

ALMAN ANAYASASI'NA GÖRE DİRENME HAKKI

Dr. Ramazan USLUBAŞ

I. Giriş

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası “Grundgesetz”dir (Türkçe: “Temel Yasa”; bundan sonra: “GG” ve/veya “anayasa”).¹ Anayasa metni 8 Mayıs 1949’da Parlamento Konseyi (Parlamentarischer Rat) tarafından karara bağlanarak 23 Mayıs 1949’da Bonn’da ilan edilmiştir.

Yürürlüğe girdiği 1949 yılında anayasanın 20. ve 79. maddeleri şu şekilde idi:

“Madde 20

(1) *Almanya Federal Cumhuriyeti, demokratik ve sosyal bir federal devlettir.*

(2) *Egemenlik tümüyle halkındır. Halk, egemenliğini seçimler ve oylamalar yoluyla ve yasama, yürütme ve yargı yetkileriyle donatılmış özel organlar aracılığıyla kullanır.*

(3) *Yasama, anayasal düzene; yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdır.*”

“Madde 79

(...)

(3) *Federasyonun eyaletlere bölünmesine, eyaletlerin yasamaya esasen katılmaları ilkesine veya 1. ve 20. maddelerde yazılı esaslara ilişkin bir Anayasa değişikliği yasaktır.*”

Anayasasının 20. maddesi ilk yürürlüğe girdiği tarihten (1949) 1968 yılına kadar herhangi bir değişikliğe uğramamıştır. 1968 yılında ise 20. maddeye dördüncü bir fıkra eklenmiş-

¹ Anayasa teriminin birebir tercümesi olan “Verfassung“ terimi bilinçli olarak kullanılmamıştır. “Grundgesetz” terimini kullanarak geçiçiliği vurgulanmak istenmiştir. Zira Grundgesetz’in yürürlüğe girdiği tarihte (1949) Almanya bölünmüş idi. Grundgesetz’in birliğin yeniden sağlanıncaya kadar geçerli olması gerektiği düşünülüyordu. Almanya 1990 yılında birleşmiş, ancak terim olarak “Grundgesetz“ değiştirilmemiştir. Bununla birlikte “Grundgesetz“ tam bir anayasa metnidir. Anayasa maddeleri “Art” olarak kısaltılır.

tir. Ancak anayasanın 79. maddesinin 3. fıkrası hiçbir değişime tâbi tutulmamıştır. Anayasanın 20. maddesine dördüncü fıkra olarak şu düzenleme ilave edilmiştir:

“(4) Bu düzeni ortadan kaldırmaya girişen herkese karşı, başka bir yardım bulunmaması halinde, bütün Almanlar direniş hakkına sahiptir.”²

Direnme hakkının meşruluğu bu tarihten önce de genel kabul görmüş³ ancak yazılı bir düzenlemeye gidilmemiştir.

Almanya`da 19. yüzyılda Weimar Cumhuriyeti (1918-1933) devrinde anayasa teşekkül ederken direnme hakkına yer verilmemiştir.⁴ Onun yerine hükümdarların anayasaya bağlılığı ön planda olmuş, bu bağlılık da anayasadaki başka müeyyedilerle sağlanmaya çalışılmıştır.⁵

Ancak nasyonal sosyalizm sistemi tecrübesinden hareketle Hessen (1946)⁶ ve Bremen (1947)⁷ eyaletleri anayasalarında, direnme sadece hak değil ayrıca zorunluluk olarak öngörülmüştür.⁸

Direnme hakkının anayasada yazılı olarak düzenlenmesi konusu anayasayı hazırlarken de tartışılmış ve nihyatında yanlış yorumlamalara yol açabileceęi⁹ ve uygulanmasında zorluklar yaşanabileceęi¹⁰ düşüncesiyle Parlamento Konseyi (Parlamentarischer Rat) tarafından anayasaya dâhil edilmemiştir.

Böyle olmasına rağmen Federal Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht=BVerfG) 1956 yılında direnme hakkını yok saymamış, bilakis prensip olarak kabul

² Almanca: Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.

³ Sachs, Grundgesetz, Kommentar (=Anayasa şerhi), 8. Baskı 2018, Art. 20 paragraf numarası (bundan sonra: p.n.) 166.

⁴ Sachs, a.g.e (dn.3), Art. 20 p.n. 166; Sachs, Verfassungsrecht II (=Anayasa Hukuku II), Grundrechte (=Temel hak ve hürriyetler), 3. Baskı, Berlin u.a. 2017, s. 662.

⁵ Sachs, a.g.e (dn.4), s. 662.

⁶ Hessen eyaletinin anayasasının 147. maddesinin 1. fıkrası şöyledir: Anyasaya aykırı kullanılan kamu gücüne karşı direnmek herkesin hakkı ve görevidir (Almanca: Widerstand gegen verfassungswidrig ausgeübte öffentliche Gewalt ist jedermanns Recht und Pflicht).

⁷ Bremen eyaleti anayasasının 19. maddesi şöyledir: Devlet, anayasanın tespit ettiği insan haklarına, anayasaya aykırı biçimde güç uygularsa direnmek herkesin hakkı ve görevidir (Almanca: Wenn die in der Verfassung festgelegten Menschenrechte durch die öffentliche Gewalt verfassungswidrig angetastet werden, ist Widerstand jedermanns Recht und Pflicht).

⁸ Sachs, a.g.e (dn.4), s. 662.

⁹ Sommermann: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz (=Anayasa şerhi): GG 2. Cilt: Artikel 20 bis 82, 6. Baskı, München 2010, Art. 20 p.n. 330; Schwarz, a.g.e (dn.9), § 282 p.n. 11.

¹⁰ Hauptausschuss (= genel komisyon), Stenografischer Bericht (=stenografik rapor), s. 591

edip belirli şartlara bağlamış ve somut bir davada (“KPD¹¹ davası”¹²) bu şartların yerine gelmediğine hükmetmiştir.¹³

Direnme hakkı daha sonra 1968 yılında “Temel Yasaya ilaveler hakkında 24 Haziran 1968 tarihli 17. kanun”¹⁴ ile yürürlüğe girmiştir ve o zamanki olağanüstü hal düzenlemeleri ile doğrudan bağlantılıdır.¹⁵ Direnme hakkını anayasaya ilave ederek “olağanüstü hal” düzenlemenin lehtar ve aleyhtarları uzlaştırılmak istenmiştir; aynı zamanda da olağanüstü durumlarda anayasayı korumanın sadece devletin değil yurttaşların da görevi olduğu vurgulanmak istenmiştir.¹⁶ Ancak direnme hakkı olağanüstü hal hukukunun bir parçası değildir, zira bu hukuk sadece devletin yetkilerini belirlerken, sözü geçen direnme hakkı ise yurttaşların haklarını düzenlemektedir. 1968 yılında direnme hakkı anayasaya ilave edilirken mevcut Alman eyaletleri anayasaları (Hessen ve Bremen)¹⁷ ile yabancı ülkelerdeki düzenlemeler göz önünde bulundurulmuştur, “1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi” ve “1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi” buna örnektir.¹⁸ Aynı zamanda düzenlemenin Federal Anayasa Mahkemesi’nin 1956 yılında vermiş olduğu kararla uyumlu olduğu iddia edilmiştir.¹⁹

¹¹ Alman Komünist Partisi.

¹² Deteylar için bkz. Scheidle, Das Widerstandsrecht (=Direnme Hakkı), Berlin 1969, s. 88 vd.

¹³ BVerfGE 5, 85.

¹⁴ BGBl. (=Federal Resmi Gazete) 1968 I, s. 709.

¹⁵ Ayrıntılar için bkz. Böckenförde JZ 1970, s. 168 vd.; Johst, Begrenzung des Rechtsgehorsams (=Hukuka itaatın sınırlandırılması), 2016, Kapitel 4 (4. Bölüm), s. 213 vd.; Schieder, Ethisch motivierter Rechtsungehorsam (= etik motivasyonlu hukuka itaat), 2018, s. 76 vd. Ancak direnme hakkını anayasaya dahil etme sürecini tüm detaylarıyla anlayabilmek oldukça zordur. Zira dönemin iktidarda olan koalisyon hükümetinin politikası resmi olmayan anlaşmalara dayanmaktaydı (Johst, a.g.e (dn.15), s. 214). Dolayısıyla karar sürecini tümüyle anlayabilmek bir hayli zordur (Johst, a.g.e (dn.15), s. 214). Karar süreci ile ilgili detaylı bir çalışma Böckenförde (JZ 1970, s. 168 vd.) tarafından yapılmışsa da bu çalışma da noksanlıklar göstermekte ve açıklamaların hepsi –Böckenförde’nin kendisinin de belirttiği gibi- belgelenememektedir (Johst, a.g.e (dn.15), s. 214 dipnot 5).

¹⁶ Dr. Even (CDU/CSU; milletvekili), Sitzungsbericht des Deutschen Bundestages (=Meclis zabıtları), 5. Wahlperiode (=Dönem), 174. Sitzung (=Oturum), s. 9367 (B); Schwarz, a.g.e (dn.9), § 282 p.n. 12, ek kaynaklarla (bundan sonra: e.k.).

¹⁷ Ancak eyalet anayasalarında düzenlenen direnme haklarının Federal Almanya anayasasının 20. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen direnme hakkı karşısında pratik değeri yoktur (Isensee, Widerstandsrecht im Grundgesetz (=Anayasada direnme hakkı): Enzmann, Handbuch Politische Gewalt, 2013, s. 84 vd.). Ayrıca eyalet anayasalarında öngörülen “direnme zorunluluğu” anayasasının 20. maddesinin 4. fıkrasında kasten reddedilmiştir. Bu yönüyle de anayasasının 20. maddesinin 4. fıkrasına aykırılık söz konusudur.

¹⁸ Stellungnahme des Rechtsausschusses (= Hukuk Kurulunun Mütalaası), Bundestag-Druckssache (Basılı Evrak) 5/2873, s. 9.

¹⁹ Stellungnahme des Rechtsausschusses (= Hukuk Kurulunun Mütalaası), Bundestag-Druckssache (Basılı Evrak) 5/2873, s. 9.

Meşru direnme hakkını kullanan yurttaşlar için anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrası ceza, devlet, idare veya medeni hukuku açısından (sadece) “mazeret sebebidir” (Rechtsfertigungsgrund)²⁰, yoksa yetkilendirme söz konusu değildir.

Direnme hakkını kullanan yurttaş bir görüşe göre istisnai olarak devlet yerine geçmektedir.²¹ Diğer bir görüşe göre ise kurucu iktidar (“pouvoir constituant”) statüsündedir.²²

Genel olarak yazılı olmayan ve hukuk üstü olduğu düşünülen direnme hakkı doğal hukuka, dinî –Almanya açısından Hıristiyanlık– bir kaynağa, vicdana veya ahlaki sorumluluğa dayandırılmaktadır.²³ Ancak bu çalışmada direnme hakkı –sadece– anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenlemesiyle, dolayısıyla da Alman (anayasa) hukuku açısından ele alınacaktır.

II. Direnme Hakkının Şartları ve Hukuki Sonuçları

Bu kısa girişten sonra anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiş olan direnme hakkının şartları ile doğurduğu hukuki sonuçlara değinilecektir. Anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasına göre ilgili maddenin korumaya aldığı düzeni ortadan kaldırmaya girişen herkese karşı, başka yardım bulunmaması halinde, her Alman direniş hakkına sahiptir.

1. Şartlar

a) Korunmaya Alınan Düzen

Anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrası “bu düzeni” koruma altına alır. Direnme hakkı “bu düzeni” kaldırmaya girişenlere karşı verilmektedir, yani direnme hakkı, kaldırılmak istenen “bu düzeni” müdafaa veya tekrar inşa etmeye yönelik bir haktır. Bu yönüyle de koruyucudur.

aa) Farklı Görüşler

²⁰ Gusy, Über die strafrechtliche Bedeutung des politischen Widerstandes (=Siyasi Direnme Hakkının Ceza Hukukuca Anlamı Üzerine), s. 50.

²¹ Grzeszick: Maunz/Düring, Grundgesetz-Kommentar (=Anayasa şerhi), Lfg. 73, 2014, Art. 20 p.n. 25; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (=Federal Almanya Cumhuriyetinin Devlet Hukuku), Band II (Cilt II), München 1980, s. 1519 f.

²² Höfling, Widerstand im Rechtsstaat (=Hukuk Devletinde Direnme): Marten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa (=Almanya ve Avrupa’da Temel Hak ve Hürriyetlerinin El Kitabı), Band V (Cilt V), 2013, § 121 p.n. 16, e.k.; aynı yönde Isensee, a.g.e (dn.22), s. 33.

²³ Stern, a.g.e (dn.21), s. 1488 vd.; Isensee, a.g.e (dn.17), s. 144.

Ancak anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen “bu düzen”le kastedilenin ne olduğu tartışmalıdır.

Bir görüşe göre “bu düzen”den maksat anayasanın 20. maddesinin 1. ile 3. fıkraları arasında söz edilen anayasal esaslar yahut düzendir.²⁴

Başka bir görüşe göre, en azından anayasanın 79. maddesinin 3. fıkrası gereğince, anayasanın 20. maddesinin 1. ile 3. fıkraları arasında belirtilmiş, temel ve değiştirilmez unsurlardır.²⁵

Hukuk kuruluna (Rechtsausschuss) göre „bu düzen” ile kastedilen –varsayılan²⁶– anayasanın 20. maddesinin 1. ile 3. fıkraları arasında tarif edilen özgürlükçü ve demokratik temel düzendir (freiheitlich-demokratische Grundordnung).²⁷

Bir başka görüşe göreyse kastedilen, anayasanın 20. maddesinin 1. ile 3. fıkraları arasında belirtilen “anayasal düzen”dir.²⁸ Bu görüşte olanlarını bir kısmı ise anayasa düzeninin temelini anayasanın 20. maddesinin 1. ile 2. fıkraları arasında belirtilen esaslardan oluşturduğunu savunmaktadır.

bb) Değerlendirme

Bizce birinci görüş tercih edilmelidir.

Zira anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasında geçen “bu düzen” ile açıkça anayasanın 20. maddesinin 1. ile 3. fıkraları arasında belirtilen devlet yapısına atıfta bulunulmuştur.²⁹ Hukuk Kurulu'nun varsayımının aksine bu maddelerde “özgürlükçü ve demokratik temel dü-

²⁴ Hofmann: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz (=Anayasa şerhi), 12. Baskı, 2011, Art. 20 p.n. 99; Heinemann, Das Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG (=Anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasına göre direnme hakkı): Thiel, Wehrhafte Demokratie (=Karşı koyabilen demokrasi), 2003, s. 120; Epping, Grundrechte (Temel hak ve hürriyetler), 5. Baskı, 2012, p.n. 1029.

²⁵ Huster/Rux: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz (=Anayasa şerhi), Art. 20 p.n. 226 m.w.N. (=daha fazla kaynak göstererek); Antoni: Hömig, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (=Anayasa şerhi), 11. Baskı, Baden-Baden 2010, Art. 20 p.n. 16; Schnapp: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar (=Anayasa şerhi), Band 2 (=Cilt 2), (Art. 20 bis Art. 69), 5. Baskı, München 2001, Art. 20 p.n. 59; Jarass: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (=Anayasa şerhi), 13. Baskı, 2014, Art. 20 p.n. 129; Listl SJ, Staatsnotstand und Widerstandsrecht (=Sıkıyönetim ve direnme hakkı): Kaufmann/E. Beckmann, Widerstandsrecht (=Direnme hakkı), 1972, s. 543.

²⁶ Ancak bu varsayım doğru değildir. Zira anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasında korunan düzen özgürlükçü ve demokratik temel düzenden daha kapsamlıdır (Stern, a.g.e (dn.21), s. 1512; Isensee, a.g.e (dn.17), s. 150).

²⁷ Stellungnahme des Rechtsausschusses (= Hukuk Kurulunun Mütalaası), Bundestag-Druckssache (Basılı Evrak) 5/2873, s. 9.

²⁸ Höfling, a.g.e (dn.22), § 121 p.n. 20.

²⁹ Stellungnahme des Rechtsausschusses (= Hukuk Kurulunun Mütalaası), Bundestag-Druckssache (Basılı Evrak) 5/2873, s. 9; Stern, a.g.e (dn.21), s. 1511.

zen”den daha fazla esas düzenlenmektedir.³⁰ Ayrıca terim olarak “özgürlükçü ve demokratik temel düzen” anayasanın başka maddelerinde zikredilmesine (bkz. anayasanın 18. maddesi ve 21. maddesinin 2. fıkrası) karşın anayasanın 20. maddesinde bu terim kullanılmamaktadır.

Ayrıca anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasında anayasanın 79. maddesinin 3. fıkrasında anılan değiştirelemez esasların mahiyetiyle alakalı doğrudan bir atıfta bulunulmamıştır. Kaldı ki anayasanın 79. maddesinin 3. fıkrası sadece anayasanın 20. maddesi ile ilgili de değildir³¹. Ayrıca söz konusu madde sadece anayasanın 20. maddesinde belirtilen “esasları” (bunlara direnme hakkı dâhil değildir), anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrası ise “bu düzenin” tümünü koruma altına almaktadır.³²

Ayrıca anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasında sadece anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrasında geçen “anayasal düzene” atıfta bulunulsaydı, tüm anayasa hukuku direnmeye dayanak olabilecektir. Gelgelelim böyle bir anlayış direnme hakkının olağanüstü bir özelliği olduğu ve bu özelliğin olağanüstü halle ilgisini göz ardı etmek anlamına gelecektir.³³ Öte yandan aynı anlayış, direnme hakkını, devleti savunma hakkı olarak değil bireyin anayasayı savunma hakkı olarak tanımış olur ki direnme hakkı anayasaya konurken istenilenin bu olmadığı açıktır.³⁴

Anayasanın 20. maddesinin 1. ile 3. fıkraları arasındaki oluşturulan düzen özellikle şu esasları kapsamaktadır:

- Federal devlet
- Cumhuriyet
- Parlamenter demokrasi
- Sosyal devlet
- Hukuk devleti
- Halkın egemenliği
- Kuvvetler ayrılığı
- Hukuka bağlılık

³⁰ Stern, a.g.e (dn.21), s. 1512.

³¹ Anayasanın 79. maddesinin 3. fıkrası şöyledir: Federasyonun eyaletlere bölünmesine, eyaletlerin yasamaya esasen katılmaları ilkesine veya 1 ve 20 maddelerde yazılı esaslara ilişkin bir Anayasa değişikliği yasaktır.

³² Stern, a.g.e (dn.21), s. 1512 vd.

³³ Stern, a.g.e (dn.21), s. 1512.

³⁴ Stern, a.g.e (dn.21), s. 1512; Stellungnahme des Rechtsausschusses (= Hukuk Kurulunun Mütalaası), Bundestag-Druckssache (Basılı Evrak) 5/2873, s. 9.

Dolayısıyla anyasanın 20. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen direnme hakkı, koruma altına alınan düzenin bir parçası değildir.³⁵ Aynı şekilde insan onurunu himayesine alan anyasanın 1. maddesi de koruma altındaki düzenin bir parçası değildir.³⁶ Zira anyasanın 79. maddesinin 3. fıkrasından açıkça anlaşıldığı gibi anyasanın 20. maddesinde belirtilen esaslar anyasanın 1. maddesinde korunan insan onuru açıkça farklı değerlendirmektedir. Anyasanın 20. maddesinin 4. fıkrası ile korunmak istenen ise sistemdir. Anyasanın 20. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen direnme hakkı anyasanın 79. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen anyasanın değiştirilmez maddelerine nazaran daha dar kapsamlıdır.³⁷ Zira direnme hakkını düzenleyen anyasanın 20. maddesinin 4. fıkrası sadece anyasanın 20. maddesinin 1. ile 3. fıkraları arasındaki belirtilen anayasal düzene atıfta bulunmaktadır.

b) Ortadan kaldırmaya girişmek

Direnme hakkının diğer şartı ise yukarıda belirtilen düzenin ortadan kaldırmaya girişilmesidir (“zu beseitigen (...) unternimmt”).

aa) Ortadan kaldırmak

Yukarıda belirtilen koruma altındaki düzen, bir veya birden çok unsurunun yok olmasıyla yıkılmış olur.³⁸ Bununla beraber –“sadece”– hukuk veya anayasa ihlali yeterli değildir.³⁹

Düzeni ortadan kaldırma eylemleri devlet tarafından gerçekleştirilebileceği gibi (yukarıdan ihtilal”; darbe) toplumsal güçler tarafından da (“aşağıdan ihtilal”; ayaklanma) hayata geçirilebilir.⁴⁰

Diğer bir taraftan koruma altındaki düzen için –somut⁴¹– bir tehlikenin varlığı şartı da aranmaktadır.⁴² Ancak direnme durumunun aleni olması şart değildir.⁴³ Aynı şekilde korunan

³⁵ Heinemann, a.g.e (dn.24), s. 120.

³⁶ Karşı görüş için bkz. Heinemann, a.g.e (dn.24), s. 121; Stern, a.g.e (dn.21), s. 1513. Ancak yazılı olmayan direnme hakkına başvurulabilir (bkz. V.).

³⁷ Heinemann, a.g.e (dn.24), s. 120

³⁸ Grzeszick, a.g.e (dn.21), Art. 20 p.n. 20.

³⁹ Grzeszick, a.g.e (dn.9), Art. 20 p.n. 20.

⁴⁰ Antoni, a.g.e (dn.25), Art. 20 p.n. 16.

⁴¹ Isensee, a.g.e (dn.22), s. 22.

⁴² Heinemann, a.g.e (dn.24), s. 114; Isensee, a.g.e (dn.22), s. 22.

⁴³ Heinemann, a.g.e (dn.24), s. 114; Jacobs, Strafrecht (=Ceza Hukuku), Allgemeiner Teil (=Genel Hükümler), 1983, 15. Abschnitt (15. Bölüm) p.n. 2; karşı görüş için bkz. Isensee, a.g.e (dn.22), s. 23; Stern, a.g.e (dn.21), s. 1521.

düzeni “kaldırmak” için görülebilen ve belirli önem arz eden aktif, saldırgan bir tutumun mevcut olması da gerekmez.⁴⁴

bb) Girişmek Kavramı

Koruma altındaki düzenin yıkılmış olması şart değildir. Zira ortadan kaldırmaya “girişmek” (“unternehmen”) yeterlidir.

Ceza hukukundan iktibas edilen “girişmek” kavramı, aynı zamanda direnme hakkının zaman çerçevesini de çizmektedir.⁴⁵

Korunan düzeni ortadan kaldırma girişimi, teşebbüs (Versuch) ile tamamlama (Vollendung) arasındaki eylemleri kapsar.⁴⁶ Dolayısıyla teşebbüs aşamasına gelmeyen, yani hazırlık hareketleri (Vorbereitungshandlungen) direniş hakkını kullanmak için yeterli değildir.⁴⁷ Keza mevcut düzeni ortadan kaldırma tamamlanmışsa (Beendigung), yani mevcut anayasal düzen nihai olarak başarıyla ortadan kaldırılmış ve yeni düzen kurulmuşsa⁴⁸ direnme hakkı sona erer⁴⁹.⁵⁰ Ne var ki bu durumun mevcudiyetini belirlemek oldukça zordur. Dolayısıyla direnme hakkının ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiği konusu net değildir.⁵¹

c) Başka Bir Yardım Bulunmaması

Direnme hakkını kullanmak için “başka bir yardım bulunmaması” (“wenn andere Abhilfe nicht möglich ist”) şartı da vardır.

“Başka bir yardım bulunmaması”ndan maksat, direnmek isteyen yurttaşlar açısından (sadece) devlet erkinden –örneğin mahkemeler veya polis teşkilatından– korunan düzeni ortadan kaldırma girişimlerine karşı etkili bir direnmenin beklenememesidir.⁵² Bu ise devlet erkini bu tür girişimleri bertaraf etmekte kabiliyetsiz yahut isteksiz olması durumlarında tezahür

⁴⁴ Karşı görüş için bkz. Stern, a.g.e (dn.21), s. 1517; Isensee, a.g.e (dn.22), s. 21 vd.

⁴⁵ Isensee, a.g.e (dn.22), s. 25.

⁴⁶ Grzeszick, a.g.e (dn.21), Art. 20 p.n. 21; Schwarz, a.g.e (dn.9), § 282 p.n. 20, e.k.; Stern, a.g.e (dn.21), s. 1516; Isensee, a.g.e (dn.22), s. 25.

⁴⁷ Grzeszick, a.g.e (dn.21), Art. 20 p.n. 21; Antoni, a.g.e (dn.25), Art. 20 p.n. 16; Isensee, a.g.e (dn.22), s. 25.

⁴⁸ Isensee, a.g.e (dn.22), s. 26; Gusy, a.g.e (dn.9), s. 48.

⁴⁹ Sachs, a.g.e (dn.3), Art. 20 p.n. 171.

⁵⁰ Bir başka görüşe göre ise yurttaşlar tarafından kurucu iktidar (“pouvoir constituant”) olarak yeni anayasa yürürlüğe konduktan sonra direnme hakkı sona erer (Schwarz, a.g.e (dn.9), § 282 p.n. 21). Diğer bir görüşe göre direnme hakkı yeni düzen kurulmuş ise ve bu yeni düzenin meşruluğu reddedilemezse sona erer (Stern, a.g.e (dn.21), s. 1517). Yeni düzenin meşruluğuyla ilgili ciddi tereddütler varsa aynı görüşe göre direnme hakkı hâlâ mevcuttur.

⁵¹ Stern, a.g.e (dn.21), s. 1516.

⁵² Antoni, a.g.e (dn.25), Art. 20 p.n. 16; Stern, a.g.e (dn.21), s. 1520.

eder.⁵³ Böylece yurttaşın direnme hakkı, koruma altındaki düzeni müdafaa veya tekrar inşa etmek için başvurulacak son çare olarak öngörülmüştür.

Bu çerçevede direnme hakkının, dış saldırıları kapsayıp kapsamadığı konusu da tartışmalıdır.

Bir görüşe göre dıştan gelen bir saldırı olması durumunda direnme hakkı anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasına dayandırılmaz.⁵⁴ Bu görüşe göre anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrası sadece içten gelen saldırıları kapsamaktadır.⁵⁵ Zira bu görüşe göre silahlı kuvvetlerin varlığı “başka bir yardım bulunması” anlamına gelir.

Bir başka yaklaşımsa anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasının hem iç hem dış saldırılara karşı direnme hakkı tanıdığını savunmaktadır.⁵⁶

Gerçekten de saldırının sadece içten gelmesi gibi bir şartın anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasında her hangi bir dayanağı yoktur. Ayrıca dış saldırılarda da ülkenin silahlı kuvvetlerinin mağlup olması ihtimali düşünülebilir. Dolayısıyla anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrası hem dış hem iç saldırıları kapsar.

d) Direnme Hakkına Sahip Olan Kişiler

Direnme hakkına anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrası uyarınca –siyasal bir hak olduğu gerekçesiyle⁵⁷, Hessen ve Bremen eyaletleri anayasalarında düzenlenmiş olan direnme haklarının aksine– “bütün Almanlar” sahiptir, dolayısıyla anayasal düzenlemeye göre herkes direnme hakkına sahip değildir.

aa) Almanlar

Kimin “Alman” olduğu anayasanın 116. maddesinin 1. fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Buna göre diğer yasal düzenlemeler saklı kalmak üzere, Alman vatandaşlığına sahip olan veya Alman soyundan olup 31 Aralık 1937 tarihindeki Alman İmparatorluğu sınırlarına kabul edilmiş mülteci veya sürgünler ile bunların eşleri veya füruu herkes Alman’dır.

⁵³ Stern, a.g.e (dn.21), s. 1920; Gusy, a.g.e (dn.9), s. 48.

⁵⁴ Isensee, a.g.e (dn.22), s. 18 vd.

⁵⁵ Isensee, a.g.e (dn.22), s. 19.

⁵⁶ Höfling, a.g.e (dn.22), § 121 p.n. 22; Stern, a.g.e (dn.21), s. 1517 vd.; Grzeszick, a.g.e (dn.21), Art. 20 p.n. 17.

⁵⁷ Scheidle, a.g.e (dn.12), s. 148.

Buna rağmen anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrası bağlamında hangi “Almanların” direnme hakkına sahip olduğu konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre bu hakkı sadece Almanya’da yaşayıp seçme hakkına sahip olan Almanlar kullanabilirler.⁵⁸ Diğer bir görüşe göre kısa da olsa anayasanın cari olduğu sahada ikamet etmek gerekmektedir.⁵⁹ Ancak anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrası bu yönde herhangi bir kısıtlama getirmemiştir. Dolayısıyla seçme hakkı olup olmadığına veya Almanya’da ikamet edip etmediğine bakılmaksızın her Alman’ın direnme hakkı vardır. Ayrıca direnme hakkını kullanmak –en azından hukuken– belirli bir yaş derecesine bağlı olmadığından⁶⁰ seçme hakkına da bağlı olamaz.

Anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasında “bütün Almanlar”dan bahsedilmiş olması direnme hakkının sadece toplu olarak kullanılacağı anlamına gelmez. İlgili madde ferdi direnme hakkı da tanımaktadır.⁶¹

bb) Tüzel Kişiler

Tüzel kişilerin direnme hakkına sahip olup olmadığı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre tüzel kişiler direnme hakkına sahip değildir.⁶² Zira direnme hakkı bireysel bir hak olarak değerlendirilmektedir.

Ancak anayasanın 79. maddesinin 3. fıkrası uyarınca yerleşik tüzel kişiler de, nitelikleri gereği uygulanabildiği ölçüde temel haklardan yararlanırlar. Direnme hakkının bireysel olması tüzel kişilerin bu hakka sahip olmadığı anlamına gelmez. Dolayısıyla özel hukuk kapsamındaki tüzel kişiler bu çerçevede dâhilinde direnme hakkına sahiptirler.⁶³ Ancak kamu hukuku kapsamındaki tüzel kişilerin esasen böyle bir hakkı yoktur.⁶⁴ Zira bunlar devletin bir parçası olup prensip olarak temel hak ve hürriyetlerin muhatabı değildir. Ancak kamu hukuku kapsamındaki bazı tüzel kişilerin direnme hakkına hizmet edebilecekleri düşüncesiyle direnme

⁵⁸ Stern, a.g.e (dn.21), s. 1515.

⁵⁹ Rönnau: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar (=Ceza Hukuku şerhi), Zweiter Band (=İkinci Cilt), §§ 32 bis 55, 12. Baskı, 2006, Vor § 32 p.n. 130.

⁶⁰ Isensee, a.g.e (dn.22), s. 50.

⁶¹ Antoni, a.g.e (dn.25), Art. 20 p.n. 16; Schwarz, a.g.e (dn.9), § 282 p.n. 24, e.k.

⁶² Stern, a.g.e (dn.21), s. 1514 vd.

⁶³ Grzeszick, a.g.e (dn.21), Art. 20 p.n. 16; Schwarz, a.g.e (dn.9), § 282 p.n. 25; Sachs, a.g.e (dn.3), Art. 20 p.n. 170.

⁶⁴ Grzeszick, a.g.e (dn.21), Art. 20 p.n. 16.

hakkına sahip oldukları savunulmaktadır⁶⁵, kiliseler veya başka dini cemaatler (Religionsgemeinschaften)⁶⁶ buna örnek gösterilebilir.

cc) Devlet Organları

Ancak devlet organları (polis, asker, hâkim vs.) anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasının düzenlediği direnme hakkına sahip değildir.⁶⁷ Örneğin bir hâkim vicdanına ters düşse bile direnme hakkına atıfta bulunarak kanunları uygulamamazlık edemez.⁶⁸ Bu durumda yapabileceği tek şey vicdani sebeplerden hâkimlik mesleğini bırakmak ve/veya arzu ettiği takdirde bundan sonra yurttaş vasfıyla aktif direnişe geçmektir.⁶⁹ Ancak devlet organizasyonu tümüyle yok edilmişse devlet organlarının da anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrası uyarınca direnme hakkına sahip olduklarını savunan görüşler vardır.⁷⁰

dd) Yabancılar

Yabancıların, yani anayasanın 116. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Alman sayılmayanların, anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrası uyarınca direnme hakkı yoktur.⁷¹ Yabancıların direniş eylemlerinin hukuka uygunluğu –herkes için geçerli olan– genel hükümlere göre değerlendirilir. Örneğin ceza hukuku açısından Alman Ceza Kanunu'nun⁷² 34. maddesi uygulanacaktır.⁷³

e) Müdafaa Niyeti

Direnme hakkına sahip kişide müdafaa niyetinin var olup olmaması hususunda da farklı görüşler vardır.

Bir görüşe göre direnme hakkını kullanan kişinin bu hakkı koruma altındaki düzenin kaldırılmasını engellemek ve gerektiğinde bu düzeni yeniden tesis etmek için kullanması ge-

⁶⁵ Schwarz, a.g.e (dn.9), § 282 p.n. 25.

⁶⁶ Kiliseler ve bazı dini cemaatler Almanya'da kamu tüzel kişiliğine sahip olup temel hak ve hürriyetlerden olan din hürriyetinin (anayasanın 4. maddesi) muhatabıdır.

⁶⁷ Isensee, a.g.e (dn.17), s. 156; Schwarz, a.g.e (dn.9), § 282 p.n. 24, e.k.; Rönnau, a.g.e (dn.59), Vor § 32 p.n. 130. Karşı görüş Antoni, a.g.e (dn.25), Art. 20 p.n. 16; Sachs, a.g.e (dn.3), Art. 20 p.n. 170.

⁶⁸ Rüthers, Rechtstheorie, 2. Auflage, 2005, p.n. 976.

⁶⁹ Rüthers, a.g.e (dn.68),p.n. 976.

⁷⁰ Rönnau a.g.e (dn.59), Vor § 32 p.n. 130.

⁷¹ Antoni, a.g.e (dn.25), Art. 20 p.n. 16; Schwarz, a.g.e (dn.9), § 282 p.n. 24.

⁷² Strafgesetzbuch (StGB).

⁷³ Rönnau, a.g.e (dn.59), Vor § 32 p.n. 128, e.k. Başka bir görüşe göre bu durumda yabancılar hukuk üstü ilkelere başvurabilirler (Welzel, Das Deutsche Strafrecht (=Alman Ceza Hukuku), 11. Baskı, 1969, § 14 II 7, s. 89).

rekmetedir.⁷⁴ Başka bir görüşe göre mazeret şartlarını (Rechtfertigungsvoraussetzungen) bilmek yeterli olup ayrıca bir niyetin varlığı aranmaz.⁷⁵ Ancak anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrası direnme hakkı (“Recht *zum* Widerstand”) tanıdığı için mevcut anayasal düzeni müdafaa niyeti olması gerekmektedir.⁷⁶ O halde anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrası uyarınca devrim (Revolution), yani anayasayı temelden değiştirme⁷⁷ meşru değildir.⁷⁸ Zira devrim mevcut düzeni korumaya değil değiştirmeye yöneliktir. Bu yönüyle anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen direnme hakkı devrim kavramının tam zıddıdır.⁷⁹ Aynı şekilde “sivil itaatsizlik” de (ziviler Ungehorsam) anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrası gereğince meşru değildir⁸⁰, zira bu hüküm hukukun sadece münferit olayları düzeltmesiyle ilgili olup anayasanın 20. maddesinin 1. ile 3. fıkraları arasında yukarıda belirtilen düzenin tümünü korunmasıyla doğrudan alakası yoktur.

2. Hukuki Sonuçlar

Şartlar oluştuğunda anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrası saldırgana karşı direnme hakkı tanır.

a) Direnme Hakkı

Öncelikle anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrası yurttaşlara (sadece) direnme *hakkını* verir. Dolayısıyla bir direnme *zorunluluğu* yoktur. Bu da bilinçli olarak⁸¹ öngörülmemiştir.⁸² Bunun gerekçesi şudur; direnmeyi mecbur tutarak herkesten direnmesini beklemek uygulanabilir olmayacaktır.⁸³

⁷⁴ Grzeszick, a.g.e (dn.21), Art. 20 p.n. 25; Hofmann, a.g.e (dn.24), Art. 20 p.n. 100; Sachs, a.g.e (dn.3), Art. 20 p.n. 173.

⁷⁵ Rönnau, a.g.e (dn.59), Vor § 32 p.n. 136.

⁷⁶ Stern, a.g.e (dn.21), s. 1511; Isensee, a.g.e (dn.22), s. 56; Sachs, a.g.e (dn.3), Art. 20 p.n. 173.

⁷⁷ Scheidle, a.g.e (dn.12), s. 30.

⁷⁸ Hofmann, a.g.e (dn.24), Art. 20 p.n. 100.

⁷⁹ Isensee, a.g.e (dn.22), s. 53; Stern, a.g.e (dn.21), s. 1509 vd.

⁸⁰ Rönnau, a.g.e (dn.59), Vor § 32 p.n. 131; Hofmann, a.g.e (dn.24), Art. 20 p.n. 99.

⁸¹ Stellungnahme des Rechtsausschusses (= Hukuk Kurulunun Mütalaası), Bundestag-Druckssache (Basılı Evrak) 5/2873, s. 9.

⁸² Stern, a.g.e (dn.21), s. 1511.

⁸³ Stellungnahme des Rechtsausschusses (= Hukuk Kurulunun Mütalaası), Bundestag-Druckssache (Basılı Evrak) 5/2873, s. 9.

b) Direnme Hakkının Biçim, Kapsam ve Araçları

Anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrası sadece “Widerstand”dan (Türkçe: direnme) bahseder. Hukuki açıdan direnmeye konu olan eylem hukuka aykırıdır ve sadece direnme hakkının var olması sebebiyle meşrudur.⁸⁴ Hukuka uygun direnme, direnme değildir.⁸⁵

Sözlük anlamı bakımından “Widerstand” (direnme) kavramı altında her türlü karşı koymuş anlaşılabilir.⁸⁶ Gerçekten de direnme hakkının biçimi ve araçları konusunda anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrası herhangi bir kısıtlama koymamaktadır. Dolayısıyla direniş aktif⁸⁷ veya pasif⁸⁸, güç kullanarak –buna saldırganı öldürmek de dâhildir⁸⁹– veya kullanmadan tecesselli edebilir.⁹⁰ Direnme hakkı ayrıca, bireysel olduğu gibi kollektif olarak da kullanılabilir.⁹¹

Direnme hakkını kullanan yurttaş kanuni kısıtlamalara bağlı değildir.⁹² Keza ondan ölçülü davranması da beklenemez.⁹³ Zira direnme hakkı sadece saldırganı karşı verilmiştir.⁹⁴

c) Direnişin Muhatapları

Direnme hakkı, koruma altındaki düzeni ortadan kaldırmaya girişen “herkese” karşıdır.

aa) Saldırgan

Dolayısıyla direnme hakkının muhatabı devlet erkleri gibi (“yukarıdan ihtilal”; darbe) siviller de (“aşağıdan ihtilal”; ayaklanma) olabilir. Keza yerli halk gibi yabancılar da bu cümleden sayılabilir.⁹⁵

bb) Saldırgan Olmayan

⁸⁴ Stern, a.g.e (dn.21), s. 1522; Sachs, a.g.e (dn.3), Art. 20 p.n. 173.

⁸⁵ Stern, a.g.e (dn.21), s. 1522, e.k.

⁸⁶ Scheidle, a.g.e (dn.12), s. 17.

⁸⁷ Ancak aktif direnme eylemlerinin başarıya ulaşabilecek olabilmesi şart değildir (karşı görüş için bkz. Listl SJ, a.g.e (dn.25), s. 544 vd.).

⁸⁸ Pasif direnme ise direnme hakkını kullananın hukuki anlamda bir eylem mecburiyeti olduğu durumlar da düşünülebilir. Zira hukuka uygun olan bir direnme direnme değildir, yani hukuka aykırılık söz konusu olmalı (Stern, a.g.e (dn.21), s. 1522, e.k.; Sachs, a.g.e (dn.3), Art. 20 p.n. 173).

⁸⁹ Stern, a.g.e (dn.21), s. 1523; Rönnau, a.g.e (dn.59), Vor § 32 p.n. 134; Jacobs, a.g.e (dn.43), 15. Abschn. p.n. 4.

⁹⁰ Grzeszick, a.g.e (dn.21), Art. 20 p.n. 25; Huster/Rux, a.g.e (dn.25), Art. 20 p.n. 228.

⁹¹ Huster/Rux, a.g.e (dn.25), Art. 20 p.n. 228

⁹² Antoni, a.g.e (dn.25), Art. 20 p.n. 16; Grzeszick, a.g.e (dn.21), Art. 20 p.n. 26.

⁹³ Sachs, a.g.e (dn.3), Art. 20 p.n. 173. Karşı görüş için bkz. Grzeszick, a.g.e (dn.21), Art. 20 p.n. 25, e.k.; Huster/Rux, a.g.e (dn.25), Art. 20 p.n. 228; Stern, a.g.e (dn.21), s. 1521.

⁹⁴ Sachs, a.g.e (dn.3), Art. 20 p.n. 173 vd.

⁹⁵ Grzeszick, a.g.e (dn.21), Art. 20 p.n. 17.

Bununla beraber korunan düzeni ortadan kaldırma girişimiyle ilgisi olmayan kişilere karşı anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrası uyarınca direnme hakkı olup olmadığı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen direnme hakkı korunan düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etmeyen kişilerin temel hak ve hürriyetlerine de gerektiğinde müdahale yetkisi vermektedir.⁹⁶ Ancak anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrası bu konuda açık bir düzenleme getirmiştir. Buna göre direnme hakkı sadece korunan düzeni ortadan kaldırmaya girişen kişilere, yani sadece saldırgana karşı kullanılabilir. Dolayısıyla ilgisi olmayanlara karşı direnme hakkını kullanmak anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrası uyarınca meşru değildir.⁹⁷ Fakat bundan ilgisi olmayanların hak ve hürriyetlerine gerektiğinde müdahale edilemeyeceği manası çıkarılmamalıdır. Ne var ki bu müdahalenin meşruluğu anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasına göre değil genel hükümlere, örneğin Alman Ceza Kanununun 34. maddesine göre değerlendirilir.

3. Ara Sonuç

Görüldüğü gibi anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen direnme hakkının şartları ve hukuki neticeleri açık ve net değildir. Anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasına göre sadece Almanlar direnme hakkına sahiptirler. Direnme hakkının oluşması için koruma altındaki düzenin ortadan kaldırılmasına girişilmiş olması yeterlidir. Böyle bir girişime yeltenen herkese karşı direnme hakkı mevcuttur. Ancak devlet organları tarafından bir yardım söz konusu ise direnme hakkı henüz oluşmamıştır.

III. Anayasaya Aykırılık İtirazı

Bu bölümde direnme hakkının ihlali iddiasıyla anayasa mahkemesine başvurulup vurulamayacağı ele alınacaktır.

Direnme hakkı –anayasanın 20. maddesinde düzenlenmesine rağmen– temel haklar düzeyinde bir haktır (grundrechtsgleiches Recht).⁹⁸ Dolayısıyla bu hakkın ihlali iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilir (Federal Anayasa Mahkemesi hakkında kanununun 93. maddesinin 1. fıkrasının 4b nürmarası⁹⁹).

⁹⁶ Rönnau, a.g.e (dn.59), Vor § 32 p.n. 134, e.k.

⁹⁷ Grzeszick, a.g.e (dn.21), Art. 20 p.n. 25. 27; Sachs, a.g.e (dn.3), Art. 20 p.n. 175.

⁹⁸ Antoni, a.g.e (dn.25), Art. 20 p.n. 16. Temkinli: Schwarz, a.g.e (dn.9), § 282 p.n. 13 vd.

⁹⁹ Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (BVerfGG).

Direnme hakkı anayasada çekincesiz korumaya alınmıştır, başka anayasal düzenlemelerle de sınırlandırılmadığından kapsamı yasa ve idari işlemlerle daraltılamaz.¹⁰⁰ Dolayısıyla böylesi durumlarda direniş hali vuku bulmadan da anayasa mahkemesine başvurulabilir.¹⁰¹ Ancak koruma altındaki anayasal düzeni yıkmaya girişmek, anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasıyla düzenlenen direnme hakkının ihlali sayılmaz.¹⁰² Bununla birlikte direnme eylemleri hakkında uygulanan müeyyideler de direnme hakkının ihlali sayılır, örneğin mahkumiyet hükmü verilmesi böyledir.¹⁰³ Gerçi direniş başarılı olmuşsa, anayasa mahkemesine ihlal davası açmaya pek gerek kalmayacaktır.¹⁰⁴ Başarısız olduğu takdirdeyse anyasaya aykırılık itirazı pek işe yaramayacaktır. Zira bu hakkı veren (eski) düzen artık kaldırılmıştır.

IV. Yanılma Durumları

Görüldüğü gibi bir yandan direnme hakkının şartlarının oluşup oluşmadığı, bir yandan da şayet oluşmuşsa kapsamının açık ve net olmaması direnen kişinin yanılma ihtimalini ortaya çıkarmaktadır.

Anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasının düzenlediği direnme hakkını kullanmak için kişisel varsayımlar yeterli değildir, zira direnme hakkını kullanmak için gereken şartların objektif olarak varolması gerekir.¹⁰⁵ Nitekim yapılacak hatalar esasen direnen kişinin mesuliyetindedir.¹⁰⁶

Mazeret sebebi (Rechtfertigungsgrund) olarak direnme hakkı konusunda yanılma olduğunda ceza hukuku açısından genel kurallar geçerlidir.¹⁰⁷ Direniş gösteren yurttaş direnme hakkının hukuki sınırları hakkında yanılığa düşmüş olabilir. Bu durumda yanılığın kaçınılmazsa Alman Ceza Kanununun 17. maddesi gereğince sorumluluk yoktur¹⁰⁸ ancak kaçınılmazlık söz konusu değilse sorumluluk tahakkuk edebilir. Direnme hakkını kullanmayı meşru kılacak olayda da hata edilmiş olabilir; örneğin anayasal düzenin somut bir tehlikede olduğu veya

¹⁰⁰ Sachs, a.g.e (dn.3), Art. 20 p.n. 176.

¹⁰¹ Sachs, a.g.e (dn.3), Art. 20 p.n. 176.

¹⁰² Sachs, a.g.e (dn.3), Art. 20 p.n. 176.

¹⁰³ Sachs, a.g.e (dn.3), Art. 20 p.n. 176.

¹⁰⁴ Sachs, a.g.e (dn.3), Art. 20 p.n. 176.

¹⁰⁵ Antoni, a.g.e (dn.25), Art. 20 p.n. 16.

¹⁰⁶ Schwarz, a.g.e (dn.9), § 282 p.n. 23.

¹⁰⁷ Ayrıntılar için bkz. Rönnau, a.g.e (dn.59), Vor § 32 p.n. 137; Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze (=Ceza Hukuku şerhi), 52. Baskı, 2004, Vor § 32 p.n. 10.

¹⁰⁸ Rönnau, a.g.e (dn.59), Vor § 32 p.n. 137.

başka çıkar yol kalmadığı zannedilebilir. Bu durumlarda Alman Ceza Kanununun 16. maddesinin zaruri gördüğü kasıt mevcut olmadığından sorumluluk da yoktur.¹⁰⁹ Ancak bu fiilin taksirli suç olarak cezalandırılması söz konusu olabilir (Alman Ceza Kanunu'nun 16. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi).

V. Anayasanın 20. Maddesinin 4. Fıkrasında Düzenlenen Direnme Hakkı İle Yazılı Olmayan Direnme Hakkı Arasındaki İlişki

Son olarak anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen direnme hakkı ile yazılı olmayan direnme hakkı arasındaki ilişkiye değinilecektir.

Federal Alman Meclisi direnme hakkını anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasına ilave ederken Dr. Even (CDU/CSU milletvekili) şimdiye kadar yazılı olmamakla beraber varlığı kabul edilen direnme hakkının anayasaya ilave edildiğinden bahsetmiş ve hükümete ortak partiler bu görüşü alkışlamıştır.¹¹⁰ Hukuk Kurulu da aynı minvalde, düzenlemeyle kişilerin yazılı bir hukuk normuna atıfta bulunabilmelerini sağlamak istediklerini söylemiştir.¹¹¹

Ancak anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasının yazılı olarak düzenlediği direnme hakkı yazılı olmayanın sadece bir parçasıdır.¹¹² Örneğin anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenlenen direnme hakkı mevcut anayasal düzeni koruma amaçlıdır, dolayısıyla devletin lehinedir. Yazılı olmayan direnme hakkı ise temelde devlet hâkimiyetine karşı bir haktır.¹¹³ Ayrıca anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasındaki direnme hakkı sadece yurttaş ile devlet arasındaki ilişkiyi düzenlememekte, –istisnai de olsa– yurttaşlar arası ilişkileri de düzenlemektedir. Yazılı olmayan direnme hakkının konusu (anayasal düzen değil) insan haklarıdır ve bu hak herkese tanınmıştır (anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasının öngördüğü gibi sadece “Almanlara” mahsus değildir). Adil olmayan devlet hâkimiyetine karşı direnme hakkı düşüncesi eski bir geleneğe dayanır ve modern devletçilikten çok daha öncesine uzanır.¹¹⁴ Ayrıca di-

¹⁰⁹ Rönnau, a.g.e (dn.59), Vor § 32 p.n. 137; Tröndle/Fischer, a.g.e (dn.107), Vor § 32 p.n. 10.

¹¹⁰ Dr. Even (CDU/CSU; milletvekili), Sitzungsbericht des Deutschen Bundestages (=Meclis zabıtları), 5. Wahlperiode (=Dönem), 174. Sitzung (=Oturum), s. 9367 (B).

¹¹¹ Stellungnahme des Rechtsausschusses (= Hukuk Kurulunun Mütalaası), Bundestag-Druckssache (Basılı Evrak) 5/2873, s. 9.

¹¹² Stern, a.g.e (dn.21), s. 1507 vd.

¹¹³ Stern, a.g.e (dn.21), s. 1508.

¹¹⁴ Ayrıntılar için bkz. Grzeszick, a.g.e (dn.21), Art. 20 p.n. 3 vd., e.k.

renme hakkı hukuk üstü bir hak kabul edildiğinden devlet tarafından düzenlenmesi de mümkün değildir.¹¹⁵

Bu sebeplerden dolayı yazılı olmayan direnme hakkı –kaynağı ve içeriği farklı olmakla birlikte– hâlâ mevcuttur.¹¹⁶

VI. Tenkit ve Sonuç

Direnme hakkının Alman anayasası'nda yazılı olarak düzenlenmesine çoğunlukla şüpheyle bakılmasının haklı tarafları vardır. Parlamento Konseyi'nin direnme hakkını yazılı olarak düzenlenmesi konusu anayasayı hazırlarken de tartışılmış ve nihayetinde yanlış yorumlara yol açabileceği¹¹⁷ ve uygulanmasında zorluk çekilebileceği¹¹⁸ düşüncesiyle anayasaya dâhil edilmemiştir. Bu haklı çekinceler güncelliklerini hâlâ korumaktadır.

1. Direnme Hakkının Tatbikini Sağlayabilmek

Gerçekten de temel haklar düzeyinde olan direnme hakkının anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasında yazılı olarak düzenlenmesinin ortaya çıkardığı başlıca sorunlardan birisi bu hakkın çatışma gibi somut bir durum karşısında uygulanmasını sağlayabilmektir.¹¹⁹

Direnen kişi açısından bakıldığında anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen direnme hakkının şartlarının oluşup oluşmadığını tespit edebilmek oldukça zor görünmektedir, kaldı ki anyasal düzenleme somut olmadığı gibi¹²⁰ şartları ve hukuki neticeleri de tartışmalıdır. Anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasının öngörmüş olduğu şartlar direnme hakkını kullanmayı neredeyse imkânsız hale getirecek niteliktedir.¹²¹ Örneğin koruma altındaki anyasal düzeni kaldırma girişimleri ile devlet erkinden yardım gelmemesi şartının aynı zamanda vuku bulması gerekmektedir.¹²² Bu, direnme hakkını kullanan kişi tarafından oldukça belirsiz bir durumdur.

¹¹⁵ Isensee, a.g.e (dn.22), s. 105; Stern, a.g.e (dn.21), s. 1507.

¹¹⁶ Stern, a.g.e (dn.21), s. 1507 vd.; Scheidle, a.g.e (dn.12), s. 143 Fn. 8, 150; Isensee, a.g.e (dn.22), s. 105. Karşı görüş için bkz. Grzeszick, a.g.e (dn.21), Art. 20 p.n. 24, e.k.; Antoni, a.g.e (dn.25), Art. 20 p.n. 16.

¹¹⁷ Sommermann, a.g.e (dn.9), Art. 20 p.n. 330; Schwarz, a.g.e (dn.9), § 282 p.n. 11.

¹¹⁸ Hauptausschuss (= genel komisyon), Stenografischer Bericht (=stenografik rapor), s. 591

¹¹⁹ Schwarz, a.g.e (dn.9), § 282 p.n. 28.

¹²⁰ Antoni, a.g.e (dn.25), Art. 20 p.n. 16.

¹²¹ Schwarz, a.g.e (dn.9), § 282 p.n. 28, e.k.

¹²² Gusy, a.g.e (dn.9), s. 47 vd.

Ayrıca direnme hakkı temel haklar düzeyinde bir hak (grundrechtsgleiches Recht) olarak tanınmıştır.¹²³ Ancak devletin bu hakkın kullanılmasını sağlaması diğer temel haklar gibi mümkün görünmemektedir. Zira direnme hakkını kullanabilmek için devlet tarafından “başka bir yardım bulunmaması” şarttır. Bu durumda da zaten devlet fiilen yok demektir. Dolayısıyla direnme hakkının düzenlenmesi öyle bir alana taalluk etmektedir ki devlet kurumlarının bu alanı etkilemesi mümkün değildir.¹²⁴ Zira aksi, kaosu düzenlemek anlamına gelir ki çok mümkün olmayan bir girişimdir.¹²⁵

Dolayısıyla, anayasayla düzenlenmiş olan direnme hakkı yanlış anlaşılma ve suiistimale sebebiyet verebilir.¹²⁶ Bu yönüyle yanlış kişileri cesaretlendirme ihtimali vardır. Ayrıca direnme hakkını yazılı hale getirmek suretiyle mutlak anayasa uygulaması izlenimi verilmektedir.

2. Pratik Getirisi

Direnme hakkının anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasında yazılı olarak düzenlemenin pratik getirisi olup olmadığı da kuşkuludur. Anayasal düzeni deviren oluşum başarıya ulaşmışsa, devirdiği anayasanın hükümlerini uygulamayacağı kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda hukuk değil devrimin başarıya ulaşip ulaşmadığı belirleyici olacaktır. Şayet bu oluşum yurttaşlar yardımıyla başarısız olmuşsa, devletin kendi düzenini koruyan yurttaşları cezalandırmaması beklenir. Dolayısıyla direnme hakkının yazılmasına ihtiyaç yoktur.

3. Direnme Hakkının Tedvinindeki Acelecilik

Ayrıca direnme hakkının anayasaya 1968 yılında ilave edilmesinde dönemin güncel siyasi sebepleri etkili olmuş ve hukuki doğruluğu bulunmayan varsayımlardan hareket edilmiştir. Bu bağlamda “siyasi trampa işinden”¹²⁷ bahsedilmektedir. Girişte de belirtildiği gibi direnme hakkının anayasaya ilave edilmesiyle “olağanüstü hal” düzenlemesinin taraftarları ile karşıtları arasında denge kurulmak istenmiştir. Söz konusu hak anayasaya siyasi pazarlıklar sonucu ilave edildiğinden meclise sonradan getirilmiştir.¹²⁸ Zira olağanüstü hal düzenlemeleri zaten o sırada mecliste görüşülmektedir. Meclis tutanaklarından hareketle direnme hakkının

¹²³ Antoni, a.g.e (dn.25), Art. 20 p.n. 16. Temkinli: Schwarz, a.g.e (dn.9), § 282 p.n. 13 vd.

¹²⁴ Isensee, a.g.e (dn.22), s. 98.

¹²⁵ Isensee, a.g.e (dn.22), s. 99.

¹²⁶ Isensee, a.g.e (dn.22), s. 102 vd.

¹²⁷ Stern, a.g.e (dn.21), s. 1504; Sachs, a.g.e (dn.3), Art. 20 p.n. 168.

¹²⁸ Isensee, a.g.e (dn.22), s. 7 vd.; Stern, a.g.e (dn.21), s. 1503 vd.

anayasaya alelacele dâhil edildiği izlenimi doğmaktadır.¹²⁹ Meclis direnme hakkını 1968 yılında anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasına ilave etmesini üç ana sebebe dayandırmışsa da – az sonra gösterileceği gibi– hiçbiri ikna edici değildir. Bu da direnme hakkının anayasaya yeterince hazırlanmadan ve tartışılmadan ilave edildiği izlenimini güçlendirmektedir.

İlk olarak direnme hakkıyla korunması amaçlanan hukuk konusunun (“bu düzen”) anayasanın 20. maddesinin 1. ile 3. fıkraları arasında tanımlanmış olması varsayımdır.¹³⁰ Ancak direnme hakkı temel haklar düzeyinde bir hak (grundrechtsgleiches Recht)¹³¹ olarak düzenlenmiştir. Bu yönüyle sistematik olarak temel hakların düzenlendiği anayasanın 1. ile 19. maddeleri arasında veya 19. maddeden sonra gelmek üzere düzenlenmesi esasen daha uygun olacaktır.¹³² Ayrıca direnme hakkını düzenleyen maddede anayasanın 20. maddesinin 1 ile 3 fıkralarına atıfta bulunmak da aslında mümkündür. Anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen direnme hakkı anayasanın 20. maddesinde düzenlenen diğer konulardan sistematik açıdan da çok farklıdır.¹³³ Zira anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasında ne devlet yapısı prensipleri ne de devletin amacını belirten bir düzenleme vardır. Burada düzenlenen, subjektif bir haktır.¹³⁴

Direnme hakkının anayasanın 20. maddesine ilave edilmesinin bir diğer sebebi ise direnme hakkının böylelikle anayasanın 79. maddesinin 3. fıkrası uyarınca değiştirilemeyeceğinin farz edilmiş olmasıdır.¹³⁵ Ancak bu varsayım da doğru değildir.¹³⁶ Zira direnme hakkı anayasanın 79. maddesinin 3. fıkrasındaki değiştirilemez maddelerden değildir, çünkü anayasanın 20. maddesinde sayılan “esaslar” arasında yer almamaktadır.¹³⁷ Ayrıca tali

¹²⁹ Ancak direnme hakkını anayasaya dahil etme sürecini tüm detaylarıyla anlayabilmek oldukça zordur (bkz. dipnot 15).

¹³⁰ Stellungnahme des Rechtsausschusses (= Hukuk Kurulunun Mütalaası), Bundestag-Druckssache (Basılı Evrak) 5/2873, s. 9.

¹³¹ Antoni, a.g.e (dn.25), Art. 20 p.n. 16. Temkinli: Schwarz, a.g.e (dn.9), § 282 p.n. 13 vd.

¹³² Scheidle, a.g.e (dn.12), s. 146. Gerçekten de direnme hakkı ilk önceleri anayasaya madde 19a olarak düzenlenmesi öngörülmüştü (Stellungnahme des Rechtsausschusses (= Hukuk Kurulunun Mütalaası), Bundestag-Druckssache (Basılı Evrak) 5/2873, s. 9).

¹³³ Grzeszick, a.g.e (dn.21), Art. 20 p.n. 1 vd.

¹³⁴ Antoni, a.g.e (dn.25), Art. 20 p.n. 16; Grzeszick, a.g.e (dn.21), Art. 20 p.n. 1.

¹³⁵ Meclis görüşmesinde Stammberger (SPD milletvekili) tüm partilerin bu görüşte olduğunu bildirmiştir (Sitzungsbericht des Deutschen Bundestages (=Meclis zabıtları), 5. Wahlperiode (=Dönem), 174. Sitzung (=Oturum), s. 9364).

¹³⁶ Scheidle, a.g.e (dn.12), s. 145 vd.; Stern, a.g.e (dn.21), s. 1507.

¹³⁷ Antoni, a.g.e (dn.25), Art. 20 p.n. 16 (tartışmalı).

(türev) yasama organı (“verfassungsändernder Gesetzgeber”) anayasanın 79. maddesinin 3. fıkrasına ne ekleme ne de çıkartma yapabilir.¹³⁸

Ayrıca direnme hakkının anayasaya eklenmesiyle “olağanüstü hal” yetkilerinin de yazılı olarak düzenlenmesi suretiyle anayasanın yazılı olmayan esaslarına başvurulmasının önüne geçilmek istenmiştir.¹³⁹ Gelgelelim bu sebep de ikna edici değildir. Zira direnme hakkı – kaynağı ve içeriği farklı olmakla birlikte– hukuk üstü bir hak kabul edildiğinden devlet tarafından düzenlenmesi mümkün değildir.¹⁴⁰ Dolayısıyla birey gerektiğinde bu hukuk üstü direnme hakkına başvurabilir.¹⁴¹

Sonuç itibarıyla anayasanın 20. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen direnme hakkı “sembolik” bir anayasa hükmüdür.¹⁴²

¹³⁸ Stern, a.g.e (dn.21), s. 1507.

¹³⁹ Stellungnahme des Rechtsausschusses (= Hukuk Kurulunun Mütalaası), Bundestag-Druckssache (Basılı Evrak) 5/2873, s. 9.

¹⁴⁰ Isensee, a.g.e (dn.22), s. 105; Stern, a.g.e (dn.21), s. 1507.

¹⁴¹ Bkz. V.

¹⁴² Sachs, a.g.e (dn.3), Art. 20 p.n. 168; Sachs, a.g.e (dn.4), s. 662; Isensee, a.g.e (dn.22), s. 33; Stern, a.g.e (dn.21), s. 1510.