

Anayasa Hukuku ve Şiddet

(Constitutional Law and Violence)



Yrd. Doç. Dr. Oya BOYAR*

ÖZET

Şiddetten korunma ihtiyacı öncelikle devletin temellendirilmesinde kullanılmıştır. Şiddet, anayasaların yapılmasıyla da doğrudan ilgilidir. Ayrıca anayasalar çoğu durumda olağanüstü dönemlerin hukukunu düzenler. “Meşru şiddet kullanma tekeline sahip olan” tek insan örgütlenmesi olarak devlet, bir de egemenlik boyutuyla karşımıza çıkar. Anayasa aynı zamanda devletin hukuksuz şiddetini kontrol altına almaya yönelik bir metindir.

Anayasa hukuku belli haller dışında açıkça bireyler arası şiddeti düzenlemez. Ancak bu dalın şiddetin hukukunu düzenleyişi daha çok devletin sosyal ve ekonomik alandaki yükümlülükleri ile somutlaştırılabilir. Başka bir deyişle, Anayasada yer alan “sosyal devlet”, “devletin temel amaç ve görevleri” ve bazı temel hak düzenlemeleri devlete bireyler arasındaki ilişkilerde bir takım koruma yükümlülükleri yüklemektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, şiddet, egemenlik, anayasacılık, olağanüstü yönetimler, temel haklar, pozitif yükümlülükler, bireysel özerklik

ABSTRACT

The need to protection from violence is used primarily in the state construction. Traditionally the violence appears as one of the distinctive features of constitutional moments. The Constitutions also contain the emergency clauses. Furthermore, the state as being the sole power which has the monopoly of violence possesses the sovereignty. The essential objective of the constitutionalism is the control of the governmental actions. Hence the constitution tends to control the illegal state violence as well. Principally, constitutional law does not regulate explicitly the violence between individuals except below-mentioned dispositions. However, the state having positive obligations with regard to eliminate the violence in the social and economic sphere is not except from constitutional responsibilities in this respect. In other words, the dispositions relating to “social state”, “principal duties of state” and certain fundamental rights are the implicit constitutional basis for the protection from violence.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Keywords: *Constitution, violence, sovereignty, constitutionalism, emergency, fundamental rights, positive obligations, personal autonomy*

Giriş

Hukukta şiddet kavramı, kullanıldığı hukuki disipline göre anlam kazanır. Örneğin bir kamu hukukçusu açısından, şiddet ve şiddetten korunma ihtiyacı, genel olarak devletin temellendirilmesinde kullanılan kavramlardır. Bir Anayasa hukukçusu şiddet ifadesini anayasaların yapılış süreciyle ilişkilendirebilir. Asli kurucu iktidarı hukuk boşluğuyla ilişkilendiren görüşler açısından şiddet, anayasaların yapılmasıyla doğrudan ilgilidir. Savaşlar, bunların ardından gelen barışlar, yeni devletlerin kurulması, mevcut devletlerin dağılması, yahut da askeri darbeler yeni anayasacılık süreçlerinin ortaya çıkmasında doğrudan belirleyici olmuştur. Ayrıca anayasalar çoğu durumda olağanüstü dönemlerin hukukunu da düzenler. Olağanüstü yönetim usullerinin yürürlükte olduğu dönemlerde ne tür bir hukukun uygulanacağını anayasalar belirler. Ayrıca Weber'in deyişiyle “*meşru şiddet kullanma tekeline sahip olan*” tek insan örgütlenmesi olarak devlet, bir de egemenlik boyutuyla karşımıza çıkar. Anayasanın kişi güvenliği hakkını ve bu hakkın sınırlandırma sebeplerini düzenleyen hükümleri bu noktada akla gelmektedir. Ancak anayasa hukukunun diğer hukuki disiplinlerden şöyle bir farkı vardır: Anayasa bir yönüyle de devletin şiddetini kontrol altına almaya yönelik bir metindir. Gerçekten de “*meşru şiddet kullanma tekeli*”ne sahip olan devlet iktidarının sınırlandırılması anayasacılığın temel konusunu oluşturur. Dolayısıyla hukukun aşağıda anılan disiplinlerinden farklı olarak Anayasa Hukuku, bireyler arası şiddetin ötesinde, devlet şiddetinin kontrol altına alınmasına yönelmiştir. (I)

Bununla birlikte, şiddet hukuk ilişkisini başka şekilde kurmak da mümkündür. Bir ceza hukukçusu açısından şiddet, çeşitli tezahürleri cezai yaptırımlarla kontrol altına alınmaya çalışılan bir olgudur. Bir medeni hukukçu için bu kavram, öncelikle aile içi şiddeti ya da ev içi şiddeti çağrıştırabileceği gibi; boşanma sebeplerini ya da belli şartlar altında haksız fiilleri de düşündürebilir. Ancak dikkat edilirse, bu hallerin hepsinde şiddet bireyler ekseninde kavranmaktadır. Bu hallerde hukuk şiddete karşı diğer bireyleri koruyan bir kimliğe bürünmüştür. Bu incelemede kişiler arası şiddeti önlemeye ve bastırmaya yönelik hukuki mekanizmaların bütünü “*şiddetin hukuku*” olarak isimlendirilmektedir. Anayasa hukuku ise aşağıda sayılan haller dışında açıkça bireyler arası şiddeti düzenlemez. Ancak bu dalın şiddetin hukukunu düzenleyişi daha çok devletin sosyal ve ekonomik alandaki yükümlülükleri ile somutlaştırılabilir. Başka bir deyişle, Anayasada yer alan “*sosyal devlet*”, “*devletin temel amaç ve görevleri*” ve bazı temel hak düzenlemeleri devlete bireyler arasındaki ilişkilerde bir takım koruma yükümlülükleri yüklemektedir. (II)

I. Hukukun Şiddeti

Modern devletin en önemli varlık nedeni şiddete karşı korunma olarak düşünülmüştür. Bu şiddet iki yönlüdür: Devlet bir yandan bireylerin birbirlerinin şiddetine karşı korunmasını sağlar; diğer yandan da diğer devletlere karşı kendi egemenliğine dayanır. Başka bir deyişle aşağıda detaylı olarak görüleceği üzere, birey ne kadar diğer bireylere karşı özerkliğe sahipse, devlet de kendi ülkesi üzerinde egemenlik yetkisine sahiptir. Dolayısıyla özerklik ve egemenliğin birbirini desteklediği söylenebilir. (A)

Hukuk - şiddet ilişkisinin bir diğer boyutu devlet yetkilerinin kullanılması esnasında ortaya çıkar. Modern devletin güvenliği sağlama nedeniyle ortaya çıkmasıyla eş zamanlı olarak şiddet tekeli eline alması söz konusu olmuştur : zira özel alanın şiddetten arındırılması için devletin koyduğu kuralları uygulaması gerekmektedir ve devlet bunu örgütlü bir biçimde gerekirse zor kullanımı yoluyla yapmaktadır. (B)

Bununla birlikte, bir devleti anayasal devlet kılan husus, bu şiddet kullanma tekelinin anayasal sınırlara tabi olarak kullanılmasıdır. Anayasa bu sınırların neler olduğunu aşağıda anılacak olan farklı maddelerinde düzenlemiştir. Ancak bu noktada şu hususu hatırlamak gerekir: Anayasanın kendisi de bizi belli bir kriz ortamında yapılmış olabilir. Kurucu iktidar yetkisinin kullanımı da şiddete bağlı olarak ortaya çıkmış olabilir. (C)

Nihayet hukuk - şiddet ilişkisi anayasaların olağanüstü dönemlere ilişkin düzenlemeleri vasıtasıyla da okunabilir. (D)

A. Devletin Temellendirilmesi Açısından Şiddet

Aydınlanma düşünürlerinin büyük bölümü Devletin ortaya çıkışını şu ya da bu şekilde şiddetle ilişkilendirmiştir.

Hobbes'a göre, devlet, doğal halin acımasız ortamından kurtuluşu ifade eder. Yazarın bu sonuca varırken hareket ettiği temel fikir ise "eşitlik"tir. Hobbes doğanın insanları bedensel ve zihinsel bakımdan eşit yarattığını söylerken bunu iki yönde gerekçelendirmektedir¹: İnsanlar bedensel bakımdan eşittirler; zira en zayıf kişi, başkalarıyla birleşerek ya da gizli bir düzenle en güçlü kişiyi öldürebilir. İnsanlar zihinsel bakımdan da eşittirler²; zira "*basiret, eşit zamanın bütün insanlara eşit olarak bahşettiği ve insanların kendilerini eşit ölçüde verdikleri işlerde eşit ölçüde edindikleri deneyimden başka bir şey değildir*"³. Zihinsel eşitliğin en büyük kanıtı insanların kendi zekalarından

¹ Thomas Hobbes, *Leviathan*, YKY yay., Çev. Semih Lim, 4. Baskı, İstanbul 2004, ss. 92-93.

² Hatta yazara göre zihinsel yetenekler konusunda eşitlik, fiziki eşitliğe göre daha da güçlüdür, bkz. s. 92.

³ Hobbes, ss. 92-93.

memnun olmalarıdır; zira bir şeyin eşit pay edildiğinin en büyük kanıtı herkesin kendi payından memnun olmasıdır.⁴ Eşit olan insanlar birbirlerine en büyük kötülüğü yapabilirler : birbirlerini canına kastedebilirler.

Doğal halde eşitlik unsuru, ikinci bir unsurla tamamlanmaktadır: “şeylerin kısıtlılığı”.⁵ Eşit olan insanlar bazen aynı şeyleri arzularlar. Ancak bu “şeyler” sınırlı olduğu için savaş kaçınılmazdır.

Bu şekilde eşitlik, şeylerin kısıtlılığıyla birlikte insanların birbirlerine güvensizlik duymalarına neden olan objektif bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynı hedefe yönelen ve eşit durumda bulunan kişiler birbirlerini yok etmeye ve birbirleri üzerinde hakimiyet kurmaya çalışırlar. Güvensizlik ise savaşa neden olur:

“Herhangi bir kimsenin başkalarına olan güvensizliğinden kurtulması için, kendisi için tehlikeli olabilecek kadar büyük başka bir kuvvet kalmadığını görünceye kadar, cebren veya hileyle, olabildiği kadar çok insanı hakimiyeti altına almasından başka akla yatkın bir yol yoktur ve bu o kişinin kendi varlığını koruması için gerekli olanın ötesinde bir şey değildir ve buna genellikle cevaz verilir. Ayrıca, fetihler yoluyla güçlerini, güvenliklerinin gerekli kaldırılmasından daha fazla arttırmak isteyenler olduğu için; durum böyle olmasaydı mütevaazı sınırlar içerisinde kalmakla yetinecek olan başkaları istila yoluyla kendi güçlerini arttırmazlarsa **sadece savunma yaparak uzun zaman dayanamazlar. Bir insanın kendi varlığını korumak için başkaları üzerindeki hakimiyetini arttırması gerekir. Hepsinin korkutmaya yeterli bir güç olmadığı vakit**, insanlar arkadaşlıktan zevk almazlar, tersine bir hayli üzüntü duyarlar. Çünkü herkes, kendine biçtiği değer ölçüsünde arkadaşı tarafından değer görmek ister ve **hakir görme ve küçümsenme** belirtileri gördüğünde (...) başkalarından korkutma yoluyla daha büyük bir değer koparmaya çalışır”.⁶

Hobbes’un “hak anlayışı” da, bu eşitlik ve sınırlılık fikrinin üzerinde şekillenir. Doğal halde herkesin her şeye hakkı vardır : *ius in omnia*

Yazar *De Cive*’de hak anlayışı açısından şunları söylemektedir:

“Doğal **hakkın** birinci temeli şudur: her insanın özünde kendisini ve ailesini koruma çabası vardır. Şayet bir kişiye gerekli araçlara sahip olma

⁴ Hobbes, s. 93.

⁵ Norberto Bobbio, *Thomas Hobbes and The Natural Law Tradition*, Çev. Daniela Gobetti, University of Chicago Press, Chicago, London, 1993, s. 39.

⁶ Hobbes, ss. 93-94. (Vurgular bize ait)

*hakki verilmemişse, bu kişinin sonuca ulaşma hakkının bulunması da boşu- nadır. Herkesin kendini korumaya **haklı** olduğu için, yokluklarında ken- disini koruyamayacağı bütün araçları kullanma ve her şeyi yapma hakkı da bulunmalıdır (Sonuç hakkı araç hakkını da içerir)”.*⁷

Bobbio, Hobbes düşüncesindeki her şeye sahip olma hakkının iki şekilde yorumlanabileceğinden bahsetmektedir⁸: birinci yoruma göre, söz konusu hak, kendini korumak için her şeye sahip olabilme imkanını içerir. İkinci bir yoruma göre ise, bana ait olanla sana ait olanı ayırtetme kriterlerini içeren insan yasalarının (*civil law*) oluşturulmadığı yerde, her şeye sahip olma hakkının anlamı, herkesin kendi iktidar alanına düşen her şeye sahip olabilmesidir.

Hobbes düşüncesinde insanın, tutkularıyla hareket eden ve asosyal özellikleri sosyalliğine galebe çalan bir varlık olarak tasvir edildiğini görürüz.⁹ Buna göre, Yazar, insan doğasında savaşıma neden olan üç temel itkinin var olduğunu söylemektedir: rekabet, güvensizlik ve şan ve şöhrret:

*“Birincisi başka insanların kişiliklerine, karılarına, çocuklarına ve hayvanlarına egemen olmak için şiddet kullanır; ikincisi, kendilerini korumak için; üçüncüsü ise, kendi kişiliklerine yönelik olarak doğrudan doğruya veya hısmımları, arkadaşları, milletleri, meslekleri veya adları dolayısıyla (...) kü- çümsenmelere karşı şiddet kullanır”.*¹⁰

Hobbes, ancak, insanların hepsini korkutmaya yeterli bir güç olarak gördüğü devletle savaş halinin önüne geçilebileceğini söyler: Egemenle. Devletin olmadığı yerde herkes herkesle savaş halindedir. Ancak buradaki doğal hal tasvirinin sadece uygarlaşma sürecinin öncesini anlatmadığını, Hobbes hemen tüm eserlerinde belirtir. Doğal hal ve buna bağlı olarak savaş ve savaş tehdidi üç şekilde ortaya çıkmaktadı- r¹¹: (i) ilkel toplumlarda (bu kapsamda hala Amerika’nın belli bölgelerinde yaşa- yan çağdaş yaban toplulukların yanında, antik topluluklar da anlatılmaktadır); (ii) iç savaş durumunda (bu varsayımda varolan devlet çeşitli nedenlerle dağılmıştır); (iii)

⁷ **Hobbes**, *De Cive (English Version)*, The Clarendon Edition of The Philosophical Works of Thomas Hobbes, Vol. III, Oxford University Press, ed. by Howard Warrender, 1984, s. 47.

⁸ **Bobbio**, *Thomas Hobbes and The Natural Law Tradition*, s. 39.

⁹ Doğal hukukçuların Hobbes’a yönelttiği en büyük eleştiriler de bu eksenle ortaya çıkacaktır. Örneğin Pufendorf, Hobbes’u doğal hali eksik tanımlamakla eleştirmiştir. Yazara göre Hobbes, doğal hali sadece fiziki özellikleriyle tanımlamış ve ahlaki özelliklerini yadsımıştır. Ayrıca yine Pufendorf’a göre, doğal hale hukuki sonuçlar bağlamak da hatalıdır. Bkz. **Daniel Shulthess**, “Modes et modalités dans le système de droit naturel de Samuel Pufendorf”, *Liber Amicorum Pascal Engel*, s. 887, <https://www.unige.ch/lettres/philo/publications/engel/liberamicorum/schulthess.pdf>, (01.12.2015).

¹⁰ **Hobbes**, *Leviathan*, s. 94.

¹¹ **Bobbio**, ss. 41-42.

uluslararası toplumda (devletler arasındaki ilişkiler paylaşılmış bir iktidar tarafından düzenlenmemektedir). Bobbio bu durumları sırasıyla, siyasi toplum öncesi durum, siyasi toplum karşıtı durum ve siyasi topluluklar arası durum olarak adlandırmaktadır.¹²

Dolayısıyla Hobbes düşüncesinde şiddet, devletin olmadığı ya da zayıfladığı her durumda bulunduğu için, devlet-şiddet karşıtlığından bahsetmek mümkündür.

Buna karşılık Locke'un "doğal hal"i, Hobbes'un aksine tam bir özgürlük ve eşitlik mekanıdır.¹³ Locke düşüncesinde doğal hal, zorunlu olarak savaş hali değildir. Hatta Locke ikisi arasındaki ilişkiyi açıklamaya, bu iki hali birbirinden tamamen ayırarak başlar:

"Burada bazıları birbirlere son derece farklı ve uzak durumlar olmasına rağmen karıştırdıkları doğal halle savaş hali arasındaki farkları ortaya çıkıyor: bu farklılıklar, barış, iyiniyet, karşılıklı yardımlaşma ve koruma durumuyla, düşmanlık, kötülük, şiddet ve karşılıklı yok etme durumlarıdır. İnsanlar, dünya üzerinde aralarındaki uyuşmazlıkları yargılama gücüne sahip herhangi bir üstleri olmaksızın akla uygun olarak beraberce yaşadıklarında tam olarak doğal halde bulunmaktadır. Buna karşılık, bir insanın diğerine karşı şiddet ya da şiddet niyeti göstermesi, dünya üzerinde başvurabilecek hiçbir ortak üstlerinin bulunmadığı durumda savaş halini üretmektedir. Saldırganı yargılayabilecek bir yargıcin bulunmadığı durumda, kişi, aynı toplumun üyeleri ya da aynı ülkenin vatandaşı olsalar dahi saldırganla savaşma hakkına sahiptir".¹⁴

Görüldüğü gibi Locke'un doğal halinde yargılama yetkisini de bireyler bizzat kullanmaktadır, ama bunun sonucu da yine savaştır:

"Böyle olunca, kendi çıkarını korumak için karşısındakini suçlayan, onu yargılayan bu insan, kin, nefret, intikam gibi çeşitli duyguların etkisi altında kalacak, dolayısıyla adil biçimde cezalandırma hakkını kullanması hem çok zor olacak, hem de adaleti zedeleyecektir".¹⁵

Görüldüğü gibi doğal halde insanlar akla uygun biçimde yaşayabilirler; aralarındaki uyuşmazlıkları çözmek üzere kendilerinin üstünde bir güç yoktur. Savaş hali

¹² Bobbio, ss. 41-42.

¹³ John Locke, *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, Yale University Press, ed. by Ian Shapiro, New Haven London, 2003, s. 101.

¹⁴ Locke, s. 108.

¹⁵ Mehmet Akad/Bihterin Vural Dinçkol/Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, Der yay., 10. Baskı, İstanbul 2014, ss. 129-130.

ise şiddet kullanımının doğal hali bozmasıyla meydana gelir. Ancak savaş bir kere başladığında bunu durdurmanın tek yolu siyasi iktidarın oluşturulmasıdır.

Locke'da mülkiyet sahibi bireylerin önce kural koyan yasama erki yoluyla birbirlerine karşı, sonra da bireylerin oluşturduğu siyasal toplumun bir bütün olarak, savaşa ve barışa karar veren yürütme erki yoluyla, diğer egemen devletlere karşı korunması söz konusudur.¹⁶ Locke yürütme erki üzerinden, bireyle bir bütün olarak siyasal toplum arasında özdeşlik kurmaktadır: Tuck'ın Locke'u yorumlayış biçimine göre, yürütme kimin düşman olduğuna, başka bir deyişle kimin öldürülmesi gerektiğine orijinal savaş halinde bireyin verdiği şekilde karar vermektedir.¹⁷ Yine yazara göre Locke düşüncesinde egemen devletin sahip olduğu ayrıcalık, politik yapının şiddet üzerine temellendiğinin sürekli hatırlatıcısıdır.¹⁸ Şayet yasama organı sosyal ilişkileri düzenleme ve bu surette bireyleri birbirlerine karşı koruyarak şiddeti insan bünyesinden atma amacını temsil ediyorsa; yürütme organı da gerektiğinde şiddete şiddetle cevap veren ve kendi güvenliğini sağlamak için öldüren bireyin temel özerkliğinin yansımasıdır.¹⁹

Görüldüğü gibi, Locke'da erkler ayrılığına sebebiyet veren temel husus, yine önce insanların birbirlerine karşı, ardından da bir devletin diğer devletlere karşı şiddetten korunmasıdır.

Montesquieu, Hobbes ve Locke'ta kendisini gösteren egemenlik/özerklik benzerliğini kabul etmekle birlikte; devletin insani ilişkilerden çok korkuyla yönetildiğini ifade etmektedir.²⁰ Montesquieu'nün siyasi erki düşünüş biçimi de kendisinden önce Locke'da gördüğümüz erkler ayrılığından farklılaşacaktır. Hatırlanacağı gibi Locke yasama ve yürütmeyi birbirinden ayırdederken, yasamaya kural koyma ve bu surette bireyleri birbirlerine karşı koruma işlevlerini vermişken; yürütme organına dış ilişkiler alanını, başka bir deyişle savaşa ve barışa karar verme yetkisini vermişti. Oysa Montesquieu yürütmece kontrol edilen dışsal alanla, yasama tarafından kontrol edilen içsel alanı birbirinden kesin bir biçimde ayırmanın mümkün olmadığını söyleyecektir.²¹

¹⁶ David Bates, "Constitutional Violence", *Journal of Law and Society*, Vol. 34, N.1, March 2007, s. 20.

¹⁷ Bates, s. 20. Aslında Bates de bu görüşünü Richard Tuck'a dayandırıyor. Bkz. Richard Tuck, *The Rights of War and Peace, Political Thought and The International Order From Grotius to Kant*, Oxford University Press, Oxford New York, 2002.

¹⁸ Bates, s. 21.

¹⁹ Bates, s. 21.

²⁰ Tuck, s. 186.

²¹ Bates, s. 23.

“İnsanlar toplum halinde yaşamaya başlar başlamaz zayıflık duygularını yitirirler: aralarındaki önceden varolan eşitlik yok olur, savaş hali başlar.

Her özel toplum, kendi gücünün farkına varır; bu da milletlerarasında savaş durumunu meydana getirir. Her toplumda kişiler, kendi güçlerinin farkına varmaya başlarlar: toplumun sağlayacağı başlıca menfaatleri kendilerinden yana çevirmeye çalışırlar; bu da bu kişiler arasında savaş durumunu meydana getirir.

Bu iki çeşit savaş durumu, insanlar arasında kanunların yerleşmesine sebep olur. Böyle, bu kadar büyük bir gezegende oturdıklarına göre yeryüzünde çeşitli toplumların bulunması gerektiğini düşünen insanlar, bu toplumların aralarındaki bağları düzenlemek için kanunlar ortaya atmışlar: böylece Devletler Hukuku meydana gelmiş. Devam ettirilmesi gereken bir toplumda yaşadıklarını gözönünde bulunduran insanlar, yönetenlerle yönetilenler arasındaki bağları düzenleyecek kanunlar yapmışlar; böylece Siyasi Hukuk meydana gelmiş. Bütün vatandaşlar arasındaki bağları düzenlemek için de kanunlar meydana getirmişler; adına da Medeni Hukuk demişler.”²²

Görüldüğü gibi Montesquieu’de şiddet sosyallikle ilintilendirilmiştir ve iki boyutlu olarak kendisini gösterir. Gerek içsel alanla ilgili olsun, gerekse dışsal alanla ilgili olsun şiddet hukuka bağlanmıştır.

Rousseau şiddete karşı korunmanın yolunun siyasi birlikten geçtiğini söyleyecektir.

“İnsanoğlunun gelişiminde öyle bir aşamaya gelineceğini varsayalım ki doğal halde kişinin kendisini koruması önündeki engeller, bu halde kalabilmek için sarf etmesi gereken güçten büyük olsun. Bu durumda orijinal durumun sürdürülmesi mümkün olmaz ve şayet varoluş biçimini değiştirmezse insan ırkı yok olur.

Oysa insanlar yeni güçler üretemeyip sadece mevcut olan güçleri birleştirip bunları yönetebildiklerinden, kendilerini korumak için ellerinde hala sahip oldukları tek araç, birleşme yoluyla bir güç birliği yaratmak, bunun kullanımını tek itkiyle yönetmek ve birlikte hareket etmelerini sağlamaktır.”²³

²² Charles-Louis de Secondat, Baron de Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, (Çev: Şevki Özbilen) Seçkin yay., I. Cilt, Ankara 2014, s. 52.

²³ Jean-Jacques Rousseau, *Le Contrat social ou principe du droit politique*, Chez Gerard Fleischer, Leipzig 1796, s. 29.

Başka bir deyişle, kişinin doğal halde yaşamasına engel durumlar ortaya çıktığında, insanlar tarafından karşı-güçler yaratılmalıdır. Doğal halde yaşamak imkansız hale geldiğinde ancak *kurulmuş bir toplum* insanın yaşayabileceği çevreyi oluşturur.²⁴ İnsanlar arasında bir güç birliği yaratılmalıdır. Rousseau buradan yola çıkarak da genel irade kavramına ulaşacaktır.

Rousseau, kişinin varlığının başkasının refahıyla ya da yaşamıyla tezat içerdiğini anlamasıyla kendini korumak, başkasını yok etmek için giriştiği faaliyeti savaş olarak tanımlar:

“İşler, akıl sahibi olan insanın kendi varlığının, başkasının sadece refahıyla değil aynı zamanda varoluşuyla çeliştiğine ikna olduğu noktaya geldiğinde, kişi diğerinin yaşamına karşı silahlarını kuşanır; kendisini koruma isteğiyle karşısındakini yok etmeye çalışır. Birinin diğerini yok etme yönündeki açık arzusu ve bundan doğan tüm eylemler iki düşman arasında savaş adı verilen ilişkiyi meydana getirir”.²⁵

Dolayısıyla aydınlanma düşünürleri şiddeti devletin ürettiği hukuktan tamamen farklı ve hatta ona zıt bir kavram olarak ele almışlardır. Günümüzde de bu anlayış şu ya da bu şekilde temel hukuk kitaplarında yer alır: Devletin temel kuruluş nedeni güvenliğin sağlanmasıdır; devletin ürettiği hukuk keyfiyetten uzak biçimde herkese uygulanır; bu surette hukukun güçlü olanın değil, herkesin hukuku olması sağlanır; hukuk insanlar arasında barışın tesisine hizmet eder.²⁶

Ancak bu bakış açısı madalyonun bir yüzünü oluşturur ve diğer yüzüyle, başka bir deyişle hukukun da uygulanabilmek için güce ihtiyaç duyduğu gerçeğiyle bir bütün teşkil eder.

B. Egemenlik Yetkisinin Kullanımı Açısından Şiddet

Devlet toplumu şiddetten arındırmaya yönelmiştir. Bu arındırma ise egemenlik yetkisinin kullanımıyla gerçekleşmektedir. Devlet, sahibi olduğu egemenlik yetkisiyle kural koymakta ve bu kurallara uyulmasını gerekirse zor kullanarak sağlamaktadır.²⁷

²⁴ Emile Durkheim, *Montesquieu and Rousseau: Forerunners of Sociology*, University of Michigan Press, 1965, s. 92.

²⁵ Bates, s. 29.

²⁶ Michel Mialle, “Le droit-violence”, *Déviance et société*, 1980, Vol. 4, N°2, s. 168, http://www.persee.fr/doc/ds_0378-7931_1980_num_4_2_1045 (16.10.2015).

²⁷ Anayasanın uygulanışında klasik olarak görülen mahkeme kararlarının yerine getirilmesi ya da güvenlik tedbirleri dışında zımni şiddet öğeleri olduğunu iddia eden değişik bir inceleme olarak bkz. Antoni Abat i Ninet, *Constitutional Violence, Legitimacy, Democracy and Human Rights*, Edinburgh University Press, Edinburgh 2013.

Nitekim Weber modern devleti, sosyolojik olarak fiziki güç ve şiddet kullanımıyla tanımlamaktadır:

“Trotsky Brest-Litovsk’da ‘Bütün devletler güç ve şiddet üstüne bina edilmiştir’ demişti. Gerçekten haklıdır. Şiddet kullanmasını bilen sosyal kurumlar olmasaydı devlet kavramı ortadan kalkar, sözcüğün tam anlamıyla anarşi denilen bir ortam doğardı. **Elbette şiddet, devletin olağan ya da tek aracı değildir -zaten kimse bunu söylemiyor- ama şiddet kullanımı devlete özgü bir araçtır.** Bugün devlet ve şiddet ilişkisi özellikle yakın bir ilişki haline gelmiştir, geçmişte çok çeşitli kurumlar -”sib”le başlayarak- fiziksel şiddet kullanımını oldukça normal saymışlardır. Ama bugün şunu kabul etmek zorundayız: **Devlet, belli bir arazi içinde fiziksel şiddetin meşru kullanımını tekelinde (başarıyla) bulunduran insan topluluğudur.** ‘Arazi’nin devletin özelliklerinden biri olduğuna dikkat edilmelidir. Ayrıca, bugün, fiziksel şiddet kullanma hakkı başka kurumlara ya da bireylere yalnızca devletin izin verdiği ölçüde tanınmaktadır. Devlet, şiddet kullanma ‘hakkı’nın tek kaynağı kabul edilmektedir. Böylece, ‘siyasetin bizim için anlamı, devletler arasında ya da devlet içindeki gruplar arasında gücü paylaşmaya ya da gücün dağılımını etkilemeye çalışmak’ olarak belirmektedir”.²⁸

Görüldüğü gibi Weber özel alanı şiddetten arındırmanın yolunun tam olarak bireylerin hepsinin üzerinde bir siyasal gücün yaratılmasından ve şiddetin de bu gücün araçlarından sadece biri olmasından geçtiğini ifade etmektedir. Sınırları belli bir coğrafi alanda devlet kapsayıcı bir biçimde egemenliğini gerçekleştirmektedir. Bodin bu kapsayıcı üstünlüğe bir nitelik daha eklemiştir: süreklilik.²⁹ Şiddetin bu şekilde politik toplumun kurumsal düzeninde tekelleşmesi, modern devletin gelişiminin bir sonucudur.³⁰ Eskiden özel kişilerin elinde bulunan hizmetlerin kurumsallaşarak devlet elinde toplanması, şiddetin de tekelleşmesine neden olmuştur. Aynı şekilde egemenliğin sürekliliği, fiziksel şiddetin devamı için gerekli maddi araçların sürekli denetlenmesine bağlıdır.³¹ Aksi takdirde egemenlik ortadan kalkabilir.

Kelsen, devletin güç kullanımıyla basit bir çetenin güç kullanımı arasındaki farkı açıklarken devletin güç kullanma yetkisini temel yasadan aldığını söyleyecektir.³²

²⁸ Max Weber, *Sosyoloji Yazıları*, İletişim yay., Çev. Taha Parla, 1. baskı, İstanbul 1996, s.132-133.

²⁹ Norberto Bobbio, “Le Pouvoir et le droit”, s. 22, http://www.fondation-veillon.ch/data/documents/plaquette_1981_norberto_bobbio.pdf (02.12.2015)

³⁰ Max Weber, *Economy and Society*, ed. by Guenther Roth-Claus Wittich, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 1978, ss. 904-905.

³¹ Weber, *Sosyoloji Yazıları*, s. 135.

³² Bobbio, “Le Pouvoir et le droit”, s. 23.

Modern devletlerde anayasalar devletin şiddet kullanımının hem kaynağını hem de bunun sınırını oluşturmaktadır.

C. Şiddetin Sonucu ve Sınırı Olarak Anayasa

Anayasaların şiddetle ilişkisi birkaç şekilde kurulabilir. Öncelikle anayasaların yapılması şiddet açısından ele alınabilir. Ülkelerin siyasal sistemlerinin tıkanma içine girdiği durumlarda ya da savaş sonrasının³³ veya uluslararası konjonktürün zorladığı anlarda³⁴, çoğu zaman bir kurtarıcı olarak görülen anayasaların baştan yapıldığı ya da mevcut anayasalarda köklü değişiklikler yapıldığını görülür.³⁵

Klasik anayasa hukuku öğretisinde kurucu iktidar ve kurulu iktidar ayrımı bu açıdan özellikle önem taşır. Kurucu iktidar kavramının ortaya çıkışında da yukarıda anılan sözleşmecilerin büyük bir etkisi olmuştur. Aslında Hobbes'da ve Locke'da normatif işlev dendiği zaman yasama organı akla gelir. Anayasanın klasik yasalarından ayrılmasıysa daha sonra gerçekleşmiştir. Kurucu iktidar / kurulu iktidar ayrımı sosyal sözleşme kuramının yeniden uyarlanmasıyla ortaya çıkmıştır: devlet organları kurulduğunda yönetenlerle yönetilenler arasında iki tarafın karşılıklı yükümlülükler üstlendiği bir sözleşme yapılı (Prens in güvenliği sağlama, tabiyetinde bulunanların da itaat etme yükümlülüğü).³⁶ Pimentel, sözleşmeye uymama halinde Locke'un öngördüğü direnme hakkının yeni bir görünümünün, kurucu iktidar kavramının ortaya çıkmasına temel hazırladığı görüşündedir. Yazar kamu güçlerinin üstünde hukuki olarak bağlayıcı bir anayasa kavramını ilk dile getiren kişinin Bolingbroke olduğunu belirtmektedir.³⁷ Bolingbroke anayasanın, milletle temsilcileri arasında olduğu gibi, prensle halk arasında şarta bağlı bir sözleşme olduğunu belirletmekte ve şunu ifade etmektedir:

³³ Almanya ve Japonya örnekleri bu kapsamda ilk akla gelen örnekler sayılabilir. II. Dünya Savaşı sonrası anayasacılığı, Avrupa'ya özellikle Anayasa yargısının rolünün pekişmesi ve temel haklar alanında uluslararasılaşmanın gelişmesi anlamında yansımıştır.

³⁴ Berlin duvarının yıkılmasının ardından eski Doğu Bloku ülkelerindeki anayasacılık hareketleri, 90'lı yılların başında dünya anayasacılığında hem kurucu iktidar yetkisinin kullanılmasında uluslararası etkiler açısından, hem de karşılaştırmalı anayasa hukukunun gelişimi açısından önemli bir yere sahiptir.

³⁵ Ülkemizdeki anayasal hareket üzerinde de bu olağanüstü koşullar oldukça belirleyici olmuştur: 1876 Kanuni Esasi Tersane konferansının toplandığı gün ilan edilmiş; 1909 anayasa değişiklikleri II. Meşrutiyet ve 31 Mart Ayaklanmasının ardından gerçekleşmiş; 1921 Anayasası savaş döneminde ve bu dönemde ülkenin temel kurumlarını belirlemek için yapılmış; 1961 ve 1982 Anayasalarıysa askeri müdahalelerin ardından sıkıyönetim dönemlerinde yapılmıştır.

³⁶ Carlos-Miguel Pimentel, "Du contrat social à la norme suprême: l'invention du pouvoir constituant, *Jus politicum*, N.3, 2009, ss. 12-13, <http://juspoliticum.com/article/Du-contrat-social-a-la-norme-supreme-l-invention-du-pouvoir-constituant-145.html> (01.02.2016)

³⁷ Pimentel, s. 13.

“Şayet parlamentodaki iki meclis hükümdar lehine haklarından feragat etme saçmalığına kapılırsa, bundan böyle milletin bütünüünün yüce yasa-ma iktidarına direnme hakkına sahip olacağı açıktır”.³⁸

Pimentel, Bolingbroke’la birlikte Prensle halk arasında kurulan hükümet sözleşmesinin retorik hale geldiğini; başka bir deyişle, kamu güçlerini bağlamak için var olduğunu, bir kere bu bağ oluşturulduğunda, sözleşmenin bireyler arasında bir birleşme sözleşmesi haline dönüştüğünü ifade etmektedir:

“Şayet anayasa gerçekten işlemez kılınırsa, halk anayasayı yeniden yürürlüğe koymak ya da yeniden yapmak şeklindeki başlangıçtaki doğal hakkına sahip olur”.³⁹

Görüldüğü gibi kurucu iktidarın ortaya çıkışında direnme hakkı belirleyici kavramlardan biri olmuştur. Üstelik kurucu iktidarın sınırları da belirsizdir. Ancak bir kere anayasa kabul edildiği zaman, onunla birlikte bir hukuk düzeninin kurulduğu, bu düzen içerisinde devlet organlarının da kendilerine verilen yetkiler çerçevesinde hareket ettiği, bu yetkilerin yer yer şiddet kullanımını da içerdiği görülür. Buradaki şiddet kullanımı, ya geniş anlamda *kamu düzeni* gerekçesiyle ya da bir *yaptırım hükmünün uygulanması amacıyla gerçekleştiriliyor olabilir*.

Bu açıdan Anayasanın 18. maddesindeki “zorla çalıştırma ve angarya yasağı” ve 19. maddesindeki “kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı”, devletin bireyler üzerindeki güç kullanımının anayasadaki tipik örnekleri olduğu için özellikle anılabilir. Ancak anayasanın özelliği bir yandan bu güç kullanımını düzenlerken, aynı zamanda kullanımın sınırlarını da çizmesidir.

Anayasanın 18. maddesinin ilk fıkrasında zorla çalıştırma yasaklanmış, bununla birlikte ikinci fıkrada zorla çalıştırma sayılmayacak haller sayılmıştır:

“Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kaldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz”.

Anayasa Mahkemesi de “angarya”yı “bir maldan ya da bir kişinin çalışmasından karşılıksız yararlanma” olarak tanımlamış; “zorla çalıştırma”nın tanımında ise uluslararası sözleşmelerden yararlanmıştır:

³⁸ Aktaran Pimentel, s. 13.

³⁹ Aktaran Pimentel, s. 13.

“Anayasa’da ‘zorla çalıştırma’ yasaklanmakla birlikte bu kavramın tanımı yapılmamıştır. Bu kavramın tanımı ve içeriği belirlenirken, temel insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerden ve ilgili uluslararası otoritelerin yorum ve uygulamalarından yararlanılabilir. Zorla çalıştırma yasağına ilişkin uluslararası kurallar, 29 Numaralı Cebri ve Mecburi Çalıştırmaya İlişkin ILO Sözleşmesi’nde düzenlenmiştir. Anılan Sözleşme’nin 2. maddesinde yapılan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 4. maddesinde yer alan zorla çalıştırma yasağının kapsamının belirlenmesinde esas alınan tanıma göre, **zorla çalıştırma, ‘herhangi bir kişinin ceza tehdidi altında ve bu kişinin tam isteği olmadan mecbur edildiği tüm iş veya hizmetleri’** ifade etmektedir. Buna göre, zorla çalıştırmadan söz edilebilmesi için, kişinin ceza tehdidi altında ve rızası bulunmaksızın çalıştırılması gerekmektedir”.⁴⁰

Anayasa 19. maddesinde de kişilerin anayasada gösterilen herhangi bir nedene dayanmaksızın ve anayasanın öngördüğü şartlar dışında yakalanmalarını⁴¹ ya da tutuklanmalarını yasaklamıştır. Anayasaya göre kişi özgürlüğü ve güvenliği kural, buna getirilecek sınırlandırmalar istisnadır. Mutlaka yasaya dayanması gerekir. Ayrıca bir tutmanın kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale sayılması için sadece resmi bir kurum olması gerekmez; ev hapsi, oda hapsi, yabancıların tutulduğu kabul ve barınma merkezleri, transit geçiş bölgelerindeki tutulmalar ya da özel hastanelerdeki tutulmalar da bu kapsama dahildir.⁴² Anayasa Mahkemesi bu hakkı şu şekilde tanımlamaktadır:

“Anayasa’nın 19. maddesi kişi özgürlüğünü ve güvenliğini korumaya yönelik hükümleri içermektedir. Madde, sadece keyfi yakalama ve tutuklamaya karşı bir güvenceden ibaret olmayıp, kişiye dilediği gibi karar verip hareket edebilme olanağı sağlayan özgürlükler alanını kapsamakta ve bir

⁴⁰ AYMK, E. 2011/150, K. 2013/30, K.T.: 14.02.2013, R.G.: 25.06.2013-28688. (vurgular bize ait)

⁴¹ Anayasa Mahkemesi yakalamayı şu şekilde tanımlamaktadır: “Yakalama, kişi özgürlüğünün yargıç kararına dayalı olması zorunluluğu aranmaksızın geçici olarak ve genellikle tutuklama amacıyla polis tarafından kısıtlanmalıdır. 1982 Anayasasında yakalama kavramına klasik anlayıştan daha kapsamlı bir içerik kazandırılmış, suç olmayan durumlar için de toplumsal savunma amacıyla yakalanma olanağı sağlanmıştır. (...) Hangi tür yükümlülüklerin yakalamaya neden olacağı bu kurumun niteliğinden çıkarılmalıdır. Yakalama bir yaptırım değil, belli bir yaptırımın ya da sağlık veya güvenlik önleminin uygulanmasına olanak sağlayan bir kurum, kişinin el altında bulundurulması zorunlu durumlar için kaçınılmaz bir önlemdir. Şu halde ancak tanıklık görevi, askerlik görevi gibi mutlak olarak kişinin fiziki varlığını gerektiren yasal yükümlülükler söz konusu ise ilgilinin yakalanması yoluna gidilebilir. Yakalamayı gerektiren durumların tek tek sayıldığı bir Anayasa yükümlülük kavramının geniş biçimde yorumlanmasına olanak tanımaz”. Bkz. AYMK, E. 1985/8, K. 1986/27, K.T.: 26.11.1986, R.G.: 14.08.1987-19544.

⁴² Ulaş Karan, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, 1. baskı (Şen Matbaa), Ankara 2013, s. 181-182.

*kimsenin başkasına zarar vermeden, vücut ve hareket serbestisine sahip olması, dilediği gibi dolaşabilmesi ve yasayla belirlenen ve sınırlanan durumlar dışında hareket ve gidip-gelme özgürlüğünden yoksun bırakılamamasını ifade etmektedir”.*⁴³

Ayrıca yine Anayasa Mahkemesine göre devlete kişi özgürlüğü ve güvenliği alanında yüklenen özel bazı yükümlülükler vardır :

*“Anayasa’nın 19. maddesinde ‘Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir’ denilmiş ve maddede sayılan istisnalar dışında kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılamayacağı vurgulanmıştır. Kişi hürriyeti, herkesin genel olarak faydalanması gereken temel haklardandır. Bundan mahrumiyet, diğer bazı temel hak ve özgürlüklerin kullanımını doğrudan ve olumsuz etkiler. Hukuka aykırı olarak hürriyetinden yoksun bırakılan kişinin bu durumdan bir an önce kurtarılması için gerekli ve etkili tedbirlerle, bu ihlallerin tekrarını önlemek bakımından caydırıcı yasal düzenlemeleri yapmak devletin pozitif yükümlülüklerindendir”.*⁴⁴

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi kişi özgürlüğünün diğer hak ve özgürlüklerle olan doğrudan ilişkisini göz önünde bulundurarak, Devlete hukuka aykırı biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler hakkında etkili önlem alma yükümlülüğünü hatırlatmaktadır. Ayrıca kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilişkin müdahaleler sadece 19. maddenin belirttiği şartlara değil; aynı zamanda Anayasanın 13. maddesindeki genel koruma hükmüne de uygun olmak zorundadır.⁴⁵

Görüldüğü üzere, Anayasa bir yandan kişilere dönük olarak Devletin ne tür eylem ve işlemlerde bulunabileceğini göstermiş; bununla birlikte bu işlem ve eylemlerin tabi olduğu şartları da düzenlemiştir. Ayrıca bu şartlara riayet edilip edilmediğini “insan haklarına saygılı (...) hukuk devleti” (Any., md. 2) ifadesinin bir gereği olarak anayasa yargısıyla (Any., md. 146 ila 153) güvence altına almıştır.

⁴³ AYMK, E. 2000/82, K. 2002/193, K.T.: 26.11.2002, R.G.: 26.02.2003-25032.

⁴⁴ AYMK, E. 2009/6, K. 2010/19, K.T.: 28.01.2010, R.G.: 18.05.2010-27585. (Vurgular bize ait)

⁴⁵ AYMK, E. 2012/100, K. 2013/84, K.T.: 4.07.2013, R.G.: 2.08.2013-28726: “Öte yandan, özgürlük ve güvenlik hakkının sınırlandırılabilmesi için Anayasa’nın 19. maddesinde belirtilen koşulların yanı sıra temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa’nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, Anayasa’nın 19. maddesinde belirtilen nedenlere bağlı olarak, kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Ancak getirilen bu sınırlamalar hakkın özüne dokunamayacağı gibi, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine de aykırı olamaz”.

D. Olağanüstü Yönetim Usullerini Düzenleyen Metin Olarak Anayasa

Hukuk - şiddet ilişkisinde, devletin olağanüstü yönetim usullerine ilişkin sahip olduğu yetkiler ve bunun düzenleniş şekli üzerinde de durulmalıdır. Zira olağanüstü yönetim usulleri, devletlerin olağan dönemdeki hukuki araçlarla baş edilemeyen, halkın yaşamına dönük tehditleri ortadan kaldırmaya yönelik hukuki mekanizmaların bütünü olarak karşımıza çıkmaktadır. Olağanüstü yönetim usulleri ve bu kapsamda devlet organlarının yetki dağılımı o kadar önemlidir ki, bazı yazarlar tarafından egemenlik yetkisinin tanımlanmasında da kullanılmıştır. Carl Schmitt, egemeni “*olağanüstü dönemlerde karar verme yetkisine sahip olan*” kişi olarak tanımlar.⁴⁶

Klasik olarak olağanüstü yönetimler savaş ve seferberlik hallerinde sıkıyönetim durumlarında uygulanan yöntemler olarak ortaya çıkmıştır. Anayasa’da da üç ayrı olağanüstü yönetim usulü öngörülmüştür.⁴⁷

Olağanüstü hallerin en önemli gerekçesi güvenliğin tesisi ve milletin yaşamına yönelik tehdidin bertaraf edilmesidir. Anayasa hukuku açısından olağanüstü dönemlerin zorluğu bu dönemlere bir kez geçildikten sonra anayasal güvencelerin “kısmen ya da tamamen” (Any., md. 15) ortadan kaldırılabilmesidir. Dolayısıyla bu rejimlere ilişkin olarak anayasanın öngörmüş olduğu “hukuki güvenlik” ve “ölçülülük” gibi ilkelere riayet edilip edilmediğinin denetimi açısından ciddi sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Zira bir kez olağan hukuk düzeninin dışına çıkıldığında keyfiyetin önüne geçilmesi zorlaşmaktadır. Aslında olağanüstü yönetimler yöneticiler ve özellikle bu

⁴⁶ Carl Schmitt, *Political Theology - Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, çev: George Schwab, The MIT Press, Cambridge Massachusetts, and London, England 1985, s. 5.

⁴⁷ Bkz. Oya Boyar, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, 1. baskı (Şen Matbaa), Ankara 2013, ss. 102-103: “1982 Anayasası olağanüstü yönetim usullerini üç ayrı başlık altında düzenlemiştir. Anayasanın 119. maddesi ‘tabii afet ve ağır ekonomik bunalım nedeniyle olağanüstü hal’i düzenlemekte; 120. maddesi ‘şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması’nu olağanüstü hal nedeni saymakta; 122. maddesi ise ‘sıkıyönetim’ halini düzenlemektedir. Her üç rejimin yürürlüğe konması için de cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunun kararı aranmış; yine her üç rejim döneminde de cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kuruluna olağanüstü yönetimin gerekli olduğu konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmiştir. Bu üç olağanüstü yönetim usulüne ilişkin diğer bir ortak husus da, söz konusu rejimlere geçiş ilişkin kararın Resmi Gazetede yayımının ardından Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulmasıdır. Meclis olağanüstü yönetim usulünü kaldıracak gibi, süresini kısaltıp uzatabilir. Dolayısıyla Anayasamızın sistematigine göre olağanüstü rejimlere geçiş birbirini tamamlayan iki işlemden oluşmaktadır: cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunun olağanüstü yönetimin ilanı kararı ve TBMM’nin olağanüstü yönetim ilanını onama kararı. Öğretide bu iki işlemin yargısal denetime tabi olup olmadığı tartışılmış, her iki yönde de görüş belirtilmiştir. 1961 Anayasası döneminde Danıştay, olağanüstü rejimin ilanı kararının yasama tarafından onaylanmakla yasama tasarrufu haline dönüştüğü gerekçeyle bu işlemlerden ilkinin denetlemekten kaçınmıştır. Anayasa Mahkemesi ise bu konuda 1961 Anayasası döneminde benimsediği tavrı, 1982 Anayasası döneminde de sürdürmüştü; TBMM’nin savaş haline ve silahlı kuvvetler kullanıma izin verilmesine ilişkin yetki kullanımını Meclis kararı niteliğinde kabul ederek, denetlemekten imtina etmiştir”.

rejimlere geçmeye karar veren siyasetçiler açısından zordur: çünkü bir yandan olağan dönem araçlarıyla sorunlarla baş edemediklerini kabul etmiş olurlar; diğer yandan kendilerine bağlı çalışanlar üzerindeki kontrol yetkileri zayıflayabilir. Bu dönemlerde Devlet organlarının takdir yetkileri olağanüstü durumun gereklerine paralel olarak artmakta, kuşkusuz bu olanak da gücün kötüye kullanılmasını kolaylaştırmaktadır.⁴⁸

Bununla birlikte, günümüzde özellikle silah ve istihbarat teknolojisinin geldiği boyutla örgütlü yerel ve uluslararası terörün gösterdiği yayılım artık olağan hukuk / olağanüstü hukuk ayrımını da tartışılan hale getirmiştir. Hatta bu nedenle Rosenfeld gibi olağan / olağanüstü hukuk (ya da kriz hukuku) ayrımı yerine üçlü ayrım öneren yazarlar da vardır. Rosenfeld bu iki uçlu ayrım yerine, olağan hukukla olağanüstü hukuk ya da kriz hukuku arasına üçüncü bir kategoriye “*stres hukuku*”nu da dahil etmeyi önermektedir.⁴⁹ Yazar stres hukukunu yoğunluk, ağırlık ve süre bakımından olağanüstü hukuktan ayırır ve bu dönemlerde dikkate alınacak öğelerin değiştiğinden bahseder. Örneğin süre, stres hukukunda, kriz hukukuna nazaran daha uzundur; bununla birlikte alınabilecek önlemler kriz hukukunda daha ağırlaşabilmektedir. Rosenfeld, stres dönemlerini orta güvenceli dönemler olarak görmekle birlikte; bu dönemde alınabilecek önlemlerin değiştiğini; ancak bu değişimin olağan döneme göre zorunlu olarak sınırlandırmaların ağırlaşması anlamına gelmediğini belirtmektedir.⁵⁰

Aynı şekilde Ackerman da klasik olağanüstü hal düzenlemelerini günümüzdeki terörist saldırıların ayırdedici özellikleriyle baş edebilecek nitelikte görmez. Örneğin, Fransa’da V. Cumhuriyet Anayasasının 16. maddesinde yer alan olağanüstü hallerle ilişkin düzenlemeyi⁵¹, 21. yüzyılın olgun demokrasileri için terörist saldırılara karşı uygun bir model olarak değerlendirmez; zira 16. madde daha varoluşsal tehditler için geçerli olabilecek bir maddedir ve isteyecekleri son şey, başkanı gerekli gördüğü her şeyi kendi uygun bulduğu süre için yapmaya yetkili kılmaktır.⁵² Bununla birlikte Ackerman, temel hakların askıya alınmaması gerektiğini ileri sürenlere de

⁴⁸ Harris, O’Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Second ed., New York 2009, s. 618.

⁴⁹ Michel Rosenfeld, “Should Constitutional Democracies Redefine Emergencies and the Legal Regimes Suitable for Them?”, *Sovereignty, Emergency and Legality*, ed. Austin Sarat, Cambridge University Press, New York 2010, s. 241.

⁵⁰ Rosenfeld, s. 259.

⁵¹ Md. 16: “Cumhuriyet kurumları, milletin bağımsızlığı, toprak bütünlüğü veya uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmesi ağır ve yakın bir tehditle karşılaşır ve anayasal hükümet kurumlarının düzenli işleyişi aksarsa, Cumhurbaşkanı, Başbakanı, Meclislerin ve Anayasa Konseyinin Başkanlarına resmi olarak danışmasının ardından, durumun zorunlu kıldığı önlemleri alabilir. Bu tedbirleri bir mesajla millete duyurur. Bu tedbirler, mümkün olan en kısa zamanda anayasal hükümet kurumlarının kendilerine verilmiş görevleri yerine getirmelerini sağlama amacına yönelik olmak zorundadır”.

⁵² Bruce Ackerman, “The Emergency Constitution”, *The Yale Law Journal*, Vol. 113, 2004, s. 1040.

yine demokratik argümanla karşı çıkmaktadır: “Hiçbir demokratik hükümet panik halini geçirmeden ve ikinci bir terörist saldırıyı önlemeden halk desteğini koruyamaz. Ciddi bir politikacı, temel hakların hükümetin hareketsiz kalmasına neden olması halinde teröre karşı savaşta hakları sınırlandırmakta tereddüt etmez. Sürekli bastırma rejiminin uygulanmasına engel olmak için özgürlük savunucularının daha mantıklı doktrinler geliştirmeleri gerekir. (...) Uygun önlemler alınmazsa, olağanüstü önlemlerin gerekli olduğu süreden uzun sürme alışkanlığı vardır. Bununla birlikte bilinçli bir olağanüstü rejim tasarımı, paniğin yönlendirdiği sürekli yıkım döngüsüne karşı en iyi savunmadır”.⁵³ Yazar olağanüstü rejimler açısından Anayasada açıkça çerçevenin belirlenmesinden yanadır: hangi hallerde olağanüstü rejimlere geçileceği ve yönetenlerin hangi yetkileri kullanabileceğinin açıkça düzenlenmesi gerekmektedir.⁵⁴ Ancak bu noktada da yazar anayasacılık için en önemli hususun altını çizmektedir: Anayasada bu şekilde olağanüstü dönemlere dair bir çerçeveleme yapılsa bile, bunun asıl güvencesi erkler ayrılığıdır; başkanı dengeleyecek kurumsal bir fren ve denge mekanizmasının bulunmaması halinde, sadece metinde düzenleme yapılması başkanı anayasal çerçevesinde tutmaya yetmeyecektir.⁵⁵ Aslında aynı durum olağan dönemler için de geçerlidir. Olağan dönemde de yönetenleri keyfi yetki kullanımından uzak tutan ilk ve en önemli unsur, erkler ayrılığı ya da frenler dengeler sistemidir.

II. Şiddetin Hukuku

Anayasaların kural olarak bireylerarası ilişkileri düzenlemediği varsayılır. Bireylerin birbirlerine karşı şiddet uygulamalarının hukuki sonuçlarını daha çok ceza hukukunun ve medeni hukukun çizdiği söylenir. Bununla birlikte, Anayasa şiddeti sosyal alandan dışlamaya dönük genel düzenlemeler içermektedir. Bu bölümde bu düzenlemeler dört başlık altında incelenecektir.

Anayasanın bazı hükümleri, devlete bireyleri birbirlerine karşı koruma yükümlülüğü yanında başkaca ödevler de yüklemektedir. (A)

Bireyler arası şiddet çoğu zaman ayrımcılık kaynaklı olarak ortaya çıkmaktadır. Kişiler kendilerine eşit görmediklerine yönelik olarak şiddet kullanma eğilimi göstermektedirler. (B)

Kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğü hakkı bireylerin hem dikey ilişkilerde, hem de yatay ilişkilerde şiddetten korunmasına yönelmiştir. (C)

⁵³ Ackerman, s. 1030.

⁵⁴ Ackerman, s. 1056.

⁵⁵ Ackerman, s. 1056.

Ancak bazı temel haklar da özleri itibarıyla her türlü müdahaleden ari olmayı gerektirir. Başka bir deyişle, bu haklar, hem devlete, hem de diğer bireylere karşı kişinin müdahale edilmemesi gereken alanını işaret eder. (D)

A. *İnsan Haklarına Saygılı (...) Sosyal Hukuk Devleti ve Devletin Temel Amaç ve Görevleri*

Anayasanın 2. maddesinde “Cumhuriyetin nitelikleri” sayılırken “insan haklarına saygılı” devlet ifadesi de kullanılmıştır. Özellikle 1982 Anayasasının uygulandığı ilk dönemlerde bu maddede kullanılan “saygılı” ifadesi çok tartışılmış; 1961 Anayasasının 2. maddesinde yer alan “insan haklarına dayanan” devlet ifadesi yerine bunun tercih edilmesinin, iki anayasa arasındaki anlayış farkını yansıttığı söylenmiştir.⁵⁶ Metinler arasındaki “saygılı”, “dayanan” farkı, iki anayasayı tamamen başkalaştıran ve birbirinden bağımsız kılan bir değişiklik değildir. Bununla birlikte, iki anayasayı özellikle temel haklara bakış açısından birbirinden farklılaştıran başkaca faktörler de vardır: devletin sosyal ve ekonomik alandaki yükümlülükleri ya da tasavvur edilen sivil toplum anlayışı gibi. Devletin sosyal ve ekonomik anlamda yükümlülükleri ifadesi yine Anayasanın 5. maddesiyle, yani devletin temel amaç ve görevleriyle birlikte düşünülmelidir: “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır”. Ayrıca Anayasa hükümlerinin bağlayıcılığına ilişkin hüküm düzenlemesinde devlet organları yanında kişiler de sayılmıştır: “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır”.

Bu hükümlerin şiddete karşı korunma açısından birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasanın 2. maddesi gereğince insan haklarına saygılı olan, başka bir deyişle kişiler tarafından temel hakların kullanılmasına saygı gösteren devletin sosyal alandaki işlevleri burada bitmemektedir. Ayrıca Anayasanın 5. maddesi gereğince, devletin kişinin hak ve özgürlüklerini kullanması önündeki engelleri kaldırma ve yine kişilerin maddi ve manevi varlığını geliştirmeleri yönünde önlem alması gerekmektedir. Başka bir deyişle, temel haklar alanında devletin saygı gösterme ediminin yanında, kişiyi diğer bireylere karşı koruma ve özellikle sosyal devlet ilkesi gereğince ekonomik ve sosyal boyutlu haklar için gerçekleştirme yükümlülükleri de vardır.

Bir hukuk devletinde bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde kişiye usuli başvuru imkanlarının da tanınmış olması gerekir.

⁵⁶ Bülent Tanör, *İki Anayasa (1961-1982)*, Oniki Levha yay., 4. Baskı, İstanbul 2012, s. 118-119.

Tüm bu yükümlülükleri şiddet alanına uyarladığımızda şu sonuçlar karşımıza çıkmaktadır: Öncelikle devletin kendisi, yetkilerini anayasanın çizdiği çerçeve içerisinde kullanılmalıdır (saygı yükümlülüğü). Devlet, bireyleri birbirlerinden gelecek tehditlere karşı⁵⁷ koruyacak idari ve hukuki bir sistem kurmalıdır (koruma yükümlülüğü). Devlet bireylerin birbirlerine şiddet uygulamasına engel olacak bir sosyal ortam hazırlamalıdır (gerçekleştirme yükümlülüğü).⁵⁸

Anayasa Mahkemesi bu yükümlülüklerin bütününi aşağıda alıntılanan kararında şöyle ifade ediyor:

“Anayasa’nın 17. maddesinin ilk fıkrasında da herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Kişinin yaşam hakkı ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, birbiriyle sıkı bağlantıları olan, devredilemez ve vazgeçilemez haklardanır. Devlet, yaşam hakkının bir gereği olarak, bireylerin yaşamlarına **saygı göstermekle (saygı yükümlülüğü)** ödevli olduğu gibi bireyleri, gerek üçüncü kişilerden ve gerekse sorumluluğunda bulunan personelin eylemlerinden kaynaklanan risklere karşı **koruma yükümlülüğü** altındadır. (...)

Ayrıca deniz adamlarının, uluslararası taşımacılık kapsamında açık denizlerde bulundukları süreçte iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin korumalardan yoksun bırakılması, Anayasa’nın 56. maddesinde düzenlenen sağlık hakkının yanında, Anayasa’nın 49. maddesiyle Devlete yüklenen çalışanların yaşam düzeyinin yükseltilmesi ve çalışma yaşamının geliştirilmesi (**gerçekleştirme yükümlülüğü**) için çalışanların korunması ödevinin de ihlali sonucunu doğurmaktadır”.⁵⁹

⁵⁷ Avrupa Mahkemesi uygulamasında devletin koruma yükümlülüğü bazen başka Devletlere karşı bireyi koruma şeklinde de ortaya çıkabilmektedir. Şayet bir kimse, başka bir ülkeye iade edildiği ya da sınır dışı edildiği takdirde kötü bir muamele ya da cezaya maruz kalma tehlikesiyle karşı karşıya ise, yine Devletin koruma yükümlülüğü devreye girebilmektedir. (Bkz. *Soering v. The United Kingdom*, Appl. No. 14038/88, 7.07.1989; *Chahal v. The United Kingdom*, Appl. No. 15.11.1996; *Ahmed v. Austria*, Appl. No. 25964/94, 17.12.1996; *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, Req. No. 27765/09, 23.02.2012; *Iskandarov v. Russia*, Appl. No. 17185/05, 23.09.2010; *Daoudi c. France*, Appl. No. 19576/08, 3.12.2009; *Jabari v. Turkey*, Appl. No. 40035/98, 11.07.2000; *Saadi c. Italie*, (Grande Chambre) Req. No. 37201/06, 28.02.2008.)

⁵⁸ Bu yükümlülüklerle ilişkin açıklamalarla, konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi ve Avrupa Mahkemesi kararları için bkz. **Oya Boyar**, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, 1. baskı (Şen Matbaa), Ankara 2013, ss. 53-80.

⁵⁹ AYMK, E. 2014/177, K. 2015/49, K.T.: 14.05.2015, R.G.: 11.06.2015-29383. (Vurgular ve parantezler bize ait)

Ancak pozitif yükümlülükler kuramının çok geniş bir biçimde uygulanması, devletin de her alana dahil olması bireysel özerkliklere aşırı müdahale sonucunu da doğurabilir. Dolayısıyla anayasacılıktaki pek çok sorunun temelinde olduğu gibi, kişileri korumasız bırakmaksızın, ancak birey özerkliğini de yok saymaksızın bu noktada da ölçüyü bulmak anayasal devletin en önemli meselelerinden biridir.

Anayasada yukarıda andığımız hükümler yanında, şiddetin asli nedenlerinden birini ilgilendiren bir düzenleme de bulunmaktadır: ayrımcılık.

B. Eşitlik İlkesi

Şiddet ayrımcılıktan beslenir. Ekonomik eşitsizliğin, yoksulluğun ve ekonomik krizlerin şiddet üzerindeki etkileri üzerine diğer disiplinler yanında hukuksal alanda da çalışmalar bulunmaktadır.⁶⁰ Ancak en az ekonomik eşitsizlik kadar önemli konulardan biri de ayrımcılıktır.

Anayasanın 10. maddesi kanun önünde eşitlik ilkesini düzenlemektedir. Ancak gerek 2004 gerekse 2010 yılında yapılan değişikliklerle madde sadece “yasa önünde eşitliği” düzenleyen bir madde olmaktan çıkmış; aynı zamanda “fili eşitliği” de düzenler hale gelmiştir:

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. **(Ek cümle: 7/5/2010-5982/1)** Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz (...).”

Ancak yapılan anayasa değişikliğine rağmen, özellikle 2010 yılında yapılan ve “pozitif ayrımcılık” olarak adlandırılan düzenlemenin yasal düzeye yansımaları söz konusu olmamıştır. Eşitlik ilkesinin güvencelemesine ilişkin olarak anayasal/yasal düzenlemelerin bulunması kuşkusuz önemlidir. Ancak daha da önemlisi şiddete neden olan eşitsiz güç ilişkilerinin ve sosyal rollerin değişmesidir. Bu da ancak devletin yasa, yürütme ve yargı organlarıyla şiddete karşı kararlı bir biçimde mücadelesi yoluyla gerçekleşebilir. Değişimin diğer bir yönünü de sivil toplum oluşturur. Ancak sivil toplumun gerçekten kendisinden beklenen amaçlara hizmet edebilmesi için özellikle üç anayasal şarttan bahsedilebilir⁶¹: (i) hukuki öngörülebilirlik ya da aleniyet ilkesi:

⁶⁰ Douglas Hay, “Time, Inequality, and Law’s Violence”, *Law’s Violence*, ed. Austin Sarat, Thomas R. Kearns, The University of Michigan Press, 1993 ss. 141-173.

⁶¹ Benoît Frydman, “La société civile et ses droits”, *La société civile et ses droits*, ed. Benoît Frydman, Bruylant, Bruxelles 2004, ss. 9-10.

devlet işlemlerinin hem hukuken öngörülebilir hem de şeffaf nitelikte olması. (ii) vatandaşların iktidarın işlem ve eylemlerinden haberdar olması (bilgi edinme hakkı) ve kendi görüş ve önerilerini kamu makamlarına iletebilme imkanlarının olması: ifade, toplantı ve örgütlenme özgürlüklerinin güvenceli olması. (iii) basın özgürlüğü ve genel olarak medyanın önemi: basın özgürlüğünün demokrasi için vazgeçilemez ve yeri doldurulamaz bir niteliği bulunmaktadır.

C. Kişinin Yaşama, Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı

Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, Anayasanın 17. maddesinde yaşama hakkıyla birlikte düzenlenmektedir.

“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”.

Esasen her iki hak da, öncelikle egemenlik yetkisinin bir sonucu olarak zor kullanma yetkisine sahip olan devlete hitap etmektedir. Bu haklara yönelik olarak getirilebilecek devlet müdahalesini Anayasaya uygun hale getiren husus, 17. maddenin son fıkrasındaki şartlara riayet edilmesidir:

“(...) meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır”.

Maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları ise daha çok kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğünün korunmasıyla ilgilidir. İkinci fıkra kişinin vücut dokunulmazlığına hangi hallerde müdahale edilebileceğini düzenlemektedir:

“Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz”.

Kişinin “maddi ve manevi varlığının korunması” hakkının bir yönü de kimse- nin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı muameleye uğramamasıdır ve bu husus Anayasanın 15. maddesinin son fıkrası gereğince de olağanüstü yönetim usullerinin geçerli olduğu dönemlerde bile dokunulmaması gereken alan olarak sayılmıştır:

“Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağ- daşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz”.

Dolayısıyla, hem yaşama hakkına, hem de kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğü hakkına *Anayasadaki şartlara riayetle* sınır getirilebilmektedir. Ancak Anayasada, kişilere işkence ve eziyet yapılması ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza verilmesi ya da bu tür bir muamelede bulunulması kesinlikle yasaklanmıştır. Bu yasak, bireylerin insan onurundan kaynaklanan iç değerlerini korumaya yönelmiştir ve bu yasağın verdiği güvenceden yararlanılması herhangi bir şarta ya da ölçülülük testine tabi tutulamaz.⁶² Bu anlayış, insanın kendisini iç değeri olan bir varlık olarak ele alan Kant felsefesine dayanır⁶³: İç değeri olan insan, araçsal değil başlı başına amaçsal olarak ele alınmalıdır. Bu nedenle insanı araçsallaştıran, bir vücuda indirgeyen, onun iç değerini ya da insan onurunu yok sayan muameleler yasak kapsamında kabul edilir.⁶⁴ “İnsan onuru”, birey özgürlüğüyle doğrudan ilgili bir kavramdır. Ancak insan onurunun hukuki niteliği konusu tartışmalıdır. Bir görüş, kavramın maddi ve manevi varlığın bütünlüğüyle kişinin çekirdek haklarını koruduğunu ifade eder.⁶⁵ Diğer görüşe göre bu kavram belli bir insan davranışını koruma altına almadığı için özgürlük olarak değerlendirilemez; hukuk devleti kapsamında ileri sürülebilecek bir usuli güvence de değildir, ancak devlet faaliyetlerini yönlendirici bir ilkedir.⁶⁶ Bununla birlikte bu tartışma şu hususa gölge düşürmemektedir: insan onuru kavramı Roma Hukukuna ve dini temalara dayanan köklerine rağmen, modern dönemde Kant felsefesinde kendi içinde değeri olan bireyin en geniş bireysel özerkliklere sahip olması gerektiği anlayışıyla yoğurulmuş, II. Dünya Savaşından sonra da İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve ulusal anayasalarda yerini almaya başlamıştır. İnsan onuru kavramı mahkemeler

⁶² Konuyla ilgili kaynaklar yanında, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa Mahkemesinin kararlarının değerlendirilmesi ve daha detaylı açıklama için bkz. **Oya Boyar**, “İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel İncoğlu, Avrupa Konseyi, 1. baskı (Şen Matbaa), Ankara 2013, ss. 137-157.

⁶³ **Emmanuel Kant**, *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi*, (Çev: İoanna Kuçuradi), Türkiye Felsefe Kurumu, 4. Bası, Ankara 2009, s. 52.

⁶⁴ **Matthias Mahlmann**, “The Basic Law at 60: Human Dignity and The Culture of Republicanism”, *German Law Review*, Jan. 2010, s. 24.

⁶⁵ **Stephen Riley**, “Human dignity: comparative and conceptual debates”, *International Journal of Law in Context*, ss. 2010, 6(2), ss. 117-138.

⁶⁶ **Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier**, *Droit constitutionnel suisse, Vol. II, Les droits fondamentaux*, Stampfli Editions SA Berne, 2ème éd., 2006, s.144. Aslında bu noktada 1949 Bonn Anayasası akla gelmektedir. Temel Yasanın 1. maddesinde yer alan insan onuru kavramı, Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından anayasal bir değer olarak yorumlanmış ve Anayasanın sadece bireylerin devlete karşı ileri sürdüğü subjektif hakları değil; aynı zamanda Devletin tüm işlemlerinde gözetmesi gereken objektif bir değerler sistemini içerdiğine vurgu yapılmıştır, bkz. **Donald S. Kommers**, “Germany: Balancing Rights and Duties” in *Interpreting Constitutions*, ed. Jeffrey Goldsworthy, Oxford University Press, 2006, s. 180. Karşılaştırma için **Rex D. Glensy**, “The Right to Dignity”, *Columbia Human Rights Law Review*, Fall 2011, ss. 65-142.

tarafından özellikle “kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğü hakkı”, “kişi güvenliği hakkı” ve “bireysel özerkliğe ilişkin haklar” kapsamında kullanılmıştır.⁶⁷

Bu doğrultuda Anayasanın 17. maddesi hem devletin hukuka uygun olmayan şiddetine karşı, hem de üçüncü kişilerin şiddetine karşı bireyleri korumaktadır.

D. Bireysel Özerklik

Aslında temel hakların ortaya çıkışı bireysel özerklikle el ele yürütmüştür. İnsanların herhangi bir müdahaleyle karşılaşılmaksızın kendilerine ait yaşam alanlarını oluşturabilmeleri, kendi seçimleri doğrultusunda kişiliklerini oluşturabilmeleri, kendi kararlarının sonuçlarına katlandıkları bir hukuki düzeni yaratılması anayasacılığın temel amaçlarından olmuştur. Her insan aynı şekilde bu haklardan yararlandığı için, liberal anayasacılığın bu noktadaki çözümü herkesin özgürlüğünün başkasınınkinin başladığı yerde bitmesi olmuştur. Bir nevi “kendine yapılmasını istemediğini başkasına yapma” düsturu.

1982 Anayasası bireysel özerkliğe ilişkin olarak 20, 21, 22 ve 23. maddeleri içermektedir⁶⁸: sırasıyla özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü, yerleşme ve seyahat hürriyeti bireysel özerkliğin sağlanmasına dönük düzenlemelerdir. Aslında 17. maddede yer alan kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğünün korunması hakkı da doğrudan doğruya bu tür bir boyut içermektedir. O nedenle bu maddelerin koruduğu değerler açısından bir çakışma olduğu söylenebilir. Özellikle 20. maddenin yapısına bakıldığında, ilk fıkrada genel bir biçimde özel hayata ve aile hayatına saygı hakkından bahsetmek mümkündür: “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz”.⁶⁹ Ancak maddenin devamında sadece özel hayatın gizliliğine

⁶⁷ Örneğin Avrupa Mahkemesi, bu kavramı 3, 5 ve 8. maddelere ilişkin içtihadında kullanmaktadır, bkz. Riley, ss. 124-125.

⁶⁸ Bununla birlikte anayasal hakların bütününe bireysel özerklik üzerinden okuyan Kai Möller gibi yazarlar da vardır: “Artık hakların amacı devletleri hareketsiz hale getirmek değil, bireylerin hayatlarının kontrolünü ellerine almalarını sağlamaktır. Anayasa yargısında bu doğrultuda üç eğilim görülmektedir. İlk olarak, bazı yargı organlarınca yatay etkinin kabul edilmesiyle, bir kişinin sahip olduğu özgürlüğün, onu sadece devlet müdahalelerine karşı değil, aynı zamanda işverenine ya da mülk sahibine karşı da koruduğu anlayışı görülmektedir. İkinci olarak devletin pozitif yükümlülüklerinin özellikle fiziksel bütünlük ve mahremiyet gibi alanlarda artarak tanınması özerklik eksenli yoruma işaret etmektedir. Son olarak da beslenme, sağlık ve eğitim gibi sosyal ve ekonomik hakların tanınmasıyla da özerkliğin ön koşulları oluşturulmaktadır”. Kai Möller, “Two Conceptions of Positive Liberty : Towards an Autonomy Based Theory of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 4, 2009, s. 758.

⁶⁹ Anayasa Mahkemesi de maddeyi şöyle yorumluyor: “Özel hayat geniş bir kavram kapsayıcı bir tanımının yapılması oldukça zordur. Bu kapsamda korunan hukuki değer esasen kişisel bağımsızlık olup, bu koruma herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak, kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etmekle birlikte, özel hayat kavramının herkesin kişisel yaşamını

dönük özel sınırlandırma rejimi ve 2010 değişikliğinde yapılan eklemeyeyle kişisel verilerin korunması hakkı düzenlenmektedir.⁷⁰ Bu durumun pratik sonucu şudur: 2001 değişikliklerinden sonra 13. maddeden temel haklara ilişkin genel sınırlandırma sebeplerinin kaldırıldığı ve 20. maddede de sadece haberleşmenin gizliliğine ilişkin sınırlandırma sebebi bulunduğu göz önüne alındığında, kişinin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının diğer boyutlarına ilişkin olarak şu anda Anayasada bir sınırlandırma sebebi bulunmamaktadır. Ayrıca yukarıda anılan 17. maddede de maddi ve manevi varlığın bütünlüğünün korunması hakkının, sadece maddi varlığın bütünlüğüne ilişkin bölümüne dair bir rıza ve rızaya gerek olmayan hal düzenlemesi vardır (md. 17/II). Onun dışında kişinin manevi varlığının bütünlüğüne ilişkin herhangi bir sınırlandırma düzenlemesi yoktur. Bu hususların birlikte değerlendirilmesi sonucunda şu tespitler yapılabilir: (i) öncelikle, Anayasada, Avrupa Sözleşmesinde olduğu gibi bireysel özerkliğe ilişkin tek bir madde yerine (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, md. 8), beş ayrı madde vardır (md. 17, 20, 21, 22 ve 23). (ii) Anayasadaki maddelerden ikisinin başka bir deyişle, kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğünün korunmasıyla özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının arasında koruma alanı bakımından örtüşme vardır. (iii) İlgili maddelerde, özel hayatın gizliliği dışında, kişinin manevi varlığının bütünlüğü hakkı için özel olarak öngörölmüş bir sınırlandırma sebebi yoktur. (iv) Kuşkusuz, nesnel sınırlar öğretisi ve Anayasanın diğer maddelerinde yer alan ilkeler dikkate alındığında, bir maddede sınırlandırma nedeni olmaması o hakkın sınırlandırılmayacağı anlamına gelmemektedir.⁷¹ Bununla

istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu alandan uzak tutma kavramına indirgenemeyeceği aşırtır. Bu açıdan Anayasa'nın 20. maddesi özel bir sosyal hayat sürdürmeyi güvence altına almaktadır.

Özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de bireyin mahremiyet hakkıdır. Ancak mahremiyet hakkı sadece yalnız bırakılma hakkından ibaret olmayıp, bu hak bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hukuksal çıkarını da kapsamaktadır. Bireyin kendisine ilişkin herhangi bir bilginin, kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılamaması ve rızası hilafına kullanılamaması, kısaca bu bilgilerin mahrem kalması konusunda menfaati bulunmaktadır. Bu husus, bireyin kendisi hakkındaki bilgilerin geleceğini belirleme hakkına işaret etmektedir". AYMK, Şengül Kayan, B.N. 2013/1614, K.T.: 3.04.2014, para. 31-32.

⁷⁰ "(Değişik: 3/10/2001-4709/5 md.) Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kalmış mercin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili mercin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/2 md.) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörölen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir".

⁷¹ AYMK, Şengül Kayan, B.N. 2013/1614, K.T.: 3.04.2014, para. 39: "Anayasa'nın 20. maddesinde, özel hayatın gizliliği hakkı açısından, bu hakkın tüm boyutlarına ilişkin olmadığı anlaşılan birtakım sınırlama sebepleri

birlikte, Anayasanın kişinin manevi varlığının bütünlüğünün korunması ve bireysel özerkliğin gizlilik dışındaki boyutlarının korunmasına⁷² ilişkin sınırlandırma sebebi öngörmemiş olmasından yola çıkılarak, bu alanları çok daha güvenceli bir biçimde düzenlediği iddia edilebilir.

Anayasanın bu düzenlemelerinin özellikle şiddet açısından tekrar hatırlanması uygun olabilir. Zira bireysel özerkliğin en önemli amacı kişilerin ahlaki ya da paternalist sınırlamalara maruz kalmasının önüne geçilmesidir. Bu konunun özellikle kadına yönelmiş şiddet açısından ayrıca bir önem taşıdığı görülmektedir. Kadına yönelmiş şiddet, ayrımcılığın en görünür tezahürüdür. Bu ayrımcılık, hem koyu bir paternalizmin, hem de geleneksel kalıpların izlerini taşır. Bireysel özerkliğin kadına yönelik şiddet konusunda ayrıca önemi vardır: çünkü kadının kararlarına, seçimlerine ve tercihlerine saygı duyan bir anayasal rejim şiddeti de, şiddet tehdidini de dışlar.

Değerlendirme

Hukuk-şiddet ilişkisi farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Devlet özel alanı şiddetten arındırmak için tasarlanmıştır, ancak kendisinin koyduğu kuralların uygulanabilmesi için de şiddete ihtiyaç duymaktadır. Şiddet olayları anayasaların yapılışına hatta anayasacılık akımlarının doğuşuna da neden olabilmektedir. Fransa'da 1789 ihtilali, Amerika Birleşik Devletlerindeki iç savaş liberal anayasacılığın doğumunu hazırlarken, II. Dünya Savaşı hem tek tek Almanya ve Japonya Anayasaları için ve daha önemlisi ulus-ötesi anayasacılık başlangıç niteliğini taşımaktadır. Osmanlı-Türk anayasal gelişiminde de hem anayasacılık hareketinin ortaya çıkışı esnasında hem de ulusal devletin kuruluşu esnasında savaşların etkilerini görmek mümkündür. Yine Türkiye, Yunanistan gibi örneklerde askeri darbelerin anayasa yapılmasına neden olabildiği görülmüştür. Anayasalar aynı zamanda olağanüstü rejimleri de düzenleyen metinlerdir. Ulusal ve uluslararası terörün ve silah teknolojisinin geldiği noktada olağanüstü yönetim usullerinde de yeni arayışlar ortaya çıkmaktadır.

Diğer yandan Anayasa sosyal alanı şiddetten arındırmaya yönelmiştir. Bu alanda devlete yükümlülükler yüklemiş ve bireylere haklar tanımıştır. Ancak, sosyal alanın şiddetten arındırılması hem devlete, hem de sivil topluma bağlıdır. Devlet alanında erkler ayrılığı ve bu doğrultuda frenler ve dengeler mekanizması, anayasal

lerine yer verilmiş olmakla beraber, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların dahi hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunmakta, ayrıca Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak da bu hakların sınırlanması mümkün olabilmektedir. Bu noktada Anayasanın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri işlevsel niteliği haizdir (B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 33)".

⁷² Danışma Meclisinin madde gerekçesinde bu boyut şu şekilde ifade ediyor: "Özel hayatın korunmasının diğer bir yönü de resmî makamların özel hayata müdahale edememesi; yani kişinin ferdi ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesidir", s. 37. https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf (01.12.2015).

hükümlerin hayata geçirilmesini sağlar. Hakların toplumsal taleplerini ifade edebildikleri, karar mekanizmalarına etki edebildikleri ve katılabildikleri açık toplumlarda şiddet oranı ciddi biçimde azalmaktadır. Nihayet demokrasi de İtalyan düşünürün yaptığı gibi şiddet üzerinden tanımlanabilir: “Demokratik rejimleri diğerlerinden ayıran kuralların temel amacı, mümkün olan her türlü çözümle, sosyal çatışmaların şiddet içeren sonuçlarından kaçınmaktır”.⁷³

KAYNAKÇA

- Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier**, *Droit constitutionnel suisse, Vol. II, Les droits fondamentaux*, Stampfli Editions SA Berne, 2ème éd., 2006.
- Antoni Abat i Ninet**, *Constitutional Violence, Legitimacy, Democracy and Human Rights*, Edinburgh University Press, Edinburgh 2013.
- Benoît Frydman**, “La société civile et ses droits”, *La société civile et ses droits*, ed. Benoît Frydman, Bruylant, Bruxelles 2004, ss. 1-20.
- Bruce Ackerman**, “The Emergency Constitution”, *The Yale Law Journal*, Vol. 113, 2004, s. 1029-1091.
- Bülent Tanör**, İki Anayasa (1961-1982), Oniki Levha yay., 4. Baskı, İstanbul 2012.
- Carl Schmitt**, *Political Theology - Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, çev: George Schwab, The MIT Press, Cambridge Massachusetts, and London, England 1985.
- Carlos-Miguel Pimentel**, “Du contrat social à la norme suprême: l’invention du pouvoir constituant, *Jus politicum*, N.3, 2009, ss. 1-17, <http://juspoliticum.com/article/Du-contrat-social-a-la-norme-supreme-l-invention-du-pouvoir-constituant-145.html> (01.02.2016)
- Charles-Louis de Secondat, Baron de Montesquieu**, *Kanunların Ruhu Üzerine*, (Çev: Şevki Özbi- len) Seçkin yay., I. Cilt, Ankara 2014.
- Daniel Shulthess**, “Modes et modalités dans le système de droit naturel de Samuel Pufendorf”, *Liber Amicorum Pascal Engel*, ss. 878-890 <https://www.unige.ch/lettres/philo/publications/engel/liber-amicorum/schulthess.pdf>, (01.12.2015).
- David Bates**, “Constitutional Violence”, *Journal of Law and Society*, Vol. 34, N.1, March 2007, ss. 14-30.
- Donald S. Kommers**, “Germany: Balancing Rights and Duties” in *Interpreting Constitutions*, ed. Jeffrey Goldsworthy, Oxford University Press, 2006, ss. 161-214.
- Douglas Hay**, “Time, Inequality, and Law’s Violence”, *Law’s Violence*, ed. Austin Sarat, Thomas R. Kearns, The University of Michigan Press, 1993 ss. 141-173.
- Emile Durkheim**, *Montesquieu and Rousseau: Forerunners of Sociology*, University of Michigan Press, 1965.
- Emmanuel Kant**, *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi*, (Çev: İoanna Kuçuradi), Türkiye Felsefe Ku- rumu, 4. Baskı, Ankara 2009.

⁷³ **Bobbio**, *Old Age and Other Essays*, tr. and ed. by Allon Cameron, Polity Press, Cambridge 2001, s. 76.

- Harris, O'Boyle & Warbrick**, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Second ed., New York 2009.
- https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf (01.12.2015).
- Jean-Jacques Rousseau**, *Le Contrat social ou principe du droit politique*, Chez Gerard Fleischer, Leipzig 1796.
- John Locke**, *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, Yale University Press, ed. by Ian Shapiro, New Haven London, 2003.
- Kai Möller**, "Two Conceptions of Positive Liberty : Towards an Autonomy Based Theory of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 4, 2009, s. 757-786.
- Matthias Mahlmann**, "The Basic Law at 60: Human Dignity and The Culture of Republicanism", *German Law Review*, Jan. 2010, ss. 9-32.
- Max Weber**, *Economy and Society*, ed. by Guenther Roth-Claus Wittich, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 1978.
- Max Weber**, *Sosyoloji Yazıları*, İletişim yay., Çev. Taha Parla, 1. bası, İstanbul 1996.
- Mehmet Akad/Bihterin Vural Dinçkol/Nihat Bulut**, *Genel Kamu Hukuku*, Der yay., 10. Bası, İstanbul 2014.
- Michel Miaille**, "Le droit-violence", *Déviance et société*, 1980, Vol. 4, N°2, s. 167-177, http://www.persee.fr/doc/ds_0378-7931_1980_num_4_2_1045 (16.10.2015).
- Michel Rosenfeld**, "Should Constitutional Democracies Redefine Emergencies and the Legal Regimes Suitable for Them?", *Sovereignty, Emergency and Legality*, ed. Austin Sarat, Cambridge University Press, New York 2010, s. 240-272.
- Norberto Bobbio**, "Le Pouvoir et le droit", ss. 19-31, http://www.fondation-veillon.ch/data/documents/plaquette_1981_norberto_bobbio.pdf (02.12.2015)
- Norberto Bobbio**, *Old Age and Other Essays*, tr. and ed. by Allon Cameron, Polity Press, Cambridge 2001.
- Norberto Bobbio**, *Thomas Hobbes and The Natural Law Tradition*, Çev. Daniela Gobetti, University of Chicago Press, Chicago, London, 1993.
- Oya Boyar**, "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, 1. baskı (Şen Matbaa), Ankara 2013, ss. 53-80.
- Oya Boyar**, "İşkence ve Kötü Muamele Yasağı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, 1. baskı (Şen Matbaa), Ankara 2013, ss. 137-157.
- Oya Boyar**, "Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, 1. baskı (Şen Matbaa), Ankara 2013, ss. 97-111.
- Rex D. Glensy**, "The Right to Dignity", *Columbia Human Rights Law Review*, Fall 2011, ss. 65-142.
- Richard Tuck**, *The Rights of War and Peace, Political Thought and The International Order From Grotius to Kant*, Oxford University Press, Oxford New York, 2002.
- Stephen Riley**, "Human dignity: comparative and conceptual debates", *International Journal of Law in Context*, ss. 2010, 6(2), ss. 117-138.

Thomas Hobbes, *De Cive (English Version)*, The Clarendon Edition of The Philosophical Works of Thomas Hobbes, Vol. III, Oxford University Press, ed. by Howard Warrender, 1984.

Thomas Hobbes, *Leviathan*, YKY yay., Çev. Semih Lim, 4. Baskı, İstanbul 2004.

Ulaş Karan, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, 1. baskı (Şen Matbaa), Ankara 2013, ss. 179-207.