

İNSAN HAKLARI BAKIMINDAN KIRILGAN KAVRAMINA BİR GİRİŞ VE KAVRAMIN AİHM KARARLARINDAKİ GÖRÜNÜRLÜĞÜ

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.704840>

Dr. Öğr. Üyesi Elif ÇELİK^{,**}*

Öz

Son yılların etik ve politik tartışmaları dahilinde ön plana çıkan kavramlarından biri de kırılğanlıktır. Kavramı hukuk ve insan hakları hukuku özelinde değerlendirmek ise oldukça yeni bir teşebbüstür. Bu çalışma, kavramın hukuk ve insan hakları hukuku ile ilişkisini ele almayı amaçlamaktadır. Bunu yaparken, kavram etrafında dönen mevcut tartışmalar esas alınarak, öncelikle kavramın evrensel- ontolojik ve grup bazlı yaklaşımları tartışma konusu edinilecektir. Bu ayrımın yarattığı farkı da dikkate alan genel bir bakışın ardından, kavramın insan hakları hukuku literatüründe nasıl karşılık bulduğu konu edinilecektir. Son olarak kavramın yargılamalar bakımından oynadığı rol, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden örneklerle somutlaştırılacak ve bu kullanımın etkinliğine dair bir değerlendirme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Kırılğanlık, Kırılğan Gruplar, İnsan Hakları, Hukuki Özne, AİHM

AN INTRODUCTION TO THE CONCEPT OF VULNERABILITY THROUGH HUMAN RIGHTS AND THE VISIBILITY OF THE CONCEPT IN EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW

Abstract

A prominent concept in the recent ethical and political discussions is vulnerability. Evaluation of the concept in relation to law and human rights

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnsan Hakları Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: elif.celik@inonu.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4380-1767> (Makalenin Geliş Tarihi: 06.12.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 11.12.2019/Makale Kabul Tarihi: 14.02.2020)

** Bu çalışma yazarın yayımlanmamış Doktora tezinin bir bölümünde tartışma edinilmiş konunun gözden geçirilip, geliştirilmesiyle oluşmuştur.

however is a quite recent attempt. This study, aims to tackle the subject through law and human rights. In doing this, in light of the current arguments surrounding the concept, the universal-ontological and group based approaches will be referred. Following the overall view by taking into account the distinction made, how the concept finds place in the human rights law literature will be discussed. Finally, the role of the concept in jurisdictions will be demonstrated by referring to the case law of the European Court of Human Rights and a brief assessment concerning the effectiveness of such appliance will be presented.

Keywords

Vulnerability, Vulnerable Groups, Human Rights, Legal Subject, ECHR

GİRİŞ

Kırılğanlık kavramının son yılların gündelik dilinde giderek iştilir olmasının yanı sıra, sosyo-politik ve hukuki diskurda da hayli öne çıkan bir kavram olduğunu söylemek yanlış olmaz. Burada kırılğanlık olarak kullanımı tercih edilmiş olan kavramın, Türkçeye Latince kökeni olan *vulnus* ve İngilizce karşılığı olan *vulnerability* sözcüğüne paralel olarak “yaralanabilirlik” adı altında yerleştiğini de gözlemlenebilir¹. Kavramın imlediği alan ve kişileri ifade etmek üzere benzer biçimde “örselenebilirlik” ya da “savunmasızlık” sözcüklerinin tercih edildiğine de rastlanmaktadır².

Kavramın, sosyal ve beşeri bilimler alanında; insanların, durumların, canlıların, kurumların, piyasanın ya da tabiatın tehlikelere açık olma, yaralanabilme, zarar görebilme potansiyeline yönelik bir kullanımı söz konusu olsa da; etik, sosyo-politik ve hukuki kullanımları bakımından insan ve insani olan durumla ilişkili oluşu ön plandadır. Bu bakımdan kavramı 1980’li ve 1990’lı yıllarda ele almış olan düşünürler kırılğanlığı, olası tehlike ve kötülüklerden zarar görmeye yatkınlık olarak formüle etmişlerdir³. Kavramın çeperi ya da bir kırılğanlık tanımında belirli olacak olan unsurlar konusunda bir kesinlik olmamakla birlikte, genel kullanımıyla “savunmasızlık”, “mağduriyet”, “dezavantajlılık” gibi durumları imlediği görülmektedir. Sözü edilen yıllarda kavramı ele almış olan isimlerden biri olan MacIntyre, kavramı acı çekebilme ve bu anlamda başkalarına bağımlı olmak bakımından ele almışken⁴ Neal, kavramın insanların acı çekme kapasitesine ilişkin bir evrensel gerçeğin karşılığı olduğunu düşünmektedir⁵. Günümüze geldiğindeyse, kavrama artan ilginin nedeni olarak Coyle, bu yönelimi siyasetin duygusal yönüne bir dönüş olarak ele almaktadır⁶. Öte yandan kavram, şu günlerde kimi eleştirilerde de belirgin olmaya başladığı biçimde, popüler

¹ Bu kullanıma ülkemizde Cogito dergisinin 87. Sayısının başlığında ve metinlerinde “yaralanabilirlik” olarak karşımıza çıkmaktadır (Cogito, Yapı Kredi Yayınları, 87, 2017).

² Bu çalışmada, kavramın bedensellik ile ilişkisini göz ardı etmeyen, ancak salt biyolojik bir çağrışımın ötesine geçebilmesinde görece daha uygun bulunan: kırılğanlık sözcüğünü tercih edilmiştir.

³ **Goodin**, Robert: *Protecting the Vulnerable*, University of Chicago Press, 1985, s. 110.

⁴ **MacIntyre**, Alasdair: *Rational Dependent Animals*, Open Court Publishing, 1999, s. 1.

⁵ **Neal**, Mary: “Not Gods but Animals: Human Dignity and the Vulnerable Subjecthood”, *Liverpool Law Review* 23(3), 2012, s. 187.

⁶ **Coyle**, Alison: “All of Us Are Vulnerable, But Some Are More Vulnerable than Others: The Political Ambiguity of Vulnerability Studies, an Ambivalent Critique”, *Critical Horizons Journal*, 17(2), 2016, s. 261.

olan tüm kavramlarda olduğu gibi içi boşaltılmış olma tehlikesiyle karşı karşıyadır. Bu konuda bir eleştiri, kavramın serbest piyasa dünyasındaki tezahürüne ilişkin dile getirilmiştir. Girişimcilik ve kırılğanlık arasında kurduğu ilgiyle girişimcilik pazarında ‘çok satanlar’ ve ‘çok izlenenler’ arasında yerini almayı başarmış olan bir örnekten yola çıkan Coyle, duruma bakılırsa kırılğanlık kavramının tam da Kapitalizmin ruhu haline geldiğini belirtmektedir⁷. Benzer biçimde kavramın muğlaklığının, esnekliğinin ve çoklu kullanımlarının literatürde eleştiri konusu olmaya başladığı da gözlemlenmektedir⁸.

Ne şekilde olursa olsun, kavram, akademik çalışmalarda özneyi ve toplumsal sorunları dile getirmek bakımından anahtar bir kavram halini almışa benzemektedir. Diğer yandan kavramın sınırlı teorik irdelemesi yakın zamanlıymış gibi görünse de, bilhassa siyaset felsefesi bakımından düşünülecek olduğunda bize hatırlatacağı isimlerden biri Hobbes olur. Bu bakımdan, düşünürün tam da kırılğanlık kavramına dayanarak ele aldığı bir insan doğasından hareketle, devlete atfettiği önemi akla getirir. Sadece bu örnek bile kavram ve paternalizm arasında kurula gelen ilişkiyi açık etmek bakımından kayda değerdir⁹. Bununla beraber, kavramı 20. Yüzyıl’da felsefi açıdan ele almış bir düşünürün Levinas olduğunu ve düşünürün, kavramı, bireysel düzeyde, ötekiyle ilişkisellik bağlamında ve ötekine yöneltilmesi gereken insani bir sorumluluk bilinciyle ele aldığını da not etmek gerekir¹⁰. Bu izlekte, etik tartışmalar dahilinde ve bilhassa Ötekine yönelik sorumluluklarımız bağlamında, feminist literatür teorisyenlerinin de kavrama yöneldiği ve özellikle kavram ve bedensellik arasındaki ilişkiyi vurguladığı göz-

⁷ Coyle, s. 264.

⁸ Bunlara bir örnek, özellikle Biyoetik alanında kullanımı bakımından kavramın daha önce farkında olunmayan yeni bir duruma işaret etmediği ve böylelikle esasen “zarar vermeme” gerekliliği ya da “onay” gibi mevcut biyoetik prensiplerin zaten kırılğanlıktan doğabilecek etik sorumlulukları karşıladığı yönündeki bir eleştiridir. Bknz. **Wrigley**, Anthony: “An Eliminativist Approach to Vulnerability” *Bioethics*, 29(7), 2015.

⁹ Bu bakımdan Hobbes düşüncesinde kırılğanlığın yarattığı bağımsızlığın hemen her zaman bir iktidar ilişkisini de beraberinde getirdiği dile getirilmiştir. Bknz. **Whitney**, Shiloh: “Dependency Relations: Corporeal Vulnerability and Norms of Personhood in Hobbes and Kittay”, *Hypatia*, 26(3), 2011, s. 557. Aynı zamanda bazı Feminist teorisyenlerin, kavramın yaygın kullanımının yarattığı çağrışımlardan dolayı kavrama mesafeli durmasının ardında çoğu kez paternalizm, şiddet ve iktidar ilişkisi argümanları bulunmaktadır.

¹⁰ **Levinas**, Emmanuel: *Humanism of the Other*, Chicago, University of Illinois Press, 2003, s. 62-69.

lemelenmektedir¹¹. O hâlde, belki de yeni bir sözcükle yeniden dile girmiş olan kavramı, son yılların bir keşfi olarak değerlendirmektense, insan olma durumuna ve bunun etik ve siyaset teorisindeki rolüne bir geri dönüş ya da yeniden hatırlama olarak ele almak daha gerçekçi olacaktır. Bu noktada soru; insanın yaralanabilir ve kırılğan bir varlık olmasının unutulmuş oluşu ve bugün yeniden keşfedilir olmasının ardında yatan olgunun ne olduğudur. Bu soru esasen pek çok disiplin bakımından mevcut sosyo-politik paradigmanın ve rasyonel öznenin eleştirisi konusuna paralel yürüyecektir. Şüphesiz ege-men sosyo-politik düzenin ve uzantısı olan hukukun rolü de bu unutkanlıkta; bir başka ifadeyle öznenin sanki kırılğan bir varlık değilmişçesine şekillenmiş olmasında belirgindir.

Etik ve politik tartışmalar dahilinde kavramdan yola çıkarak konu edinilebilecek farklı tartışmalar ve başvurulabilecek farklı isimler olsa da bu çalışmanın konusu ve sınırları bakımından esas olan kavram ve hukuk arasında kurulacak olan ilişki ve kavramın insan hakları hukukundaki anlam ve görevi olacaktır. Bu bakımdan buraya kadar değinilen noktalara, kavrama bir giriş ve okuyucuya aşinalık yaratmak adına değinilmiştir. Çalışma özelinde daha spesifik olarak gözetilen konu, kavramın gerek ontolojik gerekse partiküler kullanımlarının insan hakları hukuku bakımından ne ifade ettiği ve insan hakları yargılamalarında ne şekilde belirip iş gördüğü konusudur. Henüz oldukça sınırlı bir literatüre dayanmakla birlikte, kırılğanlık kavramı ve kategorisinin tanımı, sınırları, kapsadığı kişi, grup ve konular ve kullanımını, insan hakları hukuku özelinde ele alınarak kimi örnek kararlarla açık edilmeye çalışılacaktır.

1. KIRILGANLIK KAVRAMININ İNSAN HAKLARIYLA İLİŞKİSİ

Belirtildiği üzere kırılğanlık kavramına dokunarak işaret edilebilecek alanlar bir haylidir ve her bir alanda da kullanımının etkinliği sorgulanmaya müsaittir. Kavram hukuk ve daha özelinde insan hakları hukukuyla ele alınacak olduğundaysa kavrama ilişkin bir ayırmadan yola çıkmak yerinde olacaktır. Bunlardan ilki, kavramı yakın zamanlarda ele alarak hakların öznesine uyarlamayı hedef alan ve kavramı insan durumuna içkin, ontolojik ve evrensel bir özellik olarak ele alan yaklaşımdır. Bu yaklaşımın hedefinde kırılğanlık kavramının çağrıştırdığı negatif yankıları gidermek, kimi grupları kırılğan olarak addetmektense hukukun öznesi olan insana odaklanarak, bu her tek öznenin bedenselliğinden doğan evrensel kırılğanlığına vurgu

¹¹ Örneğe **Butler**, Judith: *Giving an Account of Oneself*, Fordam University Press, 2005.

yapmak amacı vardır¹². İkinci yaklaşım ise, kavrama başvurarak belirli özellikler nedeniyle kategorize edilebilecek kimi grupları ele alan ve söz konusu grupların dezavantajlılığına hukuk yoluyla bir çözüm arayan partiküler bir yaklaşım olacaktır. Partiküler yaklaşım, belirtildiği üzere kırılğanlığı kimi başlıklar altında bir kategori olarak ele almakta, söz konusu gruplara dahil olan kişileri; örneğe çocukları, mültecileri, insan ticaretine maruz kalan kişileri vb. “kırılğan gruplar” başlığıyla değerlendirmektedir. Bugün uluslararası insan hakları hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde kullanım bulan kırılğanlık yaklaşımının bu türden bir grup yaklaşımına dayandığını söylemek mümkündür. Her iki yaklaşımın ayrıntılarını ayrı başlıklar halinde ele almak, konu edindikleri alanları açık etmek bakımından yerinde olabilir.

1.1. Ontolojik ve Evrensel Bir Kırılğanlık

Ahlâk felsefesinin insanın aynı zamanda bedenli bir varlık olduğunu görmezden gelişi yakın dönem düşünürlerince eleştiri konusu olmuştur. Örneğin MacIntyre, kırılğanlığı ele alırken Aristoteles düşüncesinde var olan ancak unutulmuş bir yön olan insan bedeninin hayvani bir bedensellik olduğunu hatırlamamız gerekliliği ile başlar¹³. Benzer biçimde Nussbaum, Kant’ın insan onuru anlayışını eleştirirken bunun rasyonellik ve hayvani bedenselliğimiz arasında yaptığı ayrımı konu edinir ve insan için konu edindiğimiz bir onurun onun kırılğan bedenselliğinden azade olamayacağını dile getirir¹⁴. Öte yandan, rasyonellik ve bedensellik ayrımı varsayımına dayanan liberal adalet teorisi ve hukuk sistemi, hukukun kişisini; serbest bir iradeye sahip ve bu nedenle sözleşmelere girip çıkabilme ehliyetinde olan, otonom ve bağımsız, çoğu durumda eril ve salt rasyonel bir özne olarak ele almaktadır¹⁵.

Kırılğanlık kavramına temelde insanın bedenselliği hakikatinden yola çıkarak yaklaşan ontolojik yaklaşımsa, her tek insana içkin bedensel kırılğanlığı özne olmanın temeli olarak görmektedir. Bu bakımdan her insanın yaşamı gerek bedensel gerekse maddi ihtiyaçları üzerine şekillenir. Bu gerçeklik bizi yaşamımız boyunca hastalıklar, sakatlıklar, ölüm gibi gerçeklik-

¹² Bu yaklaşım altında MacIntyre, Ricoeur, Nussbaum, Butler, Turner, Kittay, Fineman, Mackenzie gibi isimler sıralanabilir.

¹³ **MacIntyre**, s. 6.

¹⁴ **Nussbaum**, Martha: *Frontiers of Justice*, Belknap Press of Harvard University Press, 2006, s. 132.

¹⁵ Burada akla ilk gelen örnek Rawls ve Adalet Teorisi olmaktadır.

lerle yüz yüze bırakırken; birbirimize bağımlı ve birbirimizle ilişkide olmak bu durumun içkin bir parçasıdır. Sözü edilen türden bir kırılganlığın kökeni bedenli varlıklar oluşumuzdan ileri gelse de, bu bizi aynı zamanda sosyopolitik baskıların, zulmün, dışlanma ve ayrımcılığın da öznesi haline getirir¹⁶. O hâlde, bu türden bir yaklaşımın temelinde salt rasyonel bir özne değil de bedensel bir insan olması kırılganlığın ardında yatan sosyal, ekonomik ya da tikel koşulları göz ardı etmeyerek bizzat bu durumların yaratabileceği kırılganlıkları da gözetmek zorundadır¹⁷.

Bu gerçeklik doğrultusunda ontolojik kırılganlık yaklaşımının hukuken ya da insan hakları açısından ne arz ettiği sorusu akla gelir. Buna ilişkin cevabı da yine ikiye ayırarak vermek mümkün olacaktır. İlk olarak insan hakları bakımından oynadığı role cevap aranacak olduğunda, etrafında çokça tartışmalar dönen insan haklarının öznesi sorununu ele alış bakımından bir fark yarattığı söylenebilir¹⁸. İnsan haklarının öznesi sorununa ve insan haklarındaki insan sorusuna yeniden dönmeyi gerekli kılan ve bu özneyi yeniden ele almayı gerektiren bir kırılganlık yaklaşımı, evvela insan haklarının evrenselliğine yöneltilen eleştirileri, evrensel ancak bu kez bedensellik üzerinden bir evrenselliğe dayanan bir tanımla bertaraf etmeyi hedefler. O hâlde ‘insan hakları neden var’ sorusunun cevabı her insanın sürekli ve kaçınılmaz olarak bedensel bir kırılgan varlık oluşu üzerinden cevaplanacak ve bu nokta da bizi insan hakları dilinin kapsamakta yetersiz kaldığı alanlara götürecektir. Bilhassa sosyal ve ekonomik haklara önem veren bir insan hakları sosyolojisine olan ihtiyacı ele alan çalışmada Turner, insanın sosyal birlikteliğinde rol oynayan en önemli etken olarak gördüğü kırılganlığı, yine insanın toplumsal olarak bir diğerine bağımlı bir varlık olduğu ve toplumsal kurumları tam da bu nedenle oluşturduğu argümanı ile destekler¹⁹. Ontolojik kırılganlık bu bakımdan onun görüşünde en temel insan haklarının, örneğin yaşam hakkının dayanağı olacak ancak bununla da sınırlı kalmayacaktır.

¹⁶ **Mackenzie/Rogers/Dodds:** *Vulnerability: New Essays in Feminist Philosophy*, New York, Oxford University Press, 2014, s. 1.

¹⁷ **Goodin**, s. 191.

¹⁸ İnsan haklarının tanımı ve sınırına ilişkin bir bilgi vermek ya da bu düşünceye yöneltilen eleştirileri konu edinmek bu çalışmanın sınırları dışındadır. Burada belirtilebilecek bir nokta ‘özne’ sorusunun insan hakları tartışmalarında da kendine yer bulduğu ve kırılganlık argümanının bu tartışmaları bertaraf etmek bakımından bir alternatif olduğu olabilir. Okuyucunun fikir edinebilmesi bakımından insan hakları fikri eleştirileri için başvurulabilecek çok sayıda kaynaktan bir kaç: **Arslan**, Zühtü: “Postmodern Söylem ve İnsan Hakları”, *SBF Dergisi* 56(1), 2001; **Ranciere**, Jacques: “Who is the Subject of the Rights of Man”, *The South Atlantic Quarterly* 103(Spring/Summer), 2004.

¹⁹ **Turner**, Bryan: *Vulnerability*, Pennsylvania State University Press, 2006, s. 25.

Dolayısıyla Turner'a göre insanın acı çekme kapasitesini ifade eden kırılma, insan haklarına temel teşkil edecek farklı kültürel argümanlar karşısında birleştirici bir rol oynayabilecektir. Düşünürü göre kırılma, yalnızca insanlar açısından değil aynı zamanda insan kırılmasına cevaben oluşturulan kurumlar açısından da bir rol oynar. İnsan haklarına cevaben oluşturulan kurumlarının bizzat kendi güvencesizliklerinden yola çıkan Turner, bizi kırılma bir özne karşısında bu kurumları tekrar düşünmeye davet eder²⁰. Kırılma kavramını bizzat insan hakları teorisiyle ele alan bir diğer isim Grear ise, insan haklarına konu edilen liberal öznenin tanımına karşı çıkarak başlar ve bugün hâlen insan haklarının en büyük açmazının bu özne tasviri üzerinde düğümlendiğine işaret eder²¹. Hemen her seferinde karşımıza rasyonel ve eril olarak çıkan bu soyutlama, düşünürü göre insanın bedensel kırılmasını yansıtmaktan uzak bir mitsel figürdür ve insanın kırılmadan kaynaklanan çok yönlü ihtiyaçlarını ele alabilmek bakımından oldukça yetersizdir. O hâlde, bir evrensellik iddiası; insanın tikelliği, bedenselliği ve dolayısıyla kırılmaya üzerine inşa edilmelidir²². İnsan hakları ve insan kırılmaya arasında kurulacak ilişkinin önem arz ettiği bir başka nokta da, insan haklarının tüzel hukuki kişiliğe sahip şirketler tarafından giderek artan biçimde kendi menfaatlerini gözetmek bakımından kullanımının önünü kapatmak bakımındandır²³. Bu açıdan insan haklarının öznesinin bizzat bedensel insanlar olduğunu vurgulamak için, akıl ya da menfaat sahipliğine dayalı bir hukuki soyutlamadan, insani olan bir gerçekliğe ve dolayısıyla bedensel kırılmaya dönmek gerekecektir²⁴.

Ontolojik bir insan kırılmaya yaklaşımını bizzat insan hakları dilinde olmasa da hukuk dilinde kullanmayı destekleyen ve bu anlamda hukukun öznesinin kırılma bir özne olduğunu ele alan bir diğer isim Fineman ise, liberal hukukun öznesini saf dışı bırakmak gerektiği düşüncesindedir²⁵. Fineman da liberal hukukun mevcut öznesinin kendi kararlarından sorumlu, bireysel, otonom ve bağımsız bir özne olduğuna işaret etmektedir. İşte kırılmaya teorisi, böylesi bir özneye meydan okumayı amaçlar. Düşünür, bilhassa konu edildiği Birleşik Devletler özelinde, formel bir eşitlik anlayışının

²⁰ Turner, s. 26.

²¹ Grear, Anna: Redirecting Human Rights, Palgrave Macmillan, 2010, s. 116.

²² Grear, 2010. s.166.

²³ Grear, Anna: "Challenging Corporate 'Humanity': Legal Disembodiment, Embodiment and Human Rights", Human Rights Law Review, 7(3) , 2007, s. 543.

²⁴ Grear, 2007, s. 516.

²⁵ Fineman, Martha: "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality Vulnerability and the Human Condition", Yale Journal of Law and Feminism 20(1), 2008, s. 2.

ve kıtada egemen olan negatif insan hakları düşüncesinin yarattığı tatmin-sizlikten yola çıkarak; teorisinde, insanın doğumdan ölüme kadar bedensel, fiziksel ve sosyal tehlikelere açık ve bir diğerine bağımlı bir varlık olduğunu merkeze koyar. Buradan hareketle sorumlu bir devletin gereklerine ve kırıl-gan öznelerinin hukuk eliyle direnç kazanmasının gerekliliğine vurgu ya-par²⁶. Burada önem arz eden bir diğer konu, kırıl-ganlık kavramının kimi kullanımlarının ve popülasyonlara atfedilen kırıl-ganlığın yarattığı sıkıntılar bakımındandır. Bedenselliğe dayalı, evrensel ve ontolojik kırıl-ganlığın her tek insan için geçerli olduğu savında ısrar eden düşünür, bu bakımdan hukuka konu olan kırıl-gan gruplar kategorisine sıcak bakmaz, ve bu kate-gorizasyonları, hemen her zaman birilerini dışarda bırakabileceği için problemlili görür. Dahası bu sınıflandırmalar kırıl-ganlık kavramına yapışmış olan mağduriyet, marjinalite, patoloji gibi algıları da pekiştirebilmektedir²⁷.

Ontolojik bir kırıl-ganlık tezine dayanan tüm düşünürlerin ortak noktası, son yıllarda literatüre giren ve yüklendiği; ‘mağduriyet’, ‘zayıflık’, ‘bağımlılık’, ‘kurbanlık’ gibi olumsuz çağrışımlar nedeniyle eleştiri konusu olabilen bir kavram olan kırıl-ganlığın esasen her tek insanın bedenselliğinden ve sosyalliğinden kaynaklanan bir kavram olduğu gerçeğine dayanmak ve bu evrensel gerçekliğe sahip çıkmaktır. Belirtildiği üzere bu, kimi düşünürler için mevcut insan hakları paradigmasını eleştirirken onu yeniden temize çıkarabilmek için bir araç, kimileri için de hukukun genelini konu edinirken bir başlangıç noktası olması gerekliliğindedir.

1.2. Partiküler ve Grup Odaklı Bir Kırıl-ganlık

Çalışmanın başında da belirtildiği üzere bugün kırıl-ganlık kavramı yaygın biçimde, ontolojik yaklaşım teorisyenlerinin savunduğu biçimin aksine, genellikle bir dezavantajlılık ya da partikülerlik durumunu imler ve bu bakımdan belirli grupları ve bu gruplara mensup kişileri ifade etmek için kullanım bulur. Gerek sosyal bilimler alanında gerekse hukukun kırıl-ganlık kavramını konu edindiği durumlarda karşılaştığımız durum budur²⁸. İnsan

²⁶ **Fineman**, Martha: “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, *Emory Law Journal*, 60(2), 2010, 36.

²⁷ **Fineman**, 2008, s. 8.

²⁸ Öte yandan bu türden bir yaklaşımın, bilhassa saha araştırmaları söz konusu olduğunda yarattığı sıkıntı kimi araştırmacılar tarafından dile getirilmektedir. Bir eleştiriye göre yapılan araştırmalarda kendisinin kırıl-gan bir gruba mensup olduğu ait olduğu düşün-cesiyle kendisine yaklaşılacak katılımcılar bu çalışmaların konusu olmak bakımından haklı bir çekimserlik gösterebilmektedirler. Bu özellikle ekonomik bir kırıl-ganlık söz konusu olduğunda gözlemlenebilmektedir. Bir diğer engel, bizzat kırıl-gan bir gruba mensup

hakları hukuku açısından da durumun farklı olduğunu söylemek mümkün değildir. Halihazırda kırılğanlık, liberal öznenin kendisini, dayandığı kabul-leri sorgulamaya maruz bırakan bir kavram olarak değil de, bu tanımım dışında kalabilen kişileri ve bu kişilerden oluşan grupları ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu bakımdan kırılğan addedilen kişi veya gruplar esasen liberal öznenin tanımı ölçütüne uyamayan, liberal öznenin ötekisi biçimine indirgenmektedir.

Kırılğan gruplar altında tanımlanacak kişilerin dayandığı kırılğanlık, salt bedensel ve içsel ya da sosyo-ekonomik faktörlere bağlı bir kırılğanlık olabilir. İlkine örnek olarak zihinsel engelliler ya da çocuklar; diğerine ise sığınmacılar, mülteciler ya da Romanlar örnek gösterilebilir. Sosyal gereklilikler açısından kırılğan gruplar sınıflandırmasına tabi tutulmak kimi yazarlar tarafından gerekli önlemlerin alınması ve dezavantajların giderilmesi adına faydalı, kimileri bakımındansa hemen her zaman bir mağdurlaştırma ve kurbanlaştırmayı içerdiği ve paternalizmin önünü açtığı için faydasız bulunmaktadır. Kırılğanlığa ve kırılğan gruplar sınıflandırmasına, kavramın gerekliliğine ya da gereksizliğine, kimlik politikalarındaki yerine, şiddetle olan ilişkisine, Feminist kuram bakımından oynadığı role vb. ilişkin tartışmalar devam etmekle birlikte bunlar, bu çalışmanın sınırları bakımından burada konu edinil(e)meyecektir. Bu çalışma bakımından bir kabul ise kavramın bir süredir insan hakları hukuku literatüründe kendine yer bulduğudur. Bu doğrultuda burada bilhassa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları bakımından kırılğan gruplar kavramı ve kavramın ilintili olduğu gruplar ele alınacaktır.

2. AİHM KARARLARINDA KIRILGANLIK KAVRAMI

Bölgesel bir yargısal koruma mekanizması olan AİHM'e geçmeden evvel, ilk olarak kavramın Birleşmiş Milletler düzeyindeki insan hakları koruma sistemi düzeyinde ne ifade ettiğine kısaca değinilebilir. Birleşmiş Milletler düzeyinde kırılğan popülasyonlara ilişkin ilk kullanımın Dünya Gıda Örgütü (FAO) dokümanlarında ortaya çıktığı görülür²⁹. Ancak kavramın kullanımı 1990'lı yıllar ve sonrasında yaygınlık kazanmaya başlayacaktır. Dönemin uluslararası sözleşmelerinin dilinde nadiren de olsa kırılğan

olduğu gerekçesiyle, araştırmalarda sesini duyurmak isteyen kimi katılımcıların, tam da kırılğan bir gruba girdikleri gerekçesiyle katılım dışı bırakılabilmeleridir. Bu da daha çok engellilik ve akıl sağlığı gibi koşullar nedeniyle temsil edilememek biçiminde olmaktadır. **Fisher**, Pamela: "Ethics in Qualitative Research: 'Vulnerability', Citizenship and Human Rights", *Ethics and Social Welfare* 6(1), 2012, s. 4.

²⁹ Yearbook of the United Nations (1946/1947: 687).

gruplar kavramına başvurulmaya başlandığı da gözlemlenebilir³⁰. Bu bakımdan kimi kaynaklar, çeşitli gruplara yönelik düzenlenmiş insan hakları sözleşmelerini de kırılğanlığa bir cevap olarak görebilmekte ya da kırılğan gruplar başlığı altında ele alabilmektedirler³¹. Öte yandan bu genel yaklaşım dahilinde kırılğan gruplar genel nüfusa oranla daha dikkatli ve özenli yaklaşılması gereken bir popülasyonu ifade etmektedir. Belirtilmesi gereken bir nokta hiç bir uluslararası hukuk metninin özel olarak kırılğanlığı tanımlamadığı ve kırılğan grupları sıralamadığıdır. O hâlde kırılğan gruplar kavramı literatüre daha ziyade insan hakları hukuku pratiği aracılığıyla dahil olmuştur denebilir. Yaş, cinsiyet, etnisite ve azınlık olma hali, sağlık durumu ve özgürlüğünden mahrum olma hali gibi durumlar uluslararası insan hakları hukuku bakımından kırılğanlıkla ilişkilendirilebilen durumlar olarak sıralanmıştır³². Örneğin Çocuk Hakları Komitesi bir Genel Yorumunda bilhassa kırılğan olarak addettiği çocukları; sokak çocukları, çatışma alanında yaşayan çocuklar, HIV ve AIDS ile yaşayan çocuklar, sığınmacı ve mülteci çocuklar, engelli çocuklar, cinsel istismara uğramış çocuklar, yoksul çocuklar vb. olarak ele almıştır³³. Benzer biçimde kırılğanlık kavramı ve sosyal ekonomik ve kültürel haklar arasındaki sıkı ilişkiden yola çıkarak Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, raporlarında ve genel yorumlarında kırılğanlık kavramına başvurabilmektedir³⁴. Diğer yandan bu konuda bir tespit, söz konusu yorumlarda kırılğanlık kavramını kavramsallaştırabilmek adına tutarlı bir rasyonelinin olmadığı ve de kırılğan grupları kimi haklar bakımından özellikle gözetmek söz konusu olduğunda bu önlemlerin neler olacağına açık edilmediğine ilişkindir³⁵.

BM bünyesindeki genel yorumlarda ya da raporlarda kimi zaman da ‘şiddetli kırılğanlık’ ya da ‘özellikle kırılğan’ olmak kavramına başvurduğu görülür³⁶. Bu, halihazırda kırılğanlık kategorisine giren bir bireyin sahip

³⁰ Bunlar: Göçmen İşçiler ve Aileleri Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi Protokolleridir.

³¹ **Morawa**, Alexander H. E.: “Vulnerability as a concept of International Human Rights Law” *Journal of International Relations and Development*, 6(2), 2003, s. 140.

³² **Morawa**, s. 140.

³³ Çocuk Hakları Komitesi CRC/GC/2002/2 paragraf 41.

³⁴ Bu yöndeki ilk kullanımlar için: E/1995/22; E/1996/22

³⁵ **Chapman**, Audrey, **Carbonetti**, Benjamin: “Human Rights Protection for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly* 33(3), 2011, s. 691, 697.

³⁶ Örnekte Çocuk Hakları Komitesinin engelli çocuklar ve şiddete uğrayan çocuklarla ilgili Genel Yorumlarında bu ifadeler gözlemlenebilir. CRC/C/GC/9; CRC/C/GC/13

olduğu içsel ya da koşullara bağlı ikinci bir dezavantaja sahip olduğu durumlarda göze çarpar: hamile bir sığınmacı, engelli bir çocuk, psiko-sosyal engelli bir mahkum vb. örneklerinde olduğu gibi. Bugün bilhassa sözleşmelere bağlı komitelerin faaliyetlerinde, insan hakları öncelik konularında ve raporlarında kırılma kavramına başvurulduğu gözlemlenmekteyse de belirtildiği üzere kavrama ilişkin bir tanım ya da sınır bulunmamaktadır.

Yakın zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de kırılma kavramına yöneldiği gözlemlenmektedir. Kimi çalışmalar bu yönelimi “sessiz bir devrim” olarak tanımlayabilmektedir³⁷. Aşağıda açıklanabileceği gibi 1981 yılındaki ilk kullanımından bu yana ve bilhassa 2000’li yılların sonlarına yaklaşıldığında mahkemenin kavrama giderek artan bir biçimde yer vermeye başladığı görülmektedir. Bunda kırılma kavramının akademik diskurda fazlaca popüler olmasının payı olabileceği de akla gelmektedir. Öte yandan altı çizilmesi gereken nokta, Mahkemenin kavramı çoğunlukla kırılma gruplar ve partiküler bir kırılma yaklaşımı doğrultusunda ele aldığı ve Fineman ve diğerleri tarafından ileri sürülen evrensel kırılma öznenin kabulüne dayalı bir ontolojik yaklaşımın Mahkeme nezdinde karşılık bulmadığıdır. İleri sürülen yaklaşımın hukukun öznesine yönelik bir paradigma değişikliği gerektirdiği ve bu yöndeki tartışmaların daha felsefi bir boyutta olduğu düşünülecek olduğunda bunun şaşırtıcı bir tespit olmadığı da akla gelecektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metni ve Mahkemesi içtihatları, kırılma ya da kırılma gruplara ilişkin bir tanıma sahip değildir. Kavram, mahkeme kararlarında kişilere atfedilebilse de çoğunlukla bir grup kategorisine mensup olmak bakımından atfedilir görünmektedir. Mahkeme kararları doğrultusunda, bir grubun kırılmasının belirleyicisi olarak farklı değişkenlerin söz konusu olabileceği çıkarımında bulunulabilir. Bu bakımdan mahkeme, kimi kararlarında, Roman gruba mensup kişileri ya da zihinsel engellileri, sırf mensup oldukları grup bu kritere sahip olduğu için kırılma addetmiştir³⁸. Burada sözü edilen iki grubun da tarihsel olarak ciddi bir ayrımcılık ve stigmatın hedefinde oluşu önem taşır. Benzer biçimde HIV taşıyıcısı bir başvuruçunun söz konusu olduğu bir davada, mahkeme, HIV ve AIDS hastalarına yönelen stigma ve dışlanmayı gözeterek bu grubu kırılma

³⁷ **Timmer**, Alexandra: “A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights”, içinde Vulnerability, **Fineman**, Martha ve **Grear**, Anna (Eds.), (Routledge, e-pub), 2016.

³⁸ **Chapman v. UK.**, 27238/95 [2001] **Alajos Kiss v Hungary** 38832/06 [2010]

bir grup olarak addetmiştir³⁹. Devletin kadına karşı şiddetle mücadelesizliğini konu edinen *Opuz/ Türkiye* davasındaysa, mahkemenin aile içi şiddet gören kadınları kırılğan gruplar dahilinde ele aldığı görülmüştür⁴⁰. Günümüzde mahkeme istatistiklerine bakarak hali hazırda kırılğan gruplar olarak ele alınmış grupları; çocuklar, zihinsel engelliler, mülteci ve sığınmacılar, HIV ve AIDS hastaları, romanlar, hamile ve aile içi şiddete uğrayan kadınlar, kimi azınlık gruplar ve gözaltında olan kişiler olarak sıralamak mümkündür. Bu sonuçlara bakarak, kırılğanlığın, liberal hukukun öznesi olarak varsayılan faillerin tanımıyla örtüşmeyen, bu tanımın kapsamakta yetersiz kaldığı kişileri ortak bir paydaya alan bir kavram olduğu görülebilir. Mahkeme kararlarında ortaya çıkan bir başka ifadeyse çoklu kırılğanlıkları ele alabilmek için kullanılan “aşırı kırılğanlık” kavramıdır. Örneğin *MS / Birleşik Krallık* davasında hem zihinsel engelli hem de tutuklu olan başvuru için bu ifadeye başvurduğu görülmektedir⁴¹.

‘Kırılğan grup’ kavramının mahkeme kararlarında gün yüzüne çıktığı ilk karar *Chapman / Birleşik Krallık* davası olmuştur. Başvuranın göçebe yaşam tarzı gereği, karavanını park ettiği alanların şehir planlaması ile uymaması ve bu nedenle başvuru tahliyesi konulu davada, gerek özel hayata ilişkin 8. maddenin gerekse ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini öne süren başvuru, her ne kadar lehine bir sonuç alamamış olsa da bu karar aracılığıyla kırılğan grup kavramı mahkeme nezdinde kullanım bulmuştur. Romanların neden kırılğan bir azınlık grup olduğu sorusunun yanıtı ise tarih boyunca göçebe olarak yaşamış olmaları ve bu nedenle toplumun genelinden farklı ihtiyaçlara sahip olmalarıyla açıklanmıştır⁴². Kırılğan bir azınlık grup olmakla ilgili mahkemenin dayandığı bir diğer ölçüt ise söz konusu gruba ilişkin tarihsel olarak süregelen bir dışlanma ayrımcılık ve stigmanın bulunmasıdır. Benzer biçimde roman azınlığı ilgilendiren *D.H. ve Diğerleri / Çek Cumhuriyeti* Davasında Büyük Daire, Romanları, çalkantılı tarihsel geçmişleri ve yerinden edilmişlikleri nedeniyle özel olarak dezavantajlı ve kırılğan bir grup olarak addetmiştir⁴³. İnsan hakları ve kırılğanlık arasındaki ilişki bakımından bu kararda vurgulanan nokta kırılğanlık kavramını salt bedensel bir kırılğanlıkla eş görmemek ve böylelikle kavramın oluşumunda rol oynayan tarihsel ve sosyo-politik gerçekleri ve kavramın çoğu zaman ayrımcılıkla olan ilişkisini ele almak bakımından önemlidir.

³⁹ Kiyutin v. Russia, 2700/10 [2011]

⁴⁰ Opuz v. Turkey 33401/02 [2009]

⁴¹ MS. v. UK 24527/08 [2012]

⁴² Chapman v. UK., 27238/95 [2001]

⁴³ D.H. and others v. the Czech Republic 57325/00 [2007]

Mahkeme istatistikleri kavramın en çok tutuklu ve gözaltında olan kişilere istinaden kullanıldığını da ortaya koymaktadır. Gözaltında bulunan kişilerin kırılğan bir grup olduğuna dair ilk karar *T.W / Malta* kararında belirmiştir⁴⁴. Mahkeme bu ilk kullanımda kırılğanlığı sadece gözaltında olan ve belirli özelliklere sahip insanlarla eş tutmuşsa da sonraları tüm tutuklu kişilerin kırılğan bir pozisyonda olduğuna dair bir görüş de beyan etmiştir⁴⁵. Söz konusu davalarda öne çıkan konunun genellikle işkence ve kötü muamele yasağının ihlali olduğu düşünülecek olduğunda, esasen kırılğanlık ve bedensellik arasında kurulan yakın ilişki de doğrulanmış olur. Yaşam hakkı söz konusu olduğunda kırılğanlık argümanının nasıl bir rol oynadığı yine bilhassa gözaltında olan kişiler bakımından önem taşımaktadır. *Keenan / Birleşik Krallık* davasında AİHM, devletin gözaltında olan kişilerin yaşamını koruma sorumluluğu bağlamında bu kişileri kırılğan olarak tanımlamıştır. Mahkumun gözaltında intiharı ile ilgili davada mahkeme, aynı zamanda mahkumun psiko-sosyal durumunu da gözeterek ‘akıl hastası’ bir mahkum olma durumunu dikkate almıştır⁴⁶. Benzer biçimde psiko-sosyal bir engeli olan mahkumun gözaltındaki intiharına ilişkin *Renolde / Fransa* davasında dikkat çeken nokta, mahkumun hem gözaltında bulunduğu ve özgürlüğünden mahkum olduğu için kırılğan olma hali hem de psiko- sosyal engeli olmuştur. Nitekim, kararda devletin söz konusu kırılğanlıklar kar-şısında özel tedbirler alınması gerekliliği yinelenmiş ve devletin yaşam hakkını korumak yönündeki pozitif sorumluluklarına vurgu yapılmıştır⁴⁷.

Kırılğanlık kavramını sığınmacı ve mültecilerin durumu ile ilişkili kullanan ilk karar *M.S.S / Belçika ve Yunanistan* kararıdır. Söz konusu davada başvuru, Belçika tarafından, Dublin anlaşması gereği Avrupa’ya ilk giriş yaptığı nokta olan Yunanistan’a gönderilmiş ve burada son derece kötü koşullarla karşılaşmıştır. Mahkeme bu kez sığınmacılık ve kırılğanlık arasındaki bağı kurarken, “başvuranın sığınmacı durumuna içkin olan kırılğanlık” ifadesine başvurmuştur⁴⁸. Öte yandan kırılğanlık tanımına başvurulmuş olduğu hâlde devletin sorumluluğu olduğuna hükmedilmeyen ya da kırılğanlık tanımına başvurulmadığı hâlde devlet sorumluluğunun doğduğu davalar vardır. Bu doğrultuda Mahkemenin kırılğan gruplar tanımının, bu gruba mensup kişilerin içsel özelliklerinden ya da sabit bir özlerinden ziyade

⁴⁴ T.W. v. Malta 25644/94 [1999]

⁴⁵ Salman v. Turkey 21986/93 [2000]

⁴⁶ Keenan v. UK 27229/95 [2001]

⁴⁷ Renolde v. France 560805 [2008]

⁴⁸ MSS. v. Belgium and Greece 30636/09 [2011] paragraf 233.

sosyal koşullarla etkileşiminden doğduğu argümanı da önem kazanır. Bu konuda Mahkemenin geçmiş dönem yargıçlarından, Yargıç Sajo'nun konu hakkındaki görüşleri dikkate değerdir. Yargıç, kırılğanlık kavramına başvurulması konusunda ihtiyatlı davranılması gerektiğini düşünmektedir. Nitekim kimi davalarda ifade ettiği kişisel görüşleri de bunu destekler niteliktedir. Örneğin sığınmacıların kategorik olarak içkin bir kırılğanlığa sahip oldukları görüşünün belirttiği davada sığınmacıların bir homojenliğe sahip olmadığından hareketle, kırılğan bir grup olarak sayılamayacağını, zira bu grubun her tek katılımcısının içsel bir kırılğanlığa sahip olduğunu söylemenin mümkün olmadığını dile getirmiştir. Dolayısıyla, Yargıca göre önceki örnekte Roman azınlık söz konusu olduğunda mevcut olan tarihsel bir önyargı sığınmacılar için söz konusu değildir⁴⁹. Buradan hareketle Mahkemenin bir kişiyi salt engelli ya da azınlık bir gruba mensup olduğu için kırılğan olarak göremeyeceği ancak söz konusu özelliklere sahip kişiler o toplumda sistemli olarak bir ayrımcılığa, dezavantaja ve dışlanmaya maruz kalıyorsa, o zaman kırılğan grup adlandırması doğacağı fikri de belirmektedir.

Mahkeme kararları doğrultusunda cinsiyet bakımından otomatik olarak kırılğan bir gruba mensup olunacağı yönünde bir çıkarım yapmak olanaksızdır. Öte yandan, *Opuz / Türkiye* davasında Mahkemenin, kadınlar ve kırılğanlık arasındaki ilişkiyi iki türlü ele aldığı görülür. Birincisi, kırılğan bir gruba mensup olan bir kadın olmak bakımındandır; örnekse, mülteci bir grup içinde kadın olmak. Bu kararda konu olansa aile içi şiddete uğrayan kadınların ayrıca kırılğan bir grup oluşturduklarıdır⁵⁰. Söz konusu dava özelinde kırılğanlık, özellikle devletin pozitif yükümlülükleri bakımından bir sorumluluk doğurmuş ve aile içi şiddete uğrayan kadınlar, devlet tarafından korunması gereken kırılğan kişiler tanımına dâhil edilmiştir. Benzer biçimde *Bevacqua ve S / Bulgaristan* kararında mahkeme, aile içi şiddete maruz kalan kadınları kırılğan bir grup olarak ele almıştır⁵¹. Ancak belirtilmesi gereken önemli bir nokta mahkeme nezdinde sırf kadın olmanın salt dezavantajlı bir grup olmak anlamına gelmeyeceğidir. Bu hususun açık edilmesi gerek cinsiyet gerekse kırılğanlıkla eşleştirilegelen kimi önyargıları ve indirgemeleri saf dışı etmek bakımından da yerindedir. O hâlde kadınları kırılğan bir grup kategorisine dahil etmek yerine kadınların kendilerini kırılğan bir pozisyonda bulmalarını sağlayan toplumsal düzenlemelerin ve yasal eksikliklerin açık edilmesi bakımından bu fark önemlidir.

⁴⁹ MSS. v. Belgium and Greece 30636/09 [2011] Yargıç Sajo'nun kısmen mutabık ve kısmen karşı görüşü 102.

⁵⁰ Opuz v. Turkey 33401/02 [2009] paragraf 160, 171.

⁵¹ Bevacqua and S. v. Bulgaria 71127/01 [2008] paragraf: 65

Kırılğanlığın konu edinildiği davalarda Mahkemenin ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddesinin nasıl bir rol oynadığı ve ayrımcılık yasağı ve kırılğanlık arasında Mahkeme bakımından nasıl bir ilişki olduğu konusunda yapılan bir yorum kırılğanlığın mahkemenin dezavantajlılık durumuna daha derin bir biçimde bakabilmesini olanaklı kıldığı yönündedir⁵². Ancak aynı gözlem esasen kırılğan gruplar kavramına dayanarak alınan kimi sonuçların mahkemenin klasik yaklaşımlarının çok dışında olmadığına yani kavramın kullanılmadığı durumlarda da benzer sonuçlara ulaşılabilecek olduğuna işaret etmektedir. O hâlde bir ‘anahtar kelime’ olmanın ötesinde kavramın ayrımcılık konusunda yaptığı katkı, kararların gerekçelendirilmesi bakımındandır⁵³. Öte yandan kavramın bilhassa ayrımcılık yasağına ilişkin 14. madde ile ilişkili kullanımı söz konusu olduğunda Mahkemenin Büyük Dairesinin kavrama başvurmak konusunda oldukça titiz ve temkinli olduğuna da işaret edilmektedir⁵⁴. Kırılğanlık ya da kırılğan gruplar yaklaşımının ayrımcılık yasağıyla birlikte ele alınması konusunda esasen gözden kaçmaması gereken bir nokta vardır. Örneğin *Kiss / Macaristan* davasında Mahkeme, vesayet altındaki kişilerin oy vermesine ilişkin engelin, oy hakkının bir ihlali olduğuna karar vermiştir. Buna göre bir yasanın zihinsel ya da psiko-sosyal engellileri tek bir sınıfmışçasına ele alarak sadece vesayet altında olmaları nedeniyle oy hakkından mahrum bırakması Sözleşmeye aykırı bulunmuştur. Bu olayda Mahkeme, zihinsel ya da psiko-sosyal engeli bulunan bireyleri kırılğan bir grup olarak addederken bu kişilerin tarih boyunca karşılaştıkları ayrımcılıklara vurgu yapmıştır⁵⁵. Öte yandan burada dikkate değer olan husus, mahkemenin sözü edilen grubu kırılğan bir grup addetmesi ancak bu sınıflandırmanın amacının bir stigmatı pekiştirmektense ayrımcılık karşısında şekillenmiş bir kırılğanlığın önüne geçmesidir. O hâlde, kırılğan gruplar adlandırmasına eleştirel yaklaşan görüşlerin de üstünde durduğu üzere, adlandırma ve faillik arasında bir gerilim hemen her zaman vardır ancak Mahkeme söz konusu kararıyla kırılğan bir grubun haklardan yoksun kalmasına değil, bizzat failliğinin desteklenmesine katkıda bulunmuştur. Bu anlamda denilebilir ki: Mahkeme kırılğan gruplar kavramına başvurarak mevcut bir yargıyı pekiştirse de aynı kavram aracılığıyla mevcut yargının sahibi olan grubu özgürleştirebilmek potansiyeline de sahiptir.

⁵² **Arnardottir**, Oddny Mjöll: “Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Oslo Law Review* 4(3), 2017, s. 170.

⁵³ **Arnardottir**, s. 171.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Alajos Kiss v Hungary* 38832/06 [2010]

Mahkemenin kırılğan gruplar yaklaşımının, yargılamaların seyrini nasıl değiştirdiği sorusu sorulabilir. Morowa, kırılğanlığın insan hakları bakımından kullanımını sadece belirli grupları açık etmekle sınırlı olmadığı; aynı zamanda kavramın yargılamanın sonucunda da rol oynayan bir kavram olduğu kanısındadır⁵⁶. Benzer biçimde Peroni ve Timmer bu kullanımın bir retoriği aştığını ve eşitsizlik konularını daha iyi açık ettiğini savunmaktadırlar ve bunu pozitif bir gelişme olarak ele almaktadırlar⁵⁷. Bunun dışında bu kullanımın başvuru sürecinde benzer hak talepleri arasında bir öncelik sırası belirlemede rol oynadığı ve bilhassa devletin pozitif edimlerini açık etmek bakımından iş gördüğü belirtilmiştir⁵⁸. Kırılğanlık kullanımının iş gördüğü düşünülen bir diğer nokta da kavramın formel eşitliğin ötesine geçebilmesi ve maddi eşitliliği sağlamakta daha başarılı olmasıdır⁵⁹.

Mahkemenin kırılğan gruplar olarak addettiği grupların genişliğine değinen kimi isimler, Mahkemenin böyle bir yetkisi olduğu konusunda şüphelidirler. Bu görüşe göre, söz konusu kırılğan grupların sayısının fazlalığı, neredeyse, toplumda bu grupların dışında kalan kesimin kırılğan olarak ele alınmasını gerektirecek derecedir. Bu doğrultuda yöneltilen bir eleştiri, Mahkemenin sözleşmeyi uygulamak ve yorumlamakla sınırlı kalması ve devletlerin hangi gruplara karşı daha fazla pozitif yükümlülük altında olduğu konusunda bir dayatma yapmaktan kaçınması gerektiği yönündedir⁶⁰.

SONUÇ

Çalışmanın başında ortaya konulan türden bir ontolojik kırılğanlık tezinin insan hakları bakımından henüz her tek özneye ilişkin ve bir kategorizasyon olmaksızın kullanım bulduğunu söylemek mevcut yargılamalar bakımından mümkün değildir. Görünen o ki, kavram bu haliyle hali hazırda ancak liberal hukukun ve bu hukukun öznesinin eleştirisi ve gerekli sosyo-politik düzenlemelerin hayata geçirilebilmesi bakımından iş görür düzeydedir. Mahkeme, hali hazırda kavramın kullanımını büyük ölçüde dışlanmış, marjinalize olmuş ve dezavantajlı konumda olan başvuruçular söz konusu

⁵⁶ **Morawa**, s. 150.

⁵⁷ **Peroni**, Lourdes, **Timmer**, Alexandra: “Vulnerable Groups: The promise of an Emerging Concept in ECHR Law”, *International Journal of Constitutional Law* 11(4), 2013, s. 1057.

⁵⁸ **Timmer**, S. 2014.

⁵⁹ **Peroni ve Timmer**, s. 1057.

⁶⁰ **Bossuyt**, Marc: “Categorical Rights and Vulnerable Groups: Moving Away from the Universal Human Being”, *The George Washington International Law Review* 48(4), 2016, s. 742.

olduğunda ele almaktadır. Belirtildiği üzere özellikle Fineman'ın kırılğan gruplar kategorizasyonuna yönelik yaptığı itiraz, bu sınıflandırmanın mevcut önyargıları pekiştirdiği ve dahası bu kategorileri giremeyen kişilerin kırılğanlıklarını göz ardı ettiği yönündedir. Bu görüşü destekler nitelikte bir yorum, grup kavramının kullanımına başvurulmasını özcülük, damgalama ya da paternalizm gibi sonuçlara yol açabileceği şeklinde formüle edebilir. Bu, mevcut ayrımcı pratiklerin hedefinde olan grupların bu durumunu pekiştirmeye yönelik bir eylem gibi algılanabilse de Mahkemenin kimi davalarda söz konusu gruplara mensup kişilerin kendilerini bu pozisyonda bulmalarında rol oynayan toplumsal ve politik etkenlere yaptığı vurgu dikkate değerdir. Bu bakımdan kırılğanlığın telaffuz edildiği davalarda kırılğanlığın öznesine haklar yoluyla bir direnç kazandırılması idealinin göz ardı edilmemesi gerekliliğine dikkat edilmelidir. Bunun haricinde sabit bir kırılğan grup anlayışına yaslanmak aynı zamanda yaşamın ve insan ihtiyaçlarının değişken dinamiği ile de bağdaşmayabilir. Zira ontolojik bir kırılğanlık sabit ve sürekliyen kırılğan grup kavramı daha dinamik bir kavram niteliğine sahiptir. Nitekim AİHM bu güne kadar kırılğan gruplar olarak ele aldığı grupları bir araya getiren unsur konusunda bir beyanda bulunmamış olsa da bu belirlemede güncel insan hakları raporlarının rol oynadığı gözlemlenebilir.

Ontolojik bir kırılğanlık yaklaşımının hukukun öznesini yeniden ele almak bakımından önemli olduğu yadsınamayacak olsa da Yargıç Sajo'nun da belirttiği üzere⁶¹ kabul edilmesi gerekir ki mevcut şartlar dahilinde hepimiz kırılğan olsak da bazılarımız daha kırılğan olmaya devam edecektir. Yalnızca bazı kişileri ve grupları kırılğan olarak addedecek mevcut kullanımsa eşitlik idealini daha somut bir biçimde sağlamaya hizmet etmesi ve devletin pozitif yükümlülüklerini açık etmesi gerekçesiyle desteklenebilir⁶². Bu durumlarda kırılğanlık argümanının kişilerin hak sahibi olmaları gerektiği gerçeğinin önüne geçmemesi gerekir. Şüphesiz başvuruçuların kırılğanlığa dayalı bir vurgudansa 'haklara sahip olma hakkına' ve bir faİL konumuna sahip olarak elde edecekleri bir sonuç onlar adına daha tatmin edici olacaktır.

DiğEr yandan güncel şartlar altında Fineman'ın hukukun öznesine farklı bir yaklaşım benimsemeyi gerektiren önerisinin, pratikte mevcut bir ihlalin üstesinden gelmeyi amaç edinmiş olan Mahkeme tarafından bir başlangıç noktası olamaması normaldir. Zira liberal özneyi yeniden ele almakla ilgili

⁶¹ MSS. v. Belgium and Greece 30636/09 [2011] Yargıç Sajo'nun kısmen mutabık ve kısmen karşı görüşü 104.

⁶² Peroni ve Timmer, s. 1075, 1078.

bu öneri yargılamalarda rol oynamanın da öncesinde mevcut yasaların ve ilgili kurumların gözden geçirilmesi ile ilgili olacaktır. Öte yandan kavramın salt Mahkeme kaynaklarındaki kullanımının ve telaffuzunun peşine düşecek obsesif bir yaklaşımın da kavramın hukukla olan ilişkisini irdelemek bakımından yeterli olmayacaktır. Şüphesiz, kavramı zikretmediği hâlde insan kırılğanlığını gözetmiş ve ileride de gözetecek olan yargılamalar ya da bunun tam tersi bir durum vardır ve olmaya devam edecektir.

Buradan hareketle belirebilecek bir başka soru, kişinin içkin bir kırılğanlığı dışında kalan durumlarda mahkemenin tutumunun ne olduğudur. Kavramsal tartışmalarda da belirttiği gibi, kırılğanlığın bedensellikten kaynaklanan bir yönü olduğu kadar, aynı zamanda insanın toplumsal bir varlık olması ve otoriteyle olan ilişkisinden kaynaklanan senaryoların yarattığı kırılğanlıklar da söz konusudur. Kırılğanlık ve insan hakları arasındaki ilişkide her iki durumun da rol oynadığı unutulmamalıdır. Kimi durumlarda mevcut bir kırılğanlığın kendisi bir insan hakkı ihlaline sebebiyet verirken kimi durumlarda bir insan hakkının ihlali kişiyi kırılğan bir duruma sokmaktadır. Bu durum kendini Mahkeme kararlarında da ortaya koymaktadır. Söz gelimi haddinden fazla uzun süren bir yargılamanın kişiyi hukuki bir arafta bıraktığı ve bir kırılğanlık yarattığı yönündeki kararı⁶³ kırılğanlığın yalnızca bedenselliğe dayalı ontolojik yönünü değil aynı zamanda sosyopolitik ve dış kaynaklı yönünü kabul ettiğini ortaya koymaktadır. Benzer biçimde aile içi şiddete uğrayan ve devlet korumasından yoksun olan kadınlar da bu yolla kırılğan bir özne haline gelmektedirler.

Son olarak söylenebilecek olan bir nokta, Turner'ın kırılğanlık tezinde ön plana çıkan, insan haklarının uygulanmasından sorumlu yapılanmaların kendilerinin kırılğanlığı ve tekinsizliğidir. Bu çalışma dahilinde kırılğanlık ve insani durum arasındaki ilişki konu edinilmiş olsa da buradan yola çıkarak bizzat AİHM'nin bir yapı olarak kırılğanlığı ve dahası mevcut liberal hukuk paradigmasının bir organı olarak AİHM'nin bizzat kırılğanlıkların yaratılması konusundaki rolü ve tekinsizliği dikkate alınmaya değerdir.

⁶³ Kurić and others v. Slovenia 26828/06 [2012]

KAYNAKÇA

- Arnardottir**, Oddny Mjöll: “Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Oslo Law Review* 4(3), 2017, 150-171.
- Bossuyt**, Marc: “Categorical Rights and Vulnerable Groups: Moving Away from the Universal Human Being”, *The George Washington International Law Review* 48(4), 2016, 717-42.
- Butler**, Judith: *Giving an Account of Oneself*, New York: Fordham University Press, 2005.
- Chapman**, Audrey, **Carbonetti**, Benjamin: “Human Rights Protection for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly* 33(3), 2011, 682-732.
- Coyle**, Alison: “All of Us Are Vulnerable, But Some Are More Vulnerable than Others: The Political Ambiguity of Vulnerability Studies, an Ambivalent Critique”, *Critical Horizons Journal*, 17(2), 2016, 260-277.
- Fineman**, Martha: “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality Vulnerability and the Human Condition”, *Yale Journal of Law and Feminism* 20(1), 2008, 1-25.
- Fineman**, Martha: “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, *Emory Law Journal*, 60(2), 2010, 251-275.
- Fisher**, Pamela: “Ethics in Qualitative Research: ‘Vulnerability’, Citizenship and Human Rights”, *Ethics and Social Welfare* 6(1), 2012, 1-17.
- Goodin**, Robert: *Protecting the Vulnerable*, USA: University of Chicago Press, 1985.
- Grear**, Anna: “Challenging Corporate ‘Humanity’: Legal Disembodiment, Embodiment and Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 7(3), 2007, 511-543.
- Grear**, Anna: *Redirecting Human Rights*, Pallgrave Macmillan, 2010.
- Levinas**, Emmanuel: *Humanism of the Other*, Chicago: University of Illinois Press, 2003.
- MacIntyre**, Alasdair: *Dependent Rational Animals*, Chicago: Open Court Publishing, 1999.
- Mackenzie**, Catriona, **Rogers**, Wendy, **Dodds**, Susan: *Vulnerability: New Essays in Feminist Philosophy*, New York: Oxford University Press, 2014.

- Morawa**, Alexander H. E.: “Vulnerability as a concept of International Human Rights Law” *Journal of International Relations and Development*, 6(2), 2003, 139-155.
- Neal**, Mary: “Not Gods but Animals: Human Dignity and the Vulnerable Subjecthood”, *Liverpool Law Review* 23(3), 2012, 177-200.
- Nussbaum**, C. Martha: *Frontiers of Justice*, USA: Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- Peroni**, Lourdes, **Timmer**, Alexandra: “Vulnerable Groups: The promise of an Emerging Concept in ECHR Law”, *International Journal of Constitutional Law*, 11(4), 2013, 1056-1085.
- Timmer**, Alexandra: “A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights”, *Vulnerability*, Fineman Martha ve Grear Anna (Der.), (Routhledge, e-pub). 2016.
- Turner**, Bryan: *Vulnerability and Human Rights*, Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 2006.
- Wigley**, Anthony: “An Eliminativist Approach to Vulnerability”, *Bioethics*, 29(7), 2015, 478-487.
- Whitney**, Y. Shiloh: “Dependency Relations: Corporeal Vulnerability and Norms of Personhood in Hobbes and Kittay”, *Hypatia*, 26(3), 2011, 554-574.