

Olağanüstü Hal Kavramı ve Denetimi

Mehmet Ekin Vaiz

Doğu Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Araştırma Enstitüsü'ne Kamu Hukuku Yüksek Lisans Tezi Olarak Sunulmuştur.

Doğu Akdeniz Üniversitesi
Ekim 2011
Gazimağusa, Kuzey Kıbrıs

Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsü Onayı,

Prof. Dr. Elvan Yılmaz
Director

Bu tezin Kamu Hukuku dalında Yüksek Lisans gerekleri doğrultusunda hazırlandığını onaylarım.

Doç. Dr. Sema Taşpınar Ayvaz
Hukuk Fakültesi Dekanı

Bu tezi okuyup değerlendirdiğimiz, tezin nitelik bakımından Hukuk Fakültesi Yüksek Lisans gerekleri doğrultusunda hazırlandığını onaylarız.

Doç. Dr. Sultan Üzeltürk
Supervisor

Değerlendirme Komitesi

1. Doç. Dr. Sultan Üzeltürk

2. Yrd. Doç. Dr. Can Azer

3. Yrd. Doç. Dr. Tufan Erhürman

ABSTRACT

This thesis sets out to investigate the concept of “The State of Emergency”, the research focuses on the notion’s definition, application and to what extent it is used.

The definition of the notion within different political and judicial contexts is investigated by analyzing the decision making processes of different governments on their legal and constitutional arrangements according to the concept. The deliberate maintenance and/or creation of the State of Emergency by the government in order to strengthen and expand its political power is an important research subject of this thesis and is further investigated by looking into examples of this 'empowering strategy' in world history. The principle of Constitutional State, its operation and protection in case of a State of Emergency that is deliberately abused by the governing body and the types of legal regulations that can be done in such cases is another important research focus of this thesis.

The conclusive evidence and examples investigated throughout this thesis demonstrates how extensive and abusive the concept of State of Emergency is used by world governments.

Keywords: The State of Emergency, Constitutional State

ÖZ

Bu çalışmada kavram olarak Olağanüstü Hal'in (State of Emergency) tanımı, uygulaması ve kapsamının ne olduğu, farklı siyasal ve hukuki anlayışlar çerçevesinde olağanüstü hal tanımları ve uygulamaları üzerinde durulmaktadır. Devletlerin bu kavrama ilişkin olarak yaptıkları anayasal ve yasal düzenlemeler, mevcut olan olağanüstü halin bizzat devlet tarafından devlet iktidarının güçlendirilmesi amacıyla kasten sürdürülmesi veya devletin iktidar olanaklarını genişletmek adına bizzat olağanüstü hali yaratma eğilimi ve bunun dünya tarihindeki örnekleri incelenmektedir.

Hukuk devleti ilkesi üzerine kurulan hukuk düzeninin, olağanüstü hal konusunda bizzat devlet tarafından ortaya çıkabilecek suistimallere ilişkin kendini nasıl müdafaa edeceği ve bu durumlarda ne tür hukuki mekanizmaların işletilebileceği bu çalışmanın konusudur.

Anahtar Kelimeler: Olağanüstü Hal, Hukuk Devleti

KISALTMALAR

AKT: Aktaran

DORA: Defence of Realm Act (Ülke Savunma Kanunu)

E: Esas Numrası

K: Karar numarası

KHK: Kanun Hükümünde Kararname

NSA: National Service Act (Ulusal Hizmet Kanunu)

OHAL: Olağanüstü Hal

OYT: Orjinal Yazım Tarihi

TBMM: Türkiye Büyük Millet Meclisi

İÇİNDEKİLER

ABSTRACT	1
ÖZ	2
KISALTMALAR	3
İÇİNDEKİLER	4
1 GİRİŞ	7
1.1 Olağanüstü Hal Kavramı.....	7
1.2 Pozitivist Siyaset Teorisinin ve Bilimsel Bilgi Kavramının Eleştirisi.....	9
1.3 “Olması Gereken” ve “Yorumdan Arınmış Bilgi” Kavramları	13
1.4 İstisna Hali Kavramı	14
1.5 Üst Kavram Olarak İstisna Hali Nedir?	16
1.6 İstisna Halinin Bir unsuru Olarak Zorunluluk	20
1.7 İstisna Halinin Bir unsuru Olarak Geçicilik.....	23
1.8 İstisna Haline İlişkin Seçme Düşünceler	24
1.9 İstisna Halinin Meşrulaştırılması	29
1.9.1 Zaruret Hakkı Yaklaşımı.....	30
1.9.2 Siyasi yaklaşım	34
2 TARİHTE OLAĞANÜSTÜ HAL PRATİKLERİ	37
2.1 Roma Cumhuriyeti.....	37
2.2 Almanya.....	41
2.2.1 Weimar Anayasası’nın 48. Maddesi ve Maddenin Arka Planı	42

2.2.2 Anayasa'nın 48. Maddesi'nin Aşırı Kullanımı	44
2.2.3 Almanya'da Siyasi Denetim	48
2.2.4 Almanya'da Yargısal Denetim.....	49
2.3 Fransa.....	49
2.3.1 Fransa'nın Yasallık Prensibi	51
2.3.2 State of Siege'in Common Law Örneklerinden Farkı.....	52
2.3.3 Fransa'da Savaş Deneyimleri.....	53
2.3.4 Beşinci Cumhuriyet ve İstisna Hali.....	55
2.3.5 Fransa'da Siyasi Denetim	57
2.3.6 Fransa'da Yargısal Denetim.....	58
2.4 Büyük Britanya	60
2.4.1 Martial Law	61
2.4.2 Büyük Britanya'da Savaş Deneyimleri	62
2.4.3 II. Dünya Savaşı'nda Yürütme-Yasama İlişkileri.....	65
2.4.4 Britanya'da Modern Olağanüstü Hal	65
2.4.5 Britanya'da Siyasi Denetim	67
2.4.6 Britanya'da Yargısal Denetim	67
2.5 Amerika Birleşik Devletleri.....	68
2.5.1. Amerikan İç Savaşı	70
2.5.2 I. ve II. Dünya Savaşı Esnasında Birleşik Devletler	71
2.5.3 Birleşik Devletler'de 11 Eylül ve Etkileri.....	73
3 TÜRKİYE'DE OLAĞANÜSTÜ HAL REJİMİ VE DENETİMİ	76
3.1 Olağanüstü Hal Türleri	76
3.2 Sıkıyönetim.....	77

3.3 Olağanüstü Hal İlanı	78
3.4 Neden	78
3.5 Yetki.....	80
3.6 Usul ve Biçim	83
3.7 Konu.....	84
3.8 Amaç	84
3.9 Olağanüstü Hallerde Düzenleme Yetkisi	84
3.10 Yasayla Düzenleme	84
3.11 Olağanüstü Hal Kararnameleri	86
3.12 Olağanüstü Hal Tasarruflarının Denetimi.....	89
3.12.1 Olağanüstü Hal İlanı İşleminin Denetimi	89
3.12.2 Bakanlar Kurulu'nun Olağanüstü Hal İlanı Kararının Denetimi	89
3.12.3 TBMM'nin Onay Kararının Denetimi	90
3.13 Olağanüstü Hale İlişkin Yasa Gücünde İşlemlerin Denetimi	91
3.13.1 Olağanüstü hale ilişkin yasaların denetimi	91
3.13.2 Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Denetimi	92
3.14 Olağanüstü Hal Süresince Yapılan İşlemlerin Denetimi	98
4 SONUÇ	101
KAYNAKÇA	107

Bölüm1

GİRİŞ

1.1 Olağanüstü Hal Kavramı

“Olağanüstü Hal”, “Zorunluluk Doktrini”, “İstisna Hali” veya “Anayasal Diktatörlük” belki de hukuk aleminin anlamı en karmaşık kavramları olmakla birlikte, sonuçları itibarıyla en önemli kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Kavramların belirsizliği ile terminolojik belirsizlik tamamen uyumludur. Aslında temel sıkıntı kavramların temelini oluşturan olguların tam da hukukla siyaset arasındaki gri alanda kalması ve bu gri alanın hukukçular tarafından “tekin olmayan” bir bölge varsayılmasına karşılık, siyasetin, doğası gereği, bu alana da hükmetme eğilimidir. Oysa bu alan hukuk ve siyasetin gerçek anlamda arakesitidir ve aynı zamanda son derece belirleyici bir niteliğe sahiptir. O kadar ki Carl Schmitt “Siyasal Teoloji” isimli kitabında, “Egemen olan, olağanüstü hale karar verebilendir.”¹ diyecek kadar ileri gitmiştir. Bu alanın egemenlikle doğrudan ilişkisi olmasını, hukukçuların, bu ara kesit konusundaki ürkekliği ile yan yana koyan Giorgio Agamben, “Olağanüstü Hal” isimli kitabının girişine, şu yerinde soruyla başlar: *Quare siletis juristae in munere vestro?* [Siz hukukçular sizi ilgilendiren şey konusunda niçin susuyorsunuz?].²

¹ Carl Schmitt, Siyasal Teoloji, 1922, Akt. Giorgio Agamben, İstisna Hali, Otonom Yayıncılık, Şubat 2006, İstanbul s.1.

² Agamben, op.cit., s.6.

Konuyu “Anayasal Diktatörlük” başlığı altında inceleyen Rossiter şu çarpıcı tespitte bulunur: “Tehlikeli ama kaçınılmaz bir gerçek: Ulusun varlığının tehlikede olduğu bir durumda diktatörlüğü dışlayan hiçbir devlet yaşayamaz/kurtulamaz.”³ Bu saptama çalışmanın ilerleyen aşamalarında da üzerinde durulacağı gibi Roma Cumhuriyeti’nden günümüze kadar gelen devletlerin kendi kendini koruma refleksi işaret eder. Ulusun varlığının tehlikeye girmesi durumunda genişletilen iktidar olanakları ile halkların temel hak ve özgürlüklerinin çatışması ise yine Roma’dan günümüze kadar gelmiş kadim bir çelişkidir. O kadar ki Birleşik Devletler’in istisna hali/anayasal diktatörlük kavramı ile en ilgili başkanlarından Lincoln 4 Temmuz 1861 tarihinde Kongre’de yaptığı konuşmasında şu sözleri sarf etmiştir: “Bu durum bütün devletlerin kalıtsal ve ölümcül zafiyeti midir? Bir zorunluluk durumunda devlet vatandaşlarının özgürlüklerine karşı ölçsüz güç mü kullanmalıdır yoksa kendi varlığını koruyamayacak kadar zayıf mı olmalıdır?” Eğer Lincoln 1942 yılında yaşasaydı kuşkusuz ki bu sorunun o güne uyarlanmış versiyonunu soracaktı: “Bir demokrasi zorlu bir savaş süreci geçirdikten sonra savaş bitince hâlâ daha demokrasi olmaya devam edebilir mi?”⁴

Bu çalışma ile ilgili kesin bir gerçek varsa o da hukuk ve siyasetin bu ara kesitine ilişkin olan “hukukçu türkekliliğinin” bir kenara bırakılarak meselenin yeri geldiğinde siyasi, yeri geldiğinde hukuki boyutlarının tartışılacağıdır. İlk etapta çalışma, pozitivistin yöntemlerini sorgulayacağı için liberal pozitivistin argümanları eleştirel teori çerçevesinde sınanacaktır.

³ Clinton. L Rossiter, Anayasal Diktatörlük (Constitutional Dictatorship), Princeton Üniversitesi Yayınları, 1948, New Jersey, s. Vii.

⁴ Ibid., s. 3.

1.2 Pozitivist Siyaset Teorisinin ve Bilimsel Bilgi Kavramının Eleştirisi

Liberalizmin siyasal örgütlenmenin ilkeleri düzeyinde benimsediği, herkesin beklentilerini tam anlamıyla karşılayabilecek bir siyasal topluluğun kurulamayacağı, asıl olanın her bireye kendi iyisini gerçekleştirme olanağı sağlayacak bir haklar ve özgürlükler düzeni olduğu anlayışıdır ki doğrudan doğruya pozitivist siyaset teorisinin “olan”ı incelemeye yönelip “olması gereken”i metafizik olarak dışlamasıyla bağlantılıdır. Burada “olması gereken”in hiçbir şekilde mümkün olamayacağı için tamamen yok farz edildiği bir anlayıştan bahsediyoruz. Bu anlayışa paralel olarak da pozitivist siyaset teorisine yüklediği temel işlev, mevcut bir siyasal sistemin işlerliği içinde gelişen siyasal olgu ve süreçlerin açıklanması, buna karşılık bir açıklama yaparken siyaset felsefesine, yani “iyi toplumsal-siyasal örgütlenmenin temel ilkeleri ne olmalıdır?” türünden sorularla ilgilenmemesi biçimindedir.⁵ Tam da bu nokta özellikle olağanüstü hal/istisna hali gibi gri alana ait bir kavram üzerinde inceleme yapacak bir çalışma için büyük önem arz etmektedir. Olağanüstü halin tanımı, işlevi ve denetim mekanizmaları incelenirken “olması gereken” in göz ardı edilip “olan”ın incelenmesiyle yetinmek, kuşkusuz ki çalışmanın çözüm önerme işlevi ve yapıcılığı açısından ciddi bir sorun teşkil edecektir. Pozitivist siyaset teorisinin, siyaset bilimi ile kastettiği şey, toplumda var olan mevcut olguların açıklanmasıdır ve bu esnada pozitivistlerin en büyük iddiası, tarafsız olmaktır. Pozitivism verilen bilginin, objektif ve herkesçe denenip elde edilebilecek bir bilimsel bilgi olduğunu ortaya koyar. Eleştirel teori ise bunun mümkün olmadığını iddia eder:

⁵ Levent Köker, İki Farklı Siyaset, Dipnot Yayınları, 2008, Ankara, s.67.

“Nesnel bilgi kavramının kendisi Galile biliminin sonuçları hakkında Descartes’in rasyonalist yorumundan devralınan felsefi bir yanıştır denilmektedir. Kabul edilmiş bilimsel metot görüşünün bu eleştirisi bilimin diğer tüm bilişsel insan faaliyetleri gibi yorumlamayı içerdiği gerçeğini vurgulamaktadır. Doğa bilimciler bile hangi olguların önemli sayılacağını ve teorik önemlerinin ne olduğunu belirlemek durumundadırlar ki birbirlerine rakip varsayımlardan birinde karar kılmak için yorumlanmamış veriler bulmaya hiç olanak yoktur.”⁶

Levent Köker’in vurguladığı üzere Dreyfus’un bu değerlendirmesi, pozitivist bilimsel bilgi anlayışının sosyal bilimler alanında olduğu kadar doğa bilimleri içinde geçersizliğine yöneliktir. Bu açıdan bir bakıma pozitivist anlayışa uygun olarak doğa bilimleri ile sosyal bilimlerin aynılığı görüşüne yakınlaşmakta ancak her ikisinde de pozitivist bilgi ve metot anlayışının geçerli olamayacağı sonucuna varılmaktadır.⁷

Başka bir anlatımla gerek sosyal bilimler alanında gerekse doğa bilimleri alanında ham bilginin içindeki “yorum”un olgusal varlığının inkarı aslında bir aldatmacadan ibarettir. Pozitivist bilgi anlayışının hem “olması gereken”i göz ardı eden yönü hem de aslında her türlü bilginin bir yorum da içerdiği tezini inkar eden tavrı, bu çalışmanın konusunu teşkil eden olağanüstü hal gibi gri alanlara ait konuların incelenmesinde bizi yöntem açısından önemli bir tercih yapmaya yöneltmektedir.

Nitekim Paul Feyerabend’in değerlendirmelerine göre ortada sadece birbirleriyle uyuşmayan, birbirlerini kapsamaması mümkün olmayan, bütünsel yorumlamalar arasındaki çatışma vardır. Doğa ve toplum bilimleri arasındaki tek fark, doğa bilimlerinde bu

⁶ Hubert L. Dreyfus, “ Holism and Hermeneutics”, Review of Metaphysics, Cilt 34, Sayı 1 (1980), s.4, Akt. Köker, op. cit., s.72.

⁷ Köker, op. cit., s.72.

yorumlama çatışmasının gizlenmiş olması, buna karşılık sosyal bilimlerde bu çatışmaların üstünün örtülemediği olmasıdır.⁸

“Burada ortaya konacak olan görüş, toplumsal gerçeklik hakkındaki her bilginin beraberinde, açıkça veya zımnen, belirli ideolojik, siyasal ve değerlendirci inançları da taşıdığı ileri sürmektedir... Görünüşte, en tarafsız metodoloji olan doğa bilimlerinin metodolojisi, toplumsal dünyaya uygulandığında bulguları ve sonuçları bakımından siyasal bir nitelik kazanmaktadır.”⁹

Pozitivizmin “bilimsel bilgi” kavramının, eleştirel teori çerçevesinde iyice irdelenmesi, bizce hukuk camiasının, arakesit bölgedeki ürkekliği açısından son derece önemlidir. Sosyal bilimler arasında yer almasına karşın pozitivist bilgi anlayışından en çok etkilenen dal olan hukuk, tıpkı destek niteliğindeki ek tekerlekleri çıkarıldığında, bisikletten düşen küçük bir çocuk gibi arakesit bölgesinde hareket etmekte zorluklar yaşamaktadır. Bu anlamda hukuk biliminin, pozitivist bilgi anlayışının dogmatikliğine ve tekerciliğine arkasını dayamadan da var olabileceği ihtimalinin, zor da olsa anlaşılabilirliğini düşünüyoruz; çünkü tıpkı eleştirel siyaset teorisinin söylediği gibi, pozitivist bilgi anlayışının bu nitelikleri, zaten bir yanılsamadan ibarettir.

Ne kadar enteresandır ki, eleştirel siyaset teorisi ile organik bağı olmamasına karşın Carl Schmitt de, bir bilginin tarafsız ve her türlü yorumdan arınmış şekilde apolitik olamayacağı hususunda eleştirel teorisyenlerle hemfikirdir. Carl Schmitt, pozitivist bilgi anlayışı ile hukukun en doruk noktada bulunduğu Kelsen’in “saf” hukuksal yaklaşımı için: “Gerçekte karşıtını siyasal, kendisini ise apolitik (burada kastedilen, bilimsel, adil, nesnel, tarafsız, vb.dir.) olarak nitelemek siyaset yapmanın tipik ve özellikle yoğun bir

⁸ Ibid., s.72.

⁹ James Farganis, “ A Preface to Critical Theory”, Theory and Society, Cilt 2, Sayı 3 (1975), s 483, Akt. Köker, op. cit., s. 85.

türüdür.”¹⁰ demektir. Hele de siyasal = devlete ilişkin denkliginde ısrar edilirse, bunu takiben (mantıksal bakımdan imkansız ama görünüşe bakılırsa kaçınılmaz olan) şu sonuç ortaya çıkmaktadır: Devlete ilişkin olmayan her şey, yani tüm toplumsal şeyler, apolitiktir!¹¹

Bu çalışmanın da temelini oluşturan eleştirel teori, modern ve modern olmayan tüm toplumlardaki çözümlemelerine, herhangi bir konuyla ilgili kavrayışı çerçevesinde anlayıcı, yorumlayıcı ve dolayısıyla değerlendirci bir biçimde yaklaşacaktır. Bu bakımdan kendi yaklaşımını pozitivistin yaptığı gibi aslında değerlendirciyken, böyle değilmiş gibi sunmayacaktır.¹² Buna karşılık, tarihsel yorumlayıcı bilimlerin geleneği içinde yorumlayıcı anlama (verstehen) görüşünü geliştirerek kendi çerçevesinin kapsamına oturtan eleştirel teori, Frankfurt Okulu’nun kurucularından Horkheimer’in belirttiği şu amaca yönelmektedir:

“Eleştirel toplum teorisi... Konu olarak, kendi özgün tarihsel yaşam biçimlerini bütünselliği içinde üreten varlıklar olarak insanı almıştır. Bilimin hareket noktasını oluşturan mevcut ilişkiler olasılık kurallarına göre doğrulanması ve öngörülmesi gereken basit veriler olarak görülmemektedir. Her veri sadece doğaya değil ama aynı zamanda insanın onun üzerinde sahip olduğu güce de dayanır. Nesnelere, algılama türü, sorulan sorular ve cevapların anlamı, hepsi insan etkinliğine ve insanın gücüne tanıklık ederler... (Eleştirel teori) sadece insanların süreğinden çalışmaları içinde değerini gösteren bir araştırma varsayımı değildir;

¹⁰ Schmitt, op. cit., s.40

¹¹ Schmitt, op. cit., s.41

¹² Köker, op. cit., s. 114.

insanların tarihsel çaba ve güçlerindeki özsel ögedir... Bu teorinin amacı insanı tutsak eden ilişkilerden kurtararak özgürleştirmektir.”¹³

Kuşkusuz ki konusu olağanüstü hal/istisna hali olan bu çalışmanın içinde barındırdığı hukuk ideali, Horkheimer’ in eleştirel teorinin amacını belirttiği son cümlesiyle tamamen uyumludur ve çalışma bu doğrultuda, yukarıda belirttiğimiz gibi hukuk ve siyaset arakesatine girmekten çekinmeyecektir. Bu konudaki ürkekliği iyice bastırmak adına son olarak, Karl Mannheim’ın bu ara kesitin varlığına veya bir başka açıdan bakarsak yokluğuna ilişkin son derece radikal tespitini belirtmekte fayda vardır: “Yasa (ya da hukuk) kesinleşmiş siyaset, siyaset ise olmakta olan yasadır (ya da hukuktur), biri statik, diğeri dinamiktir.”¹⁴

1.3 “Olması Gereken” ve “Yorumdan Arınmış Bilgi” Kavramları

Bu çalışmanın konusunu teşkil eden istisna hali kavramının hukuk ile siyaset arasındaki gri bölgeye ait bir kavram olduğunu belirttikten sonra herhalde böylesi bir alanda vuku bulan gelişmeleri pozitivist bilgi anlayışı çerçevesinde “yorumdan arındırılmış bilgi” şeklinde sunmak bizce mümkün olmayacaktır. Eleştirel teorinin doğa bilimlerinde dahi bunun aslında mümkün olmadığı görüşüne katılmakla birlikte, istisna hali gibi kavramın sınırlarının kalın çizgilerle ve yorumdan arınmış kesin bilgi ile belirlenemeyeceği kanısındayız. Bu sebeple bu çalışmanın her aşamasında yapılacak değerlendirmelerin bir yorum olduğu, pozitivist bilgi anlayışının aksine aslında yorumdan arınmış bilgi olarak sunulmayacaktır.

¹³ Max Horkheimer’in 1937 tarihli Zeitschrift für Sozialforschung’daki yazısından aktaran Seyla Benhabib, Critique, Norm and Utopia, A study of Foundations of Critical Theory, (New York: Columbia U., 1986, s.3) Akt. Köker, op. cit., s.79.

¹⁴ Karl Mannheim, Ideologie und Utopie (ideoloji ve ütopya), Bonn 1929, s.71 vd. Akt. Carl Schmitt, op. cit., s. 46.

Pozitivist siyaset teorisinin ve bilimsel bilgi kavramının bu çalışma içerisinde metot olarak benimsenmeyecek olmasının bir diğer nedeni ise yukarıda da belirtildiği üzere liberalizmin siyasal örgütlenmenin ilkeleri düzeyinde benimsediği, herkesin beklentilerini tam anlamıyla karşılayabilecek bir siyasal topluluğun kurulamayacağı, asıl olanın her bireye kendi iyisini gerçekleştirme olanağı sağlayacak bir haklar ve özgürlükler düzeni olduğu anlayışı gereği “olan”ı incelemeye yönelip “olması gereken”i metafizik olarak dışlamasıdır.¹⁵

İstisna hali gibi zaman zaman kapsamında temel hak ve özgürlüklerin tamamen ortadan kaldırılması ihtimalini de barındıran bir kavramı incelerken pozitivist anlayış çerçevesinde “olması gereken”i yok farz etmek son derece sakıncalı olacaktır. Bu tez çalışması bünyesinde kavramların kendi kapsamları derinlemesine incelenirken, tezin ilerleyen bölümlerinde istisna halinin gerek temel hak ve özgürlükler gerekse rejimlerin mevcudiyetini koruması açısından “olması gereken” en yakın şekilde nasıl pozitif hukukta yer alabileceği de incelenecektir. Bu anlamda “olması gereken” de en az “olan” kadar bu çalışma için metodolojik olarak önem arz etmektedir.

1.4 İstisna Hali Kavramı

İstisna hali (state of exception); olağanüstü hal (state of emergency); anayasal diktatörlük (constitutional dictatorship); teyakkuz hali (state of alarm ya da state of alert); savunma hali (state of defence); kriz hali (state of tension, state of public stress); iç karışıklık hali (state of internal disturbance); savaş hali, (state of assembly); felaket hali (state of natural disaster, state of catastrophe); tehlike hali (state of peril, situation of public tension); tam yetkiler rejimi (regime of full powers); tam zaruret rejimi (regime of strict necessity) farklı ülkelerde olağanüstü yönetim usullerini anlatmak üzere kullanılan

¹⁵ Köker,op. cit., s. 67.

terimler olup Selin Esen'in de vurguladığı gibi olağanüstü halleri ifade etmek üzere uygulamada terim birliği sağlanmış değildir.¹⁶ Terminolojideki bu çeşitlilik ve belirsizlik kuşkusuz ki kavramın niteliğinden ileri gelmektedir. Elbette ki terminolojinin çeşitli olması bazı terimlerin aslında aynı uygulamayı işaret ettiği durumlara da sebebiyet verebilmektedir. Macaristan ve Peru'da sıkıyönetim; Almanya'da savunma hali; Bolivya ve Ekvator'da olağanüstü hal; Şili'de çatışma hali (state of assembly); Kolombiya'da dış darbe (state of exterior commotion); İrlanda, Slovenya ve Arnavutluk'ta savaş hali olarak adlandırılmaktadır. Bu çeşitlilik bizi ister istemez isimlendirmeden öte, içerik ve niteliğe ilişkin kriterler belirleyip bu doğrultuda sınıflandırmalar yapmaya yönlendirmektedir.¹⁷

İstisna halinin uygulamasına ve sınırlarına ilişkin belirsizliğe bir de terminolojik kargaşa eklendiği zaman, mesele iyice içinden çıkılmaz hale gelecektir. Bu yüzden bu çalışma içerisinde kavramların içerik ve sınırlarını daha iyi belirlemek için şöyle bir terminolojik ayrıma gidilecektir:

İstisna Hali: Düzenin yeniden tesisi için (ya da yeni bir düzenin tesisi için) tamamen ya da kısmen askıya alındığı tüm uygulamaları kapsayan bir üst kavram olarak kabul edilecektir. Özellikle Rossiter'in tercih ettiği terim olan “Anayasal Diktatörlük” terimi pratikteki ve teorideki anlamı itibarıyla istisna hali kavramıyla eş anlamlı olarak kullanılacaktır.

Olağanüstü Hal: İstisna halinin anayasal ya da yasal düzlemde pozitif hukukun parçası haline getirilip buna paralel olarak da etkin şekilde denetlenebilen türü olarak kabul edilecek, denetim mekanizmalarının etkinliği ve kapsamı incelenecektir.

¹⁶ Esen, op. cit., s. 8.

¹⁷ Ibid., s.9.

1.5 Üst Kavram Olarak İstisna Hali Nedir?

Kavram rasyonalitesini şu temel gerçeklikten alır: Demokratik ve anayasal devletlerin karmaşık yönetim biçimi, olağan ve barışçıl koşullarda çalışabilmesi için tasarlanmıştır ve genellikle ulusal bir krizin gereklilikleri karşısında yetersiz kalmaktadır. Sivil özgürlükler, girişim özgürlüğü, anayasallık, tartışma ve uzlaşmaya dayalı hükümet biçimi ulusal bir tehlike durumunda ciddi lüks sayılabilecek şeylerdir.¹⁸ William E. Rappard bunu daha radikal bir biçimde ifade etmekten çekinmemiştir: “Demokrasi barışın çocuğudur ve annesinden uzakta yaşayamaz.”¹⁹ Anayasal diktatörlüğün ya da istisna halinin doğası gereği bazen doğrudan sıcak savaş koşullarında ortaya çıkması da yüksek bir ihtimaldir. Böyle bir durumda savaşın da fiilen mevcut olması iktidar-özgürlükler çatışmasında muhakkak ki iktidarın ağır basmasını sağlayacaktır. Birleşik Devletler’in Yüksek Mahkeme Yargıcı Wiley Rutledge: “Savaş demokrasinin bütün uygulamaları ile çelişir. Savaş demokratik değildir ve olamaz.”²⁰ ifadesiyle bu ilişkiyi net biçimde özetlemiştir. Rossiter’e göre savaşlar esnasında da çalıştırılabilen bir kurum olan anayasal diktatörlük kurumunu, diğer diktatörlük türleri (faşist diktatörlük) ile karıştırmamak gerekir. Bu fark ona göre tıpkı Büyük Kanyon gibi, herkesin görebileceği şekilde oradadır. Arada hem nitelik olarak hem de nicelik olarak fark vardır. Anayasal diktatörlüğü Hitler türü diktatörlükten ayıran en keskin özelliği: Geçici olması ve kendi kendini yok etmesidir. Anayasal diktatörlüğün tek varlık gerekçesi ciddi bir krizdir, amacı krizi yok etmektir. Kriz bitince o da biter. Lincoln ile Stalin ve Churchill ile Hitler arasındaki fark açıktır.²¹

¹⁸ Rossiter, op. cit., s.5.

¹⁹ William E. Rappard: The Crisis of Democracy Chicago, 1938, s.265. Akt. Rossiter, 1948, s. 5.

²⁰ “A Symposium on Constitutional Right in Wartime”, Iowa Law Review, XXXIX, 1944, s. 379. Akt. Rossiter, s. 5.

²¹ Rossiter, op. cit., s.8.

Agamben'e göre istisna hali kavramı, siyasal belirsizlik veya nedeni her ne olursa olsun bir kriz durumunda, siyasal düzenin devamının sağlanması adına hukukun kendini askıya almasıdır. Burada Agamben için önemli olan istisna halini tanımlayan ve uygulayan gücün meşruiyetini nereden aldığı meselesidir.²² Agamben'e göre istisna hali özel bir hukuk türü (savaş hukuku gibi) değildir. İstisna hali, hukuk düzeninin kendisini bizzat askıya alması olarak, hukukun eşliğini ya da sınır kavramını belirler.²³ Tam da bu noktada normun askıya alınması, ortadan kaldırılması anlamına gelmez ve askıya almanın kurduğu yasadışı bölge, hukuk düzeniyle bağlantısız değildir. (Ya da en azından Agamben öyle olmadığı iddiasındadır.)²⁴ Öyle bir düzen dışılık düşünün ki kendisini her hal ve şartta düzenin parçası ve hatta kendisi olarak empoze etmektedir. Bu tahakküm kuşkusuz ki gerçek bir egemene yaraşan cinsten bir tahakkümdür ve Carl Schmitt de tam da bu yüzden "Egemen olağanüstü hale karar verebilendir."²⁵ demekte hiçbir sıkıntı görmemiştir.

Zukerman'ın yaptığı ayrıma göre istisna halinin üç temel bileşeni olduğu söylenebilir: Bunlardan birincisi beklenmeyen, öngörülme ve ani olma yönünü ifade eden bileşen;

- 1- Ancak sınırlı bir süre için bir davranışta bulunmayı gerektiren geçici bileşen;
- 2- Hukuki ve siyasi düzenin varlığına, bütünlüğüne ya da sürekliliğine karşı önemli bir tehdit oluşturma durumunu ifade eden varlıksal bileşendir.²⁶

Gerçekten Zukerman'ın istisna hali için saptadığı bu üç unsur hem kavramın sınırlarına hem de bir açıdan sınırsızlığına işaret etmektedir. Örneğin bu kriterleri

²² Agamben, op. cit., s.1.

²³ Ibid., s.13.

²⁴ Ibid., s. 33.

²⁵ Schmitt, op. cit., s. 1.

²⁶ Zukerman 2006, s. 523 Akt. Esen, op. cit., s. 5

yukarıda metodolojik olarak tercih etmediğimiz saf pozitivist bilgi anlayışı çerçevesinde ele alacak olursak bu koşulların varlığını ya da yokluğunu saptayacak bir teşhiste, “yorum” unsurunu dışlamanın, aslında ne kadar nafil bir çaba olacağı görülecektir. Her bir bileşenin başına “Kime göre?” sorusu eklendiği vakit, verilecek cevaplar kişiden kişiye farklılık arz edecektir. Hele hele bu kriterler Mithat Sancar’ın “devlet aklı”²⁷ kavramı çerçevesinde değerlendirecek olursak bu kriterler kuşkusuz ki devletin bekası adına geniş yorumlanabilecek ve bu yorumun uygulaması da kuvvetle muhtemel “Devlet Sırrı” (*arcana imperii*) olarak tezahür edecektir.²⁸

Bu durumda neyin olağanüstü durum olarak niteleneceği ve olağanüstü halde ne tür önlemlerin gerekli olduğu ulustan ulusa, devletten devlete değişebileceği gibi tek bir ulus için bile zaman içerisinde de değişkenlik gösterebilir. Neyin ulus ya da devletin varlığı açısından tehlikeli ve olağanüstü nitelikte sayılacağı konusunda karar organlarına geniş takdir yetkisi tanınmaktadır. Bu da “istisna hali” kavramını ister istemez Selin Esen’in deyimiyle “esnek” bir niteliğe sokmaktadır ve bu esneklik özellikle egemenlik konusunda azimli olan ve “devlet aklı” güdümünde hareket eden zümreler için fazlaca kullanışlı bir esnekliktir. Agamben’in deyişiyle İstisna hali ya da Rossiter’in terminolojisiyle anayasal diktatörlük yapısal olarak gücün hem meşru bir şekilde kullanılmasına hem de meşruiyetten yoksun olarak suistimal edilmesine fırsat verebilecek bir kavramdır. Tarihte istisna halinden kaynaklanan iktidar gücünü meşru amaçlar uğruna kullananlar listesinin başlarında yer alan bir isim olan Lincoln’ün ifadesi aydınlatıcıdır: “ Çoğu kez bir uzuv, bir hayatı kurtarmak için feda edilmek zorundadır,

²⁷ “Burjuva hukuk devleti tarihi aslında ‘devlet aklı’ ile kurulan birlikteliğin de tarihidir. Sistemin kendinden emin olduğu dönemde ‘hukuk devleti’ ön planda tutularak ‘devlet aklı’ kızığa çekilirken, kriz anlarında ‘devlet aklı’ farklı biçimlerde etkin kılınmaktadır.” Sancar, *op.cit.*, s. 57.

²⁸ *Ibid.*, s.17

ancak bir hayatı bir uzvu kurtarmak için feda etmek asla bilgece sayılmaz.”²⁹ Lincoln bu ifadeyi zorunluluk yasası gereği, Anayasa’ya aykırı olarak diktatörce olan uygulamalarını savunmak için kullanmıştı. Anayasa ve kanunlar ona ordu ve donanmanın limitlerini yükseltmeyeceğini, resmen görevli olmayan kişilere para ödeyemeyeceğini veya Birleşik Devletler adına kamusal borç sözleşmeleri yapamayacağını söylüyordu. Ancak Lincoln kararlılıkla ve samimiyetle Birleşik Devletler’in birliğini koruma zorunluluğunun bu ihlaller için yeterli bir sebep olduğunu ve her koşulda bu amaç doğrultusunda yoluna edeceğini beyan etti.³⁰

Agamben’in tespitleri ışığında daha net ifade edecek olursak istisna hali düzeni daim kılmak için gereksinim duyulan düzensizliktir. “İstisna hali, gerçekliğin etkin olarak yasalaştırılmasını olanaklı kılmak için hukuka bir yasadışı bölge sokar³¹.” Bu “yasadışı bölge” bir yandan normun yürürlükte olduğu ama uygulanmadığı (gücünün olmadığı), öte yandan yasa değeri olmayan kararların yasanın gücünü edindikleri bir “yasa hali”ni tanımlar. Agamben, söz konusu gri bölgede erkin, “yasanın gücü” nün hem devlet otoritesinin, hem de devrimci bir örgütün talep edebileceği belirsiz bir öge gibi, bir o yana bir bu yana sürüklenip durabileceği ihtimalini de vurgular.³²

İstisna halini kavramın tüm versiyonlarını da gözetererek geniş bir şekilde ele alırsak belirli unsurların, farklı isimleri olsa da konuyla ilgili tüm kavramlarda mevcut olduğunu görebiliriz. Bu unsurları, zorunluluk ve geçicilik olarak ikiye ayırmak mümkündür.

²⁹ Lincoln’dan Hodges’a, J.G. Nicolay ve John Hay: Abraham Lincoln’ün Tüm Eserleri, New York, 1905 II, s. 508., Akt. Rossiter, op. cit. s. 11.

³⁰ Ibid., s. 11.

³¹ Agamben, op.cit., s.47.

³² Ibid., s.50.

1.6 İstisna Halinin Bir Unsuru Olarak Zorunluluk

İstisna halinin odak noktasında yer alan kavramlardan bir tanesi zorunluluk kavramıdır. Meseleyi oldukça iddialı biçimde dile getiren Latince bir deyişe göre: “*Necessitas legem non habet*” (zorunluluğun yasa yoktur). Zorunluluk kelimesinin muğlaklığı bir kenara, sadece yukarıdaki Latince sözün anlamı konusunda dahi farklı yorumlar yapmak mümkündür: “Zorunluluk hiçbir yasa tanımaz” veya “Zorunluluk kendi yasasını yaratır.”³³ Netice itibarıyla “yasa tanımayan” ya da “kendi yasasını yaratan” bir zorunluluk biçimi her iki durumda da kendisinden önceki düzenden kaçınılmaz olarak kopmuştur. Agamben Gratianus’un “*Decretum*” isimli eserindeki zorunluluk kavramına vurgu yapmakta, burada zorunluluk iki ayrı yerde (önce açıklayıcı notta, ikinci olarak da metinde) incelenmektedir. Gratianus’un zorunluluğa, yasal olmayanı yasal kılma gücünü atfettiği söylenebilir: “*Si propter necessitatem aliquid fit, illud licite fit: quia quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum. Item necessitas legem nen habet.*” (Bir şey zorunluluktan ötürü yapılıyorsa, yasal olarak yapılıyor demektir; çünkü hukukta zorunluluk yasal olmayanı yasal hale getirir. Keza zorunluluğun yasa yoktur.)³⁴ Yasal olmayanı yasal hale getiren bir zorunluluk algısı ve özellikle günümüzün iletişim çağında bunun kamuoyuna da etkili bir biçimde enjekte edildiği durumda, zorunluluğu, suni ya da gerçek, arzu edilen durumu yasallaştırmanın en kısa yolu olarak belirleyecektir.

Zorunluluğu hukuk düzenine aykırı görmemekle kalmayıp, onu yasanın birincil ve başlangıçtaki kaynağı olarak algılayan bir hukukçunun, Santi Romano’ nun Agamben’in ifadesiyle aşırı uçtaki konumuna yer vermek gerekir. Romano’ya göre zorunluluğun

³³ Ibid., s.36.

³⁴ Ibid., s.37.

bütün hukukun birincil ve başlangıçtaki kaynağı olduğu söylenebilir, öyle ki ona nazaran öteki kaynakların bir biçimde türeme olarak değerlendirilmeleri gerekir. En üstün derecedeki hukuki kurumun, yani devletin kökenini ve meşruluğunu ve genel olarak anayasal düzenini, bu kurum fiili bir süreç olarak söz gelimi devrim yoluyla kurulduğunda, zorunlulukta aramak gerekir. Belirli bir rejimin başlangıç anında gerçekleşen şey, olağanüstü bir yolla ve daha hafiflemiş niteliklerle de olsa rejim kendi temel kurumlarını biçimlendirdikten sonra da yinelenebilir.”³⁵

Bu noktada Romano'nun zorunluluğun belirleyiciliğine yaptığı övgü, aslında çok daha dikkate değer olan bir başka hususu gündeme getiriyor. Herhangi bir istisna hali, zorunluluk halindeki uygulama aslında ne zaman ortaya çıkarsa çıksın, ilhamını söz konusu düzenin belki de kurulmasına vesile olan bir başka zorunluluktan alıyor. Düzenin hafızasına kazınmış olan herhangi bir yöntemin kendini yeniden tekrar etme ihtimali çok güçlü bir ihtimal olarak karşımıza çıkmaktadır. Kendini tekrar edecek olan yöntemin/yolun düzenin sınırları içinde olmaması, istisna hali gibi sınırda olması bile kolaylıkla yeniden uygulanabilir olmasına engel teşkil etmez. Tam da bu yüzden olacak ki Mithat Sancar “Devlet Akli Kısılcında Hukuk Devleti” kitabına Ferdinan Lasselle'nin şu sözleriyle başlamaktadır:

“Yolu göstermeden amacı göstermeyin bize

Dünyada sonlar ve yollar öyle karışmış ki birbirine

Birini değiştirdiniz mi öteki de değişiyor

Her farklı yol başka bir son getiriyor”³⁶

³⁵ Romano, 1909; 1990 basımı, s.362, Akt. Agamben, op. cit., s . 41.

³⁶ Sancar, op. cit., s.13

Romano yöntem olarak zorunluluğun tıpkı düzenin başlangıcında olduğu gibi her hangi bir noktada da tekrar etmesini doğal karşılarken, zorunluluğun yasaya üstün gelmesinin, kendi doğasından ve başlangıçtaki niteliğinden kaynaklandığını söyler. Onun için bu gerek mantık gerekse tarih açısından böyledir. Elbette yasa artık hukuk normunun en üstün ve genel görünümü haline gelmiştir, ama yasanın egemenliği, ona özgü alanın ötesine taşınmak istendiğinde, abartıya gidilmiş olur. Yazılmayacak ya da yazılmaması gereken normlar vardır; keza hizmet etmeleri gereken koşullar gerçekleşmeden belirlenemeyecek normlar da vardır.³⁷ Agamben Romano'nun zorluluğu her düzenin olmazsa olmaz parçası olarak gösterme çabalarına karşılık şu soruları gündeme getirir: “Zorunluluk önlemi, yalın bir olgu değil de zaten hukuk normu ise, niçin Santi Romano'nun (ve onunla birlikte yazarların çoğunluğunun) elzem gördüğü üzere, bir yasa aracılığıyla onaylanması ve meclisten geçirilmesi zorunludur? Zaten hukuk ise yasama organlarınca onaylanmazsa niçin geçersiz hale gelmektedir?”³⁸

Zorunluluğun iddia edildiği gibi düzenle akraba bir kavram mı olduğu yoksa tamamen düzen dışı/devrimci bir kavram mı olduğu hususunda Balladore-Pallieri görüşleri aydınlatıcı niteliktedir. Yazarlara göre zorunluluk kavramı, ulaşılmak istenen amaçla bağlantılı, bütünüyle öznel bir kavramdır. Zorunluluğun belirli bir normun çıkarılmasını gerekli kıldığı, çünkü aksi takdirde mevcut hukuk düzeninin yok olma tehdidiyle karşı karşıya bulunduğu söylenebilir ama mevcut düzenin korunması gerektiği noktası üzerinde görüş birliği içinde olmak gerekir. Bir devrim hareketi yeni gereksinmelere aykırı olan yürürlükteki kurumları ortadan kaldıran yeni bir normun zorunluluk olduğunu ilan edebilir ama yeni gereksinmelere bağlı olarak mevcut düzenin

³⁷ Romano, 1909, s. 364., Akt. Agamben, op. cit., s.41.

³⁸ Ibid., s.39.

alaşığı edilmesi gerektiği varsayımında görüş birliği içinde olmak gerekir. Her iki durumda da zorunluluğa başvurma ahlaki ya da siyasal bir değerlendirmeyi ima eder; hukuk düzeni bu değerlendirmeye göre yargılanır ve olası bir ihlali pahasına da olsa korumaya ya da güçlendirmeye değer bulunur. Bu yüzden zorunluluk ilkesi her zaman, her durumda devrimci bir ilkedir.³⁹ Bu değerlendirme zorunluluğun gerçek doğasını saptamaya daha yakındır. Özellikle zorunluluğun varlığının kabulü ya da reddi aşamasında ahlaki veya siyasal bir değerlendirme yapılmak durumunda olduğu tespiti yüksek derecede haklılık payı bulunan bir tespittir.

İstisna halinin/anayasal diktatörlüğün temelindeki kavram olan zorunluluk, kimi yazarlar tarafından kişisel nefsi müdafaa hakkına atıf yapılacak izah edilir. S.G. Fisher'e göre her insanın yaşamaya hakkı olduğunu düşünmesi gibi her devlet de yaşamaya hakkı olduğunu düşünür. Öldürücü bir saldırgan tarafından köşeye sıkıştırılan her birey kendini korumak adına kanunları çiğner ve buna yüce nefsi müdafaa hakkı denir. Haliyle bir isyan tarafından köşeye sıkıştırılan her devlet de kendisini yok olmaktan kurtarmak için Anayasa'yı çiğner. Bu durum anayasal olmayabilir ancak bir gerçekliktir.⁴⁰

1.7 İstisna Halinin Bir Unsuru Olarak Geçicilik

İstisna halinin temel unsurlarından olan zorunluluk aslında geçicilik unsurunu da beraberinde getirmektedir. Hiçbir zorunluluğunun ebediyen sürmesi söz konusu olamayacağından, istisna hali kendisine ihtiyaç duyulmasına sebep olan zorunluluğun

³⁹ Balladore- Palieri, 1970, s.168, Akt. Agamben, op. cit., s. 44.

⁴⁰ S.G. Fisher: "The Suspension of Habeas Corpus during the War of the Rebellion," Political Science Quarterly, II (1888) s. 485, Akt. Rossiter, op. cit., s. 11.

süresi ile sınırlıdır. Geçicilik tıpkı zorunluluk gibi istisna halinin meşruiyetinde büyük role sahiptir ve suistimal edilmesi durumunda söz konusu istisna halini/anayasal diktatörlüğü tamamen gayrimeşru hale getirebilir.

İstisna halinin teorik çerçevesinin yanında uygulamaları da bu çalışma içerisinde bize kavramın sınırlarını belirlemek açısından yol gösterici olacaktır. Bu aşamada istisna hali uygulamalarına geçmeden önce, son olarak tarihteki ünlü düşünürlerin istisna haline ilişkin görüşlerine bakmakta fayda vardır.

1.8 İstisna Haline İlişkin Seçme Düşünceler

Orta Çağ'ın önemli düşünürlerinden Aquinalı St. Thomas da Summa Theologica adlı eserinde zaruret haline değinmektedir. St. Thomas'a göre her yasanın amacı insanların ortak mutluluğudur ve dolayısıyla yasanın gücü ve doğası bundan kaynaklanır.⁴¹ St. Thomas'ın yasaya uymanın meşruiyetini ortak mutluluk kavramı üzerinde temellendirmesi, konu istisna hali oldu mu geleneksel olarak muğlak kavramların başrolde olması sorununun orta çağa kadar uzandığını gösteriyor. Yasaya uyma, örneklerin çoğunda ortak mutluluğa neden olur, ancak bazı durumlarda zararlıdır. Kanun koyucu her bir özgül durumu öngöremediğinden, dikkatini kamunun selametine (common wealth) yönelterek yasayı en sık olan durumlara göre biçimlendirir. Eğer yasaya uymanın kamunun selametine zarar vereceği bir durum ortaya çıkarsa, o zaman yasaya uyulmamalıdır. St. Thomas bunu çağının koşulları içerisinde düşünüldüğünde herkesin gözünde canlanabilecek olan “kentin kapıları” örneğiyle açıklamaktadır: “Örneğin kuşatılmış bir kentte, kentin kapılarının kapalı tutulacağına ilişkin bir yasa olduğunu varsayalım. Bu kural, kamunun selameti için iyi bir genel kuraldır. Ama

⁴¹ St. Thomas, <http://www.ccel.org/a/aquinas/summa/FS/FS096.html>, 8.10.11

düşman, kenti savunan vatandaşların peşinde olsa, kapıların düşmana açılmaması kent için büyük bir zarar doğurur. Demek ki bu durumda, yasanın lafzına aykırı olmasına karşın, yasa koyucunun amacı olan kamu yararını korumak için kapılar açılmalıdır.” Bununla birlikte yasa hükmüne uymak hemen müdahale gerektiren herhangi bir ani risk durumunu içermiyorsa devlet için neyin faydalı, neyin zararlı olduğunu yorumlama yetkisi herkese ait değildir. Buna yalnızca bu tür bir durumda yasanın dışına çıkma yetkisi olan egemen karar verebilir. Ancak tehlike üst bir otoriteye başvurmayı da içeren bir gecikmeye izin vermeyecek kadar ani ise sırf zaruret yasa dışına çıkma durumunu beraberinde getirir. Çünkü zaruret yasa tanımaz.⁴²

Şiddetin ve olağanüstü durumların sürekli olarak tekrar etmesi, 16. yüzyılın ikinci yarısı ile 17. yüzyıl boyunca bir takım yetenekli kişilerin Orta Çağ’da görülen güçler ayrılığını büyük ölçüde kırmalarına ve yetkileri tek elde toplamalarına olanak sağladı. Orta Çağ’da askeri ve idari yetkileri prensler kullanıyordu. İstisnai durumlarda ne zaman olağanüstü önlem alınması gerektiğine karar verme yetkisi prene aitti. Prens, bu tür durumlarda olağanüstü yetkilerle donatılmış bir kişiyi komiser (*commissarii*) olarak atardı. Bu komiserlerin pazarları teftiş etmek, ordu için yiyeceğe ve diğer gereksinimlere el koymak, para toplamak görüşmeleri yürütmek gibi geniş yetkileri vardı. Komiserlik kurumu Fransız tahtı tarafından geliştirildi.⁴³ Olağanüstü hali, kaos ve anarşiden farklı bir durum olarak değerlendirme eğilimi, Orta Çağ’da da kendini göstermektedir. Olağanüstü halin tamamen kontrolsüz bir anarşiden farklı olması, belki bir anlamda egemen lehine bir anarşiye daha yakın olması, o dönemin hukuk düşünürlerinin de hissedebildiği bir fark olmuştur. Bunlara göre her ne kadar hukuk düzeni askıya alınsa

⁴² St. Thomas, <http://www.ccel.org/a/aquinas/summa/FS/FS096.html>, 8 .10.11

⁴³ Carl Friedrich, Constitutional Government and Democracy, Gin and Company 1950, s. 572-573, Akt.Esen, op. cit., s.13

da hukuki anlamda bir düzen olağanüstü hallerde hâlâ mevcut ve saklıydı. İstisnai halde devlet, kendi varlığını ve nefesini savunma hakkına dayanarak hukuku askıya alınmaktadır. Egemenliğin öznesi nihai karar tekeline sahiptir.⁴⁴ Bu noktada egemenliğin öznesinin inisiyatifine yapılan vurguda Carl Schmitt'in "Egemen olan olağanüstü hale karar verebilendir" anlayışının atalarına rastladığımızı söyleyebiliriz. Nitekim Schmitt'in söz konusu döneme ilişkin yaptığı değerlendirmede özellikle "egemen" kavramı üzerinde durduğunu söyleyebiliriz:

"15. yüzyılda da olağan hukukla olağanüstü hukuk ayrımı (*iura imperii ve iura dominationes*) ayrımı devam etmiştir. Birinci durumda egemen kral ya da imparatorun yasa yapmasına ve bunu uygulamasına ilişkin otoritesine dair bir kavramdı. İkincisi ise savaş zamanı toplumsal barışı ve devletin varlığını tehlikeye düşüren bir ayaklanma olduğu zaman uygulanıyordu. Bu durumda egemen *ius communeden* (genel hukuk) hareket edebiliyordu. Hem olağan hem de olağanüstü dönemlerde egemene tanınan yetkiler, en azından kuramsal olarak birinci durumda *ius imperii*, ikinci durumdaysa *ius speciale* olarak hukuken düzenlenmişti.⁴⁵

Kuşkusuz ki mevzu bahis egemenlik, iktidar ve olağanüstü hal olunca Niccolo Machiavelli'den söz etmemek olmaz. "Amaca giden her yol mubahtır" deyişi ile özdeşleştirilen bu düşünürün amaçların genellikle devletin bekası ile paralellik arz ettiği böylesine bir gri bölgede etkili olmaması düşünülemezdi. Mithat Sancar, Machiavelli'nin öğretisini iktidarı ele geçirmenin ve korumanın siyasal eylemin temel ölçütü olarak görülmesi ve siyaset ile etik arasındaki tüm bağların koparılması olarak özetler. Sancar'a göre Machiavelli'nin öğretilerinden başlıca yenilik, devlet adamının

⁴⁴ Yavuz Abadan, *Amme Hukuku ve Devlet Nazariyeleri*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Yayınları, Ankara, 1952, s. 302-302, Akt. Esen, op. cit., s.14.

⁴⁵ Schmitt, op. cit., s. 47-48

içeride iktidarı korumak, dış güçlere karşı devletin bekasını sağlamak için gerekli önlemleri almak ve uygulamak söz konusu olduğunda, etik ve hukuk kurallarının bir kenara bırakılabileceğini, hatta bırakması gerektiğini vazedmiş olmasıdır.⁴⁶ Orta Çağ sonrası dönemde Roma'daki diktatörlük kurumu, Niccolo Machiavelli tarafından ciddi şekilde işlevsellik atfedilerek yeniden gündeme getirilmiştir. Machiavelli, “*Discourses on Livy*” adlı eserinde Roma devletindeki diktatörlük kurumuna değinerek, başka Roma kurumlarının yanı sıra diktatörlüğün de imparatorluğun büyüklüğünün nedeni olarak değerlendirmiştir. Böyle bir kurumun yokluğu durumunda kentlerin başlarına gelecek olağanüstü tehlikeleri güçlkle bertaraf edebileceklerine vurgu yapmıştır. Bu nedenle cumhuriyetler Roma'da görülen diktatörlük kurumuna benzer yöntemlere sahip olmalıdır. Machiavelli kendi dönemindeki cumhuriyetler içinde Venedik Cumhuriyeti'ni mükemmel olarak nitelemiştir ve kuşkusuz ki bunun sebebi romantizm değildir. Bunun nedeni, Venedik'te birkaç vatandaştan oluşan bir gruba zaruret halinin ortaya çıktığı durumlarda, daha geniş bir istişareye gereksinim duymadan her konuda karar verebilsinler diye mahfuz yetki tanınmış olmasıdır. Bir cumhuriyette böyle bir usul yoksa Machiavelli'ye göre ya kurumların cumhuriyeti tam anlamıyla yıkıp yok etmesi gözlenecek, ya da onu yıkmazınlar diye bu kurumları bozmak gerekecektir. Her şey yasalarla düzenlenmedikçe, her olay için bir çare öngörülmedikçe ve yönetim usulü tespit edilmedikçe hiçbir cumhuriyet mükemmel değildir. Bu nedenle ivedi tehlikelerde diktatörlük ve benzeri bir otoriteye başvurmak gibi bir yolu olmayan cumhuriyetler her zaman büyük olaylarda yıkılacaklardır.⁴⁷

⁴⁶ Sancar, op. cit., s. 22.

⁴⁷ Machiavelli, 1997, I. Kitap, Bölüm XXXIV., Akt. Esen, op.cit., s.15.

J.J. Rousseau da Machiavelli'ye kriz dönemlerinde yürütmenin daha güçlü yetkilerle donatılması konusunda katılmaktadır. Rousseau, yasanın doğası gereği her duruma ayak uydurabilmekten uzak bir yapısı olduğunu ve bu özelliklerine paralel olarak da devletler için vahim sonuçlara sebebiyet verebilecekleri ihtimalini ortaya koyar. Devlet bir krizle karşı karşıya kalırsa, tehlikeyi önlemek için yürütme gücü hükümet üyelerinden birine ya da ikisine verilebilir. Bu kişi halkın egemenliğini bir süreliğine askıya alır ve yasaları yapar. Bu noktaya kadar yürütmenin gücünün artırılmasına vurgu yapan Rousseau, bunun üzerine bir şerh düşmeyi da ihmal etmez: Bu önemli görev ne türlü verilirse verilsin, bunun süresini çok kısa tutmak ve uzatılmamasını sağlamak çok önemlidir. Diktatörlüğü gerektiren bunalımlı günlerde, devlet çok geçmeden ya kurtulur ya da yok olup gider. Sıkışık durum ortadan kalktığında diktatörlük ya zorbalığa kaçır ya da etkisiz kalır.⁴⁸

Mutlak egemenlik anlayışı deyince ilk akla gelen düşünürlerden olan Jean Bodin, yasa (lex) ile hukuk (ius) kavramlarını birbirinden ayırmaktadır. Bodin'e göre egemenlikle bu egemenliği kullananlar birbirinden farklıdır. Egemenlik devletin mutlak ve sürekli kuvvetidir. Bu kuvvet belli bir süre bir veya birkaç kişiye emanet edilebilir. Bodin, Romalı diktatör ya da sınırsız bir iktidarla donatılan komiser egemenliğe sahip değildir diyerek, bunların iktidarının geçici olduğuna ve savaşı yönetmek, ayaklanmayı bastırmak veya devleti yeniden teşkilatlandırmak gibi özgül bir işle görevlendirilmiş olduklarının özellikle altını çizmektedir. Bu noktada Bodin, klasik egemenlik kavramını, istisna hali dolayısıyla egemenlikten özellikle geçicilik unsuruna vurgu yaparak ayırmaktadır. Hükümdar ya da halk kendilerini azledince görevleri sona erer.⁴⁹

⁴⁸ Jean-Jaques Rousseau, Toplum Sözleşmesi, Adam Yayınları, 1994, [oty. 1762] s.141-144.

⁴⁹Yavuz Abadan, Devlet Felsefesi Seçilmiş Okuma Parçaları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1959, s. 242. Akt. Esen, op. cit., s. 16

“Mutlak egemenliği temsil eden hükümdarın yetkileri doğa yasaları ve hukukla sınırlıdır. Ancak hükümdar yasalara (lex) uymak zorunda değildir.  nk  hükümdarın yasaları kaldırma yetkisi vardır. Bu da doğal hukuka uygundur. Egemenliğin en önemli unsurlarından biri istisnai ve olağanüstü durumlarda gerekli kararı alabilme yetkisidir. Böyle bir zaruret halinde yasaları değiştirmek hatta tamamen kaldırmak mümkün, hatta zorunludur. Lex kavramının içine giren yasanın yürürlükten kalkması doğal hukuka (ius) aykırı değildir. Bu biçimde yasaların kaldırılabilmesi karar verme yetkisinin bir gereğidir. Bu yetki de egemenliğin temel unsurunu oluşturur.”⁵⁰

1.9 İstisna Halinin Meşrulaştırılması

İstisna halinin meşrulaştırması konuyla ilgili birçok iktidarın önemli gündem maddelerinden olmuştur. Yasallık ve meşruiyet (*Legality and Legitimacy*) kriz döneminde olmayan iktidarların dahi sahip olmak için çaba sarf ettikleri iki kavramken, bir de ulusal bir kriz sebebiyle yetki aşımı yapacak olan siyasi iktidar en azından meşru olmak zorundadır. Rossiter’in “Lincoln ile Stalin ve Churchill ile Hitler arasındaki fark açıktır”⁵¹ ifadesinde belirttiği fark, aslında yasallık ve meşruluk kavramlarından ileri gelmektedir. Yasallık çok daha objektif bir konu olduğundan, ilgili ülkede mevcut olan düzenlemelere bakarak iktidarın uygulamaları yasal olarak ya da yasa dışı olarak kolaylıkla ayırt edilebilir ancak meşru olan ile meşru olmayan iktidar eğilimlerini ve tasarruflarını birbirinden ayırmak daha karmaşık bir durumdur. İstisna halinin meşruiyeti ile ilgili karşımıza iki farklı yaklaşım çıkmaktadır:

1) Zaruret hakkı yaklaşımı

2) Siyasi yaklaşım

⁵⁰ Abadan, 1952, s. 258-59, Akt. Esen, op.cit., s. 16

⁵¹ Rossiter, op. cit., s.8.

Zaruret hakkı yaklaşımı istisna hali durumunda kullanılan olağanüstü yetkilerin zaruret durumunda kullanılmak üzere devletlerin her zaman sahip oldukları “zaruret hakkı”ndan ileri geldiğini benimseyen görüştür. Tıpkı nefsi müdafaa hakkının her kişinin doğal hukuk ilkeleri gereği sahip olduğu bir hak olup bu hakka başvurulması için haksız bir saldırının olması gerekliliği gibi zaruret hakkı da her devletin ulusal bir tehlike ile karşı karşıya geldiği zaman kullanabileceği bir haktır. Siyasal yaklaşım ise devletlerin önceden böyle bir hakka sahip olduğunu benimsememekle birlikte istisna hali esnasında gerçekleştirilen hukuk dışı tasarrufların, sonradan yasama organınca çıkarılacak bağışıklık yasaları (indemnity act) çerçevesinde geriye dönük olarak yasal ve meşru hale getirilmesini savunan anlayıştır. Her iki yaklaşımın da teorisini ve pratiğini daha yakından incelemekte fayda vardır.

1.9.1 Zaruret Hakkı Yaklaşımı

Devletin varlığını tehlikeye düşüren bir durumla karşı karşıya kaldığında bu durumla daha kolay baş etmesini sağlayacak kimi istisnai araçlara sahip olması gerektiği görüşü 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren öncelikle Alman, sonra Fransız ve İsviçre hukukunda tartışılmaya başlandı. Zaruret hakkı yaklaşımının savunucularına göre yürütme organı devletin korunması ve kamu yararı genel çıkarı için gerekenleri yapmakla görevlidir. Burada zaruret, meşruiyet açısından son derece kilit bir rol oynamakta ve yürütmenin hukuka aykırı olarak yapacağı eylemlerin temel meşruiyet kaynağı pozisyonunda durmaktadır.⁵² İstisna halinin mevcut olduğu bir durumda, buna sebebiyet veren zaruretin giderilmesi için, siyasi gereklilikler yasal gerekliliklerin önüne geçer. Hukuk, zaruretin gereklerine paralel olarak geçici bir süreliğine askıya alınır ve

⁵² Alvarez Garcia, El Concepto de Necesidad en Derecho Publico, Civitas, 1996, s.74-77, Akt. Esen, op. cit., s.18.

yürütmenin işlemlerini belirleyen hukuk normları, yaşanan durumun olağanüstü durumlarda yürütme organının hukuk dışı önlemlere başvurması onun için yalnızca yapabileceği bir şey değil, aynı zamanda bir ödevdir.⁵³ Temelleri klasik Alman öğretisine dayanan bu yaklaşımın savunucuları arasında Carre de Malberg ve Esmein sayılabilir.⁵⁴

Yürütmenin yapacağı işlemlerden hangileri yasama ya da yargı organı tarafından Anayasa ya da yasada boşluk olması halinde boşluğu dolduran (*praeter legem*) ya da yasayla çelişen (*contra legem*) olarak değerlendirilebilir? Burada kimi düşünürler Anayasa koyucunun iradesine atıf yapmıştır, buna göre yürütme organının yasalarla düzenlenmemiş olan olağanüstü durumlarda kaçınılmaz olarak alınması gereken önlemleri alabilmesini Anayasa örtülü biçimde öngörmektedir. Bu görüşü savunan M. Hauriou ile G. Vedel⁵⁵, bunu şöyle bir örnekle açıklamaktadır: 1875 tarihli Fransız Anayasası'nın 3. Maddesi, Cumhurbaşkanı'na yasaları yürütme yetkisi (olumlu yetki) vermektedir. Bu yetki olağanüstü durumlarda Cumhurbaşkanı'na bazı yasaların uygulanmasını askıya alabilmesini (olumsuz yetki) olanaklı kılacak biçimde genişler. Kuşkusuz ki burada “olumsuz yetkinin” kapsamının ve uygulamasının sınırlarının ne olacağı tartışmalıdır.

Anayasa koyucunun değil, yasa koyucunun iradesini temel alan görüşe göre ise yasama organı, devletin karşılaştığı olağanüstü durumların tümünü önceden öngöremez. Bu, yasa koyucunun, her durumda, yaptığı yasalara uymasının kamu yararına olacağı anlamına gelmez. Yürütmenin bir norma aykırı davranması durumunda yargıç, açıklanmamış olmasına rağmen yasama organının “gerçek” iradesini göz önünde

⁵³ Esen, op. cit., s.18.

⁵⁴ Ibid., s.18.

⁵⁵ Alvarez Garcia, 1996, s.79, Akt. Esen, op.cit., s. 19.

bulundurulmalıdır. Burada contra legem yani yasaya aykırılık değil, yasa boşluğunun doldurulması (prater legem) söz konusu olmaktadır.⁵⁶

Hans Kelsen ise zaruret halini hukukun genel ilkeleri kapsamında değerlendirmekte ve bu doğrultuda da bu kavramı düzene içkin hale getirmektedir. Yürütme, pozitif hukuk tarafından düzenlenmemiş olan ya da yasalara açıkça aykırı olan bir önlemi zaruret hali nedeniyle almışsa, bu yaklaşıma göre zaruret hali hukukun genel ilkelerinden biri olduğu için yargı organı bu önlemi hukuka aykırı olarak değerlendiremeyecektir. Zaruret halinde alınan önlemler pozitif hukuka aykırı bile olsalar, görenek ve hukukun genel ilkelerine aykırılık oluşturmazlar.⁵⁷

Zaruret hakkı kuramını benimseyenlere göre zaruret durumu hukukun kapsamı dışında değil aksine hukuka içkin bir gerçekliktir. Burada sorun, zaruret halinin içeriğinin ve pozitif hukuktaki yerinin tam olarak saptanamamasıyla ilgili bir sorundur. Zaruret hali, kaba güce değil hukuka dayanır. Hukuk, somut olayın özelliklerine göre zaruret durumunda yürütme organının uygun araçları orantılı olarak kullanmasını öngörür. Bu orantılı araçların arasında pozitif hukukta yer alan düzenlemelerden gerekli olanlarının askıya alınması da yer alır. Bu aşamada zaruret hali hukuku, yazılı hukukun üzerinde varsayılır. Bu hukuk, toplumun selameti için alınan gerekli önlemlerin geçerliliğini onaylar. Camus ve Hoerni'nin⁵⁸ aralarında bulunduğu düşünürlere göre zaruret haline ilişkin doğal hukuk içinde devletin görevlerini yerine getirebilmesi için Anayasa ve yasalara aykırı olsa bile gereken her önlemi alma yetkisi ve ödevi vardır.

⁵⁶ Alvarez Garcia, 1996, s.80, Akt.Esen, op. cit., s.19.

⁵⁷ Alvarez Garcia,1996, s.81, Akt.Esen, op. cit.,s.19.

⁵⁸ Alvarez Garcia, 1996, s 83. Akt. Esen, op. cit., s.20.

Zaruret hukuku devletin doğal hukukudur. Fichte'nin deyişiyile zaruret hakkı hukuki düzenin emir ve yasaklarına uyma yükümlülüğünün kalkmasını ifade eder.⁵⁹

19. yüzyılın sonlarında Alman hukukçuları, Hegel'in devlet felsefesine dayanan bir zaruret hali kuramı geliştirmişler ve devletin kendi kendini korumasının kaçınılmaz olarak belli önlemleri almasını gerektirdiği durumlarda, bu alınan önlemlerin hukuka karşı önceliğinin olduğu tespitini yapmışlardır. Jhering'e göre devlet gücü, yine bu güç tarafından yapılan hukuk kuralları ile sınırlandırılmalıdır. Devletin kendi koyduğu hukuk kuralları ile kendi kendini sınırlaması ve bu sınırlamaya uyması (oto-limitasyon) doğrudan devletin yararınadır. Ancak bu kendi kendini sınırlama mutlak değildir. Burada oto limitasyonun işlevsel olup olmaması tamamen kamu yararına yaptığı katkı oranı ile bağlantılandırılmıştır. Devlet bu yarar devam ettiği sürece kendi koyduğu sınırlamalara uyacak, kamu yararıyla gücünü sınırlayan hukuk kuralları arasında bir çatışma görürse, hukuk kurallarını askıya alarak gücünü bu sınırlamaların dışında ve üstünde tutabilecektir. Çünkü amaç hukuk değil, toplumun yararlarının korunmasıdır. Demek ki Jhering, istisnai hallerde toplumun yararıyla hukuk kuralları birbiriyle çatışacak olursa ve bunlardan birinin feda edilmesi gerekirse, zaruret durumunda devletin, kendi koyduğu sınırlamalara, toplumun varlığını ve yararını korumak amacıyla, uymak zorunda olmadığını düşünmektedir.⁶⁰

Jellinek de Jhering'in görüşlerini paylaşarak devlet gücüne ilişkin sınırlamalar ve bunları ifade eden hukuk kuralları ile devletin yararının çatıştığı durumda, devletin hukuk kurallarını göz ardı etme hakkına sahip olduğunu düşünmektedir. Böylesi durumlarda devlet kendi çıkarını korumalıdır. Bu aşamada ise tamamen hukuk dışı bir

⁵⁹ Bülent Daver, İcra Organlarının İstisnai Yetkileri Bakımından Fevkalade Hal Rejimleri, Sevinç Marbaası, Ankara, 1961, s. 13, Akt. Esen, op. cit., s. 20.

⁶⁰ Recai G. Okandan, Umumi Amme Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976, s. 807-808., Akt. Esen, op. cit., s.20.

irade ortaya konamaması adına, devlet sınırlamaları kaldırırken, bunların yerlerine yenilerini koymalı ve gücüne ilişkin yeni sınırlamalar getirmelidir. Böylece devlet, gücünü sınırlayan hukuk kurallarını, ortadan kaldırırken aslında sınırsızlığı değil, daha farklı sınırları öngörmeleri ve bu yeni sınırları da yine hukuk kuralları aracılığıyla belirlemelidir.⁶¹

1.9.2 Siyasi yaklaşım

John Locke ile Montesquieu'nün öncülerinden olduğu liberal öğretisi çerçevesinde şekillenen siyasi yaklaşım önceden öngörülemez durumlarda, devlet organlarının yasaların üzerinde ya da yasalara aykırı hareket etmesini meşru kılacak bir hukuki yaklaşımı dışlamamaktadır. Locke bu noktada, kamunun selametinin yasadan daha önemli olduğunu (*salus populi suprema lex*) saptamakla birlikte, kanunları uygulayanın kanunun emri olmadan, bazen de ona aykırı olarak kamunun iyiliği (*public good*) için uygun gördüğü biçimde hareket etme yetkisini bir ayrıcalık (*prerogative*) olarak tanımlamaktadır.⁶² Locke yürütmenin bu tür bir ayrıcalıklı yetkiye ihtiyaç duymasını şu iki sebebe bağlamaktadır:

“Birincisi, yasamanın yürütmenin acil gerekliliklerini karşılamada genellikle ağır olması nedeniyle yetersiz kalması; ikincisi ise kamuyu ilgilendiren her kazanın ve ihtiyacın önceden öngörülerek yasayla düzenlenmesinin olanaksız olmasıdır. Toplumun iyiliği için yürütmeye verilen bu yetki sorgulanamaz.⁶³ Ancak prensin toplumun iyiliğinden ayrı bir çıkarı varsa, yani prens bu yetkisini kötüye

⁶¹ Okandan, 1976, s. 810 Akt. Esen, op.i
cit., s. 20-21

⁶² Locke, The Second Treatise on Government, Liberal Arts Press, New York, 1952, [oyt. 1689] s. 91,
Akt. Esen, 2008, s. 24.

⁶³ Locke, 1952 s. 91-92, Akt Esen, op . cit., s. 24.

kullanıyorsa, o zaman meşru bir hükümet kurmak için halkın prence baş kaldırma hakkı vardır.⁶⁴

Bu tespitler ışığında Locke'un siyasi modelinde iki tip ve iki derece olağanüstü hal mevcut olduğunu söyleyebiliriz, birincisi "*salus populi*" yi korumak için yönetenin kısıtlanmamış yetkisini (prerogative power) kullanması; ikincisi ise bu yetkiyi yönetenin kötüye kullanması durumunda, ona karşı meşru bir hükümet kurmak amacıyla halkın direnmesidir.⁶⁵ Direnme hakkı kuşkusuz ki istisna hali durumunda hükümetin meşruiyet temelini yitirmesiyle, aslında halka da kamu yararı gereği hukuku göz ardı etme hakkı tanıyan bir haktır. Bu bakış açısı kamu yararı lehine hem devlete hem de halka hukuku askıya alma yetkisi verdiği için, bu hakkın sadece devlete tanındığı versiyonlarına nispetle daha adil olarak nitelenebilir.

Kuvvetler ayrılığının mucidi 18. yüzyıl düşünürlerinden Montesquieu'ya göre her devlette yasama, yürütme, yargı olmak üzere üç çeşit yetki vardır. Yasama ve yürütme yetkileri aynı kişide ya da memurlar topluluğuna verilirse özgürlük diye bir şey kalmaz.⁶⁶ Buna karşın Montesquieu da bazı durumlarda vatandaşların özgürlüklerinden yoksun bırakılabileceğini ortaya koymuştur. Montesquieu özgürlük kavramının son derece önemsendiği devletlerde dahi, kamu yararını sağlamak adına bir kişinin özgürlüğünü elinden almayı buyuran yasalar olduğunu belirterek bunlara örnek olarak İngiltere'de "attendre" olarak adlandırılan ve Roma'da herhangi bir vatandaş aleyhine çıkarılan ve adına "privileges" denen yasaları örnek vermektedir. Yazar, yeryüzünde özgürlüğe en çok değer veren uluslar bu yasaları uygulamaktan çekinmediğine göre hiç

⁶⁴ Locke, 1952, s.94, Akt. Esen, op. cit., s.24.

⁶⁵ Pasquino, "Locke on "King's Preogative" 1998, s. 205, Akt. Esen, 2008, s. 24

⁶⁶ Montesquieu Kanunların Ruhuna Üzerine, MEB, 1963, XI. Kitap VI. Bölüm, s.300-305

olmazsa bir an için, nasıl ki tanrıların heykellerini gizlemekte bir mahsur görülüyorsa özgürlüğün üzerine de bir örtü örtmekten çekinmemek gerektiği düşüncesindedir.⁶⁷

Siyasi yaklaşım olarak adlandırılan bu düşünceye göre zaruret halinde yürütme organının pozitif hukuka aykırı olarak aldığı önlemlerin daha sonra hukuken geçerli hale getirilmesi mümkün olabilir. Söz konusu durumda yürütme organının yasaya aykırı olarak yaptığı işlemlerin yasama organı tarafından sonradan çıkarılan bir yasa yoluyla (indemnity act) meşrulaştırılması söz konusudur. Birleşik Krallık'ta bu uygulama özellikle kendini, vatana ihanet ya da vatana ihanet benzeri durumlar ortaya çıktığında parlamentonun *habeas corpus* güvencelerini askıya alan yasalar (Habeas Corpus Suspension Acts) yapmasıyla göstermektedir. Indemnity act, geriye yürür nitelikte bir yasadır. Çünkü yapıldığı zaman yasaya aykırı bulunan ve cezai bir yaptırıma konu olması gereken bir idari işlemi yapan kişinin indemnity act ile sorumluluktan muaf tutulması söz konusudur. Bu yasa da kuşkusuz, yürütmeye keyfi olarak kullanabileceği geniş bir yetki alanı yaratır. Indemnity act, Dicey'in deyimiyle, yasaya aykırılığı onaylayan bir yasadır. Kuşkusuz egemen gücün keyfi bir uygulamasıdır.⁶⁸

⁶⁷ Ibid., s. 375-376

⁶⁸ Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Eight Edition, Macmillan and Co. Limited, London, 1915, s 228-230, Akt. Esen, op. cit., s.26.

Bölüm 2

TARİHTE OLAĞANÜSTÜ HAL PRATİKLERİ

2.1 Roma Cumhuriyeti

Aristoteles Politika isimli eserinde hizip ve çekişmelerle ya da komşu güçler sebebiyle zayıflamış devletin başına hukukun yeniden tesis edilmesi için seçilmiş bir tiran getirildiğini söyler.⁶⁹ Bu kuruma tarihte *aesymnetes* denmekte ve kurum birçok antik Yunan şehrinin tekrarlanan uygulamaları ile bilinmektedir. Ancak istisna hali ya da anayasal diktatörlük sadece Cumhuriyet Romasında devletin düzenli bir kurumu olarak tanınmıştır.⁷⁰ Antik Roma Cumhuriyeti'nde olduğu kadar tarihin başka hiçbir ülkesinde ulusal kriz durumuna paralel olarak değiştirilmiş yönetim biçimlerinin normal düzenin yeniden sağlanması için gerekli olduğu ve başarıyla uygulanabildiği kanıtlanmamıştır.⁷¹ Klasik görüşe göre çoğunluk ilk diktatörlüğü yürütme onurunun Larcus Flaccus'a ait olduğunda hemfikirdir. Flaccus bu pozisyona M.Ö. 500 yılında belirli komşu kasabalarla kritik bir savaş yapması için getirilmiştir. Çiçero bu olayın konsüllük makamının kurulmasından on yıl sonra olduğunu söylemektedir.⁷² Kurumun siyasi kökeni de tartışma konularından biridir. Bazıları diktatörlüğün Cumhuriyetçi Anayasa'nın asıl parçalarından biri olduğunu ve M.Ö. 509 yılında uygulandığını iddia etmektedir. Diğerleri ise kralları sürerek kurulan bu cumhuriyette böyle bir kurumun yaratılmış

⁶⁹ Politika, IV, 10. Akt. Rossiter, op. cit., s 15.

⁷⁰ Rossiter, op. cit., s. 15.

⁷¹ Ibid. s. 15.

⁷² De Re Publica, II, s. 56, Akt. Rossiter, op. cit., s.17 .

olmasının inanılmaz olduğunu, dolayısıyla kesinlikle cumhuriyet düzenine sonradan eklendiğini varsaymaktadır. (*lex de dictatore creando*).⁷³ Cumhuriyetin görkemli günlerinde yürütme görevi iki tane konsüle (consul) verilmişti. Bu konsüllerin yanında veya arkasında da diğer tekil veya kolektif magistralar görev yapmaktaydı. Konsüllük makamı cumhuriyetle yaşıt bir kurum, otoriterinin meşru bir temsilcisi ve krallığın bir suretiydi.⁷⁴ Roma yürütme kuvveti üzerindeki en belirgin sınırlama, konsüller arasındaki meslektaşlık (collegiality) prensibiydi. Bu Roma yürütmesinin ayırt edici özelliğiydi. Her konsül meslektaşının tasarruflarıyla ilgili mutlak veto yetkisine sahipti. Magisteryal yönetimin bir diğer ayırt edici özelliği ise Senato'nun Cumhuriyet tarihindeki dominant pozisyonudur. O dominantlık ki nihayetinde senatonun mutlakiyeti ile sonuçlanmıştır. Senato'nun tavsiyeleri çok az Romalı yetkili tarafından görmezden gelinmiştir.⁷⁵ Senato eğer cumhuriyetin normal hiyerarşik yapı ile aşılamayacak bir tehlike ile karşı karşıya olduğuna ikna olursa konsüllerin bir diktatör ataması için bir tasarı hazırlayabiliyordu veya konsüllerin kendisi de diktatörlük ataması talep edebiliyor, ancak burada da senatonun onayı gerekiyordu. Roma'da anayasal diktatörlüğün iki çeşidi vardı: *Dictature rei gerundae causa* (işlerin görülmesi diktatörlüğü) ve *dictatura seditious sedandae et rei gerundae causa* (ayaklanmaları bastırma diktatörlüğü) üç yüz yıllık uygulamada ortaya çıkan doksan diktatörlüğün elli tanesi ayaklandırmaları bastırma amaçlıydı.⁷⁶

Tahmin edilebileceği gibi diktatörlük ilanı ile birlikte diktatör mutlak hükümdar haline gelmekteydi. Anayasa'nın korunması amacıyla diktatör, diğer yöneticilerden

⁷³ Livy, II, 18 ; Fritz Bandel : Die Römischen Diktaturen (Breslau, 1910), s 5-6. Akt. Rossiter, op. cit., s. 17.

⁷⁴ Ibid., s. 19.

⁷⁵ Ibid., s. 19.

⁷⁶ Ibid., s. 20-21

farklı olarak birçok sınırlamadan bağımsız ve tasarruflarından ötürü sorumsuzdu. Bu diktatörlüğü diğerlerinden ayıran en önemli kısıtlama altı aylık süre kısıtlamasıydı. Bu sürenin neden altı ay olduğu ise eski Romalıların sadece yaz aylarında savaşmasıyla açıklanmaktadır. Bu kuralı çiğneyen diktatör, görevi bitip istifa ettikten sonra, görevi suistimal suçuyla yargılanıp idam edilebilirdi.⁷⁷ Diktatörün geniş yetkileri olmasına karşın, yetkili olmadığı alanlar da kuşkusuz ki mevcuttu. Örneğin diktatör hazine ve bütçe konusunda yetkili değildi. Buradaki yetki Senato'ya aitti. Aynı şekilde savaş ilanı yetkisi de diktatöre değil, Senato'ya tanınmış yetkiler arasındaydı. Bunlara ek olarak diktatörün yargılama yetkisi de yoktu. Bu alanlar dışında ise sınırsız bir yetkiye sahipti.⁷⁸ Bir Konsül Senato'nun yetkisi olmaksızın ancak dört lejyon kadar asker toplatabilirken, diktatör, gerekirse Roma'daki her adamı orduya çağırabilirdi. Diktatör tüm meclisleri (assemblies) toplantıya çağırıp onlara başkanlık etme yetkisine sahipti bu yetki zamanla Senato'yu da içine alarak genişledi. Yargılama konusunda ise devlete karşı işlenen suçlarda verilecek cezaları kararlaştırma yetkisi edindi. Roma Anayasası hukukuna göre diktatör herhangi bir yasama faaliyetinde (*lex*) bulunamazken, kendi yönetimi esnasında en az kanun kadar etkili kararnameler (*ius edicendi*) yayınlama gücüne sahipti. (*Quod dictatori placuit legis habet vigorem*).⁷⁹ M.Ö. 217 yılından sonra diktatörlük saf özelliklerini yitirmeye başladı. Burada Senato'nun büyük rolü vardı. Diktatörlük etkili bir acil durum aracı olma özelliğini, dolayısıyla temel varlık sebebini kaybetti. Son anayasal diktatör, *rei gerundae causa* (ayaklanma bastırma diktatörlüğü) M.Ö. 216 yılında diktatörlük kurumundan ayrıldı. Son *dictature rei gerundae causa* (iş görme diktatörlüğü) ise M.Ö. 202 yılında görevden ayrıldı. Aslında bu diktatörler gerçek

⁷⁷ Ibid., s. 23.

⁷⁸ Ibid., s. 24.

⁷⁹ Ibid., s. 25.

anlamda yetkilendirilmiş diktatörler dahi değildiler. Diktatörlük kurumu dağıtılmamasına karşın, o tarihten sonra kimse diktatör olarak atanmadı.⁸⁰ Diktatörlük kurumunun neden işlevini yitirdiğini anlamak için tarihsel süreci incelemekte fayda vardır. M.Ö. 287'deki iç savaşların bitmesi, diktatörlüğün (*seditionis sedandae causa*) gerçek anlamdaki ihtiyacının da sonu olmuştu. M.Ö. 203 yılında Hannibal'ın Afrika'ya teslim olmasıyla birlikte, Roma'nın ve hatta tüm İtalya'nın son dış düşmanı da yok olmuştu. Roma'nın bu tarihten sonraki 4-5 yüzyıl boyunca yaptığı savaşlar kısmen bile olsa savunma niteliğinde değildi. Sulla ve Sezar'ın da diktatör sıfatını haiz olduğu varsayılsa bile bu diktatörlüklerin, Cumhuriyet Dönemi diktatörlükleriyle tek ortak yanı isim benzerliğiydi. Hem Sezar hem de Sulla günümüzdeki kelime anlamıyla diktatörlük yapmış, herhangi bir dış sınırlama tanımaksızın, gücü tamamen kendilerinde toplamışlardı.⁸¹ Sezar'ın ölümünden sonra Antony tarafından ortadan kaldırılan diktatörlük, anayasal diktatörlük değil, sezaryen diktatörlüktü.⁸²

Roma Cumhuriyeti istisna halinin tarihteki ilk kurumsal uygulamasına ev sahipliği yaparak, kendisinden sonraki iki bin yıl boyunca uygulanacak olan anayasal diktatörlük kurumlarını etkilediği aşıkardır. Örneğin Roma'da diktatörlük süresi olarak belirlenen 6 aylık süre, bugün dahi birçok olağanüstü hal rejimi için aynen geçerlidir. Roma Cumhuriyeti ve diktatörlük kurumu gelişimlerinin zirvesine yan yana çıkmış ve çöküşleri de yine birbirine paralel olarak gerçekleşmiştir. Bu son derece kayda değer ve öğretici bir çelişkidir.⁸³ Roma Cumhuriyet Dönemi her şeye rağmen anayasal diktatörlük

⁸⁰ Ibid. s. 26

⁸¹ Ibid. s.27

⁸² F. HAverfield: "The Abolition of the Dictatorship," Classical Review, III (1889), s.77, Akt. Rossiter. op. cit., s. 27.

⁸³ Ibid., s. 27.

kurumunu sorunsuz olarak üç yüz yıldan fazla başarıyla uygulamış bir medeniyet olarak bu konuda hatırı sayılır bir birikime sahiptir.

2.2 Almanya

Roma Cumhuriyeti ulusal bir felaket durumunda anayasasında diktatörlük kurumunu düzenlemiş bir yapı olarak en otantik modern paralelini 1919-1933 yıllarındaki kötü kaderli Almanya Cumhuriyeti'nde bulur. Hiçbir anayasal demokrasi gerek diktatörlük tecrübeleri ve türleri, gerekse bir acil durum hükümetine duyulan gereksinim konusunda kendini Weimar Almanyası ile kıyaslayamaz. Almanya'daki hukuki anayasal diktatörlük tartışmaları inanılmaz boyuttadır. Söz konusu Alman Cumhuriyeti'nin ölmüş ve hatta gömülmüş olması bu konunun önemini azaltmak bir yana, artırmaktadır. Modern bir Anayasal diktatörlük çalışması Almanya Cumhuriyeti'ndeki durumu göz ardı edemez çünkü bu örnekte cumhuriyeti savunmak için kurulan diktatörlük mekanizmaları, cumhuriyetin yok edilmesinde pay sahibi olmuştur.⁸⁴ Muhtemelen böyle bir çalışma için yapılacak en iyi giriş Weimar Anayasası'nın meşhur 48. Maddesi'ne göz atmak olacaktır:

“Eğer bir devlet Anayasa ve yasalarda belirtilen görevlerini yerine getiremiyorsa, ulusun başkanı bu görevlerin yerine getirilmesini silahlı kuvvetlerden de destek alarak zorlayabilir.

Eğer Alman ulusunun kamu güvenliği ve kamu düzeni ciddi şekilde bozulur ve tehlikeye girerse, ulusun başkanı kamu güvenliği ve kamu düzenini sağlamak için gerektiği durumda silahlı kuvvetlerin müdahalesiyle gerekli önlemleri alır. Bu amaçla başkan, geçici olarak Anayasa'nın 114. Maddesi'ni (Kişi dokunulmazlığı), 115. Maddesi'ni (konut dokunulmazlığı, 117. Maddesi'ni (İletişimin gizliliği) 118.

⁸⁴ Ibid., s. 31.

Maddesi’ni (düşünce ve ifade özgürlüğü), 123. Maddesi’ni (toplantı özgürlüğü) 124. Maddesi’ni (dernek kurma özgürlüğü) ve 153. Maddesi’ni (Mülkiyet dokunulmazlığı) askıya alabilir.

Ulusun başkanı bu maddenin 1. ve 2. Fıkrası’na uygun olarak alınacak önlemler için derhal parlamentoyu bilgilendirmelidir. Parlamentonun talep etmesi durumunda bu önlemler geri alınmalıdır. Zaman kaybedilmemesi gereken durumlarda hükümet 2. Fıkra’da anlatılan önlemleri geçici olarak alabilir. Bu önlemler başkanın ya da parlamentonun talebiyle geri alınabilir.

Detaylar ulusal bir kanunla düzenlenecektir”⁸⁵

Bu maddenin son fıkrası asla uygulanmamıştır ve 48. Madde Cumhuriyet Tarihi boyunca anayasal diktatörlükle ilgili tek yazılı metin olarak kaldı. 2. Fıkra’daki “gerekli önlemler” ve “kamu düzeni ve kamu güvenliğinin ciddi şekilde tehdit edilmemesi” ifadelerinden ne anlaşıldığı tamamen başkana ve onun kabinesine bırakılmıştır. 48. Madde’nin son fıkrasındaki ek kanunun çıkmaması hükümetin olağanüstü haldeki yetkilerini negatif şekilde etkilemediği gibi, hükümetin bu durumda tamamen kendi otoritesiyle hareket etmesini getirmiştir.⁸⁶

2.2.1 Weimar Anayasası’nın 48. Maddesi ve Maddenin Arka Planı

Sorulması gereken soru şudur: Weimar Anayasası gibi son derece demokratik bir Anayasa’yı oluşturan komite, nasıl olur da bu Anayasa’nın içerisine, yası tutulmayan Alman İmparatorluğu’nun en otokratik kurumlarından biri olan savaş halini (*state of war*) *Kriegszustand* kopyalarcasına yerleştirmiştir? Cevap 48. Madde ile birlikte açıkça

⁸⁵ [http://en.wikipedia.org/wiki/Article_48_\(Weimar_Constitution\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Article_48_(Weimar_Constitution)), 09.10.11

⁸⁶ Rossiter. op. cit. s. 32.

ortadadır: “Zamanın gerekleri doğrultusunda”. Anayasa komitesinde diktatörlük maddesinin savunucularından birinin açıkça ifade ettiği gibi:

“Bu güç çok ileriye gider. Fakat günümüzde yaşanan olayları göz önünde tuttuğumuzda, bu gücün zamanımızın gerekliliklerinden doğduğunu söyleyebiliriz. Bu madde başkana hiçbir koşulda bırakamayacağımız kadar çok güçlü bir silah vermektedir. Tüm kalbimle başkanlık iktidarının bu şekilde güçlendirilmesini selamlıyorum.”⁸⁷

“Günümüzde yaşanan olaylar” ifadesinde kast edilenlerin ne olduğu tekrara yer bırakmayacak denli iyi bilinen şeylerdir. Almanya’nın büyük bölümünde hakim olan kaos ve anarşi, ayrılıkçı hareketler, ulustan ayrılmayı hedefleyen isyanlar, geçmiş 5 yılın zorlukları, insanların nafîle fedakarlıklar arasında ezilen ruhları, aşırı sol ve aşırı sağ grupların kendi damak tatlarına göre yerel ve ulusal devlet projeleri, müttefik devletlerin şiddeti azalmamış blokajı, savaş endüstrisinin terk edilmesiyle yükselen işsizlik, eve dönen askerler. Almanya gerçekten kötü zamanlar geçiriyordu. Gerçekten tarihte başka bir cumhuriyetin bu kadar kötü ve zorlu zamanlar yaşayıp yaşamadığı meçhuldür.⁸⁸

İşte 6 Şubat 1919 günü en demokratik oy hakkı sistemiyle seçilen Alman Ulusal Kurulu Weimar kasabasında buluştu. Goethe ve Schiller’in kasabası olan Weimar’ın Almanya’nın içer karışıklıklar yaşayan diğer bölgelerine kıyasla görece sakinliği tercih sebebi oldu. Ülke kargaşa içinde olduğundan kurul ister istemez olağanüstü yönetim usullerini gündemine aldı. Tartışmaların anahtarı sadece demokratik bir devlet modeli değil, aynı zamanda güçlü de olabilecek bir devlet modeli yaratmaktı. Kasım 1918 devriminden, 11 Şubat 1919’a kadar Fritz Ebert ve küçük bir sosyal demokrat zümre

⁸⁷ Friedrich: “The Development of Executive Power in Germany”, American Political Science Review, XXVII, 1933, s.185, s. 197. Akt. Rossiter, op. cit. s. 34.

⁸⁸ Rossiter, op. cit., s. 34.

ülkeyi hukuki bir temeli olmayan diktatörlükle yönetti. Şimdi kurul üyelerini görevi bu kriz diktatörlüğüne hukuki ve yasal bir temel katmak ve yönetimi demokrasi ve Anayasa'nın kapsamına almaktı.⁸⁹ Bağımsız Sosyalistlerin lideri Dr. Cohn, kurul toplantılarında yaptığı konuşmalarda, kurulun başkanlık ofisini her zaman sadece gerçek demokratların yöneteceğini varsaymakla hatalı olduğunu dile getirdi ve bu konuda kurula eleştiriler yaptı ancak dikkate alınmadı. Sözleri 1932 yılında kayda değer ve ölümcül bir kehanet olarak ortada durmaktaydı, fakat 1919 yılında birçok kurul delegesi tarafından inanılan anayasal diktatörlüğün, Weimar Anayasası'nın babası Profesör Hugo Preuss'un ifadesiyle “anayasal devletin çerçevesi içinde inşa edildiği” görüşüydü. 48. Madde oluşumunu 1919 olaylarının içinde, kaynağını ise Alman tarihinde bulur.⁹⁰

Bu noktada Dr. Cohn'un yapmış olduğu tarihi itiraz bize Anayasa oluşum süreçlerinde muhalif görüşlerin ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Dr. Cohn'un görüşleri sadece Weimar Anyasası'nın geleceğini değil, tüm dünyanın ve milyonlarca insanın hayatını değiştirecek nitelikteydi.

2.2.2 Anayasa'nın 48. Maddesi'nin Aşırı Kullanımı

Weimar Cumhuriyeti'nin kurulması hükümetin ve halkın birçok problemine çare olmadı. Ekonomik sıkıntılar, işsizlik, sağ ve solun vahşi saldırıları, Alman topraklarının işgal edilmesi gibi sorunlar sürüyordu. Ülke böyle bir karmaşanın içinden geçerken, Weimar Anayasası'na 48. Madde'yi yerleştirenler beklendiği gibi cumhuriyetin bu sorunlu yıllarında 48. Madde'yi uygulamaya koydular. Tam yüz otuz kez. Savaş sonrası Avrupasında cumhuriyetin yöneticileri 48. Madde'nin olanakları olmaksızın demokrasilerini işletemez pozisyondaydılar.⁹¹ Kuşkusuz ki bir anayasal diktatörlük

⁸⁹ Ibid., s. 35.

⁹⁰ Ibid., s. 35.

⁹¹ Ibid., s.38.

kurumunun bu kadar sık kullanımında, dönemin parlamentosunun ciddi bir sorumsuzlukla hareket etmesinin de payı vardır. Demokrasinin tıkanma aşamasına geldiği durumda böyle bir kurumun istisna halinin dışına taşarak “istisna” olmaktan çıkması son derece sakıncalıdır. Bir kuşu vurmak için sapan kullanmak yeterliyken bazuka ile ateş edildiğinden tahribat kaçınılmaz olmuştur.

48. Madde çerçevesinde askeri tedbirlere başvurulurken, demokratik Ebert rejimi, aşırı tepkisel eğilimleri olan ve mevcut otoritelere karşı ayaklanmaları neredeyse teşvik eden orduya dayanmak zorunda kaldı. 1920 yılının Mart ayında Sosyal Demokrat sendikaların yaptığı genel greve paralel olarak Kapp darbesi gerçekleşti ve hükümet Berlin’den Stuttgart’a taşınmak zorunda kaldı. Başkan Ebert bu darbenin engellenmesi için ordudan destek istemedi, çünkü zaten darbe yapanlar arasında ciddi oranda ordu mensupları da bulunuyordu.⁹²

1925 ile 1929 yılları arası Almanya Cumhuriyeti’nin politik ve ekonomik olarak bir istikrar yakaladığı tek dönemi oluşturur. Genç demokrasi bu dönemde hem kendi içinde hem de dünya ile barış içinde olmuştur. Enflasyon ve sivil ayaklanma tehditleri bertaraf edilmiştir. İşte bu dönemde Paul von Hindenburg ikinci Almanya başkanı olmuştur. 48. Madde kötü günlerde cumhuriyet için son derece faydalı olduğundan, iyi günlerde artık gereksiz olduğu ileri sürülse de ortadan kaldırılmamıştır. 48. Madde’nin bir kanun öngören 5. Fıkrası hak ettiği ilgiyi bu dönemde de bulamamıştır. Alman devlet adamları başlarına gelecekleri bilseler muhakkak ki 48. Madde’yi bu dönemde modifiye ederlerdi. Öte yandan barış içinde olan bir demokrasi, savaş için neden hazırlık yapsın ki? ⁹³ 16 Temmuz 1930 yılında Almanya tekrar bir krizin eşiğine geldi Brüning hükümetinin

⁹² Ibid., s.40.

⁹³ Ibid., s. 50.

bütçesi mecliste 256'ya karşılık 193 oyla reddedildi. Dönemin Almanya Parlamentosu'nda bu durum kabinenin istifası sonucunu doğurmadı. Brüning hükümeti, meclisten başka hükümet çıkmayacağını da düşünerek daha farklı bir yönteme başvurdu. Mecliste reddedilen Bütçe Ve Vergi Yasası Anayasa'nın 48. Maddesi çerçevesinde kararname olarak çıkarıldı. Alman Şansölyesi Anayasa'nın bu aşırı güçlü ilacını ekonomik dar boğazdan çıkmak ve parlamenter sorumsuzluğu engellemek için kullanmıştı ama maalesef farkında olmadan gelecekte cumhuriyet için kendisi kadar sevgi beslemeyecek bir adamın yol haritasını çiziyordu.⁹⁴

10 Nisan 1932'de tekrar başkan olarak seçilen Hindenburg, tarım politikasında Bolşevikler'e yakın olması gerekçesiyle mecliste 287'ye karşılık 257 oyla çoğunlukta olan Brüning hükümetine olan desteğini geri çekeceğini açıkladı. Brüning hükümeti mecliste çoğunluğa sahip olmasına karşın istifa etmek zorunda kaldı çünkü Hindenburg'un onayı olmadan 48. Madde çalıştırılmazdı ve 48. Madde çalıştırılmadan da ülke yönetilemezdi. 4 Haziran da Franz von Papen şansölye olarak seçildi. Bu tarihten itibaren Almanya'nın rejimi başkanlık sistemine dönüştü. Şansölye ve kabinesi parlamento odaklı değil bir başkanlık kabinesi olarak oluşturulmuştu. Başkan Hindenburg, ülkeyi parti dışı bir Şansölye ve parti dışı bakanlarla yönetmeye karar verdi.⁹⁵ Brüning kabinesin sonra ermesinden sonra Hitler kabinesi görev başına gelene kadar doğrudan doğruya Hindenburg'a bağlı olan iki kabine görev yaptı. (Junker Kabineleri) Papen Kabinesi (31 Mayıs 1932- 17 Kasım 1932) ve Schleicher Kabinesi (2 Aralık 1932-29 Ocak 1933) Her iki kabine de tamamen Hindenburg'a bağlı olmakla birlikte ülkeyi 48. Madde çerçevesinde yönetti. 31 Temmuz'da seçilen Alman

⁹⁴ Ibid., s. 51.

⁹⁵ Ibid., s. 55.

Parlamentosu, sadece 30 Ağustos'ta ve 12 Eylül'de oturum yaptı. Almanya'da parlamenter rejim ölmüştü. Tüm demokratların güvendiği ve desteklediği isim olan Hindenburg, ölümcül bir güç transferi yaparak gücü cumhuriyeti savunanlara değil, onu yok etmek isteyenlere kaydırıldı. Dr. Cohn'un kehaneti böylece gerçekleşmiş oluyordu. Weimar Cumhuriyeti'nin dostları değil düşmanları 48. Madde'yi benimsiyor ve kullanıyordu.⁹⁶

30 Ocak 1933'te Hitler'in iktidara gelişi Almanya'nın tarihinde önemli bir dönüm noktası oldu. 24 Mart 1933'te Hitler tüm yürütme yetkilerini kendinde topladı ve diktatörlük kurumunu çalıştırmaya başladı. Weimar Cumhuriyeti'nin temeli niteliğindeki 48. Madde Hindenburg ve Papen tarafından despotizme giden bir köprüye dönüştürüldü. Adolf Hitler'e ise sadece bu köprünün üzerinden yürümek kaldı.⁹⁷ Bu tespit fazlasıyla önemli bir tespit olup Adolf Hitler'e ilişkin bir yanlışlığı düzeltmek adına çok önemlidir. Hitler yeryüzünün gördüğü en acımasız diktatörlerden biri olmasına rağmen, Almanya'ya diktatörlük sistemini onun getirdiği varsayımı doğru değildir. Weimar Cumhuriyeti'nin siyasi ve hukuki sürecinden çok net görülebileceği gibi, Hitler iktidara geldiğinde yıllarca diktatörlükle yönetilmiş ve bu anlamda diktatörlüklere aşina bir Almanya buldu. Tek yapması gereken kendi despotizmini sistemle bütünleştirmek oldu.

Weimar Anayasası'nın oluşturucuları yürütmenin suistimali konusunda son derece iyimser davranarak bu konuda herhangi bir önlem almadılar. Ebert bu iyimserliğin hakkını verdi, ancak Brüning iyi niyetine rağmen buna ihanet etti ve hem Papen hem de Hitler diktatörlük kurumunu Weimar sistemini yok etmek için kullandılar.⁹⁸ 1922 yılında

⁹⁶ Ibid., s. 57.

⁹⁷ Ibid., s. 59.

⁹⁸ Ibid., s. 73.

Weimar Anayasası'nın 48. Maddesi bir nimetti, 1932 yılında ise bir lanet. Buradan çıkarılabilecek ders: Demokrasi düşmanlarının, demokrasinin silahlarını ele geçirmesine izin verilmemesi gerektiğidir. Bir diğer doğal sonuç ise silahlarınız üzerinde çok fazla çalışmamak gerektiğidir.⁹⁹

Kuşkusuz ki Alman Cumhuriyeti'nin yıkımını sadece anayasal diktatörlük kurumuna bağlamak büyük bir hata olacaktır. Montesquieu'nun dediği gibi "eğer bir devlet tek bir savaşın kaybedilmesi ya da tek bir kanunun geçirilmesi ile yıkılıyorsa o devleti yıkılmaya hazır hale getiren genel bir süreçten bahsedilebilir." Bu durum Almanya ve 48. Madde için de geçerliydi. Anayasal diktatörlük bu çöküşe yardımcı olmuş olsa bile çöküşe sebep olan çok daha geniş ve önemli nedenler sayılabılırdı.¹⁰⁰

İstisna hali/anayasal diktatörlük kavramlarına ilişkin tarihsel olarak son derece çarpıcı ve acı tecrübeleri olan bir ülke olarak Almanya, yaşananlar ışığında günümüzde bu kurumu çeşitli mekanizmalarla denetim altında tutmaktadır. Almanya'nın denetim mekanizmaları siyasal denetim ve yargısal denetim olarak iki başlık altında incelenebilir.

2.2.3 Almanya'da Siyasal Denetim

Günümüzde Alman Anayasası yürütmenin olağanüstü hallerde kullandığı yetkileri denetlemek için çeşitli önlemler öngörmüştür. Federal hükümete parlamento ve karma komisyona çıkarılan kararnamelere ilişkin kesinlikle gecikmeksizin bilgi vermek yükümlülüğü getirilmiştir. Almanya'nın olağanüstü yönetim biçimine ilişkin geçmişte yaşadığı vahim tecrübeler kuşkusuz ki yapılan düzenlemelere de etki etmiştir. Olağanüstü hal ilanı, Federal Anayasa Mahkemesi'nin işleyişini etkilemez, aynı şekilde *Bundestag*'ın da savunma hali esnasında feshedilmesi söz konusu olamaz. Eyalet

⁹⁹ Ibid., s. 73.

¹⁰⁰ Ibid., s. 73.

parlamentoları ve Bundestag'ın yasama dönemi olağanüstü hal dönemi içerisinde sona ermiş olsa bile bu kurumlar olağanüstü hal sona erdikten sonraki 6 ay içinde çalışmalarını işlevsel olarak sürdürürler.¹⁰¹

2.2.4 Almanya'da Yargısal Denetim

Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi sadece olağanüstü hale ilişkin olan yasal düzenlemeleri denetlemekle kalmaz, aynı zamanda kişilere olağanüstü hal döneminde yürütme organının herhangi bir eylem veya işlemi tarafından zarar görmeleri halinde Anayasa şikayeti yoluyla bunu Federal Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşıma imkanı da verilmiştir.¹⁰² Kuşkusuz ki Federal Almanya'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin taraflarından biri olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı etkisini de tanınması olağanüstü rejimlerin denetiminde önemli bir faktör olarak göze çarpmaktadır.¹⁰³

2.3 Fransa

Fransız hukuk ve siyaset kurumları her zaman tüm dünyadaki diğer uluslara örnek modeller teşkil etmiştir. Bu durum kökenleri Napolyon'a dayanan anayasal diktatörlük için de geçerlidir. Modern zamanların önde gelen olağanüstü hal yönetim usulü olan, “*state of siege*”in doğum yeri Fransa'dır.¹⁰⁴ Yaygın olağanüstü yönetim usullerinden olan sıkıyönetim (*état de siege*), tıpkı devrim gibi Fransız orijinli bir kavram olduğundan genellikle bu ülke ile birlikte anılır. Sıkıyönetimi, fiili sıkıyönetim (*état de siège réel*) ve saymaca (itibari) sıkıyönetim (*état de siège fictif*) olarak ikiye ayırmak mümkün iken, genel olarak fiili sıkıyönetimin ülkenin tümü ya da bir bölümünün düşman işgali altında bulunması ya da askeri operasyonların yapılmakta olması durumunda söz konusu

¹⁰¹ Schweitwer, 1969, s.119, Akt. Esenop.cit., s. 106.

¹⁰² Gören, 1994, s.97-134; Göztepe, 1988, Akt. Esen, op. cit., s.107.

¹⁰³ Ibid., s.107.

¹⁰⁴ Rossiter, op. cit., s. 77.

olduğunu söyleyebiliriz. Fiili sıkıyönetim olağan hayatın büyük bir bölümünü askıya alacağı gibi olağan dönem yasalarını da büyük oranda uygulama dışında bırakacaktır. İtibari sıkıyönetim ise kendi içinde olağanüstü hal gerektirecek koşulları barındırırken bu koşullar sivil yaşamın ve olağan dönem hukuk düzeninin tamamen askıya alınmasını gerektirmez. Sivil kurumların işlevselli koşullarla orantılı olabilecek biçimde sürdürülür, hukuk düzeni ve anayasal güvenceler de muhafaza edilir.¹⁰⁵ Direktuvar ve konsüllük yönetimleri döneminde sıkıyönetim ilan etme yetkisinin kötüye kullanıldığı görülmüştür.¹⁰⁶ Yürütmenin olağanüstü hali suistimal edip olağan dışı hale taşması tarihte yaygın olarak görülmekle birlikte aslında konunun en çok çözüme muhtaç olan bölümünü oluşturmaktadır. Örneğin Birinci Napolyon ve İkinci Napolyon, sıkıyönetimi siyasi muhalefetle mücadele etmenin bir aracı olarak da kullanmıştır.¹⁰⁷

Anglosakson common law sistemine kıta Avrupası sistemi olarak başlı başına bir alternatif olan Fransız ekolünün belirgin özellikleri vardır. Fransız *state of siege* kurumunun İngiltere, Birleşik Devletler ve hatta Almanya'daki muadillerinden temel farkı aşırı yasallık prensibidir.¹⁰⁸ State of siege'in Fransa'daki doğası ve izlediği yol, Fransız tarihinde birtakım gözlemleri yapmadan anlaşılabilir. Tüm geleneksel anayasal diktatörlük türleri gibi state of siege de askeri kökenleri olan bir rejim olarak ortaya çıkmıştır. Tarihin akışı içerisinde siyasi anlam kazanan bir kurum olan state of siege, işgale ya da isyana maruz kalmış, kuşatılmış (*besieged*) bölgelerde uygulanacak bir kurum olarak doğmuştur. Hükümetin böyle bir durumda tıpkı kuşatma altındaki bir

¹⁰⁵ Max Radin, "Martial Law and State of Siege", California Law Review, V. 30, 1942, s.640, Akt. Esen, op. cit., s. 87.

¹⁰⁶ Radin, 1942, s. 80-81, Akt.Esen, op. cit., s. 88.

¹⁰⁷ Rossiter, op. cit., s. 83.

¹⁰⁸ Ibid., s.79.

kalenin generalinin sahip olduğu yetkilere sahip olacağı varsayılmıştı.¹⁰⁹ State of siege'in tarihi Fransız Devrimi ile başlar. Fransız Devrimi'nden önceki dönemde herhangi bir olağanüstü yönetim usulü mevcut değildi.¹¹⁰

En temel geleneği yasallık olan bir ülkenin olağanüstü hal rejimini incelerken yasalarını görmezden gelmek mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda 1878 tarihli *state of siege* kanununa göz atmak faydalı olacaktır.

2.3.1 Fransa'nın Yasallık Prensibi

“1- State of siege sadece yakın bir savaş ya da silahlı ayaklanma tehlikesi durumunda sadece kanunla ilan edilebilir. (...) State of siege yürürlükte kaldığı sürede düzeni sağlar. Yürürlük süresinin bitimiyle birlikte kendiliğinden yürürlükten kalkar.

2. Meclislerin dağılmış olduğu bir durumda, state of siege, Bakanlar Konseyi'nin tavsiyesi ile Cumhurbaşkanı tarafından ilan edilir. Bu ilandan sonra meclisler iki gün içinde toplanır.

5. (...) Meclisler ilanın onaylanması veya kaldırılması için derhal toplanır. Eğer meclisler kendi aralarında anlaşamazsa state of siege kendiliğinden ortadan kalkar.”

State of siege'in temel özelliği yasallık mührü ve kanunla düzenlenme zorunluluğudur. Üçüncü özellik olarak da parlamentonun üstünlüğü sayılabilir. Almanya'daki 48. Madde uygulamasından farklı olarak Üçüncü Cumhuriyet Dönemi'nde parlamento *state of siege*'in büyük oranda hakimi olarak ön plana çıktı.

¹⁰⁹ Ibid., s.80.

¹¹⁰ Ibid., s.80.

1849 yılında içişleri bakanlığı görevinde bulunan Dufaure, *state of siege*'i “parlamento diktatörlüğü” olarak niteledi.¹¹¹

Kuşkusuz ki *state of siege*, olağanüstü hal yönetim usulü olarak Weimar Anayasası'nın sunduğu geniş hareket alanında daha sınırlı bir alan sunmaktaydı. Kabineye ya da orduya herhangi bir acil durum yetkisi vermediği aşikardı.¹¹²

Parlamento'nun *state of siege* konusundaki rolü Almanya'dan farklı olarak negatif değil pozitif şekilde düzenlenmişti. Fransız yasama organı, *state of siege* ilan edilmesindeki en büyük limit ve aynı zamanda en büyük denetim mekanizması olup, 1878 yılındaki Fransız kanun koyucuların öngörüsüyle Alman parlamentosuna kıyasla çok daha girişimci bir role sahipti.¹¹³

2.3.2 State of Siege'in Common Law Örneklerinden Farkı

Fransız olağanüstü hal yönetim usulü olan *state of siege*'in anglosakson muadillerinden temel farklarından biri de yargı konusundadır. Fransız mahkemelerinin *state of siege*'in ilanı ya da akabindeki süreçle ilgili herhangi bir yetkisi yoktur. Deklerasyon açıkça *acte de gouvernement* ya da *acte politique* (*hükümet tasarrufu*, *siyasi tasarruf*) olduğundan hukuki denetimin dışında tutulmuştur. Yürütme organı herhangi bir gerekçe olmaksızın *state of siege* ilan etmiş olsa bile bu noktada denetimi yapacak olan yargı değil yasama organı olacaktır. Bu özellik başlıca kıta Avrupası olağanüstü yönetim usulü olan *state of siege*'i common law versiyonlarından ayıran en büyük özelliktir.¹¹⁴ Dufaure'nin *state of siege*'i “parlamento diktatörlüğü” olarak nitelemesi kuşkusuz ki bu temel özellik gözetildiğinde biraz daha anlam kazanmaktadır. Fransız devlet geleneğinde parlamentonun önemi ve keskin kuvvetler ayrılığı

¹¹¹ Ibid., s.84.

¹¹² Ibid., s.86.

¹¹³ Ibid.,s.88.

¹¹⁴ Ibid., s.89.

uygulaması belki de yürütme tasarruflarını yargının denetiminden bu kadar dışarıda tutan en önemli örneklerden biridir.

2.3.3 Fransa’da Savaş Deneyimleri

1. Dünya Savaşı esnasında state of siege teorisinin ötesinde uygulama alanı buldu. Askeri mahkemeler kuruldu ve askeri yetkililer çeşitli yetki aşımalarında bulunsalar da rejim buna rağmen liberal olma özelliğini korudu.¹¹⁵ Bölgesel ve ulusal kararnameler katı sınırlamalar getirerek seyahat özgürlüğünü dahi kısıtlıyordu. Örneğin herhangi bir kişinin polisin özel izni olmadıkça Paris’in trenle 150 km uzağına gitmesi yasaktı. 1. Dünya savaşı sırasında işçi sınıfının hakları da ciddi bir zayıflamaya uğradı. 1878 yılındaki Fransa ile 1914-1918 yılları arasındaki Fransa arasında muhakkak ki farklılıklar vardı. Barış döneminde çıkarılan bir kanunun, bir anda savaş meydanına dönen bir ülkenin ihtiyaçlarını tamamen karşılamasını beklemek ölümlü insanların öngörüsünden çok şey beklemek olurdu. Buradan çıkarılması gereken ders kriz hükümetlerinin tamamen öngörülemezliği gerçeğidir.¹¹⁶

“Savaşın tüm devletlerin arasında kriz döneminden geçerken kendi geleneklerine ve anayasal prensiplerine en çok bağlı kalan devler Fransa olmuştur.”¹¹⁷ Tespiti son derece önemlidir. Kuşkusuz ki böylesi tavırlar halkların tarihleri ve tarihsel kazanımları ile de ilişkilidir. 1789 Fransız Devrimi sadece Fransa’yı değil tüm dünyayı değiştiren bir gelişmedir. Böylesine önemli bir devrim yaşayan Fransız halkının, parlamentonun belirleyici rolündeki ısrarı tarihlerinin bir sonucudur. Fransız yasama organlarının barış zamanındaki çalışma biçimi, yasama faaliyetinin yanında yürütmenin denetimi

¹¹⁵ Ibid. s. 97.

¹¹⁶ Ibid. s. 101-102.

¹¹⁷ Pierre Renouvin: Les Formes du Gouvernement de Guerre, Paris, 1925, s. 147. Akt. Rossiter, op.cit. s.104

anlamında da çok aktifti. Gensorular, sorular, komite toplantıları her iki mecliste de Fransız demokrasisine özgü bir aktiflikle mevcudiyetini sürdürdü. Barış zamanı geçerli olan savaş zamanı da geçerliydi, parlamento kabine denetimi ve demokrasinin savunucusu olarak son derece aktif bir rol üstleniyordu.¹¹⁸ Dünya savaşı esnasında Fransız yasama organının kabine üzerindeki etkisinin doruk noktası Painlevé hükümetinin görevden alınması oldu. Fransa'nın en acı savaşının tam ortasında parlamento, kabine üzerindeki üstünlüğünü göstermek durumunda kaldı. Clémenceau ve dinç programının göreve gelişiyle kabine yeniden üstünlüğünü sağladı. Meclisler Clémenceau'nun diktatörlüğü ve bu adamın savaşı bitireceği hususunda güven içindeydi. Clémenceau'nun bağımsızlığı Versailles barış konferansının akabinde tesis edildi ve hiçbir başbakan parlamento nezdinde hem güç olarak hem de çoğunluk olarak bu kadar iyi durumda olamadı.¹¹⁹

Savaşta olan üç büyük demokrasi içerisinde sadece Fransa'da ordunun kontrolden çıkıp da sivil yönetime hükmetme tehlikesi söz konusuydu. Mutlulukla ifade edilebilir ki ordu, savaşın içerisinde dönemsel olarak önemini fazlasıyla artırmış olmasına rağmen anayasal çerçevenin dışına çıkmayarak kendi görev alanı içerisinde kaldı. Bu testle Fransa demokratik geleneğe ne kadar bağlı olduğunu da göstermiş oluyordu.¹²⁰ Ordunun böyle bir eğilime sahip olması kuşkusuz ki akla on yılda bir darbelerin yaşandığı ülkeleri (Özellikle Türkiye) getirmektedir. Fransa için yapılan tespitle ordunun pozisyon olarak imkanı olmasına karşın, kendi insiyatifi ile anayasal sınırlar içerisinde kaldığı ifade edilmektedir. Burada da darbelerin önlenmesine ilişkin sadece dışarıdan darbe

¹¹⁸ Ernst von Hippel: "Die Entwicklung des öffentlichen Rechts in Frankreich seit, 1914, Jahrbuch des öff. Rechts, XV (1927) s. 149, s.159 – 160, Akt. Rossiter. op. cit., s.107

¹¹⁹ Ibid., s.110.

¹²⁰ Ibid. s.114.

engelleyici kurumların değil, ordunun kendi otokontrol mekanizmasının da ne kadar önemli olduğu önem kazanmaktadır.

Tıpkı birçok ülkede olduğu gibi I. Dünya Savaşı sonrası Fransa da ekonomik ve sosyal sorunlarla uğraşmak durumunda kalmış ve anayasal diktatörlük kurumunu ülke ekonomisini kurtarmak için ön plana çıkarmıştı. Yasama organının yetki devriyle, yürütme eliyle yasama faaliyeti ön plana çıkmıştı ancak state of siege 1919 ile II. Dünya Savaşı'nın başladığı yıla kadar ilan edilmedi.¹²¹

I.Dünya Savaşı'ndaki yönetim usulünden farklı olarak Fransa II. Dünya Savaşı'nda kabinenin çıkardığı kararnamelerle yönetildi. Birinci Dünya Savaşı tecrübesinden farklı olarak kabine gerçek bir hukuk kaynağı haline geldi. O kadar ileri gidildi ki, genel seçimlerin ertelenmesini öngören düzenleme dahi bir kararname ile yapıldı. Nazi İşgali esnasında görev yapan Pétain hükümeti sözde İkinci anayasal kanun yayınlayarak, bu otoriter kararnamenin 1. Maddesi'nin 8. Bölümü'ne dayanarak Fransa devletinin başı sıfatıyla kontrolsüz bir güçle, tüm Fransa'da state of siege ilan etti. Üçüncü Cumhuriyet ile Pétain rejimi arasındaki bu uçurum daha açıkça kanıtlanamazdı. Dördüncü Cumhuriyet Dönemi'nde state of siege ilan etme yetkisi yeniden ait olduğu yere, yasama organına verildi.¹²²

2.3.4 Beşinci Cumhuriyet ve İstisna Hali

V. Cumhuriyet Dönemi Fransız Anayasası'nın 16. Maddesi tipik bir olağanüstü hal durumunun koşullarını sıralarken (ulusun bağımsızlığının, toprak bütünlüğünün tehlike altında olması ya da Fransa'nın uluslararası yükümlülüklerinin ciddi ve yakın bir tehdit altında olması ve anayasal kamu otoriterlerinin düzgün işleyişinin kesintiye uğramış

¹²¹ Ibid. s.117.

¹²² Ibid. s.127-128.

olması) bu koşullara paralel olarak da Cumhurbaşkanı'na durumun gerektirdiği bütün önlemleri alabilme yetkisi vererek son derece geniş bir yetki tanımıştır. Cumhurbaşkanı söz konusu koşulların varlığının hakikaten mevcut olup olmadığını saptayan yegane merci olarak kalmaz, buna ek olarak bu olağanüstü halin süresini tayin edecek tek merci olduğu da açıktır. Yalnızca ülkenin bu maddede belirtilen koşullarda olup olmadığına karar verecek tek merci değil, aynı zamanda olağanüstü halin ne kadar süreyle devam edeceğine karar verecek kişidir.¹²³ 16. Madde'nin işletilmesi yoluyla Anayasa'nın değiştirilemeyeceği ve Millet Meclisi'nin de dağıtılamayacağı belirtilmekle birlikte Cumhurbaşkanı, 16. Madde'deki yetkilerini kullanmadan önce Anayasa Konseyi'ne danışmalıdır. Anayasa Konseyi'nin görüşü Cumhurbaşkanı açısından hukuken bağlayıcı olmamakla birlikte bu konseyin görüşünün bütünüyle etkisiz olduğu anlamına da gelmez. Cumhurbaşkanı'nın, bu koşullarda özellikle Konsey'in arzusu hilafına hareket etmesi ve Anayasa'nın 16. Maddesi'ndeki yetkilerini kullanırken Konseyin görüşünü yok varsayması, muhakkak ki kamuoyunda onun elindeki bu yetkiyi kötüye kullandığı yönünde bir kanının oluşmasına yol açabilecektir.¹²⁴ Bu da, Cumhurbaşkanı'nın Anayasa Konseyi'ni tamamen görmezden gelmemesi için caydırıcılık yaratan bir noktadır ve dolayısıyla da Cumhurbaşkanı'nın yetkilerini kötüye kullanmasını zorlaştırabilecektir. Cumhurbaşkanı, 16. Madde'ye dayanarak her türlü önlemi alabildiği üzere, haliyle yasa gücünde kararname çıkarma yetkisine de fazlasıyla sahiptir. Cumhurbaşkanı'nın 16. Madde'ye dayanarak çıkaracağı kararnameleri Millet Meclisi'nin onayına sunma zorunluluğu ise yoktur.¹²⁵

¹²³ Daver, 1961, s. 102, Akt. Esen, op. cit., s. 94.

¹²⁴ Bruce Ackerman, "The Emergency Constitution", Yale Law Journal, v. Law Review, V.113, No. 5, 2004, s.1067, Akt. Esen, op. cit., s. 94.

¹²⁵ Daver, 1961, s. 102, Akt. Esen, op. cit., s. 94.

Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'na olağanüstü yetkiler veren 16. Maddesi tek bir durumda çalıştırıldı: Cezayir Savaşı. Fransa Cumhurbaşkanı De Gaulle'ün Cezayir'deki ayaklanmayı bastırmak için Anayasa'nın 16. Maddesi'ndeki yetkilerini kullanması Fransa'da ölçülülük tartışmalarına sebep verdi ve De Gaulle'ün bu konuda orantısız yetki kullanıp kullanmadığı Fransız kamuoyunda aşırı bir önlem olarak değerlendirilmedi. Ancak Cumhurbaşkanı'nın, olağanüstü halden kaynaklanan yetkilerini ayaklanmanın bastırılmasından sonra da aylarca kullanmayı sürdürmesi ciddi şekilde olağanüstü halin suistimal edildiğine ilişkin eleştirileri gündeme getirdi.¹²⁶ De Gaulle orantısız yetki kullanmakla ilgili aldığı eleştirilerin büyük bir kısmını bu dönemde Anayasa'nın (16. Madde) kendisine verdiği yetkiyi olabildiğince geniş biçimde kullanmasına, örneğin özel askeri mahkemeler kurup, bazı hak ve özgürlüklerin kullanımına sınırlamalar getirmesine ve basına sansür uygulamasına borçludur.¹²⁷

2.3.5 Fransa'da Siyasi Denetim

Cumhurbaşkanı'nın hem 1958 Anayasası'nın 16. Maddesi'ni işletmek yönündeki kararı, hem de bu karara dayanarak çıkaracağı kararnameler parlamentonun denetimi dışında tutulmuş olup parlamento belki de olağanüstü hale ilişkin en önemli konularda insiyatif dışı bırakılmıştır. Buna karşılık hükümetin Anayasa'nın 36. Maddesi'ne dayanarak sıkıyönetim ya da olağanüstü hal ilan etmesi durumunda ilan kararının onaylanması noktasında parlamento yetki verilmiştir. Sıkıyönetim ve olağanüstü hal süresinin uzatılmasına da parlamento karar vermesi gerekmektedir.¹²⁸

¹²⁶ Ackerman, 2004,19, Akt. Esen, op.cit., s. 95.

¹²⁷ Feldman, 2005, s.1029, Akt. Esen, op.cit., s. 95.

¹²⁸ Esen, op.cit., s. 96.

2.3.6 Fransa’da Yargısal Denetim

Yargının geleneksel olarak olağanüstü dönemlerde olayları ve kavramları yürütmenin lehine geniş yorumlaması geleneği kendini Fransız Danıştay’ının kararlarında da tekrar etmiştir. Danıştay, savaş halinde idarenin yasaya aykırılık taşıyan kararlar almasını istisnai durumun gereği olarak değerlendirmiş ve olağanüstü yetkiler kullanan yürütme ile çatışmaktan kaçınmıştır. 1849 tarihli Sıkıyönetim Kanunu, kamu düzenine zarar verebilecek nitelikte olan toplantı ve yayınların yasaklanmasına ilişkin yetkiyi askeri karar mercilerine vermişti. Askeri otoriteler de bu yetkiye binaen ve “toplantı” sözcüğünü 1849 tarihli yasa uyarınca olabildiğince geniş yorumlamış ve iki adet kafeyi kapatmıştır. Danıştay konuyla ilgili yaptığı inceleme sonucunda 1915’te verdiği kararında idarenin tavrını haklı bulmuş, bir kafenin istisnai dönem içinde toplantı yeri olarak değerlendirilebileceğine ve ilgili yasa hükmü çerçevesinde kapatılabileceğine karar vermiştir.¹²⁹ Birinci Dünya Savaşı sonrasında, Fransız Danıştay’ının olağanüstü hale ilişkin yapmış olduğu iki adet önemli tespit mevcuttur. Bunlardan birincisi olağanüstü halin sadece savaş zamanları değil barış zamanları da çeşitli sebeplerden hem sömürgelerde hem de Fransa anakarasında gerçekleşebilir bir durum olduğu [1947 tarihli “*Jarrigion*” ve 1980 tarihli “*Syndicat CFDT des Postes Télécomunications du Haut-Rhin*” kararları Danıştay’ın genel grev ve bir kamu hizmetinin aksaması dolayısıyla insan eylemlerine ilişkin verdiği kararlara, doğal afetten kaynaklanan (yanardağ patlaması tehlikesi) olağanüstü hale örnek olarak da 1983 tarihli “*Felix Rodes*” kararı verilebilir.]¹³⁰ Danıştay’ın yapmış olduğu ikinci tespit ise savaş hali, durumunda yetki aşımı ile olağanüstü durumun koşulları orantısız ise zaruretin gerektirdiği her türlü

¹²⁹ Kortman, 2004, s.106-107, Akt. Esen, op. cit., s. 97.

¹³⁰ Kortman, 2004, s.106;146,148 ve149. Dipnotlar. Akt. Esen, op. cit., s. 97

önlem, meşru ve haklı olmaz. Fransız Danıştay, 1. Dünya Savaşı Dönemi'nden farklı olarak, 1939-1945 arasındaki dönemi sürekli olağanüstü hal olarak değerlendirmemiştir.¹³¹

Son olarak 2005 yılında Paris başta olmak üzere, bazı büyük kentlerin banliyölerinde patlak veren olayları bastırmak amacıyla ilan edilen olağanüstü hal kararının Anayasa'ya aykırı olup olmadığını incelemiştir. Yeşiller Partisi bu olaylara ilişkin ilan edilen olağanüstü hal kararında zaruret unsuru bulunmadığı ve temel hak ve özgürlükleri orantısız olarak ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa Konseyi'nde dava açmış, konsey ise yaptığı değerlendirmede şiddetin hızlı bir biçimde yayılma eğilimini ve yeniden ortaya çıkma olasılığının bulunmasını gözeterek olağanüstü hal ilanını haklı gösterdiği sonucuna vararak olağanüstü hal ilanını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.¹³²

Fransa'ya dair bir değerlendirme yapılacaksa çok az ülkenin I. Dünya Savaşı'ndaki Fransa kadar demokrasi ve diktatörlüğü dengelemek hususunda başarılı olabildiği ortaya konulmalıdır.¹³³ Bu husus bize istisna hali/anayasal diktatörlük gibi kurumların aslında devletlerin demokratik gelenekleriyle de ne kadar bağlantılı olduğunu göstermektedir. Weimar Almanyası ile I. Dünya Savaşı Fransası arasında özellikle parlamento eğilimleri açısından çok ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Demokrasilerin yasama organları kendilerine biçilen misyonun farkında olarak aktif ve sorumlu bir hareket tarzı benimsedikleri müddetçe devletlerin kaderlerini ne kadar olumlu şekilde etkileyebilecekleri ortadadır.

¹³¹ Kortman, 2004, s. 110-11, Akt. Esen, op. cit., s.97

¹³² Le Monde, 9.12.2005. Akt. Esen, op. cit. s.98

¹³³ Rossiter, op. cit., s. 129.

2.4 Büyük Britanya

Büyük Britanya’da kriz hükümetleri ikiye ayrılır: 1914’ten önceki yüzyıllar ki anayasal diktatörlük kurumuna olan ihtiyaç daha azdı ve 1914’ten sonraki dönem ki burada da hiçbir demokraside olmadığı kadar anayasal diktatörlük adına bir ihtiyaç ve düzenleme görülebilir. Fransa, İtalya, Almanya ve İspanya gibi ülkelerin tarihleri devrimler, ani ve yasadışı hükümet değişiklikleri, yabancı orduların işgali gibi olaylarla doluyken, İngiltere’nin evrimi bunlara göre nispeten daha barışçıldı. Parlamantonun elinde kamçısıyla yürütme üzerinde söz sahibi olduğu, olağanüstü hallerde bile bir parlamenter demokrasinin kuralları gereği düzenli olarak çalışan bir sistem söz konusuydu.¹³⁴ Fransız hukukçuların acil durum yetkilerini oluştururken geleneksel olarak dayandıkları prensip yasallık (*légalité*) prensibidir. Bu aynı zamanda anayasal bir devlet olmanın da gereğidir. Öte yandan İngiliz hukukçularının anayasal devlet formülü ise hukukun üstünlüğü (*rule of law*) ilkesidir. Her ekol kendi sistemiyle gurur duymakta ve diğer sisteme aşağılayıcı bir tavırla yaklaşmaktadır. Bugün özellikle istisna hali ve anayasal diktatörlük konusunda kimin sisteminin daha kutsal olduğu tartışması noktalanmıştır. Zafer, bedeli ne olursa olsun Fransız ekolünün olmuştur. Modern savaşın ve ekonomik depresyonun etkisiyle İngiltere kriz hükümeti konusunda geleneksel yöntemleri terk edip Kıta Avrupası sistemine yönelmek zorunda kalmıştır. Özellikle I. Dünya Savaşı bu alanda, önceki yüzyıllardan çok daha hızlı bir ivme kat edilmesini sağlamıştır. 1930’larda ve 1940’larda yaşanan olaylar ise bu gidişatı daha da hızlandırmıştır.¹³⁵ Birleşik Krallık’ın demokrasi ve istikrar sembolü olarak yaydığı ününe paralel olarak 1800’den beri adada sıkıyönetim (*martial law*) ilan edilmemiş

¹³⁴ Ibid., s.135.

¹³⁵ Ibid. s. 136.

olması gerçekten altı çizilmesi gereken bir durumdur. Hukuken sıkıyönetimin savaş zamanının dışında uygulanıp uygulanmayacağı da belirsiz bir durumdur. 1628 tarihli Haklar Dilekçesi (*Petititon of Rights*) barış zamanında sıkıyönetimin uygulanmasının yasaya aykırı olduğunu düzenlemiştir.¹³⁶ 1914'te kabul edilen Ülke Savunması Yasası (*The Defence of Realm Act- DORA*) yürütme organına savaş sırasında istisnai yetkiler vermektedir. Bu yetkiler, 1916'dan itibaren Lloyd Geroge hükümetince kurulan ve sınırlı sayıdaki kişiden oluşan "Savaş kabinesi" tarafından kullanıldı.¹³⁷

2.4.1 Martial Law

Martial Law olarak bilinen anayasal diktatörlük kurumu, İngiltere'nin *common law* sistemindeki klasik karakteristik anayasal diktatörlük kurumudur. Fransa'da *state of siege*, İngiltere'de ise *martial law* kriz yönetimiyle eş anlamlıdır. Her iki kuruma da aynı gerekçelerle kurulur: İşgal veya ayaklanma. Sonrasında uygulanacak metot de aynıdır: Medeni hakların askıya alınması, sivil suçlar için askeri mahkemelerin kurulması, normal polis gücüyle, ordunun yer değiştirmesi. Hem İngiliz hükümeti hem de Fransız hükümeti aynı amacı güder: Kamu düzeninin yeniden tesisi ve devletin normalleştirilmesi.¹³⁸ Sir James Mackintosh'un ifadesiyle: **"İngiltere hukuk sisteminin Martial Law'u tolere etmesini sağlayan tek bir prensip vardır, o da zorunluluk prensibidir. Martial Law'un sürdürülebilirliği bu zorunluluğun mevcudiyetini korumasına bağlıdır. Zorunluluğun ortadan kaldığı ilk dakikadan itibaren martial law, hukuksuz bir vahşete dönüşür."**¹³⁹

¹³⁶ John Alder, *Constitutional & Administrative Law*, Second Edition, Macmillan, UK, 1994, s. 392, Akt. Esen, op. cit., s. 75.

¹³⁷ Rossiter, op. cit., s. 157.

¹³⁸ Ibid. s. 139.

¹³⁹ Quoted in Clode, op. Cit. II, s.161, Akt. Rossiter, op cit. s. 146.

2.4.2 Büyük Britanya'da Savaş Deneyimleri

Birinci Dünya Savaşı tıpkı diğer ülkelerde olduğu gibi Birleşik Krallık'ta da olağanüstü hal uygulamalarının ve yönetimin ayrıcalıklı yetki kullanımlarının en önemli pratiklerinden bir tanesi olmuştur. Bu dönemde kamu düzenine ve ülke savunmasına zarar veren ya da verme potansiyeli olduğundan kuşku duyulan kişilerin tutuklanabilmesi; basına sansür uygulamaları; düşmana yardım etme niyeti olanlara ölüm cezası verilmesi gibi normal koşulların çok ötesinde düzenlemeler yapılmış, bunlara ek olarak yiyecek, taşımacılık, maden, ulaşım, tekstil gibi ekonominin stratejik sektörleri devlet tarafından kontrol edilmiş ya da yönetilmiştir.¹⁴⁰ Dünya savaşı esnasında birçok ulusa kıyasla İngiltere, hükümet yapısında en radikal değişiklikleri ve kıyas yapıldığında sivil ve ekonomik hakların en çok kısıtlandığı ülke olmuştur. Örneğin savaş öncesi Almanya ile savaş sonrası Almanya'nın dönüşümü hükümet-vatandaş ilişkileri bakımından Britanya'ya kıyasla çok daha sınırlıydı. Savaş öncesi Britanya ile savaş sonrası Britanya arasındaki fark ise neredeyse devrim niteliğindedi. İngiliz hükümet modelinde I. Dünya Savaşı'na paralel olarak ciddi değişiklikler oldu. Kabinenin gücü ve prestiji hatırı sayılır oranda artarken, parlamentonun gücü ve prestijinde de buna paralel olarak kayıplar yaşandı. Kabine sistemindeki bu değişiklik, hükümetin gücünün özgürlükler aleyhine genişlemesiyle, Britanya halkının ekonomik yaşamının tamamen hükümet kontrolüne geçmesiyle sonuçlandı.¹⁴¹

İngiltere'nin olağanüstü hal esnasındaki performansını değerlendirirken aynı zamanda klasik temsilcisi olduğu parlamenter rejimin de performansını değerlendirdiğimiz bir gerçektir. Geleneksel olarak olağanüstü hal, ulusal kriz durumu

¹⁴⁰ Ibid., s.170.

¹⁴¹ Ibid.s. 151-152.

akla güçlü ve tek merkezli iktidarları getirdiği için, bu tür durumlar için en ideal sistemin Birleşik Devletler'in başkanlık sistemi olduğu düşünülebilir. Ancak tam da bu noktada Walter Bagehot önemli bir hususa işaret ederek kabine hükümet modelinin kriz zamanlarında telaşa yer vermeden, liderlerini değiştirip yerine en nitelikli kadroları getirebilecek esneklikte olduğunu belirtmiştir. Ancak Birleşik Devletler gibi başkanlık sisteminin olduğu ülkelerde, bir olağanüstü hal esnasında hangi niteliklere sahip olan bir kişinin başkan olduğu öngörülemezlikle birlikte böyle bir durumda yetersiz olan bir başkanı, daha güçlü biri ile değiştirmenin pratik bir yolu bulunmamaktadır. 10 Aralık 1916 itibarıyla Lloyd George ve devrimci savaş komitesi, savaş bakanlığı ve kamu kurumları (*Civil Service*) yasama yükünü bir karenin köşeleri gibi yüklendiler.¹⁴² *Magna Carta*, *Petition of Rights* ve *Bill of Rights* gibi geleneksel Britanya özgürlükleri çıkarılmış olan Defence of Realm Act (DORA) sayesinde tamamen kabinenin insafına bırakılmış durumdaydı.¹⁴³

Ülke savunması yasası (DORA) savaş sonrası dönemde ve hatta Versailles Barış Antlaşması'nın imzalanmasından sonar da, Ağustos 1921'e kadar yürürlükte kalmış ancak bu yasanın izleri savaştan sonra da İngilizlerin günlük yaşamlarına etki etmeyi sürdürmüştür. Örneğin günümüzde dahi ülkenin en dikkat çekici özelliklerinden olan barların akşam saat 22.00'de kapanması kuralı, savaş zamanı çıkarılan bir düzenlemenin günümüze yansımasıdır. 1926 yılında saat 20.00'den sonra satış yapılması halinde dondurma dükkanlarına para cezası kesilmesi de yine olağanüstü hal dönemi yasalarının ülkeye bir mirasıdır.¹⁴⁴

¹⁴² The English Constitution, New York, s. 99-100., Akt. Rossiter, op. cit. s.155.-156

¹⁴³ Ibid., s. 165.

¹⁴⁴ Miller, 1939, s. 1075, Akt. Esen, op.cit., s.77.

Eğer Britanya tarihinde anayasal diktatörlük sıfatını ve gücünü kurumsal olarak hakkıyla kullanmış ve hak etmiş bir hükümet varsa, onlar II. Dünya Savaşı esnasında ulusu yöneten kararlı insanlardır. Britanya savaşının uzun süren zorlukları, bunlara ek olarak korkunç Nazi işgali tehlikesi, modern İngiliz tarihindeki en zorlu olağanüstü haldi. Churchill hükümetinin sadece İngiliz halkının kaderinin değil, tüm den demokrasinin bizzat kendisinin de geleceğinin temel dayanağı olduğunu söylersek abartmış olmayız.¹⁴⁵ Diktatörlüğün en üst noktası 1941 tarihli Ulusal Hizmet Kanunu (National Service Act) oldu. Kanunda şu ifadelere yer verildi: **“Büyük Britanya’da şu an itibarıyla her cinsiyetten tüm kişilerin hükümdarlığın (*crow*n) altında veya hükümdarlığın silahlı kuvvetlerinin altında, sivil savunmada, endüstri de ya da diğer alanlarla ulusal hizmetle yükümlü olduğu ilan edilir.”**¹⁴⁶ Bu demokrasinin tümüyle bir savaşın içindeki seferberlik (*levée en masse*) ilanıydı. Churchill hükümeti her yoğunluktaki kriz, kargaşa ve kıtlık için otokratik bir güç kullanmaya karar vermişti.¹⁴⁷

Aziz İngiliz özgürlüklerinin en radikal şekilde ihlal edildiği en önemli belgelerden biri 18 B Savunma Kararnamesiydi. Bu düzenleme ile İçişleri Bakanı, herhangi bir kişinin (a) düşman kökenli ya da düşmanla ilgili olması, (b) kamu güvenliğini tehlikeye atacak zararlı faaliyetlerde bulunması (c) yabancı bir insiyatif ya da kontrol mekanizmasıyla ilişkilendirilmesi ya da majestelerinin savaşta olduğu herhangi bir hükümet sistemi ile yakın ilişki içinde olması (d) düşmana sempati toplayacak nitelikte herhangi bir eylem veya ifadede bulunduğu dair makul bir şüphe olduğunu ileri

¹⁴⁵ Ibid. s. 185.

¹⁴⁶ 5 & 6 Geo. VI. Ch. 4. Akt. op. cit. Rossitter. s. 188.

¹⁴⁷ Ibid. s. 188.

sürerek Habeas Corpus haklarının icrasını askıya alabiliyor, kişileri süresiz olarak göz altına alabiliyordu.¹⁴⁸

2.4.3 II. Dünya Savaşı'nda Yürütme-Yasama İlişkileri

Churchill'in Başbakan olarak 22 Ocak 1941'de parlamentoya ilişkin söyledikleri olağanüstü hal esnasında yasama yürütme ilişkileri bakımından büyük önem arz etmektedir:

“Sanırım daha önce de ifade etmişim ki bir savaşın idare edilmesi, çok büyük bir savaşın, Avam kamarasının yardım ve rehberliği olmadan tamamen bir süper insan işi olurdu. Bu parlamentonun tartışmalarını ve eleştirilerini asla bir yük veya bir zahmet olarak görmedim. Aksine, eleştirilere katılmasam hatta zaman zaman hayretler içinde de kalıp, içerlesem ve sert şekilde cevaplasam bile, burada çok önemli konular üzerinde yapılan tartışmaların bu ulusun en hayati anlarında (life-thrust) majestelerinin hükümetine çok büyük yardımları olmuştur.”¹⁴⁹

1940 yılında İngiltere'yi yöneten insanlar Kralların dahi görmediği geniş bir güçle ülkeyi yönettiler. 1948 yılında ülkeyi yöneten insanlar da olası bir savaş tehlikesi durumunda yine aynı güçten faydalanabilecekti. Bu güç bir tek gerekçe için varlığını korudu ve korumaya devam edecek: İngiltere topraklarında demokrasinin ve özgürlüğün korunması için.¹⁵⁰

2.4.4 Britanya'da Modern Olağanüstü Hal

1974'te IRA tarafından yapılan ve 21 kişinin ölümüyle sonuçlanan bombalama eylemi, kışkırtıcı ve terör odaklı eylemlerin kaçınılmaz sonucu olan temel hak ve özgürlüklerin daha da fazla kısıtlanmasını getirdi. 1974 tarihli Terörizmin Engellenmesi

¹⁴⁸ Ibid. s. 197.

¹⁴⁹ Ibid. s. 184.

¹⁵⁰ Ibid. s. 205.

Yasası (*The Prevention of Terrorism 'Temporary Provisions' Act*) İngiltere için gerçekten benzerine rastlanmamış uygulamaları gündeme getirdi. Yasa üç kısımdan oluşup, birinci kısımda IRA yasaklanıyor, örgüt mensupları için beş yıla kadar hapis cezası öngörülüyordu. İkinci kısım İçişleri Bakanı'na (*Home Secretary*), herhangi bir terör faaliyetinin hazırlanmasıyla ilgisi olan bu tür bir faaliyete katılan ya da terör eylemlerini teşvik eden yabancıları sınır dışı etme yetkisi veriyordu. Yasanın üçüncü kısmı da olağanüstü hal uygulamalarında yaygın olarak rastlanan bir durumu düzenliyor, polisin yakalama ve tutuklama olanaklarını çoğaltıyordu. Polisin bu yasa kapsamında yakalanan kişileri 48 saat sorgulama yetkisi ve buna ek olarak içişleri bakanının vereceği emirle bunun beş gün daha uzatılması da mümkündü. İngiliz kamuoyu söz konusu yasayı eleştirse de bu yasanın sebebiyet verdiği hukuk dışı uygulamaların önüne geçemedi.¹⁵¹

11 Eylül saldırıları kuşkusuz ki tıpkı ABD gibi Birleşik Krallık'ta da olağanüstü hal uygulamaları açısından bir dönüm noktası oldu. İngiliz Parlamentosu'nun 11 Eylül sonrası attığı adım yeni bir terörle mücadele yasası yapmak oldu: Anti terörizm, Suç ve Güvenlik Yasası (*Anti- terrorism, Crime and Security Act 2001*). Terör tırmandıkça buna paralel hazırlanan yasal mevzuat da etkiye tepki biçiminde tırmanmaya devam etti: Temmuz 2005'te Londra'da yaşanan terör olaylarından sonra, İngiliz Parlamentosu, terörle mücadelede hükümetin daha da etkin olabilmesi amacıyla başka bir yasa daha hazırladı. "Terörizmin Önlenmesi Yasası" (*Prevention of Terrorism Act*), Kasım 2005'te Avam Kamarası'nda kabul edildi. Bir yıl boyunca yürürlükte kalacak olan bu yasa, 2001 yasasının, şüpheli görülen uluslararası teröristlerin tutuklanması, sınır dışı edilmesi gibi

¹⁵¹ Esen, op.cit., s.82.

düzenlemeler içeren 4. kısmını değiştirmektedir. Birleşik krallıkta bugünkü terörle mücadelenin yasal çerçevesini bu iki yasa oluşturmaktadır.¹⁵²

2.4.5 Britanya’da Siyasi Denetim

1939 tarihli olağanüstü yetkiler yasası yürütmenin olağanüstü yetkilerinin denetlenmesi için parlamento odaklı bir mekanizma düzenlemiştir: Yürütme organı, ülke savunmasına ilişkin olarak çıkardığı kararnameleri hemen parlamentonun onayına sunacak ve ona göre hareket edilecekti. Parlamentonun bu kararnameleri reddedebilme yetkisi olmakla birlikte kararnamenin reddine ilişkin bir önerge, kararnamenin parlamentoya sunulmasından itibaren 28 gün içinde verilmemiş ya da verildiği halde reddedilmişse kararname kesinleşmiş sayılıyordu.¹⁵³

2004 tarihli Sivil Acil Durumlar Yasası da parlamentoya denetim yetkisi vermiş, yürütme organının çıkaracağı kararnamelerde parlamento denetimini şu şekilde düzenlemiştir: Kararname, çıkarıldıktan sonra pratik olarak makul olan en kısa zamanda parlamentonun onayına sunulacak, parlamentoya sunulmasından itibaren yedi gün içerisinde parlamento tarafından onaylanmayan kararname yürürlükten kalkacaktır. Parlamentonun kararname üzerinde değişiklik yapma yetkisi de mevcuttur. (2. Kısım md. 27)¹⁵⁴

2.4.6 Britanya’da Yargısal Denetim

Mahkemelerin özellikle olağanüstü hal durumunda yürütme ile çatışmama eğiliminin Birleşik Krallık’ta da kendini göstermektedir. Özellikle kamuoyu desteğini de arkasına aldığı durumda yürütmenin olağanüstü yetkiler kullanması ne parlamento ne de yargı tarafından etkin biçimde sınırlanamamaktadır. Özellikle mahkemeler “kamu güvenliği”,

¹⁵² Ibid., s.83.

¹⁵³ Daver, 1961, s.34, Akt. Esen, op. cit., s.85.

¹⁵⁴ Ibid., s. 85.

“ülke savunması” gibi kavramları yürütme organı lehine geniş yorumlama eğilimi göstermiştir. *Rex v. Halliday* (1917) davasında mahkeme, Alman kökenli bir Britanya vatandaşının yargıç karşısına çıkarılmaksızın hapiste tutulmasını, kişinin etnik kökenini de göz önünde bulundurarak savaş esiri kapsamında değerlendirmiş ve yasaya aykırı bulmamıştır.¹⁵⁵

1939 tarihli olağanüstü yetkiler yasasının özellikle ülke savunması ve kamu güvenliği gibi muğlak sebepler çerçevesinde, makul sebebe dayanmak koşuluyla içişleri bakanına kişileri tutuklama yetkisi vermesi, mahkemelerin bu düzenlemenin sonuçlarıyla birçok meselede meşgul olmasına sebebiyet vermiştir. Söz konusu davaların en popüler olanlarından bir tanesi yine içişleri bakanının düşmanla ilişkileri olduğunu gösterecek makul sebepler var diyerek tutuklattığı bir kişi ile ilgili olan *Liversidge* davasıdır. Bu meselenin Lordlar Kamarası’nın önüne gelişi akabinde yapılan yorum ise “makul sebep” unsurunun yürütmenin (içişleri bakanının) takdir yetkisi dahilinde olan bir husus olduğu ve bunun yargı organı tarafından denetlenemeyeceği olmuştur. Açık açık kötü niyetle hareket etmediği ya da şahısta hata yapmadığı sürece makul neden (*reasonable cause*) münhasıran bakan tarafından belirlenebilecek bir öznel bir durumdur.¹⁵⁶ Lordlar Kamarası’nın bu yorumunun zaten olağanüstü hal durumunda yetki aşımı eğilimi olan yürütmeye bunun için daha da geniş alan bıraktığını söylemek yanlış olmayacaktır.

2.5 Amerika Birleşik Devletleri

Almanya’daki 48. Madde ya da Fransa’daki *state of siege* (kuşatma hali) Birleşik Devletler için pratik olarak ve anayasal olarak hep imkansız olmuştur ve hâlâ

¹⁵⁵ James W. Miller, “Foreign Government and Politics: emergency Legislation in Great Britain”, *The American Political Science Review*, V.33, No.6, 1939, s .1074. Akt. Esen, op. cit., s.86.

¹⁵⁶ Cornelius P. Cotter, “Emergency Detention in Wartime: the British Experience”, 1954, s. 251-252, Akt. Esen, op. cit., s.86.

imkansızdır. Olağanüstü halin temel kurumlarından bir tanesi başkanlık kurumunun kendisidir ve bu II. Dünya Savaşı'nda açık olarak görülmüştür. Birleşik Devletler için yapılan bir anayasal diktatörlük çalışması, *martial law* ya da yasa yapma yetkilerinin devrinin analiz edilmesinden çok Abraham Lincoln'ün Woodrow Wilson'ın ve Franklin D. Roosevelt'in tarihidir.¹⁵⁷ Kriz hükümetlerinin Büyük Britanya'daki çeşitliliği yasal olarak her şeye gücü yetebilen bir parlamento desteği söz konusu ise sınırsızdır. Birleşik Devletler'de ise bu çeşitlilik ciddi bir kamuoyu desteği söz konusu olsa bile az ve sınırlıdır. Anayasa önleyici bir fren görevi görür ve değişiklikler sadece çok olağanüstü olayların baskısıyla olabilir. Eski "Bu anayasal değil!" narası şaka değildi. Anayasa'nın felsefesi kriz kurumlarına ve uygulamalarına karşı olması, kutsal kanunlarının dışına çıkacak herhangi bir kriz yönetimi gereksiz görmesi ve bunun aynı zamanda anayasal bir dogma olarak görülmesi Birleşik Devletler'de istisna hali sürücünü meşakkatli bir hale getiriyordu.¹⁵⁸

Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) bu konudaki görüşünü Yargıç David Davis aracılığıyla 1866 yılındaki *Ex Parte Miligan* davasında ifade etmiştir:

“ Birleşik Devletler Anayasası yöneticiler için ve halk için savaşta ve barışta eşittir. Tüm sınıflardan insanları her zaman ve her koşulda koruması altına almıştır. İnsan zekasının ürettiği zararlı sonuçlar içeren hiçbir doktrin devletin karşılaştığı zorluklar esnasında anayasa hükümlerini askıya alamaz. Böyle bir doktrin ülkeyi doğrudan anarşiye ya da despotluğa götürür. Böyle bir doktrin temeli ise yanlış bir temele dayanır çünkü anayasa sınırları içindeki bir hükümet, varlığını korumak için gereken tüm güce sahiptir...”¹⁵⁹

¹⁵⁷ Rossiter, op. cit., s.210.

¹⁵⁸ Ibid. s. 212.

¹⁵⁹ Wallace 2, s. 120-121. Akt. Rossiter, op. cit., 13.

Baş Yargıç Charles Evans Hughes'ın *Home Building and Loan Association v. Blaisdell*, davasında 1934 yılında konuyla ilgili yaptığı değerlendirme şöyledir:

“Acil durum güç yaratmaz. Acil durum verilmiş olan bir gücü de artırmaz, yok etmez, ya da verilmiş bir gücün üzerindeki sınırlamaları azaltmaz. Anayasa ağır bir acil durum döneminde kabul edilmiştir. Federal hükümete devredilen yetkiler acil bir durum ışığında verilmiştir ve herhangi bir acil durumda değiştirilemezler.”¹⁶⁰ Anayasal olarak, tarihsel olarak ve mantık olarak Birleşik Devletler’de başkanlık ofisi her zaman kriz hükümetinin merkezinde yer alır. Thomas Jefferson’un tespiti bu noktada önem taşımaktadır: **“Barış zamanlarında insanlar daha çok temsilcilerine bakarlar ancak savaş zamanında sadece yürütmeye....”**¹⁶¹

2.5.1. Amerikan İç Savaşı

Basit olan gerçek şuydu, Birleşik Devletler’in 165 yıllık tarihinin en kritik anında hükümette bir adam vardı o adam ne bir örnek üzerinden hareket etti ne de sınırlama üzerinden. Ortaya o ise tüm demokratik anayasal diktatörlükler için kusursuz bir örnek çıktı. Eğer Lincoln büyük bir diktatörseydi, daha da büyük bir demokratı. Amerikan iç savaşındaki kriz hükümetinin hikayesi, Abraham Lincoln’ün hikayesidir.¹⁶²

19 Nisan 1861 yılında Lincoln ayrılıkçı güney eyaletlerinin limanlarını bloke etmek kararı aldı. Bu karar hem Anayasa hukukuna aykırıydı hem de yabancı bir devlete karşı savaş ilan edilmedikçe alınabilecek bir karar değildi. 20 Nisan’da kamu güvenliği gerekçesiyle donanmaya 19 gemi daha eklenmesini emretti ve bir blokaj yakın zamanda Virginia ve North Carolina limanlarını da kapsadı. 3 Mayıs’ta kendi anayasal sınırlarını da eşi benzeri görülmemiş bir şekilde aşarak, Kongre’nin en kiskanç olduğu

¹⁶⁰ Duncan v. Kahanomoku 327 U.S. 304-335, Akt. Rossiter, op cit., s. 213.

¹⁶¹ Jefferson’dan Rodney’e, February 10, 1810, “The Writings of Thomas Jefferson”, V . Washington, 1853, s. 500, Akt. Rossiter, op. cit., s. 218.

¹⁶² Ibid., s. 224.

yetkilerinden birine müdahale etti ve orduya ve donanmaya verilen maddi desteği artıran kararlar aldı. Lincoln'ün bu icraatları birçok kişi tarafından kaçınılmaz olarak adlandırılrsa da, kimse tarafından yasal olarak adlandırılmadı.¹⁶³

ABD'de olağanüstü hal pratiğinde yasama ve yürütme arasında uygulama genellikle şu şekilde şekillenmektedir: Öncelikli olarak başkanın olağanüstü duruma belli yetki aşimleri da yaparak fiilen müdahalesi ve daha sonrasında da başkanın bu insiyatifine Kongre tarafından onay verilmesi ya da verilmemesi. Kongre'nin sonradan vereceği onay başkanın kullandığı insiyatifi meşrulaştırırken, Kongre'nin bu uygulamayı reddetmesi başkanın söz konusu yetkileri daha fazla kullanamayacağı anlamına gelecektir. Pratikte karşılaşılan durum, özellikle söz konusu durumdaki kamuoyu desteğinin de başkandan yana olması halinde Kongre'nin başkanın kullandığı geniş yetkileri onaylayacak tarzda hareket etmesidir.¹⁶⁴

2.5.2 I. ve II. Dünya Savaşı Esnasında Birleşik Devletler

1. Dünya Savaşı'nda başkanlık görevini yürüten Woodrow Wilson'un tüm Amerikan başkanlarından daha fazla güç sahibi olduğu söylenebilir. Lincoln'ün kullandığı yetkiden dahi fazla bir yetki kullanarak ulusun tüm ekonomik hayatını kontrolü altına alan Wilson'un yetkilerini ifade etmek için İngiltere'de Kral, tüm yasama organını kontrol eden bir başbakan, silahlı kuvvetlerin başındaki komutan, ekonomik diktatör, dış işleri bakanı ve genel idare yöneticisi benzetmeleri kullanılır. Lincoln başkanlık pratiği ile bir olağanüstü hal durumunda başkanın silahlı kuvvetleri iyi kullanarak neler yapabileceğini göstermişti. Wilson ise silahlı kuvvetler yerine yasama organını iyi kullanmayı tercih etti.¹⁶⁵ Bir siyaset bilimci olarak Wilson, kuvvetler ayrılığı prensibini

¹⁶³ Ibid., s. 226.

¹⁶⁴ Esen, op. cit., s.52.

¹⁶⁵ Rossiter. op. cit. s. 242.

bir kenara bıraktı ve Birleşik Devletler Kongresi ile birlikte hareket ederken Kongre'ye liderlik etti. İlk döneminde sadece yürütme organının değil, yasama organının da lideri olmuştu.¹⁶⁶

Franklin Roosevelt'in kişiliği de tıpkı Lincoln'un kişiliğinin 1861 krizinden ayrı düşünülemez gibi 1933 krizinden ayrı düşünülemezdi. Başkan Roosevelt 10 Mart 1933 tarihinde Kongre'de yaptığı konuşması başkanlık mizacına ve yasama-yürütme ilişkilerine ilişkin önemli ipuçları vermektedir: “Size genel hatlarıyla bir konuşma yapmıyorum. Size tam olarak gidilecek yolu gösteriyorum!”¹⁶⁷

Başkan Roosevelt gıda ürünlerinin fiyatlarının saptanmasına ilişkin yasaya dair yine Kongre'ye hitaben yaptığı 30 Ocak 1942 tarihli konuşmasında şu ifadeleri kullanmıştır:

“Kongre'nin 1 Ekim tarihinde onaylamasını beklediğimiz tasarı maalesef henüz onaylanmamıştır... (...) Kongre'nin harekete geçmekte ısrar etmesi durumunda, tüm sorumluluğu üstlenerek bizzat bu konuda harekete geçeceğimi bilmenizi isterim. (...) Anayasa ve kanunlar başkana bir savaşın neticesini etkileyecek bir konuda gerekli önlemleri alma yetkisini vermektedir. Amerikan halkı güçlerimi tamamen Anayasa'ya ve ülkeme karşı bir sorumluluk bilinciyle kullanacağıma emin olabilir.”¹⁶⁸

Daha önce de ifade edildiği gibi Birleşik Devletler'de istisna hali başkanlık ofisi ve hatta bizzat başkanların karakter özelliklerinden son derece etkilenen bir yapıya sahiptir. Başkanın Kongre ile olan ilişkisi de kuşkusuz ki anayasal diktatörlüğün dozajını belirlemektedir. Bugüne kadar Kongre tarafından başkan lehine yapılan başlıca yetki devirleri ile ilgili şu örnekler verilebilir: “Askere kayıtları engellemeyi ve hükümete hakaret içeren “sadakatsiz” ifadeleri suç sayan, yürütme

¹⁶⁶ Ibid. s. 244.

¹⁶⁷ Ibid. s. 258

¹⁶⁸ Ibid. s. 269.

organına sansür yetkisi tanıyan 1917 tarihli Casusluk Yasası (The Espionage ACT) ile 1918 tarihli İsyana Kışkırtma Yasası (The Sedition Law); savaş nedeniyle yürütmeye toptancı piyasasını düzenleme izni veren yasa (The Lever Act of 1917); düşman ülkelerle haberleşmeyi sansürleme ve bunlarla yapılan bütün ticari faaliyetleri düzenleme izni veren 1917 tarihli yasa (Trading with Enemy Act); yürütmeye petrol ürünlerinin eyaletler arasında taşınmasına yasaklama yetkisi veren yasa (The National Recovery Act of 1933)¹⁶⁹”

2.5.3 Birleşik Devletler’de 11 Eylül ve Etkileri

ABD tarihinde 11 Eylül kuvvetle muhtemel olağanüstü hal tartışmalarına yeni bir boyut kazandıran dönemeçlerden bir tanesi olmuştur. Terörle mücadele kapsamında yapılan tutuklamalar ve bunların ne kadar hukuki olduğu özellikle 3 dava üzerinden Federal Yüksek Mahkeme’de tartışılmıştır. *Rasul v. Bush*¹⁷⁰, *Hamdi v Rumsfeld*¹⁷¹ ve *Rumsfeld v. Padilla*¹⁷². Mahkeme takındığı tavırla, terörizm tehdidini göz önünde tutarak yürütmenin kısıtlanması konusunda çekingen davranmış olsa da hukuk devleti ilkesinin tamamen gözden çıkarılmasına da müsaade etmemiştir. Üç meselede de tutukluların avukatlarıyla temas kurma hakkı dâhil, dışarıyla tüm ilişkileri, mahkemeye başvurma hakları engellenmiş, hükümet terörle savaş bitene kadar bu kişilerin tüm haklarının askıda kalabileceğine ilişkin bir tavır takınmıştır.

Rasul ve Hamdi, ABD ordusunca Afganistan’da tutuklan şahıslar arasındaydı. Rasul, ABD’nin Küba’daki Guantanamo üssüne götürülmüştü ki bu üste yaşananlar her zaman ABD açısından çok ciddi eleştirilere vesile olmuştur. ABD vatandaşlığı bulunan Hamdi

¹⁶⁹ Esen, op.cit., s. 53

¹⁷⁰ 542 U.S. 466 (2004). <http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-334.ZS.html>. 08.10.11

¹⁷¹ 542 U.S. 507 (2004). <http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-6696.ZS.html>. 08.10.11

¹⁷² 542 U.S. 426 (2004). <http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-1027.ZS.html>. 08.10.11

ise Afganistan’da ABD’ye karşı savaştığı iddiasıyla yönetim tarafından “düşman savaşı” ilan edilmiş ve ABD’deki bir askeri hapishaneye gönderilmişti.¹⁷³

Federal Hükümet, Rasul davasında ilginç bir argüman ortaya koyarak Küba ile ABD arasında 1903’te yapılan bir antlaşmaya atıfta bulundu ve bu antlaşma gereğince ABD’nin Guantanamo üssünde tam yetkili (*complete jurisdiction*) olmakla birlikte, esas egemenliğin (ultimate sovereignty) Küba’ya ait olduğunu öne sürdü. Böyle bir durumda ise ABD mahkemelerinin Guantanamo için yargı yetkisinin olamayacağı ileri sürüldü. Federal Yüksek Mahkeme, ABD yönetiminin bu iddiasını dikkate almayarak Guantanamo üssünü de yargı yetkisi kapsamında değerlendirdi. Bu yoruma gerekçe olarak da mahkeme, Guantanamo üssünde ABD’nin sürekli yetki ve kontrolünün olmasını gösterdi. Yargıç John Paul Setevens tarafından kaleme alınan çoğunluk görüşü, *habeas corpus* hakkının sadece Amerikan vatandaşları için geçerli olmadığına vurgu yaptı. Yabancıların da *habeas corpus* güvencelerinin ihlal edildiği gerekçesiyle ABD mahkemelerine başvurabileceğini öngördü. Mahkeme, ABD’nin işgali altında bulunan bölgelerdeki terör şüphelilerinin, tutukluluk durumlarının gözden geçirilmesi için ABD mahkemelerine başvurup başvuramayacağı konusuna ise herhangi bir açıklık getirmedi.¹⁷⁴

Sonuçta, Birleşik Devletler Federal Yüksek Mahkemesi’nin olağanüstü hal koşullarında zaman zaman temel hak ve özgürlükler lehine zaman zaman ise yürütmenin yetkilerinin geniş yorumlanması lehine bir tavır takındığı söylenebilir. Mahkemelerin eğilimlerinde davanın görüldüğü dönemdeki ülke koşulları, yönetimin arkasındaki kamuoyu ve halk desteği de belli ölçüde rol oynamaktadır. Mahkemenin özellikle

¹⁷³ Esen, op.cit., s. 68.

¹⁷⁴ Golove, 2005, s.136. Akt. Esen, op.cit., s. 69.

olağanüstü dönemlerde yürütme ile karşı karşıya gelmekten ve onun yetkilerini kısıtlamaktan kaçındığı istatistiksel olarak ortada olan bir veridir.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Rossiter, 1974, s.128 Akt. Esen, op. cit., s.70.

Bölüm 3

TÜRKİYE’DE OLAĞANÜSTÜ HAL REJİMİ VE DENETİMİ

Türkiye Cumhuriyeti’nde 1982 Anayasası bu çalışma kapsamında istisna halinin pozitif hukuka yansıyan şekli olarak kabul edilen “Olağanüstü Hal”i iki başlık altında ele almaktadır: Anayasa olağanüstü yönetim usullerini olağanüstü haller ve sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halleri olarak saptamıştır.

3.1 Olağanüstü Hal Türleri

1982 Anayasası’na göre olağanüstü hal iki nedene dayanarak ilan edilebilir. Bu nedenler Anayasa’nın 199 ve 120. Maddelerinde belirtilmiştir. Doğal afet ve ağır ekonomik bunalım sebebiyle olağanüstü hal ilânı Anayasa’nın 119. Maddesi’nde düzenlenmiştir:

“MADDE 119- Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilân edebilir.”

Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması sebepleriyle olağanüstü hal ilânı ise Anayasa’nın 120. Maddesi’nde düzenlenir:

“MADDE 120- 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

hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulu'nun da görüşünü aldıktan sonra yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilân edebilir.”

Anayasa, 121/2. Maddesi'nde ise tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar ve ağır ekonomik bunalım nedeniyle ilan edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülüklerinin; her olağanüstü hal türünde temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlanıp durdurulacağını; gereken önlemlerin nasıl ve ne suretle alınacağını; kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceğinin; görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağını Olağanüstü Hal Kanunu'nda düzenleneceğini belirtmektedir.

3.2 Sıkıyönetim

1982 Anayasası'nın olağanüstü yönetim usullerinden ikincisi olan sıkıyönetim ise Anayasa'nın 122. Maddesi'nde düzenlenmiştir. Anayasa sıkıyönetimin ilan nedenleri şu şekilde belirtilmiştir: Özgür demokratik düzeni ya da temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik şiddet hareketlerinin olağanüstü hal ilanını gerektiren durumdan daha vahim bir boyut taşıyarak yaygınlaşması; savaş hali, savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi; ayaklanma çıkması; vatan ve cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten ve dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşmasıdır (md.122/1) Görüldüğü üzere, savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi; ayaklanma olması; vatan veya Cumhuriyet'e karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliği içten veya dıştan tehlikeye düşüren davranışların ortaya çıkması hallerinde Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulu'nun da görüşünü aldıktan sonra sıkıyönetim ilanına karar verir. Bu karar, derhal

Resmi Gazete’de yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin onayına sunulur. Türkiye Büyük Millet Meclisi toplantı halinde değilse hemen toplantıya çağrılır. (md 122).

Sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde hangi hükümlerin uygulanacağını ve işlemlerin nasıl yürütüleceğinin; idare ile olan ilişkilerin; özgürlüklerin nasıl sınırlandırılıp durdurulacağını; savaş ve savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi halinde vatandaşlara getirilebilecek yükümlülüklerin neler olacağını yasayla düzenleneceği Anayasa tarafından hükme bağlanmıştır (md. 122/5). Sıkıyönetim, seferberlik ve savaş haline ilişkin olarak ise iki ayrı yasa söz konusudur. Bunlardan biri 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu; diğeri ise 2941 Sayılı Seferberlik ve Savaş Hali kanunudur.¹⁷⁶

1982 Anayasası’nın sıkıyönetimi olağanüstü halin ayrı bir türü olarak incelemiş olması dolayısıyla ve kavramlar arasında karmaşaya sebebiyet vermemek adına bu çalışmada askeri bir olağanüstü hal rejimi olan sıkıyönetim değil, olağanüstü hal incelenecektir.

3.3 Olağanüstü Hal İlanı

Olağanüstü hal ilanı kuşkusuz ki olağanüstü halin uygulamasının başlangıç safhasını oluşturacağından hangi sebeplerle, nasıl ve kim tarafından ilan edilebileceği ayrıca önem arz etmektedir. Bu bölümde bu düzenlemeler üzerinde durulacaktır.

3.4 Neden

1982 Anayasası olağanüstü hal ilan nedenlerinden birini 119. Maddesi’nde tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar ya da ağır ekonomik bunalımın baş göstermesi olarak belirtmiştir. İkinci neden ise şiddet olaylarının yaygınlaşması ya da bu nedenle kamu

¹⁷⁶ Esen, op.cit., s.175.

düzeninin ciddi biçimde bozulması olup yürütme organının olağanüstü hal ilan edebilmesi için ya Anayasa ile kurulan hür demokratik düzeni ya da temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin meydana geleceğine ilişkin ciddi belirtilerin ortaya çıkması ya da şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi biçimde bozulması gerekmektedir.¹⁷⁷ (md. 120)

Anayasa'da veya Olağanüstü Hal Kanunu'nda tabii afet, tehlikeli salgın ve ekonomik bunalım tanımı yapılmadığı için bu olayların varlığında ne gibi koşullar aranacağı somut bir şekilde saptanmış değildir. Afet kavramının insan hayatını etkileyecek biçimde çeşitli kayıplara sebebiyet veren bir durum olarak ortaya çıktığı söylenebilir. Ülkedeki veya bölgedeki normal yaşantıyı ve insan faaliyetlerini durduracak veya kesintiye uğratacak toplulukları olumsuz etkileyen doğal, teknolojik veya insan kökenli olaylar olarak tanımlanabilir.¹⁷⁸ Herhangi bir afetin olağanüstü hal ilanı gerektirecek boyuta hangi koşullarda ulaşacağı ise yine belirsizliği tartışılabilir konulardan bir tanesidir. Can kaybı ya da ekonomik kayıplar bu hususta önemli faktörler olup durumun olağanüstü hal ilanı gerektirip gerektirmeyeceğine ilişkin insiyatif olağanüstü hali ilan etme yetkisi olan Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun olacaktır. Olağanüstü hali ilan etme yetkisi sonraki bölümlerde daha detaylı olarak incelenecektir.

Ağır ekonomik bunalım da yine 1982 Anayasası'nda olağanüstü hal ilan etme sebepleri arasında düzenlenmiştir. Ekonomik krizi de işsizliğin yüksek olduğu, fiyatlarla ticaret ve yatırımların düşük düzeylerde seyrettiği uzun dönem iktisadi durum¹⁷⁹ olarak tanımlamak mümkündür. Özellikle Türkiye yakın tarihi çok ciddi ekonomik krizlere sahne olmuş olsa da dönemin iktidarları ekonomik kriz gerekçesiyle herhangi bir

¹⁷⁷ Esen, op. cit., s. 175.

¹⁷⁸ Gülkan, Balamir ve Yakut, 2006, s.21, Akt. Esen, op. cit. s.176.

¹⁷⁹ The free Dictionary, <http://www.thefreedictionary.com/economic+crisis>, . 08.10.11

olağanüstü hal ilan etme gereği duymamıştır. Bu da bize olağanüstü hal ilanına ilişkin nedenlerin var olup olmadığının göreceli olduğunu göstermektedir.

Anayasa'da olağanüstü hal ilanını gerektiren nedenlerden bir diğeri de 120. Madde'de düzenlenen şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi biçimde bozulmasıdır. Bu temelde bir olağanüstü hal ilanı için Anayasa ile kurulan hür demokratik düzeni veya temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması ve şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi biçimde bozulması gerekir. Bu aşamada şunu da belirtmekte fayda vardır ki olağan hallerde uygulanan Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Kanunu gibi yasalarda düzenlenen yetkilerle söz konusu şiddet olaylarının kontrol altına alınmadığı bir durumun vuku bulmuş olması gerekir.¹⁸⁰

Olağanüstü hal ilanı yukarıdaki gerekçelerden birine dayanmalıdır. Neden unsuru özellikle olağanüstü halin denetimi aşaması esnasında da açıkça ortada olabilmelidir ki gerek yargısal gerekse siyasi denetim aşamasında yürütmenin söz konusu nedenler ışığında ne gibi ihtiyaçları olabileceği etkin bir şekilde denetlenebilsin.¹⁸¹

3.5 Yetki

Yürütme organı olağanüstü hal ilanı konusunda Anayasa tarafından yetkili kılınmıştır. 1982 Anayasası'na göre olağanüstü hali ilan etme yetkisi Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'na aittir. Yürütme organının ve devletin başı konumunda olan Cumhurbaşkanı'yla birlikte başbakan ve bakanların kurul halinde toplanması ve bunların o toplantıda, müşterek kararnamelerden farklı olarak, aynı anda

¹⁸⁰ Esen, op. cit., s.180.

¹⁸¹ Üskül, 2003, s. 158i, Akt. Esen, op. cit. s.181.

iradelerini açıklamaları gerekir.¹⁸² Cumhurbaşkanı'nın buradaki iradesi, sonradan eklenen şekli ve sembolik değil; kararın oluşumuna katılan kurucu ve yapıcı bir nitelik taşır.¹⁸³

Anayasa'nın 120. Maddesi çerçevesinde ilan edilecek bir olağanüstü hal söz konusu ise Milli Güvenlik Kurulu'nun görüşünün alınması da bir gerekliliktir. Milli Güvenlik Kurulu ulusal güvenliğe ilişkin konularda Bakanlar Kurulu'na görüş ve öneriler sunan bir tavsiye organı niteliğinde olup özellikle modern demokrasilerde bu tür askeri yapıların, sivil iktidar üzerindeki nüfuzu oldukça sınırlı iken Esen'in de belirttiği gibi uygulamada, Milli Güvenlik Kurulu'nun hem olağan, hem de olağanüstü dönemlerde ülkenin milli güvenlik siyasetine ilişkin konularda etkili olduğu bir gerçektir.¹⁸⁴

Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun ilan etmiş olduğu olağanüstü halin süresini uzatma ya da kaldırma gibi bir yetkisi yoktur. Bu yetki Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Meclis, bu istem üzerine her defasında dört ayı geçmemek üzere olağanüstü hal süresini uzatabilir ya da olağanüstü hali kaldırabilir. Olağanüstü halin kaç defa uzatılacağına ilişkin herhangi bir sınırlama Anayasa'da yer almamaktadır.¹⁸⁵ Maalesef özellikle Türkiye'nin olağanüstü hal uygulamalarının uzatılması konusundaki sicili, temel hak ve özgürlükler açısından oldukça sınırlayıcı bir noktadadır. Olağanüstü halin olağanlaştırıldığı eleştirisi sıklıkla yapılan bir eleştiridir.

1982 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra bazı illerde uzun yıllar olağanüstü hal rejimi uygulanmıştır. Bunlara örnek olarak: Bingöl 4 yıl 6 ay; Bitlis 4 yıl 10 ay; Diyarbakır ve Hakkari 15 yıl 4 ay; Mardin 9 yıl 4 ay; Siirt 12 yıl 4 ay; Tunceli 16 yıl 4

¹⁸² Bekarda 1996, s. 531 Akt. Esen, op.cit., s. 181.

¹⁸³ Bülent Tanör – Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 2006, s.397

¹⁸⁴ Esen, op.cit., s.183.

¹⁸⁵ Ibid., s.184.

ay; Van 13 yıl 4ay; Batman (il olduğu andan itibaren) 7 yıl 4 ay; ve Şırnak (il olduğu andan itibaren) 12 yıl 6 ay olağanüstü hal bölgesi olarak yönetilmiştir.¹⁸⁶

Anayasa'nın olağanüstü hal rejimlerine getirdiği bir diğer önemli sınır da yerle ilgili olan sınırdır. Olağanüstü haller yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya tümünde ilan edilmekle birlikte olağanüstü hal uygulamasının sebebe bağlı bir uygulama olduğunu göz önünde tutacak olursak, ancak bu sebebin mevcut olduğu yerlerde ilan edilebilir. Bu itibarla olağanüstü hal sebebinin geçerli olmadığı bir bölgede, başka bir bölgedeki olağanüstü hali gerekçe göstererek olağanüstü hal ilan etmek söz konusu olamaz.¹⁸⁷

Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun olağanüstü hal ilanı kararı Resmi Gazete'de yayınlanır. Bu aşamadan sonra ilan kararı Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulur. Meclisin olağanüstü hal ilan kararını aynen onaylama, süresine ya da bölgesine ilişkin değiştirerek onaylama ya da tamamen kaldırma yetkisi vardır. Onay işlemi hukuki niteliği itibarıyla meclis kararı olup Resmi Gazete'de yayımlanır.¹⁸⁸ Burada yine çok önemli bir nokta Bakanlar Kurulu'nun ilan kararı ile bu kararın meclis tarafından görüşülmesi arasında geçen sürenin uzun olmaması gerekliliğidir. Söz konusu kararın meclis tarafından derhal görüşülmesi gerekir.

Bu aşamada TBMM'nin olağanüstü hal ilan kararını temel hak ve özgürlükleri daha da daraltabilecek şekilde değiştirip değiştiremeyeceği bir tartışma konusu olabilir. Örneğin meclisin olağanüstü hal ilan kararını hem süre bakımından uzatması hem de yer bakımından genişletmesi mümkün müdür? Gemalmaz'a göre yasama organının bu şekilde bir onaylama yapamamasının iki nedeni vardır: Birincisi, yasama organı yürütme

¹⁸⁶ Üskül, 2003, s. 161-162, Akt. Esen, op.cit. 184.

¹⁸⁷ Metin Günday, İdare Hukuku Dersleri, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004, s.281.

¹⁸⁸ Esen, op.cit., s.185.

organının yerine geçip onun fonksiyonlarını üstlenemez. İkincisi, olağanüstü hal rejimi temel hak ve özgürlüklerin daraltılması sonucunu doğurur.¹⁸⁹ Esen'e göre ise burada önemli olan özgürlüklerin kural, bunların sınırlanması ise istisna olmasıdır. Meclisin bu şekilde özgürlükler aleyhine bir tavır takınması hem yürütme organının yerine geçip yürütme fonksiyonunu gerçekleştirme; hem de temel hak ve özgürlükleri, bu konudaki asıl karar merciinin öngördüğünden daha geniş sınırlama sonucunu doğurur.¹⁹⁰

3.6 Usul ve Biçim

1982 Anayasası'nın 120. Maddesi'nde düzenlenmiş olan olağanüstü hal ilanı söz konusuysa -ki şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi biçimde bozulması nedenine dayanmaktadır- Milli Güvenlik Kurulu'nun görüşünün alınması şarttır. Bu görüş hukuken bağlayıcı olmasa da bu tür bir olağanüstü hal ilanı için Milli Güvenlik Kurulu'nun görüşüne başvurulması zorunludur. Anayasa'nın 119. Maddesi'nde düzenlenen doğal afet, tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalım nedeniyle olağanüstü hal ilanı söz konusu ise, Milli Güvenlik Kurulu'nun görüşüne başvurulmasına gerek yoktur.

Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun olağanüstü hal ilan kararının yürürlüğe giriş zamanlamasının ne olduğu da önemli bir husustur. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylama yetkisinin bu aşamadaki rolünün kararın yürürlüğüne etkisi ne olacaktır?

Bakanlar Kurulu'nun olağanüstü hal ilan kararı bunun Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla birlikte yürürlüğe girer. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin ilan kararını onaylama yetkisi, olağanüstü hal ilan kararının oluşumuna ya da yürürlüğe girişine

¹⁸⁹ Gemalmaz .1991 a, s.175

¹⁹⁰ Esen, op.cit., s. 185

herhangi bir etki etmemektedir. Meclisin ilan kararını onaylamasıyla birlikte Bakanlar Kurulu kararının hukuki varlığı sona erer ve yerini meclis kararı alır. İç tüzüğün 182. Maddesi'ne dayanılarak Meclis Başkanlık Divanı'nın hazırladığı 1989 tarihli yönetmelik uyarınca olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı ve uzatılmasına ilişkin meclis kararları Resmi Gazete'de yayımlanmak zorundadır.¹⁹¹

3.7 Konu

Olağanüstü hal ilan kararının konusu olağanüstü halin ülkenin tümünde ya da bir bölümünde süresi altı ayı geçmemek üzere ilan edilmesi ve aynı zamanda yürürlükte bulunup da uygulanmayan Olağanüstü Hal Kanunu'nu uygulanabilir hale getirmektir. Türkiye Büyük Millet Meclisi kararının konusu ise Bakanlar Kurulu kararının uygulanmasının sürdürülmesini sağlamak ve süresiyle kapsamını belirlemektir.¹⁹²

3.8 Amaç

Olağanüstü hal ilanının amacı, Anayasa'da düzenlenen sebeplerle bir şekilde bozulmuş olan kamu düzeninin yeniden tesis edilmesi ve olağanüstü hâlâ mahal veren sebeplerin ortadan kaldırılmasıdır.¹⁹³

3.9 Olağanüstü Hallerde Düzenleme Yetkisi

Olağanüstü hallere ilişkin düzenlemeler iki şekilde yapılabilmektedir. Bu yasa ya da Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri şeklinde olmaktadır. Her iki yöntemin özellikleri aşağıda incelenecektir.

3.10 Yasayla Düzenleme

Anayasa koyucu Anayasa'nın 121/2. Maddesi'nde:

¹⁹¹ İba ve Bozkurt, 2006, s. 141-142. Akt. Esen, op.cit., 186

¹⁹² Ibid., s. 187

¹⁹³ Günday, 2004, s.282; Giritli, Bilgen ve Akgüner, 2001, s.767., Akt. Esen. op. cit., s. 188.

“119’uncu madde uyarınca ilân edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasa’nın 15’inci Maddesi’ndeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, Olağanüstü Hal Kanunu’nda düzenlenir.”

Şeklinde bir düzenleme yaparak Olağanüstü Hal Kanunu’na ayrı bir önem atfetmiştir. 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu 1983’te bu anayasal çerçevede yürürlüğe girmiştir. Olağanüstü Hal Kanunu niteliği gereği olağan dönemlerde uygulanmamakta ancak yürürlükte kalmaya devam etmektedir, hatta sırf bu özelliğinden dolayı bu yasaya kimi yazarlar uyuyan yasa da demektedir.¹⁹⁴ Usulüne göre olağanüstü hal ilan edildiği andan itibaren Olağanüstü Hal Kanunu uygulanabilir hale gelmektedir. Ve buna dayanarak gerekli önlemler alınabilir. Olağanüstü halin kaldırılmasıyla bu yasa kendiliğinden uygulamadan kalkar, ancak yürürlükte kalmaya devam eder. 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu dışında, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu, 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu, 4654 sayılı Memleket içi Düşmana Karşı Silahlı Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu gibi yasalar için de “uyuyan yasa” terimi kullanılabilir.¹⁹⁵

Bu noktada şu soru akla gelmektedir: Olağanüstü Hal Kanunu dışında başka bir yasayla olağanüstü hale ilişkin düzenleme yapılması mümkün müdür? Bu sorunun yanıtı Anayasa’nın 121/2. Maddesi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Anayasa 121/2. Maddesi’nde Olağanüstü Hal Kanunu’na özel anlam atfedilmiştir. 2935 sayılı yasanın

¹⁹⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, op.cit., s.402

¹⁹⁵ Esen, op.cit., s.233

Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından değiştirilmesi her zaman mümkün olup bu yasanın yanı sıra başka bir yasayla ya da kanun hükmünde kararnameyle 2935 sayılı yasanın düzenleme alanına giren konularda düzenleme yapılması ise Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir.¹⁹⁶

3.11 Olağanüstü Hal Kararnameleri

Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, durumun gerektirdiği konularda olağanüstü hal kararnameleri çıkarabilmektedir. Bunlar *Resmi Gazete*'de yayımlanır ve aynı gün TBMM'nin onayına sunulur. 1982 Anayasası'nda iki tür kanun hükmünde kararnameden söz edilmektedir. Birincisi olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri, ikincisi ise olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleridir. Bu çalışmada yakından inceleyeceğimiz tür olan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerini unsurlarını daha net ortaya koyabilmek adına, olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri ile farklarının kıyaslanması yönetimini benimsemek isabetli olacaktır:

Bu kıyaslamayı ilk aşamada yetki unsuru üzerinden yapacak olursak olağan KHK çıkarma yetkisinin Bakanlar Kurulu tarafından, olağanüstü hal KHK'si çıkarma yetkisinin ise Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu ve TBMM tarafından kullanıldığını görmekteyiz.¹⁹⁷ Konuyla ilgili TBMM'nin hangi oranda yetkili olduğuna dair ise olağanüstü hal kararnamelerin Resmi Gazete'de yayımlanmakla birlikte yürürlüğe girdiği tespiti yapılsa da yürürlüklerinin devamı için meclisin onayına gereksinim duydukları da bir gerçektir. Bu açıdan olağanüstü hal kararnamelerin

¹⁹⁶ Ibid. s.243

¹⁹⁷ Keser, Kurtuluş Ozan - *AÜ SBF Kamu Yönetimi-III*, 2003, s.4.

çıkarılmasında Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu ve TBMM birlikte yetkilidir.¹⁹⁸ Duran'a göre ise T.C. Anayasası'nın mimarları, bu konuda 1958 Fransız Anayasası'nın 16. Maddesi'nde öngörülen Cumhurbaşkanı'nın olağanüstü hal yetkilerinden esinlenmiş görünmekle beraber; oradaki kişisel iktidar kullanımını, işin içerisinde Bakanlar Kurulu'nu da katarak biraz daha kolektif ve melez hale getirmişlerdir.¹⁹⁹

Olağan dönem KHK'leri Anayasa'nın 91. Maddesi gereği "temel haklar, kişi hakları ve ödevleri" ile "siyasi haklar ve ödevleri"ni düzenlemekten men edilmiştir. Oysaki olağanüstü hal KHK'leri için böyle bir kısıtlama söz konusu değildir. Olağanüstü hal KHK'lerinin olağan dışı yönetimin gerektirdiği konularda çıkarılma zorunluluğu mevcut olup, sınırlayabilecekleri anayasal haklar bakımından çok daha geniş bir yelpazeyi kapsamaktadırlar.²⁰⁰

Yasa yerine Kanun Hükmünde Kararname çıkarmak her durumda yasa çıkarılmasından daha acil bir durumun var olduğu karinesini içinde barındırmakla birlikte, olağan dönem KHK'leri ile olağanüstü hal KHK'leri arasında da çıkarılma sebep ve biçimi bakımından farklılıklar olduğu açıktır. Olağan KHK'lerin çıkarılma nedeni, Anayasa'nın yasaklamadığı bir alanda, yasama sürecini hızlandırmak adına bir gereksinimin ortada olmasıdır. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerini çıkarabilmek için ülkede daha önce, somut bir gerekçeyle, olağanüstü hal ya da sıkıyönetim ilan edilmiş olması zorunludur.²⁰¹ Özellikle olağanüstü hal KHK'lerinin denetim aşaması da göz önünde bulundurulursa kesinlikle hangi nedenle, hangi bölgede

¹⁹⁸ Ibid.,s.4.

¹⁹⁹ Duran, Lütfü "Bunalım Kararnameleri", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 50, 1995, Sayı 3-4, s.145.

²⁰⁰ Keser, op. cit., s. 4.

²⁰¹ Eroğul,1999i s.33, Akt. Keser, 2003, s.4

ve hangi süreyle çıkarıldıkları açık bir şekilde ortada olmalı ve ortada mutlak surette hukuken geçerli bir olağanüstü hal ilan kararı olmalıdır.²⁰²

Olağanüstü hal kararları olağanüstü hal ilan edilmesini gerektirecek nedenlerin ortaya çıktığı bölgelerde uygulanmak üzere, bölgesel sınırları belirli bir biçimde çıkarılır. Olağanüstü hal KHK'lerinin tüm ülkede uygulanabilmesi için, tüm ülkeyi kapsayan bir olağanüstü hal ilan kararı gerekmektedir. Olağan KHK'ler ise yürürlükte kaldığı sürece ülkenin tümünde uygulanabilmektedir. Yetki, konu, neden, kapsam ve süre bakımından farklılık gösteren olağan KHK'leri ile olağanüstü hal KHK'leri amaç bakımından da ayrılırlar. Olağan KHK'lerin amacı genel ve kalıcı bir düzenleme iken, olağan dışı kararların amacı, olağan yönetime dönülmesini sağlayacak önlemler getirmektir.²⁰³

Biçim yönünden ortaya konabilecek en büyük fark ise yetki yasası başlığı altında ele alınabilir. Olağan KHK'lerde TBMM tarafından verilecek yetki yasasının varlığı olmazsa olmaz iken, olağanüstü hal KHK'leri için böyle bir gereklilik mevcut değildir. Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, herhangi bir yetki yasasını temel almadan kararname çıkarma gücüne sahiptir.²⁰⁴ Tam da bu noktada özellikle Anayasa Mahkemesi'ni bu iki kararnameyi birbirinden ayırdığı meselelerde en sık başvurduğu iptal sebebinin, hangi isimde çıkarıldığına bakmaksızın, niteliği gereği olağan dönem KHK'si sayılan olağanüstü hal KHK'lerini yetki yasası olmadığı gerekçesiyle iptal etmesi olduğunu görüyoruz.

²⁰² Üskül, 1997, s.64, Akt. Keser, 2003, s.5

²⁰³ Keser,op.cit.,s .5.

²⁰⁴ Ibid., s.5.

3.12 Olağanüstü Hal Tasarruflarının Denetimi

Yürütmenin hali hazırda olağanüstü yetkiler kullandığı bir rejim olan olağanüstü hal esnasında çıkarılacak olan hukuki tasarrufların denetimi de son derece önem arz eden bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Olağanüstü hal sürecinin başından itibaren denetime tabi tutulabilecek işlemleri şu şekilde sıralayabiliriz: Bakanlar Kurulu'nun olağanüstü hal ilan kararı, meclisin bu kararı onama işlemi; olağanüstü hale ilişkin yasalar; Olağanüstü Hal Kanun hükmünde kararnameleri ve yürütme organınca yapılan işlemler.²⁰⁵

3.12.1 Olağanüstü Hal İlanı İşleminin Denetimi

Olağanüstü hal ilanı akabinde gelecek olan birçok tasarruf için kurucu unsur nitelikte olduğundan, bu ilanın usulüne göre ve doğru şekilde yapılması son derece büyük önem arz etmektedir.

3.12.2 Bakanlar Kurulu'nun Olağanüstü Hal İlanı Kararının Denetimi

Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun olağanüstü hal ilan kararı bir idari işlem niteliğinde olup bu kararın TBMM tarafından onaylanması, kararı bir yasama işlemi haline getirmektedir. Bu aşamadan sonra bu karar Anayasa'nın 125. Maddesi'nde düzenlenen yargı yolunun açık olduğu idari tüm eylem ve işlemlerin kapsamı dışına çıkmaktadır. Bu nedenle idari yargının denetim alanı dışındadır.²⁰⁶ Olağanüstü hal ilanı yalnızca Bakanlar Kurulu kararından ibaret olsaydı, bu halde karar idari işlem kapsamında sayılıp idari yargı denetimine sokulsa bile bu durumda da idari yargı yerindelik denetimi yapamayacaktı. Ancak olağanüstü hal ilan kararını tamamlayan, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayı olduğu için, ilan bir yasama işlemi

²⁰⁵ Esen, op.cit., s.272.

²⁰⁶ Sabuncu, 2006, s.262; Özbudun, 2004, s 348; Günday, 1996, s.291, Akt. Esen,op.cit., s. 273.

niteliği almakta ve haliyle idari yargının yetki alanı dışına çıkmaktadır.²⁰⁷ Danıştay da önüne gelen meselelerde bu görüşü benimsemiş, söz konusu kararın organik şekli bakımından bir idari tasarruf olarak gözükmesine rağmen, niteliği bakımından yasal bir tasarruf olduğunu ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce benimsenip onaylandıktan sonra bir yasama organı tasarrufu haline dönüştüğünü ve dava konusu kararın artık bir idari işlem olmaması gerekçesiyle davayı reddetmiştir.²⁰⁸

3.12.3 TBMM'nin Onay Kararının Denetimi

Meclis, olağanüstü halin ilan kararını, uzatılmasına ya da kaldırılmasına ilişkin işlemleri de yasayla değil, "karar" la yapmaktadır. Peki bu durumda meclisin olağanüstü hale ilişkin aşamaları bu kadar yakından ilgilendiren tasarrufları, yargı denetimi kapsamında mıdır? Meclis kararları, iç tüzük düzenlemeleri (An. Md. 148) ve milletvekilliğini düşürülmesi ve yasama dokunulmazlığının kaldırılması (An. Md. 85) kararları dışında kural olarak Anayasa Mahkemesi'nin denetimi dışındadır. Ancak Anayasa Mahkemesi, yarattığı çok önemli bir içtihatla, değer ve etki bakımından birer iç tüzük düzenlemesi niteliğinde gördüğü meclis kararlarını Anayasa'ya uygunluk denetimine sokmakta ve özellikle olağanüstü hal KHK'leri için de uyguladığı ve ilerleyen bölümlerde yakından incelenecek olan, metni adı üzerinden değil niteliği üzerinden değerlendirme prensibini burada da uygulamıştır. Mahkemeye göre:

" ... Bir yasma metine verilen ad, o metnin anayasal yargı denetimine tabi olup olmayacağı konusunda tek ve yeterli ölçüt değerildir. Yasama metninin içeriğinin ve özünün de göz önünde bulundurulması zorunludur. Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarında benimsediği gibi, Yasama Meclislerince Anayasa'da öngörülenler dışındaki

²⁰⁷ Ibid., s. 273.

²⁰⁸ D.D.K.E. 1970/ 419, K. 1970/ 444, G. 3.7.1970 (amme İdaresi Dergisi, C.3. S.3, 1970, s.267, Akt. Esen, op.cit., s.275.

adlar altında ve başka yöntemler uygulanarak oluşturulan işlemlerin Anayasa Mahkemesi'nin denetimine bağlı olup olmadığı saptanırken, uygulanan yöntem kadar o metin veya belgenin içeriğinin niteliği üzerinde de durulup değer ve etkisini belirlenmesi gerekmekte ve bu açıdan yapılan değerlendirme, söz konusu metin ve belgenin, Anayasaca denetime bağlı tutulan işlemlerle eşdeğer ve etkinlikte olduğunu ortaya koyuyorsa, onun da denetime bağlı tutulmasında zorunluluk vardır.” İşte bu gerekçeyle mahkeme, “Anayasa'nın 92. Maddesi Uyarınca Hükümete İzin Verilmesine Dair” 107; ve “Körfez Krizi Sebebiyle, Türk Silahlı Kuvvetlerinin Yabancı Ülkelere Gönderilmesine ve Yabancı Silahlı Kuvvetlerin Türkiye’de Bulunmasına, Anayasa'nın 92. Maddesi Uyarınca İzin Verilmesine Dair” 108 sayılı TBMM kararlarının, anayasal yargı denetimine bağlı tutulacak yasama işlemlerinden olmadığı sonucuna varmıştır.”²⁰⁹

3.13 Olağanüstü Hale İlişkin Yasa Gücünde İşlemlerin Denetimi

3.13.1 Olağanüstü hale ilişkin yasaların denetimi

Anayasa'nın 119. ve 120. Maddelerinde yer alan olağanüstü hale ilişkin özel bir misyon atfedilen yasal düzenleme 25.10. 1983 günlü 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu ile yapılmıştır. Anayasa'nın Geçici 15/3. Maddesi ile 12 Eylül 1980'den ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanı oluşuncaya kadar geçen dönemde çıkarılan yasalara ve kanun hükmünde kararnamelere ilişkin yargı denetimi yolu kapattığından 2935 sayılı yasa da bu dönem içerisinde çıkarılmış ve ta ki 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Geçici 15/3. Madde Anayasa metninden çıkarılmasına kadar Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla iptal davası ya da itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmesi söz konusu olamamıştır. Bugün ise Olağanüstü Hal Kanunu'nun mevcut hükümleri somut norm denetimi yoluyla

²⁰⁹ AnMk E. 1990/31; K. 1990/24; R G. 24.9.1990; RG. 22.1.1991, 20763. www.anayasa.gov.tr. 12.10.11

2001 Anayasa değişikliğinden sonra yasada yapılan değişiklikle de hem soyut, hem de somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilebilir.²¹⁰

3.13.2 Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Denetimi

TBMM olağanüstü hal KHK'lerini öncelikle ve ivedilikle görüşüp onaylama aşamasında bu tasarruflara ilişkin siyasi denetimini de gerçekleştirme imkanına sahip olur. Meclis bu kararnameyi aynen ya da değiştirerek onaylar ya da reddeder. Meclis onay, değiştirerek onay ya da ret işlemlerini çıkaracağı bir yasa aracılığıyla yaptığı için, kararname onaylandığı takdirde yasalasmış olur. Eğer meclisin kararı söz konusu kararnamenin reddi yönünde ise kararname bu kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı gün yürürlükten kalkar.²¹¹

1982 Anayasası'nın 148. Maddesi'nin 1'inci Fıkrası'nda yer alan ve *olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmayacağını* öngören hüküm, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı ve kişi hak ve özgürlüklerini tehlikeye düşürdüğü için Anayasa'nın en çok eleştirilen hükümlerindedir.²¹² Bu düzenleme Anayasa'nın 148. Maddesi'ne ek olarak 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "*İptal Davasının Açılmayacağı Haller*" başlıklı 19. Maddesi'nde de, "*Olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde Anayasa'nın 121 ve 122'nci maddeleri gereğince çıkarılan kanun hükmünde kararnamelere karşı şekil ve esas bakımından iptal davası*

²¹⁰ Esen, op.cit., s. 277.

²¹¹ Ibid., s. 277.

²¹² Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunca hazırlanan Anayasa Tasarısı'nın ilk metninde yer almayan bu hüküm, metne Danışma Meclisi Genel Kurulu'nda eklenmiştir. Bkz. DMTD Cilt 10, s. 184-185, 194-197. Akt. Merih Öden, ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ, Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin, Anayasa Uygunluğunun Yargısal Denetimi, 2009, s.661 .

açılmaz ve mahkemelerde Anayasa'ya aykırılık iddiası ileri sürülemez” şeklinde ayrıca ifade edilmiş ve bu tür kararnamelerin yargı denetimi dışındaki pozisyonu pekiştirilmiştir. 1982 Anayasası'nda ilk halinden farklı olarak özellikle temel hak ve özgürlükleri genişletecek şekilde birçok değişikliğe gidilmiş ancak 148. Madde bu değişimlerden payını almamıştır. Kuşkusuz ki burada Anayasa Mahkemesi'nin 1991 yılı itibarıyla bu denetim yasağını aşmaya yönelik ortaya koyduğu içtihatlarında önemli bir rolü vardır. Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklerin keyfi biçimde sınırlanma ihtimalini barındıran bu düzenlemeye yönelik çok önemli içtihatlar geliştirmiştir.²¹³

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 148. Maddesi'ndeki yargı denetimi yasağı kapsamına giren kanun hükmünde kararnamelere ilişkin yaptığı temel açılımda bu kararnamelerin gerçekten olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi niteliğinde olup olmadıklarını araştırmıştır. Mahkemeye göre,

“Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya uygunluk denetimi için önüne getirilen ve yasama veya yürütme organı tarafından yürürlüğe konulan düzenleyici işlemin hukuksal nitelemesini yapmak zorundadır. Çünkü Anayasa Mahkemesi, denetlenmesi istenilen metine verilen adla kendisini bağlı sayamaz. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi “olağanüstü hal KHK'si” adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın öngördüğü ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı gerçekten bir “olağanüstü hal KHK'si” niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorundadır. Anayasa'nın 148. Maddesi yalnızca olağanüstü hal KHK kuralı niteliğinde olan düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutulmalarına engel oluşturur.”²¹⁴

²¹³ Öden, op.cit., s.661.

²¹⁴ E. 1990/25, K. 1991/1, k.t. 10.1.1991; E. 1991/6, K. 1991/20, k.t. 3.7.1991, www.anayasa.gov.tr. 12.10.11

Anayasa Mahkemesi, kararlarında sadece önündeki somut meseleyi değerlendirmekle kalmamış, ayrıca olağanüstü yönetim usulleri ile ilgili olarak da bakış açısını ortaya koymuştur. Olağanüstü yönetim usullerinin işlevine atfen mahkeme, bu tür yönetim biçimlerine devletin ve toplumun varlığı ve güvenliği için büyük bir tehlike yaratan durumlarda bu tehlikeleri gidermek anayasal düzeni korumak ve savunmak amacıyla başvurulduğunu ve demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usullerinin, kaynağını Anayasa’da bulan Anayasa kurallarına göre yürürlüğe konulup yasama ve yargı organlarının denetiminde uygulanan, yürütme organına olağan zamanlara göre daha geniş yetkiler vermesine ve kişilerin hak ve özgürlüklerini de olağan zamanlara göre daha önemli ölçüde daraltmasına karşın, sonuçta bir “hukuk rejimi” olduğunu, belirtmiştir.²¹⁵ Olağanüstü hal her ne kadar olağan dönemden farklı olarak yürütmeye normalin ötesinde yetkiler veren bir yönetim biçimi olsa da mahkeme bu noktada bunun da bir “hukuk rejimi” olduğuna vurgu yapmış ve olağanüstü hallerin belki de en kronik tehlikesi olan hukuk devleti ilkesinden uzaklaşma tehlikesinin önüne bir set çekmiştir. Mahkeme, 1982 Anayasası’nın da olağanüstü yönetim usullerini çeşitli öğeleriyle ayrıntılı bir şekilde düzenlediği gibi bu durumlarda yürütme organının temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması konusundaki yetkilerine sınırlar çizdiğini belirtmiş ve Anayasasının öngördüğü olağanüstü yönetim usullerinin, Anayasa’nın 2. Maddesi’nde belirtilen “demokratik hukuk devleti” anlayışı içinde bir hukuk rejimi olarak değerlendirilmesi gerektiğini özellikle vurgulamıştır. Mahkemenin bu bakış

²¹⁵ AYMKD Sayı 27 Cilt 1, s. 92-98, 390-395. Akt. Öden. 2009, s.663

açısının en doğal sonucunun ise, olağanüstü yönetim usullerine ilişkin hukuki tasarrufların da “ demokratik hukuk devleti” ilkesine paralel olması gerektiğidir.²¹⁶ .

Anayasa Mahkemesi, 1991 ve 2003 yıllarında verdiği üç kararla bu denetim yasağının temel hak ve özgürlüklerin kontrolsüz biçimde sınırlandırılmasına ilişkin doğurduğu sakıncaları bir ölçüde girecek içtihatlar geliştirmiştir. Mahkemeye göre,

“... Bir KHK'nın olağanüstü hal KHK'si niteliğini taşıyabilmesi için “olağanüstü yerlerde, “olağanüstü hal süresince uygulanmak üzere” ve “olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda” düzenlemelerde bulunması gerekir. Olağanüstü hal KHK'leri olağanüstü hal ilan edilen ve olağanüstü hal süresince uygulanacak olmaları nedeniyle yasalarda değişiklik yapamazlar. Aksi durumda olağanüstü hal bölgesi dışında uygulanacak kurallar bir olağanüstü hal KHK kuralı değildirler.”²¹⁷”

Anayasa Mahkemesi, bir düzenlemenin Olağanüstü Hal Kanun hükmünde kararnamesi niteliğinde olup olmadığını 2003'te önüne gelen bir başka dava nedeniyle de incelemiştir. Danıştay 5. Dairesi tarafından itiraz yoluyla mahkemenin önüne getirilen olayda, Anayasa Mahkemesi, 1987 tarihli, 285 sayılı *Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ihdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 425 sayılı kanun hükmünde kararname ile yeniden düzenlenen ve Olağanüstü Hal Bölge Valisi'ne tanınan yetkilerin kullanılması* ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmayacağını hükme bağlayan 7. Maddesi'nin Anayasa'ya aykırı olup olmadığına bakmıştır. Mahkeme,

²¹⁶ Aynı yönde, EROĞUL, Cem, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnamelerin TBMM'ce Onaylanması Sorunu”, AÜSBFD, Cilt 54, Sayı 4 (1999), s. 35. Akt. Öden, op.cit., s.663.

²¹⁷ AnMK E. 1991/6 K. 1991/20, G. 3.7.1991, RG. 8.3.1992, 21165. www.anayasa.gov.tr. 12.10.11

“Anayasa’nın 121. ve 122. Maddelerine göre çıkarılan KHK’lerin Anayasa Mahkemesi’nin denetim alanı dışında kalabilmesi için yalnız isimlerinin farklı olması ve düzenlemelerinin değişik usul ve esaslara bağlı tutulması yetmez, içeriklerinin de olağanüstü hal ve sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularla sınırlı tutulması gerekir. Bu nedenle, içeriğine bakılmaksızın sadece olağanüstü hal veya sıkıyönetimin devamı süresince özel bir usul uygulanarak çıkarıldığı ve buna bağlı olarak isimlendirildiği için bir KHK’nin bu tür düzenleyici bir işlem olduğu kabul edilemez.

Öte yandan olağanüstü hal ve sıkıyönetim süresince Cumhurbaşkanı’nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu’na Anayasa’nın 121. ve 122. Maddeleriyle tanınan KHK çıkarma yetkisi, kuşkusuz sadece bu kurullarla değil Anayasa’nın konuya ilişkin diğer düzenlemeleriyle de sınırlıdır. Bu sınırların aşılması durumunda söz konusu KHK’lerin veya kimi kurallarının Anayasa’da “Olağanüstü yönetim usulleri” bağlamında öngörülen kanun hükmünde kararnameler kapsamında değerlendirileceği, ancak Anayasa’nın 91. Maddesi’ne göre olağan KHK’lerin hukuksal rejimine bağlı tutulabileceği açıktır.

Anayasa’nın “Yargı yolu başlıklı 125. Maddesi’nin ilk fıkrasında, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu; 5. Fıkrası’nda, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği; 6. Fıkrası’nda da, kanunun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabileceği belirtilmektedir. Buna göre madde ile açıkça yargısal denetimine izin verilmeyenler dışında idari işlemlere karşı dava açma hakkı hiçbir halde

engellenmeyecek, ancak sayılan durumlar nedeniyle yalnız yürütmenin durdurulması kararı verilmesi sınırlanabilecektir. Oysa 285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 425 sayılı KHK ile yeniden düzenlenen itiraz konusu 7. Maddesi'nde "Bu Kanun Hükmünde Kararname ile Olağanüstü Hal Bölge Valisi'ne tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz" denilerek bu işlemlere karşı dava açma hakkı ortadan kaldırılmış, böylece Anayasa'nın olağanüstü yönetim usulü bağlamında öngörmediği bir yetki kullanılmıştır. Bu durumda, itiraz konusu kuralın olağanüstü halle ilgili bir düzenleme olduğunun kabulü olanaklı bulunmadığından olağan KHK kuralı olarak değerlendirilmesi gerekir. ²¹⁸

Diyerek konuyla ilgili en temel içtihadına binaen söz konusu düzenlemeyi metnin ismine göre değerlendirip olağan kanun hükmünde kararname olduğu yönünde teşhis yapmış ve bu düzenlemeyi, yetki yasasına dayanmadığı için iptal etmiştir. Alınan bu karara karşı muhalif duruş sergileyen kalan beş üye ise ilgili düzenlemenin, hukuk devleti ilkesine ve Anayasa'nın 125. Maddesi'ne aykırı olduğunun altını çizmiş; öte yandan, söz konusu hükmün, olağanüstü hal valisinin aldığı önlemlerin hızlı ve etkin bir biçimde uygulanması amacına yönelik olduğunu göz önünde bulundurarak bunun Anayasa'nın 148. Maddesi kapsamında bir Olağanüstü Hal Kanun hükmünde kararnamesi olduğunu belirtmiş ve iptal isteminin reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.²¹⁹

Netice itibarıyla Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 148. Maddesi'nin temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin getirebileceği keyfilikleri engellemek adına bu tarz

²¹⁸ AnMK. E. 2003/28 K. 2003/42 G. 22.5. 2003, RG. 16.3.2004, 25404. www.anayasa.gov.tr. 12.10.11

²¹⁹ Esen, op.cit., s.282

bir içtihat geliştirmiş ve özellikle bu çalışmanın diğer bölümlerinde de incelenen istisna halinin, hukuk devletinden kopuk versiyonu olan olağan dışı hale geçilmesini engelleyici nitelikte bir tavır takınmıştır. Mahkemenin bu tavrı demokratik hukuk devleti ilkesinin, olağanüstü rejimler esnasında da ayakta tutulması adına önemli bir adımdır.

3.14 Olağanüstü Hal Süresince Yapılan İşlemlerin Denetimi

Anayasa'nın 125/1. Maddesi, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu hükme bağlamış olup olağanüstü yönetim usulleri söz konusu olduğu zaman aynı maddenin 6. Fıkrası duruma bir istisna getirmiş: olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin ortadan kaldırılmasına değil ancak sınırlanmasına izin vermiş ve bu sınırlamanın bir yasal düzenlemeyle yapılması gerektiğini öngörmüştür.²²⁰ Bu anlamda kuşkusuz ki yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin tamamen ortadan kalkması ile yasayla düzenlemek kaydıyla belli oranda sınırlanması birbirinden farklı anlamlar taşımaktadır.

Hem Olağanüstü Hal Kanunu'nda hem de 25.10.1987 günlü, 285 sayılı “ Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükümünde Kararname” de (RG. 14.17.1987.19517) Anayasa'nın 125. Maddesi'ne aykırı düşen sınırlamalar getirilmiştir. Olağanüstü hal yönetiminin eylem ve işlemlerine karşı yargı denetimine ilişkin düzenlemeler, Olağanüstü Hal Kanunu'nun 33. ve Ek 1. Maddelerinde yer almakta olup yürütme yasayla düzenlenmesi gereken bir hususa ilişkin bir KHK çıkarınca bu konu Anayasa Mahkemesi'nin gündemine geldi 425 sayılı kanun hükümünde kararname söz konusu yasanın 33. Maddesi'ni değiştirdi, ve 33. Maddenin ilk biçiminde valilerin bu yasanın verdiği yetkileri kullanarak yapacakları idari işlemlere arşı açılacak davalarda

²²⁰ Ibid., s.286.

yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceği kuralını getirdi. 425 sayılı kanun hükmünde kararnameyle yapılan değişlikle, bölge valisi ve içişleri bakanı da maddeye alınarak yürütmenin durdurulması kararının verilemeyeceği işlemlerin alanı genişletildi. Anayasa'nın 125/6 Maddesi olağanüstü hallerde, milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin ancak yasayla sınırlanabileceğini düzenlemektedir. Öte yandan söz konusu düzenlemenin Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerini olağanüstü hal bölgesi ve süresiyle sınırlı olarak düzenleme yapabileceği ve yasaları değiştiremeyeceği ilkesi ile çeliştiği söylenebilir. Bu itibarla Anayasa Mahkemesi, söz konusu kanun hükmünde kararnameyi niteliği gereği olağan kanun hükmünde kararname olarak saptamış ve yetki yasası olmadığı cihetle iptal etmiştir.²²¹

425 sayılı kanun hükmünde kararnameyle yeniden düzenlenen 2935 sayılı kanunun Ek 1. Maddesi de olağanüstü hal uygulamalarına ilişkin olarak yargıya başvuru yolunu sınırlayan bir düzenleme içermektedir. Söz konusu hükme göre, Olağanüstü Hal Kanunu'nun verdiği yetkilerin kullanılmasından dolayı tazminat davaları, idare aleyhine idari yargıda açılır. İdarenin, kamu görevlisine şahsi kusurdan dolayı rücu edebilmesi şahsi kusurun çok ağır ve ağır olmasına bağlıdır. Bu durumda bile içişleri bakanının uygun görüşü olmadıkça rücu davası açılmaz. Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemeyi de yukarıda belirtilen kararında Anayasa'ya aykırı olarak iptal etmiştir.²²²

Yasama organının, Anayasa Mahkemesi'nin özgürlükler lehine içtihat yapmak durumunda kalmadan da temel hak ve özgürlükleri genişletecek düzenlemeler yapması ender de görülse mevcuttur. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (Md 27/10 ve

²²¹ Ibid., s.287.

²²² Ibid., s.288.

11) da savaş halinde, sıkıyönetim ve olağanüstü halin ilan edildiği bölgelerde görevli veya sonradan bu bölgelerde görevlendirilen kamu personeli hakkında yapılan idari işlemlere ilişkin davalarda ve olağanüstü halin ilan edildiği bölgelerde grev, lokavt, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin ertelenmesi, dernek ve kuruluşların kapatılması veya faaliyetlerinden men edilmesi kararlarına ilişkin davalarda yürütmenin durdurulması kararı verilmeyeceği öngörüyordu. 10. 6. 1994 günlü, 4001 sayılı yasayla söz konusu yasaklar 1994 yılında İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndan çıkarılmıştır.²²³

Üskül'e göre özellikle Anayasa Mahkemesi kararlarıyla ve çeşitli yasaların düzenlenmesi yoluyla olağanüstü hal uygulamalarının yargısal denetimine ilişkin yasaklar büyük ölçüde kaldırılrsa dahi, 430 sayılı kanun hükmünde kararnamenin 8. Maddesi hâlâ yürürlüktedir. Bu maddeye göre olağanüstü hal yönetiminin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolu açıktır. Ancak maddede sayılan yetkilerin şahsına karşı doğrudan dava açma olanağı yoktur. Bu düzenlemenin hem Anayasa'nın 56/1 maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü açısından hem de demokratik hukuk devleti ilkesi açısından ciddi şekilde sakıncalı olduğu ortadadır.²²⁴, kuşkusuz hak arama özgürlüğünü sınırlaması nedeniyle Anayasa'nın 36/1 Maddesi'ne ve hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

²²³ Ibid. s. 289

²²⁴ Üskül, 2003, s.72. Akt. Esen, op.cit., s. 300

SONUÇ

İstisna haline ilişkin yapılan tartışmaları incelerken meselenin iki boyutu olduğunu akılda tutmak gerekmektedir. Birinci boyut teorik boyuttur. Bu boyutta Carl Schmitt ve Hans Kelsen gibi büyük hukuk düşünürlerinin düellosuna ilgiyle tanık olabiliriz. Katı bir pozitivist, tutkulu bir parlamenter demokrasi ve anayasal liberalizm savunucusu²²⁵ olan Kelsen, devletin özellikle de istisna hali gibi bir kritik aşamada bir takım “doğal” haklarının olduğu varsayımına karşı çıkar. Kelsen’e göre “doğa” hak yaratıcı bir unsur olamaz, böyle bir anlayış yükümlülükler doğurmadığı gibi, haklar da yaratamaz.²²⁶ Kelsen hukukun temel kaynağı olarak yasama organlarınınca usulüne göre çıkarılan kanunları işaret ederken, Schmitt ise parlamentonun etkin olduğu yönetim biçimini tartışma hükümeti (government by discussion) olarak nitelemekte ve bunun demokrasinin değil, liberalizmin düşünce dünyasına ait bir inanç olduğunu belirtmektedir.²²⁷ Teorik tartışma her iki görüşün de kısmi haklılık payı olmasına paralel hararetle süregelmiştir ve devam edecektir. İstisna hali kavramının bir diğer önemli boyutu ise pratik boyutudur. Belki tüm hukuk ve siyaset teorilerinin insan hayatında pratik bir karşılığı vardır, ancak istisna hali kavramının insan hayatına temas eden kısmı diğer kavramlara nazaran biraz daha sivridir. Eğer bir savaş esnasında basına sansür uygulanabiliyorsa, bir isyan bölgesinde kamuya açık toplantılar tamamen yasaklanabiliyorsa, bir kişinin evinin arama emri olmaksızın araması yasal olarak

²²⁵ Lars Vinx, Hans Kelsen’s Pure Theory of Law Legality and Legitimacy, Oxford University Press, 2007, s.15.

²²⁶ Hans Kelsen, Principles of International Law, Rinehart & Company Yayınları, New York,1952, 7. Baskı 2007, s. 149.

²²⁷ Carl Schmitt, Parlamenter Demokrasinin Krizi, Çev: Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2006, s.24.

mümkün hale geliyorsa, yasama meclisi önüne çıkan genel seçimleri ertelemeye yetkiliyse, bir barmenin 1944 yılında bir bardak viskiyi, 1942 yılından daha pahalıya satması yasaklanabiliyorsa, özgür bireylerin siyasi ve ekonomik haklarından istisna hali vesilesiyle kesinlikle mahrum bırakıldığı söylenebilir.²²⁸ Bu bakımdan insan hak ve özgürlüklerini en az devletlerin ayakta kalması kadar önemseyen hukukçular olarak teorik tartışmanın ahenginin pratikte hangi sonuçları doğuracağını düşünmek ve gözetmek durumundayız. İstisna halinin tarihteki örnekleri itibarıyla doğurduğu sonuçlar dönemsel olarak o kadar trajik olmuştur ki (Hitler Almanyası gibi) kurum gerçek anlamda bir “silah” niteliğindedir ve kimin elinde bulunduğu ya da kimin üzerine doğrultulduğu çok önemlidir. Her istisna hali bir kamuoyunun tanıklığında gerçekleşir. Bir devletin ulusal bir krizle karşılaşması ve bu krizi atlatmak için böylesine güçlü bir aygıtı çalıştırması kuşkusuz ki o devletin halkının gözleri önünde olmaktadır. İstisna halinin meşruiyeti açısından kamuoyunun bakış açısı son derece önemli olup Rossiter’in ifadesiyle Lincoln ile Stalin ve Churchill ile Hitler arasındaki fark bu anlamda açıktır.²²⁹ Bu devlet adamlarının arasındaki farkın ise icraatlarını bitirmeden açıkça görülememesi gibi bir sorun mevcuttur. Bu dört ayrı kişinin iktidarda oldukları dönemler neticesinde kıyaslanması, daha çok tarih biliminin gündemini teşkil etmektedir. Oysaki hukuk ve siyaset bilimine ilişkin kayda değer adım, toplumların başına gelecek olan felaketleri mümkünse henüz gerçekleşmeden engellemektir. Daha somut ifade edecek olursak, amaç sadece Weimar Cumhuriyeti Anayasası’nın 48. Maddesi üzerinden Hitler’in iktidar yürüyüşünü her şey olup bittikten sonra geriye dönük olarak tahlil etmek değil, henüz daha Şubat 1919’da Weimar Anayasası’nın oluşturucu konseyinde Bağımsız

²²⁸ Rossiter. op. cit. s. 10.

²²⁹ Ibid., s. 8

Sosyalistlerin lideri Dr. Cohn, yaptığı gibi Weimar Anayasası'nın Almanya'yı her zaman sadece gerçek demokratların yöneteceğini varsaymakla hatalı olduğunu dile getirişi²³⁰ gibi, olayları önceden öngörmek ve önlem almak olmalıdır. Dr. Cohn'un görüşleri çağdaşları tarafından dikkate alınmamış ve bu hem Almanya için hem de tüm dünya için pahalıya mal olmuştur. Bu olay bize istisna hali ile ilgili düzenlemeler yapılırken, özellikle Anayasa koyucu pozisyonunda olanların aşırı iyimser olmaması gerektiği göstermiştir. Dr Cohn'un bu tehlikeyi dile getirirken yaşadığı bu yalnız akla Tocqueville'in çoğunluğun görüşüne ilişkin düşüncelerini getirir. Tocqueville'e halkın bir halkın kendisini ilgilendiren konularda asla adaletin ve aklın sınırları dışına çıkmayacağı ve bu yüzden çoğunluğa tam yetki verilebileceğini söylemek bir köle söylemidir. Tocqueville birey ve toplum arasında çok büyük bir fark görmez: Kolektif olarak alındığında çoğunluk tek bir birey gibidir ve fikirleri de sıklıkla da çıkarları bir başka birey olarak düşünülebilecek azınlıklımlerle çatışır. Mutlak güce sahip bir insanın rakiplerine kötülük yaparak bu gücü kötüye kullanabileceği kabul ediliyorsa, çoğunluğa aynı eleştiri neden yöneltilmesin?²³¹ Bu bakış açısı istisna halinin bütün tarihsel pratiklerine baktığımız zaman temel meşruiyet kaynağı sayılabilecek kamuoyu desteğinin analizi bakımından önemlidir. Ulusal bir kriz durumunda kötü niyetli bir lider ve onun tarafından yönlendirilmiş güçlü bir kamuoyunun karşısında durmak her halde dünyadaki en zor işlerden biridir, ancak tarih geriye dönük de olsa doğru ile yanlış birbirinden ayıracaktır.

²³⁰ Ibid. s. 35

²³¹ Alexis De Tocqueville, *Çoğunluğun Zorbalığı*, Democracy in America, Vintage Books, New York, 1945, s. 269- 71 Akt. Michael Rosen- Jonathan Wolff, *Siyasal Düşünce*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2006, s. 154.

İstisna halinin tarihsel olarak devlet iktidarı-özgürlükler çatışmasının odağında yer alan bir kavram olduğu açıktır. Meseleye devletin bakış açısından bakacak olursak, aslında devletin burada ileri sürdüğü iktidar, devletin ulusal bir krizle mücadele edip kendini koruma özgürlüğü olarak anlaşılabilir. Montesquieu özgürlüğü, kanunların müsaade ettiği her şeyi yapma hakkı olarak ele almaktadır. Montesquieu'ye göre bir vatandaş kanunların yasak ettiği şeyi yapabilseydi özgür sayılmazdı; çünkü öteki vatandaşların da aynı yetkiyi kullanmaya hakları olurdu.²³² Tam da bu noktada devletin varlığını koruma özgürlüğü ile bireyim temel hak ve özgürlüklerinin çatıştığını düşünürsek, yasallık her iki tarafın da kabul edebileceği tek seçenek olarak karşımıza çıkıyor. Devlet bireyin temel hak ve özgürlüklerini, kendi varlığından önde tutmamakta, birey ise devletin kendi varlığını sürdürmesi için sınırları olmayan bir güç kullanmasını istememektedir. Bu çatışma, istisna halinin olabildiğince pozitif hukuka yerleştirilmesini getirmiştir. Pozitif hukuka yerleştirilmiş olan istisna hali/olağanüstü hal/anayasal diktatörlük kurumları, kavramın barındırdığı “zorunluluk” unsuru gereği, asla bir iktidarın muhatap olduğu zorunluluğun özellikleri gereği pozitif hukukun sınırlarının dışına taşmasına kesin olarak olamayacaktır. Bu genetik kod her iktidarın içerisinde mevcuttur. Bu ihtimalim tümünden yok edilmesinin mümkün olmadığı oranda her iktidar (yürütme) ulusal kriz aşılır aşılmaz, yargı ve yasama organlarının etkin denetimi altında olacağını kanıksamalıdır. Bu da güçlü bir yargı sistemi ve güçlü bir yasama organı ile mümkün olacaktır. Yürütmede bu bilincin oturması, medeniyetin gelişimine paralel olarak tıpkı Orta Çağ'da bir kralın halk tarafından seçilmediği için hissettiği rahatlık ve

²³² Kanunların Ruhu Üzerine I, Montesquieu, Çeviri: Fehmi Baldaş, Kuram Yayınları, 1998, Ankara s. 233.

keyfiyetin yerini 20. yüzyılda 2 yıl sonraki seçimleri kaygıyla düşünen bir başbakana dönüşümü örneğinde olduğu gibi devrimle değil, evrimle mümkün olacaktır.

Rossiter, Birleşik Devletler'in istisna hali tarihinden bahsederken bunun daha çok Abraham Lincoln'ün Woodrow Wilson'ın ve Franklin D. Roosevelt'in tarihi olduğunu söylemiştir.²³³ Bu husus da önemli bir realiteye işaret etmektedir ki özellikle yönetici düzeyindeki insan unsuru istisna hali kavramının da önemli bir unsurudur. Kelsen aslında hukukun da odağında insan davranışı olduğunu belirtmekten çekinmez: Almandaki ifadesiyle *Recht*, Fransızcadaki ifadesiyle *droit*, İtalyancadaki ifadesiyle *diritto*, hukuk kelimesinin farklı ülkelerdeki kullanımlarıdır. Her ülkede farklı konu başlıkları ayrı ayrı düzenlenmiş olsa da ortak olan bir gerçek vardır ki o da, hukukun insan davranışlarını düzenlediğidir.²³⁴ Yöntem itibarıyla Hem Lincoln hem de Hitler görevleri süresince anayasal sınırları aşmış iki siyasi karakterdir ancak ikisi arasındaki fark ideolojik olarak ve kişisel eğilimler olarak da ortadadır. İnsanlar tarafından yönetilen hukuk kurumları, insanların kusurlu olduğu oranda kusurlu olmaya devam edecektir. Nelson Mandela'nın ifadesiyle: "Gerçek hayatta karşımızda tanrılar değil, kendimiz gibi sıradan insanlar: kararlı ve kaypak, güçlü ve zayıf, ünlü ve ünsüz, çelişkilerle dolu erkekler ve kadınlar."²³⁵

Uygurlık tarihi yaşanan tecrübeler ışığında ilerlemektedir. Örneğin Nasyonal Sosyalizm gibi bir deneyimi olan Almanya'nın olağanüstü yönetim usullerinden mağdur olan vatandaşlarına Federal Anayasa Mahkemesi'ne şikâyet hakkı düzenlemiş olması, uygarlıkların istisna haline ilişkin yaşananlardan gerekli dersler çıkardığının en büyük örneğidir. İktidarlar kendilerine konulan sınırları aşma eğilimini taşıdıkları da, hukuk

²³³ Rossiter, op. cit. 210.

²³⁴ Pure Theory of Law, Hans Kelsen, University of California Press, 1967, s.31.

²³⁵ Nelson Mandela, Kendimle Konuşmalar, Optimis Yayınları, İstanbul, 2010, Kitabın arka kapağında yer alan söz.

devleti ilkesini benimsemiş özgürlükçü anlayış da iktidarların gücü suistimal etme eğilimini yeri geldiğinde deşifre etmeli, yeri geldiğinde ise hukuk yoluyla engellemelidir.

“Demokrasiler ateşe ateşle karşılık verirler. Otokrasiyi otokrasi ile yok ettiler, diktatörlere ise diktatörlükle vurdular”²³⁶ tespiti tarihsel bir gerçektir. Buna paralel olarak çıkarılacak ders bir demokrasinin en güçlü aygıtlarından biri olan anayasal diktatörlük kurumu gibi kurumların demokrasi düşmanlarının ele geçirmesine izin verilmemesi gerektiğidir.²³⁷ Bir diğer ders ise her silahın bir gün kendi sahibine doğru doğrultulabileceğini de bilerek çok ağır silahlar yaratmamaktır.

²³⁶ Rossiter. op. cit. s.8.

²³⁷ Ibid. s.73.

KAYNAKÇA

AGAMBEN, Giorgio; *Olağanüstü Hal*, Varlık yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2008.

BEKARDA, Kemal, “Olağanüstü Yönetim Usulleri”, *Günüştüğünde Yönetim* ed. İl han Özay, Alfa İstanbul 1996.

ÇELİK, Cemil; *Olağanüstü Hal ve Temel Hak ve Hürriyetler*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2010.

DURAN, Lütfü, “*Bunalım Kararnameleri*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 50, Sayı 3-4, Ankara, 1995.

ESEN, Selin; *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008

GEMALMAZ, Mehmet Semih; *Olağanüstü Rejim Standartları* (Ulusal üstü İnsan Hakları Hukukunda) , BDS Yayınları, 1991.

GEMALMAZ, Mehmet Semih; *Anayasada Olağanüstü Rejim Demokratikleşmede Sivil Toplum*, Kavram Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 1995.

GÖZLER, Kemal; *Türk Anayasa Hukuk Dersleri*, 5. Baskı, Ekin, Bursa 2007a.

GÜNDAY, Metin; *İdare Hukuku Dersleri*, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2004.

KABOĞLU, İbrahim Ö, *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar*, Gözden geçirilmiş 3. Baskı, legal, İstanbul 2006.

KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, Rinehart & Company Yayınları, New York,1952

KELSEN, Hans; *Pure Theory of Law*, University of California Press, 1967

KÖKER, Levent ; *İki Farklı Siyaset*, Dipnot Yayınları, Ankara, 2008.

MANDELA, Nelson; *Kendimle Konuşmalar*, Optimis Yayınları, İstanbul, 2010.

MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu Üzerine I, Çeviri: Fehmi Baldaş, Kuram Yayınları, Ankara, 1998.

ÖDEN, Merih, *Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnemelerinin, Anayasa Uygunluğunun Yargısal Denetimi*, ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ, 2009

ÖZBUDUN, Ergun *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin, Ankara, 2004

ROSEN-WOLFF, Michael - Jonathan; *Siyasal Düşünce*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2006

ROSSITER, Clinton. L; *Anayasal Diktatörlük (Constitutional Dictatorship)* , Princeton Üniversitesi Yayınları, 1948, New Jersey

SANCAR, Mithat; “*Devlet Akli Kısılcında Hukuk Devleti*”, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004

SCHMITT, Carl; *Siyasal Kavramı*, Metis Yayınları, İstanbul, 2006

SCHMITT, Carl; *Siyasi İlahiyat*, (Çev. Emre Zeybekoğlu) Ankara, Dost Yayınları, 2002

SCHMITT, Carl; *Parlamenter Demokrasinin Krizi*, Çev: Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2006

TANÖR- YÜZBAŞIOĞLU, Bülent – Necmi; 1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.

TANÖR, Bülent; *Osmanlı- Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, 20. Baskı, İstanbul, 2011.

TEZİÇ, Erdoğan; *Anayasa Hukuku*, 12. Bası, Beta İstanbul 2007.

ÜSKÜL, Zafer; *Olağanüstü Hal Üzerine yazılar*, Buke Yayıncılık, İstanbul, 2003

VİNX, Lars, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law Legality and Legitimacy*, Oxford University Press, 2007

İnternet Kaynakları

www.anayasa.gov.tr. 12.10.11

www.Hukukcu.com/Kurtuluş Ozan KESER - AÜ SBF Kamu Yönetimi-III, 2003, 09.10.11

www.ccel.org/a/aquinas/summa/FS/FS096 09.10.11

www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0067_0635_Zs.htm 09.10.11

http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0071_0002_ZS.html

09.10.11

[http://www.lawcornell.edu\(supct/html/historics/USSC_CR_0249_0047_ZS.html](http://www.lawcornell.edu(supct/html/historics/USSC_CR_0249_0047_ZS.html)

09.10.11