiserliği¹⁰¹ bağımsız ve etkin olarak istihbarat servislerinin faaliyetlerini denetlese; Soruşturma Yetkili Mahkemesi¹⁰² iletişimine gizli servislerce müdahale edildiğini düşünen kişilere önemli bir yargısal başvuru imkanı sunsa da yukarıda belirtilen eksikliklere karşı yeterli güvenceler sağlamamaktadır.¹⁰³

Mahkeme, Kanunun 8(e) bölümünün “kanunun kalitesi” koşulunu karşılamaması sebebiyle müdahalenin demokratik toplum gerekleri çerçevesinde kalmasının mümkün olmadığını belirterek Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁰⁴ Kanunun 8(4) maddesi, bazı ciddi güvenceler içerse dahi bir bütün olarak incelendiğinde “kanunun kalitesi” koşulunu karşılamamakta, keyfiliğe ve kötüye kullanmaya karşı baştan sona yeterli ve etkin güvenceler içermemektedir. Bu eksiklikler, kitlesel gözetim rejimi çerçevesinde gerçekleşen “müdahalenin”

⁹⁷ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 425.

⁹⁸ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 426.

⁹⁹ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 518-519.

¹⁰⁰ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 416.

¹⁰¹ Interceptions of Communications Commissioner.

¹⁰² The Investigatory Powers Tribunal (IPT).

¹⁰³ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 425.

¹⁰⁴ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 426.

"demokratik bir toplumda gerekli" olanla sınırlı tutulmadığı anlamına gelmektedir; dolayısıyla, Sözleşmenin 8. maddesi ihlal edilmiştir.¹⁰⁵

Mahkeme, yabancı istihbarat servislerinden istihbarat elde edilmesi rejiminin "gerekli öngörülebilirlik" koşulunu karşıladığına ve güvenceler içerdiğine hükmetti. Bu çerçevede Mahkemeye göre, istihbarat servisleri, Sözleşmeye taraf olmayan devletlerden dinleme veya dinleme materyali talep etmesine veya bu materyale doğrudan erişmesine izin verilmesi söz konusu ise bağımsız denetime tabi olmalı ve ayrıca bağımsız geriye dönük inceleme mümkün olmalıdır. Mahkeme, incelemesini ABD Ulusal Güvenlik Ajansı'ndan (NSA) talep edilen dinleme materyalinin alınmasıyla ilgili şikayetle sınırlayarak, bu koşulların mevcut davada yerine getirildiğine ve elde edilen dinleme materyali (intercept material) talep etme ve elde etme rejiminin 8. maddeyi ihlal etmediğine hükmetmiştir.¹⁰⁶

2. 10. Maddenin İhlali İddiasına İlişkin Olarak

İstihbarat servisleri, kitle iletişimini gözetimleri sırasında gazeteciler veya haber kuruluşlarıyla ilgili seçicileri ve arama terimlerini kullandığında bazı gazetecilik materyallerine erişebilir. Burada çok kapsamlı verilere ulaşılabilceği için gazetecilerin kaynaklarını koruması çok zorlaşacaktır. Mahkemeye göre, istihbarat servisleri, gazeteciler ile bağlantılı olduğu bilinen veya gizli gazetecilik materyallerine ulaşmalarını sağlayacak seçici terimleri ya da arama terimlerini kullanmadan önce, bir yargıç ya da bağımsız, tarafsız bir karar organından bu seçicilerin ya da arama terimlerinin kullanılması konusunda izin almalıdır. İzin konusunda bir değerlendirme yapacak olan bu organ, "üstün bir kamu yararının izni gerekli kılıp kılmadığını" ve özellikle "üstün kamu yararına hizmet edebilecek daha az müdahaleci bir önlemin yeterli olup olmayacağını" belirleme yetkisine sahiptir.¹⁰⁷

Başvurucuların haber yapan kurumlar ve gazeteciler olmalarını dikkate alarak elektronik gözetim sırasında gizli gazetecilik belgelerinin, materyallerinin yeterince korunmamasını Büyük Daire tarafından ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir. Buna göre, gazetecilerin

¹⁰⁵ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 276.

¹⁰⁶ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 513, 514.

¹⁰⁷ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 457.

kaynaklarının ve gizli yazışmalarının korunması için gerekli güvencelelere sahip olmaması sebebiyle RIPA II. Bölümde öngörülen rejimin işleyişi “kanuna uygunluk” koşuluna aykırılık gerekçesiyle 10. madde ihlal edilmiştir.¹⁰⁸ Ancak, Mahkeme, yabancı istibarat servislerinden istihbarat elde edilmesinin 10. maddeyi ihlal etmediğine hükmetmiştir.

IV. Kararlara Yönelik Eleştiriler

A. Yargıçlar

Yargıç *Lemmens, Vehabovic ve Bosnyak*,¹⁰⁹ Mahkemenin nadiren toplumların geleceklerini şekillendirecek kararlar verdiğini ve incelediğimiz kararların da bunların örnekleri olduklarını belirtmekte ve kararı yeteri kadar ileri gitmedikleri gerekçesiyle eleştirmektedir. Yargıçlara göre, Mahkeme, eline geçen fırsatı kısmen değerlendirerek kitlesel gözetim sırasında 8. ve 10. maddelerin korunması için kapsamlı ilkeler geliştirmiştir. Ancak, Büyük Dairenin bu davaların incelenmesi sırasında genel olarak özel hayatın gizliliğine ve özel olarak haberleşmenin gizliliğine daha fazla ağırlık vermesi gerekirdi. Yargıçlara göre, Mahkeme ileride önüne gelecek ve kitle iletişimine müdahale sırasında belli bir kişinin haklarının ihlal edilip edilmediğine ilişkin davalarda demokratik toplum düzeninin ve demokratik değerlerin sağlanması yönünde daha ileri ilkeleri benimseyecektir. Keza, kararlar, orantısız müdahalelere ilişkin net maddi güvenceler içermemektedir; örneğin kitle iletişiminin gözetimi öncesinde yargı organından karar alınmasına ilişkin bir düzenleme olmalıdır. Ayrıca, Büyük Dairenin çoğunluğunun aksine, bu üç yargıca ek olarak Yargıç *Ranzoni*, Birleşik Krallık’ın diğer ülkelerin istihbarat servislerinden veri ve istihbarat temin etmesinin de 8. ve 10. maddelerin ihlaline yol açabileceği görüşündedir.¹¹⁰

Yargıç *Pinto De Albuquerque* ise karşıt görüşünde, öncelikle kararların dilinin son derece muğlak olmasını eleştiriyor. Muğlak bir dil kullanmak çoğu zaman ilgili devletin kararın uygulanması konusundaki takdir yetkisini arttırırken bazen kararlarda yargıçların tereddütlerini açığa çıkarmaktadır. Böyle bir durum, Mahkemenin otoritesi sarsabilir ve kararlara oluşturmamak istenen standartları da zayıflatabilir. Yargıç,

¹⁰⁸ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, p. 522, 528.

¹⁰⁹ Yargıçların kısmi görüşleri (partially concurred that).

¹¹⁰ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, Joint partly dissenting opinion of Judges Lemmens, Vehabović, Ranzoni and Bošnjak.

Avrupa'da bazı kötü niyetli gizli servislerin Mahkemenin gevşek bir şekilde formüle ettiği kanuni standartlardan yararlanacağını ve eninde sonunda masum kişilerin bundan zarar göreceğini belirtmektedir.¹¹¹ Yargıç, AIHM'in sağladığı korumanın Avrupa Birliği Adalet Divanının sağladığı korumanın dahi gerisinde kaldığını belirtiyor. Keza, kararla kitlesele gözetiminin yararlı olması halinde *fait accompli* haline getirildiğini halbuki "yararlı olmanın" "demokratik toplumda gereklilik" ve "orantılılık" ile aynı anlama gelmediğini belirtmektedir. Bu kararlar, kitle izlenmesi konusunda geliştirilecek hukukun etkileyecektir. Yargıç günümüzde 23 Avrupa ülkesinin açık ya da üstü kapalı olarak hedefli olmayan veri müdahalesini yasakladığını; yalnızca yedi Avrupa Konseyi üyesi ülkede kitlesele müdahaleye ilişkin düzenlemelerin olduğunu belirtmektedir.

B. Doktrindeki Eleştiriler

Hemen belirtelim ki, atıf yapacağımız yazarlar, incelediğimiz kararları çeşitli sebeplerle eleştirmektedirler. *Zalnieriuete*, kararları son derece zayıf olmaları ve büyük ölçüde savunmada kaldıkları gerekçesi ile eleştirmektedir. Yazara göre, bağımsız bir kurum tarafından yapılacak *ex post facto* denetim kitlesele müdahale rejiminin temeli olmalıdır; oysa kararlarda sayılan güvencelerin kanunlarda düzenlenmesi halinde rejimin 8. maddeye uygun olacağı belirtilmektedir. Kararlarda maddi hukuka uygun bir uygulamanın denetlenmesinden ya da mevcut rejimin etkinliğinden ziyade kanunlarda usulî güvencelerin mevcut olup olmadığı üzerinde durulmuştur. Yazara göre, Mahkeme açısından usulî güvenceler o kadar önemlidir ki, Mahkemenin bu davalar bakımından tüm yaptığı neredeyse altı Weber güvencesini bir ölçüde genişletmekten ibarettir.¹¹²

Doktrinde, ayrıca istihbarat verilerinin yabancı ülke istihbarat kurumlarına da verilmesi bakımından insan hakları hukuku bakımından ülke dışılık söz konusu olmasına rağmen kararlarda ülke dışılığa değinilmemesi eleştirilmektedir. *Asaf*, kararlarda ülke dışı uygulamaların ve istihbarat paylaşımı rejimlerinin yeterli bir şekilde incelenmemesini

¹¹¹ *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık*, partly concurring and partly dissenting opinion of the Judge Pinto de Albuquerque *In Centrum för Rättvisa v. İsveç* concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque.

¹¹² Zalnieriuete, Monika: "Big Brother Watch and Others v. the UK International Decisions" *American Journal of International Law*, C. 116, S. 2, 2022, s. 585-592, 589.

eleştirmektedir. Yazara göre, her iki konuda da Mahkemenin yeterli inceleme yapmamasının nedenlerini anlamak güçtür. Özellikle, istihbarat paylaşımı konusunda Büyük Daire, genel ve sınırlı bir çerçeve rejim vurgusu ile yetinmiştir; çerçeve rejim ise ortaya çıkabilecek bütün sorunlara çözüm getirmekten uzaktır. Keza, istihbarat paylaşımı konusunda getirilen çerçeve rejimde “baştan sona güvence” yaklaşımı benimsememiştir.¹¹³

Milanovic, kararlarla kitlesel gözetimin/kitlesel müdahalelerin normalleştirildiğinden söz etmektedir. Yazar, kararlarda ilgili ülkelerde uygulanmakta olan rejimin büyük ölçüde “demokratik toplumda gerekli olma” sınırları içinde kaldığının belirtildiğini; kararların özel hayatın korunması bakımından bir başarı, zafer olarak nitelenemeyeceğini vurgulamaktadır. Keza yazar, özellikle *Big Brother Watch and Others v. Birleşik Krallık* davasında ülke dışılık sorununun ele alınmadığını oysa ki kitlesel müdahalelerin çoğu kez devletlerin ülkeleri dışındaki kişilerin iletişiminden elde edilen verilere ilişkin olduğunu belirtiyor. Yazar, sekiz güvencenin toptan bir orantılılık testine tabi tutulacağına ilişkin paragrafları da eleştiriliyor; bu sayede, bir güvencedeki eksikliğin diğer bir güvence ile kapatılabileceğine ilişkin bir tespitte bulunuyor.¹¹⁴ Bu görüşte kısmi bir haklılık payı olsa da kararda tam olarak kastedilenin bu olmadığı görüşündeyiz. Kanımızca, kararlarda baştan sona güvenceler öngörülmesi sayesinde ilk aşamadaki eksiklikler sonraki aşamalarda Sekiz Güvencenin sağlanması ve bunların uygulanması ile 8. madde ihlalleri bir ölçüde önlenebilecektir.

Rusinova ise, Mahkemenin kitle iletişimine müdahaleyi teröristlerle ve suçlularla mücadele için toplu gözetim ile rekabet edebilecek bir yöntemin olmadığına ilişkin yaklaşımını eleştiriyor ve bunun tek taraflı bir bakış açısını yansıttığını belirtiyor. Yazar, devletlerin bireylerin verilerinin toplanması ve verilerin analizi konusundaki isteği, iştahı konusunda sessiz kalmasını eleştirmektedir. Yazara göre, 10 yıl evvel büyük verinin depolanması ve işlenmesi bu derece mümkün değilken Mahkeme kararlarında hedefli müdahaleleri ele alıp değerlendirmiş bu kararlarında ise hedefli müdahalelerin kitle

¹¹³ Lubin: s. 606.

¹¹⁴ Milanovic, Marko: ‘The Grand Normalization of Mass Surveillance: ECtHR Grand Chamber Judgments in *Big Brother Watch and Centrum för Rättvisa*’ (2021) *The Grand Normalization of Mass Surveillance: ECtHR Grand Chamber Judgments in *Big Brother Watch and Centrum för rättvisa* – EJIL: Talk! (ejiltalk.org).*

müdahalarına bir alternatif olup olamayacağı konusunda dahi sessiz kalmıştır.¹¹⁵

Turanjanin ise, kararlarda kitle iletişiminin gözetimine ilişkin uluslararası alanda basılmış çok sayıdaki eserlerin göz ardı edildiğini belirttiikten sonra kararlarda yer alan güvencelerin demokratik toplumun sağlanması için daha da geliştirilmesi gereğine ve bu güvencelerin uygulanması sırasında da bazı sorunların ortaya çıkabileceğine vurgu yapmaktadır.¹¹⁶

Massimo, büyük veri çağında ulusal güvenliğin korunması amacıyla yaptığı müdahalelere, saklanması, analiz ve verilerin gözetimi ve metadata konularında üstü kapalı olarak istihbarat servislerine ve hükümetlere gereğinden fazla güvenildiğini vurguluyor. Teknoloji devrimi sonrası ortaya çıkan büyük veri çerçevesinde internette insan haklarının korunması konusunda hedefli gözetim kuralları çerçevesinde hareket edilerek sınırlı bir ilerlemenin sağlandığını belirtiyor. Keza, kitlesele gözetime ilişkin davalarda önemli bir fırsatın kaçırıldığını, gelecekte önüne gelecek davalarda benzeri konuları tekrar ele alacağını ve ilerleyen teknoloji karşısında insan haklarının daha etkin bir biçimde korunmasına yönelik kararların çıkacağını vurguluyor.¹¹⁷

SONUÇ

Ele aldığımız davalarda AİHM ilgili ülkelerin kitle gözetim rejimlerinin AİHS'nin 8. ve 10. maddelerine uygunluğunu denetlemiştir. Bu kararların dikkat çeken özelliklerini belli başlıklar altında toplarsak, öncelikle, Mahkeme, davalarda soyut olarak (*in abstantio*) yani herhangi bir somut mağduriyet iddiasında bulunulmadan, başvurucuların iç başvuru

¹¹⁵ Rusinova, Vera: "European Perspective on Privacy and Mass Surveillance at the Crossroads, Basic Research Program", Working Papers, National Research University Higher School of Economics, Series: LAW WP BRP 87/LAW/ 2019. (<https://www.hse.ru/data/2019/03/06/1198896570/87LAW2019.pdf>, Erişim: 05.04.2023)

¹¹⁶ Turanjanin: s.132.

¹¹⁷ Frigo, Massimo: "Big Brother Watch v. UK: A Landmark Judgment Missing the Mark", International Commission of Jurists, (Big Brother Watch v. UK: A Landmark Judgment Missing the Mark - *Opinio Juris* Erişim: 04/06/2021).

yollarını tüketmesini aramadan devletlerin kitle gözetim rejimlerinin, kanunlarının Sözleşmeye uygunluğunu denetlemiştir. Bunun devamında ise, kararlarda kitle iletişiminin gözetimini düzenleyen mevzuatın içermesi gereken minimum güvenceleri belirlemiştir; bunu yaparken önceki bazı kararlarında da ele aldığı üzere “kanunların kalitesi” kavramı üzerinde durmuş, neredeyse davalı devlet yasama organlarına yukarıda belirttiğimiz usule ilişkin bazı minimum güvenceleri dikte etmiştir. Keza, Mahkeme kararlarda 8. maddeye uygunluğu denetlerken sırayla yararlandığı üçlü denetimden bir ölçüde uzaklaşarak “kanunun kalitesi” kavramı ile demokratik devletin gereklerini birlikte değerlendirmiştir.

Mahkeme, kural olarak Sözleşmede yer alan haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişi ve kişi gruplarının (mağdurların) başvurularını kabul etmekte; önüne getirilen kanunun Sözleşmeye uygunluğunu soyut olarak denetlememektedir. Söz konusu davalarda ise başvuruçuların *in abstracto* iddiaları ele alındığı için Mahkemenin yaklaşımı diğer davalardan farklı olmuştur. Bunun sebebi hiç kuşkusuz, ele alınan mevzuatın henüz başvuruçulara uygulanıp uygulanmadığının bilinmiyor olmasıdır. Uygulama dahi bilinmezken bir mağduriyetin doğup doğmadığını tespit etmek neredeyse imkansızdır. Bu sebeplerle, Mahkemenin iç başvuru yollarını tüketme şartını aramaması devletleri ikincillik ilkesi açısından tedirgin edebilir. 15 nolu Protokolle getirilen ikincillik ilkesinin nedenlerinden biri bu tür kararların engellenmesi iken Mahkeme bu kararlarıyla ikincillik ilkesini kitle gözetimine ilişkin kararlar bakımından bir ölçüde devre dışı bırakmıştır.

Mahkeme önceki kararlarında hedefli gözetimlere ilişkin usulî güvenceleri öngörmüşse de ele aldığımız davalarda kitle iletişiminin gözetimi söz konusu olduğu için eski kararlarıyla bir ölçüde örtüşse de usulî güvenceleri daha da genişleterek yeni bir içtihat yaratma yoluna gitmiştir. Kararlarda kitle gözetimi rejimlerinin içermesi gereken güvenceler ele alınmış ve belirlenmiştir. Davalı devletlerin iletişimin gözetimine ilişkin mevzuatları ele alınarak özellikle 8. maddeye uygunluğun sağlanması için mevzuatın içermesi gereken güvenceler tek tek sayılmıştır. Kararlarda kitle iletişimine müdahale rejimlerinin baştan sona içermesi gereken güvenceler aranmıştır; bunun gerekçesi gözetime ilişkin süreçlerin ilerledikçe daha ağır özel hayat ihlallerinin ortaya çıkabileceği gerçeğidir.

Kararlarda Mahkemenin 8. madde kapsamında yaptığı denetimlerde yararlandığı üçlü denetim yönteminden de bir ölçüde

uzaklaşıldığı görülmektedir. Bu çerçevede, kararlarda demokratik toplum gerekleri koşulu ile kanuna uygunluk koşulunun birlikte değerlendirilmesi dikkat çekmektedir. Başka bir deyişle, kararlarda belirlenen ve açıklanan sekiz usulî güvencenin ilgili kanunlarda bulunması halinde “demokratik toplum gerekleri” koşulu sağlanmış olacaktır. Daha önceki bazı kararlarında da benzeri yöntemi benimseyen Mahkeme ele aldığımız kararlarda özellikle kitle iletişiminin gözetimine ilişkin konularda bu içtihadını geliştirmiştir.

Kararlarda öngörülen sekiz usulî güvence ile kanun yapımında devletin, yasama organlarının takdir marjının bir ölçüde sınırlandırıldığı söylenebilir. Kitlesele gözetimde yürütmenin gücünü kötüye kullanmasını önlemek için kanunlarda bulunması gereken usulî güvencelere ağırlık verilmiştir.

Son olarak, her iki kararda da yer alan en temel paragraflarından birini aşağıda belirtmek istiyoruz.

“Mahkeme, gizli gözetime izin veren mevzuatın Sözleşmeye aykırılığı iddiasını, müdahalenin hukuka uygun olup olmadığını denetlerken ‘kanuna uygun olma’ ve ‘gerekliklik’ koşullarının birlikte ele alınmasının uygun olduğuna hükmetmiştir. Bu çerçevede ‘kanunun kalitesi’ ile yalnızca ilgili kanunların ‘erişilebilir ve uygulamasının öngörülebilir olması’ aranmamaktadır; bunun yanında gizli gözetim önlemlerinin özellikle kötüye kullanmasının önlenmesi için kanunlarda yeterli, etkin koruma ve garantiler sağlanmalı ve söz konusu önlemler yalnızca ‘demokratik bir toplumda gerekli olduğunda’ uygulanmalıdır.”

Teknoloji geliştikçe insan hakları ile ilişkisinin ve bu konudaki tartışmaların artacağı şimdiden söylebilir. Mahkemenin ileride önüne gelecek teknoloji kullanımına ilişkin benzer davalarda içihat yaratması, ulusal hukuklar ve Anayasa Mahkemeleri açısından çok değerli olacaktır. Son olarak, bu kararların, ileride daha da tartışmalı hale gelecek bilişim teknolojilerinin istihbarat örgütleri tarafından kullanılması ve insan haklarına etkilerinin düzenleneceği, Avrupa Konseyi bünyesinde yapılacak bir sözleşmeye ön ayak olması çağın gerekleriyle uyumlu olacaktır.

KAYNAKÇA

‘Centrum för Rattvisa v. Sweden’,

<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/centrum-rattvisa-v-sweden/>, erişim tarihi:10.11.2022

Domazet, Siniza/Dinic, Slavica: “International Legal Aspects of Mass Surveillance and Implications of Privacy”, *Kultura Polisa*, C. 19, S. 1, 2022, s. 79-97.

Friedrich, Hannah: “Protecting Privacy or Enabling Invasion?: Safeguards for Mass Surveillance in Europe”, *Human Rights Brief*, C. 25, S. 1, 2021, s. 68-69.

Frigo, Massimo: “Big Brother Watch v. UK: A Landmark Judgment Missing the Mark”, *International Commission of Jurists*, (Big Brother Watch v. UK: A Landmark Judgment Missing the Mark - *Opinio Juris* Erişim: 04/06/2021)

Gerards, Janneke: *General Principles of European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

Güzey, Emre: “AİHM Kararları Çerçevesinde Kitlelerin İstihbarat Maksatlı Gözetimi”, *SAVSAD Savunma ve Savaş Araştırmaları Dergisi*, C. 30, S. 2, 2020, s.197-208.

Kaplan, Onur: ““Hukuk Devleti” Bağlamında Kanun Kalitesi, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, C. 10, S.23, 2018, s. 83-118.

Kosta, Eleni: “Algorithmic state surveillance: Challenging the Notion of Agency in Human Rights”, *Regulation & Governance*, C.16, S. 1, 2020, s. 212-224.

Lubin, Asaf: “Introductory Note to Big Brother Watch v. UK (Eur. Ct. H. R. Grand Chamber)”, *International Legal Materials*, C. 61, S. 4, 2022, s. 605-653.

Milanovic, Marko: “Intelligence Sharing in Multinational Military Operations and Complicity under International Law”, *International Law Studies*, C. 97, 2021, s. 1269-1403.

Milanovic, Marko: “The Grand Normalization of Mass Surveillance: ECtHR Grand Chamber Judgments in Big Brother Watch and Centrum för Rattvisa” (<https://www.ejiltalk.org/the-grand-normalization-of-mass-surveillance-ecthr-grand-chamber-judgments-in-big-brother-watch-and-centrum-for-rattvisa/> Erişim: 26/05/2021)

Molu, Benan: “İHAM Büyük Dairesi’nin Brother Watch v. Birleşik Krallık kararlarının özet çevirisi: Kitlel dinleme ve iletişim hizmeti sağlayıcılarından iletişim verilerinin alınması rejimi, özel hayatı ve ifade özgürlüğünü ihlal eder.”,

Anayasa Gündemi, 2021. (<https://anayasagundemi.com/2021/06/25/ihambuyuk-dairesinin-big-brother-watch-ve-digerleri-v-birlesik-krallik-kararinin-ozet-cevirisi-kitleles-dinleme-ve-iletisim-hizmeti-saglayicilarindan-iletisim-verilerinin-alinmasi/> Erişim Tarihi: 25/06/2021)

Rusinova, Vera: “European Perspective on Privacy and Mass Surveillance at the Crossroads, Basic Research Program”, Working Papers, National Research University Higher School of Economics, Series: LAW WP BRP 87/LAW/ 2019. (<https://www.hse.ru/data/2019/03/06/1198896570/87LAW2019.pdf>, Erişim: 05.04.2023)

Sloot, Bart van der/Kosta, Eleni: “Big Brother Watch and Others v UK: Lessons from the Latest Strasbourg Ruling on Bulk Surveillance” *European Data Protection Law Review*, C. 5, S. 2, 2019, s. 252-261.

Sloot, Bart van der: “Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom & Centrum for Rattvisa v. Sweden: Does the Grand Chamber Set Back the Clock in Mass Surveillance Cases?”, *European Data Protection Law Review*, C. 7, S. 2, 2021, s. 319-326.

Sloot, Bart van der: “The Quality of Law: How the European Court of Human Rights Gradually Became a European Constitutional Court for Privacy Cases”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law: JIPITEC*, C. 11, S. 2, 2020, s. 160-185.

Turanjanin, Veljko: “When does bulk interception of communications violate the right to privacy? The limits of the state’s power and European Court of Human Rights Approach”, *International Cybersecurity Law Review*, C. 4, S.1, 2023, s.115-136.

Yokuş Sevik, Handan: “Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.67, 2006, s.41-56.

Zalnieriute, Monika: “Big Brother Watch and Others v. the UK International Decisions” *American Journal of International Law*, C. 116, S. 2, 2022, s.585-592.

AİHM KARARLARI

Berrehab v. Hollanda, BN. 10730/84, 21 Haziran 1988, Series A no. 138.

Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom, BN. 58170/13, 62322/14 and 24960/15 (ECtHR May 25, 2021).

Centrum för Rättvisa v. Sweden, BN. 35252/08 (ECtHR May 25, 2021)

Dragojević v. Hırvatısyarı, BN. 68955/11, 15 Ocak 2015.

Dudgeon v. Birleşik Krallık, 22 Ekim 1981, Series A no. 45.

European Court of Human Rights, May 2021, Big Brother Watch and Others v. The UK (GC)-58170/13, 62322/14 and 24960/15, Information Note on the Court's Case-law 251

European Court of Human Rights, May 2021, Centrum för Ratvısa v. Sweden (GC)- 35252/08, Information Note on the Court's Case-law.

Fernández Martínez v. İspanya [BD], BN. 56030/07, 2014.

Halford v. Birleşik Krallık, BN. 22009/93, 25 Haziran 1997.

Hatton ve Diğerleri v. Birleşik Krallık [BD], BN. 36022/97, 2003-VIII.

Huvig v. France, 24 Nisan 1990, Series A no. 176-B.

Kennedy v. Birleşik Krallık, BN. 26839/05, 18 Mayıs 2010.

Klass and Others v. Almanya, BN. 5029/71, 6 Eylül 1978, A 28.

Kruslin v. France, 24 Nisan 1990, Series A no. 176-A.

Mozer v. Moldova Cumhuriyeti ve Rusya [BD], BN. 11138/10, 2016.

Piechowicz v. Polonya, BN. 20071/07, 17 Nisan 2012.

Roman Zakharov v. Rusya, [BD], BN. 47143/06, 2015.

S.A.S. v. Fransa [BD], BN. 43835/11, 1 Temmuz 2014.

Shimovolos v. Rusya, BN. 30194/09, 21 Haziran 2011.

Silver ve Diğerleri v. Birleşik, 25 Mart 1983, Series A no. 61.

Slivenko v. Letonya [BD], BN. 48312/99, 9 Ekim 2003.

Szabó and Vıssy v. Macarıstan, BN. 37138/14, 12 Ocak 2016

Weber and Saravia v. Almanya , BN.:54934/00, 29 Haziran 2006.

Z v. Finlandiya, BN. 22009/93, 25 Şubat 1997.

THE HISTORICAL and CONTEMPORARY CONTEXT of THE ‘FORCED TRANSFER of THE ETHNIC GROUPS’ FROM HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE: THE BALKAN CASE

Research Article

*Burcu TAŞKIN**

ABSTRACT

Since the 1990s, crimes against humanity have been codified in different international treaties such as the Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (1993) and the Rome Statute of the International Criminal Court (1998). The Rome Statute provides the most recent and broad list of criminal acts that may constitute crimes against humanity, including forced migration. However, in the early 20th cc, within Southeastern Europe, population transfers were legitimated by the bilateral agreements based on so-called liberating actions and supported by the international institutions as a tool to sustain peace in the region. This paper by analyzing the bilateral agreements and population transfers between the Balkan states aims to answer these main questions: Why did ‘forcible transfer of population’ began to be defined as ‘a crime against humanity’ by the UN in 1998 but not before? Why population and especially minority transfers were seen as a mean for peace before 1990s? The comparative approach of this paper based mainly on the Balkan region, by displaying the historical and contemporary contexts of

* **Doç. Dr.**, Medeniyet Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, **ORCID ID:** 0000-0003-4504-2098, **e-posta:** burcu.taskin@medeniyet.edu.tr **DOI:** 10.69958/ihy.1571405

Makalenin Geliş Tarihi: 31.10.2024
Makalenin Kabul Tarihi: 10.12.2024

population transfers, suggests a new theoretical framework that the early population transfers and contemporary displaced population are different in terms of 4 issues: legal frameworks; the impact on national identity; the geographical extension and lastly reintegration and return policies.

Keywords: *Forcible Transfer of Population, Immigrants, Minorities, International Criminal Court (ICC), The Balkans*

İNSAN HAKLARI AÇISINDAN ETNİK GRUPLARIN ZORUNLU GÖÇLERİNİN TARİHSEL ve GÜNCEL BAĞLAMDA ANALİZİ: BALKANLAR ÖRNEĞİ

ÖZET

1990'lı yıllardan bu yana insanlığa karşı işlenen suçlar, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (1993) ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (1998) gibi çeşitli uluslararası antlaşmalarda düzenlenmiştir. Roma Statüsü, zorunlu göç de dahil olmak üzere insanlığa karşı suç teşkil edebilecek belirli fiillerin en güncel ve kapsamlı listesini sunmaktadır. Diğer yandan 20. yüzyılın başlarında Güneydoğu Avrupa'da nüfus transferleri, bölgedeki barışı sağlamak için uluslararası kurumların desteğiyle sözde kurtarıcı eylemlere dayanan ikili antlaşmalarla meşrulaştırılmıştır. Bu makale, Balkan devletleri arasındaki ikili anlaşmaları ve nüfus transferlerini analiz ederek şu temel sorulara yanıt vermeyi amaçlamaktadır: Zorunlu nüfus transferi neden daha önceki bir tarihte değil de, 1998'de BM tarafından 'insanlığa karşı suç' olarak tanımlanmaya başlanmıştır? 1990'lı yıllardan önce nüfus ve özellikle azınlık transferleri neden barış için bir araç olarak görülüyordu? Bu makalenin özellikle Balkan bölgesine dayanan karşılaştırmalı yaklaşımı, nüfus transferlerinin tarihsel ve güncel bağlamlarını göstererek, erken dönem nüfus transferleri ile günümüzdeki yerinden edilenler arasında yeni bir kuramsal çerçeve çizmektedir. Nüfus transferleri şu dört konuda farklılık göstermektedir: yasal çerçeveler; ulusal kimlik üzerindeki etkileri; geniş coğrafi etkiler ve gruplar arası yeniden uyum ile geri dönüş politikaları.

Anahtar Kelimeler: Zorunlu Nüfus Transferi, Göçmenler, Azınlıklar, Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM), Balkanlar

INTRODUCTION

Forced migration is a central theme of history. Since the Second World War (WW2), it tried to be analyzed from a more humanitarian perspective rather than a tool for security, and starting from the 1990s, population transfer became an issue arising often in areas of ethnic tension from Middle-East, to Eastern Europe, Caucasus and Balkan region. On the other hand, population exchanges were a very common policy in the Balkan region in the early 20th century, and they were legally and detailed defined by the bilateral agreements and they include mostly the expulsion of Muslim groups, who are seen as ‘Ottoman Heritage’ that threatens the national security and homogenization.¹

In the late Ottoman period, there were two significant waves of migration from the Balkans to Türkiye: the migrations caused by the Russian-Ottoman War of 1877-1878 and the migrations that were caused by the Balkan wars of 1912-1913. After these wars, more than half a million Muslim refugees from the Russian Caucasus and the areas south of the Danube, which were under Russian protection, were settled in the Ottoman Empire.² Every emerging predominately Christian state in the Balkans eventually forced at least part of its Muslim population to flee the country. These nineteenth and twentieth century wars and population exchanges resulted in around one and a half million Muslims being expelled or forced to migrate, almost exclusively to Türkiye. During these periods for the Balkan peoples, religion compared to language has been a factor that has strongly influenced these migrations. The ruling Unity and Progress Party (*İttihat ve Terakki*) has taken up the issue of emigration by signing an agreement on population exchange.³ The relocation of

¹ Maria, Todorova: “The Ottoman Legacy in the Balkans,” In *Imperial Legacy: The Ottoman Imprint in the Balkans and the Middle East*, Ed. Carl Brown, 1997, New York: Columbia University Press.

² Justin, McCarthy: *Death and Exile: The Ethnic Cleansing of Ottoman Muslims, 1821-1922*, 1996, p.90. According to McCarthy, the Ottoman Empire had already taken in over a million Caucasus refugees before the Russo-Turkish War of 1877/1878. They had been expelled after the Crimean War (1853–1856) and in the wake of the Russian conquest and pacification of the North Caucasus (1864).

³ Dündar, Fuat: *İttihat ve Terakki’nin Müslümanları İskân Politikası (1913-1918)*, 2001, İstanbul, İletişim Yayınları.

immigrants from the Balkans to Anatolian lands has been mainly in the border regions near Thrace, where the population was largely non-Muslim.⁴ The Congress of Berlin was convened in 1878 to negotiate the modalities of the joint supremacy of European powers in Southeast Europe and especially to clamp down on Russia’s hegemonic claims. The Congress, however, did not succeed in bringing about a lasting peace in Southeast Europe.⁵ On the contrary, the Berlin agreements had grave implications for religious and ethnic populations, who had suddenly become minorities and had to fear expulsions resulting from segregationist practices. As a conclusion while only 38 percent of the Muslim population living in the Balkans region in the year 1911 remained in 1923, the rest had been expelled, had fled, had died in the battle or had been massacred.⁶

In general, these bilateral agreements are part of a broader series of state-directed population resettlement projects starting with the Second Balkan War and later in the interwar period that had the demographic homogenization of nation-states in Southeastern Europe. Hence they enabled demographic engineering. The process also caused institutionalization of nation-states and international organizations on settlement laws.⁷ These expelled groups were forbidden to return to their home-lands as well. As a result, since Ottoman period, Anatolia became the safe haven for the Muslim groups who had to flee from their lands due to suppression, violence or subordination.

⁴ Erjada, Progonati, “A Historical Framework for the Balkan Migrations to Turkey”, ANKASAM, 2017. <https://www.ankasam.org/a-historical-framework-for-the-balkan-migrations-to-turkey/?lang=en>

⁵ Misha, Glenny: *The Balkans: 1804–1999: Nationalism, War and the Great Powers*, London 1999; Barbara, Jelavich: *Russia’s Balkan Entanglements 1806–1914*, Cambridge 1991.

⁶ Nesim, Şeker: “Forced Population Movements in the Ottoman Empire and the Early Turkish Republic:

An Attempt at Reassessment through Demographic Engineering”, *European Journal of Turkish Studies*, 2013.

⁷ Prior to 1923 population exchange, there had been little official organization of migration and settlement in Turkey. In 1913 the Dep Settlement and Tribes had been organized but was inadequate. So on November 8, 1923, a Ministry of Reconstruction, Exchange, and Settlement was established.

While some of these bilateral agreements include compulsory population exchange of the co-nationals between the kin-states, many of them are regulated as voluntary transfer, which later through the pressures from the nation states and dominant nationalist groups, became a forced one. Repressive measures were also undertaken to encourage migration and create a right atmosphere for it. The emigration of non-Slavic or Muslim groups were mainly such that, largely supported given that they were not seen as groups that could be fully assimilated. This was same for the non-Muslim groups within Türkiye.⁸ Therefore, although since 1998, “deportation or forcible transfer of population” has been defined as a crime against humanity by the Article 7 of the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC)⁹, in the early 20th cc, within Southeastern Europe, they were legitimated based on so-called liberating actions and supported by the international institution as a tool to sustain peace in the region. Migration policy was preferred rather than ethnic cleansing as a means for solution to the ‘minority problem’. That is why usually these treaties are named as peace or friendship agreements.

Why was ICC established and ‘forcible transfer of population’ began to be defined as ‘a crime against humanity’ by the UN in 1998 but not before? Why population and especially minority transfers were seen as a mean for peace before 1990s? Why haven’t the international courts made distinction between the crime of deportation between the states and within the states? For this purpose, it will first give brief information about the various definitions of minorities and the development of the ‘protection of minority rights’ idea. In the second section the bilateral agreements between the newly emerged Balkan countries (19th -20th cc) will be analyzed and compared in order to show the legal justifications and impact of population transfers. The third and main part will focus on the Article 7 “forcible population transfer” issue in the 1998 Rome Statute of the International Criminal Court and discuss the rationality behind this improvement from the human rights perspective. Later, comparison and conceptualizing of forced population movements in the Balkans during the early 20th century and 1990s will be presented.

⁸Utku Özer / Burcu Taşkın, “The Human Rights Action Plan and Turkey’s Non-Muslim Minorities”, *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, 22.1, 2023, 63–93.

⁹ M. Cherif, Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Law*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 312

1. Definition of Minorities

Minority issues and deportation of different groups have long been a delicate topic for states. Therefore, because it is the governments that make international law, it is not a surprise that international minority rights, protection of these rights and forcible transfer of these populations have lagged behind the definition of other branches of human rights.¹⁰ Until the second half of the 20th cc., the use of human rights language to improve the treatment of minority and disadvantaged groups were not highly preferred. Not surprisingly, before the 1990s, there were no significant international human rights institutions addressing minorities. Particularly following the collapse of communism in Eastern Europe, there was a rapid growth in the number of minority-related NGOs, and the 'minority issue' has taken place on the agenda at national, regional and international levels.

The Ottomans did not use the term 'minority' (ekalliyet) and, until the collapse of the empire, did not grant minority status to any ethnic group. The most important criterion of difference among Ottoman subject was religion based on the 'millet system' introduced by Sultan Mehmet II to organize the state's administration effectively where non-Muslims composed one third of the whole population. Within this system there were two major groups: Muslims and non-Muslims. Thus, until the beginning of the modern era, ethnicity carried little significance.¹¹ Rather, people had strongly imprinted local or regional identities-another boundary, even if it did not count as much as religious difference. Only after the establishment of nation-states in the Balkans did the issue of minorities evolve, at the latest after 1830, when an independent Greece emerged and minority status became an issue under debate. Serbia, Montenegro and Romania received and/or expanded their right to autonomy after 1812 and, as a result of the Ottoman-Russian War of 1877-78, gained their independence. In 1878, the Bulgarian principality was founded. The administration of Bosnia and Herzegovina was

¹⁰Burcu, Taşkın: Political Representation of Minorities in Greece and Turkey: Nationalism, Reciprocity and Europeanization. İstanbul: Libra Kitap, 2019.

¹¹Burcu, Taşkın: "Osmanlı İmparatorluğu'nda Gayrimüslim Tebaa'nın Yönetimi ve Yönetimdeki Gayrimüslümler", In Sessiz Gemi: Prof. Dr.Bilal Eryılmaz'a Armağan. Marmara Belediyeler Birliği Kültür Yayınları, 2021.

transferred to the Austro-Hungarian government. The most important minority in these areas was comprised of Muslims.

It can be said that, almost a century later since the establishment of the League of Nations and implementing minority issue into the peace agreement, and there is still no accepted definition of the concept ‘minority’ in international law.¹² The types of minority definition secured by international documents differs as ‘ethnic, linguistic and religious’ minorities [in the Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)] to ‘national’ minorities (Article 10 in the Council of Europe documents).¹³ This lack of definition shows the complexity of the subject.

Since WWI, minorities and the protection of their collective rights came to the fore and these principles were added to both bilateral and international agreements afterwards.¹⁴ From the beginning the agreements were based on expulsion and homogenization of the populations rather than co-existence. Almost all the Ottoman-Russian wars during the 19th cc. caused mass migrations in occupied territories, and the creation of the Balkan states in the nineteenth century was accompanied by migrations and population transfers also, for different reasons and different scales. Even before the Balkan wars of 1911-1913, negotiations on ethnic and religious population transfers took place between the parties. Migrations occur as either forced or voluntary, mass or individual, planned or chaotic actions. All the reasons for migrations occurred in the Balkans throughout history.

Another argument on the definition and recognition of minority rights emerges, whether they should be regarded as individual or collective

¹² UN Declaration on the rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious or Linguistic Minorities UN Res 47/135 of 18 December 1992.

¹³The Council of Europe, Framework Convention for the Protection of National Minorities. <https://www.coe.int/en/web/minorities/fcnm-factsheet> (accessed: 09

¹⁴ Group rights, also called collective rights, are the rights held by a group as a whole rather than by each of its individual members. Examples are: The right for a religious group to freely practice communal religious expression; The right to preserve one’s culture, including the right to speak a native language and teach one’s children in it. B. Ali, Soner, “Azınlık Hakları: Ayrılıkçı mı, Çoğulcu mu?”, İnsan Hakları Yıllığı, 26, 79–95, 2008.

rights.¹⁵ It is argued after WWII that the rights given to individual will provide the protection of minorities. On the other hand, some believes collective rights guarantee the survival of the group, as emphasizes by the ethnic, linguistic and religious difference of that group from the others.¹⁶ However, it can also lead to the suppression of the individual's preferences by the group.

The end of the Cold War brought the “minority issue” and “identity politics” back to the agenda of political science, which began to analyze the newly erupted ethnic conflicts in the Balkans, the Caucasus, and Eastern Europe. As new nation-states were emerging, minority rights and protection of their rights became a focus of the researches.¹⁷ Despite the bilateral agreements between Türkiye and Bulgaria on the protection of minority rights, expulsion of the ethnic and religious minorities Turks in Bulgaria even continued during this period.¹⁸

Following the collapse of the League of Nations regime, the concept of a general, universal protection of human rights evolved with the establishment of the UN Charter. That’s why the most comprehensive and widely used definition of minority was made by United Nations Human Rights Commission’s “Deterrence of Discrimination and Protection of Minorities” report in 1978. According to this report, “A group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members- being nationals of the State- possess ethnic, religious and linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language” are defined as minority. Later in 1985 the sentence “a collective will to survive and whose aim is to achieve equality with the majority in fact and in law” is

¹⁵ Will Kymlicka, "Introduction", In Will Kymlicka (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp.13-14.

¹⁶ Darlene M. Johnston: "Native Rights as Collective Rights: A question of Self-Preservation", In Will Kymlicka (ed.). *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, 1995, p.179, 182.

¹⁷ Ibid. Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, pp 10-33.

¹⁸ Tomasz, Kamusella, “Ethnic Cleansing During the Cold War: The Forgotten 1989 Expulsion of Turks from Communist Bulgaria”, In, *Ethnic Cleansing During the Cold War* Routledge, 2019.

added to the definition.¹⁹ An important distinction of UN's definition from the League's is the substitution of the adjective 'ethnic' instead of 'racial'.

In 1992 at Council of Europe Framework Convention for the Protection of National Minorities (FCNM) minorities are defined as: "separate or distinct groups, well defined and established on the territory of a state, the members of which are nationals of that state and have certain religious, linguistic, cultural or other characteristics which distinguish them from the majority of the population".²⁰ Finally, the European Union used its level of conditionality in order to influence the minority performance of all states applying for EU-membership. FCNM which entered into force on 1 February 1998 and is now in force in 39 states, is still Europe's most comprehensive treaty protecting the rights of persons belonging to national minorities. It is the first legally binding multilateral instrument devoted to the protection of national minorities worldwide, and its implementation is monitored by an Advisory Committee composed of independent experts.

To summarize, the violation of the minority rights, the tension between ethnic and religious groups, and territory losses constituted the bilateral agreements for population transfers within the Balkan region. On the other hand, these conventions for the protections of the minorities, do not have any articles about the voluntary or forced population transfer of these groups. They mainly focus on the defined collective and individual rights of the recognized minorities within the territories of a nation state. Moreover, they do not interfere to the bilateral agreements between the states that include population transfers. At this point, in order to understand the transition from bilateral solutions to the legally binding multilateral instruments and the contribution of 1998 ICC's decision on 'forced population transfer', a historical analysis of the bilateral agreements between the Balkan states on population transfer is crucial.

¹⁹ <http://www.un.org/en/documents/charter/chapter4.shtml>; (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/31). Naz, Çavuşoğlu: Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları, İstanbul, Su Yayınları, 2001.

²⁰ Marc, Weller: Rights of Minorities in Europe: A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities, Oxford University Press, 2005.

2. Bilateral Agreements and Population Transfers in the Balkans

As aforementioned, the concept of 'minority' and 'protection of their rights' had originated following the WWI, and because the new Balkan states were already founded during 19th cc, they tried to solve 'their minority problem' by policies of expulsion or extermination. As territories change hands between these countries, co-ethnic and co-religious groups were divided within these new states. Starting from second Balkan wars, we begin to see 'population exchange agreements' so called peace or friendship agreements between states that preferred to transfer their co-nationals peacefully rather than territorial expansion. In many cases the population rather than the borders would have become negotiable.

This policy has continued even during the Cold War years. According to 877 thousand 209 people emigrated from the Balkans to Türkiye between 1923-1949 and 286 thousand 430 people between 1950-1958.²¹ Some of these migrations were voluntary, some were forced, some were guaranteed under mutual or international committees, and some occurred due to rise of communism in some countries and nationalization of lands belongs to non-core groups, or assimilation policies towards them. Even in the voluntary ones, the groups were obliged to leave their properties, sell their lands or houses, and migrate with limited properties and jewellery. Therefore, within these bilateral agreements, there exists articles on whether the transfer is mandatory or voluntary; the groups and regions included; the new settlement organization; the duration of the transfer; the conditions and (if there is) compensation for the properties left behind; the size of the population (rural or urban) and their religious or ethnic features (*see Table 1*). Regardless of the motivation for migration, Bookman argues that the migrant exercises free choice in the migration decision. On the other hand, in cases of involuntary or forced migration the decision to migrate is imposed.²² The non-core groups may also prefer to migrate to kin-state which they find safer rather than being a minority in a new nationalizing nation-state. But, it is widely accepted in

²¹ Peter A., Andrews, *Ethnic Groups in the Republic of Turkey*, Wiesbaden: Dr.Ludwig Reichert Verlag. 1989, p28, pp.98-99.

²²Milica Z. Bookman, *Ethnic Groups in Motion: Economic Competition and Migration in Multiethnic States*, London: Frank Class, 2002, p.112.

international law that every exchange of populations means the renunciation of the protection principle.

While the Treaties gave to individuals the option of emigrating to their own national state, and provided that those who did so should not suffer financially because of their decision, they did not provide for any wholesale and organized transfer or exchange of populations. Only in the Balkans was this alternative solution of the problem adopted, and even here it was accepted as a supplement to the theory of protection rather than as an alternative. Even the “voluntary” Greek-Bulgarian exchange offered minorities the unappealing choice of either remaining in states that had expressed a public preference that they leave, or migrating as refugees to a new land, often with resentful neighbours with whom they happened to share a common language and/or religion.²³ It can be said that migrations from Balkan to Türkiye in different periods of history have been especially in the basis of religion. The people with Muslim religious identity moved from Balkans to Türkiye for different reasons.²⁴ Muslims from Bulgaria, Bosnia-Herzegovina, Serbia, Greece, Crete and Cyprus were in turn expelled by the new rulers, finding refuge in the remaining Ottoman regions (Thrace, Macedonia) or the Ottoman heartland (Anatolia) and Syria. The refugee groups, far from being homogeneous, included indigenous Balkan populations (Muslim Albanians, Slavic or Bulgarian-speaking Muslims such as the Pomaks and Muslim Roma, etc.) as well as members of the Turkic peoples (such as Crimean Tatars) and Caucasus peoples (such as the Circassians) but also Jews.²⁵ In Atatürk's period, such an immigration movement from abroad started to Türkiye that this immigration population constitutes approximately one-fifth of the country's population; the majority of the migration is from the Balkans.²⁶

Within the Balkan history, there exists protocols for the protection of minority rights which is unilateral and does not include population transfers (e.g. 1920 Protocol of Kapshtica between Albania and Greece

²³ Leonard, Smith, “A Bad and Vicious Solution”, <https://thelausanneproject.com/2021/10/01/a-bad-and-vicious-solution/>

²⁴ Berna, Pekesen, Expulsion and Emigration of the Muslims from the Balkans, European History Online, 2011.

²⁵ Alexandre, Toumarkine: Les Migrations des Musulmans Balkaniques en Anatolie: 1876–1913, Istanbul 1995, pp. 42–44.

²⁶ Fahir, Armaoğlu: 20.Yüzyıl Siyasi Tarihi 1914- 1980, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1984.p. 39.

about the Greek minority in Albania) or there are forced migration of minorities which lacks consent of the kin-states and against the protection of minority rights (e.g. Muslim-Turkish minority from Bulgaria to Türkiye in 1950s and 1980s; migration of Romioi minority from Türkiye in 1960s; expulsion of Albanian Chams from Greece in 1940s) or forced mutual population exchange without a signed peace treaty such as transfers of Turkish and Greek Cypriots. However, in order to compare the bilateral peace treaty that defined population exchange and protection of minority rights, this paper only includes 8 bilateral agreements that include population transfers and minority rights between Balkan states (summarized in Table 1). In opposite to the article defined by ICC, these transferred groups (whether voluntary or compulsory) included in the bilateral agreements, were forbidden to return back to their previous lands.

Table 1. Bilateral Agreements on Population Transfers (1913-1953)²⁷

Bilateral Agreement	Parties	Region	Voluntary vs. Compulsory	Size of Transferred/ Migrated Population	Mutual Exchange vs. One-side
1913 Constantinople (İstanbul) Agreement	Bulgaria Ottoman State	only border regions	voluntary	9,472 Bulgarian, 9,714 Muslim	mutual exchange based on ethnicity and religion
1919 Treaty of Neuilly	Bulgaria Greece	All regions	voluntary	First only 197 Greek families and 166 Bulgarian families. In total 46,000 Greeks and 92.000 Bulgarians	mutual exchange based on ethnicity

²⁷ Compiled by the author.

1923 Treaty of Lausanne	Greece Türkiye	All population except Muslims in W. Thrace and Epirus in Greece; Romioi in Istanbul Imbros, Tenedos islands in Türkiye	compulsory	1.2 million Muslims migrated to Türkiye, among them the 400,000 persons with Lausanne Treaty. 1.2 million Romioi Orthodox to Greece.	mutual exchange based on religion
1925 Ankara Friendship and Cooperation Agreement	Bulgaria Türkiye	All regions	voluntary	Until around 200,000 Muslim Turks to Türkiye.	Mutual but one-sided
1936 The Convention Regulating the Immigration of Turkish People in Dobruja	Romania Türkiye	Dobruja and around	voluntary within 5 years	Around 70,000 Turks	one-sided
1938 Convention Regulating the Emigration of the Turkish Population from the Region of Southern Serbia in Yugoslavia	Türkiye Yugoslavia	Muslims in south Yugoslavia (Kosovo, Sandzak and Macedonia)	Forced migration within six years	Türkiye agreed to take 40,000 families. between 1918 and 1941 range from 77,000 to 240,000.	one-sided but enforced
1940 The Treaty of Craiova	Bulgaria Romania	Population in the north & south	compulsory	Beside the population living in this territory, all the	mutual exchange

		Dobruja. Then, All Romanians in Bulgaria, and all Bulgarians in Romania		Bulgarians of Romania (179,046 individuals) were to leave: the Bulgarians living in the Banat (10,012), in Bessarabia (136,726), as well as those living in Wallachia and Moldavia (5,308).	
1953 Open Migration (Gentlemen’s) Agreement	Türkiye Yugoslavia	Turks in	voluntary and non-written	nearly 140,000 people emigrated from Yugoslavia to Türkiye in the 1950s (almost 120,000 between 1954 and 1958)	one-sided

Given in the table, a supposedly “voluntary” exchange between Greece and Bulgaria written in Treaty of Neuilly paved the way to the “compulsory” exchange detailed in the convention appended to the Treaty of Lausanne of July 1923. It differed from the Neuilly Convention in that the exchange was to be a compulsory one and the sole criteria for exchange was religion, but in other respects its provisions were similar to those of the Neuilly Convention. Migration was to involve an automatic change of nationality, and emigrants were allowed to take with them their movable property. Unable to imagine a return to a multi-ethnic state, Turkish and Greek delegations agreed to a population exchange that forcibly relocated 1.6 million people.

According to this compulsory transfer agreement (Convention Concerning the Exchange of Greek and Turkish Populations) signed at Lausanne, Switzerland, on 30 January 1923, the (mostly Turkish-speaking) Greek Orthodox Christians of Asia Minor were to be exchanged

for the (mostly Greek-speaking) Muslim population from Greece.²⁸ This was also an ex post facto sanctioning of movements of flight and expulsion that had occurred in both groups since the Balkan Wars. The Treaty of Lausanne would come to serve as a prototype: population transfers were considered legitimate political measures for solving “ethnic conflicts” and thus to be conducive to “keeping the peace” until after the Second World War. During the First World War and the subsequent Greco-Turkish War (1920–1922) about 1.2 million Muslims migrated to Türkiye, among them the 400,000 persons who were forcibly exchanged as a result of the Treaty of Lausanne.²⁹ In the opposite direction, over a million Greeks had to leave or were expelled from their ancestral homeland in Türkiye’s Aegean and Black Sea regions. With few exceptions, those who remained were forced to relocate.

In the 1990s, international attention began to focusing on uprooted people, in the Balkan region, especially where there are tensions between ethnic populations and movement of populations started to cause instability not only within Yugoslavia but within West and other Southeast countries as well. During this period ethnic cleansing, a term used by the Serbs, was a process of population transfer aimed at removing the non-Serbian population from large areas of Bosnia and Herzegovina (BiH).³⁰ With this policy, Serbs aimed to justify their claims on the other territories. These numbers compared to Table 1, exceeds the total number of population transfer for the Balkan countries before the Yugoslavia War, where after four years of war and “ethnic cleansing”, there were 4.5 million refugees and displaced persons in former Yugoslavia in 1995, which represents one-fifth of the population of the Yugoslav Federation in 1991.³¹

²⁸ The only Muslims who were exempted from this exchange were those of Western Thrace and the Albanian-speaking Muslims of northwestern Greece, known as Çams (Chams).

²⁹ John A., Petropoulos: *The Compulsory Exchange of Populations: Greek-Turkish Peacemaking 1922–1930*, in: *Byzantine and Modern Greek Studies* 2. 1976.

³⁰ Christopher M. Goebel: *A Unified Concept of Population Transfer (Revised)*, 22 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 1, 1993.

³¹ Parliament of EU, Doc. 7397. 25 September 1995.
<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=7025&lang=EN#:~:text=After%20four%20years%20of%20war,the%20Yugoslav%20Federation%20in%201991> (accessed: 14.10.2024).

Table 2: Number of Refugees from the Former Yugoslavia in various European States as of (Dec. 31,1993).³²

State	No. of Refugees
Germany	300,000
Sweden	50,000
Austria	74,300
Italy	32,000
Türkiye	20,000
Switzerland	14,500
France	7,000
United Kingdom	6,600
Total	504,400

Source: World Refugee Survey, 1994, p.41. Washington: US Committee for Refugees.

According to the 1991 census, the total population in Bosnia and Herzegovina was 4, 377,033 before the Bosnian War, and forced war migration moved about 2 million people, nearly 50 percent of the total population. About one million refugees and displaced person fled abroad or outside the borders of BiH, which is 22,85% of the population in 1991. After the war, some of the refugees returned from abroad however it is estimated that the migration demographic losses in BiH are around 986, 216.³³ By 2017, around 2 million people had returned, although returnees often faced difficulties reintegrating.³⁴ During this War, Türkiye was again

³²Michael, Barutciski: EU States and the Refugee Crisis in the Former the Yugoslavia, Canada’s Journal on Refuge,1994, 14.3,pp.32-36.

³³ Mariana Lukic Tanovic/ Stevo Pasalic/ Jelena Golijanin: “Demographic Development of Bosnia and Herzegovina from the Ottoman Period Till 1991 and the Modern Demographic Problems”, Procedia - Social and Behavioral Sciences, 120, 2014, pp.238-247.

³⁴ International Organization for Migration (IOM), ASSISTED VOLUNTARY RETURN AND REINTEGRATION, 2017 Key Highlights.

seen as the safe haven for the Muslim refugees, but it was not the only destination for the Muslim Bosnians.

The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, also known as the Dayton Peace Agreement (DPA) which was formally signed on 14 December 1995, put an end to the three-and-a-half-year-long Bosnian War, which was part of the much larger Yugoslav Wars. After the war, while there were some territorial changes between Bosniaks (Muslims), Bosnian Serbs and Bosnian Croats, the agreement did not include population transfer between the ethnic majoritarian regions. On the contrary, the return of these refugees to their homes is one of the central promises of the Dayton Agreement. Annex 7 of the Dayton agreement fully details the rights of refugees and internally displaced persons and the commitments of the signatory parties.³⁵ Although the agreement has been criticized for entrenching the ethnic cleansing of the previous war, inheriting ethnic segregation and causing ethnic tensions,³⁶ this perspective change of the international actors towards the ethnic conflicts and solutions to them, significant to show the historical and contemporary difference in terms of ‘forced transfer’ of the ethnic groups.

3. Human Rights and International Law on Forced Population Transfer

International law on human rights refers to legal frameworks and treaties that ensure the protection of fundamental human rights globally. United Nations Charter which is introduced in 1945 after WW2, became the foundation for promoting respect for human rights and fundamental freedoms globally. Shortly after Universal Declaration of Human Rights (UDHR) accepted in 1948 and constituted as a milestone document that lists basic rights such as the right to life, liberty, security, and freedom from

https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/our_work/DMM/AVRR/avrr-2017-key-highlights.pdf

³⁵ Lauren, Van Metre/ Burcu, Akan: Special Report, Dayton Implementation: The Return of Refugees, September 2, 1997, <https://www.usip.org/publications/1997/09/dayton-implementation-return-refugees>

³⁶ Muhidin Mulalić/ Hasan Korkut: “Implications of Dayton Peace Agreement on Current Political Issues in Bosnia-Herzegovina”, Süleyman Demirel Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi 2, 2009, pp.107-117.

torture. Though not legally binding, it heavily influences global standards.³⁷

Prohibited acts against humanity include: Murder, extermination, enslavement, *deportation or forcible transfer of population*, imprisonment, torture, sexual violence, persecution against an identifiable group, enforced disappearance of persons, the crime of apartheid, and other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health.³⁸ Population transfer is a practice or policy having the purpose or effect of moving persons into or out of an area, either within or across an international border, or within, into or out of an occupied territory, without the free and informed consent of the transferred population and any receiving population.³⁹ It involves collective expulsions or deportations and often ethnic cleansing.

The most significant limitations on a state's right to control the movement of people are based not on principles of economic interdependence but rather on rules designed to protect human rights.⁴⁰ The UDHR, article 13, provides that (1) Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each State. (2) Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country. Therefore, settlers moving across borders unquestionably have the right to leave their country. This raises a threshold question: are settlers freely or voluntarily leaving their country? This leads and links ‘forced population transfer’ to the question of human rights.

3.1 International Law on Population Movement and Crime Against Humanity

International law on forced migration addresses the protection, rights, and responsibilities of individuals who are forced to leave their homes due to persecution, conflict, violence, human rights violations, or environmental disasters. The legal framework primarily focuses on

³⁷ Micheline R. Ishay, *The Human Rights Reader*, Routledge, Inc., 1997.

³⁸ <https://trialinternational.org/topics-post/crimes-against-humanity/> (accessed: 25.01.2024)

³⁹ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1863 (2012).

⁴⁰ G.A. Res. 217, U.N. Doc. A/810, at 71, 1948

refugees, asylum seekers, internally displaced persons (IDPs), and stateless persons.

Deportation on political and ethnic grounds of groups of populations occurred before, during and after the WW2, and their consequences still remain today. Population transfer is a practice or policy having the purpose or effect of moving persons into or out of an area, either within or across an international border, or within, into or out of an occupied territory, without the free and informed consent of the transferred population and any receiving population. It involves collective expulsions or deportations and often ethnic cleansing. Crimes against humanity and including involuntary population transfers within this category appeared for the first time in a treaty in the 1945 Nuremberg Charter (Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal) at the end of the WW2, albeit with a different definition than today. The mass removal of citizens across internationally recognized borders of a state is called mass deportation or expulsion (The Nuremberg Charter, Article 6/b). Mass deportations, such as those perpetrated by Nazi Germany, may violate the Nuremberg principles and, therefore, constitute war crimes or crimes against humanity in times of international and, it has been argued, civil war.⁴¹ As a result of millions of displaced population during the WW2, the international community steadily assembled a set of guidelines, laws and conventions aimed at protecting the basic human rights and treatment of people forced to flee conflict and persecution. Geneva Conventions (Common Article 3, 12 August 1949) and their additional protocols (Protocol I & II, Article 48 and 53, 1977) offer protection to civilians, including refugees and displaced persons, during armed conflicts. International Humanitarian Law (IHL) prohibits forcible displacement in situations of conflict unless the safety of civilians or imperative military reasons demand it.

The following other international law articles relevant to forced migration can be given as the 1951 Refugee Convention and its 1967 Protocol are the key legal documents that form the basis of UNHCR's work which is created in 1950. They define the term 'refugee' and outline their rights and the international standards of treatment for their protection. The 1967 Protocol removed geographic and temporal limitations of the

⁴¹ Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808, at para 47, U.N. Doc. S/25704, 1993.

1951 Convention, making the protection framework applicable worldwide. The UNHCR is the leading international body responsible for protecting refugees and forcibly displaced persons. It monitors compliance with the 1951 Convention, assists governments in developing asylum systems, and coordinates humanitarian assistance for displaced populations. According to these protocols (Article 1), a refugee is someone who, owing to a well-founded fear of persecution based on race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion, is outside their country of nationality and unable or unwilling to return. These laws also introduced legal frames for 'non-refoulement' principle that prohibits states from returning refugees to a country where they face serious threats to their life or freedom.⁴² This suggests that the refugee receiving country cannot unilaterally transfer the refugees back to their home-states.

There are also regional legal frameworks on human rights and forced population transfers such as for America continent 1984 The *Cartagena Declaration on Refugees*⁴³; in Europe the *European Convention on Human Rights* (ECHR- 1950) that provides protection to asylum seekers and refugees through the European Court of Human Rights and the *African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons* (Kampala Convention, 2009) which is a legally binding document aimed at addressing internal displacement across the Africa continent. In 1998, a group of countries signed a treaty with the goal of ending impunity for the world's most serious crimes by establishing a permanent international criminal tribunal, the International Criminal Court (ICC). As a result, on 1 July 2002, a group of countries around the world established a forum to investigate and prosecute those responsible for the world's most serious crimes. The Rome Statute of the International Criminal Court (1998 Rome Statute), which governs the ICC and today has 123 states parties, builds on the legacy of the ad hoc international tribunals that preceded it, marking a milestone in the advancement of international criminal law. Hence most recent condemnation is found in the 2002 Rome Statute of the International Criminal Court (Article 7/d), which is the most transnational and universal

⁴² <https://www.unhcr.org/about-unhcr/overview/1951-refugee-convention> (accessed 12.02.2024)

⁴³ The declaration is the result of the "Colloquium on International Protection for Refugees and Displaced Persons in Central America, Mexico and Panama", which was held in Cartagena, Colombia, from 19 to 22 November 1984

convention, and clearly defines deportation, forcible transfer of population and implantation of settlers as war crimes.⁴⁴

3.2 Road to Rome: Population Transfers from Balkans to the Middle East and Africa

Enforced population transfer traumatizes the populations concerned, causes much individual suffering and leads to political instability. Forced migration is a very complex and broad concept, hence to make a more rational comparison, this paper only includes forced migration of the ethnic groups that were dislocated or escaped due to ethnic and armed conflicts, but excludes the groups that migrate due to other reasons related to economy, climate change, natural disaster, development-induced displaced persons etc.

With the onset of the Cold War, post-war cooperation to advance international criminal law slowed dramatically. However, in 1990, the ILC's post-Nuremberg project was revived following a special session of the UN General Assembly focused on international drug trafficking prosecutions and a well-received ILC report that went beyond this limited issue.⁴⁵ Building on this success, the ILC resumed the task of preparing a draft statute for a comprehensive international criminal court.⁴⁶ The move proved timely as it coincided with the return of international criminal justice to the agenda of the international community in response to atrocities in Yugoslavia and Rwanda.

In the Yugoslavia war started in 1991, the expulsion of masses of non-Serbs from eastern Croatia across front lines, by bus and other methods, was accomplished through coercion, including threats, violence and discrimination. Similarly, in Bosnia and Herzegovina, the mass deportation of people to create ethnically pure areas was a strategy important to Serbia.⁴⁷ At the end of 1999, Macedonia hosted about 17,000 refugees, including about 10,000 ethnic Albanians from Kosovo, 4,000

⁴⁴ Scott, McTaggart et. all, *The International Criminal Court: History and Role*, Hill Studies 2023.

⁴⁵ M. Cherif, Bassiouni: *Crimes Against Humanity in International Law*, p.17.

⁴⁶ UN, International Law Commission, *Draft Statute for an International Criminal Court*, 1994. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_4_1994.pdf (accessed: 11.04.2024)

⁴⁷ HELSINKI WATCH, *WAR CRIMES IN BOSNIA-HERCEGOVINA* 75-81 (1992).

Roma from Kosovo, 3,000 ethnic Albanians from southern Serbia, and 400 refugees from Bosnia. Macedonian nationals lodged 1,170 asylum applications in other European countries during the year, roughly as many as had in 1998. During the Kosovo crisis, 360,000 people (equivalent to 16 percent of the country's own population) sought refuge in Macedonia. Nearly all departed the country the same year. The number of refugees present on Macedonian territory peaked at 255,000 in mid-June. Periodically during the crisis, Macedonia refouled at least 20,000 refugees to a situation where many faced immediate physical danger by its refusal to let them cross the border.⁴⁸ The international community quickly identified the need to evacuate significant numbers of refugees from Macedonian territory. From 6 to 11 April 2000, 4,420 refugees flew to Germany, 2,941 to Türkiye, and 515 to Norway.

Moreover, 1990s in addition to the Rwanda civil war and genocide that caused death of approximately 800,000 inhabitants. As a consequence, around 1 million Rwandans were internally displaced and 1.2 to 1.5 million fled to neighboring countries. Many of them returned under controversial circumstances after more than two years in exile. The massive and much-awaited refugee return was officially welcomed by the government and many in the international community. The size and suddenness of the repatriation, however, posed enormous resettlement and reintegration challenges in a society where ethnic tensions lingered in the aftermath of the country's 1994 genocide.⁴⁹

The world also witnessed the expulsions of ethnic Kurds, Turkmen, and Assyrians from the Kirkuk region amount to an Iraqi government policy of forced transfer of populations, pursued to change the demographic nature of the Kirkuk region-a policy commonly referred to as the 'Arabization' of the Kirkuk region. That caused the mass exodus of Kurds to neighboring States especially towards Türkiye, where they were

⁴⁸U.S. Committee for Refugees World Refugee Survey 2000 – Macedonia.
<https://www.refworld.org/reference/annualreport/uscri/2000/en/24426> (accessed: 15.05.2024)

⁴⁹U.S. Committee for Refugees World Refugee Survey 1997 - Rwanda
<https://www.refworld.org/reference/annualreport/uscri/1997/en/15547> (accessed: 15.06.2024)

settled to the camps in Muş, Mardin and Diyarbakır.⁵⁰ Underlying this demographic change is the government's desire to reduce the political power and presence of ethnic minorities in order to retain or increase government control over this oil-rich region. The forced and arbitrary transfer of these populations, without any grounds permissible under international law, recognized as a crime against humanity.

Since the 1990s, crimes against humanity have been codified in different international treaties such as the Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY-1993), the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR-1994) and the Rome Statute of the International Criminal Court (1998). The Rome Statute provides the most recent and broadest list of criminal acts that may constitute crimes against humanity. Yet, there was a strong distinction between international and civil war in determining whether population transfers are crimes against humanity. Unlike other human rights violations, war crimes do not engage State responsibility but individual criminal responsibility (Article 25 & 28). This means that individuals can be tried and found personally responsible for these crimes. The ICTY and ICTR both operated for more than 20 years, and more than 150 individuals were convicted for international crimes committed in the two countries.⁵¹

Following the ethnic intra-state wars, the long-standing definition of “deportation” as a crime against humanity also began to include the crime of forced population transfer within a state's borders. The Guiding Principles on Internal Displacement (1998) prepared by the UN have 30 standards that outline the protections available to internally displaced people (IDPs) and they brought new dimension to the definition of forced population transfer and right to return. First, the principles (5 to 9) were established to protect IDPs—people who are displaced within their own countries due to conflict, natural disasters, or human rights abuses but have not crossed an international border. The principles affirm that IDPs retain their rights as citizens (principles 10 to 23) and should have access to humanitarian assistance (principles 24 to 27), protection from violence, and support for voluntary return or resettlement (principles 28 to 30). Although they do not constitute a binding instrument, these principles

⁵⁰ Avşar, B.Zaki/ F. Solak/ S.Tosun; Son Beş Yılda Anadolu'ya Göçler, Silahlı Kuvvetler Dergisi, Gen. Kur. Bşk.lığı, ATASE Yayını, 399, 1994.

⁵¹ Scott, McTaggart et. all, The International Criminal Court, p.3.

reflect and are consistent with international human rights and humanitarian law and analogous refugee law.⁵² Therefore, the international courts did not distinguish between the crime of deportation between the states and within the states, both are regarded as crimes committed against humanity. Since IDPs remain within their own countries, they are not protected under the 1951 Refugee Convention, complicating their legal protection. The second issue is about the principle ‘right to return’ because while most international human rights instruments recognize the right to return to one’s country; there is no specific provision in international covenants affirming the right of internally displaced persons to return to their places of origin. Thirdly, the recent conventions may also create tension between the priority of state sovereignty vs. refugee rights. Countries may be reluctant to adhere to international refugee obligations due to concerns over national security, resources, or political pressures.

For instance, the war in Bosnia created almost half a million casualties, one million refugees and an almost equal number of internally displaced persons, who were either forced from their homes or fled to avoid violence. The return of these refugees to their homes is one of the central promises of the Dayton Agreement. Annex 7 of the Dayton agreement fully details the rights of refugees and internally displaced persons and the commitments of the signatory parties.⁵³ However, because of the political nature of refugee returns, humanitarian interventions by the international community have been met with persistent noncompliance by the parties. Despite the legal statements, there were many obstacles to the return process and the larger political, economic, social, legal, and security-related implications of refugee returns. In conclusion, refugee returns are not simply a matter of humanitarian concern but are critical to the political outcome of the conflict. For instance, despite the fact that the agreement ensured that victims are compensated for their loss the assumption at Dayton that the majority of displaced persons and refugees would return home is consistently challenged by the relatively low number of returns. UNHCR estimated 870,000 returns in 1996, but saw only about

⁵² Introductory Note, <https://api.internal-displacement.org/sites/default/files/publications/documents/199808-training-OCHA-guiding-principles-Eng2.pdf> (accessed: 11.10.2024).

⁵³ Lauren Van Metre/ Burcu Akan, Special Report, Dayton Implementation: The Return of Refugees, September 2, 1997, <https://www.usip.org/publications/1997/09/dayton-implementation-return-refugees>

250,000 resettlements--240,000 of which were to majority areas. House burnings, beatings, isolation, intimidation by local police, and attacks by paramilitary groups were some of the primary means of violent resistance. Most refugees returning from Europe have been resettled in majority areas in which their ethnic/religious co-members construct majority. This also jeopardized the multi-ethnic structure of the new BiH, which can lead to ethnic based separatist activities in future.

ICTY which revised the war crimes that took place during the conflicts in the Yugoslavia War in the 1990s, lasted from 1993 - 2017, and it irreversibly changed the landscape of international humanitarian law, by providing victims an opportunity to voice the horrors they witnessed and accounted the responsible persons for the committed atrocities during armed conflicts. As an example, on 22 November 2017, in the final Trial Judgement of the ICTY, it convicted Ratko Mladić, former Commander of the Main Staff of the Bosnian Serb Army (VRS) of genocide, crimes against humanity and violations of the laws or customs of war. These crimes were committed by Serb forces during the armed conflict in BiH from 1992 until 1995. Mladić was convicted of genocide and persecution, extermination, murder, and the inhumane act of forcible transfer in the area of Srebrenica in 1995; of persecution, extermination, murder, deportation and inhumane act of forcible transfer in municipalities throughout BiH; of murder, terror and unlawful attacks on civilians in Sarajevo; and of hostage-taking of UN personnel. Mladić was sentenced to life imprisonment.⁵⁴ As seen, one of the charges recognized his act as ‘crime against humanity’ includes the objective of permanently removing Bosnian Muslims and Bosnian Croats from Bosnian Serb-claimed territory.

4. Historical and Contemporary Contexts of Population Transfers

By analyzing historical and contemporary context of population transfers, this paper claims the early population transfers and contemporary displaced population are different in terms of 4 issues: legal frameworks; the impact on national identity; the geographical extension and lastly reintegration and return policies.

⁵⁴ UNICTY 2017. ICTY convicts Ratko Mladić for genocide, war crimes and crimes against humanity. <https://www.icty.org/en/press/icty-convicts-ratko-mladi%C4%87-for-genocide-war-crimes-and-crimes-against-humanity>

In terms of legal frameworks, in the early 20th century, treaties like the Lausanne Treaty (1923) were formalized population exchanges often conducted under international oversight. As defined in Table 1, who will be included in the transfer, how and when will the transfer take place, and the property compensations were legally defined for these population transfers. However, for the post-1990s, displacements, particularly in the Balkans and the Middle East, are often informal, resulting from war, ethnic cleansing, or state collapse, with international bodies like the UNHCR (the UN High Commissioner for Refugees) and IOM (International Organization for Migration) playing significant roles. That is one of the reasons why, ICC included population transfer of the internally displaced persons (IDPs) also as a crime against humanity. The fact that the global wars are mainly intra-state wars (such as civil wars) rather than inter-state wars, the number of internally displaced persons is much higher than the early 20th century.

Considering *the impact of the population transfers on the national and ethnic identity* of the states during the early 20th cc. the difference became highly visible. As aforementioned in the previous sections, early treaties typically focused on creating more homogenous nation-states, while recent displacements involve a mix of ethnic, religious, and political factors. A government undertakes settlements in order to change the demographic structure or the political, cultural, religious, or other characteristics of the original inhabitants in the receiving area. In the contemporary population transfers, it is mostly seen to be taken care by the fighting guerrillas to have a more ethnic or religious homogeneity within a small controlled region, rather than the whole territory of that nation-state. As a consequence, the contemporary peace agreements are also less likely to be enforced because the responsible part is not a unified nation-state, on which international institutions and laws expected to have more pressure.

The third frame is *the geographical extension* of the forced population transfers. The contemporary ethnic wars and the population movements caused by them have a larger geographical impact because there is no target state for the movement, which increased regional and global economic and political instability. While the population transfers in the early 20th century were limited between two or three states (see Table 1), the Yugoslavian war caused millions of internal and external displaced persons and there migrated to at least 8 different countries mainly in

Europe (see Table 2). The recent ethnic and religious based wars in the Middle East including Iraq, Syria and Palestine caused flow of refugees not only limited to the region but extended to Europe, America and Asia continents. According to the recent data given by the UNHCR, 117.3 million people worldwide are forcibly displaced. Most refugees – 75 per cent – are hosted by low- and middle-income countries. Overall, there were 82.4m forcibly displaced people by the end of the year (The Economist, 18 June 2021).⁵⁵ Moreover, by 2020, Türkiye still continued to host world's largest refugee population, even these populations were not from Turkish descent or from Europe compared to the previous and legal transfers.

According to the 1951 and 1998 international laws on refugees, the hosting countries are also not allowed to forcibly send the refugees back to their home-states. One of the obligations that can provide protection in this context is the “principle of non-refoulement”, which expresses the obligation of states not to return a person to a situation where he would be at risk of serious harm, such as torture, inhuman or degrading treatment or punishment, or deprivation of life.⁵⁶ The principle of non-refoulement is regulated in Article 33, paragraph 1, of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees as follows: “No Contracting State shall expel or return a refugee, in any form whatsoever, to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.”

As a result, EU states have been particularly interested in improving the control of refugee flows before the evolving union eliminates internal barriers to freedom of movement. Just as national security might motivate governments to remove minorities through expulsion, civilian settlements across the internationally recognized

⁵⁵ https://www.economist.com/graphic-detail/2021/06/18/the-number-of-forcibly-displaced-people-reaches-another-record-high?utm_medium=cpc.adword.pd&utm_source=google&ppccampaignID=18151738051&ppcadID=&utm_campaign=a.22brand_pmax&utm_content=conversion.direct-response.anonymous&gad_source=1&gclid=Cj0KCQjwgrO4BhC2ARIsAKQ7zU1-pqwdkLIK3T6vnKOKNA9J7Cem8zyurbO9RQDj3Ud2N69h7IBWGGkaAtrREALw_wcB&gclsrc=aw.ds (accessed: 11.08.2024)

⁵⁶ Uzun, Elif: “Geri Göndermeme (Non-Refoulement) İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 8.30, 2012, p. 36.

borders of a state are sometimes claimed necessary for the security of the transferring power and, therefore, essential to preserve public order and safety. Here the tradeoff continues between the security of the hosting nation-state and the free movement rights and human rights and security of the forced civilians.

This tradeoff leads to the forth frame of this comparison: *reintegration and return policies*. People who are displaced within their own countries due to conflict, natural disasters, or human rights abuses but have not crossed an international border. European states admitted tens of thousands of people fleeing the war zone. The principles affirm that IDPs retain their rights as citizens and should have access to humanitarian assistance, protection from violence, and support for voluntary return or resettlement. According to the Rome Statue, these people have right to return. Refugee returns were considered a matter of humanitarian concern. However, as in the case of Syria and Palestine, the peace agreement has not been signed yet and there is lack of a stable nation-state to be responsible of the reintegration and re-settlement.

In the BiH case, despite the implementation of Dayton agreement and will to establish a multiethnic, stable Bosnia, it was seen that conflicting groups advocate the political unity and military separation of the parties. The desires to provide immediate compensation for loss while ensuring future returns to rebuild a multiethnic Bosnia seem mutually exclusive. As refugee returns are inescapably political in nature, the major impediment to returns has been political resistance by parties, ranging from bureaucratic stonewalling to violent attacks against returnees. As aforementioned, while UNHCR estimated 870,000 returns in 1996, it saw only about 250,000 resettlements--240,000 of which were to majority areas.

Yet, humanitarian interventions by the international community to create an environment conducive to return have met with serious resistance from the local leadership and persistent noncompliance by the parties. UNHCR and other institutions, which are in the business of encouraging returns, do not have the appropriate political and economic resources to overcome such resistance, nor deal effectively with larger economic, social, legal, and security-related obstacles. Settling these people instead in majority areas opens up the possibility of manipulation of potential relocations to politically sensitive or strategically important areas to serve

the political interests of the parties. This creates obstacle for the reintegration of the conflicting sides of the society.

CONCLUSION

Comparing the forced population transfers of ethnic groups in historical and contemporary contexts, this study has revealed the results and effects of the changes in the structure of wars throughout history and the shift of international institutions and public opinion from a security-based perspective to a more humanitarian perspective in the 1990s towards identity politics, ethnic cleansing and displacement. Although it has mainly focused on the Balkan region and communities and nation-states within the Southeast Europe, the conceptual framework presented by this study can be utilized for the other regions as well.

By analyzing historical and contemporary context of population transfers, this paper claims the early population transfers and contemporary displaced population are different in terms of 4 issues: legal frameworks; the impact on national identity; the geographical extension and lastly reintegration and return policies. 21st centuries wars became more global and they have larger geographical impact. The comparison of the 1938 and 1953 agreements between Yugoslavia and Türkiye (table 1) to the Annex 7 of the Dayton agreement 1995 which fully details the rights of refugees and internally displaced persons and the commitments of the signatory parties, while contemporary international community desires multi-cultural societies more than ethnically homogeneous nation-states and pursues reintegration policies, the comparison also reveals that refugees' "right to return" and "principle of non-refoulement" makes it more complicated for the countries that host refugees.

It is also important to develop the subject with further studies examining the trial cases of the leaders who committed crimes against humanity by involving in the forced migration of the populations in the Balkans and the nearby geography.

BIBLIOGRAPHY

Vermund, Aarbakke: The Muslim Minority of Greek Thrace, PhD Thesis, University of Bergen, Bergen, 2000.

Andrews, Peter, A.: Ethnic Groups in the Republic of Turkey, Wiesbaden: Dr.Ludwig Reichert Verlag. 1989.

Armaoğlu, Fahir: 20.Yüzyıl Siyasi Tarihi 1914-1980, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1984.

Avşar, B.Zaki/ F. Solak, S.Tosun; Son Beş Yılda Anadolu'ya Göçler, *Silahlı Kuvvetler Dergisi, Gen. Kur. Bşk.lığı*, ATASE Yayını, 399, 1994.

Barutçiski, Michael: "EU States and the Refugee Crisis in the Former the Yugoslavia". *Refuge Canada's Journal on Refugee*, 1994, 14.3, 32-36.

Bassiouni, M. Cherif: Crimes Against Humanity in International Law (The Hague: Kluwer Law International, 1999).

Bayata Canyaş, Aslı: "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AİHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5.1, 2015, 73-90.

BM Declaration on the rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious or Linguistic Minorities UN Res 47/135 of 18 December 1992.

Bookman, Milica Z.: Ethnic Groups in Motion: Economic Competition and Migration in Multiethnic States. London: Frank Class, 2002.

Çavuşoğlu, Naz: Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları, Su Yayınları, İstanbul, 2001.

Dündar, Fuat: İttihat ve Terakki'nin Müslümanları İşkân Politikası (1913-1918), İstanbul, İletişim Yayınları, 2001.

Glenny, Misha: The Balkans: 1804–1999: Nationalism, War and the Great Powers, London, 1991.

Christopher M. Goebel: "A Unified Concept of Population Transfer", 22 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 1, 1993.

Ishay, Micheline R.: The Human Rights Reader, Routledge, Inc. 1997.

Jelavich, Barbara: Russia's Balkan Entanglements 1806–1914, Cambridge. 1999.

Jenne, Erin.K. (Ethnic Bargaining: The Paradox of Minority Empowerment. Cornell University Press, Ithaca, 2007.

Johnston, Darlene M.: "Native Rights as Collective Rights: A question of Self-Preservation", in Will Kymlicka (ed.). The Rights of Minority Cultures, Oxford University Press, 1995.

Kamusella, Thomas: “Ethnic Cleansing During the Cold War: The Forgotten 1989 Expulsion of Turks from Communist Bulgaria”, In *Ethnic Cleansing During the Cold War*, Routledge 2019.

Korkut, Levent: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Sığınmacıları Sınırdışı Etme Egemen Yetkisine Etkisi: Türkiye Örneği”, *Ankara Barosu Dergisi*, 66.4, 2008, ss.20-35.

Kymlicka, Will: *Multicultural Citizenship*. Oxford, Oxford University Press, 1995.

McCarthy, Justin: *Death and Exile: The Ethnic Cleansing of Ottoman Muslims 1821-1922*. Princeton: Darwin Press, 1995.

Mulalic Muhidin/ Hasan Korkut: “Implications of Dayton Peace Agreement on Current Political Issues in Bosnia-Herzegovina”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2009, 107-117.

Özer, Utku/ Taşkın, Burcu: The Human Rights Action Plan and Turkey’s Non-Muslim Minorities, *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, 2023, 22.1, 63–93.

Pekesen, Berna: *Expulsion and Emigration of the Muslims from the Balkans*, European History Online, 2011. pekesenb-2011-en.pdf

Petropoulos, John. A.: *The Compulsory Exchange of Populations: Greek-Turkish Peacemaking 1922–1930*, in: *Byzantine and Modern Greek Studies* 2, 1976.

Progonati, Erjada: “A Historical Framework for the Balkan Migrations to Turkey”, *ANKASAM*, 2017. <https://www.ankasam.org/a-historical-framework-for-the-balkan-migrations-to-turkey/?lang=en>

Soner, B Ali: “Azınlık Hakları: Ayrımcı mı, Çoğulcu Mu?” *İnsan Hakları Yıllığı* 26, 2008, 79-95.

Mariana Lukic Tanovic/ Stevo Pasalic/ Jelena Golijanin: “Demographic Development of Bosnia and Herzegovina from the Ottoman Period Till 1991 and the Modern Demographic Problems” *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, 120, 2014, 238-247.

Şeker, Nesim: “Forced Population Movements in the Ottoman Empire and the Early Turkish Republic: An Attempt at Reassessment through Demographic Engineering”, *European Journal of Turkish Studies*, 16, 2013.

Scott McTaggart/ Laura Barnett/ Benjamin Dolin: *The International Criminal Court: History and Role*, Hill Studies, 2023.

Taşkın, Burcu: Political Representation of Minorities in Greece and Turkey: Nationalism, Reciprocity and Europeanization. İstanbul, Libra Kitap, 2019

Taşkın, Burcu: “Osmanlı İmparatorluğu’nda Gayrimüslim Tebaa’nın Yönetimi ve Yönetimdeki Gayrimüslümler”, Sessiz Gemi: Prof. Dr.Bilal Eryılmaz’a Armağan. Marmara Belediyeler Birliği Kültür Yayınları, 2021.

Taşkın, Burcu: “100. Yılında Lozan Barış Antlaşması ve Azınlık Haklarının Korunmasına Yönelik Diğer İkili Antlaşmalar: Balkanlar Örneği”, İçinde *Balkanlar: Tarih, Din ve Toplum*, Abdula, S. ve Murtazani, S. (ed.), IDEFE Publications. 2024, 245- 265.

Todorova, Maria:“The Ottoman Legacy in the Balkans,” Imperial Legacy: The Ottoman Imprint in the Balkans and the Middle East, Ed. Carl Brown, New York: Columbia University Press, 1997.

Uzun, Elif: “Geri Göndermeme (Non-Refoulement) İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme”, Uluslararası Hukuk ve Politika, 8.30, 2012, 25-58.

Weller, Marc: Rights of Minorities in Europe: A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities, Oxford University Press, 2005.

ELECTRONIC SOURCES

Parliament of EU, Doc. 7397. 25 September 1995.
<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=7025&lang=EN#:~:text=After%20four%20years%20of%20war,the%20Yugoslav%20Federation%20in%201991> (accessed: 14.10.2024).

<https://trialinternational.org/topics-post/crimes-against-humanity/> (accessed: 25.01.2024)

<https://www.unhcr.org/about-unhcr/overview/1951-refugee-convention> (accessed 12.02.2024)

UN, International Law Commission, Draft Statute for an International Criminal Court, 1994.
https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_4_1994.pdf (accessed: 11.04.2024)

U.S. Committee for Refugees World Refugee Survey 2000 – Macedonia.
<https://www.refworld.org/reference/annualreport/uscri/2000/en/24426>
(accessed: 15.05.2024)

U.S. Committee for Refugees World Refugee Survey 1997 - Rwanda
<https://www.refworld.org/reference/annualreport/uscri/1997/en/15547>
(accessed: 15.06.2024)

UNICTY 2017. ICTY convicts Ratko Mladić for genocide, war crimes and crimes against humanity. <https://www.icty.org/en/press/icty-convicts-ratko-mladi%C4%87-for-genocide-war-crimes-and-crimes-against-humanity>
(accessed: 10.09.2024)

The Economist. https://www.economist.com/graphic-detail/2021/06/18/the-number-of-forcibly-displaced-people-reaches-another-record-high?utm_medium=cpc.adword.pd&utm_source=google&ppccampaignID=18151738051&ppcadID=&utm_campaign=a.22brand_pmax&utm_content=conversion.direct-response.anonymous&gad_source=1&gclid=Cj0KCQjwgrO4BhC2ARIsAKQ7zUI-pqwdkLIK3T6vnKOKNA9J7Cem8zyurbO9RQDj3Ud2N69h7IBWGGkaAtrREALw_wcB&gclsrc=aw.ds (accessed: 11.08.2024)

Guiding Principles on Internal Displacement,<https://api.internal-displacement.org/sites/default/files/publications/documents/199808-training-OCHA-guiding-principles-Eng2.pdf> (accessed: 11.10.2024).

ULUSLARARASI KORUMA VE GEÇİCİ KORUMA REJİMİNDE GEÇİCİLİK UNSURU: “GEÇİCİ” OLAN NEDİR?

Araştırma Makalesi

*Ayşe Dicle ERGİN**
*Yiğit KADER***

ÖZET

Uluslararası koruma kapsamına 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme’de (1951 Cenevre Sözleşmesi) yapılan mülteci tanımına uyan veya bu tanıma uymasa bile ulusal korumadan faydalanamadığı için uluslararası koruma ihtiyacı içerisinde bulunan kişiler girmektedir. 1951 Sözleşmesi’ndeki tanıma uyan kişilere koruma mülteci statüsü üzerinden sağlanırken, tanıma girmediği halde uluslararası korumayı hak eden kişilere koruma, ikincil koruma statüsü gibi, tamamlayıcı koruma statüleri üzerinden verilmektedir. Bu durumda, ayrıca bir geçici koruma rejiminin varlığı, geçici koruma kapsamındaki kişilere sağlanan korumanın niteliği bakımından bazı yanlış anlaşılmalara sebep olabilmektedir. Bu makale, uluslararası korumanın geçici bir idari mekanizma üzerinden sağlanıyor olmasının bazı hak ve hizmetlerin sağlanması konusunda esneklik getirebilse de, devletlerin geri gönderme yasağı kapsamındaki yükümlülüklerini değiştirmedeğini teorik tartışmalar

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk ABD, **ORCID ID:** 0000-0002-8153-8069, **e-posta:** dicle.ergin@bilkent.edu.tr

** **Bağımsız Danışman**, **ORCID ID:** 0000-0002-0324-6239, **e-posta:** yigit@ykconsulting.org,
DOI: 10.69958/ihy.1602332

Makalenin Geliş Tarihi: 16.12.2024

Makalenin Kabul Tarihi: 02.01.2025

ve seçilmiş mahkeme kararlarının incelenmesi yoluyla ortaya koymaktadır..

Anahtar kelimeler: Uluslararası koruma, geçici koruma, 1951 Cenevre Sözleşmesi, geri gönderme yasağı, non-refoulement ilkesi, gönüllü geri dönüş.

TEMPORARINESS IN INTERNATIONAL PROTECTION AND TEMPORARY PROTECTION REGIME: WHAT IS “TEMPORARY” ?

ABSTRACT

The scope of international protection covers individuals who meet the refugee definition envisaged in the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees (1951 Geneva Convention) or, even if they do not meet this definition, are in need of international protection due to being unable to benefit from national protection. While protection is provided through refugee status for those meeting the 1951 Geneva Convention’s definition, individuals who do not meet the definition but are entitled to international protection receive it under complementary protection statuses, such as subsidiary protection. In this context, the existence of a separate temporary protection regime may lead to certain misunderstandings regarding the nature of the protection provided to individuals under temporary protection. This article demonstrates, through theoretical discussions and an examination of selected court decisions, that while the provision of international protection through a temporary administrative mechanism may introduce flexibility in delivering certain rights and services, it does not alter states’ obligations under the principle of non-refoulement.

Keywords: International protection, temporary protection, 1951 Geneva Convention, non-refoulement principle, voluntary return.

I. Giriş

Birleşmiş Milletler (BM) Türkiye’yi dünyada en fazla mülteciye ev sahipliği yapan devletlerden biri olarak kabul etmektedir.¹ Bu kabule

¹ United Nations High Commissioner for Refugees (BMMYK), ‘Refugees and Asylum Seekers in Turkey’ www.unhcr.org/tr/en/refugees-and-asylum-seekers-in-turkey Erişim: 15.12.2024.

karşı, Türkiye'nin 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme'de (1951 Cenevre Sözleşmesi)² yer alan mülteci tanımı bakımından tercih etmiş olduğu coğrafi kısıtlama ve ulusal hukukunda uluslararası koruma statülerinin bu kısıtlamaya uygun olarak tanımlanmış olması sebebiyle, Türkiye'de korumadan faydalanan yabancıların çoğunun aslında hukuken mülteci olmadığı yönünde itirazlar dile getirilmektedir. Her halükârda, Türkiye'nin 2014 yılından itibaren 10 senedir kesintisiz olarak dünyada en fazla sayıda yerinden edilmiş kişiye koruma sağlayan ülkelerden biri olduğu bir gerçektir.³ Aralık 2024 itibarıyla sayıları üç milyonun altına⁴ inmiş olan Suriyelilerin büyük çoğunluğu Suriye'deki çatışma ve iç savaştan kaçarak Türkiye'ye sığınan ve geçici koruma rejimi kapsamına alınanlardır. Türkiye'de bu rejim altında sağlanan korumanın şekli ve içeriği literatürde kabul edilen uluslararası koruma tanımına benzerlik göstermektedir. Ancak 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun⁵ (YUKK) 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (r) bendinde uluslararası korumanın tanımlanmış şekli itibarıyla geçici koruma, uluslararası koruma tanımının kapsamında bulunmamakta⁶ ve YUKK'un 91'inci maddesinde ayrı bir koruma rejimi olarak düzenlenmektedir. Dolayısıyla söz konusu hukuki statülerin tanımları arasında önemli teknik farklılıklar mevcuttur ve aynı anda işlemekte olan iki farklı koruma rejimi bulunmaktadır.

Bu durum, uluslararası koruma konusunun kavramlara ve tanımlara yeterince hâkim olunmadan tartışılmasını, yanlış anlama ve hatalı çıkarımlara açık hale getirmektedir. Bu olası hatalı çıkarımların geçici koruma rejimi üzerine yapılan tartışmalara yansımaları, geçici korumanın sona ermesiyle birlikte korumadan faydalanan kişilerin

² 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme (kabul edilme 28.07.1951, yürürlüğe giriş 22.04.1954) 189 UNTS 137 (1951 Cenevre Sözleşmesi).

³ BMMYK, 'UNHCR Global Trends 2014' www.unhcr.org/statistics/country/556725e69/unhcr-global-trends-2014.html Erişim: 15.12.2024.

⁴ 5 Aralık 2024 itibarıyla Türkiye'de 2,936,369 Suriyeliye geçici koruma faydalancısı bulunmaktadır: Göç İdaresi Başkanlığı, 'Geçici Koruma - Göç İdaresi Başkanlığı İstatistikleri' www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638 Erişim: 10.12.2024 .

⁵ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK), Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 4.4.2013, RG 11.4.2013/28615.

⁶ YUKK md. 3(1)(r)'ye göre "*Uluslararası koruma: Mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsünü*" ifade etmektedir.

ülkelerine geri gönderilmesi bakımından geçici koruma statüsünün uluslararası koruma statülerine oranla daha esnek veya daha geçici bir koruma sağladığının ifade edilmesi şeklinde tezahür etmektedir. Oysa, uluslararası hukukta uluslararası koruma rejimi belirli ilke ve kriterlere dayanmaktadır ve bu ilkeler çok büyük oranda geçici koruma bakımından da geçerli kabul edilmektedir.⁷ Bu kriterlerin başında, kabaca yabancıların ağır insan hakkı ihlalleriyle karşılaşma riski olan yerlere zorla gönderilmemesi olarak tanımlanabilecek geri gönderme yasağı (*non-refoulement ilkesi*) gelmektedir. Dolayısıyla, “geçici koruma rejiminin kapsamı ve korumanın üzerinden sağlandığı usul ve mekanizma açısından geçicilik” ile “geri gönderme yasağıyla sağlanan hukuki korumanın geçiciliğini” aynı yaklaşımla değerlendirmek yanıltıcı çıkarımlara sebep olabilecektir. Bu konuda yapılmakta olan akademik tartışmalara katkıda bulunmak amacıyla, bu makale öncelikle uluslararası hukukta ve ulusal hukukumuzda uluslararası ve geçici koruma kavramlarını ele almayı; ardından geçici koruma rejimini oluşturan unsurları, sağlanan korumanın doğasını ve uluslararası koruma rejimi ile ilişkisini incelemeyi; takiben “geçici” olanın ne olduğuna odaklanmayı; sonrasında devletin koruma sorumluluğu bağlamında yaşam hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağı kapsamındaki pozitif yükümlüğünü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi’nin (AYM) bireysel başvuru kararları çerçevesinde tartışmayı amaçlamaktadır.

II. Uluslararası Hukukta Uluslararası Koruma

Uluslararası mülteci hukukunun uygulanmasında devletlere kılavuzluk etme görevi bulunan Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK),⁸ uluslararası korumayı “*ülkeleri dışında bulunan, karşılaşacakları risk sebebiyle ülkelerine dönemeyen ve kendi ülkeleri tarafından korunmayan veya korunamayan kişi veya gruplara uluslararası toplum tarafından sağlanan koruma*”⁹ şeklinde tanımlamaktadır. Vatandaşı olduğu devletin kendi vatandaşlarına sağladığı

⁷ BMMYK, ‘Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements’ (2014) 2 www.refworld.org/docid/52fba2404.html; Meltem Ineli-Ciger, *Temporary Protection in Law and Practice* (Brill | Nijhoff 2018) 48.

⁸ BMMYK’nın bu sorumluluğuna ilişkin detaylı bir inceleme için bkz.: Volker Turk, ‘UNHCR’s supervisory responsibility’ (2002), *New Issues in Refugee Research*, Working Paper No. 67.

⁹ BMMYK, ‘Master Glossary of Terms’ <https://www.unhcr.org/glossary/> Erişim: 10.12.2024.

korumadan faydalanamayan kişilere korumanın diğer devletler veya, BMMYK gibi, bu alanda yetkilendirilmiş uluslararası kuruluşlarca sığınma mekanizmaları üzerinden sağlanması beklenmektedir. Bir diğer deyişle, uluslararası koruma ihtiyacının temelinde ulusal korumanın eksikliği, bireylerin devletlerinin sağlaması beklenen temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvencelerden faydalanamıyor olmaları bulunmaktadır.¹⁰ Devletler bu ulusal korumayı belirli birey veya grupları hedef alarak kasıtlı olarak (örneğin, siyasi profilleri ya da dini ve etnik kökenleri sebebiyle) sağlamayabilecekleri gibi, ülkedeki yaygın ve ayırım gözetmeyen şiddet eylemleri sebebiyle isteseler bile sağlayamıyor olabilirler. Uluslararası koruma ihtiyacını doğurabilecek sebepler arasındaki farklılıklar, çoğu durumda menşe ülkelerinden ayrılarak başka bir (ev sahibi) ülkeye gitmiş ve koruma talep etmiş kişilere, uluslararası korumayı sağlayan (ev sahibi) devletin anayasası, ilgili mevzuatı ve taraf olduğu uluslararası insan hakları antlaşmalarından doğan yükümlülükleri uyarınca uluslararası korumanın farklı hukuki statüler vasıtasıyla sağlanması sonucunu doğuracaktır. Bu kapsamda uluslararası koruma, belirli bir hukuki statüyle kısıtlı olmadan, kendi devletlerinin ulusal korumasından mahrum kişilerin ülkeleri dışında ev sahibi devlette faydalandıkları korumayı anlatan bir çatı kavram olarak değerlendirilebilir.

Uluslararası korumanın sağlandığı hukuki statülerin başında hem kronolojik öncelik hem de hukuki bağlayıcılık açısından “mülteci statüsü” gelmektedir. Mülteci statüsünün tanımı ve devletlerin mültecilere sağlaması gereken haklar Türkiye’nin de hazırlık çalışmalarında yer aldığı 1951 Cenevre Sözleşmesi’yle düzenlenmiştir. Sözleşme ilk haliyle mülteciyi “*1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen ...*”¹¹ her şahıs olarak tanımlamıştır. Ayrıca Sözleşme taraf devletlere “*1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar*”

¹⁰ Jane McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (Oxford University Press 2007) 20.

¹¹ 1951 Cenevre Sözleşmesi, md.1.A.(2). Ayrıca yine aynı madde, tabiiyeti olmayan (vatansız) kişiler için de aynı tanımı “*vatandaşı olduğu ülke*” ifadesini “*önceden yaşadığı ikamet ülkesi*” şeklinde değiştirerek kullanmıştır.

ifadesini tercihli olarak “1 Ocak 1951’den önce Avrupa’da meydana gelen olaylar” şeklinde kabul ederek Sözleşme yükümlülüklerinin kapsamını bu şekilde belirleme imkânı tanımıştır.¹² 1951 Cenevre Sözleşmesi’ne 1967 yılında ek olarak yapılan bir protokol ile Sözleşmedeki mülteci tanımından zaman sınırlaması tüm taraf devletler için kaldırılmış;¹³ ancak coğrafi kısıtlama Protokolün kabul edildiği tarih itibarıyla 1951 Cenevre Sözleşmesi’ne coğrafi kısıtlama ile taraf olan devletlere bu kısıtlamayı koruma olanağı tanınarak kaldırılmıştır.¹⁴ Türkiye bu coğrafi kısıtlamayı korumayı tercih etmiştir ve halen uygulamaktadır.

1951 Cenevre Sözleşmesi’nde mülteci statüsünün tanımının net bir şekilde yapılmasının yanı sıra mülteci hukukunun bir diğer temel yapı taşı olan geri gönderme yasağı da düzenlenmektedir. Sözleşmenin 33’üncü maddesinde düzenlenmiş olan geri göndermeme ilkesi mülteci statüsüne sahip kişilerin zulüm görecekleri yerlere gönderilmelerini yasaklamaktadır. Söz konusu madde yalnızca mültecileri kapsayacak şekilde yazılmıştır ve ikinci fıkrasında kamu düzeni ve kamu güvenliğiyle ilişkili iki istisnaya da yer vermektedir.¹⁵ Ancak geri gönderme yasağı insan hakları hukukunun güçlenen etkisiyle zamanla daha geniş yorumlanmaya başlamıştır. Genişlemiş yorumuyla bu ilke temel uluslararası hukuk belgelerinde “herkes” için ve istisnaya yer verilmeksizin kendine yer bulmuştur. Bölgesel insan hakları mahkemelerinin içtihatları bu geniş yoruma önemli bir katkı sunmuş ve neticede ilke insan hakları hukukunun ve uluslararası örf ve adet hukukunun bir parçası haline gelmiştir.¹⁶ AIHM’nin geri gönderme

¹² 1951 Cenevre Sözleşmesi: md.1.B.

¹³ 1967 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Protokol (kabul edilme 31.1.1967, yürürlüğe giriş 4.10.1967) 606 UNTS 267 (1967 Protokolü), md. 1.2.

¹⁴ ibid. md.1.3; Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (5. Baskı, Beta 2018) 147.

¹⁵ 1951 Cenevre Sözleşmesi, md 33 – Geri Göndermeme İlkesi: “(1) Hiçbir taraf devlet, “bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade (“refouler”) etmeyecektir. (2) Bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümlü mahkum olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, işbu hükümden [Madde 33(1)] yararlanmayı talep edemez.”

¹⁶ Guy S Goodwin-Gill, ‘The International Law of Refugee Protection’ in Elena Fiddian-Qasmieh and others (eds), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies* (Oxford University Press 2014)

yaşadığını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) işkence ve kötü muameleyi yasaklayan 3'üncü maddesi üzerinden ve maddenin sağladığı korumanın yaygın şiddet veya ulusal güvenliği ilgilendiren durumlar da dahil olmak üzere mutlak bir karaktere sahip olduğunun altını çizerek yorumlaması,¹⁷ Türkiye'nin de parçası olduğu Avrupa Konseyi bölgesel hukukunda da geri gönderme yaşadığını istisnası olmayan bir hukuk kuralı haline getirmiştir.¹⁸ Geri gönderme yaşağı, günümüzde kimsenin zulüm göreceğı veya işkence veya insanlık dışı muamele veya cezaya maruz kalacağı bir yere gönderilemeyeceğini güvence altına alan, bağlayıcı ve uluslararası koruma sisteminin temel yapı taşlarından birini teşkil eden önemli bir hukuk kuralıdır.

Geri gönderme yaşadığının kapsamının genişlemesine paralel olarak uluslararası koruma da mülteci statüsünün ötesinde farklı grupları da kapsayacak şekilde yorumlanmaya başlamıştır. 1951 Cenevre Sözleşmesi'nde mülteci tanımının bağlı olduğu beş gerekçe (ırk, din, tabiiyet, belli bir toplumsal gruba mensubiyet, siyasi düşünce) dışında kaldığı halde uluslararası korumaya ihtiyaç duyan kişi ve gruplar da bulunmaktadır. Bu durumdaki kişilere, yaygın ve ayırım gözetmeyen şiddet durumlarından veya idam cezasına çarptırılacağı için ülkesinden kaçarak başka devlete sığınmış kişiler örnek gösterilebilir. Bu kişiler de devletleri tarafından verilmesi beklenen ulusal korumaya erişememekte, ülkelerine döndüklerinde karşılaşacakları risk(ler) sebebiyle uluslararası korumaya

<https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199652433.001.0001/oxfordhb-9780199652433-e-021> Erişim: 15 Aralık 2014; United Nations Human Rights Office of the High Commissioner (OHCHR), 'Technical Note on the Principle of Non-Refoulement under International Human Rights Law' 1 <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/GlobalCompactMigration/ThePrincipleNon-RefoulementUnderInternationalHumanRightsLaw.pdf> Erişim: 10.12.2024.

¹⁷ İlgili mahkeme kararlarının bir derlemesi ve Mahkemenin bu konudaki kılavuzu için bkz: European Court of Human Rights (AİHM), 'Guide on the Case-Law of the European Convention on Human Rights - Immigration' 17-28 https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_immigration_eng Erişim: 15.12.2024.

¹⁸ AİHM geri gönderme yaşadığına dair incelemesinde bireylerin kötü muamele, işkence ve aşağılayıcı muamele veya ceza ya da ölüm riskine maruz kalacakları ülkelere geri gönderilmemeleri gerektiğine hükmetmektedir. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken AİHS'nin yaşam hakkında ilişkin 2'inci maddesini ve işkence yaşadığına ilişkin 3'üncü maddesini birlikte ele almaktadır. Bu değerlendirmeyi yaparken de yaşam hakkında ilişkin analizi bir nevi işkence yaşadığı analizi içinde eritmektedir. Bkz. F.G. v. İsveç [BD], BN. 43611/11, KT. 23/03/2016 p.110; L.M. ve diğerleri v. Rusya, BN. 40081/14, 40088/14 ve 40127/14 , KT. 15/10/2015 p.108.

ihtiyaç duymakta ve dolayısıyla geri gönderme yasağı kapsamına girmektedirler.

1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 1'inci maddesindeki mülteci tanımına girmediği halde uluslararası koruma ihtiyacı içerisinde olan ve dolayısıyla geri gönderme yasağı kapsamına giren kişilere de devletlerce uluslararası koruma sağlanmaktadır.¹⁹ Bu koruma, 1951 Sözleşmesi'ndeki korumayı tamamladığı için “tamamlayıcı koruma” olarak adlandırılmaktadır. Bu uluslararası koruma türü, Sözleşme'de mültecilere sağlanması öngörülen hak ve güvencelere benzer güvenceler içermekte ama belirli haklar açısından genellikle Sözleşme'de belirlenen seviyenin altında kalmaktadır.²⁰ Avrupa'da tamamlayıcı korumanın gerek Avrupa Birliği (AB) hukukunda gerek ulusal hukukumuzda “ikincil koruma” olarak adlandırılan bir hukuki statü aracılığıyla verildiği görülmektedir. Mülteci statüsünün aksine ikincil koruma statüsünü uluslararası hukukta düzenleyen bir sözleşme bulunmasa da, ikincil korumanın devletin insan hakları yükümlülüklerinden doğan bir statü olduğunu söylemek yanıltıcı olmayacaktır.²¹

Bu statünün ve genel olarak tamamlayıcı korumanın başlangıcı 20. yüzyıl başlarına ve Milletler Cemiyeti'nin uygulamalarına kadar gitmektedir ancak bugün kullanılan anlamıyla bir kavram olarak 1990'larda ortaya çıkmıştır.²² Özellikle bu dönemde AİHM ve BM insan hakları sözleşme kurumlarının kararları ile BMMYK belgelerinde altı çizilen gerekliliklerle tamamlayıcı koruma konusunda devletler arasında ortak bir çerçeve çizilmesi için zemin oluşmuştur.²³ 2004 yılında AB Vasıf Yönergesi'nin²⁴ kabulüyle ilk uluslararası tamamlayıcı koruma rejimi

¹⁹ Jane McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (Oxford University Press 2007) 20-21.

²⁰ Stefan Salomon ‘Constructing Equality in EU Asylum Law’ (2021) 33 *International Journal of Refugee Law* 608, 609-610.

²¹ Neva Övünç Öztürk, Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi (Seçkin 2015) 97-98.

²² Guy S Goodwin-Gill ve Jane McAdam, *The Refugee in International Law* (Oxford University Press 2007) 286.

²³ Goodwin-Gill ve McAdam, s. 289.

²⁴ Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted [2004] OJ L 304. AB Vasıf Yönergesi olarak da bilinen bu yönerge 2013 yılı

AB’de kabul edilmiştir.²⁵ AB Vasıf Yönergesi’nin 2’inci maddesinin (e) fıkrası tamamlayıcı korumanın verileceği ikincil koruma statüsünü alacak kişileri tanımlarken bu kişilerin mülteci olmak için gerekli şartlara sahip olmadıklarını ancak menşe ülkelerine geri gönderilmeleri halinde ciddi bir zarar görmeleri yönünde gerçek bir risk olduğu için menşe ülkelerinin korumasından yararlanamayan (veya yararlanmak istemeyen) kişiler olduklarını belirtmiştir.²⁶ “*Ciddi zarar*” teşkil edecek durumlar da yine Yönerge’nin 15’inci maddesinin (c) fıkrasında ölüm cezası veya idam, işkence veya insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya ceza, veya silahlı çatışma durumlarında görülen ayırım gözetmeyen şiddet nedeniyle hayata veya kişiliğe yönelik ciddi ve bireysel tehdit olarak tanımlanmaktadır.²⁷ Bu tanımlara ilişkin olarak, ayırım gözetmeyen şiddet gibi geniş tanımlanmış bir durumla bireysel tehdit kavramının birlikte nasıl yorumlanabileceği konusunda önemli tartışmalar bulunduğu²⁸ dikkat etmekte fayda vardır. Ancak bu tartışmalardan bağımsız olarak, statünün düzenlenme sebebinin 1951 Cenevre Sözleşmesi’nde yapılan mülteci tanımına girmeyen ancak geri gönderme yasağı kapsamında olan ve uluslararası koruma ihtiyacı içerisinde bulunan kişilere sağlanacak koruma için hukuki bir statü oluşturulması olduğu açıktır.

Görüldüğü üzere uluslararası koruma, 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin 1’inci maddesinde düzenlenen mülteci tanımına giren kişilere mülteci statüsü üzerinden, bu tanıma girmeyen ancak yine de uluslararası koruma ihtiyacı bulunan kişilere ise ikincil koruma statüsü gibi tamamlayıcı koruma statüleri üzerinden verilmektedir. Korumanın farklı statüler üzerinden sağlanıyor olması bu statülerin sahiplerinin erişebildikleri haklarla ilgili olarak bazı farklar doğuruyor olsa da geri gönderme yasağının sağladığı koruma tüm statüler için ortaktır.

sonu itibarıyla yürürlükten kalkmış olup değiştirilmiş hali yürürlüktedir. Değiştirilmiş AB Vasıf Yönergesi için bkz.: Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast) [2011] OJ L 337.

²⁵ Goodwin-Gill ve McAdam: s. 325.

²⁶ AB Vasıf Yönergesi: md. 2(e).

²⁷ ibid. md. 15(c).

²⁸ Meltem İneli Çiğler, ‘Silahlı Çatışma Durumlarında Ayırım Gözetmeyen Şiddet Hareketlerinden Kaçan Kişilerin Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda İkincil Korunması’ (2018) 20 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199, 205.

Uluslararası koruma alanında önem teşkil eden bir diğer nitelendirme ise sığınmacıdır. Uluslararası koruma ihtiyacı içerisinde olduğunu belirten bir kişinin yukarıda bahsedilen statülerden birinin tanımına uyup uymadığının belirlenmesi için işletilecek usuller herhangi bir uluslararası sözleşme ile düzenlenmemiştir. 1951 Cenevre Sözleşmesi mültecinin tanımını yapar ve mültecilere devletler tarafından sağlanması gereken muamele ve haklara ilişkin standartları belirtir. Ancak bir kişinin mülteci olup olmadığını anlamak için uygulanacak prosedüre ilişkin bir düzenleme içermez. Dolayısıyla Sözleşme devletlere bu prosedüre ilişkin olarak belirli bir serbesti tanır.²⁹ Tamamlayıcı koruma bağlamında da bir statü belirleme prosedürü uygulanması söz konusudur. Devletler bu prosedürleri iç hukuklarında düzenlerler. Genel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme prosedürleri olarak adlandırabileceğimiz bu süreç mülteci hukuku ve insan hakları hukuku ilkelerine uygun olarak düzenlenmeli, hak ihlallerinin engellenmesi ve sağlıklı statü kararlarının verilebilmesi için gerekli hukuki ve usuli güvenceleri içermelidir.

Uluslararası koruma arayan kişiler, statülerinin belirlenmesi için işletilmekte olan bu prosedürün sonunda haklarında nihai bir karar verilene kadar genel olarak “sığınmacı” olarak adlandırılırlar.³⁰ Sığınmacılar bazı hukuk sistemlerinde başvuru sahibi veya uluslararası koruma başvuru sahibi olarak da adlandırılabilirler. Örneğin YUKK’a göre başvuru sahibi “uluslararası koruma talebinde bulunan ve henüz başvurusu hakkında son karar verilmemiş olan kişi” şeklinde tanımlanmıştır.³¹ Sığınmacıların (veya başvuru sahiplerinin) uluslararası koruma statüleri, başvuruları hakkında verilecek olan nihai karar sonrasında tanınır. Başvurularının reddedilmesi durumunda ise haklarında yabancıların o hukuk sisteminde tabi oldukları diğer kurallara göre işlem yapılması beklenir ki bu, yabancıların ev sahibi ülkede kalışının herhangi başka bir yasal dayanağı bulunmuyorsa kişi hakkında sınır dışı kararı alınması anlamına gelmektedir. Bu noktada altı çizilmesi gereken husus, hem mülteci statüsünün bildirici nitelik taşıdığı³² hem de bir sığınmacının ülkesine gönderildiğinde zulüm görme, işkenceye veya insanlık dışı muamele veya cezaya maruz kalma riski olup olmadığının uluslararası koruma statüsü

²⁹ Goodwin-Gill ve McAdam: s. 53-54.

³⁰ BMMYK: Master Glossary of Terms.

³¹ YUKK: md. 3(1)d.

³² Neva Övünç Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (Seçkin 2015), 86-87.

belirleme süreci tamamlanmadan tam olarak tespit edilemeyeceği için geri gönderme yasağı uyarınca bu kişilerin ülkelerine geri döndürülemeyeceğidir.³³ Dolayısıyla sığınmacıların ülkelerine geri gönderilmesi ancak tam olarak işletilen adil bir uluslararası koruma statüsü belirleme süreci sonucunda uluslararası koruma talebinin nihai bir kararla reddedilmesinin ardından mümkün olabilmektedir.

III. Hukukumuzda Uluslararası Koruma

Türkiye'nin uluslararası koruma uygulamalarının köklü bir geleneği olmakla birlikte bu alanda kanun seviyesinde ilk kapsamlı çerçeve 2013 yılında kabul edilen YUKK ile kurulmuştur. YUKK öncesinde uluslararası korumaya ilişkin uygulamalar genellikle uluslararası hukuk ve idari düzenlemeler yoluyla yürütülmekte ve bu durum özellikle uluslararası koruma bağlamında önem taşıyan çeşitli güvencelerin yasalarla güvence altına alınmamış olması sebebiyle eleştirilmekteydi.³⁴ YUKK'un kabulüyle, geri gönderme yasağı, uluslararası koruma statülerinin tanımı, işletilecek uluslararası koruma prosedürleri ve uluslararası koruma kapsamında sağlanacak hak, yükümlülük ve hizmetlerin uluslararası standartlarda düzenlenmesi amaçlanmıştır.

Uluslararası korumaya ilişkin hususlar genel olarak YUKK'un "Uluslararası Koruma" başlıklı Üçüncü Kısımında düzenleniyor olmakla birlikte, Kanun'un getirdiği en önemli yeniliklerden biri Birinci Kısımındaki amaç, kapsam ve tanımlar maddelerinin hemen ardından, geri gönderme yasağını herhangi bir istisnaya yer vermeden ve Kanun kapsamına giren herkes için güvence altına alarak düzenliyor olmasıdır.³⁵ Geri gönderme yasağı maddesine ek olarak, Kanun'un sınır dışı sürecini düzenleyen maddeleri arasına da sınır dışı edilemeyecek kişilere ilişkin bir hüküm konulmuştur. Gönderileceği ülkede ölüm cezası, işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz kalacak kişiler hakkında,

³³ Goodwin-Gill ve McAdam: s. 232-233.

³⁴ Bu konuda detaylı bir inceleme için bkz.: *Nuray Ekşi, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (Beta 2018) 11-14, 143-148.

³⁵ YUKK: md. 4.

sınır dışı edilecek kişileri belirleyen 54’üncü madde kapsamında olsalar bile, sınır dışı kararı alınmayacağı düzenlenmiştir.³⁶

Uluslararası koruma YUKK’ta “*mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsü*” şeklinde tanımlanmaktadır.³⁷ YUKK’ta yapılan mülteci statüsü tanımı 1951 Cenevre Sözleşmesi’ndeki tanıma uygun, ancak Türkiye’nin bu Sözleşme üzerinde uygulamakta olduğu coğrafi kısıtlama uyarınca yalnızca Avrupa’da meydana gelen olaylar sebebiyle mülteci olan kişileri kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.³⁸ Avrupa dışında meydana gelen olaylar sebebiyle belirtilen tanıma giren kişilere ise şartlı mülteci statüsü verilmesi ve üçüncü ülkeye yerleştirilene kadar ülkede kalmasına izin verilmesi öngörülmüştür.³⁹ Yani mülteci tanımının Türk hukukunda coğrafi olarak ikiye bölünerek mülteci ve şartlı mülteci olarak adlandırıldığını, bu yolla, iki statü arasında sağlanan hakların kapsamına ilişkin farklılıklar olsa da, uluslararası korumanın 1951 Cenevre Sözleşmesi kapsamına giren herkesi kapsadığı görülmektedir. Sözleşmede düzenlenen mülteci tanımına girmeyen ancak uluslararası koruma ihtiyacı içerisinde olduğu tespit edilen kişilere yönelik olarak da, AB hukukundaki düzenlemeye benzer şekilde, bir ikincil koruma statüsü düzenlenmiştir.⁴⁰ İkincil koruma statüsü kapsamına kişinin ülkesine dönmesi durumunda ölüm cezası, işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı ceza veya muamele, veya silahlı çatışma durumlarından kaynaklanan ayırım gözetmeyen şiddet sebebiyle şahsına yönelik ciddi bir tehditle karşılaşacak olması durumları dahil edilmiştir.

YUKK’un kabulüyle uluslararası korumaya ilişkin olarak uluslararası standartlar gözetilerek yapılan diğer düzenlemeler içerisinde uluslararası koruma başvurusu, kayıt, kimlik belgesi temini, menşe ülke bilgisi toplanması ve kullanılması, mülakat, karar, olumsuz karara karşı itiraz ve yargı yolu adımlarından oluşan uluslararası koruma statü belirleme süreci ve bu süreç içerisinde sağlanan hukuki ve usuli güvenceler, uluslararası korumanın haricinde bırakılma, uluslararası korumanın sonlanması ve iptal edilmesi durumları, idare tarafından belirli

³⁶ ibid. md. 55. Bu maddede ayrıca sağlık, insan ticareti mağdur destek sürecinden yararlanma veya şiddet mağduru olma sebebiyle tedavi görme gibi gerekçeler de kişi hakkında sınır dışı kararı alınmayacağı durumlar arasında sayılmıştır.

³⁷ YUKK: md. 3(1)r

³⁸ ibid. md. 61.

³⁹ ibid. md. 62.

⁴⁰ ibid. md. 63.

durumlarda alınacak önlemler, başvuru ve statü sahiplerinin hakları ve yükümlülükleri, statü sahiplerine verilecek seyahat belgeleri, işbirliği, kabul ve barınma merkezleri gibi hususlar bulunmaktadır. YUKK’la kurulmuş olan Göç İdaresi Başkanlığı⁴¹ ise, uluslararası koruma statüsü belirleme prosedürleri de dahil olmak üzere yabancılar ve uluslararası korumaya ilişkin tüm iş ve işlemlerden sorumlu kurum olarak belirlenmiştir.

IV. Geçici Koruma İhtiyacı

YUKK ile uluslararası koruma konusunda yapılan bir diğer düzenleme ise geçici korumaya ilişkindir. Geçici koruma YUKK’un 91’inci maddesinde şu şekilde düzenlenmektedir:

“(1) Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılarla geçici koruma sağlanabilir.

(2) Bu kişilerin Türkiye’ye kabulü, Türkiye’de kalışı, hak ve yükümlülükleri, Türkiye’den çıkışlarında yapılacak işlemler, kitlesel hareketlere karşı alınacak tedbirlerle ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlar arasındaki iş birliği ve koordinasyon, merkez ve taşrada görev alacak kurum ve kuruluşların görev ve yetkilerinin belirlenmesi, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

YUKK’ta geçici korumanın uygulanmasına ilişkin başka bir düzenleme yapılmamış,⁴² ilgili maddenin içeriğinde de görülebileceği gibi diğer düzenlemelerin bir Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği ile yapılması

⁴¹ 2013 yılında Göç İdaresi Genel Müdürlüğü olarak kurulan kurum, 2021 yılında Göç İdaresi Başkanlığı olarak mevcut yapısına kavuşmuştur. Bkz. 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG 29.10.2021/31643.

⁴² 91’inci madde dışında YUKK’ta geçici korumaya ilişkin tek düzenleme 42’inci madde ile uzun dönem ikamete geçişin uluslararası koruma ve geçici koruma statü sahipleri için kapatılmasıdır.

öngörülmüştür.⁴³ İlgili yönetmelik olan Geçici Koruma Yönetmeliği Ekim 2014’te Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.⁴⁴

Buraya kadar verilen bilgiler ışığında başvuru sahibi, mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüleri vesilesiyle hem 1951 Cenevre Sözleşmesi’ndeki mülteci tanımına giren hem de bu tanıma uymadığı halde uluslararası koruma ihtiyacı içerisinde olduğu tespit edilen veya statü belirlenme sürecinde olan kişilere uluslararası korumanın nasıl sağlanacağına YUKK’la düzenlendiği görülmektedir. Peki, ayrıca bir geçici koruma rejimi oluşturulmasının amacı nedir? Geçici koruma rejimi ile koruma sağlanması amaçlanan kişiler ile uluslararası koruma statülerinin tanımına giren kişiler kategorik olarak farklı gruplara dahil kişiler midir?

Bu sorulara tatmin edici bir cevap verebilmek için geçici korumanın tanımını tam olarak yapabilmek gereklidir. Ancak bu kolay bir iş değildir. Zira, mülteci statüsü ve geri gönderme yasağının aksine, ne uluslararası sözleşmelerde ne de uluslararası örf ve âdet hukukunda geçici koruma için belirlenmiş olan bir tanım bulunmaktadır. Bu durum geçici korumanın tanımına, kapsamına ve uluslararası hukuka uygunluğuna ilişkin tartışmaları beraberinde getirmiştir.⁴⁵

1951 Cenevre Sözleşmesi mülteci hukukunun temel tanım ve ilkelerini belirlemekle birlikte, Sözleşmenin direkt olarak düzenlemediği ve günümüzde uluslararası koruma alanında büyük önem taşımakta olan konular bulunmaktadır. Mülteci tanımına girmediği halde uluslararası korumaya ihtiyacı olan kişilerin durumu, genel olarak kitlesel akın durumları (özellikle silahlı çatışma ve ayırım gözetmeyen şiddet durumlarından kitlesel olarak kaçan kişilere koruma sağlanması) ve bu

⁴³ Maddenin 2013 yılında kabul edilen metindeki ilk halinde Bakanlar Kurulu yönetmeliği olarak öngörülmüş olup 2/7/2018 tarihli 703 sayılı KHK ile Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği olarak değiştirilmiştir.

⁴⁴ Geçici Koruma Yönetmeliği, RG 22.10.2014/29153.

⁴⁵ Geçici korumanın tanımı, kapsamı, tarihsel gelişimi ve uluslararası hukuka uygunluğuna ilişkin güncel kaynaklar için bkz: Ineli-Ciger: Temporary Protection in Law and Practice; Neva Övünç Öztürk, ‘Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme’ (2017) 66 Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi 1 201. Geçici korumanın tümüyle iç hukuka tabi bir koruma tedbiri olduğuna ilişkin olarak bkz. Sibel Özel, ‘Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü’ (2020) XVII, Yeditepe Üni. Hukuk Fak. 2 722.

akınlara maruz kalan ülkelerin karşılaştığı ekonomik, sosyal ve güvenliğe ilişkin zorluklar bu konuların başında gelmektedir.⁴⁶

Kitlel akın durumlarında karşılaşılan bu sorunlara çözüm bulmak için bazı devletlerin belirli dönemlerde benimsediği geçici koruma uygulamalarını BMMYK, uluslararası koruma rejimini tamamlayan, bu rejimdeki ve ulusal sistem ve kapasitelerdeki boşlukları doldurarak geri gönderme yasağı altında korumanın acil olarak sağlanabilmesi için kullanılan pragmatik uluslararası koruma araçları olarak nitelendirmektedir.⁴⁷ BMMYK ayrıca bu araçların uluslararası koruma statülerinin bireysel olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı durumlarda, devletin uluslararası ve bölgesel hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerine hanel getirmeyecek ve diğer uluslararası koruma mekanizmalarının kalıcı olarak yerini almayacak şekilde kullanılmaları gerektiğini belirtmektedir.⁴⁸ Bu noktada vurgulanması gereken önemli hususlar; (i) geçici korumanın kitlel akın durumunda ortaya çıkan sorunlara cevap vermek için kullanıldığı, (ii) özellikle ilk aşamada, kitlel akın dahilindeki kişilere sağlanan hak ve hizmetlere ilişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi'nde belirlenen standartlarda bir esnekliğe olanak verdiği, ve (iii) bu durumun devletin mülteci hukuku ve insan hakları hukuku kapsamında bağlı olduğu geri gönderme yasağına ilişkin yükümlülüklerini değıştirmediğidir. Bu durum mevzuatımızda da kendini göstermektedir. YUKK'ta yapılmış olan ilgili düzenlemelere ek olarak Geçici Koruma Yönetmeliğı de 6'ncı maddesinde geri gönderme yasağını şu şekilde düzenlemektedir:

“(1) Bu Yönetmelik kapsamındaki hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez.

(2) Genel Müdürlük, ilgili mevzuata göre ülkemizden gönderilmesi gerektiğı halde, birinci fıkra kapsamında ülkemizden gönderilemeyecek yabancılar hakkında idari tedbirler alabilir.”

⁴⁶ Ineli-Ciger: Temporary Protection in Law and Practice, s. 46-47.

⁴⁷ BMMYK, ‘Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements’ (Refworld 2014) 1 <https://www.refworld.org/docid/52fba2404.html> Erişim: 28.08.2021.

⁴⁸ ibid. 3.

BMMYK'nın da altını çizdiği üzere,⁴⁹ belirli bir durumda korumanın uluslararası koruma rejimi yerine geçici koruma rejimi ile sağlanabilmesini uygun kılan koşulların başında; koruma arayan kişilerin ülkeye kitlesel bir akın halinde gelmeleri sebebiyle bireysel statü belirleme işlemlerinin mümkün olmaması vardır. Bu kapsamda kişiler kitlesel bir akının söz konusu olmadığı durumda bireysel olarak veya küçük gruplar halinde uluslararası koruma aradıklarında başvuruları alınarak bireysel statü belirleme prosedürlerine tabi tutulacak ve bu prosedürler sonucunda tanınan statüler üzerinden uluslararası korumaya erişeceklerdir. Ancak kitlesel akın durumunda kitleyi oluşturan kişi sayılarındaki yükseklik karşısında yetersiz kalan veya öncelikle koruma ve hizmetlerin sağlanabilmesi için kullanılması uygun görülen idari kapasite sebebiyle bir statü belirleme prosedürü işletilmeden, koruma arayan bu kişilere geçici koruma statüsü verilmekte ve koruma bu statü üzerinden sağlanmaktadır. Devletin, kısa bir süre içerisinde binlercesi bir arada ülke sınırlarına gelen ve koruma arayan kişiler için statü belirleme işlemi gerçekleştirmek yerine, sahip olduğu zaman, insan ve maddi kaynaklarını bu kişilerin öncelikli korunma, barınma ve diğer insani ihtiyaçlarının karşılanması için yönlendirmesi hem insani hem de idari açıdan daha mantıklı olacaktır.

Kapasiteye ilişkin bu kaygı, geçici korumayı düzenleyen mevzuatta da açıkça tespit edilebilmektedir. Geçici Koruma Yönetmeliği hem Yönetmeliğin amaç ve kapsamını belirleyen 1'inci maddesinde, hem de tanımlara ilişkin 3'üncü maddesinde geçici korumayı ve kitlesel akını tanımlarken, uluslararası koruma taleplerinin bireysel olarak değerlendirilmeye alınmadığı bir durumun mevcut olduğunu belirtmektedir. Yönetmelik'te kitlesel akın *“aynı ülkeden veya coğrafi bölgeden kısa bir süre içerisinde ve yüksek sayılarda gerçekleşen ve söz konusu sayılar nedeniyle bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerinin usulen uygulanabilir olmadığı durumlar”*⁵⁰ olarak tanımlanarak, başvuruların bireysel olarak değerlendirmeye alınmamasının sebebi de açıklanmıştır. Ancak geçici korumanın dünyada yaygın kabul görmüş tek bir tanımı yoktur. Geçici koruma uygulayan ülkelerde bu korumanın kapsamı, süresi, koruma sürecinde sağlanan haklar ve geçici korumanın bitişini takip eden işlemler açısından ciddi farklar görülmektedir. Dolayısıyla farklı düzenlemelere dayanan geçici koruma örneklerinin her biri için statü belirleme kapasitesinin yetersizliğinin en önemli etken olduğunu söylemek mümkün değildir.

⁴⁹ ibid.

⁵⁰ Geçici Koruma Yönetmeliği: md. 3(1)j.

Örneğin uluslararası koruma statülerinin bireysel değil grup bazında (*prima facie*) tanınması da tercih edilebilir⁵¹ ve bu yöntemle kapasite probleminin büyük ölçüde önüne geçilebilmektedir. Ancak bunun yerine geçici koruma rejiminin tercih ediliyor olmasının esasen devletlerin 1951 Cenevre Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerinden kaçınma ve geçici korumadan faydalananların geri dönüşünü garanti altına alma yönündeki tercihlerini yansıttığını ifade eden görüşler de mevcuttur.⁵²

Geçici koruma devletlerin kitlesel akın durumlarında koruma sağlarken kullandıkları bir araçtır. Koruma ihtiyacı içerisindeki kişilerin kitlesel olarak ev sahibi ülkeye geldiği durumlarda ortaya çıkan sorunlara çözüm olarak kullanılmaktadır. Kitlesel akın içerisinde farklı profillerden kişiler bulunsa da çoğunluğun uluslararası koruma statüsü tanımlarına giren kişiler olduğu varsayılarak bireysel statü belirleme işlemleri uygulanmadan bu kişilere koruma verilebilmesini mümkün kılar. Sunulan hak ve hizmetler açısından, yine insan hakları hukukuna uygun olarak, devletlere bir esneklik sağlar ve fakat geri gönderme yasağının zorunlu kıldığı koruma açısından devletlerin yükümlülüklerini etkilemez. Yani kitlesel akın durumunda ülkesinden kaçmakta olan kişilerin ihtiyacı uluslararası korumadır, bu korumanın sağlanması uluslararası toplumun ve ev sahibi devletlerin yükümlülüğüdür, korumanın geçici koruma rejimi altında sağlanmasının sebebi ise kitlesel akına maruz kalan devletlerin ihtiyaçlarıdır.

V. “Geçici” Olan Nedir?

Kitlesel akınla karşılaşan devlet uluslararası koruma ihtiyacını - en azından kitlenin çoğunluğu bakımından - tespit ettiğinde, korumayı acil ve idari kapasite açısından gerçekçi bir şekilde sağlayabilmek amacıyla geçici koruma mekanizmasını kullanmayı tercih edebilir. Bu tercihle birlikte bireysel statü belirleme prosedürleri askıya alınacak ve koruma kitlesel akının parçası olan tüm kişilere sağlanacaktır. Bireysel statü belirleme

⁵¹ BMMYK ‘Prima Facie Approach to Recognition of Refugee Status’ <https://emergency.unhcr.org/protection/legal-framework/prima-facie-approach-recognition-refugee-status> Erişim: 15.12.2024.

⁵² İlgili tartışmaların bir özeti için bkz: Övünç Öztürk: Geçici Korumanın Uluslararası Koruma..., s. 223-226; Neva Övünç Öztürk, ‘Temporary protection practice in Türkiye and in the EU: A flexible, pragmatic solution or a Janus-faced image for the access to international protection?’ (2022) 60 International Migration 5 276-279.

işlemlerinin işletil(e)memesine neden olan kapasite sorunları ortadan kalktığına ise, geçici koruma sağlanan bu kişilerin uluslararası koruma rejimi kapsamındaki statülere uygunluklarının değerlendirilmesi, statü tanımına giren kişilere bu statülerin verilmesi, tanıma girmeyen kişilere ise yabancılara ilişkin diğer hükümlerin uygulanması beklenecektir. Dolayısıyla devletin geçici korumayı sağlarken kullandığı mekanizmanın bir acil durum önlemi olarak değerlendirilmesi ve geçiciliğinden bahsedilmesi mümkündür.

Benzer şekilde, geçici koruma rejimi kapsamında daha esnek kriterlerle sağlanan hak ve hizmetlere erişim de, geçici koruma altındaki kişiler diğer uluslararası koruma statülerine geçtiklerinde kapsam olarak değişecek, bu statüler için 1951 Cenevre Sözleşmesi’nde ve ulusal hukukta öngörülen standartlara uyumlu hale gelecektir. Eğer statü belirleme işlemleri sonucunda kişinin uluslararası koruma statülerinden birinin tanımına girmediği anlaşılırsa, haklara erişimin doğal olarak daralması söz konusu olacaktır. Yani geçici koruma rejimi ile sağlanan temel hak ve hizmetlerin varlık olarak değil ama kapsam olarak geçici olduğunu, kişiler geçici koruma rejiminden uluslararası koruma rejimine geçiş yaptığında bu kapsamın değişeceğini söylemek mümkündür.

Ancak geri gönderme yasağı uyarınca sağlanan korumanın varlığına veya kapsamına baktığımızda, bunun kişinin statüsüne bağlı olmaksızın hem uluslararası hukukta hem de ulusal hukukta herkesi kapsayacak şekilde düzenlendiğini ve yargı kararlarında da mutlak bir doğaya sahip olan işkence ve kötü muamele yasağı altında değerlendirildiğini görmekteyiz. Uluslararası hukuk açısından, kişiler geri gönderilmeleri söz konusu olan yerlerde zulme, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacaklarsa geri gönderme yasağının kapsamına gireceklerdir. Geçici koruma rejiminden uluslararası koruma rejimine geçilmesi veya kişilerin statülerinde meydana gelecek başka bir değişiklik, kişilerin gönderilecekleri yerde karşılaşacakları risk ortadan kalkmadıkça, geri gönderme yasağının sağladığı korumaya duyulan ihtiyacı ortadan kaldırmayacaktır. Literatürde geri gönderme yasağının kitlesel akın durumlarında ülke sınırlarında, sınırların kısmen veya tamamen girişe kapatılması bağlamında uygulanmasına ilişkin bazı tartışmalar bulunmaktadır.⁵³ Buna rağmen zaten ülke içerisinde bulunan kişilerin geri gönderme yasağı çerçevesinde faydalandıkları korumaya

⁵³ İlgili tartışmalar için bkz: James C Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law* (2nd edn, Cambridge University Press 2021) 423-435.

ilişkin bir belirsizlik yoktur. Yani korumanın geçici koruma mekanizması üzerinden sağlanıyor olması, uluslararası koruma hukukunun temel prensipleri açısından bir geçicilik teşkil etmemektedir. Ancak bu noktada geçici korumanın sonlanması sonrasındaki uygulamanın incelenmesi önem taşımaktadır.

Mevzuatımızda geçici korumanın sonlanması Geçici Koruma Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Yönetmeliğe göre geçici koruma uygulaması⁵⁴ bir rejim olarak toplu şekilde sona erebileceği gibi bireysel olarak da⁵⁵ sonlandırılabilir. Yönetmeliğin 11'inci maddesine göre, geçici korumanın sonlandırılması için İçişleri Bakanlığı Cumhurbaşkanına teklifte bulunabilir. Sonlanma, ilan edilmesindeki usule paralellik gereği, Cumhurbaşkanı kararıyla olur. Madde, Cumhurbaşkanı tarafından geçici korumanın sonlandırılması kararıyla birlikte bazı kararların alınabileceğini de düzenlemiştir. Bu kararlar, (i) geçici koruma tamamen durdurularak geçici korunanların ülkelerine dönmesi, (ii) geçici korunanlara koşullarını taşıdıkları statünün toplu olarak verilmesi, (iii) uluslararası koruma başvurusunda bulunanların başvurularının bireysel olarak değerlendirilmesi ve (iv) geçici korunanların YUKK kapsamında belirlenecek koşullarda Türkiye'de kalmalarına izin verilmesi olarak sıralanmıştır. Geçici korumanın sonlandırılmasını müteakip yapılacak işlemler de, Yönetmeliğin 14'üncü maddesinde belirtilmiştir. Buna göre; *“Cumhurbaşkanının geçici korumanın sona erdirilmesi kararını müteakip, geçici korunanların Türkiye’den çıkış yapması esastır. Geçici korunanların Türkiye’den ayrılmaları için gereken süre, geçici korunanların menşe ve Türkiye’ye gelmek üzere geçtikleri transit ülkelerin durumuna göre Genel Müdürlük (Başkanlık) tarafından yapılacak değerlendirme sonucunda belirlenir.”*

Sayılan maddeler bireysel veya grup temelli statü belirleme işlemleri ile uluslararası koruma statülerine geçilmesi veya ülkede kalış için YUKK kapsamında diğer mekanizmaların işletilebilmesini de mümkün kılmakla beraber, Yönetmeliğin ülkeye dönüşle ilgili olarak kullandığı ifadeler uluslararası koruma ihtiyacının devam ettiği bir durumda geçici korumanın sonlanmasının diğer statülere geçişi imkânsız ve menşe ülkeye dönüşü de zorunlu kılıp kılmayacağına ilişkin tartışmaları

⁵⁴ Geçici Koruma Yönetmeliği: md.11

⁵⁵ ibid. md.12

doğurmuştur.⁵⁶ Ancak, önceki bölümlerde de tekrarlandığı üzere, YUKK’un 4’üncü ve 55’inci maddelerinde düzenlenen güvenceler YUKK kapsamına giren herkes için geçerlidir; yani geçici korumanın sonlanması sonrasında da geçici koruma sağlanmış kişiler YUKK kapsamında olmaya devam edeceklerdir. Geçici Koruma Yönetmeliği’nin 6’ncı maddesinde de benzer şekilde düzenlenen geri gönderme yasağının bir temenni olmanın ötesinde önemli bir uluslararası koruma hukuku kuralı olduğu unutulmamalıdır.

Geri gönderme yasağının sağladığı korumaya ilişkin bu hususlar, korumanın hiçbir zaman sona ermeyeceği anlamına da gelmemektedir. Mülteci statüsü de dahil olmak üzere uluslararası koruma statülerine ilişkin hukuk, bu statülerin sonlanacakları durumlara ilişkin düzenlemeleri de içermektedir. Bunun en temel örneği 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin mülteci statüsünün sonlanmasına ilişkin 1(C) maddesidir. Bu madde uluslararası korumaya artık ihtiyaç duyulmadığı veya uluslararası koruma sağlanmasının artık gerekçelendirilemediği durumları belirtir.⁵⁷ Bu durumlar mültecinin (i) ülkesinin korumasından kendi rızasıyla tekrar yararlanması, (ii) (kaybettiyse) eski vatandaşlığını yeniden kazanması, (iii) yeni bir vatandaşlık kazanması, (iv) menşe ülkesine yeniden yerleşmesi ve, (v) kontrolü dışında olan, menşe ülkedeki (kişiye statü verilmesini gerektiren) koşulların ortadan kalkmış olmasıdır. Bu koşullar ortadan kalktığı anda uluslararası koruma için artık ihtiyaç kalmayacağı kabul edilir.⁵⁸ Hukukumuzda da uluslararası korumanın sonlanması için gerekli olan bu koşullar 1951 Cenevre Sözleşmesi’ne uygun olarak mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüleri için öngörülmüştür.⁵⁹ Geçici Koruma Yönetmeliği’nde düzenlenmiş olan, geçici korumanın sonlanması sonrası ülkeye dönüşü de bu çerçevede değerlendirmek uygun olacaktır. Zira uluslararası koruma ihtiyacını doğuran sebeplerin ortadan kalkmasıyla birlikte hem koruma sona erecek hem de bunun doğal bir sonucu olarak menşe ülkeye dönüş söz konusu olabilecektir. Bu durumda, uluslararası

⁵⁶ Bu konuda değerlendirmeler için bkz: Ineli-Ciger: Temporary Protection in Law and Practice, s. 176-177; Övünç Öztürk: Geçici Korumanın Uluslararası Koruma..., s. 248-250.

⁵⁷ BMMYK, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees* (2019) p. 111 <https://www.refworld.org/docid/5cb474b27.html> Erişim: 10.12.2024.

⁵⁸ *ibid.* p. 115.

⁵⁹ YUKK: md. 85.

koruma ihtiyacının kendisi için sonlanmadığı gerekçesiyle gönüllü olarak geri dönmek istemeyenler için statü değerlendirme sürecinin başlatılması gerekecektir, çünkü her bir vakanın şartları diğeriyle aynı olmayacaktır. Bu kişilerin uluslararası korumayı hak edip etmedikleri ve hak etmeleri halinde kendilerine hangi statünün verileceği, menşe ülkesinin (somut uygulamada Suriye'nin) hangi bölgesinden geldiği, geldiği bölgenin güvenli olup olmadığı gibi değerlendirmeler birey, aile veya grup temelli olarak yapılabilir.

Korumanın menşe ülkede kişiye koruma statüsü verilmesini gerektiren koşulların ortadan kalkmış olması sebebiyle sona erdiği durumda öne çıkan kilit kavramlardan birisi gönüllü geri dönüştür. Gönüllü geri dönüşün mülteciler ve uluslararası koruma kapsamındaki diğer kişiler için en tercih edilen kalıcı çözüm olduğu BMMYK tarafından da altı çizilen bir husustur.⁶⁰ Hukukumuzda da gönüllü geri dönüş ve bu doğrultuda yapılabilecek işbirlikleri ve verilebilecek destekler YUKK'un 87'nci maddesi ve Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 42'nci maddesinde düzenlenmiştir. Gönüllü geri dönüşteki temel unsur; gönüllülük, yani kişinin hür iradesidir. Dolayısıyla, gönüllü geri dönüşün kapsayıcı bir çözüm olarak değerlendirilebilmesi, uluslararası hukuka göre geri dönecek yerdeki şartların geri dönecek kişinin ve haklarının korunmasını sağlayacak şekilde oluşmasıyla mümkün olacaktır.⁶¹ Zorunlu geri dönüşten bahsetmek ise, uluslararası koruma ihtiyacının belirtilen kriterlere uygun olarak ortadan kalkmış olması ve yabancının bulunduğu ülkede yasal olarak kalışının hukuki dayanağının kalmaması halinde mümkün olacaktır. Kısacası, zaten kendi içerisinde bir geçicilik unsuru barındıran uluslararası koruma, sadece geçici koruma mekanizması ile

⁶⁰ Mülteciler için, BMMYK başta olmak üzere uluslararası topluluk tarafından kabul gören üç temel kalıcı çözüm bulunmaktadır. Bunlar; gönüllü geri dönüş, yerel entegrasyon ve üçüncü ülkeye yerleştirmedir. Mültecilere İlişkin Küresel Mutabakat (Global Compact on Refugees) sürecinde bu çözümlerin çeşitlendirildiği görülmektedir. Bkz: United Nations High Commissioner for Refugees UNHCR, 'Framework for Durable Solutions for Refugees and Persons of Concern' (2003) 19 <https://www.refworld.org/docid/4124b6a04.html> Erişim: 15.12.2024; United Nations, 'Global Compact on Refugees' (2018) 33-40 <https://www.unhcr.org/5c658aed4.pdf> Erişim: 15.12.2024.

⁶¹ BMMYK 'Handbook for Repatriation and Reintegration Activities' (2004) 36 <https://www.unhcr.org/media/handbook-repatriation-and-reintegration-activities-complete-handbook> Erişim: 15.12.2024.

sağlanması sebebiyle daha geçici veya uluslararası hukuktan kaynaklanan güvenceler bağlamında daha esnek bir hale gelmemektedir.

Geçici korumanın bireysel olarak da sona ermesi veya iptali söz konusu olabilmektedir. Geçici Koruma Yönetmeliği’ne göre bu haller; kişinin kendi isteğiyle Türkiye’den ayrılması, üçüncü bir ülkenin korumasından yararlanması, üçüncü ülkeye insani nedenler veya yeniden yerleştirme kapsamında kabulü ya da üçüncü ülkeye çıkış yapması, vefatı, Kanun’da yer alan diğer yasal kalış türlerinden birisi ile kalış hakkı kazanması, Türk vatandaşlığını kazanması ve Yönetmeliğin 8’inci maddesine göre geçici koruma dışında tutulması gerektiğinin anlaşılması halinde geçici korumasının iptal edilmesidir.⁶² Bunlar arasında kişinin “kendi isteğiyle Türkiye’den ayrılması” veya “geçici korumanın iptali ve bunu takiben hakkında sınır dışı kararı alınması” hallerinde kişinin geçici koruma rejimi altındaki statüsünün bireysel olarak sonlandırılmış olmasının devletin pozitif yükümlülükleri bakımından etkisi tartışmalıdır. Zira bu hallerde, devletin sınır dışı korumayı sonlandırmış olmasının geri gönderme yasağı bakımından sorumluluğunu da ortadan kaldırdığını varsaymak doğru olmayacaktır. Bu konuda devletin yükümlülüklerine ilişkin tespitleri içeren Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru kararları ve AİHM kararları somut örnekler sunmaktadır. Bir sonraki bölümde bireylerin buldukları ülkede farklı statüler altında aldıkları korumanın sona ermesinin ardından sınır dışı edilmeleri halinde devletin geri gönderme yasağı kapsamındaki sorumluluğunun tartışıldığı ilgili bazı kararlar ele alınacaktır.

VI. Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İhtihadında Devletin Koruma Yükümlülüğü

Mülteci hukukundaki geri göndermeme ilkesi ile insan hakları hukukundaki işkence ve kötü muamele yasağı birbirini tamamlamaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere, 1951 Cenevre Sözleşmesi’ndeki geri göndermeme ilkesi iki temel istisnaya yer verirken, insan hakları hukukundaki işkence ve kötü muamele yasağı bireye verilen korumayı herhangi bir istisnaya yer vermeksizin mutlak hale getirmiştir. Bunun mevzuatımızdaki yansması YUKK’un 4’üncü maddesinde geri gönderme yasağının düzenlenmesi ve bu hükmün 54 ve 55’inci maddelerle eşgüdüm halinde detaylandırılmasıdır.

⁶² Geçici Koruma Yönetmeliği: md. 12.

Geri gönderme yasağının uygulamadaki izdüşümü ise yargı kararlarına bakılarak daha net anlaşılabilir zira ilgili maddeler içtihatla gelişmiştir. Yukarıda varılmış olan çıkarımların ilgili AYM ve AİHM kararlarına da yansıdığı görülmektedir. AİHM'nin 1990'lı yıllardan beri Sözleşmenin işkence yasağını düzenleyen 3'üncü maddesi üzerinden bu konuda geliştirmiş olduğu kapsamlı bir içtihat bulunmaktadır.⁶³ Ancak son on yılda kendi içinde de evrilmiş olan içtihadta güncel kararlar üzerinden bakmak faydalı olacaktır. Bu bölümde geçici korumayı ve/veya geri gönderme yasağını konu alan güncel dört AYM kararı ve iki AİHM kararı ele alınarak varılan çıkarımlar somut olarak örnekler üzerinden tartışılacaktır. Bu kararlar incelenirken kişinin geri gönderilmesine (yani sınırdışı edilmesine) karar verilmesi halinde yaşam hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında devlete yüklenmiş olan pozitif yükümlüğün kişinin ülkede kalış şekli, süresi veya statüsünün geçiciliğinden bağımsız olarak ele alınması gerektiği ortaya konulmaktadır. Zira yabancıнын ülkedeki statüsü ne olursa olsun, bu statü ne kadar “geçici” şekilde tanımlanırsa tanımlansın; bireyin korunma ihtiyacı devam ettiği sürece devletin koruma yükümlülüğü de devam etmektedir. Dolayısıyla devletin kişinin durumunu nasıl adlandırdığı devletin koruma yükümlülüğü bakımından sorumluluğunu değiştirmeyecektir.

Bireyin yaşam hakkı ve işkence ve benzeri kötü muameleden korunması gerek anayasamız gerek AİHS ile güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 17'inci maddesi herkesin yaşamı ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu ve işkence, eziyet ve insan onuruyla bağdaşmayan ceza veya muameleye tabi tutulamayacağını hüküm altına almıştır. Bu düzenlemeye paralel olarak AİHS'in 2'inci maddesi yaşam hakkını korumakta, 3'üncü maddesi ise hiç kimsenin işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamayacağını vurgulamaktadır. Bu hükümlerin kendi içinde bazı pozitif yükümlülükler barındırdığı kabul edilmektedir. Aşağıdaki kararlarda da ortaya konulduğu üzere, bu pozitif yükümlülükler devletin, ilgili hakkın ihlal edilmesi bakımından maruz kalacağı risklere karşı kişiyi korumasını gerektirmektedir.

⁶³ Chahal v. Birleşik Krallık, KT. 15/11/1996; Saadi v. İtalya [BD], BN. 37201/06, KT. 28/02/2008; X. v. İsviçre, BN. 16744/14, KT. 26/01/2017; Sufi ve Elmi v. Birleşik Krallık, BN. 8319/07 ve 11449/07, KT. 28/06/2011. Ayrıca bkz. AİHM: Guide on the Case-Law...

1. Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararları

Bireyin yaşamı ve maddi ve manevi varlığının korunması ile işkence, eziyet ve insan onuruyla bağdaşmayan ceza veya muameleye tabi tutulamayacağına ilişkin Anayasa’nın 17’inci maddesinin ihlal edileceği iddiasına ilişkin AYM’nin bireysel başvuru kararlarına bakıldığında bu konuda standart belirleyici kararlardan biri A.A ve A.A. Başvurusu’na ilişkindir.⁶⁴ Somut vakada Irak vatandaşı olan başvuruçular 2 Mart 2014 tarihinde Türkiye’ye yasal yollarla girmişlerdir. Vizeleri sona ermeden 27 Mart 2014 tarihinde ikamet tezkeresi başvurusunda bulunmuşlar, ancak mülakatlarının olduğu 7 Temmuz 2014 tarihinde idari gözetim altına alınmışlardır.⁶⁵ İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü, aynı gün başvuruçuların Türkiye’ye giriş yasağı bulunmasına rağmen ülkeye girmeleri nedeniyle sınır dışı kararı vermiştir.⁶⁶ Başvuruçuların idari gözetimlerinin kaldırılmasına yönelik talebi İstanbul 2. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından reddedilmiş, ancak itiraz üzerine İstanbul 3. Sulh Ceza Hâkimliği 7 Ağustos 2014 tarihinde, sığınma başvurusu yapıldığı ve idari gözetim gerekçelerinin somut olarak ortaya konulmadığı gerekçesiyle gözetimin sonlandırılmasına karar vermiştir. Bunun üzerine başvuruçular aynı gün serbest bırakılmıştır.⁶⁷ 19 Ağustos 2014 tarihinde sınır dışı kararının iptali için idare mahkemesinde dava açan başvuruçular, dava dilekçesinde sınır dışı edilmelerini gerektiren sebeplerin mevcut olmadığı; Irak’ta muhalif oldukları, çatışmaların devam ettiği ve DAESH terör örgütünün etkili olduğu gerekçeleriyle işkence ve kötü muameleye maruz kalacaklarını ileri sürmüşlerdir. Ayrıca evlerinin de saldırıya uğradığını belirtmişlerdir.⁶⁸ İstanbul İl Göç İdaresi Müdürlüğü ise savunmasında Türkiye’ye 2 Mart 2014’te giren başvuruçular hakkında 25 Nisan 2014’te adli işlem yapıldığı ve 4 Haziran 2014 tarihinde Suriye’deki çatışma bölgelerine gidebilecek şahıslardan olabilecekleri ve terörizmle bağlantılarının bulunabileceği gerekçesiyle haklarında yurda giriş yasağı kararı alındığını belirtmiş, sınır dışı kararının hukuka uygun olduğunu savunmuştur.⁶⁹ Sınır dışı kararının gerekçesi, başvuruçular hakkında

⁶⁴ A.A. ve A.A. Başvurusu, BN. 2015/3941, KT. 01/03/2017.

⁶⁵ ibid. p. 12-13.

⁶⁶ ibid. p. 17.

⁶⁷ ibid. p. 18

⁶⁸ ibid. p. 19-20.

⁶⁹ ibid. p. 21-23.

Türkiye'ye giriş yasağı bulunmasına rağmen ülkeye girmeleridir.⁷⁰ İstanbul 1. İdare Mahkemesi, 21 Ocak 2015 tarihinde bu kişilerin kamu güvenliğine tehlike oluşturması nedeniyle sınır dışı kararında hukuka aykırılık görmemiş, ancak başvurucuların ülkelerinde gönderildiklerinde öldürülme veya kötü muameleye maruz kalacaklarına ilişkin bir değerlendirme de yapmamıştır.⁷¹

AYM, kişinin korunma ihtiyacı konusunda yapmış olduğu değerlendirmede önemli bazı standartlar ortaya koymuştur. AYM öncelikle yabancıların ülkeye giriş çıkışlarının devletin egemenlik yetkisi kapsamında kaldığını ve bu hususta devletin takdir yetkisi olduğunu; ancak bu kapsamdaki işlemlerin Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturacak şekilde yapması halinde AYM'ye bireysel başvuruda bulunulabileceğini belirtmiştir.⁷² Mahkeme, Anayasa'nın 17'inci maddesinin yaşam ve kötü muamele yasağını düzenlenmiş olduğunu ve kötü muamele yasağının mutlak niteliğini vurgulamıştır.⁷³ Mahkeme'ye göre, devlet aynı zamanda bireyleri kendi görevlileri ve üçüncü kişiler tarafından kötü muamele oluşturabilecek eylemler karşısında korumak durumundadır ki (Anayasa md. 5 ve md. 17 birlikte değerlendirildiğinde), bu kapsamda devletin kötü muamele yasağına karşı koruma yükümlülükleri de bulunmaktadır. Dolayısıyla kötü muamelede bulunmama (negatif) yükümlülüğüne ek olarak devletin egemenlik yetkisi alanında olup gönderildikleri ülkede kötü muameleye maruz kalabilecek yabancıların maddi ve manevi varlıklarına yönelik risklere karşı korunmaları yönünde pozitif yükümlülükleri de ortaya çıkmaktadır. Bu pozitif yükümlülük çerçevesinde, ek bir usuli güvence olarak kişilere karşılaşılabilecekleri risklere karşı gerçek anlamda bir koruma sağlanabilmeleri amacıyla sınır dışı kararına karşı etkili bir "karşı çıkma imkanı" tanınması zorunludur. Devletin kötü muamele yasağı kapsamında ele alınan pozitif yükümlülükleri; devlet karşısında sınırlı imkanlara sahip yabancılara kötü muamele riskini iddia etme ve iddialarını delillendirme olanağı sağlanılmasını öngörmektedir.⁷⁴ Mahkeme'ye göre, bu pozitif yükümlülük, söz konusu yasağın koruduğu hakların doğası

⁷⁰ ibid. p.17

⁷¹ ibid. p. 25-27.

⁷² ibid. p. 54.

⁷³ ibid. p. 56.

⁷⁴ ibid. p. 57-60.

gereği yabancılara kötü muameleye maruz kalma riskine dair “iddialarını araştırma” ve sınır dışı kararını “adil bir şekilde inceletme” imkanı veren usuli güvenceler de sağlamaktadır.⁷⁵ Bu kapsamda idari ve yargısal makamlar, kişinin gönderileceği ülkede bir ihlal riskinin olup olmadığını araştırmalıdır. Bu araştırma yükümlülüğünün ortaya çıkması için; yabancının gönderileceği ülkede kötü muamele yasağının ihlal edileceğine ilişkin iddianın “savunulabilir (araştırılabilir/ tartışılabilir /araştırmaya değer/makul şüphe uyandıran)” bir iddia olması, kötü muamele riskinin ne olduğunun makul bir şekilde açıklanması, iddiayı destekleyici bilgi/belgeler sunulması ve iddiaların belirli bir ciddilik seviyesinde olması gerekir. Dolayısıyla somut olay özelinde bir değerlendirme yapılması gerekir.⁷⁶

AYM, geri gönderilen ülkedeki riskin bir olasılığın ötesinde gerçek bir risk seviyesinde olması gerektiğini belirterek bu konudaki ispat külfetini iddianın niteliğine göre kamu makamları ve/veya başvuru arasında paylaşım yapan bir sınıflandırma ortaya koymaktadır. Bu sınıflandırmaya göre olası iddialar ve ispat yükleri şu şekildedir:⁷⁷

- Risk ülkenin genel koşullarının objektif olarak kötü olmasından kaynaklanıyorsa bunun aksini kanıtlama yükü idari ve yargısal makamlardadır.
- Başvurucunun belirli bir gruba (etnik köken, din vb) mensubiyeti halinde sistematik olarak kötü muamele riski varsa, başvuru bu gruba mensubiyetini ispatlaması, kamu makamlarının da menşei ülkede o gruba yönelik kötü muamele riskinin varlığını araştırması gerekmektedir.
- Başvurucunun, bir gruba mensubiyetinden bağımsız olarak, doğrudan kişisel durumundan ötürü kötü muamele riski altında olduğunu iddia etmesi halinde, başvuru maruz kalacağı muameleyi ve bunu ispata yarayacak olguları açıkça belirtmelidir.
- Başvurucunun, riskin terörist gruplar gibi devlet dışı aktörlerden kaynaklandığını ileri sürmesi halinde ise yine kendisinin, hem

⁷⁵ ibid. p. 61.

⁷⁶ ibid. p. 62-63.

⁷⁷ idib, p. 66-69.

riskin gerçekliğini hem de bu aktörlerin eylemlerine karşı devlet korumasının yetersizliğini ortaya koymasına gerekmektedir.

Gerçek riskin varlığına dair değerlendirmede prensip olarak – eğer önemli yeni gelişmeler yoksa – sınır dışı kararının verildiği tarihteki koşullar esas alınır.⁷⁸ Günümüzde, pek çok bölgedeki çatışma ve ayırım gözetmeyen şiddet eylemleri dikkate alındığında, bu sınıflandırmada (1) ve (4)'teki riskler arasında esaslı oranda örtüşme olsa da, AYM'nin yapmış olduğu sınıflandırmanın AIHM kararlarıyla genel olarak uyumlu olduğu söylenebilir.

Somut vakada AYM, bir terör örgütü olan DAES'in eylemlerine yönelik iddianın temelsiz olmadığına (yani araştırılabilir olduğuna) karar vermiştir. Başvuruculardan DAES'ten kaynaklanan riskin gerçekliğini ve Irak makamlarının kendilerini bu riske karşı korumadaki yetersizliğini ispatlamasını beklemiş, ancak başvurucuların bunları ortaya koyamadığı kanaatine varmıştır.⁷⁹ Sonuç olarak Mahkeme, *“Irak'ın hangi bölgesinden oldukları bilinmeyen ve geri gönderilmeleri hâlinde Irak yönetiminin kendilerini korumakta yetersiz kalacağı yönünde bir açıklamada bulunmayan başvurucuların sınır dışı edilmeleri hâlinde ülkelerinde kötü muameleyle maruz kalabileceklerine ilişkin iddialarının savunulabilir nitelikte olmadığı (nın) anlaşıl(dığına)”* ve Anayasa'nın 17'inci maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁸⁰

AYM'nin A.A ve A.A. Başvurusu'na yönelik kararında ortaya koymuş olduğu bu standardı sonraki kararlarında da takip ettiği görülmektedir. Bunlardan Abdulkerim Hammud Başvurusu'nda⁸¹ Suriye vatandaşı olan ve geçici koruma statüsüyle Türkiye'de bulunan başvuru 13 Temmuz 2019 tarihinde bir kavgaya karışmıştır. Kavga sonrası tarafların şikayetçi olması ve sonrasında tarafların şikayetlerinden vazgeçmesine karşın, YUKK m.54(1)(d) uyarınca başvuru dışı edilmesine veya gönüllü olarak menşe ülkesine çıkışının sağlanmasına karar verilmiştir. Sınır dışı kararının iptali için başvuru idare

⁷⁸ ibid. p. 70.

⁷⁹ ibid. p. 76-80.

⁸⁰ ibid. p. 81. Bu noktada, AYM'nin başvuruya ilişkin olarak tedbir kararı vermiş olduğu not edilmelidir. Bkz: A.A. ve A.A. Başvurusu, (Tedbir Kararı), BN. 2015/3941.

⁸¹ Abdulkerim Hammud Başvurusu, BN. 2019/24388, KT. 02/05/2023.

mahkemesine dava açmıştır, ancak dava sonuçlanmadan başvurusunun gönüllü geri dönüş istek formu doldurup gönüllü olarak ülkesine döndüğü iddia edilmiştir.⁸² Başvurucu ise, sınır dışı kararına karşı açtığı iptal davasının sonucu beklenmeden sınır dışı edildiğini, gönüllü geri dönüş istek formunun ise zorla imzalandığını ileri sürmüştür.⁸³

Yaşam hakkı ve kötü muamele yasağına ilişkin olarak Mahkeme öncelikle A.A. ve A.A. kararında belirtilen ilkeleri tekrarlamıştır. Ardından devletin kötü muamele riski konusundaki pozitif yükümlülüğünün devamına vurgu yapmıştır. Buna göre; *“Gönüllü geri dönüş ile korumadan feragat edilebileceği kabul edilse dahi devletin gönderildikleri ülkede kötü muameleyle maruz kalabilecek yabancıların maddi ve manevi varlıklarına yönelik risklere karşı korunmaları yönündeki pozitif yükümlülüğü devam eder. Geri gönderilen ülkedeki riskin bir olasılığın ötesinde gerçek bir risk seviyesinde olduğu kabul edildiğinde gönüllü geri dönüş hâlinde bu pozitif yükümlülük, dönüş kararı öncesi başvurusunun yeterli düzeyde bilgilendirilip bilgilendirilmediğinin yani bu dönüşün bilinçli olup olmadığının belirlenmesi şeklinde ortaya çıkar”*.⁸⁴ Bu kapsamda Mahkeme, geri gönderilen ülkedeki riskin gerçek bir risk seviyesinde olduğunun ispatlanmasını, eğer gerçek bir risk varsa gönüllü olduğu savunulan başvurusunun yeterli düzeyde bilgilendirilmesini ve bu dönüşün bilinçli olduğunun belirlenmesini aramıştır. Mahkemenin değerlendirmesine göre, geri gönderilen ülkedeki (Suriye) risk gerçek bir risk seviyesindedir. Bu nedenle başvurusunun sınır dışı kararına dayanılarak geri gönderilmesinde sakınca bulunduğu kabul edilmiştir.⁸⁵ Kararda dikkat çeken önemli hususlardan biri, Mahkeme'nin gerçek risk tespitinde bulunurken Suriye'deki durumun çeşitli BM raporlarıyla desteklenen menşe ülke bilgisiyle de ortaya konulduğunu belirtmesidir. Nitekim kararda Suriye'de sivillere yönelik mağduriyetlerin ve şiddet olaylarının devam ettiğini belirten ilgili BM raporları ve bunların kullanıldığı bir AIHM kararına⁸⁶ atıfta bulunulmuştur.⁸⁷ Geri dönüşün gönüllü olmadığına dair önemli tespitlerde bulunmasının ardından⁸⁸

⁸² ibid. p. 7-12.

⁸³ ibid. p. 40.

⁸⁴ ibid. p. 50.

⁸⁵ ibid. p. 51-53.

⁸⁶ M.D. ve diğ. v. Rusya, BN. 71321/17, KT. 14/12/2021, p. 95.

⁸⁷ Abdulkerim Hammud Başvurusu, BN. 2019/24388, KT. 02/05/2023: p. 31, 53.

⁸⁸ Buna ilişkin tespitler için bkz. ibid. p. 56-61.

Mahkeme, Anayasa'nın 17'inci maddesi kapsamında güvence altına alınan yaşam hakkı ile kötü muamele yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

AYM birkaç ay sonra vermiş olduğu Hüsam İbrahim Başvurusu'na ilişkin kararında⁸⁹ önceki bulgularını tekrar etmiştir. Somut olayda başvuru, 2015 yılında iç savaştan kaçarak Türkiye'ye geldiğini beyan etmiş ve 8 Nisan 2019 tarihinde geçici koruma altına alınmıştır. 18 Kasım 2019 tarihinde yapılan trafik denetiminde alkollü araç kullandığı tespit edilen başvuru ifadesinin alınmasından sonra serbest bırakılmıştır.⁹⁰ Başvurucunun alkollü araç kullanmasının kamu düzeni, güvenliği ve sağlığı açısından tehdit oluşturduğu ve bu nedenle adli işlem yapıldığı ve kendisinin alkollü araç kullandığını ikrar ettiğinden hareketle hakkında YUKK md.54(1)(d) uyarınca sınır dışı edilme kararı verilmiştir. Sınır dışı kararının iptali için idare mahkemesinde dava açan başvuru, ailesiyle birlikte geçici koruma statüsünde olduğunu ve devam eden iç savaş gereği YUKK'un 55'inci maddesi kapsamında sınır dışı edilemeyeceğini iddia etmiştir. İdare Mahkemesi, 28 Şubat 2020 tarihli kararında sınır dışı kararını hukuka uygun bulmuştur. Bununla birlikte başvuru YUKK'un 4 ve 55'inci maddeleri kapsamında olmadığını değerlendirmiştir. Başvurucunun can güvenliğinin tehlikeye gireceğine yönelik iddiaların ise Suriye'de güvenli bölgelerin oluşturulması sebebiyle yersiz olduğuna ve YUKK'un 55'inci maddesi kapsamında ciddi emare oluşturacak bilgi ve delillerin sunulmadığına karar vermiştir.⁹¹

AYM ise, kişinin korunma ihtiyacına yönelik olarak yapmış olduğu değerlendirmede A.A ve A.A Kararı'ndaki ilkeleri tekrarlamıştır. Esasa dair değerlendirmesinde Mahkeme, başvuru Suriye'deki iç savaş nedeniyle ülkesinden ayrılmak zorunda kaldığının, ülkesine geri dönemediğinin ve 2015 yılında geçici koruma kimlik belgesi aldığının kamu makamları tarafından kabul edildiğini vurgulamıştır. Mahkeme, 28 Şubat 2020 yılında verilen ve uygulanabilir haldeki sınır dışı kararı üzerine riskin değerlendirilebilmesi amacıyla (tıpkı Abdulkerim Hammud Kararı'nda olduğu gibi) menşe ülkedeki güvenlik durumunu ve gelişmeleri, AİHM kararları ve uluslararası kuruluş raporları çerçevesinde dikkate almış ve başvuru geri gönderilmesi halinde kötü muameleye

⁸⁹ Hüsam İbrahim Başvurusu, BN. 2020/20131, KT. 04/10/2023.

⁹⁰ idib, p. 6-8.

⁹¹ idib, p. 9-11.

maruz kalacağı yönündeki iddialarının araştırmaya değer olduğuna karar vermiştir. Ardından idari ve yargısal makamların tutumlarını incelemiştir.

AYM’ye göre, İstanbul Valiliği vermiş olduğu sınır dışı kararında başvurucunun geri gönderme yasağı kapsamındaki kişilerden olmadığını değerlendirmişse de bu değerlendirmenin nasıl bir araştırma sonucu yapıldığı ve hangi verilerin kullanıldığı net değildir. Aynı şekilde İdare Mahkemesi’nin de kendi gerekçesinde kamu makamlarının ulaştığı sonucu gözetirken hangi bilgilerin kullanıldığı ve bu değerlendirmenin dayanağı ortaya konulmamıştır. Dolayısıyla AYM; Valiliğin ve İdare Mahkemesinin iddialarını kaynağı belirsiz tespitler olarak nitelendirmiştir. Başvurucunun Suriye’ye sınır dışı edilmesinin gerçek bir risk oluşturduğunun idari ve yargısal makamlar tarafından gözardı edildiğine ve sonuç olarak Anayasa’nın 17’inci maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹²

AYM’nin konuya ilişkin en yakın tarihli Ali Elhüseyin Başvurusu’na ilişkin kararı⁹³ da benzer tespitleri vurgulamaktadır. Somut vakada Suriye vatandaşı olan başvurucu, 2018 yılında geçici koruma kimlik belgesi almıştır. 9 Ağustos 2019 tarihinde DAESH terör örgütüne yönelik yürütülen soruşturmada şüpheli sıfatıyla ifadesi alınmıştır. Aynı gün Kocaeli Valiliği tarafından YUKK m.54(1)(d) uyarınca başvurucunun sınır dışı edilmesine ve idari gözetim altına alınmasına karar vermiştir. Başvurucu Hatay Geri Gönderme Merkezi’ne sevk edilmiştir. Sınır dışı kararına karşı başvurucu idare mahkemesine dava açmış, ancak kendisinin dava sonuçlanmadan “gönüllü olarak” ülkesine döndüğü iddia edilmiştir.⁹⁴

Yaşam hakkının ihlaline dair değerlendirmesinde AYM, öncelikle A.A. ve A.A. Kararı’ndaki esaslara vurgu yapmıştır. Buna göre, sınır dışı işlemlerinde, kişinin gönderileceği ülkede kötü muamele riski iddia edildiğinde, idari ve yargısal makamlar bu riski ayrıntılı şekilde değerlendirmelidir. Başvurucu, bu riski makul biçimde açıklayıp destekleyici bilgi ve belgeleri sunmalı; iddialar belirli bir ciddilik seviyesinde olmalıdır. AYM, usuli güvencelerin sağlanıp sağlanmadığını denetleyecek, bu güvencelerin sağlandığı durumlarda ise kişinin sınır dışı edileceği ülkede gerçek bir kötü muamele riski olup olmadığını

⁹² idib, p. 38-44.

⁹³ Ali Elhüseyin Başvurusu, BN. 2020/5730, KT. 12/06/2024.

⁹⁴ idib, p. 2-3.

değerlendirecektir.⁹⁵ Takiben Mahkeme Abdulkerim Hammud Kararı'ndaki bulguları yenilemiş ve bu başvuruyla benzerliğe dikkat çekmiştir. Tutulmakta olunan geri gönderme merkezinden Hatay Geri Gönderme Merkezi'ne sevk edilen başvuruçunun, sınır dışı kararının iptali için dava açtıktan 3 gün sonra ülkesine dönmesinin “*rıza dâhilinde ve bilinçli şekilde ve gönüllü olarak*” nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir.⁹⁶ Sonuç olarak Anayasa'nın 17'inci maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının ve bu hakla bağlantılı olarak 10'uncu maddede düzenlenen etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁷

Yukarıdaki kararlara bir bütün olarak bakıldığında AYM'nin yaklaşımı hakkında şu değerlendirmeye varmak mümkündür: Devletin egemenlik yetkisi kapsamındaki yabancıların ülkeye giriş çıkışlarını denetleme sürecinde hakkında sınır dışı kararı verilen kişilere işkence ve kötü muamele yasağı iddiasıyla bağlantılı “etkili bir karşı çıkma imkânı” tanınması gerektiği belirtilmiştir. Bu, devletin negatif yükümlülüklerinin yanında Anayasa'nın 17'inci maddesi kapsamında, pozitif yükümlülüğü olarak kabul edilmiştir. Bu yükümlülüğe, bireylerin maruz kalacakları kötü muameleyle ilişkin iddialarını araştırma ve sınır dışı kararını “adil bir şekilde inceletme” imkanı veren usuli güvenceler de dahildir. Bu bağlamda, kişilerin ileri sürdüğü iddiaların “savunulabilir (*araştırılabilir/tartışılabilir /araştırmaya değer/makul şüphe uyandıran*)” olması koşulu aranmıştır. İddianın makul bir şekilde açıklanması, iddiayı destekleyici bilgi/belgeler sunulması ve iddiaların belirli bir ciddilik seviyesinde olması gerekmektedir. A.A. ve A.A. başvurusuna ilişkin kararda Mahkeme'nin kullandığı ispat yüküne dair temel ilkeler ortaya konulmuştur. Kararda Mahkeme tarafların iddialarını temelsiz bulmamakla birlikte başvuruçuların devlet dışı aktörden (DAEŞ) kaynaklanan riskin gerçekliğini ve Irak makamlarının kendilerini bu riske karşı korumada yetersizliğini ispatlamasını beklemiştir. Ancak başvuruçuların bunları ortaya koymadığı kanaatine varmıştır.⁹⁸

AYM, iddianın savunulabilirliğini kabul ettikten sonra, idari ve yargısal makamlar tarafından pozitif yükümlülüklerin bir parçası olan

⁹⁵ idib, p. 10.

⁹⁶ idib, p. 11-12.

⁹⁷ idib, p. 13, 19.

⁹⁸ idib, p. 77-80.

usuli yükümlülüklerle uyulup uyulmadığını araştırmaktadır.⁹⁹ Mahkeme, usuli güvenceler sağlanmadıysa ihlal kararı vermektedir.¹⁰⁰ Burada AYM, kötü muamele yasağının mutlak niteliğini vurgulamıştır. Mahkeme, YUKK’un 54’üncü maddesi kapsamında haklarında sınır dışı kararı alınsa dahi, başvuruçuların Anayasa’nın 17’inci maddesi kapsamındaki işkence ve diğer kötü muameleye maruz kalacakları yönündeki iddialarının değerlendirilmesi gerektiğini net bir şekilde ortaya koymuştur. Usuli güvenceler yerine getirilmiş olsa da geri gönderilecek ülkede gerçek bir kötü muamele riskinin bulunup bulunmadığı ayrıca değerlendirilmektedir. Sonuç olarak AYM, usuli yükümlülükler yerine getirilmediğinde risk araştırması yapma yoluna gitmemekte ve ihlal kararı vermektedir.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

AYM’nin yanısıra AIHM’nin Suriye’ye geri gönderilmeyi konu alan güncel iki önemli kararı bulunmaktadır. Bunlardan ilki devlet (Rusya) tarafından verilen statünün sona erdirilmesi veya koruma verilmemesi halinde devletin sorumluluğunun devam edeceğine dair önemli çıkarımlarda bulunan M.D. ve diğerleri/Rusya¹⁰¹ başvurusuna ilişkindir. Somut vakada Suriye vatandaşı olan başvuruçular (10 kişi), 2011-2014 yılları arasında farklı vize türleriyle Rusya’ya giriş yapmış ancak yasal süre içerisinde ülkeden çıkış yapmamışlardır. İltica talebinde bulunan başvuruçuların talepleri ise dikkate alınmamıştır. Polis tarafından yakalanan başvuruçuların, göç yönetmeliklerini ihlal ettikleri gerekçesiyle yerel mahkemeler tarafından sınır dışı edilmek üzerine idari gözetim alınmalarına karar verilmiştir. Başvuruları üzerine idari gözetim merkezlerinden salınmışlardır ancak sınır dışı kararlarına itirazları reddedilmiştir.¹⁰² Başvuruçulardan biri İsveç’te mülteci statüsü almış ve oraya yerleşmiştir. Diğer iki başvuruçunun nerede oldukları veya davalarını sürdürmek isteyip istemedikleri bilinmemektedir. Başvuruçudan bir diğeri ise 2015-2017 arasında Rusya’da kendisine geçici sığınma (*temporary asylum*) statüsü verildiğini, ancak Suriye’deki güvenlik durumunun Rus makamları tarafından tutarsız şekilde

⁹⁹ Bu usul yükümlülüklerinden biri olarak mahkeme gönüllü geri döndüğü iddia edilen kişilerin (Bkz. Hammud ve Elhüseyn Kararları) geri dönüş kararlarında gönüllü olduklarının kabulü için yeterli düzeyde bilgilendirilme ve bu dönüşün bilinçli olduğunun belirlenmesi koşullarını aramaktadır.

¹⁰⁰ Bkz. Hüsam İbrahim Kararı.

¹⁰¹ M.D. ve diğerleri v. Rusya, BN. 71321/17, KT. 14/12/2021.

¹⁰² ibid. p. 5-8.

değerlendirilmesi sebebiyle statüsünün yenilenmediğini ifade etmiştir.¹⁰³ Rusya'nın AİHM'ye sunmuş olduğu gerekçede ise, yerel mahkemenin başvurucuların Rusya'da kalmalarının yasal olmadığı, zira yasal kalış sürelerini ihlal ettikleri, bu nedenle haklarında sınır dışı ve idari gözetim kararları alındığı belirtilmiştir. Rus makamları, 2017-2018 yıllarında yayımlanan Uzlaşma Merkezi (*Reconciliation Centre*) raporlarına dayanarak, Suriye'deki bazı bölgelerde güvenlik durumunun "istikrarlı" olarak nitelendirildiğini ve Suriye vatandaşlarının bu bölgelere geri dönüşlerine "elverişli" bulunduğunu savunmuşlardır.¹⁰⁴

Esasa dair incelemesinde AİHM öncelikle genel esasları hatırlatmıştır. Bu esaslara göre, Mahkeme ilk etapta sığınmacının ülkesine geri gönderilmesinin AİHS'nin 2'inci ve 3'üncü maddeleri kapsamında ihlal oluşturacak bir muameleye maruz kalma riski doğuracağına dair makul bir iddia ve buna dair kanıtlar sunup sunmadığını değerlendirmektedir. Sonrasında, ilgili ulusal makamların 2'inci ve 3'üncü maddeler kapsamındaki usule ilişkin yükümlülüklerini yerine getirirken iddiayı yeterince değerlendirip değerlendirmediklerini ve varılan sonuçların ilgili materyallerle desteklenip desteklenmediğini incelemektedir. Son olarak, eldeki tüm bilgiler ışığında işkence veya Sözleşme standartlarına aykırı muameleye maruz kalma konusunda gerçek riskin varlığı analiz edilmektedir.¹⁰⁵

AİHM, başvurucuların yerel mahkemelerde yeterli çeviri ve hukuki yardım imkanına sahip olmadıklarını, sadece temyiz sürecinde avukatlarının yardımıyla bu iddialarını makul gerekçelere dayandırabildiklerini, iltica başvurusunda bulunanların (ve önceden geçici sığınma sağlanmış olanların) da bu iddialarını makul bir şekilde sunduklarını belirtmiştir. Mahkeme, Suriye'deki durumun geri dönüşü uygun olmadığını BM ve uluslararası kuruluşlar tarafından ortaya konulan raporlarda belgelendiğini ve başvurucuların, ulusal makamlara sınır dışı edilmeleri halinde hayatlarına ve kişisel bütünlüklerine yönelik gerçek bir riske maruz kalacaklarına dair önemli gerekçeler sunduklarını tespit etmiştir.¹⁰⁶

¹⁰³ ibid. p. 19.

¹⁰⁴ ibid. p. 105.

¹⁰⁵ ibid. p. 90-91.

¹⁰⁶ ibid. p. 92-96.

Mahkeme bu tespitlerin ardından iddiaların Rus makamları tarafından yeterince incelenip incelenmediğini değerlendirmiştir. AİHM’ye göre yerel mahkemeler, başvuruçuların sınır dışı edilmeleri durumunda Sözleşmenin 3’üncü maddesi kapsamındaki risklere yeterince odaklanmamış ve delil eksikliği nedeniyle başvuruları reddetmiştir. Ancak Mahkeme, başvuruçuların savaş bölgesinden kaçtıkları ve kendilerini savunma imkânlarından yoksun oldukları gerekçesiyle, ulusal makamların riskleri dikkate alması gerektiğini belirtmiştir. Yerel mahkemeler, başvuruçuların sınır dışı edilme gerekçelerini (yasa dışı davranışlarını) incelemiş ancak Suriye’ye zorla geri gönderilmeleri durumunda karşılaşılabilecekleri genel risklere dair anlamlı bir değerlendirme yapmamıştır. Yine yerel mahkemeler temyiz sürecinde bazı başvuruçuların iddialarını bireysel olarak ele almış olsalar da, Suriye’de genel nüfusa kıyasla daha büyük bir risk altında olduklarını kanıtlayamadıklarını belirtmiş ve esasen belirsiz Rus devlet kurumlarından gelen bilgileri temel almıştır. Ayrıca, başvuruçular geçici sığınma başvurularında göç yetkililerinden yardım alamamış, yanılıcı talimatlarla karşılaşmış ve başvurularını gerekçelendirecek bir destek bulamamıştır. Tüm bu durumları göz önünde bulundurarak AİHM, başvuruçuların iddialarının yerel makamlar tarafından uygun şekilde incelenmediği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla Mahkeme, başvuruçuların Suriye’ye gönderilmesi durumunda 2’inci ve 3’üncü madde kapsamındaki kötü muamele riskine maruz kalıp kalmayacaklarını bağımsız olarak değerlendirmiştir.¹⁰⁷

Mahkeme, başvuruçuların sundukları daha güncel ve güvenilir raporları dikkate alarak, özellikle İdlib gibi bölgelerde devam eden çatışmaların başvuruçular (özellikle Kürt kökenli başvuruçular OS) için tehlike oluşturduğunu; işkence, keyfi tutuklamalar ve terörist grupların devam eden saldırılarının hala ciddi bir sorun olduğunu ortaya koymuştur. Mahkeme, başvuruçuların Suriye’ye geri dönüşlerinin 2’nci ve 3’üncü maddeler kapsamında gerçek bir risk oluşturacağından hareketle sınır dışı edilmelerinin yaşam hakkı ile işkence ve diğer kötü muamele yasağının ihlali olacağına karar vermiştir.¹⁰⁸

Nispeten yeni olarak nitelendirilebilecek ikinci karar ise Akkad/Türkiye başvurusuna ilişkindir.¹⁰⁹ Suriye vatandaşı başvuruçular,

¹⁰⁷ ibid. p. 97-102.

¹⁰⁸ ibid. p. 103-111.

¹⁰⁹ Akkad v. Türkiye, BN. 1557/19, KT. 21/06/2022.

Haziran 2014'te iç savaştan kaçarak Türkiye'ye ailesiyle gelmiş, Kasım 2014'te geçici koruma kapsamına alınmıştır. Başvurucunun babası Ağustos 2015 yılında Yunanistan'a ve oradan da kendisine mülteci statüsü verilen Almanya'ya gitmiştir. Zaman içinde reşit olan başvuru dışındaki aile üyeleri başvurucunun babasıyla bir araya gelebilmek için aile birleşim vizesi alarak Almanya'ya varmıştır.¹¹⁰ 19 Haziran 2018'de başvurucunun da içinde bulunduğu bir grup göçmen Türkiye-Yunanistan sınırına bir km uzaklıkta, yasak askeri bölgede yakalanmıştır.¹¹¹ Sağlık kontrolleri yapıldıktan sonra Edirne İl Göç İdaresine, oradan da Hatay Göç İdaresine götürülmüşlerdir. Yetkililer, başvurucunun gönüllü olarak dönmek istediğini ve geri dönüş formunu gönüllü olarak, çevirmen eşliğinde ve bilgilendirilerek imzaladığını bildirirse de,¹¹² başvuru Hatay sınırına 20 saat otobüs yolculuğuyla, başka bir göçmene kelepçelenmiş olarak getirildiğini, geri dönüş istek formunu baskı altında zorla imzaladığını, neyi imzaladığını bilmediğini ve kendisine formun nüshasının verilmediğini belirtmiştir. Başvurucuya göre, geri dönüş formunu imzalarken kendisine formun çevirisi yapılmamış, neyi imzaladığı söylenmemiş, ancak kimlik bilgileri formda yer almıştır.¹¹³ Bu noktada başvuru geçici koruma altında olduğunu ve kimlik bilgilerinin dikkate alınmadığını iddia ederken, hükümete göre başvuru yanlış kimlik belgeleri verdiği için geçici koruma statüsünün varlığından haberdar olmamıştır.

21 Haziran 2018'de Suriye'ye gönderilen başvuru, El Nusra militanları tarafından yakalanmış, hayatından endişe etmiş, kötü muameleye maruz kalmıştır. Bu süreçte avukatı aracılığıyla Edirne İdare Mahkemesine sınır dışı kararının iptali için başvuruda bulunmuştur. Daha sonra 15 Temmuz 2015 tarihinde Türkiye'ye yasa dışı yollardan girmiş, yasa dışı yollarla Türkiye'den ayrılarak 20 Kasım 2018'de mülteci statüsü için başvurduğu Almanya'ya gitmiştir.¹¹⁴

¹¹⁰ idib, p. 2-5.

¹¹¹ idib, p. 6.

¹¹² idib, p. 16-19.

¹¹³ idib, p. 8-9.

¹¹⁴ idib, p.11-14.

AİHM, kararda başvurucunun Suriye’ye dönüşünün “gönüllü” olmadığına dair önemli tespitlerde bulunmasının¹¹⁵ yanı sıra ulusal makamların risk değerlendirmesi yapmasına ilişkin standartlar ortaya koymuştur. Mahkeme, yapmış olduğu değerlendirmede devletlerin egemenlik yetkisini tanımakla birlikte, AİHS’nin 3’üncü maddesi (işkence ve kötü muamele yasağı) kapsamında bir ihlal oluşup oluşmayacağını araştırmak, dolayısıyla kişilerin zorla sınır dışı edilmesine ilişkin durumlarda başvurucuların iddialarını ve karşılaşacakları riskleri dinleyip değerlendirmekle yükümlü olduklarını belirtmiştir.¹¹⁶

Mahkeme’ye göre, zorla geri gönderme davalarında tedbirin uygulanması halinde gerçek bir ölüm riskine maruz kalacağına dair ciddi nedenler olduğunu başvurucunun ispatlaması gerekmektedir. Kişinin 3’üncü maddeye maruz bırakıldığına dair deliller ortaya çıktığında ise yetkililerin şüpheleri giderme görevi bulunmaktadır. Ancak ispat yüküne ilişkin kuralların başvurucuları korunan hakların özünden mahrum bırakmaması gerekmektedir.¹¹⁷

A.A. ve A.A. kararında AYM’nin ortaya koymuş olduğu sınıflandırmaya paralel bir bakış açısıyla AİHM, risk değerlendirmesinde ispat yükünü ortaya koyan ilkeleri sıralamıştır. Buna göre, başvurucunun sistematik olarak kötü muamele uygulamasına maruz kalan bir grubun parçası olduğunu iddia ettiği davalarda kendisinin bunu ortaya koyması gerekmektedir. Diğer yandan söz konusu ülkedeki genel durum yetkili göç makamları tarafından dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte Mahkeme, söz konusu riskin kamu hizmetine dahil olmayan kişi veya gruplardan kaynaklanması halinde ise söz konusu riskin varlığı ve devlet yetkililerinin bunu önleyebilecek durumda olmadığına gösterilmesi gerektiğini vurgulamıştır.¹¹⁸

Somut vakada başvurucuya Türkiye’de geçici koruma statüsü ve babasına Almanya’da mülteci statüsü verilmiştir. Mahkeme, başvurucunun gelmiş olduğu bölgenin ne Suriye Hükümeti’nin ne de muhalif grupların hâkim olabildiği bir savaş bölgesi olduğunu vurgulayarak, bölgedeki savaşın sivilleri mağdur eder nitelikte olduğuna BM organlarının raporlarında yer verildiğini ve Suriyelilerin ülkelerine

¹¹⁵ Buna ilişkin tespitler için bkz. ibid. p. 35-40.

¹¹⁶ idib, p. 61.

¹¹⁷ idib, p. 63-64.

¹¹⁸ idib, p. 66-68.

zorla geri gönderilmesinin tavsiye edilmediğini belirtmiştir. Dolayısıyla başvurunun Suriye'ye dönmesi halinde 3'üncü maddeye aykırı muamele göreceğine dair gerçek bir risk oluşturabilecek kanıtların olduğunun, bu durumda da şüpheleri giderme yükümlülüğünün devlet yetkililerinde bulunduğu altını çizmiştir.¹¹⁹ AİHM ayrıca "...başvurucuyu Suriye'ye gönderen makamların, başvurunun o ülkede karşılaşılabileceği riskleri gerektiği gibi değerlendirdiğinin görül(mediğini) ... formun başvurunun Suriye'deki kişisel durumuna ilişkin spesifik bir ayrıntı içermediğini ... ve ... başvurunun geçici koruma altına alınmasını haklı kılan olası riskin neden artık geçerli olmadığını açıklamadığını" belirtmiştir.¹²⁰ Kararda Mahkeme'nin vurgusu başvurunun Suriye'ye geri gönderilmesi halinde 3'üncü maddeye aykırı muameleye maruz kalması konusunda gerçek bir risk olduğu konusundaki şüphelerin Türkiye tarafından giderilmemesi sebebiyle söz konusu maddenin ihlal edilmiş olduğu yönündedir.

Konuya ilişkin her iki AİHM kararına bakıldığında tıpkı AYM gibi AİHM'nin de başvuruçuların sınır dışı edilmeleri halinde işkence ve kötü muamele göreceğine dair gerçek risklerin varlığı halinde bireyselleştirilmiş bir değerlendirme yapılması gerektiğini vurgulandığı görülmektedir. Bu amaçla AİHM tarafların ispat yüküne dair aşamalı bir belirleme yapmıştır. Buna göre, öncelikle başvuruçunun, gönderileceği ülkede kötü muamele görme riski olduğuna dair ulusal makamlara, makul gerekçeler sunup sunmadığı değerlendirilmelidir. İkinci olarak, ulusal makamların, AİHS'nin 3'üncü maddesi kapsamındaki usuli yükümlülüklerini yerine getirerek bu iddiaları yeterince inceleyip incelemeyip ve vardıkları sonuçların ilgili materyallerle yeterince desteklenip desteklenmediği ele alınmalıdır. Son olarak, davanın tüm maddi yönleri ve mevcut ilgili bilgiler dikkate alınarak, işkence yasağı veya AİHS standartlarına aykırı muamele riski olup olmadığı değerlendirilmelidir.

VII. Değerlendirme

Bir önceki bölümde incelenmiş olan ilgili AYM ve AİHM kararları da devlet tarafından kişinin statüsünün ne şekilde adlandırıldığının devletin yükümlülükleri bakımından bir fark yaratmadığını ortaya

¹¹⁹ idib, p. 72-73.

¹²⁰ idib, p. 74.

koymaktadır. Bu yükümlülükler adı “geçici” de olsa her statüdeki kişiyi kapsamaktadır. Söz konusu kişinin uluslararası koruma ihtiyacı sürdüğü sürece düzensiz göç esnasında yakalanması sebebiyle statüsünün sonlandırılmasının veya statüsünün çeşitli sebeplerle uzatılmamasının önemi bulunmamaktadır.

AYM kararlarına bakıldığında, Mahkemenin, idari ve yargısal makamların savunulabilir bir iddiayı kabul ettikten sonra pozitif yükümlülüklerin parçası olan usuli yükümlülüklerle uyup uymadığını araştırdığı görülmektedir. Bu bağlamda A.A. ve A.A. kararında ortaya konulan ispat standardı sınıflandırması önem taşımaktadır. Mahkeme, usuli güvenceler sağlanmadıysa ihlal kararı vermektedir. Burada AYM, geri göndermeme ilkesi ve kötü muamele yasağının mutlak niteliğini vurgulamakta, YUKK’un 54’üncü maddesi kapsamında sınır dışı kararı alınsa dahi, başvuruçuların Anayasa’nın 17’inci maddesi kapsamındaki işkence ve diğer kötü muameleye maruz kalacakları yönündeki iddialarının değerlendirilmesi gerektiğini net bir şekilde ortaya koymaktadır. Usuli güvenceler yerine getirilmişse de geri gönderilen ülkede gerçek bir işkence ve kötü muamele riskinin bulunup bulunmadığı ayrıca değerlendirilmektedir.

Konuya ilişkin AİHM kararlarına bakıldığında tıpkı AYM gibi başvuruçuların sınır dışı edilmeleri halinde bu kişilerin işkence ve kötü muamele göreceklere dair gerçek risklerin varlığı halinde bireyselleştirilmiş bir değerlendirme yapılması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu amaçla AİHM, tarafların ispat yüküne dair aşamalı bir belirleme yapmaktadır. Buna göre, öncelikle başvuruçunun, gönderileceği ülkede kötü muamele görme riski olduğuna dair ulusal makamlara makul gerekçeler sunup sunmadığı değerlendirilmektedir. İkinci olarak, ulusal makamların AİHS’nin 3’üncü maddesi kapsamındaki usuli yükümlülüklerini yerine getirerek bu iddiaları yeterince inceleyip incelemediği ve vardıkları sonuçların ilgili materyallerle yeterince desteklenip desteklenmediği analiz edilmektedir. Son olarak, davanın tüm maddi yönleri ve mevcut bilgiler dikkate alınarak, işkence ve kötü muamele riski olup olmadığı değerlendirilmektedir.

Ayrıca güncel bir gelişme olarak 19 Aralık 2024 tarihinde Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından verilen bir karar da bu tespitleri

teyit eder niteliktedir.¹²¹ ABAD nezdinde dava konusu olan olay, Ukrayna'daki çatışmalardan kaçarak Hollanda'ya giden kişilere AB Geçici Koruma Yönergesi'nin¹²² 7'nci maddesi kapsamında devlet tarafından ihtiyaren verilen koruma ve bunun ulusal makamlar tarafından sonlandırılmasına ilişkindir. Somut karar geçici koruma statüsünün AB geçici koruma rejimi sonlandırılmadan önce ulusal düzeyde sona erdirilmesini ve statüsü sonlandırılan kişiler hakkında ileriye etkili dahi olsa sınır dışı kararı verilir verilemeyeceğini tartışmaktadır. ABAD söz konusu kararında önemli iki tespit bulunmuştur. Karara göre, (i) geçici koruma statüsü ulusal makamlarca sonlandırılrsa dahi bu korumadan faydalanan kişiler hakkında AB geçici koruma rejimi sona erdirilmeden sınır dışı kararı verilemeyecek¹²³ ve (ii) rejim sonlandırılrsa dahi bu durum geçici koruma kapsamındaki kişilerin ülkede kalışını otomatik olarak yasal zeminden yoksun kılmayacaktır; aksine bu kişiler arasından uluslararası koruma başvurusu yapanların başvurularının değerlendirilmesi gerekecektir.¹²⁴

Bütün bu bulguları geçici korumanın sona ermesi konusu bağlamında yorumlamak gerekirse, geçici korumanın sona ermesi halinde sorulması gereken temel soru geçici korumanın bireylerin korunma ihtiyacı sona erdiği için mi yoksa başka sebeple mi sona erdiği olmalıdır. Bu sona ermenin toplu veya bireysel olarak sona erme olması arasında da fark bulunmamaktadır. Önceki bölümlerde de ifade edildiği üzere sunulan korumanın adının geçici olmasının devletin koruma yükümlülüğüne etkisi yoktur. Zira geçici koruma rejimindeki “geçicilik” hukuki değil idari bir belirlemeye dayanmaktadır. Bu durumun uygulamada etkilediği temel husus ise kendisine koruma sunulan bireylerin hak ve hizmetlere erişimi olabilir. Ancak durum devletlerin uluslararası hukuk kapsamında uymakla yükümlü oldukları geri gönderme yasağını ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla geçici korumanın sona ermesinin ardından uluslararası koruma rejimine geçilmesi veya geçici koruma faydalanıcılarının

¹²¹ P. ve diğerleri v. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, BN. C-244/24 ve C-290/24, KT. 12/06/2024.

¹²² Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof [2001] OJ L 212/12.

¹²³ ibid. p. 147, 158.

¹²⁴ ibid. p. 154.

statülerinde meydana gelecek başka bir değişiklik, bu kişilerin gönderilecekleri yerde karşılaşacakları risk ortadan kalkmadıkça, korunmalarına yönelik ihtiyacın sonlandığı anlamına gelmeyecektir.

VIII. Sonuç

Bu makale tanımı ve sınırları uluslararası hukukta tamamen belirli olmasa bile, geçici korumanın kitlesel halde ülkesinden kaçan ve uluslararası koruma ihtiyacı içerisinde olan kişilere koruma sağlamak için bir acil durum önlemi olduğunu, korumayı sağlamak için geçici bir mekanizmayı ve sağlanan haklara ve hizmetlere ilişkin geçici düzenlemeleri içinde barındırdığını, ancak bu durumun devletlerin uluslararası hukuk altında sahip oldukları yükümlülükleri değiştirmedini ve bu kapsamda sağlanan korumayı daha geçici hale getirmediğini vurgulamaktadır. Korumanın sonlanması ve ülkeye güvenli bir şekilde geri dönüş uluslararası korumanın ana konularından biri ve en tercih edilen kalıcı çözümdür. Bu çözümün hangi durumlarda mümkün olduğuna ilişkin uluslararası mülteci hukuku ve insan hakları hukuku çerçevesinde belirli kriterler ortaya konulmuştur. Bu kriterlerin yerine gelip gelmediği; dönülecek menşe ülkedeki durumla ve kişilerin bireysel koşullarıyla ilgili olarak esaslı değerlendirmeler sonucunda belirlenebilecektir. Bu sürecin, ilgili aktörlerle işbirliği yapılarak ve uluslararası kamuoyu da dahil edilerek şeffaf ve katılımcı biçimde yürütülmesi, meşruiyetinin sağlanması açısından gereklidir. Bu değerlendirmeler veya dönüşle ilgili diğer tartışmalar açısından temel belirleyici unsur, bağlayıcı bir hukuk kuralı olan geri gönderme yasağıdır.

Gerek AYM gerek AİHM sınır dışı kararının alınması ve icrası sürecinde, ulusal makamların, Anayasa'nın 17'inci maddesi ile AİHS'nin 2'inci ve 3'üncü maddeleri kapsamındaki usuli yükümlülüklerini yerine getirerek kişinin yaşam hakkının ihlal edileceği ve/veya işkence ve kötü muamele göreceği yönündeki iddialarını yeterince inceleyip incelemeyeceğine ve vardıkları sonuçları bilgi ve belgelerle yeterince destekleyip desteklemediklerine bakmaktadır. Görülmektedir ki, uluslararası korumanın geçici bir idari mekanizmayla – geçici koruma rejimiyle – sağlanıyor olması, kişilerin geri gönderme yasağı uyarınca sahip olmaları gereken korumayı ve devletlerin bu açıdan yükümlülüklerini değiştirmemektedir. Sonuç olarak korumanın uluslararası koruma statüleri üzerinden veya bir geçici koruma rejimi üzerinden sağlanıyor olmasının bu açıdan bir etkisi bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

Kitap, Makale ve Raporlar

BMMYK: “Framework for Durable Solutions for Refugees and Persons of Concern”, 2003. (<https://www.refworld.org/docid/4124b6a04.html>, Erişim: 15.12.2024).

BMMYK: “Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements”, 2014. (www.refworld.org/docid/52fba2404.html, Erişim: 15.12.2024).

BMMYK: “Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements”, 2014 (<https://www.refworld.org/docid/52fba2404.html>, Erişim: 28.8.2021).

BMMYK: “Handbook for Repatriation and Reintegration Activities”, 2004. (<https://www.unhcr.org/media/handbook-repatriation-and-reintegration-activities-complete-handbook>, Erişim: 15.12.2024).

BMMYK: “Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees”, 2019 (<https://www.refworld.org/docid/5cb474b27.html>, Erişim: 10.12.2024).

BMMYK: “Master Glossary of Terms” (www.unhcr.org/glossary, Erişim: 10.12.2024).

BMMYK: “Prima Facie Approach to Recognition of Refugee Status” (<https://emergency.unhcr.org/protection/legal-framework/prima-facie-approach-recognition-refugee-status>, Erişim: 15.12.2024).

BMMYK: “Refugees and Asylum Seekers in Turkey” (www.unhcr.org/tr/en/refugees-and-asylum-seekers-in-turkey, Erişim: 15.12.2024).

BMMYK: “UNHCR Global Trends 2014” (www.unhcr.org/statistics/country/556725e69/unhcr-global-trends-2014.html, Erişim:15.12.2024).

Ekşi, Nuray: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 5.Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2018.

European Court of Human Rights (AİHM): “Guide on the Case-Law of the European Convention on Human Rights – Immigration”, (https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_immigration_eng, Erişim: 15.12.2024).

Goodwin-Gill, Guy S: “The International Law of Refugee Protection”, Elena Fiddian-Qasmieh ve diğerleri (der.), The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies, Oxford University Press, Oxford, 2014.

(<https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199652433.001.0001/oxfordhb-9780199652433-e-021>, Erişim: 15.12.2024).

Goodwin-Gill, Guy S./McAdam, Jane: The Refugee in International Law, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2007.

Göç İdaresi Başkanlığı: “Geçici Koruma - Göç İdaresi Başkanlığı İstatistikleri” (www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638, Erişim: 10.12.2024).

Hathaway, James C.: The Rights of Refugees under International Law, 2. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

İneli Ciğer, Meltem: “Silahlı Çatışma Durumlarında Ayrım Gözetmeyen Şiddet Hareketlerinden Kaçan Kişilerin Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda İkincil Korunması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20 S. 1, 2018, s. 199–237.

İneli Ciğer, Meltem: Temporary Protection in Law and Practice, Brill | Nijhoff, , Leiden, 2017. (<https://doi.org/10.1163/9789004327535>, Erişim: 15.12.2024).

McAdam, Jane: Complementary Protection in International Refugee Law, 1. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2007.

OHCHR: “Technical Note on the Principle of Non-Refoulement under International Human Rights Law”, 2018. (<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/GlobalCompactMigration/ThePrincipleNon-RefoulementUnderInternationalHumanRightsLaw.pdf>, Erişim:10.12.2024).

Özel, Sibel: “Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, S. 2, 2020, s. 709-734.

Öztürk, Neva Övünç: “Temporary protection practice in Türkiye and in the EU: A flexible, pragmatic solution or a Janus-faced image for the access to international protection?”, International Migration”, C.60, S.5, 2022, s.276-279.

Öztürk, Neva Övünç: “Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 66, S. 1, 2017, s.201-264.

Öztürk, Neva Övünç: Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

Salomon, Stefan: “Constructing Equality in EU Asylum Law”, International Journal of Refugee Law, C. 33, S. 4, 2021, s.608–644.

Türk, Volker: “UNHCR’s Supervisory Responsibility”, New Issues in Refugee Research, Working Paper No. 67, Cenevre, 2002.

United Nations: “Global Compact on Refugees”, 2018. (<https://www.unhcr.org/5c658aed4.pdf>, Erişim: 15.12.2024).

Ulusal ve Uluslararası Mevzuat

703 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Türkiye Cumhuriyeti Resmî Gazetesi, Sayı 30473 (9.7.2018).

85 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Türkiye Cumhuriyeti Resmî Gazetesi, Sayı 31643 (29.10.2021).

Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof [2001] OJ L 212/12.

Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted [2004] OJ L 304.

Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast) [2011] OJ L 337.

Geçici Koruma Yönetmeliği, Türkiye Cumhuriyeti Resmî Gazetesi, 22.10.2014, Sayı 29153.

Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Protokol (1967 Protokolü), Kabul Tarihi: 31.01.1967, Yürürlüğe Giriş Tarihi: 04.10.1967, 606 UNTS 267.

Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme (1951 Cenevre Sözleşmesi), Kabul Tarihi: 28.07.1951, Yürürlüğe Giriş Tarihi: 22.04.1954, 189 UNTS 137.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK), Kanun No. 6458, Kabul Tarihi: 4.4.2013, Resmî Gazete: 11.4.2013, Sayı: 28615.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi

A.A. ve A.A. Başvurusu, BN. 2015/3941, KT. 01/03/2017.

A.A. ve A.A. Başvurusu, (Tedbir Kararı), BN. 2015/3941.

Abdulkerim Hammud Başvurusu, BN. 2019/24388, KT. 02/05/2023.

Ali Elhüseyn Başvurusu, BN. 2020/5730, KT. 12/06/2024.

Hüsam İbrahim Başvurusu, BN. 2020/20131, KT. 04/10/2023.

Avrupa Birliği Adalet Divanı

P. ve diğerleri v. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, BN. C-244/24 ve C-290/24, KT. 12/06/2024.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Akkad v. Türkiye, BN. 1557/19, KT. 21/06/2022.

Chahal v. Birleşik Krallık, BN. 22414/93, KT. 15/11/1996.

F.G. v. İsveç [BD], BN. 43611/11, KT. 23/03/2016.

L.M. ve diğerleri v. Rusya, BN. 40081/14, 40088/14 ve 40127/14 , KT. 15/10/2015.

M.D. ve diğerleri v. Rusya, BN. 71321/17, KT. 14/12/2021.

Saadi v. İtalya [BD], BN. 37201/06, KT. 28/02/2008.

Sufi ve Elmi v. Birleşik Krallık, BN. 8319/07 ve 11449/07, KT. 28/06/2011.

X. v. İsviçre, BN. 16744/14, KT. 26/01/2017.

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÇOCUK HAKLARI KOMİTESİ'NİN 25 NO'LU GENEL YORUMU ÇERÇEVESİNDE DİJİTAL ORTAMDA ÇOCUK HAKLARININ KORUNMASINDA MAHREMİYET, GÜVENLİK VE BİLGİYE ERİŞİM DENGESİ

Araştırma Makalesi

*Bahar KONUK SOMMER **

ÖZET

Çocukların mahremiyet, güvenlik ve bilgiye erişim hakları Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ile güvence altına alınmıştır. Çocukların dijital ortamda da sahip olduğu bu hakların kapsamı, birbirleriyle olan ilişkileri ve güvence altına alınabilmeleri için Taraf Devletlerle diğer paydaşların üzerlerine düşen yükümlülükler Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin Dijital Ortama İlişkin Çocuk Hakları Hakkında 25 No'lu Genel Yorumu ile açıklığa kavuşturulmuştur. Dijital ortamda çocukların güvenlik, mahremiyet ve erişim hakları arasındaki ilişki karmaşık bir yapıdadır; güvenlik hakkı, çocukların zararlı içeriklerden ve çevrimiçi tehditlerden korunmasını sağlarken, mahremiyet hakkı çocukların kişisel verilerinin korunmasını ve bireysel kimliklerinin güvence altına alınmasını içerir. Bilgiye erişim hakkı ise çocukların öğrenme ve gelişim süreçlerinde dijital kaynaklardan yararlanmalarını teşvik eder. Ancak, bu haklar arasında doğal bir

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku ABD,
ORCID ID: 0000-0002-0320-5947, **e-posta:** bahar.konuk@yasar.edu.tr, **DOI:**
10.69958/ihy.1593592

Makalenin Geliş Tarihi: 29.11.2024
Makalenin Kabul Tarihi: 30.12.2024

gerilim de mevcuttur. Örneğin, çocukların güvenliğini sağlamak için alınan bazı önlemler, mahremiyet haklarını kısıtlayıcı olabilir ya da mahremiyetin korunması, güvenliği sağlayacak izleme yöntemlerinin etkisini azaltabilir. Bu dengenin sağlanması, çocukların dijital dünyada hem korunmasını hem de gelişimini destekleyici bir ortam yaratılması için önemlidir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk Hakları, Dijital Mahremiyet Hakkı, Çevrimiçi Güvenlik Hakkı, Bilgiye Erişim Hakkı, Çocuğun Üstün Yararı

BALANCING PRIVACY, SECURITY AND ACCESS TO INFORMATION in THE PROTECTION OF CHILDREN'S RIGHTS in THE DIGITAL ENVIRONMENT within THE FRAMEWORK of GENERAL COMMENT NO. 25 of THE UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD

ABSTRACT

Children's rights to privacy, security and access to information are guaranteed by the United Nations Convention on the Rights of the Child. The scope and interrelationship of these rights, which children also have in the digital environment, and the obligations of States Parties and other stakeholders to ensure that they are respected, have been clarified by the UN Committee on the Rights of the Child in its General Comment No. 25 on the Rights of the Child in the Digital Environment. The relationship between children's rights to safety, privacy and access in the digital environment is complex; the right to safety ensures that children are protected from harmful content and online threats, while the right to privacy includes the protection of children's personal data and the safeguarding of their individual identity. The right to access information encourages children to use digital resources for their learning and development. However, there is also an inherent tension between these rights. For example, some measures taken to ensure children's safety may limit their right to privacy, or the protection of privacy may reduce the effectiveness of monitoring methods to ensure safety. It is important to strike this balance in order to create an environment that supports both the protection and the development of children in the digital world.

Keywords: *Children's Rights, Right to Digital Privacy, Right to Online Safety, Right to Access Information, The Best Interests of the Child.*

GİRİŞ

Dijital teknolojilerin hızlı gelişimi, günümüz dünyasında birçok alanda köklü değişimlere yol açmış ve özellikle çocukların günlük yaşamlarını, öğrenme süreçlerini ve sosyal etkileşimlerini derinden etkilemiştir. Çocuklar, dijital dünyada bilgiye erişim, eğitim olanakları ve sosyalleşme fırsatları gibi birçok avantaja sahip olurken aynı zamanda siber zorbalık, çevrim içi istismar ve kişisel verilerinin izinsiz kullanımı gibi çeşitli risklerle karşı karşıya kalmaktadır. Bu durum, dijital teknolojilerin çocuk hakları üzerindeki etkilerinin incelenmesini zorunlu hale getirmiştir¹

Dijital ortamda çocukların güvenlik, mahremiyet ve bilgiye erişim hakları arasındaki ilişki, hassas bir denge gerektiren karmaşık bir yapıya sahiptir. Güvenlik hakkı, çocukların zararlı içeriklerden ve çevrimiçi tehditlerden korunmasını sağlarken; mahremiyet hakkı, kişisel verilerinin korunması ve bireysel kimliklerinin güvende tutulmasıyla ilgilidir. Bilgiye erişim hakkı ise çocukların öğrenme ve gelişim süreçlerinde dijital kaynaklardan en iyi şekilde faydalanmalarını teşvik eder. Ancak bu haklar arasında doğal bir gerilim bulunmaktadır.

Örneğin, çocukların güvenliğini artırmaya yönelik izleme ve kontrol önlemleri, mahremiyet haklarının ihlaline yol açabilir. Benzer şekilde, mahremiyetin korunması adına izleme faaliyetlerinin sınırlandırılması güvenliği zayıflatabilir. Bu nedenle, çocukların dijital dünyada hem korunmasını hem de sağlıklı bir şekilde gelişmesini destekleyen bir ortam yaratmak, tüm bu hakların dengeli bir şekilde gözetilmesini zorunlu kılar. Bu denge, yalnızca çatışmaları çözmek için değil, çocukların dijital çağda haklarının tam anlamıyla korunmasını ve desteklenmesini sağlamak için de kritik bir öneme sahiptir.

Bu çalışma, dijital ortamda, çocukların Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ile garanti altına alınan mahremiyet, güvenlik ve

¹ Third, Amanda; Livingstone, Sonia; Landsdown, Gerison: "Recognizing Children's Rights in Relation to Digital Technologies: Challenges of Voice and Evidence, Principle and Practice", Research Handbook on Human Rights and Digital Technology, (Ben Wagner, Matthias C. Kettemann, Kilian Vieth ed.), Edward Elgar Publishing, 2019, s. 378.

bilgiye erişim haklarına odaklanarak Çocuk Hakları Komitesi'nin Dijital Ortama İlişkin Çocuk Hakları Hakkında 25 No'lu Genel Yorumu çerçevesinde bu haklar arasındaki ilişkiyi ve bu hakların korunabilmeleri için Taraf Devletler ve diğer aktörlerin yükümlülüklerini ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda öncelikle ilgili normatif düzenlemeler hakkında genel bilgiler verilecek, ilgili haklar tanımlanıp kapsamaları belirlendikten sonra bu haklar arasında dengenin ne şekilde sağlanabileceği ve çocukların dijital ortamda hem korunmalarını hem de sağlıklı bir biçimde gelişim göstermelerini destekleyen düzenlemelerin yapılmasının önemi ortaya konmaya çalışılacaktır.

A. NORMATİF ÇERÇEVE

1. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme² (ÇHS), çocuk haklarının uluslararası alanda tanınması ve korunması için bir dönüm noktası teşkil eder. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile “herkese” tanınan hak ve özgürlüklerin, çocuklar için ne anlama geldiğini açıklayan ve bu hak ve özgürlüklerin çocuklar için nasıl uygulanacağına ilişkin düzenlemelere yer veren bu Sözleşme, uluslararası hukukta çocuk haklarını güvence altına alan en temel hukuki metindir³.

Çocukların haklarının korunmasına yönelik düzenlemelere ihtiyaç olduğu düşüncesi on dokuzuncu yüzyıl Avrupa'sında birçok çocuğun katıldığı zorlu ve tehlikeli çalışma koşullarına bir tepki olarak ortaya çıkmış olmakla birlikte konu ile ilgili ilk uluslararası belge I. Dünya Savaşı'nın sonrasında ortaya konmuştur⁴. Çocukların yaşamlarını sağlıklı

² Birleşmiş Milletler Çocuk hakları Sözleşmesi, Genel Kurul'un 20 Kasım 1989 tarih ve 44/25 sayılı Kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmıştır. Sözleşme 49. madde uyarınca 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamış ve 9 Aralık 1994 tarihinde ihtirazi kayıtla onaylamıştır. 4058 Sayılı Onay Kanunu 11 Aralık 1994 gün ve 22138 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır. Sözleşme Türkiye açısından 4 Mayıs 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³ Akyüz, Emine: Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, 2. Baskı, Pegem Akademi, 2012, s. 37; İpek, Aydın: “Çocuk Haklarının Gelişimi ve Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Açından Değerlendirilmesi”: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 1, 2012, s. 159; Becker, Jo: “The Evolution of the Children's Rights Movement”, The Oxford Handbook of Children's Rights Law, (Jonathan Todres, M. King Shani ed.), Oxford University Press, 2020, s. 34.

⁴ Akyüz, s. 104; Becker, s. 34.

ve güvenli bir ortamda sürdürmelerinin sağlanması, olağanüstü durumlarda çocuklara öncelik verilmesi, çocukların her türlü istismara karşı korunması gibi konuları düzenleyen 1924 Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi⁵, çocukların korunması ve gelişimlerinin sağlanmasına yönelik temel ilkeleri uluslararası düzeyde ele alan ilk belgedir.

II. Dünya Savaşı'ndan sonra 1949 yılında ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 25. maddesinde çocukluğun "özel bakım ve yardım gerektiren bir dönem" olarak kabul edilmesinin ardından çocuk hakları ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere "Sosyal Sorunlar Meclisi" kurulmuş ve bu meclisin çalışmaları neticesinde Çocuk Hakları Bildirgesi⁶ 1959 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda oybirliği ile kabul edilmiştir. Ayrımcılık yasağı, çocuğa kendisini geliştirme fırsatı tanınması, kimlik ve vatandaşlık hakkı verilmesi, her türlü istismardan, zulüm ve ihmalden korunması, hiçbir şekilde ticarete konu edilmeyeceği, küçük yaştakilerin çalıştırılmasında bir yaş sınırı getirilmesi gibi koruyucu hükümler içeren on genel ilkeye yer verilen bu belge, tıpkı 1924 Bildirgesi gibi bir denetim mekanizması öngörmeyerek yalnızca imzacı devletlerin bir iyi niyet ifadesi olarak kalmıştır⁷.

Çocukların haklarının uluslararası hukukta daha etkili bir biçimde korunması ihtiyacı, 1989 yılında, 1959 Bildirgesi'nden tam otuz yıl sonra çocukların hak ve özgürlüklerine ilişkin kapsamlı düzenlemeler getiren ilk ve en önemli sözleşme olan ÇHS'nin kabul edilmesini gerektirmiştir. Bugüne kadar kabul edilen uluslararası sözleşmeler arasında üzerinde en yüksek mutabakatın sağlandığı sözleşme özelliğini taşıyan bu Sözleşme ile çocuklar ilk defa pasif bakım ve koruma nesnelere olmaktan çıkıp uluslararası hukukta hak sahibi sùjeler haline gelmiştir⁸.

⁵ Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi, <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm> (Erişim Tarihi: 10.09.2024).

⁶ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi, https://kdkcocuk.gov.tr/anasayfa/contents/files/YasalDuzenlemeler/BM_cocuk_Haklari_Bildirisi.pdf (Erişim Tarihi: 10.09.2024).

⁷ Hammarberg, Thomas: "The UN Convention on the Rights of the Child--And How to Make It Work", Human Rights Quarterly, Vol. 12, No. 1, 1990, s. 98; Akyüz, s. 39-40.

⁸ Hodgkin, Rachel; Newell, Peter: Implementation Handbook For The Convention on The Rights of The Child, Fully Revised Third Edition, United Nations Children's Fund, 2007, s. 77; Becker, s. 35.

İlk bölümünde çocukların sahip olduğu haklar ve taraf devletlerin yükümlülükleri düzenlenen ÇHS, toplam üç bölüm ve 54 maddeden oluşmaktadır. Sözleşme'nin 1. maddesine göre Sözleşme'ye göre, on sekiz yaşını doldurmamış her insan çocuktur. Taraf devletler, Sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri, “kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, kendilerinin, ana babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin” tanımakla (md. 2/1); “Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yüksek yararını” esas almakla (md. 3/1); “çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabayı” göstermekle (md. 6/2) ve “görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını, bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle” tanımakla (12/1) yükümlü tutulmuştur. Bu hükümler aynı zamanda Sözleşme'nin bir bütün olarak yorumlanmasında göz önünde bulundurulacak ve Sözleşme'nin ulusal düzeyde uygulanmasında rehber olarak kullanılacak temel ilkeleri teşkil eder⁹.

ÇHS'ne taraf devletlerin Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirip getirmediklerinin denetimi hususunda Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi yetkilidir. Sözleşmeye taraf olan her devlet, Komite'ye düzenli aralıklarla rapor sunmakla yükümlüdür. Komite, Taraf Devletlerin sunduğu raporları inceler ve bu inceleme sonucunda devletlerin eksik yönlerini gidermelerine ve çocuk haklarını daha etkili bir şekilde korumalarına rehberlik edecek nitelikte gözlem ve önerilerde bulunur.

2011 yılında Sözleşme kapsamında denetimi geliştirmek üzere Komite'ye ihlal başvurularını inceleme yetkisi veren Başvuru Usulüne

⁹ Lundy, Laura; Bronagh Byrne: “The Four General Principles of the United Nations Convention on the Rights of the Child: the potential value of the approach in other areas of human rights law”, Children's Rights Law in the Global Human Rights Landscape, (Eva Brems, Ellen Desmet, Wouter Vandenhoele ed.), Routledge, 2017, s. 52; Kilkelly, Ursula: “The UN Convention On The Rights Of The Child: Incremental and Transformative Approaches To Legal Implementation”; The International Journal of Human Rights, Vol. 23, 2019, s. 324.

İlişkin İhtiyari Protokol kabul edilmiştir¹⁰. Söz konusu Ek Protokol, Taraf Devletlerin Sözleşme ile güvence altına alınan çocuk haklarına yönelik ihlallerine karşı iki yeni denetim yolu getirmektedir. Bu yollardan ilki başvuru yoludur. Başvuru yolu da bireysel başvuru ve devletlerarası başvuru olmak üzere iki türdür. Çocukların bizzat ya da yasal temsilcileri aracılığı ile Sözleşme ile güvence altına alınmış haklarının ihlali iddiası ile Komite'ye başvuruları bireysel başvuru, Sözleşme'ye Taraf Devletlerin bir başka Taraf Devlet aleyhine başvuruları devletlerarası başvuru olarak adlandırılır. Başvuru yolu dışındaki ikinci denetim yolu, çocuk haklarının ciddi ve sistematik ihlaline karşı getirilen soruşturma yöntemidir. Soruşturma yöntemi kapsamında Taraf Devletler Komite ile her türlü iş birliği yapma ve ortaya konan tavsiyelere uyma yükümlülüğü altındadır¹¹.

2. Dijital Ortamda Çocuk Haklarına İlişkin 25 No'lu Genel Yorum

ÇHS'nin denetim organı olan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi tarafından hazırlanan genel yorumlar, Sözleşme'nin hükümlerini yorumlayan ve uygulamaya yönelik rehberlik sağlayan düzenlemelerdir. Taraf devletlerin ÇHS'ni ulusal düzeyde etkili bir şekilde hayata geçirebilmeleri için bir çerçeve sunan bu yorumlar aynı zamanda devletlerin ÇHS'ne uygun hareket etmelerini sağlamak için uluslararası standartlar oluşturur.

Dijital Ortamda Çocuk Haklarına İlişkin 25 No'lu Genel Yorum¹², Taraf devletlerin dijital ortamla ilgili olarak ÇHS'ni nasıl uygulamaları gerektiğini açıklamak ve dijital ortamda tüm çocuk haklarının teşvik edilmesi, saygı gösterilmesi, korunması ve yerine

¹⁰ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 19 Aralık 2011 tarih ve 66/138 sayılı Kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmıştır. Sözleşme 14 Nisan 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 24 Eylül 2012 tarihinde imzalamış ve 9 Mart 2017 tarihinde onaylamıştır. 6979 Sayılı Onay Kanunu 3 Nisan 2017 gün ve 24755 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır. Sözleşme Türkiye açısından 26 Mart 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹¹ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokol, md. 13, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/127-cocuk-haklarna-dair-sozlesmenin-basvuru-usulune-iliskin- ihtiyari-protokol/>(Erişim Tarihi: 10.09.2024).

¹² Dijital Ortama İlişkin Çocuk Hakları Hakkında 25 (2021) Sayılı Genel Yorum, CRC/C/GC/25, <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2021- childrens-rights-relation> (Erişim Tarihi: 11.09.2024).

getirilmesindeki fırsatlar, riskler ve zorluklar ışığında Sözleşme ve İhtiyari Protokoller kapsamındaki yükümlülüklerine tam olarak uymalarını sağlamak için ilgili yasal, politik ve diğer tedbirler hakkında rehberlik sağlamak amacıyla ortaya konmuştur¹³.

25 No'lu Genel Yorum, dijital ortamla ilgili olarak çocuk haklarının hayata geçirilmesini garanti altına almak için gereken tedbirlerin belirlenmesi hususunda ÇHS'nin temel ilkelerini esas almaktadır. Genel Yorumun 9. maddesine göre, Taraf devletler öncelikle dijital ortamda ayrımcılığı yasaklama yükümlülüğü altındadır. Dijital ortamda ayrımcılık yasağı, Taraf devletlerin tüm çocukların dijital ortama kendileri için anlamlı olacak şekilde eşit ve etkili erişimini sağlamasını gerektirir. Taraf devletler, ayrıca dijital dışlanmanın üstesinden gelmek için çocuklar için kamusal alanlarda ücretsiz ve güvenli erişim sağlama, tüm çocukların eğitim ortamlarında, topluluklarda ve evlerde dijital teknolojilere uygun fiyatlı erişimi ve bunların bilinçli bir şekilde kullanmasını destekleyen politika ve programlara yatırım yapma gibi tedbirleri almakla yükümlüdür¹⁴.

ÇHS'nin temel ilkelerinden bir diğeri olan ve ilgili bölümde daha ayrıntılı bahsedeceğimiz üzere haklar arasında dengenin sağlanmasında önemli rol oynayan "çocuğun yüksek yararı" kavramı Sözleşme'nin kendi metninde tanımlanmamıştır¹⁵. 25 No'lu Genel Yorumda, "çocuğun yüksek yararı"nın, belirli bir bağlama uygun bir değerlendirme gerektiren dinamik bir kavram olduğu ifade edildikten sonra Taraf Devletlerin dijital ortamın sağlanması, düzenlenmesi, tasarımı, yönetimi ve kullanımına ilişkin tüm eylemlerinde her çocuğun yüksek yararını öncelikli olarak dikkate alması gerekliliği düzenlenmiştir. Taraf devletler, çocuğun yüksek yararını göz önünde bulundururken, bilgi

¹³ CRC/C/GC/25, para. 7.

¹⁴ CRC/C/GC/25, para. 9.

¹⁵ Kavramın muğlaklığının eleştirisi için bkz. Parker, Stephen: "The Best Interests of the Child-Principles and Problems", International Journal of Law, Policy and the Family, Vol. 8, No. 1, April 1994, s. 26-41; Freeman, Michael: "A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 3: The Best Interests of the Child", A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, (Ton Liefaard; Julia Sloth-Nielsen ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2007, s. 27; Eekelaar, John; Tobin, John, "Article 3 The Best Interests of the Child", The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary, (John Tobin ed.), Oxford University Press, 2019, s. 83.

arama, alma ve verme, zarardan korunma ve görüşlerine gereken ağırlığın verilmesi hakları da dahil olmak üzere tüm çocuk haklarını dikkate almak ve çocuğun yüksek yararının değerlendirilmesinde ve uygulanan kriterlerde şeffaflığı sağlamakla yükümlüdür¹⁶.

Çocuğun hayatta kalması ve gelişmesinin sağlanması hususundaki temel ilkeye ilişkin Taraf Devletler, şiddet ve cinsellik barındıran içerikler, siber agresiflik, taciz, kumar, cinsel taciz ve istismar dâhil olmak üzere taciz ve istismar, suçlular ve teröristler, şiddet yanlısı aşırıcular gibi silahlı grupların intihar veya hayatı tehdit edecek hareketleri teşvik etmesi ve özendirilmesi gibi dijital ortamın barındırdığı riskleri tespit etmeli ve bunlara uygun çözümler getirmelidir¹⁷.

Çocuğun görüşlerine saygı ilkesi bağlamında ise Taraf devletler, çocukların görüşlerini ifade edebilmeleri için dijital araçlara erişimi ve dijital araçlara ilişkin farkındalığı arttırmak ve gerektiğinde anonim olarak çocukların yetişkinlerle eşit koşullarda dijital katılımını desteklemekle yükümlüdür. Ancak çocukların dijital ortama katılımıyla ilgili yasal ve idari düzenlemeler veya alınacak diğer tedbirlerin, çocukların mahremiyet hakkını ve ifade özgürlüğünü ihlal edecek nitelikte gereksiz gözetim veya veri toplanmasını içermesi mümkün değildir¹⁸.

B. DİJİTAL ORTAMDA ÇOCUKLARIN MAHREMİYET HAKKI

1. Hakkın Tanımı ve Kapsamı

Mahremiyet hakkı, bireyin özel hayatına, aile yaşamına, haberleşmesine, kişisel bilgilerine ve kimliğine yönelik müdahalelere karşı korunmasını güvence altına alan temel bir insan hakkıdır¹⁹. Mahremiyet, yalnızca bireyin fiziksel alanıyla sınırlı olmayan, aynı zamanda onun manevi bütünlüğünü, kimlik inşasını ve özgür birey olma halini destekleyen bir hak alanıdır. Bu hak, uluslararası insan hakları belgelerinde açık bir şekilde düzenlenmiş ve devletlere bu hakkın

¹⁶ CRC/C/GC/25, para. 13.

¹⁷ CRC/C/GC/25, para. 14.

¹⁸ CRC/C/GC/25, para. 17-18.

¹⁹ Solove, Daniel J.: "Conceptualizing Privacy", California Law Review, Vol. 90, No. 4, 2002, s. 1088; Diggelmann, Oliver; Cleis, Marie Nichole: "How the Right to Privacy Became a Human Right", Human Rights Law Review, 2014, 14, s. 457-458.

korunması için negatif ve pozitif yükümlülükler yüklemiştir²⁰.

ÇHS'nin 16. maddesi çocukların mahremiyet hakkını güvence altına alır. Buna göre; “Hiçbir çocuğun özel yaşantısına, aile, konut ve iletişimine keyfi ya da haksız bir biçimde müdahale yapılamayacağı gibi, onur ve itibarına da haksız olarak saldırılamaz. Çocuğun bu tür müdahale ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır”. 25 No'lu Genel Yorumun 67. maddesine göre ise; “mahremiyet hakkı, çocukların temsili, saygınlığı ve güvenliği ile diğer haklarının kullanılması açısından hayati önem taşır”.

Dijital gelişmelerle birlikte mahremiyet hakkı, bireyin dijital varlığını da kapsar hale gelmiştir. Geleneksel anlamda fiziksel ve manevi alanın korunmasına odaklanan mahremiyet kavramı, dijital ortamda bireyin çevrimiçi varlığına, dijital izlerine ve kişisel verilerine kadar genişleyen bir kapsama sahiptir²¹. Bu durum, mahremiyet hakkının norm alanını yalnızca bireyin kendisiyle sınırlamamakta, aynı zamanda bireyin teknoloji ve dijital platformlarla olan ilişkisini de düzenlemektedir. Özellikle, çocuklar açısından mahremiyet hakkının kapsamı, dijital dünyada toplanan ve işlenen veriler, sosyal medya etkileşimleri, çevrimiçi eğitim platformları ve mobil uygulamalar gibi birçok alana yayılmaktadır. Çocukların mahremiyetinin korunması, onların fiziksel güvenliklerini sağlamaktan öte dijital kimliklerinin güvence altına alınması anlamına gelir.

2. Dijital Ortamda Çocukların Mahremiyet Hakkını İhlal Edebilecek Başlıca Haller

Dijital ortamda çocukların mahremiyet hakkının ihlaline sebep olabilecek ilk hal, onların, “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek

²⁰ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (md. 12) “Hiç kimse, özel yaşamına, ailesine, konutuna veya haberleşmesine keyfi olarak karışamaz; şeref ve itibarına saldırıda bulunulamaz. Herkesin bu tür karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.”; Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi (md. 17) “Hiç kimse özel yaşamına, ailesine, konutuna veya haberleşmesine keyfi ya da hukuka aykırı müdahaleye maruz bırakılamaz; herkes bu tür müdahalelere ve saldırılara karşı yasalarla korunma hakkına sahiptir.”; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (md. 8) “Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”.

²¹ Slove, s. 1141; Nissenbaum, Helen: Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life, Stanford University Press, 2010, s. 1.

kişiyne ilişkin her türlü bilgi” şeklinde tanımlanabilecek kişisel verilerinin izinsiz toplanması, depolanması veya işlenmesidir. Çocukların kişisel verileri ile ilgili söz konusu faaliyetler genellikle kamu kurumları veya bu alanlarda çalışan özel kuruluşlar tarafından onlara eğitim, sağlık gibi alanlarda daha faydalı hizmet veya içerikler sunulması amacıyla gerçekleştirilir²². Öte yandan çocukların kimlikleri, faaliyetleri, konumları, iletişimleri, duyguları, sağlıkları veya ilişkileri hakkındaki bilgileri içerebilen bu verilerin bir arada kullanılmasıyla bir çocuğun onu diğerlerinden ayırabilecek şekilde tanımlanabilir hale getirilmesinin mümkün olması mahremiyetine yönelik tehditleri de beraberinde getirir. Özellikle otomatik veri işleme, profil çıkarma, zorunlu kimlik doğrulama, bilgi filtreleme gibi yollarla gerçekleştirilen veri toplama ve işleme faaliyetleri çocukların mahremiyet hakkını ihlal etmekle birlikte onların ayrımcılık veya kimlik hırsızlığı gibi suçların mağduru olmalarına yol açabilir²³.

Çocuklara ait kişisel veriler, sosyal medya veya çevrimiçi eğitim platformları gibi dijital uygulamalar üzerinden bizzat kendileri veya ebeveynleri tarafından da paylaşılabilir. Özellikle, sosyal medya platformlarında ebeveynlerin çocuklarına dair fotoğraf, video veya kişisel bilgileri paylaşması, “sharenting” olarak adlandırılan yaygın bir uygulamaya dönüşmüştür²⁴. Ebeveynler, çoğu zaman iyi niyetle hareket ederek çocuklarının önemli anlarını çevrimiçi ortamda paylaşsalar da bu içeriklerin dijital ortamda kalıcı hale gelmesi ve geniş bir kitleye ulaşması çeşitli riskler doğurmaktadır. Çocuğun izni olmadan paylaşımına konu olan fotoğraf veya bilgilerin, kimlik hırsızlığı, siber zorbalık veya yasa dışı amaçlarla kullanılması ve bunun sonucunda da mahremiyet hakkının ihlali mümkündür²⁵.

Bunlar dışında, verilerin işlenmesi veya depolanmasının söz konusu olmadığı, çocuklara ait bilgilerin veya görüntülerin çarpıtılarak

²² CRC/C/GC/25, para, 67.

²³ CRC/C/GC/25, para. 67-68.

²⁴ Steinberg, Stacey B.: “Sharenting: Children's Privacy in the Age of Social Media Social Media”, Emory Law Journal, Vol. 66, Issue 4, 2017, s. 854; Zorluoğlu Yılmaz, Ayça: “Sharenting ve Velayet Hakkının Sınırları”, SÜHFD., C. 29, S. 4, 2021, s. 3386.

²⁵ Steinberg, s. 854-855; Blum-Ross, Alicia; Livingstone, Sonia: “Sharenting,” parent blogging, and the boundaries of the digital age”, Popular Communication, Vol. 15, No. 2, 2017, s. 110.

yayılması suretiyle dijital itibarının zedelenmesi²⁶, kullanılan cihazların veya cihazlarda yer alan bilgilerin izinsiz ele geçirilmesi, çocuğun dijital ortamda gerçek zamanlı olarak izlenmesi gibi hallerle de mahremiyet hakkı ihlal edilebilir.

C. DİJİTAL ORTAMDA ÇOCUKLARIN GÜVENLİK HAKKI

1. Hakkın Tanımı ve Kapsamı

Dijital ortamda çocukların güvenlik hakkı, çocukların çevrimiçi ortamda karşılaşabilecekleri risklere karşı korunmasını, güvenli bir dijital deneyim yaşamalarını ve kişisel güvenliklerinin sağlanmasını ifade eder. Çocukların dijital güvenliği, fiziksel ve psikolojik bütünlüklerinin korunmasının yanı sıra, ifade özgürlüğü, mahremiyet hakkı ve bilgiye erişim gibi diğer temel haklarının da güvence altına alınmasını gerektirir. Dijital güvenlik, bu anlamda çocukların yaşamlarına bütüncül bir koruma sağlayan temel bir hak olarak değerlendirilmektedir²⁷.

ÇHS'nin, Taraf Devletlere genel olarak çocukları her türlü fiziksel ve psikolojik şiddete, istismara, ihmale ve kötüye kullanıma karşı koruma yükümlülüğü getiren 19 ve onların cinsel istismardan ve sömürüden korunmasını garanti etmekle yükümlü olduklarını belirten 34. maddesi dijital ortamda güvenlik hakkının korunması ile yakından ilişkilidir. Zira 19. madde hükmü, çevrimiçi istismar ve siber zorbalık gibi dijital tehditleri kapsarken, dijital ortamdaki cinsel içerikli tehditler 34. maddenin kapsamına girer.

2. Dijital Ortamda Çocukların Güvenlik Hakkını İhlal Edebilecek Başlıca Haller

Dijital ortamlar, çocuklar için öğrenme, sosyalleşme ve eğlenme fırsatları sunarken aynı zamanda güvenliklerine yönelik riskleri de

²⁶ Marwick, Alice E.; Murgia-Diaz, Diego; Palfrey, John G.; Palfrey, John G., Youth, Privacy and Reputation (Literature Review). Berkman Center Research Publication No. 2010-5, Harvard Public Law Working Paper No. 10-29, s. 51-53, <https://ssrn.com/abstract=1588163> (Erişim Tarihi, 14.09.2024).

²⁷ Child Safety Online Global Challenges and Strategies, UNICEF, 2011, s. vi-vii, <https://www.unicef.cn/en/media/6631/file/Child%20Safety%20Online%20%20Global%20challenges%20and%20strategies.pdf> (Erişim Tarihi: 14.09.2024).

beraberinde getirebilmektedir. Çocukların dijital ortamda güvenlik hakları ile birlikte onların fiziksel, psikolojik ve sosyal gelişimlerini de tehdit eden bu haller, Sonia Livingstone ve Leslie Haddon tarafından ihlale neden olan eylemin kaynağına göre kategorik olarak sınıflandırılmıştır. Buna göre söz konusu ihlaller, içerikten kaynaklanan ihlaller, temastan kaynaklanan ihlaller ve davranıştan kaynaklanan ihlaller olmak üzere üçe ayrılır²⁸.

İçerikten kaynaklanan ihlaller söz konusu olduğunda çocuklar bu ihlallere pasif bir alıcı olarak maruz kalırken, temastan kaynaklanan ihlaller çocuğun bir yetişkin veya başka bir çocuk tarafından hedef alınmasını gerektirir. Davranıştan kaynaklanan ihlallerde ise çocuğun bizzat ihlale neden olan davranışı başlatması söz konusudur²⁹.

Dijital ortamda çocuğun güvenlik hakkını ihlal edebilecek haller ticari içerikli, saldırganlık ve şiddet içerikli, cinsel içerikli veya değerler ya da inançlarla ilgili olabilir. Bu bağlamda ticari nitelikli ihlaller çocuğun maruz kaldığı reklamlar, spamlar veya sponsorluklar yoluyla gerçekleşebileceği gibi çocuğun hareketlerinin izlenmesi yoluyla sürece dahil edildiği izleme ve kişisel verilerinin toplanması yoluyla da gerçekleşebilir. Çevrimiçi kumar, yasadışı dosya indirme veya bilgisayar korsanlığı gibi faaliyetlere çocuğun erişimi ise onun etik ve yasal sorumluluğunu doğurabilir³⁰.

Çocukların dijital ortamda güvenlik haklarının ihlaline neden olan saldırganlık ve şiddet içerikli eylemler, çocukların şiddet ve nefret içeriklerine maruz kalması veya siber zorbalık yoluyla gerçekleşir³¹. Zorbalık, bir grup ya da birey tarafından, kendisini kolayca savunamayan bir mağdura karşı zaman içerisinde tekrarlanarak gerçekleştirilen kasıtlı ve saldırgan bir eylem ya da davranış olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımdan yola çıkarak, zorbalık olarak nitelendirilebilecek bir davranışın kasıt, tekrarlanma ve güç dengesizliği olmak üzere üç unsuru bulunduğu söylenebilir. Hal böyleyken, geleneksel zorbalık tanımını dijital ortama genişleten siber zorbalık kavramının da “... bir grup ya da birey

²⁸ Livingstone, Sonia; Haddon, Leslie: EU Kids Online: Final Report, 2009, s. 10, <https://eprints.lse.ac.uk/24372/> (Erişim Tarihi: 20. 09.2024).

²⁹ Livinsstone; Haddon, s. 10.

³⁰ Livinsstone; Haddon, s. 10.

³¹ Livinsstone; Haddon, s. 10.

tarafından, elektronik iletişim biçimleri kullanılarak, kendisini kolayca savunamayan bir kurbanı karşı tekrar tekrar ve zaman içinde gerçekleştirilen saldırgan, kasıtlı bir eylem” olarak tanımlanması mümkündür³².

Dijital ortamda çocuklara yönelik siber zorbalık, genellikle sosyal medya, çevrimiçi oyunlar veya mesajlaşma platformları aracılığıyla ve onların diğer bireyler tarafından tehdit edilmesi, aşağılanması, dışlanması veya taciz edilmesi yoluyla gerçekleşir³³. Özellikle çevrimiçi ortamların sürekli erişilebilir olması siber zorbalığın olumsuz etkilerden kaçınma ihtimalini azaltmakta, anonimlik veya kamuya açıklık gibi unsurlar durumun vahametini artırabilmektedir³⁴.

Çocukların dijital ortamda güvenlik haklarını ihlal edebilecek en ciddi haller genellikle cinsel içerikler veya eylemlerden kaynaklanmaktadır. Bu hallerden ilki çocuk pornografisi ve müstehcen içerik üretimidir. Uluslararası hukukta insan haklarına karşı işlenen en ağır suçlardan biri olarak kabul edilen çocuk pornografisi, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol³⁵ ile de açıkça ve kesin bir biçimde yasaklanmıştır.

³² Smith, P. K., Mahdavi, J., Carvalho, M., Fisher, S., Russell, S. N., & Tippett, N. (2008). Cyberbullying: its nature and impact in secondary school pupils. *Journal of Child Psychology & Psychiatry*, 49, s. 376.

³³ Children In a Digital World-The State of the World's Children 2017, s. 74, https://www.unicef.org/media/48581/file/SOWC_2017_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 15.09.2024).

³⁴ Menesini, Ersilia; Nocentini, Annalaura; Palladino, Benedetta Emanuela: “Cyberbullying: conceptual, theoretical and methodological issues”, *Cyberbullying From theory to intervention*, (Trijntje Völlink, Francine Dehue, Conor Mc Guckin ed.), Routledge, 2016, s. 18.

³⁵ Protokol, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 25 Mayıs 2000 tarih ve A/RES/54/263 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve imzaya açılmıştır. 14. madde uyarınca, 18 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Protokol'ü 8 Eylül 2000 tarihinde imzalamıştır. Protokol'ün onaylanmasının uygun bulunduğuna ilişkin 9 Mayıs 2002 tarih ve 4755 sayılı Kanun, 14 Mayıs 2002 tarih ve 24755 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Protokol'ün onaylanmasını ilişkin 28 Mayıs 2002 tarih ve 2002/4241 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ve resmi Türkçe çeviri, 28 Haziran 2002 tarih ve 24799 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 19 Ağustos 2002 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve Protokol, Türkiye bakımından 19 Eylül 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Müstehcen içeriklerin öznesi olmak dışında bu tür içeriklere maruz kalmak da çocukların güvenlik hakkını ihlal edebilir. Çocuklar bu tür içeriklere genellikle dijital oyunlar, video platformları veya sosyal medya kullanımı yoluyla maruz kalabilmektedirler. Özellikle filtreleme ve denetim mekanizmalarının yetersiz olduğu durumlarda çocukların bu tür materyallere maruz kalma riski artmaktadır³⁶.

Dijital ortamda çocuğun güvenlik hakkını ihlal edebilecek haller, değerler ya da inançlarla da ilgili olabilir. Bu bağlamda nefret söylemi, satanizm veya madde kullanımına özendirici nitelikte içeriklere maruz kalma, başkaları tarafından çocuğun kendine zarar vermesinin özendirilmesi veya bizzat çocuğun başkalarını bu nitelikte davranışlara özendirilmesi bu hallere birer örnek teşkil eder³⁷.

C. DİJİTAL ORTAMDA ÇOCUKLARIN BİLGİYE ERİŞİM HAKKI

1. Hakkın Tanımı ve Kapsamı

Çocukların bilgiye erişim hakkı, onların bireysel gelişimlerini, eğitime katılımlarını ve toplumsal hayatta etkin bir şekilde yer almalarını destekleyen temel haklardan biridir. Çocukların yalnızca bilgiye erişme imkânına sahip olmalarını değil, aynı zamanda bu bilgilerin güvenilir, doğru ve yaşlarına uygun bir biçimde sunulmasını da kapsayan bu hakkın gereği gibi korunmadığı haller, çocuklar için fırsat eşitsizliklerinin genişlemesine ve yaygınlaşmasına katkıda bulunmakta, en dezavantajlı durumda olanları daha da kötü duruma düşürmekte ve nesiller arası yoksulluk döngülerini körüklemektedir³⁸.

Çocukların bilgiye erişim hakkı, ÇHS'nin 17. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre; "Taraf Devletler, kitle iletişim araçlarının önemini kabul ederek çocuğun, özellikle toplumsal, ruhsal ve ahlaki esenliği ile bedensel ve zihinsel sağlığını geliştirmeye yönelik çeşitli ulusal ve uluslararası kaynaklardan bilgi ve belge edinmesini sağlamakla" yükümlüdürler. Bu madde, özellikle kitle iletişim

³⁶ Livinstone; Haddon, s. 10.

³⁷ Livinstone; Haddon, s. 10.

³⁸ Children In a Digital World-The State of the World's Children, UNICEF, 2017, s. 60, https://www.unicef.org/media/48581/file/SOWC_2017_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 14.09.2024).

araçlarının doğru ve uygun bilgiler sunmasını teşvik ederken, çocukların zarar verici içeriklerden korunması gerekliliğinin de altını çizmektedir.

Bilgiye erişim hakkının dijital çağda çocuklar için önemi 25 No'lu Genel Yorumda da vurgulanmıştır. Buna göre Taraf Devletler, çocukların bilgiye erişim hakkının desteklenmesi için dijital okuryazarlığın teşviki³⁹ ve zararlı içeriklerden korunma tedbirlerinin alınması yükümlülüğü altındadır⁴⁰.

2. Dijital Ortamda Çocukların Bilgiye Erişim Hakkını İhlal Edebilecek Haller

Dijital ortamda çocukların bilgiye erişim hakkını ihlal edebilecek hallerin başında dijital eşitsizlik gelir. Dijital eşitsizlik kavramı, dijital teknolojilere erişim ve kullanımı hususunda bireyler ve topluluklar arasındaki farklılıkları ifade etmektedir.⁴¹ Bu eşitsizlikler özellikle çocuklar açısından yalnızca bilgiye erişim hakkını değil, eğitim, katılım ve fırsat eşitliği gibi diğer temel hakları da olumsuz etkilemektedir.⁴²

Dijital eşitsizliğin en belirgin yönlerinden biri, dijital yoksulluk olarak da ifade edilen, dijital cihazlara ve internete erişimindeki farklılıklardır⁴³. Gelişmiş ülkelerde birçok çocuk, hızlı internet bağlantısına ve modern cihazlara kolayca erişebilirken, düşük gelirli ülkelerde ve yoksul topluluklarda yaşayan çocuklar bu olanaklardan büyük ölçüde yoksundur⁴⁴. Bu durum, çocukların eğitime, çevrimiçi bilgilere ve dijital öğrenme araçlarına erişimini kısıtlayarak, onların

³⁹ CRC/C/GC/25, para. 51.

⁴⁰ CRC/C/GC/25, para. 52.

⁴¹ Koss, Fabian A.: "Children Falling into the Digital Divide", Journal of International Affairs, Vol. 55, No. 1, Children: Challenges and Prospects for the New Millennium, Fall 2001, s. 79.

⁴² Holmarsdottir, Halla: "The Digital Divide: Understanding Vulnerability and Risk in Children and Young People's Everyday Digital Lives", Understanding The Everyday Digital Lives of Children and Young People, Halla Holmarsdottir · Idunn Seland · Christer Hyggen · Maria Roth, Palgrave Macmillan, 2024, s. 59.

⁴³ Assadi, Mira: "Yeni Bir Eşitsizlik Biçimi Olarak Dijital Yoksulluk", İstanbul Gelişim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 11 (1), Nisan 2024, s. 408.

⁴⁴ Heeks, Richard: "Digital inequality beyond the digital divide: conceptualizing adverse digital incorporation in the global South", Information Technology for Development, Volume 28, 2022- Issue 4, s. 688.

bilgiye erişim hakkını ihlal eder. Bu durumun en çarpıcı örneğine COVID-19 pandemisi sırasında rastlanmıştır. Zira uzaktan eğitimin yaygınlaşması dijital eşitsizliğin etkileri daha belirgin hale getirmiş ve milyonlarca çocuk gerekli teknolojiye erişemediği için eğitim hakkından mahrum kalmıştır⁴⁵.

Dijital eşitsizlik, yalnızca teknolojik altyapıya erişimdeki eksikliklerden değil, aynı zamanda dijital okuryazarlık becerilerindeki farklılıklardan da kaynaklanır⁴⁶. Dijital teknolojilere erişimi olan birçok çocuğun, bu araçları etkin ve güvenli bir şekilde kullanma becerisine sahip olmamaları, özellikle kırsal alanlarda veya marjinal topluluklarda yaşayan çocukların dijital teknolojilerin faydalarından yararlanacak becerilerden yoksun kalması, onların eğitim fırsatlarına erişimini sınırlayarak, gelişme haklarının yanı sıra bilgiye erişim hakkını da ihlal eder.

Dijital ortamda çocukların bilgiye erişim hakkı, devletler tarafından erişime getirilen yasal veya politik engellerle de ihlal edilebilir⁴⁷. Bu tür engellerin kasıtlı sansür uygulamalarından veya dolaylı yollardan kaynaklanması mümkündür. Örneğin, belirli bilgi kaynaklarına veya web sitelerine erişimin tamamen yasaklaması, çocukların özellikle eğitim ve kültürel gelişimlerini destekleyecek kaynaklardan mahrum kalmalarına yol açabilmekte onların bilgiye erişim hakları ile birlikte ifade özgürlüğü ve kendilerini geliştirme haklarının da ihlaline neden olmaktadır. Öte yandan, dijital gözetim politikaları veya kişisel verilerin korunmasına ilişkin yasal eksiklikler nedeniyle çocukların dijital ortamda kendilerini güvende hissetmedikleri için bilgiye erişimden kaçınması hali dolaylı yoldan bilgiye erişim hakkının ihlaline örnek teşkil eder⁴⁸.

Dijital ortamda çocukların bilgiye erişim hakkını ihlal edebilecek nitelikte bir diğer hal, yaş sınırlamaları ve içerik filtreleme politikalarının

⁴⁵ Holmarsdottir, s. 64.

⁴⁶ Kaya, Elif: “Toplumsal Eşitsizlik ve Dijital Okuryazarlık: Lise Öğrencileri Üzerine Bir Alan Araştırması”, Kritik İletişim Çalışmaları Dergisi, 2021, s. 34.

⁴⁷ A/HRC/38/35: Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 06.04.2018, para. 13-15 ve 17-19, <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3835-report-special-rapporteur-promotion-and-protection-right-freedom> (Erişim Tarihi, 14.09.2024).

⁴⁸ Livingstone, Sonia; Third, Amanda: “Children and young people’s rights in the digital age: An emerging agenda”, New Media & Society, Vol. 19(5), 2017, s. 666.

yanlış uygulanmasıdır⁴⁹. Çocukları zararlı içeriklerden koruma amacı taşıyan bu tür uygulamaların bazen faydalı veya eğitici içeriklere erişimi de kısıtlayabildikleri görülmektedir. Örneğin, belirli eğitim kaynaklarının, bilimsel verilerin veya sosyal içerikli platformların yanlışlıkla erişimden kaldırılması, çocukların bilgi edinme ve öğrenme fırsatlarını sınırlandırır. Bazı hallerde de dijital içerik sağlayıcılarının belirli içeriklerin bazı ülkelerde veya belirli bölgelerde erişilebilirliğini sınırlaması söz konusu olmaktadır. Bu tür kısıtlamalar, çocukların eğitimi veya gelişimi ile ilgili içeriklere ilişkin oldukları takdirde bilgiye erişim hakkının ihlali sonucunu doğurur.

Son olarak, devletlerin çocukların bilgiye erişim hakkını sağlayacak yeterli politikaları oluşturamaması veya mevcut düzenlemeleri etkili bir şekilde uygulayamaması, erişim hakkı bakımından önemli bir sorun teşkil eder. Örneğin, kırsal bölgelerde dijital altyapı eksikliği veya eğitim kurumlarında dijital okuryazarlık programlarının bulunmaması gibi yetersizliklerin doğrudan çocukların bilgiye erişim hakkının ihlaline sebep olması mümkündür⁵⁰.

D. DİJİTAL ORTAMDA MAHREMİYET, GÜVENLİK VE ERİŞİM HAKLARI ARASINDAKİ ÇATIŞMA

Dijital ortamda çocukların mahremiyet, güvenlik ve bilgiye erişim hakları arasında bu hakların doğası gereğince doğal bir çatışma bulunur. Özellikle yukarıda yer verdiğimiz, söz konusu hakların ihlaline neden olabilecek hallerin ortadan kaldırılmasına yönelik düzenlemeler bir diğer hakkın ihlaline yol açabilir. Mahremiyet, güvenlik ve bilgiye erişim hakları arasındaki bu karmaşık ilişki, hakların birbiriyle hangi hallerde çatıştığını ve bu çatışmaların kaynağının ortaya konmasını gerektirir.

Dijital ortamda çocukların güvenliğinin sağlanması için alınan kimi önlemler onların mahremiyet hakkının ihlal edilmesine sebep olabilecek niteliktedir. Örneğin, zararlı içeriklere veya siber zorbalığa karşı kullanılan dijital izleme teknolojileri, çocukların davranışlarının sürekli gözetim altında tutulmasına neden olabilir. Yine, ebeveyn

⁴⁹ Livingstone; Third, s. 663-664.

⁵⁰ Ay, Serhat; Kılıç, Taner: Coğrafi Dijital Uçurum: “Türkiye’de Dijital Dönüşümün Kentsel-Kırsal, Bölgesel ve Cinsiyet Eşitsizlikleri”, Coğrafya Dergisi, No: 46, 2023, s. 117.

kontrolü yazılımları veya GPS takibi gibi araçlar, çocukların fiziksel ve çevrimiçi güvenliğini artırmayı amaçlasa da onların mahremiyet haklarını zedeler. Benzer şekilde, sosyal medya platformlarında çocukların güvenliğini sağlamak için iletişimlerinin izlenmesi veya paylaşımlarına kısıtlamalar getirilmesi gibi uygulamalar çocukların mahremiyet hakkını ihlal eder⁵¹.

Dijital ortamda çocukların güvenlik ve bilgiye erişim hakları arasında da bir çatışma olduğundan bahsedilebilir. Özellikle çocukları zararlı içeriklerden korumak için uygulanan güvenlik politikaları, onların bilgiye erişimlerinin kısıtlanmasına neden olabilir⁵². Örneğin, zararlı içeriklerin engellenmesi amacıyla kullanılan filtreleme sistemleri, çocukların yaşlarına uygun eğitim kaynaklarına erişimini de sınırlayabilir. Bu durum, özellikle eğitim materyalleri gibi çocukların gelişimine doğrudan katkı sağlayan içeriklerin engellenmesiyle daha belirgin hale gelir. Ayrıca, bazı ülkelerde bilgiye erişimin coğrafi kısıtlamalar yoluyla düzenlenmesi, çocukların uluslararası bilgi ve kaynaklara ulaşma hakkını ihlal edebilir. Güvenlik gerekçesiyle getirilen bu tür kısıtlamalar, çocukların bilgiye erişim hakkını dolaylı olarak engelleyerek çocuklar arasındaki fırsat eşitsizliğinin artmasına da neden olur.

Dijital ortamda çocukların mahremiyet hakkının korunması için alınan önlemler onların bilgiye erişim hakkını sınırlayabilir. Örneğin, mahremiyetin korunması amacıyla sosyal medya ve dijital platformlarda uygulanan anonimlik veya sınırlı veri paylaşımı politikaları, kişiselleştirilmiş içeriklere ve eğitim materyallerine erişimi zorlaştırabilir. Ayrıca, çocukların yaşlarına uygun içeriklere erişimini sağlamak için kullanılan yaş doğrulama sistemleri, çocukların bilgiye erişimini kısıtlayarak dolaylı ayrımcılığa yol açabilir. Bu tür sistemler, güvenlik ve mahremiyet arasında bir denge kurmaya çalışırken erişim hakkını ihlal

⁵¹ Livingstone, Sonia; Stoilova, Mariya; Nandagiri, Rishita: (2019) Children's data and privacy online: Growing up in a digital age. An evidence review. London: London School of Economics and Political Science, s. 30, https://eprints.lse.ac.uk/101283/1/Livingstone_childrens_data_and_privacy_online_evidence_review_published.pdf (Erişim Tarihi, 14.09.2024).

⁵² Children In a Digital World-The State of the World's Children 2017, s. 89, https://www.unicef.org/media/48581/file/SOWC_2017_ENG.pdf (Erişim Tarihi, 18.09.2024).

etme riski taşır⁵³.

Dijital ortamda çocukların mahremiyet, güvenlik ve bilgiye erişim hakları arasında söz konusu olan çatışmaya, hakların kendi doğalarının yanı sıra bir takım yapısal ve politik faktörlerin sebep olması da mümkündür. Gerçekten de çocuk haklarının dijital ortamda korunmasına yönelik yetersiz mevzuat ve politikalar, haklar arasındaki dengeyi sağlayacak kapsamlı bir çerçevenin eksikliğiyle sonuçlanmakta bu da mahremiyet, güvenlik ve erişim hakları arasındaki çatışmanın derinleşmesine yol açmaktadır⁵⁴.

E. DİJİTAL ORTAMDA MAHREMİYET, GÜVENLİK VE ERİŞİM HAKLARI

ARASINDA DENGİNİN SAĞLANMASI

1. Dengenin Sağlanmasında Gözetilmesi Gereken İlkeler

Dijital ortamda çocukların mahremiyet, güvenlik ve bilgiye erişim hakları arasındaki dengenin sağlanması, bu üç temel hakkın çocuğun gelişiminde birbirini destekleyecek şekilde ele alınmasını gerektirir. Ancak yukarıda bahsi geçtiği üzere bu hakların doğası gereği birbirleriyle çatışabilecek olması, dijital ortamda çocukların üstün yararını önceleyen bir denge kurmak için kapsamlı ilkeler ve yaklaşımlar geliştirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Çocuğun üstün yararı ilkesi, dijital ortamda çocukların mahremiyet, güvenlik ve bilgiye erişim haklarının arasında bir denge sağlanabilmesi için temel bir rehber niteliğindedir⁵⁵. ÇHS'nin temel ilkelerinden biri olan bu ilke, çocukların fiziksel, zihinsel, duygusal ve sosyal refahının tüm karar ve uygulamalarda öncelikli olarak gözetilmesini zorunlu kılar⁵⁶. İlkenin özünde, çocukların gelişim halinde olan bireyler olduğu ve bu gelişim sürecinin özel bir korumayı

⁵³ Livingstone; Third, s. 663.

⁵⁴ Ay; Kılıç, s. 120.

⁵⁵ Hazar, Zeynep: "İnsan Hakları Çatışmalarının Çözümlemesinde Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin İşlevi: Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXVI, Y. 2022, s. 648.

⁵⁶ Freeman, s. 27.

gerektirdiği dűşüncesi yatar. Ancak ilke, sadece korumacı bir yaklaşımı değil, aynı zamanda çocukların özerkliğini ve katılım haklarını da gözeten bütüncül bir değerlendirmeyi gerektirir. Bu değerlendirme yapılırken, çocuğun yaşı ve olgunluk düzeyine göre değişen ihtiyaç ve kapasiteleri⁵⁷, her çocuğun kendine özgü koşulları ve hassasiyetleri⁵⁸, alınan kararların hem kısa hem de uzun vadeli etkileri⁵⁹ göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda örneğin, bir çocuğun güvenliği için mahremiyet hakkının sınırlandırılması gerekiyorsa, bu sınırlandırma ölçülü ve çocuğun uzun vadeli yararını gözeten bir çerçevede yapılmalıdır. Aynı şekilde, zararlı içeriklere karşı alınan güvenlik önlemlerinin çocukların bilgiye erişim hakkını tamamen engellemek yerine, onların yaşlarına uygun bilgi ve kaynaklara erişimini kolaylaştıracak şekilde düzenlenmesi zorunludur⁶⁰.

Dijital ortamda çocukların mahremiyet, güvenlik ve bilgiye erişim hakları arasındaki dengenin sağlanması çocuğun üstün yararı ilkesi ile birlikte başka bazı ilkelerin gözetilmesini de gerektirir. Bu bağlamda kapsayıcılık ilkesi, tüm çocukların eşit şekilde haklarından faydalanmasını sağlamayı amaçlar. Özellikle dijital erişim konusunda, engelli veya düşük gelirli ailelerden gelen çocuklar gibi dezavantajlı durumdaki çocukların haklarının korunması, bu ilkenin etkili bir şekilde uygulanmasını gerektirir⁶¹. Bu durum, yalnızca dijital cihazlara erişimle sınırlı kalmayıp, dijital okuryazarlık becerilerinin geliştirilmesini de kapsar. Eşitlik temelinde çocukların dijital ortamdaki haklarının güvence altına alınması, aynı zamanda sosyal eşitliğin güçlendirilmesine de katkı sağlar⁶².

Ölçülülük ilkesi ise, çocukların haklarını koruma adına alınan

⁵⁷ Çocuğun Yüksek Yararının Birinci Planda Dikkate Alınması Hakkında 14 (2013) Sayılı Genel Yorum, CRC/C/GC/14, https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/gc/crc_c_gc_14_eng.pdf, para. 48, (Erişim Tarihi: 01.10.2024).

⁵⁸ CRC/C/GC/14, para. 46-a.

⁵⁹ CRC/C/GC/14, para. 97.

⁶⁰ Uzun, Ruhdan: "Protecting Children from Harmful Content in New Media: An Ethical Approach", Etkileşim, Sayı 1, Yıl 1, 2018, s. 39-40.

⁶¹ CRC/C/GC/25, para. 11

⁶² CRC/C/GC/25, para. 50-52.

önlemlerin sınırlı ve orantılı olmasını ifade eder⁶³. Örneğin, çocukların güvenliğini artırmak amacıyla kullanılan izleme teknolojileri, yalnızca gerekli durumlarda uygulanmalı ve çocukların mahremiyet hakkını tamamen ihlal etmemelidir. Benzer şekilde, zararlı içerikleri engellemek için kullanılan filtreleme sistemlerinin, çocukların bilgiye erişimini sınırlandırmaması gereklidir. Bu tür önlemler, haklar arasında bir çatışma olduğunda, her bir hakkın korunma derecesini özenle değerlendiren bir yaklaşımı gerektirir⁶⁴.

Dijital ortamda çocukların katılımının sağlanması da dengeyin kurulmasında kritik bir rol oynar. Çocukların, kendi hakları ve dijital ortamla ilgili politikaların tasarım sürecine aktif olarak katılması, yalnızca onların görüşlerinin alınmasını değil, aynı zamanda bu görüşlerin dikkate alınarak somut eylemlere dönüştürülmesini gerektirir⁶⁵. Çocukların yaş ve olgunluk düzeyine göre görüşlerini ifade edebilmeleri ve bu görüşlerin, politika oluşturma süreçlerinde bir rehber olarak kullanılması, onların dijital dünyadaki haklarının etkin bir şekilde korunmasını sağlar.

2. 25 No'lu Genel Yorum Çerçevesinde Dengeyin Sağlanmasında Taraf Devletlerin Yükümlülükleri

25 No'lu Genel Yorum, dijital ortamda çocuk haklarının korunması ve bu haklar arasında bir dengeyin sağlanması konusunda taraf devletlerin üstlenmesi gereken yükümlülükleri ayrıntılı bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu yükümlülükler, çocukların mahremiyet, güvenlik ve bilgiye erişim haklarının eşit bir şekilde gözetilmesini hedeflerken, çocuğun üstün yararı ilkesinin uygulanmasını da merkezde tutar. Genel Yorum'un belirttiği üzere, Taraf Devletlerin yükümlülükleri

⁶³ CRC/C/GC/14, para. 6-15.

⁶⁴ Livingstone, Sandra; O'Neill, Brian: "Children's Rights Online: Challenges, Dilemmas and Emerging Directions", *Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online Child Safety*, (S. van der Hof, B. van den Berg, B. Schermer ed.), T.M.C. Asser Press, 2014, s. 28.

⁶⁵ Çocuğun Katılım Hakkı Hakkında 12 (2009) Sayılı Genel Yorum, CRC/C/GC/12,

<https://digitallibrary.un.org/record/671444?ln=en&v=pdf>, para. 12-15, (Erişim Tarihi: 01.10.2024).

düzenleyici⁶⁶, koruyucu, destekleyici⁶⁷ ve hesap verebilirlik⁶⁸ boyutlarını içeren kapsamlı bir çerçevede ele alınmalıdır.

25 No'lu Genel Yorum çerçevesinde Taraf Devletler, öncelikle çocukların dijital haklarının korunması için düzenleyici bir çerçeve oluşturmakla yükümlüdür. Genel Yorum'un

71. paragrafı, çocukların mahremiyet hakkının korunması amacıyla dijital platformlarda toplanan verilerin işlenmesi ve saklanmasında açık rıza alınmasını ve bu süreçlerin şeffaf bir şekilde yürütülmesini, çocukların kişisel bilgilerinin yasa dışı bir şekilde işlenmesi, paylaşılması veya saklanması durumunda etkin yasal yollar sunulmasını zorunlu kılar⁶⁹.

İkinci olarak Taraf Devletler, çocukların çevrimiçi tehditlere karşı korunmasını sağlamak amacıyla etkili koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, Genel Yorum'un 82. paragrafında, çocukların dijital ortamda cinsel istismar, siber zorbalık ve şiddet içeren içeriklere maruz kalmasının önlenmesi için gerekli yasal ve teknik önlemlerin alınması gerektiği şeklinde ifade edilmiştir. Örneğin, devletlerin dijital hizmet sağlayıcılarını zararlı içeriklerin tespit edilmesi ve kaldırılması konusunda sorumlu tutacak düzenlemeler yapması gerekmektedir. Bununla birlikte, bu tür koruyucu önlemler mahremiyet hakkını ihlal etmemeli ve çocukların davranışlarının gereksiz şekilde izlenmesini engelleyecek ölçülü yaklaşımlar benimsenmelidir⁷⁰.

Taraf devletler ayrıca çocukların bilgiye erişim hakkını destekleyici politikalar geliştirmekle de yükümlüdür. Genel Yorum'un 101. paragrafında, dijital eşitsizliğin giderilmesi için devletlerin kamuya açık alanlarda ücretsiz internet erişimi sağlamaları, okullarda dijital teknolojilere yatırım yapmaları ve dezavantajlı grupların dijital ortama erişimini kolaylaştıracak mekanizmalar geliştirmeleri gerektiği ifade edilmiştir⁷¹.

⁶⁶ CRC/C/GC/25, para, 11.

⁶⁷ CRC/C/GC/25, para, 17-20.

⁶⁸ CRC/C/GC/25, para, 47-50.

⁶⁹ CRC/C/GC/25, para, 71.

⁷⁰ CRC/C/GC/25, para, 82.

⁷¹ CRC/C/GC/25, para, 101.

Genel Yorum, çocukların dijital ortamdaki katılım haklarını desteklemenin de Taraf Devletlerin önemli bir yükümlülüğü olduğunu vurgular. Genel Yorum'un 17. paragrafına göre, çocukların dijital haklarla ilgili politika ve düzenlemelerin tasarımına aktif olarak dahil edilmesi sağlanmalıdır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi, çocukların görüşlerini ifade etmelerini teşvik etmekle kalmaz, aynı zamanda onların yaşlarına ve olgunluklarına uygun şekilde bu görüşlerin politika yapım süreçlerinde dikkate alınmasını sağlar⁷².

Söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmesi hususunda hesap verebilirliğin sağlanması, devletlerin dijital ortamda çocuk haklarının korunması konusundaki etkinliğini değerlendirmek için temel bir yükümlülüktür. Genel Yorum'un 31. paragrafında, Taraf Devletlerin politika ve uygulamalarının etkilerini düzenli olarak raporlaması ve şeffaf bir izleme mekanizması oluşturması gerektiği belirtilmiştir. Örneğin, devletler, çocukların çevrimiçi deneyimlerini olumsuz etkileyen içeriklerin yayılmasını önlemeye yönelik yürürlüğe konulan yasal düzenlemelerin etkilerini izlemeli ve elde edilen bulguları kamuoyu ile paylaşmalıdır. Teknoloji şirketlerinin çocuk haklarına uygun davranıp davranmadığını değerlendirmek için bağımsız denetim mekanizmaları kurulması da bu yükümlülüğün bir parçasıdır⁷³.

Son olarak, taraf devletler, ebeveynler, öğretmenler ve çocuklar için dijital haklar konusunda farkındalığı artırmayı hedefleyen eğitim programları geliştirmekle yükümlüdür. Genel Yorum'un 32. paragrafında, bu tür eğitimlerin, çocukların dijital ortamda güvenliğini sağlamalarına ve kendi haklarını savunmalarına yardımcı olacağı ifade edilmiştir. Bu bağlamda okullarda dijital okuryazarlık derslerinin müfredata eklenerek çocukların çevrimiçi riskler hakkında bilinçlendirilmesi, ebeveynlere yönelik programlarla çocukların dijital faaliyetlerini nasıl destekleyecekleri ve olası tehditlere karşı nasıl koruyacakları konusunda bilgi verilmesi gibi faaliyetler bu yükümlülük kapsamında değerlendirilir⁷⁴.

3. 25 No'lu Genel Yorum Çerçevesinde Dengenin Sağlanmasında Diğer Paydaşların Yükümlülükleri

⁷² CRC/C/GC/25, para, 17.

⁷³ CRC/C/GC/25, para, 31.

⁷⁴ CRC/C/GC/25, para, 32.

25 No’lu Genel Yorum, özellikle dijital hizmet sağlayıcıları, sosyal medya platformları, oyun geliştiricileri ve internet servis sağlayıcıları gibi özel sektör paydaşlarının çocuk haklarına ilişkin önemli sorumluluklar taşıdığını belirtmektedir. Genel Yorum’un 39. paragrafı, özel sektörün, çocukların güvenliğini ve mahremiyetini koruyacak şekilde ürün ve hizmet tasarlaması gerektiğini açıkça ifade etmektedir. Bu kapsamda, çocuklara yönelik platformların varsayılan gizlilik ayarlarının en yüksek seviyede olması, reklam ve veri toplama politikalarının çocuk dostu şekilde düzenlenmesi gerekmektedir⁷⁵. Ayrıca, 80. paragraf, özel sektörün çocukları zararlı içeriklerden ve çevrimiçi istismardan korumak için etkili önlemler almasını zorunlu kılmaktadır⁷⁶. Bu bağlamda örneğin, yapay zekâ tabanlı içerik filtreleme teknolojilerinin geliştirilmesi ve çocukların korunmasına yönelik iç politikaların oluşturulması bu yükümlülüklerin bir parçası olarak kabul edilebilir.

Genel Yorum, uluslararası kuruluşların da çocuk haklarının korunması konusundaki önemli rolüne dikkat çeker. Genel Yorum’un 124. paragrafı, uluslararası kuruluşların devletlere teknik destek sağlamak, iyi uygulama örneklerini paylaşmak ve sınır ötesi iş birliği mekanizmalarını geliştirmekle sorumlu olduğunu belirtir. Özellikle, çocukların çevrimiçi cinsel istismar gibi uluslararası suçlardan korunması için devletler arasında etkili bilgi paylaşımı ve koordinasyon sağlanması gerektiği vurgulanmaktadır. Ayrıca, uluslararası kuruluşlar, dijital ortamda çocuk haklarına ilişkin normların ve standartların geliştirilmesine katkıda bulunmalıdır⁷⁷.

Sivil toplum kuruluşları da çocukların haklarını savunmak, politika oluşturma süreçlerine katkıda bulunmak ve dijital ortamda çocukların karşılaştığı riskleri izlemek gibi çeşitli roller üstlenmekle yükümlüdür. Bu kuruluşların özellikle dezavantajlı durumdaki çocukların seslerini duyurmak ve bu çocukların haklarının korunmasını sağlamak için çalışması gerektiği Genel Yorum’un 34. paragrafında belirtilmiştir⁷⁸.

⁷⁵ CRC/C/GC/25, para, 39.

⁷⁶ CRC/C/GC/25, para, 80.

⁷⁷ CRC/C/GC/25, para, 124.

⁷⁸ CRC/C/GC/25, para, 34.

Genel Yorum, çocukların dijital ortamda güvenliğini ve mahremiyetini sağlamada ebeveynlerin ve bakım verenlerin oynadığı kritik role de vurgu yapar. Genel Yorum'un 84. paragrafı, ebeveynlerin çocukların dijital teknolojileri güvenli ve bilinçli bir şekilde kullanmalarını teşvik etmesi gerektiğini belirtir. Bu gereklilik, çocukların dijital okuryazarlık kazanması, çevrimiçi risklerin farkında olması ve ihtiyaç duyduklarında yardım isteyebilmeleri için bir destek sistemi oluşturmayı da içerir⁷⁹.

SONUÇ

Çocukların dijital ortamda sahip oldukları mahremiyet, güvenlik ve bilgiye erişim hakları, onların hem bireysel gelişimlerini destekleyen hem de onları dijital dünyanın çeşitli tehditlerinden koruyan temel haklardır. Gerek ÇHS'nde gerekse Çocuk Hakları Komitesi'nin

25 No'lu Genel Yorumu'nda düzenlenmiş olan bu hakların doğası gereği zaman zaman birbiriyle çatışması, hakların korunması sürecinde çok boyutlu bir yaklaşım benimsenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda, 25 No'lu Genel Yorum oldukça ayrıntılı düzenlemeler içerir. Genel Yorum'da da belirtildiği üzere ÇHS'nin temel ilkelerinden biri olan çocuğun üstün yararı ilkesi, dijital ortamda çocuk haklarının dengelenmesi için bir rehber niteliğindedir.

Çocukların fiziksel, zihinsel, duygusal ve sosyal refahını merkeze alan bir yaklaşımla, dijital dünyadaki hak çatışmalarının çözümünde temel bir referans noktası olan çocuğun üstün yararı ilkesi, yalnızca haklar arasındaki dengeyi sağlamak için bir yorum rehberi sunmakla kalmaz, aynı zamanda devletlere ve diğer paydaşlara çocukların refahını gözetmen somut düzenlemeler yapma yükümlülüğü getirir. Örneğin, bir çocuğun güvenliği için mahremiyet hakkının sınırlandırılması gerekiyorsa, bu sınırlandırmanın ölçülü, sınırlı ve çocuğun uzun vadeli yararını gözetecek şekilde tasarlanması gerekmektedir. Benzer şekilde, zararlı içeriklere karşı geliştirilen güvenlik önlemleri, çocukların bilgiye erişim hakkını tamamen kısıtlamamalı aksine, yaşlarına uygun bilgi ve kaynaklara erişimlerini kolaylaştıracak nitelikte olmalıdır.

Taraf devletlerin çocukların mahremiyet, güvenlik ve bilgiye erişim haklarının sağlanması ile ilgili yükümlülüğü yalnızca hukuki

⁷⁹ CRC/C/GC/25, para, 84.

düzenlemelerin yapılmasıyla da sınırlı değildir. Devletler ayrıca, çocukların dijital ortamda haklarını etkili bir şekilde kullanabilmeleri için eğitici programlar aracılığıyla dijital okuryazarlık becerilerinin artırılması, görüşlerini ifade edebilmeleri için dijital araçlara erişimlerinin desteklenmesi veya bu görüşlerin düzenleme yapım süreçlerine dahil edilmesi gibi konuları kapsayan sürdürülebilir politikalar geliştirilmesi yükümlülüğü altındadır.

Öte yandan dijital ortamda mahremiyet, güvenlik ve bilgiye erişim haklarının korunması devletlerin yanı sıra özel sektör, uluslararası kuruluşlar, sivil toplum örgütleri, ebeveynler ve akademik çevrelerin de sorumluluğundadır. 25 No'lu Genel Yorum, özellikle teknoloji şirketlerine, dijital platformlara ve hizmet sağlayıcılara, çocukların haklarını koruyacak şekilde ürün ve hizmet tasarlama yükümlülüğü getirmiştir. Varsayılan gizlilik ayarlarının en üst seviyede olması, reklam ve veri işleme politikalarının çocuk dostu bir yaklaşımla yeniden düzenlenmesi gibi tedbirler, özel sektörün bu bağlamdaki yükümlülüklerinin başlıca örneklerindedir. Uluslararası kuruluşların ise taraf devletlere teknik destek sağlamak, sınır ötesi iş birliği mekanizmalarını geliştirmek ve çocuk haklarını koruyacak normların oluşturulmasına katkıda bulunmak gibi önemli roller üstlenmeleri beklenmektedir.

Sonuç olarak, dijital dünyada çocukların mahremiyet, güvenlik ve bilgiye erişim haklarının arasında bir denge sağlanması suretiyle korunması, bu hakların sınırlarını ve toplumsal sorumlulukları dengeleyen bir yaklaşımla, çocuğun üstün yararı ilkesi gözetilerek, birbirlerini tamamen ortadan kaldırmalarına mahal vermeden hassas bir biçimde ele alınması ve bu süreçte kapsayıcı, katılımcı, ölçülü ve hesap verilebilir bir yaklaşım benimsenmesini gerektirmektedir. Bunun sağlanması, geleceğimiz olan çocukların bugünkü maddi ve manevi bütünlüklerinin korunması ile birlikte gelecekte güçlü, bağımsız ve bilinçli bir toplum yaratılması bakımından önemlidir.

KAYNAKÇA

Akyüz, Emine: *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması*, 2. Baskı, Pegem Akademi, 2012.

Assadi, Mira: “Yeni Bir Eşitsizlik Biçimi Olarak Dijital Yoksulluk”, *İstanbul Gelişim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 11 (1), Nisan 2024, ss. 407-421.

Ay, Serhat; Kılıç, Taner: Coğrafi Dijital Uçurum: “Türkiye’de Dijital Dönüşümün Kentsel- Kırsal, Bölgesel ve Cinsiyet Eşitsizlikleri”, *Coğrafya Dergisi*, No: 46, 2023, ss. 111-122.

Becker, Jo: “The Evolution of the Children’s Rights Movement”, *The Oxford Handbook of Children’s Rights Law*, (Jonathan Todres, M. King Shani ed.), Oxford University Press, 2020, s. 34.

Blum-Ross, Alicia; Livingstone, Sonia: “Sharenting,” parent blogging, and the boundaries of the digital age”, *Popular Communication*, Vol. 15, No. 2, 2017, ss. 110-125.

Diggelmann, Oliver; Cleis, Marie Nichole: “How the Right to Privacy Became a Human Right”, *Human Rights Law Review*, 2014, 14, ss. 441–458.

Eekelaar, John; Tobin, John: “Article 3 The Best Interests of the Child”, *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, (John Tobin ed.), Oxford University Press, 2019.

Freeman, Michael: “A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 3: The Best Interests of the Child”, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, (Ton Liefaard; Julia Sloth-Nielsen ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

Hammarberg, Thomas: “The UN Convention on the Rights of the Child--And How to Make It Work”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 12, No. 1, 1990, s. 98.

Hazar, Zeynep: “İnsan Hakları Çatışmalarının Çözümlemesinde Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin İşlevi: Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXVI, Y. 2022, ss. 647-684.

Heeks, Richard: “Digital inequality beyond the digital divide: conceptualizing adverse digital incorporation in the global South”, *Information Technology for Development*, Volume 28, 2022- Issue 4, ss. 688-704.

Hodgkin, Rachel; Newell, Peter: *Implementation Handbook For The Convention on The Rights of The Child*, Fully Revised Third Edition, United Nations Children’s Fund, 2007.

Holmarsdottir, Halla: “The Digital Divide: Understanding Vulnerability and Risk in Children and Young People’s Everyday Digital Lives”, *Understanding The Everyday Digital Lives of Children and Young People*, (Halla Holmarsdottir, Idunn Seland, Christer Hyggen, Maria Roth ed.), Palgrave Macmillan, 2024, ss. 57-83.

İpek, Aydın: “Çocuk Haklarının Gelişimi ve Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Açıdan Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 1, 2012, ss.151-173. **Kaya, Elif:** “Toplumsal Eşitsizlik ve Dijital Okuryazarlık: Lise Öğrencileri Üzerine Bir Alan Araştırması”, *Kritik İletişim Çalışmaları Dergisi*, 2021, ss. 32-69.

Kilkelly, Ursula: “The UN Convention On The Rights Of The Child: Incremental and Transformative Approaches To Legal Implementation”, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 23, 2019, ss. 323-337.

Koss, Fabian A.: “Children Falling into the Digital Divide”, *Journal of International Affairs*, Vol. 55, No. 1, *Children: Challenges and Prospects for the New Millennium* (Fall 2001), ss. 75-90.

Livingstone, Sonia; Haddon, Leslie: *EU Kids Online: Final Report*, 2009.

Livingstone, Sandra; O’Neill, Brian: “Children’s Rights Online: Challenges, Dilemmas and Emerging Directions”, *Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online Child Safety*, (S. van der Hof, B. van den Berg, B. Schermer ed.), T.M.C. Asser Press, 2014,

Livingstone, Sonia; Stoilova, Mariya; Nandagiri, Rishita: *Children’s Data and Privacy Online: Growing Up in a Digital Age. An Evidence Review*. London: London School of Economics and Political Science, 2019.

Livingstone, Sonia; Third, Amanda: “Children and Young People’s Rights in the Digital Age: An Emerging Agenda”, *New Media & Society*, Vol. 19(5), 2017, ss. 657–670.

Lundy, Laura; Bronagh Byrne: “The Four General Principles of the United Nations Convention on the Rights of the Child: The Potential

Value of the Approach in Other Areas of Human Rights Law”, *Children’s Rights Law in the Global Human Rights Landscape*, (Eva Brems, Ellen Desmet, Wouter Vandenhoele ed.), Routledge, 2017, ss. 52-71.

Marwick, Alice E.; Murgia-Diaz, Diego; Palfrey, John G.: *Youth, Privacy and Reputation (Literature Review)*. Berkman Center Research Publication No. 2010-5, Harvard Public Law Working Paper No. 10-29.

Menesini, Ersilia; Nocentini, Annalaura; Palladino, Benedetta Emanuela: “Cyberbullying: Conceptual, Theoretical and Methodological Issues”, *Cyberbullying From Theory to Intervention*, (Trijntje Völlink, Francine Dehue, Conor Mc Guckin ed.), Routledge, 2016.

Nissenbaum, Helen: *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford University Press, 2010.

Parker, Stephen: “The Best Interests of the Child-Principles and Problems”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, No. 1, April 1994.

Smith, P. K., Mahdavi, J., Carvalho, M., Fisher, S., Russell, S. N., & Tippett, N.: “Cyberbullying: Its Nature and Impact in Secondary School Pupils”, *Journal of Child Psychology & Psychiatry*, 49, 2008, ss. 376-385.

Solove, Daniel J.: “Conceptualizing Privacy”, *California Law Review*, Vol. 90, No. 4, 2002, ss. 1087-1155.

Steinberg, Stacey B.: “Sharenting: Children's Privacy in the Age of Social Media”, *Emory Law Journal*, Vol. 66, Issue 4, 2017, ss. 839-883.

Third, Amanda; Livingstone, Sonia; Landsdown, Gerison: “Recognizing Children’s Rights in Relation to Digital Technologies: Challenges of Voice and Evidence, Principle and Practice”, *Research Handbook on Human Rights and Digital Technology*, (Ben Wagner, Matthias C. Kettemann, Kilian Vieth ed.), Edward Elgar Publishing, 2019.

Uzun, Ruhdan: “Protecting Children from Harmful Content in New Media: An Ethical Approach”, *Etkileşim*, Sayı 1, Yıl 1, 2018, ss. 30-43.

Zorluoğlu Yılmaz, Ayça: “Sharenting ve Velayet Hakkının Sınırları”, *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, ss. 3383-3417.

Belgeler ve İnternet Kaynakları

A/HRC/38/35: Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 06.04.2018, <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3835-report-special-rapporteur-promotion-andprotection-right-freedom> (Erişim Tarihi, 14.09.2024).

Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi, <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm> (Erişim Tarihi: 10.09.2024).

Children In a Digital World-The State of the World’s Children 2017. https://www.unicef.org/media/48581/file/SOWC_2017_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 15.09.2024). Child Safety Online Global Challenges and Strategies, UNICEF, 2011. <https://www.unicef.cn/en/media/6631/file/Child%20Safety%20Online%20%20Global%20challenges%20and%20strategies.pdf> (Erişim Tarihi: 14.09.2024).

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi, https://kdkcocuk.gov.tr/anasayfa/contents/files/YasalDuzenlemeler/BM_cocuk_Haklari_Bildirisi.pdf (Erişim Tarihi: 10.09.2024).

Çocuğun Katılım Hakkı Hakkında 12 (2009) Sayılı Genel Yorum, CRC/C/GC/12, <https://digitallibrary.un.org/record/671444?ln=en&v=pdf> (Erişim Tarihi: 01.10.2024). Çocuğun Yüksek Yararının Birinci Planda Dikkate Alınması Hakkında 14 (2013) Sayılı Genel Yorum, CRC/C/GC/14, https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/gc/crc_c_gc_14_eng.pdf. (Erişim Tarihi: 01.10.2024).

Dijital Ortama İlişkin Çocuk Hakları Hakkında 25 (2021) Sayılı Genel Yorum, CRC/C/GC/25, <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2021-childrens-rights-relation> (Erişim Tarihi: 11.09.2024).

KÜRTAJA LIBERTERYEN BİR BAKIŞ: BLOCK VS. WISNIEWSKI

Araştırma Makalesi

Gözdenur ÖZDEMİR*
Dilara Buket DİDİN**

ÖZET

Kürtaj, gebeliğin, kadının sağlığını tehdit eden bir durum nedeniyle sonlanması veya böyle bir tehlike olmasa dahi kadının isteğiyle sonlandırılmasını ifade etmektedir. Bu uygulama, fetüsün yaşamı ile kadının özgürlüğünü karşı karşıya getirmekte ve hukuki, ahlaki, siyasi, ekonomik, sosyolojik, dini pek çok alanda tartışmalara yol açmaktadır. Tartışmalar temel olarak kürtajı destekleyen seçim yanlıları ile fetüsü önceleyen yaşam yanlıları arasında gerçekleşmektedir. Zamanla bu iki tarafın arasını bulmaya çalışan ayrılıkçılık ve tahliyecilik gibi görüşler ortaya çıkmıştır. Makalede kürtaj, bireylerin başkalarına zarar vermemek kaydıyla özgürce yaşayabilmelerini düstur edinen bir siyaset felsefesi olan liberteryenizm perspektifinden incelenmiştir. Makalenin ilk başlığında kürtaj ve liberteryenizm temel hatlarıyla ele alınmakta ve liberteryen düşünce içerisindeki kürtaj yaklaşımları sunulmaktadır. Makalenin ikinci başlığında ise kürtaj üzerine yıllar süren fikri tartışmalara imza atan iki liberteryen düşünür olan Walter E. Block ve Jakub B. Wisniewski'nin liberteryen öz mülkiyet ve saldırmazlık ilkeleri eksenindeki argümanları

* **Arş. Gör.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD, **ORCID ID:** 0009-0003-7048-6886, **e-posta:** gozdenur.ozdemir@hbv.edu.tr

** **Dr. Öğr. Üyesi**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD, **ORCID ID:** 0000-0001-9147-4241, **e-posta:** dilara.tatar@hbv.edu.tr, **DOI:** 10.69958/ihy.1564810

Makalenin Geliş Tarihi: 10.10.2024

Makalenin Kabul Tarihi: 24.11.2024

aktarılmaktadır. Tartışmalarda Block'un tahliyeciliği, Wisniewski'nin ise yaşam yanlısı görüşü benimsediği görülmektedir. Bu makalede, kürtaj uygulamaları Block ve Wisniewski arasındaki tartışmalar temelinde liberteryen bir pespektiften ele alınmakta ve böylelikle kürtaj tartışmalarına farklı bir boyut kazandırılarak literatüre katkı sağlanması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kürtaj, Liberteryenizm, Tahliyecilik, Walter E. Block, Jakub B. Wisniewski.

A Libertarian Perspective on Abortion: Block vs. Wisniewski

ABSTRACT

Abortion refers to the termination of pregnancy due to a situation that threatens a woman's health or the voluntary termination of pregnancy even if there is no such danger. This practice pits the life of the fetus against the freedom of the woman and has led to debates in many legal, moral, political, economic, sociological, and religious fields. The debates mainly revolve around pro-choicers who support abortion and pro-lifers who prioritize the fetus. Over time, views such as departurism and evictionism have emerged to try to find a middle ground between these two poles. In this article, abortion is analyzed from the perspective of libertarianism, a political philosophy that holds that individuals can live freely if they do not harm others. In the first chapter of the article, abortion and libertarianism are discussed in basic terms, and abortion approaches within libertarian thought are presented. The second chapter presents the arguments of Walter E. Block and Jakub B. Wisniewski, two libertarian thinkers who have engaged in years of intellectual debate on abortion, on the axioms of libertarian self-ownership and non-aggression. In the debates, it is seen that Block adopts evictionism while Wisniewski adopts the pro-life view. In this article, abortion practices are analyzed from a libertarian perspective based on the debates between Block and Wisniewski, and thus, it is aimed to contribute to the literature by providing a different dimension to the abortion debates.

Keywords: *Abortion, Libertarianism, Evictionism, Walter E. Block, Jakub B. Wisniewski.*

GİRİŞ

Kürtaj, gebeliğin istemsiz veya isteğe bağlı olarak sonlanmasını veya sonlandırılmasını ifade eden tıbbî bir uygulamadır. Türk hukuk literatüründe “gebeliğin sonlandırılması” veya “rahim tahliyesi” olarak da isimlendirilen kürtaj, kadının kendi bedeni üzerindeki mülkiyet hakkı ile fetüsün yaşamını karşı karşıya getirdiği için oldukça tartışmalı konulardan biridir. Bu tıbbi uygulama hem ülkemizde hem de dünyada pek çok farklı perspektiften incelenmiş ve hukuki olarak farklı düzenlemelerin konusu olmuştur¹. Makalede kürtaj iki liberteryen düşünür olan Walter E. Block (1941-) ve Jakub B. Wisniewski'nin (1977-) çeşitli analogilere dayanarak sundukları karşılıklı fikri tartışmalar üzerinden incelenmiştir.

Makalenin konusu olarak bu iki liberteryen düşünür arasındaki tartışmaların seçilmesinin iki sebebi vardır. Öncelikle liberteryen düşünürler arasında hemen hemen her konuda uzlaşma olduğu bir yanılsama göze çarpmaktadır. Oysa diğer birçok düşünce sisteminde olduğu gibi liberteryenizmde de birçok konuda uzlaşma sağlanamamıştır². Bunun sebebi olarak liberteryen düşünürlerin çoğu zaman farklı ilkelere yola çıkmaları gösterilebilir. Ancak bizce liberteryen düşüncenin zenginliğini en açık şekilde gözler önüne seren, aynı ilkelere hareket edip tamamen farklı sonuçlara ulaşılan tartışmalardır. İşte Block ve Wisniewski'nin kürtaj konusunda uzun yıllar yürüttükleri tartışma bu nevidendir. Keza bu tartışma, liberteryenizmin içerisinden çıkabilecek fikirlerin çeşitliliğini ve zenginliğini gözler önüne sermektedir. Ayrıca iki düşünür arasındaki tartışma metodolojik olarak da önem arz etmektedir. İkisi de makalelerinde çeşitli analogilerden yararlanmışlardır. Bu ise kürtaj gibi oldukça çetrefilli bir konunun anlaşılmasını kolaylaştırmıştır. 1977 yılında

¹ Türk literatüründeki güncel çalışmalardan bazıları için bkz. İlalı, Helin Rojda: “Kadının Menfaati Bakımından Rahim Tahliyesi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2020, 671-694; Sabancılar Eren, Sıla: “Toplumsal Cinsiyet, Kadın Bedeni ve Kürtaj Hakkı Üzerine Bir Değerlendirme”, Atatürk Üniversitesi Kadın Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 2, 2021, 89-101; Şentürk Tur, Melike: “Kadının Üreme ve Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Çerçevesinde Gebeliğin Sonlandırılmasında Yasal Sürelerin Başlangıcı”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3, 2023, 383-414; Yılmazbilek, Merve: “Gönüllü Çocuksuzluk ve Kürtaj Tartışmalarına Feminist Bakış”, Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi, C. 6, S. 1, 2022, 201-213.

² Örneğin bu konulardan biri fikri mülkiyettir. Bkz. Didin, Dilara Buket: “Fikri Mülkiyete Liberteryen Bakış: Deontolojik ve Sonuçsalcı Yaklaşımlar”, Liberal Düşünce Dergisi, S. 114, 2024, 21-44.

Block, *Toward a Libertarian Theory of Abortion* başlıklı makalesinde tahliyecilik görüşünü ortaya atmış ve uzunca bir süre kürtaj meselesi üzerine çok sayıda makale yazmıştır. Wisniewski'nin 2010 yılında Block'a cevaben yazdığı *A Critique of Block on Abortion and Child Abandonment* başlıklı makale ise ikilinin arasında uzun yıllar sürecek olan bir argümantasyon sürecinin ateşleyicisi olmuştur. İki liberteryen düşünür arasındaki tartışmalar ağırlıklı *öz mülkiyet* ve *saldırmazlık* ilkesi etrafında şekillenmiştir. Bu ise hem tartışmanın açıklığını sağlamış hem de liberteryenizmin temel düsturlarının somutlaştırılmasına hizmet etmiştir.

Makalenin “Terminoloji ve Tanım” başlıklı birinci bölümünde, merceğe tutulan iki kavram olan “kürtaj” ve “liberteryenizm”in terminolojisi ve makale kapsamında kabul edilen tanımları incelenecektir. Sonrasında “Liberteryenizm Perspektifinden Kürtaj” başlıklı ikinci bölümde liberteryen literatürdeki görüşler kısaca aktarılıp Block ve Wisniewski'nin argümanları detaylı olarak ele alınacaktır.

1. Terminoloji ve Tanım

Türkçe sözlükte *kürtaj* “döl yatağının içini kazıyıp cenini alma işi”³; kürtajın İngilizce karşılığı *abortion* ise “gelişmekte olan bir embriyo veya fetüsün rahimden atılması veya çıkarılması”⁴ olarak tanımlanmıştır. Burada karışıklığa mahal vermemek için iki açıklamaya yer vermek gerekmektedir. İlk olarak, İngilizce “abortion” kelimesinin Türkçe karşılığı olan “kürtaj” kelimesi tıbbi terminolojide hem gebeliğin kendiliğinden sonlanmasını hem de kasıtlı olarak tıbbi veya cerrahi bir müdahale ile sonlandırılmasını ifade eder şekilde kullanılmaktadır⁵. Keza Türk hukukunda da gebeliğin istemli olarak sonlandırılmasına dair düzenlemelerde kavramın “kürtaj”

³ Türk Dil Kurumu: Güncel Türkçe Sözlük, (<https://sozluk.gov.tr>, Erişim: 12.08.2024).

⁴ Oxford English Dictionary: (https://www.oed.com/dictionary/abortion_n?tab=meaning_and_use&tl=true#7152062, Erişim: 12.08.2024).

⁵ Kürtajın tıbbi bağlamda hem gebeliğin kendiliğinden gerçekleşen sonlanmasını (spontaneous abortion) hem de gebeliğin istemli olarak cerrahi veya tıbbi müdahale ile sonlandırılmasını (induced abortion) ifade eder şekilde kullanıldığı fakat genel kullanımın kendiliğinden sonlanmayı düşük (miscarriage), istemli olarak sonlandırılmayı kürtaj (abortion) şeklinde adlandırdığına dair bkz. Cunningham, F. Gary/Leveno, Kenneth J./Bloom, Steven L./Spong, Catherine Y./Dashe, Jodi S./Hoffman, Barbara L./Casey, Brian M./Sheffield, Jeanne S.: *Williams Obstetrics*, 23. baskı, McGraw-Hill Education, New York vd., 2014, s.350.

olarak değil, isabetli şekilde “gebeliğin sonlandırılması”⁶ veya “rahim tahliyesi”⁷ olarak geçtiği görülmektedir. Makalede ise, ele alınan konu olan gebeliğin istemli şekilde sonlandırılması, çalışmalarından yararlanan düşünürlerin bu eylemi “abortion” kelimesi ile ifade etmelerinden bahisle “kürtaj” olarak kullanılacaktır. İkinci olarak ise “embriyo”, “cenin” ve “fetüs” kavramlarının ayırımı yapmak gerekmektedir. Embriyo, döllenme anından itibaren 8 ila 10. haftalara kadarki dönemde bebeğe verilen isimdir ve “oğulcuk” olarak da adlandırılmaktadır⁸. Gebeliğin bu aşamasından sonra ise vücut organlarının oluşmasıyla embriyo, “cenin” veya “fetüs” olarak adlandırılmaya başlanmaktadır⁹. Makale kapsamında ele aldığımız düşünürlerin bu ayırımı nazara almadıkları görülmektedir. Biz de makalede tanım ve kullanım kolaylığı açısından ana rahmindeki bebeği, bulunduğu aşama nazara alınmaksızın “fetüs” olarak nitelendirmekteyiz.

Kürtaj, *seçimli (elective) ve terapötik (therapeutic)* olabilmektedir. Seçimli kürtaj “gebenin isteği ile başlangıç döneminde gebeliğin sonlandırılması; isteğe bağlı düşük”¹⁰; terapötik kürtaj “anne sağlığını

⁶ 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’da kürtaj, “gebeliğin sona erdirilmesi” şeklinde geçmektedir. Bu tanım, literatürde sunulan çalışmalarda da kullanılmaktadır. Bkz. Güney Tunalı, Işıl: Hekimlerin Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu, Seçkin, İstanbul, 2015; Şentürk Tur; Uyumaz, Alper/Avcı, Yasemin: “Türk Hukuku’nda Gebeliğin Sonlandırılması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2016, 579-638.

⁷ 83/7395 No’lu Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’te ise gebeliğin sonlandırılması “rahim tahliyesi” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım, literatürde sunulan çalışmalarda da kullanılmaktadır. Bkz. İlaldı; Sert, Gürkan/Duran, Serkan/Görkey, Şefik: “Rahim Tahliyesi ve Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam Alınması İle İlgili Formların Tıp Etiği ve Hukuku Açısından İncelenmesi”, *Türkiye Klinikleri J Med Law Hist Special Topic*, C. 3, S. 3, 2017, 139-144.

⁸ Güler, Çağatay: *Yeni Tıp Sözlüğü*, Palme, Ankara, 2012, s.454; Türk Dil Kurumu. Bu aşamanın gebeliğin 7 ila 8. haftasına kadar sürdüğünü ifade eden görüş için bkz. National Cancer Institute, (<https://www.cancer.gov/publications/dictionaries/cancer-terms/def/embryo#>), Erişim: 30.10.2024).

⁹ Güler: s.454; National Cancer Institute. Bu aşama “dölüt” olarak da adlandırılmaktadır. Türk Dil Kurumu. Türk hukuk literatüründe ağırlıkla “cenin” ana rahmindeki doğmamış çocuğu ifade edecek şekilde kullanılmaktadır. Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: *Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi*, İstanbul, 2019, s.20; Kayıhan, Şaban: *Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler*, Seçkin, İstanbul, 2022, s.21; Özsunay, Ergun: *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, Fakültelep Matbaası, İstanbul, 1979, s.17; Öztan, Bilge: *Şahsın Hukuku: Hakiki Şahıslar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1993, s.14.

¹⁰ Güler: s.6.

tehdit eden bir durumun giderilmesi ya da diğer tıbbi nedenlerle yaptırılan düşük, tıbbi düşük”¹¹tür. Terapötik kürtaja pek çok hukuk sisteminde izin

¹¹ Güler: s.7.

verilmektedir¹². Seçimli kürtaj ise, hukuki, ahlaki¹³, siyasi¹⁴, ekonomik¹⁵, sosyolojik¹⁶, dini¹⁷ ve diğer pek çok açıdan hâlâ tartışmaların odağında yer

¹² Örneğin Alman Ceza Kanunu gereğince kürtaj için fetüsün on iki haftadan büyük olmaması şart koşulmuştur. Fakat gebeliğin kadının yaşamını tehlikeye atması veya sağlığında ciddi bir bozulmaya sebebiyet verecek olması durumunda gebe kadının isteği üzerine hekim tarafından gerçekleştirilen gebeliğin sonlandırılması hukuka aykırı görülmemiştir. Bkz. § 218a Absatz 1 StGB “(1) Der Tatbestand des § 218 ist nicht verwirklicht, wenn 1. die Schwangere den Schwangerschaftsabbruch verlangt und dem Arzt durch eine Bescheinigung nach § 219 Abs. 2 Satz 2 nachgewiesen hat, daß sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen, 2. der Schwangerschaftsabbruch von einem Arzt vorgenommen wird und 3. seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind”, (<https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>, Erişim: 12.08.2024). Öte yandan Polonya, kürtaj açısından en kısıtlayıcı yasalara sahip ülkelerden biridir. Kürtaj, katı tıbbi gerekçelerin varlığı veya cinsel istismar sonucu oluşan gebelik hâlinde yasal kılınmıştır. Zareba, Kornelia/Herman, Krzysztof/Kolb-Sielecka, Ewelina/Jakiel, Grzegorz: “Abortion in Countries with Restrictive Abortion Laws-Possible Directions and Solutions from the Perspective of Poland”, Healthcare (Basel), C. 9, S. 11, 2021, s. 1594. Vatandaşlarının çok büyük bir kısmı Katolik olan Malta’da ise 2023 yılına kadar kürtaj, hayati risk dahil olmak üzere istisnasız her durum için yasaklanmıştı. 2023 yılında kadınlar için hayati risk oluşturan durumlarda, riskin tıp uzmanları tarafından onaylanması, kürtajın tek çare olması, bebeğin fetal yaşayabilirlik dönemine ulaşmamış olması ve müdahalenin gerçekleştirileceği hastanenin gerekli şartlara sahip olması durumuna bir istisna getirilmiştir. Bkz. “No offence under sub-article (2) of article 241 or article 243 shall be committed when the cessation of a pregnancy or damage to the foetus results from a medical intervention carried out for the purpose of saving the life and protecting the health of a pregnant woman suffering from a medical complication which may put her life at immediate risk or her health in grave jeopardy which may lead to death”, Criminal Code of Malta, Art. 243 B, (<https://legislation.mt/eli/cap/9/eng/pdf>, Erişim: 12.08.2024). Dünya genelinde kürtajın hukuki durumu için bkz. “The World’s Abortion Law”, Center for Reproductive Rights, (<https://reproductiverights.org/maps/worlds-abortion-laws/>, Erişim: 05.08.2024). “European Abortion Laws: A Comparative Overview”, Center for Reproductive Rights, (https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2022/06/15381_CRR_Europe_V8.pdf, Erişim: 05.08.2024). Türk hukukunda ise kürtaj, 2827 sayılı Nüfus Planlanması Hakkında Kanun’un 5. maddesinin 2. fıkrasında “Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hâllerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.” şeklinde ve 83/7395 No’lu Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’ün 5. maddesinde “Gebelik süresi on haftayı geçen kadınlarda, rahim tahliyesi yapılamaz. Bu durumdaki kadınlarda, ancak, Tüzük’e ekli (2) sayılı listede sayılan hastalıklardan birinin bulunması halinde ve kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından rahim tahliyesi yapılabilir.” hükmü yer almaktadır.

almaktadır¹⁸. Bunun sebebi kürtajın yalnızca gebe kadını ve fetüsü ilgilendiren bir mesele olarak görülmemesidir. Makale kapsamında, liberteryen düşünürler olan Block ve Wisniewski'nin aralarında yürüttükleri *seçimli kürtaja* dair tartışmalar incelenerek mercek altına alınmıştır.

O hâlde, bu iki düşünürün benimsediği *liberteryenizm* nedir? Bu soruya kısaca ve kolayca yanıt vermek ne yazık ki mümkün görünmemektedir zira liberteryenizm, üzerinde uzlaşa sağlanmış bir tanıma sahip değildir. Örneğin kendisi de liberteryen bir düşünür olan Jan

¹³ Feminist yazar Wendy Mcelroy'a göre kürtaj tartışmalarında gerek kürtaj karşıtı gerek kürtaj yanlısı taraflar ahlaki argüman sunmak yerine karşılıklı ithamlarda bulunmaktadır. Kürtaj karşıtı gruplar, kürtaj operasyonu gerçekleştiren doktorlara saldırmakta ve kürtaj olan kadınlar bu gruplar tarafından ifşalanmaktadır. Benzer şekilde kürtaj yanlılığını katı biçimde savunanlar kürtajı sorgulayan sesleri dışlayarak konuya yalnızca kadın hakları bağlamında dar bir pencereden bakmaktadır. Oysa McElroy'a göre kürtajın ahlaki olarak incelenmesi gerekmektedir (Mcelroy, Wendy/Kaya Fırat, Ayşe: "Kürtaj: Ahlâkî Bir Batakılık", Liberal Düşünce Dergisi, C. 17, S. 67, 2012, s.7-9).

¹⁴ Devletler, nüfus ve aile planlaması kapsamında zaman zaman doğumu destekleyici ve kürtaj karşıtı tutum takınırken bazen de kürtaj yanlısı bir politika izleyebilmektedir. Örneğin Türkiye'de 1923-1960 yılları arasında Trablusgarp Savaşı, Balkan Harbi ve Birinci Dünya Savaşı sonrası azalan nüfusla mücadele etme üzere doğum oranlarının artırılmasına yönelik politikalar izlenmiştir. Bu dönemde evlilik yaşı erkekler için 18'den 17'ye, kadınlar için 17'den 15'e indirilmiştir (Akin, Ayşe: "Emergence of the Family Planning Program in Turkey", The Global Family Planning Revolution: Three Decades of Population Policies and Programs (Warren C. Rabinson/John A. Ross düz. içinde s.85-102), 2007, s.86).

¹⁵ Kürtaj yasaklamaları ile ekonominin ilişkili olduğunu ve kürtaj yasaklamalarının aynı zamanda düşük işçi standartları, yüksek hapis oranları ve işsiz kamu faaliyetleriyle örtüşüğünü ileri süren bir çalışma için bkz. Banerjee, Asha: "The economics of abortion bans", Economic Policy Institute, (<https://www.epi.org/publication/economics-of-abortion-bans/>, Erişim: 08.08.2024).

¹⁶ Eğitim düzeyi ve içinde yaşanılan aile büyüklüğü ile hükümetin çocuk sayısı ve kürtaj hakkındaki politik söylemlerinden etkilenme düzeyi arasındaki ilişkinin araştırıldığı bir çalışma için bkz. Özdemir, Fatma/Türkay, Mehtap: "Antalya'nın Bir Mahallesinde 15-49 Yaş Arası Kadınların İsteyerek Düşük Ve Doğurganlık İle İlgili Bilgi Tutum Ve Davranışları Üzerine Siyasetin Müdahalesi", 16. Ulusal Halk Sağlığı Kongre Kitabı, 2013, s.200.

¹⁷ Eryiğit Bader, Aynur: "Yahudilik Hristiyanlık ve İslam'da Kürtaj", Antakiyat/Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2019, s.116-141; Gündüz, Şinasi: "Dinler tarihi açısından kürtaj", Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, C. 24, 2012, s.16-19.

¹⁸ Uyumaz/Avcı: s.580.

Narveson'a (1936-) göre liberteryenizm siyasi meselelerde yalnızca bireysel özgürlüğün öncelenmesi gerektiğini ileri süren bir öğreti olarak bir tür liberalizmdir¹⁹. Yine liberteryen Stephen Davies'e göre liberteryenizm yeni bir ideoloji değildir, klasik liberalizmin 20. yüzyıldaki hâlidir²⁰. Önde gelen liberteryen düşünürlerden biri olan Hans-Hermann Hoppe (1949-) liberalizmin içerisindeki devlete pay biçen unsurlar ayıklandığında ortaya özel hukuk ilişkilerine dayalı bir toplumun çıkacağını söylemekte ve liberteryenizm ile özel hukuk toplumunu (anarko kapitalizm) eş anlamda kullanmaktadır²¹. Felsefe profesörü Samuel Freeman ise liberteryen iddiaların liberalizme aykırı olduğunu ve liberteryenizmin, liberalizmin bir türü olarak nitelendirilemeyeceğini söylemektedir²². Hatta objektivist Peter Schwartz (1949-) anlam ve konum olarak üzerinde uzlaşmamış bir

¹⁹ Narveson, Jan: *The Libertarian Idea*, Broadview Press, United States, 2001, s.6.

²⁰ Davies, Stephen: "Liberteryenizme Tarihi ve Güncel Açından Kısa Bir Bakış", *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 16, S. 64, 2011, s.107, 108.

²¹ Didin, Emre: "Hans-Hermann Hoppe'nın Argümantasyon Etiği ve Özel Hukuk Toplumu", *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 23, S. 3, 2024, s.4; Hoppe, Hans-Hermann: *Democracy: The God That Failed*, Transaction Publishers, New Brunswick/New Jersey, 2007, s.235, 236 (Democracy). Murray Rothbard, Hans-Hermann Hoppe, David Friedman ve Stephan Kinsella tarafından savunulan anarko kapitalizm düşüncesi, piyasa ve devletin birbirinden ayrılmasıyla yetinmemektedir. O, bireylerin çıkarları amacıyla oluşan, gönüllülüğe dayalı ve herkes için faydalı sonuçlar doğuran bir piyasa ekonomisiyle devleti saf dışı bırakma gayesindedir. Zira devletler, kendilerine tahsisli vergilerle ve cebre dayalı alanlarla sınırlı kalmamaktadır. Bkz. Erge, Recep Ersel: "Anarko Kapitalist Toplum Kurgusu Bağlamında Devletin Sorgulanması", *Doktora Tezi*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, 2023, s. 114-129; Friedman, David D.: "Law as a Private Good: A Response to Tyler Cowen on the Economics of Anarchy", *Economics & Philosophy*, C. 10, S. 2, 1994, 319-327; Kinsella, Stephan: *Legal Foundations of a Free Society*, Papinian Press, Houston, 2023, s.39-42; Rothbard, Murray N.: *The Ethics of Liberty*, New York University Press, New York & London, 1998, s.175-183 (The Ethics); Taner, Ahmet: "Çağdaş Liberalizmde Yol Ayrımı: Anarko Kapitalist Liberalizme Karşı Minimal Devletçi Liberalizm", *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 18, S. 69-70, 2013, s. 235.

²² Örneğin Samuel Freeman, liberteryenizmin, liberalizmin temelinde yatan siyasi gücün kamu yararı için harcanması fikrine karşı çıkarak feodalizm benzeri özel siyasi ilişkileri savduğunu iddia eder. Ona göre liberteryenizmi liberalizmin bir türü olarak görenler liberal düşüncenin ayırt edici temel yapı taşlarına gölge düşürmektedir. Freeman, Samuel: "Illiberal Libertarians: Why Libertarianism is not a Liberal View", *Philosophy & Public Affairs*, C. 30, S. 2, 2001, s.107, 108.

kavram olan ve bireysel özgürlüğü en radikal biçimde savunan tarzıyla liberteryenizmin temelsiz ve değersiz olduğunu ileri sürmektedir²³.

Tanımı konusundaki bu muğlaklık ve müphemlik nedeniyle, felsefi bir akım olarak liberteryenizmin tarih sahnesine çıkışının incelenmesi, kapsamını anlamak açısından makul görünmektedir. Liberteryenizm, tarihsel olarak klasik liberalizmden sudur etmiştir²⁴. 18. yüzyılın revaçtaki düşüncesi olan klasik liberalizm²⁵, serbest piyasaya ve bireysel hak ve özgürlüklere dayalı bir anlayış ortaya koymuş, devlet müdahalesini en aza indiren bir model geliştirmiştir²⁶. Bu bağlamda klasik liberalizmin en önde gelen isimlerinden İngiliz düşünür John Locke (1632-1704) bireylerin anlaşarak devleti kurduğu sosyal sözleşme tasavvuruyla bireysel özgürlükler karşısında devletin kısıtlanmasını ve ünlü ekonomist Adam Smith (1723-1790) *görünmez el* kavramıyla müdahalesizliği ve kendiliğinden düzeni savunmuştur²⁷. Böylece klasik liberalizm zenginliğin devlet değil, serbest piyasalar tarafından sağlandığı, devletin güç kullanımının kabul edildiği fakat oldukça asgari düzeyde tutulduğu ve önemli bir gerekçelendirme olmaksızın birey haklarının topluma feda edilmediği²⁸ bir panorama sunmuştur.

19. yüzyılın sonlarında portre tersine dönmüş ve devletin ekonomide pay alması gerektiği düşünceleri yerleşmeye başlamıştır²⁹. Bu

²³ Schwartz, Peter: *Libertarianism: The Perversion of Liberty*, Intellectual Activist, 1986'dan aktaran Block, Walter E.: "Libertarianism vs. Objectivism: A Response to Peter Schwartz", *Reason Paper*, C. 26, 2000, s.41.

²⁴ Yaman, Seval/Tarhan, Belgin: *Liberteryenizmin Felsefi Temelleri*, Liberus, İstanbul, 2021, s.21.

²⁵ Raico, klasik liberalizmin başındaki "klasik" ifadesinin 1900'lerden sonra kullanıldığını ifade etmektedir. Bu dönemden sonra liberalizmin içerisine eşitlikçi hedefler yerleştirilmiş ve liberalizmin bu yeni versiyonu "modern" veya "yeni" liberalizm olarak adlandırılmıştır. Böylelikle özel mülkiyeti ve serbest piyasa ekonomisini savunan liberalizm "klasik liberalizm" olarak adlandırılır olmuştur. Raico, Ralph: "Klasik Liberalizm Nedir?", *Liberal Düşünce Dergisi*, çev. Atilla Yayla, C. 6, S. 64, 2011, s.69.

²⁶ Scruton, Roger: *A Dictionary of Political Thought*, Hill and Wang, New York, s.268, 269.

²⁷ Erdoğan, Mustafa: "Liberalizm ve Türkiye'deki Serüveni", *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce Cilt 7: Liberalizm* (Bora, Tanıl/Gültekin, Murat düz. içinde s.23-40), İletişim, İstanbul, 2005, s.24.

²⁸ Butler, Eamonn: *Klasik Liberalizm: Bir El Kitabı*, çev. Arda Akççek, Liberte, 2018, s.23-28.

²⁹ Yaman: s.21.

sürece bireyin iyiliğinin toplumun iyiliğine bağlı olduğu fikri hâkim olmuştur³⁰. David Boaz, bu dönemde klasik liberalizmin düşüşünü liberallerin tembelleşmesine ve Marksist ideolojilerin yükselişine, böylelikle üretim bolluğunun yaşandığı bir dünyada üretimin bırakılıp dağıtımına yoğunlaşılmasına bağlamaktadır. 1. Dünya Savaşı ile birlikte devlet güç sahasını daha da genişletmiştir³¹. 19. yüzyılın sonlarında ve 20. yüzyılın başlarında yaşanan bu gelişmeler ve ideolojik değişimler liberalizme de sıçramış ve liberalizmdeki sınırlı devlet anlayışının yerini daha müdahaleci ve aktif bir devlet anlayışı almıştır. Klasik liberalizmin devleti zorunlu bir kötülük olarak gören doğası yerini devlet müdahalesinin ne kadar olması gerektiği tartışmalarına bırakmış, servetin toplumun yoksul kesimleri arasında yeniden dağıtımını gündeme gelmeye başlamıştır³². Liberalizmin bu yeni türü, kökleri John Stuart Mill'e uzanan, Thomas Hill Green, Leonard Trelawny Hobhouse ve John Atkinson Hobson tarafından temsil edilen³³ ve hatta John Rawls ve Ronald Dworkin'in de dâhil edildiği bir kanat olan “sosyal liberalizm” olarak anılmaktadır³⁴. Hoppe, liberalizmin sonunu, öz sahiplik ve mülkiyet gibi temel ilkelerle hükümetin uyumlu görülmesinin getirdiğini söylemektedir. O, liberalizmin benimsediği, güvenliği sağlamak amacıyla var olan ve anayasayla sınırlandırılmış devletin bir hayalden ibaret olduğunu düşünür çünkü her minimal devlet büyüme eğilimindedir. Liberalizmin bir geleceğinin olması isteniyorsa temel hataları düzeltilmelidir. Devletin, korumaya gönüllü olduğu şeylerin yıkıcı unsuru olduğu kabul edilmeli ve güvenlik devlete bırakılmamalıdır. Böylece liberalizm, liberalizm kıyafeti giymiş sosyal demokratlardan ayıklanabilecektir³⁵.

20. yüzyılın sonlarında ise sosyal liberalizmin ekonomik eşitlik adına birey haklarını geri plana atması sonucu, tekrar serbest piyasa ve

³⁰ Kırılı, Özlem: *Liberteryenizm, Liberte*, Ankara, 2023, s.12.

³¹ Boaz, David: *Libertarianism: A Primer*, The Free Press, New York, NY, 1997, s.49-52.

³² Bakırezer, Güven: “Türkiye’de Sosyal Liberalizm”, *Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce Cilt 7: Liberalizm* (Tanıl, Bora/Gültekinil, Murat düz. içinde s.139-143), 2005, s.139.

³³ Bakırezer: s.139; Erdoğan, Mustafa: “Eşit İlgi ve Saygı'nın Düşünürü Ronald Dworkin'in Ardından”, *Liberal Düşünce Topluluğu*, (<http://www.liberal.org.tr/sayfa/esit-ilgi-ve-sayginin-dusunuru-ronald-dworkinin-ardindan-mustafa-erdogan,250.php>, Erişim: 01.10.2024).

³⁴ Taner, Ahmet/Yayla, Atilla: “Liberteryen Teoride Özgürlüğün ve Siyasetin Sınırları”, *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 23, S. 90-91, 2018, s.8.

³⁵ Hoppe: *Democracy*, s.229-236.

bireysellik vurgusu gündeme gelmiştir³⁶. Artan devlet müdahalelerine karşı birey hakları savunulmuş ve liberalizmi, tarihsel süreç içerisinde üzerine yapılan devletçi iddialardan arındırma ihtiyacı hasıl olmuştur. İşte liberteryenizm, liberalizmi bireysel özgürlük aleyhine her türlü unsurdan saflaştırma çabasıyla bu yüzyılda ortaya çıkmıştır³⁷.

Liberteryenizm farklı amaçlar uğruna bireyi veya mülkiyeti geri plana atan ideolojilere karşı çıkmakta, bireysel özgürlükleri devlet aleyhine genişleten bir yorum sunmaktadır. Liberteryenizmde bireysel özgürlük temel siyasi norm olarak savunulmaktadır³⁸ fakat bu özgürlüğün tanımı ve kapsamının sınırları net olarak belirlenememektedir. Block, liberteryen camianın pek çok konuda fikir ayrılığına düşse bile *özel mülkiyet (private property)* ve *saldırmazlık (non-aggression)* olmak üzere ortak iki temel ilkede uzlaştığını söylemektedir³⁹. Biz de makalede liberteryenizmin kapsamını daraltarak konuyu Blockçu bir yaklaşımla ele almaktayız. Fakat hem kürtaj meselesini ilgilendiren kısmın ağırlıklı olarak kişinin kendi bedeni olmasından hem de özel mülkiyete giden yolun *öz mülkiyetten (self-ownership)* geçmesinden dolayı Block'un değindiği özel mülkiyet ilkesini öz mülkiyet ilkesine indirgemekteyiz. Öz mülkiyet, bireylerin herhangi bir dış müdahaleye takılmaksızın kendi amaçlarını belirleyebilme, seçim yapabilme ve hayatlarına diledikleri gibi yön verebilmesine olanak tanıyan ilkedir. Kısaca, kişinin kendi kendisinin sahibi olmasıdır⁴⁰. Saldırmazlık ilkesi ise, öz mülkiyet ve öz mülkiyetin doğal bir sonucu olan özel mülkiyet hakkının korunması için geliştirilmiştir. Bu ilkeye göre kimse, bir başkasının bedenine veya meşru olarak elinde bulundurduklarına karşı şiddet uygulayamaz⁴¹.

Son tahlilde makalede liberteryenizm, bireysel özgürlüğü temel çıkış noktası olarak alan, öz mülkiyet ve saldırılmazlık ilkelerini benimseyen felsefi akımı niteler anlamda kullanılmış ve incelememiz bu kavramlar

³⁶ Kırılı: s.11.

³⁷ Doherty, Brian: *Radicals for Capitalism*, Public Affairs, New York, NY, 2007, s.21, 31.

³⁸ Mack, Eric: *Liberteryenizm*, çev. Büşra Sönmez, Liberte, Ankara ,2023, s.1.

³⁹ Block, Walter E.: "Libertarianism vs. Objectivism: A Response to Peter Schwartz", *Reason Paper*, C. 26, 2000, s.41 (Response Schwartz).

⁴⁰ Rothbard, Murray N.: *For A New Liberty*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama, 2006, s.34 (For A New); Rothbard, Murray N.: *Eşitlikçilik: Doğaya Karşı İsyen*, çev. Mustafa Acar, Liberte, Ankara, 2009, s.64 (Eşitlikçilik); Yaman: s.111.

⁴¹ Christmas, Billy: "Rescuing the Libertarian Non-Agression Principle", *Moral Philosophy and Politics*, C. 5, S. 2, 2018, s.307; Yaman: 126.

üzerinden yürütülmüştür. Peki, liberteryenizm perspektifinden kürtaj nerede konumlandırılmalıdır?

2. Liberteryenizm Perspektifinden Kürtaj

Block'a göre toplumların karşı karşıya olduğu savaş, işsizlik, enflasyon, çevre kirliliği, nükleer silahlanma gibi pek çok ciddi, hatta kürtajdan daha ciddi, konular vardır. Fakat kürtaj, yalnızca araçlar değil amaçlar konusunda da uzlaşmaz konumlara sahip grupları karşı karşıya getirerek ciddi felsefi sorunlara yol açmakta ve toplumları parçalanmakla tehdit etmektedir. Bu gruplardan her biri etik bir duruş sergilemekte ve diğerini suçlamaktadır⁴². Bu ayrılık, dünya genelinde olduğu gibi liberteryen camiada da gözlemlenebilmektedir⁴³. Benzer şekilde liberteryen Mark D. Friedman'a göre de kürtajın kesin bir liberteryen çözümü bulunamamaktadır⁴⁴.

Kürtaj konusundaki liberteryen tartışmalar, dört cephede yoğunlaşmaktadır: *Seçim yanlısı (kürtaj yanlısı, pro-choice)* görüşler kadının, kendisine doğum ve annelik gibi oldukça büyük bir sorumluluk ve yük getiren gebelik konusundaki kararı özgürce vermesi gerektiğini (kendi bedeni üzerinde mülkiyet hakkını) savunmaktadır. Seçim yanlısı görüşe göre kadınlar hamileliğin herhangi bir aşamasında hamileliği sonlandırma veya fetüsü dokuz aylık sürenin sonuna kadar taşıyıp doğurma tercihinde yasal olarak özgür olmalıdır⁴⁵. Seçim yanlısı görüşü savunanlardan biri objektivist düşünür Ayn Rand'dır (1905-1982)⁴⁶. Rand, fetüs haklarını ileri sürerek kürtaja karşı çıkanların insanların haklarına saygı duymadıklarını söyler. Ona göre fetüs gerçek değil, yalnızca potansiyel bir insandır ve

⁴² Block, Walter E.: "Toward a Libertarian Theory of Abortion", The Complete Libertarian Forum (Rothbard, Murray N. düz. içinde s.1527-1532), 1977, s.1527, 1528 (Toward Abortion).

⁴³ Block, Walter E.: "Should Abortion be Criminalized? Rejoinder to Akers, Davies and Shaffer on Abortion", FBIM Transactions, C. 2, S. 1, 2014, s.33-44 (Rejoinder to Akers).

⁴⁴ Friedman, Mark D.: *Libertarian Philosophy in the World, The Politics of Natural Rights*, Bloomsbury Academic, UK, USA, 2015, s.161.

⁴⁵ Block, Walter: "Judith Jarvis Thomson on Abortion: A Libertarian Perspective", DePaul Journal of Health Care Law, C. 19, S. 1, 2017, s.1 (Thomson on Abortion).

⁴⁶ Rand, kendisini bir liberteryen değil, objektivist olarak konumlandırmaktadır. Yaman: s.200. Fakat bireysel özgürlükler ve devlet konusundaki görüşleri liberteryenlerle örtüştüğü için pek çok çalışmada liberteryen kanada dâhil edilmektedir.

hiçbir potansiyel varlık hakları haiz değildir⁴⁷. Asıl yaşayan insana yani kadına saygı gösterilmeli ve kürtaj tamamen gebenin tercihine bırakılmalıdır. Bu yönüyle Rand için kürtaj ahlaki bir haktır⁴⁸.

Benzer bir görüş liberteryen literatüre katkı sunan önemli düşünürlerden bir diğeri olan anarko-kapitalist Murray N. Rothbard (1926-1995) tarafından da savunulmuştur. Kürtaj karşıtlarının fetüsün de bir insan olduğu ve onu öldürmenin bir insanı öldürmekle eşdeğer şekilde cinayet sayılacağı argümanına karşı Rothbard, kürtaj tartışmalarının fetüsün yaşamının ne zaman başladığı⁴⁹ noktasında düğümlemesini hatalı bulur. Fetüs bir insan olarak kabul edilse dahi hiçbir insanın başka bir insan üzerinde parazit gibi yaşamaya hakkı yoktur. Fetüs, kendisini istemeyen kadının rahminde bir parazit gibi tutunmaktadır. Gebe kadın kürtajda adeta bedeninden istenmeyen bir paraziti atmaktadır. Üstelik Rothbard'a göre

⁴⁷ Türk hukuku bakımından da durum böyledir. Türk Medenî Kanunu'nun 28. maddesinde kişiliğin sağ ve tam doğumla başlayıp ölümlle sonlandığı, hak ehliyetinin ise sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düşüldüğü andan itibaren elde edildiği geçmektedir. Türk hukuk öğretisindeki baskın görüşe göre hak ehliyetinin elde edilmesi şartı geciktirici niteliktedir. Bkz. Kayıhan: s. 21; Özsunay: s. 20; Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: Türk Medenî Hukuku Cilt 1, Cüz 2: Şahsın Hukuku, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1963, s.31; Dural/Öğüz: s. 21. Ceninin hak elde etmesine dair tam ve sağ doğma şartının bozucu şart olduğunu iddia eden görüş de vardır. Bkz. Öztan: s. 14. Ceninin ana rahmine düştüğü an ile doğum arasındaki sürenin geciktirici veya bozucu şart teşkil etmesindeki pratik farklılık, bu süreçte ceninle ilgili ileri sürülebilecek hak ve yükümlülüklerle ilişkindir. Öztan: s. 15.

⁴⁸ Rand, Ayn: The Voice of Reason: Essays in Objectivist Thought, 1989, s.44 (The Voice).

⁴⁹ Kişiliğin ve yaşam hakkının ne zaman başladığı hususunda fikir birliği bulunmamaktadır. Örneğin, fetüsün yalnızca potansiyel bir canlı oluşunun onu haklardan yoksun bıraktığı iddiasının yanı sıra bu potansiyelliğinin onun insan onuru ve yaşam hakkına sahip olmasını sağladığı düşüncesi de mevcuttur. Bkz. Metin, Sevtap: Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.139-153. Keza, fetüsün yaşam hakkının ne zaman başladığı hususunda döllenmenin gerçekleştiği an, sinir sistemi ve uzuvların geliştiği an, fetal yaşayabilirlik anı ve doğum anı gibi farklı görüşler bulunmaktadır. Bkz. Hicks, Stephen C.: "The Right to Life in Law: The Embryo and Fetus, The Body and Soul, The Family and Society", Florida State University Law Review, C. 19, S. 3, 1992, s. 811 vd'den aktaran Karasaç, Eda Gülsüm: "Ceninin Yaşama Hakkı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 71, S. 3, 2022, s. 1059-1060; Keskin, İçten: "Kürtaj tartışmaları ve feminizm", Fe Dergi, C. 7, S. 1, 2015, s.87; Mehta, Samira: "Views on abortion differ not only among major religious traditions, but within each one", Colorado Arts and Sciences Magazine, (https://www-colorado-edu.translate.google.com/2022/06/24/there-no-one-religious-view-abortion-scholar-religion-gender-and-sexuality-explains/?x_tr_sl=en&x_tr_tl=tr&x_tr_hl=tr&x_tr_pto=tc, Erişim: 01.10.2024); Tacir, Hamide: "Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, 2013, s.1304.

kadının fetüsü kendi rızası ile oluşturduğu için onu vücudundan atamayacağı argümanı da kürtaj karşıtlığını haklı çıkarmamaktadır. Çünkü kadın kendi bedeninin sahibidir ve ne zaman isterse fikrini değiştirebilir⁵⁰.

Yaşam yanlısı (kürtaj karşıtı, pro-life) görüşler ise, gebe kadının, fetüs her ne kadar onun bedenini kullanıyor olsa da kendi bedeninde mevcut olan bir yaşama (yaşam hakkı) son veremeyeceğini savunmaktadır⁵¹. Çünkü bu görüşe göre fetüs, döllenme anından itibaren tüm haklara sahip bir insandır ve onu öldürmek ile cinayet işlemek arasında hiçbir fark yoktur⁵². Kürtaja fetüsün hayatı argümanı ile karşı çıkan *Yaşamdan Yana Liberteryenler (Libertarians for Life)* topluluğu kürtajın hakkaniyete aykırı olduğunu savunmaktadır⁵³. Topluluk başkanı Doris Gordon, insan yaşamının döllenmeyle birlikte başladığını söyler. Ona göre, yaşam hakkı bağlamında “doğmuş olma kistasına” dayanan bir politika liberteryen kabul edilemez. Gordon, liberteryenizmin saldırmazlık ilkesinden yola çıkarak *tehlikeye atmama prensibine (non-endangerment principle)* ulaşır. Nasıl ki bireyler saldırmama yükümlülüğü altındalarsa buna paralel olarak masumları tehlikeye atmama yükümlülükleri de vardır. Eğer masum bir insan kasten veya ihmalle tehlikeye atılmışsa onu korumak tehlikeye atanın yükümlülüğüdür. Gordon böylece fetüsün oluşmasına yol açan ebeveynin onu öldürmeme yükümlülüğü altına da girdiği sonucuna ulaşmaktadır⁵⁴.

⁵⁰ Rothbard: For A New, s.131, 132. Bu noktada Kinsella'nın, bir şey üzerinde mülkiyet hakkının iddia edilebilmesi için hak sahibi ile o şey arasında bir nesnel ve fiziksel bağlantı bulunması gerektiği argümanına değinilebilir. Kinsella'nın fikir ve bilgilerin bu nesnel bağlantıyı haiz olmamasından ötürü diğer mülkiyet hakları gibi kabul göremeyeceğini ifade ettiği bu argüman, kadının kendi bedenine en derinden bağlı olan fetüsün nesnel ve fiziksel bağlantı kapsamında anneye bağlı ve annenin mülkünde olduğu ve bu nedenle fetüs üzerindeki kararı kadının alabileceği doğrultusunda yorumlanabilir. Bkz. Kinsella.

⁵¹ Çokar, Muhtar: “İsteyerek Düşük, Tıp Etiği ve Yasalar”, (<https://www.kahdem.org.tr/isteyerek-dusuk-tip-etigi-ve-yasalar/>, Erişim: 28.07.2024).

⁵² Block: Thomson on Abortion, s.1.

⁵³ Tabarrok, Alexander: “Abortion and Liberty”, Liberty for Woman: Freedom and Feminism in the Twenty-First Century (Mcelroy, Wendy düz. içinde s.152-180), Ivan R. Dee, Chicago, 2002, s.156.

⁵⁴ Gordon, Doris: “Abortion and rights: applying the Libertarian principles correctly”, International Journal of Sociology and Social Policy, C. 19, S. 3-4, 1999, s.98, 99.

Liberteryen literatürde bu iki zıt kutbun arasını bulmaya çalışan *ayrılıkçılık (departurism)*⁵⁵ ve *tahliyecilik (evictionism)*⁵⁶ gibi orta yolcu görüşler türetilmiştir. Sean Parr tarafından savunulan *ayrılıkçılık* görüşüne göre fetüs, onu istemeyen gebenin rahminde *başkasının mülküne izinsiz giren (trespasser)* konumundadır. Gebenin, kendi bedeni üzerinde bir öz mülkiyet hakkı mevcuttur ve bedenine izinsiz giren bu canlıyı oradan uzaklaştırma hakkına sahiptir. Fakat Parr, fetüsün herhangi bir saldırı kastının olmadığından bahisle masum olduğunu ve bu yüzden gebenin bu uzaklaştırma hakkını fetüsün ölümüne izin verecek şekilde kullanamayacağını belirtir. Gebe, -hayati tehlike içeren durumlar hariç- fetüsün ölümüne yol açmayacak şekilde onu vücudundan ayırabilecektir⁵⁷.

Tahliyecilik görüşünü ortaya atan Block'a göre ise seçim ve yaşam yanlısı görüşler deontolojik açıdan hatalıdır. Her iki görüş de uygulanabilir bir üçüncü yolun olmadığına hemfikir olsalar da üçüncü seçenek tahliyeciliktir⁵⁸. Bu görüşe göre *kürtaj (abortion)* ve *tahliye (eviction)* birbirinden ayrı iki kavramdır. Kürtaj, fetüsün ana rahminden alınması ve öldürülmesi olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır. Tahliye ise yalnızca fetüsün ana rahminden çıkarılması safhasını kapsar⁵⁹. Bu görüşe göre fetüs, aynı ayrılıkçılıkta olduğu gibi gebenin vücudunda bir *izinsiz giren* statüsündedir, dolayısıyla gebe, kendi vücudunda bir izinsiz giren teşkil eden fetüsü vücudundan atabilecektir. Fakat bunu yapmanın yolu kürtaj değil, tahliye olmalıdır. Çünkü fetüs tahliye edildiğinde hayata tutunabilirken kürtajda öldürme safhası da olduğu için hayatta kalamayacaktır⁶⁰. Dolayısıyla Block, bir yandan gebenin mülkiyet haklarını korurken bir yandan da fetüsün yaşamını gözetmek amacındadır. Block'un kürtaj ve tahliye arasında öldürme safhasına odaklanarak yaptığı bu ayırım, bugünkü tıbbi müdahalelerde kürtaj ve tahliyenin aynı

⁵⁵ Kavramı ortaya koyan Sean Parr tarafından “departurism” olarak adlandırılan bu kavram makalede “ayrılıkçılık” olarak çevrilmiştir.

⁵⁶ Kavramı ortaya koyan Walter E. Block tarafından “evictionism” olarak adlandırılan bu kavram makalede “tahliyecilik” olarak çevrilmiştir.

⁵⁷ Parr, Sean: “Departurism and the Libertarian Axiom of Gentleness”, Libertarian Papers, C. 3, S. 34, 2011, s.4, 5. Parr, çalışmalarında ayrılıkçılık savunusunu Block'un tahliyecilik savunusu ile karşılaştırmalı olarak ortaya koymuştur.

⁵⁸ Block, Walter, E.: “Evictionism: The Compromise Solution to the Abortion Controversy”, Studia z Historii Filozofii, C. 15, S. 1, 2024, s.58 (The Compromise).

⁵⁹ Block, Walter E.: “Rejoinder Wisniewski on Evictionism, Round Four”, FBIM Transactions, C. 2, S. 2, 2014, s.1 (Round Four); Block: Thomson on Abortion, s.3.

⁶⁰ Block: Round Four, s.1.

müdahaleyi içermesi ve aynı sonuçlara sebebiyet vermesinden bağımsız, yalnızca teorik bir ayrımdır.

Tahliyecilik fikrinin benimsenmesi hâlinde fetüsün durumunun teknolojik gelişmelere bağlı olacağı gözden kaçırılmamalıdır. Tıbbi terminolojide kullanılan *fetal yaşayabilirlik (fetal viability)* kavramı konunun açıklığa kavuşturulmasına yardımcı olacaktır. Fetal yaşayabilirlik, fetüsün ana rahminin dışında tıbbi teknolojiler kullanılarak hayatta tutulabileceği evreyi ifade etmektedir⁶¹. Normal şartlarda fetüsün ana rahmi dışında hayatta kalabilme ihtimali 10 ila 23 hafta arasında %1 iken, 24. haftadan itibaren %50'ye yükselmektedir⁶². Şimdiye kadar hayata tutunabilmiş en erken doğum, Amerika Birleşik Devletleri'nde 5 Haziran 2020 yılında 21 hafta 1 günlük dünyaya gelmiş Curtis Zy-Keith Means'in doğumudur⁶³. Buradan yola çıkarak kürtaj yerine tahliyeciliğin kabul edildiği bir sistemde ana rahminden tahliye edilen fetüsün altıncı -ve en iyi ihtimalle beşinci- aydan itibaren yaşayabilmesi söz konusu olurken daha erken dönemdeki bir fetüsün tahliyesi, onun ölümüne yol açacaktır. O hâlde örneğin üç aylık bir fetüsün tahliyesi de kürtajı da günümüzdeki tıbbi gelişmeler göz önünde bulundurulduğunda sonuç bakımından aynı olacaktır zira tahliyede ayrı bir öldürme safhası olmasa da rahim dışına çıkarılan fetüs hayata tutunamayacaktır. Block için iki yöntem arasındaki ayırt edici unsur öldürme safhasıdır. Kürtajda öldürme amacı söz konusuyken, tahliyede değildir. Altı aydan küçük fetüsün tahliyesinde ölüm sonucu bir amaca binaen değil, kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla gerek fetal yaşayabilirlik öncesi gerekse sonrası yapılan tahliyeler cinayet⁶⁴ teşkil etmeyecektir. Ayrıca gelişen tıbbi teknolojilerle birlikte fetal yaşayabilirlik zamanla daha da öne çekilmektedir ve çekilebilecektir. Bu durumda yıllar sonra altı aydan küçük fetüsler de tahliyeleri hâlinde sağ kalabileceklerdir. Zamanla fetal yaşayabilirliğin öne çekileceğini düşünen Block, tahliyenin gebeliğin her aşamasında

⁶¹ Cunningham/Leveno/Bloom/Spong/Dashe/Hoffman/Casey/Sheffield: s.350.

⁶² Breborowicz, Grzegorz H.: “Limits of fetal viability and its enhancement”, *Early pregnancy*, C. 5, S. 1, 2001, s.49, 50; Pettker, Christian M./Turrentine, Mark A./Simhan, Hyagriv N.: “Limits of Viability”, *Obstetrics & Gynecology*, C. 142, S. 3, 2023, s.725-726.

⁶³ Guinness World Records: “Most premature baby”, (<https://www.guinnessworldrecords.com/world-records/67461-most-premature-baby>, Erişim: 30.07.2023).

⁶⁴ Block, makalesinde bu durumu anlatmak için “murder” kelimesini kullanmıştır (Block: Thomson on Abortion, s.3).

yapılabilirliğini savunmaktadır⁶⁵. Tahliyeciliğin, gebeliğin her aşamada yapılabilirliği savunusu onu ayrılıkçılıktan ayıran kısımdır. Zira ayrılıkçılıkta fetal yaşayabilirlik öncesi tahliyeye cevaz verilmemektedir.

Kürtaj, liberteryenler arasında 2010 yılında tekrar gündeme gelmiştir. Çünkü bu tarihte Wisniewski, Block'un 1977 yılında "Toward a Libertarian Theory of Abortion"⁶⁶ başlığıyla yayımladığı makalesine cevaben "Critique of Block on Abortion and Child Abandonment"⁶⁷ başlıklı bir makale kaleme almıştır. Wisniewski'nin bu makalesine Block, "Rejoinder to Wisniewski on Abortion"⁶⁸ başlıklı başka bir makaleyle cevap vermiştir. Bu üç makalenin ardından sırasıyla Wisniewski 2010 yılında "Rejoinder to Block's Defense of Evictionism"⁶⁹; Block 2011 yılında "Response to Wisniewski on Abortion, Round Two"⁷⁰; Wisniewski 2011 yılında "Response to Block on Abortion, Round Three"⁷¹; Block 2011 yılında "Response to Wisniewski on Abortion, Round Three"⁷²; Wisniewski 2013 yılında "Abortion, Libertarianism, and Evictionism: A Last Word"⁷³ ve Block 2014 yılında "Rejoinder to Wisniewski on Evictionism, Round Four"⁷⁴ başlıklı makaleleri yayımlamışlardır. Tam dört sene süren bu fikri alışverişte iki kavramın ağır bastığı dikkat çekmektedir: *Öz mülkiyet ve saldırmazlık ilkesi*.

⁶⁵ Block: Thomson on Abortion, s.2, 3.

⁶⁶ Block: Toward Abortion.

⁶⁷ Wisniewski, Jakub Bozydar: "A Critique of Block on Abortion and Child Abandonment", *Libertarian Papers*, C. 2, S. 16, 2010, s.1-4 (Child Abandonment).

⁶⁸ Block, Walter E.: "Rejoinder to Wisniewski on Abortion", *Libertarian Papers*, C. 2, S. 32, 2010, s.1-9 (Rejoinder Abortion).

⁶⁹ Wisniewski, Jakub Bozydar: "Rejoinder to Block's Defense of Evictionism", *Libertarian Papers*, C. 2, S. 37, 2010, s.1-7 (Rejoinder).

⁷⁰ Block, Walter E.: "Response to Wisniewski on Abortion, Round Two", *Libertarian Papers*, C. 2, S. 4, 2011, s.1-13 (Round Two).

⁷¹ Wisniewski, Jakub Bozydar: "Response to Block on Abortion, Round Three", *Libertarian Papers*, C. 3, S. 6, 2011, s.1-6 (Round Three).

⁷² Block, Walter E.: "Response to Wisniewski on Abortion, Round Three", *Libertarian Papers*, C. 3, S. 37, 2011, s.1-21 (Round Three).

⁷³ Wisniewski, Jakub Bozydar: "Abortion, Libertarianism, and Evictionism: A Last Word", *Libertarian Papers*, C. 5, S. 1, 2013, s.153-162 (Last Word).

⁷⁴ Block: Round Four.

2. 1. Block vs. Wisniewski: Öz Mülkiyet

Liberteryenizmin temel kavramlarından biri olan öz mülkiyet, herkesin dış müdahale olmaksızın hayatını kendi istediği şekilde yönetebilmesine olanak veren⁷⁵, kişinin kendi bedeni ile başkalarına zarar vermeden dilediğini yapabilmesini sağlayan ve bu yönüyle kişiye oldukça geniş hareket alanı tanıyan bir haktır⁷⁶. Bu hak, hem somut olarak kişinin kendi bedeni üzerindeki fiziki sahipliğini hem de soyut olarak kişinin yaşamı üzerindeki söz hakkını ifade etmektedir⁷⁷. Öz mülkiyet, bireysel özgürlüğün zorunlu bir bileşenidir, çünkü kişinin özgür olabilmesi için öncelikle kendi bedeni üzerinde hak sahibi olması gerekmektedir. Liberteryen düşünürler, öz mülkiyetin zorunluluğuna çeşitli şekillerde ulaşmışlar ve buradan yola çıkarak bireysel özgürlüklere dayalı bir sistem inşa etmişlerdir.

Rand'a göre tüm canlıların amacı hayatta kalmaktır⁷⁸. İnsanın diğer canlılardan farklı olan yönü, hayatta kalmak için yalnızca duyumlara değil, kavrayışa da sahip olmasıdır. Yalnızca duyumlara sahip canlılar, karşısına çıkan olaylara otomatik içgüdüsel tepkiler vermekte, karşılaştıkları zorluklar içgüdüleriyle üstesinden gelemeyecekleri boyuttaysa telef olmaktadır. Kavrayışa sahip insan ise zorlukların üstesinden gelmenin yolunu arar. Kavrayış, insanın akılcı bir canlı olduğunun göstergesidir. O hâlde insan, bir canlı olarak iki şekilde hayatta kalabilir: Ya diğer canlılar gibi aklını kullanmadan diğerlerinin hareketlerini tekrar ederek (Rand, bu tür bir yaşamı “parazit” olarak nitelendirir) ya da aklını kullanarak. Görüldüğü üzere Rand'da insanın kendine sahip oluşu ve aklını kullanarak rasyonel tercihler yapması ahlaki bir gereklilik olarak görülmüştür⁷⁹. Eylem özgürlüğü, insanın kendi potansiyelini gerçekleştirebilmesi için

⁷⁵ Rothbard: Eşitlikçilik, s.64; Rothbard: For A New, s.34; Yaman: s.111.

⁷⁶ Yaman: s.111.

⁷⁷ van der Vossen, Bas/Schmidtz, David: “The Problem of Self Ownership”, Social Philosophy and Policy. C. 36, S. 2, 2019, s.1.

⁷⁸ Rand, Ayn: Bencilliğin Erdemi, çev. Nejdet Kandemir, Plato Film Yayınları, İstanbul, 2006, s.28 (Bencilliğin); Rand, Ayn: Yeni Entelektüel İçin, çev. Orhan Düz ve Belkıs Dişbudak, Plato Film Yayınları, İstanbul, 2009, s.9-12. (Entelektüel)

⁷⁹ Rand, “Objektivist Etik”, içinde *Bencilliğin*.

elzemdir⁸⁰. Dolayısıyla ona göre bireyden ve onun aklını kullanarak yapacağı özgür seçimlerden yola çıkılarak bir felsefe kurulmalıdır⁸¹.

Rothbard'a göre ise insan doğası gereği özgürdür⁸². İnsanın özgür doğası ise kişinin kendisi üzerinde tam bir sahiplik hakkını gerektirir. Rothbard'a göre kişinin kendi bedenine tam olarak sahip olamadığı iki senaryo mümkündür: Ya bir grup kişi hem kendilerinin hem diğerlerinin mülkiyetine sahiptir ya da herkes herkesin bedeni üzerinde ortak bir mülkiyete sahiptir⁸³. İlk durum insanlar arasında bir altlık üstlük ilişkisi yaratacaktır ve insanın özgür doğasıyla uyumsuzdur⁸⁴. İkinci durumda ise kişinin hareket etmesi olanaksız hâle gelecektir çünkü her hareketinden önce tüm toplumun onayını alması gerekecektir⁸⁵. Dolayısıyla akla en yatkın seçenek herkesin kendi bedeni üzerinde tek başına ve tam sahipliğinin bulunmasıdır.

Rothbard'ın doğal haklarla gerekçelendirdiği öz mülkiyet teorisine öğrencisi ve sıkı takipçisi Hoppe yeni bir soluk getirmiştir. Hoppe, argümantasyon etiği olarak isimlendirdiği temellendirmesinde, karşılıklı önermeler ileri sürerek tartışan kişilerin liberteryen etik dışında herhangi bir fikri benimsemelerinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir⁸⁶. Şöyle ki, iki kişinin karşı karşıya gelip bir konu üzerinde tartışabilmeleri için her iki tarafın da önerme ileri sürebilme yetisine sahip olması gerekmektedir. Kişinin bir önerme ileri sürebilmesi için ise beyin, dil, ağız gibi organları

⁸⁰ Uyl, Douglas J./ Rasmussen, Douglas B.: "Ayn Rand on Rights and Capitalism", David Boaz (dü.) içinde, *The Libertarian Reader: Classic & Contemporary Writings from Lao-Tzu to Milton Friedman* (Boaz, David düz. içinde s.161-171), 1998, s.171.

⁸¹ Yaman: s.198.

⁸² Rothbard: *The Ethics*. Rothbard, bu savunusunu doğada kalan yapayalnız bir adam olan Crusoe tasviri üzerinden yapar. Bu tasvirde yalnız adam Crusoe boş bir zihin ve bedenle kendisini doğanın içinde bulur. Doğanın diğer bir parçası olan hayvanlarda istek ve ihtiyaçlarını tatmin etmek için gerçekleştirmeleri gereken eylemlerin bilgisi içsel olarak mevcut olsa da kendisi böyle içsel bilgileri haiz değildir. Dolayısıyla Crusoe, hem istek ve ihtiyaçlarının belirlenmesi hem de bunların sağlanması için uygun yolları *kendi* bulmak zorundadır. Bu zorunluluğun akabinde Crusoe, doğadaki el değmemiş kaynakları şekillendirerek ve değiştirerek başka şeyler üretebildiğini keşfeder. İşte Rothbard'ın "reason" olarak adlandırdığı bu seçebilme ve değiştirebilme özgürlüğü insanın doğasında vardır (Rothbard: *The Ethics*, s.29-31).

⁸³ Rothbard: *The Ethics*, s.45.

⁸⁴ Rothbard: *The Ethics*, s.45, 46.

⁸⁵ Rothbard: *The Ethics*, s.46.

⁸⁶ Didin: s.6.

yani kendi bedeni üzerinde tam bir mülkiyet hakkına sahip olması gerekmektedir. Bunun a priori şekilde kabul edilmesi zorunludur çünkü kişi, eğer kendi bedeni üzerinde tam bir mülkiyet sahibi olmasaydı önermeyi ileri süremeyecekti o yüzden tam sahipliği inkâr etmesi kişinin kendisiyle çelişmesine yol açacaktır⁸⁷.

Kürtaj meselesinin iki tarafı olan gebe ile fetüsün statüsünü belirlemek, problemin öz mülkiyet hakları çerçevesinde ele alınmasının zorunlu bir koşuldur. Gebenin insan olduğu açıktır, fakat fetüsün insan olup olmadığı tartışmalıdır⁸⁸. Fetüsün henüz bir insan olmadığını, gelecekte insan olma potansiyeline sahip bir canlı olduğunu ileri süren görüşlere katılmayan Block, fetüsün yaşayan bir insan olduğu düşüncesini şöyle ifade etmektedir:

“Fetüs potansiyel bir insan değildir, o gerçek bir insandır. Doğumdan hemen önce, altı ay önce, üç ay önce, üç hafta önce ve mantıken döllemeden hemen sonra fetüs bir insan hayatıdır, insandır”⁸⁹.

Wisniewski'nin çalışmaları ise fetüsün insan olma vasfıyla ilgili direkt bir görüş belirtilmese de Block ve Wisniewski, tartışmalarını insan sayılma kriterlerinden yürütmemişlerdir. Bunun yerine iki düşünür, fetüsün nasıl oluştuğunun yani rızayla girilen cinsel birleşme sonucu mu yoksa zora dayalı bir cinsel birleşme sonucu mu oluştuğunun kürtaj konusundaki önemini tartışmıştır. Block'a göre bu iki durum arasında bir fark yoktur. Ona göre cinsel birleşmenin ne şekilde meydana geldiği baba ile ilgilidir fakat kürtaj meselesi gebe ile fetüs arasındadır dolayısıyla fetüs ister tecavüz ister rızaya dayalı cinsel birleşme sonucu meydana gelsin aynı derecede insandır ve aynı haklara sahiptir. İnsan olma vasfı nedeniyle nasıl varlık bulunduğu fark etmeksizin fetüs, gebeliğin herhangi bir aşamasında ana rahminden tahliye edilebilir fakat kürtaj edilemez. Tecavüz sonucu meydana gelen fetüslerin öldürülebileceğini savunup diğerlerinin

⁸⁷ Hoppe, Hans-Hermann: The Economics and Ethics of Private Property, Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama, 2006, s.342 (The Economics).

⁸⁸ Örneğin Rand, fetüsü yalnızca potansiyel bir insan olarak görmekte ve saygı duyulması gereken asıl varlığın gerçek bir insan olan kadın olduğunu söylemektedir (Rand: The Voice, s.44).

⁸⁹ Block: Toward Abortion, s.1528.

öldürülmesine karşı çıkmak Block'a göre mantıklı bir temelden yoksundur⁹⁰.

Wisniewski bu noktada Block'tan farklı düşünmekte ve yaşam yanlısı görüşünü⁹¹ tecavüz durumunda bir kenara bırakmaktadır. Ona göre tecavüz durumunda kadın bir saldırıya uğramıştır ve fetüsü öldürmek dışında ondan kurtulmanın başka bir yolu yoksa onu öldürmesi mazur görülmelidir⁹². Tabii ki saldırgan olan fetüs değıldir, fetüs masum bir canlıdır ve gebenin onu rahminde tutması yaşam yanlısı görüşle daha uyumludur. Fakat Wisniewski böyle bir durumda gebenin fetüsü öldürmemesinin ancak *kusurlu bir görev (imperfect duty)* olarak görülebileceğini söyler. Çünkü Wisniewski, rızayla gerçekleştirilen cinsel birleşme sonucu meydana gelen bebeğe bakma yükümlülüğünü kadına yüklese de tecavüz durumunda kadın saldırıya uğramış olduğu için saldırıya uğrayan kadının fetüsü hayatta tutmayı reddetmesi hâlinde ona cezai yaptırım uygulanması için yeterli gerekçe bulamamaktadır⁹³. Kadın hâlâ bakmakla yükümlü olduğu fetüsü yaşatma görevine sahiptir fakat tecavüz durumu bu görevi sakatlar ve kusurlu bir görev hâline getirir.

Block ve Wisniewski arasındaki bu farklılık büyük oranda *davet argümanından (invitation argument)* kaynaklanmaktadır. Davet argümanı, Block'un verdiği şu örnekle açıklanabilir: A, B'yi uçağına davet ederse uçak kalkışa geçtikten sonra B'den atlamasını isteyemez. Buradan yola çıkılarak rıza ile cinsel ilişkiye girmiş bir kadının da fetüsü davet ettiği ve gitmesini isteyemeyeceği ileri sürülmektedir⁹⁴. Görüldüğü üzere fetüsün rızaya dayalı cinsel ilişki veya tecavüz sonucu oluşması davet argümanı açısından farklı sonuçlara yol açmaktadır. Rızasıyla cinsel ilişkiye giren

⁹⁰ Block: Toward Abortion, s.1528.

⁹¹ Wisniewski'nin ölümcül olmayan yolların mümkün olmaması hâlinde fetüsün ölümüyle sonuçlanabilecek bir tahliyenin yapılabileceğine dair tahliyecilik fikrini reddedişi, onun ayrılıkçılık görüşüne yaklaştığına da işaret etmektedir. Fakat hem ayrılıkçılığın daha yeni bir fikir olmasından hem de Block'un çalışmasında Wisniewski'nin saf yaşam yanlısı pozisyonda olduğunun ifade edilmesinden dolayı makalede Wisniewski yaşam yanlısı pozisyonla ifade edilmiştir. Bkz. Block: Rejoinder Abortion, s.4.

⁹² Wisniewski: Last Word, s.156.

⁹³ Wisniewski: Last Word, s.156. Bu bakış açısı Türk hukuk sisteminde de yer almaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun çocuk düşürmeyi konu alan 99. maddesinin 2. fıkrası tıbbi zorunluluğun olmadığı hâllerde suçun oluşması için gebeliğın onuncu haftasının geçmesini ararken, 99. maddenin 6. fıkrasında kadının mağduru olduğu bir suçtan dolayı oluşmuş bir gebelik söz konusuysa on haftalık süre yirmi haftaya çıkarılmıştır.

⁹⁴ Block: Evictionism, s.292.

kadın bu eylem sonucunda hamile kalabileceğini bilmekte yani fetüsü davet etmektedir. Tecavüzde ise rıza yoktur, davet de yoktur. Rızayla cinsel ilişkide fetüsün kadın tarafından davet edildiğini ve davet eden kadının tahliye edemeyeceğini savunan Wisniewski, bu nedenle tecavüz durumuna bir istisna getirmektedir.

Block ise davet argümanını birkaç farklı gerekçeyle doğru bulmamaktadır. Öncelikle, dünyanın geri kalmış bölgelerinde pek çok kadın hâlâ cinsel birlikteliğin gebeliğe yol açtığını bilmemektedir. Bu insanlar için fetüsü davet etme gibi bir durum söz konusu olamayacaktır. Benzer şekilde tecavüz durumunda da davet söz konusu olmayacaktır⁹⁵. Ayrıca cinsel birliktelik davet teşkil etse dahi bu davetin dokuz aylık bir süreyi kapsadığı iddia edilemez. Nasıl ki A, B’yi yemeğe davet ettiğinde onun dokuz ay kalması beklenemez ve A fikrini değiştirdiğini söylediği anda B artık hoş karşılanmazsa, kadının da fetüsü dokuz aylığına davet ettiği söylenemez⁹⁶.

Block ve Wisniewski arasında davet argümanı üzerinden yürütülen bir diğer tartışma da Amerikalı felsefeci Judith Jarvis Thomson’un (1929-2020) kemancı örneği⁹⁷ üzerinedir. Bu örnekte gözlerini açan kişi, kendisine baygın bir kemancının bağlanmış olduğunu görmektedir. Kemancı, dokuz aylık bir süre boyunca bu kişinin böbreklerine bağlı kalırsa hayata tutunabilecektir. Gözlerini açan kişinin kemancıyla arasındaki böbrek bağı kesip kesemeyeceği sorusu, gebenin kendi bedenini kullanan fetüsle arasındaki bağı keserek onu ölüme terk edip edemeyeceği sorusuna uyarlanmaktadır. Örnekteki kemancıya X, böbreğine bağlı olunan kişiye Y dersek, Wisniewski’ye göre Y, X’i davet etmişse yani böbreklerine bağlı olunan kişi kemancıyı kendisi davet etmişse artık ondan gitmesini isteyemez, aksi takdirde kendisine saldırı kastı olmayan birine saldırıda bulunmuş -onu öldürmüş- olur⁹⁸. Block ise akşam yemeği örneğini burada da tekrarlamakta ve Y’nin X’i davet etmesinin yani böbreklerine bağlanmasına izin vermesinin onu hayatının

⁹⁵ Block: Evictionism, s.293.

⁹⁶ Block: Evictionism, s.293; Block: Toward Abortion, s.1530.

⁹⁷ Thomson, Judith Jarvis: “A Defense of Abortion”, Philosophy & Public Affairs, C. 1, S. 1, 1971, s.1, 2.

⁹⁸ Wisniewski: Last Word, s.155.

geri kalanı boyunca dönemeyeceği bir yükümlülük altına sokmayacağını söylemektedir. Block'a göre böyle bir fikir sağduyuya aykırıdır⁹⁹.

Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda Block'a göre cinsel birleşme davet değil, olsa olsa bir *örtülü sözleşme (implicit contract)* olarak nitelendirilebilir¹⁰⁰. A, B'yi uçağa davet ettiğinde aralarında onu güvenle taşıyacağına dair örtülü bir sözleşme kurulur. Peki buna paralel olarak cinsel birleşme sırasında kadın ile henüz doğmamış fetüs arasında fetüsün hamilelik süresi boyunca taşınması ve doğurulmasını içeren bir örtülü sözleşme kurulur mu? Block'a göre bu örnek annelik paralellik göstermemektedir çünkü sözleşme için birden fazla taraf gerekmesine rağmen cinsel birleşme sırasında yalnızca tek taraf -kadın- mevcuttur. Bu aşamada fetüs var olmadığı için kadın ile fetüs arasında fetüsün hamilelik süresi boyunca taşınması ve ardından dünyaya getirilmesini içeren bir örtülü sözleşme kurulamaz¹⁰¹. Cinsel birleşmenin hamilelikle sonuçlanacağı bilgisine sahip olmayan ve tecavüze uğrayan kadınlar için de cinsel birleşmenin bir sözleşme teşkil edeceği argümanı gerçeği yansıtmayacaktır¹⁰². Çünkü sözleşmenin temel unsurlarından rıza mevcut değildir.

Wisniewski, Block'un Rothbard'ın *vaatler ve sözleşmeler (promises and contracts)* arasındaki ayırımından yola çıktığını ve gebenin, fetüsü davet ediyor olsa bile bu davetin açık uçlu bir yükümlülüğe yol açmayacağı düşüncesine ulaştığını ileri sürmektedir¹⁰³. Rothbard, yerine getirilmemesi hâlinde karşı tarafta somut bir zarara yol açmayacak olan sözleri vaat olarak nitelendirmiş ve vaatler ile sözleşmeler arasında bir ayırım yapmıştır. Sözleşmeye aykırılık hâlinde bir tarafın durumunda kötüleşme yaşanırken vaatlerin yerine getirilmemesi durumunda herhangi bir kötüleşme yaşanmamaktadır. Buna göre bir sözleşme yerine getirilmediğinde sözleşmeyi ihlal eden tarafa karşı savunma şiddeti uygulanabilirken yerine getirilmeyen vaatler karşısında savunma şiddeti

⁹⁹ Block: Round Four, s.5.

¹⁰⁰ Block: Evictionism, s.293.

¹⁰¹ Block: Evictionism, s.293.

¹⁰² Block: Round Three, s.11.

¹⁰³ Wisniewski: Round Three, s.4.

uygulanamayacaktır¹⁰⁴. Bu ayırım kürtaj meselesine uyarlandığında cinsel birleşmenin sözleşme teşkil ettiği durumda kadının fetüsü taşıyıp doğurmakla yükümlü olduğu, vaat teşkil ettiği durumda ise vaadi yerine getirmemesinin herhangi bir sorun doğurmayacağı sonucuna ulaşılabacaktır. Wisniewski'ye göre işler karmaşık hâle geldiğinde sözleşmeyi yalnızca bir vaat olarak adlandırmak kolayca kaçmaktır¹⁰⁵.

Wisniewski, Block'un cinsel ilişki anında fetüsün var olmadığından bahisle örtülü sözleşme kurulamayacağı argümanına da karşı çıkmaktadır ve sözleşmenin kurulduğu an için cinsel birleşme anının değil gebe kalma anının esas alınmasını önermektedir¹⁰⁶. Block bu son argümana cinsel birleşmenin kesin, gebe kalmanın muğlak bir olay olması sebebiyle katılmamaktadır. Cinsel ilişkiye girse de gebe kalamayan pek çok kadın vardır ve bu yüzden belirsiz bir an olan gebelik anı yerine gerçekleşmesi kesin olan cinsel ilişki anı sözleşme anı olarak kabul edilmelidir¹⁰⁷.

Liberteryenizmde farklı şekillerde temellendirilen öz mülkiyet ilkesi, onun korunmasını da gerektirmektedir. Kendi özgürlüğüne saygı duyulmasını talep eden bireyin kendisinin de başkalarının özgürlük alanına müdahale etmemesi gerekmektedir¹⁰⁸. İşte liberteryenizmde kişinin kendisi ve meşru biçimde elinde bulundurdukları üzerindeki mülkiyet hakkını koruyan ilke *saldırmazlık ilkesidir*.

2. 2. Block vs. Wisniewski: Saldırmazlık İlkesi

Herkesin öz mülkiyet hakkına sahip bireyler olduğu, özgürlük temelinde inşa edilmiş liberteryen bir tasavvurda bir sınırlama zorunluluğunun da gündeme gelmesi gayet tabiidir. Zira, rasyonel biçimde kendi yollarını seçen pek çok insanın çıkarlarının çatışmaması imkânsızdır. Böyle bir çatışma durumunda sükunetin sağlanabilmesi için statüsü yüksek grubun veya çoğunluğun çıkarı diğerlerine tercih edilerek uyumsuzluk

¹⁰⁴ Rothbard: The Ethics, s.81. Örneğin, karşı tarafa karşılıksız bir miktar para vereceğini vadeden kişi zamanı geldiğinde bu parayı vermezse bile karşı tarafın somut bir zararı olmaz dolayısıyla karşı taraftan gelecek savunma şiddeti artık liberteryen mülkiyet hakları çerçevesinde korunan bir meşru savunma değil, bir suç teşkil edecektir (Rothbard, The Ethics, s.81).

¹⁰⁵ Wisniewski: Round Three, s.4.

¹⁰⁶ Wisniewski: Round Three, s.4.

¹⁰⁷ Block: Round Three, s.12.

¹⁰⁸ Mack: s.2.

bastırılabilir. Fakat bu tür yöntemler liberteryenlerin fikriyatıyla taban tabana zıttır. Onlar, çatışmayı bastırmayla değil saldırmazlık ilkesiyle çözmektedirler. Saldırmazlık ilkesini Rothbard formüle etmiştir¹⁰⁹. Bu ilkeye göre kimse, başkalarının bedenine veya meşru olarak elinde bulundurdukları mülklere karşı müdahale başlatamaz ve şiddet uygulayamaz¹¹⁰. Dışarıdan gelen bir şiddet eylemine karşı kişi savunma amaçlı bir karşı şiddet kullanabilecektir. Böylesine bir savunma hakkının inkâr edilmesi, kişinin kendisi ve sahiplik kurduğu şeyler üzerindeki mülkiyet hakkını reddetmek anlamına gelecektir¹¹¹.

Savunma şiddetinin kapsamı ise kişiye yönelik başlatılan fiili veya doğrudan bir şiddet tehdidini içermektedir¹¹². Aksi takdirde kendisini dolaylı olarak zarara uğrattığından veya dolaylı bir tehdit içerdiğinden bahisle her türlü eylem karşı konulabilir ve yasaklanabilir hâle getirilme tehlikesi altında olacaktır¹¹³.

Saldırmazlık ilkesinin kapsamının belirlenmesindeki bir diğer önemli konu sözleşmeler ve vaatler arasındaki ayrımdır. Rothbard'a göre sözleşme, karşılıklı edimler içeren ve ifa edilmediği takdirde bir tarafı zarara uğratan ilişkidir. Örneğin bir borç ilişkisinde kişinin alacağını temin ettiği hâlde borcunu ödememesi karşı tarafta bir zarar meydana getirmektedir. Bu durumda borcunu ifa etmeyen taraf hırsızlık yapmış gibi muamele görmelidir ve alacaklı ona karşı savunma şiddetini kullanabilmelidir. Vaatlerin ise yerine getirilmemesi hâlinde kimse zarara

¹⁰⁹ Yaman: s.126.

¹¹⁰ Christmas: s.307, 308; Yaman: s.126. Saldırmazlık ilkesi ile ilgili daha detaylı bir çözümlenme için bkz. Erge: s.168-176.

¹¹¹ Rothbard: The Ethics, s.77.

¹¹² Rothbard: The Ethics, s.77, 78. Rothbard, kişinin saldırı içeren eyleme karşı kendini savunabilmesini "defensive violence" olarak adlandırmaktadır (Rothbard: The Ethics, s.77). Bu kavram, literatürde meşru müdafaa olarak da çevrilmiştir bkz. Erge: s.171.

¹¹³ Rothbard: The Ethics, s.78. Rothbard savunma şiddetinin kullanılabilirliği ve kullanılmayacağı birkaç farklı durum örneklemektedir. Örneğin, broşür dağıtımı, grev, sözlü eylem gibi barışçıl yollar kullanılarak gerçekleştirilen bir boykot eylemi, boykot edilen firmanın gelirinde kayda değer bir düşüş yaratsa dahi firmanın sahibi boykotçulara karşı kendini savunmak amacıyla şiddet kullanamaz. Eğer firma sahibi zarara uğradığından bahisle boykotçuları şiddet ile defetmeye yeltenirse bu savunma şiddeti değil, bir suç teşkil edecektir. Rothbard'ın verdiği diğer örnek alkol yasaklamaları üzerinedir. Savunma şiddetinin uygulanabilmesi için açık ve doğrudan bir tehdit gerekmektedir. Gelecekte sorunlara yol açabileceği gerekçesiyle alkolü yasaklamak bir saldırı niteliğindedir (Rothbard: The Ethics, s. 77, 78).

uğramamaktadır. Örneğin karşı tarafa belli bir süre içerisinde karşılıksız olarak bir miktar para vereceğini söyleyen kişi zaman geldiğinde o parayı vermezse karşı taraf varlığında bir eksilme yaşamayacaktır. O hâlde vaadin yerine getirilmemesi durumunda saldırmazlık ilkesi ihlal edilmemiştir¹¹⁴.

Rothbard'ın formüle ettiği saldırmazlık ilkesi, liberteryenizmin uyuşturucu kullanımı, fuhuş, yetişkin içerikleri tüketimi ve bireysel silahlanma gibi pek çok konuda özgürlükten yana bir tutum sergilemesine yol açmaktadır. Bu tür eylemlerin her ne kadar toplumun geniş kesimince uzun vadede yozlaşmaya yol açacağı gibi eleştiriler getirilebilse de liberteryen saldırmazlık ilkesi bir başkasının özgürlük alanına somut ve fiziksel bir güç kullanımı içermediği sürece eylemlerin yasallaştırılmasından yanadır. Herkes, kendi aklını kullanarak seçimler yapabilir ve kimsenin seçimi diğerine dayatılamaz. Hukukun yapması gereken bireyleri kendilerine uygulanan açık bir şiddetten korumaktır, onları belli ahlaki kalıplara uymaya zorlamak değildir¹¹⁵. Günün birinde bir insanı cinayete teşvik edebileceğinden hareketle şiddet içerikli filmleri yasaklamak insanın özgür iradesinin reddiyesidir¹¹⁶.

Bu noktada liberteryenlerin uyuşturucu kullanımı ve fuhuş gibi eylemlere ahlaki bir davranış niteliği atfetmediği gözden kaçırılmamalıdır. Liberteryenizmin çabası, herhangi bir hak ihlali içermeyen eylemlere hukuk tarafından yasal olarak müdahale edilmemesi gerektiği noktasındadır. Bir liberteryen uyuşturucu kullanımını ahlaki açıdan yanlış bulabilir hatta kınayabilir. Fakat bu eylemin ahlaki olmaması, devlet tarafından kısıtlama veya yasaklama getirilmesi için yeterli bir sebep değildir¹¹⁷.

Öz mülkiyet ve saldırmazlık ilkesinin birbirini içeren ve destekleyen doğaları gereği Block ve Wisniewski arasındaki kürtaj tartışmaları, kadının kendi bedeni üzerindeki öz mülkiyet hakkından yola

¹¹⁴ Rothbard: The Ethics, s.79. Bu durumda kişi, vaadi yerine getirmeyen kişiye karşı bir saldırıda bulunursa bu saldırmazlık ilkesi kapsamında korunan bir karşı şiddet değil, suç teşkil edecektir.

¹¹⁵ Rothbard: For A New, s.127.

¹¹⁶ Rothbard: For A New, s.128.

¹¹⁷ Feser, Edward: "Self-Ownership, Abortion, and the Rights of Children: Toward a More Conservative Libertarianism", Journal of Libertarian Studies, C. 18, S. 3, 2004, s.92; ayrıca bkz. Gordon, David, Yeni Başlayanlar İçin Rothbard, çev. Emre Didin, Liberus, İstanbul, 2024, s.112.

çıkılarak saldırmazlık ilkesi ekseninde yoğunlaşmıştır. Block, her ne kadar fetüsün kadın gibi insan olduğunu kabul etse de¹¹⁸ yaşamak için kadının vücuduna bağımlı olan fetüsün, kadın tarafından istenmediği durumda *izinsiz giren* olarak tanımlanması gerektiğini söylemektedir¹¹⁹. Kadın kendi vücudunun sahibidir ve burada istemediği bir varlığı tutmak zorunda değildir.

Block'a göre kadının cinsel birleşmeye rıza göstermesi hatta fetüsü ilk başta istemesi veya tecavüz sonucu cinsel birleşmeye zorlanması arasında hiçbir fark yoktur. Kadın fetüsü istemediği noktada fetüs artık *izinsiz girendir*¹²⁰. Block, istenmeyen fetüsün bu durumunu iki farklı örneğe dayandırır. İlk olarak bir kimsenin arazisine yabancı bir kişi girdiğinde arazi sahibi onu uyararak araziden çıkmasını isteyebilir. Kişi sorunsuzca çıkarsa problem hallolacaktır fakat kişinin araziden çıkmayıp saldırıya devam etmesi durumunda saldırmazlık ilkesinin ihlali söz konusu olacak ve mülk sahibi, saldırganı araziden çıkarana kadar şiddet kullanımını artırabilecektir¹²¹. Buradan hareketle Block, mülkiyet hakkına sahip olan kişinin saldırganı mülkünden çıkarmak için karşı şiddete başvurabileceğini ifade etmekte ve gebenin de kendi bedeninde istemediği bir fetüse karşı bu hakkını kullanabileceği sonucuna varmaktadır.

İkinci olarak Block, araziye giren ve orada kalmaya devam eden kişinin bilincinin kapalı olduğu bir senaryo tasvir eder. Bu durumda mülk sahibi, izinsiz gireni araziden çıkarabilmek için öldürmeye kadar varabilecek genişlikte bir karşı şiddet hakkına sahip olamayacaktır çünkü ihlalci ihlal etme kastına sahip değildir. Bu yüzden onu polisten yardım isteyerek çıkarmak gibi nazik yollarla uzaklaştırmayı deneyecektir. İşte Block'un tahliyecilik görüşünün kilit noktalarından birini oluşturan *mümkün olan en nazik şekilde (gentlest manner possible)* kavramının temeli burasıdır. Liberteryen etikte kişilerin yardıma muhtaç insanlara yardım etme gibi bir pozitif yükümlülükleri yoktur dolayısıyla mülk sahibi sırf bilinci yerinde değil diye arazisindeki bu kişiye bakmakla yükümlü değildir. Eğer izinsiz gireni arazisinde istemiyorsa ve kolluk kuvvetleri mevcut değilse onu *mümkün olan en nazik şekilde* uzaklaştıracaktır. Benzer şekilde kadın de karnındaki fetüsü istemediği takdirde mümkün olan en

¹¹⁸ Block: Toward Abortion, s.1528.

¹¹⁹ Block: Toward Abortion, s.1530.

¹²⁰ Block: Evictionism, s.290.

¹²¹ Block: Evictionism, s.291.

nazik kıstasına uygun olmak kaydıyla fetüsü rahminden uzaklaştırabilecektir¹²². Bu uzaklaştırma fetüsün -mümkün olan güncel tıbbi ve teknolojik gelişmeler göz önüne alındığında sonucu ölüm olsa bile-tahliyesi yoluyla yapılabilir fakat fetüsün direkt ölümünü içeren kürtaj yoluyla yapılamaz. Bu son husus, tahliyeciliği seçim yanlılarından ayıran husustur. Kısaca özetlemek gerekirse Block, fetüsün gebe tarafından istenmediği durumda bir izinsiz giren statüsünde olduğunu ve bu masum izinsiz girenin tıbbi tahliye ile gebenin bedeninden uzaklaştırılabileceğini kabul etmektedir.

Wisniewski, Block'a göre izinsiz girene karşı mülk sahibinin kullanacağı en nazik yöntemin öldürme olması hâlinde buna cevaz verileceği argümanının, liberteryenizmin ve saldırmazlığın *orantılılık (proportionality)* ölçütüyle bağdaşmayacağını düşünmektedir. Mülkiyet hakları önemlidir ama kişinin yaşamı daha önemlidir. Kişinin mülkiyetindekini korumak için karşısındakini öldürmesi orantılılığa aykırı olacak ve saldırmazlık ilkesini ihlal edecektir¹²³.

Block, Wisniewski'nin nezaket ve orantılılığı eşdeğer tutmasını hatalı bulmaktadır. Orantılılık, saldırmazlık ilkesinin değil cezalandırma sürecinin bir parçasıdır ve suç karşılığında verilecek cezanın suçla orantılı olması gerekliliğini ifade eder. Nezaket ilkesi ise savunma anıyla ilgilidir ve bu süreçte kişinin hareket alanı çok daha geniştir¹²⁴. Block, meşru savunma anında mülk sahibinin hareket alanını mümkün olduğunca geniş tutmakta ve şöyle bir örnek vermektedir: Bir kişi kendisine yumruk atılacağını gördüğünde mümkün olan en nazik şekilde yumruğu defetmek durumundadır fakat yumruğu engellemenin öldürmek dışında bir yolu yoksa -olay anının hararetinin de etkisiyle- karşı tarafın öldürülmesi nezaket ilkesiyle uyumlu olmaya devam edecektir. Aynı şekilde gebe de, hayati bir tehlike söz konusu olmasa dahi mülkiyetinde bulunan fetüsü mümkün olan en nazik yöntem ölümü içeriyorsa yaşamından mahrum bırakabilecektir¹²⁵.

¹²² Block: Evictionism, s.291.

¹²³ Wisniewski: Round Three, s.2. Burada fetüsün tahliye edilmesi sonucu ölümünün uygulanabilecek en nazik yöntem olduğu durumlardan bahsedildiği gözden kaçırılmamalıdır. Mümkün olan en nazik yöntem fetüsün başka şekillerle hayatta kalabilmesini sağlıyorsa tabii ki onun ölümüne yol açacak bir tahliye prosedürü saldırmazlık ilkesine aykırılık teşkil edecek ve suç oluşturacaktır.

¹²⁴ Block: Round Three, s.3; Block: Round Four: s.4.

¹²⁵ Block: Round Four, s.4, 5.

Wisniewski, tahliyecilik çözümünün reddiyesi için Block'un verdiği uçak örneğini biraz değiştirir. Block'un verdiği uçak örneğinde A, B'yi uçağına davet etmekte ve uçak kalkışa geçtikten sonra atlamasını istemektedir. Block, burada A ve B arasında örtülü bir sözleşme kurulduğundan bahisle A'nın bunu isteyemeyeceğini savunmuş, fakat bu örneğin kürtaja uygulanmasının problemlili olduğunu çünkü gebe ve fetüs arasında örtülü bir sözleşme bulunmadığını ileri sürmüştür. Wisniewski'nin değiştirilmiş örneğinde ise X, sarhoş Y'yi uçağına sürüklemekte, uçak kalkışa geçtiğinde ve Y'nin bilinci yerine geldiğinde ise ondan atlamasını istemektedir¹²⁶. Wisniewski'ye göre burada Y'nin rızası mevcut değildir dolayısıyla ilk uçak örneğinin aksine burada açık veya örtülü herhangi bir sözleşme kurulmamıştır. Uçak örneğinin bu versiyonu kürtaja uyumludur çünkü nasıl ki Block hamilelik durumunda gebenin fetüsü davet ettiğini düşünmüyorsa bu örnekte de X, Y'yi davet etmemiştir. Nasıl ki Block kadın ile fetüs arasında örtülü bir sözleşme olmadığını düşünüyorsa bu örnekte de X ve Y arasında örtülü bir sözleşme yoktur. Bu örnekte Y bilinçsizdir ve X tarafından uçağına bindirilmiştir. Yani X, nedensellik halkasının başlangıcıdır. Bilinçsiz Y'yi uçağına sürükleyerek nedensellik zincirini başlatan X, uçak kalkışa geçtikten sonra Y'yi ölümcül dış dünyaya atlamaya zorlayamayacaktır. Aynı şekilde gebe de fetüsün oluşmasının ilk nedeni olarak fetüsü, canlı kalamayacağı bir dış ortama atamayacaktır. Block argümanının seçim yanlısı görüşten ve direkt ölüme yol açan kürtajdan farklı olduğunu iddia etmektedir. Oysa onun görüşü, fetüsü hayatta kalamayacağı bir yere tahliye etmeyi içerdiğinden öldürmekle eşdeğerdir ve liberteryenizmin saldırmazlık ilkesine aykırılık teşkil etmektedir¹²⁷.

Block, Wisniewski'nin uçak örneği ile kürtaj arasındaki görünüşte paralelliliğin yanıltıcı olduğunu söylemektedir¹²⁸. Öncelikle örnekte X'in Y'yi sarhoş bir hâldeyken uçağına sürükleyerek Y'nin durumunu kötüleştirdiği görülmektedir ancak hamile kalan kadın fetüsün durumunu kötüleştirmemektedir. Fetüs hiç var olmamaktansa bir süre de olsa yaşamın tadına varmıştır ve varlık yokluktan yeğdir. O hâlde kadın fetüsün durumunu iyileştirmiştir. Öte yandan kadın fetüsü oraya gelmesi için zorlayarak saldırmazlık ilkesini de ihlal etmemiştir, fetüs orada

¹²⁶ Wisniewski: Child Abandonment, s.2.

¹²⁷ Wisniewski: Child Abandonment, s.2.

¹²⁸ Block: Rejoinder Abortion, s.4.

belirmiştir¹²⁹. Bu iki perspektiften bakıldığında X, Y'ye karşı saldırmazlık ilkesini ihlal etse de gebe fetüse karşı saldırmazlık ilkesini ihlal etmemiştir. Dolayısıyla Block'a göre Wisniewski'nin öne sürdüğü ilk neden argümanı geçersizdir.

Wisniewski, Block'un varlığın yokluktan iyi olması gerekçesiyle fetüsün var olarak durumunun iyileştiği argümanını hatalı bulur. Mevcut durumda fetüs, onu aldırma isteyen bir anneye sahip bilinçsiz bir varlıktır. Böyle bir varlığın varlığının yokluğundan iyi olduğu savunulamaz¹³⁰. Block'un fetüsün rahme girmeye zorlanmadığı çünkü zaten orada belirttiği argümanına karşı ise Wisniewski uçak örneğini bu argümana uyarlar. Bu sefer X'in Y'yi uçağa sürüklediği, Y'yi doğrudan uçağın içerisindeki laboratuvarında yarattığı bir senaryo tasvir eder. Nasıl ki fetüs kadının rahminde yaratılmışsa, Y de uçağın içerisinde yaratılmıştır. Wisniewski'ye göre fetüsün gebenin rahminden atılabileceğini söylemek bu örnekteki Y'nin uçaktan atılabileceğini söylemek kadar absürttür¹³¹.

SONUÇ

Liberteryenizm, üzerinde uzlaşma sağlanmış bir tanım olmayan fakat öz mülkiyet ve saldırmazlık ilkesine atfettiği değerle diğer görüşlerden ayrılan bir felsefi akımdır. Öz mülkiyet ilkesi herkesin kendi hayat yolunu seçebilmesine ve bu seçimi ışığında dilediği tercihleri yapabilmesine olanak tanır. Bunu mümkün kılabilmek için de kimsenin diğerinin özgürlük alanına müdahale etmemesini içeren saldırmazlık ilkesini kullanır. Öz mülkiyet ve saldırmazlık ilkesi kullanılarak oluşturulan özgürlük alanı, liberteryen düşünürlerin tartışmalı konularda saldırmazlık ilkesini ihlal etmeyen bireyleri, keyfi sınırlama ve yasaklamalardan korumalarını sağlamaktadır. Fakat liberteryen düşünürlerin her alanda aynı yönde düşündükleri ve en radikal görüşü savundukları fikri gerçeği yansıtmamaktadır. Her ne kadar öz mülkiyet ve saldırmazlık ilkesinde uzlaşılsa da bu ilkelerin sınırları üzerinde mutlak bir uzlaşmaya varılamamaktadır. Bunun tabii bir sonucu olarak birçok konu liberteryenizm hareketi içerisinde yer alan düşünürlerce tartışılmaktadır. Geçmişten günümüze en tartışmalı konulardan biri olan ve liberteryen camiada oldukça farklı biçimlerde yorumlanan kürtaj meselesi de bunlardan biridir ve makalede bu kesişim incelenmiştir.

¹²⁹ Block: Round Three, s.9.

¹³⁰ Wisniewski: Round Three, s.5.

¹³¹ Wisniewski: Last Word, s.158.

Liberteryenler arasında seçim yanlısı (kürtaj yanlısı) ve yaşam yanlısı (kürtaj karşıtı) olmak üzere iki geleneksel görüş ve ayrılıkçılık ve tahliyecilik olmak üzere iki yeni görüş bulunmaktadır. Bunlardan tahliyecilik, liberteryen etikten yola çıkarak seçim ve yaşam yanlısı görüşlerin bir karmasını oluşturmakta ve Block tarafından savunulmaktadır. Wisniewski ise yine liberteryen etikten yola çıkmakta fakat yaşam yanlısı ve tecavüz gibi istisnai durumlar hariç kürtaj karşıtı bir tutum sergilemektedir.

İkilinin öz mülkiyet ve saldırmazlık ilkesi eksenindeki tartışmaları davet argümanı, Thomson'un kemancı örneği ve nezaket prensibi etrafında şekillenmektedir. Düşünürlerin asıl ayrıştığı nokta ise öz mülkiyet ilkesinden ziyade saldırmazlık ilkesidir. Hem Block hem Wisniewski, fetüsün onu istemeyen gebenin bedeninde bir izinsiz giren teşkil ettiğinde ve bu bakımdan fetüsün gebeye karşı saldırmazlık ilkesini ihlal ettiğinde hemfikirdir. Fakat fetüs, her ne kadar saldırgan olsa da saldırı kastı olmadığı için masumdur ve bu nedenle mümkün olan en nazik şekilde uzaklaştırılmalıdır. Block için mümkün olan en nazik yol başka çarenin olmadığı durumlarda fetüsün ölümcül tahliyesini içerebilirken, Wisniewski için masum olan fetüsün ölümünü içeren bir hareket saldırmazlık ilkesinin ihlalini teşkil edecek ve liberteryen etiğe aykırı olacaktır.

Block'un tahliyecilik görüşü kapsamında tahliye ve kürtaj arasında yapılan ayrımın tıbbi teknolojilere bağlı olarak belirginleşmesi veya silikleşmesi bu görüşün ilerleyen yıllarda hem kadının mülkiyet hakkının hem de fetüsün yaşamının korunduğu, kürtaja alternatif bir yöntem olarak gündeme geleceği fikrini doğurmaktadır. Güncel gelişmeler altı aylık fetüslerin ana rahmi dışında yaşama şanslarının %50 olduğunu gösterirken ileriki zamanlarda bu sürenin gebeliğin daha da erken aşamalarına çekilebileceği öngörüldüğünde Block'un tahliyecilik görüşü daha da anlam kazanmaktadır. Zira fetüslerin daha erken evrelerde ana rahmi dışında hayata tutunabilmesiyle Blockçu anlamıyla tahliye ve kürtaj arasındaki makas iyice açılacak ve fetüslerin yaşaması için kürtajdan ziyade tahliye yöntemi tercih edilebilecektir.

Bu makale, hem liberteryenizm hakkında kısa bir panorama sunmakta hem de liberteryen düşüncenin öz mülkiyet ve saldırmazlık ilkesini merkezine alan karşılıklı tartışmalar temelinde kürtaj meselesini ele almaktadır. Bu tartışmalar, liberteryen etikten türeyen örnekler ve analogiler üzerinden işlenmektedir. Her ne kadar Block'un tahliyecilik görüşünün

bilinirliği az olsa da¹³² ileriki yıllarda gelişen teknolojilerle birlikte gündeme gelebileceği düşünülmektedir. Wisniewski'nin sunduğu karşı argümanlarla daha da zenginleştirilen bu görüş ve makale kapsamında ele alınan diğer liberteryen yaklaşımların bu konuda yürütülen tartışmalara farklı bir perspektif sunarak Türk literatürüne katkı sağlayacağı ve kürtaj meselesi üzerine yapılacak hukuki değerlendirmelere ilham olacağı umut edilmektedir.

KAYNAKÇA / BIBLIOGRAPHY

Akın, Ayşe: “Emergence of the Family Planning Program in Turkey”, Three Decades of Population Policies and Programs (W.C. Robinson ve J. A. Ross düz. içinde s.85-102), 2007.

Bakırezer, Güven: “Türkiye’de Sosyal Liberalizm”, Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce Cilt 7: Liberalizm (Tanıl, Bora/Gültekinil, Murat düz. içinde s.139-143), 2005.

Block, Walter E.: “Toward a Libertarian Theory of Abortion”, The Complete Libertarian Forum (Murray N. Rothbard düz. içinde s.1527-1532), 1977 (Toward Abortion).

Block, Walter E.: “Libertarianism vs. Objectivism: A Response to Peter Schwartz”, Reason Paper, C. 26, 2000, s.39-62 (Response Schwartz).

Block, Walter E.: “Rejoinder to Wisniewski on Abortion”, Libertarian Papers, C. 2, S. 32, 2010, s.1-9 (Rejoinder Abortion).

Block, Walter E.: “Response to Wisniewski on Abortion, Round Two”, Libertarian Papers, C. 3, S. 4, 2011, s.1-13 (Round Two).

Block, Walter E.: “Response to Wisniewski on Abortion, Round Three”, Libertarian Papers, C. 3, S. 37, 2011, s.1-21 (Round Three).

Block, Walter E.: “Rejoinder Wisniewski on Evictionism, Round Four”, FBIM Transactions, C. 2, S. 2, 2014, s.1-14 (Round Four).

Block, Walter E.: “Toward a Libertarian Theory of Evictionism”, Journal of Family and Economic Issues, C. 35, S. 2, 2014, s.290-294 (Evictionism).

Block, Walter E.: “Should Abortion be Criminalized? Rejoinder to Akers, Davies and Shaffer on Abortion”, FBIM Transactions, C. 2, S. 1, 2014, s.33-44 (Rejoinder to Akers).

¹³² Cesario, Anthony J.: “Block vs Feser et al. Debating Abortion: A Summary”, The Review of Social and Economic Issues, C. 2, S. 3, 2021, s.93.

Block, Walter E.: “Judith Jarvis Thomson on Abortion; a Libertarian Perspective”, DePaul Journal of Health Care Law, C. 19, S. 1, 2017, s.1-17 (Thomson on Abortion).

Block, Walter E.: “Evictionism: The Compromise Solution to the Abortion Controversy”, Studia z Historii Filozofii, C. 15, S. 1, 2021, s.57-66 (The Compromise).

Boaz, David: Libertarianism: A Primer, The Free Press, New York, NY, 1977.

Breborowicz, Grzegorz H.: “Limits of fetal viability and its enhancement”, Early pregnancy, C. 5, S. 1, 2001, s.49-50.

Butler, Eamonn: Klasik Liberalizm: Bir El Kitabı, çev. Arda Akçiçek, Liberte, Ankara, 2018.

Cesario, Anthony J.: “Block vs Feser et al. Debating Abortion: A Summary”, The Review of Social and Economic Issues, C. 2, S. 3, 2021, s.93-123.

Christmas, Billy: “Rescuing the Libertarian Non-Agression Principle”, Moral Philosophy and Politics, C. 5, S. 2, 2018, s.305-325.

Cunningham, F. Gary/Leveno, Kenneth J./Bloom, Steven L./Spong, Catherine Y./Dashe, Jodi S./Hoffman, Barabara L./Casey, Brian M./Sheffield, Jeanne S.: Williams Obstetrics, McGraw-Hill Education, New York vd., 2014.

Davies, Stephen/Yayla, Atilla: “Liberteriyenizme Tarihi ve Güncel Açından Kısa Bir Bakış”, Liberal Düşünce Dergisi, C. 16, S. 64, 2011, s.107-127.

Didin, Dilara Buket: “Fikri Mülkiyete Liberteriyen Bakış: Deontolojik ve Sonuçsalci Yaklaşımlar”, Liberal Düşünce Dergisi, S. 114, 2024.

Didin, Emre: “Hans-Hermann Hoppe’nın Argümantasyon Etiği ve Özel Hukuk Toplumu”, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 23, S. 3, 2024.

Doherty, Brian: Radicals for Capitalism, PublicAffairs, New York, NY, 2007.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

Erdoğan, Mustafa: “Liberalizm ve Türkiye’deki Serüveni”, Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce Cilt 7: Liberalizm (Bora, Tanıl/Gültekingil, Murat düz. içinde s.23-40), 2005.

Erge, Recep Ersel: “Anarko Kapitalist Toplum Kurgusu Bağlamında Devletin Sorgulanması”, Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, 2023.

Eryiğit Bader, Aynur: “Yahudilik, Hristiyanlık ve İslam’da Kürtaj”, Antakiyat/Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2019, s.116-141.

Feser, Edward: “Self-Ownership, Abortion, and the Rights of Children: Toward a More Conservative Libertarianism”, Journal of Libertarian Studies, C. 18, S. 3, 2004, s.91-114.

Freeman, Samuel: “Illiberal Libertarians: Why Libertarianism Is Not a Liberal View”, Philosophy & Public Affairs, C. 30, S. 2, 2001, s.105-151.

Friedman, David D.: “Law as a Private Good: A Response to Tyler Cowen on the Economics of Anarchy”, Economics & Philosophy, C. 10, S. 2, 1994, s.319-327.

Friedman, Mark D.: Libertarian Philosophy in the Real World: The Politics of Natural Rights., Bloomsbury Academic, UK, USA, 2015.

Gordon, Doris: “Abortion and rights: applying the Libertarian principles correctly”, International Journal of Sociology and Social Policy, C. 19, S. 3-4, 1999, s.96-126.

Gordon, David: Yeni Başlayanlar İçin Rothbard, çev. Emre Didin, Liberus, 2024.

Güler, Çağatay: Yeni Tıp Sözlüğü, Palme, Ankara, 2012.

Gündüz, Şinasi: “Dinler tarihi açısından kürtaj”, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, C. 24, 2012, s.16-19.

Güney Tunalı, Işıl: Hekimlerin Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu, Seçkin, İstanbul, 2015.

Hicks, Stephen C.: “The Right to Life in Law: The Embryo and Fetus, The Body and Soul, The Family and Society”, Florida State University Law Review, C. 19, S. 3, 1992 vd’den aktaran Karasaç, Eda Gülsüm: “Ceninin Yaşama Hakkı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 71, S. 3, 2022, s.1051-1097.

Hoppe, Hans-Hermann: Democracy: The God That Failed, Transaction Publishers, New Brunswick/New Jersey, 2001 (Democracy).

Hoppe, Hans-Hermann: The Economics and Ethics of Private Property, 2. baskı, Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama, 2006 (The Economics).

İlaldı, Helin Rojda: “Kadının Menfaati Bakımından Rahim Tahliyesi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2020, s.671-694.

Kayıhan, Şaban: Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler, Seçkin, Ankara, 2022.

Keskin, İçten: “Kürtaj tartışmaları ve feminizm”, Fe Dergi, C. 7, S. 1, 2015, s.86-95.

Kırlı, Özlem: Liberteryenizm. Liberte, Ankara, 2023.

Kinsella, Stephan: Legal Foundations of a Free Society, Papinian Press, Houston, 2023.

Mack, Eric: Liberteryenizm, çev. Büşra Sönmez, Liberte, Ankara, 2023.

Mcelroy, Wendy/Kaya Fırat, Ayşe: “Kürtaj: Ahlâkî Bir Bataklık”, Liberal Düşünce Dergisi, C. 67, 2012, s.7-9.

Metin, Sevtap: Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Narveson, Jan: The Libertarian Idea, Broadview Press, United States, 2001.

Özdemir, Fatma/Türkay, Mehtap: “Antalya’nın Bir Mahallesinde 15-49 Yaş Arası Kadınların İsteyerek Düşük ve Doğurganlık İle İlgili Bilgi Tutum ve Davranışları Üzerine Siyasetin Müdahalesi”, 16. Ulusal Halk Sağlığı Kongresi, 2013, s.220.

Özsunay, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul, Fakültelep Matbaası, 1979.

Öztan, Bilge: Şahsın Hukuku: Hakikî Şahıslar, Ankara, Turhan Kitabevi, 1997.

Parr, Sean: “Departurism and the Libertarian Axiom of Gentleness”, Libertarian Papers, C. 3, S. 34, 2011, s.1-18.

Pettker, Christian M./Turrentine, Mark A./Simhan, Hyagriv N.: “Limits of Viability”, Obstetrics & Gynecology, C. 142, S. 3, 2023, s.725-726.

Raico, Ralph/Yayla, Atilla: “Klâsik Liberalizm Nedir?”, Liberal Düşünce Dergisi, C. 64, 2011, s.69-73.

Rand, Ayn: Bencilliğin Erdemi, çev. Nejdet Kandemir, Plato Film Yayınları, İstanbul, 2006 (Bencilliğin).

Rand, Ayn: Yeni Entelektüel İçin, çev. Orhan Düz/Belkıs Dişbudak, Plato Film Yayınları, İstanbul, 2009 (Entelektüel).

Rand, Ayn: The Voice of Reason: Essays in Objectivist Thought, Meridian Book, 1990.

Rothbard, Murray N.: The Ethics of Liberty, New York University Press, New York & London, 1998 (The Ethics).

Rotbard, Murray N.: For a New Liberty, Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama, 2006 (For A New).

Rothbard, Murray N.: Eşitlikçilik: Doğaya Karşı İsyân, çev. Mustafa Acar, Liberte, Ankara, 2009 (Eşitlikçilik).

Sabancılar Eren, Sıla: “Toplumsal Cinsiyet, Kadın Bedeni ve Kürtaj Hakkı Üzerine Bir Değerlendirme”, Atatürk Üniversitesi Kadın Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 2, 2021, s.89-101.

Schwartz, Peter: Libertarianism: The Perversion of Liberty, The Intellectual Activist, New York, NY, 1986’dan aktaran Block, Libertarianism vs. Objectivism: A Response to Peter Schwarz, Reason Paper, 2000.

Scruton, Roger: A dictionary of political thought, Hill and Wang, New York, 1991.

Sert, Gürkan/Duran, Serkan/Görkey, Şefik: “Rahim Tahliyesi ve Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam Alınması İle İlgili Formların Tıp Etiği ve Hukuku Açısından İncelenmesi”, Türkiye Klinikleri J Med Law Hist Special Topic, C. 3, S. 3, 2017, s.139-144.

Şentürk Tur, Melike: “Kadının Üreme ve Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Çerçevesinde Gebeliğin Sonlandırılmasında Yasal Sürelerin Başlangıcı”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3, 2023, s.383-414.

Tabarrok, Alexander: “Abortion and Liberty”, Liberty for Woman: Freedom and Feminism in the Twenty-First Century (Wendy McElroy düz. içinde s.152-180) , Ivan R. Dee, Chicago, 2002.

Tacir, Hamide: “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, 2013, s.1301-1319.

Taner, Ahmet: “Çağdaş Liberalizmde Yol Ayrımı: Anarko Kapitalist Liberalizme Karşı Minimal Devletçi Liberalizm”, Liberal Düşünce Dergisi, C. 18, S. 69-70, 2013, s.227-243.

Taner, Ahmet/Yayla, Atilla: “Liberteryen Teoride Özgürlüğün ve Siyasetin Sınırları”, Liberal Düşünce Dergisi, C. 23, S. 90-91, 2018, s.7-52.

Thomson, Judith Jarvis: “A Defense of Abortion”, Philosophy & Public Affairs, C. 1, S. 1, 1971, s.47-66.

Uyumaz, Alper/Avcı, Yasemin: “Türk Hukuku’nda Gebeliğin Sonlandırılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2016, s.579-638.

Uyl, Douglas. J./Rasmussen, Douglas B.: Ayn Rand on Rights and Capitalism, The Libertarian Reader: Classic & Contemporary Writings from Lao-Tzu to Milton Friedman (David Boaz düz. içinde s.161-171), 1998.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: Türk Medenî Hukuku Cilt 1, Cüz 2: Şahsın Hukuku, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1963.

Wisniewski, Jakub Bozydar: “A Critique of Block on Abortion and Child Abandonment,” Libertarian Papers, C. 2, S. 16, 2010, s.1-4 (Child Abandonment).

Wisniewski, Jakub Bozydar: “Rejoinder to Block’s Defense of Evictionsim”, Libertarian Papers, C. 2, S. 37, 2010, s.1-7 (Rejoinder).

Wisniewski, Jakub Bozydar: “Response to Block on Abortion, Round Three”, Libertarian Papers, C. 3, S. 6, 2011, s.1-6 (Round Three).

Wisniewski, Jakub Bozydar: “Abortion, Libertarianism, and Evictionism: A Last Word”, Libertarian Papers, C. 5, S. 1, 2013, s.153-162 (Last Word).

Yaman, Seval/Tarhan, Belgin: Liberteryenizmin Felsefi Temelleri, Liberus, İstanbul, 2021.

Yılmazbilek, Merve: “Gönüllü Çocuksuzluk ve Kürtaj Tartışmalarına Feminist Bakış”, Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi, C. 6, S. 1, 2022, s.201-213.

Zareba, Kornelia/Herman, Krzysztof/Kolb-Sielecka, Ewelina/Jakiel, Grzegorz: “Abortion in Countries with Restrictive Abortion Laws-Possible Directions and Soutions from the Perspective of Poland”, Healthcare (Basel), C. 9, S. 11, 2021.

İnternet Kaynakları:

Banerjee, Asha: “The economics of abortion bans”, Economic Policy Institute, (<https://www.epi.org/publication/economics-of-abortion-bans/>, Erişim: 01.08.2024).

Center for Reproductive Rights, “European Abortion Laws: A Comparative Overview”, (https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2022/06/15381_CRR_Europe_V8.pdf, Erişim: 21.07.2024).

Center for Reproductive Rights, “The World’s Abortion Laws”, (<https://reproductiverights.org/maps/worlds-abortion-laws/>, Erişim: 21.07.2024).

Criminal Code of Malta, <https://legislation.mt/eli/cap/9/eng/pdf>, Erişim: 23.07.2024)

Çokar, Muhtar:” İsteyerek Düşük, Tıp Etiği ve Yasalar”, (<https://www.kahdem.org.tr/isteyerek-dusuk-tip-etigi-ve-yasalar/>, Erişim: 24.07.2024).

Erdoğan, Mustafa: “Eşit İlgi ve Saygı’nın Düşünürü Ronald Dworkin’in Ardından”, Liberal Düşünce Topluluğu, (<http://www.liberal.org.tr/sayfa/esit-ilgi-ve-sayginin-dusunuru-ronald-dworkinin-ardindan-mustafa-erdogan,250.php>, Erişim: 01.10.2024).

Guinness World Records: “Most Premature Baby”, (<https://www.guinnessworldrecords.com/world-records/67461-most-premature-baby>, Erişim: 30.07.2023).

Mehta, Samira: “Views on abortion differ not only among major religious traditions, but within each one”, Colorado Arts and Sciences Magazine, (https://www-colorado-edu.translate.google.com/asmagazine/2022/06/24/there-no-one-religious-view-abortion-scholar-religion-gender-and-sexuality-explains?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=tr&_x_tr_hl=tr&_x_tr_pto=tc, Erişim: 01.10.2024).

National Cancer Institute, (<https://www.cancer.gov/publications/dictionaries/cancer-terms/def/embryo#>, Erişim: 30.10.2024).

Oxford English Dictionary, (https://www.oed.com/dictionary/abortion_n?tab=meaning_and_use&tl=true#7152062, Erişim: 12.08.2024).

Strafgesetzbuch (StGB), (<https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/StGB.pdf>, Erişim: 23.07.2024).

Türk Dil Kurumu, “Güncel Türkçe Sözlük”, (<https://sozluk.gov.tr/>, Erişim: 12.08.2024)

KURUMSAL KURAM PERSPEKTİFİNDEN İNSAN HAKLARI VE ÖRGÜTSEL MEŞRUIYET: TOPLUMSAL SORUMLULUKLARIN SÜRDÜRÜLEBİLİR İŞ MODELLERİNE ETKİSİ

Derleme Makale

*Hasibe AYSAN**

ÖZET

Bu çalışma, insan hakları ve örgütsel toplumsal sorumlulukların kurumsal kuram perspektifinden incelenmesini amaçlamaktadır. Çalışma, özellikle insan hakları ve örgütsel meşruiyet arasındaki ilişkiyi ele alarak, örgütlerin sürdürülebilir iş modelleri geliştirmesinde bu kavramların rolünü incelemektedir. Kurumsal kuram çerçevesinde, örgütlerin sadece ekonomik ve teknik gerekliliklere değil, aynı zamanda toplumsal ve kültürel normlara da uyum sağlaması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu bağlamda çalışma, Türkçe literatürde henüz yeterince ilişkilendirilmemiş olan insan hakları ve örgüt çalışmaları alanlarını bir araya getirerek özgün bir kavramsal model sunmayı hedeflemektedir. Araştırma, örgütsel meşruiyet, toplumsal kabul, sosyal sorumluluk ve sürdürülebilirlik

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Ostim Teknik Üniversitesi, Uluslararası Ticaret ve Finansman Bölümü, **ORCID ID:** 0000-0001-6485-9824 **e-posta:** hasibe.aysan@ostimteknik.edu.tr, **DOI:** 10.69958/ihy.1578352

Makalenin Geliş Tarihi: 03.11.2024

Makalenin Kabul Tarihi: 16.12.2024

konularını küreselleşme süreci perspektifinden ele alarak, bu alanda yeni bir kavramsal model önerisi geliştirmektedir.

Anahtar kelimeler: Kurumsal Kuram, Örgütsel Meşruiyet, Sürdürülebilirlik, İnsan Hakları, Örgütsel Toplumsal Sorumluluk

HUMAN RIGHTS AND ORGANIZATIONAL LEGITIMACY FROM THE PERSPECTIVE OF INSTITUTIONAL THEORY: THE IMPACT OF SOCIAL RESPONSIBILITIES ON SUSTAINABLE BUSINESS MODELS

Review Article

ABSTRACT

This study aims to examine human rights and organizational social responsibilities from an institutional theory perspective. The research particularly focuses on the relationship between human rights and organizational legitimacy, investigating the role of these concepts in developing sustainable business models for organizations. Within the framework of institutional theory, it is emphasized that organizations must comply not only with economic and technical requirements but also with social and cultural norms. In this context, the study aims to present an original conceptual framework by bringing together the fields of human rights and organizational studies, which have not been adequately associated in Turkish literature. The research develops a new conceptual model proposal by addressing organizational legitimacy, social acceptance, social responsibility, and sustainability from a globalization process perspective.

Keywords: *Institutional Theory, Organizational Legitimacy, Sustainability, Human Rights, Organizational Social Responsibility.*

1. GİRİŞ

İnsan Hakları ve örgütlerin toplumsal sorumlulukları kavramlarını, örgüt kuramlarından biri ile ilişkilendirmek istediğimizde bunun için en uygun kuramlardan biri kurumsal kuram (institutional theory) olacaktır. Kurumsal kuram, örgütlerin sadece ekonomik ve teknik zorunluluklara göre değil, toplumsal ve kültürel normlara uygun şekilde işleyişlerini sürdürebilmek için hukuki, etik ve sosyal sorumluluklara da uyum sağlamaları gerektiğini savunur. Dolayısıyla özellikle insan hakları ve çalışan hakları gibi alanlardaki düzenlemeler, örgütlerin toplumsal meşruiyet kazanması için kritik öneme sahiptir.

Kurumsal kuram, rekabetçi ortamlarında başarılı olmak isteyen örgütlerin sadece teknik ve ekonomik zorunluluklar doğrultusunda değil, aynı zamanda buldukları toplumsal ve kültürel çevrenin normlarına ve değerlerine uygun şekilde işleyişlerini sürdürmeleri gerektiğini savunan bir örgüt kuramıdır. Bu yaklaşım, örgütlerin faaliyet gösterdikleri ortamın sosyal ve kültürel beklentilerine uygun davranmasını, varlıklarını sürdürebilmesi ve toplumsal meşruiyet kazanması açısından kritik olduğunu vurgulamaktadır.² Buna göre, örgütler, salt ekonomik rasyonalite ile değil, aynı zamanda toplumun etik, hukuki ve sosyal beklentilerine uyum sağlayarak varlıklarını sürdürür. Kurumsal kuramın bu temel anlayışı, insan hakları ve çalışan hakları gibi evrensel değerlere uyum sağlamanın örgütler açısından neden önemli olduğunu açıklamak için güçlü bir çerçeve sunabilir.

Kurumsal kuramın temelleri, örgütlerin çevresel normlara ve kültürel değerlere göre biçimlendiğini ve bu çevresel unsurların örgütlerin yapılarına, yönetim biçimlerine ve karar alma süreçlerine doğrudan etki ettiğini kabul eder. Bu bakış açısına göre, örgütler sadece içsel dinamikleri ve performansları ile değil, aynı zamanda çevresel baskılara, yasal düzenlemelere ve toplumsal beklentilere de uyum sağlamak zorundadır. Bu uyum süreci, örgütlerin toplumsal zeminde kabul görmeleri ve meşruiyet kazanmaları açısından hayati öneme sahiptir. Örgütlerin buldukları toplumlarda varlıklarını sürdürebilmesi için bu tür meşruiyet kazanımları kritik rol oynar.³ Bununla birlikte, bu uyum süreci, aynı alanda

² DiMaggio, Paul J./Powell, Walter. W.: "The Iron Cage Revisited Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields", *American Sociological Review*, 48(2), 1983, s. 147-160, s. 147.

³ Meyer, John W./Rowan, Brian: "Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony", *American Journal of Sociology*, 83(2), 1977, s. 340-363, s.346.

iş yapan örgütlerin zaman içinde birbirine benzemesi (isomorphism) sonucunu doğurur.⁴

Kurumsal kurama göre, örgütlerin başarıları yalnızca içsel etkinliklerinden değil, toplumsal ve kültürel çevreyle ne kadar uyumlu olduklarından da etkilenir. Diğer bir deyişle, örgütler, sadece kârlılık, piyasa payının artırılması veya performans odaklı kararlar almakla yetinmemelidir. Aynı zamanda, buldukları çevrenin kültürel ve sosyal normlarına uygun bir şekilde işleyişlerini sürdürebilmelidirler. Kurumlar, bu normlara uyum sağlayarak toplumda kabul görür ve bu da onların uzun vadede sürdürülebilirliklerini artırır.⁵ Örneğin, bir şirket faaliyet gösterdiği ülkede çalışan haklarına uygun bir çalışma ortamı sunamıyorsa, toplumda güvensizlik ya da örgütsel alanda eleştiriler artabilir ve bu durum bu şirket için meşruiyet kaybına yol açabilir. Bu bağlamda, örgütlerin işleyiş biçimlerinin sadece teknik yeterliliklerle değil, aynı zamanda toplumsal kabul ile de şekillendiği görülmektedir.⁶ Buna göre, toplumun etik, sosyal ve kültürel beklentilerine uyum sağlayan örgütler, rekabet avantajı elde etmekle kalmaz, aynı zamanda toplumda saygınlık ve buna bağlı olarak da uzun vadeli meşruiyet kazanırlar.

Kurumsal kuramın örgütler üzerindeki bu etkisi, özellikle küresel düzeyde faaliyet gösteren çok uluslu şirketlerde daha belirgindir. Farklı ülkelerde faaliyet gösteren bu şirketler, her bir ülkenin sosyal, kültürel ve hukuki normlarına uyum sağlamak zorundadır. Bu normlara uyum sağlamak, şirketlerin yerel topluluklarda kabul görmelerini ve meşruiyet kazanmalarını sağlar. Aksi takdirde, şirketler toplumsal baskılarla karşı karşıya kalabilir ve itibar kaybına uğrayabilirler.⁷

Kurumsal kuram, örgütlerin toplumsal sorumluluklarını yerine getirmelerinin önemini de vurgulayan bir kuramdır. Toplumsal sorumluluk, örgütlerin faaliyetlerini yürütürken toplumun beklentilerine, etik standartlara ve hukuki düzenlemelere uyum sağlama zorunluluğunu ifade eder. Özellikle insan hakları ve çalışan hakları gibi evrensel değerlere saygı gösterilmesi, örgütlerin toplumsal sorumluluklarının önemli bir

⁴ DiMaggio/Powel: s. 149.

⁵ Scott, W. Richard: *Institutions and Organizations: Ideas and Interests*, 3. Baskı, Sage Publications, Thousand Oaks, Los Angeles, CA, 2008, s. 45.

⁶ DiMaggio/Powel: s. 155.

⁷ Scott: s. 59.

parçasıdır. İnsan haklarına saygı duyan ve çalışanlarına adil bir çalışma ortamı sunan örgütler, toplumda daha olumlu bir imaj kazanabilir ve bu da onların uzun vadede sürdürülebilir bir iş modeli oluşturmasına katkı sağlayabilir.⁸ Bu bağlamda örgütsel toplumsal sorumluluk, örgütlerin toplumla olan ilişkilerini güçlendiren bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, işçi haklarına saygı duymayan bir şirket, kısa vadede kârlılık elde edebilir; ancak uzun vadede toplumsal baskılarla karşı karşıya kalacak ve meşruiyetini kaybedebilecektir.⁹

Örgütlerin toplumsal sorumluluklarını yerine getirmeleri, toplumsal meşruiyet kazanmalarına ve uzun vadeli başarı elde etmelerine önemli ölçüde katkı sağlar. Evrensel değerler olan insan hakları ve işçi haklarına saygı gösteren örgütler, toplum nezdinde daha olumlu bir imaj kazanarak sürdürülebilirliklerini pekiştirir. Kurumsal kuram çerçevesinde, örgütlerin yalnızca ekonomik rasyonaliteye dayalı kararlar almakla yetinmeyip, aynı zamanda toplumsal normlar ve kültürel değerler doğrultusunda hareket etmeleri gerektiği vurgulanmaktadır. Bu bağlamda, kurumsal kuram, örgütlerin toplumsal sorumluluklarının önemini açıklayarak, onların geniş bir paydaş grubuyla ilişkilerini ve toplumdaki konumlarını güçlendirme gerekliliğini ortaya koyan bir örgüt kuramı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışma ise, insan hakları ile toplumsal sorumlulukların örgütlerin işleyişine ve yapısal esnekliğine nasıl etki ettiğini, kurumsal kuram çerçevesinde açıklamayı hedeflemektedir. Kavramsal potansiyeline rağmen, Türkçe yazında birbiri ile bugüne kadar pek ilintilenmemiş bu iki çalışma alanının -insan hakları ve örgüt çalışmaları- bir arada kavramsallaştırılması bu çalışmanın temel hedefini oluşturmaktadır. Çalışmanın sonunda, insan hakları ve toplumsal sorumluluk çerçevesinde, örgütsel alanlarda sürdürülebilir iş modellerinin ortaya konulabilmesine yönelik bir kavramsal model önerisi geliştirilmek istenmektedir.

2. KURUMSAL KURAM ÇERÇEVESİNDE HUKUKİ DÜZENLEMELER VE MEŞRUIYET

Meşruiyet kavramı zaman zaman itibar ve statü kavramları ile karıştırılan, çoğu zamanda sadece yasal olma şeklinde düşünülen bir

⁸ Carroll, Archie B.: “The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders”, *Business Horizons*, 34(4), 1991, s.39-48.

⁹ Meyer/Rowan: s.145.

kavramdır. Örgütsel meşruiyet ise, kurumsal kuramda ve diğer örgüt kuramlarında ana kavramlardan birisi olarak yıllarca farklı araştırmacılar tarafından çokça çalışılmış bir kavramdır. Meşruiyet, bir araştırma kavramı olarak Weber (1930) ve Parsons'ın (1956) çalışmalarına kadar uzanmakta olup, örgüt ve yönetim araştırmalarının merkezinde yer almıştır (Deephouse ve diğerleri, 2017; Suddaby ve diğerleri, 2017). Bu anlamda, insan hakları ve örgütlerin toplumsal sorumluluklarını örgüt kuramları açısından açıklamaya girişmeden önce örgütsel meşruiyeti anlamak önemlidir.

2.1. Kurumsal Kuramda Meşruiyet Kavramı

Kurumsal kuramın, örgütlerin sadece içsel yapı ve işleyişlerine odaklanmakla kalmayıp aynı zamanda buldukları çevredeki normlara ve kurallara uyum sağlamak zorunda olduklarını savunduğu daha önce ifade edilmiştir. Bu kuram, örgütlerin yalnızca ekonomik performanslarının yeterli olmadığını, faaliyetlerini sürdürebilmek ve meşruiyet kazanabilmek için toplumsal normlara, hukuki düzenlemelere ve etik standartlara uygun hareket etmelerinin zorunlu olduğunu öne sürmektedir.¹⁰ Meyer ve Rowan, kurumsal kuramın temellerini atarken, örgütlerin sadece teknik verimlilik için değil, aynı zamanda toplumsal meşruiyet kazanmak için de belirli yapısal formları benimsediklerini hatta bu nedenle zaman içinde birbirlerine benzediklerini ileri sürmüşlerdir.¹¹ Dolayısıyla kurumsal kurama göre meşru olan, aynı zamanda diğerlerine benzeyen ve bu biçimde hayatta kalandır. Bu bağlamda, hukuki düzenlemeler, örgütlerin toplumsal meşruiyetini şekillendiren ve sürdüren önemli bir faktör olarak karşımıza çıkar.

Kurumsal kuramda kavramsallaştırılan hali ile örgütsel meşruiyet bir örgüt için kaynakların erişilebilirliğini artırırken, toplum tarafından anlaşılan ve kabul edilen uygulamaları nedeniyle, örgütü daha istikrarlı hale getirecektir. Ayrıca meşruiyet, örgütlere faaliyet gösterdikleri alanlarda rekabet avantajı sağlayabilmekte ve bu sayede örgütsel alandaki kurumsal çevrenin baskılarına daha kolay uyum sağlamalarına yardımcı olabilmektedir.

Kurumsal Kuramın ana kavramlarından biri olan meşruiyeti Suchman, 1995 yılında yayınladığı “Meşruiyetin Yönetimi: Stratejik ve

¹⁰ DiMaggio / Powel, s. 157.

¹¹ Meyer / Rowan, 1997 s. 45.

Kurumsal Yaklaşımlar” adlı makalesinde, “bir varlığın eylemlerinin, sosyal olarak inşa edilmiş normlar, değerler, inançlar ve tanımlar sistemi içinde arzu edilen, uygun veya uygun olduğuna dair genel algı veya varsayım” olarak tanımlar.¹² Örgüt çalışmalarının meşruiyet kavramına atıfta bulunan neredeyse tüm makalelerinin kullandığı bu tanımın da ifade ettiği üzere meşruiyet, örgütler için sadece yasal olmak ile alakalı değildir. Örgüt çalışmalarında meşruiyet, örgütler için aynı zamanda toplumsal kabul ve onay anlamına gelir, tüm bu kabul ve onay süreçleri ise pek çok farklı kaynak, kriter ve aktörden geçmektedir. Bu bağlamda, insan haklarına saygı ve toplumsal sorumlulukların yerine getirilmesi, örgütlerin meşruiyet kazanma sürecinin temel unsurları olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kurumsal kurama göre, meşruiyet kavramı tek boyutlu değildir. Kavramı derinlemesine çalışmış olan bir diğer örgüt kuramcısı Scott’a göre, meşruiyetin üç temel boyutu vardır. Bunlar; düzenleyici, normatif ve bilişsel meşruiyettir. Scott’ın tanımlamasına göre bu boyutlardan düzenleyici meşruiyet yasalara ve kurallara uygun olmayı ifade ederken, normatif meşruiyet örgütsel alanda hâkim olan standartlara uygun olmayı, örneğin meslek grupları için meslek odalarının belirlediği kıstasları sağlamayı ifade etmektedir. Daha önce tanımlanmış olan meşruiyet boyutlarından farklı olarak Scott, üçüncü bir boyut olarak bilişsel meşruiyeti, örgütün faaliyetlerinin ve yapısının, içinde bulunduğu toplumun kültürel normlarına ve değerlerine uygun olması yani kültürel uyum ya da bir örgüt veya uygulamanın, toplum tarafından kolayca anlaşılabilir ve öngörülebilir olması gibi çok katmanlı tanımlamıştır. Buna göre, bilişsel meşruiyet kazanmış örgütler, doğallık algısı taşırlar, yani toplum tarafından "doğal" veya "olması gereken" şekilde algılanırlar. Bu bağlamda, kurumsal kuramdaki bilişsel meşruiyet, örgütlerin ve uygulamaların sosyal gerçekliğin bir parçası olarak kabul edilmesini sağlar. Sonuçta da insanlar genellikle bilişsel meşruiyeti sorgulamaz; bu tür örgütler ve uygulamalar otomatik olarak kabul edilir.¹³

Türkçe akademik yazında da kurumsal kuramdaki meşruiyet kavramının örgütlere sağladığı faydalar üzerine kapsamlı araştırmalar yapılmıştır. Bu çalışmalar, meşruiyetin örgütsel yaşamın çeşitli yönlerini nasıl etkilediğini ortaya koymaktadır. Buna göre meşruiyet, öncelikle

¹²Suchman, Mark C.: “Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches”, *Academy of Management Review*, Vol. 20, No. 3, (Jul.), 1995, 571-610. s. 574.

¹³ Scott: s. 59-61.

örgütlerin hayati kaynaklara erişimini kolaylaştırarak temel bir avantaj sağlar. Özyılmaz ve Ölçer (2008)'in derledikleri çalışmalarında Özyılmaz'ın belirttiği üzere, meşru örgütler finansal ve insan kaynakları gibi kritik varlıklara daha rahat ulaşabilmektedir.¹⁴ Bu durum, örgütlerin faaliyetlerini sürdürmesi ve genişletmesi için gerekli zemini hazırlar. Meşruiyetin örgütlere bir diğer önemli katkısı, örgütlerin uzun vadeli sürdürülebilirliğini desteklemesidir. Koçak (2012)'ın bu konudaki araştırması, meşru örgütlerin daha uzun ömürlü olma eğiliminde olduğunu ortaya koymuştur.¹⁵ Bu bulgu, meşruiyetin örgütsel yaşam döngüsü üzerindeki olumlu etkisini ortaya koyan birçok çalışmadan sadece birisidir.

Öte yandan henüz ampirik olarak çalışmamış olsa da örgütsel meşruiyetin örgüte sağlayabileceği başka katkılar da mevcuttur. Örneğin, örgütlerin kriz durumlarıyla başa çıkma kabiliyetinin meşru örgütlerde daha fazla olacağı ve meşru örgütlerin krizlerden daha az etkilenerek daha hızlı toparlanacağı öngörülebilir. Yine meşruiyetin örgütsel inovasyon ve değişim süreçlerini kolaylaştırabileceği, meşru örgütlerde, yeni fikirlerin daha kolay benimsenip uygulanabileceği varsayılmaktadır. Meşruiyet aynı zamanda örgütlerin paydaşlarıyla olan ilişkilerini de olumlu yönde etkilemektedir. Meşru örgütler paydaşlarıyla daha güçlü ve olumlu ilişkiler kurarak, çevreleriyle uyumlu bir şekilde faaliyet gösterebilirler.

Tüm bu araştırmalar ve olası araştırma alanları, meşruiyetin örgütsel yaşamın hemen hemen her alanında olumlu etkileri olduğunu göstermektedir. Meşruiyet, örgütlerin kaynaklara erişiminden performanslarına, sürdürülebilirliklerinden inovasyon kabiliyetlerine kadar geniş bir yelpazede fayda sağlayabilecek belki de tek stratejik kaynaktır.

Örgüt çalışmaları ve kurumsal kuram için oldukça önemli bir kavram olan meşruiyeti, İnsan hakları ve toplumsal sorumluluklar bağlamında, Scott, tarafından tanımlanan temel üç boyut için şu şekilde ele alabiliriz:

¹⁴ Özyılmaz, Adnan: “Karmaşık Uyumcu Sistemler Olarak Organizasyonlar”, Güncel Yönetim ve Organizasyon Yaklaşımları, (Editör Özyılmaz, Adnan/Ölçer, Ferit), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008. s. 41.

¹⁵ Koçak, Akın: “Sürdürülebilir Rekabet İçin Pazarlamayı Yeniden Düşünmek”, Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Güz 2012, s. 61-84, s.73.

1. Düzenleyici Meşruiyet: Örgütlerin insan hakları ve çalışan haklarıyla ilgili yasal düzenlemelere uyumunu ifade eder.¹⁶

2. Normatif Meşruiyet: Örgütlerin toplumsal değerlere ve etik standartlara uygun davranmasını ve meslek odaları ve mesleki alanlarda profesyonellerin kabul ettiği insan hakları ve toplumsal sorumluluk ile ilgili kriter ve standartlara uygunluklarını ifade eder.

3. Bilişsel Meşruiyet: Örgütlerin insan haklarına saygılı ve toplumsal sorumlu davranışlarının bulunmasının toplum tarafından uygun, olağan, doğal ve olması gereken olarak algılanmasını ifade eder.

Bu çerçevede, örgütlerin insan haklarına saygı göstermesi ve toplumsal sorumluluklarını yerine getirmesi, sadece yasal bir zorunluluk (düzenleyici meşruiyet) değil, aynı zamanda etik ve mesleki bir gereklilik (normatif meşruiyet) ve toplumsal bir beklenti (bilişsel meşruiyet) olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öte yandan, Suddaby ve Greenwood, meşruiyetin dinamik bir süreç olduğunu ve zaman içinde değişebileceğini vurgular.¹⁷ Bu bağlamda, örgütlerin insan hakları ve toplumsal sorumluluklar konusundaki tutumları, toplumsal beklentilerin değişimine paralel olarak evrilmek zorundadır. Örneğin, geçmişte kabul edilebilir sayılan bazı çalışma koşulları, günümüzde insan hakları ihlali olarak değerlendirilmektedir. Sonuç olarak, kurumsal kuram perspektifinden meşruiyet kavramı, örgütlerin insan hakları ve toplumsal sorumluluklara yaklaşımını şekillendiren temel bir unsur olarak karşımıza çıkar. Örgütler, bu üç boyutlu meşruiyet anlayışı çerçevesinde, sadece yasal düzenlemelere uymakla kalmayıp, aynı zamanda toplumsal beklentilere ve etik standartlara da uygun davranarak sürdürülebilir bir iş modeli oluşturabilirler.

2.2. Hukuki Düzenlemelerin Örgütsel Meşruiyet Üzerindeki Etkisi

Hukuki düzenlemeler, örgütlerin meşruiyet kazanmasında kritik bir rol oynamaktadır. Daha önce de bahsedildiği üzere, Scott, kurumsal kuramda meşruiyetin üç temel bileşeninden bahseder: düzenleyici, normatif ve bilişsel meşruiyet. Hukuki düzenlemeler, bu üç bileşenden

¹⁶ Scott: s.59.

¹⁷ Suddaby, Roy/Greenwood, Royston: "Rhetorical Strategies of Legitimacy", *Administrative Science Quarterly*, 50(1), 2005, s. 35-67. s. 41.

düzenleyici boyutu temsil eder ve örgütlerin faaliyetlerini şekillendiren resmi kuralları ve yaptırımları içerir.¹⁸

Örgütler, hukuki düzenlemelere uyum sağlayarak toplumda "yasal" olarak kabul edilir ve faaliyetlerini sürdürme hakkı kazanırlar. Ancak Edelman ve Suchman hukuki düzenlemelerin sadece örgütleri etkilemediğini, aynı zamanda örgütler tarafından da şekillendirildiğini ileri sürmüşlerdir¹⁹. Bu karşılıklı etkileşim, hukuki düzenlemelerin ve örgütsel pratiklerin zaman içinde birbirine uyum sağlaması sonucunu doğurabilir. Bununla birlikte, Oliver ise, örgütlerin kurumsal baskılara karşı beş farklı stratejik yanıt verebileceğini öne sürmüştür. Bu stratejiler; uyum sağlama, uzlaşma ve uzlaşma aktörleri edinme, kaçınma veya uzak durma, meydan okuma ve manipülasyon şeklinde adlandırılmıştır.²⁰ Hukuki düzenlemeler bağlamında, örgütler genellikle bu stratejilerden hepsini benimseyebilecek iken, daha çok uyum stratejisi ile doğrudan meşruiyet kazanmaya yatkındırlar. Ancak Edelman, "Bright Air, Brilliant Fire" başlıklı çalışmasında sembolik uyum kavramını ortaya atarak, bazı örgütlerin hukuki düzenlemelere sadece görünüşte uyum sağladığını, ancak gerçekte eski uygulamalarını sürdürdüğünü ileri sürer.²¹ Törenselle uyum veya görünürde uyum olarak da dilimize çevrilmiş olan bu stratejik yaklaşım, Özen (2002), tarafından Türkiye'deki toplam kalite yönetimi uygulamalarını incelediği çalışmasında da irdelenmiş olup birçok Türk şirketinin toplam kalite yönetimi uygulamalarını benimsediğini iddia etmesine rağmen, bu uygulamaların çoğunlukla yüzeysel kaldığını ve gerçek örgütsel pratikleri değiştirmede ortaya koymuştur.²² Araştırmacılar, bu kavramı yani törenselle meşruiyeti, Türk örgütlerinin kurumsal baskılara ve modern yönetim uygulamalarına verdikleri tepkileri anlamak için kullanmışlardır. Meşruiyet kazanımı açısından, bu tarz törenselle benimsemeler, kısa vadede meşruiyet sağlayabilir ancak uzun

¹⁸ Scott: s.62.

¹⁹ Edelman, L. B., & Suchman, M. C.: "The legal environments of organizations". Annual review of sociology, 23(1), 1997, s. 479-515, s. 500.

²⁰ Oliver, Christine: "Strategic responses to institutional processes", Academy of Management Review, Vol. 16 No. 1, 1991, s. 145-179, s. 152.

²¹ Edelman, Gerald Maurice: Bright Air, Brilliant Fire. Basic Books, New York, 1992, s.56.

²² Özen, Şükrü: "Toplam Kalite Yönetiminin Türkiye'de Yeniden Kurgulanması: Koşulbağımlı Türdeşleşme Tezinin Bir Testi", Amme İdaresi Dergisi, C. 35, S.1, 2002, s.105-142. s.108.

vadede örgütün itibarına zarar verebilir. Ayrıca sürdürülebilir olması ve örgüt için sürdürülebilir bir fayda sağlaması da mümkün görünmemektedir.

Küreselleşme süreciyle birlikte, örgütlerin sadece ulusal değil, uluslararası hukuki düzenlemelere de uyum sağlaması gerektiği anlaşılmıştır. Kostova ve Zaheer, çok uluslu şirketlerin (ÇUŞ) farklı kurumsal çevrelerde meşruiyet kazanma zorluklarını inceleyerek, bu şirketlerin hem küresel hem de yerel düzeyde meşruiyet kazanmak için çaba göstermeleri gerektiğini vurgulamışlardır. Buna göre yazarlar, ÇUŞ'ların faaliyet gösterdikleri her ülkede farklı kurumsal çevrelerle karşı karşıya kaldıklarını ve bu durumun meşruiyet kazanma sürecini oldukça karmaşık hale getirdiğini vurgulamışlardır. ÇUŞ'lar hem küresel düzeyde hem de faaliyet gösterdikleri her ülkede ayrı ayrı meşruiyet kazanmak zorunda olduklarından, farklı ve bazen de birbiri ile çelişen kurumsal baskılarla başa çıkmak durumundadırlar.²³ Global ölçekte meşruiyet kazanma serüvenini ele alan bu temel çalışmada, yazarlar ülkelerin farklı birer "meşruiyet eşiği" ne sahip olduğunu ve ÇUŞ'ların faaliyet gösterdikleri her ülkede bu eşiği aşmak zorunda oldukları belirtilmiştir. Buna göre, ÇUŞ'lar sadece dış çevrede değil, kendi iç organizasyonlarında da meşruiyet kazanmak zorunda kalırlar. Bu durum, merkez ile ona bağlı kuruluşlar arasındaki ilişkileri doğrudan etkilemektedir. Ayrıca bir ülkede kazanılan meşruiyet diğer ülkelere transfer edilebileceği gibi, bazen de bir ülke de meşru olmanın başka bir ülke de meşruiyeti garanti etmeyeceği sonuçları açıklanmıştır.

ÇUŞ'lar bu karmaşık meşruiyet baskılarıyla başa çıkmak için çeşitli stratejiler geliştirmelidirler. Kostova ve Zaheer, bu stratejileri yerel uyum, küresel entegrasyon ve transnasyonel yaklaşımlar olarak adlandırmışlardır. Esasen bu stratejiler daha önce Oliver tarafından geliştirilen stratejilere benzemekle birlikte küresel ölçekte karmaşık meşruiyet süreçlerini açıklamada ilk kavramlar olarak karşımıza çıkmışlardır. Meşruiyet kazanma sürecinin statik değil dinamik bir süreç olduğunu belirten Kostova ve Zaheer, ÇUŞ'ların sürekli olarak değişen kurumsal çevrelere uyum sağlamak zorunda olduklarını ifade etmişlerdir.²⁴ Bu çalışma, ÇUŞ'ların meşruiyet kazanma süreçlerini

²³ Kostova, Tatiana/Zaheer, Srilata: "Organizational legitimacy under conditions of complexity: The case of the multinational enterprise", *Academy of Management Review*, 24(1), 1999, s. 64-81, s. 64.

²⁴ Kostova /Zaheer, s. 68.

anlamak için önemli bir teorik çerçeve sunmuş ve sonraki araştırmalara temel oluşturmuştur.

Birleşmiş Milletlerin "İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri" uluslararası standartları, örgütlerin insan hakları konusundaki sorumluluklarını belirtmekte ve küresel düzeyde meşruiyet kazanmalarında önemli bir rol oynamaktadır. Bu rehber ilkeler, devletlerin insan haklarını koruma görevini, şirketlerin insan haklarına saygı gösterme sorumluluğunu ve ihlaller durumunda mağdurların etkili çözüm yollarına erişimini vurgulayan üç temel unsur üzerine inşa edilmiştir. Bu ilkeler, şirketlerin faaliyetlerinin insan hakları üzerindeki potansiyel ve mevcut etkilerini belirlemelerini, bu etkileri önlemelerini, azaltmalarını ve hesap verebilir olmalarını öngörmektedir.²⁵

Örgütler için bu ilkelere uyum sağlamak, küresel düzeyde meşruiyet kazanmada kritik bir rol oynayabilir. Çünkü bu ilkeler, şirketlerin sadece ekonomik değil, aynı zamanda sosyal ve etik standartlara da uygun hareket etmelerini gerektirmektedir. Bu durum, şirketlerin farklı paydaş grupları (yatırımcılar, tüketiciler, sivil toplum örgütleri, hükümetler) nezdinde meşruiyet kazanmalarına yardımcı olmaktadır. Bu durum da meşruiyet kazanma sürecine kurumsal kuramcı bakış açısını destekler niteliktedir. İnsan hakları ihlalleri, şirketler için ciddi itibar ve finansal riskleri beraberinde getirebilir. Bu ilkelere uyum sağlamak, şirketlerin bu riskleri minimize etmelerine ve uzun vadeli sürdürülebilirliklerini artırmalarına olanak tanıyabilecektir.

Hukuki düzenlemeler statik değildir; zaman içinde toplumsal değerlerin ve beklentilerin değişimine paralel olarak evrilebilirler. Bu bakış açısı ile Suddaby ve Greenwood (2005) da meşruiyetin dinamik bir süreç olduğunu ve zaman içinde değişebileceğini vurgulamışlardır.²⁶ Bu bağlamda, örgütlerin sürekli olarak değişen hukuki çevreye de adapte olmaları gerekir. Örneğin, çevre koruma ve sürdürülebilirlik konularındaki hukuki düzenlemeler bundan yirmi sene önce neredeyse hiç bulunmuyor iken, son yıllarda giderek artmış ve yaptırımlar da sıkılaştırmıştır. Dolayısıyla örgütlerin bu kurallara ve bunların toplumsal yansımalarına da adapte olmaları meşruiyet kazanmaları için önem kazanmıştır. Çok daha eski bir çalışmada Hoffman, 1999 yılında ABD kimya endüstrisinin

²⁵ Ruggie, John Gerard: Just Business: Multinational Corporations and Human Rights. W.W. Norton & Company, 2013, s. 10-11

²⁶ Suddaby/Greenwood: s.43.

çevresel düzenlemelere adaptasyon sürecini incelemiş ve örgütlerin zaman içinde bu düzenlemeleri nasıl içselleştirdiğini ve hatta bazı durumlarda yasal gerekliliklerin ötesine geçtiklerini göstermiştir.²⁷ Dolayısıyla örgütler bazen de hukuki düzenlemeleri yürüten ana aktörler olarak örgütsel alanları yönlendirebilirler. İnsan Hakları düzenlemeleri açısından, örgütlerin bu gücü, ülkelerce kullanılabilir.

Hukuki düzenlemeler, örgütlerin iç yapısını ve uygulamalarını da şekillendirir. Edelman iş hukuku alanındaki düzenlemelerin örgütlerin insan kaynakları departmanlarının gelişimini nasıl etkilediğini inceleyen öncül çalışmasında, iş hukuku ve eşit istihdam fırsatları gibi yasal düzenlemelerin, örgütlerin insan kaynakları uygulamalarını nasıl değiştirdiğini ve bu departmanların yapısını nasıl dönüştürdüğünü ele almıştır.²⁸ Özellikle, hukuki düzenlemelerin insan kaynakları departmanlarının önemini artırdığını ve örgütlerin bu departmanları daha kurumsal ve profesyonel hale getirmeye yöneldiğini öne sürmüştür. Bu süreçte, insan kaynakları departmanlarının yasal uyumluluk sağlama ve işgücüyle ilgili riskleri yönetme gibi yeni roller üstlenmeye başladığını ifade etmiştir.²⁹ Benzer şekilde, Dobbin ve Sutton, ABD'deki istihdam eşitliği yasalarının örgütlerin personel uygulamalarını nasıl değiştirdiğini göstermişlerdir.³⁰ Anlatılan bu değişimler, örgütlerin sadece yasal yükümlülüklerini yerine getirmekle kalmayıp, aynı zamanda bu uygulamaları meşruiyet kazanmanın bir aracı olarak kullandıklarını göstermektedir. Çünkü yaygın etkiler dikkate alınarak adımlar atılmıştır. Benzer biçimde birçok örgüt, çeşitlilik ve kapsayıcılık programlarını sadece yasal zorunluluklar nedeniyle değil, aynı zamanda toplumsal beklentilere cevap vermek ve meşruiyet kazanmak için de uygulamaktadırlar.

Örgütlerin hukuki düzenlemelere uyum sağlamakla yetinmeyerek, bunun ötesine geçmeleri ve başka bir deyişle proaktif meşruiyet stratejileri benimsemeleri başka çalışmalarda da ele alınmıştır. Örneğin, Scherer ve

²⁷ Hoffman, Andrew J.: "Institutional Evolution and Change: Environmentalism and the U.S. Chemical Industry." *The Academy of Management Journal*, vol. 42, no. 4, 1999, s. 351-371, s. 355.

²⁸ Edelman: s. 59-60.

²⁹ Edelman: s. 59-60.

³⁰ Dobbin, Frank, and John R. Sutton. "The Strength of a Weak State: The Rights Revolution and the Rise of Human Resources Management Divisions." *American Journal of Sociology*, vol. 104, no. 2, 1998, s. 441-476, s. 441.

Palazzo, örgütlerin politik kurumsal sosyal sorumluluk kavramı çerçevesinde, toplumsal sorunların çözümünde aktif rol alarak meşruiyet kazanabileceğini öne sürmüştür.³¹ Bu bağlamda, örgütler sadece mevcut hukuki düzenlemelere uymakla kalmaz; aynı zamanda gelecekteki düzenlemeleri öngörerek, hatta onları şekillendirerek hareket ederler. Örneğin, bazı şirketler, henüz yasal bir zorunluluk olmamasına rağmen, karbon emisyonlarını azaltma taahhüdünde bulunarak hem çevresel sorumluluklarını yerine getirmekte hem de gelecekteki olası düzenlemelere hazırlanmaktadır. Böylece toplumsal beklentileri okuma yetilerini de göstererek meşruiyet zeminlerini genişletmektedirler.

Daha önce de ifade edildiği üzere, İnsan hakları ve çalışan hakları gibi evrensel değerlerin korunmasına yönelik düzenlemeler, örgütlerin toplumda kabul görmesi için uyum sağlamak zorunda oldukları temel unsurlardan bazılarıdır. Wettstein, kurumsal sosyal sorumluluk ve insan hakları arasındaki ilişkiyi incelediği çalışmasında, insan haklarına saygının örgütlerin meşruiyeti için giderek daha önemli hale geldiğini vurgulamıştır.³² Çalışan hakları bağlamında, örgütlerin adil çalışma koşulları sağlaması, ayrımcılığı önlemesi ve çalışanların sağlık ve güvenliğini koruması ve çeşitliliği teşvik etmesi gibi konular hem yasal yükümlülükler hem de toplumsal beklentiler haline gelmiştir. Matten ve Moon, bu tür uygulamaların örgütlerin açık yani örtük olmayan kurumsal sosyal sorumluluk faaliyetleri olarak görülebileceğini ve meşruiyet kazanmada önemli rol oynadığını belirtmişlerdir.³³

2.3. Hukuki Düzenlemeler ve Örgütsel Meşruiyet Arasındaki İlişkinin Eleştirel Analizi

Kurumsal kuram açısından bakıldığında, hukuki düzenlemelere uyumun her zaman tam bir meşruiyet sağlamayabileceği unutulmamalıdır. 2008 yılında çıkardıkları çalışmalarında Deephouse ve Suchman,

³¹ Scherer, A.G. and Palazzo, G.: “The New Political Role of Business in a Globalized World: A Review of a New Perspective on CSR and Its Implications for the Firm, Governance and Democracy”, *Journal of Management Studies*, 48, 2011, s. 899-931, s. 911.

³² Wettstein, Florian: “CSR and the Debate on Business and Human Rights: Bridging the Great Divide.” *Business Ethics Quarterly* 22.4, 2012, s. 739–770, s. 743.

³³ Matten, Dirk, and Jeremy Moon: “‘Implicit’ and ‘Explicit’ CSR: A Conceptual Framework for a Comparative Understanding of Corporate Social Responsibility.” *The Academy of Management Review*, vol. 33, no. 2, 2008, s. 404–424, s. 409.

meşruiyetin farklı kaynaklardan gelebileceğini ve sadece yasal uyumun yeterli olmayabileceğini vurgulayarak yazındaki bu görüşü desteklemiştir.³⁴ Buna göre, örgütler, hukuki düzenlemelere tam olarak uysalar bile, toplumun diğer kesimlerinden gelen beklentileri karşılayamadıkları takdirde meşruiyet sorunları yaşayabilirler. Ayrıca bazı durumlarda hukuki düzenlemeler ile toplumsal beklentiler arasında bir uyumsuzluk da olabilir. Bu gibi durumlarda, örgütlerin yaşadığı süreç daha da karmaşıklaşacak ve meşruiyet değerlendirmesi zorlaşacaktır. Örgütlerin yaşayabileceği bu tarz durumlar örgüt yazınında, meşruiyet karmaşası olarak adlandırılmış olup, alanın en eski akademisyenlerinden biri olan Selznick tarafından 1949 yılında yayımlanan "The TVA and the Grass Roots" adlı çalışmada ilk kez tanımlanmıştır.³⁵ Meşruiyet karmaşası sürecinde örgütlerin; bir yandan etkinlik ve verimlilik gibi içsel hedeflere ulaşmaya çalıştıkları, diğer yandan da dış çevrenin toplumsal ve kurumsal beklentileriyle uyum sağlamaya çalıştıkları; kısacası bu iki zorunluluk arasında kaldıkları anlatılmıştır.³⁶ Meşruiyet karmaşasına daha sonraki yıllarda da kuramsal yaklaşımlar geliştiren diğer araştırmacılar, meşruiyet kavramını kurumsal kuramın merkezine alarak, örgütlerin sembolik uyumluluk ve yapısal uyumsuzluk gibi sorunlarla karşılaşabileceğini ifade etmişlerdir.³⁷ Sonuç olarak, kurumsal kuram çerçevesinde hukuki düzenlemeler ve meşruiyet arasındaki ilişki, örgütlerin sadece yasal yükümlülüklerini yerine getirmekle kalmayıp, aynı zamanda toplumsal beklentilere de cevap vermesi gerektiğini gösteren, bununda sürekli değişen koşullar, düzenlemeler ve beklentiler nedeniyle karmaşık ve çelişkili bir süreç olduğu şeklinde ifade edilebilir. Bu süreç, örgütlerin sürekli olarak değişen kurumsal çevreye uyum sağlamasını ve proaktif stratejiler geliştirmesini, iç dinamiklerini korurken esnekliği de elden bırakmamasını gerektirir. İnsan hakları ve çalışan hakları gibi evrensel değerlere saygı gösteren, çevresel sorumluluklarını yerine getiren ve toplumsal sorunların çözümünde aktif rol alan örgütler, yasal uyumun ötesine geçerek, daha güçlü bir meşruiyet kazanabilir ve uzun vadede sürdürülebilir bir başarı elde edebilir. Daha önce açıklanan stratejilerden

³⁴ Deephouse, D./Suchman, M.: "Legitimacy in organizational institutionalism". The Sage Handbook of Organizational Institutionalism, 2008, s. 49-77, s. 56.

³⁵ Selznick, Philip: TVA and the Grass Roots; A Study in the Sociology of Formal Organization, University of California Press. Berkeley and Los Angeles, 1949, s. 47-64.

³⁶ Selznick: s. 36.

³⁷ Meyer/Rowan: s. 356.

manipülasyon bile, örgütlerin rol model olduğu sınırdaki karbon düzenlemesi gibi alanlarda uygulanabilir.³⁸

Araştırmanın müteakip bölümü, örgütsel meşruiyet kavramını insan hakları perspektifinden ele alarak derinlemesine irdelenecektir.

3. İNSAN HAKLARINA SAYGI VE ÖRGÜTLERİN TOPLUMSAL MEŞRUIYETİ

İnsan haklarına saygı, modern örgütlerin toplumsal kabul ve meşruiyet kazanmasında temel bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsan haklarına uygun hareket eden örgütler, toplumda saygınlık kazanmakta ve bu saygınlık, onların uzun vadede başarılı ve sürdürülebilir bir iş modeli oluşturmalarına katkıda bulunmaktadır. Bu bölümde toplumsal kabul kavramından yola çıkarak örgütsel meşruiyet ile insan hakları ve çalışma hakları kavramlarının ilintisine değinilecektir.

3.1. İnsan Haklarına Uygunluk ve Toplumsal Kabul

İnsan haklarına saygı, örgütlerin toplumsal meşruiyetini artıran ve onların faaliyetlerine yönelik toplumun desteğini kazanmalarını sağlayan kritik faktörlerden biridir. İnsan hakları, sadece bir hukuki zorunluluk değil, aynı zamanda bir etik sorumluluk olarak kabul edilmektedir. Kurumsal kuram bakış açısına göre, kurumsal sosyal sorumluluk piramidinde (bu piramidin dört katmanı şunlardır: 1-Ekonomik Sorumluluklar (karlı olmak, pazar payını artırmak gibi), 2- Yasal Sorumluluklar (yasalara ve kurallara uymak gibi), 3- Faaliyetlerinde etik kurallara uymak (uygulamaların adil ve dürüst olması, ahlaki kurallara uygunluk gibi), 4- Hayırseverlik Sorumlulukları (gönüllü çalışmalarda bulunmak, kültür faaliyetlerine katılmak gibi) etik sorumlulukların yasal yükümlülüklerin ötesine geçtiği ve toplumun beklentilerine uygun davranmayı içerdiği belirtilmektedir.³⁹ Örgütlerin insan haklarına uygun hareket etmesi, toplum açısından pek çok önemli mesajı barındırmaktadır. Buna göre, insan haklarına uygun faaliyet gösteren bir işletme, çalışanları için güvenilir, adil ve sağlıklı bir çalışma ortamı sağlarken; toplumdaki diğer aktörlerin menfaatlerini ve toplumun temel dinamiklerini de göz önüne alacaktır. Ancak bu biçimde, toplumdan yaygın kabul alınabilecektir.

³⁸ Oliver: s. 177.

³⁹ Carroll: s. 42.

Örgüt çalışmalarında toplumsal kabul çoğunlukla kurumsal meşruiyet ile eş anlamlı kullanılmakta ve bir örgütün toplum içindeki varlığının ve faaliyetlerinin ne derece kabul gördüğünü ifade etmektedir.⁴⁰ Bu anlamda toplumsal kabulün kurumsal meşruiyet ile benzer biçimde, birkaç temel unsurdan oluştuğu ifade edilebilir. Bu unsurlar, örgütün faaliyetlerinin ve hedeflerinin, içinde bulunduğu toplumun norm ve değerleriyle uyumlu olması yani toplum tarafından doğru veya yerinde olarak algılanıyor olması şeklinde ifade edilebilir.⁴¹ Bundan öte, toplumsal kabul, örgütün mevcut tüm paydaşları ve genel toplum tarafından destek görüyor olmasını ve bu sayede de varlığını sürdürmesi ve hedeflerine ulaşması için gerekli kaynakları elde etmesi şeklinde sonuçlanabilir. Özellikle kaynaklara ulaşma konusunda sosyal destek toplumsal kabulün en önemli unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴² Toplumsal kabul görmüş bir örgütün, doğal olarak resmi otoriteler tarafından tanınıyor olması ve yasal sorunlarla karşılaşmıyor olması gerekmektedir. Toplumsal kabul, kimi zaman da örgütün toplum tarafından "içimizden biri" olarak algılanması ve o biçimde desteklenmesi ile sonuçlanır.

Toplumsal kabul, örgütlerin hayatta kalması ve başarısı için kritik öneme sahiptir. Kabul gören örgütler, kaynaklara daha kolay erişebilir, daha az denetimle ve eleştiri ile karşılaşır ve daha fazla destek alır. Bu da onların uzun vadede daha başarılı olmalarını sağlayarak sürdürülebilir olmalarını sağlayabilir. Örgütün faaliyetleri, uzun vadede topluma fayda sağlamalıdır. Bu, örgütün sadece kısa vadeli çıkarlar peşinde koşmadığını, aynı zamanda toplumun refahına, adil ücret dağılımı, güvenli çalışma ortamı sunma gibi konularda katkıda bulunduğunu gösterir. Son boyutta, toplumsal kabul için örgüt faaliyetlerinin ve kararlarının şeffaf olması çok önemlidir. Alınan kararlar, atılan adımlar ve faaliyetler hakkında açık ve dürüst olunması, hesap vermekten kaçınılmaması toplumda güven oluşturacaktır.

Örgütlerin insan haklarına uygun davranmaları, sadece toplumsal kabul kazanmalarına katkı sağlamakla kalmaz, aynı zamanda içsel verimliliklerini de artırabilir. Pfeffer ve Salancik 1978 yılında ilk basımı gerçekleşen eserlerinde açıkladıkları kaynak bağımlılığı kuramında, örgütlerin çevrelerindeki kaynaklara bağımlı olduklarını ve bu kaynakları

⁴⁰ Suchman: s. 59.

⁴¹ Scott: s. 45.

⁴² Pfeffer, Jeffrey/Salancik, R. Gerald: The External Control of Organizations: A Resource Dependence Perspective. Harper & Row, New York, 1978.

elde etmek için stratejik kararlar aldıklarını, stratejik iş birlikleri oluşturduklarını belirtmişlerdir.⁴³ Bu bağlamda, insan haklarına saygı, nitelikli işgücüne kolay erişme gibi kritik kaynakları çekmek ve elde tutmak için önemli bir stratejik avantaj olarak değerlendirilebilir.

Çalışan hakları, modern iş hayatının temelini oluşturan ve işçilerin insana yakışır bir çalışma ortamında faaliyet göstermelerini sağlayan temel güvencelerdir. Her çalışanın öncelikle adil bir ücret alma, sağlıklı ve güvenli koşullarda çalışma ve ayrımcılığa maruz kalmama gibi temel hakları bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, çalışanlar yıllık izin, hastalık izni ve doğum izni gibi sosyal haklardan yararlanırken, haftalık çalışma süreleri ve dinlenme zamanları da yasalarla koruma altına alınmıştır. İş hayatında örgütlenme özgürlüğü kapsamında sendika kurma, sendikaya üye olma ve toplu sözleşme yapma hakları da çalışanlara tanınmaktadır. İş sağlığı ve güvenliği önlemleri, mesleki eğitim fırsatları ve kariyer gelişimi imkanları da modern çalışma hayatının vazgeçilmez unsurlarıdır. Tüm bu haklar ulusal ve uluslararası mevzuatla güvence altına alınmış olup, işverenlerin bu haklara riayet etmesi ve çalışanların da haklarını korumak için gerektiğinde yasal yollara başvurabilmesi esastır.

Çalışan hakları insan haklarının önemli bir alt kümesini oluşturmaktadır ve örgütlerin toplumsal meşruiyeti açısından kritik öneme sahip olabilir. Kurumsal kuram perspektifinden, çalışanlarının haklarına saygı gösteren örgütler, toplumsal normlara ve beklentilere uyum sağlayarak meşruiyet kazanmaktadır.⁴⁴ Çalışanların haklarının korunması, örgütlerin sadece yasal yükümlülüklerini yerine getirmekle kalmayıp, aynı zamanda etik ve sosyal sorumluluklarını da üstlendiklerini göstermektedir. Freeman'ın (1984) paydaş teorisi ise, örgütlerin sadece hissedarlarına değil, çalışanları da dahil olmak üzere tüm paydaşlarına karşı sorumlulukları olduğunu vurgulamaktadır. Bu bağlamda, çalışanlarının haklarına saygı gösteren örgütler, çalışanlarının refahını önemsediklerini ve onları değerli paydaşlar olarak gördüklerini göstermektedir.⁴⁵ Bu yaklaşım, örgütlerin toplumsal meşruiyetini artırarak, aynı zamanda çalışan bağlılığını ve motivasyonunu da olumlu yönde etkileyebilir. Kurumsal kuram çerçevesinde ise çalışan haklarına saygı gösteren

⁴³ Pfeffer/ Salancik: s. 69.

⁴⁴ Meyer/Rowan: s. 346.

⁴⁵ Freeman, R. Edward: Strategic Management: A Stakeholder Approach, Pitman, Boston, 1984, s. 54-58.

örgütlerin, normatif ve bilişsel meşruiyet kazandığı kabul edilebilir.⁴⁶ Diğer bir deyişle, örgüt hem profesyonellerden hem de toplumdan yaygın olarak kabul gören ve doğal olarak uygun kabul edilen bir işyeri olarak algılanır. Çalışanlarının haklarına saygı gösteren örgütler, bu iki meşruiyet türünü de elde ederek toplumsal kabullerini güçlendirmektedir.

3.2. Örgütlerin Toplumsal Sorumluluk Projeleri ve Sürdürülebilirlik

Örgütlerin toplumsal sorumluluk projelerine katılması, onların toplumsal meşruiyetini artıran bir diğer önemli unsurdur. Kurumsal sosyal sorumluluk (KSS), modern anlamda Howard Bowen'ın 1953 yılında örgütlerin toplumsal değerleri dikkate alarak kararlar verme yükümlülüklerini vurgulamasıyla başlamış (Carroll, 1999, s. 270), günümüze kadar toplumun çeşitli kesimlerinin ilgi alanına giren bir kavram haline gelmiştir. Kurumsal sosyal sorumluluk (KSS), yalnızca örgütsel pratiklerin değil, aynı zamanda akademik araştırmaların da merkezi konularından biri haline gelmiştir. Araştırmacılar, bu çok boyutlu kavramın teorik çerçevesini netleştirmek ve pratik uygulamalarını anlamlandırmak için çeşitli kavramsal modeller geliştirmişlerdir. Nitekim Yurt, alan yazındaki teorik yaklaşımların zenginliğini ortaya koyan kapsamlı bir çalışmada 14 farklı modeli detaylı biçimde incelemiştir. Bu bağlamda Carroll'un geliştirdiği model, söz konusu yaklaşımların sentezi ve kuramsal evriminin en olgun yansıması olarak değerlendirilebilir. Kurumsal kuram perspektifinden, toplumsal sorumluluk projeleri, örgütlerin toplumla olan ilişkilerini güçlendiren ve onların sürdürülebilir bir iş modeli oluşturmalarına katkı sağlayan faaliyetler arasında yer alır.⁴⁷ Bu tür projeler, örgütlerin toplumun ihtiyaçlarına ve sorunlarına karşı duyarlı olduğunu ve topluma katkıda bulunmayı, sorunlara çözüm bulmayı amaçladıklarını göstermektedir.

Örgüt Kuramı yazınında daha önce tanımlanmış olan kurumsal sosyal sorumluluk (KSS) piramidinde, örgütlerin ekonomik, yasal, etik ve hayırseverlik sorumluluklarını yerine getirmesi gerektiği belirtilerek, örgütlerin topluma karşı sorumlulukları dört ana kategoride sınıflandırılmıştır. Bu model, örgütlerin sadece kâr elde etmekle yükümlü olmadıklarını, aynı zamanda topluma karşı çeşitli sorumlulukları olduğunu vurgular. Piramidin daha önce ifade edilen dört katmanı (yani ekonomik

⁴⁶ Scott: s. 48.

⁴⁷ Deephouse, David L./Mark Suchman: "Legitimacy in Organizational Institutionalism", The SAGE Handbook of Organizational Institutionalism, 2008, s. 49-77, s 53.

sorumluluklar, yasal sorumluluklar, faaliyetlerde etik kurallara uymak ve hayırseverlik sorumlulukları) vardır. Buna göre bu modele uygun hareket etmek örgütlerin toplumsal kabulünü artırmada önemli bir rol oynayabilir. En temel katmanlar olan Ekonomik ve yasal sorumluluklar "gerekli", etik sorumluluklar "beklenen", en üst katmanda yer alan hayırseverlik sorumlulukları ise "arzu edilen" kategorisinde değerlendirilmiştir. Buna göre, bir örgüt öncelikle ekonomik olarak sürdürülebilir olmalı ve mutlaka yasal gereklilikleri yerine getirmelidir. Bunlara ek olarak faaliyetlerinde etik davranmalıdır. Son olarak ise örgütlerin topluma gönüllü katkılarda bulunmaları, toplumsal sorunlara çözüm üretmeleri ve bunları yaparken de yenilikçi adımlar atmaları beklenir. Bu piramit, örgütlerin tüm bu sorumlulukları eş zamanlı olarak yerine getirmesi gerektiğini, ancak pratik gerçeklikte bunların bir öncelik sırası olduğunu göstermektedir.⁴⁸

Toplumsal sorumluluk projeleri, özellikle etik ve hayırseverlik sorumluluklarının yerine getirilmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu projeler aracılığıyla örgütler, toplumun beklentilerine cevap vermenin ötesine geçerek, toplumsal refahın artırılmasına aktif olarak katkıda bulunmaktadır. Kurumsal kuram çerçevesinde, toplumsal sorumluluk projeleri, örgütlerin izomorfik (yani eş biçimli olarak birbirlerine benzemeleri) baskılara uyum sağlamasının bir yolu olarak da değerlendirilebilir.⁴⁹ Özellikle normatif izomorfizm, örgütlerin profesyonel ve etik standartlara uyum sağlaması sürecini ifade etmektedir. Toplumsal sorumluluk projelerine katılan örgütler, sektördeki diğer örgütlerle benzer uygulamaları benimseyerek meşruiyet kazanmaktadır.

Diğer bir çalışma da ise, "üçlü bilanço" (Triple Bottom Line) yaklaşımı, sürdürülebilirliğin sadece ekonomik değil, aynı zamanda sosyal ve çevresel boyutları da içerdiğini vurgulamıştır.⁵⁰ Bu bağlamda, toplumsal sorumluluk projeleri, örgütlerin sürdürülebilir iş modelleri geliştirmelerine katkıda bulunmaktadır. Örgütler, bu projeler aracılığıyla sadece ekonomik performanslarını değil, aynı zamanda sosyal ve çevresel etkilerini de yönetmektedirler.⁵¹

⁴⁸ Caroll: s. 42.

⁴⁹ DiMaggio/Powell: s. 152.

⁵⁰ Elkington, John: Cannibals with forks – Triple bottom line of 21st century business. Stony Creek, CT: New Society Publishers, Gabriola Island, Stony Creek, 1997.

⁵¹ Elkington: s. 73.

3.3. Meşruiyet Kazanma Stratejileri ve İnsan Hakları

Örgütlerin insan haklarına saygı göstererek meşruiyet kazanma süreçleri, kurumsal kuram çerçevesinde çeşitli stratejiler aracılığıyla gerçekleşmektedir. Suchman (1995), meşruiyet kazanma stratejilerini üç ana kategoride sınıflandırmıştır: pragmatik, ahlaki ve bilişsel meşruiyet stratejileri.⁵² İnsan haklarına saygı, bu üç strateji türünün her birinde önemli bir rol oynamaktadır.

Pragmatik meşruiyet stratejileri, örgütün paydaşlarına somut faydalar sağlamasına dayanmaktadır. Örneğin, İnsan haklarına saygı gösteren örgütler, çalışanlarına adil, güvenli çalışma koşulları ve yine adil ücretler sunarak pragmatik meşruiyet kazanabilirler. Ahlaki meşruiyet stratejilerinde ise, örgütün faaliyetlerinin etik ve toplumsal değerlere uygunluğuna odaklanılmaktadır. Ahlaki meşruiyetini güçlendirmek isteyen örgütler insan haklarını koruma ve geliştirme çabalarını toplumsal farkındalık yaratma, eğitim programları önerme, mağdurlara destek olma ve raporlar hazırlama gibi faaliyetler ile gösterebilirler. Bilişsel meşruiyet stratejileri ise örgütün varlığının ve faaliyetlerinin toplum tarafından doğal ve kaçınılmaz olarak algılanmasına dayandığından, insan haklarına saygı, zamanla örgütsel faaliyetlerin ayrılmaz bir parçası haline gelerek bilişsel meşruiyete katkıda bulunabilir. Bu bağlamda, bilişsel meşruiyetini, insan haklarına saygı ile güçlendirmek isteyen örgütler somut örnekler ve hikayeler ile, mesela insan hakları ihlallerinden etkilenen kişilerin hikayelerini paylaşarak ya da akademik kurumlar ve diğer STK'lar hatta uluslararası örgütlerle iş birlikleri yaparak bu amaçlarına ulaşabilirler. Bu stratejiler hem insan hakları ve ilgili faaliyetlerin toplumsal kabul ve yaygınlığını artıracak hem de örgüt için toplumsal kabul ve meşruiyet algısını artıracaktır.

3.4. Küreselleşme, İnsan Hakları ve Örgütsel Meşruiyet

Küreselleşme süreci, daha önceki bölümde de kısmen anlatıldığı üzere, insan haklarına saygıyı örgütler için daha kritik bir konu haline getirmiştir. Kurumsal kuram perspektifine göre, küreselleşme ile birlikte örgütler, farklı kurumsal çevrelerde faaliyet göstermekte ve bu durum meşruiyet kazanma süreçlerini daha karmaşık hale getirmektedir. Özellikle çok uluslu şirketler (ÇUŞ), faaliyet gösterdikleri her ülkede insan hakları standartlarına uyum sağlamak ve yerel toplumların beklentilerine

⁵² Suchman: s. 577.

uygun hareket etmek zorunda kaldıklarında beklenmedik sorunlar ile karşılaşabilmektedirler. Bu açıdan bakıldığında kurumsal mesafe kavramı önem kazanmaktadır. Kurumsal mesafe, örgütün merkez ülkesindeki kurumsal çevre ile faaliyet gösterdiği ülkedeki kurumsal çevre arasındaki farkları ifade eder. Kurumsal mesafenin yüksek olduğu durumlarda, örgütler meşruiyet kazanmak için daha fazla unsurla mücadele ederek, daha fazla çaba göstermek zorunda kalırlar. Ayrıca küresel kurumları ilgilendiren kavramların ÇUŞ'ları ve kurumsal mesafesi fazla olan örgütleri daha çok etkileyeceği düşünülmektedir.⁵³ Bu nedenlerle, insan haklarına saygı, küresel düzeyde faaliyet gösteren örgütler için meşruiyet kazanmanın ve sürdürmenin çok daha önemli bir boyutu haline gelmiştir.

Küreselleşmenin getirdiği bir diğer önemli değişim, uluslararası insan hakları normları ve standartlarının yaygınlaşmasıdır. Bu süreç, "dünya kültürü" kuramı çerçevesinde, örgüt kuramları yazını açısından daha önce de incelenmiştir.⁵⁴ Dünya kültürü kuramı, küresel düzeyde ortak norm ve değerlerin yaygınlaşmasının, ulusal ve örgütsel düzeyde izomorfik etkilere yol açtığını öne sürer. Bu yaklaşımın öngördüğü gibi, insan hakları konusunda küresel normların yayılması, örgütlerin bu normlara uyum sağlama gerekliliğini artırabilir ve böylece meşruiyet kazanma süreçlerini destekleyebilir. Bu açıdan bakıldığında İnsan haklarına uyum, sadece etik ya da yasal bir yükümlülük değil, aynı zamanda toplumsal kabul ve örgütlerin sürdürülebilirliği için de kritik bir gereklilik olarak karşımıza çıkmakta ve örgütlerin toplum için rol model olma misyonlarını ortaya koymaktadır.

Kurumsal kuram çerçevesinde, insan haklarına saygı ve örgütlerin toplumsal meşruiyeti arasındaki ilişki daha derinlemesine ele alındığında, bu konunun örgütlerin sürdürülebilirlik ve uzun vadeli başarısı üzerinde büyük bir etkiye sahip olduğu ortaya çıkar. Örgütler, insan haklarına saygı göstererek, sadece etik ve yasal sorumluluklarını yerine getirmekle kalmaz, aynı zamanda toplumsal kabule dayalı olarak da meşruiyet kazanır ve faaliyet gösterdikleri toplumlarda daha fazla destek bulur ve yaygınlaşabilirler. Bu durum, örgütlerin çeşitli sosyal sorumluluk projelerine katılımıyla da güçlenecek ve böylece örgütler hem etik hem de ekonomik bir avantaj elde edebileceklerdir.

⁵³ Kostova, Tatiana/Roth, Kendal: Adoption of an Organizational Practice by Subsidiaries of Multinational Corporations: Institutional and Relational Effects. *Academy of Management Journal*, 45, 2002, s.215-233, s. 228.

⁵⁴ Meyer/Rowan: s 349.

Kurumsal kuram perspektifinden bakıldığında, insan haklarına saygı, örgütlerin kurumsal çevrelerine uyum sağlamalarının ve meşruiyet elde etmelerinin önemli bir yoludur. Bu yaklaşım, örgütlerin sadece ekonomik birer aktör olarak değil, aynı zamanda sosyal ve kültürel bağlamlarda faaliyet gösteren varlıklar olarak değerlendirilmesini sağlamaktadır. İnsan haklarına saygı gösteren örgütler, toplumun norm ve beklentilerine uyum sağladıkları için, diğer kurumsal aktörler tarafından daha kolay kabul görür, desteklenir ve takip edilebilir. Kurumsal kuramın insan hakları açısından belki de en büyük katkısı, bu takip etme süreci sonunda, eş biçimlilik etkisinin insan haklarına saygılı örgüt olma bağlamında belirmesi şeklinde olacaktır. Bir sonraki bölümde, bu bağlamda geliştirilen kavramsal model açıklanacaktır.

4. TARTIŞMA VE SONUÇ

Kurumsal kuram ve sosyal sorumluluk kavramları çerçevesinde, örgütlerin toplumsal sorumluluklarını yerine getirmeleri ve insan haklarına uygun davranmaları, günümüz iş dünyasında sürdürülebilir bir iş modeli oluşturmanın temel unsurlarından biri olarak öne çıkmaktadır. Bu çalışmada hedeflenen bu iş modelinin ortaya çıkışı, daha önce anlatılan bölümlerde verilmiş olan örneklerden ve var olan çalışmalardan esinlenilerek özgün olarak geliştirilmeye çalışılmıştır.

Örgüt yazınında daha önce işaret edildiği gibi, örgütler sadece ekonomik ve yasal sorumluluklarla sınırlı kalmayıp etik ve sosyal sorumluluklarını da yerine getirmek zorundadır.⁵⁵ Bu sorumluluklar, örgütlerin toplumsal meşruiyet kazanmasında önemli bir rol oynar ve uzun vadede sürdürülebilirliklerini garanti altına alabilir. Toplumsal sorumluluk projelerine katılan örgütler, sadece kâr amacı güden işletmeler olmaktan çıkıp, toplumun çıkarlarını da gözeten yapılar haline gelirler. Bu örgütler, kurumsal kuram çerçevesinde belirtildiği gibi, toplumsal normlar ve hukuki düzenlemelerle uyumlu bir işleyiş benimseyerek toplumsal kabul görürler. Böylece örgütler, toplum tarafından desteklenir ve toplumsal meşruiyetlerini güçlendirirler. Meşruiyet kazanan örgütler, rekabet avantajı elde etmekle kalmaz, aynı zamanda uzun vadede sürdürülebilirliklerini artırarak piyasada kalıcı hale gelirler.

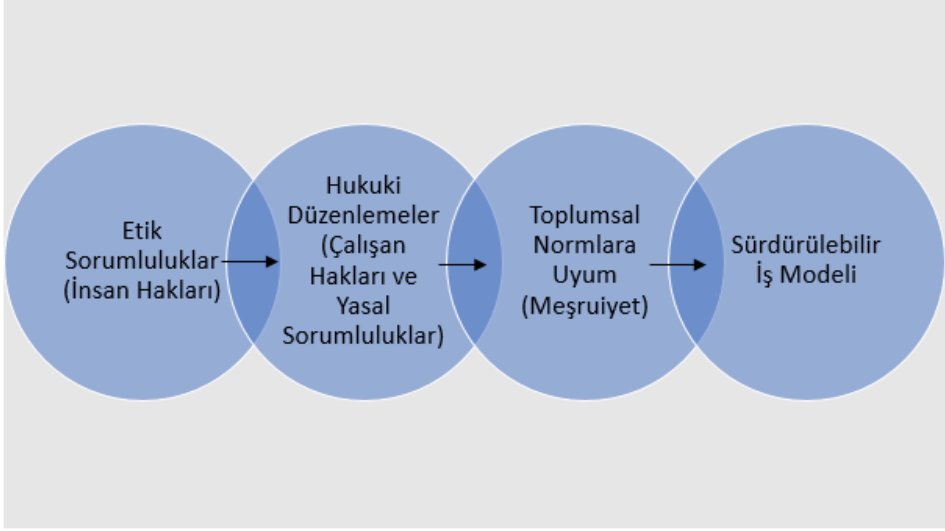
İnsan haklarına ve çalışan haklarına saygı göstermek, sadece etik bir gereklilik olarak değil, aynı zamanda örgütlerin içsel performanslarını

⁵⁵ Carroll: s. 39.

iyileştiren bir unsur olarak da değerlendirilebilir. Paydaş kuramı perspektifinde, örgütler tüm paydaşlarına karşı sorumluluk taşırlar. Bu sorumluluklar, çalışan memnuniyetini ve bağlılığını artırır, bu da örgütlerin verimliliğini olumlu etkiler. Örgütler, bu yaklaşımla yalnızca içsel performanslarını değil, aynı zamanda toplumla olan ilişkilerini de güçlendirir. Örgütlerin toplumsal sorumluluk projelerine katılmaları hem çevresel sürdürülebilirlik hem de sosyal adalet alanlarında olumlu katkılar sağlar. Bu durum ise, örgütlerin toplum tarafından daha fazla kabul görmesine, uzun vadeli büyüme ve rekabet avantajı elde etmesine olanak tanır. Sonuç olarak, örgütlerin insan haklarına ve toplumsal sorumluluklara olan duyarlılığı, onların sürdürülebilirliklerini artıran ve meşruiyetlerini pekiştiren en önemli unsurlardan biridir. Bu yaklaşım, yalnızca içsel verimliliği artırmakla kalmaz, aynı zamanda örgütlerin toplumla olan ilişkilerini güçlendirir ve uzun vadede toplumsal kabul görmelerini sağlar. Kurumsal kuram çerçevesinde değerlendirildiğinde, örgütlerin toplumsal ve etik normlara uyum sağlaması, onların başarısında ve sürdürülebilirliklerinde temel bir faktör olarak karşımıza çıkar.

Bu kavramsal model, örgütlerin insan haklarına ve toplumsal sorumluluk projelerine katılımının nasıl sürdürülebilir iş modellerine katkı sağladığını göstermek amacıyla yazar tarafından oluşturulmuştur. Örgütlerin meşruiyet kazanmaları için uyum sağlamaları gereken üç temel unsur (etik sorumluluklar, hukuki düzenlemeler, toplumsal normlar) bu çerçevede yer almaktadır. Burada amaçlanan, daha önce yapılmış olan meşruiyet kazanma süreci çalışmalarında belirlenen boyutları ve insan hakları çalışmalarında değinilen, sürdürülebilir olma ve küresel yaygın etki gibi unsurları bir araya getirerek, kurumsal kuramdaki meşruiyet kazanma sürecine insan hakları duyarlılığı açısından yeni bir kavramsal model kazandırmaktır.

Şekil 1: Örgütlerin İnsan Haklarına Dayalı Sürdürülebilirliği ve Meşruiyet Kazanma Süreci



Bu kavramsal model, örgütlerin toplumsal meşruiyet kazanması ve sürdürülebilir iş modelleri oluşturması için insan haklarına, hukuki düzenlemelere ve toplumsal normlara uygun hareket etmelerinin önemini vurgulamaktadır. Kurumsal kuram çerçevesinde önerilen bu kavramsal model, örgütlerin sürdürülebilirlik ve toplumsal meşruiyet kazanma sürecini, etik sorumluluklar (insan hakları), hukuki düzenlemeler (çalışan hakları) ve toplumsal normlara uyum aşamaları üzerinden yapılandırmaktadır. Bu yapı, kurumsal kuramın merkezindeki uyum ve meşruiyet kazanma sürecini, akabinde meydana gelmesi umulan yaygın kabul ve benzeşme süreçlerini içermektedir. Örgütlerin İnsan Haklarına Dayalı Sürdürülebilirlik ve Meşruiyet Kazanma Süreci olarak adlandırılan bu kavramsal modelde yer alan her bir boyutu şu şekilde açıklamak mümkündür.

1. Etik Sorumluluklar (İnsan Hakları)

Kavramsal model etik sorumluluklar özelinde insan haklarının başlangıç noktası olarak kabul edilmesi ve bunun ilk aşama olarak öngörülmesi, örgütlerin meşruiyet süreçlerinde insan hakları kavramının başat ve öncül olarak belirmesini ve kuramsal anlamda alana taşıma amacını taşımaktadır. Buna göre, örgütlerin faaliyetlerini yürütürken insan haklarına saygı göstermesini ve etik normlara uygun davranmasını ifade eden bu ilk aşama ile örgüt, faaliyet ve karar süreçlerinde insan haklarını

mihenk noktalarından biri olarak ele alacaktır. Daha önce de anlatıldığı üzere kurumsal sosyal sorumluluk boyutunun örgüt çalışmalarında yer alması yeni bir durum değildir. Kurumsal sosyal sorumluluk modelinde (KSS piramidi) örgütlerin sadece ekonomik ve yasal sorumluluklarının olmadığını, aynı zamanda etik sorumluluklarının da bulunduğu daha önce de belirtilmiştir. Etik sorumluluklar ise, örgütlerin topluma, çalışanlarına ve tüm küresel aktörlere karşı yükümlülüklerini yerine getirmesi anlamına gelmektedir. İnsan haklarına, çalışan haklarına, doğaya ve küresel ölçekteki tüm varlıklara saygı gösteren bir örgüt, toplumsal kabul görme ve meşruiyet kazanma sürecinde ilk adımı atmış olacaktır. Bu da kurumsal kuramın örgütlerin etik normlara uyum sağlamaları gerektiğini vurgulayan görüşüyle uyumludur. Burada farklılaşan ise, etik sorumlulukların, insan hakları ve ötesinde gezegeni paylaştığımız tüm varlıkların ve süreçlerin hakları şeklinde çeşitlendirilmesi ve yeni nesil örgütlere bu bilincin verilmesi çabasıdır.

2. Hukuki Düzenlemeler (Çalışan Hakları ve Yasal Sorumluluklar)

Örgütlerin toplumsal meşruiyet kazanması için hukuki düzenlemelere de uyum sağlamaları gereklidir. Hatta denilebilir ki, bir örgüt ya da örgütsel bir uygulama için meşruiyet kazanmanın en eski ve bilinen yolu yasalara uygun olmaktır. Hukuki düzenlemeler, örgütlerin faaliyetlerini yasal çerçevede sürdürmesini zorunlu kılar. Kurumsal kurama göre, örgütler sadece yasal zorunluluklarını yerine getirdiklerinde değil, bu düzenlemelere içtenlikle uyum sağladıklarında, benimsediklerinde ve bunu tüm paydaşlarına da gösterdiklerinde, toplumda meşru kabul edilirler. Örneğin, çalışan haklarını koruyan hukuki düzenlemelere uyum sağlayan bir örgüt, çalışanlarına adil bir ortam sunarak toplumsal kabul görebilir. Ancak aynı örgüt çalışanlarına piyasanın altında ücret ödeme yoluna gidiyor ise, gerçek manada çalışan haklarına uyumlu olmayacak ve kısa vadede bir meşruiyet kazanmış olsa dahi zaman içinde bunu kaybedecektir. Örgüt yazınındaki çeşitli çalışmalarda örgütlerin yalnızca hissedarlarına ya da sahiplerine karşı değil, çalışanlarına ve bağlamsal olarak diğer paydaşlarına karşı da sorumluluk taşıdıkları, bu nedenle de hukuki düzenlemelere uyumlu olmanın yanında, uzun vadeli başarı için bu sorumluluklarını da dikkate almaları gerektiği anlatılmaktadır.⁵⁶

⁵⁶ Freeman: s. 25.

3. Toplumsal Normlara Uyum (Meşruiyet)

Kavramsal modelin bu aşaması ise örgütlerin toplumsal normlara ve kültürel değerlere uyum sağlamasını içermektedir. Kurumsal kuramda, örgütlerin içinde buldukları toplumsal çevrenin beklentilerine ve değerlerine uygun davranmaları meşruiyet kazanmaları açısından kritiktir.⁵⁷ Toplumsal normlara uyum sağlamak, örgütlerin toplumun beklentilerine yanıt vermesini ve faaliyetlerini bu doğrultuda şekillendirmesini gerektirmektedir. Örneğin, çevreyi koruma ve sosyal adaleti sağlama gibi toplumsal sorumluluk projelerine katılan örgütler, topluma fayda sağladıklarını gösterir ve bu sayede toplumdan destek bulabilirler. Bu noktada örgütlerin yerel sorunlara yönelik projeleri de meşruiyetlerine katkı sağlayacaktır. Mesela, kırsal alanlarda uygulanacak sürdürülebilir tarım projeleri, istihdamda çeşitliliği sağlayacak kadın istihdamına yönelik projeler, örgütün yerleşik bulunduğu alanda yaşayan ve direk olarak örgüt ile ilgisi bulunmayan insanların dahi ilgisini ve kabulünü çekebilecek adımlar olacaktır. Bu noktada, örgütlerin buldukları yerel bağlamın temiz su kullanabilmesi ya da atıklarının geri dönüşümü için atacağı adımlar toplumsal kabulü ve kurumsal meşruiyeti artıracaktır.

4. Sürdürülebilir İş Modeli

Örgütlerin etik sorumluluklara, hukuki düzenlemelere ve toplumsal normlara uyum sağlaması, onların sürdürülebilir iş modelleri oluşturmalarına ve uzun vadede başarı elde etmelerine katkı sağlayabilir. Önerilen kavramsal modelin bu son aşamasında, umut edilen örgütün sürdürülebilir bir iş modeline ulaşmasıdır. Elbette bu aşama, örgütlerin içinde buldukları bağlamla, özellikle de faaliyet gösterdikleri örgütsel alan ile yakından ilişkilidir. Ancak, bağlamdan ve alandan bağımsız olarak, sürdürülebilir ve topluma katma değer sağlayan iş modelleri, örgütün toplumla olan ilişkilerinin güçlenmesi, itibarının artması ve rekabet avantajı elde etmesiyle sonuçlanır. Toplumsal meşruiyet kazanan örgütler, faaliyetlerini sürdürülebilir kılarken aynı zamanda kârlılıklarını da artırabilirler. Bu model, kurumsal kuramın temelini oluşturan meşruiyet kazanma ve toplumsal uyum kavramlarıyla doğrudan ilişkilidir.

Bu çalışmanın temel kısıtlarından biri, sadece kurumsal kuram perspektifinden konuyu ele alması ve diğer örgüt kuramlarının bakış

⁵⁷ Meyer/Rowan: s. 349.

açılarını kapsamamasıdır. Ayrıca önerilen kuramsal modelin gerçek hayattaki uygulanabilirliğinin test edilmemiş olması ve farklı ülke ve kültürlerdeki uygulama farklılıklarının incelenmemiş olması da metodolojik açıdan önemli kısıtlar olarak değerlendirilebilir.

Gelecek araştırmalar için öneriler ise birkaç temel başlık altında toplanabilir. Öncelikle, geliştirilen kavramsal modelin farklı sektörlerde ampirik olarak test edilmesi ve vaka analizleriyle desteklenmesi gerekir. Bu bağlamda, başarılı ve başarısız örneklerin incelenmesi ve insan hakları uygulamalarının örgütsel performansa etkisinin nicel verilerle araştırılması yazına önemli katkılar sağlayabilir. Ayrıca gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerdeki uygulamaların karşılaştırılması, farklı sektörlerdeki insan hakları uygulamalarının karşılaştırmalı analizi ve işletme büyüklüğüne göre uygulama farklılıklarının incelenmesi de gelecek araştırmalar için verimli alanlar olarak görünmektedir.

Dijitalleşme sürecinin insan hakları uygulamalarına etkisi, sürdürülebilirlik raporlarının insan hakları açısından içerik analizi ve COVID-19 gibi kriz dönemlerinde insan hakları uygulamalarının nasıl etkilendiği gibi spesifik konular da gelecek araştırmalar için önemli fırsatlar sunmaktadır. Metodolojik açıdan, karma yöntem araştırmalarının kullanılması, uzun dönemli boylamsal çalışmaların yapılması ve çalışan perspektifinden insan hakları uygulamalarının değerlendirilmesi önerilebilir. Son olarak, uygulama odaklı araştırmalar da büyük önem taşımaktadır. İnsan hakları uygulamalarının ölçümü için gösterge setlerinin geliştirilmesi, örgütler için uygulama rehberlerinin oluşturulması ve eğitim programlarının tasarlanması gibi pratik çıktılar üreten çalışmalar, teorik bilginin uygulamaya aktarılmasında kritik rol oynayabilir. Tüm bu öneriler, insan hakları ve örgütsel meşruiyet alanındaki bilgi birikiminin genişletilmesine ve derinleştirilmesine katkı sağlayarak hem akademik alan yazının hem de pratik uygulamaların gelişimine destek olabilir.

KAYNAKÇA

Bowen, H. R.: "Graduate education in economics." *The American Economic Review*, 43(4), 1953, iv-223.

Carroll, A. B.: "Corporate social responsibility: evolution of a definitional construct." *Business and Society*, 38 (3), 1999, s. 268-95

Carroll, Archie B.: “The pyramid of corporate social responsibility: Toward the moral management of organizational stakeholders”, *Business Horizons*, 34(4), 1991, s. 39-48.

Deephouse, D. L., Bundy, J., Tost, L. P., & Suchman, M. C.: “Organizational legitimacy: Six key questions”. *The SAGE Handbook of Organizational Institutionalism*, 4, 1953, 27-54.

Deephouse, David L./Mark Suchman: "Legitimacy in Organizational Institutionalism", *The SAGE Handbook of Organizational Institutionalism*, 2008.

DiMaggio, Paul J. / Powell, Walter. W.: “The Iron Cage Revisited Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields”, *American Sociological Review*, 48(2), 1983, s. 147-160.

Dobbin, Frank, and John R. Sutton: “The Strength of a Weak State: The Rights Revolution and the Rise of Human Resources Management Divisions.” *American Journal of Sociology*, vol. 104, no. 2, 1998, s. 441–476.

Edelman, Gerald Maurice: *Bright Air, Brilliant Fire*. Basic Books, New York, 1992.

Edelman, L. B., & Suchman, M. C.: *The legal environments of organizations*. *Annual review of sociology*, 23(1), 1997, s.479-515.

Elkington, John: *Cannibals with forks – Triple bottom line of 21st century business*. Stoney Creek, CT: New Society Publishers, Gabriola Island, Stony Creek, 1997.

Freeman, R. Edward: *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Pitman, Boston, 1984.

Hoffman, Andrew J.: “Institutional Evolution and Change: Environmentalism and the U.S. Chemical Industry.” *The Academy of Management Journal*, vol. 42, no. 4, 1999, s. 351–71.

Koçak, Akın: “Sürdürülebilir Rekabet İçin Pazarlamayı Yeniden Düşünmek”, *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 2, Güz 2012, s. 61-84.

Kostova, Tatiana/Roth, Kendal: “Adoption of an Organizational Practice by Subsidiaries of Multinational Corporations: Institutional and Relational Effects.”, *Academy of Management Journal*, 45, 2002, s. 215-233.

Kostova, Tatiana/Zaheer, Srilata: “Organizational legitimacy under conditions of complexity: The case of the multinational enterprise”, *Academy of Management Review*, 24(1), 1999, s. 64–81.

Matten, Dirk, and Jeremy Moon: “‘Implicit’ and ‘Explicit’ CSR: A Conceptual Framework for a Comparative Understanding of Corporate Social

Responsibility”, *The Academy of Management Review*, vol. 33, no. 2, 2008, s. 404-424.

Meyer, John W./Rowan, Brian: “Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony”, *American Journal of Sociology*, 83(2), 1977, s. 340-363.

Oliver, Christine: “Strategic responses to institutional processes”, *Academy of Management Review*, Vol. 16 No. 1, 1991, s. 145-179.

Özen, Şükrü: “Toplam Kalite Yönetiminin Türkiye’de Yeniden Kurgulanması: Koşulbağımlı Türdeşleşme Tezinin Bir Testi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 35, S. 1, 2002, s. 105-142.

Özyılmaz, Adnan: “Karmaşık Uyumcu Sistemler Olarak Organizasyonlar”, *Güncel Yönetim ve Organizasyon Yaklaşımları*, (Editörler: Özyılmaz, Adnan/Ölçer, Ferit), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

Parsons, T.: “Suggestions for a sociological approach to the theory of organizations.” *Administrative Science Quarterly*, 1(1), 1956, 63-85.

Pfeffer, Jeffrey/Salancik, R. Gerald: “The External Control of Organizations: A Resource Dependence Perspective.” *Harper & Row*, New York, 1978.

Ruggie, John Gerard: “Just Business: Multinational Corporations and Human Rights.” *W.W. Norton & Company*, 2013.

Scherer, A.G. and Palazzo, G.: “The New Political Role of Business in a Globalized World: A Review of a New Perspective on CSR and Its Implications for the Firm, Governance and Democracy”, *Journal of Management Studies*, 48, 2011, s. 899-931.

Scott, W. Richard: “Institutions and Organizations: Ideas and Interests”, 3. Baskı, *Sage Publications*, Thousand Oaks, Los Angeles, CA, 2008.

Suchman, Mark C.: “Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches”, *Academy of Management Review*, Vol. 20, No. 3, (Jul.), 1995, 571-610.

Suddaby, R., Bitektine, A., & Haack, P.: “Legitimacy”, *Academy of Management Annals*, 11(1), 2017, 451-478.

Suddaby, Roy Greenwood, Royston: “Rhetorical Strategies of Legitimacy”, *Administrative Science Quarterly*, 50(1), 2005, s. 35-67.

Weber, M.: *The Protestant ethic and the spirit of capitalism* (T. Parsons, Trans.). *Scribner's*.1930, (Original work published 1905).

Wettstein, Florian: “CSR and the Debate on Business and Human Rights: Bridging the Great Divide.” *Business Ethics Quarterly* 22.4, 2012, s. 739-770.

SEEKING HUMAN RIGHTS IN THE SERVICES OF LOCAL GOVERNMENTS: HUMAN RIGHTS CITY

Review Article

*Yeter AVŞAR**

ABSTRACT

Local governments, responsible for city management and the closest administrative units to the public, are made even more valuable by their ability to maintain direct communication with the people. Especially in recent times, changes and developments around the world have made local governments indispensable entities. Their responsibility for urban area management, the development of policies and services aimed at daily public life, decision-making, and the implementation of democratic values like representation and participation at the local level, all while meeting the community's common and local needs equally without excluding anyone, highlights their connection with human rights. This is because the quality of these services delivered by local governments reflects the importance they place on human rights. In this context, the study aims to explain the relationship between local governments and human rights and to identify where human rights stand in the services provided by local governments. Another purpose of the study is to discuss the "Human Rights City" model, seen as the localization of human rights, by examining what it aims to achieve locally through example applications.

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Kentleşme ve Çevre Sorunları ABD, **ORCID ID:** 0000-0001-7190-7150, **e-posta:** yeter-avsar@hotmail.com **DOI:** 10.69958/ihy.1580962

Makalenin Geliş Tarihi: 07.11.2024

Makalenin Kabul Tarihi: 23.12.2024

Keywords: *Local Governments, Human Rights, Human Rights City, Local Service, City Management*

YEREL YÖNETİMLERİN HİZMETLERİNDE İNSAN HAKLARINI ARAMAK: İNSAN HAKLARI KENTİ

ÖZET

Kent yönetiminden sorumlu olan yerel yönetimler halka en yakın idari birimler olmakla birlikte halkla doğrudan iletişim içerisinde olabilmeleri onları daha da değerli kılmaktadır. Özellikle son dönemde dünyada yaşanan değişimler ve gelişmeler yerel yönetimleri vazgeçilmez birimler haline getirmiştir. Kentsel alan yönetiminden sorumlu olmaları, halkın gündelik hayatına yönelik politikalar, hizmetler üretmeleri, kararlar almaları ve temsil, katılım gibi demokratik değerleri yerelde uygulamaları ve bunları yerine getirirken halkın ortak ve yerel nitelikteki tüm ihtiyaçlarına eşit ve kimseyi mahrum bırakmadan cevap vermeleri insan hakları ile arasındaki bağa da işaret etmektedir. Çünkü yerel yönetimlerin yerine getirdiği bu hizmetlerin kalitesi insan haklarına verdiği önemle ortaya çıkmaktadır. Buradan hareketle çalışmanın amacı yerel yönetimler ile insan hakları arasındaki ilişkiyi açıklamak ve yerel yönetimlerin sunduğu hizmetlerde insan haklarının nerede konumlandığını ortaya koymaktır. Ayrıca insan haklarının yerelleşmesi olarak görülen “İnsan Hakları Kenti” modelinin yerelde neyi amaçladığını örnek uygulamalar üzerinden tartışmak da çalışmanın bir diğer amacını oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Yerel Yönetimler, İnsan Hakları, İnsan Hakları Kenti, Yerel Hizmet, Kent Yönetimi*

INTRODUCTION

Local governments are constitutional entities that operate within a specific legal framework. These entities are responsible for meeting the common and local needs of the people within their designated geographic area, covering both rural and urban regions, while also serving as the administrative bodies closest to the public. This characteristic allows local governments to identify and address necessary services on-site. Furthermore, compared to central administration, their direct communication with the local population, their ability to produce policies relevant to local citizens, and their direct responsibility in urban area management make them essential institutions.

When considering the economic, social, political, and cultural developments of today, it becomes evident that these changes impact urban areas and have led to an increase in the number of cities worldwide. Consequently, this growth also increases the number of people living in cities. The rising urban population drives up the demand for services provided by local governments, diversifying and differentiating these needs. It also brings expectations that local government services adapt to the conditions of the times.¹ This process has also begun to highlight democratic concepts such as representation in governance and participation in administrative mechanisms. At this point, local governments and human rights intersect,² revealing a strong connection between local governments and human rights. Because human rights are rights that each person possesses solely by virtue of being human. The connection with local governments at this point lies in their obligation to provide essential urban services directly linked to human rights—such as housing, environment, and health—equally to all people living within their geographical boundaries, without depriving them of these services. Additionally, the idea that the city belongs to all individuals residing within the urban space is supported by the presence of “right to the city”

¹ Taş, İbrahim Ethem/ Avşar, Yeter/ Durgun, Sadegül: “Belediyelerin Değişen Dünyaya Uyumu: Dijital Şeffaflığa Doğru”, Kahramanmaraş Sütçü İmam University Journal of Social Sciences, Vol. 19, No. 3, 2022, p. 1679.

² Baba, İsmahan Gül: “Kentsel Dönüşüm Kavramının İnsan Hakları Açısından Değerlendirilmesi”, Journal of Anadolu Bil Vocational School, No. 37, 2015, p. 31.

or “urban rights” within the Universal Declaration of Human Rights.³ Because the rights provided by local governments not only demonstrate the types of rights citizens possess within the city but also concretize these rights, making them more practical and accessible.⁴ Subsequently, the quality of services provided by local governments to the public also reflects the extent to which they prioritize human rights.

With the increasing significance of local governments in the 21st century, human rights have expanded at the local level alongside their international, national, and regional dimensions. Notably, since 2000, the simultaneous growth of locally organized human rights initiatives worldwide has brought about the implementation of the “Human Rights City” model today.⁵ The purpose of the Human Rights City model is seen as aiming to localize human rights. Additionally, it is noteworthy that local actors are increasingly playing a key role in implementing universal legal principles at the local level.⁶ At this point, it has been observed that some cities in Türkiye and around the world have taken the Human Rights City model as an example and tried to reflect the practices that include the characteristics of this model to the city.

Accordingly, the purpose of this study is to explain the relationship between local governments and human rights and to reveal the positioning of human rights within the services provided by local governments. Additionally, another aim of this study is to discuss, through example applications, what the “Human Rights City” model, viewed as the localization of human rights, seeks to achieve at the local level. The study first provides conceptual explanations of local governments and human rights. Then, it explains the nature of the relationship between local governments and human rights. Finally, the study addresses the “Human Rights City” model as an integration of human rights into local

³ Kempin Reuter, Tina: “Human Rights and the City: Including Marginalized Communities in Urban Development and Smart Cities”, *Journal of Human Rights*, Vol. 18, No. 4, 2019, p. 382.

⁴ Friendly, Abigail: “The Right to the City: Theory and Practice in Brazil”, *Planning Theory & Practice*, Vol. 14, No. 2, 2013, p. 170.

⁵ Jackie, Smith: “Local Responses to Right-Wing Populism: Building Human Rights Cities”, *Studies in Social Justice*, Vol. 11, No. 2, 2017, p. 347.

⁶ Oomen, Barbara / Moritz Baumgärtel: “Frontier Cities: “The Rise of Local Authorities as an Opportunity for International Human Rights Law”, *The European Journal of International Law*, Vol. 29, No. 2, 2018, p. 607.

government services, presenting examples of this model from both global and Turkish contexts.

1. CONCEPTUAL EXPLANATIONS

The world is in a constant process of change and transformation, and within this process, it is observed that trends toward local governments worldwide have significantly increased. This is because local governments represent a democratic governance model, and being the units closest to the public, they stand out in the effective and efficient delivery of services. This prominence is explained by their democratic characteristics and their activity in providing services to their citizens within geographic boundaries in an equitable and fair manner, in alignment with human rights.

1.1. On Local Governments

All countries in the world must provide their citizens with public services as a whole, that is, in a complete, equal, and just manner. In order for these services to be carried out effectively and efficiently, countries structure their administrative organizations into “central government” on one side and “local governments” on the other. Moreover, the geographical, economic, socio-cultural, administrative activities, and historical processes of both developed and developing countries influence the manner in which services are delivered to the public and may even lead to differences.⁷ Additionally, local governments stand out as structures that have administrative, political, and financial aspects, which are present in almost all state administrative organizations, whether they are unitary or federal.⁸

Throughout history, local governments have always occupied a very important place within the tiers of administration. Essentially, after the first settlements called villages, settlements called cities were developed and with the emergence of cities, the process of humanity's influence on governance began. Until the modern concept of local governments emerged, cities passed on their experiences of local organization to future generations. With the emergence of modern local

⁷ Toprak, Zerrin: *Yerel Yönetimler*, 10th ed, Nobel Publications, 2021, p. 17.

⁸ Avşar, Yeter: *Yerel Yönetimlerde Güncel Gelişmeler ve Yerel Siyaset Tartışmaları*, (Ed: Aziz Belli, Abdullah Aydın, Ahmet Tunç), 1st ed., Orion Academic Publications, Ankara, 2022, p. 148.

governments, however, these entities diversified, gained power, and transformed into the fundamental tier of governance that forms the basis of modern states today.⁹ As a result of globalization and localization trends, almost all countries in the world have agreed that local governments represent a democratic governance model and an organizational style that delivers services more effectively and efficiently. Local governments have gained new qualities and functions, considering the evolving understandings and structures from industrial society to information society. In this context, the connection between local governments, cities, and urbanization highlights the spatial dimension of the services provided by local governments. Thus, local government units and cities have become the most affected areas due to the ongoing processes of globalization and localization, turning into the centers of democracy and service delivery. In short, this process represents a transition from a centralized industrial society to a localized information society.¹⁰

When looking at local governments in general, they exist outside the hierarchy of central government within the management tier. Services that require a minimum level of homogeneity and provide benefits that extend throughout the country—such as national-level services—are provided by the central government. However, there are certain services that are specific to certain regions, where the existence of different demands is also a consideration. It is at this point that local governments become necessary, and countries shape their administrative organizations accordingly. While the central government ensures unity and integrity in governance, the provision of local needs is met by the units organized as local governments.¹¹ These organizations, defined as public legal entities with an autonomous governance structure whose decision-making bodies are directly elected by the people to meet the common and local needs of a geographically defined local community, are indispensable elements of democratic life.¹² Due to their roles in the effective and efficient delivery

⁹ Parlak, Bekir: *Türkiye’de Yerel Yönetimler*, Değişim Publications, İstanbul, 2020, p. 29.

¹⁰ Ökmen, Mustafa: *Bir İnsan Hakkı Olarak Kentli Haklarının Geliştirilmesi ve Yerel Yönetimler*, 1st ed., İstanbul Bilgi University Publications, İstanbul, 2005, p. 24-25.

¹¹ Şengül, Ramazan: *Yerel Yönetimler*, 11th ed., Umuttepe Publications, İzmit-Kocaeli, 2020, p. 5.

¹² Kavruk, Hikmet: *Yerel ve Bölgesel Yönetimler*, 1st ed., Nobel Publications, Ankara, 2021, p. 17.

of local services, they have become essential management components in every society.¹³ These levels of governance have created their own space in parallel with the historical process, economic, social, and political structure of each society.¹⁴

Local governments generally constitute an important area of the state and specifically of public administration. As the primary area of organization in a country's public administration, local governments are also in a leading position in the service sector. These public administrations, which are directly responsible for urban management, organize themselves at the local level to form governance structures in developed societies.¹⁵

Although there is no definitive starting date for local governments, it is a prevailing view that democracy began with local governance. Indeed, it is possible to say that in Western societies with parliamentary democracy, local governments emerged first, followed by central governments.¹⁶ Local governments hold a significant position as the starting point of local democracy and the place where it is implemented. They play a direct role in strengthening local democracy, which in turn contributes to the strengthening of national democracy. Therefore, local governments are often referred to as the cradle of democracy. Additionally, they can be expressed as an indicator of a country's level of democratic development.¹⁷ Local governments encompass values such as “public participation in governance”, “the principle of majority”, “the importance of consultation by administrators”, “a constant sense of accountability” and “equality and fairness in the services expected by the public”, which are considered essential elements of democracy. This situation is crucial for the functioning of democracy, and local governments prepare the ground for it. Furthermore, local governments are now associated with values such as effectiveness, efficiency, representation, participation, democracy, and freedom. This is also a direct alignment with the four fundamental principles of democracy: majority rule, protection of minority

¹³ Keleş, Ruşen: *Yerinden Yönetim ve Siyaset*, 8th ed., Cem Publishing House, Ankara, 2012, p. 24.

¹⁴ Çiçek, Yeter: “Geçmişten Günümüze Türkiye’de Yerel Yönetimler”, *KSÜ Journal of Social Sciences*, 2014, p. 54

¹⁵ Parlak, 2020: p. 145-146.

¹⁶ Toprak, 2021: p. 20.

¹⁷ Parlak, 2020: p. 145-146.

rights, political equality, and regular elections. At this point, it is evident that local governments undeniably contribute to the process of democratization in society.¹⁸

It is evident that local governments are in constant motion with changing times, and they are more effective than nation-states in responding to the challenges of the century, ranging from climate change to economic policies and migration, alongside subnational communities and local authorities. It is also clear that national governments are more functional regarding national or regional assistance systems that mitigate the risks and spread the costs of general events affecting the nation, such as natural disasters. However, the increasing power of local communities has made national and subnational units less significant today, demonstrating that policy development and implementation yield more meaningful results at the local level.¹⁹

It is evident that local governments, especially municipalities, play a significant role in the life of an individual from birth to death within their geographical boundaries. The importance of local governments in ensuring the rightful exercise of the inherent rights of individuals cannot be denied. Along with this significance, the developments in today's world have further increased their importance, bringing cities to the forefront. Cities have entered into competition in terms of service delivery, efficiency and effectiveness, quality of work, and most importantly, providing the necessary democratic environment for people.²⁰ With the impact of globalization and the subsequent increase in urbanization, countries have sought to equip local governments, particularly municipalities, with greater powers, responsibilities, and autonomy. In line with these objectives, local governments have been granted significant administrative, legal, and financial authorities through various practices and legal texts, while the rights of the people living within the geographical boundaries of local governments have also been expanded and secured. With the growing recognition of the importance of local governments and cities, urban rights have begun to come to the forefront. The urban rights related to the fundamental rights and duties of the local population within

¹⁸ Çelebi, Burak: “Yerel Yönetimlerin Uluslararası Müdahaleleri İçin Yasal Bir Dayanak: Uluslararası Hukuk ve Kentli Haklar”, TESAM Academic Journal, 2014, p. 132.

¹⁹ Davis, Martha F.: Scoping the New Urban Human Rights Agenda. The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, Vol. 51, No. 2, 2019, p. 260.

²⁰ Parlak, 2020: p. 145-146.

local governments serve as a fundamental element in involving citizens in the democratic process and ensuring effectiveness and quality in local services. Moreover, urban rights are shaped on the foundation of basic, universal, inalienable, and equal rights and freedoms that all individuals possess.²¹ In this context, urban rights have become increasingly important as a human right.

1.2. On Human Rights

Human rights are a concept that has maintained its relevance due to the historical interest of multiple disciplines such as law, political science, and political philosophy, along with the definitions, discussions, and interpretations made about it.²² Human rights, in a brief and clear definition, refer to the rights and freedoms that all individuals possess simply by being human. This concept implies that individuals have certain rights that cannot be interfered with by anyone. Additionally, human rights begin at birth and do not end with the individual's death. This is a widely accepted notion, acknowledging that individuals are considered equal regardless of gender, race, ethnic background, language, or religious differences. These rights are regarded as natural rights, recognized as inviolable, non-transferable, and inalienable fundamental rights of human beings.²³ Furthermore, these rights are expressed as fundamental rights and privileges that no government can deprive individuals of. Human rights are a product of natural law, yet they also constitute fundamental rights enshrined in both international legal systems and the domestic legal systems of states. This indicates that they are affirmed by both natural law and positive law.²⁴

The intellectual foundations of human rights, which became part of everyday use after World War II, can be traced back to Ancient Greek and Roman Law. Over the course of history, demands for human rights have continually diversified and reshaped. Basic rights and freedoms, such as the right to life, personal security, privacy, freedom of movement, freedom

²¹ Kaypak, Şafak: “Avrupa Birliği Sürecinde Yerel Haklar ve Kente Yansıması”, I. International Symposium on the European Union, Democracy, Citizenship and Citizenship Education, 2009, p. 2.

²² Şengül, Taylan/Aygen, Anıl: “Arendt ve Douzınas’ın Düşüncelerinden İnsan Haklarını Okumak”, Journal of Human Rights Annual, vol. 41, 2023, p. 106.

²³ Kaypak, 2009: p. 2.

²⁴ Çelebi, 2014: p. 134.

of thought and conscience, freedom of expression and dissemination, the right to work, fair and just remuneration, social security, the right to form and join trade unions, the right to rest, housing, living in a healthy and balanced environment, education, health, the right to participate in citizenship, the right to vote and be elected, and the right to engage in political activities, are products of such a process, indicating that human rights have developed and diversified over time.²⁵

It is possible to say that significant written examples of human rights in Western societies began to emerge from the 13th century onwards. In this context, the Magna Carta Libertatum, signed in 1215 between King John of England and the nobles, stands out as a significant document in this field. This document serves as a human rights charter that encompasses individuals, as it limited the powers of the king, thus making it an important text concerning human rights in the West. Another notable document in England is the Bill of Rights, enacted in 1689. This document contains essential articles related to human rights, such as the presumption of innocence and legislative immunity. Furthermore, it influenced the United States Constitution and shaped the approach to human rights that would emerge at the United Nations, playing a vital role in the formation of texts associated with these entities.

As the 18th century approached, developments concerning human rights continued. The Declaration of Independence, proclaimed in 1776 and considered the founding document of the United States, emphasized that life and liberty are inalienable rights. Additionally, the U.S. Constitution, adopted in 1790 and subject to amendments over time, enshrined many fundamental human rights, including freedom of expression, the right to property, freedom of the press, and the right to a fair trial.²⁶ Another significant document in the field of human rights is the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, dated 1789. Although this document is often perceived as a reiteration of the American declaration of rights, it is recognized as an important text in its own right.²⁷ Because this document possesses a more secular and nationalist character,

²⁵ Pektaş, Kadri Ethem/Akın, Fehmi: “Avrupa Kentsel Şartları Perspektifinde Bir Kentli Hakkı Olarak “Katılım Hakkı” ve Türkiye”, Afyon Kocatepe University Faculty of Economics and Administrative Sciences Journal, Vol. 12, No. 11, 2010, p. 24-25.

²⁶ Aydın, Ahmet: “Türkiye’de İnsan Hakları Algısı ve Milliyetçilik”, Journal of the Dicle Institute of Social Sciences, no. 36, 2024, p. 258.

²⁷ Çelebi, 2014: p. 135.

it serves as a response to arbitrary power and inequality, emerging as a product of the French Revolution.²⁸

Historically, human rights have become one of the primary areas of interest for societies, cities, states, and civilizations that encompass humanity. In contemporary times, there is a prevailing understanding of recognizing human dignity and inalienable rights. The subject of human rights has been codified into written rules through certain texts. Additionally, human rights have been reaffirmed in international law through various treaties. Moreover, it is evident that they are also guaranteed by constitutions in the internal laws of countries. Today, fundamental international rules regarding human rights are found in documents such as the Universal Declaration of Human Rights (1948), the European Convention on Human Rights (1950), the Paris Charter, and other similar agreements. Furthermore, the articles in these documents regulate what are known as personal and social rights.²⁹ From these documents, it is understood that the issue of human rights has transcended being merely an internal matter of states and has gained an international character. Thus, when states make regulations related to domestic law, they will also have to take into account the international human rights treaties.³⁰

It is possible to list certain characteristics that human rights have possessed throughout their historical development as follows:³¹

- *Universality*; the possession of all humans,
- *Absoluteness*; cannot be conditioned on any terms,
- *Inalienability*; existing since the first human and being the most fundamental rights,
- *Indispensability*; even if voluntarily given up,
- *Individuality*; pertaining solely to individuals,

²⁸ Aydın, 2024: p. 259.

²⁹ Ökmen, Mustafa: “Bir İnsan Hakkı Olarak Yerel Haklar ve Avrupa Kentsel Şartı”, Journal of Local Politics, 2009, p. 13.

³⁰ Aydın, 2024: p. 260.

³¹ Çelebi, 2014: p. 136.

- *Libertarianism*; prioritizing freedom,
- *Justiciability against the state*; considered to have a political aspect.

The aforementioned features, along with the historical process, indicate that there are various stages in the development and diversification of human rights. A general approach exists for classifying human rights. It is a common practice to categorize human rights into three stages, referred to as three separate generations, including their historical development. Accordingly, while some human rights theorists view first-generation human rights, which encompass fundamental rights, as superior, it is evident that human rights cannot be separated, and there can be no hierarchy among them. From this perspective, the view that there are three separate generations of human rights, all of which are significant and valuable in their own right, is currently supported.³² First-generation rights, known as the right to life, the protection of personality, the protection of private and family life, the right to property, the inviolability of the home, freedom of communication and settlement, freedom of religion and conscience, and freedom of association, among others; second-generation rights, known as economic and social rights such as the rights to unionize, strike, work and rest, social security, an adequate standard of living, health, education, and culture; and third-generation rights, such as the right to a healthy environment, the right to peace, the right to development, and the right to respect for humanity's common heritage—all have different aspects according to their characteristics, yet their fundamental qualities remain unchanged.³³

The trajectory of the development of human rights, along with their characteristics and the rights mentioned, indicates that they are protected and realized within specific domains. These domains manifest as cities, where the emphasis placed on urban quality of life is directly linked to the importance given to human rights. This is because cities that are regarded as ideal today are those that guarantee the rights of the people living within them. Consequently, for urban quality of life to be discussed in a city, it is essential to secure the rights of both individuals and communities. These

³² Akkoyunlu Ertan, Kıvılcım/Ertan, Birol: Hakları: Kent ve İnsan Hakları Bağlamında Kentsel Hizmetlere Erişim Hakkı, İstanbul Bilgi University Publications, İstanbul, 2013, p. 52.

³³ Çelebi, 2014: p. 135-136.

rights encompass not only the human rights that urban dwellers possess as individuals but also all the rights pertaining to the urban and environmental values of the city and the community to which they belong. From this perspective, it can be concluded that cities are the embodiment of human rights within urban spaces.³⁴ Cities are also spaces where social change occurs, and this, in turn, brings about social and cultural transformations for the people living in those cities. In this context, such change and transformation create variations in people's expectations, leading to both an increase and diversification in the demands for human rights among urban residents. Furthermore, this situation results in the adoption and implementation of international human rights norms at the urban level, and subsequently, at the local level. Therefore, local governments, which are responsible for city management, have obligations to protect and promote human rights through the local policies and practices they establish. Additionally, local governments play significant roles in this process.³⁵

2. UNDERSTANDING THE RELATIONSHIP BETWEEN LOCAL GOVERNMENTS AND HUMAN RIGHTS

As mentioned earlier, human rights have progressed over the course of history. The internationalization and even supranational development of human rights is directly related to the economic, social, cultural, and political-administrative understandings and structures observed in the world and within countries. The conditions surrounding capitalism, nation-states, and liberal democracy, which are common topics of discussion today, have brought significant changes to understandings and structures related to human rights. Developments and innovations emerging from the dynamics of globalization, democratization, and localization have revealed the close relationship between local governments and human rights.

Urban rights, which refer to the fundamental rights and responsibilities of the members of local communities within the geographical area for which local governments are responsible, serve as a means to involve community members in the democratic processes of local governments and ensure effectiveness and efficiency in the local services provided by these governments. These rights, referred to as urban rights,

³⁴ Pektaş / Fehmi, 2010: p. 25.

³⁵ Canalıoğlu Çınar, Eser: “İnsan Haklarının Yerelleşmesi ve İnsan Hakları Kenti”, Ombudsman Academic, Vol. 10, No. 20, 2024, p. 280.

are fundamental, universal, and inviolable rights that all individuals possess and are shaped upon the foundation of equal rights and freedoms.³⁶

Cities are the spaces where urban rights materialize, and especially with the increasing shrinkage of rural areas and the growing population living in urban environments, this situation becomes even more significant. The fact that more people reside in cities keeps the rights of the individuals living there consistently in the spotlight.³⁷ Cities are not merely passive recipients of human rights in international law and policy; rather, they are significant governance units that act as subjects or norm entrepreneurs.³⁸ Moreover, city administrations have the capacity to produce and implement policies that integrate human rights through their roles as democratic, rule-making, and service-providing institutions. Given their formation, city administrations possess the potential to fulfill local-level obligations and political declarations. Incorporating human rights into city governance is not only a complement to good governance but also a rational option in both political and economic terms. While the responsibility for human rights obligations lies with the state, it is the state that becomes a party to international human rights treaties, and the state exercises these powers through its subordinate structures, which are public administrations. Additionally, human rights come to the forefront in cities due to citizens' interactions with public administrations in their daily lives, making it easier for citizens to demand these rights in urban settings. Consequently, fostering a culture of human rights has become crucial in shaping the implementation of local policies over time.³⁹ As a result of recent developments, the increasing importance of urban rights or urban rights leads to improvements in the quality and effectiveness of local services, the creation of economic, social, and cultural opportunities within local communities, and the enhancement of the sense of community. Furthermore, the effective citizen participation in local governments that arises from these rights also adds value to urban rights.⁴⁰ Of course, it can be observed that all these developments occur through local governments.

³⁶ Ökmen, 2005: p. 28.

³⁷ Kaypak, 2009: p. 12.

³⁸ Oomen, Barbara/ Elif Durmuş: "Cities and Plural Understandings of Human Rights: Agents, Actors, Arenas", *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Vol. 51, No. 2, 2019, p. 141-150.

³⁹ Canalıoğlu Çınar, 2024: p. 283.

⁴⁰ Kaypak, 2009: p. 12.

The democratic nature inherent in the definition of local governments demonstrates their compatibility with universal human rights, while local governments also serve as a prerequisite for respecting human rights and promoting their development and expansion. From this perspective, the advancement of human rights appears to be impossible without genuine local governance and democracy. The structure and functioning of local governments directly influence the recognition and safeguarding of human rights by citizens. By embedding the protection and promotion of human rights in local focal points, local governments also provide the most suitable environments for practices concerning particularly vulnerable segments of society.⁴¹ Additionally, the fact that local governments serve as indirect carriers of human rights by utilizing governance-based methods, ensuring the participation of particularly at-risk and disadvantaged groups, incorporating civil society into decision-making mechanisms to the broadest extent, and embracing principles of accountability and transparency serves as an indication that local governments reflect human rights in everyday life.⁴² This has manifested itself in the form of urban rights.

When examining the historical foundations of urban rights or, in other words, urban rights, it is evident that the origins of these rights date back to ancient times. The documents that recognize these rights for urban residents are of great importance, as they contain the rights that must be respected, fulfilled, and protected in order to prevent human rights violations that arise in today's cities.⁴³ It is possible to specify these chronologically as follows:⁴⁴

- The first document is the 1871 *Paris Commune*, which addresses individual freedoms as well as human rights related to municipal freedom.
- In the 1871 *French Municipal Law*, there was a mention of the protection of urban environmental health.

⁴¹ Ökmen, 2009: p. 29.

⁴² Akay, Hale: Yerel Yönetimler İçin İnsan Hakları Temelli Programlama ve Hizmet Sunumu, Türkiye Avrupa Vakfı Publications, İstanbul, 2015a, p. 4.

⁴³ Zeybekoğlu Sadri, Senem: Kentsel Dönüşüm ve Kentte İnsan Hakları, İstanbul Bilgi University Publications, İstanbul, 2013, p. 3.

⁴⁴ Akkoyunlu Ertan/ Ertan, 2013: pp. 58-62.

- The 1941 *Athens Agreement* is another document that contains fundamental urban principles.

- The *constitution* enacted by the *World Health Organization* in 1946 stated that being healthy is a fundamental right.

- *The Universal Declaration of Human Rights by the United Nations*, dated December 10, 1948, is the first document that establishes the framework for rights and freedoms globally, detailing the right to an adequate standard of living, which includes rights to life, food, clothing, housing, healthcare, and essential social services.

- *The European Convention on Human Rights*, adopted in 1950, included first-generation rights related to urban citizenship.

- *The European Social Charter*, adopted by the Council of Europe in 1961, provides important information regarding economic and social rights.

- *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, dated 1961, also emphasizes rights related to economic, social, and cultural aspects.

- *The UN Conference on Human Settlements (Habitat I)* held in Vancouver in 1976 discussed state obligations regarding urban rights, such as housing and urbanization. Similar conferences have been held in subsequent years, highlighting urban rights.

- *The European Urban Charter*, adopted by the Council of Europe from March 17-19, 1992, is considered a starting point for urban rights. This Charter aims to shape the management of urban living spaces with democratic and participatory elements, focusing on developing urban rights that are guaranteed as human rights, under the slogan of "a better life in towns." The Charter also describes how an ideal city should be structured to guarantee urban rights and the right to live in a healthy city. The fundamental philosophy of the Charter is to define the responsibilities of local authorities for urban development, establish universal principles for urban development and quality of life, foster solidarity among administrative units, and affirm that citizens possess a number of fundamental urban rights that apply to all residents without

discrimination.⁴⁵ The Charter also includes numerous guiding universal principles in parallel with the call for the protection of fundamental rights and freedoms. Two principles that are notably adopted in the Charter are “cooperation and solidarity”. The Charter emphasizes these two principles to enhance the quality of life in urban living by decentralizing decision-making mechanisms from central authorities to local governments, thereby aiming to “understand the various problems of cities closely and involve local populations in decision-making processes.”⁴⁶

As a third-generation human right, urban rights can be categorized in various ways due to their integration with local governments and the contribution they make to quality of life⁴⁷ through democratic, egalitarian, inclusive, and community-development-supporting policies. These can be listed as follows: ⁴⁸

- The right to live in an urban environment that respects human rights and is open to the development of this right, providing opportunities for the welfare and personal development of its citizens.
- The right to live in a safe city protected from attacks and crime.
- The right to live in an urban environment free from environmental issues such as air, water, and soil pollution, where ecological balances are preserved.
- The right of urban residents to request the necessary infrastructure to develop their economic and social initiatives.
- The right of urban residents to have access to a variety of goods and services.
- The right to have suitable working conditions and job security and to benefit from the local economic development of the city.

⁴⁵ Kaypak, 2009: p. 11.

⁴⁶ Pektaş /Akın, 2010: p. 28.

⁴⁷ Kaşıkırık, Ayşe: “Avrupa Yerel Yaşamda Kadın-Erkek Eşitliği Şartını İmzalayan Belediyelerin Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Perspektifi”, *Econder International Academic Journal*, No. 5, Vol. 1, 2021, p. 25.

⁴⁸ Ökmen, 2005: p. 30- 31.

- The right to have opportunities to acquire a pluralistic urban culture.
- The right to live in a city where no one is excluded from working and social life due to cultural differences, where they are not relegated to secondary positions, in a multicultural integration, and to live in a city that they can identify with, which gives them a sense of belonging and identity.
- The right of urban residents to elect and be elected to local governments that provide services in the cities, to participate in decision-making processes, to maintain ongoing democratic oversight over governance, and to have the right to tax themselves in a way that enables the improvement of the urban environment and services.

While it is possible to increase the number of items listed above, it is evident from these points that local governments, as the management units closest to citizens and individuals, provide significant contributions in various ways to the process of protecting and developing human rights. Important contributions of local governments also include effective local, national, regional, and global democracy, freedom of information and expression, and respect for individuals' privacy in the face of technological society and the state. Additionally, ensuring that there is no discrimination of any kind, establishing effective equality among the poor, the underprivileged, and minority groups, and protecting the rights of local community members—namely urban rights—are among the most important of these contributions, as well as analyzing the fundamental concepts of human rights in democracies.⁴⁹ As seen, local governments have taken on an important role as actors in the context of official and international human rights frameworks.⁵⁰ The existence of local governments in all stages of the establishment and development of human rights is an undeniable reality. Based on this, it is possible to outline the responsibilities of local governments in the field of human rights as follows:⁵¹

⁴⁹ Ökmen, 2009: p. 15-16.

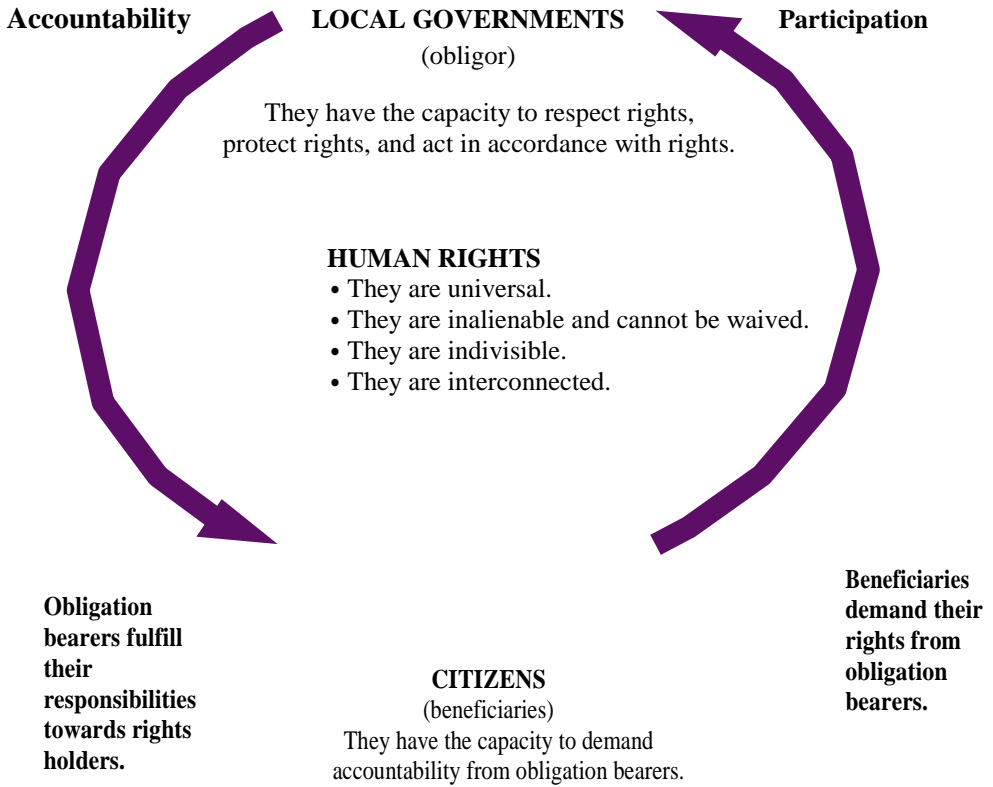
⁵⁰ Oomen/ Durmuş, 2019: p. 142.

⁵¹ Akay, Hale: Yerel Yönetimler İçin İnsan Hakları Temelli Yaklaşım: Kavramsal Çerçeve ve En İyi Uygulama Örnekler, Türkiye Avrupa Foundation Publications, İstanbul, 2015b, p. 5.

- *Duty to Respect Rights:* This responsibility means that local authorities should avoid infringing on human rights through their actions. Local authorities must not interfere with the rights and freedoms of their citizens within their jurisdiction. For instance, with regard to freedom of religious belief, local governments should allow religious groups to use public spaces within defined limits for their religious celebrations. Similarly, regarding the right to health, local governments should refrain from actions that would prevent certain communities or groups from accessing health facilities within their jurisdiction.

- *Duty to Protect Rights:* This duty involves taking measures to ensure that citizens' rights and freedoms are not violated by others within the local government's geographical boundaries. For example, local governments should act against any activities that prevent children from attending school. Additionally, creating safe urban spaces to reduce or completely prevent violence against women is an example of the local government's role in protecting rights.

- *Duty to Enable and Facilitate the Use of Rights:* This responsibility involves local governments taking actions to facilitate citizens' enjoyment of human rights and freedoms. For instance, local governments can support access to education rights through the educational resources they provide within their jurisdiction.



As seen above,⁵² local governments, as duty-bearers, are responsible for fulfilling their human rights-centered duties to citizens, who are the rights-holders. Additionally, it is essential that they exercise accountability and pursue participatory policies in carrying out these responsibilities.

In the *Research-Based Report on the Role of Local Governments in the Promotion and Protection of Human Rights*, prepared for the United Nations High Commissioner for Human Rights in 2015, the relationship between local governments and human rights was highlighted. This report serves as an international acknowledgment of the strong connection between human rights and local governments. According to the report, local governments are the bodies responsible for the management of cities, positioned closest to citizens within local communities to address their daily needs and frequently dealing with human rights issues. Therefore, a clear and strong link is seen between local governments and human rights. Local governments, in fulfilling their duties, responsibilities, and

⁵² Akay, 2015a: p. 16.

obligations, make decisions and implement them on matters such as education, housing, health, and environment, which are directly related to human rights and influence the ability of residents to benefit from these rights. Additionally, local governments are at risk of directly encountering discriminatory practices against groups such as migrants and ethnic minorities. However, by integrating human rights into their activities, local governments can prevent situations that might lead to such rights violations. If human rights-based activities by local governments are not perceived by authorized institutions or the public as human rights practices, and human rights are excluded from policies and practices at the local level, issues related to human rights are likely to arise. At this point, it should be remembered that the development, strengthening, and true impact of human rights are first experienced at the local level.⁵³

3. ADDRESSING THE "HUMAN RIGHTS CITY" IN THE CONTEXT OF HUMAN RIGHTS IN LOCAL GOVERNMENTS

The approach of the Human Rights City has taken its place on the global agenda over the past decade and is observed to have an increasingly significant importance today. When examining the foundation of this approach, it becomes evident that while human rights are addressed universally, internationally, and nationally, especially in the context of norm-setting, the authority, duties, responsibilities, and functions of local governments are crucial in the implementation and realization stages of these rights. The key factor in the widespread adoption and importance of the Human Rights City concept is the increase in urban populations and, subsequently, the number of cities, along with the substantial population movement that has brought about changes in the function and effectiveness of cities. This urbanization brings together many different individuals with diverse needs and expectations. Consequently, structures and approaches that provide new solutions to the resulting complex problems have become necessary. The Human Rights City, which places a rights-based perspective at its core for addressing current issues and solutions, emerges today as cities that, combined with local governments, embody and implement values and approaches such as local representation,

⁵³ Akay, 2015b: p. 4.

participation, democratization, and equality, creating a new culture of coexistence.⁵⁴

3.1. Human Rights City

The human rights city is, in its broadest sense, an approach that brings together local governments and human rights. It is defined as the implementation of the existing human rights norms and standards at the universal level at the local level, particularly with municipalities, which hold a dominant position within local governments, using these as a reference. As is well known, while the primary responsibility for supporting and protecting human rights lies with central governments, municipalities are the institutions that implement international and national human rights strategies and policies in everyday life. Furthermore, the serious pressures created by migration, urbanization, and the subsequent population increase have transformed local governments, especially municipalities, into key actors in the human rights city approach. In this context, today's developing sustainable cities, social cities, healthy cities, smart cities, energy cities, walkable cities, intercultural cities, age-friendly cities, women-friendly cities, child-friendly cities, and many similar urban networks target local governments, with their fundamental aim being to improve urban life and the environment and ensure its quality. At the core of this objective are human rights, including the right to health, the right to the environment, economic, social, and cultural rights, which are implemented through local government policies and practices. In this direction, it is aimed to adapt human rights to the local context and daily life through local governments by integrating them into urban policies, practices, and services with the human rights city approach.⁵⁵ The human rights city emerges from the solidarity and collaboration among various social actors, including civil society and human rights organizations, municipalities, and their networks.⁵⁶ Additionally, the concept of the human rights city represents a global initiative aimed at localizing human rights. This idea views cities as key players in the protection, support, implementation, and development

⁵⁴ Şenesen, Gülay Günlük/Arun, Özgür/Aykara, Aslıhan/Sunata, Ulaş/Thibert, Âdem Arkadaş/Yücel, Yelda: İnsan Hakları Kentleri Göstergeleri, Emsal Printing House, Ankara, 2021, p. 8.

⁵⁵ Şenesen/Arun/ Aykara/Sunata/Thibert/Yücel, 2021: p. 10.

⁵⁶ Grigolo, Michele: The Human Rights City: New York, San Francisco, Barcelona, Routledge, Londra and New York, 2019.

of human rights. Furthermore, it envisions a city that is governed in accordance with human rights norms, along with a local population that is aware of this consciousness.⁵⁷

In recent times, an interesting development regarding the interaction between human rights and legal pluralism has been the emergence of human rights cities. These cities can be understood as local governments that explicitly base their policies on international human rights law. Here, cities become a shorthand for local governance, representing the lowest tier of public administration within a given state. This certainly includes small hamlets and districts, as well as metropolises that have economies larger than some nations. However, the common denominator here is the situation of possessing a certain degree of official power related to governmental functions and being the level of government closest to citizens. The ways in which local governments engage with human rights are equally diverse. These entities may undertake activities such as signing declarations and agreements, establishing dedicated human rights offices and councils, and developing comprehensive local human rights policies. Such engagements contribute to the proliferation of human rights in various forms both within the cities and towns themselves and globally.⁵⁸

The concept of a human rights city was first used in 1997 by an international civil society organization called the “People’s Movement for Human Rights Education”, based in the United States. Following this, with a program developed around this concept, the municipal council of Rosario, Argentina, recognized the Universal Declaration of Human Rights as guiding fundamental principles for the municipality in the same year. Other cities, such as Graz (2001), Montreal (2006), Mexico City (2010), Barcelona (2010), Gwangju (2011), Utrecht (2011), Vienna (2014), New York City (2017), and Lund (2018), have also adopted these relevant fundamental principles, taking Rosario as an example. Furthermore, since 2011, the “World Human Rights Cities Forum” has been held annually in Gwangju, South Korea. During the 2014 forum, guiding principles for the implementation of the human rights city concept⁵⁹ were established. This guide includes 10 principles, which

⁵⁷ Akay, 2015b: p. 7.

⁵⁸ Oomen/Durmuş, 2019: p. 145.

⁵⁹ Bkz. World Human Rights Cities Forum (2014) Guiding Principles for a Human Rights City (Gwangju Principles), <https://www.uclg->

exemplify concepts such as the right to the city, the prevention of discrimination and affirmative action, participatory democracy, and accountable governance.⁶⁰

Today, for a city to define itself as a human rights city, it needs three intertwined types of human rights organization. The first is the localization of human rights by the city through its local policies and practices, which is carried out by local governments. The second is that the city administration, in its efforts to implement human rights, must cooperate and demonstrate solidarity with all levels of governance, including international parties. The third is the development of initiatives and networks among city administrations themselves.⁶¹ In this context, the human rights city approach, which is embraced and developed by cities, networks, platforms, local governments, and civil society organizations, has also been recognized and supported by regional and global international organizations that engage with central governments. In this scope, the European Charter of Local Self-Government (1985), developed by the Council of Europe and the Congress of Local and Regional Authorities, is an important document that outlines the fundamental characteristics of local democracy, autonomy, and decentralization principles. Additionally, especially the European Urban Charter I (1992) and the European Urban Charter II (2008), developed as a manifesto for a new urbanity, have become key policy documents serving as guidelines for citizens' rights in local governments.⁶² The European Urban Charter III (2023) provides an updated compilation of common principles and concepts that enable cities and towns to respond to the challenges facing today's urban populations. The Charter builds on the original European Urban Charter, the European Charter of Urban Rights (1992) and the European Urban Charter II - Manifesto for a New Urbanity (2008). The updated Charter takes into account the transformations that have taken place in recent decades and the major challenges affecting urban societies, such as the Russian Federation's aggressive war against Ukraine, terrorism,

cisdp.org/sites/default/files/Gwangju%20Guiding%20Principles%20for%20Human%20Rights%20City%20adopted%20on%2017%20May%202014.pdf, Accessed: 01.10.2024.

⁶⁰ Kentssel Stratejiler ve Yerel Uygulamalar Derneği: Kentte İnsan Hakkı, 2022, p. 9. (<https://www.kentlab.org/index.php/yayinlar/125-kentte-insan-hakki-2022>, Accessed: 01.10.2024.

⁶¹ Canalıoğlu Çınar, 2024: p. 284.

⁶² Şenesen/ Arun/ Aykara/Sunata/ Thibert/ Yücel, 2021: p. 15.

growing inequalities, accelerating climate change, natural disasters and public health crises.⁶³

The human rights city approach has been supported at international, national, regional, and local levels, as seen,⁶⁴ and countries have prioritized local governments in the development of cities, particularly in protecting, advocating for, and promoting the rights of their citizens. The concept of a human rights city also highlights local governments in the protection and implementation of fundamental rights and freedoms guaranteed by constitutions at the local level. In this context, it is observed that cities declaring their intention to become human rights cities commit to considering human rights as a primary principle in their local policies and practices and to implementing them.⁶⁵ Countries that are parties to the policy documents mentioned above, which are considered significant in the context of human rights cities, also demonstrate their progress toward becoming human rights cities by incorporating the principles outlined in these documents into their domestic policies.

3.2. Examples of Human Rights City Practices From Around the World And Türkiye

As a result of recent developments, international and regional organizations are trying to incorporate human rights into local policies and practices through local governments, making them part of urban policy. Consequently, human rights cities emerge as municipalities that integrate international treaties into local policies and practices. Encountered as human rights actors at the local level, human rights cities give a local meaning to the existing international understanding of human rights and adopt a governance approach based on the principles of participation and equality. Therefore, city administrations play an important role in the implementation and development of international human rights law.⁶⁶ At this point, city administrations are currently striving to become human

⁶³ The European Urban Charter III (2023):
<https://www.scribd.com/document/776996152>, Accessed: 05.12.2024

⁶⁴ Domaradzka, Anna: Urban Social Movements and the Right to the City: An Introduction to the Special Issue on Urban Mobilization. *Voluntas, International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, Vol. 29, No. 4, 2018, p. 607.

⁶⁵ Canalıoğlu Çınar, 2024: p. 288.

⁶⁶ Canalıoğlu Çınar, 2024: p. 286.

rights cities and reflecting human rights-specific policies and practices in their governance.

Below ⁶⁷ are some cities considered human rights cities from around the world and Türkiye. When selecting these cities, the most important criterion was their direct reflection of human rights in local-level policies and practices.

- In the city of Utrecht, Netherlands, a democratic experiment has been initiated to share and expand the responsibility of creating an energy plan that will help achieve climate neutrality by 2030. The initiative is based on the slogan "City Talks on Sustainable Energy: The Silent Majority Speaks." While it is known that energy affects everyone, city managers have realized that discussions about the energy action plan in Utrecht typically only engage citizens who have a specific interest in the topic. In response, the city has implemented a program to reach citizens who are normally not part of the discussion. As a result, Utrecht has included 10,000 randomly selected citizens in the process of developing the city's new energy action plan. The plan outlines Utrecht's journey toward carbon neutrality by 2030. The city has involved these 10,000 citizens, along with 166 experts and other stakeholders, to help define the city's energy transformation. Granting this responsibility to citizens within the city, while shaking traditional thinking, promotes the generation of new ideas and establishes a citizen-inclusive approach in the plans and programs for sustainable energy.⁶⁸ The city's initiative to engage in such an effort demonstrates its commitment to citizen participation, which embodies the practical implementation of human rights in local policies and practices on the path to becoming a human rights city.

- In Dun Laoghaire-Rathdown, Ireland, under the 2014 reform of local government legislation, the Municipal Councils establish committees known as Strategic Policy Committees (SPCs) to evaluate issues related to the formulation, development, monitoring, and review of policies concerning the functions of local authorities. These committees facilitate citizen participation in the public policies being developed by establishing direct connections with citizens. The SPCs, which actively engage with local governments, hold significant responsibilities in their respective

⁶⁷ Akay, 2015b: p. 29- 33.

⁶⁸ Urban Sustainability Exchange: <https://use.metropolis.org/case-studies/city-talks-on-sustainable-energy-the-silent-majority-speaks>, Accessed: 05.10.2024.

areas—such as environment, housing, transportation, etc.—and maintain strong connections with public institutions. Moreover, the SPCs are formed with citizen participation,⁶⁹ aiming to give citizens a voice in shaping and directing policies and practices throughout the city.

- In Berlin, Germany, the “Youth Election Project U18” is a representative voting initiative that takes place nine days before actual elections, either local or national. The project is designed to spark interest in politics among young people and support their political education. Due to the distance young people often feel from politics in Berlin, the U18 project helps make political engagement fun and accessible. Throughout the year, participating youth examine manifestos, form parties, and engage in discussions with politicians, culminating in a mock election held a week before the actual elections. Organizations that work with young people, from schools to youth centers, can register as “voting centers” and benefit from online educational resources. The program addresses the noticeable gap in political education in schools, and its success in reaching 198, 365 young people from diverse backgrounds during the 2013 parliamentary elections, alongside the project's growth in both scale and reputation,⁷⁰ marks significant steps in strengthening the local application of human rights.

- *In Victoria, Australia, the municipality* has prepared numerous guidelines aimed at incorporating human rights principles into its existing strategic plans and service delivery activities and practices. Additionally, citizens can access these guidelines online.

- *The municipality of Galdakao in Spain* has initiated a study to identify the specific needs of women in terms of their freedom of movement and the design of urban spaces. This research involved interviews with nearly 70 women from nine different neighborhoods. The opinions and recommendations of the participating women were gathered to increase their access opportunities, improve public transportation services, and ensure the appropriate design of urban spaces. Following this study, a report was prepared, which was then transformed into an Action

⁶⁹Strategic Policy Committee Scheme 2019-2024: https://www.dlrcoco.ie/sites/default/files/atoms/files/adopted_strategic_policy_committee_scheme_2019_-_2024_25_11_2019.pdf, Accessed: 06.10.2024.

⁷⁰ Urban Sustainability Exchange: <https://use.metropolis.org/case-studies/youth-election-project-u18>, Accessed: 06.10.2024.

Plan. The aim here is to ensure equal representation at the local level and to find solutions to gender issues.⁷¹

• *The city council of Vienna, Austria*, has signed the Human Rights City Vienna declaration. This declaration states that the fundamental principles of human rights will be accepted and promoted in all areas of political and administrative decision-making and activities in Vienna.⁷²

As seen in the examples selected from around the world above, cities have engaged in significant efforts and activities at the local level on the path to becoming human rights cities. The example practices and outcomes are the clearest evidence of this.

Due to rapid population growth and rapid urbanization, local governments in Türkiye are increasingly in need of financial resources and up-to-date plans to keep up with developing technologies. On the other hand, the mobility of people in cities due to migration caused by various reasons creates pressure on the services provided locally and increases social conflicts. In response to these and similar current issues identified as problem areas, the “Cities of Human Rights” project has been taken up in Türkiye with the aim of creating inclusive solution areas for local governments that are sensitive to different social groups living in that region. In Türkiye, the human rights city project aims to adapt and reflect the rights of disadvantaged groups such as “elderly”, “disabled”, “women”, “children” and “refugees/migrants”, which are guaranteed by international and national laws, into urban life as principles through daily local governance and municipal services. The three-year project, covering the period from 2018 to 2020, is conducted in partnership with Lund University in Sweden, the Raoul Wallenberg Institute, the Union of Turkish World Municipalities, and Research Worldwide Istanbul. However, the sustainability of this project continues today. Within the scope of the project, the metropolitan municipalities of Ankara, Antalya, Gaziantep, Istanbul, and Mersin have been selected, focusing on a rights-based approach to the municipality’s strategic plans for the year 2019.⁷³ In

⁷¹ Akay, 2015b: s. 29- 33.

⁷² İnsan Hakları Kenti Viyana: <https://www.wien.gv.at/tr/birarada/insanhaklari/>, Accessed: 04.10.2024.

⁷³ Research Worldwide İstanbul: <https://www.rwistanbul.org/insan-haklari-kentleri.php>, Accessed: 06.10.2024.

the first stage, these municipalities were within the scope of the project. Subsequently, the following municipalities have not only left their work within the scope of the project in the strategic plan, but have also put it into practice. Below, various practices of municipalities that can be considered on the road to becoming a human rights city are evaluated.

- *Istanbul Zeytinburnu Municipality* aims to enable individuals with various disabilities who receive services from the Family Women's Support and Disabled Center to express the accessibility issues they face through its implemented “Change Project”. The project encourages these individuals to think about solutions to their problems.⁷⁴ At this point, the aim is to enhance communication between the municipality and disability groups.

- *Izmir Karşıyaka Municipality* has carried out two activities on the path to becoming a human rights city. One of these is the establishment of the “Human Rights Unit” within the municipality, and the other is the “Rights Center Unit”. Through these activities, it has been stated that the municipality will collaborate with public institutions and civil society organizations to create a culture of human rights in society, promote the understanding, protection, and development of these rights, and implement joint projects and events. Additionally, it has been indicated that awareness-based conferences and training programs will be organized, with the goal of developing rights-based local government policies.⁷⁵

- *Konya Karatay Municipality* has organized training sessions and seminars on human rights for its staff to raise awareness and ensure the adoption of the human rights city project. It has been stated that these trainings and seminars were also conducted online. In this initiative, the municipality has particularly highlighted human rights principles such as the right to a healthy environment and the right to peace.⁷⁶

⁷⁴Zeytinburnu Belediyesi: <https://zeytinburnu.istanbul/projeler/sosyal-projeler/degisim-projesi/>, Accessed: 06.10.2024.

⁷⁵ İzmir Karşıyaka Belediyesi: <https://karsiyaka.bel.tr/karsiyaka-insan-haklari-kenti-olacak>, Accessed: 05.12.2024.

⁷⁶ Karatay Belediyesi: <https://karatay.bel.tr/haberdetay/1192/karatay-belediyesi-personeline-insan-haklari-konul>, Accessed: 06.10.2024.

• *Istanbul Maltepe Municipality*, within the framework of the human rights city project, has created a link⁷⁷ “in the name of participation in the city” to invite various institutions and citizens to evaluate the effectiveness and efficiency of the municipality's activities and projects.⁷⁸ This situation allows for the participation of all institutions and citizens within the city in the services provided by the municipality and demonstrates the importance the municipality places on feedback regarding its services. Additionally, the realization of participation and the municipality's redesign of its services based on these results contribute to the development of human rights within the city.

• *In collaboration with Antalya Muratpaşa Municipality*, a workshop was conducted in 2019 as part of the Human Rights Cities Project, carried out by the Turkish World Municipalities Union and the Raoul Wallenberg Institute in partnership with Research Worldwide Istanbul. This workshop focused on the development of services for disadvantaged groups in municipalities in Türkiye, including the elderly, disabled individuals, women, children, and refugees. Throughout the workshop, presentations, workshops, and information sharing sessions were held.⁷⁹

• It has been observed that *68 municipalities in Türkiye* have signed the European Charter for Equality of Women and Men in Local Life (CEMR), which is seen as an important step towards becoming a human rights city. This charter aims to ensure that all segments of society benefit equally from services at the local and regional levels in Europe. The charter supports the participation of citizens in the planning, implementation, and monitoring processes of municipal services. It emphasizes that different segments may have different needs and that municipalities should shape their services accordingly, assessing this within the framework of human rights.⁸⁰

⁷⁷ Bkz. <https://kentekatilim.org/gorus/19.3427.1.8.2.F1>, Accessed: 05.12.2024.

⁷⁸ İstanbul Maltepe Belediyesi: <https://kentekatilim.org/gorus/19.3427.1.8.2.F1>, Accessed: 04.10.2024.

⁷⁹ Antalya Muratpaşa Belediyesi: <https://muratpasa-bld.gov.tr/haber/4819/insan-haklari-kentleri-icin-calistay>, Accessed: 04.10.2024.

⁸⁰ European Charter for Equality of Women and Men in Local Life (CEMR) https://www.tbb.gov.tr/Tr/icerik_cemr-avrupa-yerel-yasamda-kadin-erkek-esitligi-sarti_304, Accessed: 03.10.2024.

RESULTS AND EVALUATION

With the 21st century, as a result of the economic, political, social, and cultural developments and changes occurring worldwide, positive advancements in areas such as representation, participation, democratization, and human rights have been witnessed, while on the other hand, various problems have emerged, including international environmental issues like climate change and the challenges posed by migration. Additionally, as a consequence of this process, a significant increase in the number of cities and the populations residing in them has been observed. This situation makes local governments important institutions as they are the units directly responsible for the management of urban areas, and with the effect of globalisation, local governments, which are the units that citizens will be in direct contact with, are becoming more and more effective.

Local governments are considered the cradle of direct democracy, and their role in protecting and promoting human rights based on the fundamental rights and freedoms of citizens living in the city is an undeniable reality. The urban right that exist in practice within the context of the fundamental rights and freedoms of citizens are implemented by local governments. These rights are also included in international documents such as the Universal Declaration of Human Rights, the European Convention on Human Rights, the European Urban Charter, and the European Charter of Local Self-Government, guiding policies and practices produced at both the national and local levels. In this regard, local governments play a crucial role as significant actors in the protection and implementation of human rights at the local level.

Historically, the emergence of urban rights has been rooted in urban areas, and recent developments observed in these areas have brought the approach of human rights cities to the agenda of countries. In short, the human rights city, which brings together local governments and human rights, aims to transfer and establish the rights and freedoms existing at the universal level to the local context. In this process, cities are making various efforts to become human rights cities, and the common point of these efforts, as previously stated, is to reflect human rights in the local context.

When looking at cities around the world striving to become human rights cities, it can be observed that their practices focus on involving citizens in local services and policies, allowing citizens to evaluate the

services offered, including all groups within the city in local services, approaching citizens based on the principle of equality, preventing discrimination, and protecting and supporting fundamental rights and freedoms. However, it should be noted that the aspects mentioned do not exist as a whole in a single municipal example. Municipalities are seen to work on the human rights city project by focusing on specific areas. Given that these rights are interconnected, it is important for the projects to focus on the entirety rather than concentrating on just one aspect of urban rights from a holistic perspective. Looking at examples in Türkiye, local governments are seen to attempt to implement international documents that address human rights regarding fundamental rights and freedoms. In this context, it has been observed that the municipalities mentioned in the study mainly focus on awareness-raising initiatives. However, while it is stated that various projects are carried out within the framework of human rights cities, the lack of information on the sustainability and outcomes of these projects can be considered a shortcoming. In this regard, in an age where information and communication have advanced, the active use of institutional websites for municipalities to provide necessary information can significantly enhance awareness on the path to becoming human rights cities. Alongside all of this, the importance that local governments, particularly municipalities, place on the delivery of local services is directly related to the value they give to citizens, which is considered equivalent to their respect for human rights. In the changing conditions of today, local governments bear significant responsibilities and are primary institutions in ensuring human rights at the local level. Therefore, the increase in the number of human rights cities will also be facilitated by the contributions of local governments.

REFERENCES

Akay, Hale: Yerel Yönetimler İçin İnsan Hakları Temelli Programlama ve Hizmet Sunumu, Türkiye Europe Foundation Publications, İstanbul, 2015a.

Akay, Hale: Yerel Yönetimler İçin İnsan Hakları Temelli Yaklaşım: Kavramsal Çerçeve ve En İyi Uygulama Örnekler, Türkiye Europe Foundation Publications, İstanbul, 2015b.

Akkoyunlu Ertan, Kıvılcım/ Ertan, Birol: Hakları: Kent ve İnsan Hakları Bağlamında Kentsel Hizmetlere Erişim Hakkı, İstanbul Bilgi University Publications, İstanbul, 2013.

Antalya Muratpaşa Belediyesi: <https://muratpasa-bld.gov.tr/haber/4819/insan-haklari-kentleri-icin-calistay>, Accessed: 04.10.2024.

Avşar, Yeter: Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı ve Türkiye. Yerel Yönetimlerde Güncel Gelişmeler ve Yerel Siyaset Tartışmaları, (Ed: Aziz Belli, Abdullah Aydın, Ahmet Tunç), 1st Edition, Orion Academic Publications, Ankara, 2022.

Aydın, Ahmet: “Türkiye’de İnsan Hakları Algısı ve Milliyetçilik”, Journal of Dicle Social Sciences Institute, No. 36, 2024.

Baba, İsmahan Gül: “Kentsel Dönüşüm Kavramının İnsan Hakları Açısından Değerlendirilmesi”, Journal of Anadolu Bil Vocational School, 37, 2015, pp. 31-45.

Canalıoğlu Çınar, Eser: “İnsan Haklarının Yerelleşmesi ve İnsan Hakları Kenti”, Ombudsman Academic, Vol. 10, No. 20, 2024, pp. 279-294.

Avrupa Yerel Yaşamda Kadın-Erkek Eşitliği Şartı (CEMR): https://www.tbb.gov.tr/Tr/icerik_cemr-avrupa-yerel-yasamda-kadin-erkek-esitligi-sarti_304, Accessed: 03.10.2024.

Çelebi, Burak: “Yerel Yönetimlerin Uluslararası Müdahaleleri İçin Yasal Bir Dayanak: Uluslararası Hukuk ve Kentli Hakları”, TESAM Academic Journal, 2014, pp. 129-155.

Çiçek, Yeter: “Geçmişten Günümüze Türkiye’de Yerel Yönetimler”, KSÜ Journal of Social Sciences, 2014, pp. 53-64.

Domaradzka, Anna: Urban Social Movements and the Right to the City: An Introduction to the Special Issue on Urban Mobilization. Voluntas, International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations, Vol. 29, No. 4, 2018, pp. 607-620.

Davis, Martha F.: Scoping The New Urban Human Rights Agenda. The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, , Vol. 51, No. 2, 2019, pp. 260-270.

Friendly, Abigail: The Right to the City: Theory and Practice in Brazil. Planning Theory & Practice, Vol. 14, No. 2, 2013, pp. 158-179.

Grigolo, Michele: The Human Rights City: New York, San Francisco, Barcelona, Routledge, Londra and New York, Routledge, 2019.

İnsan Hakları Kenti Viyana: <https://www.wien.gv.at/tr/birarada/insanhaklari/>, Accessed: 04.10.2024.

İstanbul Maltepe Belediyesi: <https://kentekatilim.org/gorus/19.3427.1.8.2.F1>, Accessed: 04.10.2024.

Jackie, Smith: “Local Responses to Right-Wing Populism: Building Human Rights Cities”, Studies in Social Justice, Vol. 11, No. 2, 2017, pp. 347-368.

Karatay Belediyesi: <https://karatay.bel.tr/haberdetay/1192/karatay-belediyesi-personeline-insan-haklari-konul>, Accessed: 06.10.2024.

Kaşıkkırık, Ayşe: “Avrupa Yerel Yaşamda Kadın-Erkek Eşitliği Şartını İmzalayan Belediyelerin Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Perspektifi”, *Econder International Academic Journal*, Vol. 5, No. 1, 2021, pp. 81-101.

Kavruk, Hikmet: *Yerel ve Bölgesel Yönetimler*, 1st Edition, Nobel Publications, Ankara, 2021.

Kaypak, Şafak: “Avrupa Birliği Sürecinde Yerel Haklar ve Kente Yansıması”, *I. International Symposium on the European Union, Democracy, Citizenship and Citizenship Education*, 2009, pp. 1-19.

Keleş, Ruşen: *Yerinden Yönetim ve Siyaset*, 8th Edition, Cem Publishing, Ankara, 2012.

Kempin Reuter, Tina: *Human Rights and the City: Including Marginalized Communities in Urban Development and Smart Cities*. *Journal of Human Rights*, Vol. 18, No. 4, 2019, pp. 382-402.

Kentsel Stratejiler ve Yerel Uygulamalar Derneği: *Kentte İnsan Hakkı*, 2022 (<https://www.kentlab.org/index.php/yayinlar/125-kentte-insan-hakki-2022>, Accessed: 01.10.2024.)

Oomen, Barbara / Moritz Baumgärtel: “Frontier Cities: The Rise of Local Authorities as an Opportunity for International Human Rights Law”, *The European Journal of International Law*, Vol. 29, No. 2, 2018, pp. 607-630.

Oomen, Barbara/ Durmuş, Elif: “Cities and Plural Understandings of Human Rights: Agents, Actors, Arenas”, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Vol. 51, No. 2, 2019, pp. 141-150.

Ökmen, Mustafa: “Bir İnsan Hakkı Olarak Yerel Haklar ve Avrupa Kentsel Şartı”, *Local Politics Journal*, 2009.

Ökmen, Mustafa: *Bir İnsan Hakkı Olarak Kentli Haklarının Geliştirilmesi ve Yerel Yönetimler*, 1st Edition, İstanbul Bilgi University Publications, İstanbul, 2005.

Parlak, Bekir: *Türkiye’de Yerel Yönetimler*, Değişim Publications, İstanbul, 2020.

Pektaş, Kadri Ethem/ Akın, Fehmi: “Avrupa Kentsel Şartları Perspektifinde Bir Kentli Hakkı Olarak “Katılım Hakkı” ve Türkiye”, *Afyon Kocatepe University Faculty of Economics and Administrative Sciences Journal*, Vol. 12, No. 11, 2010, pp. 23-49.

Research Worldwide İstanbul: <https://www.rwistanbul.org/insan-haklari-kentleri.php>, Accessed: 06.10.2024.

Strategic Policy Committee Scheme 2019-2024: https://www.dlrcoco.ie/sites/default/files/atoms/files/adopted_strategic_policy_committee_scheme_2019_-_2024_25_11_2019.pdf, Accessed: 06.10.2024.

Şenesen, Gülay Günlük/ Arun, Özgür/ Aykara, Aslıhan/ Sunata, Ulaş/ Thibert, Adem Arkadaş/ Yücel, Yelda: İnsan Hakları Kentleri Göstergeleri, Emsal Printing, Ankara, 2021.

Şengül, Ramazan: Yerel Yönetimler, 11th Edition, Umuttepe Publications, İzmit-Kocaeli, 2020.

Şengül, Taylan/ Aygen, Anıl: “Arendt ve Douzinas’ın Düşüncelerinden İnsan Haklarını Okumak”, Human Rights Yearbook Journal, Vol. 41, 2023, pp. 105-132.

Taş, İbrahim Ethem/ Avşar, Yeter/ Durgun, Sadegül: “Belediyelerin Değişen Dünyaya Uyumu: Dijital Şeffaflığa Doğru”, Kahramanmaraş Sütçü İmam University Journal of Social Sciences, Vol. 19, No. 3, 2022, pp. 1674-1688.

The European Urban Charter III (2023): <https://www.scribd.com/document/776996152>, Accessed: 05.12.2024.

Toprak, Zerrin: Yerel Yönetimler, 10th Edition, Nobel Publications, Ankara, 2021.

Urban Sustainability Exchange: <https://use.metropolis.org/case-studies/city-talks-on-sustainable-energy-the-silent-majority-speaks>, Accessed: 05.10.2024.

Urban Sustainability Exchange: <https://use.metropolis.org/case-studies/youth-election-project-u18>, Accessed: 06.10.2024.

World Human Rights Cities Forum (2014) Guiding Principles for a Human Rights City (Gwangju Principles), <https://www.uclg-cisd.org/sites/default/files/Gwangju%20Guiding%20Principles%20for%20Human%20Rights%20City%20adopted%20on%2017%20May%202014.pdf>, Accessed: 01.10.2024.

Zeybekoğlu Sadri, Senem: Kentsel Dönüşüm ve Kentte İnsan Hakları, İstanbul Bilgi University Publications, İstanbul, 2013.

Zeytinburnu Belediyesi: <https://zeytinburnu.istanbul/projeler/sosyal-projeler/degisim-projesi/>, Accessed: 06.10.2024.