

İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA POZİTİF VE NEGATİF ÖZGÜRLÜK ANLAYIŞLARI

I. Hakkın Negatif ve Pozitif Olarak Sınıflandırılması

A. Negatif Özgürlük Anlayışı

Negatif özgürlük anlayışını, Ockam, Erasmus, Hobbes, Locke, Bentham, Constant, J.S. Mill, Tocqueville, Jefferson, Burke, Paine, Isiah Berlin ve F.A. Hayek tarafından savunulmuştur.¹ Negatif haklar devletin müdahale alanının dışında bulunan hakları ifade eder. Devletin burada kaçınma yani negatif edim yükümü vardır. Buna göre devlet ya da iktidarı olan herhangi bir makam negatif hak olarak sıralanan hakların kullanılmasına yahut bu haktan yararlanılmasına herhangi bir şekilde müdahale edemez, böyle bir müdahaleden kaçınma yükümlülüğünü taşır. "Genel olarak negatif özgürlük, bireyin her türlü dışsal kısıtlama ve sınırlamalara karşı özgür olması biçiminde tanımlanmaktadır."²

Negatif hak olarak belirtilen haklar aslında 17. ve 18.yüzyıldaki liberal öğretilerden doğmaktadır. Liberal özgürlük anlayışına göre Devletin toplumsal ilişkileri ya da bireyler arasındaki ilişkileri düzenleme alanı ne kadar çok genişlerse bireyin özgürlüğü o kadar daralacaktır. Bireyin özgürlüğüne, serbest piyasaya müdahale edilmediği müddetçe, görünmez bir el bu düzeni koruyacak ve bir harmoni içinde işlemlerini sağlayacaktır. Bu aslında negatif özgürlük anlayışının temelini oluşturmaktadır. Yani Devletin aktif görünümü azaldıkça, pozitif edimi azaldıkça bireyin özgür olması gerçekleşecektir. Dolayısıyla Devletin sosyal ve ekonomik hayattan olabildiğince sınırlandırılması lazımdır. Nitekim bu anlayış Hobbes'da kanunun düzenlemediği konularda bireye serbesti tanımakla dile getirilir. İlginç bir şekilde 18.yüzyıl düşünürü olan pozitif özgürlük anlayışına sahip olan Montesquieu, Hobbes'un oluşturduğu kuralı birey aleyhine değiştirerek, özgürlüğü, kanunun izin verdiği her şeyi yapabilmek olarak tanımlar. Jeremy Bentham'a göre hangi yararı sağlıyorsa sağlasın her tür yasa birer prangadan ibarettir. Ancak bu anlayışa karşı çıkan liberal yazarlar da olmuştur. J.Locke,

¹ MacCallum, G.C, "Negative and Positive Freedom", Oxford Readings 1991, s.109, (Dipnot 7'den), (Bundan sonraki metinlerde "Negative" olarak anılacaktır)

²Kemal Şahin, **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü Gereçekleri ve Sınırları**, İstanbul, XII Levha, 2009, s.72

kimi durumlarda kanunların özgürlüğü kısıtlamayacağını bilakis, bireyin özgürlüğünü arttıracığını savunmuştur. Buna göre Locke yasayla gelen müdahalenin sınırlamalarının kısıtlayıcı değil özgürlüğü artırıcı olduğunu savunmuştur.³ O, aynen *polis* düşüncesindeki gibi yasayı özgürlüğü tamamlayan, özgürlüğü güvence altına alan bir belge olarak karşılamıştır. Bu bakımdan Locke'un pozitif özgürlük anlayışına yaklaştığı savunulabilir.

Isaiah Berlin, Jakobin diktasını henüz unutmamış olan Benjamin Constant'ın en azından inanç, düşünce, ifade, mülkiyet hürriyetini(haklarını) keyfi/tirani tecavüzlere karşı garanti alınmasını ileri sürdüğünü belirtir. Jefferson, Burke, Paine ve Mill'in farklı içerikte olsa da Devlet'in müdahalesine karşı bir bireysel özgürlük alanını derlediğini söyleyen Berlin, Devletin müdahalesine karşı oluşturulan bu minimum kişisel özgürlük alanının ister doğal hukuk veya doğal haklar ile ister faydacı anlayış ile ister kategorik imperatifin bildiri ile ister sosyal sözleşmenin kutsallığı ile isterse de diğer konseptler ile oluşturulmasının bir önemini olmadığını ama oluşturulması gerektiğini söyler.⁴

Devletin sosyal ve ekonomik hayata çok sınırlı bir müdahalesini kabul eden bu öğretiyi aynı şekilde medeni ve siyasal hakları oluşturarak negatif özgürlük anlayışını ortaya koymuştur. Medeni ve siyasal haklar yukarıda saydığımız liberal değerler ile oluşturulan bir hak listesidir. Bu listede, Bentham ve Mill gibi utiliteryan anlayışa sahip pozitivist liberallere rağmen tabii hukuk telakkisi açıkça gözlenmektedir. Herkes hakkın öznesi olabilir ve bu aktörlük insanın, insan olması dolayısıyla yani insanın/personanın(kişi)⁵ doğuşuyla birlikte kazanılır. Bu haklar Devletin kaçınma yükümüyle yani negatif edim yükümlülüğüyle formüle edilmiştir.

B. Pozitif Özgürlük Anlayışı

Negatif özgürlük anlayışına bir tepki olarak doğan(özellikle Marksist öğretiyi) pozitif özgürlük anlayışı ise kişilerin hakları kullanabilmesi ve onlardan yararlanabilmesi için devletin pozitif bir edimde bulunması gerektiğini belirten anlayıştır. Aslında negatif özgürlük anlayışının bir eleştirisidir. Pozitif özgürlük

³ Şahin, **İfade Özgürlüğü**, s.111

⁴ Isaiah Berlin, "Two Concepts of Liberty", **Four Essays on Liberty**, Oxford University Press, London/NY, 1969, s. 126-127.

⁵ Persona terimini Hobbes, Antik Yunan'da tiyatro sahnesinde bir insanın taklit edilen sureti veya dışgörünüşi bazen de maske olarak kullanıldığından bahseder. Bu bakımdan kişi, hukuk sahnesinde geçerli olan, hukukun yarattığı, varsayılan kurgusal bir öznedir.

anlayışı, Kant, Montesquieu, Spinoza, Harder, Rousseau, Hegel, Fichte, Marx, Bukharin, Comte, Carlyle, T.H. Green, Bradley, Bosanquet ve Taylor Sandel tarafından savunulmuştur.⁶ Sosyal ve ekonomik haklar olarak nitelenmektedir. Devletin burada pozitif bir edim yükümü bulunmaktadır. "Genel olarak, pozitif özgürlük, kişinin özgürlüğünü sınırlayan açgözlülük, şehvet ya da cehalet gibi içsel engellerden kurtulması, özgür olması anlamına gelmektedir."⁷ Bu içsel engeller Marksist özgürlük anlayışında insanın(proletaryanın) kendisine yabancılaşması olmuştur, kömüniteryan özgürlük anlayışında ise aşırı bireysellik ve toplumun inkârı olmuştur. Özellikle Marksist öğretisi negatif özgürlük anlayışını soyut ve sembolik olarak nitelemiştir. Negatif özgürlük anlayışındaki özgürlüğün gerçek değil daha çok biçimsel olduğunu ve burjuva sınıfının yararını gözettiğini savunmuştur.

1. Marksist Yaklaşım

Marksizme göre özel mülkiyetin bulunmasıyla toplum sınıflara ayrılmıştır.⁸ Toplumun ayrılması ile birlikte sınıflar arasında eşitsizlikler baş göstermiştir. Belli bir sınıfın siyasal iktidarı ele geçirmesi ve sistemin oligarşik bir mahiyet alması sonunda da sömürü dediğimiz olguyu karşımıza çıkmıştır. Sınıflar arası bu ilişkiye, bu siyasal ilişkiye ve ekonomik sömürüye aslında dünya tarihi boyunca rastlamak mümkündür. Nitekim Antik Çağ'da köle ile efendisi, Orta Çağ'da serf ile beyi, şu anda da proletarya ile burjuva arasında bir sömürü ilişkisi oluşmuştur. Bu sömürü, sömürülenin, yani işçinin ekonomik yabancılaşmasını doğurmuştur. İşbölümü esasıyla çalışan işçi kendi emeğiyle ürettiği ürünün bütününe yabancılaşmasıyla birlikte, ürettiği ürüne sahip olamaması da kendi emeğine yabancılaşmasını ortaya koyar.⁹ Nitekim bunu sosyal ve siyasal yabancılaşma izler. Seçme ve seçilme hakkının mülkiyet sahiplerine, vergi verenlere özgülenmesi işçiyi siyasal yaşamdan dışlar. Proletarya belki de ilk kez Çartist

⁶ MacCallum, G.C., "Negative...", s.109, (Dipnot 7'den)

⁷ Şahin, **İfade Özgürlüğü**, s.80

⁸ Marksizmde özel mülkiyet ile gelen bu ayrışma, bize Rousseau'nun **Eşitsizliğin Kaynağı Üzerine Söylev**'ini hatırlatır.

⁹ Henry Ford'un seri üretimi ve yürüyen bantlı üretimi keşfiyle Amerika'daki arabaların sayısının 6 milyondan 27 milyona yükselmesi, araba fiyatlarını düşürdü. Aynı zamanda Ford'un işçi ücretlerin günde 6 dolar gibi görülmedik bir seviyeye çıkarmasıyla tarihte ilk kez işçiler kendi ürettikleri otomobili satın alabildiler. Yıl 1913.

hareketle¹⁰ siyasal alanda sesini duyurabilmiş, etkin olabilmiştir. İlk defa bu hareketle kendini sosyal ve siyasal alanda temsil edebilmiştir. Marx, Feuerbach'ın etkisiyle dinin bir insan yarattığı olduğunu söyler. Buna göre tanrı insanın eylemlerinin bir sonucudur. İnsanın eylemlerinin sonucuna tapması ile en büyük yabancılaşmayı yaşadığı belirtilmiştir. İnsan eylemini bir kalıpta dondurmakta ve tüm yaratıcılığını, insani özünü bu kalıba devretmektedir. Ona göre din(gelenek) toplumları uyuşturan, sömürüleni sömürü hiyerarşisine itaatini sağlayan bir oluşumdur. Yabancılaşma olgusundan kurtulmak ancak '*praxis*'e yönelerek mümkün olacaktır. Praxis, "genel anlamda eylemi, etkinliği ve Marx'ın kullandığı anlamda insanın kendi tarihsel, insani dünyasını yarattığı ve değiştirdiği özgür, evrensel, yaratıcı ve özyaratıcı etkinliğini... anlatır."¹¹ Marksizm işçinin içsel bir engel olan yabancılaşma olgusunun aslında dışardan yani sosyal ve ekonomik durumdan kaynaklandığını belirtir. Bu içsel engel, proletaryanın devrimiyle değişecek, bu düzen, yavaş yavaş sınıfsız bir topluma, Devletsiz¹² bir topluma doğru evrilecektir. Bu Marx'ın kehanetidir.

¹⁰ İngiltere'de 1832'de çıkarılan ve oy verme hakkını genişleten 1832 reform kanunu hakkında hoşnutsuzluk ifade etmek için kurulan ve oy verme hakkının daha da yaygınlaştırılmasını isteyen çalışan sınıf hareketi. Erkekler için mülkiyet şartı aranmaksızın oy verme hakkını ifade eden harektir.

Radikal Parti'de burjuvalarla beraber bulunan işçilerin 1832 reform yasası sırasında çıkan tartışmalar neticesinde bu partiden ayrılarak kurdukları harektir. Modern dönemin ilk bağımsız işçi sınıfı partisi karakteri taşıyan Çartist hareket, 1836'dan sonra giderek kuvvetlendi ve 1838'de Halk Bildirgesi'ni (People's Charter) yayımladı. Bildirge genel oy hakkı, gizli oy gibi basit talepler içeriyordu; ancak o günkü koşullar altında bu talepler hem aristokrasi, hem toprak sahipleri, hem de burjuvazi için yıkıcı nitelikteydi. Bildirgeden yola çıkılarak harekete Çartist hareket adı verildi.

1840 yılında tek örgüt çatısı altında birleşen Çartistler, 1842 yılına gelindiğinde eylemliliklerinin en üst noktasına vardılar. Binlerce kişilik mitingler düzenleniyordu. Aynı yıl 19. yüzyılın en büyük genel grevini gerçekleştirdiler. İşçiler üretimi durduruyor, fabrikalardan başka fabrikalara yürüyerek grevi yaygınlaştırıyorlardı. Bunun ardından bir devlet baskısı dönemi başladı. Çoğu zaman ordu devreye girdi, Çartist liderler tutuklandı.

1848'de Avrupa çapındaki devrimci hareketle Çartist hareket toparlandı ve bu hareket içinde büyük bir rol üstlendi. "10 nisan 1848'de tüm fabrikalar ve işyerleri kapandığı, devasa bir miting yapıldığı ancak Çartist liderler mitinge saldırılacağı gerekçesiyle eylemi iptal edince kitlenin büyük bir bölümü dağıldığı, kalanlarla polis arasında kanlı çatışmalar yaşansa da devrim için büyük bir fırsat heba edilmiş olduğu" söylenir. Bu yenilgi ve 1848 devrimlerinin geri çekilmeye başlamasıyla, Çartist hareket büyük oranda etkisini yitirmeye başladı. Ancak daha sonraki işçi mücadelelerinin en büyük ilham kaynağı olmaya devam etti

¹¹ Tom Bottomore, Laurence Harris, V.G. Kiernan, Ralph Miliband, **Marksist Düşünce Sözlüğü**, İstanbul, Çev. Mete Tunçay, İletişim Yayınları, 2001, s.468

¹² Kimi yazarlara Devlet, yöneten sınıf ile yönetilen sınıfın ayrılmasıyla karşımıza çıkmaktadır.

Marksist öğreti, negatif hak ve özgürlük anlayışına karşı çıkar. Buna göre bir insanı pozitif hukuk belgesiyle özgür ilan etmek ile o insanın özgürlüğü kendiliğinden gerçekleşmez. Açıklamak gerekirse, herkesin seyahat özgürlüğünün olduğunun deklare edilmesi kişinin eğer ekonomik durumu yoksa, seyahat edebilecek statüye sahip değilse o kişinin seyahat özgürlüğünden bahsedilemeyecektir. Bu yüzden Marksist özgürlük anlayışı, Devletin sadece kaçınma yükümü bulunduğu liberal/negatif özgürlük anlayışını soyut, biçimsel bularak reddeder. Ona göre seyahat özgürlüğünün varlığı yetmez ayrıca kişinin seyahat edebilmesinin de Devlet tarafından sağlanması gerekecektir. Zira özgürlüğün gerçekleştirilmesinde ekonomik koşullar büyük yer tutar. Nitekim Devlet, hâkim sınıf olan burjuvanın bir aygıtıdır. Deklare edilen bu hak ve özgürlükler sadece burjuva sınıfının yararına inşa edilmiştir. Bu yüzden Devletin, liberal öğretilerdeki soyut, gerçek olmayan hak ve özgürlüklerde ifade edilen kaçınma yükümlülüğünün yerine, ekonomik koşulları da bir özgürlük engeli olarak niteleyerek olumlu bir edim yükümlülüğünün bulunduğunu savunur.

Gerçekten de marksist öğretinin negatif özgürlük anlayışına yönelttiği bazı eleştiriler yerindedir. Negatif özgürlük anlayışı özellikle olduğu dönemde-16.yy-18.yy- sadece belirli bir kesimin haklarını korumaya yönelmiştir. Her ne kadar hakların öznesi 'herkes' olsa da, bu durum herkesin o hakkı kullanabileceği sonucunu doğurmaz. Özellikle sanayi devrimi gerçekleştikten sonra işçinin günlük 18 saate kadar çıkabilen iş saatleri karşısında karnını doyurabilecek kadar verilen ücret¹³ karşımıza sömürüyü çıkarmaktadır. Deklare edilen siyasal hak ve özgürlükler sadece aristokrat ve özellikle burjuva sınıfının kullanımına açık olacaktır. Marksizmin parmak bastığı bu eşitsizlik, liberal veya negatif özgürlük anlayışı için yerinde bir eleştiridir.

¹³ Burada ücretlerin demir yasası(iron law of wages) akla gelmelidir. İsmi koyan Ferdinand Lassalle'dir ama Adam Smith ile Thomas Malthus'un -ki klasik liberalizmin ekonomi kuramı onların çalışmalarına dayanır- ortaya koyduğu kavramdır. Demir yasa özellikle Malthus'un nüfus prensibine dayanır. Şöyle ki; işçinin ücreti ailesini geçindirebilecek seviyede olmalıdır, ne bir eksik ne bir fazla. David Ricardo'nun deyişiyle "ne zaman ki emeğin piyasa fiyatı doğal fiyatını aşar, emekçinin durumu iyileşir ve emekçi bundan mutlu olur, zira yaşamak için gereksinim duyduğu şeyleri satın alıp almama keyfiyeti önemli ölçüde kendi kontrolü altındadır ve istediği kadar kalabalık bir aileyi idame ettirebilir. Ne ki, yüksek ücretler böylece nüfus artışına yol açarak üretimde emeğe duyulan ihtiyacı arttırır ve ücretler tekrar doğal fiyatına, hatta bazen tepkisel olarak daha da altına düşer. Emeğin piyasa fiyatı doğal fiyatının altına düşünce emekçiler gerçekten perişan olur; alışkanlık haline gelen gereksinimlerini yoksulluk nedeniyle temin edemez olunca zora düşerler. Ne zaman ki bu mahrumiyet nedeniyle sayıca azalır, emeğin piyasa fiyatı o zaman doğal fiyatına yükselir ve emekçiler nispeten rahat bir yaşama, aldıkları bu ücretle yeniden kavuşurlar." Bu da liberalizmi, doğal kast sistemini savunan Brahmanizme yaklaştırmıştır.

2. Komüniteryan Yaklaşım

Pozitif özgürlüğü savunan bir diğer görüş olan komüniteryan/cemaatçi özgürlük anlayışından da bahsetmek gerekir. Komüniteryan özgürlük anlayışını öncelikle Marksist doktrinden ayırmak gerekir. Komüniteryan yaklaşım, Marksizmin yabancılaşma, sınıfların sömürüsü, praxise yönelme gibi savlarını savunmaz. Komüniteryan anlayışa göre Marksizmin ileri sürdüğü yabancılaşma araçları birer sosyal veriden ibarettir. Bu yüzden de saygı duyulması gerekir. Zira toplumun oluşturduğu birey ancak toplumun sahip olduğu değerler ile yetişebilecektir. Ahlaki iyi-kötü mefhumlarının oluşumu bireyin tercihleriyle gerçekleşmemiştir. Komüniteryanlara göre birey kendisini, yetiştiği çevre; aile, sosyal çevre, mensubu olduğu toplumdan, milletten, atalardan miras kalandan ya da mensubu olduğu dinden ayrı bir varlık olarak tanımlayamaz.¹⁴

Komüniteryan özgürlük anlayışı bireyin toplumda bulunan değerlerle oluşturulduğunu dile getirir. Buna göre birey içinde bulunduğu toplumdan ayrı bir varlık olamaz. Bireyin benliğinin(self) oluşumu birey tarafından belirlenmeyen ve fakat toplum tarafından belirlenen özgürlük, çoğulculuk, davranış normları gibi içerikler ile oluştuğu ileri sürülmektedir. Bundan dolayı toplum-birey çatışmasında daima bireyi savunacak olan liberalizm, toplumu atomize ederek aslında kendi savunduğu değerleri yok etmektedir. Toplum-birey çatışmasında bireyin kendisini oluşturan toplum tercih edilmelidir.

Komüniteryanların liberal özgürlük anlayışına yönelttikleri bir diğer eleştiri ise hak ve özgürlüklere yaptıkları evrensellik vurgusundadır. Kültürel olarak farklılaşan toplumların farklı hakları ön plana almaları söz konusudur. İnsan haklarının en azından nispi göreceliliğini savunan bu anlayış farklı toplumların sahip oldukları gelenekleri, dinleri hak ve özgürlüklere olan bakışı evrensel değil göreceli kılacaktır. Bu anlayışa göre, insan hakları olarak nitelenen haklarının aslında Batı toplumunun hakları olarak niteler ve diğer toplumlar için bu hakların görünüşünün, önem sıralamasının değişeceğini savunur.¹⁵ Kültürel rölativizm olarak adlandırılabilir bu görüş, özellikle insan haklarının evrensel olduğu argümana karşı çıkararak, Batı'nın kendi insan anlayışını, kendi insani değerlerini ve insan hakları anlayışını dayattığını ileri sürer.

¹⁴Şahin, **İfade Özgürlüğü**, s. 86-89

¹⁵ Şahin, **İfade Özgürlüğü**, s. 89

Sonuçta Batı'daki evrensel ya da bölgesel örgütlerin insan anlayışı, Batı'nın elini sürdüğü liberal/burjuva öğretinin insan anlayışıdır.

3. Pozitif Özgürlük Anlayışının Tenkidi

Pozitif özgürlük anlayışının sağlam eleştirmenlerinden biri Berlin'dir. Berlin'e göre pozitif özgürlük anlayışı şunu söyler: ben, kendimin efendisiyim, kimsenin kölesi değil; ama acaba doğanın kölesi olmayabilir miyim ya da dizginlenemeyen tutkularımın? Burada ideal bir ben anlayışı benimseyen pozitif özgürlük anlayışı insanın irrasyonel dürtülerden, kontrol edilemeyen arzulardan, insanın düşük doğasından, anlık hazların takiplerinden insanı ari kılmak ister. Kolektivite ya da organik bütün, bu ideal ben anlayışını inatçı üyelerine kabul ettirmek için zorlama hakkına sahip olacaktır. Zira kişinin özgürlüğünü sınırlayan açgözlülük, şehvet ya da cehalet gibi içsel engeller ari olan ideal ben kavramına ulaşamaması, bu ulaşamayan insanların körlüğünü, cehaletini, yozlaşmasını ortaya koyar. Bu yüzden pozitif özgürlük anlayışı, bu insanların neye ihtiyacı olduğunu kendilerinden daha iyi bilindiğini savunur ve sahip olunan ideal ben kavramını kişiye dayatmak adına zorlamak, baskı yapmak, işkence etmek hakkını kabul eder.¹⁶

Özgürlüğün kendi kendisini rasyonel olarak yönlendirme olarak tanımlayanlar, er ya da geç bu yaklaşımları insanın içsel yaşamıyla sınırlı kalmayacak, aynı zamanda kişinin toplumun diğer üyeleriyle olan ilişkisini de nazara alacaktır. Fichte'e göre çocuklar nasıl okula gitmek zorunluluğunu anlayamıyorsa, rasyonel olmayan insan da aynı şekilde içsel engellerden kurtulmak, olması gereken alana yönelmek için onlara karşı zor kullanılmalıdır. İcbarın da bir çeşit eğitim olduğunu söyleyen Fichte, rasyonel insana itaat ederek aslında kendimize itaat edeceğimizi iddia eder.¹⁷

Negatif özgürlük anlayışına taraftar olanlar, pozitif özgürlük anlayışının sahip olduğu bireyi, onun rızası olmasa dahi ondan daha iyi bildiğimiz bir gerçeğe, olması gereken alana yönlendirme çabasının, totalitarizme yol açacağını savunur, en azından totaliter veya despot rejimler için bir gerekçe oluşturacağını söylerler. Aynı zamanda Devletin sosyal hayattaki rolü arttıkça, olumlu edimi çoğaldıkça Devlet tarafından düzenlenen alanlar da artacaktır. Bu düzenlemeler ile birlikte artık Devletin asıl yükümlülüğü olarak savunduğumuz negatif/kaçınma yükümlülüğüne de bir son vererek

¹⁶ Berlin, **Four Essays**, s. 132-133

¹⁷ Berlin, **Four Essays**, s. 145-150

özgürlüğün ancak ve ancak Devlet tarafından sağlanması durumu ortaya çıkacaktır. Pozitif özgürlük anlayışına sahip Kant ve Fichte gibi düşünürlerin yanı sıra Marx'ın savunduğu görüşler de sosyal, ekonomik ya da bireysel birçok koşulun birer özgürlük engeli sayılıp, Devletin müdahale alanının genişlemesine yol açarak totalitarizme giden yola taş döşeyecektir.

Pozitif özgürlük anlayışı ile negatif özgürlük anlayışı arasındaki temel fark şudur: Negatif özgürlük anlayışına göre özgürlüğe müdahale dışarıdan gelmektedir, dışsal müdahale ile özgürlük sınırlanmaktadır ve bu yüzden de dışarıdan gelen müdahalelerin önlenmesi gereği doğmaktadır, yani devletin herhangi bir pozitif edimden kaçınması gerekmektedir, pozitif özgürlük anlayışına göre ise özgürlüğe müdahale içeriden, kişinin kendisinden gelmektedir ve bu yüzden de devletin pozitif bir edimde bulunup bireyleri özgürleştirilmesi gerekmektedir. Marksist doktrindeki bir durumu açıklığa kavuşturmak gerekir. Şöyle ki; marksist doktrinde özgürlüğün engeli gene içtedir; yabancılaşma. Ancak bu yabancılaşma dışarıdan, ekonomik ve sosyal sebeplerden kaynaklanır. Marx içerdeki engel için praxisi önerir, dışardaki engel için ise devrimi.

Her iki özgürlük anlayışı(negatif-pozitif) da eleştirilmiş, özgürlüğü ikisinin de tam olarak tanımlayamadığı ifade edilmiştir. İdeolojilerden gücünü alan bu anlayışların insan haklarına bir insan hakkı olması hasebiyle değil aslında insan haklarını(hak ve özgürlükleri), gücünü aldıkları ideolojileri olumlamak için bir araç niteliğinde, ideolojilerin kuramları çerçevesinde kullanılmıştır. Negatif özgürlük anlayışı adaletsizliği ve eşitliği bakımdan eleştirilmiştir. Negatif özgürlük anlayışı insan haklarının özünü, yani insan onuru kavramını dikkate almamakta ve insan haklarının temelini sarsmaktadır.¹⁸ Pozitif özgürlük anlayışı ise devletin pozitif edim yükümünü genişleterek totaliter rejimlere, despot yönetimlere kapı aralamaktadır. Bu yüzden her iki özgürlük sınıflaması da özgürlüğü tanımlamak için yetersiz kalmaktadır.

C. Özgürlüğün Üçüncü Konsepti

Gerald C. MacCallum özgürlüğün bir üçlü ilişkiden oluştuğunu söylemektedir. Özgürlük, kişinin(x), bir şeyi, hareketi veya hareketsizliği(z), yapmak ya da yapmamak, gerçekleştirmek veya gerçekleştirmemek konusunda bir şeylerden(y) ari, özgür olmasıyla sağlanır. Burada x, özgürlüğün/hakkın öznesi olan ajana; y, engelleyici

¹⁸ Şahin, **İfade Özgürlüğü**, s.127

şartlara, sınırlamalara, kısıtlamalara, müdahalelere, engellere; z ise hareketin niteliği, hareketin gerçekleşme koşullarına tekabül eder. Burada özgürlüğün bu üçlü ilişkinin de sağlandığı hiçbir bileşenin göz ardı edilmemesi gerektiği belirtilir. Yazar, pozitif ve negatif özgürlük anlayışının özgürlüğü tanımlamak için yetersiz olduğunu vurgulamıştır. Negatif özgürlük taraftarları özgürlüğü özgürlüğün öznesi olan ajandan ari olarak tanımlamaktadırlar. Hâlbuki özgürlüğü, özgürlüğün sujesinden ayrı olarak düşünmek mümkün değildir. Diğer taraftan pozitif özgürlük taraftarları da "özgürlüğü ya bir irade özgürlüğü sorunu yapmışlar ya da özgürlükle bağlantısı olan bir takım koşulların ne kadar ilgili olduklarını dikkate almaksızın, özgürlüğün yapısal unsurları arasında değerlendirmişlerdir."¹⁹ Pozitif özgürlük anlayışına taraftar düşünürler içsel koşulları, karakter koşullarını özgürlüğün gerçekleşmesinde birer engel olarak görürken, negatif özgürlük anlayışına taraftar düşünürler ise bu karakter koşulları özgürlüğün gerçekleşmesi için bir koşul saymamakta bununla beraber özgürlüğün gerçekleşmesi için kendi iç yapısındaki nesnel koşullarını kendi özgürlük anlayışından dışlamaktadır. MacCallum'un savunmuş olduğu özgürlük anlayışı Devletin pozitif edimini dışlamamakta ancak devletin edimleri arasında bir değerlendirme yaparak, sınırlı ölçüde izin verilen bir pozitif özgürlük anlayışı olmaktadır. Bazı durumlarda Devletin müdahalesinin kısıtlayıcı değil özgürlüğü arttıran bir niteliğe sahip olduğunu savunmaktadır.²⁰

Günümüzde artık negatif-pozitif hak ayrımı gereksiz görünmektedir. Çünkü negatif özgürlük anlayışının bir ürünü olan medeni ve siyasal hakların da kurumsallaşabilmesi ve hak sahiplerinin hakkı kullanıp haktan yararlanabilmesi için devletin pozitif edimine ihtiyaç duymaktadır. M.S. Gemalmaz'ın tespitleri bu sınıflandırma bakımından önemlidir:

"Ne var ki, bu sınıflamanın geçerliliği, bir bakıma, yapaylığına göz yumulduğu ölçüde söz konusu olabilir. Çünkü, kamusal otoritelerin "müdahale etmemesi" nitelendirmesiyle belirlenmeye çalışılan negatif haklar listesi içindeki haklar da, aslında, kurumsallaşabilmesi,

¹⁹ Şahin, **İfade Özgürlüğü**, s.110

²⁰ MacCallum, "**Negative...**", s.102-119

hak sahiplerinin onları kullanıp yararlanabilmesi için devletin çeşitli biçimlerdeki müdahale ve katkısını gereksinirler. Örneğin, bu kategoride sayılan adil ve usulüne uygun yargılanma hakkını ele alalım. Bu hakkın var olabilmesi için, devletin, mahkemeler kurması, yargıç ve savcılar görevlendirmesi, savunma hakkı için koşulları oluşturması, yargıya başvuru olanaklarını sağlaması, gerekli araç ve donanımı temin etmesi, vb. gibi çok sayıda edimi gerektiği biçimde kurumsallaştırması gerekir. Bu hak ekseninde belki devletin biricik negatif edimi, yargının bağımsız tarafsız ve nesnel karar vermesini etkileyebilecek tür ve kapsamdaki olası müdahalelerden sakınmaktan ibarettir."²¹

Sonuç olarak hakların bu şekilde sınıflandırılması belirli ölçüde geçerliliklerini yitirmiştir. Hangi tür hak söz konusu olursa olsun belirli ölçüde devletin müdahalesine ihtiyaç duymaktadır. Bu husus Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına da yansımış, haklar için devletin pozitif edim yükümünde bulunmamasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ihlal(violation) saymıştır.

L. C. B. v. the United Kingdom davasında bu kavrayışı görmekteyiz. Olayda başvurucunun babası Kraliyet Hava Kuvvetleri için aşçı olarak çalışırken, 1957 ve 1958 yıllarında Christmas adasında nükleer test yapılırken adada bulunmuştur. 1966 yılında doğan başvurucuya 1970 yılında lösemi teşhisi konmuş ve muhtemel etken olarak babasının maruz kaldığı radyasyon gösterilmiştir. Mahkeme olayda nedensellik bağının bulunmadığını beyan ederek ihlal kararı vermese de içtihadında Devlete pozitif bir edim yükümlülüğü yüklemesi ve daha sonraki içtihatlarında bu karara atıf yapması kararın önemini vurgular niteliktedir. Mahkeme Sözleşme'nin 2.maddesinin I.fikrasının ilk cümlesinin -"Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur."- devlete sadece kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmekten kaçınma yükümlülüğü değil, ama aynı zamanda egemenlik

²¹ Gemalmaz, **Devlet**, s.516

alanında bulunan kişilerin yaşamını korumak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü de yüklediğini içtihat etmiştir.²²

Kılıç v. Türkiye davası ise bir başka örnektir. Olayda Kemal Kılıç ölüm tehditleri alması üzerine validen koruma talep etmiş, valilik ise böyle bir önlemin gerek olmadığına karar verip bu talebi reddetmiştir. Daha sonra ölüm neticesinin gerçekleşmesi dolayısıyla Mahkeme ihlal kararı vermiştir. Mahkeme, *L. C. B. v. the U.K.* kararına atıf yaparak Sözleşmenin 2.maddesinin I.fikrasının ilk cümlesinin Devlete bilinçli ve yasadışı ölümleri önleme yükümlülüğü yanında, kişilerin yaşam hakkının hukuken korunması için uygun önlemlerin de alınmasını gerektirdiğini belirtmektedir. Bu hüküm, kişiler aleyhine işlenecek suçları caydırıcı etkili ceza hükümleri koyarak ve bu hükümlerin ihlalini önleyici, bastırıcı ve cezalandırıcı icra mekanizması getirerek yaşam hakkını güvence altına alması konusunda Devlete verilecek asli bir görevi de içermektedir. Pozitif bir yükümlülükten bahsedildiğinde otoritelerin, birey ve bireylerin yaşam hakkına yönelen gerçek ve yakın bir tehlikenin varlığından haberdar olması ve bu tehlikeden kaçınabilmek amacıyla yetkileri kapsamında önlem almaları durumunun varlığı söz konusudur.²³

Kaya v. Türkiye davasında karara konu olan olayda başvuru kardeşinin güvenlik güçlerince kasten öldürüldüğünü iddia etmiştir. Savcının etkin bir soruşturma yürütmemesi, adli tıp raporlarının vasatı aşmayan yetersiz raporu ve Hükümet'in çelişkili, olayı aydınlatmaktan uzak davranışları ve kendi tezlerini ortaya koyacak makul delillerinin olmaması sonucunda Mahkeme ihlal kararı vermiştir. Mahkeme Sözleşme'nin hem 2.maddesi olan yaşam hakkı hem de 6.maddesi olan adil yargılanma hakkı kapsamında olayda başvuru makamlarının etkin bir şekilde soruşturma yapmadığından, kamu makamlarının araştırmalarının yetersiz olduğundan dolayı ihlal kararı vermiştir.²⁴

AIHM sadece yaşam hakkı kapsamında değil diğer haklar bakımından da devletin pozitif edim yükümlülüğünü öngörmektedir. Sözleşmenin 3.maddesi kapsamında verilen bir karar olan Sevtap *Veznedaroğlu v. Türkiye* davasında

²² Karar için bkz. **L.C.B. v. United Kingdom**(App. 23413/94)

²³ Karar için bkz. **Kılıç v. Turkey** (App.22492/93) Ayrıca karara ulaşmak için: http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/22492_93.pdf(Çevrimiçi: 20.11.2014)

²⁴ Karar için bkz. **Kaya v. Turkey** (App. 22535/93)

başvurucunun iddialarının adli tıp raporuyla belgelenmesine rağmen soruşturma makamlarının ataletinin ve etkin bir soruşturma yapamamasında dolayı Mahkeme Sözleşmenin 3.maddesi kapsamında ihlal kararı vermiştir. Mahkeme yine aynı şekilde devletin başvuruçunun iddialarının "sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılmasıyla sonuçlanan bir soruşturmayı gerekli kıldığını" kamu makamlarının bunu gerçekleştirmediği takdirde bu fiilden sorumlu olunacağı belirtilmiştir.²⁵

Özel yaşamın korunması hakkında da benzer kararlar vardır. *X ve Y v. Hollanda* davasında Mahkeme'ye göre, "Sözleşme'nin 8.maddesi esas itibariyle bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalesine karşı korumakla birlikte, Devleti sadece böyle bir müdahalede bulunmaktan kaçınmaya zorlamakla kalmaz; bu öncelikli negatif yükümlülüğe ek olarak, özel ve aile yaşamına etkili bir şekilde saygı gösterilmesi için pozitif yükümlülükleri de bulunabilir."²⁶ Sözleşmenin bütün haklarına bu şekilde örnek getirmek çalışmanın kapsamını aşacaktır. O yüzden kısaca özetlemek gerekirse Mahkeme, Sözleşme hükümlerini yorumlarken devletin sadece negatif edim yükümlülüğünün bulunmadığı aynı zamanda pozitif edim yükümlülüğünün de bulunduğu, en azından kamu makamlarınca etkin bir soruşturma yapılmamasını Sözleşme'nin ihlali saydığını kararlarında açık bir şekilde belirtmiştir.

Devlet uluslararası alanda sadece dikey ilişkiden yani *kamusal otorite-birey* ilişkisinden sorumlu değildir aynı zamanda yatay ilişkiden yani *birey-birey ve azınlık-çoğunluk* ilişkisi ekseninde de sorumluluğu söz konusu olabilmektedir.²⁷ M. S. Gemalmaz'a göre devletin yatay sorumluluğu, bireyler arasındaki özel ilişkilerden hareketle uluslararası sorumluluğu birkaç şekilde açığa çıkar:

"*Birincisi*, Devlet, bu özel ilişkiler alanını düzenleyen mevzuatı üretmekle yükümlüdür. Bu mevzuatın temel

²⁵ Karar için bkz. **Sevtap Veznedaroğlu v. Turkey** (App. 32357/96) Ayrıca kararın çevirisine ulaşmak için: http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/32357_96.pdf (Çevrimiçi: 20.11.2014) Buna benzer kararlar için bkz. **Assenov v. Bulgaria** (App. 24760/94); **Aksoy v. Turkey** (App. 21987/93); **Aydın v. Turkey** (App. 23178/94)

²⁶ Karar için bkz. **X and Y v. Netherlands** (App. 8978/80) Ayrıca kararın çevirisi için bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=98> (29.11.2014)

²⁷ Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt II, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012, s.542

espirisi, güçsüz tarafı koruyacak, kollayacak, güçlü tarafı da frenleyecek, haksızlık yapmaktan caydıracak nitelikte olmasıdır.(...)

İkincisi, Devletin özel ilişkinin mağdur tarafı korumaya hizmet üzere ürettiği mevzuat ve bununla oluşturduğu mekanizma ve usuller işlerliği olan mahiyette olmalıdır. Burada işlerlik iki yönlüdür. İlki, mağdurun tahriki ile başlayabilir; ancak bu yeterli değildir; yetkilendirilmiş kamusal makamların resen harekete geçmesiyle de mekanizma çalışır durumda olmalıdır.(...)

Üçüncüsü, Devlet(yetkili makamlar), bireyler arasındaki özel ilişkilerde hak ihlalinde bulunan taraf hakkında kovuşturma yapmak, failleri tespit etmek, yargılamak, suçu sabit görülenleri cezalandırmak sorumluluğunun da altındadır.(...)

Dördüncüsü, Devlet bu türlü ihlalleri engelleyici önlem almakla da sorumludur. Yaptırım/ceza, bunun için yeterli değildir. Devlete düşen önlem alma yükümlülüğü çok daha geniş bir alana yayılır."²⁸

Anlaşıyor ki günümüzde artık negatif/pozitif özgürlük anlayışının bir geçerliliği kalmamıştır. Sözleşme organları, Sözleşmede mündemiç olan hakların Devlete negatif -kaçınma- edim yükümlülüğünün yanında pozitif bir edim yükümlülüğü de öngörmüştür ve Devleti pozitif ilişkiden sorumlu tutmasıyla beraber 'sözleşmesel etki alanı yatay olarak genişletmiştir'. Artık pozitif haklar-negatif haklar ayrımının gereksiz kalması, bu ayrımın niteliğini değiştirmiştir. Nitekim şahsi kanaatim bir negatif hak listesi olan birinci kuşak hakların için dahi Devlete yüklenecek pozitif yükümlülük bulunduğu için hakkın konusu incelenirken 'hakkın pozitif içeriği' ile 'hakkın negatif içeriği' şeklinde bir ayrımın ve terminolojinin de, günümüz Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku'na daha uygun gözükmektedir.

²⁸ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s.543

D. Sınırın Sınırı

Sınırlı bir pozitif özgürlük anlayışı dedik ama bu anlayışın sınırı nasıl belirlenecek? Bu soruya bu çalışma çerçevesinde vereceğim cevap bu çalışmada benimsenen yaklaşım bakımından Rawls'un ve Dworkin'in kuramlarından geçmektedir.

Öncelikle Rawls'un adalet kuramından bahsetmek gerekir. Rawls, Locke, Rousseau ve Kant sentezinden oluşan ve daha yüksek bir konsepti hedefleyen bir sosyal sözleşme kuramı dile getirir. Rawls'ın sosyal sözleşmesinde tabii halin bir türevi olan bir başlangıç durumu vardır. Bu başlangıç durumuna bilinmezlik perdesi(veil of ignorance) hâkimdir.²⁹ Bu perde, kuramın temelini oluşturacak adalet ilkelerinin oybirliğiyle belirlenmesi içindir. Zira bilinmezlik perdesi adalet hususunda anlaşmazlığa yol açacak üç meseleyi saklar: "(1) toplumdaki yerlerinin ne olduğunu(etnik ya da kültürel bir azınlık ya da çoğunluğa ait olup olmama, kadın ya da erkek olma vs.); (2) temel kaynaklar için kendi ödeneklerinin ne olduğunu(zengin ya da fakir olma); (3)kendi belirli anlayışlarının ne olduğunu."³⁰ Bunun neticesinde toplumun temelini oluşturacak iki adalet ilkesi ortaya çıkacaktır. İlk ilke herkesin, başkasının bir özgürlüğünü ihlal etmeyecek şekilde maksimum özgürlüğe sahip olma hakkıdır. Bu ilkede Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde odaklaşan '*başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmek*' şeklinde tanımlanan bir tabii hukuk argümanı olan negatif özgürlük anlayışını bariz bir şekilde görürüz. İkinci ilke; toplumsal ve ekonomik eşitsizliklerin, toplumda en dezavantajlı olan grubun yararına olacak bir şekilde düzenlenmeli ve adil fırsat eşitliği ilkesi uyarınca sosyal hayatta mevcut bulunan pozisyon ve görevler herkese açık olmalıdır.³² Adaletin ikinci ilkesi Rawls'ın adalet kuramının egaliteryan niteliğini ortaya koyar.

²⁹ Bilinmezlik perdesi aslında bu kuramı Rousseau'nun sosyal sözleşmesine yaklaştırmıştır.

³⁰ Andre Bertan, Pablo daSilveira, HervePourtois, **Liberaller ve Cemaatçiler**, Dost Kitapevi, Ankara, 2006, s. 35 dipnot 7'den aktaran Türkbağ, Ali Ulvi, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı**, Derin Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 36

³¹ Aslında Rawls'ın adalet kuramı için bilinmezlik perdesine ihtiyaç duyması, Kantçı(deontolojik) teorilere uymadığı için eleştirilmiştir. Zira Kant'ın ahlak anlayışında yarara rağmen kişinin ödevini yapması gerekir.

³² Ali UlviTürkbağ,, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak**,s. 37, Hüseyin Avşar, **Siyaset Felsefesi Açısından John Rawls'un Adalet Teorisi**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, s. 42-50.

<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/3180/4034.pdf?show>(02.12.2014)

Burada Rawls'un adalet kuramından etkilenmiş Dworkin'in haklara dayalı tezi büyük önem arz eder. Dworkin öncelikle hak bildirimleri olarak tanımlayacağı ilkeler ile politikalar arasındaki ayrımı açıklar:

"Toplumun ekonomik, siyasi veya sosyal alanların birisinde genel bir gelişme, erişilecek hedef ortaya koyan türden standartlara 'politika' diyorum. Cazip görünen bir ekonomik, siyasi ya da sosyal durumu garanti edip ilerlettiği için değil, adalet, hakkaniyet ya da ahlakın başka bir boyutunun gerektirmesinden dolayı uyulması gereken standartlara da ilkeler diyorum....İlke argümanları bireysel hakkı saptamak için tasarlanan argümanlardır; politika argümanları kolektif bir hedefi saptamak için tasarlanan argümanlardır. İlkeler hakları tanımlayan önermelerdir; politikalar amaçları tanımlayan önermelerdir."³³

Bu ayrımı örneklendirerek açıklamak gerekirse; sigara tüketimini azaltmak bir sosyal politikadır; başkasına zarar vermemek koşuluyla kişinin sahip olduğu hareket serbestisi de bir ilkedir yani kısaca bir haktır. Politikalar en çok sayıda insanın en büyük mutluluğunu hedefler. Bu bakımdan politikalar oluşturulurken aslında J. Bentham'ın faydacı yaklaşımı benimsenir. Ancak çoğunluğun en büyük mutluluğu için az sayıda bir kimsenin hakları alanında mutsuz olmasına Dworkin karşıdır. Bu yüzden Dworkin, hakları, oluşturulan sosyal politikalara karşı bir koz olarak kabul eder. Oluşturulan bir politikanın uygulanabilecek son alanı haklarla belirlenir. Burada aynı zamanda tabii hukukun bir argümanı olan 'başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmek' ilkesinin de Dworkin'in haklar kuramında eridiğini görmekteyiz. Dworkin özgürlüğün ancak eşit bir konsept içinde gerçekleşebileceğini savunur. Onu klasik liberallerden ya da liberteryenlerden ayıran husus budur. Özgürlük insanlara eşit bir şekilde sunulmak zorundadır. Faydacı düşünceye karşı dağıtıcı adalet ilkesini savunur eşit muamele

³³ Ronald Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Ankara, Dost Kitapevi, 2007, s. 46, 124.

görme hakkı ile eşit olarak muamele görme hakkını oluşturur. Burada Rawls'un fırsat eşitliği ilkesine benzer bir ilkeyi görürüz. Bu yüzden politikalar ile haklar çatıştığında diğer tarafta çoğunluğun mutluluğu olsa bile, haklar bu politikalara karşı bir koz olarak uygulanabilecektir. Haklar ile politikalar ayrı yönü gösterdiğinde istisnai durumlar saklı kalmak üzere haklar tercih edilecektir.³⁴ Bu bakımdan yukardaki sigara örneğine dönersek eğer sigara tüketiminin azaltılması politikası sigara fiyatlarının vergilendirme ile aşırı artması sonucu bireyin kamusal olmayan bir alan olan kendi evinde veya sadece sigara içenlerin dumana maruz kaldığı bir alanda sigara içmemesi bireyin özgürlüğüne müdahale teşkil edecektir.

Dworkin'in haklar kuramını yukarda savunmuş olduğumuz sınırlı pozitif özgürlük anlayışının sınırını oluştururken kullanmak mümkündür. Buna göre bir sosyal politika yani hakka pozitif olarak yaklaşım ile temel hak ve özgürlüklerin çatışması durumunda bireyin hak ve özgürlükleri her zaman için üstün tutulacaktır. Bu sınır aslında bizatihi hakkın kendisiyle belirlenecek. Devletin pozitif edimi, hakkın kendisini ihlal edecek nitelikteyse, müdahale özgürlüğü artırmayıp, kısıtlayan bir nitelikteyse, artık böyle bir edime, müdahaleye izin verilmeyecektir. Yani böyle bir müdahaleye itiraz ilk başta hakkın kendisinden gelecektir. Çünkü pozitif yükümlülükten dolayı Devlet müdahalesinin bekleneceği durumlar olacaktır ve pozitif yükümlülüğün alanı genişledikçe Devlet sosyal hayata, bireyin hayatına daha fazla müdahale edecektir. Bu yüzden pozitif yükümlülüğe bir sınır Devletin negatif yükümlülüğüdür. Hakkın pozitif içeriğinin sınırı, negatif içerikle belirlenecektir. Böylece bazı kolektif hedefler uğruna bireyin özgürlüğüne müdahale gerçekleşmeyecektir. Bu incelemenin katı kriterler yerine her hak için somut olaya göre ayrı ayrı yapılması, hak ve özgürlükler adına daha yararlı olacağı kanaatindeyim.

Sınırlı pozitif yükümlülük yaklaşımını sınırlayacak bir husus da Sözleşme'ye taraf olan Devletlerin takdir yetkisidir. Takdir yetkisi veya takdir marjı, Starsbourg organlarının içtihatla ürettiği bir doktrindir. İncelemeye konu olan olayda eğer Mahkeme, Devletin hareketini veya hareketsizliğini, takdir yetkisi içinde değerlendirirse bu durumda ilgili konu hakkında sadece Devletin tasarruf yetkisi olacak ve kendi iç hukuk yolları bunun hakkında karar verebilecektir ama AİHM karar veremeyecektir. Takdir yetkisi doktrini, Devletin egemenliğinin veyahut iktidarının

³⁴ Türkbağ,,**Kanıtlanamayanı Kanıtlamak**,s. 90-105

meşruiyetini sağlayan demokrasiye gösterilen saygıya ve Sözleşme organlarının ikincil nitelikte bir yetkiye sahip olmasına dayanır. Sözleşme organları pragmatik bir şekilde kendi otoritesini kabulünü sağlamak ve taraf Devletleri Sözleşme sistemi içinde tutmak için bu doktrini geliştirmişlerdir.³⁵ Bunun yanı sıra 20.yüzyılda ortaya çıkan göreceli insan hakları anlayışları da bu doktrini destekler. Buna göre evrensel olarak nitelenen insan hakları aslında Batı toplumunun haklarıdır. İnsan haklarının göreceli olarak temellendirilmesinde insan haklarının öngelen bir varsayımla evrensel olduğu iddiasına karşı çıkılır. Toplumdan topluma kültürel, dini, sosyal ve ekonomik farklılıklar vardır. Bu yüzden hakların sıralanmasında, hakların içeriğine, haklara olan bakış açılarında farklılıklar vardır. Bu insan haklarının evrenselliğini engellemez ama ancak hakların uygulanmasında bir evrensellik görülemeyecektir. Nitekim Handyside vakasında sözleşmeye taraf olan Devletlerin yeknesak bir ahlak anlayışının olamayacağı ifade edilmiştir.

Mahkeme kararlarında, "ulusal makamlar kural olarak uluslararası yargıçtan daha iyi konumdadır" diyerek Devletin takdir yetkisinin varlığını kabul eder.³⁶ Bu bakımdan Devletin pozitif edim yükümlülüğü de öngörülen Devletin takdir yetkisi ile sınırlanacaktır. Devletin takdir marjı, mevcut hususa göre değişebilmektedir. Toplumsal, kültürel, dini yapıya dair meselelerde bu takdir alanı genişleyebilmekte dolayısıyla ihlal kararı verilmemektedir. Bu alan aynı şekilde, toplumsal, hukuki alandaki değişimlerle zamana göre genişleyebilir veya daralabilir. Mahkeme daha önce Devletin takdir marjında kabul ettiği bir husus için zamanın geçmesiyle yeni olayda takdir marjını kabul etmeyip ihlal kararı verebilir. Bu da aslında Sözleşmenin yaşayan bir belge olma niteliğinden kaynaklanan bir özelliktir. Diğer Avrupa ülkelerinde oluşan bir konsensüs söz konusu ise Devletin takdir yetkisinden bahsedilmesi pek mümkün gözükmemektedir. Yani diğer Sözleşmecilerle dava konusundaki düzenlemelerde belirli ölçüde bir oйдаşma hakim ise bu durumda Devletin takdir marjından söz edilebilmesi istisnai ölçütlere dayanmak zorundadır.

³⁵ Ali RızaÇoban,, **Starsbourg'da Herküllere İhtiyacımız Var Mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**, s. 6

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1498/16519.pdf> (02.12.2014)

³⁶ Çoban, **a.g.m.**, s. 8

Mahkeme'nin oluşturduğu takdir marjı doktrini, insan haklarının evrensel olma niteliğine zarar verdiği için eleştirilmiştir. Ancak aşağıda da göreceğimiz üzere Devlete, yasa yapmaya kadar gidebilen bir yükümlülük yüklenmesi ve bunun herhangi bir toplumsal düzen ya da din bazında revize edilmemesi, egemen ya da daha doğrusu iktidar olan Devlet kavramıyla bağdaşmayacaktır. Bu yüzden özellikle pozitif yükümlülüklerin de artık kabul edildiği bu dönemde Devletin takdir marjının dikkate alınması gerektiği kanaatindeyim.

II. İçtihatlarda Pozitif Edim Yükümlülüğünün Sistematiği

Yukarda Strasbourg organlarında pozitif edim yükümlülüğüne dair bir kaç örnek verildi. Şimdi, Komisyon ve Mahkemenin verdiği kararlarla oluşan sistematiği incelemek gerek. Pozitif edim yükümlülüğü, Sözleşmede mündemiç olan haklardan çıkarılabileceği gibi, Mahkeme veya Komisyon(günümüzde sadece Mahkeme) da bu yargıya varabilir. Bu ilk durumda pozitif yükümlülük normatif kaynaklıdır. İkinci durum söz konusuysa, o zaman olumlu edim yükümü içtihadi kaynaklıdır. Mesela Sözleşmenin 6.maddesinin 3.fikrasındaki (c) bendi, adil yargılanma hakkı bakımından pozitif bir yükümlülük için normatif bir dayanaktır.³⁷

Sözleşme organları içtihat ile oluşturdukları pozitif yükümlülüklerde Sözleşmenin 1.maddesine³⁸ ve Sözleşmenin uygulanmasındaki etkililik ilkesine dayanmışlardır.³⁹ Şemsi Önen vakasında Mahkeme, yaşam hakkını AIHS Madde 2 altında incelerken, Devlete genel bir görev/yükümlülük yükleyen Madde 1 ile birlikte yorumlanması gerektiği, bu yüzden ölümle neticelenen bu tip olaylarda etkili bir soruşturma yükümlülüğünün(effective official investigation) bulunduğunu belirtir.⁴⁰ Tabi Mahkeme, bu içtihadını geliştirmiş ve Önen vakasında belirttiği gibi yaşam hakkı ile sınırlı tutmamıştır. Airey vakasında ise Mahkeme, soyut, teorik, hayali hakları değil

³⁷ Gülay Arslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2011, s. 48.

³⁸ AIHS'nin 1.maddesi şunu ifade eder: "Yüksek Sözleşmeciler Taraf, kendi yargı yetki alanında bulunan herkesin bu Sözleşmenin birinci bölümünde tanımlanan hak ve özgürlüklerini güvence altına alır."

³⁹ Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, s. 48; Barış Bahçeci, "Özel Hayata Saygı Hakkı Alanında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi İçtihatları", **Erdoğan Teziç'e Armağan**, İstanbul, Beta, 2007, s.518.

⁴⁰ **Önen v. Turkey** (App. 22876/93) para. 90

ancak uygulanabilir ve etkili hakları garanti altına aldığından (guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective) bahseder.⁴¹ Mahkeme burda da Sözleşmenin etkili bir şekilde uygulanması ilkesini ortaya koymuştur.

Mahkeme pozitif yükümlülük olarak sonuç yükümlülüğü ile önlem alma yükümlülüğü (obligation of result, obligation of conduct/means) öngörmüştür.⁴² *İpek* davasında etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün açıkça bir sonuç yükümlülüğü olmadığı ama önlem alma yükümlülüğü (This is not an obligation of result but of means) olduğu belirtilmiştir.⁴³

A. Önlem Alma Yükümlülüğü

Önlem alma yükümlülüğü, hem ihlalden önceki kendisinden beklenebilen bir önlem alması yükümünü hem de ihlal vuku bulduktan sonraki aşamada kamu makamlarının bazı davranış formlarını gerçekleştirme yükümünü Devletin sırtına yükler. Buna göre Devlet ihlal konusu teşkil edebilecek bir konuda hareketsiz kalmayacak ve olumlu edim yükümlülüğünden ötürü özen prensibi içerisinde gerekli önlemleri alacaktır. Aksi halde Sözleşme bakımından ihlal gerçekleşecektir.

Önlem alma yükümlülüğünün; ihlalden önceki yükümlülük ve ihlalden sonraki yükümlülük olarak ikiye ayrılması gerektiği kanaatindeyim.⁴⁴

1. İhlalden Önceki Yükümlülükler

a) Hakkı Kurumsallaştırma Yükümlülüğü

Yukarda da bahsedildiği gibi birinci kuşak hakların kurumsallaşabilmesi ve bunun sonucu olarak hak sahiplerinin bu hakkı kullanabilmesi veya bu haktan faydalanabilmesi için Devletin pozitif bir edimi gereklidir. Adil yargılanma hakkı için Devletin önceden mahkeme kurması, bu mahkemeye bağımsız ve tarafsız hâkim ve

⁴¹ *Airey v. İreland* (App. 6289/73) para. 24

⁴² Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, s. 48

⁴³ *İpek v. Turkey* (App. 25760/94) para. 170

⁴⁴ Burada önlem alma yükümlülüğü; (i) hak ihlallerini önlemeye yönelik yükümlülükler ve (ii) hak ihlallerini ortaya çıkarmaya ve cezalandırmaya yönelik yükümlülükler olarak ikiye ayrılmıştır. Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, s. 49-51

savcılarının atanması, savunma hakkının teşkili için gerekli koşulların oluşturulması gibi yükümlülükleri vardır.⁴⁵ Nitekim aynı hususu Sözleşmenin 9.maddesi açısından da düşünebiliriz. Bireyin düşünce özgürlüğüne sahip olabilmesi için öncelikle bilgi sahibi olması lazım. Hem bilgi edinme hakkının bireylere tesis edilmesi hem de bu hak çerçevesinde asgari bir eğitim düzeyinin Devlet tarafından sağlanması lazımdır. İşte ihlalden önce Devletin gerçekleştirmesi gereken bu yükümlülükler, hakkın kurumsallaştırılması için yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerdir. Bu yükümlülük hakkın kendi yapısından kaynaklanır.

b) Kanun Yapma Yükümlülüğü

Devlet bireyin birey ile ve bireyin toplum ile olan ilişkisini düzenleyen ve belirli bir toplumsal düzen ortaya koyan ceza kanunları ve özel hukuk kanunları oluşturarak Sözleşmenin ihlalin önlemesi gerekmektedir. *M.C. vakasında* Mahkeme, değerlendirmesinde rıza verilmeden yapılan cinsel ilişkinin yani cinsel saldırının etkili bir şekilde cezalandırılması için tecavüze ilişkin kanun hükmünün yapılması ve bunun etkili bir şekilde soruşturulması gerektiğinden bahsetmiştir. Olayda, Bulgaristan Ceza Kanununda tecavüzün fiziksel zorlamayla gerçekleşebileceği yaklaşımı işlenen bu suçu cezasız bırakma sıkıntısını doğurmaktadır. Bu yüzden Mahkeme bunun katı bir yaklaşım olduğunu belirterek, Ceza Kanununun çağdaş anlayışa uygun olarak rızasız gerçekleşen bir cinsel fiilin etkili bir şekilde cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁶ Böylece Mahkeme, Devletin, tecavüzün rızasız gerçekleşen bir cinsel fiil olarak tanınmasını yani Devletin kanun yapmasını, yasa çıkarmasını pozitif yükümlülüğün içinde değerlendirmektedir.

c) Denetim ve Kontrol Yükümlülüğü

Günümüzde kamu hizmetini gören özel hukuk kişilerinin artması sonucu Devletin denetim ve kontrol yükümlülüğü önem kazanmıştır. Özellikle özel hukuk kişilerinin, yüksek maddi kaynak gerektiren ve belirli bir teknoloji seviyesi isteyen konularda Devletten daha yetkin hale gelmesi, bazı kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından gerçekleştirilebileceği sonucunu doğurmuştur. Ancak kamu hizmeti

⁴⁵ Gemalmaz, **Devlet**, s.516

⁴⁶ **M.C. v. Bulgaria** (App. 39272/98) para. 153,166

özel hukuk kişisi tarafından görülse bile Devletin yükümlülüğü sona ermemekte, ilgili kamu hizmetinde denetim ve kontrol yükümlülüğü bulunmaktadır.

Storck davasında Mahkeme, Devletin, vatandaşının fiziksel bütünlüğünün Madde 8 altında güvence altına alma yükümlülüğü olduğunu ve özel hukuk kişisini(özel hastane) görevlendirerek sorumluluğunun tamamıyla ortadan kalkmasının söz konusu olmadığını belirtir. Bu yüzden de Mahkeme, Devlete, özel psikiyatri kurumları üzerinde denetim ve kontrol yükümlülüğünün bulunduğunu hatırlatır.⁴⁷

2. İhlalden Sonraki Yükümlülükler

a) Özen Prensibi

Özen prensibi(due diligence), Devletin, kamu makamları veya özel hukuk kişileri tarafından gerçekleştirilebilecek hak ihlallerini engelleme, eğer ihlal gerçekleştiyse bu fiilin soruşturulmasında ve cezalandırılmasında özenli bir şekilde hareket etme yükümlülüğünü ifade eder. Bu yüzden de gerçekleştirilmeyen bu özen yükümünde Devletin sorumluluğuna gidilebilecektir.⁴⁸

Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku'nda özen prensibinin oluşturulduğu, başlıca davalardan olarak *Valesquez Rodriguez vakası* gösterilmektedir. Bu davada Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi, Devlete direkt olarak isnat edilebilir olmayan, insan haklarını ihlal eden yasadışı bir hareketin, Devletin bizzat hareketinden değil ve fakat özen yükümlülüğündeki eksiklikten(lack of due diligence) dolayı gerçekleşen fiili Sözleşmenin(Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi) gerektirdiği şekilde önleyemediği veya karşılığını/cezasını veremediği⁴⁹ ihlalden dolayı sorumluluğu söz konusu olacaktır.⁵⁰ Strasbourg organlarının da özen prensibi ile ilgili kararları mevcuttur. Aslında özen prensibini diğer pozitif yükümlülüklerin de içinde eriyen bir ilke olduğu göze çarpmalıdır.

⁴⁷**Storck v. Germany** (App. 61603/00) para. 103

⁴⁸ Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**,s. 50

⁴⁹ Arapçada ceza kelimesinin anlamı iyi veya kötü bir karşılık iken Türkçede ceza kelimesinin anlamı sadece kötü karşılıktır. Bu yüzden burada ceza terimi de kullanılabilir.

⁵⁰**Valesquez Rodriguez v. Honduras**, judgement of the Inter-American Court of Human Rights of 29 July 1988 para.172

b) Etkili Soruşturma Yapma Yükümlülüğü

İhlal gerçekleşikten sonraki Devletin bir diğer olumlu edim yükümü de etkili soruşturma(effective investigation) yükümlülüğü bulunmaktadır. *Beganovic* davasında Mahkeme etkili soruşturmanın minimum taşıması gereken standartları saymıştır. Buna göre:

1. Soruşturmanın bağımsız olması.(independent)
2. Soruşturmanın tarafsız olmalısı.(impartial)
3. Soruşturmada kamunun denetiminin etkin olması.(public scrutiny)
4. Yetkili kamu otoritesinin/makamının özenli ve süratle davranması(diligance and promptness)
5. Kamu makamının olayla ilgili delilleri güvence altına almak için atabileceği tüm makul adımları atması gerekmektedir.⁵¹

c) Yargılama ve Cezalandırma Yükümlülüğü

Sözleşme organları, yaşam hakkı, işkence yasağı gibi bazı haklar özelinde sadece etkili soruşturma yapma yükümlülüğünü yeterli kabul etmemekte ve fakat yargılamanın/kovuşturmanın gerçekleştirilmesini ve fiilin cezalandırılmasını beklemektedir. Nitekim daha önce gördüğümüz *M.C. vakasında* Mahkemenin beklentisi bu yöndeydi. Aynı şekilde *Ali ve Ayşe Duran* davasında da Mahkeme, Devletin Madde 2 ve Madde 3 bakımından etkili bir soruşturmanın ötesine geçip, duruşma aşaması da dâhil olmak üzere kovuşturmayı, yargılama fonksiyonlarını harekete geçirmesini pozitif yükümlülük olarak tanımlamıştır.⁵²

B. Sonuç Yükümlülüğü

İhlalin gerçekleşmesi ile bozulan toplumsal düzenin, eski hale getirme usulü Devletin takdirinde olmak üzere, eski haline getirme, Sözleşmeye aykırılık teşkil eden hususun, ortadan kaldırma usulü Devletin takdir marjında olmak üzere, ortadan kaldırma yükümlülüğüne sonuç yükümlülüğü(obligation of result) denmektedir.⁵³

⁵¹ *Beganovic v. Croatia* (App. 46423/06) para. 75

⁵² *Ali and Ayşe Duran v. Turkey* (App. 42942/02) para. 61

⁵³ Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*,s. 52

Sonuç yükümlülüğü bakımından incelenmesi gereken ilk kararların başında *X ve Y kararı* gelir. Zihinsel engelli olan Y, zihinsel engellilerin kaldığı bir evde, evi işleten kişinin kayınbiraderi B tarafından tecavüze uğramıştır. Y'nin babası ve ilk başvuru olan X, kamu makamlarına başvurmuştur. Bunun sonucunda savcı B hakkında koşullu salıverme hükümlerini uygulamıştır. Üst mahkemeye giderek kanun yoluna başvuran X, üst mahkemeden, ilgili maddenin ancak mağdurun şikâyetiyle ya da başvurusuyla uygulanabileceği cevabını almıştır. Zihinsel engelli Y için kanuni temsilcisi tarafında ceza yasalarına uygulamak için bir başvuru olanağına sahip olmayan X AİHM'e başvurmuştur. Mahkeme, bu vakada Medeni Hukuk tarafından sağlanan korumanın yetersiz olduğunu, tecavüz fiiline karşı mağdurun asıl Ceza Hukuku tarafından bir korunması gerektiğini, etkili caydırıcılığın ceza kanunlarıyla gerçekleştirilebileceğini, aykırılığın kaldırılması için ceza kanunlarını değiştirmesi gereğinden bahsetmiştir. Burada Devletin sadece sonuç yükümlülüğünü belirtmekle kalmamıştır Mahkeme, aynı zamanda bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağını Devletin takdir marjı içinde görmeyerek, Devletin ne yapması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁴

Mahkemenin transseksüeller ile ilgili yerleşmiş içtihadını bozan *Goodwin* kararına da değinmek gerekir. Davada cinsiyetini değiştiren Christine Goodwin, bu değişimin ülke kurumlarınca dikkate alınmadığını, önceki cinsiyetinden dolayı emekli olamamakta ve ulaşım araçlarından ücretsiz yararlanamamakta, yani kadınlar için temin edilen ayrıcalıklardan başvuru yararlanamamaktadır. Başvurucunun doğum sertifikasının değiştirilmemesi ve ibraz edilmek zorunda kalınan kurumlarda geçmişlerinin böylece ortaya çıkması söz konusudur. Kararda Mahkeme, Madde 8 özelinde kişisel otonomi nosyonu önemli bir ilke olduğunu ve bireyin kendi kimliğini oluşturma hakkını da içeren kişisel alanın korunmasının sağlanacağını belirtir. 21. yüzyılda transseksüellerin kişisel gelişim ve fiziksel ve ahlaki korunma hakkının, zamanın geçmesi, meselelerin aydınlanmasıyla netleşerek artık bu tatmin edilemeyen durumun sürdürülebilir olmadığından bahisle uyumsuzluğun söz konusu olmadığını belirtmiştir. Seksüel kimliklerinin büyük bir kişisel bedel karşılığında kendileri tarafından seçilen ve bu kimliklerine göre onur içinde yaşamaları olanağına toplum tarafından beklenmesi gereken toleransın gösterilmesini ifade etmiştir. Mahkeme, artık

⁵⁴*X and Y v. Netherlands* (App. 8978/80)

bunun takdir marjına dahil olan bir husus olmadığını, cinsiyet değişimi tam anlamıyla hukuken tanınmasının karşısında ölçülecek kayda değer bir kamu yararının bulunmadığını belirterek Madde 8 ihlali bulunduğuna karar vermiştir.⁵⁵

Bu davalarda Devlete, pozitif bir yükümlülük olan sonuç yükümlülüğünün yüklendiğini açık bir şekilde görmekteyiz.

Av. Seyfullah Tosun

⁵⁵ **Christine Goodwin v. the U.K.** (App. 28957/95); karar ile ilgili daha geniş açıklama için bkz. Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**,s. 218