

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İNSAN HAKLARI HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ
BAĞLAMINDA HAKLARIN ASKIYA ALINMASI VE
OLAĞANÜSTÜ HAL

Candost YEŞİL

Danışman
Doç. Dr. Lale Burcu ÖNÜT

İZMİR – 2022

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Hakların Askıya Alınması Ve Olağanüstü Hal” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

....../....../2022

Candost YEŞİL

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Hakların Askıya Alınması Ve

Olağanüstü Hal

Candost YEŞİL

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

İnsan Hakları Hukuku Programı

Günümüzde insan hakları terimi, hukuki bağlamın yanında gündelik hayatta da sıklıkla kullanılmaktadır. Bu husus da hangi hakların insan hakları kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bir soruna yol açmaktadır. Nitekim kimi yazarların da insan hakları enflasyonu dediği bu durumun açıklığa kavuşturulması önemlidir. Zira hakların yahut yükümlülüklerin askıya alınmasının anlaşılabilmesi için hak ve insan hakları kavramlarının tanımlarına yer verilmesi gerekmektedir.

Olağanüstü hâl kavramı da, çalışmamız bağlamında detaylı bir şekilde yer verilmesi gereken bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim olağanüstü halin düşünsel ve hukuki temelleri, olağanüstü hâlin kuramsal yapısını anlamak açısından önem taşımaktadır. Birçok devlet, farklı sebeplerle olağanüstü hâl uygulamasına başvurmakta ve olağanüstü birtakım tedbirler almaktadır.

Olağanüstü halde alınan olağanüstü tedbirlere ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), devletlere takdir marjı tanımakta ise de gerek olağanüstü hâl ilanını gerek alınan tedbirleri denetlemektedir. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi (AYM) de, öncelikle müdahalenin mevcudiyetine bakmakta ve müdahalenin varlığı sonucuna varması halinde sonra bu durumu Anayasa'nın 15. maddesi çerçevesinde değerlendirmektedir. AİHM ise, öncelikle ulusun tamamını tehdit eden genel bir tehlikenin varlığını aramaktadır. Bunun yanında alınan tedbirlerin olağanüstü halin gerekleriyle orantılı olup olmadığını

değerlendirmektedir. Bu değerlendirme sırasında AIHS m. 15’te sayılan diğer şartların yerine getirilip getirilmediği de denetlenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Olağanüstü Hal, Kamusal Tehlike, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Hakların ve Yükümlülüklerin Askıya Alınması, Derogasyon.



ABSTRACT
Master's Thesis
Derogation of Rights Within the Scope Of European Convention on Human
Rights and State of Emergency
Candost YEŞİL

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Public Law
Human Rights Law Program

Besides the legal context, human rights term is even commonly used in daily language. This causes a problem concerning which rights should be interpreted within the scope of human rights. Thus, it is important to clarify this situation, which is called human rights inflation by some authors. Yet, in order to understand the derogation of rights or obligations, it is necessary to give place to the definitions of the concepts of rights and human rights.

The term of state of emergency also emerges as a concept that should be given place in detail in the context of our study. Thus, the intellectual and legal foundations of the state of emergency are important in understanding the theoretical structure of the state of emergency. Many states refer to the state of emergency for different reasons and take some extraordinary measures.

Concerning the extraordinary measures taken during the state of emergency, the European Court of Human Rights gives a margin of appreciation to the states, but it supervises and examines both the declaration of the state of emergency and the measures taken during the state of emergency. Concordantly, the Constitutional Court of Republic of Türkiye, first looks at the existence of the interference and if it concludes that there is an interference, then the Constitutional Court of Republic of Türkiye evaluates this situation within the framework of Article 15 of the Constitution of Türkiye. The European Court of Human Rights, besides, primarily seeks the existence of a danger that threatens the entire nation. It also checks whether the measures taken are proportionate to

the requirements of the state of emergency. During this inspection, European Court of Human Rights checks whether the other conditions listed in Article 15 are fulfilled.

Keywords: State of Emergency, Public Danger, European Convention on Human Rights, Suspension of Rights and Obligations, Derogation.



**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA HAKLARIN
ASKIYA ALINMASI VE OLAĞANÜSTÜ HAL**

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xii

GİRİŞ	1
-------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

**HAK, İNSAN HAKLARI, HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI VE
OLAĞANÜSTÜ HÂL KAVRAMLARI**

I. HAK, İNSAN HAKLARI VE İNSAN HAKLARININ SINIRLANDIRILMASI

KAVRAMLARI	2
A. Hak Kavramı	2
1. Genel Olarak	2
2. İrade Teorisi	3
3. Menfaat Teorisi	3
4. Karma Teori	4
B. İnsan Hakları Kavramı	4
1. Tanımı	4
2. Benzer Kavramlardan Farkı	6
3. İnsan Haklarının Düşünsel ve Tarihsel Temelleri	7
C. İnsan Haklarının Sınıflandırılması	16
1. Jellinek'e Göre	16
2. Vasak'a Göre	18
3. Habermas'a Göre	21
4. Diğer Sınıflandırmalar	22

5. Hakların Sınıflandırılmasına İlişkin Bazı Düşünceler	23
D. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimi	25
1. Olağan Dönemde	25
a. Anayasa Uyarınca	25
b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uyarınca	27
2. Olağanüstü Dönemde	28
a. Anayasa Uyarınca	28
b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uyarınca	30
II. OLAĞANÜSTÜ HÂL KAVRAMI	31
A. Düşünsel Temelleri	35
1. Rousseau Düşüncesinde Olağanüstü Hâl Kavramı	35
2. Machiavelli Düşüncesinde Olağanüstü Hâl Kavramı	37
3. Schmitt Düşüncesinde Olağanüstü Hâl Kavramı	38
4. Agamben Düşüncesinde İstisna Hali Kavramı	41
B. Olağanüstü Hâl Kavramını Açıklayan Teoriler	45
1. Zaruret Hali Teorisi	45
2. Meşru Savunma Teorisi	47
3. Siyasi Teori	48
4. Anayasa Geleneği Teorisi	48
C. Olağanüstü Hâle İlişkin Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler	49
1. Ulusal Düzenlemeler	49
a. Anayasa'da Yer Alan Düzenlemeler	49
1) Genel Olarak	49
2) Olağanüstü Hâlde Hukuki Rejimde Özellik Arz Eden Durumlar	50
3) 2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Öncesi Olağanüstü Hâl Düzenlemeleri	57
4) Önceki Anayasalarda Olağanüstü Hâle İlişkin Düzenlemeler	62
i. 1876 Kanunu Esasi Dönemi	62
ii. 1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu Dönemi	65

iii.1924 Anayasası Dönemi	65
iv.1961 Anayasası Dönemi	67
b. Olağanüstü Hal Kanunu	69
2. Uluslararası Örgütlerin Düzenlemelerinden Örnekler	70
a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	70
b. Birleşmiş Milletlere İlişkin Düzenlemelerden Örnekler	71
3. Farklı Ülkelerin Düzenlemelerinden Örnekler	72
a. Amerika Birleşik Devletleri	72
b. Birleşik Krallık	76
c. Almanya	79

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE, AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA HAKLARIN ASKIYA ALINMASI VE OLAĞANÜSTÜ HÂL UYGULAMALARI

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE HAKLARIN ASKIYA ALINMASI USULÜ	84
A. Maddi Şartlar	85
1. Savaş Hali Yahut Genel Bir Tehlikenin Varlığı	85
2. Birtakım Hakların Askıya Alınmadan Müstesna Oluşu	87
3. Uluslararası Hukuktan Doğan Diğer Yükümlülöklere Ters Düşmeme	87
4. Durumun Kesinlikle Gerektirdiğı Ölçüde Olma – Ölçölölölöl İlkesi	88
5. Süre	88
B. Usuli Şart Olarak Bildirim Şartı	90

II. ANAYASA MAHKEMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI BAĞLAMINDA OLAĞANÜSTÜ HÂL VE ASKIYA ALMA UYGULAMALARI	91
A. Anayasa Mahkemesi’nin Olağanüstü Hâl İle İlgili Bireysel Başvuru Kararlarından Örnekler	91
1. Aydın Yavuz ve Diğerleri Kararı	91
2. Selçuk Özdemir Kararı	95
3. Mehmet Ali Eneze Kararı	98
B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Olağanüstü Hâl İle İlgili Kararlarından Örnekler	100
1. Lawless/İrlanda Kararı	100
2. Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda/Yunanistan Kararı (“Yunan Davası”)	101
3. İrlanda/Birleşik Krallık Kararı	102
4. Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık Kararı	103
5. A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık Kararı	104
6. Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık Kararı	106
7. Hassan/Birleşik Krallık Kararı	107
8. Kararların Değerlendirilmesi	109
C. Türkiye Hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Verilmiş Olağanüstü Hâle İlişkin Kararlardan Örnekler	110
1. Güleç/Türkiye Kararı	111
2. Oğur/Türkiye Kararı	112
3. Çakıcı/Türkiye Kararı	113
4. Aksoy/Türkiye Kararı	113
5. Sakık ve Diğerleri/Türkiye Kararı	114
6. Pişkin/Türkiye Kararı	116
7. Mehmet Hasan Altan/Türkiye Kararı	118
SONUÇ	120
KAYNAKÇA	123

KISALTMALAR

AİHK	Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	Anayasa Mahkemesi
Bkz.	Bakınız
m.	madde
ss.	sayfadan sayfaya
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TODAİE	Türkiye ve Orta-Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
vd.	ve devamı

GİRİŞ

Olağanüstü hâl uygulamaları, birçok ülkede farklı sebeplerle uygulama alanı bulmaktadır. Gerek artan şiddet hareketleri gerek tabii afetler gerekse de savaşlar tarih boyunca ülkelerde olağanüstü hâl uygulamasının hayata geçmesini gerektirmiştir.

Olağanüstü hallerde genellikle yürütme organları birtakım ayrıcalıklı yetkiler elde etmekte ve bu şekilde olağanüstü halin en az zararla atlatılmasının teminine çalışılmaktadır. Yürütmenin genişleyen gücü ise bu dönemlerde insan hakları ihlallerini beraberinde getirebilmektedir. Olağanüstü hâl dönemlerinde insan hakları ihlallerine ilişkin sorunlar artabilmektedir. Bu durum yürütmenin genişleyen yetkisinin yanında bu yetkiye karşı yargı yollarının kapatılabilmesinden kaynaklanmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu hususta birtakım kriterler getirerek olağanüstü halin ve alınan olağanüstü tedbirlerin hukukiliği üzerine birçok karar vermiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde, öncelikle hak ve insan hakları kavramlarına yer verilmiştir. Nitekim insan haklarının askıya alınması müessesesinin anlaşılabilmesi için öncelikle bu kavramların anlamlarının belirlenmesi zorunludur. Sonrasında olağanüstü hâl kavramı incelenmiş, bu kavramın tarihsel ve teorik temellerine değinilmiştir. Bu yapılırken de düşünürlerin çeşitli görüşlerinden faydalanılmış ve olağanüstü hali açıklayan kimi teorilere yer verilmiştir. Bunun yanında hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine ilişkin temel bilgiler verilmiş, geçmişten günümüze ülkemizdeki anayasalarda yer alan olağanüstü hale ilişkin düzenlemeler ortaya konulmuştur. Ayrıca farklı ülkelere ait olağanüstü hal düzenlemelerine yer verilmiş, ülkelerin olağanüstü hale yaklaşımları ele alınmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise, olağanüstü hallerde insan haklarının bilhassa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde nasıl korunması gerektiği, insan hakkı ihlallerinin nasıl önlenebileceği hususu incelenmiştir. Özellikle AİHM içtihadı ile getirilen kriterler incelenmiş, somut kararlardan örnekler verilmiştir. Bunun yanında Anayasa Mahkemesinin de olağanüstü hale ilişkin vermiş olduğu kararlardan örnekler verilmiş, Anayasa Mahkemesinin konuya yaklaşımı ortaya konulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

HAK, İNSAN HAKLARI, HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI VE OLAĞANÜSTÜ HÂL KAVRAMLARI

I. HAK, İNSAN HAKLARI VE İNSAN HAKLARININ SINIRLANDIRILMASI KAVRAMLARI

A. Hak Kavramı

1. Genel Olarak

Hak kavramı, diğer birçok kavram gibi farklı kültürlere sahip insanlar tarafından kullanılmış ve kullanılmakta olduğundan birçok farklı şekilde yaklaşımı barındıran, türlü tanımlara sahiptir. Belirtmek gerekir ki hak, hukuki niteliğinin yanında ahlaki ve toplumsal niteliklere ve dolayısıyla anlamlara da sahiptir. Bizim inceleme alanımızı ise hak kavramının hukuki anlamda tanımı oluşturmaktadır¹. Bu anlamda bazı hak tanımlarına yer vererek bu yol ile insan hakları kavramının da anlamına ulaşmaya çalışacağız.

Gerçekten de kimine göre hak, insanların hukuk düzeni tarafından korunan hürriyetleridir. Bu tanıma göre hakkın içeriğinin bir insan fiili ve hürriyet olduğu anlaşılır. Yine benzer bir tanıma göre hak, hukuk düzeni tarafından korunan her çeşit insan fiilidir². Bu tanımlardan yola çıkıldığında hakkın, hukuk düzeninin tanıdığı hürriyetlerden oluştuğu belirtilebilir. Diğer bir tanıma göre hak; bir kişi, bir kurum veya bir şey üzerindeki gerekçelendirilmiş bir iddia veya talebi ifade eder³. Bir başka tanıma göre ise hak, özgürlüğün somutlaşmış biçimini ifade etmektedir⁴.

Türk Dil Kurumu ise hakkı, “adalet; adaletin, hukukun gerektirdiği veya birine ayırdığı şey, kazanç; dava veya iddiada gerçeğe uygunluk, doğruluk; verilmiş emekten

¹ Mustafa Erdoğan, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 6. Baskı, Hukuk Yayınları, Ankara, 2018, s. 8.

² Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2018, (İnsan Hakları), s. 66-67.

³ Erdoğan, s. 8.

⁴ Aykut Böcükçü, **İnsan Hakları ve Türk Kamu Yönetiminde İnsan Haklarını Koruma Mekanizmaları** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2019, s. 5.

doğan manevi yetki, pay; emek karşılığı ücret; doğru, gerçek” şeklinde tanımlamaktadır⁵.

Yukarıda verilmiş farklı tanımlardan da anlaşılacağı üzere hak kavramı, birçok farklı yaklaşımı barındırmaktadır. Bu yaklaşımlardan en bilinenleri, irade teorisi, menfaat teorisi ve karma teoridir.

2. İrade Teorisi

İrade teorisi bağlamında haklar, “kişilerin yapmış oldukları tercihleri” korumakta olup hukuken korunan tercihler hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani bir hakka sahip olmanın belirli bir otorite sağladığı belirtilmektedir⁶. Windscheid tarafından öncülük edilen bu görüşe göre hak, “hukuk düzeninin bireylere tanıdığı irade veya irade kudretidir”. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere hak, sahibine bir yetki vermektedir⁷. Hak sahibi dilerse bu yetkiyi kullanır. Bu teori, hakkı bir idare kudreti olarak tanımladığı için teoriye irade teorisi adı verilmektedir⁸.

3. Menfaat Teorisi

Jhering tarafından ortaya atılan diğer bir teori ise hakkı, hukuk düzeni tarafından korunan bir menfaat olarak tanımlamaktadır. Buna göre korunan menfaatin konusu, hukuki değerler olarak karşımıza çıkmaktadır. Korunan hukuki değerler ise karşımıza farklı şekillerde çıkabilmektedir. Örneğin yaşama hakkı gibi haklar, şahıs varlığı değerlerini korurken olarak mülkiyet hakkı gibi haklar malvarlığı değerlerine ilişkindir⁹.

⁵ Yusuf Çözeli, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Ekseninde Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Ve Türkiye Örneği** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Trabzon, 2016, s. 4.

⁶ Erdoğan, s.17.

⁷ Merve Tanrıverdi, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2021, s. 4.

⁸ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Ankara, 2015, s. 46.

⁹ F. Eren, s. 46.

4. Karma Teori

Her iki teori de kendince haklı gerekçeler içermektedir ve her iki teori de hala geçerliliğini sürdürmektedir. Ancak karma teori adı verilebilecek uzlaştırmacı¹⁰ bir teori de hakkı, “hukukça korunan ve sahibine dilerse bu korumadan yararlanma yetkisi veren menfaat”¹¹ olarak tanımlamaktadır. Kanımızca da hakkı salt idare kudreti yahut menfaatten daha geniş bir biçimde ele almış olması sebebiyle karma teorinin benimsenmesi yerindedir.

B. İnsan Hakları Kavramı

1. Tanımı

Bahsedilen kavramların tanımlarının yapılması hem düşüncelerin doğru aktarılması hem konunun içeriğinin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Bu sebeple öncelikle insan hakları kavramının tanımına yer verme ihtiyacı duyduk.

İnsan hakları da aynı hak kavramı gibi birçok farklı şekilde tanımlanmaktadır. Nitekim insan hakları tanımlanabilir, anlaşılabilir bir enginliğe sahiptir¹². Elbette bu tanımların tamamına bu çalışma kapsamında yer vermek mümkün değildir. Ancak farklı bakış açılarını yansıtabilmek adına birtakım insan hakları tanımlarına yer verilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kimi yazarlarca da işaret edildiği üzere günümüzde mevcut “insan hakları enflasyonu” karşısında insan haklarını tanımlamanın önemi de artmaktadır¹³. Bunun yanında, insan hakları, sayma yoluyla belirlenememesi, gelişime ve yeni anlamlar kazanmaya açık olması sebepleriyle de kesin bir tanımı yapılması zor bir kavramdır¹⁴.

¹⁰ Böcükçü, s. 8.

¹¹ F. Eren, s. 46.

¹² Çözel, s. 7.

¹³ İonanna Kuçuradi, “Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, Sayı:13, Yıl:2005, s. 36. Burada Kuçuradi, insan haklarının moda haline gelmesi ile kavramların içinin boşaltıldığı, insan hakları sayılanların sayısında bir enflasyonun ve uluslararası belgelerde de bu konuda bir kavram karmaşasının olduğunu belirtmektedir.

¹⁴ Hakan Bakar, **1982 Anayasasında Olağanüstü Hal Rejiminin Masumiyet İlkesi Açısından Değerlendirilmesi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 10.

İnsan hakları kavramının hukuki bir terim olarak Türkçe'ye geçmesi, Fransızca ve İngilizce kavramlardan (Droits de l'Homme ve Human Rights) çeviri yoluyla gerçekleşmiştir. Hatta 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin adındaki “Droits de l'Homme” kavramı Osmanlıca'ya Hukuku Beşer olarak geçmiştir. İnsan hakları kavramı ise İkinci Dünya Savaşı sonrası dilimize girmiştir¹⁵.

İnsan hakları kavramı, en geniş tanımı ile “insanın birey/insan olmaktan kaynaklanan hakları” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁶. Bir başka tanıma göre insan hakları, “her insanın kendi onuru sayesinde sahip olduğu haklar” şeklinde tanımlanmaktadır. Bir diğer tanıma göre ise insan hakları veya insan hürriyetleri, “insanların sahip olduğu serbestçe hareket etme güçleri” olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁷. Diğer bir tanım insan haklarını şu şekilde tanımlamaktadır: “İnsan hakkı, hangi ulusal etnik, dini, zümrevi veya mesleki topluluktan olursa olsun, her kişinin yalnızca insan olmak itibarıyla sahip bulunduğu değeri korumaya dönük eylem potansiyelinin başkalarının tanınmasını ve her çeşit dış müdahaleye karşı korunmasını gerektiren en üstün ahlaki iddia veya taleptir”¹⁸. Rene CASSIN'a göre insan hakları bilimi “Bütünü, her insanın kişiliğinin gelişmesi için vazgeçilmez olan hakları ve özgürlükleri belirleyerek, insan onurundan hareketle insanlar arasındaki ilişkileri inceleme konusu yapan sosyal bilimlerin bir dalıdır”¹⁹. Bir diğer tanıma göre insan hakları, “pozitif hukuk tarafından tanınmış olsun olmasın, belli bir tarihsel aşamada insanların sahip olmaları gerekli sayılan bütün haklar” şeklinde tanımlanmaktadır²⁰.

İnsan haklarının bir talep niteliğinde olduğu da ileri sürülmektedir. Bu bağlamda insan hakları ile etik arasındaki bağlantıyı da hatırlatmak yerinde olacaktır. Nitekim Kuçuradi'ye göre insan hakları her şeyden önce insan aklının üretmiş olduğu bir düşüncedir. Bu düşünce de insanların yapısal olanaklarının gerçekleştirilmesini olanaklı kılan bir şekilde muamele görmesi gerektiği düşüncesi

¹⁵ Rona Aybay, **İnsan Hakları Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015, s. 5.

¹⁶ Durmuş Tezcan ve diğerleri, **İnsan Hakları El Kitabı**, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.27; Tekin Akıllıoğlu, **İnsan Hakları Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 16; Halil Kalabalık, **İnsan Hakları Hukukuna Giriş**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s. 29.

¹⁷ İnsan Haklarının diğer kavramlardan farkları için Bkz. s. 8 vd.

¹⁸ Kalabalık, s.29.

¹⁹ Mahmut Gökpınar, “Bir Kavram Olarak İnsan Hakları ve Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 120, 2015, s. 15.

²⁰ Gökpınar, s. 16.

olmalıdır. Yine Kuçuradi'ye göre insan hakları, insanın görmesi ve başka insanlara göstermesi gereken muameleyi dile getiren etik ilkeler niteliğindedir. Bu etik ilkeler de insanın olanaklarını gerçekleştirmesini talep etmektedirler²¹. Yani Kuçuradi'ye göre insan hakları, aynı zamanda muamele etme ve muamele görme ilkeleridir. Bu ilkeler, insanın bazı olanaklarının gerçekleştirilebilirliğinin asgari koşullarıdır. İnsan hakları, insanca yaşamının asgari talepleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda devlet açısından insan hakları, çıkarılacak düzenlemelerin dayanacağı normlar olmalıdır. Nitekim bir yaklaşıma göre de insan hakları, devletin insanlara karşı ödevlerinden hareketle tanımlanmaktadır. Bu halde bir hukuk kuralının insan hakları olması niteliğini ödevlinin devlet oluşu belirler²². Elbette bu tanım devletin ödevleri açısından kabul edilebilir olsa da birazdan bahsedeceğimiz insan haklarının benzer kavramlardan farkı meselesinde, insan haklarını benzer kavramlardan ayırt etmede yeterli olmayacaktır.

2. Benzer Kavramlardan Farkı

İnsan hakları kavramı; hak, hürriyet, temel hak ve özgürlük, kamu hürriyetleri gibi birçok kavram ile yakından ilgilidir. Ancak insan haklarının özünün anlaşılabilmesi için insan haklarının bu kavramlardan farklarına da kısaca değinmek gerekir.

Hürriyet yahut özgürlük kavramı da insan hakları gibi tanımlanması güç bir kavramdır²³ ve bunun sebebi de hürriyetin yalnızca hukuki bir kavram olmaması, çok yönlü bir nitelik taşımasıdır²⁴. Hürriyetin sihirli bir sözcük olduğunun belirtildiği bir tanıma göre hürriyetin “bir şeyi yapma veya yapmama, belirli bir şekilde davranıp davranmama erki”²⁵ olarak tanımlandığı görülür. Hürriyetin de maddi içeriği, tıpkı insan hakları gibi, bir insan edimidir. Ancak tanımdan da anlaşılacağı üzere hürriyet

²¹ Ioanna Kuçuradi, “İnsan Onuru Kavramı ve İnsan Hakları”, **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları -İnsan Hakları ve Hukuk-Devlet-Siyaset Felsefesi Yazıları**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2011, ss.70-71.

²² Akıllıoğlu, s.14.

²³ Abraham Lincoln bir konuşmasında bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: “Dünya hiçbir zaman hürriyet kelimesinin iyi bir tarifine kavuşamamıştır.” Detaylı bilgi için Bkz. Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.4.

²⁴ Detaylı bilgi için Bkz. Kapani, s.3.

²⁵ Gözler, İnsan Hakları, s.63; Bakar, s. 22.

kavramı, hak kavramından da geniş olup insan haklarının kapsayıcı bir üst kümesi niteliğindedir. Ayrıca kimi yazarlara göre hürriyet, öncelikle maddi bir kavram olup hakkın aksine mevcut bir hukuk düzenince tanınmayı gerektirmez²⁶. Bu anlamda hak ve insan hakları kavramının da hürriyet kavramından ayrıldığını belirtmek mümkündür.

Temel haklar kavramı ise, esasen karşılığını Alman anayasasında bulmaktadır ve doktrine girişi de bu sayededir. Nitekim 1949 Alman Anayasasının bir bölümü temel haklar başlığı altındadır²⁷. Türkiye Cumhuriyeti'nin 1961 ve 1982 tarihli anayasalarında da “temel hak” kavramı kullanılmıştır. Temel hak ve özgürlükler denildiğinde ise doktrinde genellikle anlaşılan, anayasal şekilde güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerdir. Anayasa altındaki normlarla düzenlenmiş hak ve özgürlükler temel hak ve özgürlüklerden sayılmamaktadır²⁸.

Özellikle Kapani tarafından kullanılmış olan kamu hürriyetleri kavramı ise, “insan haklarının devlet tarafından tanınmış, pozitif hukuka girmiş olan bölümünü” ifade etmektedir. Yani kamu hürriyetleri kavramı, olması gereken statüsünde görülen insan haklarının, devletçe pozitif hukukta yer verildiği kadarını oluşturmaktadır²⁹. Burada kamu hürriyetlerinin temel hak ve özgürlüklerden ayrılan yanına da dikkat çekmek gerekir. Kamu hürriyetleri, kanun yahut anayasa ile tanınmış olabilirken temel hak ve özgürlükler ancak anayasa ile tanınabilir. Bu anlamda her temel hak ve hürriyet bir kamu hürriyeti ise de her kamu hürriyeti temel hak ve özgürlük niteliğinde değildir.

3. İnsan Haklarının Düşünsel ve Tarihsel Temelleri

İnsan hakları, insanların toplumsal hayata geçmelerini müteakip önem kazanmaya başlamıştır. Zira toplumsal hayata geçilmesi ile birlikte insanlar bazı düzenlemelerin gerekli olduğunu anlamış³⁰ ve buna uygun olarak ilkel bazı kurallar koymuşlardır. Sosyal bir varlık olmanın neticesi olarak insana yaraşır bir muameleyle tabi tutulma talebi, temel insan haklarının ve bu ilkel düzenlemelerin kaynağı olarak karşımıza çıkar. İnsanın doğuştan birtakım haklara sahip olduğu ve bu hakların

²⁶ Gözler, İnsan Hakları, s.63.

²⁷ Gözler, İnsan Hakları s.94; Kapani, s.14.

²⁸ Gözler, İnsan Hakları, s.98.

²⁹ Kapani, s.14.

³⁰ Bakar, s. 10.

toplumdan bağımsız, salt insan oldukları için insanlara ait olduğu anlayışı doğal hak kavramının ortaya çıkmasına yol açmıştır. Doğal hak kavramı da devlet organının teşekkülünde, devletin asli görevinin bu hakları korumak olduğu düşüncesine dayanmıştır³¹.

En eski uygarlıklardan olan Çin uygarlığı, egemenlerin göklerin oğlu olduğu ve göklerden aldığı vekalet ile halkı yönettiği inancına sahipti. Bu anlamda egemen, göklerin ilkelerine uygun davranmak zorundaydı aksi halde direnme hakkı gündeme gelecekti. Direnme hakkı, pozitif olarak halka doğrudan sağlanmış olmamakla birlikte egemenin kudretinin sınırlandırılması açısından önem taşımaktadır. Çin uygarlığının en önemli düşünürlerinden Konfüçyüs ise, tüm insanların eşit olduğunu, insanların doğasının aslında iyi olduğunu, insanların bir arada yaşayabilmelerinin mümkün olduğunu belirtmiştir³². Görülmektedir ki, Çin uygarlığı döneminde dahi insanların eşitliğine, insan doğasına ilişkin birtakım düşünceler mevcuttur. Bunun yanında egemenin sınırlanması yani iktidarın sonsuz güç anlamına gelmemesi anlayışının da göklerden alınan “vekalet” sonucunda ortaya çıktığını belirtebiliriz. Kuşkusuz bu sınırlama, insan hakları düşüncesine ve doğal hukuk doktrinine kaynaklık edecek niteliktedir.

Hindistan, geçmişten günümüze kadar birçok farklı dini ve felsefi akımın mevcut olduğu, kültürel açıdan zengin ve çok yönlü bir konuma sahiptir. Nitekim günümüzde dahi hemen her türlü inanca Hindistan’da rastlanılmaktadır. Hindistan tarihine bakıldığında geçmişte de Hindistan’ın aynı kültürel zenginliğe sahip olduğunu göstermektedir. Hindistan’ın temel inancı olan Hindu inancında insan, evrensel birtakım kurallara uygun yaşamak zorundadır. Bu kurallar insanlar tarafından değiştirilemeyecek, karma adı verilen evrensel doğa kanunlarıdır. Bu anlamda insanların birbirine kötülük yapması yasaklanmıştır. Ne var ki Hindu inancı, kesin ve sert bir kast sistemi öngörmekte ve insanların mensubu olduğu kastlardan hiçbir şekilde ayrılamaması sonucunu içermektedir. Hal böyle olunca Hindistan tarihinde evrensel doğa kanunları dışında insan haklarından bahsetmek pek mümkün görünmemektedir³³.

³¹ Bakar, s. 10.

³² Şeref Ünal, “İnsan Haklarının Tarihi Felsefi ve Hukuki Temelleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 1994, Sayı:1, 1994, ss.44-45.

³³ Ünal, s.45.

İnsan hakları kavramının, eski çağda Yunan medeniyeti ile ortaya çıktığı kimi yazarlarca ileri sürülmüştür. Her ne kadar Antik Yunan'da yurttaşların seçme ve seçilme özgürlüğü bulunmakta ise de bu siyasi hürriyetlerden ayrı bir insan hakları düşüncesine rastlanılmamaktadır. Nitekim çağın önemli düşünürleri Platon, Sokrates ve Aristo'da dahi insan haklarına ilişkin düşüncelerin ortaya çıkmadığı görülmektedir³⁴. Nitekim Platon'un ideal devlet anlayışında da her şeye mutlak hâkim olan devlet algısı mevcuttur ve devlet her şeyi kontrol edebilme yetkisine sahiptir. Bu anlamda Platon'da bir insan hakları düşüncesine rastlamak pek mümkün görünmemektedir.

Ne var ki, Kıbrıslı Zenon tarafından kurulan ve ismini okullarının bulunduğu direkli galeriden alan Stoacılık, devletçi Yunan düşüncesinden ayrılarak ilk çağda insanların eşitliğinden ve özgürlüğünden³⁵ söz etmiştir. Nitekim Stoacılık uyarınca (ki birtakım kaynaklar bu akımı bir din olarak kabul etmektedir³⁶) doğaya uygun davranmak gerekirdi ve doğadan gelen her şey (ölüm, hastalık gibi) metanetle karşılanmalıydı. Yine bu akıma göre insanlar arasındaki ayrımlar suni birer ayrım niteliğinde olup tüm insanlar kardeş ve özgür durumdadırlar. Bu sebeptendir ki insanlar arasındaki tüm ayrımlar doğanın birleştiriciliği karşısında yok olmaktadır. Aynı doğaya bağlı olan özgür ve eşit insanlar da bizi Hümanizm akımına yaklaştırmaktadır³⁷. Görüleceği üzere, doğa yasalarına dayanan şekilde insanların özgürlüğünü ve eşitliğini ilk ortaya atanlar bilindiği kadarıyla Stoacılar olarak karşımıza çıkmaktadır³⁸. Esasen bu akımda insan haklarına ilişkin nitelikli belirlemeler yapılmış değildir ancak, ilk çağda insanların özgür³⁹ ve eşit olduklarının ileri sürülmesi bile başlı başına önem arz etmektedir. Nitekim ilk defa devlet karşısında insana, yurttaş olmasından değil insan olmasından kaynaklı bir değer atfedilmiştir. Kapani'ye göre Stoacılık, eşitlik ve kardeşlik fikrini yayması dolayısıyla insan hakları

³⁴ Kalabalık, s.63; Kapani, s.17.

³⁵ Bakar, s. 22.

³⁶ Orhan Hançerlioğlu, **Felsefe Ansiklopedisi Kavramlar ve Akımlar**, Birinci Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1979, ss. 167-168.

³⁷ Hançerlioğlu, ss. 167-168; Kalabalık, s.64; Kapani, s.18.

³⁸ Marcus Aurelius Stoacılık akımını tek cümlede şu şekilde özetler: "Tek bir dünya, tek bir Tanrı, tek bir kanun, tek bir hakikat vardır." Kapani, s. 18.

³⁹ Ki Epictetus'a göre hürriyet kişinin iç dünyasına ilişkin bir kavramdır. Bkz. Gözler, İnsan Hakları, s.126.

doktrininin en eski felsefi kaynaklarından. Ancak belirtmek gerekir ki Stoacılar, insanın özgürlüğü ve hakları meselesini siyasi bağlamda dile getirmiş değillerdir⁴⁰.

Eski Yunan düşüncesinde insan hakları kavramına yer verilmediği gibi uygulamada da insan haklarına rastlanmamaktadır. Nitekim bu dönemde insan kavramından önce yurttaş kavramı mevcuttu ve bir kimsenin yurttaş olup olmadığına bakılarak haklara sahip olup olmadığı değerlendirilmekteydi. Kaldı ki, halkın azınlığı yurttaş sıfatına sahipti nitekim bir maldan farksız olan köleler ve yabancılar yurttaş sayılmamaktaydı. Yerli ahalinin de dini törenlere katılmak gibi bazı şartları sağlayanları ancak yurttaş sıfatını kazanmaktaydı. Yine belirtmek gerekir ki, bireysellikten uzak bir “yurttaş” anlayışı olduğu için kişilerin yalnızca yurttaş olarak belirli birtakım siyasi hakları mevcuttu⁴¹. Bu anlamda Yunan site devletlerinde, siyasi bağlamda insan haklarından bahsedilmesi pek mümkün değildir. Bu hususta Foustel de Coulanges şu belirlemelerde bulunmuştur:

“Eskiler ne özel yaşam hürriyetini ne eğitim hürriyetini ne de din hürriyetini tanırlardı. İnsan kişiliği vatan veya devlet diye isimlendirilen ilahi ve kutsal otorite karşısında çok az bir öneme sahipti. ... İnsan hayatı sitenin çıkarı söz konusu olduğunda güvence altında değildi. ... Vatanın menfaati karşısında hukuk, adalet, ahlak her şey geri çekilmeliydi. ... Eski Yunan sitelerinde insanın hür olduğunu sanmak, bütün beşerî hatalar arasında en büyük hatadır. Eski Yunan’da hürriyet idesi dahi yoktur. ... Siyasal haklara sahip olmak, oy kullanmak, hakimleri atamak, yönetici seçilmek, işte hürriyet diye isimlendirilen her şey bundan ibaretti”⁴².

Elbette Eski Yunan’da, insan hakları düşüncesine temel oluşturabilecek girişimler bulunmaktaydı. M.Ö. 6. Yüzyılda yaşamış hükümdar Solon’un çıkarmış olduğu ancak uygulamada başarısız olan “Solon Kanunları”nda, herkesin kanun önünde eşit olması gerektiği, halkın yöneticilere ve yöneticilerin de kanunlara tabi olması gerektiği düşüncesi yer almaktaydı. Yine Sofist Alkidamos ve Antiphon’un, kanunların herkese eşit olarak uygulanması gerektiği şeklinde görüşleri tarih içerisinde yer almış ise de bu düşüncelerin hiçbirisi siyasi olarak uygulanabilir olmamıştır⁴³.

Orta Çağ’a gelindiğinde ise, Eski Çağ’a kıyasla insan haklarına ilişkin bir gelişme olduğu söylenebilir. Bu anlamda Orta Çağ içerisinde iki önemli olayın insan hakları düşüncesine etkili olduğunu belirtebiliriz. Bunlardan ilki Hıristiyanlık dininin

⁴⁰ Kapani, s. 18-19.

⁴¹ Ünal, s. 46.

⁴² Numa-Denys Fustel De Coulanges, **La Cité antique**, Paris, Librairie Hachette, 1900, s. 322’den aktaran Gözler, İnsan Hakları, s. 127

⁴³ Ünal, s.46.

ortaya çıkması ikincisi ise feodalizmdir. Hıristiyanlığın ortaya çıkması, hem insanın tanrının bir benzeri olması ve bu yönüyle değerli olduğu iddiası hem de insan vicdanını devletin tahakkümünden kurtarma iddiası ile insan haklarına katkı sağlamıştır. Nitekim Hıristiyanlığın Hz. İsa'ya atfedilen “Sezar’ın hakkını Sezar’a, Tanrı’nın hakkını Tanrı’ya veriniz” cümlesi ile, siyasi otorite ve dini otoritenin birbirinden ayrılması söz konusudur. Hal böyle olunca insan vicdanı da Eski Çağ’dakinin aksine devletin boyunduruğundan kurtarılmaya çalışılmıştır. Bu vesile ile insanın, kendi başına bir değere ve haklara sahip olduğu anlayışı benimsenmeye başlamıştır. Bu durum da Hıristiyanlık dininin insan hakları fikrinin oluşmasındaki önemini ortaya koymaktadır⁴⁴. Orta Çağ’daki diğer bir önemli olay olan Feodalizmin ortaya çıkışı ise insan hakları fikrini merkezi devletlerin parçalanarak iktidarın bölünmesi ile değiştirmiştir. Nitekim sınırsız ve mutlak devlet iktidarı kavramı da bu bölünme ile ortadan kalkmıştır. Yine krallar ile derebeyler ve halk arasında yaşanan iktidar çatışmaları neticesinde yapılan anlaşmalar⁴⁵ da mevcuttur. Bu husus da devlet yahut iktidar karşısında insan haklarının mevcudiyeti fikrine katkı sağlamıştır⁴⁶.

Orta Çağ’da Hıristiyanlık düşüncesinin siyasi iktidar ile dini iktidarı ayırmaya başladığından önceki paragrafta bahsedilmişti. Bu hususta önemli bir isme de değinmek gerekmektedir. Thomas Aquinas (yahut Aziz Thomas) ilk kez iktidarın kaynağını yer yüzüne indirmiştir. Thomas Aquinas’ın düşüncesinde aslolan iktidarın keyfiliğinin önlenmesidir. Bu anlamda kendisine göre, egemen dahil herkes Tanrı’nın koymuş olduğu ebedi yasalarla bağlıdır. Bu ebedi yasalar, bahsedildiği üzere egemeni de bağlamakta olup egemen tarafından konulan kurallar bu ebedi yasalardan hiyerarşik olarak sonra gelmektedir ve beşerî yasalar, ebedi yasalara, tabii yasalara ve ilahi yasalara tamamen uygun olmak zorundadır. Aksi halde insanlar egemenin koymuş olduğu yasalara uymak zorunda değildir. Bu da direnme hakkının ilk belirgin örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. Thomas Aquinas, egemenliğin tanrı tarafından belirlenen ebedi kurallara uygun olarak egemen yahut halk aracılığıyla kullanıldığını vurgulamakta ve bu şekilde egemenliğin kaynağını yer yüzüne indirmektedir⁴⁷. Hal böyle olunca egemenin sınırlandıramayacağı birtakım tanrısal kuralların olduğu

⁴⁴ Kapani, s. 22.

⁴⁵ Bu anlaşmaların da temel hak ve özgürlüklerin temelini oluşturduğuna nitekim kralın yetkilerinin sınırlandırıldığına ilişkin Bkz. Ünal, s.47.

⁴⁶ Gözler, İnsan Hakları, s. 129.

⁴⁷ Kapani, ss. 24-25.

düşüncesi, insanın doğasından gelen ve kendisine ait devredilemez birtakım hakları olduğunu savunan doğal hukuk anlayışına zemin hazırlamıştır.

Orta Çağ'da bahsedilmesi gereken diğer bir düşünür ise, Marsilius Patavinus'tur. Nitekim demokrasi ve insan hakları anlamında Aziz Thomas'tan çok daha ileriye gitmiştir. Düşünüre göre, siyasal iktidar halktan gelmektedir ve halk bunu doğrudan doğruya veya temsilcileri vasıtasıyla kullanmalıdır. Devlet ancak bu şekilde meşru nitelikte olabilir. Bunun yanında düşünür, yasama organının yürütmeyi her zaman kontrol edebilmesi gerektiğini savunmuştur. Düşünürün öne sürdüğü en önemli düşüncelerden biri, vicdan özgürlüğü bağlamındadır. Nitekim düşünüre göre, din adamları hiçbir zorlama olmadan insanları doğru yola davet edebilir⁴⁸. Bu düşünce, Orta Çağ'ın içerisinde bulunduğu koşullar altında "devrimci" sayılabilecek niteliktedir. Bu anlamda vicdan özgürlüğünün temellerine Marsilius Patavinus'ta rastlandığını belirtmek yanlış olmayacaktır.

Orta Çağ'da insan hakları adına bahsedilmesi gereken en önemli olay kuşkusuz 1215 tarihli Magna Charta Libertatum olmalıdır. Bu şart uyarınca, kralın keyfi uygulamalarına karşılık kişilerin can ve mal güvenliğine sahip olduğu, keyfi yakalama ve vergilendirme gibi bazı hususlarda kralın yetkilerinin sınırlandırıldığı görülmektedir. Kuşkusuz bu şart, büyük çatışmalar sonrası elde edilmiştir ve insan hakları düşüncesinin oluşumuna ve doğal hukuk doktrinine katkı sağlamıştır.

Yeni Çağ'a geçilmesi ile birlikte, 17. ve 18. yüzyıllar insan haklarının ortaya çıkmasında özel önem taşımaktadır. Nitekim, Rönesans'ın bireysellik kavramını ön plana çıkarması, insana birey olarak değer verilmeye başlanması bu yıllara rastlamaktadır. Bunun bir sonucu olarak da doğal hukuk doktrini önem kazanmaya başlamıştır. Yeni Çağ'da insan hakları, Orta Çağ'daki din boyunduruğundan çıkmış, bireysellik kavramı ile insana indirgenmiştir. Nitekim bu dönemde, insanın salt insan olmasından kaynaklanan, doğuştan birtakım haklara sahip olduğu ve bu hakların bir kısmına devlet tarafından dokunulamayacağı düşüncesi ortaya çıkmıştır. Böylece ilk defa, geçmişte azınlıkta kalan görüşlerden farklı olarak sistemli bir insan hakları doktrini ortaya çıkmıştır. Yeni Çağ'da doğal hukuk düşüncesi, Orta Çağ'daki dini karakterinden arındırılmış, laik bir nitelik kazanmıştır⁴⁹.

⁴⁸ Kapani, s. 26.

⁴⁹ Kapani, s.30; Kalabalık, s.66.

Yeni Çağ'da ortaya çıkan doğal hukuk doktrini temelde iki varsayım üzerine kurulmuştur: Tabiat hali ve toplum sözleşmesi. İnsanlar devletli bir toplum hayatına geçmelerinin öncesinde tabiat halinde yaşamaktaydı ve bu halde tam bir hürriyete sahipti. Bu hürriyetler, doğuştan gelen ve devletin ayrıca tanınmasına gerek olmayan hürriyetlerdir. Ancak sonrasında, insanlar tabiat halindeki birtakım haklardan feragat ederek sosyal sözleşme ile devleti meydana getirdiler. Ne var ki bu feragat, yalnızca bazı haklarla sınırlı olup insanın insan olmasından kaynaklanan temel haklarından insanlar tarafından feragat edilmediği varsayılmaktadır. Bu da bizi şu sonuca götürmektedir: İnsanlar devletten önce sahip olduğu hakların bazılarını kendi istekleri ile devlete devretmiş olsalar da temel haklarını ellerinde tutmaya devam etmişler ve bu haklara devletin, en azından müspet bir şekilde, müdahalesine izin vermemişlerdir. Devlet kendisine devredilmeyen bu haklara saygı duymakla yükümlüdür. Bu doktrinin en büyük temsilcisi John Locke olmuştur. Doğal hukuk anlayışı, insan haklarının gelişmesi açısından büyük öneme sahip olduğundan Locke'a ait düşüncelere, kısaca yer vermek arzusundayız.

John Locke, diğer doğal hukuk doktrini temsilcileri gibi, tabiat hali hipotezini esas alır. Hobbes'un aksine Locke, tabiat halinde insanların arasındaki ilişkiyi bir savaş, süregelen çekişme hali olarak değil, insanların ilişkilerini düzenleyen birtakım tabii kanunların olduğu, insanların bir arada mutlu olarak yaşayabildiği bir ilişki olarak görür. Bu anlamda beşerî kanunlardan önce gelen tabii kanunlar olduğu, insanların da bu kanunlardan kaynaklanan tabii hakları olduğu düşünür tarafından ileri sürülür. Hatta bu özgürlükler genel olarak dört başlık altında toplanmaktadır: Hayat, hürriyet, mülkiyet ve mutluluk⁵⁰. İnsanlar bu doğal hakları korumak, bu hakları çiğneyenleri cezalandırmak yetkisine de tabiat halinde sahiptirler. İşte bu cezalandırma yetkisinin, tek bir otorite tarafından değil de insanların tamamı tarafından kullanılıyor olması birtakım belirsizlikler yaratmakta ve bu konuda bir otoriteyi gerektirmektedir.

Hal böyle olunca bireyler, sosyal sözleşme ile cezalandırma hakkını devlet denene aygıtına devretmişlerdir. Bu anlamda devlet aygıtının ortaya çıkmasındaki temel amaç, temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasıdır. Düşünürce göre devlet, amaç ve sınırlarını aşarak bireylerin doğuştan gelen haklarına müdahale gafletinde bulunur ise bu durumda sosyal sözleşme ortadan kalkar ve insanların devlete itaat etme

⁵⁰ Kalabalık, s.67.

yükümlülüğü de kalmamış olur. Vurgulamak gerekir ki Locke için birtakım haklar (ki mülkiyet hakkı en dikkat çekenidir) doğal olarak bireyin insan olmasından kaynaklı olarak oluşabilir. Bu anlamda devletin bu hakları ayrıca tanımasına gerek bulunmamaktadır. Ayrıca, Fransız İnsan Hakları Bildirisi üzerinde en büyük etkisi olan düşünür Locke olmuştur⁵¹. Yine toplum sözleşmecileri arasında görüşleri en çok ilgi gören düşünür Locke olmuştur. Bunun bir sebebi de Hobbes ve Rousseau'nun aksine Locke'un yasama ve yürütme organları yalnızca bireylerin can ve mal güvenliğini sağlamak ve temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla bir devlet yapısı öngörmüş olması olsa gerektir⁵². Nitekim Hobbes, devlet öncesi bir karmaşa halinin olduğundan bahseder ve bireylerin bu durumda mutsuz olduğunu belirtir. Rousseau da insanın doğuştan özgür ve tabiat halinde mutlu olduğunu, ancak hak ve özgürlüklerin devlete devredilmesi ile insanların daha da özgürleştiklerini, devletin insanları özgürleştirmek gibi bir görevi ve anlamı olduğundan bahseder.

Sosyal sözleşme teorisi; tabiat hali ve sosyal sözleşme hipotezlerine dayanır. Ancak bu iki hipotezin de ispatı mümkün olmamaktadır. Nitekim ne bir tabiat hali ne de sosyal bir sözleşmenin kesin kanıtları ortaya koyulabilmiş değildir. Bir diğer ifade ile sosyal sözleşme teorisinin varsayımsal kaldığı söylenebilir. Ayrıca sözleşme fikrinin de ancak toplum olarak yaşamakta olan insanlarda oluşabileceği belirtilmiş ve teorisinin tutarsızlığı öne sürülmüştür. Bu yönüyle sosyal sözleşme teorisinin eleştirilebileceğini söylemek mümkündür.

Sosyal sözleşme teorisine eleştiri getiren ve insan haklarının ortaya konulmasında önem teşkil eden diğer bir düşünce ferdiyetçi doktrin olarak anılmaktadır. Anılan doktrine göre, her hakkın kaynağı birey olarak insandır. Bu anlamda sosyal sözleşme gibi hipotezlerin gereği yoktur. İnsan, sorumluluk duygusuna ve iradeye sahiptir. İnsanların oluşturduğu toplumların da aslında insandan bağımsız bir varlığı, kişiliği bulunmamaktadır. Yani toplum, kendisini oluşturan bireylerden ibarettir. Her bireyin kendine ait hak ve hürriyetleri vardır ve bu hak ve hürriyetler eşit olarak insanlara dağıtılmıştır. Devletin amacı da bu hak ve hürriyetlerin, yani bireylerin menfaatlerinin korunmasını sağlamak, bu hak ve özgürlükleri güvence altına almaktır. Bu görüşe göre insan hakları, insanın iradeye ve sorumluluk

⁵¹ Kapani, s.32.

⁵² Ünal, 51.

duygusuna sahip bir varlık olmasından, bir başka deyişle salt bir insan olmasından kaynaklanır ve devletin temel amacı da bu hakların korunmasını sağlamaktır⁵³. Bunun yanında, asıl amaç bireyin kendisini gerçekleştirmesi olduğundan bireylerin menfaati toplum menfaatine yeğdir. Yine devletin birey özgürlüklerine en az müdahalesi öngörülmüştür, bu anlamda negatif bir hürriyet anlayışından bahsedilebilir⁵⁴.

Ferdiyetçi doktrine karşı getirilen eleştiriler de mevcuttur. Bu anlamda sosyal haklar doktrini olarak anılan bir diğer doktrin, ferdiyetçi doktrinin negatif hürriyet anlayışının çoğu zaman sadece teoride kaldığı, hakların yalnızca biçimsel olarak kişilere sağlandığı yönünde bazı eleştirilerde bulunmuştur. Sosyal haklar doktrinin ortaya çıkmasının bir sebebi ferdiyetçi doktrinin negatif hürriyet anlayışı iken bir diğer sebebi, hızla gelişen ekonomik değişimler karşısında negatif hakların insanların ihtiyaçları için yetersiz kalmaya başlamasıdır⁵⁵. Nitekim gerçekten de ferdiyetçi doktrinde devletin pozitif bir edimde bulunma yükümlülüğüne pek rastlanmaz. Hal böyle olunca insanların bir kısmının hakları olsa da bu hakları kullanamadıkları belirtilmiştir. Örneğin konut dokunulmazlığı hakkı olan bir kimsenin konutu olmadığı sürece, konut dokunulmazlığı hakkı bir anlam ifade etmeyecektir. Bu anlamda ortaya çıkan sosyal haklar doktrini, devletin sosyal hakları sağlaması gerektiğini kabul eder. Yani devletin, sosyal güvenlik, çalışma, konut hakkı gibi hakları bireylere sağlaması gerekmektedir⁵⁶.

Buraya kadar insan hakları düşüncesinin düşünsel temellerini kısaca incelemiş bulunuyoruz. İlk Çağ'da Antik Çin ve Yunan düşüncelerinde (Stoacılar'ı bir yana koyarsak) insan haklarına pek rastlanmamaktadır. Nitekim daha çok özel bir kavram olan "yurttaş" kavramına değer verildiği, köleliğin meşru ve hatta çoğu ünlü düşünüre göre gerekli olduğu site devletlerinde, insan hakları düşüncesine rastlanılmamaktadır. Oysa Stoacılık denilen akım, insanların doğa ile uyumlu olarak eşit ve özgür oldukları fikrini ortaya atmıştır. Yalnızca felsefi bir düşünce olarak kalan bu anlayış, siyasal hayatı etkileyebilmiş değildir. Ancak yine de insanların eşit ve özgür olduğu kavramına yer verilmiş olması insan hakları düşüncesi açısından önem taşımaktadır. Orta Çağ'a gelindiğinde ise, Hristiyanlık dininin yayılması ve insana önem vermesi

⁵³ Kapani, s.39-40.

⁵⁴ Gözler, İnsan Hakları, s.137.

⁵⁵ Kapani, s.52.

⁵⁶ Gözler, İnsan Hakları, s. 138.

ile mutlak iktidarların parçalanarak feodalitenin hüküm sürmesi, insan hakları için önemli iki aşama olmuştur. Bireysel olarak insana verilen değer artmış, insan onuru ortaya çıkmıştır.

Bir diğer önemli husus Rönesans ile Rasyonalite'nin ortaya çıkması ve aydınlanmacı düşünürlerin akıl ile kavranacak bilgileri önemsemesidir. Burada Locke ve Hobbes gibi düşünürler karşımıza çıkmaktadır. Bu düşünürler, sosyal sözleşme hipotezi ile insanların birtakım haklarını devlete bir sözleşme ile devrettiklerini, devlet ile sosyal bir sözleşme yapıldığını ileri sürmektedir. Buna karşılık ferdiyetçi doktrin ise, toplumların bireylerden bağımsız bir varlıklarının olmadığı, bu anlamda ancak bireyin haklarından (ve dolayısıyla toplumların) söz edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak ferdiyetçi doktrin anlayışının hakları şekilsel olarak tanımlaması ve birçok kişinin belirlenen haklardan pratikte mahrum kalması sebebiyle sosyal haklar doktrini ortaya çıkmıştır. Sosyal haklar doktrini, ferdiyetçi doktrinindeki devletin yalnızca dokunmama yükümlülüğünü ileri taşıyarak, sosyal hakların sağlanması için devletin pozitif edimlerde bulunması gerektiğini öne sürmüştür. Günümüzdeki sosyal devlet anlayışı da bu bağlamda değerlendirilebilecektir.

C. İnsan Haklarının Sınıflandırılması

1. Jellinek'e Göre

Alman hukukçu Jellinek, hakları devlet ile kişi arasındaki ilişkiye göre⁵⁷ negatif statü hakları (koruyucu haklar), pozitif statü hakları (isteme hakları) ve aktif statü hakları (katılma hakları) olarak üçe ayırmaktadır. Kimi yazarlara göre bu ayırım, koruyucu haklar ve isteme haklarına, seçme seçilme hakkı gibi hakların (Ödev olarak görülebilen bazı haklardan bahsedilmektedir.) da katılma hakkı olarak eklenmesi ile oluşmuştur. 1961 ve 1982 anayasalarında da bu ayırımın benimsenmiş olduğu belirtilebilir⁵⁸.

Negatif statü hakları, bireylerin maddi ve manevi varlıklarını ilgilendiren en temel haklar olarak karşımıza çıkar. Bu haklar, kişilerin maddi ve manevi varlıklarını

⁵⁷ Jellinek'in "status" kavramı ile kastettiği şeyin devlet ve kişi arasındaki ilişki olduğuna dair Bkz. Gözler, İnsan Hakları, s. 153.

⁵⁸ Tezcan ve diğerleri, s. 60.

devlete karşı koruma gayesindedir. Bu haklar aynı zamanda kişilerin dokunulmaz alanını ifade eden haklar olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁹. Bu haklara örnek olarak kişi güvenliği, suç ve cezaların kanuniliği, mülkiyet hakkı, zorla çalıştırma yasağı sayılabilir⁶⁰.

Pozitif statü hakları ise, kişilerin iktidardan pozitif bir edimi talep ettiği, devletin aktif konumda olduğu haklardır. Burada devlet, koruyucu hakların aksine bu haklara dokunmamaktan ziyade kişilerin bu haklara erişiminin sağlanması noktasında müspet bir davranış geliştirmektedir. Kuşkusuz isteme hakları, koruyucu hakların sağlanmasından daha sonra, devletin olumlu bir davranışta bulunması talebiyle ortaya çıkmıştır. Genellikle “sosyal haklar” olarak nitelendirilen isteme hakları arasında, sosyal güvenlik hakkı, çalışma hakkı, sendika kurma hakkı, dinlenme hakkı, konut hakkı, grev hakkı, eğitim öğretim hakkı sayılabilir.

Aktif statü hakları, kişilerin siyasi yapının bir unsuru olarak belirtilen yapıda alınacak kararlara doğrudan yahut dolaylı şekilde katılmasını sağlamaya yönelik haklardır. Bir diğer ifade ile katılma hakları, “kişinin siyasi iktidarın kullanılmasına katılmasını sağlayan haklar” şeklinde tanımlanabilir⁶¹. Anılan haklar kişilere siyasi alanda aktif bir unsur olarak yer alma hakkı tanımaktadır. Aynı zamanda bu haklar, kişinin siyasal bir bütünün parçası olduğunu da güvence altına almaktadır. Bu hakların kapsamına ise dilekçe hakkı, seçme seçilme hakkı, vatandaşlık hakkı, kamu hizmetine girme hakkı gibi haklar girmektedir.

Jellinek’in ayrımı incelendiğinde, kişinin devlet ile arasındaki ilişkiye göre bir ayrım yapıldığı görülmektedir. Nitekim koruyucu haklarda kişinin devlete karşı ileri süreceği dokunulmaz alan hakkın içeriğini oluştururken çalışma hakkı, dinlenme hakkı gibi isteme haklarında kişi, devletten belirli bir şekilde davranmasını talep etmekte, devletten bir olumlu edim beklemektedir. Katılım hakları ise insanın toplumsal ve siyasal yapının bir parçası olduğu düşüncesi ile, diğer haklardan genellikle daha sonra ortaya çıkmış, yönetime katılma yönünde bir talep içeren haklardır. Şüphesiz ki Jellinek’in ayrımı, öğretide hakların benimsenmesi açısından önem taşıyan bir ayrımdır. Ayrıca kural olarak bu hakların ortaya çıkış sırası da Jellinek’in ayrımı ile örtüşmektedir. Nitekim koruyucu haklar ilk olarak kişilerin devlete karşı talepleri

⁵⁹ Gözler, İnsan Hakları, s.153.

⁶⁰ Kalabalık, s. 56; Aybay, s. 58.

⁶¹ Kalabalık, s. 57; Aybay, s. 59.

olarak ortaya çıkmış, bu hakların sağlanması ile isteme hakları ve katılma hakları talep edilebilir hale gelmiştir.

Bu ayrıma ilişkin Anayurt ise birtakım eleştirilerde bulunmuştur. Nitekim yapılan ayrımın insan haklarının bütünlüğü ilkesine hâle getirdiği gerek negatif gerek pozitif statü haklarında aslında devletin bir müdahalesi olduğu, yani hakların hem pozitif hem negatif birden fazla yüzünün bulunduğu şeklinde eleştiriler getirilmiştir⁶². Kanımızca bu eleştiriler yerindedir. Özellikle değişen şartlar dengesinde değerlendirildiğinde anakronistik bir düşünceden kaçınmak sureti ile en temelde sayılan özgürlüklerin bile negatif ve pozitif yönlerinin olduğu belirtilebilir. Nitekim hakların yalnızca usuli açıdan güvence altına alınmış olması artık yeterli değildir. Hal böyle olunca Jellinek'in temel ayrımının birtakım sakıncalar da taşıdığı söylenebilecektir.

2. Vasak'a Göre

1979 yılında Çek asıllı Fransız hukukçu Karel Vasak, hakların ortaya çıkış sırasına göre bir ayrım yapmıştır⁶³. Bu ayrıma göre insan hakları; birinci kuşak, ikinci kuşak ve üçüncü kuşak insan hakları olarak üçe ayrılmaktadır.

Birinci kuşak insan hakları, insanlar tarafından ilk elde edilen kişi hakları ve siyasal haklardan oluşmaktadır. Birinci kuşak insan haklarının çoğu dokunulmaz bir alana ilişkin yasaklama içermektedir ve Fransız İhtilali sonrası ortaya çıkan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin temelini oluşturmaktadır. Nitekim bu hakların ilk çıkış noktasının da burjuvazinin aristokrasiye karşı vermiş olduğu mücadele olduğu da pek tabii söylenebilir. Ekonomik olarak güçlü olan burjuvazi, yönetimde söz sahibi değildi. Oysa ekonomik güçlerini siyasi güçlerle de birleştirmek isteyen burjuva sınıfı, yönetimi elinde bulunduran aristokratlara karşı gelmiş ve büyük mücadeleler verilmiştir⁶⁴. Bu mücadelenin en bilineni Fransız İhtilali'dir⁶⁵. Birinci kuşak insan

⁶² Ömer Anayurt, "Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınırlandırmaların Değerlendirilmesi", **Türkiye'de İnsan Hakları**, Oya Çiftçi (Yayına Hazırlayan), 1. Baskı, TODAİE yayınları, Ankara, 2000, s. 52.

⁶³ Gözler, İnsan Hakları, s. 157.

⁶⁴ Kalabalık, s. 60.

⁶⁵ Fransız ihtilali bir burjuva devrimidir. Sanayi devriminin getirdiği işçi sınıfı hareketlerinin aksine Fransız ihtilalinde ekonomik olarak güçlü olan ve siyasi olarak da güç elde etmek isteyen burjuvazinin zaferini görmekteyiz.

haklarında devletin bir nevi karışmama yükümlülüğü bulunmaktadır⁶⁶. Birinci kuşak haklara kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı, din ve vicdan özgürlüğü, işkence ve kötü muamelenin yasaklanması, özel yaşamın gizliliği gibi haklar girmektedir.

İkinci kuşak haklar ise, birinci kuşak hakların talep edilip tanınmasından sonra, devletin pozitif bir edimde bulunmasını gerekli kılan insan hakları olarak ortaya çıkmıştır⁶⁷. Bu haklar, sanayi devrimi sonrasında işçi sınıfının derinleşen sosyal eşitsizliklere karşı mücadelesi⁶⁸ ile kazanılmış, genelde ekonomik ve sosyal nitelikli haklardır⁶⁹. Birinci kuşak hakların aksine ikinci kuşak haklar devlete, dokunmama değil müspet bir edimde ve müdahalede bulunma yükümlülüğü yükler⁷⁰. Bu haklar temelde, sosyal güvenlik hakkı, çalışma ve dinlenme hakkı, ücret hakkı, sendikal haklardan oluşmaktadır.

Üçüncü kuşak haklar ise, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkan sosyal ve teknolojik gelişmeler karşısında sömürge haline gelmiş, az gelişmiş ülkelerin baskıları sonucu ortaya çıkmış haklar olarak nitelendirilir. Diğer haklardan farklı olarak üçüncü kuşak haklar, öncelikle uluslararası metinlerle tanınmış, bu hakların iç hukuka aktarımları daha sonra olmuştur⁷¹. Üçüncü kuşak haklar, daha çok bireyler ve uluslararası dayanışmanın geliştirilerek uygulamaya geçirilmesine yönelik haklardır. Bu haklara örnek olarak, barış hakkı, tabii kaynaklardan yararlanma hakkı, su hakkı, çevre hakkı, yerli mirasa katılma hakkı, gelişme hakkı, insanlığın ortak mirasından yararlanma hakkı gibi haklar verilebilir⁷².

Son zamanlarda “dördüncü kuşak insan hakları” kavramı da kullanılmaya başlanmıştır. Bu kavram henüz doktrin ve uygulama için yeni ise de mevcut teknolojik gelişmelere bağlı olarak önem arz etmektedir. Bu haklara genellikle, insan onurunun korunması amacıyla insan kopyalamanın ve genetik mühendisliğin yasaklanması şeklinde örnekler verilmektedir.

⁶⁶ Tezcan ve diğerleri, s. 62.

⁶⁷ Yine de devletin asgari ölçüde müdahalesi ve genel olarak asayışı sağlama görevi için Bkz. Aybay, s. 59.

⁶⁸ Belirtmek gerekir ki 63. dipnottaki belirtmenin aksine ikinci kuşak hakların ortaya çıkışı işçi sınıfının mücadelesi ile olmuştur.

⁶⁹ Tezcan ve diğerleri, s. 62; Kalabalık, s. 61.

⁷⁰ Gözler, İnsan Hakları, s. 157.

⁷¹ Gözler, İnsan Hakları, s. 158.

⁷² Tezcan ve diğerleri, s. 62

Vasak'ın yapmış olduğu ayrıma ilişkin birtakım eleştiriler de mevcuttur, bu eleştirilere de kısaca yer vermek isteriz. Öncelikle bu ayrımda da insan haklarının sınıflandırılmasının bütünsellik ilkesine aykırı düşeceği eleştirisi yapılmıştır. Nitekim birinci kuşak hakların daha önemli yahut daha gerekli olduğu şeklinde kimi yorumlar mevcuttur. Kanımızca haklı olan bu eleştiriye karşın akademik ve doktrinsel sebeplerle bu gibi sınıflandırmaların yapılmasının insan haklarının bütünsellik ilkesine halel getirmediği düşüncesindeyiz. Bunun yanında tarihsel olarak ortaya çıkış ile hakların içeriklerinin her zaman örtüşmediği belirtilmektedir. Ayrıca, kuşaklara ait hakların özellikleri sıralanırken birinci kuşak haklarda devlete dokunmama yükümlülüğü yüklenirken ikinci kuşak haklarda devlete pozitif bir yükümlülük yükleniyor olmasının da her zaman geçerli bir düşünce olmadığı belirtilmektedir. Kanımızca bu eleştiri oldukça haklıdır. Mülkiyet hakkı gibi birtakım haklar söz konusu olduğunda kişi hakları içerisinde mi yoksa ekonomik sosyal haklar içerisinde mi yer alacağı, hangi kuşak hakkı olarak kabul edilmesi gerektiği, devletin pozitif mi yoksa negatif mi bir yükümlülüğünün olduğu sorularının net bir cevabı bulunmamaktadır⁷³. Bu ayrıma getirilen bir diğer eleştiri ise, kuşak hakları sınıflandırırken devletin yükümlülüğünün değişken olmasıdır. Zira, ikinci kuşak haklar arasında sayılan grev hakkı, sendikal haklar gibi birtakım haklarda devletin pozitif değil negatif yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır⁷⁴. Bu anlamda getirilen eleştiri de haklılık payı içermektedir. Kuşak sınıflandırmalarında devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri tikel haklar bağlamında farklı görünümlere bürünebilmektedir ve bu sebeple net bir ayrımdan bahsedilmesi doğru değildir. Son olarak, özellikle üçüncü kuşak hakların henüz bir hak olarak belirtilmesinin hak sahibi konusunda mevcut çelişkiler sebebiyle mümkün olmadığı, hakkın muhatabının bulunmadığı gibi bazı eleştiriler de ileri sürülmüştür⁷⁵.

Tüm bu eleştirilere rağmen Vasak'ın yapmış olduğu ayrım, insan hakları teorisi bağlamında önem taşıyan bir ayrım olup ortaya çıkışları açısından insan haklarını belirli bir sistemle sunmaktadır.

⁷³ Nitekim mülkiyet hakkı, 1961 Anayasasında sosyal ve ekonomik haklar arasında düzenlenmişken 1982 Anayasasında kişi hakları arasında sayılmıştır. Detaylı bilgi için Bkz. Gözler, İnsan Hakları, s. 160.

⁷⁴ Gözler, İnsan Hakları, s. 160.

⁷⁵ Anayurt, s. 54.

3. Habermas’a Göre

Kamusal alan ve kamusal haklar üzerine çalışmaları olan Jürgen Habermas’a göre hakları beş kategoride toplamak mümkündür. Bu kategorilerden ilki, kişisel haklardır. Bu hakların özelliği herkese eşit derecede tanınmış olması ve kapsamlarının geniş tutulmuş olmasıdır. Bu temel haklara yaşama hakkı, kişi dokunulmazlığı hakkı örnek verilebilir. İkinci kategorideki haklar ise “membership rights” olarak geçmekte olup Türkçe’ye üyelik hakları şeklinde çevrilebilir. Bu haklar, kanun önünde eşit bireylerin politik toplumu oluşturmaya dayalı haklardır. Üçüncü kategori ise “due process rights” olarak geçmekte olup kişi özgürlüğünü koruyucu usuli hakları kapsamaktadır. Bu haklar ile “karşılıklı olarak tanınmış hakların yasal planda uygulanabilirliği ve kişinin yasalarca korunması olanaklı kılınmıştır”⁷⁶.

Habermas’ın ilk üç kategoride bulunan hakları, bir devlet otoritesini gerektirmeyen, negatif özgürlükler alanında sayılabilecek haklar şeklinde belirtmek mümkündür. Bu haklar, siyasi bir bütünün parçası olma isteğindeki kişiler arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Dördüncü kategorideki hak ise, politik katılım hakkı olarak karşımıza çıkar.

*Habermas’a göre bu haklar birbirine indirgenemez haklardır. İlk üç hak olmazsa özel özerklik olmaz. Dördüncü hak olmadığı koşullarda özel özerklik kendi kendini yönetmenin ifadesine değil babanın yükümlülüğüne benzer. Bu kategorideki haklar, yurttaşların siyasal özerkliklerini düzenler. Bu haklarla yurttaşlar meşru hukuku koymada düşünce ve irade oluşumu süreçlerine eşit katılabilirler*⁷⁷.

Son kategori ise, sosyal haklara ilişkindir. Bu haklar, toplumsal yaşamın getirmiş olduğu bir gereklilik olarak karşımıza çıkar.

Kimi yazarlarca Habermas’ın hakları 3 sınıf şeklinde tasnif ettiği ileri sürülmektedir. Bu sınıflandırmalar şu şekilde belirtilmektedir⁷⁸: bireysel özgürlük hakları, hukuki ve siyasi katılım hakları, sosyal katılım hakları. Gerçekten de beşli ayırmda belirtilen ilk üç hak, temel bireysel özgürlüklere ilişkin olup tek bir grup olarak ele alınabilir. Nitekim Habermas’a göre de bu haklar birbirine indirgenemez ve vazgeçilemez haklardır. Bu anlamda üçlü tasnifin de kullanılabileceği kanısındayız.

⁷⁶ Ülker Yükselbaba, “Habermas’ın Prosedüralist Hukuk Paradigması, Haklar Sistemi Ve Hukuk Devleti”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXVI, Sayı:1, s. 238.

⁷⁷ Yükselbaba, s. 238.

⁷⁸ Böcökcü, s. 20.

4. Diğer Sınıflandırmalar

İnsan haklarının birçok farklı şekilde tasnif edildiğini çalışmamızın ilk bölümlerinde belirtmiştik. Önem arz eden ayrımlara değindikten sonra, nispeten daha az başvurulmuş tasniflere de kısaca yer vermek arzusundayız.

İnsan hakları, kullanım şekilleri açısından sınıflandırıldığında temelde ikiye ayrılır: bireysel haklar ve kolektif haklar. Bireysel haklar, bireyin kolektif bir yapı içerisinde olmasına gerek kalmaksızın, ferden kullandığı haklardır. Örneğin yaşama hakkı, çalışma hakkı, dinlenme hakkı gibi haklar bu şekildedir. Kolektif haklar ise, bireylerin belirli bir kolektif yapı içerisinde kullanmasının mümkün olduğu haklardır. Bu haklara da örnek olarak dernek kurma hakkı, sendikal haklar verilebilir. Belirtmek gerekir ki hakkın sahibi bireysel haklarda da kolektif haklarda da bireylerdir. Kolektif haklarda yalnızca bu hak, belirli bir topluluğun bileşeni halinde kullanılabilir⁷⁹. Anayurt'a göre, hiçbir hakkı dışarıda bırakmaması açısından bu ayrım önem taşımaktaysa da din ve vicdan özgürlüğü gibi hakların bazen kolektif bir eylem olarak karşımıza çıkması halinde ayrımın önemini yitirdiği de dikkate alınmalıdır⁸⁰.

Diğer bir ayrım ise, temel haklar ile temel olmayan haklar şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu ayrımın temelinde bir hakkın uluslararası bir belge ile tevsik edilmiş olup olmaması yatmaktadır. Aynı temel hak ve özgürlük kavramında belirtmiş olduğumuz gibi, uluslararası hukuk alanında bağlayıcı bir belgede yer alan ve devletin aykırı davranamayacağı haklar temel haklar olarak kabul edilmekte, diğer haklar ise temel olmayan haklar olarak kabul edilmektedir. Açıkça görüldüğü üzere bu ayrım, pozitif hukuk temelli bir ayrım olup sürekli olarak değişkenlik gösterebilecek niteliktedir. Bu anlamda anılan tasnifin bütünlük ilkesine aykırı olarak haklar arasında bir hiyerarşi oluşturmaya sebep olduğu söylenebilecektir.

Bir diğer ayrım ise, yasal ve moral haklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Yasal haklar, yetkili organ tarafından gerekli usullere uygun olarak çıkartılmış kurallara dayanan haklar anlamında gelirken moral haklar, yasal haklardan bağımsız her zaman geçerli olan haklardır⁸¹. Bu ayrım kendisini daha çok pozitivist görüş ile doğal hukuk arasındaki tartışmalarda bulmaktadır.

⁷⁹ Kalabalık, s. 53.

⁸⁰ Anayurt, s. 53.

⁸¹ Kalabalık, s. 54.

Haklar, konularına göre ise kişisel, sosyal, ekonomik, siyasal ve kültürel haklar olarak ayrıma tabi tutulurlar. Bu ayrımın temeli, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile yine Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi bağlamında oluşmaktadır. Yine 1961 Anayasası sistematığı de bu sözleşmelerle paralel şekilde düzenlenmiştir. Kişisel haklar içerisinde; yaşama hakkı, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması hakkı, özel hayatın gizliliği hakkı, konut dokunulmazlığı, din ve vicdan özgürlüğü gibi haklar yer almaktadır. Siyasi haklar ise vatandaşlık hakkı, seçme ve seçilme hakkı, kamu hizmetine girme hakkı şeklinde sıralanabilir. Sosyal haklara gelindiğinde ise, çalışma ve dinlenme hakkı, ailenin korunması, sosyal güvenlik hakkı, sendikal haklar gibi haklar karşımıza çıkmaktadır. Ekonomik haklar ise sözleşme özgürlüğü, mülkiyet hakkı şeklinde sıralanabilir. Nihayet kültürel haklar da eğitim hakkı, düşüncenin çeşitli yollarla açıklanması hakkı şeklinde ifade edilebilir⁸².

Diğer bir ayrıma göre insan hakları somut insan hakları ve soyut insan hakları olarak ikiye ayrılmaktadır. Öğretide, soyut insan hakları kavramı ile tüm insanlara tanınması gereken hakların anlatılmak istendiği, yani soyut insan haklarının olması gerekeni yansıttığı söylenmektedir. Somut insan hakları ise soyut insan haklarının pozitif hukukta tanınması ile oluşmaktadır⁸³.

5. Hakların Sınıflandırılmasına İlişkin Bazı Düşünceler

İnsan hakları kavramı, İkinci Dünya Savaşı sonrası pratikte güncel bir kavram haline gelmiştir. O dönemden bu yana insan hakları, birçok farklı şekilde sınıflandırılmıştır. Elbette insan haklarının sınıflandırılması, insan haklarının bütünselliği ilkesine hanel getirmeyecek şekilde olmalıdır. Bir başka deyişle, insan haklarının sınıflandırılması mümkün olsa da insan haklarının bütünselliği ilkesi unutulmamalı, insan haklarının ancak bir bütün olarak anlam ifade ettiğine dikkat edilmelidir. Nitekim çalışmamızın önceki kısımlarında da belirttiğimiz üzere insan hakları, insan onuruna yaraşır yaşamak için gerekli asgari talepler olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁸² Tezcan ve diğerleri, ss. 63-64.

⁸³ Gökpınar, s. 16.

Bahsedildiği üzere, insan haklarının sınıflandırılmasının birtakım pratik sebepleri bulunmaktadır. Bu sebeplerden bazıları, akademik anlamda hakların teorik ve tarihsel temellerinin tespit edilebilmesi ve güncel sorunların çözülmesi, insan hakları alanında kabul edilen metinlerin sayıca artmış olması⁸⁴, insan hakları kavramının sürekli değişen ve genişleyen bir mahiyette olması şeklinde belirtilebilir. Ancak insan haklarını sınıflandırmanın ne kadar doğru olduğunu tartışmak gerekir. Nitekim insan hakları, aynı bütünün bileşenleri mahiyetinde olup insan onuru temel alındığında haklar arasında yapılacak bir ayırım da yapay ve gereksiz olacaktır. Doktrinde “insan onuru çığnınmeksizin hak ve hürriyetlerin bölünemeyeceği” belirtilmektedir⁸⁵. Nitekim Fransız hukukçu Degrenne “Birbirinden bağımsız haklar grubu yoktur, yalnızca hak vardır” şeklinde belirlemede bulunmuştur. Yine Parini, hakları bir zincirin halkalarına benzetmiştir. Her bir halkanın büyük yahut küçük olabileceği ancak yalnızca tamamının zinciri oluşturabileceğini belirtmiştir. Çeçen ise, insan hakların bütünlüğünü evin kolonlarına benzetmiş ve haklardan birinin yokluğunun toplumda çözülmeye yol açacağını belirtmiştir⁸⁶.

Gerçekten de insan haklarının çeşitli tasniflere tabi tutulması, haklar arasında bir öncelik sonralık ilişkisi, hiyerarşi yaratabilmektedir. Bu hiyerarşi de hakların bütünlüğü ilkesine hâlel getirebilmektedir. Zira insan haklarının bütünlüğü ilkesinin sonuçlarından biri de haklar arasında açıkça bir hiyerarşi olamayacağıdır. Bu anlamda hakların bir kısmını kabul etmek diğer kısmını kabul etmemek, insan onuruna aykırılık oluşturacaktır. Açıkça belirtmek gerekir ki hiçbir meşru amaç insan hakları arasında bir hiyerarşi oluşturulmasına sebep olmamalıdır. Anayurt’a göre, haklar arasında bir hiyerarşi kuran tüm ayrımların baştan reddi gerekir, en başta da temel haklar – temel olmayan haklar ayrımının. Nitekim yazara göre, kimi haklara temel hak güvencesi kazandırılarak diğerlerinden öne çıkarılması, bütünsellik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir⁸⁷.

Bunun yanında doktrinde kimi yazarlar, açıkça haklar arasındaki hiyerarşiyi kabul etmektedir. Örneğin Duran’a göre, “kişi dokunulmazlığı ve güvenliği ile basın hürriyetinin teşebbüs ve sözleşme hürriyetinden daha önemli olduğu söylenebilir.”

⁸⁴ Aybay, s. 58.

⁸⁵ Anayurt, s. 47.

⁸⁶ Anayurt, s. 48.

⁸⁷ Anayurt, s. 49.

Yine Ökçesiz'e göre, "Devletin şiddeti nasıl ki özgürlük ve yasa ile bağlı ise sivil itaatsizin de üçüncü kişilerin özgürlükleri ve temel hakları ile bağlıdır. Savunulan temel hakkın ve özgürlüğün, çığneden haktan daha üstün olması zorunluluğu bu dengenin korunması gereğinin de bir sonucu olarak görülebilir.⁸⁸" Hal böyle olunca haklar arasında bir hiyerarşi, öncelik, sonralık ilişkisi kurulmuş olmaktadır. Bu durum ise, insan haklarının bütünlüğüne hanel getirebilecek niteliktedir.

D. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimi

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, askıya alma kavramından birtakım sebeplerle farklılaşmaktadır. Öncelikle askıya alma hali, olağanüstü hâl bağlamında sınırlandırılan hak ve özgürlükler için kullanılır. Bu anlamda askıya almanın, geçici bir nitelik taşıdığı belirtilebilir. Bunun yanında olağanüstü dönemlerde askıya alınmadan bahsedildiği için, askıya alma kavramı normal dönem sınırlandırmalarına göre daha geniş olabilir. Bu durum da sınırlandırma ile askıya alma arasında kapsam itibariyle de bir fark olduğunu göstermektedir. Belirtmek gerekir ki her iki kavramın da özü aynıdır, hak ve özgürlükleri kısıtlamak için kullanılırlar. Bu anlamda biz de bu bölümde daha genel bir kullanım olan sınırlama kavramını kullanarak devam edeceğiz. Şunu da belirtmek isteriz ki, olağanüstü dönemlere ilişkin olarak anayasamızın 15.maddesinde "temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması" başlığı kullanılmıştır.

1. Olağan Dönemde

a. Anayasa Uyarınca

Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kavramını incelerken, olağan dönem ve olağanüstü dönem ayrımı yapmak gerekmektedir. Nitekim olağan dönemdeki sınırlandırmaların olağanüstü döneme göre birçok farkı bulunmaktadır. Bu sebeple anılan ayrımı takip ederek bir tasnif yapmanın gerekli olduğu kanaatindeyiz.

⁸⁸ Anayurt, s. 49.

Anayasa'nın 13. maddesi hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkindir. Anılan madde metni şu şekildedir: *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* Görüldüğü üzere, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa ile belirli kriterler belirlenmiş, ancak bu şekilde sınırlandırmanın yapılabileceği öngörülmüştür.

Burada asıl üzerinde durulması gereken nokta ise, olağan dönemde sınırlamaların ancak kanunla, hakların özlerine dokunulmaksızın, Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabilir olması ve bu sınırlamanın da anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerektiğidir. Esasen olağan döneme ilişkin sınırlandırma sebepleri genellikle, anayasanın ilgili maddelerinde belirtilmiş bulunmaktadır. Örneğin özel hayatın gizliliğine dair 20. maddede sınırlama sebepleri şu şekilde belirtilmiştir: *“Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak...”*. Yine yerleşme ve seyahat özgürlüğünü düzenleyen 23. madde uyarınca sınırlama sebepleri *“Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlanabilir.”* şeklinde belirtilmiştir. 26. maddede düzenlenen düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti için ise şu sınırlama sebepleri öngörülmüştür: *“Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.”* 33. maddede düzenlenen dernek kurma hürriyetinin⁸⁹ de şu sebeplerle sınırlandırılması öngörülmüştür: *“Dernek kurma hürriyeti ancak, millî*

⁸⁹ Gözler, İnsan Hakları, s.223.

güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.”

Olağan dönemde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla söz konusu olabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uyarınca

AİHS uyarınca da olağan dönem için genel bir sınırlama maddesi öngörülmemiş, hakların bulunduğu maddeler içerisinde sınırlama sebepleri öngörülmüştür. Maddeler içerisinde sınırlama sebepleri gösterilmiş olması yönünden AİHS, Anayasa ile benzerlik göstermektedir.

AİHS’in 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde Anayasamızda öngörülen sınırlamalara benzer sınırlamalar öngörülmüştür. Örneğin özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddede şu belirlemelerde bulunulmuştur: *“Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”* Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü başlıklı 9. maddede ise sınırlama sebepleri şu şekilde belirtilmiştir: *“Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir”*. İfade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddede ise şu belirlemelere yer verilmiştir: *“Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin 12 13 yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler,*

koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir”. Nihayet 11. maddede de şu belirlemeler yer almıştır: “Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz.”

Ayrıca AİHS’in 18. maddesi uyarınca getirilecek sınırlamaların öngörülen amaç dışında olamayacağı belirtilmiştir. Anılan madde şu şekildedir: “*Anılan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz.*” Görüldüğü üzere, hak ve özgürlüklere ilişkin getirilecek sınırlamaların, amaçları dışında uygulanamayacağı, ancak sınırlamanın amacına uygun önlemler alınabileceği belirtilmiştir.

2. Olağanüstü Dönemde

a. Anayasa Uyarınca

Anayasa’nın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması” başlıklı 15. maddesi, olağanüstü hâllerde hak ve özgürlüklere tanınmış güvencelere aykırı tedbirler alınabileceğini öngörmektedir. Olağanüstü hâl ilanı ve sebeplerine ilişkin olarak Anayasa’nın 119. maddesi önem arz etmektedir. “Olağanüstü hâl, belirli sebeplerle ilan olunan, geçici olarak temel hak ve hürriyetlerin kısmen veya tamamen durdurulmasına veya vatandaşlar için para, mal ve çalışma yükümlülüklerinin getirilmesine imkân sağlayan bir olağanüstü yönetim usulü” olarak karşımıza çıkmaktadır⁹⁰. Bu minvalde, olağanüstü hâl ilanı geçici bir yönetim usulü olarak görülmüş olup yine belirli sebeplerle ancak belirlenmiş süreler dahilinde uzatılabilecektir.

2017 Anayasa değişikliği öncesinde, olağanüstü hâl sebepleri iki gruba ayrılmaktaydı. Bu gruplardan ilki, Anayasa’nın 119. maddesinde “tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım halleri” olarak öngörülmüş iken ikinci

⁹⁰ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 17. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2014,(Türk Anayasa), s.379.

grup ise Anayasa'nın 120.maddesinde "Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması ve şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması" şeklinde karşımıza çıkmaktaydı. Yine 2017 Anayasa değişikliği öncesinde savaş, seferberlik ve ayaklanma hali, olağanüstü hâl değil sıkıyönetim usulüne sebep olabilmekteydi. Oysa 2017 değişikliği ile savaş ve seferberlik halleri de olağanüstü hâl ilanını gerektiren sebepler arasında sayılmıştır. Olağanüstü hâl ilan etme yetkisi, 2017 değişikliğinden önce Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna aitti oysa değişiklik sonrası bu yetki münferiden Cumhurbaşkanıya tanınmıştır.

Olağanüstü hâl boyunca, 2017 değişikliğinden önce Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri çıkarma yetkisi mevcuttu. Bu yetkiye dayanılarak çıkarılan kanun hükmünde kararnameler, kişi hak ve ödevleri üzerinde değişiklik yapabilen, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasını durdurabilen nitelikteydi. Bu kanun hükmünde kararnameler, meclis onayına sunulur ve İçtüzük'ün 28. maddesi uyarınca 30 gün içinde TBMM'de görüşülüp sonuçlandırılırdı. Meclis, olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesini reddedebilir, aynen veya değiştirerek onaylayabilirdi. Bu işlemlerin tamamı kanunla olacağı için olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesinin kanuna dönüşeceği belirtilmekteydi. Olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi denetimine kapalı olduğu düzenlenmekteydi. Anayasa Mahkemesi tarafından ise bu yasak bir yönüyle aşılmıştı. Anayasa Mahkemesi, bu kanun hükmünde kararnamenin bir olağanüstü hâl kararnamesi olup olmadığını serbestçe tayin edeceğine hükmetmiştir. Hal böyle olunca, bir kanun hükmünde kararnamenin içeriğinin olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi niteliğinde olmaması durumunda Anayasa Mahkemesi bunları denetleyip iptal edebilmekteydi⁹¹. 2017 değişikliği ile ise, olağanüstü hâl ilanı yetkisi Cumhurbaşkanıya tanınmıştır. Cumhurbaşkanı'nın olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi mevcuttur.

15. madde, 3 temel şart üzerine oluşturulmuştur. Bunlar; a. Milletlerarası Hukuktan Doğan Yükümlülüklerin İhlal Edilmemesi Şartı, b. Ölçülülük İlkesi, c.

⁹¹ Gözler, Türk Anayasa, ss. 369-370.

Çekirdek Alana Dokunma Yasağı⁹². Öncelikle temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması yahut Anayasa’da mevcut güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesi, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle uygun olma şartına bağlanmıştır. Milletlerarası hukukun genel prensipleri ile milletlerarası sözleşmeler, temelde bu yükümlülüğü oluşturur⁹³. Bunun yanında Anayasa’nın 15. maddesi, ancak durumun gerektirdiği ölçüde tedbirler alınabileceğine işaret etmektedir. Bu anlamda ölçülülük ilkesi, 3 temel alt ilkeye ayrılır: a. Elverişlilik, b. Gereklilik, c. Oranlilik. Elverişlilik alt ilkesi, tedbirin alınma amacına uygun olarak, sonuca varmada etkili olacak özellikte, yani istenilen sonucu sağlamada elverişli bir tedbir olmasını ifade eder. Öngörülen tedbirin, sonuca katkı sağlamayacak olduğu durumlarda elverişlilik alt ilkesi ihlal edilmiş olacağından ölçülülük ilkesi de ihlal edilmiş olacaktır. Gereklilik alt ilkesi ise, öngörülen sonucu sağlama yolunda alınabilecek en hafif tedbirin alınmasını ifade eder. Yani bir sonuca ulaşmak için öncelikle en hafif tedbirin alınması gerekliliği söz konusudur. Daha hafif bir tedbirle de aynı sonuca ulaşılabilecek iken daha ağır bir tedbire başvurulması gereklik alt ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Oranlilik ise, sınırlama ile ulaşılmak istenilen amaç ile bu yolda başvuru tedbir arasında bir oran, paralellik bulunmasıdır⁹⁴.

b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uyarınca

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 15. maddesi, olağanüstü dönemlerde yükümlülükleri askıya alma başlıklıdır. Anılan maddede, olağanüstü hâllerde yükümlülüklerin (ve diğer bir deyişle hakların) ne şekilde askıya alınabileceğini, hangi hakların askıya alınamayacağını ve hakların askıya alınması usulünü içermektedir.

“Belirtilen madde hükmü, devletlere, Sözleşme’nin bireye tanıdığı hak ve özgürlüklere ya da güvencelere, maddede öngörülen kayıt ve şartlarla, belirli ve geçici

⁹² A. Vahap Darendeli, **1982 Anayasasına Göre Olağanüstü Hal ve Düzenlemelerinin Hukuki Rejimi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 1992, s. 149.

⁹³ Darendeli, s. 150.

⁹⁴ Darendeli, ss. 152-153.

bir süre için istisna getirme veya bunları askıya alma yani Sözleşme ile yüklenmiş bulundukları mükellefiyetleri bir süre yerine getirmeme olanağını tanımaktadır”⁹⁵.

AİHS uyarınca olağanüstü hal rejimi sonraki bölümlerde detaylı şekilde ele alınacağından tekrara düşmemek adına AİHS uyarınca olağanüstü hal kavramına çalışmamızın ikinci bölümde yer verilecektir.

II. OLAĞANÜSTÜ HÂL KAVRAMI

“Bir zorunluluk durumunda devlet, vatandaşlarının özgürlüklerine karşı ölçsüz güç mü kullanmalıdır yoksa kendi varlığını koruyamayacak kadar zayıf mı olmalıdır”⁹⁶?

Olağanüstü hâl kavramı, anayasa hukukuna ilişkin bir terim olmakla birlikte aynı zamanda felsefî ve siyasal bir kavramdır. Bu sebeple çalışmamızda öncelikle olağanüstü hâl kavramının anlamını, düşünsel temellerini inceleyeceğiz sonrasında Anayasa ve AİHS uyarınca olağanüstü hâl kavramını ve hakların askıya alınması kavramını değerlendireceğiz.

Olağanüstü hâl kavramı, multidisipliner bir kavram olup kavramın tanımlanması hiç de kolay değildir⁹⁷. Bu anlamda olağanüstü hâl kavramına ilişkin üzerinde uzlaşmış bir tanım bulunmamaktadır⁹⁸. Aynı zamanda mahiyeti itibarıyla atipik olay ve olgulardan oluşan olağanüstü hale ilişkin bir tanım vermek de hayli zordur⁹⁹. O sebeple olağanüstü hâlin mahiyetine ilişkin birtakım yaklaşımlara yer vermek ve bu suretle olağanüstü hâl kavramını biraz daha anlaşılır kılmak arzusundayız.

Olağanüstü hâl, hukuki bir kavram olduğu kadar siyaset biliminin de konusunu oluşturur. Olağanüstü hâl, hukuki olarak atipik olay ve olgulardan oluşmaktadır. Bu

⁹⁵ Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, ss. 425-426.

⁹⁶ Abraham Lincoln’ün 4 Temmuz 1861 tarihli Kongre’deki konuşmasından bir kesit.

⁹⁷ Recep Narter ve Semih Batur Kaya, **Olağanüstü Hal Rejimi: Alacakaranlıkta Yönetim**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 30.

⁹⁸ Aslı Gizem Batum, **1982 Anayasasına Göre Olağanüstü Hal Kavramının Teori ve Pratiği**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017, s. 12.

⁹⁹ Semih Batur Kaya, “2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Olağanüstü Halin Hukuki Rejimi Üzerine Bir İnceleme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:158, 2022, s. 2.

yönüyle olağanüstü hâl, “bir vakıa zinciri sonucunda ortaya çıkan hukukun kabul ettiği ve egemen olanın şartlarını belirlediği normal ötesi bir durumun ifadesi olabileceği gibi egemen olanın kendi gücüne istinaden planlayıp hayata geçirdiği suni, anormal bir yaşam rejimi” olarak karşımıza çıkabilir. Olağanüstü hâl, belirli sebepler sonucunda siyasal iktidar tarafından hukukun sınırlarının aşılarak askıya alındığı bir yönetim biçimi olarak tanımlanabilmektedir. Kimi yazarlara göre ise olağanüstü halde hukuk askıya alınmaz, nitekim hukuk her daim mutlak bir biçimde söz konusudur¹⁰⁰. Ancak burada şu soru akla gelmelidir, hukukun siyasi iktidar lehine askıya alındığı her hal olağanüstü hâl olarak nitelendirilebilir mi yoksa olağanüstü hâl, kendine özgü dinamikleri olan bir hukuki kavram mıdır? Şüphesiz ki olağanüstü hâl, siyaset bilimi anlamında da birçok açıdan ele alınabilir ancak çalışmamızda olağanüstü hâlin hukuki bir kavram olarak ele alınmasına özen göstermekteyiz. Bu sebeple de denilebilir ki olağanüstü hâl, ancak belirli bazı koşulların gerçekleşmesi halinde olağanüstü hâl niteliğini kazanır. Tabii olağanüstü hâl kavramının atipikliği de dikkate alındığında hangi durumların olağanüstü hâl ilanına sebep olacağını belirlemek de çok kolay değildir. Ancak 1982 Anayasası’nın güncel haline baktığımızda olağanüstü hâl ilanı için 119. maddede şu durumları öngörmüştür: “Savaş, savaş gerektirecek bir durumun başgöstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması, tabîî afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması halleri.” Görüleceği üzere, olağanüstü hâl ilanı için oldukça genel ve geniş bir perspektif belirlenmiştir. Bu anlamda belirtilebilir ki olağanüstü hâl, önceden öngörülemeyecek şekilde tezahür edebilmektedir. Olağanüstü hâl önceden kestirilebilir bir durum olsa idi, bu duruma ilişkin önlemlerin de anayasa yahut yasalarda belirtilmesi ile olağanüstü hâlin getirebileceği tüm hukuki sorunlar aşılabilirdi. Ancak doğası gereği olağanüstü hâl ivedi ve zorunluluk doğuran bir nitelikte olduğu içindir ki olağanüstü hâle ilişkin her bir hususun öngörülebilmesi mümkün olmamaktadır. Bu sebeple de olağanüstü

¹⁰⁰ Kaya, s. 5.

hâllerde siyasi iktidarın yetkileri ile insan hakları arasındaki sınırın bir sorun olduğu görülmektedir.

Zukerman'ın ayrımına göre olağanüstü hâlin üç temel özelliği bulunmaktadır. Bu özellikler; Beklenmeyen ve öngörülemeyen olma, geçici bir olgu olma ve hukuki düzenin varlığına tehdit oluşturan durumların tezahürü şeklindedir¹⁰¹. Elbette bu özellikler olağanüstü hâli hukuki açıdan daha belirgin kılmakta, olağanüstü hâlin hukuki niteliğini anlamamıza yardımcı olmaktadır. Bu tanımda olağanüstü hâle atfedilen temel özellik zorunluluk hali olmasıdır. Gratianus da zorunluluğa yasallaştırma fonksiyonu yüklemiştir¹⁰².

Bir tanıma göre olağanüstü hâl rejimi, “anayasanın öngördüğü ilkeler içerisinde kanunla düzenlenmiş kurallara uygun olarak idareye seri hareket imkânı veren bir süre kısıtlanmasını veya durdurulmasını sağlayan geçici otoriter bir rejim” olarak ifade edilmektedir¹⁰³.

Kimi yazarlar, olağanüstü hâli devletin kriz halindeki tavrı olarak ele almaktadır. Bu yazarlara göre devletin kriz halinde gösterdiği tavır “*ragion di stato*” olarak ifade edilmektedir. Aslen İtalyanca olan bu kavram, hikmeti hükümet yahut devlet aklı diye dilimize çokça çevrilmiştir. Ancak bazı yazarlar, bu kavram için “devletin kriz halindeki tavrı” ifadesini kullanmaktalar¹⁰⁴. Hal böyle olunca kavram, olağanüstü hâl ile yakından ilgili hale gelmektedir. Giovanni Botero, *Della Ration di Stato* adlı eserinde kavramı şu şekilde tanımlar: “*Ration di Stato*, (devletin halk üzerinde) kurabildiği, muhafaza edebildiği ve temdit edebildiği hakimiyet araçlarının ilmidir¹⁰⁵.” Buradan anlaşılan, devletin bekası ve muhafazası için gerekli her türlü hakimiyet aracının, hukuka uygun yahut değil, kullanılmasının caiz olduğudur. Bu anlamda kimi yazarlara göre devletin ta kendisidir *ragion di stato*¹⁰⁶. Devletin kriz halinde yarattığı düzene olağanüstü hâl yahut istisna hali denilir ve kökleri Roma Hukuku'na dayanır. Nitekim Agamben bahsinde Roma Hukuku ve *Iustitum*

¹⁰¹ Narter ve Kaya, ss. 27-28.

¹⁰² Gratianus, bir şey zorunluluktan ötürü yapıyor ise o şeyin yasal olduğu nitekim zorunluluğun yasada olmayışı yasada varmış gibi kabul ettireceği ve zorunluluğun yasası olmadığını belirtir.

¹⁰³ Narter ve Kaya, s. 30.

¹⁰⁴ Abdurrahman Saygılı, **Kutsal Canavar Devlet**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 49.

¹⁰⁵ Saygılı, s. 51.

¹⁰⁶ Saygılı, s. 52.

kavramları üzerinde detaylıca durulacaktır. Olağanüstü hâlde hukuk düzeni, savaş durumunun aksine, yine hukuk yolu ile askıya alınır.

Olağanüstü halin ortaya çıkışı ise, birtakım durumlarda devletin, meşru şiddet tekeli ile dahi kurumlarını koruyamaz hale gelmesi ile olmuştur. Gerçekten de olağanüstü hâl dönemlerinde devlet, otoritesini ve kurumlarını korumakla uğraşır. Uluslararası hukuk da olağanüstü hâl durumlarında devlete birtakım ekstra önlemler alma yetkisi tanımaktadır. Ancak genellikle bu dönemlerde yürütme organının güçlenmesi söz konusu olduğundan insan hakları ihlalleri artmaktadır. Bu anlamda da olağanüstü hallerde yargı denetimi özel önem taşımaktadır¹⁰⁷.

İngilizce’de olağanüstü hâl “state of emergency” şeklinde kullanılır. Sözlüğe göre emergency kelimesi, “beklenmeyen olayların bir araya gelmesi ya da devletin hemen harekete geçmesi sonucunu doğuran durum” yahut “destek ya da yardım için acil gereksinim durumu” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkarak olağanüstü hâlin üç temel bileşeni olduğu ifade edilmektedir. Bunlar; öngörülemezlik olarak ifade edilebilecek bilişsel bileşen, diğeri anında ve belirli bir süre için tasarrufta bulunma hali olan geçici bileşen ve nihayet kamu düzenine karşı mevcut bir tehdidi ifade eden varlıksal bileşendir. Kimi yazarlar olağanüstü hâli, “devletin olağan hukuk kuralları ve uygulamalarıyla başa çıkmasına olanak bulunmayan afet, ayaklanma ve savaş gibi olağan dışı bir durumla karşılaşması halinde, bunu ortadan kaldırmak için başvurulmuş istisnai yönetim biçimi”¹⁰⁸ şeklinde ifade etmektedir.

Kimi yazarlar, olağanüstü hâlin birtakım ortak özelliklerinden yola çıkarak bir tanıma ulaşmaya çalışmaktadır¹⁰⁹. Anılan özellikler şu şekilde sıralanabilir: a. Olağanüstü hâl rejimi, hukuki temelini ve dayanağını anayasadan almaktadır, b. Olağanüstü hal istisnai nitelikte bir hukuk düzenidir, c. Olağanüstü hâl mahiyeti itibariyle geçici bir rejimdir, d. Olağanüstü hâl yalnızca usulüne uygun şekilde, anayasada yer alan hukuki sebeplere dayalı olarak, gerektiği ölçüde, ilan edilebilir, e. Olağanüstü hâl ilanı süreye, amaca ve coğrafyaya bağlıdır, f. Olağanüstü hâl, belirli zamanlarda olağan hale geriye dönmeyi sağlamak amacıyla iktidara (daha çok yürütme organına) geniş yetkiler vermektedir. Bu özelliklerden yola çıkarak yazarlar, şu tanıma

¹⁰⁷ Kaya, s. 5.

¹⁰⁸ Selin Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hâl Rejimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, Şubat 2008, ss. 5-6.

¹⁰⁹ Batum, s. 12.

ulaşmaktadırlar: “Olağanüstü hâl, temelini anayasa ve anayasaya dayanan kanunlarda bulan, sadece ilgili yasalarda belirtildiği hallerde ve gerektiği ölçüde, usulüne uygun olarak ilan edilerek, olağan duruma geri dönüşü sağlamak amacıyla, süreye, coğrafi alana ve olağanüstü hâl durumunu yaratan olayı ortadan kaldırma amacına bağlı olarak, iktidarlara geniş yetkiler veren, geçici süreli ve istisnai bir hukuk düzenidir”¹¹⁰.

Olağanüstü hâl rejimi kimi yazarlara göre haklar için bir “alacakaranlık kuşağı” anlamına gelmektedir. Olağanüstü Hal Kanunu’nun 9. maddesi yanında ek olarak sokağa çıkmanın yasaklanması, kişilerin üstlerinin ve araçlarının aranması, kimlik taşıma zorunluluğunun getirilmesi, gazete dergi kitap gibi yayımların basımının yahut dağıtımının yasaklanması, söz, yazı, resim, film, plak, ses ve görüntü bantlarını ve sesle yapılan her türlü yayının denetlenmesi, gerektiğinde sınırlandırılması veya yasaklanması ve buna benzer birçok önleme başvurulabilmektedir¹¹¹.

A. Düşünsel Temelleri

Olağanüstü hâl kavramı, doktrinde birçok yazar tarafından farklı açılardan ele alınmıştır. Ancak olağanüstü hâlin ilk teorisyeni olarak genellikle Carl Schmitt gösterilmektedir. Belirtmek gerekir ki Schmitt’in teorisi Hobbes, Machiavelli, Rousseau gibi düşünürlerden hayli etkilenmiştir. Yani olağanüstü hâl teorisi kümülatif bir birikimin ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır.

1. Rousseau Düşüncesinde Olağanüstü Hâl Kavramı

Çalışmamızın önceki kısımlarında belirttiğimiz üzere Rousseau, toplum sözleşmesi temelli bir fikir öne sürmekteydi. Rousseau’ya göre özgürlük, yapılmak istenilmeyen hiçbir şeye zorlanmama olarak tarif edilebilir. Rousseau eserinde insanların eşit olarak doğduğunu ancak bu eşitsizliğin çeşitli sebeplerle bozulduğunu belirtmektedir¹¹². Herhangi bir insanın diğer insan üzerinde de bir iktidarı yahut otoritesi söz konusu değildir. Bu anlamda insan olmanın temeli özgürlüktür¹¹³.

¹¹⁰ Batum, s. 16.

¹¹¹ Kaya, s. 18.

¹¹² Jean Jacques Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, çev. Vedat Günyol, Adam Yayınları, 2. Baskı, s. 15.

¹¹³ Rousseau , s. 14.

Rousseau, yasalara oldukça önemli bir değer atfetmektedir. Öyle ki düşünür, yasanın uygulanmaması halinde toplumun sona ereceğini belirtir. Dolayısıyla yasaların uygulanmaması durumundan kaçınmak gerekir. Ona göre kuvvet ve baskı ile bir siyasi iktidar kurulması söz konusu olmamalıdır. İnsanların özgürce yaşayabilecekleri ve aynı zamanda onların özgürlüklerine saygı gösterecek bir meşru iktidar tahayyül edilir. Tüm bunların gerçekleşmesi için de yazar, toplum sözleşmesinden bahseder. Anılan sözleşme, ancak toplumun her bireyinin katılımıyla yani oy birliği ile sağlanabilir. Bu durumda da bir genel iradede bahsedilir¹¹⁴.

Ancak Rousseau, Toplum Sözleşmesi adlı eserinde yasaların katı niteliklerinin kimi zaman devleti zora sokabileceğini de belirtir. Nitekim düşünür, eserinde şu ifadeleri kullanmıştır:

“Yasaların olaylara uymasına engel olan bükülmezlikleri onları kimi zaman zararlı duruma sokabilir ve bunalım geçiren devleti de yıkıma sürükleyebilir. Formalitelerin sırası ve yavaşlığı öyle bir zaman aralığı ister ki, olaylar kimi zaman buna elverişli olmazlar. Yasacının önceden düşünemediği bin bir çeşit olay çıkabilir ortaya; ve her şeyin önceden kestirilemeyeceğini bilmek de gerekli bir öngörüdür. Öyle ise, politik kurumlar, etkilerini önlemek yetkisini elimizden alacak kadar güçlendirmek doğru değildir. Sparta bile yasalarını uyumaya bıraktı”¹¹⁵.

Belirtmek gerekir ki düşünür, yurdun güvenliği gerektirmedikçe yasaların gücünün kısıtlanmaması gerektiğini belirtir. Kendi deyimiyle binde bir rastlanılan bu gibi durumlarda şu şekilde hareket edilmelidir:

“Tehlikeyi önlemek için hükümetin çabasını artırmak yetiyorsa, yönetim gücü hükümet üyelerinden birinin ya da ikisinin eline verilir: Böylece yasaların gücüne dokunulmaz, sadece uygulanış biçimi değişmiş olur. Yasa ve mekanizmasının insanların korunmasına engel olabileceği tehlikeli anlarda, her şeyi kesip atan bir baş seçilir ve o, yasaları yapar, halkın egemenliğini bir süre durdurur. Böyle durumlarda genel istem kararsız değildir ve şurası apaçıktır ki, halkın en birinci isteği devletin yok olmamasıdır. Yasama gücünün böylece işlemekten alıkonması, bu gücü ortadan kaldırmaz: Bu gücü susturan yöneticinin onu dile getirmek elinde değildir; bu gücü baskı altında tutabilir, ama temsil edemez; yasadan başka her şeyi yapabilir”¹¹⁶.

Görüldüğü üzere düşünür olağanüstü hal bağlamında, yalnızca olağanüstü durumlarda işlev yerine getirmek üzere istisnai bir yönetim biçimi öngörmüştür. Düşünüre göre sadece bu suretle yasalardan ayrılmak kabul edilebilir bir olgudur.

¹¹⁴ Muhammed Behçet, **Olağanüstü Hal Uygulaması ve Teorik Temelleri**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014, s. 6.

¹¹⁵ Rousseau, s. 141.

¹¹⁶ Rousseau, s. 142.

Özetle Rousseau düşüncesinde yasalara uyulması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkar. Ancak düşünür, kimi zaman yasaların bükülmezliğinin, zor zamanlarda devleti yıkıma götürebileceğini kabul eder. Böyle durumlarda da birtakım ek tedbirlerin alınması gerekecektir. İşte tam da olağanüstü hâl kavramı Rousseau düşüncesinde burada ortaya çıkar. Düşünür, devleti zora sokan olağanüstü hâllerde yönetimin; hükümetten birisine verilmesi yahut yeni bir baş seçilmesi ve bu kişinin yasadan gayrı kuralları uygulaması yolu ile sağlanabileceğini belirtmektedir.

2. Machiavelli Düşüncesinde Olağanüstü Hâl Kavramı

Kimi yazarlara göre Machiavelli, “ragion di stato”nun gerçek kuramcısı olarak tahayyül edilir. Bu hususun doğruluğuna ilişkin Machiavelli’nin “Prens” isimli kitabında yazdıklarına bakmamız gerekmektedir. Nitekim Machiavelli prensin, yani hükümdarın, otoritesini nasıl elinde bulunduracağını, nasıl koruyacağını inceler. Bu inceleme sırasında da “karşılaşılabilecek türlü durum ve değişikliklere” prensin hazırlıklı olması gerektiğini söyler.

“Şunu da belirtmek gerekir ki, bir prens, özellikle yeni bir prens, adını iyiye çıkaracak tüm davranışlarda bulunamaz. Çünkü devleti korumak için çoğu kez verdiği söze, merhamete, insanlığa ve dine aykırı davranışlarda bulunmak zorunda kalabilir. Bu nedenle prensin, şartlara ve esen rüzgârın değişikliklerine uyabilecek bir yeteneğe sahip olması, yukarıda söylediğim gibi, olabildiğince iyilikten uzaklaşmaması, fakat, gerekli olan yerde kötülüğe başvurmasını bilmesi gerekir. Prens, yukarıda belirttiğim nitelikleri taşımayan bir sözü söylememeye özen göstermelidir, öyle ki, onu görüp işitenler, merhametin, bağlılığın, insanlığın, doğruluğun ve dindarlığın ta kendisi olduğunu sansınlar. Bu son niteliğe sahipmiş gibi gözükmek kadar gerekli bir şey yoktur. Çünkü insanlar genellikle ellerinden çok gözleriyle yargırlarlar. Herkes sizi nasıl görünüyorsanız öyle görür.

...
Prens, sadece yaşamını ve devletin varlığını sürdürmeyi amaçlar. Bunu sağlamak için başvuracağı araçlar her zaman doğru ve övgüye değer olacaktır. Çünkü halk sadece görünüşe bakar. Dünya da halk yığınlarından oluşur. Çoğunluğun dayanacağı yer belli olduğu surece azınlığın hesabı yapılmaz”¹¹⁷.

Machiavelli, temelde iktidarın doğası yerine hükümdarın yani prensin, gücü nasıl elinde tutabileceği hususunu irdelemektedir. Nitekim aksi halde eserinin ilk cümlesindeki gibi cumhuriyet yönetimi söz konusu olacaktır. Machiavelli, her ne

¹¹⁷ Niccolo Machiavelli, **Prens**, çev. Kemal Atakay, 6. Basım, Can Yayınları, İstanbul, s. 25.

kadar Söylevler adlı eserinde cumhuriyete övgüler dizmiş ise de düşünürü göre prenslik ile yönetilen devletin karşısındaki düşman, cumhuriyettir. Bu anlamda Machiavelli'nin tek yöneticiye dayalı bir sistemi benimsediğini görüyoruz. Bu sistemde hükümdar, yani prens, her şeyi öngörme yetkisine sahip değildir bu sebeple öngörülemez durumların baş göstermesi de muhtemeldir. Bu hallerde hükümdar; ahlaka, insanlığa ve dine aykırı birtakım tutumlar takınmak durumunda kalır. Bu, Machiavelli'ye göre bir mecburiyettir. Hükümdar yani prens, “mümkün olduğunca” iyilikten ayrılmamalı ama gerektiğinde de kötülüğe başvurmayı bilmeli, böylesine esnek bir yapıya sahip olmalıdır¹¹⁸.

Machiavelli'nin açıkça kimi öngörülemez durumlarda hükümdarın ahlaka ve dine aykırı yollara başvurabileceği belirtmesi, olağanüstü hâle işaret etmektedir. Bu anlamda Machiavelli'nin “ragion di stato” kavramının kuramcısı olduğu söylenebilecektir.

3. Schmitt Düşüncesinde Olağanüstü Hâl Kavramı

İstisna hali ve olağanüstü hâl kavramları zikredildiğinde akla gelen en önemli teorisyenlerden biri de Carl Schmitt olarak karşımıza çıkar. Siyasi İlahiyat adlı kitabına şu cümleyle başlar Schmitt: Egemen, olağanüstü hâle karar verendir¹¹⁹. Olağanüstü hâl için Schmitt tarafından kullanılan “Ausnahmezustand” kavramı temelde günlük hayatın durmasını ifade eder¹²⁰. Bunun yanında egemen kavramı, o anki devlet başkanını temsil etmek zorunda değildir, nitekim egemen kavramı, olağanüstü hâle karar vereceği belirtilen merci olarak karşımıza çıkmaktadır¹²¹. Belirtmek gerekir ki, Schmitt'e göre olağanüstü hâl bir istisna halidir ve normal kurallardansa istisnaların asıl meseleyi ortaya koyması, bizzat istisna ile hukukun hayata girmesi doğaldır. Zira “istisna, hukuki normu var eder ve her şey zıddı ile kaimdir”¹²². Nitekim istisnai durum, hukuka dışsal görünse de hukukun içerisinde yer almaktadır zira egemen

¹¹⁸ Saygılı, s. 55.

¹¹⁹ Carl Schmitt, **Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm**, Dost Kitabevi, Ankara, 2005, s. 13.

¹²⁰ Enes Güran, “Carl Schmitt: Olağanüstü Halde Hukuk”, **Felsefe Arkivi**, Sayı: 46, 2017/I, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iufad/issue/44686/555072>, (15.04.2021), s. 35.

¹²¹ Behçet, s. 11.

¹²² Güran, s. 36.

hukuku istisna halinde askıya almaktadır. Olağanüstü hâle ilişkin tedbirler de politik bir kararın sonucu olduğundan bu müesseseyi hukuk perspektifinden anlamak kolay değildir¹²³. Buradan anladığımız Schmitt düşüncesinde de istisna halinin hukuk ile siyaset arasındaki bir kavram olarak ele alındığıdır.

Schmitt'e göre olağanüstü hâl kavramı, olağanüstü önlemlerin alınmasını gerektiren durumları ifade eder. Bu durumlar her türlü ciddi, acil, siyasi veya ekonomik karışıklık durumları olarak karşımıza çıkar. Belirtmek gerekir ki Schmitt, olağanüstü hâl kavramını genel devlet kuramı içerisinde ele alır. Ancak Schmitt'e göre olağanüstü hâli gerektirecek durumun ve alınabilecek önlemlerin önceden belirlenmesi mümkün değildir. En fazla anayasa tarafından böyle bir durumda kimin müdahaleye yetkili olduğu belirlenebilir¹²⁴. İstisna halinde ne olacağı ne gibi önlemler alınacağı bilinemediğinden istisna halinde de yeni bir norm ihdas edilemeyecektir. Yine olağanüstü hâlin bilinmezliği, olağanüstü hâlde “ne olması gerektiğine” dair de çıkarım yapmayı imkânsız kılmaktadır¹²⁵.

Schmitt'in egemenlik anlayışı, anlaşmazlık durumunda devletin çıkarı, kamu düzeni ve benzeri konularda kimin karar vereceği üzerine kuruludur¹²⁶. Aynı zamanda egemen, acil duruma karar verdiği gibi acil durumda yapılacak eylemlere de karar verendir Schmitt düşüncesinde. Bu anlamda egemen, normal hukuk düzeninin dışında iken aynı zamanda anayasanın tümüyle askıya alınıp alınmayacağı hususunda hukuk düzeninin içinde yer almaktadır¹²⁷. Nitekim olağanüstü hâle ilişkin karar olağan dönemdeki hukuk düzeninin dışındadır ancak yine de bir şekilde bu düzenin içinde yer alır¹²⁸. Bir başka deyişle olağanüstü hâlde hukuk normlarının geçerli olmadığı ileri sürülse de olağanüstü hâl, tam anlamıyla hukukun dışında da yer almamaktadır¹²⁹. Burada Agamben'in birazdan bahsedeceğimiz istisna halini “ne o ne bu bölgeye koyan” anlayışı ile paralel bir anlayış olduğunu görmekteyiz. Dolayısıyla Schmitt

¹²³ Behçet, s. 11.

¹²⁴ Behçet, s. 10.

¹²⁵ Güran, s. 35.

¹²⁶ Schmitt s. 14; Sibel Yılmaz, “İstisna Hali” Üzerinden Bir Egemenlik Kavramı Tartışması Schmitt Ve Agamben'in Teorileri Hakkında Bir Çalışma”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 132, 2017, s. 385.

¹²⁷ Yılmaz, s. 386.

¹²⁸ Damla Ercan, “Schmitt'in ‘Olağanüstü Hali İle Agamben'in ‘İstisna Hali’: Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:11, Sayı:2, 2021, s. 1404.

¹²⁹ Ercan, s. 1404.

düşüncesinde olağanüstü hâl, hukukun içinde değilse de ondan tamamen bağımsız bir nitelikte de değildir.

Schmitt'e göre, olağanüstü hâl, hukukta mevcut normların olağan durumdaki geçerliliğini sağlayan bir unsurdur. Nitekim norma esas geçerliliğini veren, ortadan kalkmayan karar unsurudur. Bir başka ifade ile olağan normların normal düzendeki varlıkları, acil durumlarda egemenin alacağı kararda mevcuttur. Yani normlara geçerlilik tanıyan esas varlık egemenin kararlarıdır. "Devletin asli görevi olan normal durumu tesis etmek; ancak normal durumda asgariye inerek varlığını devam ettiren norm ile bağlı olmayan ve siyasal bir karar neticesinde ortaya çıkan olağanüstü hâlin egemenliğe içkin olarak tasavvur edilmesiyle mümkün hale gelir"¹³⁰. Aslında burada Schmitt'in, Kelsen'in normlar hiyerarşisi ile baş gösteren pozitivizmini eleştirdiğini görmekteyiz. Nitekim Kelsen'e göre "ground norm" kavramı, birçok şeyin kaynağı konumundadır. Oysa Schmitt düşüncesinde olağan dönemde uygulanan normların dahi kaynağı egemenin verdiği siyasi kararlardır. Nitekim yukarıda da bahsedildiği üzere, olağanüstü hâle ve olağanüstü hâlde yapılacaklara karar veren egemendir ve egemenin bu eylemleri normlara değil kararlara dayanmaktadır¹³¹. Egemen, olağanüstü hâlde kararları ile "denetimi mümkün olmayan hukuki ve fiili gerçeklikler" yaratır¹³².

"Bir karar normu olarak kanun hükmü, yalnızca nasıl karar verilmesi gerektiğini belirtir, kimin karar vermesi gerektiğini değil. Nihai bir merci olmasaydı herkes içeriksel doğruluğun ne olduğunu ileri sürebilirdi. Ama nihai merci karar normundan anlaşılamaz. ... Yetki sorununu maddi olana gönderme yaparak çözümlmek biriyle alay etmekle eş anlamlıdır"¹³³. Yani Schmitt düşüncesinde olağanüstü hâle karar veren merci önem taşımaktadır. Bu anlamda da egemen, kararı veren merci konumunda olmalıdır. Bu sorun da maddi değil, temelde yetkiye ilişkin bir sorun olarak karşımıza çıkar. Buradan da Schmitt'in olağanüstü hâle ilişkin düşüncelerinin daha çok olağanüstü hâle karar veren egemenin kim olduğu çevresinde toplandığını söylemek mümkündür.

Schmitt düşüncesinde olağanüstü hâlde temelde sınırsız bir yetki söz konusudur. Bu da mevcut düzenin tamamen askıya alınması demektir. Aslında

¹³⁰ Ercan, s. 1405.

¹³¹ Yılmaz, s. 386.

¹³² Güran, s. 36.

¹³³ Schmitt, s. 37.

Schmitt, devletin bekası için olağanüstü hâlin gerekli olduğunu belirtir. Nitekim hukuk aradan çekilse dahi devlet hep orada olacaktır. Bu yönüyle olağanüstü hâl anarşi halinden farklılık göstermektedir. Nitekim olağanüstü hâlde devletin kendi kendisini koruması söz konusudur ve hukuki olmasa da belirli bir düzen mevcuttur.

Schmitt'in üzerinde durduğu bir diğer nokta ise diktatörlüktür. Düşünür, Diktatörlük adlı eserinde diktatörlüğü birçok farklı açıdan ele almıştır. Kimi yazarlara göre Schmitt bu eserinde üstü kapalı da olsa diktatörlüğü övmektedir¹³⁴. Schmitt diktatörlüğü temsili diktatörlük ve egemen diktatörlük olarak ikiye ayırır. Temsili diktatörlükte diktatörün gücü, anayasadan gelir ve askıya alınmış olsa dahi tamamen kaldırılmamıştır. Oysa egemen diktatörlükte daha çok yeni bir anayasanın yapılması amaçlanır, yani anayasa bir anlamda tamamen yürürlükten kaldırılmış olur¹³⁵. Olağanüstü hâl teorisi açısından değerlendirildiğinde, Schmitt'in egemen diktatörlüğü asli kurucu iktidar anlamına gelmektedir. Diktatörün eylemi de bu anlamda hukuk ile ilişki içerisinde olmak zorundadır. İstisna halinin de bu bağlamda tahayyül edilmesi gerekmektedir.

4. Agamben Düşüncesinde İstisna Hali Kavramı

Giorgio Agamben, olağanüstü hâle ilişkin olarak, kendi düşüncelerini, Carl Schmitt'in düşüncelerini de yorumlayarak, ABD'nin Irak'ı işgal etmesini müteakip yazmış olduğu "İstisna Hali" adlı eserinde toplamıştır. Yazarın bu çalışması aslında siyaset, siyasi karar, hukuk ve yaşamın arasındaki bağlantıyı ortaya koymaktadır¹³⁶. Yazar, olağanüstü hâl kavramı yerine daha çok istisna hali kavramını kullanmaktadır.

Agamben, istisna halini hukukun ve yargı düzeninin kısmen veya tamamen askıya alındıkları düzenler olarak belirtmektedir¹³⁷. Yine Agamben, istisna halinin giderek yönetim paradigması haline geldiğini yani istisna halinin giderek olağan dönemlerde de uygulanmaya başladığını ifade eder¹³⁸.

¹³⁴ Behçet, s. 12.

¹³⁵ Behçet, s. 13.

¹³⁶ Yılmaz, s. 391.

¹³⁷ Zühtü Arslan, "Türkiye'de İstisna Hali, Terör ve İfade Özgürlüğü", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:71, Yıl: 2007, s. 202.

¹³⁸ Arslan, s. 202.

Agamben öncelikle, istisna halinin niteliği üzerinde durmaktadır. Nitekim çalışmamızın önceki bölümlerinde de belirttiğimiz üzere olağanüstü hâl yahut yazarın deyimiyle istisna hali, kamu hukuku ile siyasal alan arasında bir belirsizlik hali olarak görülebilmektedir¹³⁹. Nitekim Agamben'in temelde üzerinde durduğu noktanın, istisna halinin ontolojik yapısı ile egemenlik ve hukuk ilişkisi olduğu söylenebilir¹⁴⁰. Agamben hukukun "istisnalardan beslendiği, hukukun tek başına var olmayan, ancak insanların hayatları ile birlikte var olan bir şey" olduğunu, egemenin kararının ise "dışarı ile içeri ... arasındaki bu belirsizlik eşiğini belirttiğini" ileri sürer. Düşünüre göre egemen, istisna haline karar verir ve hukukun askıya alınmasını sağlayarak insanların yaşamı üzerinde etkiye sahip olur bu sebeple de düşünür tarafından istisna hali bir biyopolitika olarak görülmektedir¹⁴¹. Agamben'e göre modern istisna hali, "istisnanın kendisini hukuk düzenine katmaya, olgu ile hukukun örtüştüğü bir belirsizlik bölgesi yaratmaya yönelik bir girişimdir"¹⁴².

Bir görüşe göre istisna hali, hukuki ve siyasi olan arasındaki kesişme noktasındadır. Agamben bu görüşlerin, sınırları çizme ihtiyacına işaret ettiğini belirtmektedir. Zira yazar, amacının kamu hukuku ile siyasal olgu arasındaki ve hukuk düzeni ile yaşam arasındaki bu ara bölgeyi irdelemek olduğunu belirtmiştir¹⁴³. Yine düşünüre göre, olağanüstü hâl ilişkin oturmuş kuramsal bir analiz olmadığı düşünülmektedir¹⁴⁴ ve "İstisna Hali" adlı eser bu çabayla yazılmıştır. Agamben, hukukçuların olağanüstü hâl sorununu ele alırken hukuki nitelendirmeden ziyade daha çok fiili bir durumu irdeledikleri yönünde eleştiride bulunmaktadır. Agamben'e göre "İstisnai önlemler, siyasal kriz dönemlerinin ürünü iseler ve bu nitelikleriyle hukuki-anayasal alanda değil, siyasal alanda anlaşılacak zorunda iseler; bu önlemler, hukuk düzleminde anlaşılabilen hukuki önlemler gibi paradoksal bir durumda konumlanırlar ve istisna hali, yasal biçimi olmayan şeyin yasal biçimi halini alır"¹⁴⁵.

¹³⁹ Giorgio Agamben, **İstisna Hali**, çev. Kemal Atakay, Otonom Yayınları, 1. Basım, İstanbul, 2006 s. 10.

¹⁴⁰ Velat Ediş, **Giorgio Agamben: İstisna Hali ve Egemenlik Kavramları Üzerine Bir İnceleme**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2020, s. 9.

¹⁴¹ Ediş, s. 10; Behçet, s. 17.

¹⁴² Agamben, **İstisna Hali**, s. 36.

¹⁴³ Agamben, **İstisna Hali**, s. 10.

¹⁴⁴ Yılmaz, s. 392.

¹⁴⁵ Agamben, **İstisna Hali**, s. 10.

Agamben, istisna halini tanımlamanın zor olduğunu nitekim bu kavramın gerek siyasal gerek hukuki birçok yönü olduğunu belirtir. Ancak düşünüre göre olağanüstü hâl şu şekilde tanımlanabilir: “Olağanüstü hâl, normun geçerli olduğu ama (gücü olmadığı için) uygulanamadığı ve yasa değerine sahip olmayan tasarıların/eylemlerin yasa gücünü elde ettiği bir hukuk rejimini ifade eder”¹⁴⁶. Yine Agamben’e göre istisna hali, yasadışı bir yasa gücünün söz konusu olduğu, kuralsız bir alandır. Bu anlamda Agamben’in olağanüstü hâl ile ilişkin belirttiği bir noktanın da yasanın gücüne ilişkin olduğunu görmekteyiz. Yasanın gücü, Agamben için belirleyici bir nitelik taşımaktadır. Nitekim Agamben’e göre yasanın gücü yasayı değil, yasa gücünde olanı ifade etmek için kullanılmaktadır ve biçimsel olarak yasa konumunda olmayan karar ve önlemler yasa gücüne erişebilir. Aslında olağanüstü hâlde de, birçok ülkede gerçekleşen husus budur: Yasa gücünde olmayan düzenlemelere yasa gücünün atfedilmesi. Kanun hükmünde kararname de tam olarak böyledir. Normalde yasa gücünde olmayan kararnamelerin, yasa gücüne erişmiş halleri olağanüstü hâlde karşımıza çıkmaktadır.

Agamben’e göre, olağanüstü hâlin özgün niteliği Roma Hukuku’ndaki *iustitium* kavramındadır. Nitekim Agamben, olağanüstü hâlin ilk örneği olarak “*iustitium*” kavramına işaret eder.

Iustitium terimi, yasal düzeni askıya alma, durdurma anlamında gelmektedir. Romalı dilbilimciler ise bu kavramı şu şekilde açıklamaktaydı: “Yasanın durma noktası, tıpkı güneşin durması yani gündönümü gibi”¹⁴⁷. *Iustitium*, yasanın kendisinin askıya alınması halini belirtmektedir. Peki bu haldeyken işlenen edimlerin niteliği nedir? Bu edimler normal zamanlarda cezalandırılabilir edimler ise, *iustitium* zamanında bir cezasızlık hali mi öngörülmüştür? Agamben’e göre *iustitium* yasal bir boşluk halinde uygulanmaktadır ve yapılan şeyler yasal olmaktan uzaktır. Bu haliyle aslında yapılan şey, yasaların yerine getirilmemesidir. Tarihçiler tarafından verilen bir örnekte, olağanüstü hâlde bir kimseyi öldüren hâkimin, olağanüstü hâl sonrasında cinayet suçu ile yargılanıp yargılanmayacağı sorulur. Agamben bu soruya şöyle yanıt verir, *iustitium* sırasında hâkim, bir olağanüstü hâl görevlisi gibidir ve yasaları ne

¹⁴⁶ Giorgio Agamben, “Olağanüstü Hâl”, *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, haz. Aykut Çelebi, Metis Yayınları, İstanbul, 2010, s. 169.

¹⁴⁷ Agamben, *Olağanüstü Hâl*, s. 170.

uygular ne de ihlal eder¹⁴⁸. Cicero da, bu kişiyi cezalandırmanın sonu gelmez bir sorun olduğunu belirtmektedir¹⁴⁹. Agamben'e göre iustitium içerisinde gerçekleştirilen her eylem, hukuk düzeninden "bağışık"tır, nitekim bu eylemler hukuki bir boşluk halinde gerçekleştirilmektedir. Zira iustitium sırasında eylemde bulunan yönetici veya yurttaş aslında yasayı yerine getirmeme halindedir. Bu anlamda bir yasanın yerine getirilmesinden yahut getirilmemesinden sorumlu tutulamaz¹⁵⁰.

Agamben, olağanüstü hâlin diktatörlükten farklı bir müessese olduğuna dikkat çeker. Nitekim düşünüre göre iustitium, bütün hukuk düzeninin askıya alınmasına yol açtığı için diktatörlükten farklıdır¹⁵¹. Nitekim diktatör, gücünü halkın onayladığı bir yasadan alan bir hâkim niteliğindedir. Oysa iustitium halinde, yeni bir hâkimin yaratılması gerekmez, yalnızca yasal bir kuralsızlık alanı yaratılır. Burada Agamben bir diğer ayrım olarak şu hususa değinmektedir, Roma anayasasında diktatör, konsüller tarafından seçilmiş bir yöneticiydi ve yönetme yetkisi kendisine lex curiata ile veriliyordu. Oysa iustitium durumunda bir yetki verme söz konusu değildir, aksine yöneticilerin eylemlerini sınırlandıran yasaların askıya alınması söz konusudur. Hal böyle olunca da Agamben'e göre iustitium ile diktatörlük farklı müesseseler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Agamben'e göre istisna hali hukuk düzeninin neresinde yer almaktadır? Bir başka deyişle, istisna halinde hukuk düzeni askıya alınıyor ise bu askıya alma hukuk düzeninin içinde nasıl yer alabilir? Agamben'e göre istisna hali, "hukuk düzeninin ne dışında ne de içindedir ve istisna halinin tanımı sorunu, tam olarak iç ile dışın birbirini dışlamadığı, tersine birbirini belirlediği bir eşik ya da 'ne o, ne bu' bölgesi ile ilgilidir"¹⁵². Yani istisna hali, başlı başına bir tarafta değil, her iki tarafı da ayıran bir niteliği haizdir. Dahası istisna halini düzeni devam edebilir kılmak için gerekli bir yasasızlık hali olarak ifade etmek mümkündür. Nitekim Hitler dönemindeki gibi iktidarı elde tutmanın bir yolu olarak istisna hali, 12 yıl boyunca kural haline getirilmiş ve yıllarca hukuk askıda kalmıştır¹⁵³. Bu anlamda Agamben'in düşüncesinde istisna

¹⁴⁸ Agamben, *Olağanüstü Hâl*, s. 171

¹⁴⁹ Agamben, *İstisna Hali*, s. 62.

¹⁵⁰ Agamben, *İstisna Hali*, s. 62.

¹⁵¹ Agamben, *İstisna Hali*, s. 59.

¹⁵² Agamben, *İstisna Hali*, s. 33.

¹⁵³ Yılmaz, s. 392.

hali, giderek olağan haline gelen bir çerçeveye karşılık gelmektedir¹⁵⁴. Düşünür ise bu durumu eleştirmekte, olağanüstü hâlin anlamını yitirmekte olduğunu belirtmektedir¹⁵⁵.

B. Olağanüstü Hâl Kavramını Açıklayan Teoriler

Olağanüstü hâlin düşünsel temellerine yukarıda farklı düşünürlerin düşünceleri ile yer vermiştik. Bu bölümde ise olağanüstü hâli açıklayan teorilere kısaca değineceğiz.

1. Zaruret Hali Teorisi

Zaruret sözcüğü, birçok farklı şekilde kullanılmaktadır. Zaruret, zaruret hali, zaruret düzenlemeleri, zaruret hakkı bunlardan birkaçıdır. Nitekim Jhering ve Labande, devletin zaruret halinden ve zaruret hakkından söz etmektedir¹⁵⁶. Jhering, kendisini mevzuatla sınırlayan devletin zaruret halinde bu sınırlamaların dışına çıkabileceğini belirtmektedir¹⁵⁷. Jellinek ise, devletin kendi kendini hukukla sınırladığını, devletin bu sınırlamaları kaldırabileceğini ve değiştirebileceğini belirtmektedir¹⁵⁸. Nitekim teorinin temelinde de hukuk normlarının devlet kaynaklı olduğu ve bu sebeple devletin hukuk normlarının dışına çıkabileceği anlayışı yatmaktadır¹⁵⁹.

Zaruret hali teorisi ferdiyetçilik akımına tepki olarak doğmuş olup¹⁶⁰, Alman monarşisi kaynaklıdır. Daha çok Alman hukukçular tarafından savunulmuş ve açıklanmaya çalışılmıştır¹⁶¹. Buna göre zaruret halinde devlet, gerekli her türlü tedbiri almaya hukuk düzeninden bağımsız olarak muktedir konumdadır¹⁶². Bu durumda

¹⁵⁴ Ediş, s. 20.

¹⁵⁵ Behçet, s. 19.

¹⁵⁶ Burhan Kuzu, **Olağanüstü Hâl Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hâl Rejimi**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1993, s. 43.

¹⁵⁷ Hasan Tahsin Fendoğlu, **Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hâl Kavramı ve Bu Konuda İleri Sürülen Teoriler**, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 5, 1992, s. 195.

¹⁵⁸ Fendoğlu, s. 196.

¹⁵⁹ Seçkin Yavuzdoğan, **1982 Anayasası'nda Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnameleri**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003, s. 5.

¹⁶⁰ Fendoğlu, s. 195.

¹⁶¹ Yavuzdoğan, s. 5.

¹⁶² Tezcan ve diğerleri, s. 714; Kuzu, s. 44.

devletin zaruret halinden doğan bir zaruret hakkı mevcuttur. Bu hak uyarınca devlet, her türlü önlemi alabilir hatta anayasa ve hukuk düzenine aykırı düzenlemeler getirebilir. Ne var ki böyle bir durumda zaruret hali ve zaruret hakkı bu düzenlemeleri meşru kılar¹⁶³. Bu anlayışa göre devletin iktidarı kayıtsız şartsız olup hukuk, devletin bekası amacı uğrunda kullanılan bir araç niteliğindedir¹⁶⁴.

Carl Schmitt de olağanüstü hâli bir zaruret hali çerçevesinde ele almış ve önceden planlanamayan, öngörüleemeyen olağanüstü hâllerde devletin açıkça zaruret haline dayanarak hukuka aykırı kararlar alabilmesinden bahsetmiştir. Burada amaç, yukarıda olduğu gibi, devletin kendi varlığını korumasıdır. O halde olağanüstü hâl, normatif düzenden ayrılıp her türlü siyasi kararın alınabildiği bir zorunluluk hali olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁶⁵.

Zaruret hali teorisi; savaş, seferberlik, ayaklanma, deprem, salgın hastalıklar gibi zaruri durumlarda hak ve özgürlüklerin kısıtlanabileceğini belirtir. Belirtmek gerekir ki bu kısıtlamanın bir amacı vardır ve bu amaç daha üstün olduğu öne sürülen değerlerin korunmasıdır. Gözler, buna yangın sırasında itfaiye erleri tarafından yangının söndürülebilmesi amacıyla bir evin camlarını kırmalarını örnek verir; camın kırılması mülkiyet hakkına bir müdahale ise de aksi halde evin tamamının yanacağından bahseder¹⁶⁶.

İsviçre Federal Konseyi 3 Nisan 1939 tarihli kararında zaruret hakkı ve zaruret halinden şu şekilde bahsetmiştir: “Zaruret hakkı, devletin zaruret hali içerisinde bulunduğu durumlarda ortaya çıkan olağanüstü bir yasama faaliyetinin sonucudur; devletin varlığını tehdit eden bir tehlikeye çare bulmak amacına sahiptir. Zaruret hakkı ile, devlete normal anayasa hukuku ve kanunların çerçevesini aşan olağanüstü tedbirler almak yetkisi veren bir zaruret hali durumu ... ” . Federal mahkeme de Millioud kararında istisnai durumlarda Federal Konsey’in anayasa ile bağlı olmaksızın tecavüze uğramış kamu düzeni için istisnai yetkilerle donatıldığı belirtilmektedir¹⁶⁷.

Bu teorinin tenkidine de kısaca yer vermek yerinde olacaktır. Haklı olarak doktrinin büyük bir kısmı tarafından bu teori reddedilmektedir¹⁶⁸. Nitekim temel hak

¹⁶³ Kuzu, s. 44.

¹⁶⁴ Fendoğlu, s. 195.

¹⁶⁵ Kuzu, s. 44.

¹⁶⁶ Gözler, Türk Anayasa, s. 134.

¹⁶⁷ Kuzu, s. 45.

¹⁶⁸ Yavuzdoğan, s. 6.

ve özgürlükler açısından bakıldığında, hiçbir hukuki metin ile bağlı olmaksızın devletin istisnai önlemler alması tehlike yaratmaktadır. Bu anlamda temel hak ve özgürlüklerin korunması nasıl sağlanacaktır? Bir diğer tenkit ise bu teorinin devletin hukuka bağlılığı ile bağdaşmadığı ve tamamen siyasi temelli olduğu yönündedir¹⁶⁹. Nitekim bu durumu Carl Schmitt'in siyasi karara ilişkin görüşleri de desteklemektedir. Ayrıca kimi yazarlarca zaruret hakkının varlığını tanımak, yönetenlere “açık bono vermek” gibi algılanmış ve işlenebilecek bütün hukuka aykırılıklara meşruluk tanımış olmak demektir¹⁷⁰. Haklı bir diğer eleştiri ise, bu görüşün polis devleti ve totaliter yönetimlere zemin hazırlayacağı şeklindedir. Nitekim Alman Nazi rejiminin bu görüşten beslendiği söylenebilir¹⁷¹. Bir diğer eleştiri, bu teoriye göre devletin hukuk normlarına bağlılığı yalnızca olağan dönemler için söz konusu olmaktadır ve bu da olağanüstü hallerde devletin bağlı olacağı hiçbir hukuk normu olmaması anlamına gelir ki bu da hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil eder¹⁷². Ayrıca bu durum devletin meşruiyeti ile de çelişmektedir.

Başta “Hukukun Amacı”¹⁷³ adlı eserinde konuyu ele alan Jhering olmak üzere Jellinek, Carl Schmitt, Hoerni, Castberg ve Fichte gibi düşünürlerin bu anlayışı benimsediği söylenebilir.

2. Meşru Savunma Teorisi

Meşru savunma teorisine göre ki bu teori de zaruret hakkı teorisine oldukça benzerdir¹⁷⁴, olağanüstü durumlarda devlet, normal zamanda olmayan şekilde kendini savunma hakkına sahip olmaktadır¹⁷⁵. Ancak bu hakkın nerede ve nasıl yer aldığı tartışmalıdır. Nitekim bir kimsenin kendini meşru olarak savunması mümkün iken elinde her türlü şiddet aracını bulunduran devletin ayrıca bir meşru savunmaya ihtiyaç duyup duymadığı tartışılmalıdır. Bunun yanında meşru savunmanın sınırının çizilmesi de önem taşımaktadır. Zira bireyler arasında mevcut meşru savunmada dahi birtakım

¹⁶⁹ Kuzu, s. 46.

¹⁷⁰ Kuzu, s. 46.

¹⁷¹ Fendoğlu, s. 196.

¹⁷² Yavuzdoğan, s. 6.

¹⁷³ Yavuzdoğan bu kitabı “Hukukta Gaye” olarak çevirmektedir.

¹⁷⁴ Fendoğlu, s. 196; Yavuzdoğan s. 8.

¹⁷⁵ Tezcan ve diğerleri, s. 714; Yavuzdoğan s. 8.

kanuni sınırlar çizilmiştir. Aynı şeyin devlet için yapılması mümkün müdür, sınır çizilmesi ise olağanüstü hâlin doğasına aykırılık taşımayacak mıdır, bu gibi soruların cevaplanması zor görünmekte ise de görüşün benimsenebilmesi için elzemdir.

Kimi yazarlara göre, pozitif hukuktaki bireyin meşru müdafaa hakkı ile devletin meşru müdafaa hakkı arasında bir ayniyet kurulamaz, zira anayasalar devlet için böyle bir hak öngörmemiştir¹⁷⁶.

3. Siyasi Teori

Olağanüstü hâli açıklayan bir diğer teori ise siyasi teoridir. Bu teori aynı zamanda İngiliz-Amerikan-Fransız Teorisi olarak da bilinmektedir¹⁷⁷. Bu teori, zaruret hakkını reddeder. Bu teoriye göre “olağanüstü dönemlerde devletin kullandığı olağanüstü yetkiler hukuki esaslara değil şartlara ve zamanın gereklerine göre değişen siyasi zaruretle açıklanabilir”¹⁷⁸. Özetle bu teori uyarınca olağanüstü hâlde alınan tedbirler hukuka değil siyasi zarurete dayalı olarak alınmaktadır.

Burada akla gelebilecek bir soru, olağanüstü hâllerde yapılan kimi düzenlemelerin sonradan parlamentoda kabul edilmesi halinde bu durumun hala siyasi bir zaruret mi olduğu şeklindedir. Kuzu’ya göre bu durumda, parlamentonun verdiği onay ancak siyasi bakımdan bu düzenlemelerin mazur görülmesine yol açar.

Bu teorinin tenkidinde de hukuka aykırı tedbirlerin siyasi bir karar ile meşrulaştırılamayacağı öne sürülmektedir. Nitekim parlamento onayı dahi olsa, hukuka aykırı nitelikte bir tedbirin, düzenlemenin siyasi olarak mazur görülmesi düzenleme lehine hiçbir hukuka uygunluk atfetmez. Ayrıca, olağanüstü hâl rejiminin kaynağı ve sınırları da bu teori uyarınca açıkça belirtilememiştir¹⁷⁹.

4. Anayasa Geleneği Teorisi

Anayasa geleneği teorisine göre, olağanüstü hal “hukuk prensiplerinin değişen hayat şartlarına kendilerini uydurması esasına dayanır. Çünkü kurallar gerçeklerin

¹⁷⁶ Kuzu, s. 48; Yavuzdoğan s. 8..

¹⁷⁷ Fendoğlu, s. 197; Yavuzdoğan s. 7.

¹⁷⁸ Tezcan ve diğerleri, s. 715.

¹⁷⁹ Yavuzdoğan s. 7.

hukuki ifadesi olmalıdır”¹⁸⁰. Bu teoriye göre, devletlerin kimi zaman istisnai birtakım tedbirler alması gerektiği hususu fiili bir gerçekliktir. Bu anlamda bu yönde bir anayasa geleneğinin oluştuğu, bir teamülün meydana geldiği ileri sürülmektedir.

Elbette sert anayasaların mevcut olduğu sistemlerde anayasa geleneği teorisi, anayasanın daha zor değiştirilebilir oluşu sebebiyle benimsenmemektedir. Zira bu ülkelerde anayasaların değiştirilmesi de ancak belirlenen yöntemler dahilinde mümkün olmaktadır. Fakat anayasa geleneği teorisine göre, gelişen ihtiyaçlar sebebiyle böyle bir uygulama başladığı ve bu durumun da bir anayasa geleneği haline geldiği, bu uzun uygulama karşısında anayasaların sertliklerinin boyun eğmek durumunda kaldıkları ileri sürülmektedir¹⁸¹. Yine bu teoriye göre, hayatın gerçekleri ile anayasanın prensipleri bağdaşmıyorsa uygulamada değişiklik söz konusu olacaktır, bu uygulama da bir anayasa geleneği oluşturmaktadır.

Bu teorinin eleştirisi ise özellikle anayasaya halihazırda aykırı olan bu “uygulamayı” kabul etmenin sakıncaları üzerinedir. Gerçekten de halihazırda mevcut, yazılı ve hatta sert bir anayasanın olması durumunda, uzun süren bir uygulamanın bir geleneğe dönüştüğü ve anayasaya aykırı olsa bile geleneğin uygulanacağını söylemek güçtür. Nitekim bu düşünce mevcut anayasanın değişmiş olduğunu kabul etmek anlamına gelir ki bu durum da hukuki öngörülebilirliğe halel getirir.

C. Olağanüstü Hâle İlişkin Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler

1. Ulusal Düzenlemeler

a. Anayasa’da Yer Alan Düzenlemeler

1) Genel Olarak

16.04.2017 tarihli halk oylaması ile kabul edilen 6771 s. Kanun ile Anayasanın birtakım maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Değişiklik yapılan maddelerden bir tanesi de olağanüstü hâl rejimine ilişkindir. Bu değişiklik ile sıkıyönetim usulü

¹⁸⁰ Tezcan ve diğerleri, s. 715.

¹⁸¹ Kuzu, s. 50.

kaldırılmış, olağanüstü yönetim usulleri tek maddede toplanmıştır¹⁸². Anayasanın 120, 121, 122. maddeleri de mülga olmuştur.

Mülga olan maddelerden ve yeni ihdas edilen maddeden anlaşılacağı üzere, kaldırılan sıkıyönetim usulüne ilişkin gerekçelerin pek çoğu olağanüstü hâl için geçerli hale gelmiştir. Bunun yanında olağanüstü hâle ilişkin sebepler tahdidi olarak belirlenmiş olup belirlenen sebepler dışında olağanüstü hâl ilanı mümkün değildir.

Olağanüstü hâl ilan yetkisi, değişiklik öncesinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna ait iken yeni düzenleme ile birlikte olağanüstü hâl ilanına Cumhurbaşkanı yetkilidir. Cumhurbaşkanı, olağanüstü hâli ilan ettiğinde, bunu aynı gün Resmi Gazete’de yayımlamak ve meclisin onayına sunmakla yükümlüdür. Meclis, anılan kararı onaylayabilir, reddedebilir, öngörölmüş süresini kısaltabilir ama kendiliğinden süresini uzatamaz. Bu halde görmekteyiz ki, olağanüstü hâl ilanına ilişkin bir siyasi denetim mekanizması öngörölmüştür¹⁸³. Anayasa m. 119 uyarınca Cumhurbaşkanı, en fazla altı ay için ülkenin tamamında yahut bir kısmında olağanüstü hâl ilan etmeye yetkilidir. Cumhurbaşkanı daha kısa bir süre için olağanüstü hâl ilanına da elbette mukteldir. Yine belirtmek gerekir ki olağanüstü hâl ilanı, tüm yurttta etkili olabileceği gibi sınırlı bir alanda da etki gösterebilir. Nitekim ülkemizde daha önce sıkıyönetim yahut olağanüstü hâl ilan edilen belirli vilayetler olmuştur. Olağanüstü hâlin uzatılması ise, Cumhurbaşkanının talebi ile meclisin onayı ile gerçekleşir (Anayasa m. 119/4). Uzatma süresi savaş hali haricinde, her defasında dört ayı geçemez¹⁸⁴.

2) Olağanüstü Hâlde Hukuki Rejimde Özellik Arz Eden Durumlar

Olağanüstü hâl ilanının, hukuki rejime etkisi temelde 3 başlık altında toplanabilir. Bunlar; a. Vatandaşlar için para, mal ve çalışma yükümlölükleri getirilebilmesi, b. Temel hak ve özgürlüklerin kullanımının tamamen yahut kısmen durdurulması, c. Cumhurbaşkanı tarafından olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilmesi şeklinde belirtilebilir.

¹⁸² Kübra Işık, **Türkiye’de Olağanüstü Hal Dönemlerinde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 57.

¹⁸³ Işık, s. 60.

¹⁸⁴ Işık, s. 61.

Vatandaşlar için para, mal ve çalışma yükümlülüklerinin getirilmesi, Anayasa'nın 119/5. maddesi uyarınca kanunla düzenlenir. Buna ilişkin düzenlemelerin yer aldığı kanun ise 2935 s. Olağanüstü Hâl Kanunu'dur. Nitekim anılan kanunun 2. maddesi şu belirlemelerde bulunmuştur: "Bu Kanun; olağanüstü hâl ilanına tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinde ilan edilen olağanüstü hâllerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ... ilişkin hükümleri kapsar". Anılan kanunun 5. vd. maddelerinde yükümlülükler ve alınacak tedbirlere detaylı şekilde yer verilmiştir. Bunun yanında Olağanüstü Hâl Kanunu ile, hangi hakların kullanımına nasıl sınırlamalar getirilebileceği de belirtilmiştir. Bu hususta Olağanüstü Hâl Kanunu'nun 11. maddesi hatırlanmalıdır. Anılan madde uyarınca şiddet hareketlerinin yaygınlaşması sonucu ilan edilen olağanüstü hâl durumlarında alınabilecek tedbirler detaylı şekilde belirlenmiştir. Bu tedbirlere örnek olarak "sokağa çıkmayı sınırlamak veya yasaklamak, belli yerlerde veya belli saatlerde kişilerin dolaşmalarını ve toplanmalarını araçların seyirlerini yasaklamak, kişilerin üstünü, araçlarını, eşyalarını aratmak ve bulunacak suç eşyası ve delil niteliğinde olanlarına el koymak, olağanüstü hâl ilan edilen bölge sakinleri ile bu bölgeye hariçten girecek kişiler için kimlik belirleyici belge taşıma mecburiyeti koymak, gazete, dergi, broşür, kitap, el ve duvar ilanı ve benzerlerinin basılmasını, çoğaltılmasını, yayımlanmasını ve dağıtılmasını, bunlardan olağanüstü hâl bölgesi dışında basılmış veya çoğaltılmış olanların bölgeye sokulmasını ve dağıtılmasını yasaklamak veya izne bağlamak; basılması ve neşri yasaklanan kitap, dergi, gazete, broşür, afiş ve benzeri matbuayı toplatmak, söz, yazı, resmi, film, plak, ses ve görüntü bantlarını ve sesle yapılan her türlü yayımı denetlemek, gerektiğinde kayıtlamak veya yasaklamak verilebilir"¹⁸⁵.

Olağanüstü hâlin bir diğer özelliği ise olağanüstü hâl boyunca temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabilmesidir. Bu durumda 13. maddede düzenlenen temel sınırlama rejimi de askıya alınmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 1990/25 E., 1991/1 K. sayılı kararında olağanüstü hâllerde hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında 15. maddenin dikkate alınacağını belirtmiştir. Yine AYM 2018/73 E. ve 2019/65 K. sayılı kararında da olağanüstü hâllerde 15. maddenin uygulanacağını belirtmiştir¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Detaylı bilgi için Bkz. 2935 s. Kanun'un 11. maddesi.

¹⁸⁶ Abdurrahman Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 639.

Anayasa'nın 15. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklerin olağanüstü dönemde sınırlandırılması için AİHS m.15 ile paralel olarak bazı şartlar öngörülmüştür. Bu şartlar a. Savaş, seferberlik yahut olağanüstü hâl ilanı, b. Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi, c. Durumun gerektirdiği ölçüde tedbirler alınması olarak sıralanabilir¹⁸⁷.

Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise olağanüstü hâlde özellik arz eden diğer bir husustur. Bu kararnameler, 6771 s. Kanun ile Anayasa'ya bir hukuk kaynağı olarak eklenmiş bulunmaktadır¹⁸⁸. 2017 öncesi dönemde kanun hükmünde kararname çıkartma yetkisi Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna aitti. Cumhurbaşkanının kararname çıkarma yetkisi ise Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin işlemleri ile sınırlıydı¹⁸⁹. Çağdaş hukuk sistemlerinin çoğunda, olağanüstü hâl durumunda yürütme organının yetkilerinde olağanüstü hâl sebebine bağlı olarak bir genişleme olmaktadır. Türkiye'de de aynı şekilde Anayasa'nın 119 ve devamı maddelerinde olağanüstü hâlde Cumhurbaşkanı'na Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi verilmiştir. Bu kararnameler için ayrıca bir yetki kanununa ihtiyaç bulunmamaktadır¹⁹⁰. Bunun yanında 119. maddenin son fıkrası uyarınca olağanüstü hâl sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır aksi halde olağanüstü hâllerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar. Önceki düzenlemede ise, olağanüstü hâl kararnamelerinin onaylanma süreci TBMM İç Tüzüğü'ne atıfla belirlenmekteydi ve iç tüzük uyarınca 30 günlük bir süre vardı. Ancak bu süreye uymamanın hiçbir yaptırımı bulunmamaktaydı. Bu anlamda yeni getirilen bu düzenlemenin hak ve özgürlükleri daha koruyucu bir düzenleme olduğundan bahsedilebilir¹⁹¹. Burada kararnamenin aynen yahut değiştirilerek kabulünün bir kanun mu yoksa parlamento kararı mı olduğu hususunun da belirtilmesi gerekmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, bu bir kanun yapma yolu ile gerçekleştirilmektedir. Zira parlamento kararları yasama organının işleyişine ilişkin hususlara dair olabilir ve kanun hükmündeki bir kuralın

¹⁸⁷ A. Eren, s. 639.

¹⁸⁸ Oğuz Sancakdar ve diğerleri, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 82.

¹⁸⁹ Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 60.

¹⁹⁰ Sancakdar ve diğerleri, s. 82.

¹⁹¹ A. Eren, s. 991.

parlamento kararı ile kaldırılması da hukuk tekniği açısından uygun değildir. Her ne kadar, karara bağlanır ifadesi bunun bir parlamento kararı niteliğinde olduğunu çağrıştırmakta ise de kanaatimizce bu işlem kanun yapma biçiminde olmalıdır¹⁹².

Bunun yanında, Anayasa m. 119/6'da "olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda, 104'üncü maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara¹⁹³ tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazete'de yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur" hükmü yer almaktadır¹⁹⁴. Yani olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularla sınırlı olmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilir¹⁹⁵. Başka bir deyişle olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Anayasa m.104'te belirtilen sınırlamalara tabi değildir¹⁹⁶.

Anayasa'nın 119. maddesinin 5. fıkrasında¹⁹⁷, münhasıran kanunla düzenlenecek hususlara yer verilmiş olup bu hususlarda olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılıp çıkarılamayacağına da değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, 1991 tarihli bir kararında şu belirlemelerde bulunmuştur:

"Buna göre Anayasa, ikinci fıkra da sayılan belirli konuların Olağanüstü hâl Yasasında düzenlenmesini zorunlu görmektedir. Başka bir anlatımla ikinci fıkra da sayılan konular KHK'lerle düzenlenemeyecektir. Olağanüstü hâl KHK'leri Olağanüstü hâl Yasası ile saptanan sistem içersinde 'olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda' uygulamaya yönelik olarak çıkartılabilir. Bu tür KHK'lerle yalnızca olağanüstü hâl ilânını gerektiren nedenler gözetilerek bu nedenlerin ortadan kaldırılması için o duruma özgü kimi önlemler alınabilir". Olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda çıkartılabilecek KHK'lere Anayasa'nın 121. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları birlikte incelendiğinde başkaca işlevler yüklenemez. Bunun tersi bir anlayış; Anayasa ve Olağanüstü hâl Yasası dışında yeni bir olağanüstü hâl yönetimi yaratmaya neden olur. Oysa, Anayasa, olağan anayasal düzenden ayrı ne gibi olağanüstü yönetimler kurulabileceğini saptamış ve bunların statülerinin de yasayla düzenlenmesini

¹⁹² Sancakdar ve diğerleri, s. 83.

¹⁹³ "Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez".

¹⁹⁴ Sancakdar ve diğerleri, s. 82.

¹⁹⁵ Sancakdar ve diğerleri, s. 83.

¹⁹⁶ A. Eren, s. 992.

¹⁹⁷ "Olağanüstü hâllerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15 inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandıracağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir".

öngörmüştür. Olağanüstü yönetim usulleri; olağanüstü hâller ve sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinden ibarettir. Anayasa, bu olağanüstü yönetimlerin hangi ilkelere göre düzenleneceğini açıkça göstermiştir. O halde, bu sayılanlar dışında farklı bir olağanüstü yönetim usulü, yasayla dahi düzenlenemez”.

Anılan karar uyarınca Anayasa Mahkemesi, Anayasa m. 119/5’te belirtilen hususların olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri ile düzenlenemeyeceğini, ancak kanunla düzenlenebileceğini belirtmişti. Anayasa m. 119/5’te belirtilen hususlarda ise m. 119/6 gereğince olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceği belirtilmektedir¹⁹⁸.

Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılabilmesi için öncelikle olağanüstü halin ilan edilmiş olması gerekmektedir. Bu hususta belirtmek gerekir ki olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, sebep, konu, süre ve yer bakımından sınırlandırılmıştır. Bu kararnamelerin asli bir düzenleme yetkisi olup olmadığı tartışılmaktadır. Nitekim olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, TBMM’den herhangi bir izin alınmaksızın, doğrudan çıkarılmaktadır ancak sonrasında TBMM onayına sunulmaktadır¹⁹⁹.

Nihayet, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimine değinmek gerekmektedir. Anayasa’nın 148. maddesi şu belirlemelerde bulunmuştur: “Ancak, olağanüstü hâllerde (...) ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz”. Yani, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekli ve esas açısından Anayasa Mahkemesince denetimi mümkün değildir. 2017 değişikliği öncesi de Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin de anayasaya aykırılığı ileri sürülememekteydi. Anılan kararnameler için ayrıca bir yargısal yol da öngörülmemiştir. Bu anlamda olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin tek denetim, kararnamenin sunulduğu TBMM’nin siyasi denetim yetkisidir. Nitekim Anayasa m. 119/7 uyarınca olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri meclis onayına sunulmaktadır. Meclis onayına sunulan kararnamelerin kanunlaşması halinde ise bu kanuna karşı Anayasa Mahkemesi’ne başvurulabilecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 2019 tarihli bir kararında şu belirlemelerde bulunmuştur:

“Kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmadığı ya da olağanüstü hâlin süresini aştığı durumlarda

¹⁹⁸ A. Eren, s. 993.

¹⁹⁹ Bakar, s. 91.

ise söz konusu kuralın Anayasa'ya uygunluk denetiminde Anayasa'nın 15. maddesi dikkate alınamaz. Bu durumda kurala ilişkin inceleme sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ile olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olan Anayasa'nın 13. maddesi bağlamında yapılmalıdır. Ancak buradaki anayasallık denetiminde varılan sonuç böyle bir düzenlemenin olağanüstü dönemde dahi yapılamayacağı şeklinde anlaşılamaz". Dava konusu kuralların olağanüstü hâl süresince uygulanma özelliğini aşan bir niteliğe sahip oldukları anlaşılmaktadır. Nitekim kurallar olağan dönemde geçerli olan kanunlarda değişiklik yaptığından sürekli bir etkiye sahiptir. Bu durum kurallara olağanüstü hâlin dışına taşan genel düzenleme niteliği vermektedir. Bu nedenle kuralların anayasallık denetiminde Anayasa'nın olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 15. maddesi uygulama alanı bulamaz. Kurallara ilişkin incelemenin sınırlama yapılan hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili diğer hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olan Anayasa'nın 13. maddesi bağlamında yapılması gerekir".

1982 Anayasası'nda mevcut düzenlemelere ilişkin bir tartışmaya da kısaca yer vermek gerekir. Olağanüstü hallerde alınacak tedbirler Anayasa'nın 13. maddesine de uygun olmak zorunda mıdır yoksa tedbirlerin yalnızca 15. maddeye uygun olması yeterli midir? Bu husus doktrinde çokça tartışılmıştır. Gözler'e göre, 1982 Anayasası'nın lafzı bu konuda açıktır nitekim 15. maddede olağanüstü hallerde anayasal güvencelere aykırı tedbirler alınabileceği açıkça belirtilmiştir. Bu sebeple olağanüstü halde salt 15. madde uygulama alanı bulmalıdır²⁰⁰. Örneğin, olağanüstü halde yapılacak özgürlük sınırlandırmalarında 13. maddede düzenlenen kriterler aranmaz (kanunla sınırlama, anayasanın sözüne ve ruhuna uygun sınırlama, genel ve özel sınırlama sebepleri ile sınırlandırılabilme, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun sınırlama, ölçülülük ilkesine uygun sınırlama). Bunun yerine 15. maddede sayılan kriterler esas alınır (milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler uygun sınırlama, ölçülülük ilkesine uygun sınırlama, çekirdek haklara dokunulmadan sınırlama)²⁰¹. Özbudun'a göre ise, 15. maddenin yanında Anayasa m. 13/2'de yer alan demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama ve amaç dışında kullanılmama ölçütlerinin de sağlanması gerekmektedir²⁰². Gözler'e göre ise, Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde Sıkıyönetim Kanunu'na ilişkin vermiş

²⁰⁰ Kemal Gözler, "Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 47, Sayı: 4, 1990, (Olağanüstü Hal), ss. 564-565.

²⁰¹ Gözler, Olağanüstü Hal, ss. 563-564.

²⁰² Batum, s. 28.

olduğu bir karar da²⁰³, kendi görüşünü desteklemektedir. Anılan karar uyarınca sıkıyönetim halleri, kanunla sınırlama ve durdurma maddelerinden farklı bir maddede öteki sınırlama kurallarından ayrı olarak özel, başlı başına bir sınırlama sebebi olarak görülmüştür. Bu anlamda kanaatimizce de olağanüstü hallerde 13. maddenin değil 15. maddenin dikkate alınması gerekmektedir. Zira olağanüstü yönetim usulleri ayrıca bir madde olarak ve ayrı bir sınırlama sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu haliyle de 15. maddenin öncelikle uygulanması gerekmektedir. Doktrinde de belirtildiği üzere, 1982 Anayasası'nın 2017 değişikliğinden önceki 121. maddesi başlığında belirtilen olağanüstü hallerle ilgili düzenleme kapsamında madde içeriğinde temel hak ve özgürlüklerin 15. madde kapsamında sınırlandırılabilmesi belirtilmiştir²⁰⁴.

Nihayet, olağanüstü yönetim usullerinin meşruiyetine de kısaca değinmek gerekir. Doktrinde bu hususta birçok görüş ileri sürülmektedir. Kısaca bu görüşlere yer vermek arzusundayız. Öncelikle belirtildiği üzere, olağanüstü yönetim usulleri, anayasa ile tanınmış, belirlenmiş ve güvence altına alınmış olmalıdır. Aksi halde temelini anayasadan değil de şiddetten alan bir durum ortaya çıktığında bu husus, olağanüstü yönetim tanımının dışına çıkar ve ancak bir ihtilal rejimi olarak değerlendirilebilir. Bunun yanında olağanüstü yönetim usullerine ilişkin hükümlerin mutlaka anayasaya uygun olmaları gerekir. Nitekim yürütme organına verilecek yetkilerin kullanımı Anayasa ile belirlenmiş bir çerçevede ve yine anayasaya uygun bir şekilde olmalıdır. Aksi halde keyfilik ve denetimsizlik halinin ortaya çıkması muhtemeldir. Ayrıca, hangi yetkinin nasıl ve kim tarafından hangi sınırlar içerisinde kullanılacağına da açıkça anayasada belirtilmesi gerekmektedir. Zira olağanüstü yönetim usullerinde yürütmenin takdir yetkisi genişler ve normal zamandan farklı birtakım tasarruflarda bulunma yetkisi olur. Bir diğer husus ise, olağanüstü dönemlerdeki işlemlere karşı denetim şansının mevcut olmasıdır. Nihayet alınacak tedbirler gerekli, ölçülü ve geçici olmalıdır. Aksi halde anayasal rejimin ortadan kalkması ihtimali bulunmaktadır²⁰⁵. Bir diğer değerlendirme ise olağanüstü hâl işlemlerinin gerekçeli olması ve bu işlemlere karşı yargı yolunun açık tutulması yönünde yapılmaktadır. Nitekim mevcut durumda ve 2017 değişikliği öncesinde de

²⁰³ AYM, E. 1971/31, K. 1972/5 sayılı kararı.

²⁰⁴ Yılmaz Aliefendioğlu, "Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Yönetim Usulleri", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt:25, Sayı:2, 1992, s. 415.

²⁰⁵ Darendeli, ss. 17-19.

olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri ile olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine yargı yolu kapalıdır. Anayasa Mahkemesi de 2016 sonrası ilan edilen olağanüstü halde ilan edilen olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerini incelemeyeceğini belirtmektedir. Oysa bu durum, kimi yazarlara göre hukuk devleti ile bağdaşmamaktadır²⁰⁶. Bunun yanında AİHM de özellikle Halis Doğan ve Diğerleri/Türkiye kararında olağanüstü rejime dair kanun hükmünde kararnameler ile olağanüstü hâl bölge valisine birtakım geniş yetkiler verilebileceğini belirtmişse de hemen ardından bu yetkilerin gerekçeli olması gereğinden ve bu yetkilere karşı başvurulacak etkin bir mekanizma olmadığından bahsetmiş ve ihlal kararı vermiştir²⁰⁷.

3) 2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Öncesi Olağanüstü Hâl Düzenlemeleri

1982 Anayasasının 21.01.2017 tarihinde kabul edilen 6771 s. Kanun ile birtakım hükümleri değiştirilmiştir. Değişiklik yapılan hükümlerden biri de olağanüstü hâl ile ilişkin hükümlerdir. Bu sebeple, 6771 s. Kanun ile değişen Anayasasının 2017 değişikliği öncesi haline de kısaca değinmek isteriz. 2017 değişikliği öncesi halinde olağanüstü yönetim usulleri iki başlık altında toplanmıştır: Olağanüstü hâller (m.119-121) ve sıkıyönetim, savaş, seferberlik halidir (m.122) ²⁰⁸.

2017 değişikliği öncesinde Anayasasının 119.maddesi ile 122.maddesi arasında olağanüstü yönetim usulleri düzenlenmiştir. 122. maddede düzenlenen sıkıyönetim hali, 2017 değişikliğiyle tamamen kaldırılmıştır.

1982 Anayasasının 2017 değişikliğinden önce öngördüğü temelde iki olağanüstü hâl sebebi bulunmaktaydı: Bunlardan ilki; “Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım” halidir. Diğer sebep ise “Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması halleri” şeklindedir. Anayasa’da yahut Olağanüstü Hâl Kanunu’nda tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar yahut ağır ekonomik bunalım hallerinin tanımları yer almamaktadır. Bir düşünceye göre afet,

²⁰⁶ Arslan, s. 208.

²⁰⁷ Arslan, s. 212.

²⁰⁸ Esen, s. 174.

mevzubahis olayın kendisinden ziyade ortaya çıkardığı sonuçlar olarak görülmektedir. Nitekim bir olayın afet boyutuna ulaşması için insan hayatı üzerinde ciddi olumsuz sonuçlar doğurması gerekmektedir. Elbette hangi olayların afet olarak nitelendirilebileceği, olağanüstü hâli ilan etmeye yetkili makam olan Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu idi²⁰⁹. Kimi yazarlara göre tabii afetler ifadesi, günümüz koşullarında yetersiz kalabilmektedir ve teknolojik afetleri de içine alacak şekilde madde metninde yalnızca “afet” kelimesine yer verilmesinin doğru olacağı savunulmaktadır²¹⁰. Yine tehlikeli salgın hastalık hali ve ağır ekonomik bunalım hallerinin de tanımlarının olmadığı, bu anlamda Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu’nun bu hususları takdir yetkisinin olduğu söylenebilir. Anayasa’nın 2017 değişikliği öncesi halinde m. 121 ve m. 122 uyarınca Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, yalnızca olağanüstü halin yahut sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi çıkarabilme yetkisine sahipti²¹¹.

2017 değişikliği öncesi Anayasa’nın 91. maddesinde olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri ile düzenlenemeyecek alanlar belirtilmiştir. Buna göre, temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasal hak ve ödevler olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri ile düzenlenemeyecektir. Ancak olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri bu sınırlamadan arı olarak, her alanda çıkarılabilir nitelikte idi²¹². Belirtmek gerekir ki olağanüstü dönemlerde devlet ve toplum öyle tehlikelerle karşılaşmaktadır ki olağan dönem tedbirleri bu tehlikeleri bertaraf etmek için yeterli değildir. Hal böyle olunca olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri de olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinden mahiyet olarak farklılık göstermektedir²¹³.

Olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri, olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinden farklı olarak, bir yetki kanununa dayanmazlar. Bu sebeple ilk bakışta olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin yasama gibi asli

²⁰⁹ Esen, s. 176; Gözler, Türk Anayasa, s. 379.

²¹⁰ Esen, s. 177.

²¹¹ Aliefendioğlu, s. 419.

²¹² Aliefendioğlu, s. 422; Mithat Konuk, “Olağanüstü Hal Kapsamında Yayımlanan Kanun Hükmünde Kararnamelerin Özellikleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:65, Sayı:4, 2016, s. 2183.

²¹³ Konuk, s. 2181.

ve bağımsız bir niteliğe sahip oldukları düşünülebilirse de, düzenlemelerin meclis onayına sunulması ve bu yol ile kabul yahut reddedilmeleri dikkate alındığında yasamaya bağlı, türevsel bir nitelikte oldukları ileri sürülebilmektedir²¹⁴. Peki bu durum yasama yetkisinin devri niteliğinde midir? Anayasa Mahkemesi yasama yetkisinin devredilmezliğini mutlak olarak ele almaktadır. Nitekim bir kararında²¹⁵ Anayasa Mahkemesi, “... yasama yetkisi genel ve asli bir yetkidir. Bu yetki TBMM’ne aittir ve devredilemez. Kanun Hükmünde Kararnameler, unsurları Anayasa’da belirlenen yetki yasalarına göre çıkarılır ve işlem görürler, ayırık durumlar içindirler ve bağlı bir yetkinin kullanılması yoluyla hukuksal yaşamı etkilerler” şeklinde belirlemede bulunmuştur²¹⁶. Bir diğer ifade ile olağanüstü hallerde, yürütme organı düzenleme yapma yetkisini yasama organından değil doğrudan Anayasadan almaktadır. Anayasa Mahkemesi de T. 03.07.1991, E. 1991/6, K. 1991/20 sayılı ilamında bu belirlemelerde bulunmuştur²¹⁷.

Dikkat çekilmesi gereken bir nokta da bu yetkinin Bakanlar Kuruluna değil Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna verilmiş olmasıdır²¹⁸. Dolayısıyla olağanüstü hâl ilanı kolektif bir işlem niteliğinde idi²¹⁹. Bakanlar Kurulunun ve Cumhurbaşkanının iradelerini müşterek kararnamelerden farklı olarak, aynı anda açıklamaları gerekmektedir²²⁰. Belirtmek gerekir ki olağanüstü hâl ilan etme yetkisi, yürütme erkine tanınmıştır ve fakat bu yetki yasama organının onaylamasına bağlıdır. Nitekim olağanüstü hâl ilanına ilişkin Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu kararının Resmi Gazete’de yayımlanması ve derhal TBMM onayına sunulması²²¹ öngörülmüştü (m. 121). Yine aynı maddeye göre TBMM, olağanüstü hâl süresini değiştirmeye, kısaltmaya yahut bu kararı kaldırmaya yetkilidir. Zira anayasa koyucu, olağanüstü hâl ilanı yetkisini süre yönünden sınırlandırmıştır. Cumhurbaşkanı başkanlığındaki Bakanlar Kurulu, altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hâle karar verebilmekte ve bunun uzatılmasını her seferinde dört ayı geçmemek üzere

²¹⁴ Aliefendioğlu, s. 420.

²¹⁵ AYM, E. 1988/64 ve K. 1990/2 sayılı ilamı.

²¹⁶ Aliefendioğlu, s. 421.

²¹⁷ Konuk, s. 2179.

²¹⁸ Mehmet Ekin Vaiz, **Olağanüstü Hal Kavramı ve Denetimi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Doğu Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, KKTC, 2011, s. 80.

²¹⁹ Esen, s. 180.

²²⁰ Vaiz, s. 80.

²²¹ Vaiz, s. 82.

TBMM'den isteyebilmekte idi. TBMM'nin uzatmaya ilişkin vermiş olduğu kararlar “parlamento kararı” niteliğindedir²²². Ancak 2017 öncesi düzenlemede en fazla kaç kez olağanüstü halin uzatılabileceği düzenlenmemiş bulunmaktaydı. Diyarbakır ve Hakkari 15 yıl 4 ay, Mardin 9 yıl 4 ay, Siirt 12 yıl 4 ay, Tunceli 16 yıl 4 ay boyunca olağanüstü hâl ile yönetilmiştir²²³.

2017 değişikliği öncesinde Anayasa m. 120 uyarınca Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması nedeniyle olağanüstü hâl ilanı için öncelikle Milli Güvenlik Kurulu'nun görüşünün alınması gerekmektedir. Bu görüş tamamen istisari nitelikte olup²²⁴ görüşün bağlayıcılığı bulunmamaktaydı²²⁵.

2017 değişikliği öncesi olağanüstü hallerde olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri çıkarıldığını belirtmiştik. Bu olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetimine de kısaca değinmek gerekmektedir. Kural olarak olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine taşınmasının mümkün olmadığı Anayasa'nın 148. maddesinde açıkça düzenlenmişti²²⁶. Ancak Anayasa Mahkemesi içtihadında²²⁷, olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin ismi ile kendisinin bağlı olmadığını, önüne gelen kanun hükmünde kararnamenin gerçekten bir olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi olup olmadığını denetleme yetkisinin olduğunu ve olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi olmayan kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisinin olduğunu belirtmiştir²²⁸. Bu anlamda ismi olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi olsa dahi olağan bir kanun hükmünde kararname niteliği taşıyanların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenerek iptal edilebileceği ifade edilmiştir²²⁹. Anılan kararda Anayasa Mahkemesi, öncelikle olağanüstü yönetim usulleri üzerinde durmuş ve bu usullerin devletin ve toplumun varlığı için büyük tehlike yaratan durumlarda anayasal rejimin güvence altına

²²² Gözler, Türk Anayasa, s. 380.

²²³ Vaiz, s. 81.

²²⁴ Gözler, Türk Anayasa, s. 380.

²²⁵ Vaiz, s. 83.

²²⁶ Merih Öden, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 58, Sayı: 3, 1990, s. 661.

²²⁷ AYM., E. 1990/25, K. 1991/1, T. 10.01.1991; E. 1991/6, K. 1991/20, T. 03.07.1991.

²²⁸ Yavuzdoğan, s. 93.

²²⁹ Batum, s. 24; Aliefendioğlu, ss. 425-427; Öden, s. 668.

alınabilmesi amacıyla işletildiğini belirtmiştir. Mahkeme, olağanüstü yönetim usullerinin de bir hukuk rejimi olduğunu ve kaynağını anayasadan aldığını ifade etmiştir²³⁰. Ayrıca Mahkeme, olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri ile ilgili şu özellikleri belirtmiştir: a. Olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri ile getirilen düzenlemeler olağanüstü halin amacı ve sınırına uygun olmalıdır, b. Olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinden farklı olarak 91. madde uyarınca konu sınırlamasına bağlı olmaksızın temel haklar, kişi hakları ve ödevleri, siyasi haklar olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile düzenlenebilir, c. Olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri, konu bakımından sınırlanmış olmasa da, bu tür kanun hükmünde kararnameler ancak olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, olağanüstü halin amacı ve sınırları çerçevesinde çıkarılabilir, d. Olağanüstü hâlin belirli bir bölge için ilan edilmiş olması halinde olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi de o yerle sınırlı düzenlemeler içermelidir, e. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ancak olağanüstü halin devamı süresince uygulanabilirler, f. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri olağanüstü halin konusu ve sınırları ile sınırlı olduğundan bu kanun hükmünde kararnamelerle mevcut yasalarda değişiklik yapılamaz²³¹.

Olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin uygulanacağı süre de doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Bizim de katıldığımız görüşe göre olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri yalnızca ilan edilen olağanüstü hâl süresince uygulama alanı bulmalıdır. Olağanüstü hâl konularında olmayan olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri Anayasa m. 121 anlamında olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi niteliği taşımazlar²³².

Özetle, olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin şekil ve esas açısından Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülememekte ise de, bu kanun hükmünde kararnamelerin, Anayasa Mahkemesince gerçekten bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi olup olmadığının denetlenmesi söz konusu olmuştur²³³. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan demokratik hukuk devleti ilkesi uyarınca yargısal denetimi yasaklayan 148. maddeyi dar yorumlamıştır²³⁴.

²³⁰ Öden, s. 663.

²³¹ Öden, ss. 663-666.

²³² Konuk, s. 2187.

²³³ Aliefendioğlu, ss.425-426.

²³⁴ Öden, s. 668.

Bir örnek vermek gerekirse Anayasa Mahkemesi, 430 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi ile İçişleri Bakanı'na, (olağanüstü hâl ilan edilen) bölge içinde yahut dışında basıldığına bakılmaksızın her türlü yayın hakkında yasaklama ve gerektiğinde bunları basan matbaaları kapatma yetkisi tanınmıştır. Bu hüküm oldukça tartışılmıştır. Anayasa Mahkemesi ise önüne gelen bu hükümde, olağanüstü hâl bölgesi dışına çıkan bu düzenlemenin bir olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi olmadığına hükmetmiş ve bu düzenlemenin bir kısmını iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi bir kanun hükmünde kararnamenin olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi sayılabilmesi için olağanüstü hâl ile ilgili konularda, olağanüstü hâl ilan edilen yerlerde ve olağanüstü hal boyunca yürürlükte olması gerektiğini kabul etmişti²³⁵. Bu yaklaşım doktrin tarafından da büyük ölçüde kabul görmüştür. Anayasa Mahkemesi 1990/25 E. ve 1991/1 K. sayılı kararında da TBMM denetiminin önemine vurgu yapmış ve kanunlaşmış olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimine tabi olduğunu belirtmiştir²³⁶.

Ancak 2016 yılında ülkemizde ilan edilen olağanüstü hâl sonrasında çıkarılan olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi içtihadında değişikliğe gitmiş ve olağanüstü hâl kararnamelerini inceleyemeyeceğini belirtmiş ve bu sebeple konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir.

4) Önceki Anayasalarda Olağanüstü Hâle İlişkin Düzenlemeler

i. 1876 Kanunu Esasi Dönemi

1876 tarihli Kanunu Esasi, olağanüstü hâle ilişkin açıkça bir yönetim usulü öngörmüş değildir. Ancak yürütme organına birtakım hallerde “muvakkat kanun” çıkarma yetkisi verilmiştir²³⁷. Kanunu Esasinin 36. maddesi şu şekildedir: “Bir muhataradan veya emniyeti umumiyeyle halelden vikaye için bir zarureti mübremeye zuhur ettiği ve bu bapta vaz'ına lüzum görünecek kanunun müzakeresi için meclisin

²³⁵ Yavuzdoğan, s. 93.

²³⁶ Öden, s. 670.

²³⁷ Elen Kurultay, **2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Olağanüstü Hal Yönetimi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin, 2019, s. 57.

celp ve cem'ine vakit müsait olmadığı halde Kanunu Esasi ahkâmına mugayir olmamak üzere heyeti vükelâ tarafından verilen kararlar Heyeti Mebusanın içtimaile verilecek karara kadar ba iradei seniye, muvakkaten kanun hüküm ve kuvvetindedir". Görüleceği üzere, halihazırda güçlü bir yürütme organı öngören Kanunu Esasi, olağanüstü dönemlerde yürütme organına muvakkat kanun çıkarma yetkisi vermiştir. Bu yetki, 1961 ve 1982 anayasalarındaki yetki kanunundan farklı olarak, dayanağını doğrudan Anayasadan almaktadır. Bu anlamda anılan yetki ile 1982 Anayasasında mevcut olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri çıkarma yetkilerinin benzer olduğu söylenebilir²³⁸. Ancak belirtmek gerekir ki bu yetkinin kullanılması da birtakım şartlara bağlanmıştır. Öncelikle "meclisin toplantı halinde olmaması" ve kamu düzenini bozup devleti tehlikeye sokan bir durumun var olması gerekmektedir. 1909 yılında yapılan değişiklik ile Heyeti Vükelanın meydana getirdiği muvakkat kanunların ilk toplantıda meclise sunulması zorunluluğu getirilmiştir²³⁹. Kimi yazarlarca, 1876 Kanunu Esasinin olağanüstü hâle ilişkin düzenlemeleri bir hukuki rejim öngörmekten çok "idarenin hukuk dışına çıkmasını sağlayan" bir düzen öngörmüştür²⁴⁰.

Belirtmek gerekir ki bu yetki, yürütme organına herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın muvakkat kanun çıkarma yetkisi vermektedir. Bu husus da haklı olarak eleştirilmektedir. Nitekim temel hak ve özgürlükler aleyhine gerçekleştirilen muvakkat kanun müessesesi niteliği itibariyle geçici olsa da pek tabii sürekli olarak başvurulacak bir yol halini alabilir. Nitekim İttihat ve Terakki bine yaklaşan sayıda Muvakkat Kanun çıkarmıştır. Bu yönden 1876 Kanunu Esasi döneminde olağanüstü hâle ilişkin yürütme organına oldukça geniş bir yetki verilmiş olduğu söylenebilir.

Bir diğer nokta ise, Muvakkat Kanunların Heyeti Mebusanın toplantısına kadar kanun güç ve değerinde olmasıdır. Yani Heyeti Mebusan bu muvakkat kanunu kaldırabilir yahut değiştirebilir. Kimine göre bu durum muvakkat kanunların bozucu şarta bağlanması şeklinde değerlendirilmiştir²⁴¹.

Kanunu Esasinin olağanüstü hâle ilişkin bir diğer düzenlemesi ise 113. maddesidir²⁴². Anılan maddeye göre, "Mülkün bir cihetinde ihtilâl zuhur edeceğini

²³⁸ Kuzu, s. 118.

²³⁹ Esen, s. 139.

²⁴⁰ Fendoğlu, s. 180.

²⁴¹ Kuzu, s. 119.

²⁴² Kurultay, s. 56.

müeyyid asar ve emarat görüldüğü halde hükûmeti seniye'nin o mahalle mahsus olmak üzere muvakkaten (idarei örfiye) ilânına hakkı vardır. (İdarei örfiye) kavanin ve nizamâtı mülkiyenin muvakkaten tahtından ibaret olup (idarei örfiye) tahtında bulunan mahallin sureti idaresi nizamı mahsus ile tâyin olunacaktır. Hükûmetin emniyetini ihlâl ettikleri idarei zabitanın tahkikatı mevsukası üzerine sabit olanların memâliki mahrusai şaheneden ihraç ve teb'id etmek münhasran zatı hazireti padişahının yedi iktidarındadır.” Yani, ülkenin herhangi bir yerinde ihtilal olacağının önceden anlaşılması durumunda Hükûmeti Seniye, oraya özgü olarak idarei örfiye yani sıkıyönetim ilan edebilir. Bu yol ile, yasalar askıya alınmakta ve bölgeye ilişkin geçici tedbirler alınabilmekteydi. Buna ilişkin ilk mevzuat, 5 Ekim 1844 tarihli “İdarei Örfiye Kararnamesi”dir. Anılan kararname uyarınca yasalar yanında Kanunu Esasinin de kararnameye aykırı düzenlemelerinin askıya alındığı belirtilmektedir. Bu hususun 1876 Kanunu Esasi'nin, “Kanunu Esasinin uygulanmasından iskat edilemez” maddesine aykırı olduğu değerlendirilmektedir²⁴³. Bunun yanında anılan kararname hak ve özgürlükleri de sınırlayıcı niteliğe sahiptir. Nitekim kişilerin yerleşim yerlerini arama, dernekleri yasaklama, birtakım gazeteleri tatil etme ve yakalananları sıkıyönetim bölgesi dışına çıkarma gibi birtakım yetkiler mevcuttur.

Meclislerin muvakkat kanunları “alelacele görüşüp” ekseriyetle kabul etmeleri de değerlendirilmelidir. Nitekim Kuzu'nun aktardığına göre kimi zaman bir toplantıda yüz kadar muvakkat kanunun görüşülüp karara bağlandığı olmaktadır. Bu hususta Hüsnü Paşa'nın “Kavanini muvakkaten yüz bu kadarını bir günde okuduk ve hepsini kabul ettik ve hiçbirisini Kanunu Esasiye muhaliftir demedik” sözleri durumu gayet iyi anlatmaktadır²⁴⁴. Yöneltilen bir diğer eleştiri ise, Muvakkat Kanunların mecliste uzun süreler beklemiş olmasıdır. Özellikle 1909 değişikliğinden önce 3-4 seneyi bulan bekleme sürelerinden söz edilebilmektedir. Bu durum da bu dönemde düzenlemelerin uzun süreler denetim olmaksızın yürürlükte kalabildiği şeklinde anlaşılmalıdır.

²⁴³ Esen, s. 140.

²⁴⁴ Kuzu, s. 127.

ii.1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu Dönemi

1921 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanunu, birçok açıdan eksik hükümler içeren, yasama yürütme ve yargı erkini genelde yasama organında toplayan yani güçler birliğine dayanan bir anayasa olarak karşımıza çıkmaktadır²⁴⁵. Anayasanın kısa olmasının bir sebebi Anayasanın, Milli Mücadele döneminde çıkarılmış olması ve ihtiyaçlara cevap veren bir yapıda olmasının istenmesidir. Anılan anayasa, olağanüstü hâl rejimine ilişkin temel bir düzenleme getirmemiştir²⁴⁶.

Ne var ki açık bir düzenleme olmamasına karşın, Teşkilatı Esasiye Kanununun kabulünden önceki dönemde olduğu gibi Teşkilatı Esasiye Kanunu yürürlükteyken Birinci Büyük Millet Meclisi bazı olağanüstü hâl kanunları çıkarmaya devam etmiştir. Teşkilatı Esasiye Kanunu öncesindeki olağanüstü hâl ilanına ilişkin kanunlara 29 Nisan 1920 tarihli Hıyaneti Vatanîye Kanunu örnek gösterilebilir. Yine 18 Eylül 1920 tarihli İstiklal Mahkemelerinin kuruluşuna dair kanun da bir diğer örnek olarak zikredilebilir. Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun kabulünden sonraki dönemde olağanüstü hâl kanunu sayılabilecek başlıca kanun 5 Ağustos 1921 tarihli Başkumandanlık Kanunu'dur. Anılan kanun ile meclis, kendi uhdesinde bulunan Başkumandanlık yetkisini fiilen Mustafa Kemal Paşa'ya bırakmaktaydı. Bu şekilde ATATÜRK, yasama organının yetkisini kullanabilecek ve bu yönde birtakım tasarruflarda bulunabilecekti ve alacağı kararları sonradan meclis onayına gerek olmaksızın uygulama yetkisine sahipti²⁴⁷. Bu örneklerin yanında 3 Temmuz 1922 tarihli İstiklal Mahakimi Kanunu ve 18 Ekim 1923 tarihli İzalei Şekavet Kanunu, yürütme organına istisnai yetkiler veren düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır.

iii. 1924 Anayasası Dönemi

Kimi yazarlara göre, 1924 Anayasası'nın temeli yine 1921 Anayasası gibi meclis hükümeti sistemidir ancak 1921'den farklı olarak parlamenter rejimin birtakım unsurlarının da yönetim şekline dahil edildiği belirtilmektedir²⁴⁸. 1924 Anayasası'nda

²⁴⁵ Kuzu, s. 132.

²⁴⁶ Kurultay, s. 58.

²⁴⁷ Kuzu, s. 133.

²⁴⁸ Kuzu, s. 135.

olağanüstü hâle ilişkin temel düzeyde düzenlemeler yer almaktadır. Nitekim 74. maddesinde, “Fevkalade ahvalde, kanun mucibince tahmil olunacak nakdi, ayni ve sa’yü amele müteallik mükellefiyetler müstesna olmak üzere hiçbir kimse hiçbir fedakarlığa icbar edilemez” düzenlemesi yer almaktadır²⁴⁹. Ayrıca, 86. maddesinde sıkıyönetim hali düzenlenmiş ve savaş, savaşı gerektirecek durumlar, ayaklanma, cumhuriyete ve vatana karşı kalkışma hallerinde sıkıyönetim ilan edilebileceği düzenlenmiştir. Bakanlar Kurulu sıkıyönetim ilan etme yetkisine sahipti. Sıkıyönetim en çok 1 ay için ilan edilebilir, ancak bu süre uzatılabilirdi. Sıkıyönetim kararı, 1 ay içerisinde TBMM’ye sunulur ve TBMM bu kararı onaylayabileceği gibi süresini değiştirebilir yahut kararı kaldırabilirdi.

“Harp halinde veya harbi gerektirecek bir durum baş gösterdiğinde veya ayaklanma olduğunda yahut vatan ve Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma olduğunu gösterir kesin belirtiler görülürse Bakanlar Kurulu, süresi bir ayı aşmamak üzere yurdun bir kesiminde veya her yerinde sıkıyönetim ilan edebilir ve bunu hemen Meclisin onamasına sunar. Meclis sıkıyönetim süresini, gerekirse uzatabilir veya kısaltabilir. Meclis toplamak değilse hemen toplanmaya çağılır.

Sıkıyönetim süresi ancak Meclisin kararıyla uzatılabilir.

Sıkıyönetim, kişi ve konut dokunulmazlığının, basın, gönderişme, dernek, ortaklık hürriyetlerinin geçici olarak kayıtlanması veya durdurulması demektir.

Sıkıyönetim bölgesiyle bu bölgede hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği harp halinde de dokunulmazlığın ve diğer hürriyetlerin nasıl kayıtlanabileceği veya durdurulacağı kanunla gösterilir.”²⁵⁰

Anayasa’nın 74. maddesinde de düzenlendiği üzere olağanüstü durumlarda getirilecek ek yükümlülüklerin ancak kanun ile düzenlenebileceği öngörülmüştür. Bu anlamda 1924 Anayasası’nın en azından getirilecek yükümlülüklerle ilişkin bir kanunilik güvencesi öngördüğü söylenebilir.

1925 tarihli Şeyh Said İsyanı süresince Cumhuriyet döneminin ilk sıkıyönetim hali ilan edilmiş ve bu hal iki yıl boyunca sürmüştür. Yine çıkarılan Takriri Sükûn Kanunu ile hükümete, “devletin selameti, düzeni ve güvenliğine” yönelik bir tehlike durumunda birtakım yayınları engelleme, parti kapatma hakkı tanımıştır. Bunun yanında bahsedilmesi gereken diğer bir düzenleme 1934 yılında çıkarılan Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu’dur. Belirtilen kanunun 18. maddesi uyarınca kamu düzeni için tehlike arz eden kimselerin mülkiye amirince gözetimine alınabileceği belirtilmiştir. Sonrasında 1948 değişikliği ile bu madde kaldırılmıştır²⁵¹. Ayrıca, 27 Haziran 1938

²⁴⁹ Fendoğlu, s. 180.

²⁵⁰ Kurultay, s. 60.

²⁵¹ Kurultay, s. 61.

tarıhli Hava Taarruzlarına Karşı Korunma Kanunu, 7 Haziran 1939 tarıhli Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu, 31 Mart 1925 tarıhli Harp ve İsyân Sahalarında Müteşekkıl Divanı Harplerden Verilen İdam Kararları Hakkında Kanun, 5 Mart 1928 tarıhli Seferberlik Kanunu, 25 Şubat 1930 tarıhli Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun, 24 Nisan 1930 tarıhli Umumi Hıfzısıshha Kanunu, 26 Ocak 1940 tarıhli Milli Korunma Kanunu da idari makamlara geniş yetkiler tanıyan kanunlardan birkaçıdır²⁵². 1940 yılında çıkarılan Örfi İdare Kanunu ise, belirli durumlarda ilan edilen sıkıyönetim halinde yönetim yetkisinin askeri makamlara geçeceğini belirtir. Dahası polis dahi Bakanlar Kurulunun kararıyla belirli ölçüde askeri birimlerin emrine girer.

Özetle, 1924 anayasası ilk defa olağanüstü hâl kavramını anayasal bir düzene kavuşturmuştur. Bunun yanında getirilecek ek yükümlölükler için kanunilik güvencesi öngörmüştür. Ayrıca Anayasa, sıkıyönetim ilanı ile birlikte birtakım hak ve özgürlüklerin sınırlanması yahut durdurulmasına da açıkça cevaz vermiştir. Dönemin en çok bilinen örneğı ise 1925 tarıhli Şeyh Said İsyanı'nın sıkıyönetim ilan edilmesine yol açmış olması ve bu sıkıyönetimin isyan bastırılınca kadar yaklaşık iki yıl sürmüş olmasıdır. Bunun yanında idareye ve yürütme organına istisnai yetkiler veren birçok kanun da çıkarılmıştır.

iv. 1961 Anayasası Dönemi

1961 Anayasası, önceki diğer anayasalardan farklı olarak, sıkıyönetim ve olağanüstü hâl olmak üzere iki farklı olağanüstü yönetim usulü öngörmüştür²⁵³. Olağanüstü hâl, 1961 Anayasası'nın 123. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan madde uyarınca olağanüstü hâl “*Büyük doğal afetlerde, ekonomik bunalımlarda, vatandaşlar için konulabilecek para, mal ve çalışma yükümleri ile, olağanüstü hâlin ilânı, yürütölmesi ve kaldırılması ile ilgili usuller yasayla düzenlenecektir*” şeklinde belirtilmiştir.

Sıkıyönetim ise 124. maddede şu şekilde düzenlenmiştir:

“Savaş hali, savaş gerektirecek bir durumun başgöstemesi, ayaklanma olması veya vatan ve Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma olduğunu

²⁵² Kuzu, s. 137.

²⁵³ Esen, s. 159.

gösterir kesin belirtilerin meydana çıkması sebebiyle, Bakanlar Kurulu, süresi bir ayı aşmamak üzere, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya her yerinde sıkıyönetim ilân edebilir ve bunu hemen, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onamasına sunar. Meclis, gerekli gördüğü zaman sıkıyönetim süresini kısaltabileceği gibi, tamamıyla de kaldırabilir. Meclisler toplanık değilse, hemen toplantıya çağırılır.

Sıkıyönetimin her defasında iki ayı aşmamak üzere uzatılması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin kararına bağlıdır. Bu kararlar, Meclislerin birleşik toplantısında alınır.

Sıkıyönetim veya genel olarak savaş halinde, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği, hürriyetlerin nasıl kayıtlanacağı veya durdurulacağı kanunla gösterilir.”²⁵⁴.

1961 Anayasası, kimi yazarlara göre, yürütme organına karşı güvensiz ve tedbirli davranma anlayışının bir sonucu olarak olağanüstü hâl düzenlemeleri ile ilgili kısıtlı hüküm içermektedir²⁵⁵. Gerçekten de bilhassa 1982 Anayasası ile karşılaştırıldığında 1961 Anayasasında olağanüstü hâle ilişkin nispeten az, kimi yazarlarca yetersiz düzenlemenin olduğu görülmektedir. Bunun yanında, 1961 Anayasası’nda hangi koşullarda olağanüstü hâl ilan edilebileceği de düzenlenmemiştir. Oysa sıkıyönetim bahsinde hangi koşullarda sıkıyönetim ilan edileceği açıkça belirlenmiş hatta 1971 değişiklikleri ile bu haller genişletilmiştir. Dahası savaş ve seferberlik hallerinde olağanüstü hâl rejiminin ilan edilip edilemeyeceği de tartışmalıdır. Nitekim “toplum için ağır tehlike ve zarar” koşulu savaş ve seferberlik hali için de geçerlidir²⁵⁶. 1961 Anayasası, olağanüstü hâli ilan edecek organı da belirtmemiştir. Sıkıyönetim halinde olduğu gibi bu yetkinin de yürütme organınca kullanılacağı kabul görmüştür²⁵⁷. Bu anlamda bakıldığında, 1961 Anayasası’nın, olağanüstü hâlde yürütme organına olabildiğince az yetki verdiği gözlemlenebilmektedir. Doktrinde yürütme organının Anayasa ile yetkilerinin kısıtlanması eleştiri konusu yapılmıştır²⁵⁸.

1961 Anayasası döneminde yürürlükte bulunan birtakım kanunlar, idareye geniş yetkiler vermekteydi. Bunlara örnek olarak; 3780 sayılı Milli Korunma Kanunu, 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu, 4373 sayılı Taşkın Sulara ve Su Baskınlarına Karşı Korunma Kanunu, 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlere Yapılacak Yardımlara Dair Kanun, 711 sayılı Nöbetçi

²⁵⁴ <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1961-anayasasi/> (04.04.2022); Kurultay, s. 66.

²⁵⁵ Kuzu, s. 173.

²⁵⁶ Esen, ss. 160-161.

²⁵⁷ Esen, s. 161.

²⁵⁸ Detaylı bilgi için Bkz. Kuzu, ss. 173-176.

Memurluğu Kurulmasını ve Olağanüstü hâl Tatbikatlarında Mesainin 24 Saat Devamını Sağlayan Kanun, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu gösterilebilir²⁵⁹.

1961 Anayasası döneminde, 1924 Anayasası'nda olduğu gibi, olağanüstü hâle ilişkin kararın yargısal denetime tabi olup olmadığı tartışılmıştır. 1961 Anayasası, sıkıyönetim kararına ilişkin bir denetimi açıkça öngörmüş olmasına rağmen yargısal denetim konusunda tartışmalar mevcut idi. Bu konuda birçok görüş öne sürülmüştür. Ancak Danıştay Dava Daireleri Kurulu, Bakanlar Kurulu tarafından verilen sıkıyönetim ilanı kararının meclis onayından sonra yasama işlemine dönüşmesi sebebiyle idari yargı denetimi dışında kaldığı belirlenmesinde bulunmuştur²⁶⁰. Bunun yanında meclis tarafından sıkıyönetim kararlarının onanması da anayasa yargısı dışında kalmaktadır. Hal böyle olunca sıkıyönetime ilişkin başvurulabilecek bir kanun yolu öngörülmemiştir.

b. Olağanüstü Hal Kanunu

Her ne kadar olağanüstü hâle ilişkin temel düzenlemeler Anayasa m. 15 ve m. 119'da yapılmış olsa da bu hükümlerde alınacak tedbirlere ilişkin detaylı bir belirleme yapılmamış, m. 119/5 uyarınca da birtakım hususların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Buna uygun olarak 2935 s. Olağanüstü Hâl Kanunu çıkarılmıştır²⁶¹. Olağanüstü Hâl Kanunu 4. maddesinde, son değişiklik ile birlikte, Cumhurbaşkanının kararname çıkarma yetkisini düzenlemiştir. Anılan kanun ile olağanüstü hâl ilanını gerektiren sebepler, olağanüstü hâl ilanı şekli, olağanüstü hallerde alınacak tedbirler ve getirilebilecek yükümlülükler düzenlenmiştir.

2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu, 2. maddesinde belirtildiği üzere “olağanüstü hâl ilanına tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinde ilan edilen olağanüstü hâllerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hâllerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandıracağı veya nasıl durdurulacağına, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağına, kamu hizmeti

²⁵⁹ Kuzu, ss. 180-182.

²⁶⁰ Esen, s. 170.

²⁶¹ Murat Buğra Tahtalı, “Türk Hukukunda Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleriyle Kamu Görevinden İhraç Edilen Personelin Ohal İşlemleri İnceleme Komisyonu Sonrasında İdari Yargıya Başvurma Süresi Sorunu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:10, Sayı:2, 2019, s. 731.

görevlilerine ne gibi yetkiler verileceğine, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağına ve olağanüstü yönetim usullerine ilişkin hükümleri” ihtiva etmektedir. Anılan kanuna göre olağanüstü hâl ilanı, Cumhurbaşkanınca yapılır. Olağanüstü hâl ilanı yurdun tamamında geçerli olabileceği gibi bir bölgesinde de geçerli olabilir, bu hususun takdiri Cumhurbaşkanına aittir. 2017 öncesi ise bu yetki, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna ait idi. Nitekim 2/7/2018 tarihli ve 700 sayılı KHK’nin 84’üncü maddesiyle, anılan maddede yer alan yer alan “Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu” ibaresi “Cumhurbaşkanı” olarak değiştirilmiştir.

Olağanüstü Hal Kanunu m. 3 uyarınca, Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzeninin bozulması veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde, olağanüstü hâl ilanı için Milli Güvenlik Kurulu’nun görüşünün alınması gerekmektedir. Anılan görüşün bağlayıcı olmadığı, şekli bir şart niteliğinde olduğu belirtilmektedir²⁶².

2. Uluslararası Örgütlerin Düzenlemelerinden Örnekler

a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, savaş ve diğer birtakım kamusal tehlike hallerinde hakların normal rejiminden “sapılabilmesine ve öngörülen haklara ve özgürlüklere aykırı önlemler alınabilmesine” cevaz vermektedir²⁶³. Bunun yanında belirtilen hallerde dahi kendisine aykırı tedbirler alınamayan hak ve özgürlükler de mevcuttur. Bunlara örnek olarak kölelik ve kulluk yasağı, işkence yasağı ve cezaların geçmişe yürütülmemesi ilkesi verilebilir²⁶⁴.

AİHS’in yürürlüğe girdiği tarihten itibaren birçok sözleşmecî devlet, 15. madde uyarınca gerekli tedbirleri alma yoluna gitmiştir. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden bir tehlikenin bulunması halinde bazen olağan uygulamalar tehlikenin

²⁶² Tahtalı, s. 732.

²⁶³ Mehmet Semih Gemalmaz, **Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 1, 8. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 23.

²⁶⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 429.

bertarafı için yeterli olmamaktadır. Bu gibi hallerde olağanüstü tedbirlerin alınması gerekmektedir ve bu da askıya alma yoluyla gerçekleştirilebilmektedir²⁶⁵. Türkiye de en son askıya alma bildirimini 21 Temmuz 2016 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine bildirmiş, olağanüstü halin kalkmasıyla ilgili de gerekli bildirimleri yapmıştır.

Çalışmamızın ileriki bölümlerinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde askıya alma kavramı detaylıca incelenmiş olduğundan tekrara düşmemek adına bu bölümde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ilişkin genel açıklama yapmak ile yetiniyoruz.

b. Birleşmiş Milletlere İlişkin Düzenlemelerden Örnekler

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiş ve anılan sözleşme Türkiye tarafından 15 Ağustos 2000 yılında imzalanmıştır. Bu sözleşme, Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nde mevcut olan haklar uyarınca kaleme alınmıştır ve hak skalası olarak AİHS'ten daha geniş bir içeriğe sahiptir. Ancak AİHM gibi bir bağlayıcı yargısal denetim organı olmadığından uygulamada AİHM kadar sık başvurulanan bir sözleşme değildir²⁶⁶. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi de 4. maddesinde ulusun hayatını tehdit eden ve varlığı resmen ilan edikmiş olan olağanüstü bir durumun zuhuru halinde devletlerin, bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden ayrılan tedbirler alabileceği belirtilmiştir. AİHS'e paralel olarak böyle bir durumda, devletlerin BM Genel Sekreterliği aracılığıyla bir bildirimde bulunulması zorunluluğu getirilmiştir²⁶⁷.

Sözleşme'de AİHS ile paralel olarak olağanüstü halde dahi birtakım dokunulmaz haklar belirlenmiştir. AİHS'ten farklı olarak din ve inanç özgürlüğü de bu dokunulmaz haklara eklenmiş bulunmaktadır. Bunun yanında Sözleşme, alınacak

²⁶⁵ Narter ve Kaya, s. 203.

²⁶⁶ Burcu Akgül, **Hukukun Siyasallaştırılması: Olağanüstü Hal Rejimi ve 20 Temmuz 2016 Sonrası Uygulama**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Muğla, 2019, s. 109.

²⁶⁷ Akgül, s. 110.

tedbirlerde açıkça ırk, renk, cinsiyet, dil, din yahut toplumsal kökene yönelik ayrımcılık yapılamayacağını belirtmiştir²⁶⁸.

3. Farklı Ülkelerin Düzenlemelerinden Örnekler

a. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri Federal Anayasası hala geçerliliğini koruyan en eski anayasa niteliğindedir. Anılan anayasa, kısa ve katıdır. Olağanüstü yönetim usullerine ilişkin olarak doğrudan bir hüküm içermeyen ABD Federal Anayasası'nın yalnızca birtakım hükümleri olağanüstü yönetim usulleriyle ilişkilidir. Olağanüstü yönetim usullerine ilişkin bir hüküm içermemesinin, kimi yazarlarca, ABD nezdinde olağanüstü hâl uygulamalarına karşı bir güvensizlik sebebiyle olduğu belirtilmektedir. Nitekim bu durumun başlıca sebebi, güçlerin tek elde toplanması ile temel hak ve özgürlüklere zeval geleceği düşüncesidir. Zira güçler ayrılığı prensibi ABD nezdinde hep sert şekilde yorumlanmış²⁶⁹, savaş halinde dahi yürütme organına çok istisnai yetkiler tanınmıştır. Bunun yanında federal devlet yapısının da olağanüstü hâl uygulamalarıyla bağdaşmadığı belirtilmektedir²⁷⁰.

ABD Federal Anayasası'nın 1. maddesinde Kongreye savaş ilanı, ayaklanmaları bastırmak için takviye güçlerin finansmanı ve bu konuda “gerekli ve uygun yasaları yapma” yetkileri verilmiş olup bu düzenlemeler olağanüstü hâle ilişkin sayılabilecektir. Anayasanın 2. maddesi ise Başkanın görevlerini belirtirken başkomutanlık ve Kongreyi olağanüstü toplantıya çağırma hususlarını belirtmiştir. Bunun yanında 4. maddede federe devletlerde ortaya çıkan bir isyan yahut ayaklanmanın bastırılması için federal devletin “şiddete karşı koyacağı” düzenlenmiştir. Bunun yanında olağanüstü yönetim usulleriyle ilişkili birkaç maddenin daha zikredilmesinde fayda vardır. Bunlardan biri, kamu güvenliğinin

²⁶⁸ Akgül, s. 110.

²⁶⁹ Kuzu, s. 100; Bülent Daver, **İcra Organının İstisnai Yetkileri Bakımından Fevkalade Hal Rejimleri (Türkiye’de- Yabancı Memleketlerde)**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1961, s. 43.

²⁷⁰ Hayati Hazır, **(Türkiye’de ve Yabancı Ülkelerde) Olağanüstü Hâl Rejimlerinde Kamu Hürriyetlerinin Sınırlanması ve 12 Mart Olağanüstü Rejimi**, Trabzon, 1982, s. 30.

gerektirdiği durumlar dışında Habeas Corpus yasasının askıya alınamayacağıdır²⁷¹. Bir diğeri ise savaş ve benzeri birtakım haller dışında kimsenin jüri tarafından itham edilmeksizin ölüm cezasını gerektiren yahut yüz kızartıcı bir suçtan sorumlu tutulamayacağıdır²⁷². Nihayet sonuncusu bilfiil işgal edilmedikçe eyaletlerin birbirine karşı savaşmalarını yasaklayan hükümdür²⁷³. Bu hükümler incelendiğinde olağanüstü hâllere ilişkin istisnai birtakım düzenlemeler getirdikleri ancak bu düzenlemelerin alışılmışın dışında olarak yürütme organını yasama organı aleyhine güçlendirme şeklinde olmadığına da dikkat çekilmelidir.

Anayasa, olağanüstü hâlleri savaş ve askeri durumlara indirgemıştır. Ancak olağanüstü yetkiler ABD nezdinde doğal afetler dahil birçok durumda kullanılmıştır. Home Building and Loan Association v. Blaisdell kararında Yüksek Mahkeme, askeri durumlar dışında da olağanüstü hâl ilan edilebileceğini belirtmiştir²⁷⁴.

Belirtmek gerekir ki Başkana başkomutanlık yetkisi veren maddede, bu sıfatın hangi yetkileri Başkana tanıdığı dahi belirtilmemiştir. Hal böyle olunca Abraham Lincoln, Amerikan İç Savaşı başladığında başkomutanlık yetkisine dayanarak vatandaşları silah altına aldı ve gönüllülerden de bir ordu kurdu. Oysa bu yetkiler olağan durumlarda münhasıran Kongreye ait yetkilerdi²⁷⁵. Bunun yanında yine Abraham Lincoln, iç savaş sırasında almış olduğu bir kararla Habeas Corpus imtiyazını askıya almıştır. Anayasa'nın 1. maddesinde Habeas Corpus imtiyazının askıya alınabileceği belirtilmiştir ve fakat bunun hangi organ tarafından yapılacağı belirtilmemiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, Lincoln'ün Habeas Corpus imtiyazını

²⁷¹ “İşyan veya istila durumlarında kamu güvenliği gerektirmedikçe Habeas Corpus emir ayrıcalığı askıya alınmayacaktır”. <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf> ,(06.04.2022).

²⁷² “Kara ve deniz kuvvetlerinde, ya da savaş veya kamuya yönelik tehdit sırasında görevde bulunan milis kuvvetlerinde ortaya çıkacak davalar dışında, hiç kimse büyük jüri tarafından hazırlanan suç duyurusu veya iddianamesi olmadan ölüm cezasını gerektiren veya yüz kızartıcı başka bir suçtan sorumlu tutulmayacak; hiç kimse, aynı suç nedeniyle iki kere, idam cezası veya bir organını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya bırakılmayacak; herhangi bir ceza davasında kendi aleyhinde tanıklık yapmaya zorlanmayacak; ve yasal gerekler yerine getirilmeden, yaşamı, özgürlüğü, veya malından yoksun bırakılmayacak; özel mülk, hakça bir tazminat ödenmeden kamulaştırılmayacaktır”. <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf> (E.T. 06/04/2022)

²⁷³ “Hiçbir eyalet Kongre'nin rızası olmaksızın tonaj vergisi koyamayacak, barış zamanında asker veya savaş gemisi bulundurmayacak, başka bir eyalet veya yabancı bir devletle anlaşma veya sözleşmeye girmeyecek, ya da bilfiil işgal edilmediği veya bir gecikme kabul etmeyecek kadar yakın bir tehlike olmadığı takdirde, savaşa girmeyecektir”. <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf> (E.T. 06/04/2022)

²⁷⁴ Esen, s. 53.

²⁷⁵ Daver, s. 41. Sonrasında kongre, bilahare karar alarak başkanın bu uygulamasını tasvip etmiştir.

askıya almasının anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Nitekim doktrinde de bu yetkinin Kongre tarafından kullanılabileceği belirtilmiştir²⁷⁶. İç savaşın tehlikelerinden kaçınmak maksadı ile Lincoln'ün anayasaya aykırı davrandığı bu şekilde sabittir²⁷⁷.

Habeas Corpus imtiyazının askıya alınması açısından önem teşkil eden bir husus da Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin vermiş olduğu Milligan kararıdır. Milligan adı verilen kişi, bir eyalette askeri mahkeme tarafından düşmanlara yardım ediyor olmak suçlaması ile idama mahkûm edilmişti. Yerel mahkemeye müracaat ile serbest bırakılması için bir talepte bulunmuştur. Bu talebi Yüksek Mahkeme'ye kadar gelmiştir. Yüksek Mahkeme, savaş halinde kişi dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin Habeas Corpus imtiyazının askıya alınmasını yorumlamıştır. Yüksek Mahkeme, isyan ve savaşın hüküm sürdüğü eyaletlerde bulunmayan Milligan'ın savaş esiri sayılamayacağı bunun yanında eyalette yerel mahkemelerin faaliyetlerine devam ettiğini ve askeri mahkemelerce anayasa ile bireylere tanınmış usûli özgürlüklerin tanınmadığını belirterek kararı bozmuştur. Bu çerçevede, askeri mahkemelerin olayın doğrudan ilgili olmadığı bölgelerde yer alarak ve yerel mahkemelerin tanıdığı özgürlükleri hiçe sayarak bir sivil yargılamasının hukuka aykırı olduğu yaklaşımının benimsendiği belirtilebilir. Bunun yanında Yüksek Mahkeme, Habeas Corpus imtiyazının yalnızca kongre tarafından askıya alınabileceğini belirtmiştir²⁷⁸.

Birinci Dünya Savaşı sırasında ise başkan Wilson, tıpkı Lincoln gibi, başkomutanlık yetkisine dayanarak birtakım tedbirlere başvurmuştur. Özellikle basın, medya ve posta üzerinde sansür komitesi kurarak sansür uygulamaya başlamıştır. Bu yetkileri Kongrenin herhangi bir yetkilendirmesi olmadan kullanmış, daha sonra Kongre, başkana geniş yetkiler tanıyan birçok kanun çıkarmıştır. Bu haliyle Wilson'un aslında Kongre ile uyum içinde çalışmak gayesinde olduğu belirtilmektedir²⁷⁹. Özetle Wilson'un, bir yandan başkomutanlık yetkisine dayanarak birtakım tedbirleri kendi başına alması söz konusu iken sonrasında Kongre tarafından kendisine bu konularda

²⁷⁶ Hazır, s. 33; Daver, s. 44.

²⁷⁷ Lincoln ise kendini şu şekilde savunmaktadır: “Bazen bir hayatı kurtarmak için bir uzuv feda edilir. Fakat bir uzvun kurtarılması için hayatın feda edilmesi akıllıca bir iş olamaz. Bu kararları alırken başka zamanlarda anayasaya aykırı olabileceğini kabul etmekle beraber anayasanın ve ondan önce de milletin bekasını sağlamanın kanuni olacağına karar verdim”. Bkz. Hazır, s.34; Kuzu, s. 101; Daver, s. 46.

²⁷⁸ Daver, s.45.

²⁷⁹ Hazır, s. 35.

yetki verilmiştir. Bu husus da aslında yürütme ve yasama organının birlikte çalışması halinde başkanın birçok hak ve hürriyeti sınırlayabileceği anlamına gelmektedir. Her ne kadar kuvvetler ayrılığı prensibi ABD nezdinde sert bir yapıda ise de, Wilson döneminde yasama olağanüstü tedbirler konusunda, yürütmeye destek olmuştur.

İkinci Dünya Savaşı sırasında ise Roosevelt, olağanüstü tedbirlere başvuran diğer bir başkan olarak karşımıza çıkar. Roosevelt, “Kongre istenilen tarzda hareket etmekten kaçınırsa mesuliyeti deruhte ve durumun gerektirdiği gibi hareket edeceğim” demiştir ve bunun üzerine Kongre, başkana birçok konuda yetki vermiştir. 1941 tarihinde bir kanun ile başkana basın ve iletişim araçları üzerine sansür koyma yetkisi verildi, 1942 tarihli bir kanun ile de başkana, milli savunma ve güvenliği temin amacıyla birtakım malların fiyatlarını belirleme yetkisi verildi. Hatta bu fiyatlandırmalar için yetkileri oldukça geniş²⁸⁰ bir “fiyat yönetim ofisi” dahi kurmuştur.

Nihayet, ABD nezdinde olağanüstü hâle ilişkin hukuki denetim yollarını ele almak yerinde olacaktır. ABD Yüksek Mahkemesi, olağanüstü hâl kanunlarının anayasaya uygunluğunu denetlerken temel hak ve hürriyet temelli bir inceleme yapmaktadır. Bunun yanında önceden de belirttiğimiz üzere kuvvetler ayrılığı prensibi göz önünde bulundurulmaktadır. Nitekim 1892 tarihli “Field v. Clark” davasında Kongrenin olağanüstü hâllerde dahi yasama yetkisini Başkana devredemeyeceği belirtilmiştir. “Yakus v. United States” davasında ise yüksek mahkeme, olağanüstü hâllerde idarenin takdir hakkının genişlediği ancak hiçbir zaman yasama yetkisinin idareye devri anlamına gelmediği belirlemesinde bulunmuştur. Bunun yanında mahkeme, sadece hukukilik denetimi yapmamış yerindelik denetimi de yapmış olup, yakın bir tehlike halinin varlığını irdelemiştir. Yüksek mahkemenin üzerinde durduğu diğer bir husus ise, olağanüstü hâl kanunlarının geçici nitelikte olduğudur. Bu hususta Yüksek Mahkeme, “Black v. Hirsh” davasında belirttiği üzere olağanüstü hâl kanunlarında açıkça belirtilmese bile zımni bir sürenin varlığından bahsetmiştir²⁸¹.

Bunun yanında kongrenin izni olmaksızın hazineye harcama yapılamaması, hükümete kongre komisyonları önünde sorular sorulabilmesi, Federal Mahkeme’nin Mc Grain v. Daugherty kararından beri uygulanagelen teşrii soruşturma müessesesi ve

²⁸⁰ Daver, s. 49.

²⁸¹ Hazır, ss. 42-44.

bu müessesenin getirmiş olduğu harp zamanlarına ilişkin denetim ile olağanüstü yetkiler veren kanunların kongre kararları ile kaldırılabilmesi hususları, Amerika Birleşik Devletleri'nde siyasi bir denetim aracı olarak görülebilir²⁸².

Özetle, Amerika Birleşik Devletleri'nde kuvvetler ayrılığı rejiminin sert bir şekilde yorumlandığı, yürütmeye doğrudan kanun yapma yetkisinin verilmediği ancak yürütme organına geniş takdir yetkisi tanındığı görülmektedir. Ancak bu takdir hakkı, kanuni sınırlar dahilinde kullanılabilecektir. Bu anlamda ABD nezdinde, kuruluş aşamasından itibaren meydana gelen olaylar neticesinde olduğu düşünülerek, olağanüstü hâlde dahi yürütmeye sınırlı yetkiler tanınmıştır.

b. Birleşik Krallık

Birleşik Krallık, yumuşak bir anayasaya sahiptir. Olağanüstü hâl uygulamaları da çoğunlukla mevcut bir tehlike haline ilişkin olagelmıştır. Bu dönemlerde de genellikle parlamento hükümetin “önderliğinde” hareket etmiştir veya yürütme organı “kraliyet ayrıcalıklarına yahut common law düsturuna” dayanarak doğrudan harekete geçmiştir²⁸³. Yani yürütme organı istisnai hallerde ya common law olgusuna dayalı olarak yasama işlemi niteliğinde işlem yapabilecektir yahut parlamentonun kendisine yetki veren kanunlarına dayanarak yasama işlemi niteliğinde işlem yapacaktır. Birinci Dünya Savaşı'na kadar genellikle kendilerine yasa yoluyla verilen yetkilere dayanarak olağanüstü hâlde işlem yapan yürütme organı, bu yol ile hak ve özgürlüklerde ve özellikle ifade ve toplantı özgürlüklerinde birçok kısıtlama yapmıştır²⁸⁴. Birinci Dünya Savaşı'na kadar olan süreçte, olağanüstü yönetim usulleri, genellikle “Habeas Corpus Act” imtiyazını askıya alan kanunlardan oluşmaktadır²⁸⁵. Her ne kadar Habeas Corpus Act tamamen ortadan kaldırılmadıysa da geçici suretlerle askıya alınmıştır. Bunun sonucu olarak da seri yargılama usulü uygulanmış ve kefaretilerle serbest bırakılma askıya alınmıştır²⁸⁶. “Habeas Corpus Act”in askıya alındığı durumlarda usulüne uygun olmayan şekilde tutuklanan ve göz altına alınanların tazminat davası açma hakları bulunmaktaydı. Ne var ki sonradan çıkarılan “İbra Kanunları” ile sorumlular tazminat

²⁸² Daver, ss. 54-55.

²⁸³ Esen, s. 71.

²⁸⁴ Hazır, s. 45.

²⁸⁵ Daver, s. 29.

²⁸⁶ Daver, s. 29.

ödemeden muaf tutulmuşlardır. Yani aslında haksız göz altı ve tutuklamaya ilişkin tazmin sürecinin yürütülmesinin önüne geçilmiştir.

Haklar Yasası (Bill of Rights) kabul edilince gücün kraldan ziyade parlamentoda olduğu düşüncesi iyiden iyiye hâkim olmaya başlamıştır. Bu anlamda kralın “ayrıcalıklı yetkisi common law kaynaklı olduğu için tanınmakta ancak kralın getirdiği düzenlemeler normlar hiyerarşisinde yasaların altında yer almaktaydı”²⁸⁷. Günümüzde ise ayrıcalıklı yetkilerin Kraliçe adına hükümetçe kullanıldığı belirtilebilir.

Birinci Dünya Savaşı öncesinde bir diğer olağanüstü yönetim usulü sıkıyönetim (Martial Law) olarak görülmektedir. Sıkıyönetim yurdun saldırı altında olması, ayaklanmaların ve isyanların mevcudiyeti gibi hallerde ilan edilir ve bu yol ile hukuk düzeninde birtakım değişikliklere sebep olur. En büyük değişiklik, sivil kişilerin de askeri mahkemelerde yargılanmasıdır²⁸⁸. Buna ilişkin farklı kararlar olsa da²⁸⁹ sıkıyönetime hasredilen savaş halinde sivil kimselerin askeri mahkemelerde yargılanabildikleri bir gerçektir.

Birinci Dünya Savaşı sırasında yasama organı, yürütmenin yetkilerini, çıkardığı kanunlar yoluyla genişletmiştir ve yürütme organına yasama faaliyetinde bulunma yetkisi dahi vermiştir. Yasama yetkisinin yanında idarenin takdir yetkisi de genişletilmiştir²⁹⁰. Savaş sırasında, 1914’te çıkarılan Ülke Savunma Yasası²⁹¹ (the Defence of Realm Act – DORA) ile kişilerin askeri mahkemelerde yargılanması, yürütme organına tehlikenin bertaraf edilmesi için gerekli düzenlemelerin gerçekleştirmesi, harcama yapma ve vergi koyma dışında hemen her konuda kararname çıkarılabilmesi, kuşku duyulan kişilerin tutuklanabilmesi, basın ve medyaya sansür uygulanması gibi birçok husus düzenlenmiştir²⁹². Ülke Savunma Yasası, kamu düzeninin sağlanması amacıyla hükümete oldukça geniş yetkiler vermektedir. Hükümet, kendisine verilen bu yetkileri kararnameler vasıtasıyla kullanabilecektir. Bu anlamda Birleşik Krallık’ın ülkemizde 2017 değişikliği öncesi 1982 Anayasası’na paralel bir düzenleme öngörüldüğü söylenebilir.

²⁸⁷ Esen, s. 72.

²⁸⁸ Daver, s.30; Hazır, s. 47.

²⁸⁹ Hazır, s. 47; Detaylı Bilgi için Bkz. Daver, s. 30.

²⁹⁰ Hazır, s. 48.

²⁹¹ Kimi yazarlar bu kanunu “Krallığın Savunulmasına Dair Kanun” şeklinde çevirmektedirler.

²⁹² Esen, s. 76.

Hükümet tarafından çıkarılan kararnameler, siyasi ve hukuki denetime kural olarak kapalıydı. Ancak kararnameler nezdinde iki hususun bir arada bulunması gerektiği belirtilmiştir: Bunlar kamu güvenliğinin korunması için çıkarılma ve savaş halinde çıkarılmadır. Bu iki hususa uygun olmayan kararnamelerin mahkemeler yolu ile iptal edildikleri dahi olmuştur²⁹³.

Birinci Dünya Savaşı sonrasında da Birleşik Krallık, olağanüstü hâl düzenlemelerine ihtiyaç duymuştur. Nitekim 1920 tarihli Olağanüstü Yetkiler Kanunu (Emergency Powers Act) ile yürütmeye olağanüstü hâllerde kullanılabilecek geniş yetkiler verilmiştir. Belirtilen kanun, 1940 yılında değiştirilmiş ve hükümete daha çok yetki tanınmıştır. Bu kanun, taca “ulusal güvenlik, ülke savunması, kamu düzeninin sürdürülmesi, savaşın etkili olarak yürütülmesi ve temel mal ve hizmetlerin sağlanması” için kararnameler yolu ile düzenleme yapma yetkisi vermektedir. Bu kanun ile krala en fazla bir ay süre ile tehlike hali ilan etme yetkisi tanınmıştır²⁹⁴. 1920 tarihli kanunun bir diğer özelliği ise, savaş hali dışında grev, doğal afet gibi birtakım durumlarda da yürütme organına istisnai yetkiler vermesidir.

Yine İkinci Dünya Savaşı sırasında çıkarılan bir dizi yasayla yürütme organına düzenleyici işlem yapma yetkisi verilmiştir. Umumi güvenlik, devletin müdafaası ve harbin müessir şekilde yürütülebilmesi için gerekli yetkiler idareye tanınmaktaydı. Bunun yanında belirtilmesi gereken bir diğer nokta ise 1939-1940 yılları arasında çıkartılan yasalarda ikinci derece tevkil usulüne yer verilmiş olup kabinenin kararnamelerine “regulation”, kabinenin tevkil ettiği makamlarca yapılan düzenlemelere “order” yahut “by-law” denilmekteydi²⁹⁵. Belirtilen kanunlar ile ülke çıkarlarına aykırı hareket edenleri tevkif, mülkiyete el koyma, zorla çalıştırma, arama yapma yetkisi yürütme organına verilmekteydi²⁹⁶. Savaşın sona ermesi ile birlikte 1946 yılında İngiltere’de “regulation” adı verilen kararnameler yürürlükten kaldırıldı. Savaş sonrasındaki ekonomik zorluklar sebebiyle çıkarılan birtakım kanunlarla hükümete 5 yıl boyunca beslenme ve kamu hizmetlerinin işletilmesi açısından geniş yetkiler verilmiştir²⁹⁷.

²⁹³ Cheste v. Bateson davası, Newcastle Brewries v. King davası.

²⁹⁴ Daver, s. 31.

²⁹⁵ Daver, s. 31.

²⁹⁶ Esen, s. 77.

²⁹⁷ Daver, s. 32.

Son olarak olağanüstü yönetim usullerinin Birleşik Krallık'taki denetimleri bahsini inceleyelim. Birinci Dünya Savaşı sırasında çıkarılan Ülke Savunma Yasası (the Defence of Realm Act – DORA) herhangi bir parlamento denetimi öngörmemektedir. Ancak “defense regulations” adı verilen müdafaa kararnamelerinin ise, öncelikle Dahili Siyaset Komitesi'nde görüşülmesi gerektiğini belirtilebilir. Yine parlamentonun 1939 tarihli Olağanüstü Yetkiler Kanunu ise kararnamelerin hemen parlamento onayına sunulması şartını getirmiştir. Bu bağlamda parlamentonun kararnameyi reddetme yetkisi de bulunmaktaydı²⁹⁸. Mahkemelerin de olağanüstü hâllerde yürütmenin kullandığı yetkilere önemli bir sınırlama getirmediğini belirtebiliriz. Yalnızca yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, kamu güvenliğine ilişkin olma ve savaş hallerinde çıkarılma gibi birtakım usuli şartlara bakılmaktaydı. Bunun yanında mahkemelerin, İkinci Dünya Savaşı zamanında çıkan birtakım kanun ve kararnamelerin, idarenin takdir yetkisi içerisinde kaldığından bahisle yargısal denetim dışında bıraktıklarını belirtmek yanlış olmayacaktır²⁹⁹.

Özetle İngiltere'de, Birinci Dünya Savaşı sonrasında yürütmenin yasama karşısında nispeten güçlendirilmesi söz konusu olmuştur. Nitekim aynı güçlenmeye İkinci Dünya Savaşı sırasında da rastlanmaktadır. Elbette bu husus, doktrinde birçok kez tenkide uğramıştır. Nitekim Lord Heward of Bury bir kuvvet kayması vakası ile karşı karşıya olunduğunu, kuvvetler ayrılığının zarar gördüğünü belirtmiştir³⁰⁰.

c. Almanya

Prusya Krallığı zamanında, 1850 tarihli Prusya Anayasası, ülkede karışıklıkların meydana gelmesi halinde krala anayasayı askıya alma yetkisi vermektedir³⁰¹. 4 Haziran 1851 tarihli Prusya Kanunu savaş haline ilişkin detaylı düzenlemeler içermektedir. Anılan kanun, savaş halinde birtakım suçlara ilişkin davaların askeri mahkemelerde görülmesi, askeri makamlara yürütme yetkisinin verilmesi gibi düzenlemeler içermektedir³⁰². 1871 İmparatorluk Anayasası ise, ülkede kamu düzenini bozucu bir durumun varlığı halinde kralın savaş hali hükümlerini

²⁹⁸ Esen, s. 85.

²⁹⁹ Daver, s. 35.

³⁰⁰ Daver, s. 41.

³⁰¹ Daver, s. 75.

³⁰² Esen, s. 98.

uygulayabileceğini belirtmiştir. Savaş hali yetkileri, Jhering'in "Auto-Limitation" teorisi ile zaruret hakkına dayandığından oldukça geniş şekilde yorumlanmıştır³⁰³. Doktrin, krala tanınan bu yasama yetkisinin hukuka uygun olduğu görüşündeydi. Yasama organının asli organ olması ve yasama yetkisinde bir sınır olamayacağı düşüncesi ile yetki kanunu vesilesi ile yürütme organına yasama yetkileri verilmesi hukuka uygun kabul edilmiştir. Nitekim yetki kanununda genel çerçeve belirlenmiş, maddi içerik konusunda da belirlemeler yapılmış olmaktadır. Birinci Dünya Savaşı'nın çıkmasının ardından yetki kanununa dayanan kanun hükmünde kararnamelere sıkça başvurulduğu görülmektedir³⁰⁴. Buna örnek olarak Almanya'da 4 Ağustos 1914'te yasama organının çıkardığı kanun ile yürütme organına savaş haline ilişkin çok geniş düzenlemeler yapma yetkisi verilmesi gösterilebilir. Her ne kadar alınacak tedbirlerin meclise sunulması da gerekmekte ise de, yürütme savaş ihtiyaçları için gerek duyduğu tüm tedbirleri bu kanuna dayanarak almaya devam etmiştir.

Almanya'nın Birinci Dünya Savaşı sırasında almış olduğu yenilgi, siyasi rejiminin değişmesine yol açmıştır. Ülkede cumhuriyet ilan edilmiş ve yarı başkanlık sistemine ilişkin unsurlar taşıyan 1919 tarihli yeni bir anayasa (Weimar Anayasası) kabul edilmiştir. Anayasanın 48. maddesi³⁰⁵, olağanüstü dönemlere ilişkin Cumhurbaşkanına oldukça geniş yetkiler vermektedir³⁰⁶. Anayasanın açıkça yetki vermesinin yanında 13 Ekim 1923 ve 8 Aralık 1923 tarihlerinde kabul edilen kanunlar ile birlikte yürütme organına anayasaya aykırı tedbirler alabilme yetkileri açıkça tanınmıştır. Her iki kanun da anayasa değişikliği gibi nitelikli çoğunlukla kabul edilmiştir. Tabii bu yetkilerin, savaşın getirdiği ekonomik ve toplumsal zararların atlatılması için getirildiği söylenebilir.

Anayasanın 48. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı, temel hak ve özgürlüklerin tamamını yahut bir kısmını askıya almaya muktedir. Nitekim askıya alınabilecek haklar şu şekildeydi: Kişi özgürlüğü ve güvenliği, konut dokunulmazlığı,

³⁰³ Hazır, s. 69; Daver, s. 75.

³⁰⁴ Kuzu, s. 90.

³⁰⁵ "Almanya'nın düzeni ve kamu emniyeti ağır surette ihlal edildiği ve tehlikeye düştüğü takdirde Cumhurbaşkanı kamu düzeni ve asayişin sağlanması için zaruri tedbirleri alabilir. Eğer gerekli görürse askeri kuvvetlerden yardım isteyebilir. Bu maksatla geçici olarak Anayasa'nın 114 (kişi dokunulmazlığı), 115 (mesken dokunulmazlığı), 117 (haberleşmenin gizliliği), 118 (fikir hürriyeti), 123 (toplanma hürriyeti), 124 (dernek hürriyeti), 153 (mülkiyet hakkı) maddeleri ile garanti altına alınmış temel hak ve hürriyetleri kısmen veya tamamen erteleyebilir". Bkz. Hazır, s. 71.

³⁰⁶ Esen, s. 99; Hazır, s. 70.

haberleşmenin gizliliği, düşünceyi ifade özgürlüğü ve sansür yasağı, toplantı özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü ve oy hakkı ile gizli oy ilkesi³⁰⁷. Görüleceği üzere çok geniş bir yelpazedeki hakların kullanımı askıya alınabilmekteydi.

Weimar Anayasası döneminde 48. maddeye dayanılarak Cumhurbaşkanı tarafından yapılan tasarrufların denetimine de kısaca değinmekte fayda vardır. Kural olarak Cumhurbaşkanının yapacağı işlemler karşı imza kuralına tabiydi. Bunun yanında parlamentonun da kararnameleri yürürlükten kaldırma yetkisi bulunmaktaydı. Ancak, cumhurbaşkanının aynı kararnameyi yeniden çıkarması ve parlamentoyu feshetmesi de mümkündü. 12 Eylül 1932 tarihli kararnamede açıkça kararnamenin kabul edilmemesi halinde parlamentonun feshedileceği belirtilmekteydi³⁰⁸. Bu anlamda etkin bir siyasi denetim mekanizmasının bulunmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bunun yanında 48. maddeye ilişkin anayasa da kendi içinde birtakım sınırlar öngörmüştür. Bu sınırlar; anılan maddeye göre alınan tedbirlerin derhal meclise sunulması gerekliliği, meclisin bu kararnameleri kaldırma yetkisinin varlığı (ancak fiilen bu yetkinin kullanılamaz olduğunu da yukarıda belirtmiştik), Cumhurbaşkanının aldığı kararların meclis nitelikli çoğunluğu ile halk oyuna sunulabilir olması, nitelikli çoğunlukla Cumhurbaşkanı hakkında soruşturma açılması yetkisinin varlığı sayılabilir³⁰⁹.

1949 Bonn Anayasası'nda, Weimar Anayasası'nın 48. maddesinin getirdiği ve kötüye kullanılmış onca yetkinin getirisi olarak olağanüstü yönetim usullerine ilişkin bir belirlemede bulunulmaktan kaçınılmıştır. Sonrasında 1956 ve 1968'de yapılan bir dizi değişiklik ile olağanüstü yönetim usullerine ilişkin birtakım hükümler getirilmiştir. Anayasa 3 ayrı olağanüstü yönetim usulü öngörmektedir, bunlar, savunma hali (verteidigungsfall), kriz hali (Spannungsfall) ve olağanüstü hâl şeklindedir. Savunma hali, ülkenin silahlı bir saldırıya uğraması yahut yakın bir saldırı tehdidi altında bulunulması halinde geçerlilik kazanır. Savunma hali, hükümetin talebi üzerine Federal Meclis (Bundestag) tarafından ilan edilir. Bundestag'ın zamanında toplanamaması yahut toplantı yeter sayısını bulamaması durumunda ise asil üyelerinin çoğunun Bundestag'dan geldiği karma komisyon devreye girer. Nitelikli çoğunluk ile parlamentonun tüm görevlerini üstlenerek savunma haline karar verebilir. Savunma

³⁰⁷ Esen, s. 99.

³⁰⁸ Esen, s. 100.

³⁰⁹ Hazır, ss. 73-74.

hali ilanı Cumhurbaşkanı tarafından da imzalanır ve resmî gazetede yayımlanarak yürürlüğe girer. İstisnai olarak, otoritelerin bu kararları alamayacağı kadar ciddi bir saldırı durumu mevcut ise, bu karar alınmış ve yayımlanmış sayılır³¹⁰. Savunma halinin ilanı ile birlikte federal hükümetin ve özellikle Başbakanın yetkileri genişler ve bu genişleme eyaletler aleyhine (eyaletlere asker ve polis sevk etme gibi) gerçekleşir. Bunun yanında birtakım kanun hükmünde kararnamelerin çıkarılması söz konusu olabilir. Savunma halinde birtakım temel hak ve özgürlüklere de sınırlama getirilebilir. Örneğin kamulaştırma hükümlerine aykırı bir düzenleme getirilebilmesi, gözaltı süresinin uzatılabilmesi, ve posta ve haberleşme gizliliğine ilişkin birtakım düzenlemelerin yapılabilmesi mümkündür. Şunu da belirtelim ki, şartlar gerçekleştiğinde savunma hali ilanı zorunludur.

Anayasada öngörülen bir diğer olağanüstü yönetim usulü kriz halidir. Kriz hali³¹¹, anayasada ayrıntılı şekilde düzenlenmemiştir. Hangi hallerin kriz hali olarak belirlenmesi hususu meclise bırakılmışsa da anlaşıldığı kadarıyla savunma hali ilanını gerektirmeyecek boyutta bir durumun ortaya çıkması halinde kriz halinin ilan edilebildiği ortaya konulmaktadır. Olağanüstü hâl ise, özellikle doğal afetler, kamu güvenliğinin tehlikeye düşmesi hallerinde ilan edilir. Burada belirtilmesi gereken husus, savunma halinin aksine olağanüstü hâl ilanının şartlar gerçekleştiğinde ilanının zorunlu olmamasıdır.

Bunun yanında Alman Anayasasının 81.maddesinden de kısaca bahsetmek gerekir. Yasama zorunluluğu başlıklı bu maddede, hükümetin güvenoyu alamadığı durumlarda veya güvensizlik oyu sayılan hallerde, Cumhurbaşkanı 6 ay süre ile özel yasama durumu ilan edilebilir. Bunun anlamı ise şudur, hükümetin bir tasarısı mecliste reddedilirse yahut meclis, hükümetin önerdiği değişiklikleri kabul etmez veya 4 hafta içinde tasarıyı görüşmez ise, doğrudan senatonun onayı ile tasarı kanunlaşabilir. Ancak belirli bir yasa için hükmedilebilecek olan özel yasama durumu 6 ay boyunca yürürlükte kalır³¹².

Nihayet olağanüstü yönetim usullerinin denetimini incelemek gerekir. Belirtmek gerekir ki hükümet, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini kullanırken meclisi ve karma komisyonu derhal haberdar etmek durumundadır. Bunun

³¹⁰ Esen, ss. 102-103.

³¹¹ Kimi yazarlar “Gerilim Hali” olarak ifadeyi incelemektedir.

³¹² Kuzu, s. 96.

yanında savunma hali süresince anayasa tadil veya ilga olunamaz. Olağanüstü yönetim usulleri ile ilgili yasalar, Federal Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabidir.



İKİNCİ BÖLÜM
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE, AVRUPA
İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ
KARARLARI IŞIĞINDA HAKLARIN ASKIYA ALINMASI VE
OLAĞANÜSTÜ HÂL UYGULAMALARI

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE HAKLARIN
ASKIYA ALINMASI USULÜ

AİHS'in on beşinci maddesi, olağanüstü hâllerde yükümlülüklerin (doktrinde kabul edildiği üzere hakların da) askıya alınmasını düzenler. Anılan maddenin tatbiki ile yükümlülükler aykırı tedbirler alabilmenin birtakım şartları mevcuttur. Bu şartların kümülatif bir biçimde oluşması gerekmektedir. Bu şartlar, AİHS'in 15. maddesinde düzenlenmiş olup hak ve özgürlüklerin olağanüstü hâllerde sınırlandırılması maddede belirtilen şartlara tabi kılınmıştır. Anılan maddeye başvurulabilmesi için öncelikle bir savaş hali yahut ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlikenin varlığı gerekmektedir. Bunun yanında AİHS m.15'te belirtilen diğer bir ölçüt durumun gerekleri ile sınırlılıktır. Bir diğer ölçüt ise uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler ters düşmeme şeklinde karşımıza çıkar. AİHS m. 15'in ikinci fıkrasında ise birtakım hakların askıya alınamayacağı öngörülmüştür. Bu haklar; savaş eylemlerinden doğan ölüm olayları dışında yaşama hakkı, işkence ve insanlık dışı muameleye maruz bırakılmama hakkı, kölelik ve kulluk yasağı ve kanunsuz ceza olmamasını düzenleyen 7. madde şeklinde belirtilmiştir³¹³. Usuli olarak ise, olağanüstü hâlde hakları askıya alan devlete, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine bilgi verme zorunluluğu getirilmiştir.

AİHM'e göre 15. maddenin şartlarının sağlanıp sağlanmadığını tespit ve tayin etmek yetkisi dahilindedir. Bu anlamda AİHM, 3 aşamalı olarak bir değerlendirme yapmaktadır: a. Ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durumun var olup olmadığı b. Alınan tedbirlerin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olup olmadığı c.

³¹³ Sevtap Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Olağanüstü Hâl Rejimi Pratiği ve Anayasa Şikayetine Etkisi*, 1. Baskı, Ankara, 2017, s. 92.

Alınan tedbirlerin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülöklere aykırı olup olmadığı³¹⁴.

A. Maddi Şartlar

1. Savaş Hali Yahut Genel Bir Tehlikenin Varlığı

AİHS'in 15. maddesi, savaş yahut ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde, devletlere Sözleşme'ye aykırı tedbirler alabilme yetkisi vermektedir. AİHM, bir olağanüstü hâl olup olmadığının denetimini de yapmaktadır. "Ulusun yaşamını tehdit eden genel bir tehlike" hali AİHM tarafından incelenmekte, gerçekten olağanüstü hâlin varlığını gerektiren bir durumun olup olmadığı tespit edilmektedir³¹⁵. Bu koşul, 15. maddede, maddenin uygulanmasının ilk şartı olarak karşımıza çıkmaktadır³¹⁶.

AİHM, A ve diğerleri/Birleşik Krallık³¹⁷ kararında olağanüstü durumun varlığı için dört koşul aramaktadır³¹⁸. Bu koşullar: a. Mevcut veya doğrudan bir tehlikenin varlığı, b. Tehlikenin tüm ulusun varlığını etkilemesi, c. Tehlikenin organize toplum için bir tehdit oluşturması ve d. Kamu düzeninin sağlanmasında olağan tedbirlerin yetersiz kalması. Kamusal tehlikenin varlığı, "olağandışı, gerçek ve doğrudan tehdit teşkil eden" güncel bir tehlikenin varlığı anlamına gelmektedir. Kimi yazarlar Fransızca metninden hareketle her an gerçekleşmesi beklenen felaketlerin de bu hükmün kapsamına gireceğini belirlemektedir. Ekonomik sıkıntıların 15. madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği de incelenmelidir. Doktrinde belirtildiği üzere sosyal ve siyasal bunalımlara yol açan ekonomik sıkıntıların da 15. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir³¹⁹.

Ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin varlığı konusunda devletlerin takdir marjı bulunmaktadır. Nitekim tehlike ile yüzleşen asıl taraf, sözleşmecî devletin kendisi yani ulusal organlardır. Bu açıdan, tehlikenin varlığını ve boyutunu,

³¹⁴ Yokuş, s. 111.

³¹⁵ Tezcan ve Diğerleri, s. 721.

³¹⁶ Yokuş, s. 112.

³¹⁷ AİHM, 19/02/2009, B.N: 3455/05.

³¹⁸ Tezcan ve Diğerleri, s. 721

³¹⁹ Narter ve Kaya, s. 206.

olağanüstü hâl ilanı ve alınacak tedbirleri tespit yetkisi öncelikle sözleşmeci devlete aittir³²⁰. Sözleşmeci devletlerin olağanüstü hâle ilişkin takdir yetkileri olmakla birlikte bu takdir hakkı AİHM tarafından denetlenebilmektedir. Genel tehlikenin mevcudiyeti halinde devletler, tehlikeyi ortadan kaldırmak ve ulusun yaşamına devam etmesini sağlamak için gerekli tedbirleri almak mecburiyetindedir³²¹.

Lawless/İrlanda kararında AİHK, “kamusal tehlikenin bütün toplumu, genel olarak kamuyu etkiler derecede olmasını” aramış ve bu tehlikenin toplumun örgütlü yaşadığı organizasyonu tehdit etmesi gerektiğini belirtmiştir³²². Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 15. maddesine İlişkin Rehber’de³²³ de ulusun varlığını tehdit eden genel tehlikenin “tüm nüfusu etkileyen ve devleti oluşturan toplumun yaşam düzenine karşı bir tehdit teşkil eden istisnai bir kriz veya olağanüstü hâl durumunu” ifade ettiği belirtilmektedir³²⁴. Hemen belirtmek gerekir ki tüm nüfusu etkileyen ibaresinden tehlikenin nüfusun tamamına yayılmış olması anlaşılmamalıdır. Nitekim bölgesel birtakım olayların da tüm nüfusu etkiler derecede olabileceği mahkemece kabul edilmiştir³²⁵. Özetle ulusun varlığı kavramı, “halkın hayatına yönelik maddi tehlikenin yanında ülkenin toprak bütünlüğünü, örgütlenmiş toplum yani devlet kurumlarının normal işleyişini de kapsar niteliktedir”³²⁶.

AİHK; Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda’nın Yunanistan’a karşı açmış olduğu davada, kamusal bir tehdidin olup olmadığını denetlemiştir ve Yunanistan’ın ileri sürdüğü Komünizm tehlikesini “yakın” bir tehlike olarak görmemiştir.

Savaş haline ayrıca değinmekte yarar vardır. AİHS m. 15 uyarınca ulusun varlığını tehdit eden savaş hali de askıya alma bildiriminin bir sebebi olarak düzenlenmiştir. Kimi yazarlara göre savaş hali kavramı, günümüzde birçok farklı görünüme bürünmektedir. 15. madde çerçevesinde savaş hali kavramının, dinamik

³²⁰ Narter ve Kaya, s. 207.

³²¹ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 426.

³²² Yokuş, s. 112.

³²³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 15. Maddesine İlişkin Rehber**, 31/12/2019, s. 6, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_TUR.pdf, (14.04.2022).

³²⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 15. Maddesine İlişkin Rehber**, 31/12/2019, s. 66.

³²⁵ İrlanda/Birleşik Krallık (B.N. 5310/71, T. 18/01/1978,) ve Aksoy/Türkiye (B.N. 21987/93, T. 18/12/1996) kararları.

³²⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 427.

yorum ilkesi uyarınca günün koşullarına göre değerlendirilmesinin uygun olacağı belirtilebilir³²⁷.

2. Birtakım Hakların Askıya Alınmadan Müstesna Oluşu

AİHS m. 15/2, olağanüstü hâlde dahi sınırlamaya tabi tutulamayacak birtakım hakları zikretmiştir. Bu istisnalar; savaş fiilleri sebebiyle ölüm hariç yaşama hakkı (m.2), işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulama (m.3), kul yahut köle olarak tutulamama (m.4/1) ve kanunsuz ceza uygulamama yasağı (m.7) şeklinde belirlenmiştir³²⁸.

3. Uluslararası Hukuktan Doğan Diğer Yükümlülüklerle Ters Düşmeme

AİHS m. 15 mucibince yükümlülüklerin askıya alınması halinde dahi sözleşmecî devlet, AİHS dışında uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerini de ihlal etmemelidir. Sözleşmecî devlet, AİHS dışında imzalamış olduğu uluslararası sözleşmelere ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdür. Cenevre Konvansiyonu ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi de bu kapsamda değerlendirilebilir³²⁹.

Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık³³⁰ davasında, Mahkeme, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesinde belirtilen “bildirimde bulunma” kavramını tanımlamanın görevi olmadığını tespit etmiştir. Ancak başvuruların iddialarının da incelenmesi gerektiği belirlenmesinde bulunan Mahkeme, İçişleri Bakanlığının Avam Kamarasına yaptığı konuşmada birtakım hükümlerin askıya alındığını belirtmiş olmasını “resmî bildirimde bulunulması kıstasına uyulması açısından uygun” olarak değerlendirmiştir. Belirtmek gerekir ki Mahkeme bu şartı, esnek bir biçimde yorumlamaktadır³³¹.

³²⁷ Narter ve Kaya, s. 205.

³²⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. Maddesine İlişkin Rehber**, 31/12/2019, s. 10. https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_TUR.pdf, (14.04.2022).

³²⁹ Tezcan ve diğerleri, s. 724.

³³⁰ Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık (B.N. 14553/89; 14554/89, T. 25.05.1993)

³³¹ Gözübüyük ve Gölçüklü, s. 429.

4. Durumun Kesinlikle Gerektirdiği Ölçüde Olma – Ölçülülük İlkesi

AİHM, ulusun varlığını tehdit eden tehlike halini incelediği gibi, bu tehlike halinin varlığında başvurulmuş önlemlerin mahiyetini de inceler ve alınan tedbirlerin durumun gerekleri ile ölçülü ve zorunlu tedbirler olup olmadığını denetler. Yani mahkeme, alınan tedbirlere ilişkin ölçülülük denetimi yapmaktadır.

Bir tedbir “olağanüstü duruma yönelik özel durumun gerekli kıldığı gerçek bir reaksiyon ise ve kötüye kullanılmalarına karşı uygun tedbirler alınmış ise” zorunlu kabul edilmektedir. Bir tedbir olağanüstü durumun gerektirdiği ağırlıkta ve mahiyette ise zorunlu bir tedbir olarak değerlendirilmektedir. Mahkeme, hakkın niteliğini, olağanüstü durumun niteliğini ve süresini ve ayrıca ona yol açan durumun niteliğini göz önünde bulundurmaktadır³³². Belirtmek gerekir ki olağanüstü durum, uzun sürebilecek bir mahiyette de tezahür etmiş olabilir, bu durumda da alınacak tedbirlerin ölçülü olması gerektiği kabul edilmektedir. Mahkeme, öncelikle devletin istisnai tedbirlerden önce başvurabileceği normal tedbirler olup olmadığını değerlendirmektedir. Normal tedbirlerin yetersiz kalması durumunda istisnai tedbirlere başvurulabileceği kabul edilmektedir.

Ölçülülük ilkesi gereğince, daha hafif önlemlerle başa çıkılabilecek olağanüstü bir durumda, nispeten daha ağır önlemler alınması uygun bulunmamaktadır. Mahkeme bu hususu da inceleme konusu yapmaktadır. Bu husus, AİHS uyarınca orantılılık koşulunun bir sonucu olarak değerlendirilebilir³³³. Bunun yanında tedbirin ihtiyaç ile orantısını değerlendirirken Mahkeme, somut olayın gerekleri ve mahiyetine bakacaktır. Mahkemenin kararlarında da belirttiği üzere, “olağanüstü istisnai tedbir ihtiyacıyla sıkı sıkıya sınırlı olacaktır”. Yine mahkemeye göre, 15. maddenin yorumlanmasında tedrici bir uygulama yapılması gerekmektedir³³⁴.

5. Süre

AİHS m. 15’te süreye ilişkin açıkça bir belirleme yapılmamıştır. Ancak durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde Sözleşmede öngörülen yükümlülöklere aykırı

³³² Tezcan ve diğçerleri, s. 723.

³³³ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 428.

³³⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 428.

tedbirler alınabileceği düzenlenmiştir. Bu çerçevede süre koşulunun ölçülülük ilkesi ile bağlantılı olarak değerlendirilebileceği de belirtilebilir.

De Becker/Belçika³³⁵ kararında da kamusal tehlike halinin son bulmasına rağmen istisnai birtakım önlemlerin uygulanmaya devam ediyor oluşu AİHS'in ihlali olarak değerlendirilmiştir³³⁶. Olağanüstü hâle ilişkin tedbirlerin, yalnızca olağanüstü hâli gerektiren durumların devamı süresince alınabileceği kabul edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi de, 1991 tarihli bir kararında³³⁷ şu belirlemelerde bulunmuştur:

“Olağanüstü yönetimler belirli bir süreyle de sınırlıdırlar. Her iki olağanüstü hâl (m. 119, m. 120) ile sıkıyönetim (m. 122) Bakanlar Kurulu'nca en fazla altı ay süreli ilân edilebilir. TBMM, olağanüstü hâl ile sıkıyönetim sürelerini değiştirebileceği gibi Bakanlar Kurulu'nun istemi üzerine her defasında dört ay geçmemek üzere süreyi uzatabilir. Olağanüstü hâl Yasası ile Sıkıyönetim Yasası, olağanüstü hâlin veya sıkıyönetimin ilân edildiği bölge veya bölgelerde olağanüstü hâlin veya sıkıyönetimin devamı süresince uygulanırlar. Bu hallerin kaldırılmasına karar verildiğinde bu yasaların o bölge veya bölgelerde uygulamaları sona erer. Olağanüstü hâlin veya sıkıyönetimin, gerekli kıldığı konularda çıkartılan KHK'ler, bu hallerin ilân edildiği bölgelerde ve ancak bunların devamı süresince uygulanabilirler. Olağanüstü hâlin sona ermesine karşın, olağanüstü hâl KHK'sindeki kuralların uygulanmasının devam etmesi olanaksızdır. Bu nedenle, olağanüstü hâl KHK'leri ile, yasalarda değişiklik yapılamaz. Olağanüstü hâl KHK'leri ile getirilen kuralların olağanüstü hâl bölgeleri dışında veya olağanüstü hâlin sona etmesinden sonra da uygulanmalarının devamı isleniyorsa bu konudaki düzenlemenin yasa ile yapılması zorunludur. Çünkü olağanüstü hâl bölgesi veya bölgeleri dışında veya olağanüstü hâlin sona etmesinden sonra da uygulanmalarına devam edilmesi istenilen kuralların içerdiği konular olağanüstü hâlin -gerekli kıldığı konular olamazlar”.

Yine Anayasa Mahkemesi, 2019 tarihli bir kararında³³⁸ şu belirlemelerde bulunmuştur:

“12. Kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmadığı ya da olağanüstü hâlin süresini aştığı durumlarda ise söz konusu kuralın Anayasa'ya uygunluk denetiminde Anayasa'nın 15. maddesi dikkate alınmaz. Bu durumda kurala ilişkin inceleme sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ile olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olan Anayasa'nın 13. maddesi bağlamında yapılmalıdır. Ancak buradaki anayasallık denetiminde varılan sonuç böyle bir düzenlemenin olağanüstü dönemde dahi yapılamayacağı şeklinde anlaşılamaz.

13. Dava konusu kuralların olağanüstü hâl süresince uygulanma özelliğini aşan bir niteliğe sahip oldukları anlaşılmaktadır. Nitekim kurallar olağan dönemde

³³⁵ AİHM, B.N. 214/5, T. 27.03.1962.

³³⁶ Yokuş, s. 109.

³³⁷ AYM, E.1991/6, K.1991/20, T. 03.07.1991.

³³⁸ AYM, E. 2018/73, K. 2019/65, T. 24/07/2019.

geçerli olan kanunlarda değişiklik yaptığından sürekli bir etkiye sahiptir. Bu durum kurallara olağanüstü hâlin dışına taşan genel düzenleme niteliği vermektedir. Bu nedenle kuralların anayasallık denetiminde Anayasa'nın olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 15. maddesi uygulama alanı bulamaz. Kurallara ilişkin incelemenin sınırlama yapılan hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili diğer hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olan Anayasa'nın 13. maddesi bağlamında yapılması gerekir”.

B. Usuli Şart Olarak Bildirim Şartı

AİHS m. 15 uyarınca askıya alma yetkisini kullanan taraf, almış olduğu tedbirlere ilişkin Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirimde bulunmakla yükümlüdür. Bu bildirimde, alınan tedbirlerin ve tedbirlerin nedenlerinin, bu tedbirlere ilişkin başlama ve bitiş tarihlerinin gecikmeksizin belirtilmesi gerekmektedir. Yunanistan Davası olarak bilinen davada³³⁹ tedbirlerin alınmasından 4 ay sonra yapılan bildirim gecikmiş bir bildirim olarak değerlendirilmiştir. Buna rağmen Mahkeme, Lawless/İrlanda kararında 12 gün sonra yapılan bildirim m.15/3'e uygun kabul etmiştir. Nitekim bu davada, yakın bir tehlikenin de olmadığı sonucuna varılmıştır. Ancak haklı olarak belirtildiği üzere, eksik yahut geç bildirimin yaptırımı AİHS nezdinde net bir şekilde düzenlenmemiştir³⁴⁰. Ancak doktrinde yazarlarca, bildirimin yapılmaması halinde madde hükümlerinden yararlanmanın mümkün olmadığı ileri sürülmektedir.

Genel Sekreterliğe yapılan bildirime ilişkin olarak AİHM, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Avrupa Konseyi Parlamentosu Başkanı de bilgilendirilir³⁴¹. Belirtelim ki, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, bildirime ilişkin herhangi bir inceleme yahut denetleme yapmaksızın bu hususun kaydını tutmakla yetinir³⁴².

AİHM'in AİHS m. 15 bağlamındaki başvurularda öncelikle incelediği koşul bir bildirimin yapılıp yapılmadığıdır. Usulüne uygun yapılmış bir bildirim olmaması halinde AİHM, AİHS m. 15'i tatbik etmemektedir. Bu anlamda bildirimin yapılması bir anlamda kurucu bir unsur olarak kabul edilebilir. Elbette olağanüstü halin takdiri

³³⁹<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-167795>, (20.04.2022).

³⁴⁰ Tezcan ve diğerleri, s. 725.

³⁴¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. Maddesine İlişkin Rehber**, 31/12/2019, s. 11, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_TUR.pdf, (14.04.2022); Yokuş, s. 117.

³⁴² Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 429.

ulusal devletlere aittir ve bu konuda devletlerin takdir marjı mevcuttur. Ancak AİHM, olağanüstü hale ilişkin şekli bildirimin yapıp yapılmadığını denetlemektedir³⁴³.

II. ANAYASA MAHKEMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI BAĞLAMINDA OLAĞANÜSTÜ HÂL VE ASKIYA ALMA UYGULAMALARI

A. Anayasa Mahkemesi'nin Olağanüstü Hâl İle İlgili Bireysel Başvuru Kararlarından Örnekler

1. Aydın Yavuz ve Diğerleri Kararı³⁴⁴

Başvuran, darbe teşebbüsüyle bağlantılı olarak yürütülen soruşturmada tatbik edilen tutuklama müessesesinin hukuka aykırı olduğu, tutukluluğun makul süreyi aştığı, soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanması ve tutukluluk incelemelerinin dosya üzerinden yapılması nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiaları ile bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, öncelikle darbe teşebbüsü sürecini detaylı olarak ele almış, 15 Temmuz öncesi ve sonrasında yaşananlara dikkat çekmiştir. Sonrasında ise hain teşebbüsün arkasındaki yapılanmayı ele almıştır. Bunu yaparken soruşturmalar sırasında alınmış tanık ifadelerine ve şüpheli beyanlarına da yer vermiştir. Daha sonra Anayasa Mahkemesi, FETÖ'nün örgütlenmesine ilişkin tespitlerde bulunmuştur. Hain yapının, din ve eğitim alanında faaliyet gösterdiği, bu şekilde gençleri etkilediği ve insan kaynaklarını oluşturduğu, yurt içinde ve dışında birçok alanda faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlarının bulunduğu dikkat çekilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, darbe teşebbüsünün olduğu dönemin özelliklerini irdeledikten sonra olağanüstü hâl ilanı ve olağanüstü hâlde alınan tedbirleri incelemiştir. Sonrasında somut olaya dönerek, başvuru sahiplerinin tutuklanmalarını ve haklarında görülen ceza davalarını incelemiştir. Anayasa Mahkemesi, bu

³⁴³ Batum, s. 154.

³⁴⁴ AYM, B. N. 2016/22169, T. 20/6/2017, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/22169_1, (15.06.2022).

incelemelerden sonra nihayet olağanüstü hale ilişkin ulusal ve uluslararası mevzuata değinmiştir.

“150. *AİHM, derogasyon bildiriminde bulunan devletler yönünden ulusun varlığını tehdit eden tehlikenin olup olmadığı hususunda sınırlı da olsa bir denetim yapmaktadır. Bu denetim standardı belirlenirken ulusal makamların geniş takdir yetkilerinin bulunduğu özellikle vurgulanmaktadır. AİHM'e göre ulusunun yaşamından sorumlu olan devletler; ulusun yaşamının olağanüstü bir durum tarafından tehdit edilip edilmediğini, ediyorsa tehlikenin üstesinden gelmek için ne kadar ileri gidilmesi gerektiğini bizzat belirlemelidirler. Ulusal makamlar, o andaki acil ihtiyaçlar ile doğrudan karşı karşıyadırlar. Bu nedenle uluslararası bir yargı organına kıyasla ulusal makamlar, böyle bir tehlikenin varlığı ve onu bertaraf etmek için gerekli tedbirlerin mahiyeti ve kapsamı hakkında karar vermek bakımından -kural olarak- daha iyi konumdadırlar. Dolayısıyla ulusal makamlara geniş bir takdir alanı bırakılmalıdır. Ancak bu takdir alanı elbette sınırsız değildir. Devletlerin krizin doğurduğu zorunlulukların kesin olarak gerektirdiği ölçüde hareket etmenin ötesine geçip geçmediğine karar vermek AİHM'in görevidir. AİHM; söz konusu denetim kapsamında, yükümlülüklerin askıya alınması kararından etkilenen hakların niteliği, olağanüstü duruma yol açan şartlar ve bu durumun süresi gibi etmenlere yeterli önemin verilmesi gerektiğini belirtmiştir (Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık, B. No: 14553/89-14554/89, 26/5/1993, § 43)*”³⁴⁵.

Anayasa Mahkemesi, AİHM içtihadına da vurgu yaparak ulusun varlığını tehdit eden bir tehlikenin mevcudiyeti halinde ulusal makamların takdir hakkına değinmiştir. Nitekim tehlike ile bizzat karşılaşan ulusal makamlardır ve bu şekilde alınacak tedbirlere karar vermede ulusal makamların salahiyyetine dikkat çekmiştir. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi, tehlike ile alınan tedbirler arasında orantı olması gerektiğini belirtmiş ve ölçülülük ilkesine vurgu yapmıştır.

“154. *AİHM, askıya alınabilecek haklar yönünden ise olağanüstü durumlarda alınacak tedbirlerle getirilecek sınırlamaların mevcut tehlikenin mahiyeti ile orantılı olup olmadığını incelemektedir. Buna göre normal koşullarda başvurulduğunda AİHS'in ihlal edilmesine yol açacak bir tedbir, ulusal makamların karşılaştığı olağanüstü durumla orantılı olmalıdır. AİHM, bu inceleme sırasında da devletlerin belirli bir takdir alanına sahip olduğunu kabul etmektedir. Bir tehlikenin üstesinden gelmek için söz konusu dönemde hangi önlemin uygun ve yararlı olacağı konusunda ulusal makamların görüşlerinin yerine kendi görüşlerini ikame etmesi AİHM'den beklenemez. Olağanüstü durumlarda ne gibi tedbirler alınacağına, tedbirlerin zamanla değiştirilip değiştirilmeyeceğine ve tedbirlerin devam edip etmeyeceğine ilişkin ulusal makamlarca alınacak kararlar -AİHS'in 15. maddesiyle uyumlu olması koşuluyla- devletlerin takdir alanı içindedir (İrlanda/Birleşik Krallık, § 213; Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık, § 43; Marshall/Birleşik Krallık, B. No: 41571/98, 10/7/2001)*”³⁴⁶.

³⁴⁵ AYM, B. N. 2016/22169, T. 20/6/2017, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/22169_1 (15.06.2022).

³⁴⁶ AYM, B. N. 2016/22169, T. 20/6/2017, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/22169_1 (15.06.2022).

Tüm bu hususların incelenmesinden sonra Anayasa Mahkemesi, somut olaya ilişkin değerlendirme ve gerekçelerine yer vermiştir:

“164. Olağanüstü yönetim usulleri, devletin veya toplumun varlığının ya da kamu düzeninin olağan dönemin yetkileriyle korunamadığı ağır tehdit veya tehlikelerin ortaya çıktığı durumlarda bunları bertaraf etmek amacıyla olağan döneme kıyasla kamu otoritelerine daha geniş yetkiler veren geçici ve istisnai nitelikteki yönetim rejimleridir. Bu yönetim usullerinde hem yasama, yürütme ve yargı organları arasındaki yetki dağılımında değişikliğe gidilebilmekte hem de olağan hukuk sisteminden farklılaşma yaşanabilmektedir. Olağan hukuk sisteminden farklılaşmanın en önemli yansıması, temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvencelerin daralmasıdır”.

“166. Öte yandan olağanüstü yönetim usulleri istisnai ve geçici niteliktedir. Bunlara yalnızca devletin veya toplumun varlığının ya da kamu düzeninin ağır bir tehdit veya tehlike altında olması hâlinde ve bu durum devam ettiği sürece başvurulabilir. Bu bağlamda olağanüstü yönetim usullerinin amacı, mümkün olan en kısa sürede anılan rejimlerin uygulanmasını zorunlu kılan nedenleri ortadan kaldırarak olağan hukuk düzenine geri dönmeyi sağlamaktır. Dolayısıyla geçici ve istisnai olma, olağanüstü yönetim usullerinin meşruluğunun da bir göstergesidir.

167. Olağanüstü yönetim usulleri hukuki rejimlerdir. Devletin veya toplumun varlığına ya da kamu düzenine yönelik tehdit veya tehlikeyi doğuran olaylar, olağanüstü bir yönetim rejimine geçişin olgusal temelini oluşturur. Bununla birlikte bu olayların kapsamı, yoğunluğu ve etkileri ne olursa olsun tehlikeleri bertaraf etmeye yönelik tedbirlerin hukuku devre dışı bırakmaması gerekir”³⁴⁷.

Özetle Anayasa Mahkemesi, olağan tedbirlerle bertaraf edilemeyen tehlikelerin ortaya çıkması halinde olağanüstü yönetim usullerinin devreye gireceğini belirtmektedir. Olağanüstü yönetim usullerinin istisnai ve geçici mahiyette oldukları ve bu hususun da meşruluğu sağlar nitelikte olduğu belirtilmiştir. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi, olağanüstü yönetim usullerinin bir “zarurettten kaynaklandığını” belirtmekle zaruret hali teorisine atıf yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi, ayrıca münferiden olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamele ile ilgili olarak Anayasa’ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağını, ancak bu kanun hükmünde kararnamelerin uygulanmış olduğu somut olaylar açısından bireysel başvuru için engel bulunmadığını tespit etmiştir:

“180. Diğer taraftan Anayasa’nın 148. maddesinde olağanüstü hâllerde, sıkıyönetim ve savaş hâllerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağı belirtilirken (anılan kuralın yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin bkz. AYM, E.2016/166, K.2016/159, 12/10/2016, §§ 12-23) bu hâllerde temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin bireysel başvuruya konu edilemeyeceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.

³⁴⁷ AYM, B.N. 2016/22169, T. 20/6/2017.

Anayasa'nın diğer maddelerinde veya ilgili kanunlarda, olağanüstü yönetim usullerinin benimsendiği dönemde bireysel başvuru kapsamında bulunan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılamayacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır”.

Anayasa Mahkemesi, bu başvuruları incelerken Anayasa'nın 15. maddesinde ortaya konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvence sistemini dikkate alacağını belirtmiştir. Yani Anayasa Mahkemesi, olağanüstü hale ilişkin bireysel başvurularda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi olan Anayasa'nın 15. maddesinin işlerlik kazanacağını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu belirlemeleri yaptıktan sonra Türkiye’de meydana gelen 15 Temmuz hain darbe teşebbüsü ile olağanüstü hâl arasındaki ilişkiyi irdelenmiştir.

“212.Ülkemizdeki olağanüstü durumu oluşturan temel olay, 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe teşebbüsüdür. Darbe teşebbüsü sırasında savaş uçağı, helikopter, gemi, tank gibi savaş araçları ve ağır silahlarla millete, egemenliği millet adına kullanan organlara, demokrasinin vazgeçilmez unsurlarından olan basın yayın kuruluşlarına ve meşru demokratik otoritenin emir ve talimatları doğrultusunda hareket eden güvenlik güçlerine saldırılmıştır. Bu sırada 250 kişi hayatını kaybetmiş ve çok sayıda kişi yaralanmıştır. Anayasal düzeni ortadan kaldırmayı hedefleyen darbe teşebbüsü demokratik bir toplumun meşru tüm unsurlarının kararlı direnci sayesinde engellenmiştir (bkz. §§ 15-19)”.

“215.Bütün bu değerlendirmeler birlikte ele alındığında 15 Temmuz darbe teşebbüsünün sadece demokratik anayasal düzen yönünden değil, bununla sıkı bağı olan "bireylerin temel hak ve özgürlükleri" ve "millî güvenlik" yönünden de mevcut ve ağır bir tehdit oluşturduğu, ülke tarihinde ulusun yaşamını ve hatta varlığını hedef alan millî güvenliğe yönelik en ağır saldırı olduğu sonucuna varmak gerekir”.

Anayasa Mahkemesi, hain darbe teşebbüsünün devlet otoritesine, hukuk devletine ve milli egemenliğe karşı en ağır tehditlerden biri olduğunu belirtmiştir. Bunu yaparken Venedik Komisyonu ve İnsan Hakları Komiserinin görüşlerine de yer vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, başvuruçuların 15 Temmuz gecesi gerçekleştirdikleri darbeye yardım eden fiilleri sebebiyle gözaltına alındıkları ve 2 gün sonra da tutuklandıklarını belirtmektedir. Başvuruçular tutuklandığında henüz olağanüstü hâl ilan edilmemiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, olayların bağlantılı oluşu, olağanüstü hâl ilanı prosedürünün belirli bir zaman aldığı gerekçeleriyle incelemeyi 15. madde kapsamında yapmaya karar vermiştir.

“240.Olağanüstü hâl ilanı süreci tamamlanmadan önce olağanüstü hâlin nedenini oluşturan olaylar karşısında kamu makamlarınca başvuruçuların tedbirlerin temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkisinin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmesi söz konusu olabilir. Bu bağlamda darbe teşebbüsü gibi bütün ülkeyi etkileyen ağır bir olay karşısında olağanüstü hâl ilanına ilişkin yukarıda belirtilen usule ilişkin birtakım süreçlerin hemen tamamlanması pek

mümkün değildir. 15 Temmuz darbe teşebbüsü sırasında Cumhurbaşkanı'nın konakladığı otele silahlı baskın yapılması, Başbakan'ın aracının bulunduğu konvoyun silahla taciz edilmesi, Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanlarının rehin alınması gibi olayların yaşanması karşısında Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Başbakan Yardımcıları, Adalet, Millî Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ve Jandarma Genel Komutanından oluşan MGK'nın toplanması ve görüş bildirmesi, Bakanlar Kurulunun Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanıp karar alması ve bu kararın Resmî Gazete'de yayımlanması birkaç günlük sürede (21/7/2016) ancak tamamlanabilmiştir”.

“242.Bu itibarla başvuru hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin hukuki olup olmadığının incelenmesi Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında öncelikle başvuru sahiplerinin tutuklanmasının başta Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri olmak üzere diğer maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olup olmadığı tespit edilecektir”³⁴⁸.

Bütün bu açıklamalardan sonra Anayasa Mahkemesi, tutukluluk incelemesinin duruşmasız yapılması hususu dışındaki tüm iddiaları açıkça dayanaktan yoksun olduğu sebebiyle reddetmiştir. Tutukluluk incelemesinin dosya üzerinden yapılması hususunda da ihlal olmadığı kanaatine varmıştır.

Bu kararın önemli yönü, 15 Temmuz darbe girişiminin ve olağanüstü hâl ilanının dayanaklarını içerir olmasıdır. Bunun yanında olağanüstü hâl ilanından önceki dönemde de 15. madde uyarınca inceleme yapılabileceği belirtilmiştir. Bu yönüyle de olağanüstü hâl hükümlerinin uygulanma zamanı hususunda belirlemeler yapılmaktadır.

2. Selçuk Özdemir Kararı³⁴⁹

Başvuran, idare mahkemesi hakimidir. Başvuran hakkında, 15 Temmuz hain darbe kalkışmasını müteakip FETÖ/PDY terör örgütüne üye olduğu iddiasıyla soruşturma başlatılmıştır. HSYK ilgili dairesinin kararı ile başvuru görevden uzaklaştırılmıştır. Devamında Bursa Cumhuriyet Başsavcılığı başvuru sahibinin evi, iş yeri ve aracında arama yapılmasına karar vermiş; başvuru sahibi aynı gün gözaltına alınmıştır. Başvuru sahibi ifadesinde kendisine yöneltilen suçlamaları reddederek FETÖ/PDY ile bir ilişkisinin bulunmadığını belirtmiştir. Başvuru sahibi, aynı tarihte tutuklanması istemiyle hakimliğe sevk edilmiştir. Hakimlik ise, hain darbe

³⁴⁸ AYM, B.N. 2016/22169, T. 20/6/2017, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/22169>, (15.06.2022).

³⁴⁹ AYM, B.N. 2016/49158, T. 26/7/2017.

teşebbüsünün yaşandığı geceye dair birtakım olaylara yer vermiş sonrasında dosyada mevcut diğer şüpheli beyanlarına değinmiş, ayrıca başvurucunun görevden uzaklaştırılmış olduğunu ve kuvvetli suç şüphesine ilişkin somut delillerin varlığına dikkat çekmiştir. Öte yandan tutuklama sebebi olarak isnat olunan suçun katalog suçlardan olmasına dayanılmış, ayrıca suça ilişkin olarak kanunda öngörülen cezanın alt ve üst sınırı ile işin önemi itibarıyla tutuklamanın ölçülü olduğuna ve adli kontrolün yetersiz kalacağına değinilmiştir. Bunun yanında hakimlik, tutuklanmaması durumunda başvurucunun adaletin işleyişine zarar verecek faaliyette bulunma tehlikesinin olduğuna işaret etmiştir.

Başvuran, belirtilen gerekçelerle silahlı terör örgütüne üye olma suçundan tutuklanmıştır. Başvurucu karara itiraz etmiş, yapılan itiraz, “dosya kapsamında kuvvetli suç şüphesine ilişkin somut delillerin olduğu, delillerin henüz tam olarak toplanmadığı, ülke genelinde darbe teşebbüsüne ilişkin elde edilen deliller ile dijital veriler üzerindeki incelemelerin henüz tamamlanmadığı, darbe girişiminin tüm unsurlarıyla aydınlatılamadığı bu aşamada soruşturmanın selametini sağlamak, delillerin karartılmasını engellemek ve kaçma şüphesini ortadan kaldırmak için adli kontrolün yetersiz kalacağı” belirtilerek reddedilmiştir. Anılan karara karşı başvuran, bireysel başvuru yoluna başvurmuştur³⁵⁰.

Başvuran, 15 Temmuz hain darbe girişimi ile hiçbir ilgisinin bulunmadığı, FETÖ ile bir bağlantısının bulunmadığı, suça ilişkin somut delillerin bulunmadığı ve tutuklamanın bu aşamada ölçüsüz olduğu gerekçeleri ile Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştü; tahliye ve tazminat talebinde bulunmuştur³⁵¹.

“57. Başvurucunun tutuklandığı tarihte Türkiye’de olağanüstü hâl yönetim usulü yürürlükteydi. Soruşturma mercilerince, başvurunun darbe teşebbüsü kapsamında bir suç işlediği ileri sürülmemekle birlikte başvurucuya yöneltilen ve tutuklama tedbirine konu olan suçlama, başvurunun darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen FETÖ/PDY üyesi olduğu iddiasıdır (bkz. §§ 24, 33). Soruşturma makamları ve adli merciler, somut olgulara dayanarak anılan yapılanmanın silahlı bir terör örgütü olduğunu değerlendirmektedir (bkz. §§ 11-12, 20-21). Dolayısıyla başvurunun tutuklanmasına dayanak olan suçlamanın olağanüstü hâl ilanını gerekli kılan olaylarla ilgili olduğu görülmektedir”.

³⁵⁰ AYM, B.N. 2016/49158, T. 26/7/2017, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/49158_2, (20.06.2022).

³⁵¹ AYM, B.N. 2016/49158, T. 26/7/2017.

“58. Bu itibarla başvuru hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin hukuki olup olmadığının incelenmesi Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında öncelikle başvuru tutuklanmasının başta Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri olmak üzere diğer maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olup olmadığı tespit edilecek; aykırılık saptanması hâlinde ise Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütlerin bu aykırılığı meşru kılıp kılmadığı değerlendirilecektir (Aydın Yavuz ve diğerleri, §§ 193-195, 242)”³⁵².

Somut olayda, olağanüstü hâl ilanının sebeplerine ve sonuçlarına ilişkin belirlenmelerde bulunulmuştur. Nitekim olağanüstü hâl ilanının temelde hain darbe teşebbüsüne bağlı olduğu, olağanüstü halin 21.07.2016'da ilan edildiği, başvuranın tutuklanmasının da bu tarihten sonra yapıldığı dolayısıyla Anayasa'nın 15. maddesi çerçevesinde inceleme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi, olağanüstü tedbirlere ilişkin inceleme usulünü de bu kararda belirtmiştir. Karar uyarınca önce Anayasa m. 13 ve m. 19 bağlamında bir aykırılık olup olmadığı değerlendirilecek, bir aykırılığın tespiti halinde ise 15. madde bağlamında bu aykırılık değerlendirilecektir.

Bunu müteakip Anayasa Mahkemesi, 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca başvuranın tutuklanmasının kanuni bir dayanağının bulunduğu, kuvvetli suç şüphesine ve tutuklama nedenlerine bakıldığında tutukluluğun meşru bir amacının olduğu, başvuranın ByLock programını kullanır olması sebebiyle tutuklamada kuvvetli belirtinin olduğu ve bu suretle keyfilikten söz edilemeyeceği, kaçma ve delilleri karartma tehlikesine yönelen tutuklama nedenlerinin olgusal temellere dayandığı belirtilmiş, açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir.

Bu kararda Anayasa Mahkemesi, daha önce incelemiş olduğumuz Aydın Yavuz ve diğerleri başvurusuna da atıf yapmıştır. Bunun yanında kararın bir önemli yanı da, AYM tarafından olağanüstü halde alınan tedbirlerin incelenmesi yönteminin belirlenmiş olmasıdır.

³⁵² AYM, B.N. 2016/49158, T. 26/7/2017.

3. Mehmet Ali Eneze Kararı³⁵³

1974 doğumlu olan ve anayasal düzeni zorla değiştirmeye kalkışmak suçuna bağlı olarak Siverek T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü konumunda bulunan başvuran, İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi Tarih Bölümü öğrencisidir. Başvuran sınavlara katılabilmek için talepte bulunmuştur. Bu talebi 6.2.2018 tarihli ve 7083 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'la kabul edilerek yasalaşan, 677 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 4. maddesinde yer alan yasaklayıcı hüküm gereğince reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuran infaz hakimliğine başvurmuş, aynı hüküm gerekçe gösterilerek başvurusu reddedilmiştir. Başvuran anılan karara karşı itiraz etmiş, itirazı reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuran, bireysel başvuru yoluna başvurmuştur.

5275 s. Kanun ve bu kanuna göre çıkartılan tüzük uyarınca, hükümlülerin eğitim ve iyileştirme programları çerçevesinde görsel ve işitsel eğitim araç gereçlerinin kullanılmasına izin verilebileceği düzenlenmiştir. Ancak bu hakların örgüt mensubu kişiler tarafından kullanımının kısıtlanabileceği yahut örgüt mensubu kişilerin bu haktan yararlandırılmayacağı belirtilmiştir. 6/2/2018 tarihli ve 7083 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'la kabul edilerek yasalaşan, 677 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 4. maddesinde yer alan hüküm şu şekildedir: “(1) Terör örgütü üyeliği veya bu örgütlerin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar sebebiyle tutuklu veya hükümlü olarak ceza infaz kurumunda bulunanlar, olağanüstü halin devamı ve kurumda barındırıldıkları süre zarfında, ülke genelinde uygulanan merkezî sınavlar ile örgün veya yaygın her türlü eğitim ve öğretim kurumları ile kamu kurum ve kuruluşları tarafından ceza infaz kurumu içinde veya dışında yapılan ya da yaptırılan sınavlara giremezler”. Anılan hüküm uyarınca başvuranın talebi kabul edilmemiştir.

Anayasa Mahkemesi, incelemeyi şu şekilde yapacağını belirtmiştir:

³⁵³ AYM, B.N. 2017/35352, T. 23/5/2018, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/35352_1, (25.06.2022).

“31. Bu itibarla başvuru hakkında uygulanan sınava giriş yasağının incelenmesi Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında öncelikle başvurucuya yönelik uzaktan eğitim sınavlarına giriş yasağının başta Anayasa'nın 13. ve 42. maddeleri olmak üzere diğer maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olup olmadığı tespit edilecek; aykırılık saptanması hâlinde ise Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütlerin bu aykırılığı meşru kılıp kılmadığı değerlendirilecektir (Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı bağlamında bkz. Aydın Yavuz ve diğerleri, §§ 193-195, 242)”³⁵⁴.

Diğer kararlarda da yer verilen³⁵⁵ bu yaklaşım gereğince Anayasa Mahkemesi öncelikle olağan sınırlama ve ilgili hakka ilişkin sınırlama sebeplerini değerlendirecek ve bir aykırılık bulunması halinde 15. madde kapsamında değerlendirme yapacaktır. Yaptığı inceleme sonucunda Anayasa Mahkemesi, başvuranın iddiasının açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir. Kararın gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır:

“48. Başvuru konusu olayda, sınavlara girme bakımından başvurucuya suç temelinde bir kısıtlama yapılmıştır. Bu kısıtlamada esas alınan hususun cezaevi disiplini ve güvenliği için terör suçlularının bir araya getirilmemesi olduğu anlaşılmaktadır. Cezaevlerinde güvenliğin ve disiplinin sağlanması sadece idare için değil mahkûmların güvenliği için de önemlidir. Bu nedenle belirli suçlardan tutuklu veya hükümlü olanların veya disiplin açısından tehlikeli durumu olan tutuklu veya mahkûmların bir arada bazı faaliyetlere katılmasının engellenmesi kabul edilebilir bir durumdur (aynı yönde değerlendirmeler için bkz. Mehmet Reşit Arslan ve diğerleri, § 80). Eğitimin, organizasyonu karmaşık ve sürdürülmesi maliyetli bir faaliyet olduğu, darbe teşebbüsü sonrasında terör suçları kapsamında çok sayıda kişinin tutuklandığı ve mahkum olduğu ve tutukluların ve hükümlülerin güvenliğini ve muhafazasını sağlamakla görevli kamu görevlilerinin sayısının da önemli ölçüde azalmış olduğu hususları dikkate alındığında başvuruya konu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı söylenemez.

49. Başvurucuya yönelik uzaktan eğitim imkanının kısıtlanmasında yapılacak ölçülülük değerlendirmesinde, anılan kısıtlamanın sadece OHAL'in devamı ve başvurunun cezaevinde barındırıldığı süre ile sınırlı olduğu dikkate alınmalıdır. Ayrıca başvuru, uzaktan eğitim ile katıldığı programdan mezun olması için belirli bir süre sınırlaması olduğuna dair bir iddia da ileri sürmemiştir. Dolayısıyla, cezaevinde güvenlik ve disiplinin sağlanması amacıyla yapıldığı anlaşılan uzaktan eğitim imkanına yönelik kısıtlamanın ölçülü olduğu değerlendirilmektedir”.

³⁵⁴ https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/49158_1, (25.06.2022).

³⁵⁵ Bkz. Aydın Yavuz ve Diğerleri, AYM, B. N. 2016/22169, T. 20/6/2017; Selçuk Özdemir, AYM, AYM, B.N. 2016/49158, T. 26/7/2017; Bekir Kaya, AYM, B.N. 2017/7315, T. 16/09/2020; Metin Evcec, AYM, B.N. 2017/744, T. 04/04/2018.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Olağanüstü Hal İle İlgili Kararlarından Örnekler

1. Lawless/İrlanda Kararı³⁵⁶

İrlanda vatandaşı olan başvuru G.R. Lawless, IRA'nın şiddet faaliyetlerinin arttığı bir dönemde IRA üyesi olmakla suçlanarak (kendisi de bu hususu ikrar etmiştir)³⁵⁷ 11 Temmuz 1957'de yakalanarak gözetim altına alınmış ve 11 Aralık 1957 tarihine kadar hâkim karşısına çıkarılmaksızın gözetim altında kalmıştır³⁵⁸. Bu süreç içerisinde başvuru, İrlanda Anayasa Mahkemesi'ne başvurarak AİHS'in de uygulanması suretiyle derhal serbest bırakılmasını talep etmiştir. Oysa İrlanda Anayasa Mahkemesi, bu talebi reddetmiştir. Bunun üzerine başvuru, 6 Kasım 1957'de AİHK'e başvurmuş gözetim altına alınması ve gözetim altında tutulmasının sözleşme maddelerini ihlal ettiğini belirtmiştir.

AİHK tarafından hazırlanan raporda; İrlanda'nın IRA tehdidi karşısında olağanüstü hâl ilan ettiği, anayasal olmayan faaliyetler dahilinde şiddete başvuran bir gizli ordunun (IRA) varlığı, bu yapının faaliyetlerinin İrlanda ve komşu ülkeler arasında gerilime yol açtığı ve anayasal olmayan şiddete başvuru eylemlerin giderek dozunun arttırıldığı, IRA ve örgütlenmiş diğer yasadışı grupların ulusun tehlikeye girmesine yol açtığı, sonuç olarak da haklı sebeple olağanüstü hâl ilan edildiği belirtilmiştir. Mahkeme de kararında belirtilen sebeplere atıfla, IRA ve diğer ayrılıkçı gruplar hakkında delillerin toplanmasının olağan yollarla mümkün olmadığı ve bu suretle 1940 yılında ihdas edilen Devlete Karşı Suçlar Yasası ile getirilen hâkim karşısına çıkmaksızın gözetim haline ilişkin durumun, AİHS m. 15 kapsamında durumun gerektirdiği ölçüde olduğuna karar vermiştir³⁵⁹.

AİHM, 1957 tarihli olağan yasaların, İrlanda'yı tehdit eden tehlike karşısında yetersiz kaldığını belirtmiştir. Ayrıca Divan, olağanüstü hâlin tehlike haline ilişkin bir de tanım yapmıştır. Sözleşmenin 15. maddesinde tarif edilen ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hâl kavramı ile anlaşılması gerekenin “tüm toplumun yaşamını

³⁵⁶ AİHM, B.N. 332/57, T. 01/07/1961, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57518>, (30.06.2022).

³⁵⁷ Kemal Fikret Arık, “Avrupa İnsan Hakları Divanında Lawless İşİ”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Yıl:1963, Cilt:18, Sayı: 02, 1963, s. 271.

³⁵⁸ Arık, s. 271.

³⁵⁹ Yokuş, s. 98.

etkileyen ve devleti oluşturan toplumun örgütlenmiş yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durum yahut istisnai bir krizi” olduğu ifade edilmiştir³⁶⁰.

AİHM, başvuruyu AİHS m. 5 ile ilgili bulmuş ve bu minvalde bir inceleme gerçekleştirmiştir. Bu incelemede şu tespitlere yer vermiştir: a. Lawless’ın tutuklu yahut gözaltında bulunduğu süre boyunca, toplumun tamamını tehdit eden bir tehlike halinin varlığı, b. 1940 tarihli kanun gereğince hâkim önüne çıkarılmaması, AİHS’in 15. maddesine dayanan bir istisna haline işaret etmekteydi, c. Bu tedbir İrlanda devletini bağlayan diğer yükümlülöklere de aykırılık teşkil etmemektedir³⁶¹.

Bunun yanında Mahkeme, 20 Temmuz 1957 tarihli bildirimin ekinde mevcut olan mektup ile olağanüstü hâle ilişkin gerekli bildirim koşulunun da sağlanmış olduğuna hükmetmiştir. Çalışmamızın önceki bölümlerinde de belirttiğimiz üzere mahkeme, tedbirlerin yürürlüğe girmesinden itibaren 12 gün sonra yapılan bu bildirimin gerekli şartları sağladığı kanaatine varmıştır. Ayrıca bu kararda önem taşıyan bir diğer husus, ulusun varlığını tehdit eden toplumsal tehlikeye ilişkin şartların ve alınacak tedbirlerin öncelikle taraf devletin takdir marjı içerisinde olduğunun belirtilmesidir. Yani tehlike ile doğrudan yüzleşen ulusal makamların olağanüstü hâl ilanı ve alınacak tedbirleri belirlemede bir takdir marjı vardır³⁶².

2. Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda/Yunanistan Kararı (“Yunan Davası”)

21 Nisan 1967’de, bir hükümet, Yunanistan’da darbe gerçekleştirmiş ve yönetimi ele geçirmiştir. Yeni hükümet, izleyen ayda Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine AİHS’in 15. maddesine dayanarak AİHS ile belirlenen hakların geçici olarak askıya alındığını belirtmiştir. Eylül ayında da olağanüstü hâle ilişkin Genel Sekreterliğe bilgi vermiştir.

Ancak Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda Yunanistan’ın AİHS’i ihlal ettiğini, 15. madde çerçevesinde gerekli önlemleri almadığını ileri sürerek AİHK’e başvuruda bulunmuştur. Yunanistan, söz konusu meselede 12 Aralık 1969’da Avrupa Konseyinden çıkartıldığını ve bu sebeple AİHK’in yargı yetkisinin bulunmadığını ve

³⁶⁰ Yokuş, s. 99.

³⁶¹ Arık, s. 269.

³⁶² Darendeli, s. 157.

kamu düzenini tehdit eden hallerin olduğunu belirtmiştir. Ocak 1968’de AİHK, yargı yetkisinin bulunduğunu kabul ederek dört başvuruyu da kabul ettiğini bildirmiştir. Tam on sekiz ay süren incelemeler sonucunda seksenden fazla tanık dinlendiği, teftişler yapıldığı ve kolluk kuvvetlerine ilişkin birçok görsel paylaşıldığı bilinmektedir³⁶³.

AİHK, yargı yetkisini haiz olduğunu ve AİHS m. 15’in uygulanması için gerekli koşulların oluşmadığını belirlemiştir. Nitekim, AİHK, on bir olayda işkence yapıldığını, bunlardan üç tanesinin sabit olduğunu, siyasi tutuklulara kötü muamelede bulunduğunu belirtmiştir. Ancak en önemli belirlemeyi, ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike halinin bulunmadığı yönünde yapmıştır. Komisyon özellikle, Yunanistan’ın ileri sürdüğü üzere ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin yani askeri cuntanın gücü ele geçirmesinin gerçekte söz konusu olmadığı belirlemesinde bulunmuştur. AİHK, hükümetin takdir yetkisini kabul etmekle birlikte olağanüstü hâlin ilanını gerektirecek güçlü kanıtların Yunanistan tarafınca sunulması gerektiğini belirtmiştir. Yunanistan tarafından belirtilen komünizm tehlikesi ve kamu düzeninin bozulması hususları, AİHK tarafından kabul görmemiştir³⁶⁴.

AİHK netice olarak, Yunanistan’ın gerekli koşullar gerçekleşmeden AİHS m. 15’i uyguladığı, bu şekilde de AİHS’in m. 17 ve m. 18’i ihlal ettiği kanısına varmıştır ve Yunanistan’ı haksız bulmuştur. Bu kararın önemli kısmı, diğer birtakım ülkeler tarafından davanın ikame edilmiş olmasıdır.

3. İrlanda/Birleşik Krallık Kararı³⁶⁵

IRA tehdidi sebebiyle, Kuzey İrlanda Hükümeti birtakım özel yetkileri uygulamaya koymuştur. Bu uygulamaların içinde duruşma yapılmaksızın şüphelilerin hapse atılması, ön tutuklama işlemi, gözaltı süresinin uzatılması da bulunmaktaydı. 1972 yılında Kuzey İrlanda’nın hükümet ve parlamentosu Birleşik Krallık’a devredildi ve bu özel yetkiler Birleşik Krallık tarafından uygulanmaya devam etti. Davalı hükümet, “İrlanda adasının her iki tarafında da meydana gelen en uzun ve en şiddetli terör kampanyası” şeklinde nitelendirdiği mevzubahis durumla ilgili olağanüstü

³⁶³ Yokuş, s. 106.

³⁶⁴ Yokuş, s. 107.

³⁶⁵ AİHM, B.N. 5310/71, T. 20/03/2018, [\(https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181585_\)](https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181585_) (30.06.2022).

tedbirler alındığını ifade etmiştir. Birleşik Krallık Hükümeti, olay zamanındaki söz konusu yetkiler hususunda, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine altı kez aykırı tedbir alma bildiriminde bulunmuştur. İrlanda'nın temel iddiaları ise işkence ve kötü muamele yasağına aykırılık, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüyü aşma üzerine temellenmiştir.

AİHK, 25 Ocak 1976 tarihli raporunda, on dört kişide bir sorgu tekniği olan ve insanlık dışı muamele ve işkence olarak nitelendirilebilecek “beş teknik” uygulamasının³⁶⁶ AİHS'in 3. maddesini ihlal ettiğini belirtmiştir. Yine birçok kişiye insanlık dışı muamele edildiği ve bu yol ile sorguların yapıldığı belirtilmiştir.

AİHM, AİHK raporunun yanında konuyu 15. madde açısından da incelemiştir. İrlanda Hükümeti, ölçülülük ilkesine aykırı davranıldığını iddia etmiştir. Mahkeme de olağanüstü hâl için şartların oluşup oluşmadığını ve alınan tedbirlerin kesinlikle gereken ölçüde olup olmadığını değerlendirmiştir³⁶⁷. AİHM, olağanüstü hâl için koşulların oluştuğunu ve Birleşik Krallık'ın kesinlikle gereken ölçüyü aştığına ilişkin bir bulguya rastlanmadığını belirtmiştir. Nitekim AİHM, şartların gerekleriyle doğrudan ve sürekli bir bağlantı dahilinde olmaları sebebiyle devletlerin bu konudaki takdir yetkilerini kabul etmiştir³⁶⁸.

AİHM'in bu kararda belirttiği bir nokta, tedbirlerin ölçülülük incelemesini yaparken geriye dönük olarak değil de, tedbirlerin alındığı ana ve sonrasına göre değerlendirme yapılması gerektiğidir. AİHM'e göre tedbirlerin o an için gerçekten gerekli olup olmadığı ve ölçülü olup olmadığı, tedbirlerin alındığı dönemin şartlarına uygun olarak değerlendirilmelidir.

4. Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık Kararı³⁶⁹

Peter Brannigan, 9 Ocak 1989'da sabah 6:30 sularında 1984 tarihli Terörü Önleme Yasası uyarınca gözaltına alınmıştır. Brannigan, uzatmalarla birlikte toplamda

³⁶⁶ Duvara karşı ayakta tutma, gözbağı ile kişinin dış dünya ile bağını kesme, gürültüye maruz bırakma, uykuyu engelleme ve kısıtlı yiyecek içecek verme şeklinde gerçekleştirilen bir sorgu tekniği.

³⁶⁷ İkbâl Sibel Safi, “Covid-19 Salgını Sebebiyle Alınan Önlemlerin AİHS'nin 15. Maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi”, **Bir Küresel Salgın ve Hukuk: Covid-19**, (ed. Murat Batı ve Sezai Çağlayan), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 189.

³⁶⁸ Safi, s. 189.

³⁶⁹ AİHM, B.N. 14553/89 ve 14554/89, T. 25.05.1993, https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57819_30.06.2022.

6 gün, 14 saat 30 dakika kadar gözaltında tutulmuştur. Bu süre boyunca defalarca sorgulanmış, avukatına erişimi de belirli bir süre için kısıtlanmıştır. Bunun yanında kendisine radyo dahi verilmediği ve bu süre içerisinde diğer şüphelilerle görüştürülmediği belirtilmiştir. Patrick McBride ise 5 Ocak 1989'da sabah 05:05 sularında aynı yasaya dayanarak gözaltına alınmış ve 4 gün, 6 saat 25 dakika gözaltında kalmıştır. Birçok olaya ilişkin sorgulanan McBride da avukatı ile kısıtlı olarak görüşme imkanı bulmuştur. Başvurucular AİHS'in 5. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla başvuruda bulunmuşlardır.

Mahkeme, Birleşik Krallık sınırları içinde süregelen terör (IRA) tehdidini kabul etmektedir. Buna dayanarak, AİHS bağlamında bir genel tehlike hali bulunduğunu ve 15. maddeye uygun olarak olağanüstü hâl koşullarının sağlandığını belirtmiştir. Bunun yanında gözaltının uzatılması sürecinde hâkim denetiminin dahil edilmesi, AİHS'in 5/3. maddesine de uygunluk teşkil etmektedir. Mahkeme, olağanüstü hâle karar verme süreçlerinin ve alınacak tedbirlerin devletlerin elinde olduğunu yinelemiştir. Mahkemeye göre, genel bir tehlike durumu olup olmadığı, var ise bu genel tehlikenin aşılması için hangi önlemlerin alınması gerektiği konusunda öncelikli yetki devlete aittir. Ancak yetkinin, AİHS m. 15 bağlamında kullanılmasına dikkat çeken AİHM, alınan tedbirin ne denli ölçülü ve gerekli olduğunu denetlemektedir³⁷⁰.

Davanın sonunda AİHM, Kuzey İrlanda'daki terör tehlikesinin niteliğini, askıya alınan yükümlülüklerin sınırlı olmasını ve bunu destekleyici sebepleri ve bunun yanında gözaltı süresinin uzatılmasında hâkim güvencesi gibi birtakım hususları göz önünde bulundurarak, bir olağanüstü hâli gerektiren genel tehlikenin mevcut olduğunu ve Birleşik Krallık'ın takdir yetkisini aşmadığı kanaatine varmıştır.

5. A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık Kararı³⁷¹

11 Eylül 2001 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri'nde bir dizi terör saldırısı düzenlemiştir. O tarihten itibaren Amerika Birleşik Devletleri'nin teröre yaklaşımı değişmiş, birçok farklı tedbire başvurulmuştur.

³⁷⁰ Yokuş, 105.

³⁷¹ AİHM, B.N. 3455/05, T. 25.05.1993, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114906>, (31.06.2022).

11 Eylül saldırıları sebebiyle, sadece Amerika Birleşik Devletleri'nde değil dünyanın birçok ülkesinde teröre karşı alınan tedbirler arttırılmıştır. Amerika Birleşik Devletleri'nin El-Kaide'ye karşı başlatmış olduğu Afganistan harekâtında Birleşik Krallık da Amerikan kuvvetlerine katılmıştır. Bunun yanında Birleşik Krallık da Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne bildirimde bulunarak AİHS'in 15. maddesi doğrultusunda olağanüstü hâl ilan ettiğini ve birtakım hakları askıya aldığını belirtmiştir. 2001 yılında çıkarılan Anti-Terörizm, Suç ve Güvenlik Kanunu neticesinde, Birleşik Krallık için ulusal tehdit oluşturan, uluslararası bir terörist olduğu şüphesi bulunanların özellikle sınırdışı edilemeyen yabancı kimselerin tutuklanması ve gözaltına alınması meşru hale gelmiştir. Bu kanunun geçici olarak terör tehlikesine karşı ihdas edildiği belirtilmiştir.

Başvurucular, kendilerine anılan kanun uyarınca işlem yapıldığını (gözaltına alınarak tutuklandıklarını); olağanüstü hâl koşullarının mevcut olmadığını, tutukluluklarının geçici nitelikte değil adeta bir yaptırım niteliğinde olduğunu ve bunun yanında olağanüstü hâl dışında birtakım haklarının (kişi özgürlüğü ve güvenliği başta olmak üzere) ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

Mahkeme, ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin olduğunu kabul etmiştir. Nitekim davalı devlet, ülkelerine karşı yapılması planlanan terör saldırıları sebebiyle yerel mahkemelere deliller sunmuştur. İçtihadına uygun olarak Mahkeme, yerel makamların bu konudaki geniş takdir yetkisi olduğunu belirtmiştir³⁷². Bunun yanında Mahkeme, “Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirlerin alındığı zamanda Birleşik Krallıkta herhangi bir El-Kaide saldırısının meydana gelmemiş olmasına rağmen, Mahkeme, ulusal yetkili makamların, yakında böylesi bir saldırının meydana gelebileceği konusundaki korkularından dolayı eleştirilmesine anlam verememiştir”³⁷³.

Mahkeme’ye göre devlet, felaketin meydana gelmesinden önce de tedbir alma hakkına sahiptir. Burada AİHM, acil durumun ve tehdidin varlığına ve olağanüstü hâl ilanını gerektiren şartların mevcudiyeti yönünde karar vermiştir. “Ulusal yetkili makamlar, tehdidi mevcut bilgiler ışığında değerlendirme konusunda geniş bir takdir

³⁷² Safi, s. 190.

³⁷³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Tematik Bilgi Notu – Olağanüstü hâllerde Yükümlülükleri Askıya Alma**, çev. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı, 2015, s. 8, https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/08/05/FS_Derogation_TUR.pdf, (30.06.2022).

yetkisine sahiptir. Bu hususta, yürütme organı ve Parlamentonun kararına ağırlık verilmelidir. Ayrıca, tehlikeli bir durumun mevcut olduğuna dair delillerinin incelenmesi konusunda daha donanımlı olan ulusal mahkemelerin görüşleri de dikkate alınmalıdır”³⁷⁴.

6. Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık Kararı³⁷⁵

Brogan ve diğerleri kararında AİHM, aynı kanuna dayalı olarak gözaltına alınan (1984 tarihli Terörün Önlenmesi Kanunu) dört ayrı kişinin başvurusunu aralarındaki ilgiyi gözeterek tek başvuru üzerinden incelemiştir. Terence Patrick Brogan 17 Eylül 1984’te gözaltına alınmış ve 22 Eylül 1984 günü serbest bırakılmıştır yani beş gün on bir saat boyunca gözaltında tutulmuş, IRA üyesi olmakla suçlanarak sorgulanmıştır. Dermot Coyle, 1 Ekim 1984’te gözaltına alınmış ve altı gün on altı buçuk saat gözaltında tutulmuştur. Bu başvuru da IRA üyesi olmakla itham edilmiş ve sorgulanmıştır. William McFadden 1 Ekim 1984’te gözaltına alınmış ve dört gün altı saat IRA üyesi olmakla itham edilerek gözaltında kalmıştır. Nihayet Michael Tracey, 1 Ekim 1984’te gözaltına alınmış ve toplamda dört gün on bir saat gözaltında kalmıştır. Bütün başvuru sahiplerinin bulunduğu nokta, aynı kanuna dayalı olarak gözaltına alınmaları, IRA şüphelisi olarak itham edilmeleri ve devlet tarafından uzatılmış (uzatmaların beş günü aşamayacağı kanunda belirtilmiştir), uzun süren gözaltı hallerinde herhangi bir hâkim karşısına çıkarılmamalarıdır.

1894 tarihli kanunun 12. maddesi alınacak önlemlerden gözaltı hususunu düzenlemektedir. Anılan madde uyarınca, Kuzey İrlanda’ya ilişkin terör faaliyetlerinde bulunanlara bu kanun hükümlerinin tatbik edileceği öngörülmüştür. Yine aynı kanunun on ikinci maddesi uyarınca, bu kanuna göre gözaltına alınanların en fazla kırk sekiz saat gözaltında kalabileceği belirtilmiştir. Ancak bakanın emri ile (“Secretary of State”) bu sürenin 5 gün daha uzatılabileceği belirtilmiştir. Somut olayda da başvuru sahiplerinin gözaltı süreleri, bakan tarafından uzatılmış ve bu süre içerisinde başvuru sahipleri hiçbir şekilde hâkim karşısına çıkarılmamıştır. Belirtilen

³⁷⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Tematik Bilgi Notu – Olağanüstü hâllerde Yükümlülükleri Askıya Alma**, çev. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı, 2015, s. 8.

³⁷⁵ B.N. 11209/84-11234/84-11266/84-11386/85, T. 29.11.1988. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57450> (31.06.2022).

sürenin sonunda da başvurucular serbest bırakılmış ve haklarında herhangi bir iddianame düzenlenmemiştir.

Mahkeme, “derhal” ifadesini yorumlamış ve gözaltına alınanların en kısa sürede hâkim karşısına çıkması gerektiğine hükmetmiştir. Bunun yanında somut olaydaki gibi dört gün altı saat boyunca hâkim karşısına çıkarılmaksızın gözaltında tutulmalarını AİHS m. 5/3’ün ihlali olarak değerlendirmiştir³⁷⁶. Bunun yanında Mahkeme, Birleşik Krallık’ta mevcut terör sorununu dikkate alarak değerlendirme yapmıştır. Mahkeme, Birleşik Krallık’ın olağanüstü hâl nedeniyle Sözleşme’nin 15. maddesi uyarınca yükümlülüklerini askıya almaya yönelik yapmış olduğu bildirimini geri çektiğini belirtmiştir. Bu anlamda asıl sorunun AİHS m.15’in değil madde 5’in tartışılması gerektiği yönünde belirlemelerde bulunulmuştur. Belirtmek gerekir ki kimi yazarlarca bu karar, yükümlülüklerin askıya alınmadığı hallerde AİHS m.5/3’ün derhal hâkim önüne çıkarılma ilkesinin geçerli olduğu şeklinde ifade edilmiştir³⁷⁷. Mahkeme, bir terör tehdidinin olduğunu kabul etmiş ve davanın esasını incelerken bu hususları da göz önünde bulundurduğunu belirtmiştir³⁷⁸.

7. Hassan/Birleşik Krallık Kararı³⁷⁹

2003 yılında Birleşik Krallık ve beraberindeki diğer devletler, Irak’ı işgale başlamıştır. Başvurucu da işgal öncesi Baas Partisi milli sekreterliğinde genel müdür ve Baas Partisi’nin ordusu olan Kudüs Ordusu’nda general olarak görev yapmıştır. Birleşik Krallık işgal sırasında Baas Partisi üyelerini gözaltına almıştır. Başvurucu da kardeşini Irak’ta bırakıp bölgeden ayrılmıştır. Başvurucunun kardeşi (Tarek Hassan) ise Birleşik Krallık güçlerince 23.04.2003 günü evinde yakalanmıştır. Ayrıca evde silah ve Baas Partisine ilişkin yazılı dokümanlar da bulunmuştur.

Tarek Hassan, yakalanmasının ardından Bucca kampına götürülmüştür. Kampa varış tarihi, 23 Nisan 2003 saat 16:40 olarak ve kamptan ayrılışı 25 Nisan 2003 saat 17:00 olarak belirtilmiştir. Bucca kampında mevcut ileri sorgu timleri tarafından

³⁷⁶ Safi, s. 197.

³⁷⁷ Safi, s. 197.

³⁷⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Tematik Bilgi Notu – Olağanüstü Hâllerde Yükümlülükleri Askıya Alma**, çev. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı, 2015, s. 18.

³⁷⁹ AİHM, B.N. 29750/09, T. 16.09.2014, [https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153636_03\(07.2022\)](https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153636_03(07.2022)).

yakalanan kimselerin sorgulandığı bilinmektedir. Bucca, Birleşik Krallık güçlerinin yakalamış oldukları bireyleri götürdüğü bir kamptır. Kampın giderleri Birleşik Krallık tarafından karşılanmaktadır ve kampın yönetimi de Birleşik Krallık güçlerindedir. Tutulması hakkında ulusal makamların bilgilendirilmesi konusunda rızasının olup olmadığı sorulduğu ve Tarek Hassan'ın tutulmasına rıza göstermediği belirtilmektedir.

“51. İlk noktaya ilişkin olarak, Mahkeme, Tarek Hassan'ın başvurucuyu teslim olmaya zorlama amacıyla tutulduğuna ilişkin önündeki tek delilin başvuru tarafından verilen iki ifade ve başvurucunun komşusuyla yapılan bir telefon görüşmesinin kaydı olduğunu, her ikisinin de iç hukuktaki yargılama için hazırlanmış olduğunu kaydeder (bkz. yukarıda 12-13. paragraflar). Başvurucu ilk ifadesinde, kız kardeşlerine Britanya askeri makamı tarafından, başvuru teslim oluncaya kadar Tarek Hassan'ın serbest bırakılmayacağını söylediğini iddia etmiştir. İkinci ifadesinde, başvuru bu bilginin komşusuna ve arkadaşına verildiğini ileri sürmüştür. Ne başvurucunun ifadelerinde ne de komşusu Bay Aş-Ubody'ninkinde, ileri sürülen iddiada bulunan Birleşik Krallık askeri yetkilisinin kim olduğu ismen ya da rütbesiyle belirtilmemiştir. Bu belirsizlik, bu delilin söylenti olma niteliği ve başvurucunun ifadelerinin kendi içindeki tutarsızlıklar dikkate alındığında, Mahkeme başvurucunun iddiasını destekleyen delili güçlü bulmamaktadır”³⁸⁰.

“81. Başvurucu, Tarek Hassan'ın yakalanması ve tutulmasının, uluslararası bir silahlı çatışmanın aktif savaş döneminde gerçekleştiğini kabul etmemiştir; zira 9 Nisan 2003 itibarıyla koalisyon güçleri Bağdat'ın kontrolünü ele geçirmiş ve Baas Partisi'ni iktidardan düşürmüştür. Fakat Tarek Hassan'ın yakalanması ve tutulması aktif savaş döneminde gerçekleşmiş olsa bile, bu durum, Sözleşme'nin uygulanmasına engel olmaz. 15. madde, “savaş ya da ulusun yaşamını tehdit eden diğer bir olağanüstü hâl”in mutlaka gerektirdiği ölçüde Sözleşme'den yükümlülük azaltan tedbirleri almaya ilişkin özel bir yetki tanımıştır. Bu davada herhangi bir yükümlülük azaltma söz konusu değildir ve Sözleşme haklarının zımni bir biçimde yerinden edildiği (displace) de söylenemez. Sözleşme'nin yazıldığı tarihsel bağlamı, yani Sözleşme'nin küresel bir çatışmanın ardından yazıldığını hatırlamak önemlidir. Savaşın hatırası hala tazeyken, sözleşmeyi hazırlayanlar, Sözleşme'deki temel hakların savaş zamanında farklı bir biçimde uygulanmasının gerekip gerekmediği sorusunu ele almış ve sadece (i) bir savaşın ya da olağanüstü hâlin zorunluluklarıyla başa çıkmak için gerekli olduğu müddetçe, (ii) devletin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine saygı koşuluyla ve (iii) devletin resmi ve açık olarak yükümlülük azaltması koşuluyla farklı olması gerektiğine karar vermişlerdir. Bunun sonucu 15. madde olmuştur. Eğer Sözleşme'yi hazırlayanlar, uluslararası çatışma zamanlarında insan haklarının otomatik olarak kaldırılmasını ya da yeniden yazılmasını gerektiren bir rejim yaratmayı amaçlamış olsalardı, öyle de yaparlardı”³⁸¹.

Özetle bu kararında Mahkeme, olağanüstü hâlde askıya alma şartlarını açıkça belirtmiştir. Bunun yanında insan haklarının savaş zamanlarında kendiliğinden sınırlandırılmadığını, herhangi bir askıya alma bildiriminde bulunulmadığı sürece AİHS

³⁸⁰ <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153636>, (E.T. 05.07.2022).

³⁸¹ <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153636>, (E.T. 05/07/2022).

maddelerinin uygulanacağını belirtmiştir. Birleşik Krallık da herhangi bir askıya alma bildiriminde bulunmamıştır dolayısıyla AİHS hükümleri (ve özellikle 5. madde) uygulanabilir durumdadır. Ancak Mahkeme, esasa ilişkin incelemesinde Sözleşme maddelerinin ihlal edilmediği kanısına varmıştır. Mevcut davanın koşullarına istinaden Mahkeme, başvuranın erkek kardeşinin yakalanıp tutuklanmasının, Üçüncü ve Dördüncü Cenevre Sözleşmeleri uyarınca Birleşik Krallığa tanınan yetkilerle tutarlı olduğunu ve keyfi bir nitelik taşımadığını değerlendirmiştir³⁸².

8. Kararların Değerlendirilmesi

Mahkeme tarafından verilen kararlar değerlendirildiğinde, öncelikle belirtilmelidir ki AİHM için, askıya almaya ilişkin herhangi bir bildirim yapıp yapılmadığı önem taşımaktadır. Bu anlamda yapılmış bir bildirim var ise, AİHS'in birtakım hükümlerinin somut olayda uygulanmayabileceğine karar vermektedir. Bunun yanında AİHM, olağanüstü hâl için gerekli şartların oluşup oluşmadığını da denetlemektedir. Bu denetimi yaparken yerel mahkemelerin toplamış olduğu delillerin önemli olduğunu ve devletin olağanüstü hâl ilanına ilişkin takdir yetkisi olduğunu kabul etmektedir.

Mahkeme askıya alma bildirimlerini incelerken önce ulusun yaşamını tehdit eden genel bir tehlike halinin olup olmadığını değerlendirmektedir. Devletin, yukarıda bahsedildiği üzere, olağanüstü hâli takdir etme yetkisi bulunmaktadır. Bu husus, AİHM'in denetiminin ikincil oluşu ile de yakından ilgilidir. Ancak AİHM de bu belirlemelerin AİHS çerçevesinde olup olmadığını değerlendirebilmektedir³⁸³.

Lawless kararında belirtildiği üzere ulusun varlığını tehdit eden tehlikenin, devleti oluşturan örgütlü toplum yapısının bozulması sonucunu doğurabilecek, gerçek ve yakın bir tehlike olması gerektiği kabul edilmektedir. Lawless kararında; IRA'nın ortaya çıkması, illegal bir örgüt olması ve terör faaliyetlerinin son dönemlerde artış göstermesi sebebiyle ulusun yaşamını tehdit eden bir tehlikenin mevcut olduğu kanısına varmıştır. Yunan Davası olarak bilinen davada da kamusal tehlikenin mevcut

³⁸² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Tematik Bilgi Notu – Olağanüstü Hâllerde Yükümlülükleri Askıya Alma**, çev. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı, 2015, s. 24.

³⁸³ Yokuş, s. 112.

olup olmadığı değerlendirilmiştir. Buna göre, kamusal tehlike; mevcut, yakın ve toplumun bütününe etkileyecek şekilde, toplum yaşamını tehdit eden bir tehliktir. Yunan Davasında Yunanistan tarafından ileri sürülen Komünizm tehlikesi, yakın bir tehlike olarak görülmemiştir. İrlanda/ Birleşik Krallık Davasında ise Mahkeme, terör olaylarının boyutlarının nüfusun tümü üzerinde olağanüstü bir tehlike yarattığını kabul etmiştir.

AİHM içtihadındaki diğer bir kriter ölçülülük kriteridir. Mahkeme, alınacak tedbirlerin ancak olağanüstü tehlikenin gerektirdiği ağırlıkta olması gerektiğini kabul etmektedir. Nitekim İrlanda/Birleşik Krallık Davasında Mahkeme, olağanüstü tedbirler alınması anlamında zorunluluk hasıl olduğunda önlemlerin en az şiddetli olanından başlanması gerektiğini belirtmektedir. Mahkeme ayrıca tehdidin boyutu ile ilişkili olarak bireylerin haklarının korunması arasında bir denge mekanizması kurulması gerektiğini belirtmektedir³⁸⁴.

C. Türkiye Hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Verilmiş Olağanüstü Hâle İlişkin Kararlardan Örnekler

Türkiye’de olağanüstü hâl ve sıkıyönetim uygulamaları ile tarihte pek çok kez karşılaşmıştır. 1978 yılında 13 ilde, 12 Eylül 1980 öncesi 7 ilde sıkıyönetim ve olağanüstü hâl uygulamaları görülmüş, 12 Eylül 1980 darbesi ile sıkıyönetim tüm yurttan uygulanır hale gelmiştir³⁸⁵. Daha sonra 1987 yılında olağanüstü hâl bölge valiliği kurumu oluşturulmuş ve doğudaki bir kısım iller (Bingöl, Diyarbakır, Elâzığ, Hakkâri, Mardin, Siirt, Tunceli, Van) olağanüstü hâl bölge valiliği kapsamına alınmıştır. 1990 yılından itibaren baş gösteren terör olaylarının da bir neticesi olarak doğuda birçok bölgede olağanüstü hâl ilan edilmiştir. Özellikle doğu illerinde uygulanan olağanüstü hâl 2002 yılına kadar devam etmiştir.

³⁸⁴ Yokuş, s. 112.

³⁸⁵ Behçet, s. 70.

1. Güleç/Türkiye Kararı³⁸⁶

Anılan dava, oğlunun güvenlik güçlerince öldürüldüğü iddiasıyla AİHK'e başvuran Hüseyin Güleç tarafından Komisyon'a sunulan, Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı yapılmış bir başvuruya (21593/93) ilişkin olup AİHK tarafından AİHM'e havale edilmiştir³⁸⁷.

4 Mart 1991 tarihinde, olağanüstü hâlin mevcut olduğu Şırnak ili İdil ilçesinde toplumsal gösteri, kepenk indirme ve kamu binalarına saldırı gibi birtakım olaylar yaşanmıştır. Lise öğrencisi olan Ahmet Güleç de olaylar sırasında öldürülmüştür. Başvuran, oğlunun güvenlik kuvvetlerince vurularak öldürüldüğünü ileri sürmektedir.

Başvuran ilgili kişilerden şikâyetçi olmuş, yetkili makamlar, başvuranın oğlunun güvenlik güçleriyle göstericiler arasında meydana gelen bir çatışma sırasında aldığı kurşun yaralarıyla hayatını kaybettiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme devletin, ciddi bir şiddet eylemi ile karşı karşıya olduğunu kabul etmektedir. Nitekim gösterinin sakin olmaktan uzak olduğunu, birçok taşınır ve taşınmazın zarar gördüğünü, yaralanan güvenlik güçlerinin varlığını kabul etmiştir.

“Mahkeme, Komisyon gibi, mevcut davada güç kullanımının, 2. Maddenin 2. paragrafının (c) bendi kapsamında haklı gösterilebileceğini kabul eder; ancak bu hususta amaçlanan hedefe ulaşmak için kullanılan araçlar arasında bir denge kurulması gerektiği dikkate alınmamaktadır. Jandarmalar, çok güçlü bir silah kullanmışlardır, çünkü copları, koruyucu kalkanları, su topları, plastik mermileri veya göz yaşartıcı gazları yoktur. Bu malzemelerin olmaması, tamamen anlaşılamaz ve kabul edilemezdir, çünkü Şırnak ili, Hükümet'in de belirttiği üzere, olağanüstü hâlin ilan edildiği bir bölgedir, söz konusu tarihte her türlü kargaşanın çıkması olasıdır”³⁸⁸.

Mahkeme, olaylar sırasında göstericiler içinde silahlı teröristlerin olduğuna ilişkin hükümetin bir delil öne süremediğini, güvenlik güçleri dışındaki gruplara ait mermi kovanlarının bulunmadığını belirtmiştir. Mahkeme, olağanüstü hâl bölgesi olan Şırnak ilinde mevcut kolluk kuvvetlerinin donanımsal yetersizliğine dikkat çekmiş, ölçülülük ilkesine aykırı davranıldığı sonucuna varılmıştır.

³⁸⁶ AİHM, B.N. 54/1997, T. 27.07.1998, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58207>, (10.07.2022).

³⁸⁷ <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58207>, (10.07.2022).

³⁸⁸ <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58207>, (10.07.2022).

2. Oğur/Türkiye Kararı³⁸⁹

Dava, AİHS'in eski 19. maddesinde belirtilen usulde ve eski 32/1. ve 47. maddelerinde belirtilen süre içinde AİHK tarafından Mahkeme'ye sunulmuştur. Dava, başvuran tarafından 16 Mart 1993 tarihinde Türkiye'ye karşı AİHK'e yapılan bir başvuruya (no. 21594/93) dayanmaktadır³⁹⁰.

Başvuranın oğlu Musa Oğur, olağanüstü hâl uygulanan Siirt ilinin kırsal bir kesiminde maden bekçisi olarak görev yapmaktadır. Güvenlik güçlerince, 24 Aralık 1990 tarihinde belirtilen madene, terör örgütü üyelerince sığınak olarak kullanıldığı iddiasıyla silahlı bir müdahale gerçekleştirilmiştir. Bu sırada Musa Oğur, hayatını kaybetmiştir. Tanıkların birçoğu mağdurun uyarı ateşi ile vurulduğunu belirtmiştir. *"83. ...Mahkeme sonuç olarak, Musa Oğur'un bir uyarı atışı ile ölmüş olduğunu dikkate almış olsa bile, söz konusu atışın, maktûlün kaçıp kaçmadığına bakılmaksızın, bunun bağışlanamaz bir dikkatsizlik neticesinde kötü yapılmış bir atış olduğunu göz önünde tutmuştur"*³⁹¹. Mahkeme, kişilerin güvenlik güçleri sebebiyle öldürülmesi hadiselerinde etkili bir soruşturmanın yapılması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre soruşturma sorumluların tespit edilerek cezalandırılmalarına yönelik olmalıdır³⁹². Somut olayda olayı soruşturmak için atanan kişinin bir jandarma rütbelisi olmasının ve soruşturulan kişilerin emir komuta zinciri ile kendisine bağlı olmasının etkili soruşturma yükümlülüğüne gölge düşürdüğü, atanan kişinin olağanüstü hâl bölge valisi tarafından atanması ve soruşturma sonucunun yine vali başkanlığındaki il idare kurulu tarafından tayin edilmesinin etkili soruşturma yükümlülüğü ile bağdaşmayacağı belirtilmiştir. AİHM'e göre; *"93. Sonuç olarak, bu olaydaki soruşturmalar söz konusu olayların sorumlularını ortaya çıkaracak ve cezalandıracak kapasitede etkin soruşmalar olarak algılanamaz. Bu nedenle burada da 2. Maddenin ihlali söz konusudur"*³⁹³.

³⁸⁹ AİHM, B.N. 21594/93, T. 20/05/1999, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58251>, (15.07.2022).

³⁹⁰ <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58251>, (15.07.2022).

³⁹¹ <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58251>, (15.07.2022).

³⁹² Behçet, s. 75.

³⁹³ <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58251>, (15.07.2022).

3. Çakıcı/Türkiye Kararı³⁹⁴

Dava, 14 Eylül 1998 tarihinde AİHK tarafından Sözleşmenin 32. maddesinin 1. paragrafı ve 47. maddeleri ile belirlenen üç aylık süre içinde AİHM'e havale edilmiştir. Dava, İzzet Çakıcı tarafından 2 Mayıs 1994 tarihinde Sözleşmenin eski 25. maddesi bağlamında Türkiye aleyhine AİHK'e yapılan 23657/94 nolu başvurudan kaynaklanmaktadır.

Başvuran, kardeşinin yakınlarına haber verilmeksizin gözaltına alındıktan itibaren işkence ve kötü muameleye maruz kaldığını, kendisinden o günden beri haber alınamadığını bu sebeple de AİHS'in 2. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

AİHM, etkili bir soruşturma yapılmasına ilişkin yükümlülüğün ihlal edildiği, bu sebeple AİHS'in 2. maddesine aykırılık teşkil edildiği üzerinde durmuştur. Nitekim AİHM'e göre devletin, şahısların kuvvet kullanılması sonucu öldürülmeleri iddiası halinde etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğü bulunmaktadır:

“Sorumluluk, sadece, Devlet görevlilerinin kuvvet kullanması sonucu kasten adam öldürme ile sınırlı değildir, ayrıca, 2. maddenin 1. paragrafının ilk cümlesi ile Devletlere yaşama hakkının kanunla korunması için sorumluluk yüklemektedir. Bu durum şahısların, kuvvet kullanılması sonucunu öldürüldüğü durumlarda etkili resmi bir soruşturma yapılmasını gerektirir. (bkz. 2 Eylül 1998 tarihli Yaşa Türkiye Kararı, Raporlar 1998-VI, s. 2438, para. 98)”³⁹⁵.

4. Aksoy/Türkiye Kararı³⁹⁶

Dava, Zeki Aksoy tarafından Sözleşmenin eski 25. maddesi bağlamında AİHK'e yapılan başvurudan kaynaklanmaktadır.

Başvuran, 14 gün boyunca gözaltında tutulmasının AİHS m. 5'i ihlal ettiğini iddia etmiştir. Türkiye Cumhuriyeti, özellikle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasına yönelik olarak askıya alma bildirimine dayanmış ve iddiaları kabul etmemiştir. Nitekim 6 Ağustos 1990 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti, Güneydoğu Anadolu'da mevcut terör tehlikesi sebebiyle AİHS m. 15 uyarınca Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine bilgilendirme yapmış ve birtakım hakların askıya alınabileceği belirtilmiştir.

³⁹⁴ AİHM, B.N. 23657/94, T. 08/07/1999, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-120677>, (19.07.2022).

³⁹⁵ <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-120677>, (19.07.2022).

³⁹⁶ AİHM, B.N. 21987/93, T. 18.12.1996, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58003>, (20.07.2022).

Mahkeme, taraf devletlerin ulusun yaşamını tehdit eden bir durum olması halinde olağanüstü hâl ilanına karar verme yetkilerinin olduğunu vurgulamıştır. Bu konuda ilgili otoritelerin geniş takdir marjı olduğu kabul edilmektedir. Ancak alınan önlemlerin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olması gerektiği belirtilmektedir.

AİHM, Türkiye'nin özellikle güneydoğusunda yoğunlaşan PKK terör örgütü aktivitelerini ulusun yaşamını tehdit eden bir tehlike olarak kabul etmektedir³⁹⁷. Ancak ölçülülük değerlendirmesinde başvuranın on dört günlük gözaltı süresini, Brannigan and McBride kararına atıfla çok uzun bulmuştur. Ayrıca AİHM, Türkiye'nin bildiriminde hangi tedbirlerin ne sebeple alınacağını detaylı bildirilmemiş olduğunu da tespit etmiştir. Tüm bu hususlar çerçevesinde AİHM, AİHS'in ihlal edildiğine kanaat getirmiştir.

5. Sakık ve Diğerleri/Türkiye Kararı³⁹⁸

Anılan dava, AİHK tarafından, AİHK'e getirilen başvurular neticesinde (B.N. 23878/94'ten 23883/94'e kadar) 10 Temmuz 1996'da 32. ve 47. maddelere dayalı olarak AİHM'e sunulmuştur.

Başvuranlar, terör suçları ile itham edilmiş, gözaltına alınmış ve emniyetin ilgili terör birimine götürülmüşlerdir. Ertesi gün başvuruçuların avukatları, müvekkillerinin derhal hâkim önüne çıkarılmalarını ve müvekkilleri ile görüşmeyi talep etmişlerdir. Bu tarihte savcı başvuranların emniyetteki gözaltı sürelerini, soruşturmanın derinleştirilmesi amacıyla, uzatmıştır. Sonrasında başvuranlar, hâkim önüne çıkartılmış ve tutuklanmıştır. Tutuklamaya karşı yapılan itiraz da reddedilmiştir.

6 Ağustos 1990 tarihinde Türkiye temsilcisi, AİHS m. 15'e uygun olarak Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne yükümlülüğün sınırlandırılması bildiriminde bulunmuştur. Sebep olarak da özellikle Güneydoğu Anadolu'da artan terör olayları gösterilmiştir. Bildirime göre Türkiye AİHS Madde 5, 6, 8, 10, 11 ve 13'e ilişkin yükümlülüğünü sınırlandırma bildiriminde bulunmuştur. Yükümlülüğün sınırlandırılmasına ilişkin yazıda yer alan bir notta, "ulusal güvenliğe yönelik tehdidin

³⁹⁷ <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58003>, (20.07.2022).

³⁹⁸ AİHM, B.N. 23878/94-23879/94-23880/94, T. 26.11.1997, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124598> (22.07.2022).

baskın olarak” Elâzığ, Bingöl, Tunceli, Van, Diyarbakır, Mardin, Siirt, Hakkâri, Batman ve Şırnak illerinde ortaya çıktığı belirtilmiştir.

“25. 6 Ağustos 1990’da Türkiye’nin Avrupa Konseyi Daimi Temsilcisi, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine aşağıdaki yükümlülüğün sınırlandırılmasına (azaltılmasına) ilişkin bildirimini göndermiştir. “1. Türkiye Cumhuriyeti, ulusal güvenliğine yönelik olarak Güneydoğu Anadolu bölgesinde son aylarda alan ve yoğunluk olarak gittikçe büyüyen ve Sözleşmenin 15. maddesi anlamında ulusun yaşamını tehdit eden tehlikelerle karşı karşıyadır. 1989 yılı boyunca, kısmen dış kaynaklı teröristlerin eylemleri sonucu 136 sivil ve 153 güvenlik görevlisi öldürülmüştür. Yalnızca 1990’ın başından bu yana, 125 sivil ve 96 güvenlik görevlisi öldürülmüştür. 2. Ulusal güvenliğe yönelik tehdit, baskın olarak Güneydoğu Anadolu bölgesi illerinde ve kısmen de civar illerde ortaya çıkmaktadır. 3. Terörist eylemlerin yoğunluğu ve çeşitliliği nedeniyle bunlarla başa çıkabilmek için Hükümet, yalnızca güvenlik güçlerini kullanmakla kalmamakta, aynı zamanda kısmen Türkiye Cumhuriyetinin diğer bölgelerinden hatta dışarıdan kaynaklanan kamunun yanlış bilgilendirilmesine yönelik kampanyaya ve sendikal hakların kötüye kullanılmasına karşı da uygun önlemler almak zorunda kalmaktadır. 4. Bu amaca yönelik olarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Türk Anayasasının 121. maddesine uygun olarak, 10 Mayıs 1990’da 424 ve 425 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameleri çıkarmıştır. Bu kararnameler İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin aşağıdaki hükümlerinde garanti altına alınan hakların kısmen sınırlanması sonucunu doğurabilir: Madde 5, 6, 8, 10, 11 ve 13. Şimdiye kadar alınan yeni önlemlerin açıklamalı bir özeti ilişiktir.”³⁹⁹.

AİHM, netice olarak ulusun yaşamını tehdit eden bir tehlike olduğunu Aksoy/Türkiye kararına atıfta bulunarak kabul etmiştir. Ancak AİHM, tedbirlerin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olup olmadığını denetleme yetkisine sahip olduğunu belirterek olağanüstü hâl ilan edilen yerler dışında gözaltına alınan ve tutuklanan başvuruçulara yer bakımından olağanüstü hâle ilişkin hükümlerin uygulanmasının haksız olduğunu belirtmiştir. Başvuranlar Ankara’da gözaltına alınmış ve tutuklanmışlardır. Bu bağlamda Mahkeme, AİHS m. 15’e uygun olarak getirilecek sınırlandırmaların durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olması gerektiğini belirtmiş ve söz konusu sınırlamanın yer bakımından tüm Türkiye’de değil de olağanüstü hâl ilan edilen bölgelerde uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bu sebeple de 15. madde uyarınca yapılan bildirimin işbu olayda uygulanabilir olmadığı ve bu suretle AİHS’in 5. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

³⁹⁹ <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124598>, (22.07.2022).

6. Pişkin / Türkiye Kararı⁴⁰⁰

Başvuran, 20 Aralık 2010 tarihinde, Ankara Kalkınma Ajansında belirsiz süreli iş sözleşmesi ile İş Kanunu'na tabi bir şekilde çalışmaya başlamıştır.

15 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye'de hain bir darbe girişimi olmuş, bu girişim başarısız olmuştur. Darbe girişimi sırasında birçok kişi vefat etmiş ve yaralanmıştır. 20 Temmuz 2016 tarihinde olağanüstü hâl ilan edilmiş ve devamında Cumhurbaşkanı başkanlığındaki Bakanlar Kurulu tarafından olağanüstü hâl üçer ay süre ile uzatılmıştır. Bu hususta Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine de AİHS 15. madde uyarınca bildirim yapılmıştır. Olağanüstü hâl boyunca yaklaşık 37 adet kanun hükmünde kararname çıkarılmış ve bu kararnamelerin bir kısmında, bir bakanlığa bağlı tüm kurumlarda terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen her türlü personelin kamu görevinden ihraç edilmesi söz konusudur.

Ankara Ajansı Yönetim Kurulu, çalışanlarının milli güvenliğe karşı tehdit oluşturan çalışanlarının olup olmadığını değerlendirmek üzere toplanmıştır. Toplantı sonunda, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 4/1-(g) maddesi uyarınca milli güvenliğe karşı bir tehdit oluşturan oluşumlara üyelikleri veya bu oluşumlarla iltisaklı veya irtibatlı olmaları nedeniyle başvuranın da içerisinde olduğu toplam altı kişinin iş akdi sona erdirilmiştir. İş akdinin sona erdirilmesine ilişkin karar, başvurana tebliğ edilmiştir⁴⁰¹.

Başvuran feshin haksız olduğu gerekçesiyle İş Mahkemesinde işe iade talepli dava açmıştır. Dava sonucunda mahkeme, feshin hukuka uygun olduğu gerekçesiyle başvuranın davasını reddetmiş, başvuranın istinaf ve temyiz talebi de reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuran, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluyla başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkına ilişkin olan şikâyetlerin açıkça dayanaktan yoksun olduğu, çalışma hakkına ilişkin şikâyetlerin yetkisizlik sebebiyle kabul edilemez bulunduğu hükmetmiştir⁴⁰².

⁴⁰⁰ AİHM, B.N. 33399/18, T. 15.12.2020, https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210243_ (25.07.2022).

⁴⁰¹ https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210243_ (25.07.2022).

⁴⁰² https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210243_ (25.07.2022).

Avrupa Konseyi nezdinde Türkiye Daimi Temsilciği, 21 Temmuz 2016 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterine aşağıdaki derogasyon bildirimini göndermiştir. Bildirimde belirtildiği üzere, 15 Temmuz 2016 tarihinde hain bir darbe girişimi gerçekleştirilmiş ve bu girişim engellenmiştir. 20 Temmuz 2016 tarihinde ise olağanüstü hâl ilan edilmiş, 21 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Devleti 15. madde kapsamında derogasyonunu Avrupa Konseyine bildirmiştir. Ayrıca alınacak önlemlere ilişkin gerekli bilgilendirmenin de yapılacağı taahhüt edilmiştir.

Venedik Komisyonunun Türkiye’de çıkarılan kanun hükmünde kararnamelere ilişkin görüşlerine⁴⁰³ de yer veren AİHM, Mehmet Hasan Altan kararına atıfla, darbe girişiminin "ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin" varlığını ortaya koyduğu kanaatine vardığını belirtmektedir. İlgili kısım şu şekildedir:

“58. Hükümet, 15. Madde uyarınca Sözleşme’yi deroge etme hakkından yararlanan Türkiye’nin buna ilişkin hükümleri ihlal etmediğini değerlendirmiştir. Bu bağlamda, Hükümet, askeri darbe girişiminin sebep olduğu risklerin ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikeye neden olduğunu ve devlet yetkilileri tarafından tehlike karşısında alınan tedbirlerin, kesin olarak durumun sebep olduğu gereklilikler olduğunu belirtmiştir.

59. Bu noktada, Mahkeme, Mehmet Hasan Altan (no. 13237/17, § 93, 20 Mart 2018) kararında, askeri darbe girişiminin, Sözleşme anlamı dahilinde, "ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin" varlığını ortaya koyduğu kanaatine vardığını hatırlatmaktadır.”⁴⁰⁴

125. Bu bağlamda, Mahkeme 667 sayılı Kanun Hükmündeki Kararname’nin 15 Temmuz 2016 başarısız darbe girişiminde açıkça rol alan memur ya da diğer kamu çalışanlarının derhal işten çıkarılması için basitleştirilmiş bir usulün ortaya konması için yürürlüğe sokulduğunu kabul etmektedir. ... Böyle bir usul, olağanüstü hâlin kendine has şartları kapsamında haklı görülebilir”⁴⁰⁵.

Görüleceği üzere AİHM, iş sözleşmesinin feshi için basitleştirilmiş bir usulün getirilmesinin olağanüstü hâl koşulları içerisinde haklı görülebileceğini belirtmiştir. İlerleyen paragraflarda, bu hususta denetime elverişli bir yargı yolunun da açık bulunması gerektiği, usûli güvencelerin sağlanmış olması gerektiği belirtilmiştir. Somut olayda da başvuranın dava açtığı ve hatta bireysel başvuruya kadar gittiği düşünüldüğünde yargı yolunun açık olduğu kanaatine varılmıştır. Nitekim başvuran tarafından mahkemelerin tarafsızlığına yahut bağımsızlığına ilişkin bir şikâyet de bulunulmamıştır. Ancak başvuran, davada yeterli incelemenin yapılmadığını ileri sürmüştür. Buna ilişkin ise AİHM şu belirlemelerde bulunmuştur:

⁴⁰³ [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)037-e_](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)037-e_) (25.07.2022).

⁴⁰⁴ <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210243>, (25.07.2022).

⁴⁰⁵ <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210243>, (26.07.2022).

“146. Somut mahkeme kararlarından anlaşıldığına göre ulusal mahkemeler sadece söz konusu işten çıkarmanın yetkili bir merci tarafından yapıp yapılmadığını ve bu kararın yasal bir temeli olup olmadığını değerlendirmiştir. Feshin “geçerli nedene” dayanıp dayanmadığı ya da işverenin fesih kararını haklı çıkartabilecek herhangi bir bilgiye sahip olup olmadığı, yani başvuranın yasa dışı bir yapı ile bağlantısının olup olmadığı ulusal mahkemeler tarafından gerçekten tartışılmamıştır”⁴⁰⁶.

Bu belirlemeler ile Mahkeme, sonuç olarak başvuranın ilgili mahkemelerce yeterince dinlenilmediği sonucuna varmış ve bu sebeple AİHS’in 6/1. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

AİHM, Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiaları üzerinde de durmuştur. Burada AİHM’in dikkat ettiği husus, işten çıkarmanın işçinin hayatı üzerindeki etkilerinin belirli bir sınırı aşp aşmadığı olmuştur. Nitekim Mahkeme, işten çıkarmanın başvuranın hayatı üzerinde maddi ve manevi büyük etkileri olduğunu, başvuranın özel hayatına ilişkin ciddi olumsuzluklara yol açtığını ve bu sebeple 8. maddenin uygulanması için gerekli ciddiyet sınırının aşıldığını belirtmiş ve 8. maddenin ihlal edildiğine hükmedilmiştir.

7. Mehmet Hasan Altan/Türkiye⁴⁰⁷

Karar 15 Temmuz hain darbe girişimine ilişkin derogasyonun incelendiği bir karardır. AİHM kararda, öncelikle Türkiye tarafından verilmiş derogasyon bildiriminin incelenmesi ve olağanüstü hal ilanına gerekli koşulların oluşup oluşmadığının belirlenmesi üzerinde durmuş, “ulusun varlığını tehdit eden bir tehlikenin” mevcudiyetinin ortaya konulduğuna kanaat getirmiştir.

“14. 15 Temmuz’u 16 Temmuz 2016’ya bağlayan gece, Türk Silahlı Kuvvetleri mensubu olan ve “Yurtta Sulh Konseyi” olarak adlandırılan bir grup, demokratik yolla seçilen Meclisi, Hükümeti ve Cumhurbaşkanı ortadan kaldırmak amacıyla askeri darbe girişiminde bulunmuştur.

18. Türk makamları 21 Temmuz 2016 tarihinde, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine, 15. madde bağlamında Sözleşme’yi askıya aldıklarını (derogasyon) bildirmişlerdir”.

88. Mahkeme, istisnai olarak askıya alma hakkının kullanımı için, Sözleşme’nin 15. maddesinde sıralanan koşulların somut olayda bir araya gelip gelmediği sorusunun sorulması gerektiği kanaatindedir”.

“93. Mahkeme, Anayasa Mahkemesi’nin, olağanüstü hâl ilân edilmesine sebep olan olay ve olguları anayasal bir bakış açısıyla inceledikten sonra, askeri darbe girişiminin ulusun yaşamı ve varlığına karşı ciddi bir tehdit yarattığı sonucuna

⁴⁰⁶ <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210243>, (26.07.2022).

⁴⁰⁷ AİHM, B.N. 13237/17, T. 20/03/2018, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-192019>, (30.07.2022).

vardığını gözlemlemektedir (yukarıdaki 80. paragraf). Mahkeme ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmeleri ve kendi incelemesine sunulan unsurların bütünü ışığında, askeri darbe girişiminin, Sözleşme anlamında "ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin" varlığını ortaya koyduğu kanaatindedir".

AİHM, hain darbe girişimine ilişkin olarak bu olayın tüm ulusun varlığını etkileyen bir tehdit olduğunun hükümet tarafından ortaya konduğunu belirtmiştir. Ancak somut olaydaki tedbir açısından durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olma konusunda ayrıca bir değerlendirme yapmak gerektiği değerlendirilmiştir.

*"140. Mahkeme, ..., "hukuka uygun" olmayan ve "yasal yollara göre" gerçekleştirilmeyen tutukluluk tedbirinin, durumun gerektirdiği sıkı tedbire riayet ettiği şeklinde değerlendirilemeyeceği kanaatindedir (bkz. gerekli değişikliklerin duruma uygulanması koşuluyla (mutatis mutandis) daha önce anılan A. ve diğerleri, §§ 182-190, AİHM 2009) ..."*⁴⁰⁸.

AİHM, davanın sonucunda Sözleşme'nin 5. ve 10. maddelerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Kararın Türkiye açısından önemli yanı, 15 Temmuz hain darbe girişiminin, ulusun varlığını tehdit eden bir tehlike olarak değerlendirilmesi ve olağanüstü hâl ilanı ile 15.madde uyarınca askıya alma için geçerli bir sebep olarak nitelendirilmesidir. Ancak AİHM, durumun gerektirdiği ölçüde tedbir alınması gerektiğini belirtmekte ve buna ilişkin değerlendirme yetkisini kendisinde görmektedir. Her tedbiri kendi koşulları içerisinde incelemekte ve durumun, tedbiri gerektirir ölçüde olup olmadığını değerlendirmektedir.

Yine AİHM, Şahin Alpay/Türkiye⁴⁰⁹ kararında da benzer ifadelerle 15 Temmuz hain darbe girişiminin ulusun varlığını tehdit eden bir tehlike olarak değerlendirmiş, tedbirin ölçülü olup olmadığını değerlendirme yetkisini vurgulamış ve AİHS m. 5 ve m. 10'un ihlal edildiğine hükmetmiştir.

⁴⁰⁸ <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-192019>, (30.07.2022).

⁴⁰⁹ AİHM, B.N. 16538/17, T. 20/03/2018, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-193229>, (30.07.2022).

SONUÇ

İnsan hakları, en temel ifadesi ile insanın, salt insan olmaktan kaynaklanan hakları olarak tanımlanmaktadır. Ancak insan hakları kavramının içeriğinin belirlenmesi ve tanımının yapılması, AİHS'in 15. maddesi uyarınca yükümlülükleri askıya alma müessesesinin temelini oluşturması açısından önemlidir. Bu anlamda insan haklarının hak, hürriyet gibi kavramlardan farklılıklarına dikkat etmek gerekmektedir. Bunun yanında olağanüstü hâl kavramına ilişkin gerek siyasi gerek hukuki birçok farklı yaklaşım bulunmakta olup askıya alma ve olağanüstü tedbirlerin alınması hususunun anlaşılabilmesi için olağanüstü hâle yaklaşımları da ele almak gerekmektedir.

Genellikle zaruret teorisi ile açıklanan olağanüstü hâl, birçok farklı açıdan ele alınmıştır. Rousseau yasaların uygulanmamasının toplumu sona erdireceğini, sadece belirli dönemlerde istisnai olarak yasaların katılığından ayrılmak gerektiğini belirtir. Nitekim bu zamanlarda yasaların bükülmezliği devleti zora sokabilecektir. Olağanüstü halin ilk kuramcısı olarak kabul edilen Machiavelli ise hükümdarın iktidarı nasıl elinde tutabileceği üzerine düşünmüş ve öngörülemeyen bazı durumlarda prensin yani hükümdarın ahlaka ve dine aykırı kimi tedbirlere başvurabileceğini belirtmiştir. Nitekim hükümdar, iyilik yolundan ayrılmayı da bilmeli, böylesine esnek bir yapıda olmalıdır. Schmitt düşüncesinde ise olağanüstü hâl, çalışmalarının temelini teşkil eden bir konu olmuştur. Nitekim Schmitt'e göre egemen, olağanüstü hale karar verendir. Schmitt'e göre olağanüstü hâl bir istisna halidir ve hukukun istisnai bir yönünü oluşturur. Ancak Schmitt, istisnaların aslında kuralı var ettiğini belirtir: "İstisna, hukuki normu var eder ve her şey zıddı ile kaimdir". Agamben ise, Roma Hukuku'ndaki temellerine atıfla istisna halinin hukukun askıya alındığı bir dönem olduğunu ifade eder. Agamben'e göre istisna hali ne hukukun tamamen içinde ne de dışında kalmaktadır. Yazara göre istisna hali, hukuk ve siyasetin kesişim noktasında yer almaktadır. Yine Agamben'e göre istisna hali, yasasız bir yasa gücünün söz konusu olduğu, kuralsız bir alandan ibarettir.

Birçok düşünür tarafından belirtildiği üzere olağanüstü hâl kavramı açıklanması ve tanımlanması zor bir kavramdır. Bu anlamda olağanüstü hale ilişkin çeşitli yaklaşımlar geliştirilmiştir. Bunlar kısaca zaruret hali teorisi, meşru savunma

teorisi, siyasi teori ve anayasa geleneği teorisidir. Zaruret hali teorisi, devletin zaruret halinde bir zaruret hakkına sahip olduğunu ve devletin bu dönemde gerçekleştirdiği düzenlemelerin zaruret hakkı sebebiyle hukuka uygun olduğunu kabul eder. Bu teori, insan hakları ihlallerine de sebebiyet verebilecek düzenlemelere önceden bir hukuka uygunluk sebebi getirdiği için eleştirilmektedir. Meşru savunma teorisi ise belirli durumlarda devletin kendini savunmasının meşru bir yolu olarak yapılan düzenlemelere meşruluk kazandırmaktadır. Ancak bu meşruiyetin nereden kaynaklandığı ve sınırların ne olması gerektiğinin belirtilememesi teorinin tenkidine yol açmıştır. Siyasi teori ise, zaruret teorisini reddederek olağanüstü durumlarda alınan olağanüstü tedbirlerin ancak siyasi bir gereğe dayalı olarak açıklanabileceğini savunur. Yani siyasi teori uyarınca olağanüstü hâl, siyasi birtakım gereklere dayalı olarak ilan edilir. Anayasa geleneği teorisi ise, olağanüstü halde bir anayasal teamül olduğu, bu teamül uyarınca hukukun askıya alınarak olağanüstü tedbirlere başvurulduğunu belirtmektedir. Ancak sert anayasaya sahip devletler açısından bu teori, anayasanın teamülen değiştirilemeyeceği gerekçesiyle halihazırda reddedilmektedir.

AİHS'e taraf devletler, ulusun varlığını tehdit eden bir tehlike halinde, bu tehlikenin olağan tedbirlerle savuşturulamaması durumunda, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olmak koşuluyla AİHS bağlamında mevcut yükümlülüklerini, bir başka ifade ile hakları, askıya alabilmektedir. Bu durumda AİHM, olağanüstü hâl ilanı ve olağanüstü tedbirler alınması hususunda devletlerin takdir yetkisi olduğunu belirtmektedir. Nitekim olağanüstü hali gerektiren tehlike ile birebir yüzleşen her zaman ulusal makamlardır. Bu sebeple de ulusal makamların alınacak tedbirlerin mahiyetine ilişkin takdir yetkisi bulunmaktadır. AİHM bu hususu açıkça kabul etmektedir. Bu tezin de temel amacı olağanüstü hâl dönemlerinde idari makamlara yol göstermektir. Olağanüstü halde alınan tedbirlerin gerekliliği ve ölçülülüğü ise AİHM tarafından denetlenmektedir. Nitekim AİHM, olağanüstü halde alınan tedbirleri, olağanüstü hali gerektiren olaylar bağlamında incelemekte ve tedbirlerin özellikle ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığını denetlemektedir.

Sonuç olarak, AİHS'e uygun olacak şekilde olağanüstü dönemlerde yükümlülüklerin askıya alınması mümkündür. Bu askıya alma öncelikle ulusun varlığını tehdit eden bir tehlikenin varlığı sebebiyle olmalıdır. Ulsun varlığını tehdit, tüm ülkeye yayılmış bir tehdit olabileceği gibi ülkenin bir bölümünde gerçekleşen

ancak tüm ulusun varlığını tehdit eden bir nitelikte de olabilir. Bu hususta, belirli bir bölgedeki bölücü terör faaliyetleri örnek gösterilebilir. Bu faaliyetler ülkenin belirli bir kısmında görülse de tüm ulus için bir tehdit niteliğindedir. Bu tehlike halinde dahi AİHS m.15'e göre birtakım askıya alınamayacak haklar mevcuttur. Bu haklar savaş fiilleri sebebiyle ölüm hariç yaşama hakkı, işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulama hakkı, kul yahut köle olarak tutulamama ve kanunsuz ceza uygulama yasağı şeklinde belirtilebilir. Yani olağanüstü hallerde dahi bu haklara aykırı tedbirler alınamayacağı belirtilmiştir. Bunun yanında AİHM, AİHS dışındaki diğer uluslararası nitelikteki düzenlemelere de aykırı davranılmamasını beklemektedir. Ayrıca, alınan tedbirlerin, tehlikeyi yaratan olaylar ve tehlike ile ölçülü olması gerektiği belirtilmektedir. Bu ölçülülük, tehlikeyi bertaraf için gereken önlemin alınmasıdır. Bir diğer husus, alınan tedbirlerin geçici olması gerektiğidir. Tedbirlerin süresinin, olağanüstü hâl süresi ile sınırlı kalması gerekmektedir. Usuli şart ise bildirimin yapılması şartıdır. AİHS m. 15 uyarınca, yükümlülüklerin askıya alınması söz konusu olduğunda Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine bir bildirim yapılması gerekmektedir. Bu bildirim kurucu bir nitelik taşımakta olup yükümlülüklerin askıya alınması ancak bu bildirimden sonra gerçekleştirilebilmektedir. Bu anlamda devletler, AİHS'ten kaynaklanan yükümlülüklerini askıya alırken sıkı şartlara uymak zorundadır. Özellikle tedbirlerin durumun gerektirdiği ölçüde olması ilkesi, devletler aleyhine en çok ihlale sebep olan ilke olarak karşımıza çıkar. Bu anlamda AİHS'e uygun bir askıya almadan bahsedebilmek için durumun gerektirdiği ölçüde ve tehlikeyi bertarafa yeterli düzeyde en hafif tedbirin alınması gerekmektedir. Ülkemizde 2016 yılında ilan edilen olağanüstü hâl ile birlikte bazı kalıcı tedbirlerin alınması söz konusu olmuştur. Bu anlamda kamu görevinden çıkarma gibi alınan kalıcı tedbirlerin ölçülülük ilkesi bağlamında titizlikle değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu hususta Venedik Komisyonunun Türkiye'de çıkarılan kanun hükmünde kararnamelere ilişkin görüşlerine de yer vermek gerekir. Nitekim Venedik Komisyonu, alınacak tedbirlerin geçici nitelikte olması gerektiğini, kalıcı tedbirlere başvurulmasının uygun olmadığını belirtmektedir. Hal böyle olunca, ülkemizde alınan kalıcı tedbirlere ilişkin olarak AİHM nezdinde ihlal kararları gelmesi olası gözükmemektedir.

KAYNAKÇA

Agamben, Giorgio. **İstisna Hali**, çev. Kemal Atakay, Otonom Yayınları, 1. Basım, İstanbul, 2006.

Agamben, Giorgio. “Olağanüstü Hâl”, **Şiddetin Eleştirisi Üzerine**, haz. Aykut Çelebi, Metis Yayınları, İstanbul, 2010.

Akgül, Burcu. Hukukun Siyasallaştırılması: **Olağanüstü Hal Rejimi ve 20 Temmuz 2016 Sonrası Uygulama**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Muğla, 2019.

Akıllıoğlu, Tekin. **İnsan Hakları Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Aliefendioğlu, Yılmaz. “Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Yönetim Usulleri”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 25, Sayı: 2, 1992, ss. 25-46.

Anayurt, Ömer. “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınırlandırmaların Değerlendirilmesi”, **Türkiye’de İnsan Hakları**, Oya Çiftçi (Yayına Hazırlayan), 1. Baskı, TODAİE yayınları, Ankara, 2000.

Arslan, Zühtü. “Türkiye’de İstisna Hali, Terör ve İfade Özgürlüğü”, **TBB Dergisi**, Sayı:71, Yıl: 2007, ss. 201-226.

Atay, Ender Ethem. **İdare Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 15. Maddesine İlişkin Rehber**, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_TUR.pdf, (14.04.2022).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Tematik Bilgi Notu – Olağanüstü Hâllerde Yükümlülükleri Askıya Alma**, çev. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı, 2015, https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/08/05/FS_Derogation_TUR.pdf, (05.07.2022).

Aybay, Rona. **İnsan Hakları Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015.

Bakar, Hakan. **1982 Anayasasında Olağanüstü Hal Rejiminin Masumiyet İlkesi Açısından Değerlendirilmesi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.

Batum, Aslı Gizem. **1982 Anayasasına Göre Olağanüstü Hal Kavramının Teori ve Pratiği**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017.

Behçet, Muhammed. **Olağanüstü Hal Uygulaması ve Teorik Temelleri**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014.

Böcükçü, Aykut. **İnsan Hakları ve Türk Kamu Yönetiminde İnsan Haklarını Koruma Mekanizmaları**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2019.

Çözeli, Yusuf. **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Ekseninde Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Ve Türkiye Örneği**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Trabzon, 2016.

Darendeli, A. Vahap. **1982 Anayasasına Göre Olağanüstü Hal ve Düzenlemelerinin Hukuki Rejimi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 1992.

Daver, Bülent. **İcra Organının İstisnai Yetkileri Bakımından Fevkalade Hal Rejimleri (Türkiye’de- Yabancı Memleketlerde)**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1961.

Ercan, Damla. “Schmitt’in ‘Olağanüstü Hali İle Agamben’in ‘İstisna Hali’: Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:11, Sayı:2, 2021, ss. 1395-1415.

Eren, Abdurrahman. **Anayasa Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Ankara, 2015.

Erdoğan, Mustafa. **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 6. Baskı, Hukuk Yayınları, Ankara, 2018.

Esen, Selin. **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hâl Rejimi**, Adalet Yayınevi, Ankara, Şubat, 2008.

Fendoğlu, Hasan Tahsin. “Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hâl Kavramı ve Bu Konuda İleri Sürülen Teoriler”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 5, 1992, ss. 179-203.

Gemalmaz, Mehmet Semih. **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt1, 8. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Gökpınar, Mahmut. “Bir Kavram Olarak İnsan Hakları ve Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması”, **TBB Dergisi**, Sayı: 120, 2015, ss. 11-72.

Gözler, Kemal. **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2018, (İnsan Hakları).

Gözler, Kemal. “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 47, Sayı: 4, 1990, (Olağanüstü Hal).

Gözler, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 17. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2014, (Türk Anayasa).

Gözübüyük, Şeref ve Feyyaz Gölcüklü. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

Güran, Enes. “Carl Schmitt: Olağanüstü Halde Hukuk”, **Felsefe Arkivi**, Sayı: 46, 2017/I, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iufad/issue/44686/555072>, (15.04.2021), ss. 21-40.

Haçerlioğlu, Orhan. **Felsefe Ansiklopedisi Kavramlar ve Akımlar**, Birinci Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1979.

Hazır, Hayati. **(Türkiye’de ve Yabancı Ülkelerde) Olağanüstü Hâl Rejimlerinde Kamu Hürriyetlerinin Sınırlanması ve 12 Mart Olağanüstü Rejimi**, Trabzon, 1982.

Işık, Kübra. **Türkiye’de Olağanüstü Hal Dönemlerinde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.

Kalabalık, Halil. **İnsan Hakları Hukukuna Giriş**, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.

Kapani, Münci. **Kamu Hürriyetleri**, Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Kaya, Semih Batur. “2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Olağanüstü Halin Hukuki Rejimi Üzerine Bir İnceleme”, **TBB Dergisi**, Sayı:158, 2022.

Konuk, Mithat. “Olağanüstü Hal Kapsamında Yayımlanan Kanun Hükmünde Kararnamelerin Özellikleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:65, Sayı:4, 2016.

Kuçuradi, Ioanna. “Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, Sayı:13, Yıl:2005, ss. 36-41.

Kuçuradi, Ioanna. “İnsan Onuru Kavramı ve İnsan Hakları”, **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları -İnsan Hakları ve Hukuk-Devlet-Siyaset Felsefesi Yazıları**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2011, ss. 69-76.

Kurultay, Elen. **2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Olağanüstü Hal Yönetimi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin, 2019.

Kuzu, Burhan. **Olağanüstü Hâl Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hâl Rejimi**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1993.

Machiavelli, Niccolo. **Prens**, çev. Kemal Atakay, 6. Basım, Can Yayınları, İstanbul.

Narter, Recep ve Semih Batur Kaya, **Olağanüstü Hal Rejimi: Alacakaranlıkta Yönetim**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Öden, Merih. “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 58, Sayı: 3, 1990, ss. 659-692.

Rousseau, Jean Jacques. **Toplum Sözleşmesi**, çev. Vedat Günyol, Adam Yayınları, 2. Baskı.

Safi, İkbâl Sibel. “Covid–19 Salgını Sebebiyle Alınan Önlemlerin AİHS'nin 15. Maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi”, **Bir Küresel Salgın ve Hukuk: Covid–19**, (ed. Murat Batı ve Sezai Çağlayan), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Sancakdar, Oğuz, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan, Serkan Seyhan. **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Saygılı, Abdurrahman. **Kutsal Canavar Devlet**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Schmitt, Carl. **Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm**, Dost Kitabevi, Ankara, 2005.

Tahtalı, Murat Buğra. “Türk Hukukunda Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleriyle Kamu Görevinden İhraç Edilen Personelin Ohal İşlemleri İnceleme Komisyonu Sonrasında İdari Yargıya Başvurma Süresi Sorunu”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 2, 2019.

Tanrıverdi, Merve. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2021.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rıfat Murat Önok. **İnsan Hakları El Kitabı**, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Ünal, Şeref. “İnsan Haklarının Tarihi Felsefi ve Hukuki Temelleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 1994, Sayı:1, 1994, ss. 41-74.

Vaiz, Mehmet Ekin. **Olağanüstü Hal Kavramı ve Denetimi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Doğu Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, KKTC, 2011, s. 80.

Yılmaz, Sibel. “İstisna Hali Üzerinden Bir Egemenlik Kavramı Tartışması Schmitt Ve Agamben’in Teorileri Hakkında Bir Çalışma”, **TBB Dergisi**, Sayı: 132, 2017, ss. 383-410.

Yükselbaba, Ülker. “Habermas’ın Prosedüralist Hukuk Paradigması, Haklar Sistemi Ve Hukuk Devleti”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXVI, Sayı:1, ss. 221-252.

Yavuzdoğan, Seçkin. **1982 Anayasası’nda Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnameleri**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003.

Yokuş, Sevtap. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türkiye’de Olağanüstü Hâl Rejimi Pratiği ve Anayasa Şikayetine Etkisi**, 1. Baskı, Ankara, 2017.