

## Manchester City, Kinkladze'nin Emeği, Futbolcunun Yetiştirme Bedeli: İnsan Hakları Hukukunda Vücudun Statüsü Üzerine Spekülasyonlar\*

H. Burak GEMALMAZ\*\*

### GİRİŞ

Georgi Kinkladze, şimdilerde jübilesini yapmış Gürcistanlı bir futbolcu. Asıl ününü Manchester City'e transfer olarak yapan Kinkladze, kariyerini Hollanda ve İngiltere'de sürdürüp Rubin Kazan'da noktalamış. Hatta bazı bilgilere göre, Gürcü topçunun Avrupa'ya ilk açılma deneyimi Trabzonspor ile olmuş ve fakat bu klüp tarafından antrenmanlarda beğenilmeyince Türkiye'ye transferi gerçekleştirilmemiş.<sup>1</sup>

Kinkladze'nin futbolculuk kariyeri, muhtemelen kendisinin bile bilmediği bir insan hakları hukuku problemini de beraberinde getirdi. Bu problem, futbol klüplerinin oyuncu üzerinde sahip oldukları hakların insan hakları hukuku açısından niteliğinde odaklaşmaktadır. Klüpler, yetiştirdikleri oyuncunun transferlerinden belirli oranlarda pay almaktadır.<sup>2</sup>

İşte bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Ağustos 2007 başında hükme bağladığı *FC Mretebi v. Georgia* kararından hareketle insan vücudu ve emeğinin uluslararası insan hakları hukukundaki yeri üzerine bazı spekülasyonlar yapılacaktır.

### MÜLKİYET HAKKI VE FC MRETEBI v. GEORGIA KARARI

İnsan vücudunu ve buna bağlı parçaların hukuki statüsü ve tabii tutulacağı hukuki rejim, insanlık tarihinin en başından bu yana yoğun önem arz etmektedir. Günümüzde, yeni teknolojik olanaklar ile bu önem daha da artmış ve mevcut hukuki yaklaşımların geçerliliği sorgulanır hale gelmiştir. Bu incelemede mülkiyet hakkı denildiğinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde (P1-1) yer alan düzenleme temel alınacaktır. Bunun sebebi var: UİHH'de

mülkiyet hakkı çok az sayıdaki belgede düzenlenmiş olup bunların P1-1 hariç hiçbirisi bakımından kayda değer bir içtihadı birikim olduğu söylenemez.

P1-1 metni<sup>3</sup> şöyledir:

#### "Madde 1-Mülkiyetin korunması

*Her gerçek ya da tüzel kişi, mamelekenden barışçıl biçimde yararlanma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararı uyarınca ve yasanın ve uluslararası hukuk genel ilkelerinin öngördüğü koşullara tabi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılması hali hariç, mülkiyetinden yoksun bırakılmayacaktır.*

*Ancak yukarıdaki hükümler hiçbir biçimde, bir devletin, mülkiyetin genel yarara/(umumi menfaate) uygun olarak kullanılmasını denetim altına alınak ya da vergilerin yahut diğer katkıların/(yükümlülüklerin) yahut para cezalarının ödenmesini temin etmek üzere gerekli gördüğü nitelikteki yasaları yürürlüğe koyması yetkisine hâlel getirilmeyecektir."*

Görüldüğü üzere, P1-1 metni mülkiyet hakkından değil, "mamelekten serbestçe yararlanılmasından" bahsetmektedir. "Mülkiyet" ibaresi yalnızca ikinci fıkrada geçmekte ve bir hak formunda olmayıp eşyaya işaret etmektedir. "Mamelek" terimi P1-1'in İngilizce

metinde yer alan "possession" ve Fransızca metninde yer alan "biens" terimlerinin karşılığı olarak kullanılmıştır. Hem İngilizce hem de Fransızca metin aynı derecede geçerlidir. Her bir madde özelinde bu iki dil arasında anlamsal farklılıklar bulunabilmektedir. Strasbourg organları bu iki metin arasındaki olası farklılıkları bağdaştırıcı bir yaklaşım izlemektedirler.<sup>4</sup>

İşte bu iki dildeki söz konusu terimleri bağdaştırıcı bir yorumla ele alan Mahkeme, Hazırlık Çalışmalarını da değerlendirerek, P1-1'de yer alan hakkın, özünde "mülkiyet hakkı/right of property" olduğunu belirlemiştir. Buna göre P1-1, herkesin mülkiyetinden barışçıl şekilde yararlanma hakkını tanımakla aslında mülkiyet hakkını korumuş olmaktadır.<sup>5</sup> AİHM'in aynı yöndeki sistemli kararlarıyla, mesele bugün içtihat haline gelmiştir.<sup>6</sup>

Strasbourg içtihatlarına göre P1-1 normatif olarak dört kuralı düzenlemektedir:

**Kural 1-** mülkiyete saygı (P1-1/1, ilk cümle), **Kural 2-** mülkiyetten yoksun bırakma ve bunun koşulları (kamu yararı ve yasalık koşulu) (P1-1/1, ikinci cümle) **Kural 3-** Taraf devletlere tanınan, mülkiyetten yararlanma hakkını genel yarara uygun şekilde düzenleme

\* Bu çalışma yazarın "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı" başlıklı eserindeki bir bölümün değiştirilmiş ve genişletilmiş versiyonudur. Bkz. H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta Yay., İstanbul, 2009.

\*\* Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Elemanı

(1) [http://en.wikipedia.org/wiki/Georgi\\_Kinkladze](http://en.wikipedia.org/wiki/Georgi_Kinkladze)

(2) *Birgün Gazetesi*, 01/09/2008, Kinkladze, Trabzonspor'dan itikamını Anorthosis Famagusta takımıyla aldı.

(3) Klüplerin futbolcuları yetiştirmesinden kaynaklanan hakları kavramı, aslında, eskiden futbolcuların yurt dışında oynayabilmesi için istenen bedele ilişkin (bazen bonservis veya transfer ücreti olarak ifade edilmektedir) düzenlemenin isim ve bir ölçüde nitelik değiştirmiş halidir. ATAD'ın ünlü Bosman kararından sonra, AB ile FIFA söz konusu kalemin niteliği hakkında ortak bir çalışma gerçekleştirmişler ve şu an yürürlükteki rejim 2001 yılında kabul edilmiş ve 2005 yılında yürürlüğe girmiştir. (Bilgi için bkz. *FIFA Regulations for the Status and Transfer of Players*, December 2004, Madde 20-21 ile Ek 4 ve 5; *TFF Profesyonel Futbol ve Transfer Talimatı*, Madde 20; Doktriner bilgi için bkz. Şeref Ertay-Hasan Petek, *Spor Hukuku*, Yetkin Yay., Ankara, 2005, sf:289-293; Rıfat Ertay, *Milletlerarası Özel Hukukta Spor*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, sf:151-155, 161-164; Faruk Baştürk, *İş Hukukunda Profesyonel Futbolcu*, Beta Yay., İstanbul, 2007, sf:53-55).

(4) Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 20/03/1952 tarihinde Paris'te kabul edilen ve imzaya açılan "İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesinin, Sözleşmede Hali hazırdaki Yer Alanlardan Başka Belli Hakları ve Özgürlükleri Güvence Altına Alan, Protokol No.1" in (No.009, "Protocol No.1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention"), 18/05/1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. AİHS Protokolü No.1'in Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri/Cilt 1/2003*, sf:123-126 (Türkçe) ve sf:387-389 (İngilizce). "AİHS Protokolü No.1'e dair bilgi için bkz., Semih Gemalmaz, *Genel Teori/2007*, sf:1027-1034.

(5) Bkz. *Wemhoff v. Germany*, Judgment of 27 June 1968, para. 8 (As to the Law Bölümü); *Sunday Times v. United Kingdom*, App. No.6538/74, Judgment of 26 April 1979, para. 48.

(6) *Marckx v. Belgium*, Judgment of 13 July 1979, Series A 31, para.63.

(7) Örneğin bkz. *Lithgow and others v. United Kingdom*, Judgment of 08 July 1986, Series A No. 102, para.106 ("The Court recalls that Article 1 (P1-1) in substance guarantees the right of property (see the Marckx judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, pp. 27-28, para. 63"); *Ağosi v. United Kingdom*, Judgment of 24 October 1986, Series A No. 100, para.48

yetkisi (P1-1/2).<sup>8</sup> Kural 4- “Yukarıda gösterilen üç ilke, birbirinden kopuk ve ilgisiz değildirler; ikinci ve üçüncü kurallar, mülkiyetten barışçıl biçimde yararlanma hakkına yöneltilebilecek müdahalelere ilişkin özel ilkelerdir ve bundan ötürü, bu tür müdahaleler ilk kuralda ortaya konan genel ilke ışığında yorumlanmalıdır.”<sup>9</sup>

İnsan vücutu ve emeğin UİHH açısından hukuki niteliği sorunu P1-1 mülkiyet hakkının neleri kapsadığı sorusuna verilecek cevaba bağlıdır. Bu sebeple P1-1 mülkiyet hakkının kapsamının nasıl belirlendiğine ilişkin kısa belirlemeler yapılmalıdır.<sup>10</sup>

P1-1’de düzenlenen mülkiyet hakkı, diğer haklardan farklı olarak, doğumla kazanılmaz. Mülkiyet hakkı kişinin kendisinde mündemiç değildir. P1-1 anlamında mülkiyet hakkından söz edebilmek için mülkiyetin ulusal hukuka göre var olması gerekir. Yani, P1-1 anlamında mülkiyet hakkının konusu olacak nesne/değer kişinin malvarlığına önceden dahil olmuş olmalıdır. Strasbourg organları bunu net olarak belirlemişlerdir.

Demek ki, P1-1 zaman bakımından geriye etkilidir. İleriye dönük talepler, P1-1’in zaman bakımından kapsamı dışındadır. Diğer bir deyişle, P1-1’e dayanılarak mülkiyet edinme talebinde bulunulamaz.<sup>11</sup> P1-1’in zaman bakımından uygulanabilirliği, ulusal hukuka göre

başvurucunun bir malvarlığı değerine sahip olup olmadığına göre belirlenmektedir.

Tebliğde bu durumu ifade etmek üzere “zaman duvarı” kavramı kullanılacaktır. Zaman duvarı engelini aşamayan iddialar P1-1’in uygulanabilirliğini sağlayamaz, sadece zaman duvarını aşabilmiş iddialar P1-1 açısından ele alınır. Mülkiyet hakkının konusunu oluşturan maddi ya da gayri maddi mallar/nesnelere, ancak “belirli bir andan itibaren” P1-1’in kapsamına girer.

Diğer yandan, eğer zaman duvarı aşılmışsa, başka bir ifadeyle hak sahibinin elinde bir malvarlığı değeri mevcut ise, bu halde bunun P1-1 anlamında mülkiyet hakkı kapsamına girip girmediği ayrıca incelenmelidir. P1-1’i uygulanabilir kılan üç temel ölçüt bulunmaktadır: a) ekonomik değer oluşturma, b) manevi değer oluşturma ve c) hem ekonomik hem manevi değer oluşturma ölçütleri.<sup>12</sup>

Otonom kavramlar doktrini P1-1’de yer alan mülkiyet hakkının kavramsal düzeyde AİHS tarafı devletlerin ulusal hukuklarından daha geniş bir kapsamda ele alınmasını sağlamaktadır. Ulusal hukukta mülkiyet hakkının kapsamında sayılmayan mallar ya da haklar, P1-1 bakımından mülkiyet hakkının kapsamına girebilir. Ancak buradaki otonomi, zaman duvarı engelini kaldıracak nitelikte değildir. Sadece nesneye yöne-

lik bir otonomidir. Strasbourg organlarının P1-1’in kavramsal boyutu hakkındaki içtihadı son derece zengindir ve bu zenginlik hızla artmaktadır.

P1-1’in uygulanabilirliği için şimdiye kadar geliştirilen ölçütlerin dışında mülkiyet hakkının diğer sözleşmesel haklarla girebileceği potansiyel çatışmayı ya da o haklarla yapacağı yarışmayı kaybetmemesi gereklidir. Kanımca, çatışma teorisinin işlev görebileceği en önemli noktalardan birisi, bir hakkın uygulanabilirliği veya bir diğer ifadeyle hakkın norm alanının saptanması aşamasıdır. Buna göre, bir hak bir başka öznenin hakkı ile çatışıyorsa, yapılacak değerlemenin sonucunda, başvuru hakkının norm alanı hiç aktive olmayabilir. Hal böyle olunca, başkasının hakkıyla çatışan hakkın sınırlandırılması hiç gündeme gelmeyecektir. Bu durumda çatışmama veya çatışmadan galip çıkma, bir hakkın norm alanını daraltmayan/sınırlamayan ve fakat aktive olması için aranan ön koşul niteliğindedir. Norm alanı aktive olmazsa, özne o hakkın sunduğu korumadan hiç yararlanamayacak demektir.<sup>13</sup>

P1-1 mülkiyet hakkına dair bu spesifik bilgilerden sonra asıl meseleye odaklanacak olursak, *FC Mretebi v. Georgia* kararında AİHM, yetiştirme bedellerinin tabi olacağı hukuki rejime dair bazı belirlemelerde bulunmuştur. Davaya konu olan olay şöyledir: Kinkladze’yi keşfeden Mretebi Tbilisi adlı kulüp, adı geçen oyuncuyu Dinamo Tbilisi takımına “satmıştır”. Dinamo Tbilisi ise, birçok ufak çaplı transferlerden sonra Kinkladze’yi, Premier

League’nin ünlü kulüplerinden Manchester City’ye 1.750.000 dolara devretmiştir. Manchester City ise daha sonra Kinkladze’yi Ajax’a satmıştır.<sup>14</sup> Bu satıştan, Manchester City ile arasındaki sözleşme gereği Dinamo Tbilisi yaklaşık 2.000.000 Euro para elde etmiştir. Ancak Dinamo Tbilisi, oyuncuyu yetiştiren Mretebi Tbilisi’ye, aralarında akdettikleri bu yöndeki sözleşmeye rağmen, herhangi bir pay vermemiştir. Spor hukukunun kendine özgü uyuşmazlık çözüm mekanizmaları içerisinde önce Dinamo Tbilisi ile akdettiği sözleşme iptal edilen Mretebi, nihayetinde 236.000 Euro tazminata hak kazanmıştır.

Kazandığı miktardan tatmin olmayan Mretebi uyuşmazlığı AİHM’e taşımıştır.<sup>15</sup> AİHM meseleye mülkiyet hakkı açısından yaklaşmış ve Mretebi’nin yetiştirdiği bir futbolcu (olayda Kinkladze) üzerindeki hakkının (yetiştirme bedeli) mülkiyet hakkına benzetilmesini kategorik olarak P1-1’in kapsamı dışında görmemiştir. Olayda başvuru kulüp ile bir başka futbol kulübü arasında futbolcunun yurtdışına transferinden kaynaklanan alacağın hukuki durumu hakkında bir anlaşmazlık baş göstermiş ve FIFA’nın Oyuncuların Statüsü Komitesi iki kulüp arasındaki bu anlaşmazlığı “futbolcuya yönelik federatif hakların mülkiyetinin/sahipliğinin (possession) nakli/temlik/transfere” olarak nitelendirmiştir. FIFA’nın bu nitelendirmesini temel alan Mahkeme, P1-1’in uygulanabilirliğini dışlamamış ve fakat Gürcistan P1’i olay tarihinden sonra onayladığı için zaman yönünden yetkisizlik temelinde (*ratione temporis*) şikayeti kabul edilemez bulmuştur.<sup>16</sup>

(13) Bilgi için bkz. Gemalmaz, a.g.e., sf: 210-229.

(14) AİHM kararında geçen transfer ücretleri ile adı geçen futbolcunun kariyeri hakkında bilgi içeren çeşitli internet kaynaklarında ifade edilen transfer ücretleri arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır.

(15) Olayda Mretebi ile Gürcistan Futbol Federasyonu arasındaki uyuşmazlık ile AİHS Madde 6 çerçevesinde ileri sürülen iddialar burada ele alınmayacaktır.

(16) *FC Mretebi v. Georgia*, App. No.38736/04, Judgment of 31 July 2007, paras.19, 52.

(8) *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52, para.61.

(9) *Lithgow and others v. United Kingdom*, Judgment of 08 July 1986, Series A No. 102, para.106; *Agosi v. United Kingdom*, Judgment of 24 October 1986, Series A No. 108, para.48; *Air Canada v. the United Kingdom*, Case No. 9/1994/456/537, Judgment of 5 May 1995, paras.29-30.

(10) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İ. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta Yay. İstanbul, 2009.

(11) *İmirle v. Sweden*, App. No.11628/85, Admissibility Decision of 9 May 1986, DR Vol. 47, sf:270-272; *Posedel-Jelinovic v. Croatia*, App. No.35915/02, Judgment of 24 November 2005, para.32; *Meyne-Moskalczuk and others v. Netherlands*, App. No.53002/99, Admissibility Decision of 9 December 2003, paras 1-2 (the Law).

(12) Bu ölçütler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Burak Gemalmaz, a.g.e., sf: 178-210.

## İNSAN VÜCUDUNUN VE EMEĞİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Herhangi bir eşya hukuku kitabını açtığımızda eşyaların çeşitli açılardan sınıflandığını görebiliriz. Bu sınıflamalardan birisi taşınır-taşınmaz eşya şeklindedir. Taşınmazlar özü değiştirilmeden bir yerden bir başka yere aktarılamayan nesne olarak tanımlandığına göre, bunun karşısı olan taşınır özünde ve işlevinde herhangi bir değişikliğe uğramaksızın bir yerden başka bir yere götürülebilen eşyalar olmak durumundadır. Taşınırın taşınmazların bütünüleyici parçası da olmaması gerekir.<sup>17</sup>

Canlılar taşınır. Bu sebeple canlı organizmalar taşınır eşya kategorisine girebilir. Hayvan, bitki ve insan canlı organizmadır. Genellikle kabul edilen, hayvanların<sup>18</sup> hukuki anlamda kişiliğe sahip olmadığı ve bu sebeple eşya statüsünde olduğudur. Klasik eşya hukuku için geçerli olan bu değerlendirme **P1-1** için de geçerlidir.<sup>19</sup>

Bu durumda, hayvanlar gibi canlı organizma niteliğinde olan ve taşınır özelliği gösteren insanın (ve vücudu) **P1-1** mülkiyet hakkı karşısındaki durumu incelenmelidir. İnsan vücudu ve

parçalarının hukuki statüsü meselesi mülkiyet hakkının kapsamı açısından en çetrefil problemlerin başında gelmektedir. İnsan vücudu denildiğinde kastedilen bir bütün olarak vücut, parçaları denildiğinde ise organ, doku, hücre, gen vb. vücut bütününden ayrılabilir nesnelere kastedilmektedir. Bütünden ayrılabilir bu canlı parçaların özelliği, vücuttan ayrıldıktan sonra, en azından belli bir süre için, kendi başlarına bağımsız bir nesne niteliği göstermektedir.<sup>20</sup>

Konunun çetrefilliği insan vücuduna geleneksel olarak kutsal bir değer atfedilmesinden olduğu kadar parçaların günümüzde ciddi bir ticari değer oluşturmasından da kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla problem günceldir ve ulusal eşya hukuklarının yanında, uluslararası spesifik mevzuatın konusunu oluşturmaktadır. Bu konuda özellikle Anglo-Sakson hukuk literatüründe güncel tartışmalar sürdürülmektedir.<sup>21</sup>

Klasik eşya hukuku doktrinine bakıldığında, bir nesnenin hukuki anlamda eşya sayılabilmesi için beş koşulu karşılaması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Buna göre, bir nesnenin hukuki anlamda eşya niteliği taşıması için maddi bir varlığa sahip olması<sup>22</sup>,

üzerinde egemenlik kurulabilmesi, sınırlanabilir ve belirlenebilir olması, ekonomik bir değer taşıması ve nihayet kişi varlığı dışında kalması gereklidir.<sup>23</sup> Bu tanımdan açıkça görüldüğü üzere, özellikle Kıta Avrupası hukukunun meri olduğu sistemlerde, insan vücudu bir eşya olarak mütalaa edilemez ve bu sebeple mülkiyet hakkının veya herhangi bir başka malvarlığı hakkının konusunu teşkil edemez. Anlaşıyor ki, burada malvarlığı alanı ile kişi varlığı alanı arasında kategorik bir farklılık olduğu varsayılmaktadır.

Ancak bu teknik hukuki kabullerin, teorik olarak yerinde olup olmadığı hususunda ciddi şüpheler bulunmaktadır. Mülkiyetin meşrulaştırılmasını insan vücuduna ve giderek emeğe kimin sahip olduğuna göre belirleyen görüşlerin bulunduğunu hatırlatmakla başlayalım. Bu görüşün önde gelen temsilcisi

Locke'dur. Locke'un ünlü görüşü zikredilebilir: "....her insan kendi benliği/kişiliği üzerinde bir mülkiyete sahiptir; bu mülkiyette kişinin kendisinden başka hiç kimsenin herhangi bir hakkı yoktur. Diyebiliriz ki, insan vücudunun emeği ve kol gücü tamamen kendisindedir."<sup>24</sup> Locke çalışmasının ilerleyen bölümlerinde de benzer ifadeler kullanılmaktadır.<sup>25</sup>

Locke bu öncülden hareketle insanın emeğiyle doğayı dönüştürerek mal edinebileceğini kabul etmektedir.<sup>26</sup> Locke'un öncülü sonradan hem Hegel<sup>27</sup> (hatta kısmen Kant<sup>28</sup>) tarafından, hem de Marx tarafından Kapital'in "Emek Gücünün Alım ve Satımı" başlıklı altıncı bölümünde<sup>29</sup> benimsenmiştir. Emeğin mübadele edilebilen bir meta olarak görülmesi Hobbes'a kadar geri götürülebilir. Hobbes'a göre, "bir insanın emeği de, diğer herhangi bir

(23) Genel olarak bkz. Gürsoy-Eren-Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, sf: 21; Oğuzman-Seliçi-Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, sf:6; Ertaş, *Eşya Hukuku*, sf:53; Serozan, *Taşınır Eşya Hukuku*, sf:71; Nuşin Ayiler, *Eşya Hukuku*, İkinci Baskı, Savaş Yayınları, Nisan 1983, Ankara, sf:4-5.

(24) Orijinal ifade şöyledir: "...yet every man has a property in his own person; this nobody has any right to but himself. The labor of his body and the work of his hands, we may say, are properly his." Bkz. John Locke, *The Second Treatise of Government*, (Edited by Thomas P. Peardon), Liberal Art Press, 1952, New York, Chapter V, para.27, sf:17. Alternatif bir çeviri için bkz. Küçükömer, *İktisat İlkelerine Yeniden Bakış*, sf:75.

(25) "By Property I must be understood here, as in other places. To mean that Property which Men have in their Persons as well as Goods" (bkz. Locke, *Second Treatise*, Chapter XV, para.173, sf:98-99).

(26) Klasik değerlendirmelere örnek olarak bkz. J. W. Gough, *John Locke's Political Philosophy*, Oxford at the Clarendon Press, 1950, sf: 73-92; C. B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism-Hobbes To Locke*, OUP, London, 1962, sf:197-221; Paul Kelly, *Locke's Second Treatise of Government*, Continuum, 2007, London, sf: 60-77, özellikle 65-68. Türkçe'deki ilk değerlendirmelere örnek olarak bkz. Felçicun Challave, *Mülkiyetin Tarihi*, çev. Turgut Aytuğ, Remzi Kitabevi, 1944, İstanbul, sf:74; İlhan Akipek, "John Locke'un Mülkiyet Hakkındaki Fikirleri", *AÜHFİD*, Cilt: XI, Sayı: 1-2, 1954, sf:514-524, özellikle 515-516; Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Yenilenmiş 11. Baskı, Beta, İstanbul, 2007, sf: 165-167. Eleştirel olarak bkz. Alan Gewirth, *The Community of Rights*, Chicago University Press, 1996, sf:186-188; Jeremy Waldron, *The Right to Private Property*, Clarendon Paperbacks, OUP, 1988 (reprinted in 2002), sf:178-181, 398-401; Andrew, a.g.m., sf:533-535; Aysel Doğan, "Özel Mülkiyet Hakkının Temeli Olarak Emek", *AÜHFİD*, Cilt: 56, S: 3, Yıl: 2007, sf: 83-97.

(27) Bkz. Hegel, *Philosophy of Right/Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, paras.43, 47-48, 57. Dolayısıyla Locke ile Hegel arasındaki kendi benliğine sahip olmak bakımından farkın, Hegel'in mülkiyeti kişiliğin koşulu yapması ile eğitim ve gelişmeye bağlı bir sürece gerek görmesi olduğu (özellikle Hegel, a.g.e., para.43'e bkz.) yorumu yapılmıştır. Bkz. Peter G. Stillman, "Hegel's Analysis of Property in the Philosophy of Right", *Cardozo Law Review*, Vol. 10, 1988-1989, sf:1031-1072, 1040-1041.

(28) Kanımca Kant'ın konuya ilişkin ifadeleri çeşitli şekillerde yorumlanmaya müsaittir. Bkz. Immanuel Kant, *Science of Right*, sf:62, 98-99.

(29) Marx, *Kapital-Birinci Cilt*, sf:182-192, özellikle 183-184.

(17) Rona Serozan, *Taşınır Eşya Hukuku*, Filiz Kitapevi, 2007, İstanbul, sf:246-247; Oğuzman-Seliçi-Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, sf:7, 568.

(18) Bu çalışmada "hayvan" denildiğinde "insan dışındaki hayvanlar" anlaşılmalıdır.

(19) Bununla birlikte, hayvanları eşya olarak gören hukuk nosyonunun hatalı olduğunu ileri sürenler bulunmaktadır. Referanslar için bkz. Burak Gemalmaz, a.g.e. sf: 249 ve dn. 802.

(20) Vücut parçalarının ÜH 11 ve P1-1 açısından hukuki statüsü hakkında düşünceler için bkz. Burak Gemalmaz, a.g.e. sf: 269-273.

(21) Şu çalışmalar örnek olarak zikredilebilir: Lori B. Andrews, "My Body, My Property", *Property Law*, Vol. 2, eds. Elizabeth Mensch-Alan Freeman, *The International Library of Essays in Law & Legal Theory*, Dartmouth, Aldershot, 1992, sf:27-37; Munzer, a.g.e., sf:37-58; J. W. Harris, "Who Owns My Body", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 16, N. 1, 1996, sf:55-84; Alan Hyde, *Bodies of Law*, Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 1997, sf:48-79; Margaret Davies-Ngaire Nafine, *Are Persons Property-Legal Debates About Property and Personality*, Ashgate-Dartmouth, Aldershot, 2001; Penner, a.g.e., sf: 111-127; Bridg, a.g.c., sf: 4; Laura S. Underkuffler, *The Idea of Property: Its Meaning and Power*, Oxford University Press, 2002, sf: 103-106; Tim Murphy-Simon Roberts-Tatiana Flessas, *Understanding Property Law*, Thomson-Sweet&Maxwell, London, 2004, sf:33-36.

(22) Bazı hukuk sistemlerinde (örneğin Anglo-Sakson ve Fransız) gayri maddi nesnelere üzerinde mülkiyet hakkı kurulabileceği kabul edilmiştir.

şey/nesne gibi, faydalanmak üzere mübadele edilebilir bir metadır.”<sup>30</sup>

Aslında kölelik kurumuyla birlikte ele alındığında Locke’un önermesi/ öncülü insan vücudunun mal/şeyya statüsünde olduğunu gösteriyor. Kölelik durumunda bir insanın vücuduna ve emeğine sahip olan kişi o insandan başka bir kişi olduğuna ve köle tıpkı bir mal gibi ticarete konu olabildiğine göre, köle malvarlığı değerleri arasına girer.<sup>31</sup> Eğer köle, “efendi” açısından bir mal ise, bunun tersi de geçerlidir: Başkası tarafından sahip olunmayan kişinin sahibi o kişinin kendisidir.<sup>32</sup> Kısacası, her vücudun bir sahibi vardır.<sup>33</sup>

Gelgelelim, Kıta Avrupası ulusal eşya hukuku doktrini bu mantıksal çıkarımı önemsememektedir ve insan vücudunu mülkiyet ile diğer aynı hakların konusunu oluşturan “şeyyadan” saymamaktadır. Buna gerekçe olarak köleliğin kaldırılmış olması gösterilmektedir.<sup>34</sup> Oysa yukarıda gösterildiği üzere, köleliğin kaldırılmış olması insan vücudunu eşya statüsünden zorunlulukla çıkarmıyor.<sup>35</sup> Köleliğin kaldırılmış olması insan vücudunu devir ve intikale elverişli meta statüsünden çıkarır.<sup>36</sup> Kıta Avrupası doktrini mal/şeyya ile meta arasında bir ayırım yapmış olsaydı bu mantıki hataya düşmeyecekti. Aslında Kıta Avrupası hu-

kuklarında bir nesnenin hukuki anlamda eşya olup olmadığını tespit ederken kullanılan ölçütlerden “kişisel olmama şartı” tamamen sübjektif niteliktedir. Bu ölçüt sayesinde insan vücudu malvarlığı dünyası dışına çıkarılmaktadır. Diğer ölçütlere bakıldığında (cismani olmak, sınırların belirli olması, üzerinde ege-menlik tesis edilebilmesi, ekonomik değer taşıması) bunların objektif nitelikte olduğu anlaşılıyor. Doktrinde

Waldron’un isabetle belirttiği gibi, insan teknik hukuk açısından düpedüz taşınır eşya niteliğindedir. Ancak bir insanın bir başkasının taşınırı olmasının hukuken kabul görmemesi, insanın eşya olmasından ileri gelmemekte; sırf ahlaki bir normun hukuksallaşmasından<sup>37</sup> kaynaklanmaktadır.<sup>38</sup> Kaldı ki, Kıta Avrupası’nın temeli olan Roma hukukunda çocuklar ve kadınlar da birer mal statüsündeydiler.<sup>39</sup> Nitekim velayet

kişinin kendisini “köleleştirilmesine” rıza vermesini yasaklamaktadırlar. Bu demektir ki, bir “insan” nesnedir ve fakat devir ve intikale hukuken cevaz verilmemiştir. Bu noktada “insan” ile örneğin uyuşturucu maddeler arasında bir fark bulunmamaktadır.

Örneğin, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 15/11/2000 tarih ve 55/25 sayılı Kararıyla kabul edilen ve henüz yürürlüğe girmeyen “Sınırşan Örgütlü Suça Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesini Tamamlayan/Eki, Özellikle Kadınlara ve Çocukların Olmak Üzere, İnsan Ticaretinin Önlenmesi, Bastırılması ve Cezalandırılması Protokolü”/“Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime”, Madde 3/a,b. Türkiye bu Protokolü onaylamak üzere, 30/01/2003 tarih ve 4804 sayılı Kanunu çıkartmıştır (RG, 04/02/2003, s.25014; ve ardından Bakanlar Kurulu’nun 26/02/2003 tarih ve 2003/5329 sayılı kararıyla bu Protokolün onaylanmasına karar verilmiş ve bu karar ekli olarak anılan Protokolün Türkçe resmi çevirisi ile İngilizce metni de yayımlanmıştır. (RG, 18/03/2003, s.25052). 15/11/2000 tarihli “İnsan Ticaretinin Önlenmesi, Bastırılması ve Cezalandırılması Protokolü”nün Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri/Cilt V/2004, sf:371-391 (Türkçe) ve sf:673-687 (İngilizce).

\*Madde 3 – Teriminin Kullanımı

Bu Protokolün amaçları bakımından:

(a) “İnsan ticareti” ibaresi, kuvvet kullanarak yahut kuvvet kullanma tehdidiyle yahut başka biçimlerde baskı uygulama, kaçırma, hile, aldatma, iktidarı/inhüfuzu kötüye kullanma yahut korunmasız/mağdur edilebilir bir konumda bulunuşu istismar etme yahut bir başka kimse üzerinde denetimi yetkisini haiz bir kişinin rızasını temin için kazanç yahut menfaatlerin verilmesi/sağlanması yahut alınması yollarıyla, kişilerin sömürü amacıyla temini, taşınması/ınakledilmesi), devredilmesi, barındırılması yahut teslim alınması anlamına gelecektir. Sömürü terimine, aşgari olarak, başkalarının faaliyetlerinin sömürülmesi yahut cinsel sömürünün diğer biçimleri, zorla/cebril çalıştırma yahut hizmete koşma/tabi tutma), kölelik yahut kölelik benzeri uygulamalar, kulluk yahut (kişiden) organların alınması dahil olacaktır.

(b) Bu Madde’nin (a) bendinde düzenlenen yollardan herhangi biri kullanılmış olduğu takdirde, (a) bendinde düzenlenen sömürü kasıtlı/amaçlı) “İnsan ticaretine” bir mağdurun rızası bulunmasının önemi/göçerliliği olmayacaktır.” (vurgu eklenmiştir)

(37) Eşyanın “kişisel olmama” şartının kökeni, o dönemde insan sayılmayan köleleri hariç tutacak olur ise, Roma’ya kadar geri götürülebilir. Söz konusu şart modern ifadesini Kant’ta bulmuştur: “The description of an Object as ‘to me’ may signify either that it is merely ‘different and distinct from me as a Subject,’ or that it is also ‘a thing placed of me, and to be found elsewhere in space or time’”. “But from this it follows at once, that such an object can only be a Corporeal Thing towards which there is no direct personal Obligation. Hence a man may be HIS OWN MASTER (sui juris) but not the Proprietor of himself (sui dominus), so as to be able to dispose of himself at will, to say nothing of the possibility of such a relation to other men; because he is responsible to Humanity in his own person” (bkz. Immanuel Kant, Science of Right, sf:62, ayrıca 98-99). Ayrıca bkz. Hegel, Philosophy of Right/Hukuk Felsefesinin Prensipleri, paras.33, 44, 49. Anglo-sakson hukukunda da Roma hukuku temelinde, Blackstone’nun benzer bir koşula mülkiyet tanımında zimni bile olsa yer verdiği görülüyor. Bkz. William Blackstone, Commentaries on the Law of England, Book the Second-Vol II, (Orijinal Baskı: Oxford, Printed at the Clarendon Press, M. DCC. LXVI.). A Reprint of the First Edition With Supplement, Dawson’s Pall Mall, London, 1966, sf: 2 (“that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world”).

(38) Waldron, Private Property, sf: 32 ve dn. 15.

(39) Çocuklar bakımından aynı noktaya Kant (zımnen) ile Hegel bile temas ediyor ve özellikle Hegel,

[30] Thomas Hobbes, Leviathan, Türkçe sf:179, İngilizce sf:295. Ayrıca bkz. Macpherson, a.g.e., sf:66. Belirtilebilir ki metindeki çeviri bana aittir ve orijinali şöyledir “for a mans Labour also, is a commodity exchangeable for benefit, as well as any other thing”. Alıntılanan cümle, Hobbes’un eserinin atıl yapılan Türkçe çevirisinde daha farklı anlama gelecek şekilde çevrilmiştir. Ayrıca aynı cümleyi Küçükömer de biraz daha farklı olarak çevirmiştir (bkz. Küçükömer, İktisat İlkelerine Yeniden Bakış, sf:68).

Diğer yandan doktrinde Macpherson’a göre, Hobbes sadece emeği değil yaşamın kendisini de metaya indirmektedir. Locke’a ise, emek ve emek kapasitesi meta olmasına rağmen yaşam (ve hatta yaşam hakkı) kutsal ve devredilemezdir (bkz. Macpherson, a.g.e., sf:219-220. Locke özelinde aynı yönde Andrew, a.g.m., sf:533). Macpherson bu ayırımı desteklemek için Hobbes’un tarafından alıntılanan ifadesi dışında “bir insanın Değeri, ya da KIYME’İ, diğer bütün şeylerde olduğu gibi, Fiyatıdır/The Value, or WORTH of a man, is as of all other things, his Price” şeklindeki açıklamasına gönderme yapmaktadır (bkz. Thomas Hobbes, Leviathan, Türkçe sf:69, İngilizce sf:151)

[31] Köleliği ve köle ticaretini yasaklayan bütün uluslararası insan hakları belgelerinde bu husus açıkça vurgulanmaktadır. Bu belgeler ve hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, Genel Teori/2007, sf:524-528, 534-537. Ayrıca bkz. Siliadin v. France, App. No. 73316/01, Judgment of 26 July 2005, paras.51, 85-86, 115-117, 123-125.

[32] Yoram Barzel, Economic Analysis of Property Rights, Cambridge University Press, Second edition, 1997, sf:113 (“The current prohibition of slavery implies that each individual is the owner of the capital asset embedded in himself or herself. The abolition of slavery was accompanied by the transfer of such capital assets from the previous slave owners to the slaves themselves.”); Hyde, a.g.e., sf:56. Bu mantıksal çıkarımın çeşitli açılardan eleştirel analizi ve aynı öncülden hareket etmekte birlikte insan vücuduna kimsenin sahip olmadığı karşı görüşü için bkz. J. W. Harris, Who Owns My Body, sf:68-73, 84. Ayrıca krş. Penner, a.g.e., sf: 123-124; Murphy-Roberts-Flessas, a.g.e., sf:33.

[33] Kanımca Kant bile, bu mantığı yakalamıştır. Bkz ve krş. Immanuel Kant, Science of Right, sf:99.

[34] Örneğin bkz. Oğuzman-Seliçli-Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, sf:4 (Yazarların ifadesi şöyledir: “Artık kölelik söz konusu olmadığı için başka bir insan üzerinde de aynı hak düşünülmemektedir. Bu sebeple ki insan vücudu hukuken eşya kavramının dışındadır.”). Ayrıca bkz. Şahin Akıncı, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Yetkin Yay., Ankara, 1996, sf:172; Serozan, Medeni Hukuk, sf:68, 210-211; Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, sf:71, 251. Krş. Ertaş, Eşya Hukuku, sf: 54.

[35] Örneğin, uyuşturucu madde bulundurulması ve satılması da yasaktır. Ama uyuşturucu maddelerin eşya statüsünde olduğundan şüphe edilmiyor. Ancak krş. Ertaş, Eşya Hukuku, sf:54.

[36] Bkz. ve krş. Immanuel Kant, Science of Right, sf:99 (“Hence a man may be HIS OWN MASTER (sui juris) but not the Proprietor of himself (sui dominus), so as to be able to dispose of himself at will, to say nothing of the possibility of such a relation to other men; because he is responsible to Humanity in his own person”, büyük harfler orijinal, altını ben çizdim, B.G.) Günümüzdeki insan ticareti ile ilgili sözleşmeler,

(custody) kavramı bunu bütün çıplaklığıyla sergilemektedir.<sup>40</sup> Tıpkı emeğin ve gide-tek vücudun kiralandığı bazı özel hukuk sözleşmeleri gibi, ne kadar makyaj-lanırsa makyajlansın bu husus fark edilmektedir.

Bugünün iş, hizmet vb. sözleşmeleri, aslında bir kişinin emeğini bir ücret karşılığında kiralamasıdır. Eğer emek özel hukuk sözleşmesine konu olabiliyorsa veya bir ticari ortaklığa sermaye olarak koyulabiliyorsa, bu emeği üreten insan vücudu da bir mal statüsünde demektir. Gerçi bu tip sözleşmelerde vücut hizmet alana devredilmemekte; belirli bir süre için "kiralanmaktadır". Ama bu, sadece devir ve intikal yasağıyla ilgilidir.<sup>41</sup> Vücudu ve emeği eşya statüsünden çıkarmaz.<sup>42</sup> Kaldı ki emek ve emek kapasitesi zaten devredilebilmekte, belli bir bedel karşılığı başkasının hizmetine sunul-

bilmektedir.<sup>43</sup> Aslında "(h)ukukçunun genellikle 'eşya üzerindeki egemenlik' diye sunduğu mülkiyet, son değerlendirilmede, 'insan üzerinde' bir egemenliği de içerir... Günümüzde de özellikle işgücünü satın alan işverenin patronluğu, düpedüz, emekçinin soluk alması dahil, uyku saatleri dışındaki tüm yaşamı üzerindeki mutlak iktidarı görünümüne bürünmüştür."<sup>44</sup>

Marx durumun tam bir tablosunu şöylece ortaya koyuyor: "Sınırları içerisinde emek-gücü satım ve alımının sürüp gittiği ayrıldığıımız bu alan, aslında, insanın doğuştan var olan haklarının tam bir cenneti idi. Burada egemen olan yalnızca, özgürlük, eşitlik, mülkiyet ve Bentham'dır. Özgürlüktür, çünkü, metanın, diyelim emek-gücünün hem alıcısı hem satıcısı yalnızca kendi serbest iradelerinin etkisi altındadırlar. Serbest taraflar olarak sözleşme yaparlar

Roma Hukuku'nu bu açıdan adaletsiz ve ahlak dışı olarak nitelendiriyor. Bkz. Immanuel Kant, *Science of Right*, sf:114-115; Hegel, *Philosophy of Right/Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, paras.43, 175.

(40) Bu sebeple modern çocuk hakları hareketi ve buna dayanan yeni ÜİHH normları, velayet kurumunu bir ebeveyn hakkı olarak değil, bir görev olarak düzenlemişler ve çocuğun velayetin kullanılmasına geniş ölçüde katılmasını sağlayacak hak formunda hükümlere yer vermişlerdir.

(41) Aynı yönde olarak bkz. Hegel, *Philosophy of Right/Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, paras.66-67.

(42) Aynı yönde olarak Marx, *Kapital-Birinci Cilt*, sf:182 vd. emek gücünün alım satımından bahsetmekte ve sf:183'te şunları yazmaktadır: "Emek sahibi ile para sahibi, pazarda karşı karşıya gelirler, eşit haklara sahip kişiler olarak temasa geçerler, aralarındaki tek fark birisinin satıcı, diğersinin alıcı olmasıdır; bu yönden yasalar karşısında her ikisi de eşittir. Bu ilişkinin sürekli olabilmesi için, emek-gücü sahibinin, bunu, yalnızca belirli bir süre için satması gereklidir, çünkü öğe onu toptan ve suresiz satacak olursa, kendini satmış, kendini özgür bir insan olmaktan çıkartıp köleye, meta sahibi olmaktan çıkartıp meta haline dönüştürmüştür. Emek-gücüne daima kendi öz malı, kendi metayı gozuytle bakması gerekir, ve bunu da ancak, onu, alıcının emiri altına geçici bir süre için, belirli bir zaman süresi için vermekle yapabilir. Ancak bu yolla, emek-gücü üzerindeki mülkiyet hakkından feragat etmemiş olur" (vurgu eklenmiştir).

Bu metnin sonunda Marx, Hegel'e atıf yapmaktadır. Hegel, *Philosophy of Right/Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, para.67'de şunları yazmaktadır: "Bedensel ve zihinsel faaliyetime ait özel kapasitelerimin ve melekelerimin nüfuzü (izole) bir ürününü, yahut bunların kullanımını, sınırlı bir zaman için, başka birisi lehine elden çıkarabilirim, çünkü bu sınırlandırma, kapasitelerimin ve melekelerimin, total ve evrensel varlığımla bir ilişki içine girmelerine yol açar. Bütün çalışma süremi ve tümüyle üretimimi elden çıkarsaydım, bütün evrensel varlığımla, bütün faaliyetimi ve realitemi, çalışmamı bir başkasının mülkiyeti haline getirdim."

(43) Macpherson, a.g.e., sf: 64'te, liberal demokrasinin kabullerinden biri olarak şöyle diyor: "Although the individual cannot alienate the whole of his property in his own person, he may alienate his capacity to labour". Ayrıca belirtmek gerekir ki hukukun ekonomik analizini yapanlar da aynı yönde bir yaklaşımla sergilemektedir. Örneğin bkz. Harold Demsetz, "Towards a Theory of Property Rights", *American Economic Review*, Vol. 57, Issue 2 May, 1967, sf:347-359, 348-349; Richard A. Posner, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1981, sf:109-111. Eleştirel olarak bkz. Penner, a.g.e., sf:122.

(44) *Scrozan*, a.g.m., sf: 244.

ve vardıkları anlaşma, ortak iradelerinin yasal ifadesinden başka bir şey değildir. Eşitlik, çünkü birbirleriyle basit meta sahipleri olarak ilişki içine girerler ve eşdeğeri eşdeğerle değiştirirler. Mülkiyettir, çünkü taraflar, kendi malı olan şeyler üzerinde tasarrufta bulunur. Ve Bentham'dır, çünkü her iki taraf da yalnız kendisini düşünür. Bunları bir araya getiren ve ilişki içerisine sokan tek güç, bencillik, kazanç ve özel kişisel çıkarıdır."<sup>45</sup>

Aslında özel hukuk bu tabloyu fark ettiği için emeğin ve giderek vücudun edim olarak konulduğu bazı sözleşmeleri hukuka, ahlaka, kamu düzenine ve medeni hukuk anlamında kişilik haklarına aykırı bularak geçersiz addetmektedir.<sup>46</sup> Bu tip yasaklarla hukuk, vücudu mal/meta statüsünden çıkarma gayretine girmiştir. Ancak bu gayret sadece uç örnekler için mümkün olmakta ve insan vücudunun bir eşya/meta statüsünde olduğu gerçeği saklanamamaktadır. Üstelik bazı devletlerde fahişelikten ötürü doğrudan fahişeden vergi alındığı gerçeği, vücudun bir eşya olarak görüldüğüne bir kez daha işaret etmektedir.

Kaldı ki, kişilerin ve malların serbest dolaşımını sınırlayan veya toptan yasaklayan hukuk anlayışı, emeğin ve giderek vücudun aslında bir meta olarak mütalaa edildiğini gösteriyor. Kişilerin serbest dolaşımını denilen olgu, gerçekte, emeğin dolaşımını ifade eder. Bu sebep-

ledir ki, malların ve kişilerin serbest dolaşımı bir paranın iki yüzü gibidir.<sup>47</sup> Üstelik bazı özel hukuk sözleşmelerinin konusu doğrudan doğruya belirli bir insanın emeğinin devridir. Hatta bazı hallerde emeği ve dolayısıyla kendisi devredilen kişi, özel hukuk sözleşmesinin taraflarının iradesiyle bağlıdır. Tıpkı bir nesne gibidir. Futbolcuların durumu bu duruma iyi bir örnek teşkil ediyor.

İşte yukarıda ayrıntılı özeti verilen AİHM'in *FC Mretebi v. Georgia* kararını bu bağlama oturtmak mümkündür. AİHM, başvuru futbol klübünün yetiştirdiği bir futbolcu üzerindeki hakkının (yetiştirme bedeli) mülkiyet hakkına benzetilmesini kategorik olarak P1-1'in kapsamı dışında görmemiştir. FIFA'nın Oyuncuların Statüsü Komitesi iki klüp arasındaki bu anlaşmazlığı "futbolcuya yönelik federatif hakların mülkiyetinin/sahipliğinin (possession) nakli/temliki/transferi" olarak nitelendirmiştir. FIFA'nın bu nitelendirmesini baz alan Mahkeme, P1-1'in uygulanabilirliğini dışlamamış ve fakat zaman yönünden yetkisizlik temelinde (*ratione temporis*) şikayeti kabul edilemez bulmuştur.<sup>48</sup>

Bütün bunlar, son tahlilde, vücudun da bir mal gibi tasarruf edilebileceğini göstermektedir. Mahkemenin bir kişi üzerindeki mali hakların P1-1'in çerçevesine girmesinin yolunu kapatmamış olması, çalışanların/işçilerin, başta ticari

(45) Marx, *Kapital-Birinci Cilt*, sf:191.

(46) Barzel, a.g.e., sf:113. Türk Borçlar Hukuku düzeninde genel olarak bkz. Selahattin Sulhi Tekinay-Sermet Akman-Haluk Burcuoğlu-Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku*, gözden geçirilmiş 6. Baskı, Filiz Kitabevi, 1988, İstanbul, sf:521-541; M. Kemal Oğuzman-Turgut Öz, *Borçlar Hukuku-Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, sf:70-73; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Beta Yay., Aralık 2006, sf: 289-294; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku-Genel Hükümler*, Gözden geçirilmiş altıncı baskı, Beta Yay., Nisan 2008, İstanbul, sf:36-40; K. Ahmet Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, Legal Yay., İstanbul, 2006, sf:61-64. Bu dipnotunla zikredilen eserlerden hareketle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 23. Maddesi ile 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 19/2. maddesi hükümleri burada zikredilebilir.

(47) Bu argümanı Pasukanis, a.g.e., sf:113 ve dn.12'den uyarladım.

(48) *FC Mretebi v. Georgia*, App. No.30736/04, Judgment of 31 July 2007, paras.19, 52.

şirketler olmak üzere başkalarının mülkiyet haklarının konusu olabileceğini göstermektedir.<sup>49</sup> AİHM'in *FC Mrebebi v. Gürcistan* davasındaki yaklaşımının bu yorumu kanımsa Sözleşme sistemi içerisinde dalgalanmalara yol açar.

Öncelikle AİHS'in vücut bütünlüğünü koruyan 3., kölelik ve kulluk yaşağını düzenleyen 4., ve özel hayata saygı hakkını koruyan 8. Maddelerini hatırlatmak gereklidir. Zikredilen bu hakların ışığında konuya eğildiğinde, vücudun tasarruf edildiği birçok durumda P1-1'in uygulanabilir nitelikte olmadığı sonucuna varılmaktadır.<sup>50</sup> Yani, kamusal makamların vücudun edim olarak kullandığı bir sözleşmeye müdahale ederek hukuken geçersiz kılması durumunda mülkiyet hakkına dayanılarak AİHM önünde bir iddianın dile getirilebilmesi pek olası değildir. Zira, yukarıda geliştirilen çatışma modeli

uyarınca P1-1 ancak AİHS'de yer alan başka haklarla çatışmadığı ölçüde uygulanabilir niteliktedir. Bununla birlikte, bazı hallerde AİHS Madde 8'in kamusal makamların bu tip sözleşme özgürlüğü müdahalesine karşı belli bir koruma sağlayabileceği öngörülebilir. Yine de Madde 8 uygulanabilir olacak olsa bile, Madde 8/2'deki sınırlama klozunun varlığı akılda tutulmalıdır.<sup>51</sup>

Tıbbi alanda vücudun ticari amaçla kullanılması da ÜİHH tarafından yasaklanmıştır. 04/04/1997 tarihli *İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*'nin<sup>52</sup> 21. Maddesi<sup>53</sup> insan vücudunun doğal haliyle ticari kazanç amaçlı olarak tasarruf edilemeyeceğini kurala bağlamıştır. Eklemek yerinde olur ki, aynı esas, *İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*'nin 24/01/2002 tarihli *Organ ve Doku Nakli Protokolü*<sup>54</sup> Madde 21/1'in birinci fıkrasında da yinelenmiştir.<sup>55</sup>

(49) *Futbolcular* özelinde ve *Türk Borçlar Hukuku* açısından krş. Ertay-Petek, a.g.e., sf:295-297.

(50) Nitekim hukuka aykırı olarak Fransa'da bulunan bir yabancıların, zorla ev işlerinde çalıştırılması ve çalışanların cezai anlamda yaptırımsız bırakılması Ali IS Madde 4'ün ihlalini sonuçlandırmıştır. *Siliadin v. Franco*, App. No. 73316/01, Judgment of 26 July 2005. Ayrıca bkz. ve krş. *Tremblay v. Franco*, App. No. 37194/02, Judgment of 11 September 2007.

(51) Bkz. *Pretty v. the United Kingdom*, App. No.2346/02, Judgment of 29 April 2002, paras.62 ve 65'den kıyasın.

(52) Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 04/04/1997 tarihinde imzaya açılan "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Haklarının ve İnsan Haysiyetinin Korunmasına Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi"nin (No.164, "Convention for the Protection of Human Rights and Human Dignity with regard to the application of biology and medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine") 01/12/1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, bu Sözleşmeyi 04/04/1997 tarihinde imzalamış ve onaylamak üzere, 03/12/2003 tarih ve 5013 sayılı "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun"u (RG, 09/12/2003, s.25311) çıkarmıştır. Bu Sözleşmenin Türkçe resmi çevirisi ve İngilizce orijinal metni, Bakanlar Kurulu'nun 16/03/2004 tarih ve 2004/7024 sayılı kararına ekli olarak yayımlanmıştır, (RG, 20/04/2004, s.25439). Türkiye onay belgesini AK Genel Sekreterliği'ne 02/07/2004 tarihinde depo etmiştir ve bu Sözleşme Türkiye bakımından 01/11/2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. "İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi"ne ilişkin bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, *Genel Teori/2007*, sf:1219-1231.

"İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi" (md.21) normu şöyledir:

"Madde 21 – Mali/ticari kazanç yasağı

(53) İnsan bedeni ve onun parçaları, bu nitelikleriyle, mali/ticari kazanç sağlanmasına araç/konu olmayacaktır."

(54) Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 24/01/2002 tarihinde imzaya açılan "İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin, İnsan Kökenli Organ ve Doku Nakline İlişkin Ek Protokolü" (No.186, "Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Biomedicine, concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin") 01/05/2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. "Organ ve Doku Nakli Protokolü" hakkında bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, *Genel Teori/2007*, sf:1237-1240.

(55) "Organ ve Doku Nakli Protokolü" (md.21) normu şöyledir:

Keza, UNESCO/İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi<sup>56</sup> Madde 4'de, "insan genomunun doğal durumunda mali/ticari kazanç sağlanmasına araç/konu olmayacağı" belirtilmektedir.

Böylelikle insan vücudunun ÜİHH açısından devir ve intikale elverişli olmadığı sonucuna varılmaktadır. Zaten böyle bir kullanım, yukarıda açıklandığı üzere, çatışma modeline aykırılık teşkil edecektir. Ancak şu teorik ayrımı işaret edilmelidir: *İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi* insan vücudunu eşya statüsünden çıkarmış olmayıp, sadece meta statüsünden çıkarmıştır.

Bütün bu tartışmaların ötesinde, P1-1'in uygulanabilirliği bir an için kabul edilcek olursa bile, bu maddede ki sınırlama klozlarının varlığı ihlal sonucuna varılmasını oldukça güçleştirecektir. Kaldı ki, Strasbourg organlarının, emek sahibi açısından emeği ve giderek vücudu zaman duvarı sebebiyle mülkiyet

hakkı kapsamına sokmadığı kararları mevcuttur.<sup>57</sup>

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında denilebilir ki, söz konusu kararlarda zaman duvarı emek sahibi açısından teorik olarak bir rol oynamamalıydı. Vücuda ve kol gücüne dayalı emeğin kendisi, mülkiyet hakkı korumasından yararlanabilmelidir. Emek, piyasa düzeninde korumasız kalmamalıdır. Mülkiyet hakkı dışında AİHS'deki başka hiçbir hak, emeğin piyasa düzeninde yeterli ölçüde korunmasına imkan sağlayacak nitelikte değildir. Bir kişinin emek dışındaki malı/esyası, koşulları gerçekleştiğinde P1-1 korumasından yararlanabilirken, emeğin yararlanamamasını haklı kılan hiçbir hukuki gerekçe bulunamaz.<sup>58</sup> Üstelik, emek karşılığı bir ücrete hak, sosyal hakları düzenleyen hemen hemen bütün belgelerde yer almaktadır. Çalışma karşılığı adil bir ücrete hak, ekonomik nitelikli olmakla, P1-1'in aradığı

"Madde 21 – Mali/ticari kazanç yasağı

1. İnsan bedeni ve onun parçaları, bu nitelikleriyle, mali/ticari kazanç yahut bununla karşılaştırılabilir avantaj sağlanmasına araç/konu olmayacaktır.

Yukarıdaki hüküm, bir mali/ticari kazanç yahut özellikle aşağıdaki haller olmak üzere, bununla karşılaştırılabilir bir avantaj oluşturmamanı engellemeyecektir:

- canlı bağışlayıcıların kazanç kaybı için tazminat ve (organ yahut dokunun) çıkarılmasının neden olduğu yahut tıbbi muayenelere ilişkin haklı kılanabilir herhangi bir başka gider için yapılan ödeme;

- (organ yahut doku) nakledilmesiyle bağlantılı olarak ortaya çıkan meşru ubbi yahut ilişkili teknik hizmetler için haklı kılanabilir bir ücretin ödenmesi;

- yaşlı/yaralı/canlı kişilerden organ alınmasının doğurduğu usulsüz zarar halinde tazminat ödenmesi.

2. Mali/ticari kazanç yahut bununla karşılaştırılabilir avantaj sağlamayı teklif yahut talep etmek amacıyla, organ yahut doku talebinin/ihitiyacının yahut arzının reklamı yasaklanacaktır." (vurgu eklenmiştir).

(56) UNESCO Genel Konferansı'nın yirmi-dokuzuncu oturumunda 11/11/1997 tarihinde kabul edilen "İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi"nin ("Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights") İngilizce metni için bkz. Janusz Symonides and Vladimir Volodin (selection of documents and introduced by), UNESCO and Human Rights: Standard-Setting Instruments, UNESCO, Paris, 1999 (second edition), sf:130-138. UNESCO'nun 11/11/1997 tarihli "İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi", kabul edilmesinin ardından, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 09/12/1998 tarih ve 53/152 sayılı kararıyla benimsenmiştir. 11/11/1997 tarihli UNESCO Bildirisi hakkında bilgi ve değerlendirme için bkz. Semih Gemalmaz, *Genel Teori/2007*, sf:934-940.

(57) *Van der Mussel v. Belgium*, Judgment of 23 November 1983, para.48.

(58) Giderim hakkıyla ilgili bir meselede Nazirler döneminde zorla çalıştırılan bazı kişilerin tazminat talepleri P1-1 kapsamında görülmüştür. Ancak bu tazminatı alamamış olmaları ölçülü bir müdahale olarak adedilmiştir. Bkz. *Poznanski and others v. Germany*, App. No. 25101/05, Admissibility Decision of 3 July 2007.

ekonomik değer ölçütünü karşılamaktadır.<sup>59</sup> Ayrıca, kimi hallerde ulusalüstü hukuk, ulusal hukukta yer almayan mülkiyet hakkının kaynağı olabilir.<sup>60</sup> Sosyal ve ekonomik hakları düzenleyen ÜİHH belgelerinin bu kaynağı teşkil etmesinin önünde teorik bir engel bulunmamaktadır.

Nitekim bazı AİHK kararları bu yaklaşımı desteklemektedir. Hapishanede cezasını çekmekte olan bir mahkum, hapishanede yaptığı çalışmadan elde ettiği gelirin bir kısmına salıverilme zamanında toptan ödemek için idarece el konulmasının P1-1'i ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Paranın alıkonulması ile salıverilme anında yapılan ödeme arasında geçen süre için bir faiz de verilmemektedir. Komisyona göre, hapishane yaşamı için normal/olağan kabul edilen ve Sözleşme Madde 5/1 (a) ile Madde 4/3 (a) hükümlerince açıkça tanınan bazı spesifik kayıtlamalar dikkate alındığında, idarenin gelirin yarısını ileride salıverilme anında ödenmek üzere alıkoymasının P1-1/2'deki genel yarar amacına uygundur. Buradan hareket eden AİHK bu tip bir düzenlemenin mahkumun mülkiyet hakkının özüne bir müdahale teşkil etmediğine karar vermiştir. AİHK devamla, faiz alma hakkının P1-1'den çıkarılamayacağını vurgulamış ve başvuruyu açıkça temel-

sizlik açısından kabul edilemez ilan etmiştir.<sup>61</sup>

Emeğin bir meta olarak P1-1 kapsamında yer aldığına dair daha yakın tarihteki bir diğer karar ise *Fenzel and Köllner* başvurusudur. 40 yıldır çalıştıkları şirketle iş sözleşmeleri mahkeme kararlarıyla feshedilen başvurucular Sözleşme'nin zorla çalıştırma yasağını düzenleyen Madde 4 ile P1-1'e dayanarak çeşitli iddiaları ileri sürmüşlerdir. Madde 4 çerçevesinde başvurucular kendilerinin feshedilen sözleşme sebebiyle bir hak kaybına uğramamak için karşılıksız olarak çalışmaya zorlandıklarını gündeme getirmişlerdir. AİHK bu iddiaya itibar etmemiştir. Komisyona göre Madde 4'ün iki unsuru bulunmaktadır. Birinci unsur, zorla çalıştırmanın kişinin iradesi hilafına olması, ikinci unsur ise, bu işin veya hizmetin yerine getirilmesi yükümlülüğü ya haksız (unjust) veyahut zalimane (oppressive) olması ya da kendi başına kaçınılabilir bir zorluk oluşturması. Olayda ise başvurucular kendi özgür iradeleri ile iş sözleşmesi yapmışlardır. Ayrıca, ulusal mevzuat uyarınca bir aylık feshi ihbar süresini müteakip sözleşmeleri feshetme hakları vardır. Üstelik başvurucular, iş sözleşmelerinin feshedilmesinin sözleşme özgürlüklerine kayıtlama oluşturacak derecede bir mali kayıptan/zarardan muzdarip olduklarını gösterememiş-

lerdir. Her halükarda, çalışmalarının haksız veya zalimane olduğunu gösterir bir belirti bulunmamaktadır. Madde 4 açısından başvuru açıkça temelsizdir. Başvurucular mülkiyet hakkı ekseninde ise sözleşmelerinin feshedilmesinin el atma (expropriation) niteliğinde olduğunu ve ulusal mevzuat uyarınca hangi çalışanın sözleşmesinin feshedileceğine münhasıran işverenin karar verecek olmasının ayrımcılık teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir. AİHK'e göre, bireyler arasındaki özel hukuk ilişkilerini düzenleyen ve bir kişinin mülkiyetini bir başkasına devretmesini sağlayan yasal hükümler, bir kişinin bir başkası lehine mülkiyetinden keyfi ve haksız olarak yoksun bırakılmasına yol açmadıkça kategorik olarak mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkını çığnememektedir. Olayda söz konusu olan özel hukuk sözleşmeleridir. Ücret alma hakkı dahil, başvurucuların bu sözleşmelerden kaynaklanan hakları P1-1 anlamında malvarlığı olarak mütalaa edilebilir. Olayda başvurucuların sözleşmelerin feshi ulusal mevzuata uygun olup keyfi nitelik arz etmez. Zira sözleşmeler feshedilmezse, alacaklılarının hakları veya şirketin varlığı tehlikeye girer. Kaldı ki

başvurucular kısmi bile olsa belli bir tazminat almışlardır. Böylelikle ölçüsüz bir zarardan/kayıptan muzdarip değillerdir. Bu sebeple olayda P1-1'in ihlali olduğu sonucuna vardırarak bir gösterge bulunmamaktadır.<sup>62</sup>

Bu kararlar vesilesiyle bir kaç husus üzerinde durulabilir. İlk karardan açıkça anlaşıldığına göre, mahkumların hapishanede emeği karşılığı elde ettiği gelir P1-1 kapsamına girmektedir. Üstelik daha genel olarak, emeğin bile mülkiyet hakkı kapsamına girdiği bile söylenebilir.<sup>63</sup> İkinci karar bakımından emek, ve bunu belirlemek üzere iş ve hizmet sözleşmeleri P1-1 kapsamında değerlendirilebileceği anlaşılmaktadır. Gerçi Komisyonun kararı net değildir; "may" kelimesini kullanmakla ilkesel bir duruştan ya da standarttan ziyade her bir somut olay özelinde değişken bir yapıya işaret etmektedir. Yine de karardan emeğin P1-1 kapsamına girebileceği sonucu çıkarılabilir. Kaldı ki, P1-1'in zaman duvarı açısından uygulanabilirliğinin sağlanması için aranan hukuki sebepler arasında sözleşme bulunmaktadır.<sup>64</sup> İş sözleşmesini de bu bağlamda düşünmenin önünde bir engel yoktur.

(62) Bu gerekçelerle şikayet açıkça temelsiz olduğundan kabul edilemez niteliktedir. Bkz. *Fenzel and Köllner v. Austria*, App. No. 22351/93, Admissibility Decision of 15 May 1996.

(63) Bu noktada hukuka aykırı olarak bulunduğu ülkede zorla ev işlerinde çalıştırılan kişinin yaptığı başvuruda, mağduru "istihdam" edenlerin cezalandırılmamasının AİHS Madde 4'e aykırı düştüğüne dair Sifliadin kararı zikredilebilir. Başvurucu sadece, yıllar boyunca neredeyse hiçbir ücret almadan vermek zorunda kaldığı emeğin kulluk ve zorla çalıştırma teşkil ettiğini iddia etmiştir. Mağdurun bu yönde bir talebi olmamasına rağmen AİHM, re'sen problemi bir de P1-1 açısından inceleyebilirdi. *Sifliadin v. France*, App. No. 73316/01, Judgment of 26 July 2005.

Bir başka ilginç örnek, fahişelik mesleğini bırakarak sigortalı olmak isteyen başvurucunun sosyal sigorta kurumu tarafından prim ödemeye zorlanması ve bu sebeple başvurucunun fahişeliğe devam etmek zorunda kalmasının AİHS Madde 3'te düzenlenen insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı ile AİHS Madde 4'de düzenlenen kölelik-kulluk yasağını ihlal ettiğinin ileri sürüldüğü *Tremblay* vakasıdır. AİHM fuhşa zorlamanın insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağını ihlal edeceğini ilkesel bazda hükme bağlamakla birlikte, olayda resmî makamlar başvurucudan fahişelik yapmasını talep etmedikleri ve başvurucunun primleri ödemek için başka bir iş bulmasının önünde bir engel olmadığı için iddiaları benimsememiştir. Bkz. *Tremblay v. France*, App. No. 37194/02, Judgment of 11 September 2007.

(64) *Association of General Practitioners v. Denmark*, App. No. 12947/87, Admissibility Decision of 12 July 1989, para.1 (*The Law*); *Stretch v. United Kingdom*, App. No.44277/98, Judgment of 24 June 2003; *Asito v. Moldova*, App. No. 40663/98, Judgment of 8 November 2005, para. 60.

(59) Çalışma özgürlüğü bakımından nitekim, doktrinde Tanör, daha 1978'de, çalışma özgürlüğünün mülkiyet hakkı ile yakın ilişkisi nedeniyle ekonomik özgürlük olarak mütalaa edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, İstanbul, May Yay., Şubat 1978, sf: 99. Ayrıca bkz. Krzysztof Drzewicki, "The Right to Work and Rights in Work", *Economic, Social and Cultural Rights, Second Revised Edition*, ed: Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, Martinus Nijhoff Publishers, London, 2001, sf: 223-243.

(60) Bu konuda bkz. Burak Gemalmaz, a.g.e, sf: 158-160, 172-174.

(61) *X. v. Austria*, App. No. 8346/78, Admissibility Decision of 6 March 1980, DR Vol. 19, sf: 230-231, özellikle 231 ("Taking into account of the specific restrictions which are normal in prison life and are recognised by the Convention (Article 5 (1) (a) and Article 4 (3) (a)), the Commission considers that a regulation according to which a part of the work remuneration of a prisoner shall be retained by the prison administration with a view to accumulating a small capital for his use after release is no doubt in accordance with the general interest. It does not appear that such a regulation interferes in any way with the substance of the prisoner's property rights. A right to payment of interest cannot be deduced from the provisions of the above Article.")

## SONUÇ

AIHM'in *FC Mrebebi v. Georgia* kararından hareketle AIHS özelinde UIHH açısından insan vücudunun hukuki statüsüne dair yapılan bu değerlendirmeler göstermektedir ki, insan vücudu ile emeği birbirinden ayırarak yapılan bir sınıflama daha elverişli bir koruma sağlayacaktır. Bu açıdan insan vücudu, başta AIHS'in özel yaşam hakkını koruyan 8. Maddesi çerçevesinde bir koruma göreceken, emek, mevcut içtihatlar bu konuda netlik içermese dahi, P1-1 mülkiyet hakkı çerçevesinde korunabilir.

Pozitif hukukun, hukuki dünyayı malvarlığı ve kişivarlığı olarak iki ana kategoriye ayırması ve bunları sözde farklı hukuki rejime ve kurallara tabi

kılması tümüyle yapaydır ve hukuken kişi sayılmayan kölelerin sömürülmesini meşulaştırmak amacıyla kurgulanmıştır. Bu kurgu, cilalansa da, benzeri ayırımı amaçlarla varlığını sürdürmektedir.

Her vücudun bir sahibi vardır ve bu malikin kim olduğu veya olabileceği tamamen belirli bir dönemde ve belirli bir yerde geçerli olan hukuk politikasının sonucunda belirlenmektedir. Ahlaki/felsefi ideal değerlerden beslenen fikirler ne tarihsel maddi veriler karşısında ne de hukuk kural ve kurumlarının analizi karşısında bir geçerlilik taşımaktadır. Üstelik, bütün insan hak ve özgürlüklerinin laik bir anlayışla etik temellendirilebilmesi, her bireyin kendine sahip olduğu kabulünü gerektirmektedir.

## Hukuk ve Şiddetin "Hayaletimsi" Birlikteliğinin Benjaminsci Eleştirisi Üzerine Bir İnceleme

Kurtul GÜLENÇ\*

Şiddet ve uygarlık arasındaki ilişki sıkça tartışılan bir konudur. Bu ilişkinin değerlendirilmesi uygarlığa bakış açısı ve onu oluşturan farklı öğelerin yorumlanması ile mümkün olabilmektedir. Bu değerlendirme türleri ise çok çeşitlidir. Bu çeşitlilik değişik, hatta çoğu zaman birbirlerine karşıt uygarlık kuramlarını doğurmuştur. Uygarlık kuramları, genellikle belirli bir uygarlığın ya da kültürün özelliklerini ortaya çıkarmayı, temel niteliklerini anlamayı ve o uygarlığın neden o şekilde geliştiğini, bunu nasıl gerçekleştirdiğini açıklamayı amaçlar (Imbusch 2000:91). Şiddet sorunu bağlamında düşündüğümüzde Batı uygarlığını/moderniteyi inceleyen uygarlık kuramları arasında en çok benimsenen görüşlerden biri, şiddeti, zamana bağımlı, gelişim sürecinde önemi ve boyutu azalan, modernite öncesine ait bir fenomen olarak gören yaklaşımdır (Imbusch 2000: 92). Bu yaklaşımın temel savı şudur: Uygarlık geliştikçe, yani modernleşme sürecinde ilerleme kaydedildikçe insan doğasındaki saldırganlık duyguları kontrol altında tutularak engellenecektir. Bu teoride insan doğasındaki saldırganlık duygularının ve şiddet eğilimlerinin/davranışlarının engellenme sürecinin kaynağı bir yandan toplumsal işbölümü öte yandan devletin denetim ve yaptırım gücünün merkezileşmesi ve tekelleşmesi olarak kabul edilir (Imbusch 2000: 97). Bu uygarlık kuramı savu-

nucularına göre devletin bir şiddet tekeli olarak ortaya çıkışıyla birlikte, şiddet kontrol edilebilir ve etkin bir şekilde sınırlandırılabilir bir olguya dönüşecektir. Şiddet-uygarlık ilişkisini insan doğası ekseninde irdeleyen bu yaklaşımda temel olan, şiddetin kendisi değil, denetlenme biçimidir. Bu denetim görevi ise devlete aittir. Devlet, şiddetin tekelidir. Devlet, bu rolünü gerçekleştirirken hukuku kullanır. Devlet eliyle gerçekleşen kontrolün ve sınırlandırmanın temel aracı hukuktur. Burada paradoksal bir durum vardır. Hukuk, şiddetin bireysel ve keyfi kullanımını yasaklamaya çalışırken, kendisini şiddet yoluyla, şiddete başvurarak kurmaya çalışır. Yani şiddeti kontrol altına alarak engellemeye çalışan temel kurum gücünü şiddetten almaktadır. Dolayısıyla şiddet, hukukun kendisini kurumsallaştırma aşamasında, hukuka, böylelikle de temel formunu hukuktan alan modern devlete/uygarlığa içsel bir olguya dönüşür. Hukuk ve şiddet dolayımı öylesine "hayaletimsi" bir kombinasyon içine girer ki, devlet aygıtı, "şiddete başvurma hakkını", kendi var oluşuna içselleşmiş bir şekilde bulur (Kardeş 2007:3).

Çalışmadaki amacım bu paradoksal durumu eleştirmektir. Bu eleştiri Walter Benjamin'in *Şiddetin Eleştirisi* (1921) adlı metninden hareketle gerçekleştirilecektir. Benjamin, bu metninde, şiddeti;

(\* Maltepe Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Elemanı)