

OLAĞANÜSTÜ HAL UYGULAMASI
VE
TEORİK TEMELLERİ

Muhammed BEHÇET
110614048

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
(İNSAN HAKLARI HUKUKU)

Danışman: Yrd. Doç. Dr. Gökçe ÇATALOLUK

2014

OLAĞANÜSTÜ HAL UYGULAMASI VE TEORİK TEMELLERİ

THE PRACTICES OF THE STATE OF EMERGENCY AND ITS
THEORETICAL BASISMuhammed BEHÇET
110614048

Yrd.Doç.Dr. Gökçe ÇATALOLUK

Yrd.Doç.Dr. Ulaş KARAN

Yrd.Doç.Dr. Birden GÜNGÖREN

Tezin Onaylandığı Tarih

Toplam Sayfa Sayısı

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) Olağanüstü Hal
- 2) İnsan Hakları
- 3) Türkiye
- 4) Anayasa

: 
: 
: 

:

: 85

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) State of Emergency
- 2) Human Rights
- 3) Turkey
- 4) Constitution

Özet

Beklenmeyen acil durumları ifade eden Ohal kavramı, Roma Cumhuriyet Döneminden bu yana Devletlerin kendilerini korumak amacıyla başvurdukları bir yöntem olmuştur. Fransız devriminden itibaren batılı hukuk sistemlerinde Ohal ve sıkıyönetim uygulamaları özellikle Birinci Dünya Savaşı yıllarında kendini göstermiştir. Fransa, Almanya, İtalya, ABD gibi büyük devletler savaş metaforunu gerekçe göstererek uzun yıllar boyunca sıkıyönetim ya da Ohal uygulamalarına başvurmuşlardır.

Günümüzde Ohal ve sıkıyönetim uygulamaları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında belirli standartlara ulaşmıştır. Devletler Anayasalarında Ohal uygulamasını ayrı bir yönetim usulü olarak düzenlemişlerdir. Tez, Ohal teorisini tarihsel sürecinden başlayarak, günümüzdeki uygulamalarını, AİHS kapsamında ülkelerin yükümlülüklerini, Türkiye'nin Anayasal tarihindeki Ohal düzenlemelerini, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması konusunu ve AİHM'nin, Türkiye aleyhine verdiği bazı kararları insan hakları ihlalleri çerçevesinde inceler. Siyasal baskılardan dolayı yıllardan beri üzerinde pek durulmayan Ohal konusu, özellikle yoğun insan hakları ihlalleri sebebiyle araştırılması ve üzerine çok şeyler yazılması gereken bir meseledir.

Abstract

The term of the state of emergency ,which refers to the unexpected emergency situations, has been a way used by the states in order to save themselves since Roman Empire. After French Revolution, the practices of the state of emergency and martial law emerged particularly during the First World War, in the Western Law Systems.

Big states such as, France, Germany, Italy and USA has used the practices of the material law and the state of emergency for a long time with the reason of war metaphor. Nowadays, the practices of the state of emergency and martial law, has reached a specific standard with the European Convention on Human Rights. States regulated the practice of the state of emergency as a different type of governing way in their constitutions. The thesis analyze the historical process of the theory of the state of Emergency , the practice of it in nowadays, the responsibilities for the states with the European Court of Human Rights, the regulations of the state of Emergency on constitutional history of Turkey, the topic of delimiting of fundamental rights and freedoms and finally European Court of Human Rights' decisions against Turkey. The topic of the state of emergency which hasn't been analyzed a lot because of the political pressure, is a subject that need to be analyzed and be written about due to the intrusion to human rights.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR	vi
KAYNAKÇA	vii
I. Giriş	1
II. Ohal Teorisi	3
A-Kavram	3
1. Rousseau-Hobbes ve Machiavelli Üzerinden Ohal'e Göndermeler	5
2. Carl Schmitt	10
3. Walter Benjamin	14
4. Giorgio Agamben	17
B- Tartışmalar ve Değerlendirmeler (Schmitt-Benjamin-Agamben)	21
III. Uygulamada Ohal	27
A-Tarihte Ohal	27
1. Roma Cumhuriyeti ve Ortaçağ Dönemi	27
2. Birinci Dünya Savaşı ve Sonrası Dönem	30
B - Günümüzde Olağanüstü Hal	34
1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ohal	37
2. Türk Hukukunda Ohal	43
a) Türk Anayasal Tarihinde Ohal Düzenlemeleri	44
aa) 1924 Anayasası	44
bb) 1961 Anayasası	47
cc) 1982 Anayasası	51
C- Türkiye'de Ohal'in Uygulamaya Konuluşu ve Yürütmeye Tanınan Bazı Yetkiler	54
1. Genel Olarak	54
2. Kanun Hükmünde Kararname Çıkartma Yetkisi	56
3. Ohal'lerde Bazı Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması	59
a) Yaşama Hakkı	63
b) Kişi Hürriyeti ve Güvenliği	67
IV. Türkiye'de Ohal Bölgelerinde Yaşanan İnsan Hakları İhlalleri ve Türkiye Aleyhine Verilen Bazı AIHM Kararlarının İncelenmesi	70
A- Güleç – Türkiye Kararı	72
B- Oğur – Türkiye Kararı	73
C- Çakıcı – Türkiye Kararı	76
1. Mahkeme Kararları İle İlgili Genel Değerlendirmeler	77
V.Sonuç	81
Özgeçmiş	85

KISALTMALAR

AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AIHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
Ohal	: Olağanüstü Hal
S	: Sayı
s	: Sayfa
No	: Numara
dn	: Dipnot
C	: Cilt
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
Bkz	: Bakınız
RG	: Resmi Gazete
İÖ	: İsa'dan Önce
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TODAİE	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TOHAV	: Toplumsal Hukuk Araştırma Vakfı

KAYNAKÇA

- Agamben* : Giorgio Agamben, Olağanüstü Hal, Varlık Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 10
- Agamben* : Giorgio Agamben, Kutsal insan, Ayrıntı Yayınları.2. Baskı, İstanbul 2013, s. 5
- Aliefendioğlu* : Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 9, 1992, s. 416.
- Aliefendioğlu* : Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Hal Yönetim Usulleri, TODAİE, Cilt XXV Haziran 1992, S.2, s. 25-45.
- Anar* : Erol Anar, İnsan Hakları Tarihi, 2. Baskı, İstanbul 2000, s. 187.
- Alpar* : Erol Alpar, Olağanüstü Haller, Amme İdaresi Dergisi, Aralık 1989, c. 22, s. 51.
- Arendt* : Hannah Arendt, Şiddet Üzerine, İletişim Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2012.
- Arsel* : İlhan Arsel, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara 1995, s. 58.
- Arslan* : Zühtü Arslan, Türkiye’de İstisna Hali, Terör ve İfade Özgürlüğü, TBB Dergisi, Ankara 2007, S. 71, s. 202.
- Atay* : Hüseyin Nail Atay, Türkiye’de Olağanüstü Hal Yönetimi ve İdari Yapılanma, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, s. 26.
- Atay* : Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Turhan Kitapevi, 1. Baskı, Ankara 2006, s. 553.
- Balcı* : Mehmet Emin Balcı, İstanbul Üniversitesi Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, 2013 Bahar, sayı:15 s. 64.
- Bayraktar* : Köksal Bayraktar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2006, s. 158.

- Bekarda* : Kemal Bekarda, 1982 Anayasasında Olağanüstü Yönetim Usulleri, Günışığında Yönetim, Filiz Kitapevi, İstanbul 2004, s. 764.
- Bilgen* : Pertev Bilgen, 1961 Anayasasına Göre Sıkıyönetim, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 8.
- Bloch* : Marc Bloch, Feodal Toplum, Işık Yayınları, İstanbul 2014, s. 615.
- Çavuşoğlu* : Naz Çavuşoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 1, Ankara 1994, s. 22
- Çelebi* : Aykut Çelebi, Şiddetin Eleştirisi Üzerine, Metis Yayınları, İstanbul, 2014, s.48.
- Çelik* : Cemil Çelik, Olağanüstü Hal ve Temel Hak ve Hürriyetler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 34.
- Daver* : Bülent Daver, Fevkalade Hal Rejimleri, AÜSBF Yay, 130, Ankara 1961, s. 2
- Daver* : Bülent Daver, Olağanüstü Haller ve İnsan Hakları, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 2. Kitap Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs, Ankara 1990, s. 473
- Dellaloğlu* : Besim F. Dellaloğlu, Benjamin, Şiddetin Eleştirisi, Fikir Mimarları Dizisi-4, Say Yayınları, 3.Baskı, İstanbul 2013, s. 101.
- Demirel* : Fazlı Demirel, Olağanüstü Yönetim Usulleriyle İlgili Yasal Düzenlemeler ve Bazı Hususlar, Türk İdare Dergisi, Ankara 1990, S. 387, s. 235-255.
- Doğru* : Osman Doğru, Kişi Özgürlüğü, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 185.
- Erdağı, Evren,* : Bora Erdağı, Mehmet Evren Dinçer, Benjamin, Tarih Üzerine Tezler ve Tarih Yazımı

- Eren* : Abdurrahman Eren, Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s. 63.
- Esen* : Selin Esen, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 26.
- Gemalmaz* : M. Semih Gemalmaz, Olağanüstü Rejimin Ulusalüstü Ölçütleri Bağlamında De Facto-De Jure Ayrımı, Mülkiyetler Birliği Vakfı Yay. 9, Ankara 1990 s. 224.
- Gemalmaz* : M. Semih Gemalmaz, Ulusal üstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları, 2. Baskı, İstanbul 1994, s. 29.
- Gören* : Zafer Gören, Anayasa Hukuku, Seçkin Kitabevi, Ankara 2006, s. 388.
- Gören* : Zafer Gören, Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 5. Yıl, 10. Sayı, Güz 2006, s. 3.
- Gözler* : Kemal Gözler, Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, ABD, 1990/4, s. 583.
- Gözler* : Kemal Gözler, İdare Hukuku, II. Cilt, Ekin Kitapevi, Bursa 2003, s. 521.
- Gözübüyük, Gölcüklü* : Gözübüyük, A. Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 160.
- Gözübüyük, Tan* : Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Cilt I, Ankara 1998, s. 508.
- Gözübüyük* : Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, 11. Baskı, Ankara 2003, s. 783.
- Hazır* : Hayati Hazır, Anayasa Hukuku, Alter Yayınları, Ankara 2013, s. 103.

- Kaboğlu* : İbrahim Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, İmge Kitapevi, 6. Baskı, Ankara 2002, s. 111.
- Kantar* : Erol Kantar, Kanun Hükmünde Kararname, Ankara 1976, s. 31
- Kapani* : Münci Kapani, Kamu Hürriyetleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3. Baskı, Ankara 1970, s. 214.
- Kardeş* : Murat Ertan Kardeş, Benjamin'de Tarih Kavramı, s. 116-118.
- Kuzu* : Burhan Kuzu, Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1993, s. 135.
- Leviathan* : Thomas Hobbes, Leviathan, Yapı Kredi Yayınları, 11. Baskı, İstanbul 2013, s. 99.
- Locke* : John Locke, Yönetim Üzerine İkinci inceleme, Ebabel Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 106.
- Löwy, Benjamin* : Michael Löwy, Walter Benjamin: Yangın Alarmı "Tarih Kavramı Üzerine" Tezlerin Bir Okunması, Versus Yayınları, İstanbul 2007, s. 73
- Machiavelli* : Machiavelli, Söylevler, Say Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 133.
- Machiavelli* : Machiavelli, Prens, Say Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 32-33-83.
- Montesquieu* : Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine, Hiper Link yayınları, İstanbul, s. 170.
- Özbudun* : Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku,, 4. Baskı, Ankara, s. 316.
- Özbudun* : Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1986, s. 207.
- Özdek* : Yasemin Özdek, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, TODAİE Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 134.

- Özen* : Muharrem Özen, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağına İlişkin İç Hukuktaki Düzenlemeler ve Uygulamadaki Sorunlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 119.
- Öztürk* : Armağan Öztürk, Kutsal İnsanın Siyasal Açılımları Ya Da Yasa, Yasak ve İstisna Hali Üzerine Tartışmalar, <https://dub117.mail.com/Handlers/Imageproxy.mvc?bicild=BHAM3KJ>, s. 6, 19.12.2013
- Paye* : Jean-Claude Paye, Hukuk Devletinin Sonu, İmge Kitabevi, 1.Baskı, Ankara 2009, s. 250.
- Rousseau* : Jean Jaques Rousseau, Toplum Sözleşmesi, Oda Yayınları, İstanbul 2013, s. 18.
- Savcı* : Bahri Savcı, Yaşama Hakkı Üzerine, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, İnsan Hakları Yıllığı, 1. Yıl, 1979, s. 22.
- Schmitt* : Carl Schmitt, Siyasi İlahiyat, Dost Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 15.
- Schmitt* : Carl Schmitt, Siyasal Kavram, Metis Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2006.
- Schmitt* : Carl Schmitt, Parlamenter Demokrasinin Krizi, Dost Yayınevi, Ankara 2010, s. 84.
- St Thomas* : St Thomas, http://www.ccel.org/a/aquinas/summa/FS/FS096.html*FSQ96A6THEP1.
- Tanilli* : Server Tanilli, Devlet ve Demokrasi, Say Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1982, s. 198.
- Tanör* : Bülent Tanör, “Sıkıyönetim”, Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi, Cilt IV, İstanbul İletişim Yayınları, s. 945

- Tanör* : Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 8. Bası, İstanbul 2006, s. 154.
- Taşçier* : Feysel Taşçier, Hukukun Siyasal Kaynağı Olarak Egemenliğin İki Yüzü, Dicle Üniversitesi Felsefe Bölümü, s.52.
- Tezcan, Erdem, Sancaktar*: Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulaması, T.C Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara 2004, s. 95-96.
- Turhan* : Mehmet Turhan, Olağanüstü Hallerde Çıkabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler”, TODAİE, Cilt XXV, Eylül 1992, S. 3, s. 13-35.
- Turhan* : Faruk Turhan, Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Türkiye-Gözetiminde Kayıplar, Hâkim Önüne Çıkarma ve Gözetim Süreleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1-2, Ankara 2000, s. 216.
- Türkmenoğlu* : Tuğçe Türkmenoğlu, Jean Jacques Rousseau’da Özgürlük Sorunu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Anabilim Dalı, Ankara 2004, s. 5.
- Üskül* : Zafer Üskül, Olağanüstü Hal Üzerine Yazılar, Buke yayıncılık,1. Baskı, İstanbul 2003.
- Yaşayan* : Sabri Yaşayan, Olağanüstü Hal Rejimi, Türk İdare Dergisi,1984, 56. Sayı, 49-63
- Yokuş* : Sevtap Yokuş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi, Beta Yayınları, İstanbul 1996, s. 28

Kanunlar, Resmi Gazete ve Mahkeme Kararları

- Mahkeme kararı, Bahadır* : Oktay Bahadır, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Yaşama Hakkı, Adalet Yayın Evi, Ankara 2009, s. 41.

<http://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11874.htm>.

- Mahkeme kararı* : http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/21594_93.pdf, s. 26.
- Mahkeme kararı* : <http://www.tohav.org/aihmk/cakici.pdf>, s. 5.
- T.C. Kanunları* : Bkz. T.C. Kanunları, c III, s 3230.
- Olağanüstü Hal Kanunu* : Konu Hakkında Bkz. Olağanüstü Hal Kanunu, Resmi Gazete, 27.10.1983-18204.
- 4913 sayılı kanun* : 4913 sayılı “11 nolu Protokol ile Değişik İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesine Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Ek Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkındaki Kanun, bkz. RG., 01.07.2003, S. 25155.
- Resmi Gazete* : Bkz. Değişik: 12.06.1993 tarih ve 1993/4523 sayılı Resmi Gazete, Madde 3c.
- Resmi Gazete* : Bkz. Resmi Gazete, 24.02.1940-442 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.
- Resmi Gazete* : Bkz. Resmi Gazete, 16 Eylül 1960-10605.
- Resmi Gazete* : Bkz. Resmi Gazete, 26.03.1940-4417.
- Resmi gazete* : Bkz. RG., 13.12.2005, S.26022.

Olağanüstü Hal Uygulaması Ve Teorik Temelleri

I. Giriş

Günümüz demokrasilerinde devlet gücünü elinde bulunduran organların sınırsız yetkileri olmayacağı genel olarak kabul gören bir yaklaşımdır. Devletin yetki alanı, anayasa, uluslararası insan hakları hukuku gibi çeşitli araçlarla sınırlanmaktadır. Sınırlı ve sorumlu devlet anlayışı, kuşkusuz devletin savaş, iç savaş, ayaklanma, afet gibi varlığını ve geleceğini tehdit eden olağan dışı durum ve olaylara karşı kendini savunma hakkını dışlamamaktadır. Devletin olağan hukuk kuralları ve uygulamaları ile başa çıkmasına olanak bulunmayan olağanüstü bir durumla karşılaşması halinde, bunu ortadan kaldırabilmek için başvurulan istisnai yönetim biçimi olarak tanımlanabilecek olan Ohal, keyfi bir rejim değildir. Bu gibi olağan dışı haller de dahi demokratik bir rejimin varlığına yönelik bir tehdit ya da tehlike karşısında yasama ve yürütme erklerinin dilediği her türlü önlemi alması ve uygulaması söz konusu değildir. Bundan dolayıdır ki, günümüz demokrasilerinde olağanüstü rejimler, anayasa ve yasalar tarafından düzenlenen, hukuk içinde yer alan yönetimlerdir.

Ohal rejiminin konusu ve içeriği, ülkelere ve olağanüstü hal rejiminin çeşidine göre değişmektedir. Bütün Ohal rejimlerinde, bu rejimin mahiyeti gereği olarak görülen özellik, idarenin yetkilerinin ve özellikle takdir yetkilerinin normal zamanlara göre genişlemesidir. Ayrıca kişilerin temel hak ve hürriyetlerinde normal zamanlara oranla daha ileri ölçüde sınırlamalar yapabilmesidir. Fakat ülkeler yasalarında Ohal düzenlemelerine yer vermelerine rağmen genellikle uygulama kısmında büyük ihlaller olmaktadır. Özellikle ülkelerin yaşadığı siyasi ortam genel olarak bu olağan dışı durumlarla bağlantılı olmaktadır, bu da Ohal ile ilgili birçok eleştiriyi eski zamanlardan beri gündeme getirmektedir.

Bu bağlamda çalışma giriş ve sonuç kısmı dışında üç ana bölümde ele alınmıştır. İlk bölümde Ohal teorisi kapsamlı bir şekilde değerlendirilmiştir. Özellikle hukuk-siyaset-sosyoloji üçgeninde geçen tartışmalarda, Ohal

kavramının hukukun içinde mi yoksa hukukun dışında mı kaldığı sorusu tartışılmıştır. Bunun yanı sıra kavramsal tartışmalarda sıklıkla geçen istisna veya zaruret hali meselesi bu bölümde önemli yer tutmaktadır.

Çalışmanın ikinci ana bölümünde geniş bir şekilde Ohal'in uygulama kısmı anlatılmıştır. Bu bağlamda Roma Cumhuriyet Döneminden Ortaçağa ve Birinci Dünya Savaşından günümüze kadar geçen süreçte Ohal'in tarihi ve bu süreçte batılı hukuk sistemlerinde nasıl uygulandıkları anlatılmıştır. Bu bölümün devamında günümüzdeki Ohal modelleri ve AİHS üzerinden sözleşmeye taraf ülkelerin, Ohal rejimlerinde uyması gereken uluslararası standartlardan ve genel kriterlerden bahsedilmiştir.

Bilindiği üzere Türkiye uzun yıllar boyunca Doğu ve Güney Doğu bölgelerindeki terör olayları nedeniyle Ohal'in sıklıkla uygulandığı bir ülke olmuştur. Bundan dolayı Ohal'in uygulama bölümüne Türkiye üzerinden devam edilmiştir. Türk Anayasal tarihindeki Ohal düzenlemeleri, Ohal'in uygulamaya konuluşu, yürütme organına Ohal'lerde tanınan yetkiler ve Ohal'lerde bazı temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması konusu yine bu bölümde anlatılmıştır. Temel hak ve hürriyetler konusunda akla ilk gelen insan hakları ihlalleri yaşama hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği konularıdır. Bu sebeple temel hak ve hürriyetler konusu bu iki başlık üzerinden değerlendirilmiştir. Son olarak ta Ohal uygulamalarındaki insan hakları ihlalleri, AİHM'nin Türkiye aleyhine verdiği iki örnek karar üzerinden çalışma sona erdirilmiştir.

II. Ohal Teorisi

Ohal¹ teorisi hukuk ile siyaset zemini arasında bir boşluk noktası olarak tartışıla gelmiş kökeni Roma Cumhuriyet dönemine kadar uzanan bir meseledir. Yirminci yüzyılın önemli hukuk-felsefe-siyaset simalarından olan Carl Schmitt ilk Ohal teorisyeni olarak bilinir. Schmitt'in bu konudaki düşüncelerinin kaynağında Platon'dan Kelsen'e Bodin'den Rousseau'ya ve Hobbes'dan Machiavelli'ye kadar uzanan geniş bir düşünce havuzunun olduğunu söylemek mümkündür. Özellikle Rousseau ve Hobbes'un sözleşme modelleri ve Machiavelli'nin Roma dönemine dair Ohal ile ilgili değerlendirmeleri hem Schmitt'in düşüncelerine hem de genel olarak Ohal teorisi alanına düşünsel anlamda bir basamak görevi görmektedir. Schmitt'den farklı olarak bu alana dâhil olan diğer bir sima ise Walter Benjamin'dir. Benjamin Schmitt'in "egemen" üzerinden götürdüğü tartışmayı "şiddet" üzerinden tartışır. Son olarak tartışmaya katılan ve bütün yazarlar üzerinde toparlayıcı bir konumda bulunan Giorgio Agamben ise "biyopolitik" olarak adlandırdığı bir bakış açısıyla Ohal'i açıklamaya çalışmıştır. Bu bölümde Machiavelli-Hobbes, Schmitt-Benjamin ve son olarak ta Agambenin Ohal ile ilgili eleştirileri ele alınacak ve bunlar üzerinden bir teorik tartışma yapılacaktır.

A- Kavram

Ohal kavramı İngilizce'de "*state of emergency*" kavramının karşılığı olarak kullanılır. "*Emergency*" ivedi durum, olağanüstü durum anlamına gelmektedir. Merriam-Webster Sözlüğünde "emergency" kavramının iki karşılığı bulunmaktadır. Bunlardan biri, beklenmeyen olayların bir araya gelmesi ya da devletin hemen harekete geçmesi sonucunu doğuran durum; ikincisi ise destek ya da yardım için acil gereksinim durumudur². Ohal hemen harekete geçmeyi gerektiren ve genellikle tehlikeyi içeren beklenmedik, ani, öngörülme- yen kriz halleridir. Bununla beraber yazarların ittifak ettikleri bir Ohal tanımı

¹ Söz konusu kavram bundan sonra kısaltma amaçlı olarak "Ohal" şeklinde kullanılacaktır.

² Selin Esen, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi, Adalet Yayınları, Ankara 2008, s. 5.

bulunmamasına rağmen yapılan tanımlar genel olarak kamu düzeni esas alınarak yapılmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde Türk hukukunda ki Ohal uygulamaları anlatılacağı için birkaç tanımda buradan vermek uygun olacaktır. Bu tanımlar zaten belirttiğimiz üzere genel manada kamu düzeni esasına dayanmaktadır. Bu kıstası esas alan yazarlara göre hak ve hürriyetlerin kullanılabilmesi için kamu düzeninin herhangi bir sebeple bozulmaması asgari ve gerekli şarttır. Bu yazarlara göre bu şartın ortadan kalktığı dönemler ‐Ohal‐ olarak adlandırılmaktadır³. Esas alınan diğer bir kıstas ise temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması ile alakalıdır. Bu görüşe göre Ohal normal zamanlarda sahip olduğumuz özgürlüklerin geçici olarak sınırlandırıldığı ya da ertelendiği bir rejim olarak tanımlanmıştır⁴. Yine başka bir tanım devletin güvenliği esas alınarak yapılmıştır. Bu tanıma göre ise Ohal devletin güvenlik ve selametini tehlikeye düşüren büyük bunalım halleridir⁵.

Kavram üzerinden Ohal'in eleştirisi çok erken dönemlerden beri tartışıla gelmiş bir konudur. Ohal günümüzde gerek hukukçular gerekse de siyaset kuramcılar tarafından hukuk ve siyaset zemininde iç içe tartışılmıştır. Ohal, savaş hali, kaos, iç savaş, ayaklanma gibi terimler üzerinden devletin muhafazasını, selametini ve huzurunu sağlamak amacıyla, gücü elinde bulundurmanın belirli bir süre normal zamandan farklı olarak genişletilmiş yetkilerle donatılması olarak değerlendirilmiş ve bu çerçevede konu farklı alanlara kaymıştır. Ohal, Roma Cumhuriyet döneminden itibaren ortaçağın sonlarına kadar bazı yazarlar tarafından genel olarak zaruret hali bağlamında eleştirilmiştir. İlk olarak XII. Yüzyılın başında Gratianus'un ‐Decretum‐ adlı eserinde yine ortaçağın önemli düşünürlerinden Aquinali St. Thomas'ın ‐Theologia‐ adlı eserinde konu zaruret prensibi üzerinden değerlendirilmiştir. Daha sonraları ise yine Machiavelli, Rousseau ve Montesquieu gibi önemli düşünürlerde genel olarak konuyu bu prensip üzerine bina etmişlerdir. Bu prensip günümüzde hala Ohal'i savunan yazarlar tarafından sağlam bir dayanak olarak kullanılmaktadır. Ohal teorisinde tartışılan diğer konular ise; Ohal'e karar verme yetkisi, yasama ve yürütmenin Ohal'deki yetki paylaşımı bununla beraber Ohal'in, egemenlik anlayışı ve

³ Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Turhan Kitapevi, 1. Baskı, Ankara 2006, s. 553.

⁴ İlhan Arsel, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara 1995, s. 58.

⁵ Server Tanilli, Devlet ve Demokrasi, Say Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1982, s. 198.

diktatörlük kavramıyla birlikte anılması gibi meselelerdir. Bu bağlamda Ohal teorisi hukuki olarak, siyasi olarak ve sosyolojik olarak çok geniş bir yelpazede tartışılabilir bir mevzu olarak karşımıza çıkmaktadır.

1. Rousseau - Hobbes ve Machiavelli Üzerinden Ohal'e Göndermeler

Rousseau'nun Ohal ile ilgili görüşlerinin kaynağı Toplum Sözleşmesi isimli eserinde tanımladığı "mutabakat" üzerine konumlandırmıştır. Rousseau'ya göre insanlar eşit olarak doğar fakat eşit olarak hayatlarını devam ettiremezler. Hiç kimsenin diğeri üzerinde doğal bir otoritesi yoktur, kuvvet de bir hak yaratmadığına göre, meşru otoritenin kaynağı ancak sözleşme olabilir⁶. Yazara göre en eski doğal toplum olan aile de dahi bir sözleşme mevcuttur. Ancak, bu sözleşmelerin olmazsa olmaz özelliği yurttaşın özgürlüğünü garanti altına almasıdır. Rousseau'ya göre insanın özgürlüğü; istediği her şeyi yapabilmesinde değil, istemediği hiç bir şeyi yapmak zorunda olmamasındadır. Yine Rousseau için özgürlüğünden vazgeçen insan temel insan olma vasfını da yitirmiş demektir. Rousseau'ya göre insanın özgürleşmesi kendi yaşamına yön vererek barışçı ilişkiler kurabilmesi bu eşitsiz düzenin yerine insanın doğal özelliklerine uygun yeni bir düzen kurulmasıyla olabilir⁷.

Rousseau'nun özgürlük anlayışının günümüz liberal özgürlük kavrayışını aşan yanı eşitsiz ilişkileri ve bağımlılıkları özgür iradenin gelişimi önünde bir engel olarak görmesidir. Yukarıda belirttiğimiz üzere bu gelişimi engelleyen unsurları ancak ideal bir toplumla ve buna uygun ideal bir toplum sözleşmesi ile ortadan kaldırmak mümkündür.

Yazara göre ideal toplum şöyle olmalıdır; toplum üyelerinin her birinin canını, malını bütün bir ortak güçle savunup koruyan bir toplum biçimi olmalı, orada insanlar hem iç içe olmalı hem de ideal toplum öncesi (state of nature)

⁶ Jean Jacques Rousseau, Toplum Sözleşmesi, IV. Bölüm Oda Yayınları, İstanbul 2013, s.

⁷ Tuğçe Türkmenoğlu, Jean Jacques Rousseau'da Özgürlük Sorunu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Anabilim Dalı, Ankara 2004, s. 5.

zamanlarında olduğu gibi özgür olmalıdır. Ona göre kuvvet ve baskı hak doğurmaz ve insanlar meşru bir iktidara boyun eğmek zorundadırlar.

Tüm bunların gerçekleşmesi için bir toplum sözleşmesine ihtiyaç vardır. Her bir birey bütün varlığını ve gücünü bir arada genel bir iradenin buyruğuna vermelidir. Bu genel irade de toplumun her bir üyesini bütünü bölünmez bir parçası olarak görmelidir⁸. Bu sözleşmenin gerçekleşmesi için de toplum üyelerinden her biri tüm hakları ile kendini topluma bağlamalıdır. Bu durum herkes için eşit olunca hiç kimsenin bu durumu başkalarının zararına çevirmek için bir çıkarı olmayacaktır. Yazarın sözünü ettiği bu sözleşme oy birliğine dayanır, karşı olanlar toplumun dışında kalır. Ülkeye yerleşme ve toplumun bir parçası olabilme, egemenin istediği şekilde tabi olmayı kabul etme anlamı taşır. Bu birlik sözleşmesi, o anda sözleşmeyi yapanların kişisel varlığı yerine toplantıdaki oy sayısı kadar üyesi olan tüzel ve kolektif bir bütün oluşturur, bu bütün ortak benliğini, yaşamını ve iradesini bu sözleşmeden alır. Bu bütüne Cumhuriyet veya politik bütün denir. Üyesi olarak yurttaşlarda devletin yasalarına boyun eğen kişiler olarak uyruk adını alırlar. Toplumun tüm üyeleri bu sözleşmenin yazılı olduğu bir yasaya bağlıdır. Yasa siyasal bütüne hareket ve irade alanı oluşturur.

Rousseau'nun bu toplum tanımı yasalarla ilgili olan kısmında Ohal ile çakışır. Çünkü Ohal uygulamalarında yasalar genel iradenin hareket alanını kısıtlar. Yazara göre yasaların olaylara uymasına engel olan esnemezlikleri onları zaman zaman zararlı hale getirebilir ve bunalıma giren devleti de yok oluşa götürebilir. Formalitelerin sırası ve yavaşlığı öyle bir zaman aralığı gerektirir ki, olaylar kimi zaman buna elverişli olmazlar. Yasanın önceden düşünemediği sayısız olay patlak verebilir her şeyin önceden sezilemeyeceğini bilmek işe yarar bir ileri görüşlülüktür⁹. Rousseau'ya göre ülke güvenliği gerektirmedikçe yasaların kutsal gücü hiçbir zaman durdurulmamalıdır. Böyle çok az rastlanan apaçık durumlarda halkın güvenliği özel bir işlemle sağlanır; bu işlem gereğince güvenlik görevi buna elverişli bir kişiye verilir. Bu görev tehlikenin türüne göre iki yolla verilebilir;

⁸ Rousseau, s. 18.

⁹ Rousseau, s.119.

tehlikenin önüne geçebilmek için hükümetin daha fazla çabalaması yetiyorsa, yönetim gücü hükümet üyelerinden bir ya da ikisinin eline bırakır, böylece yasaların gücüne dokunulmaz yalnızca uygulaması değiştirilmiş olur. Yasa ve düzeneğinin insanların korunmasına engel olabileceği durumlarda ise her şeyi kestirip atan bir baş seçilir ve yasaları o yapar. Bu kişi halkın egemenliğini bir süre durdurur. Böyle durumlarda genel istem kararsız değildir ve şu açıktır ki, halkın en temel isteği devletin yok olmamasıdır¹⁰. Yasama gücünün böylece durdurulması gücün ortadan kalkması anlamına gelmemektedir, yetkiyi eline alan söz konusu Diktatör ancak gücü baskılayabilir fakat temsil edemez.

İngiliz yazar Thomas Hobbes da Rousseau gibi bir toplum sözleşmesinden bahseder. Hobbes'un siyaset felsefesi kuramsal olarak doğal (toplum öncesi) durum ve toplumsal (uygar) durum olarak bir karşıtlıkta temellenmektedir. Yazara göre insanlığın doğal durumu insanlar arasında sürekli şiddet eğiliminin ve ölüm korkusunun hüküm sürdüğü herkesin kendi gücü ve olanaklarıyla hayatta kalabilmek için her şeyi yapmaya hakkı olduğu, bu anlamda zaman ve mekân tanımayan sürekli ve genel bir savaş durumudur. Yazarın bu görüşlerinden hareketle üstü kapalı bir şekilde Ohal kavramına gönderme yaptığı söylenebilir. Ona göre doğa insanları bedensel ve zihinsel olarak eşit yaratmıştır; fakat aralarındaki kavganın sebebi rekabet, güvensizlik ve şan-şeref gibi üç temel olgudur. Bunların üstesinden gelebilmek için güç gereklidir. Çünkü basiret, eşit zamanın bütün insanlara eşit olarak bahşettiği ve insanların kendilerini eşit ölçüde verdikleri işlerde eşit ölçüde edindikleri deneyimlerden başka bir şey değildir¹¹.

Hobbes'a göre eşitsizlikten güvensizlik doğar, güvensizlikten de savaş doğar, doğal olarak devlet olmadıkça herkes herkese karşı sürekli olarak savaş halindedir¹². Bundan dolayı da tek karar vericili bir sistemin olması zorunludur, hatta yazara göre bazı durumlarda bu yeterli dahi olmamaktadır. Rousseau'nun sözleşme tanımıyla Hobbes'un sözleşme tanımı genel bir iradenin buyruğuna itaat

¹⁰ Rousseau, s. 120.

¹¹ Thomas Hobbes, Leviathan, Yapı Kredi Yayınları, 11.Baskı, İstanbul 2013, s. 99.

¹² Hobbes, s. 100.

etme noktasında örtüşmektedir fakat aralarında bazı temel farklılıklar vardır¹³. Dolayısıyla, toplum öncesi dönem sürekli bir Ohal dönemidir ve bu sürecin sonlandırılması, bireylerin bir araya gelerek haklarını devrettikleri üst bir iradenin, yani devletin oluşturulmasına bağlıdır.

Roma Cumhuriyeti üzerinden ideal bir devlet biçiminin tarifini yapmaya çalışan Machiavelli, Ohal ile ilgili görüşlerinde konuyu daha çok emniyet üzerinden değerlendirmiştir. Yazara göre herkesin kendi başına yaşadığı, bir birlikten bahsedilmeyen şehirlerde, emniyetin kalmaması ve tecavüzlere tek başına karşı konulmaması üzerine, halk içlerinde birine yetki ve otorite vererek onu başa geçirmelidir. Bu durum kötülerin kınanması iyilerin ise takdir edilmesi için gereklidir. Böyle olunca doğal olarak toplumda adalet fikri teşekkül edecektir. Machiavelli'ye göre ister monarşi, isterse Cumhuriyet olsun devlet düzenini kuran bir kişi olmalıdır¹⁴. Fakat bu iktidarı elinde tutan kimse bunu tiranlığa dönüştürmemelidir, çünkü bu kişi kendini değil kamunun menfaatini düşünmelidir¹⁵. Yazarın tiranlıkla ilgili bu kaygısı Roma'da sıklıkla görülen "Diktatörlük" makamından kaynaklanmaktadır. Buna rağmen sınırları çizilmiş, kısa süreli Diktatörlük yazar tarafından zararlı görülmemiştir, hatta beklenmeyen acil durumlarda Cumhuriyetin muhafazası için gerekli görülmüştür. Machiavelli'ye göre Roma bozulmamış olduğu zamanlarda Diktatörlükten zarar görmemiştir. Bunun sebebi Diktatörlük'ün ömür boyu değil, yalnızca onu gerekli kılan nedenler ortadan kalkana kadar sınırlı bir süre için devam etmesidir.

¹³ Rousseau, Hobbes'tan farklı olarak doğa durumundaki insanı özgür, doğa durumunu da insanlar arasındaki eşitliğin ortamı olarak görür. Rousseau perspektifinde doğa durumundaki eşitlik, insan doğasındaki çeşitli değişim ve dönüşümlerle bir eşitsizliğe dönüşmüştür. Bu eşitsizlik zamanla kurumsallaşarak yerleşik bir olgu halini almıştır. Doğa durumundaki yalnız insan tam anlamıyla iyi ve özgürdür. Bu anlamda Hobbes'un olumsuzladığı doğa durumu Rousseau'da olumludur. Hobbes düşüncesinde görülen kurgudan olguya doğru gerçekleşen hareket Rousseau'da olgudan kurguya doğru harekete dönüşür ve tekrar olguya yani sivil topluma geri dönlür. Rousseau başlangıçta doğada yalnız başına var olan vahşi insanda bir yetkinleşme yetisi görür. Bu olgu Rousseau düşüncesi bakımından önemli bir noktadır. Rousseau'ya göre insan aklı yetkinleşme yetisinin bir ürünüdür. Aklın evrimleşmesinin doğal süreçlerinde insan, doğa karşısındaki varlığını kavrar ve bu anlamda henüz kendisi için öteki olan diğer insanlar ile ilişki kurar. Buradan hareketle Hobbes'un doğa durumundaki insanı, a-sosyal bir varlık olarak belirlemesine karşıt olarak Rousseau'nun ortaya koyduğu düşünce sistematüğinde sivil toplum ya da uygar toplum öncesi dönemde bir toplumsallık formu insana içkin bir nitelik olarak kendini gösterir. (Ekrem Ekici, Hobbes ve Rousseau, Toplumsal Sözleşme Kuramı, s. 81- 85).

¹⁴ Ekrem Buğra Ekinci, Machiavelli ve Hukuk Tarihindeki Yeri, s. 6.

¹⁵ Machiavelli, Söylevler, Say Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 132-133.

Diktatör'ün otoritesi sadece acil tehlikeler için gerekli çareler hakkında kendi başına karar vermeyi değil, danışma kuruluyla herhangi bir temyiz olmadan herhangi bir kişiye ceza vermeyi de kapsar. Bunun dışında Diktatör, devleti güçsüzleştirecek bir şeyi yapma yetkisine sahip değildir. Örneğin senato ve halkın elinden otoritesini alamaz ya da eski kurumları kaldırarak yenilerini kuramaz¹⁶.

Yazarın üzerinde durduğu beklenmeyen acil durumlar günümüzde kullandığımız ifadeyle Ohal'dir. Ona göre Cumhuriyetin normal yasal prosedürleri çok yavaştır, çünkü hiçbir konsül ya da resmi görevli bağımsız hiçbir şey yapamaz, her biri birçok iş için başkalarının onayını almak zorundadır. Bu durumda zaman kaybına neden olur. Bu gecikme nedeniyle, zaman kaybına tahammülü olmayan hazırlıklar yapılması gerekli olduğunda, bu geçen sürede ülke için çok tehlikeli sonuçlar oluşabilir. Bu nedenle Ohal olarak değerlendirebileceğimiz önceden tahmin edilemeyen olaylar için başvuru Diktatörlük makamı Machiavelli'ye göre doğru bir yöntemdir. Ona göre tüm Roma yasaları arasında göz önüne alınmayı ve böylesine büyük bir imparatorluk olmasına neden olan yasalar arasında sayılmayı en çok bu yasa hak etmektedir¹⁷. Yazara göre bu akıllıca bir gelenektir; çünkü bir cumhuriyet elinde böyle bir yasa olmadığı zaman, ya şehir kendi yasalarını korumaya çalışırken kendisinin yıkımına yol açar, ya da yıkılmamak için kendi yasalarını ihlal etmek zorunda kalır¹⁸.

Diğer bir taraftan yazar bu durumun oluşturacağı tehlikelere de değinmiştir. Ona göre her şeye rağmen yasa dışına çıkılarak bir şeylerle uğraşmak bir cumhuriyet için iyi değildir. Yasa dışı eylem, uygun zamanda iyiyken yinede kötü ve etkili bir eyleme dönüşebilir; çünkü iyi amaçlar için yasaları ihlal etmek

¹⁶ Diktatörlük yasası hakkında Romalıların Diktatörlerini seçerken nasıl davrandıklarına bakmak gerekir. Diktatörün seçimi şehri yöneten Konsüllerin diğer kişiler gibi otoriteye boyun eğmek zorunda kalmış olmaları yüzünden sıkıntı yaratırdı. Bu durumun bazı yurttaşların Konsülleri küçük görme hissine kapılmalarına yol açacağını önceden kestiren Romalılar, zamanı geldiğinde Roma için karar verecek kişilerin kral gibi bir güce ihtiyacı olacağına inanarak Diktatörü seçme yetkisinin Konsüllerde kalması gerektiğine karar vermişlerdir. Bunu yaptıkları için daha az acı duyacaklarını düşündüler, çünkü insanların kendi seçimiyle çektikleri acıların verdiği zararlar başkalarının verdiği acılardan kaynaklanana göre daha az olacağını düşünmüşlerdir. (Machiavelli Söylevler, 34. Bölüm, s. 134.)

¹⁷ Machiavelli, s. 133.

¹⁸ Machiavelli, s. 134.

gelenek haline gelir; ardından da bu örnekle kötü amaçlar için de yasalar ihlal edilir¹⁹. Sonuç olarak Machiavelli beklenmedik durumlara hazırlıklı olmayan, bunun için donatılmamış bir yönetimin, mükemmel bir cumhuriyet olamayacağını belirtmiştir. Diktatörlük makamına acil durumlarda başvurmayan cumhuriyetlerin böyle zamanlarda her zaman yıkılacağını belirtmiştir. Machiavelli'nin bu görüşlerinin temelinde; ideal bir devlet yöneticisinin sahip olması gereken niteliklerin kusursuz olmasının gerekliliği yatmaktadır. Yazar “Prens” adlı eserinde prenslerin devletleri nasıl yönetmesi gerektiğini izah etmeye çalışmıştır. Burada sıklıkla geçen görüş, bir devletin bir bölgeyi fethetme düşüncesi varken veya kendi bölgelerine karşı bir tehlike söz konusuysen insanları özgür bırakıp yasaları korumaya çalışmanın yanlış olduğudur. Yazara göre akıllı bir Prens düşüncelerini savaş eğitiminden ve her durumda devletin muhafazasını düşünmekten uzaklaştırmamalıdır. Basiretli bir Prens olağanüstü zamanlar bir yana barış zamanlarında dahi tembellik içinde olmamalıdır²⁰.

2. Carl Schmitt “Egemen Ohal’e karar verendir”

Carl Schmitt’e göre Ohal hukukta öngörülemez bir durumdur, ne acil bir durumun ne de zaruret halinin ne zaman ortaya çıkacağı tam olarak bilinemez ve aynı zamanda bu durumlarda nelerin ortaya çıkabileceği içeriksel olarak tek tek sayılamaz. Bundan dolayı da Ohal’de hukuk devleti anlayışına yer olamaz. Anayasa böyle bir durumda olsa olsa kimin müdahaleye yetkili olduğunu yani egemen olanı belirleyebilir. Egemen olan hem acil bir durum olup olmadığına hem de bu durumu engelleyebilmek için neler yapılmasına karar verendir. Egemen normal durumlarda geçerli olan hukuk düzeninin dışında olmakla beraber yine de bu düzene aittir; çünkü anayasanın tümüyle askıya alınmasına yetkilidir²¹.

Burada Schmitt’in vurgulamak istediği nokta “Egemenin” kim olduğunun farklılık gösterebileceğidir çünkü Ohal’e karar verecek olan askeri bir bürokrasi, müteşebbis ruhun hâkimiyeti altındaki özerk bir yapı veya radikal bir parti örgütü

¹⁹ Machiavelli, s. 135.

²⁰ Machiavelli, Prens, Say Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 32-33-83.

²¹ Carl Schmitt, Siyasi İlahiyat, Dost Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 15.

olabilir. Burada belirtilen “Egemen” o anda devletin başındaki başkan, Cumhurbaşkanı veya Kral olmayabilir burada esas nokta son tahlilde kararı verecek olan güçtür yani egemendir. Schmitt her düzenin bir karara dayandığını belirtir ve üzerinde çok kafa yormadan çok açık bir kavrammış gibi algılanan hukuki düzen kavramının da hukukun bağımsız iki unsurunu içerdiğini belirtir. Diğer tüm düzenler gibi hukuki düzende bir norma değil bir karara bağlıdır²².

Schmitt’in Ohal ile ilgili eleştirilerinde anahtar kavram “karar”dır ve hareket noktası burasıdır. Schmitt’e göre karar kavramından ayrı düşünülemez başka bir kavram ise istisna mefhumudur; çünkü normal olan hiçbir şeyi kanıtlanamaz oysa istisna buna oldukça elverişlidir. İstisna gerçek hayatın gücüdür ve tekrardan katılmış mekanizmaların kabuğunu kırar. Schmitt, istisna halini hukukla hukuksuzluk arasındaki sınırdaki bir olası durumu kavramlaştırmak için kullanır. Siyasal birliği tekrar kurmak adına hukuku askıya alan siyaset de gösterir ki hukuk ve düzen aynı şey değildir. Yazara göre istisnai durumun birer nişanesi olan olağanüstü tedbirler politik olayların birer sonucu ise bunu hukuk perspektifinden anlamak güçtür. İstisna durum bizzat kendisinin yasal formudur bundan dolayı da hukuk’un hayata girmesi de esasında istisnai durum sayesinde. Ona göre hukuk’un kendini askıya alması hayat içinde cereyan ediyorsa, o halde istisnai durum insanın hukukla ilişkiye girmesinin eşiğidir. Schmitt’in üzerinde durduğu ve konuyla bağlantılı temel sorulardan biri de istisnai durumların kendi içinde bir kaos ve anarşi durumu barındırıp barındırmadığıdır. İstisnai durum hukuka dışsal olarak görünse de hukukun içinde önemli bir noktadır. Çünkü yazara göre Ohal’e karar veren egemen, kanunun askıya alınmasının hukuk alanına ait olduğunu ve bunun salt bir anomi olmadığını göstermek zorundadır. Schmitt, fiiliyatta düzenin etkin bir biçimde tesis edilmesini mümkün kılan bir anomi sahasını ya da istisnai durumu hukukun içine yerleştirmektedir. Paradoksal bir ifadeyle söylemek gerekirse istisnai durumda, egemen kanunun yerine getirilmesini icra eder. İstisnanın hukuki anlamda yasası da esasında kanunun icra edilmemesini icra etmesidir.

²² Schmitt, s. 17.

Ohal ile ilgili önemli konulardan biride yetki meselesidir. Schmitt Ohal tartışmasının yetki unsurunun öngörülmediği bir durumda kimin yetkili olacağını etrafında döndüğünü belirtir. Ona göre Ohal ile ilgili tartışmalar da buradan kaynaklanmaktadır. Ohal'den bahsedebilmek için prensip olarak sınırsız yetkinin söz konusu olması yani mevcut düzenin bütünüyle askıya alınması gerekir. Bu durumda hukuk geri çekilirken devletin baki kalacağı kesindir. Ohal, anarşiden ve kaostan farklı olarak hukuk düzeni olmasa da hukuki anlamda bir düzen hala mevcuttur²³. Yazara göre bu durum devletin varlığının hukuki normun geçerliliği karşısındaki üstünlüğünün kanıtı gibidir. Bu durumda karar kendini tüm normatif bağlardan kurtarır ve gerçek anlamda mutlak bir hal alır. Ohal'de devlet, hukuku, kendini koruma hakkına dayanarak askıya alır. Bu bakış açısıyla yazar kanunu somut olay üzerinden değerlendirmiştir. Egemen olan bu somut olayları kendi varlığı içinde yaratır ve garanti altına alır. Son karar onun tekelindedir ve devlet egemenliğinin özü burada yatar. Ohal otoritenin özünün kimde olduğunu ortaya koyan bir ayna gibidir. Ohal'de karar hukuki normdan ayrılır ve otorite hukuk üretmek için haklı olmak gerekmediğini kanıtlar. Anayasal düzenin Ohal'i mümkün olduğunca ayrıntılı bir şekilde düzenleme eğilimi, aslında gerçek manada kendisini askıya alacağı durumu tanımlama girişimidir.

Schmitt'in üzerinde durduğu diğer önemli bir kavram ise diktatörlüktür. Yazar Diktatörlük adlı eserinde kavramı farklı açılardan değerlendirmiştir²⁴. Schmitt'e göre parlamentolar politik süreçleri yavaşlatan kurumlardır. Yazar bu zeminde bir tabu olarak görülen diktatörlük kavramını olumsuz düşüncelerden arındırmaya çalışmıştır²⁵. Hatta üstü kapalı bir şekilde diktatörlüğü övmüştür. Schmitt'e göre diyalektik gelişim ile diktatörlüğü birbirine bağlamak zordur. Çünkü diktatörlük, gelişimin süreklilik gösteren sırasını kesintiye uğratar ve organik evrime mekanik bir müdahale gibidir. Gelişim ve diktatörlük görünürde karşılıklı olarak birbirini

²³ Schmitt, s.19.

²⁴ Eserin yazılma amacı 1919-1933 yılları arasında liberal bir demokrasiyi yerleştirmek için yapılan fakat Hitlerin başa gelmesiyle son bulan Weimar anayasasının temellerini tartışmaktır. Eserde özellikle Alman devlet başkanlığı üzerine yoğunlaşmıştır. Yeni oluşturulmuş anayasanın devlet sistemindeki etkili ve zayıf yönleri ortaya koyulmuş karşılaştırmalar yapılmıştır. Bu yeni anayasa başkanlık sistemine ve Ohal ilan edebilme yetkisine sahip olduğu için diğer anayasalardan farklı değerlendirilmiştir.

²⁵ John Keane, Dictatorship and the Decline of Parliament, s. 1.

dışlarlar²⁶. Yazara göre gelişim kesintiye uğramaksızın devam etmektedir; hatta kesintiler, yadsımlar şeklinde gelişimin devamına hizmet etmek zorundadır. Yazarın burada üzerinde durduğu önemli nokta gelişimin içkinliğine dıştan hiçbir istisnanın asla dâhil olmamasıdır. Belirli bir süre sonra diktatörün diktası da müzakere de gelişimin bir unsuruna dönüşür²⁷. Schmitt'e göre bu tarz bir diktatörlük belirli bir özün esaslı bir şekilde yadsımasını değil önemsiz bir süprütüden kurtulmayı amaçlar²⁸. Eğer bir devletin anayasası demokratik olarak nitelendirilmişse demokratik prensiplerden yoksun her istisnai durum, çoğunluğun onayından bağımsız her iktidar uygulaması diktatörlük olarak adlandırılır. Ona göre liberalizmin esası müzakeredir buda tartışmaların ve savaşların parlamenter bir görüşmeye dönüşmesini sağlayabilecek ihtiyatlı bir yarı önlemdir fakat sonucunda bir karar alınması sürekli ertelenir.

Schmitt, diktatörlüğü Temsili Diktatörlük ve Egemen Diktatörlük olarak ikiye ayırmıştır. Temsili diktatörlükte anayasa uygulanması açısından askıya alınabilir fakat bu onun yürürlükte kalmasını sonlandırmaz, çünkü askıya alma somut bir istisna ve olağan dışılık anlamına gelir²⁹. Yazara göre kuramsal düzlemde temsili diktatörlük bütünüyle norm ile normun gerçekleştirilmesine yön veren teknik pratik kurallar arasındaki ayırmda varlığını sürdürür. Temsili Diktatöre tanınan güç anayasal bir organdan gelir. Anayasa bir yandan var olmaya devam ederken bir köşeye bırakılabilir. Hukukun askıya alınması hukuk düzeninin bir parçası olan somut bir istisnadır³⁰.

Egemen diktatörlük ise yürürlükteki bir anayasayı o anayasada öngörölmüş, dolayısıyla kendisinde anayasal olan, anayasayı bir hak temelinde askıya almakla yetinmeyen daha çok yeni bir anayasanın olanaklı hale geldiği bir durumun yaratılması amacını güden bir biçimdir. Bu durumda Ohal'i hukuk düzenine bağlamaya imkân veren etmen kurucu erk ile kurulu erk arasındaki ayırmdır. Yazara göre kurucu erk hukuki açıdan biçimsiz olmakla birlikte, siyasal olarak

²⁶ Carl Schmitt, *Parlamenter Demokrasinin Krizi*, Dost Yayınevi, Ankara 2010, s. 84.

²⁷ Schmitt, *Parlamenter Demokrasi*, s. 85.

²⁸ Schmitt, *Parlamenter Demokrasi*, s. 86.

²⁹ Jean-Claude Paye, *Hukuk Devletinin Sonu*, İmge Kitabevi, 1.Baskı, Ankara 2009, s. 250.

³⁰ Paye, *Hukuk Devletinin Sonu*, s. 250.

belirleyici, her eylemde yer alan asgari bir anayasayı temsil eder. Bu bağlamda diktatörün eylemi kurucu hal alır. Yeni bir hukuk düzeninin kurucusu olabildiği sürece diktatörün gücü mutlak değildir. Bu kasıt ile var olan norma karşı çıkar ve onu değiştirir. Diktatörün eylemi var olan hukuki bağlamın dışında gerçekleşmez, fakat onunla ilişki içinde gerçekleşir.

3. Walter Benjamin “Ezilenlerin Geleneği Daimi Ohal”

Walter Benjamin’in Ohal ile ilgili değerlendirmelerini anlayabilmek için onun Ohal’in kaynağına dayanak olarak gösterdiği şiddet kavramı ile ilgili görüşleri üzerinde durmak gerekmektedir. Çünkü Ohal tanımlarında sıklıkla geçen şiddet ve kaos hali Benjamin de farklı bir açıdan değerlendirilmektedir. Yazar şiddeti bir ölçüt olarak değerlendirmiştir ve şiddet adil bir amaca mı hizmet ediyor yoksa adil olmayan bir amaca mı hizmet ediyor sorusuyla konuyu derinleştirmiştir. Ona göre ilke olarak şiddetin adil amaçlar için bile ahlaki bir araç olup olmayacağı sorusunun yanıtı kesinlik içermemektedir, çünkü bu soruya yanıt verebilmek için ne amaca hizmet edildiğini dikkate almaksızın kullanılan şiddet araçlarının arasında ayırım yapabilecek bir ölçüte ihtiyaç vardır. Bu bağlamda şiddetin meşruluğunu ya da gayri meşruluğunu ölçmek zordur. Yazar bu değerlendirmelerden bağımsız olarak ilkesel bir tutumla gerektiği takdirde şiddetin varlığını kısmen ya da gerektiği ölçüde meşru görmüştür. Çünkü şiddet ilkesel olarak tamamıyla dışarıda bırakıldığı takdirde “insanın sorunlarına yönelik her türlü anlaşılır çözüm ve tabii varlığın, bugüne kadar geçerli olan tüm dünya ve tarihsel koşullarının sınırlamalarından kurtulma da olanaksız bir hal alacağı için, hukuk kuramı tarafından öngörülenler dışında ne tür şiddet biçimleri vardır sorusu zorunlu olarak ortaya çıkar.”³¹

Yazara göre şiddeti doğal bir olgu sayan doğal hukuk, şiddeti tarihin bir ürünü olarak pozitif hukukun karşı kutbunda konumlandırır. Eğer doğal hukuk eldeki hukuku, amaçlarını eleştirerek yargılayabilirse, pozitif hukukta, evrilen hukuku

³¹ Besim F. Dellaloğlu, Benjamin, Şiddetin Eleştirisi, Fikir Mimarları Dizisi-4, Say Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 101.

araçlarını eleştirerek yargılayabilir. Eğer amaçların ölçütü adaletse, araçların ölçütü de yasallık olacaktır. Benjamin meşru ve gayri meşru şiddet arasındaki ayrımın anlamını belirsiz bir nokta olarak görmektedir. Adil amaçlara hizmet eden şiddetle adil olmayan amaçlara hizmet eden şiddet arasında bir ayrım yapan, temeli doğal hukuka dayanan bu yanlış anlama ona göre kesinlikle reddedilmelidir. Araç olarak şiddet ya yasa koyucudur ya da yasa koruyucudur, eğer bu iki işlevin herhangi birini yerine getirmiyorsa tüm geçerliliğini yitirir.

Yazara göre çatışmaların bütünüyle şiddet dışı bir çözümü asla hukuksal bir sözleşmeye götürmez. Taraflar söz konusu hukuksal sözleşmeye ne kadar barışçıl bir tavırla katılırlarsa katılınsınlar sözleşme eninde sonunda tekrar şiddet olanağı getirir, çünkü tarafların her birine, anlaşma bozulduğu takdirde, diğerine karşı bir şiddet biçimine başvurma hakkı tanınır. Benjamin'e göre burada doğrudan yasa koyucunun şiddet olarak var olması gerekmez; şiddetin kendisi sözleşmenin içeriğine alınmasa bile, her hukuksal sözleşmeyi güvence altına alan güç şiddet kökenli olacağı için onda temsilini bulacaktır. Hukuk kurumunda gizil şiddet varlığının bilinci kaybolduğu takdirde kurum gerileme sürecine girer. Ona göre, bugün için parlamentolar bu durumun en iyi örneklerini oluşturmaktadır³².

Yazar şiddet üzerinden devam ettirdiği tartışmayı şu soruyla devam ettirmektedir: Çatışmaların şiddet dışı bir çözümü olanaklıdır mı? Ona göre medeni bir görüşün katıksız uzlaşma araçlarının kullanımına izin verdiği her yerde şiddet dışı uzlaşma olanaklıdır. Yasal ve yasa dışı her türlü şiddet aracının karşısına, katıksız araçlar olarak şiddet dışı alternatifler konulabilir. Saygı, duygudaşlık, barışçılık, güven ve bunlar gibi anılabilecek ne varsa hepsi şiddet dışı uzlaşmanın ön koşullarıdır. Benjamin'e göre bunun için en uygun sivil uzlaşma tekniği müzakeredir çünkü müzakerede sadece şiddet dışı uzlaşmanın olanağı değil, ilkesel olarak şiddetin dışarıda bırakılmasının açıkça beyan edilmesinin olanağı da vardır. Burada yalana ilişkin bir yaptırım yoktur. Büyük olasılıkla dünya üzerinde hiçbir yasama, kökeninde böyle bir yaptırımı şart koşmamıştır. Bu da şiddet yönünden bütünüyle ulaşılmaz olduğu ölçüde, şiddet dışı bir insani uzlaşma alanının var

³² Dellaloğlu, Şiddetin Eleştirisi, s. 95.

olduğunu açık bir biçimde ortaya koyar. Bu uygun alan “anlamanın”, dilin alanıdır³³.

Benjamin bu teferruatlı şiddet eleştirisini Ohal ile ilişkilendirirken buradaki şiddeti saf şiddet olarak tanımlamıştır. Ona göre bu saf şiddet hukukun dışında var olur ve tam bir belirsizlik noktası oluşturur. Yazar şiddet mefhumunu, Ohal ile ilgili “Tarih Kavramı Üzerine Tezler” makalesinin sekizinci tezinde ezilenlerin geleneği olarak tanımlamıştır. Benjamin burada iki tarih anlayışından bahsetmiştir. Bunlardan biri tarihsel ilerlemenin, toplumların daha çok demokrasi özgürlük veya barışa doğru evriminin bir norm olduğu konforlu “ilerlemeci öğreti, diğeri ise tam tersine normun, tarihin kuralının, galip gelenlerin tahakkümü, barbarlığın, şiddetin olduğu ezilenlerin geleneğinin konumundan bakan öğreti. Bu aynı zamanda Benjamin’in önerdiği tarih anlayışıdır³⁴. Benjamin’in sınıfsal ezilmişliğin tarihi “daimi Ohal” olarak tanımladığı durum, savaş, devrim ya da başka felaketlerle ortaya çıktıysa hüküm süren prens başından itibaren diktatöryal bir iktidar uygulamaya yazgılıdır³⁵. Ona göre istisnai durumun, diktatörlük mercileri geliştirerek örnek bir durumun halini aldığı egemenlik kuramı, egemen-hükümdar imgesini zorbalığa yönelterek kendini gerçekleştirmek zorunda bırakır. Böylesi bir bakış faşizmi galipler alayının devamlılığı içinde, bir medusa kafası olarak, egemenlerin sürekli tekrarlanan barbarlığının en üstün ve nihai sureti olarak konumlandırmayı sağlar³⁶.

³³ Dellaloğlu s. 97

³⁴ Ezilenlerin geleneği konusunu Benjamin Ohal ile ilişkilendirse de bu konu yazarın felsefe ve tarih anlayışı içerisinde daha genel bir bakış açısıyla yer tutmaktadır. Benjamin tarih biliminin bazı postulatlarının, ezenlerin iktidarının hizmetinde olduğunu düşünür. Bunun içinde her tür ürünün gerçek yaratıcısı olan ezilenlerin geleneğine karşılık gelecek yeni bir tarih kavramı ortaya koymak zorunludur. Ona göre ezenlerin tarihinin tarihteki anonim isimlerin varlığını unutturmasına, ezilenlerin geleneğinin yanıtı bu tarihin kesintiye uğratılması olmalıdır. Benjamin bu düşüncesiyle felsefenin geçmişteki ve şimdiki haksızlıkları çözmek gibi bir görevi olduğunu vurgular. Benjamin’e göre gelecekte zorunlu olarak olması beklenenlerden bahseden anlayış düzmedir ve yaşanmış ve yaşanmakta olan bitmemiş geçmiş kurtuluş ümidini mutlak bir gelecek tasavvurundan daha yoğun bir şekilde barındırır. Benjamin’e göre kurtulmamış bir insanlık geçmişine de sahip çıkamaz. Kurtuluşçu düşüncenin şimdinin zamanındaki faaliyeti, ezilenlerin geleneğini üstlenmesiyle anlamlı hale gelir. (<http://dusundurensozler.blogspot.com/2008/04/walter-benjaminde-tarih-kavram.html>, Murat Ertan Kardeş, Benjamin’de Tarih Kavramı, s. 116-118.

³⁵ Michael Löwy, Walter Benjamin: Yangın Alarmı, “Tarih Kavramı Üzerine” Tezlerin Bir Okunması, Versus Yayınları, İstanbul 2007, s. 73

³⁶ Löwy, s. 73

Benjamin Ohal'in faşist uygulamaların sürdüğü her yerde olacağını açıkça belirtmiştir. Bununla beraber faşizmin modern ve çağdaş toplumlarla olan yakın ilişkisini de saptamıştır. Ona göre faşizm en medeni ülkelerde ortaya çıkabilir ve ilerleme denilen şey onu ortadan kaldıramaz. Bu saptamalar aslında Benjamin'in antifaşist mücadeledeki konumumuzu güçlendirmeyi sağlar. Ona göre bu mücadelenin esas amacı gerçek Ohal'i yani egemenliğin son bulacağı sınıfsız toplumu yaratmaktır.

4. Giorgio Agamben “Biyopolitika”

Schmitt ve Benjamin'in Ohal ile ilgili hukuk, siyaset ve sosyoloji üzerinden götördükleri tartışma Agamben'de konuyu genel anlamda ele alma şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Yazar Ohal kavramını tanımındaki ifade güçlüğüne sıklıkla atıfta bulunarak ve tarihi süreçleriyle ilişkilendirerek tartışmıştır. Ona göre Ohal'in tanımını güçleştiren öğeler arasında kavramın iç savaş, ayaklanma ve direnişle olan yakın bağı vardır. İç savaş normal halin zıddı olduğuna göre, devlet gücünün en aşırı iç çatışmalara doğrudan yanıtı olan Ohal'e nazaran, bir belirsizlik bölgesinde konumlanır. Bu yüzden yazara göre XX. Yüzyıl boyunca paradoksal bir olguyla, etkili bir şekilde yasal iç savaş olarak tanımlanan olguya tanık olunmuştur. Yazara göre Ohal: Hukukun kendini askıya alması yoluyla canlıyı bünyesine kattığı özgün bir yapıdır ve yazar bu durumu kendine has ifadesiyle “biyopolitika” olarak ifade etmektedir³⁷. Bu bakış açısı Agamben'in Ohal ile ifade edilen belirsizlik noktasına atfen yaptığı bir saptama olarak değerlendirilebilir³⁸.

³⁷ Giorgio Agamben, Ohal, Varlık Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 10

³⁸ “Yazarın üzerinde durduğu biyopolitik söylemi Ohal’lerde insanların kişisel özgürlüklerine nasıl müdahale edildiğine ve doğrudan insan odaklı olduğuna dikkat çekmektedir. Örneğin Almanya’da Hitler iktidarı ele geçirir geçirmez “Halkın ve Devletin Korunması” adı altında bir karar yayınladı. Bu karar Weimar Anayasasının kişisel özgürlüklerle ilgili maddelerini askıya alıyordu. Bu karar hiçbir zaman yürürlükten kaldırılmamış ve 12 yıl süren bir Ohal şeklini almıştır. Yine ABD’de yurtseverlik yasası adı altında 13 Kasım 2001 tarihli askeri karar, terörist faaliyetlere karıştığından şüphelenilen ABD yurttaşı olmayan kişilerin süresiz alıkoymasına ve yargılanmasına olanak veriyordu”. Bkz. Agamben, Olağanüstü Hal, s. 10.

Agamben'in siyaset bakışı biyopolitika üzerine kuruludur. Yazar Kutsal İnsan adlı eserinde bu konuya şöyle açıklamaktadır: İnsanoğlu binlerce yıl Aristoteles'in tanımladığı gibi kaldı. İnsanoğlu siyasal varoluş kapasitesi de olan bir hayvandır. Ve yine yazara göre modern insan, kendi siyaseti, canlı bir varlık bağlamındaki kendi varoluşunu sorgulayan bir hayvandır³⁹. Agamben, Michel Foucault ve Hannah Arendt'in totaliter devlet yapısı hakkındaki farklı eleştirilerini de kısmen karşılaştırmalı olarak kullanarak totaliter devletlerin hayatı siyasallaştırdığını belirtmiştir. Bunu anlamak için de “Çıplak Hayatın” (modern cisimleştirme, cinsellik vb.) siyasal doğanın farkına varılması gerektiğini vurgulamaktadır. Yazar Arendt ve Foucault'un görüşlerine ek olarak sadece modern siyasetin değil (Aristoteles'ten Roma Hukukuna oradan Schmitt'e kadar ve günümüze kadar) bütün politik süreçlerin “Çıplak Hayatla” ilişki içerisinde olduğunu belirtmiştir.

Bu görüşleri Biyosiyasetin doğuşu olarak nitelendiren yazar, istisnai durumda egemenliğin dayandığı çıplak hayata hükmetmenin iktidarlar tarafından yerinde olduğunu ve böylece egemenliğin de tedricen sınırların ötesine yayılabileceğini belirtmektedir⁴⁰.

Ona göre siyaset özünde yaşama referansla belirlenir. Yaşamın modern çağda siyasallaşmış olması gibi bir önermenin dayanak noktası yoktur, zira yaşamın ne olduğu siyasetin kendi tarafından belirlenmektedir. Agamben siyaseti egemenliğe indirger ve ona göre iletişim ve anlamın koşulu olan dil, toplumsal örgütlenmeyi, simgeleri ve siyasal modelleri türeten “egemen” liberalizme has özne merkezli legalizmin başka kavramlarla yeniden formüle edilmiş halidir. Schmitt'in liberal hukuk eleştirisinden esinlenmesine rağmen Agamben, siyaseti yasa koyuculuktan başka bir şey olarak tahayyül edememektedir. Biyopolitika kavramının Agamben'in görüşleri için önemli işlevlerinden biri de örtük olanı açığa çıkartan bir moment olmasıdır. Yazara göre biyopolitika Antik Yunan şehir- devleti ile modern ulus-devlet, sömürgeci güçler ile imparatorluk arasındaki farkı bir gizleme-açma diyalektiğine indirgemektedir⁴¹. Ontoloji, siyaset ve tarih arasında hiçbir ayırım bırakmaması ve çıplak yaşamı tarihsizleştirilmesi siyaseti de tarihsiz

³⁹ Giorgio Agamben, Kutsal İnsan, Ayrıntı Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 143.

⁴⁰ Agamben, Kutsal İnsan, s. 144-145.

⁴¹ Agamben, Olağanüstü Hal, s. 35.

kılar. Koşullar ve yapılardan bağımsız olarak belirlenen bu siyaset modeline göre, yaşamın ne olduğu tarihsel dönemlere göre değişse bile, iktidar daima yaşam ile sınır arasındakini belirleyendir. Başka bir deyişle iktidar kendi kendiyile özdeştir, ilişkiselliğe tabi değildir. Agamben iktidarı karşılıklı belirlenim diyalektiğinin dışında tutmaktadır.

Ohal'e tekrar dönülürse Agamben'e göre küresel iç savaş olarak tanımlanan durumun durdurulamaz ilerleyişi karşısında, Ohal'in çağdaş siyasete egemen yönetim paradigmasına dönüşme eğilimi her geçen gün artmaktadır⁴². Yazar geçici ve istisnai bir önlemin böyle zemin değiştirerek bir yönetim tekniğine dönüşmesini eleştirmektedir; ona göre bu durum anayasa biçimleri arasındaki geleneksel ayırımın yapısını ve anlamını kökten değiştirmeye de müsaittir. Hatta gözle görülür bir şekilde de değişmeye başlamıştır. Gerçekten de bu bakış açısıyla bakıldığında Ohal demokrasi ile mutlakiyet arasında bir belirsizlik noktasına dönüşmüştür. Yazara göre Ohal'in temel niteliği hukuki düzenin askıya alınması ise, bu askıya alınma nasıl olur da yasal düzen içinde yer alır ve nasıl olurda yasadışıya izin verir. Ona göre Ohal hukuki düzenin ne içinde ne de dışındadır ve Ohal'in tanım sorunu tam olarak, iç ile dışın birbirini dışlamadığı, tersine birbirini belirlediği bir eşik ya da bir “ne o, ne bu” bölgesi ile ilgilidir. Agamben'e göre normun askıya alınması ortadan kaldırılması anlamına gelmez ve askıya almanın kurduğu yasadışı bölge, hukuk düzeniyle bağlantısız değildir. Ohal ile ilgili ihtilaf temel olarak Ohal'e uygun yer hakkındaki bir tartışma şeklinde kendini gösterir⁴³.

Agamben'in Ohal ile ilgili üzerinde durduğu konulardan biri de “zorunluluk” halidir. Roma Cumhuriyet döneminden bu yana tartışılan bu kavram yazarlar tarafından yasal olmayan bir eylemin yasal hale dönüştürülmesi ekseninde tartışılmıştır⁴⁴. Yazara göre zorunluluk kuramı, bir Ohal bir istisna kuralından

⁴² Agamben, Olağanüstü Hal, s. 36.

⁴³ Agamben, Olağanüstü Hal, s. 36.

⁴⁴ Zaruret Halini yürütme organının hukuka aykırı eylemlerine meşruiyet kazandırmak için dayandığı istisnai bir alan olarak tanımlamak mümkündür. Bu yaklaşımda yürütme organı devletin güvenliği ve selameti için daha iyi bir ifadeyle kamunun yararı için gereken her şeyi yapmakla yükümlüdür. Burada savunulan görüş istisnai durumlar, devletin karşı karşıya kaldığı beklenmedik haller, siyasi gereklilikleri hukukun önüne geçirir ve hukuk geçici olarak askıya alınır.

başka bir şey değildir. Söz konusu istisnaya bağlı olarak, tekil bir örnek yasaya uyma zorunluluğu dışında bırakılmaktadır. Zorunluluk yasanın kaynağı değildir yasayı askıya almaz, zorunluluk tekil bir vakayı normun lafzına göre uygulanmasının dışında bırakılmakla sınırlıdır. Zorunluluk halinde yasanın metni dışında davranan kişi, yasa hakkında değil yasanın lafzına uyulmaması gerektiğini gördüğü tekil vaka hakkında hüküm vermiş olur. Burada olağanüstü durumun nihai temeli zorunluluk değil, şunu öngören ilkedir: Her yasa insanların ortak özelliği için düzenlenmiştir ve ancak bu yüzden yasa gücüne ve gerekçesine sahiptir. Bunu yerine getiremiyorsa zorlayıcı etkisi yoktur. Zorunluluk halinde yasanın zorlayıcı gücü oradan kalkar. Burada bir hukuk düzenine ilişkin bir durumun değil, yasanın uygulanma olanağının bulunmadığı tekil bir vakanın söz konusu olduğu bellidir. Keza zorunluluğun yasası olmaz. Bir şey zorunluluktan dolayı yapılıyorsa yasal olarak yapılıyor demektir, çünkü hukukta zorunluluk yasal olmayana yasal hale getirir⁴⁵. Agamben için zorunluluğun bu şekilde yorumlanması yasanın zorlayıcı gücünün yitirildiği tekil bir durumu tanımlaması ilkesini tersine çevirip, zorunluluğu deyim yerindeyse yasanın nihai temeli ve kaynağını oluşturduğu ilke haline getirmiştir. Yazara göre bu ilke sadece bu yolla

Agamben'in değişimiyle eğer bir şey zorunluluktan dolayı yapılıyorsa, yasal olarak yapılıyor demektir, çünkü hukukta zorunluluk yasal olmayana yasal hale getirir. Keza zorunluluğun yasası olmaz. Bu yaklaşımdaki zorunluluk hali yasanın kaynağı olarak görülmüştür, yasayı askıya almaz ancak özgün bir vakayı normun lafzına göre uygulamasının dışında bırakır yani istisnai bir kuraldan başka bir şey değildir. Her yasa insanların ortak esenliği için düzenlenmiştir ve ancak bu yüzden yasa gücüne ve gerekçesine sahiptir; bunu yerine getiremiyorsa zorlayıcı etkisi yoktur. Zaruret Hali prensibini savunanlara göre hukuk geçici olarak askıya alınsa da hukuk tarafından kabul edilebilecek bir durumdur. Burada sorun zaruretin içeriğinin pozitif hukuka uygun düşüp düşmediğidir. Bununla beraber ortaya çıkan somut olayın niteliğine göre zaruret durumunda yürütme organının uygun araçları orantılı olarak kullanıp kullanmadığıdır. Bu düşünceye göre zaruret hali zaten hukukun işleyemeyeceği durumları içerdiği için pozitif hukuktan söz etmek doğru değildir. Alman hukukçularda 19. Yüzyılın sonlarında, Hegel'in devlet felsefesine dayanan bir kural geliştirmiştir. Bu görüşe göre, zaruret durumunda yürütme organının devleti korumak için kaçınılmaz olarak aldığı önlemlerin hukuka karşı önceliği vardır. Jhering'e göre devlet gücü, yine bu güç tarafından yapılan hukuk kuralları ile sınırlanmalıdır. Devletin kendi koyduğu hukuk kuralları ile kendi kendini sınırlaması ve bu sınırlamaya uyması doğrudan devletin yararınıdır. Ama bu sınırlama mutlak değildir. Bu düşünceye göre, devlet kendi yararıyla gücünü sınırlayan hukuk kuralları arasında çatışma görürse, hukuk kurallarını bertaraf etmek suretiyle gücünü bu sınırlamadan kurtarabilir. Burada amaç hukuk değil, toplumun yararlarının korunmasıdır. Zaruret hali prensibi için yapılacak genel değerlendirme, istisnai durumlarda toplumun yararıyla hukuk kuralları çatışacak olursa feda edilmesi gereken toplumun yararı olmamalıdır. Bkz. Esen, s. 21, Agamben, Olağanüstü Hal, s. 41.

⁴⁵ Agamben, Olağanüstü Hal, s.38

bir devletin ulusal çıkarlarını bir başka devlete karşı haklı çıkarmaya çalışan yazarlar için değil, Ohal sırasında yürütmenin çıkardığı yasa hükmündeki kararnamelerin geçerliliğinin temelini gören hukukçular içinde geçerlidir. Öyleyse zorunluluğun bir görünümü olarak Ohal devrimin ve anayasal bir düzenin fiilen kurulmasının yanı sıra yeni normların oluşturulmasıyla somutluk kazanan yasa dışı ama tam anlamıyla hukuki ve anayasal bir önlem olarak kendini gösterir⁴⁶.

Son tahlilde zorunluluk hali hem Ohal biçiminde, hem devrim biçiminde, kendi içinde hukuk dışı ya da hukuk karşıtı fiili işleyenlerin hukuka geçtiği, hukuk normlarının ise salt fiil ile birbirine karıştığı belirsiz ve kesinlikten uzak bir bölge olarak kendini gösterir. Başka bir deyişle fiil ile hukukun ayırt edilemez hale geldiği bir eşik şeklinde. Anlaşıldığı gibi Agamben Ohal ile ilgili nerdeyse bütün hukuk-siyaset ilişkilendirmelerini tartışmış, kendisinden önce konuyu ele alan yazarların görüşlerinden sıklıkla faydalanmış ve Ohal kavramının yasalarda belirtildiği gibi sadece özel durumlar için veya istisnai haller için kullanılmadığını, bu durumların bahane edilerek çıkarılan KHK'ların, terör ve yurtseverlik yasalarının ülkelerin siyasetinde nasıl etkili olduklarını, bu tür düzenlemelerin Ohal dışında farklı amaçlara nasıl hizmet ettiğini birçok örnekle ortaya koymuştur. Agambenin, biyopolitika diye tanımladığı, canlıyı bünyesine kattığı özgün yapı olarak nitelediği Ohal içindeki temel hak ihlalleri açısından tamda bu noktaya atıfta bulunmaktadır.

B- Tartışmalar ve Değerlendirmeler (Schmitt-Benjamin-Agamben)

Ohal ile ilgili teorik tartışmalar ilk Ohal teorisini olan Carl Schmitt tarafından başlatılmıştır. Kaynaklara göre 1930 yılında Benjamin'in Schmitt'e yazdığı mektup aralarındaki tartışmayı derinleştirmiş ve iki yazar da Ohal ile ilgili yazılar yazmışlardır. Schmitt modern siyasal düşüncede egemeni olağan olanı değil olağanüstü olanı belirleyen güç olarak tanımlamıştır. Schmitt'e göre aydınlanma felsefesi insanın doğasının ve toplumun yasalarının rasyonel olarak keşfedilebileceği ve insanın bu yasalara uygun şekilde eğitilmesi gerektiği gibi

⁴⁶ Agamben, Olağanüstü Hal, s.41

modern bir inancı sarsıntıya uğratmıştır. Schmitt için toplumun düzenini doğanın düzenine uygun hale getirmek gibi bir amaç, evrensel bir hakikatin ahlaki tezahürü değil, modern iktidarın kendisini eski iktidar anlayışından ayırmasını sağlayacak istisnai bir karardır. Schmitt'e göre her siyasi düşünce insan doğası karşısında bir şekilde tavır alır ve insanın ya doğası gereği iyi veya doğası gereği kötü olduğunu varsayar. Pedagojik veya ekonomik açıklamalarla bu sorundan ancak görünürde kaçınılabılır⁴⁷.

Yazara göre modern siyaseti modern öncesi siyasal anlayıştan temelde farklılaştıran şey, egemenin dünyanın olağan halini istisnai bir karar ile yeniden üretmesidir. Buna paralel olarak Schmitt, Siyasi İlahiyat adlı eserinde egemen tanımını "egemen, Ohal'e karar verendir" şeklinde yapmıştır. Ona göre Ohal olağanüstü önlemlerin uygulanmasını gerektiren her türlü ciddi ekonomik veya siyasi karışıklığı içerir. Ohal düzeni ve istikrarı yeniden sağlamak için krizle nasıl başa çıkılması gerektiği konusundaki prensipleri belirleyen anayasal bir düzeni öngörürken, kural gereği bir referans noktası olarak mevcut bir düzene ihtiyaç duymaz.

Benjamin ise Schmitt'ten farklı olarak Şiddetin Eleştirisi isimli makalesinde şiddetin kurucu işlevi üzerinde durmuştur. Şiddeti hukuk ve adalet alanlarında araç-amaç ilişkisinin, adillik ölçütü arayışını anlaşılır kılmak gibi bir göreve yöneldiğini belirtir. Yani bir açıdan hem şiddeti doğal sayan hukuk anlayışları hem de şiddeti tarihsel olarak gören pozitif hukuk anlayışını eleştirmiştir; çünkü Benjamin'e göre bunların birinde amacın adilliğinden aracın meşruluğuna diğerinde ise aracın meşruluğundan amaca yönelen yasallık belirtileri vardır⁴⁸. Benjamin bunların dışına çıkmak için şiddetin doğasına yönelmek gerektiğini savunur. Ona göre Ohal'in yeniden keşfedildiği nokta burasıdır. Çünkü hukuk modern Avrupa'da her türlü yasallığı inşa ederken şiddetin kullanımını devralır. Yazara göre şiddet belirli şeyleri elde etmenin aracı değildir onun dengeleyici ve kurucu işlevi göz ardı edilemez. Bu yüzden şiddetin yasa koyucu ve yasa koruyucu anlamları iyi anlaşılmalıdır.

⁴⁷ Mehmet Emin Balcı, İstanbul Üniversitesi Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, 2013 Bahar, sayı:15 s. 64

⁴⁸ Bora Erdağı, Mehmet Evren Dinçer, Benjamin, Tarih Üzerine Tezler ve Tarih Yazımı, s. 6.

Schmitt ve Benjamin'in metinlerinde ortak olarak eleştirilen kavram egemenlik meselesidir. Egemenin ilahiyatla olan ilişkisi Schmitt'e göre modernleşmeyle birlikte halesini büyük ölçüde kaybetmiştir, ama bu halenin başka bir yere isnat edilmesi gerekiyor. Bu da Schmitt'e göre, düzen ile örtüşen ama onu aşan, güçlü bir otorite, yani bir devlettir. Egemenlik meselesi de burada devreye giriyor. Benjamin ise ilahiyatı daha çok tarihsel maddecilikle açıklıyor. Somut olarak Schmitt'e göre hukukla gerçek dünya asla örtüşmez, dolayısıyla gerçek dünyada bir takım şeyler her zaman hukukilikten taşar yani gerçek dünyada olabilecek her durumu tek tek tasvir eden ve bunların karşısında alınabilecek tedbirleri ortaya koyan bir yasa yapmanın imkânı yoktur. Zira her zaman tahmin edemeyeceğimiz bir takım ihtimaller olabilir. Böyle bir durumda ne yapılabilir, hangi durumun istisnai bir duruma dönüşeceğine kim karar verebilir, yani bu yetki birine verilecek ve bu kişi aynı zamanda olağanüstü durumlarda ne yapılmasına karar verecek. Dolayısıyla Schmitt'e göre yasa ve karar bu noktada birbirinden farklı iki şey olarak ortaya çıkar. Schmitt "karar"ın kendisini normatif bağlardan kurtardığını söyler. İşte bu noktada Ohal'de bu yetkiyi belirlenen konumdaki kişiye verdiği için Egemenin Ohal'e karar veren kişi olduğunu belirtir. Ohal'i ilan edebilen kişi yasanın içinde kalarak, yasa dışı bir şey yapmış olmadan, yasa geçerli olsaydı sorumlu tutabileceği birçok kararı uygulamaya koyabiliyor. Burada söz konusu olan yasanın ihlali değil, belirli bir durumda uygulanmamasıdır. Yasa kapsayamadığı şeyle ilişkisini kendi kendisini askıya alarak kurar. Böylece egemenlik de yasa ile siyaset arasında bir sınır kavram olarak ortaya çıkar.

Benjamin'in ise somut olarak söylediği, hukukun adaletle ilişkisi olmadığıdır, yani hukuk adil olduğu için değil yasal olduğu için geçerlidir. Ona göre adalet bu dünyada kavuşabileceğimiz bir şey değildir, ancak gelecek olan beklenen dünyada gerçek bir adaletten söz edilebilir. Bu dünyada ancak yasanın meşruluğundan bahsedilebilir, yasa da meşruluğunu pozitif hukuktan yani yasa olmasından alır. Doğal olarak da bu durumun adaletle bir ilgisi yoktur. Burada Benjamin'in konuyu tanrısal bir adalet zeminine oturttuğu söylenebilir. Benjamin'in vurguladığı temel nokta yasanın kendisinin şiddete temellenmesidir; yasanın yapılmasını mümkün

kılan şey öncelikle yasa koyucu şiddetin uygulanmasıdır. Yani yasa şiddeti kınamak şöyle dursun bir şekilde ona ihtiyaç duyar fakat zamanla yasama organları, yasamanın “şiddetle” böyle bir ilişkisi olduğunu unuttur. Yine bu konuyla ilişkili başka bir nokta ise “yasa koruyucu” şiddetin varlığıdır çünkü hukuk kendisini korumayı amaçlar. Dolayısıyla “yasa koyucu” yasanın ilk adımda kurulmasını sağlayan bir şiddet, daha sonra ise onu korumaya yönelik asker, polis gibi çeşitli aygıtlarla işletilen, bu kez ise farklı bir şiddetle “yasa koruyucu” konumuna gelen paradoksal diyebileceğimiz bir döngüdür. Bu döngüyü kırmak için onun önerdiği şey; adaleti bu dünyada tesis etmek mümkün olmadığı için, ilahi bir şiddete duyulan ihtiyaçtır. Benjamin bu tasvirinde açıkça gücü elinde bulunduran iktidara gönderme yapmıştır, ona göre iktidar şiddeti hep elinde bulundurmaktadır⁴⁹. Benjamin'in sekizinci tezde belirttiği ezilenlerin geleneği üzerinden yaptığı Ohal tanımına göre içinde yaşadığımız Ohal istisna değil kuraldır, istisnai durumlarla başa çıkmak için konulmuş bir kuraldır. Sonuç olarak Schmitt bu ikili tartışmada Ohal'in yasayla olan ilişkisini korumaya çalışırken Benjamin ise tam tersine yasayla olan ilişkisini tamamen koparmaya çalışmıştır. Benjamin'in istediği istisnadan çıkıp tekrar düzenli bir duruma dönmek değil, bu düzeni tamamen yıkmaktır.

Agambenin bu teorik tartışmadaki yeri Schmitt ve Benjamin'in görüşleri üzerine konumlanır. Agamben Ohal kavramının terminolojisi üzerinden bir tartışma yürütür, bir taraftan da Schmitt ve Benjamin'in görüşlerini toparlar bir vaziyet alır. Yazara göre, eğer terminoloji öngörüldüğü gibi düşüncenin gerçek anlamıyla şiiresel dönüm noktasını oluşturuyorsa o zaman terminolojik seçimler asla yansız olamaz. Bu açıdan Ohal teriminin seçimi, irdelemeyi öngördüğümüz olgunun doğasına ve onun anlaşılması açısından en uygun mantığa göre bir konum almayı gösterir⁵⁰. Ona göre sıkıyönetim ve askeri yasa kavramları tarihsel olarak belirleyici olan ve halen varlığını sürdüren savaş haliyle bir bağlantıyı dile

⁴⁹ Hannah Arendt'ın “Şiddet Üzerine” isimli kitabında bu durumu şöyle açıklamıştır: İktidarlar şiddeti hep bir ön koşul olarak sunarlar sanki o olmayınca iktidar yok olacaktı gibidir. Arendt'e göre bu durum yakından incelendiğinde bir kavrayış problemi oluşturabilir fakat mesele kuramla gerçeklik arasındaki uçurumdur, ona göre bu durum devrim fenomeninde tüm çıplaklığıyla ortaya çıkar.

⁵⁰ Agamben, Olağanüstü Hal, s. 11

getirirken, yinede olgunun kendine özgü yapısını tanımlamak için yetersiz kalmaktadır ve bu yüzden kendileri de yanıltıcı olan siyasal ya da kurmaca nitelendirmelerini gerekli kılmaktadır. Yazara göre Ohal özel bir hukuk değildir, hukuk düzeninin kendisinin askıya alınması olarak, hukukun eşiğini ya da sınır kavramını belirler. Agamben'e göre Ohal'de önemli olan nokta "yetki" meselesidir. Ona göre Ohal'i nitelendirmek için kullanılan tam yetki ifadesi, hükümet yetkilerinin kapsamını genişletilmesine ve özel olarak yürütmeye yasa hükmünde kararname çıkarma yetkisinin verilmesine gönderme yapmaktadır. Söz konusu ifade modern kamu hukuku terminolojisinin gerçek laboratuvarında kilise yasası kavramından türer⁵¹.

Agamben Ohal'in bir boşluk hali olduğunu vurgular ve ona göre gücün başlangıçtaki ayrışmamışlığı ve bütünlüğü fikri, doğa durumu fikrine benzer şekilde hukuki bir mit olarak görülmelidir. Her durumda tam yetki terimi, Ohal sırasında yürütme erkinin olası eylem biçimlerinden birini tanımlar, ama Ohal ile örtüşmez.

Terminolojik olarak Ohal'i bir referansa bağlamayan Agamben burada konuyu istisna haline getirir, Ona göre istisna hali üyesi olduğu bütün tarafından içlenmeyen ve zaten her zaman içinde olduğu bütünü üyesi olamayan şeydir. Ona göre istisna hali hukuku ve siyaseti en baştan beri koşullayan kalıcı bir meseleyi ifade eder. İstisna halinin kalıcılığı önemli ölçüde hukukun tözüyle ilgilidir⁵². Bu son anlamda hukuk dile benzer. Yani söylemsel olmayanı, bağlam içinde bulunmayı da içinde barındırır. Ona göre dil ve hukuk birer soyutlama durumudur. Soyutlama ise gerçeklikten kopuş ve bu bağlamda somut uygulamaların askıya alınmasıyla mümkün olur⁵³. Bu sınırsal figürün karşımıza çıkardığı şey, üyelik ile içlenmeyi, dışarıdaki ile içeridekini, istisna ile kuralı birbirinden kesin biçimde ayırma yolundaki bütün girişimlerin karşılığı radikal krizdir. Bu radikal krizin yanında, istisna hali hem egemenin meşru varlığını hem

⁵¹ Agamben, Olağanüstü Hal, s. 13

⁵² Armağan Öztürk, Kutsal İnsanın Siyasal Açılımları Ya Da Yasa, Yasak ve İstisna Hali Üzerine Tartışmalar, <https://dub117.mail.com/Handlers/Imageproxy.mvc?bicild=BHAM3KJ>, s.6, 19.12.2013

⁵³ Öztürk, s. 7.

de yürürlükteki hukuku tehlikeye düşüren bir paradoksa da göndermede bulunur. Agamben istisna halinde egemenin aynı anda hukuksal mekanizmanın hem dışında hem de içine olduğunu söyler. Egemenin aynı anda hem hukukun içinde hem de dışında yer almasını sağlayan meşru konumun, yasal dayanağını oluşturan kaynağın, gücünü nereden aldığını gösteren paradoksu açıklamak gerekmektedir. Agamben'e göre bu durum kararı, dışarı ile içeri, dışlama ile içerme, arasındaki belirsizlik eşiğini belirler. Başka bir deyişle egemenin kararı, kararlaştırılmayanın konumlandırılmasıdır⁵⁴. Bu noktada Agamben'e göre ilahi şiddetin, yani yasayı koyan ve koruyan şiddet döngüsünü kıracak, yasanın tamamen dışarısındaki bir şiddetten bahsettiği için Benjamin, kendi meşruiyetini dışarıdaki bir noktadan sarsan, sarsabilecek bir şiddeti, tekrar yasal bir çerçeveye oturtmanın, onu yasanın bağlamı içerisine almanın bir yolu olarak da Schmitt Ohal'i ortaya atmış ve tartışmıştır. Agamben'in bu teorik tartışmadaki yeri başından beri, kamu hukuku ile siyasal olgu arasındaki ve hukuk düzeni ile yaşam arasındaki bu ara bölgeyi irdelemek tartışmaya açmaktır.

Sonuç olarak teorideki Ohal tartışması üzerinde ittifak edilecek bir düzeye gelememiştir. Bunun en önemli nedeni hukuk-siyaset ikileminde kalan Ohal kavramının farklı düşünce ekolleri tarafından farklı uç noktalarda tartışılmasıdır. Ortaçağ dönemi düşünürlerinin konuya zaruret hali açısından yaklaşımları, Schmitt'in Egemen üzerinden karar kavramını öne çıkarması, Benjamin'in şiddet eleştirisiyle Ohal'i bir gelenek olarak göstermesi ve Agamben'in Biyopolitika üzerinden konuyu ele alması gösteriyor ki Ohal tarihte ve gelecekte sürekli hukuki itilafların konusu olamaya devam edecektir.

Ohal ile ilgili buraya kadar yazılan kavramsal tartışmalar, konunun hukuk ve siyaset penceresinden nasıl algılandığını göstermek açısından önemlidir. Bundan sonra pratikte Ohal'in nasıl etkiler ve sonuçlar doğurduğunu anlamak açısından Ohal'in tarihteki uygulama sürecini, günümüzde ki Ohal modellerini ve son olarak da Türk Hukukundaki Ohal düzenlemelerini insan hakları ihlalleri bağlamından inceleyeceğiz.

⁵⁴ Feysel Taşçılar, Hukukun Siyasal Kaynağı Olarak Egemenliğin İki Yüzü, Dicle Üniversitesi Felsefe Bölümü, s.52.

III. Uygulamada Ohal

Ohal uygulaması Roma Cumhuriyet döneminden başlayarak, ortaçağdan Fransız devrimine kadar oradan da Birinci dünya savaşı ve günümüze kadar uzanan tarihi bir süreç halinde ele alınacaktır. Bu süreç içerisinde uygulanma biçimlerinde farklılıklar görünse de temelde benzer sonuçlarla karşımıza çıkmaktadır. İnsan topluluklarının bir arada yaşadığı ve belirli bir hukuk düzeninin olduğu her yerde iktidar ve güç dengelerini ellerinde bulunduranlar devletlerin geleceğiyle alakalı konularda her zaman belirleyici faktörler olmuşlardır. Ohal gibi sınırı aşan yetkilerin kullanıldığı düzenlerde de iktidar ve güç kavramları devlet yönetiminde kendisini çok net bir şekilde ortaya koymuştur. Dolayısıyla geçmişi çok eski dönemlere kadar uzanan Ohal uygulaması Roma Cumhuriyet döneminden itibaren birçok dönemde farklı biçimlerde uygulanmıştır.

A- Tarihte Ohal

1. Roma Cumhuriyeti ve Ortaçağ Dönemi

Günümüzdeki Ohal uygulamalarının temellerinin de dayandırılabilceği Roma Cumhuriyet döneminin devlet yapısını kısaca incelersek şöyle başlamak uygun olur: Roma'da, konsüller ve senato imparatorluğun yönetiminde önemli bir yer tutuyordu. Ülkeyi en üst düzeyde yürütme gücünü elinde tutan ve ordulara kumanda eden iki konsül yönetiyordu. Bu yetkilerin bazılarını konsüllerle paylaşan ve konsüllerin altında yer alan idari memurlarda vardı. Konsüller bir yıllığına seçiliyordu ve tamamen birbirlerinden bağımsız çalışıyorlardı. Aynı zamanda bu konsüller arasında yetki paylaşımı da yoktu ve her iki konsülde aynı yetkilerle donatılmıştı. İki konsül arasındaki anlaşmazlıklar danışma organı görevi

yapan senato tarafından çözülyordu. Bununla birlikte sayıca çok fazla olan senatoda kendi arasına da birimlere ayrılıyordu, kendi aralarında halk meclislerine ayrılan bu birimlerinde önemli yetkileri vardı. Bu yetkilerden en önemli olanı, konsüllerin ve senatonun kararlarını veto edebiliyor olmalarıydı. Roma'daki devlet yönetiminin bu kadar farklı birimleri etkin bir şekilde karar organlarının içine dâhil etmesi yönetimde bir karmaşıklığa ve daha da ötesinde kriz dönemlerinde kararların yavaş alınmasına sebep oluyordu. Roma'da Ohal siyasi karışıklık, ayaklanma, savaş ve iç savaş nedenlerinden birine dayanıyordu. "Tumultus" olarak adlandırılan Ohal "*Senatus Consultum Ultimum*" adı verilen bir senato kararıyla ilan ediliyordu⁵⁵. Bu kararla birlikte devleti içinde bulunduğu durumdan kurtarmak için bir diktatör atanıyordu. Bu diktatör vatandaşların haklarını askıya alma, orduyu ve diğer silahlı güçleri yönetme gibi birçok yetkiye sahipti. En fazla altı ay süreyle göreve getirilen bu diktatörlere yargı yolu kapalıydı⁵⁶. Olağanüstü durum altı aydan önce ortadan kalkarsa diktatörün görevi de altı ayın dolması beklenmeden sona eriyordu. Fakat Roma'da diktatörlük müessesesi zamanla mutlak bir niteliğe bürünmüştür. İlk olarak İÖ. 82'de Sullan'ın toprakların genişlemesini ve İtalya dışındaki krizlerle baş edilemeyeceği ileri sürerek süre sınırı gözetmeden kendisini diktatör ilan etmiştir. Aynı şekilde İÖ. 44'de Sezar da kendisini ömür boyu diktatör ilan etmiştir⁵⁷.

Ortaçağa gelindiğinde Ohal daha çok istisna hali üzerinden değerlendirilmiştir. Ortaçağın önemli düşünürlerinden Gratianus'un 12. yüzyılda yazdığı "Decretum" adlı eserinde istisna hali zaruret halini kavramına dayandırılmış ve yazar "zaruret yasa tanımaz" ilkesini formüle etmiştir. Gratianus bu eserde bir şey zaruret nedeniyle yapılırsa bu yapılan şey yasaya uygun olur. Yasaya uygun olmayanı zaruret yasal hale getirir⁵⁸. Yine 1224-1274 yılları arasında yaşayan ünlü Hristiyan filozof Aquinali St. Thomas'a göre her yasanın amacı insanların ortak mutluluğudur ve dolayısıyla yasanın gücü ve doğası bundan kaynaklanır. Yazara

⁵⁵Selin Esen, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi, Adalet Yayınevi, Ankara 2008,s. 10 ve orada dn.21 de anılan Nippel,Wilfried,Policing Rome, s. 26.

⁵⁶ Esen, s. 11.

⁵⁷ Esen, s. 12 ve orada dn.28 de anılan Nicolet,Claude,Dictatorship in Rome,s. 270.

⁵⁸ Agamben, s. 27.

göre yasaya uyma çoğu kez ortak mutluluğa neden olur ancak bazı durumlarda zararlıdır. Kanun koyucular her bir özgül durumu öngöremediğinden dikkatini kamunun selametine yönelterek, yasayı en sık olan durumlara göre biçimlendirir. Eğer kanunlara uymanın kamunun selametine zarar vereceği bir durum ortaya çıkarsa o zaman yasaya uyulmamalıdır⁵⁹.

Roma sonrası oluşan feodal toplum yapılarında tabir yerindeyse sürekli bir Ohal durumu vardı. Şiddet, toplum ve zihniyet yapısının derinliklerine kadar kök salmıştı. Ekonomide de şiddet vardı ticaretin çok nadir ve güç koşullarda yapıldığı bir dönemde, zengin olmak için, yağma ve baskıdan daha güvenli bir yol yoktu⁶⁰. Bu toplumlarda uzun vadede yapılan haksız uygulamalar gasp ve yağmayı meşru hale getiriyordu. Örf hukuku ilkesi ve ardından da birey veya farklı gurupların kendi başına adaleti sağlama girişimi hukukta var olan şiddetin açık bir göstergesidir⁶¹.

Bu düşünce anlayışıyla birlikte ortaçağda görülen din savaşları bunun yanı sıra ticaretin gelişmesiyle sermayenin artması ve iktisadi meselelerin önemli noktalara gelmesi devletlerin kontrol mekanizmalarını zorlaştırmıştır. Oluşan bu durumda güçler ayrılığı ilkesinin kırılarak devlet yönetiminde daha baskın ve otoriter yapıların oluşmasına neden olmuştur. Özellikle XVI. Yüzyılın sonlarına doğru ve XVII. Yüzyıl boyunca gerek iç savaş gerek genel savaş durumlarının sık sık tekrar etmesi ve buna paralel olarak ta olağanüstü durumların meydana gelmesi kaçınılmaz olmuştur. Bu dönemde askeri ve idari olarak prenlere bağlı olan yönetimlerde Ohal'e karar verme yetkisi, bir başka deyişle ortaçağ düşünürlerinin üzerinde durduğu istisnai durumları belirleme yetkisi prenlere aitti. Prenler Roma dönemine benzer bir şekilde olağanüstü durumlarda bir kişiyi komiser olarak atıyordu. Komiserlik makamı ordu için yiyecek, giyecek ve diğer gereksinimlere el koyma, pazarları teftiş etme, görüşmeleri yürütme gibi geniş yetkilere sahipti⁶². Fakat bazı komiserlerin bunlardan ayrı olarak ayaklanmaları

⁵⁹ St Thomas, http://www.ccel.org/a/aquinas/summa/FS/FS096.html*FSQ96A6THEP1.

⁶⁰ Marc Bloch, Feodal Toplum, İslık Yayınları, İstanbul 2014, s. 615.

⁶¹ Bloch, s. 616.

⁶² Esen, s. 13. ve orada dn. 31'de anılan Friedrich, Carl J., Constitutional Government and Democracy, s. 572-573.

bastırmak ve prensin otoritesini tekrar tesis etmek gibi belirli bir amaca hizmet eden görevleri vardı. Bu bilgiden anlaşılacağı üzere bu dönemde de olağanüstü durumlarda gözetilen sadece ülkenin genel anlamda huzuru ve selameti değil siyasi otoritenin istikbali ve devamlılığıdır.

2. Birinci Dünya Savaşı ve Sonrası Dönem

Modern hukuk sistemlerine doğru gidildikçe Ohal kavramı kanunlarda farklı biçimlerde ifade edilmeye çalışılmıştır fakat uygulama biçimleri genellikle benzer şekillerde olmuş ve benzer sonuçlar doğurmuştur. Birinci Dünya savaşı öncesi Fransız devriminin etkisinin yoğun olarak yaşandığı yıllarda Ohal daha çok sıkıyönetim biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Daha doğrusu Ohal'in ilanıyla birlikte bir sıkıyönetim ilan edilmektedir. İlk olarak Fransa'da kurucu meclisin 8 Temmuz 1791 tarihli kararıyla ve bir kanunla yürürlüğe giren Ohal 24 Aralık 1811 yılında Napolyon'un kararıyla değişikliğe uğrayarak sıkıyönetim halini almıştır⁶³. Ohal ile ilgili düzenlemeler daha sonra III. Napolyon'un Ocak 1852 anayasasında sıkıyönetim ilan etme yetkisi tamamen devlet başkanına devredilmiştir. Fransa-Prusya savaşı sırasında Ohal en geniş şekilde kendisini göstermiş ve tam kırk ilde Ohal ilan edilmiştir. Bu durum 1876 yılına kadar sürmüştür⁶⁴. 1876 yılında MacMahon'un başarısız darbe girişiminden sonra bir yasa değişikliği yapılmıştır. Buna göre; bir dış savaş, silahlı ya da silahsız bir ayaklanma gibi yakın tehlike durumunda, Ohal yalnızca bir yasayla ya da meclisin toplanması mümkünse meclisi iki gün içinde toplanmaya çağırma zorunluluğuyla devlet başkanı tarafından ilan edilebilir (4 Nisan 1878 yasası, 1. madde)⁶⁵.

Birinci Dünya Savaşıyla başlayan devamında İkinci Dünya Savaşı ve sonrası döneme kadar devam eden yenedünya düzeninin şekillenmesi sürecinde önemli rol oynayan Ohal uygulaması batılı demokrasilerin (Almanya, İngiltere, Fransa, İtalya, İsviçre, İspanya bunlara ek olarak da Amerika Birleşik Devletleri) hemen hepsinde yoğun olarak uygulanmıştır. Kanunlardaki ifade ediliş şekilleri

⁶³ Çalışma boyunca sıkıyönetim konusu Ohal'in bir kolu olarak değerlendirilmiştir.

⁶⁴ Agamben, s. 21.

⁶⁵ Agamben, s. 21.

itibariyle farklılık gösterse de uygulamada benzer nitelikler taşımışlardır. Savaşın yoğun olarak yaşandığı bu dönemlerde iktidarı elinde bulunduran egemen anlayış, devleti koruma ve muhafaza etme adı altında birçok yetkiyi elinde toplama olanağı bulmuştur. Acil durum kararnameleri adıyla çıkarılan kanunlar uzun yıllar yürürlükte kalmış hatta birçoğu “acil durum” kalktıktan sonra dahi devam etmiştir. Bu yasaların çoğu daha sonra kemikleşmiş bir yapıyla günümüze kadar uzanmıştır. Ohal uygulaması bu dönemlerde yasamanın yürütmeye teslim edildikleri ve parlamentoların görevlerini uzun yıllar yapamadıkları zamanlar olmuştur.

Bu dönemin Avrupa’sı kısaca incelendiğinde sıkıyönetim uygulamalarıyla Fransa başı çekmektedir. 2 Ağustos 1914’te Fransa Cumhurbaşkanı Poincare, bütün ülkenin sıkıyönetim içinde olduğunu bildiren bir karar çıkarmıştır. Bu karar iki gün sonra yasaya dönüşmüş ve bu sıkıyönetim 12 Ekim 1919’a kadar yürürlükte kalmıştır. Askıya alınan Fransız parlamentosu altı ay boyunca görevini yapamamıştır. Daha sonra siyasi baskılarla parlamento faaliyete geçse de çalışmaların çoğu yasama yetkilerinin yürütmeye devrinden ibaret olmuştur.

Ohal uygulamasının etkisi Fransa’da ikinci dünya savaşının sonuna kadar devam etmiştir. En son 11 Temmuz 1940 tarihli anayasa maddesi devlet başkanına Alman ordusunun işgal ettiği bütün ulus toprağı üzerinde Ohal ilan etme yetkisi vermiştir⁶⁶. Bu anlayış savaş sona erip düşmanlıklar bittikten sonrada devam etmiştir, örneğin Nisan 1961 Cezayir krizi sırasında güçlerinin işleyişi kesintiye uğramamasına rağmen sıkıyönetim ilan edilmiştir. Bu örnek Ohal kanunlarında yer alan güvenlik paradigmasının ne kadar genelleştirildiğinin bir göstergesidir.

Savaş yıllarında Almanya’da da durum Fransa’dan farklı olmamıştır. 1871-1919 yılları arasında yürürlükte olan Bismarck Anayasası’nın 68. maddesine göre: “Reich toprağında kamu güvenliğinin tehdit edilmesi durumunda, imparator ülkenin bir bölümünün savaş halinde olduğunu ilan edebilirdi”. Reich başkanı gerekirse silahlı kuvvetlerin yardımıyla güvenliğin ve kamu düzeninin yeniden

⁶⁶ Agamben, s. 23.

tesisi için gerekli önlemleri alabilirdi⁶⁷. Bu yasa deyim yerindeyse sebep ne olursa her durumda imparatora Ohal ilan etme yetkisi vermiştir. 1919 yılında yürürlüğe giren Weimar Anayasası ise Bismarck Anayasasından farklı olarak çok geniş yetkilerle donatılmıştır. Carl Schmitt'in Siyasi İlahiyat adlı eserinde ki ifadesiyle: Yeryüzünde hiçbir anayasa Weimar anayasası kadar kolaylıkla bir hükümet darbesini yasalaştırmamıştır⁶⁸. Weimar Anayasası'nın 48. maddesine dayandırılarak 1925-1929 yılları arasında Almanya'da 250'den fazla Ohal ilan edilmiş bir o kadarda acil durum kararnamesi çıkartılmıştır. Ayrıca söz konusu maddeye dayanılarak binlerce komünist militan hapse atılıp ölüm cezasına çaptırılmıştır. Giorgio Agamben'e göre Ohal'in Almanya için hatta dünya için farklı bir anlamı vardır; eğer ülke yaklaşık üç yıl boyunca başkanlık diktatörlüğü altında bulunmasaydı ve parlamento işlevini sürdürseydi, Hitler büyük bir olasılıkla iktidarı ele geçiremeyecekti.

Ohal'in acil durum kararnemeleriyle kendisini sık sık göstermesi savaş yıllarında İtalya'da da kendini göstermiştir. Agamben'in deyişiyle İtalya bu dönemde gerçek bir hukuk-siyaset laboratuvarı işlevi görmüştür; söz konusu laboratuvar da yasa hükmündeki kararnemeler normatif üretimin istisnai ve olağanüstü bir aracı iken hukukun olağan bir üretim kaynağı haline gelmiştir. Bu durum aynı zamanda çoğunlukla hükümetleri istikrarsız olan bir devletin, demokrasinin parlamenter yapıdan yürütmeye dayalı yapıya dönüşmesini sağlayan temel paradigmalardan birini geliştirdiği anlamına da gelmektedir. İtalya'daki faşist rejim 1926 yılında KHK'lar konusunu açıkça düzenleyen bir yasa çıkarmıştır. Yasanın 3.maddesinde, bakanlar kurulunda müzakere edilmesi koşuluyla krallık kararnamesi yoluyla şu durumlarda KHK'lar çıkarılabileceği belirtilmiştir:

- 1) Bir kanun verilen yetkinin sınırları içinde hükümeti buna yetkili kıldığında.
- 2) Acil durum ve mutlak zorunluluk gerekçelerinin bunu gerekli kıldığı Ohal'lerde.

⁶⁷ Agamben, s. 24.

⁶⁸ Agamben, s. 24.

Buradaki acil durum ve zorunluluk hakkındaki hüküm parlamentonun siyasi denetimi dışında başka bir denetime tabi değildir. İkinci fıkrada öngörülen kararnamelerin yasaya dönüşebilmesi için parlamentonun onayı gerekiyordu fakat meclislerin her türlü özgürlüğü faşist rejim uygulamalarıyla kısıtlandığı için bu durum önemini yitirmiştir. Bu yetkilerin kapsamını 1939 yılında sınırlama yoluna gidilmiştir fakat olağanüstü durumlarda bu sınırlamaya hiçbir zaman uyulmamıştır.

Birinci Dünya savaşı yıllarında birçok batılı hukuk düzeninde olduğu gibi İngiltere de sıkıyönetim adı altında Ohal'i genelleştiren bir tutum izlemiştir. Savaşın ilanından hemen sonra hükümet parlamentodan bazı acil durum kararnamelerini onaylamasını istemiştir ve bu kararlar tartışılmaksızın onaylanmıştır. Bu yasalardan en önemlisi DORA olarak bilinen 4 Ağustos 1914 tarihli "Defence of Realm Act" yasasıdır. Bu yasa hükümete hem ülke ekonomisini düzenlemek için sınırsız yetkiler vermiş hem de vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini geniş manada kısıtlamıştır. Özellikle olağan dışı durumlarda askeri mahkemelerin sivilleri yargılama yetkisi toplumda gerginliğe ve toplu grevlere neden olmuştur. Söz konusu yetkiler kendilerini fiilen silahlı olayların içinde bulan siviller için doğal olarak ciddi sonuçlar doğurmuştur. Bu noktada Carl Schmitt, sıkıyönetimi önceleri sadece askerler için geçerli olan askeri acil yargılamalardan ayırıp, sadece fiili bir yargılama usulü şeklinde kavramaya ve Ohal'e yaklaştırmaya çalışmıştır. Taşdığı isme rağmen savaş hukuku aslında bir hukuk ya da bir yasa değil daha çok belirli bir amacı gerçekleştirme zorunluluğunun yön verdiği bir yargılama usulüdür⁶⁹.

Fransız devrimi ve devamında Birinci Dünya Savaşını kapsayan zaman diliminde Avrupa devletlerinde uygulanan Ohal demokrasinin beşiği olarak gösterilen ABD'de de sıklıkla uygulanmıştır. Amerika'da ise Avrupadaki uygulamalardan farklı olarak Ohal ile ilgili karar verme yetkisi kongre ile başkan arasında bir belirsizlik noktası oluşturmuştur. Anayasanın 1. maddesinde "ayaklanma ya da işgal halinde kamu güvenliği gerektirmedikçe düzenin askıya alınamayacağı öngörülmüştür", bu maddede karar verme yetkisinin kimde olduğu

⁶⁹ Agamben, s. 30 ve orada (Schmitt, 1921, s. 183) olarak anılan bölüm.

belli olmamasına rağmen aynı maddenin başka bir bölümünde; savaş ilan etme, orduyla donanmayı donatma ve koruma yetkisinin kongreye ait olduğu belirtilmiştir. Fakat 2. maddede ise başkanın Amerika Birleşik Devletleri'nin başkumandanı olduğu ifadesi yer almıştır. Dönemin başkanı Lincoln anayasanın bu maddesine dayanarak 1861 yılında çıkan ayaklanmayı bastırmak için 7500 kişilik bir orduyla Ohal yetkisi altında bir diktatör gibi hareket etmiştir. Bu olağanüstü yetkiler neredeyse dönemin bütün Amerika başkanları tarafından genişletilerek kullanılmıştır. Örneğin başkan Wilson, Lincoln'e nazaran daha geniş yetkileri şahsında toplamıştır. Wilson kendisini başkumandan ilan edip özerk hareket etmektense olağanüstü yasalar çıkarıp durumu yazılı hukuka mal etmeyi tercih etmiştir. Bu durum başkan Roosevelt dönemi dâhil 8 Eylül 1939 Pearl Harbour'a kadar devam etmiştir.

Ohal uygulamaları ile ilgili kanunlar genel olarak savaşın yoğun yaşandığı ülkelerde gündeme gelmiştir fakat ilginç bir şekilde savaş içinde olmayan İsviçre'de 3 Ağustos 1914'te Federal Meclis, Federal Konseye İsviçre'nin güvenliğini, bütünlüğünü ve yansızlığını güvence altına almak için sınırsız yetkiler vermiştir. Hatta bu yetkiler savaşta olan ülkelere nazaran daha geniş ve daha belirsiz olmuştur. Görüldüğü gibi Ohal kavramı sadece anti demokratik geleneğin alanında kendini göstermemiştir. Ohal deyim yerindeyse iktidarı elinde bulunduranlar için çelik bir zırh görevi görmüştür. Sanayi devrimiyle başlayan Birinci Dünya Savaşıyla devam eden ve nispeten İkinci Dünya Savaşı'nın sonlanmasıyla durulan yoğun savaş dönemi olağan üstü halin en önemli dayanağı olmuştur. Örnek verilen ülkelerde savaş metaforu hep ön plana çıkmıştır. Elbette savaş durumu olağandışı bir durumdur burada vurgulanmak istenen mesele savaş, isyan, ayaklanma gibi benzer durumlarda iktidarların bu olağandışı durumu nasıl kontrol ettikleri bu durumun değerlendirilmesi ve insan hakları açısından ortaya çıkan hak ihlallerinin gözler önüne serilmesidir. Birçok ülkenin hukukunda Ohal muğlâk ifadelerle yer almış ve genel olarak vaziyetin akışına göre acil durum kararnameleriyle yürütme organı yasamanın görev ve yetkilerini devralmıştır.

B - Günümüzde Ohal

Günümüzde Ohal uygulaması yürütme organlarının elde ettikleri istisnai yetkilerin biçimlerine göre farklılıklar göstermektedir. Yazarların genel olarak üç başlık altında tanımladığı yetki biçimlerini Anayasal Model, Yasama Modeli ve Hukuk Dışı Önlemler modeli olarak tanımlamak mümkündür.

Kaynağını Roma İmparatorluğunun diktatörlük kurumundan alan anayasal modele Neo-Roma modeli ya da Cumhuriyetçi model de denir⁷⁰. Bu modelin savunucusu Rossiter'e göre Ohal ile savaşım için gerekli olan diktatörlük anayasal olabilir. Rossiter Constitutional Dictatorship adlı eserinde anayasal diktatörlüğün faşist diktatörlükten ayıran yönün, anayasal diktatörlüğün geçici ve kendi kendisini ortadan kaldıran bir kurum olması biçiminde tanımlamıştır. Ona göre bu diktatörlüğün varlık nedeni, devletin ya da ulusun karşı karşıya kaldığı ciddi bir bunalımdır. Bu durum ortadan kalktığı anda diktatörlük de ortadan kalkar⁷¹.

Bugün ülkemiz başta olmak üzere 1958 Fransız Anayasası ve Almanya'daki Weimar anayasası buna örnek olarak gösterilebilir. Türkiye'de de Ohal uygulaması Anayasanın 121. ve 122. Maddelerinde yürütme organına sıkıyönetim ve Ohal ilan etme yetkisi vermektedir. Aynı zamanda bu dönemlerde gerekli durumlarda KHK'lar ile düzenlemeler yapabilme yetkisi tanınmıştır. Fransa'daki 1958 Anayasasının 16. maddesine göre Cumhurbaşkanı çıkaracağı kararnameler parlamentonun denetimi dışındadır fakat hükümet Anayasanın 36. maddesine göre Ohal ve sıkıyönetim ilanı için parlamentonun onayını almak zorundadır. Almanya'da uygulanan anayasal model ise kaynağını Weimar anayasasından almaktadır, Ohal ile ilgili yasalar 1949 Bonn yasası ile birlikte 1956 ve 1968 de yapılan değişikliklerle bugünkü halini almıştır. Bu modelde Ohal ilanı için parlamento onayı gerekse de pratikte KHK'lar yoluyla hükümetler geniş yetkiler elde etmektedir.

Diğer bir Ohal uygulama modeli olan Yasama modelinde Ohal'lerde olağan yasalarla özel ve geçici nitelikte yetkiler verilmek yoluyla yürütme organının

⁷⁰ Esen, s. 26.

⁷¹ Esen, s. 27. ve orada dn.79'da anılan Clinton C. Rossiter, Constitutional Dictatorship, s. 8.

yetki alanı genişletilir. Olağanüstü yetkiler hukuk sisteminin olağan işleyişinde istisnai bir nitelik taşımaktadır. ABD ve Birleşik Krallık gibi (common law) ülkelerinde görülen bu uygulamada olağanüstü durum ortadan kalkınca normal hukuki ve siyasi usullere geri dönülür. Dolayısıyla yasayla verilen bu yetkiler geçicidir. Yasama modelinde Ohal yetkileri olağan yasama süreci içinde verildiğinden, parlamento yürütmenin bu yetkileri nasıl kullandığını denetler, kötüye kullanımları araştırır, gereken durumlarda yürütme organının verdiği yetkileri genişletir ve Ohal sona erdiğinde bu yetkileri kaldırır. Yasama modelinin diğer bir özelliği de Ohal'in kabulünde ve buna ilişkin yetkilerin belirlenmesinde temel bir role sahip olmasıdır. Yasama modeli Ohal'lerde hukuk devletinin kanun devletine dönüşmesine karşı çıkmaktadır bu açıdan anayasal modeli eleştirmektedir. Yasama modelinin savunucularından olan David Dyzenhaus'a göre hukuk devleti hakkaniyet, makul olma ve yasa önünde eşitlik gibi ilkelerde dâhil olmak üzere sağlam bir ahlaki ve hukuki değerler dizisini içerir biçimde yorumlanmalıdır⁷². Zaruret hali yasal ya da idari düzenlemeler yapmayı gerektirebilir ancak Ohal hükümetinin hukuk devletinin temel ilkelerine sadık kalması da gerekmektedir. Hükümetin tüm kurumları Ohal'lerde hukukun önemli ahlaki değerlere olan bağlılığını göz önünde bulundurmalı ve bireyin temel çıkarlarına saygı göstermelidir⁷³. Muhafazakâr olarak da nitelendirilen yasama modelinin zafiyet gösterdiği durumlar sıklıkla görülmüştür. Tarihte ABD ve Birleşik Krallıkta terörle mücadele yasalarının sürelerinin sürekli uzaması ve Ohal uygulamasının geçiciliğinin ortadan kalkması bu duruma örnek olarak verilebilir. Başka bir zafiyet ise Ohal ile başa çıkma bahanesiyle anayasal yapı da dâhil olmak üzere yürütme organına hukuki sistemi biçimlendirme olanağı tanınmasıdır.

Son olarak Hukuk Dışı Önlemler modeli olarak kabul edilen uygulamada ise yürütme organının Ohal durumlarında hukuk sisteminin dışına çıkılması meşru görülmüştür. Bu modelin savunucusu Oren Gross'a göre gerekli durumlarda yürütme organı var olan hukuki ilkelerden sapabilir. Böyle bir eylemin uygun olabilmesi için genel çıkarı arttırmanın amaçlanması ve bunun kamuya karşı aleni,

⁷² Esen, s. 29 ve orada dn 88'te anılan David Dyzenhaus, The State of emergency in Legal Theory, s. 89.

⁷³ Esen, s. 30.

samimi ve bütünüyle açık bir biçimde yapılması gerekir⁷⁴. Bu modeldeki anlayışta zaruret halinde başvurulacak hukuk dışı önlemler kamunun genel çıkarı içindir fakat bu kamu görevlilerinin hukukun üstünde olduğunu göstermemektedir ve sorumlulukları da devam etmektedir. Bu modelde yürütme organının hukuka aykırı eylemlerinin onaylanması resmi ya da gayri resmi, yasal ya da anayasal değişiklik anlamına gelebilmektedir fakat bu durumda zaruret hukuka aykırı bir eylemi hukuki yapmaz ancak zaruret hali eylemi yapan aktörü hukuki sorumluluktan bağımsız tutabilir. Hukuk Dışı Önlemler modelinde ulusal boyutta aşırı şiddet ve tehditle karşılaşıldığında hukuk düzeninin dışına çıkılmasının daha uygun olabileceği vurgulanmıştır çünkü olağandışı durumlar hükümetin buna istisnai nitelikte karşılık vermesini gerekli kılmaktadır.

Günümüzde geçerli olan bu üç model Ohal ile ilgili bir gerçeği ortaya koymaktadır oda hangi model olursa olsun Ohal'in gerçek manada siyasi ve hukuki bir denetime tabi tutulmasının zor olduğudur. Yürütme organının yetkileri kötüye kullanma ihtimali her zaman en ciddi sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Gücü elinde bulunduran yürütme organı her halükarda kanun hükmünde kararnamele, siyasi baskılarla hukuki sistemi etkileme şansına sahiptir. Dolayısıyla bu süreçlerde gri alanların oluşması, hukukun dışına çıkılması ve insan haklarının zedelenmesi her zaman olasıdır. Uygulamalar incelendiğinde bu durum açıkça ortaya çıkmaktadır. Bunun en çarpıcı örneği Ohal'in bir kolu olan sıkıyönetim uygulamasının Türkiye'de 1980 darbesi sonunda oluşturduğu anayasanın halen birçok maddesiyle yürürlükte olmasıdır.

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ohal

Çalışmanın devamında Türk Hukukundaki Ohal uygulamaları inceleneceği için ve çalışmada genel olarak batılı hukuk sistemleri üzerinde durulduğu için AİHS'nin günümüzdeki Ohal standartları büyük önem taşımaktadır. AİHS, sözleşmeye taraf devletlere Ohal ile ilgili çeşitli yükümlülükler getirmektedir. AİHS'nin 1. Maddesine göre, sözleşmeye taraf devletler sözleşmede belirlenen

⁷⁴ Esen ,s. 31 ve orada dn.94'te anılan Gross, Oren,,Chaos and Rules, s.137-142.

hakları ve özgürlükleri, kendi yargı yetki alanında bulunan herkes için sağlamak ve güvenceye bağlamak yükümlülüğü altındadır. AİHS'nin 57. Maddesi, Avrupa Konseyi Genel Sekreterinin istemi üzerine, Taraf Devletlere, iç hukuklarında Sözleşme hükümlerinin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlama yoluna ilişkin bir açıklamada bulunma yükümlülüğü getirmektedir. Sözleşmenin oluşturduğu güvence sistemi ile Sözleşmeye aykırı tasarrufları konusunda Sözleşme'ye taraf devletler denetlenebilmektedir. (AİHS'nin 52. ve 53. Maddesi, Sözleşme ile oluşturulan organlardan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, sözleşmeye taraf devletler için bağlayıcı ve kesin olduğu öngörülmektedir.)

Ohal durumlarında özgürlüklerin olağan dönemlere göre daha sıkı sınırlamalar ve şartlara bağlanması olağanüstü rejimin bir gereğidir. Ancak olağanüstü rejimim hukuksallığı da bir takım temel ilkelerin varlığına bağlıdır. Olağanüstü rejimler ile diktatörlük düzenleri arasındaki sınırı belirlemek önemlidir çünkü olağanüstü rejim dönemlerinde bile uyulması gereken ilkeler ve şartlar oluşturmaktadır⁷⁵. Bu önemli bir ayrıntıdır zira günümüze kadar geçen süreçte incelenen Ohal örneklerinde genellikle iktidarların yasa gücüyle bir diktatörlük yönetimine dönüştüğüne şahit olmaktayız. Yani olağan zamanlarla olağandışı zamanlar arasında çoğu zaman bir fark olmamaktadır. Gücü elinde bulunduran baş istediği zaman olağan durumlarda dahi Temel İnsan Haklarına aykırı sınırlamalar getirebilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Ohal durumları da düzenlenmiştir. Olağanüstü durumlarla karşılaşan taraf devletlere AİHS ve bu Sözleşme ile yaratılan sisteme ters düşmeden hak ve özgürlükleri sınırlama yönünde önlemlere başvurabilme olanağı yaratılmıştır. Anayasalarda, Ohal'lerde hak ve özgürlüklere yönelik farklı isimlerle adlandırılan "askıya alma" AİHS'nin 15/1. Maddesinde "sözleşmeye göre aykırı önlemler alabilme" şeklinde ifade edilmiştir⁷⁶. AİHS, Ohal ilan edilebilecek halleri ve koşulları sözleşmenin 15. Maddesinde belirtilmiştir. Bu maddeye göre Ohal uygulamasına gidilebilmesi için savaş hali olmalı veya ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike ölçüsüne

⁷⁵ Bülent Daver, *Fevkalede Hal Rejimleri*, A.Ü.S.B.F Yay, 130, Ankara 1961, s. 2

⁷⁶ Sevtap Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Ohal Rejimine Etkisi*, Beta Yayınları, İstanbul 1996, s. 28 ve orada dn. 46 da anılan Akıllıoğlu, Tekin, *Temel Hakların Durdurulması*, Ankara 1988, s. 54-68

varan büyüklükte bir tehlikeli halle karşılaşmış olunmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun ve Mahkemesinin kararlarına göre, Ohal ilanının meşru sayılabilmesi için tehlike, mevcut veya pek yakın olmalı ve sonuçları bütün ulusu etkileyecek nitelikte olmalıdır. Ohal ilanının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi mekanizması içinde meşru sayılabilmesi için tehlikenin gerçekten ulusun bütünlüğünü etkileyecek ve yakın nitelikte olması gerekmektedir⁷⁷.

AİHS'nin 15/1. maddesinde belirlenen iki ölçüt ulusun yaşamını tehdit eden kamusal tehlike ve durumun gerekleri ile sınırlılıktır. Ulusun yaşamını tehdit eden kamusal tehlikenin yaşanmakta olması ya da çok yakın olması gerekmektedir. Tehlikenin yaşama yönelik olması ise, küçük çaplı bir iç huzursuzluk ya da iç çatışma ve benzeri gibi sorunlardan çok daha önemli ve ağır olması anlamına gelir⁷⁸. Ohal için savaş hali ve kamusal tehlikenin varlığı şarttır, bununla birlikte Ohal'lerde kullanılacak yetkilerin ölçülü olması, işkence, insanlık dışı aşağılayıcı davranışları içeren dokunulmaz haklar AİHS'nin istediği ve taraf devletlerin yerine getirmekle mükellef oldukları şartlardır. Uluslar arası hukuktan doğan yükümlülükler çerçevesinde AİHS'nin 15. maddesinde belirtilen durumda Sözleşmeye taraf devletin AİHS dışında bağlı bulunduğu herhangi bir uluslar arası insan hakları sözleşmesi, insan hakları için daha koruyucu hükümler getiriyorsa, bu hükümlere uyulması zorunludur. Kısacası 15. maddedeki "uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülükler" ifadesi geniş bir şekilde formüle edildiği zaman uluslar arası örf-adet hukukunu ve hukukun genel ilkelerini de kapsar.

AİHS, Ohal ilanından sonra da bu rejime ilişkin kriterler belirlemiştir. Bu kriterlerden en önemlileri Ohal'lerde uygulamaların geçici ve istisna olmasıdır. Bu esas aynı zamanda Ohal nedeniyle alınan önlemlerin meşruluğunun bir göstergesidir⁷⁹.

AİHS'nin esasa ilişkin kriterlerini daha detaylı incelersek bunlardan en önemlisi, ulusun yaşamını tehdit eden genel bir kamusal tehlikenin oluşup oluşmadığıdır. Bu tehlike istisnai bir durum ifade etmeli, gerçek ve mevcut ya da

⁷⁷ Yokuş, s. 29

⁷⁸ M. Semih Gemalmaz, Olağanüstü Rejimin Ulusal üstü Ölçütleri Bağlamında De Facto-De Jure Ayrımı, Mülkiyetler Birliği Vakfı Yay. 9, Ankara 1990 s. 224.

⁷⁹ Yokuş, s. 47.

yakın bir tehlike olmalıdır, bir bütün olarak örgütlü toplum yaşamına yönelik olmalıdır, devletin egemenlik alanının tamamında ya da bir bölümündeki tüm nüfusu etkilemelidir ve tehlike, ulusal üstü insan hakları belgelerinde tanınmış hakların güvence altına alınması ve korunması için zorunlu bulunan organların varlığına ya da onların işlevsizleştirilmesine yönelik olmalıdır⁸⁰. AİHK ve AİHM olağanüstü rejime yönelik kararlarında öncelikle ulusun yaşamını tehdit eden genel bir tehlike koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırmasını yapmışlardır⁸¹. Çünkü bu koşul, olağanüstü rejimin uygulanması olanağını yaratan AİHS'nin 15. Maddesinde bu maddenin uygulanması bakımından gösterilen öncelikli koşuldur. Komisyona göre, bir hükümetin 15. Madde çerçevesinde, kendi ülkesinde Ohal çıkıp çıkmadığını belirleme konusunda değerlendirme yapmaya öncelikle yetkilidir. Ancak komisyonda, hükümetin bu belirlemesinin Sözleşme çerçevesinde olup olmadığını değerlendirme konusunda yetkilidir⁸².

Başka bir kriter olağanüstü rejim uygulamasında alınan önlemlerin durumun gerekleriyle ölçülü olmasıdır. Orantılılık ya da biraz daha geniş anlamıyla ölçülülük kriteri bağlamında aranan ve sorgulanan temel öge, bu verilere göre “amaç-araç” dengesi ve sınırlama ile amaçlanan kamu yararını güvence altına almaya elverişlilik olmaktadır⁸³. Orantılılık ve ölçülülük ilkesi, kaçınılmazlıkla “amacın niteliği” problemini öne çıkarmaktadır. Burada aranacak nitelik “amacın” kimliksiz, nötr olması değil ve fakat mutlaka “meşru” olmasıdır. Bu meşruluk, insan haklarının kayıtlanmasından beklenen kamu yararının, sınırlamaya konu olan özel yarardan daha önemli olması, onu öngelmesi koşulu ile belirlidir⁸⁴. AİHM'nin konuyla alakalı birçok kararında bu duruma atıfta bulunulmuştur.

⁸⁰ M. Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları*, 2. Baskı, İstanbul 1994, s. 29.

⁸¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 01.07.1961 tarihli 332/57 dosya numaralı *Lawless Davası* ile ilgili kararında, Sözleşmenin 15. Maddesinin “ulusun yaşamını tehdit eden diğer Ohal” ifadesinin doğal anlamının oldukça açık olduğunu ifade etmiştir. Buna göre tüm toplumun yaşamını etkileyen ve devleti oluşturan toplumun örgütlenmiş yaşamını tehdit eden olağanüstü durum veya istisnai bir krizi ifade etmektedir. Sonuç olarak Mahkeme, Ohal kavramına ilişkin, “Ohal'in tüm nüfusun yaşamını etkilemesi ve bu tehdidin toplumun organize yaşamına yönelik oluşunun devam etmesi gerekliliği” tanımını yerleştirmeye çalışmaktadır.

⁸² Yokuş, s. 50

⁸³ Gemalmaz, *Olağanüstü Rejim Standartları*, s. 36.

⁸⁴ Gemalmaz, *Olağanüstü Rejim Standartları*, s. 37

Sözleşmeye taraf devletlerin kurumlarının, yetkilerinin sınırsız olmadığı kriz döneminin getirdiği gerçek ihtiyaç ölçüsünün aşılmış aşılmadığı bakımından komisyon ve mahkemenin denetimi altındadır⁸⁵.

AİHS'nin esasa ilişkin kriterlerinin yanında usule ilişkin kriterleri de vardır. Bunlardan biri Ohal'de bildirim yükümlülüğüdür. Sözleşmenin 15. Maddesinin 3. Fıkrası; Sözleşmeye taraf bir devlet tarafından Sözleşmeye göre üstlendiği yükümlülüklerine aykırı önlemler alırken, aldığı önlemler ve bu önlemlerin gerekçeleri, başlangıç ve sona eriş tarihleri hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreterine tam bilgi verilmesini öngörmektedir. Bu durum devletin yürürlüğe koyduğu olağanüstü rejimin, ulusal üstü düzlemde, yargısal, yarı-yargısal ve siyasal gözetim ve denetime açık ve bağlı biçimde yürütülmesini sağlamaktır⁸⁶. Öte yandan, insan haklarının tanınmasını, korunmasını ve uygulanmasını gözetmek, ulusal pratikleri denetlemek ve böylece, bunların ulusal üstü insan hakları standartlarına uygunluğunu etmekle yetkili ve görevli bulunan ve esasen kurumsallaştırılmalarının temel nedeni ve amacı da bu olan ulusal üstü insan hakları organları bakımından ise, ulusal yönetimlerin yapacağı kriz önlemleri, insan hakları birimlerinin amaçları doğrultusunda işlevlerini yerine getirebilmelerinin bir koşuludur. Başka deyişle, bildirim usulü, aslında, insan hakları belgesinin işletilmesinin bir yoludur⁸⁷.

Günümüzdeki Ohal uygulamalarının AİHS ile bağlantılı başka bir yönü ise olağanüstü durumlarda ilgili ülkede yaşayan insanların, Yaşam Hakkı, İşkenceye

⁸⁵ “Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Handyside Vakası hükmünde şu değerlendirmeleri yapmıştır. “Çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük olmaksızın bir demokratik toplum olamaz. Bunun anlamı, diğer şeylerin yanı sıra, bu düzende uygulanacak her türlü formalite, koşul, kayıtlama ya da cezanın mutlaka izlenecek meşru amaç ile orantılı bulunmasıdır” (Karar, parag: 49), Strasbourg Mahkemesi, Belçika Dil vakasında da orantılılık ölçütünü meşru amaç ile bütünleştirmiştir. Buna göre uygulanan yöntemlerle gerçekleştirmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin bulunmadığı açıkça ortada ise (md. 14) ihlal edilmiş demektir. Mahkeme aynı görüşünü, Engel vd. v. Hollanda vakası hükmünde de teyit etmiştir. (Karar parag: 72). Kriz hukuku eksenli bir uyuşmazlık olan De Becker v. Belçika vakasında ise, Komisyon, AİHS (md. 17)'deki “amacı aşan sınırlama yasağı” hükmünü değerlendirirken, bunun sınırlı bir uygulama olanağı verdiğini şöyle netleştirmiştir: “Bu madde sadece, demokratik sistemi tehdit eden kişiler hakkında ve (md. 18)'de teyit edildiği üzere, bu tür bir tehlikenin ciddiyeti ve süresi ile kesin biçimde orantılı kapsamda uygulanır”. Böylelikle Komisyon “orantılılık” ölçütünü, tehlikenin “ciddiliği” ve “süresi” ile sınırlamanın “ kapsamı “ denklemine ilişkilendirmiştir.” Bkz, Gemalmaz, s. 40.

⁸⁶ Gemalmaz, Olağanüstü Rejim Standartları, s. 42.

⁸⁷ Gemalmaz, Olağanüstü Rejim Standartları, s. 43.

tabi tutulmamaları ve Kişi Hak ve Özgürlükleri bağlamındaki Güvenlik meselelerinin kriterlere uygunluğudur. AİHS'nin 2. Maddesine göre “Yasanın ölüm cezasıyla cezalandırıldığı bir suçun işlenmiş olması nedeniyle hakkında mahkemece hükmedilen bir cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez. Ancak bu maddede, bu hükmün hemen ardından bazı şartlar altında meydana gelen ölüm olaylarının bu maddenin ihlali olmadığı öngörülmektedir. Bunlar; bir kimsenin yasadışı şiddete karşı savunulması, yasal bir tutuklamada kişinin kaçmasını önleme, bir kargaşalık ya da ayaklanmayı bastırmak amacıyla yasal önlemlere başvurma sırasında ve mutlaka gerekli olduğu için güç kullanılması sonucunda meydana gelen ölümler olarak sıralanmaktadır.

Aynı şekilde sözleşmenin 3. maddesine göre “Hiç kimse işkence ya da insanlık dışı ya da onur kırıcı bir davranış ya da ceza uygulanamaz. Bu hükmün hiçbir sınırlaması ya da istisnası bulunmamaktadır. İlgili maddeye göre aşağılayıcı ve onur kırıcı uygulama ile işkence, fiziki ve psikolojik şiddeti ya da acıyı bir bütün olarak içermektedir⁸⁸. Ayrıca sözleşmenin 15. maddesinin ikinci fıkrasında “ulusun yaşamını tehdit eden savaş ya da başka bir olağanüstü durumda” dahi işkence yasaklanmıştır⁸⁹. Bir diğer hak ise kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı meselesidir. Bu mesele Sözleşmenin 5. Maddesinde ayrıntılı ve uzun bir şekilde yazılmıştır fakat bazı tartışmalara yol açmıştır. Madde 5/3'e göre belirlenen şartlar altında yakalanan veya tutuklanan herkesin hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkilendirilmiş başka bir memur karşısına çıkarılma ve makul bir süre içerisinde yargılanmayı isteme hakkı vardır. Salıverme ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir güvenceye bağlanabilir. Bu hüküm, yargı yetkisini kullanırken çabuk davranmanın güvence altına alınması, yargı yetkisinin neler olduğu, makul süre içinde duruşmaya çıkarılmanın anlamının

⁸⁸ Naz Çavuşoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 1, Ankara 1994, s. 22.

⁸⁹ AİHM'nin Yunan Davasında Komisyona göre; Her işkence aynı zamanda insanlık dışı ve onur kırıcı bir uygulamadır. İnsanlık dışı uygulama en azından, isteyerek yapılmış ve zihinsel veya bedensel acı veren davranış biçimidir ve aynı zamanda onur kırıcıdır. İşkence bilgi edinmek veya işkence uygulanana itiraf ettirmek veya bir ceza uygulamak amacıyla yapılan insanlık dışı uygulamanın ağırlaştırılmış bir şeklidir. Onur kırıcı uygulama ise bir kişiyi başkalarının önünde kaba bir şekilde utandırıcı bir duruma sokan veya iradesiyle yapmak istemediği bir hareketi yapmaya zorlamak şeklindeki davranışlardır. (Komisyonun 5 Kasım 1969 günlü Raporu Dilekçe No: 3321, 3322, 3323, 3324/67, Yıllık 12, p.186)

açıklanması bakımından yorum gerektirmektedir⁹⁰. Sonuç olarak AİHS'nin bu teferruatlı Ohal kriterleri ilk bakışta insanın yüreğine su serpen bir görüntü verse de gerek AİHM kararları gerekse de yakın tarihte tanık olduğumuz olaylar bize gösteriyor ki bu kriterlerin siyasi denetimi ve yargısal denetimi uygulamada oldukça yetersiz kalmaktadır. Bu durum tezin teori kısmında da savunduğumuz görüşle de örtüşmektedir ki; Ohal durumlarını kendi eliyle yaratan iktidarlar kendi durumlarını sorgulayacak ve denetleyecek değildirler. Ülkelerin ulusal menfaatleri ve aynı zamanda siyasi iktidarların çıkarları doğrultusunda bu öncelikler ulusal üstü ahlak ve değerlere tercih edilmektedir.

2. Türk Hukukunda Ohal

Türkiye'de olağanüstü rejimden ilk olarak 1876 tarihli Kanuni Esasi'nin 113. Maddesinde bahsedilmiştir. Kanuni esasının 113. Maddesinde sıkıyönetim ilanı öngörülmektedir ve padişaha sakıncalı gördüğü kişileri yurt dışına sürgün etme yetkisi tanınmıştır⁹¹. 1876 Kanun-u Esaside Ohal rejimini düzenleyen bir hüküm mevcut değildir. Kanun-u Esasi'nin ilk şeklinde esas itibariyle yürütme organı güçlüdür. Yasama organına asıl yetkisi olan kanun yapmak ve kanun teklifinde bulunmak yetkisi bile tam olarak verilmemiştir. Bu konudaki yetkinin de icra organının elinde olduğu söylenebilir. Fakat yine de bu Anayasa icra organına "Muvakkat Kanun" adı altında olağanüstü dönemlere ilişkin bazı düzenlemelerde bulunma yetkisi vermiştir. (36. Madde) Mebusan Meclisi'nin toplanma imkânı bulunmaması şartıyla Heyet-i Vükela (Bakanlar Kurulu) tarafından bu dönem zarfında çıkarılacak kararnameler, Mebusan Meclisi'nin (Millet Meclisi) toplanarak vereceği karara kadar "Muvakkat Kanun" hüküm ve kuvvetindedir. Tabii ki bu kararnamelerin Kanun-u Esasi hükümlerine aykırı olmaması gerekir. Anayasa bu yetkiyi belirsiz bir süre için yürütme organına vermektedir. Zira bu yetki olağanüstü durum devam ettiği müddetçe kullanılacaktır. Kanuni Esasi'nin sisteminde sıkıyönetim düzenlenmiş olmakla birlikte bu düzenleme, hukuksal bir

⁹⁰ Gemalmaz, Olağanüstü Rejim Standartları, s. 64.

⁹¹ Bülent Daver, Olağanüstü Haller ve İnsan Hakları, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 2. Kitap Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs, Ankara 1990, s. 473

olağanüstü rejim olmanın ötesinde yönetimin hukuk dışına çıkmasını sağlayan bir hükümden ibarettir.

Diğer bir düzenleme 1921 Teşkilatı Esasiye Döneminde yapılan düzenlemedir. 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu oldukça eksik ve kısa bir anayasa'dır. Meclis Hükümeti Sistemi bu dönemde uygulanan bir sistemdir. Yasama, yürütme ve yargı yetkisinin mecliste toplanması esasına dayanan böyle bir Anayasa'da yürütme organına istisnai yetkiler veren hükümlerin bulunması düşünülemezdi. Ancak Kurtuluş Savaşı ve Milli Mücadele hareketleri yürütme organını bazı olağanüstü çarelere başvurmak zorunda bırakmıştır. Teşkilat-ı Esasiye yürürlüğe girmeden önce de bazı Ohal kanunları çıkarılarak yürütmeye istisnai yetkiler tanınmıştır. 29 Nisan 1920 tarihli Hıyanet-i Vataniye Kanunu ile Büyük Millet Meclisi'ne karşı isyanda bulunanlar olursa vatan haini sayılacağı, idama mahkûm edileceği ve temyiz yolunun da kapalı olduğu şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Ayrıca 11.09.1920 tarihli Firariler Hakkında Kanunla olağanüstü dönemlere özgü mahkemeler kurmak ve bu mahkemelere yasadaki mevcut olmayan bazı cezaları vermek yetkileri tanınıyordu. Bu kanuna dayanılarak istiklal Mahkemeleri kurulmuştur⁹². Kısacası 1924 Anayasası öncesi yapılan düzenlemeler daha çok günün şartlarına göre düzenlenmiş modern hukuk kriterlerinin uzağında kalmıştır.

a) Türk Anayasal Tarihinde Ohal Düzenlemeleri

aa) 1924 Anayasası

1924 Anayasası'nın temel ruhu "Meclis Hükümeti" sistemidir. Fakat bu hükümet şekli 1921'deki saf halinden uzaklaşarak parlamenter rejimin bazı unsurlarını da ihtiva eden karma bir rejime dönüşmüştür⁹³. Bu Anayasa 1921'deki kadar olmasa bile yürütme organına olağanüstü ve istisnai yetkiler verilmesine pek müsaade edecek nitelikte değildir, fakat kriz dönemlerine ilişkin detaylı olmayan bazı düzenlemeler öngörülmüştür. 1924 Anayasası'nın 86. Maddesinde

⁹² Erol Kantar, Kanun Hükümünde Kararname, Ankara 1976, s. 31

⁹³ Burhan Kuzu, Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1993, s. 135.

sıkıyönetim tanımı yapılmıştır. “İdare-i örfiye şahıs ve ikamgaş mesuniyetlerinin matbuat mücaselat, cemiyet, şirket hürriyetlerinin takyid ve taliki demektir” hükmü ile ilk defa sıkıyönetimde sınırlanabilecek hak ve özgürlükler sıralanmıştır⁹⁴. Maddede (sınırlama ve askıya alma) terimleri kullanılmaktadır ve ancak sayılan özgürlüklerin kısıtlanabileceği öngörülmektedir. 74. maddede olağanüstü durumlarda paraya, mala ve çalışmaya ilişkin yükümlülüklerin bir kanunla düzenleneceği, 78. maddede seferberlik ve salgın hastalıkların ortaya çıkması durumunda seyahat hürriyetinin sınırlanabileceği, 86. maddede sıkıyönetim ilanı için gerekli şartların neler olduğu tanımlanmaktadır.

1925 yılında Doğu ve Güneydoğu Anadolu’da çıkan Şeyh Said ayaklanması ve buna benzer Kürt hareketleri nedeniyle olağanüstü tedbirler alınmış, 04.03.1925 tarihli Takrir-i Sükûn Kanunu çıkarılmıştır. Bu kanun ile hükümete memleketin sosyal düzenini, huzurunu, emniyet ve asayişini ihlale yönelik her türlü girişim ve yayınları önleme yetkisi verilmiştir. Bunun sonucu olarak istiklal Mahkemeleri kurulmuştur. Uygulamada istiklal Mahkemelerince verilen idam cezalarının onaylanmaması, keza 31.03.1925 tarihli kanunla sıkıyönetim bölgelerinde kurulmuş olan Divan-ı Harp’lerden çıkan idam cezalarının tasdik yetkisinin o bölgedeki ordu, kolordu veya müstakil fırka kumandanlarına verilmesi, 1924 tarihli Anayasa’nın 26. maddesine açıkça aykırıydı. 26. maddede Meclis’in görevleri arasında idam cezalarının infaz onayından bahsedilmektedir. Bu yetki devri hukuki esaslarla değil ancak siyasi zaruretle açıklanabilir⁹⁵.

Bu dönemdeki başka bir düzenleme ise 1934 tarihli Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununun 18. Maddesidir. Bu madde olağanüstü dönemlerde ve bu dönem müddetince, o yerin en büyük mülkiye amirine, kamu düzeni açısından tehlikeli gördüğü kişileri, şüpheli şahısları nezaret altına alma yetkisi veriyordu. Bu madde 5188 sayılı ve 20.12.1948 tarihli kanunla kaldırılmıştır. II. Dünya Savaşı sırasında devletler Ohal kanunları çıkarmak zorunda kalmışlardır. Türkiye de her ne kadar savaşa girmese de bu dönem için hazırlıklı olmak zorundaydı. 18.01.1940 tarihli ve 3780 sayılı Milli Korunma Kanunu ile Hükümet Meclis’ten

⁹⁴ Pertev Bilgen, 1961 Anayasasına Göre Sıkıyönetim, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 8.

⁹⁵ Daver, Fevkalade Hal, s. 123.

olağanüstü dönemlere ait yetki aldı. Milli Korunma Kanunu ile Ohal'lerde Bakanlar Kurulu tarafından kendisine verilen görev ve sorumlulukların ifası lüzumu ortaya çıkınca uygulanacaktı ve durum TBMM'ne arz edilecekti. Milli Korunma Kanunu'nun diğer kanunlardan farkı olağanüstü dönem süresince geçerli olması normal dönemde yürürlükten kalkmamakta fakat uygulanmamakta olmasıdır.

Bir diğer konu Milli Korunma Kanununda Ohal'lerin neler olduğunu sınırlayıcı bir şekilde saymış olmasıdır. Bunlar, Umumi ve Kısmi Seferberlik, devletin bir harbe girme ihtimali ve Türkiye Cumhuriyetini de ilgilendiren yabancı devletlerarasındaki savaş halidir. Nitekim kanun kabul edildikten sonra yürütme organı 2/1877 sayılı ve 19.02.1940 tarihli bir karar ile Ohal ilan etmiş ve ihtiyaç oranında bu Kanun uygulanmaya başlanmıştır. Bu Kanun ile icra organına, mülkiyet hakkını sınırlandırmak (14. Madde), fazla mesai yapma (19. Madde), fiyat tespiti (29 ve 30. Madde), konutlarda arama yapma yetkisi (65. Madde) ve vatandaşlara mecburi iş yapma yetkisi (madde 73) ve ayrıca para cezası verme öngören "Ceza Hükümleri" gibi konularda düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır. Kanun'un 4. ve 6. maddelerinde bu Kanun'un uygulanmasını sağlamak ve olağanüstü durum ile ilgili bakanlıklar arasında koordinasyonu gerçekleştirmek için bir Koordinasyon Heyeti'nin oluşturulabileceği hükme bağlanmıştır. Bunun sonucu olarak 20.02.1940 tarih ve 2/12879 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Milli Müdafaa, Maliye, İktisat, Ziraat, Münakalat ve Ticaret Bakanlarından oluşacağı karar altına alınmıştır⁹⁶. Milli Korunma Kanunu'na göre çıkarılacak Kararnamelerin öncelikle Koordinasyon Kurulunca hazırlanması daha sonra da Bakanlar Kuruluna sunulması gerekmektedir. Bakanlar Kurulunca kabul edilecek bu kararnamenin Başbakan ve Cumhurbaşkanı tarafından imzalanması şarttır. Son olarak da Resmi Gazetede yayımlanmaları gerekmektedir. Ayrıca Milli Korunma Kanunu'nun ikinci maddesinde Hükümetin bu Kanun ile kendisine verilen görev ve yetkileri kullanmak gereğini duyduğu zaman, Kanununun tatbikine başlayarak durumu Meclise bildirmesi hükme bağlanmıştır. Bir diğer deyişle Meclis'in onayına arz edilmesi gereken kararname bu Kanunu uygulamaya koymak için

⁹⁶ Bkz. Resmi Gazete, 24.02.1940-442 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

veya uygulamadan kaldırmak için gerekli olan kararnamedir. Milli Korunma Kanununu uygulamaya koyan Kararnamenin Meclise sunulacağı sırada Meclis toplantıda değilse, Ohal ilan eden karar Meclis Başkanlığına bildirilmelidir. Aynı durum Kanunu uygulamadan kaldıran karar için de geçerlidir⁹⁷. II. Dünya Savaşı sırasında karşılaşılan bunalımları yenmek ve aşmak amacıyla çıkarılan bu kanun 1960 yılına kadar uygulamada kalmıştır. Hükümet 5/322 sayılı ve 16 Eylül 1960 tarihli bir kararname ile Milli Korunma Kanununu uygulamadan kaldırmıştır. Bu Kanun uygulamadan kaldırıldığı halde yürürlükten kaldırılmamıştır. 1982 Anayasasına göre kabul edilip yürürlüğe giren “Ohal” Milli Korunma Kanunu’nun yerine geçen bir kanundur diyebiliriz⁹⁸.

bb) 1961 Anayasası

1961 Anayasasının 2. Maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Hatta başlangıç kısmında 1961 Anayasasının diğer bütün kurumlarla birlikte hukuk devletinin bütün hukuki ve sosyal temelleri ile kurmak için kabul ve ilan edildiği, amacının bu olduğu belirtiliyor. Anayasa Mahkemesine göre Hukuk Devleti demek insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyan adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendisini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk ve Anayasaya uyan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine tabi bulunan Devlet demektir⁹⁹. Anayasa Mahkemesi yasaların anayasaya uygunluğunu denetlerken, hukuk devletini tanımlamıştır. Anayasa Mahkemesi 1963 (AMK. E.63/124, K.63/243, T.11.10.1963) numaralı kararında hukuk devletini şu şekilde tanımlamıştır: “Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan, bütün faaliyetlerinde hukuka ve anayasaya uyan bir devlet olmak gerekir. Hukuk devletinde yasa koyucu organ da dâhil olmak üzere, devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olması yasa koyucunun faaliyetlerinde her zaman kendisini, anayasa ve hukukun

⁹⁷ Daver, Fevkalade Hal, s.159.

⁹⁸ Bkz. Resmi Gazete, 16 Eylül 1960-10605.

⁹⁹ Bilgen, s. 5.

üstün kuralları ile bağlı tutması gerekir. Çünkü yasanın da üstünde, yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk kuralları ve anayasa vardır. Yasa koyucu bundan uzaklaştığı takdirde meşru olmayan bir tasarrufta bulunmuş olur”¹⁰⁰. Ohal’ler geniş anlamda Devletin kendi varlığını ve pozitif hukuk düzenini korumak amacıyla zorunlu her türlü eylem ve işlemi yapabilmesini, hukuk kurallarının dışına çıkabilmesini haklı gösteren bir olgu olarak tanımlanıyor. Bu şekilde tanımlanınca Ohal’ler kaos hallerinde Devletin varlığını korumak ve savunmak için bunun bir görev değil aynı zamanda bir hak olmasını da gerektirir¹⁰¹.

1961 Anayasası olağan durumlarla olağanüstü durumları birbirinden ayırmış ve olağanüstü durumları “Olağanüstü Yönetim Usulleri” başlığı altında 123 ve 124. Maddelerde düzenlemiştir¹⁰². Anayasanın “Ohal’ler” başlıklı 123. Maddesinde Ohal’lere ilişkin hükümler, “Sıkıyönetim ve Savaş Hali” başlıklı 124. Maddesinde sıkıyönetim ve savaş hallerine ilişkin hükümler yer almıştır Ohal’leri düzenleyen 123. Maddede “Ohal’lerde vatandaşlar için konulabilecek para, mal ve çalışma yükümleri bu hallerin ilanı, yürütülmesi ve kaldırılması ile ilgili usullerin kanunla düzenleneceği” belirtilmiştir. 1961 Anayasası ile olağanüstü dönemlerde idareye iki tür yetki tanınmıştır. Bunlardan biri “Sıkıyönetim”, diğeri “Olağanüstü mal ve çalışma yükümlülükleridir”. 1961 Anayasasındaki “Ohal”, sıkıyönetim de dâhil, olağanüstü yönetim usullerinin hepsini anlatan bir kavramdı¹⁰³.

1961 Anayasasında 1950-1960 döneminin etkileri sonucu yürütme organına kuşku ile bakıldığından Ohal’e ilişkin yetki verilmemiştir diyebiliriz. 1961 Anayasası sistemi içerisinde icra organının yetkileri sınırlandırılmış, ona yetki vermemekte ısrar etmiştir. Çünkü yürütmeye yetki verildiği zaman, onun bu yetkileri daima kötüye kullanabileceği düşüncesinden hareket edilmiştir. Madde metninden ve gerekçelerinden anlaşıldığı üzere 1961 Anayasası Ohal’lere genel olarak, kıtlık, deprem, sel baskını, yangın ve salgın hastalık gibi daha ziyade doğal

¹⁰⁰ Ramazan Çağlayan, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi, s. 44.

¹⁰¹ Bilgen, s. 5.

¹⁰² Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku, Turhan Kitapevi, 11. Baskı, Ankara 2003, s. 783.

¹⁰³ Kemal Bekarda, 1982 Anayasasında Olağanüstü Yönetim Usulleri, Günışığında Yönetim, Filiz Kitapevi, İstanbul 2004, s. 764

bir içerik taşıyan derecesi, büyüklüğü ve sonuçları bakımından memleketin bir bölgesi veya tamamı için tehlike doğuran haller olarak telakki etmektedir. Bunun yanında 124. maddede savaş ve savaşı gerektiren bir durumun baş göstermesi halinde sıkıyönetim ilan edilebileceği yönünde bir hüküm vardır. Fakat Ohal'in gereklerinden olan ortak dayanışma ve doğan zararları karşılamada para, mal ve çalışma yükümlülüğü gibi konuları içeren maddeler Anayasada mevcut değildir. Bununla birlikte 123. maddede belirtilen konular için yasal düzenleme de yapılmamıştır.

Anayasal düzenlemede Ohal durumunda yürütmeye yeterince yetki verilmemesine karşın daha önceden çıkan ve yürürlükte bulunan bir takım yasalar icra organına yetkiler tanımıştır. Bunların başında 3780 sayılı ve 1940 tarihli Milli Korunma Kanunu gelmektedir¹⁰⁴. 16 Eylül 1960 tarihli ve 5/322 sayılı Hükümet Kararı ile uygulamadan kaldırılan bu kanun yürürlükten kaldırılmamıştır¹⁰⁵. Ayrıca bu Kanuna 1942 yılında 4180 sayılı Kanun ile getirilen yeni değişiklikler de yürürlükte bulunmaktaydı. Bu değişiklik ile “Hükümet un fabrikalarına ve değirmenlerine ve diğer sanayi ve maden müesseselerine el koyarak işletebilir. Bu işletmenin devamı müddetince müessese sahiplerine münasip tazminat verilir.” (18. madde) şeklinde düzenleme yapmıştır. 7 Haziran 1939 tarihi ve 3634 sayılı “Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu” da yürürlükte olan ve amacı genel veya kısmi seferberlik halinde ve Ohal'lerde yapılacak seferberlik hazırlıkları ile kıtaların nakli esnasında, alelade vasıtalarla temin edilemeyen bütün askeri ihtiyaçları veya hizmetleri bu Kanun hükümleri çerçevesinde vermeye ve yapmaya her şahsın borçlu olduğuna ilişkin hükümler içeren bir kanundur. Bu Kanun ile bu yükümlülüklerin Türk topraklarının tamamı veya bir kısmı üzerinde yapacağı zamanı Bakanlar Kurulu tayin eder şeklinde bir hüküm de vardır. Ayrıca ilgililerin milli savunma ihtiyaçları gerekçesiyle mülkiyete yönelecek müdahaleleri sonucu fertlerin uğrayabilecekleri zararlardan dolayı tazminat yükümlülüğü prensip olarak işletilebileceği kanun çerçevesinden anlaşılmaktadır.

¹⁰⁴ Bkz. Resmi Gazete, 26.03.1940-4417.

¹⁰⁵ Bkz. T.C. Kanunları, c III, s 3230.

1961 Anayasası Sıkıyönetim konusunda 124. maddede ayrıntılı bir düzenleme getirmiştir. Bu maddede savaş hali, savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi ayaklanma olması, vatan ve cumhuriyete karşı kuvvetli bir eylemli kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren veya Anayasa'nın tanıdığı hür demokratik düzeni yahut temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketleri hakkında kesin belirtilerin ortaya çıkması durumunda sıkıyönetim ilanı için gerekli ve yeterli sebepler olarak sayılmıştır.

Devletçi görüşü savunan hukukçulara göre: Anayasa'da sıkıyönetimi gerektirmeyecek nitelikteki olaylar için bir diğer deyişle “Sivil Sıkıyönetim” durumu düzenlenmemiş bulunduğu küçük çaptaki olaylar zamanında önlenemediği için sıkıyönetimi gerektirecek boyutlara ulaşmıştır. Aslında bu ifade teoride savunduğumuz görüşle uyumaktadır çünkü sorun zaten “sivil bir sıkıyönetimin dayatılmasıdır”. Bu devletçi görüşü savunan hukukçulara göre: Kamu düzenini bozan toplu eylemli hareketlerin başlanacağına anlaşılmasına rağmen, sivil yönetim etkili tedbir alamamakta, olay çıkınca mülki amir il idaresi Kanununa göre Silahlı Kuvvetlere başvurmakta ancak bu durumlarda uygulanabilecek araçlar kanunlarda mevcut olmadığı için Silahlı Kuvvetler de çaresiz kalmaktadır¹⁰⁶. Zaten zayıf bir statüye büründürülmüş olan icra organının elinde sıkıyönetimden başka hiçbir Ohal çaresi bulunmadığından, hadiseler karşısında son derece zayıflamış ve sık sık hükümet bunalımları ortaya çıkmıştır. Ohal ile ilgili olarak 1961 Anayasası'nın en büyük eksikliği “Olağan Sivil” durumla, “Olağanüstü Askeri” durum arasında bir “Olağanüstü Sivil” kategori öngörmemiş olmasıdır¹⁰⁷.

Bu hukukçulara göre 1961 Anayasasında şiddet olayları nedeniyle Ohal ilan etme hali düzenlenmemiştir. Bununla beraber şiddet olaylarının yaygınlaşması (Kahramanmaraş olayları vb.) durumunda da Ohal rejimi ihtiyacı, 1961 döneminde de hissedilmiş ve bu konuda bazı ön çalışmalar yapılmıştır. Fakat

¹⁰⁶ Kuzu, s. 186.

¹⁰⁷ Bülent Tanör, “Sıkıyönetim”, Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi, Cilt IV, İstanbul İletişim Yayınları, s. 945

bunu mümkün kılacak bir anayasa değişikliği konusunda siyasal partiler arasında bir uzlaşma sağlanamadığı için teşebbüs sonuçsuz kalmıştır¹⁰⁸.

Fakat süreç objektif bir şekilde incelendiğinde durumun böyle olmadığı açıktır. 1961 Anayasası zaten o yıl askeri darbe yapan bir cuntanın atadığı anayasa yazım komisyonu tarafından hazırlanmıştır. Durum böyleyken şiddet olaylarına devletin yasalar çerçevesinde müdahale edememesinin aksine şiddet olaylarının yarattığı kargaşa ortamının bir Ohal durumunu yaratmasından söz edilebilir. 1980 darbesine giden süreçte yaşanan şiddet olayları da halk nezdinde 1980 darbesini meşrulaştırmıştır. 1980 darbesi sırasında geçilen sıkıyönetim rejimi de bu siyasi döngünün bir kanıtı gibidir.

cc) 1982 Anayasası

Ohal'ler ve bunlara ilişkin yönetin usullerini önceden kestirmek ve düzenlemek pek mümkün olmadığı halde, 1982 Anayasası olağanüstü yönetim usullerini “Ohal'ler” ve “Sıkıyönetim” olmak üzere ikiye ayırarak düzenlemiştir. Anayasanın 119. Maddesiyle tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde süresi altı ayı geçmemek üzere Ohal ilan etme yetkisi verilmiştir¹⁰⁹. 1982 Anayasası olağan hallerde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını 13. Maddesinde düzenlemiştir. 1961 Anayasasının 1971'deki değişikliği ile 11. Maddesi hükmü, sınırlama nedenleri bakımından 1982'de hemen hemen aynı kalmıştır. Ancak 1961 Anayasası'nın 11. Maddesinin ikinci fıkrası “kanun temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz” derken, 1982 Anayasası'nın 13. Maddesinin ikinci fıkrası “Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlandırmalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörülükleri amaç dışında kullanılamaz” demektedir¹¹⁰. 1961 Anayasası'nın 11. Maddesinin üçüncü

¹⁰⁸ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku,, 4. Baskı, Ankara, s. 316.

¹⁰⁹ Cemil Çelik, Olağanüstü Hal ve Temel Hak ve Hürriyetler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 34.

¹¹⁰ Yokuş, s. 77.

fıkrasında yer alan hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması hükmü ayrı bir madde olarak 1982 Anayasası'nın 14. Maddesinde düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nda temel hakların genel hükümleri kapsamında temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması ayrı bir sınırlama maddesi olarak yer almıştır (15. Madde).

1982 Anayasasındaki bu farklı düzenlemeler içerik bakımından ve uygulama bakımından birbirine paraleldirler. Hem Ohal'ler hem sıkıyönetim hatta seferberlik kanunu da dâhil bütün rejimlerde, yürütme organının karar alma ve uygulama yetkilerinin genişlemesi ve bunun yanında fertlerin hak ve özgürlüklerinin daralması olmaktadır. Yetki, usul ve biçim unsurları bakımından da bu rejimler arasında önemli farklılıklar bulunmamaktadır. Her üç çeşit Ohal, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nca yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde altı ayı aşmamak üzere ilan edilir. Her üç durumda da bu karar Resmi Gazetede yayınlanır ve hemen TBMM'nin onayına sunulur. Sıkıyönetime ilişkin 122. madde "hemen" deyimini yerine "aynı gün" deyimini kullanmaktadır. Ayrıca Meclis tatildeyse derhal toplantıya çağırılır. Meclis, Ohal'in süresini değiştirebilir veya kaldırabilir, ayrıca Bakanlar Kurulu'nun talebi üzerine her defasında dört ayı geçmemek üzere bu süreyi uzatabilir. Usul ve biçim açısından gözlenen bir değişiklik, şiddet olaylarının yaygınlaşması nedeniyle ilan edilen Ohal ve sıkıyönetimde Bakanlar Kurulu'nun karar almadan önce Milli Güvenlik Kurulu'nun görüşüne başvurmak zorunda olması, tabii afet ve ekonomik bunalım nedeniyle ilan edilen Ohal'de ise buna gerek bulunmamasıdır¹¹¹. Bunların her birinde Bakanlar Kurulu'na olağanüstü yönetimin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararnameler çıkarma yetkisi bulunmaktadır.

Olağanüstü yönetim usullerindeki temel fark ilan nedenlerinde yatmaktadır. Anayasanın 119. maddesindeki Ohal'e "tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinde" Anayasanın 120. maddesindeki Ohal için ise "Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri

¹¹¹ Mehmet Turhan, Olağanüstü Hallerde Çıkabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler", TODAİE, Cilt XXV, Eylül 1992, S. 3, s. 13-35.

ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde” başvurulabilir. Sıkıyönetim ilanı ise “Ohal ilanını gerektiren hallerden daha vahim şiddet hareketlerinin yaygınlaşması veya savaş hali, savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi, ayaklanma olması veya Vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması” sebepleriyle olabilir. Olağanüstü yönetim rejimleri arasında bir diğer fark bu yönetimlerde yetkili ve görevli organlar açısındandır. Sıkıyönetim ilanı ile birlikte kolluk görev ve yetkileri askeri makamlara geçmesine rağmen, Ohal’lerde sivil makam ve mercilerin yetkileri artmakta fakat askeri otoritenin yönetimi ele alması söz konusu olmamaktadır. Ohal’lerde sadece bazı zorunluluklar nedeniyle sivil makamların askerlerden yardım istemesi olanağı doğmaktadır¹¹².

Anayasalar Ohal’e başvurma şartları ve nedenlerini soyut bir takım kavramlarla belirlemişlerdir. Aslında sorunun somut ifadelerle açıklanması zaten imkânsızdır. Ancak Ohal’e başvurma şartları ve nedenleri konusunda demokratik ülkelerde “olmazsa olmaz” kuralını içeren bir takım öğeler vardır. Bunların başında “Halk Egemenliği” ilkesine yönetim organının bağlı kalması, Ohal durumunda bile aykırı kararlar almaması gerekmektedir¹¹³ İkinci bir konu, devletin Ohal’e ancak çok ciddi tehditler olması durumunda başvurması gerekliliğidir. Durumun aslı ister siyasi, ister ekonomik isterse sosyal olsun devleti tehdit eden olaylar, Ohal’e başvurmayı haklı gösterebilmesi için bazı özellikler taşımaları gerekir. Bu olaylar her şeyden önce ciddi ve ani olmalıdır.

¹¹² Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Hal Yönetim Usulleri, TODAİE, Cilt XXV Haziran 1992, S.2, s. 25-45.

¹¹³“ Ulusal Halk Egemenliği İlkesinin karşısında, halk egemenliği ilkesi yer alır. Buna göre, egemenlik, somut bir kavram olan halkındır. Halk egemenliği ilkesine göre, halk, halkı oluşturan bireylerin toplamıdır, bir sentezi (birleşimi) değildir. Halk egemenliği ilkesi, Amerika Birleşik Devletlerinin 1787 tarihli Anayasasında yer alan ve öteden beri Anglo-Sakson ülkelerinde uygulanan ve 19. yüzyılın ortalarından sonra da, batı demokrasilerine yerleşmeye başlayan bir ilkedir. Abraham Lincoln’ın Demokrasi, halkın, halk tarafından, halk için yönetimidir biçimindeki tanımı, halk egemenliği anlayışının açık bir örneğidir. İkinci Dünya Savaşından sonra yapılan yeni anayasalarda, örneğin Batı Almanya ve İtalyan Anayasalarında ve tüm Marksist demokrasinin egemen olduğu devletlerin anayasalarında, halk egemenliği ilkesine uygun bir biçimde, halk deyimini kullanılmaktadır”. Bkz: <http://tr.wikipedia.org/wiki/Egemenlik>.

Ohal'i gerektiren olay aynı zamanda ortaya çıkmış olmalı, yani ortaya çıkma ihtimali gerekçesiyle olağanüstü yönetim usullerine başvurulmamalıdır. Ohal'e başvurma için önemli bir şart da mevcut tehlikeye karşı devletin normal olanaklarıyla (Mevcut olan olağan yasalarla kolluk güçlerinin şiddet olaylarına müdahale etmesi) karşı koymada güçsüz kalmasıdır. Yani, devlet önce normal yetki ve araçları kullanacak, eğer olayları önleyemez ise o zaman Anayasa'da öngörölmüş olan Ohal yetkilerine başvurabilecektir. Tabii ki, olaylar aniden ve son derece ciddi bir şekilde ortaya çıkmışsa artık normal usullere başvurmak zaman kaybına neden olacağından doğrudan doğruya olağanüstü yönetim usullerine geçilebilecektir¹¹⁴.

Burada eleştirilecek durum şudur: 1982 Anayasası öncesi Türkiye'de bir savaş durumu yoktu hatta bir iç savaş durumu da yoktu, var olan şey devleti yöneten güçlerin (siyasi, askeri veya sivil fark etmez) farklı siyasi görüşlere sahip insanları ideolojik, dinsel ve etnik açıdan karşı karşıya getirmesiydi. Durum böyleyken normal olan bir hayat akışının anormal bir seyir izlemeye başlaması beklenmeyen acil durumlarla açıklanamaz. Burada yapılmak istenen şey açıkça devleti idare eden güçlerin (siyasi, askeri veya sivil fark etmez) kendi elleriyle bir kaos zemini oluşturması ve devamında da Ohal uygulamasına geçip, istedikleri kanunları çıkarıp kendi siyasi geleceklerine ve çıkarlarına uygun bir hale getirmeleridir.

C- Türkiye'de Ohal'in Uygulamaya Konuluşu ve Yürütmeye Tanınan Bazı Yetkiler

1. Genel Olarak

Yürürlükte olan Modern Anayasa metinlerinin hemen hepsi kriz durumlarında yürütme organının doğal yeteneğini kabul etmekte bu yetkiyi yürütme organına veren çeşitli düzenlemeler yapmaktadır. Örneğin 1958 Fransız Anayasası (16. Madde), bu yetkiyi Cumhurbaşkanına, Alman Anayasası (80 ve 81. Madde) ve

¹¹⁴ Kuzu, s. 193,

İtalyan Anayasası (77. Madde) da Hükümete vermiştir¹¹⁵. Ohal ilanının ve ilandan sonra yapılacak iş ve işlemlerin neler olduğunun ilgililerce bilinmesinin önemi açıktır. Demokratik bir rejimde, ilan hem alınan tedbirlerin etkinliğini kolaylaştıracak, hem de kamuoyu olağanüstü yetkileri kullanacak olan kimsenin veya organın istisnai yetkilerini ve bunları hangi amaçla kullanacağını öğrenmiş olacaktır. Böylece, kritik durumlarda, Ohal yetkileri sahibinin alacağı tedbirleri açık bir şekilde ortaya koyma imkânı vereceğinden, idari kuruluşlar ve vatandaşlar bu emir ve talimatlara daha hızlı uyabileceklerdir. Fakat şimdiye kadar şahit olunan Ohal dönemlerinde ortaya çıkan olaylarda temel sorunun vatandaşların bu durumlarla ilgili ilan yoluyla haberdar edilmemesi değil aksine uygulamaların yasama organı tarafından "ilan" edilen yasalarla çelişmesidir.

Türkiye'deki Ohal uygulamasını kısaca özetlersek: Ohal'in uygulanması 25 Ekim 1983 tarih ve 2935 sayılı Ohal Kanununun 12 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunun 14'üncü maddesine göre, Ohal'in uygulanmasında görev ve yetki Ohal bir ili kapsıyorsa il valisine; bir bölge valiliğine bağlı birden çok ilde ilân edilmesi halinde bölge valisine; birden fazla bölge valisinin görev alanına giren illerde veya bütün yurttan ilân edilmesi halinde koordinasyon ve işbirliği Başbakanlıkça sağlanmak suretiyle bölge valilerine aittir. Ancak henüz bölge valiliği teşkilatı kurulmadığından bölge valilerine ait bu yetki ve görevler uygulamada il valilerince yerine getirilir (2935 sayılı Ohal kanunu, geçici madde 1)¹¹⁶. Ohal, Ohal ilân kararının Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanmaması ile sona erer. Diğer yandan, Ohal, Ohal süresinin bitimiyle de kendiliğinden sona erer. Keza, Ohal süresi daha dolmamış olmakla birlikte, Ohal'in ilânının gerektiren sebepler ortadan kalkmışsa, Bakanlar Kurulunun istemi üzerine Ohal'in kaldırılmasına Türkiye Büyük Millet Meclisi karar verebilir (İçtüzük, m.126/4)¹¹⁷.

¹¹⁵Hüseyin Nail Atay, Türkiye'de Olağanüstü Hal Yönetimi ve İdari Yapılanma, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, s. 26.

¹¹⁶Kemal Gözler, Olağanüstü Yönetim Usulleri, <http://www.anayasa.gen.tr/oyu.htm>.

¹¹⁷Gözler, <http://www.anayasa.gen.tr/oyu.htm>.

2. Kanun Hükmünde Kararname Çıkartma Yetkisi

1982 Anayasası ve Anayasaya dayalı olarak çıkarılan Ohal kanunu yürütmeye Ohal dönemlerinde kamu düzenini sağlamak üzere Ohal'in gerekli kıldığı konularda Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi gibi birtakım istisnai yetkiler tanımaktadır. Anayasanın 121. maddesinde “Ohal’ler ile ilgili düzenleme” başlığı altında ve Ohal Kanunu’nun 4. maddesinde “Ohal süresince, Cumhurbaşkanı’nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Ohal’in gerekli kıldığı konularda Anayasanın 91. maddesindeki kısıtlamalara ve usule bağlı olmaksızın, Kanun Hükmünde Kararname çıkarabilir¹¹⁸. Bu Kararnameler Resmi Gazete’de yayımlanır ve aynı gün TBMM’nin onayına sunulur. Meclisçe onanmasına ilişkin süre ve usul iç tüzükle belirlenir.” şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Görüldüğü üzere 1982 Anayasası ve Ohal Kanunu Ohal’lerde çıkarılabilen ve olağan kanun hükmünde kararnamelerden farklı, kendine özgü bir kanun hükmünde kararname türüne yer vermiştir. Normal dönemlerde kanun hükmünde kararname (KHK) çıkarmak için Hükümet Meclisçe Yetki Kanununda (KHK’nin amacı, kapsamı, ilkeleri ve kullanma süresi hakkında Kanun) belirtilecek şartlara uymak zorunda bulunduğu halde, olağanüstü ve kriz durumlarında böyle bir yetki kanununa ihtiyaç bulunmadığı gibi, KHK çıkarma yetkisini kullanacak olan organın bu yetkisini kayıt altına alan, ona uyması gereken bazı şartları gösteren kesin ifadeleri Anayasa’nın herhangi bir hükmünde bulmak mevcut değildir¹¹⁹. Ohal, KHK’lerin Yetki Yasasına dayanmaları zorunluluğunun bulunmaması (Anayasa 91. madde/5. Fıkra) Yürütmenin 1982 Anayasasına göre sahip olduğu özerk veya asli düzenleme yetkisinin tipik bir örneğini oluşturmaktadır¹²⁰. Yetki unsuru bakımından Olağan Kanun Hükmünde Kararnamelerden bir diğer fark; olağan dönemlerde KHK çıkarma yetkisi Bakanlar Kuruluna ait iken (Anayasa madde 91/1) Ohal KHK’lerini çıkarma yetkisi ise, Cumhurbaşkanı’nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından olacağı (Anayasa madde 121-122) şeklinde kendini göstermiştir. Bu

¹¹⁸ Atay, s. 40.

¹¹⁹ Kuzu, s. 222.

¹²⁰ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1986, s. 207.

KHK'lerde Cumhurbaşkanı'nın iradesi, olağan KHK'lerdeki gibi Bakanlar Kurulu Kararnamesine eklenen şekli bir onay değil, işlemin asli bir unsurudur¹²¹.

Usul ve şekil unsuru bakımından da olağanüstü döneme ilişkin KHK'leri olağan dönemde çıkan KHK'lerden farklılık göstermektedir. Olağan dönemdeki KHK, "Resmi Gazete'de yayımlandıkları gün TBMM'ne sunulur." (Anayasa madde 91/6) şeklinde belirtilmişken, Ohal döneminde çıkan KHK'leri için ise "Bu Kararnameler Resmi Gazete'de yayımlanır ve aynı gün TBMM'nin onayına sunulur, bunların Meclisçe onaylanmasına ilişkin, süre ve usul iç tüzükte belirlenir." Usul bakımından ikinci fark ise şudur: Olağan dönemde çıkan KHK'ler, TBMM Komisyonları ve Genel Kurul'da öncelikle ivedilikle görüşülür (Anayasa madde 91/8) demekte oysa Olağanüstü döneme ilişkin KHK'lerinin Meclisçe onaylanmasına ilişkin süre ve usul iç tüzükle belirlenir. Bu Kararnamelerin niteliklerinden doğan ivedilik durumları son derece açıktır. Ancak Anayasa TBMM'nin onaylama süresiyle ilgili herhangi bir kural koymamıştır. 121. madde'de sözü edilen iç tüzük yapılmamış ve bu nedenle de Olağanüstü döneme ilişkin KHK'lerin Yargısal ve Siyasal denetim yolu açılmamıştır¹²².

Bir diğer farklılık da denetim konusundadır. Olağan döneme ilişkin KHK'ler yargısal denetime tabi iken, Anayasanın 148. maddesinin 1. fıkrasına göre "Ohal'lerde, Sıkıyönetim ve Savaş Hallerinde çıkarılan KHK'lerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz" şeklinde bir hüküm getirilmiştir. Bu hüküm Ohal rejimlerinin takdiri yetkilerinin genişlemesine ve hürriyetlerinin normal zamanlara oranla daha aşırı ölçülerde sınırlandırılmasına rağmen, yine de bir hukuk rejimi olması gerektiği yolundaki yerleşmiş Kamu Hukuku ilkesine aykırı düşmektedir. Öyle ki daha sonra mahkeme itiraz konusu olan Kanun Hükmünde Kararname hükmünü bir yetki kanununa dayanmadığı için Anayasanın 91. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir¹²³

¹²¹ Özbudun, Ankara 1986, s. 213.

¹²² Turhan, s. 14.

¹²³ Merih Öden, Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58, S.3, s. 684.

Anayasa açıkça Ohal durumlarında “temel hak ve hürriyetlerin durdurulabileceğini” hükme bağlamıştır. Gerçekten, Anayasanın 15. maddesinde bu durum açıkça belirtilmiştir. “Savaş, Seferberlik, Sıkıyönetim veya Ohal’lerde, Milletlerarası Hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde Temel Hak ve Hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.” Fakat maddenin 2. Fıkrasında Olağanüstü durumlarda bile dokunulmayacak hak ve hürriyetler sayılmıştır: “Birinci Fıkroda belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile ölüm, ölüm cezalarının infazı dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararıyla saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz”. Kısaca belirtmek gerekirse hak ve hürriyetlerin durdurulması yahut bunlar için öngörülen güvencelere aykırı tedbirler getirilmesinde Ohal’lerde “durumun gerektirdiği ölçü içinde kalınacak,” yani “istisna”da orantı korunacak; aynı zamanda, hak ve hürriyetlere getirilecek “istisnalar”, Uluslararası Hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmeyecektir¹²⁴.

Ohal, ülkenin hangi bölgelerinde ilan edilmiş ise, KHK’lerde yapılan düzenlemelerin bu bölgelerin dışına taşırılmaması gerekir. Bu koşul olmadan, Cumhurbaşkanı’nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu’nun çıkaracağı KHK’ler Olağanüstü döneme ilişkin KHK’ler olamazlar¹²⁵. Anayasada belirtilen usul ve esaslara göre çıkarılan ve yürütme organına Ohal durumlarında birtakım istisnai yetkiler tanıyan KHK’ler öncelikle “Ohal’in” gerekli kıldığı konularda çıkarılmalı; Anayasanın 15. maddesindeki ilkeleri ihlal etmemeli; yürürlükte kalma süreleri Olağanüstü dönem süresince olmalı ve etkileri Ohal ilan edilen bölge dışına taşmamalıdır¹²⁶.

Olağanüstü durumlar için yönetim yasal düzeyde daha başka yetkilerle de donatılmıştır. Örneğin daha önce değindiğimiz 1939 yılında çıkarılan Milli

¹²⁴ Atay, s. 42

¹²⁵ Gözler, Kanun Hükümünde Kararname, s. 587

¹²⁶ Aliefendioğlu, s. 39.

Müdafaa Mükellefiyeti Yasası, 1940 yılında çıkarılan Milli Korunma Kanunu, 1959 yılında çıkarılan Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun gibi açıkça uygulamadan kaldırılmamış yasalar da yürürlükte olup bu mevzuatlar da yönetime Ohal'e ilişkin istisnai yetki ve görevler vermektedir¹²⁷.

3. Ohal'lerde Bazı Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması

İnsanlara bir takım hakların verilmesi, bu hakların sınırsızca kullanılacağı anlamına gelmemektedir. Ancak hangi hakların ne kadar sınırlanacağı üzerinde durulması gereken bir konudur. 1961 Anayasası ilk haliyle şu düzenlemeyi içermektedir: Temel hak ve hürriyetler anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunulamaz. Bu yorum, 12 Mart 1971 sonrası şu şekilde tekrar düzenlenmiştir: Temel hak ve hürriyetler, devletin ülkesiyle ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. Daha sonra 1982 Anayasasında da hem normal zamanlar için hem de olağanüstü durumlar için ayrı ayrı tekrar düzenlenmiştir.

Genel olarak şiddet olaylarının yaygınlaşması, ayaklanma, deprem, salgın hastalıklar gibi Ohal'lerde kamu düzeni, normal zamanlara nazaran çok daha ağır bir şekilde bozulma tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu gibi durumlarda temel hak ve hürriyetler normal dönemlere nazaran daha fazla sınırlanabilmektedir. Dolayısıyla bu dönemlerde kamu düzenini korumak amacıyla, çok daha ağır kolluk tedbirlerine ihtiyaç duyulmaktadır. İşte bu

¹²⁷ Fazlı Demirel, Olağanüstü Yönetim Usulleriyle İlgili Yasal Düzenlemeler ve Bazı Hususlar, Türk İdare Dergisi, Ankara 1990, sy. 387, s. 235-255.

nedenle Ohal’lerde kolluk makamlarının yetkileri normal zamanlardan daha fazla olmaktadır (normal asayiş uygulamalarının normal zamanlara göre artış göstermesi kimlik kontrolü, üst veya araç aranması gibi vb.) Bu duruma idare hukuku literatüründe yaygın olarak “kolluk yetkilerinin genişlemesi” ismi verilmektedir¹²⁸.

Modern Hukukçuların çoğu, normal demokratik mekanizmaların Ohal’lerde kamu düzenini koruyacak nitelikte olmadığını savunmaktadır. Onlara göre parlamenter usullerin ağır işleyen çarkı, gerekli tedbirlerin gerekli zamanlarda alınmasını sağlayamamaktadır. Bunun için hızla gelişen olayları yakından izlemek ve süratli karar almak imkânlarına sahip olan yürütme organının yetkilerinin genişletilmesinde zorunluluk bulunmaktadır¹²⁹.

Kolluk yetkilerinin genişleyebilmesi için öncelikle Ohal’in ilan edilmiş olması gerekmektedir¹³⁰. Ohal’i ilan etmeye yetkili makam yasama onayına bağlılık kaydıyla, yürütme organıdır¹³¹.

Ohal rejimleri her şeyden önce, yasaya ve anayasaya uygun kanunlara dayanmalıdır. Bu itibarla, devletin istisna haline dayanan bir “zaruret hakkı” yoktur. Ohal’de de hukuk işlemeye devam etmek zorundadır. Hukuku devletin yarattığı ve icabında hukuka bağlı kalmayacağı şeklindeki görüş, çağımız devletinin ve hürriyet anlayışının insan haklarına verdiği değerle uyumsuzdur¹³². Devlete, daha doğrusu devlet iktidarını kullananlara, bir “zaruret hakkı” tanımak demek, onların hukuk dışı davranışlarına önceden meşruluk tanımak ve demokratik olmayan bir rejime kapıyı sürekli açık tutmak demektir¹³³. Ohal rejimleri, otoriter bir nitelik kazanmakla beraber, bunlar demokratik hukuk devletlerinde, hiçbir zaman dikta rejimi niteliğini almamalıdır. Yürütme organına tanınan geniş yetkiler, ona kayıtsız ve denetimsiz bir şekilde ona her istediğini yapabilme hakkı imkânı vermez. Yürütme organı bu durumlarda

¹²⁸ Gözler, İdare Hukuku, II. Cilt, Ekin Kitapevi, Bursa 2003, s. 521.

¹²⁹ Münci Kapani, Kamu Hürriyetleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3. Baskı, Ankara 1970, s. 214.

¹³⁰ Gözler, İdare Hukuku, s. 522.

¹³¹ İbrahim Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, İmge Kitapevi, 6. Baskı, Ankara 2002, s. 111.

¹³² Daver, Fevkalade Hal Rejimi, s. 296

¹³³ Kapani, s. 216.

da denetime tabidir ve sorumluluğu vardır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi bu konuda Ohal'lerde yargısal denetimin Ohal kanun hükmünde kararnameler ile engelleneceğini kabul etmiş ise de sonradan bu görüşünden vazgeçmiştir. Demokratik hukuk devletlerinde, Ohal rejimi de bir hukuk rejimidir¹³⁴. Fakat Türkiye başta olmak üzere hemen hemen bütün ülkelerde yasalarla belirlenen Ohal kanunlarına hiçbir şekilde uyulmamıştır.

Temel hak ve hürriyetlerin durdurulmasıyla ilgili hukuki açıdan önemli olan durdurma kurallarının olağanüstü rejimler için ayrı ve özerk bir hukuk rejimi niteliğinde olup olmadığıdır. Bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasıyla ilgili kaideler olağan rejimi oluştururken, olağanüstü yönetim usulü altındaki rejimin farklı olduğu yönündedir¹³⁵. Kimi yazarlar da Anayasanın, olağanüstü yönetimler için getirdiği kurullarla adeta iç içe geçmiş iki anayasa görünümünde olduğunu, ilk anayasanın olağan durumlara ilişkin bulunduğunu, ikinci anayasanın olağanüstü yönetimlere ilişkin düzenlemeler getirdiğini ileri sürmüşlerdir¹³⁶. Aynı paralelde başka bir görüş ise, 13. Madde ile 15. Maddenin ayrı sistemler getiren iki çerçeve madde olduğu yönündedir. Bu düşüncelere göre Ohal dönemlerinde sadece 15. Madde uygulanacaktır. Bundan dolayı Anayasanın diğer maddelerinde belirtilen güvenceler geçerli olmayacaktır¹³⁷.

1982 Anayasası, genel olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sistemini 13. maddesinde düzenlemiştir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması başlığını taşıyan Maddenin metni şöyledir: Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir¹³⁸. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin

¹³⁴ Server Tanilli, Devlet ve Demokrasi, Say Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1982, s. 198.

¹³⁵ Abdurrahman Eren, Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s. 63.

¹³⁶ Gözler, Kanun Hükmünde Kararname, s. 3.

¹³⁷ Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 9, 1992, s. 416.

¹³⁸ Değişik: 3.10.2001-4709/2 md.

gereklerine aykırı olamaz ve öngördükleri amaç dışında kullanılamaz. Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının çerçevesini çizen madde, görüldüğü gibi, sınırlandırmanın sınırı olarak beş ilke benimsemiştir. Bu ilkeler şunlardır: Sınırlama ancak kanunla yapılabilir, sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır, sınırlama ancak anayasanın 13. Maddesinin 1. Fıkrasında belirtilen genel sebeplere ve ayrıca anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen sebeplerle yapılabilir, sınırlama demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmak zorundadır ve son olarak ta ölçülülük ilkesine uyulmalıdır. 1982 Anayasasının 15. Maddesinin metni şu şekildedir: Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya Ohal’lerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile ölüm cezalananın infazı dışında; kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din ve vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme karar ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

Görüldüğü gibi madde, savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve Ohal’lerde özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkindir. Madde, bu hallerde temel hak ve hürriyetlerin kısmen veya tamamen durdurulabileceğini veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceğini öngörmekte, bunun sınırı olarak da üç güvence getirmektedir. Bunlar milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi kaydı, Ölçülülük ilkesi ve ilgili maddenin 2. Fıkrasında sayılan hak ve ilkelerden oluşan çekirdek alana dokunma yasağı. Sonuç olarak 1982 Anayasasında Ohal’lerde temel hak ve hürriyetlerin kullanımının durdurulması ile ilgili şunları söyleyebiliriz: 1982 Anayasası, bu soruların cevabını çok açık bir şekilde vermiştir. Anayasanın 15. maddesine göre savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve Ohal’lerde temel hak ve hürriyetlerin

kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Bu ifadeden açıkça anlaşılmaktadır ki, Ohal rejimlerinde, sadece 15. madde uygulanır; Anayasanın diğer maddelerinde belirtilen güvenceler geçerli değildir¹³⁹. Temel Hak Hürriyetlerin sınırlandırılması konusunda Ohal’lerde akla ilk gelen yaşam hakkı, kişilerin hürriyeti ve güvenliği konusudur bu nedenle çalışmanın devamında bu konu hakkındaki sınırlamalar incelenecek ve çalışmanın son bölümünü oluşturacak olan mağduriyetler konusu da bu alanla ilgili olacaktır.

a) Yaşama Hakkı

Kişinin hak ve özgürlüklerden yararlanabilmesi, fiziki varlığını sürdürebilmesine bağlıdır. Bu güvenceyi sağlayanda, kişinin “yaşama hakkı” bir başka ifadeyle “öldürülmeme hakkı” ya da “insanın öldürülmezliği” ilkesidir. Yaşama, bedensel olarak var olmak demektir. Yaşama hakkı ise, kamu makamlarının emri ile ya da izni ile öldürülmeme ve yaşama yönelik tehlike ya da risklere karşı yine kamusal otoriteler tarafından korunma hakkıdır¹⁴⁰. Dolayısıyla bu hak Devlete karşı ileri sürülen bir savunma hakkıdır¹⁴¹. Yaşama hakkı hem yasal sıralama olarak hem de özü bakımından temel hakların başında gelmektedir¹⁴². Bu hak diğer hakların ön koşuludur¹⁴³. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2. maddesinde yaşam hakkını bağımsız bir temel hak olarak tanımaktadır. Yaşam üzerindeki hakkın, kişi özgürlüğü temel hakkı çerçevesinde kişiliğin geliştirilmesinin en temel ögesi olarak ya da bağımsız bir temel hak olarak korunmuş olması, bu hakkın özgüllüğü göz önünde tutulduğu sürece bir önem taşımamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi de yaşam hakkının özgüllüğünü şu şekilde tanımlamaktadır: Yaşam anayasal hakkına yapılacak her kasıtlı saldırı,

¹³⁹ Gözler, Kanun Hükmünde Kararname, s. 5.

¹⁴⁰ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 272.

¹⁴¹ Zafer Gören, Anayasa Hukuku, Seçkin Kitabevi, Ankara 2006, s. 388.

¹⁴² Bahri Savcı, Yaşama Hakkı Üzerine, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, İnsan Hakları Yıllığı, 1. Yıl, 1979, s. 22.

¹⁴³ Muharrem Özen, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağına İlişkin İç Hukuktaki Düzenlemeler ve Uygulamadaki Sorunlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 119.

aynı zamanda onun mutlak olarak korunan özünün zedelenmesine neden olur ve Anayasaya aykırıdır¹⁴⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, gözaltındaki kişilerin yaşamından devlet sorumludur. Sağlıklı olarak alıkonulan birinin ölmesi ya da yaralanması durumunda, yetkililer makul bir açıklama getirmek zorundadır¹⁴⁵. Yaşama hakkını gözetmek devletin pozitif yükümlülüğüdür. Yaşama hakkına saygı göstermek sorumluluktan kurtulmak için yeterli değildir. Yaşama hakkının korunması için her türlü tedbiri almak zorundadır. Devletin üstlendiği pozitif yükümlülük, yani yaşama hakkını koruma görevi bir yandan, gerektiğinde somut önlemlerle hayatın somut bir tehlikeden korunması, öte yandan da adam öldürme fiilinin caydırıcı bir müeyyideye bağlanıp yasaklanmasını ve bu yasağa riayetini sağlanmasını gerektirmektedir¹⁴⁶. Örneğin devlet, ciddi ölüm tehdidi altında bulunan kişiyi, kendi imkânları içinde olan önlemleri alarak korumaya çalışacak ve keza adam öldürme fiilini suç haline getirecek, bu suçun işlenmesi halinde, failin tespiti için gerekli soruşturmayı yapıp suçluların cezalandırılmasını temine çalışacaktır¹⁴⁷.

Cezaevinde bulunan ve açlık grevi uygulayan kişiler açısından da devletin pozitif yükümlülüğü vardır. Devletin, açlık grevinde bulunan kişilerin yaşama hakkını koruması gerekmektedir. Danıştay da açlık grevinde bulunanlara veya ölüm orucu tutanlara, rızaları dışında Devletin müdahalesinin yaşama hakkının gereği olduğu kabul etmiştir¹⁴⁸. Devletin pozitif yükümlülüğüne ilişkin olarak

¹⁴⁴ Zafer Gören, Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 5. Yıl, 10. Sayı, Güz 2006, s. 3.

¹⁴⁵ Kurt Türkiye davasında; kişinin gözaltına alındıktan sonra kendisinden haber alınmadığı, bölgedeki olaylar ve gelişmeler dikkate alındığında gözaltına alınan kişinin ölmüş olabileceği belirtilerek, yaşama hakkının ihlal edildiği ileri sürülerek tazminat istenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, adı geçen kişinin güvenlik güçlerinin elindeyken öldüğü hususunun makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde kanıtlanmadığını, başlangıçtaki tutuklama vakiasından hareketle, bölgedeki benzeri yaygın uygulamalara dayanılarak kişinin ölmüş olduğu karinesini kabul etmemiştir. Ancak mahkeme yaşama hakkının değil, 5. Maddedeki kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Kararın Türkçe metni için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/15_1997_799.

¹⁴⁶ Çelik, s. 188.

¹⁴⁷ Gözübüyük, A. Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 160.

¹⁴⁸ İç hukuk ve uluslar arası hukuk normlarının yaşam hakkının korunmasına ilişkin Devlete yüklediği görev ve sorumluluk dikkate alındığında cezaevlerinde Devletin gözetim ve sorumluluğu altında bulunduğu sırada gerçekleştirilen açlık grevi/ölüm orucu eylemlerinde, durumu kritikleşen eylemcilere doktor kararıyla müdahale edilerek rızaları dışında tedavi uygulanmasını öngören

görevlerinden biride ölüm olayları ile ilgi etkin bir soruşturma yapmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, etkin, bağımsız ve zamanında soruşturma yapılmaması halinde 2. Maddenin ihlal edildiğini kabul etmektedir¹⁴⁹.

Olağanüstü durumlarda yaşama hakkı konusunda en önemli husus tabii olarak ölüm cezasıdır. Devletler ölüm cezasını giderek kaldırmaktadır. Bu cezayı kaldırma konusundaki temel gerekçe de, yaşama hakkının ve insan onurunun mutlak anlamda korunması zorunluluğudur. Bu zorunluluk yanında ayrıca hatalı kararların yerine getirilmesi durumunda eski hale getirmenin olanaksız olması ve cezanın, suçlunun iyileştirilmesi ve topluma kazandırılması amacına ölüm cezası ile ulaşılamayacağını da doğal olarak ileri sürülmektedir¹⁵⁰. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2/1. Maddesinde yaşamın korunmasının hukuka uygun istisnalardan biri olarak da ölüm cezasının infazı sayılmıştı. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 6 nolu Protokol ile savaş ve savaş tehdidi dışında ölüm cezasına hükmedilmesi ve bunun infazı yasaklanmıştır. Bu protokol Türkiye tarafından onaylanarak 01 Temmuz 2003 yılında yürürlüğe konulmuştur¹⁵¹. Ölüm cezasının her durumda kaldırılmasına ilişkin 21.02.2002 tarihli 13 numaralı protokol ise 06.10.2005 tarihinde “İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesine Ek Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına Dair 13 numaralı Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun” ile Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edilmiştir¹⁵².

Yaşama hakkını ilgilendiren başka bir istisnada meşru savunma, yakalama ve kaçmanın önlenmesidir. Meşru savunma durumunda kişiye öldürme hakkının tanınması hemen hemen her ülke hukukunda kabul edilmektedir. Türk hukukunda da TCK’da meşru müdafaa hakkı kabul edilmiştir. Ancak TCK’nın 25. Maddesinde bir hakka yönelmiş olan saldırıdan söz edilmesi nedeniyle, meşru

düzenlemede hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Danıştay Onuncu Dairesinin 20.11.2002 tarihli, 2000/936 Esas, 2002/ 4487 Karar sayılı Kararı, <http://www.danistay.gov.tr>.

¹⁴⁹ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulaması, T.C Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara 2004, s. 95-96.

¹⁵⁰ Gören, Anayasa Hukuku, s. 392.

¹⁵¹ 4913 sayılı “11 nolu Protokol ile Değişik İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesine Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Ek Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkındaki Kanun, bkz. RG., 01.07.2003, S. 25155.

¹⁵² Bkz. RG., 13.12.2005, S.26022.

müdafa için illaki karşı saldırının olması şartı aranmamıştır¹⁵³. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ise meşru müdafa halini dar tutmuştur. TCK'nın aksine mal için meşru müdafa halini kabul etmemiştir. Sadece vücut bütünlüğüne yönelik saldırıya karşı meşru savunmayı kabul etmiştir¹⁵⁴.

Ayaklanma ve İsyanların bastırılması durumları da ölüm olaylarının sıklıkla görüldüğü hallerdir. Hiç şüphesiz devlet ayaklanma ve isyanları bastırırken kuralsız hareket edemez. Ayaklanma veya isyanların bastırılmasında kullanılacak araç silahtır. Dolayısıyla silahın hangi hallerde ve ne şekilde kullanılması gerektiği önceden belirlemelidir. Yoksa bu durum zaman zaman kolluk kuvvetleri tarafından kötüye kullanılabilir. 1982 Anayasasında bu duruma ilişkin bazı tedbirler alınmıştır¹⁵⁵. Kolluk güçlerinin silah kullanmalarına ilişkin düzenlemeler mevzuatta dağınık bir şekilde yer almıştır. Polisin silah kılınmasına ilişkin düzenlemeler Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda, askerin silah kullanmasına ilişkin düzenlemeler TSK İç Hizmet Kanununda, jandarmanın silah kullanmasına ilişkin düzenlemeler ise Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununda yer almıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde silah kullanma yetkilerine ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Sadece yaşama hakkının istisnalarını düzenleyen 2. Maddenin 2. Fıkrasında “usulüne uygun” ve “yasaya uygun” ibareleri yer almaktadır. Fakat AİHM daha çok vermiş olduğu kararlarda silah kullanma ilkelerini ortaya koymuştur¹⁵⁶. Yaşama hakkı açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurularda iddialar genellikle, silah kullanma yetkisi ve ölüm nedeniyle etkin bir soruşturma yapılmamasına dayanmaktadır.

¹⁵³ Çelik, s. 191.

¹⁵⁴ Gözübüyük, Gölcüklü, s. 164.

¹⁵⁵ Çelik, s. 192.

¹⁵⁶ AİHM 28.07.1998 tarihli Türkiye/Ergi kararında başvurucu, kardeşi Havva Ergi'nin 29.09.1993'te güvenlik güçlerinin düzenlediği operasyon sonucunda öldürüldüğünü iddia etmiş, Türk Hükümeti ise söz konusu kişinin PKK teröristleri ile çıkan çatışma sonucunda güvenlik güçlerine ait olmayan bir merminin isabet etmesi sonucu öldüğünü savunmuştur. AİHM, söz konusu kararda, başvurunun kardeşinin güvenlik güçlerince kasten öldürüldüğü iddiasının kanıtlanmadığını, buna karşılık olarak operasyonun uygun bir şekilde planlanmadığını belirterek AİHS'nin 2. Maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Yine benzer şekilde Gül başvurusunda, M. Gül'ün Mart 1993 tarihinde Bozova'da genel bir arama operasyonu sırasında evine gelen polislerin kapının önünde açılan ateş sonucu öldürüldüğü ileri sürülmüştür. Mahkeme, polislerin kapıya en az 50-55 kez ateş etmiş olmalarını makul bir açıklamasının olmadığını, bu durumun evde bulunanların hayatını tehlikeye attığını belirtmiş ve güvenlik güçlerinin kullandığı gücün orantısız olduğu gerekçesiyle Sözleşmenin 2. Maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaşama hakkı konusunda koyduğu içtihadı göre, devletin yaşama hakkını koruma yükümlülüğü, devlet güçlerince öldürücü güç kullanılan olaylar hakkında yetkililerce etkili bir soruşturma yapılmasını gerekli kılmaktadır¹⁵⁷.

b) Kişi Hürriyeti ve Güvenliği

Kişi hürriyeti ve güvenliği, ikisi birlikte insanın yasayla belirli ve sınırlı durumlar dışında hareket serbestliği ve özgürlüğünden yoksun bırakılmaması demektir. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı 1982 Anayasasının 19. Maddesinde düzenlenmiştir. Madde; herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. AİHS'nin 5. Maddesinde de aynı hüküm yer almıştır. Bu maddede tanınan hak, keyfi bir şekilde özgürlükten yoksun bırakılmama güvencesidir¹⁵⁸. Özgürlük hakkı hukukun üstünlüğüne bağlılığını açıklayan bütün siyasi rejimlerin merkezinde yer alan bir hak olmuştur¹⁵⁹. Kişi özgürlüğünün doğal sonucu olan güvenlik hakkı, bireyin bedeni hareket serbestliğinden alıkonulmaması demektir. Emniyet içinde olmak keyfi olarak yakalanıp tutuklanmamak, tam tersine dilediği gibi hareket etmek, dolaşmak ve özel yaşam özgürlüğünden yararlanmak anlamlarına gelmektedir¹⁶⁰. Özetle güvenlik hakkı kişinin serbestçe ve korkusuzca yaşamasını ifade etmektedir.

Güvenlik kavramı, kişi özgürlüğü yanında kendine özgü bir anlama sahip değildir. Bu kavramın özgürlük kavramıyla bağlantılı olarak anlaşılması gerekmektedir. Zira güvenlik hakkı, mutlak bir hakkı ifade etmektedir. İster özgür, ister özgürlüğü kısıtlanmış olsun, herkes bu haktan yararlanmaktadır ve kendi rızasıyla bu haktan vazgeçmemektedir¹⁶¹. AİHS'nin 5. Maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, maddenin birinci fıkrasının “her

¹⁵⁷ Yasemin Özdek, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, TODAİE Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 134.

¹⁵⁸ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 8. Bası, İstanbul 2006, s. 154.

¹⁵⁹ Osman Doğru, Kişi Özgürlüğü, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 185.

¹⁶⁰ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 304.

¹⁶¹ Tezcan, Erdem, Sancaktar, s. 167.

ferdin” ibaresiyle başlayıp “hiç kimse” diye devam etmesi nedeniyle, kişisel durumu ne olursa olsun herkes bu hakkın yararlanıcısı durumundadır¹⁶². Ancak sözleşmenin 5. Maddesi, bireyin sadece fiziksel özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik müdahaleleri kapsayacak kadar kapsamlı değildir. Misal olarak, bir insanın gözetiminde gördüğü kötü muamele veya cezaevinde kötü koşullarda tutulması, sözleşmenin 5. Maddesini değil 3. Maddesini ilgilendirmektedir¹⁶³.

Hemen hemen bütün insan hakları bildireleri ve ulusal anayasalar önemi nedeniyle, tüm özgürlüklerin temelini oluşturan kişi özgürlüğünün sağlanıp korunmasına ilişkin hükümleri bir temel sayıp içlerinde barındırmışlardır. Fakat bu hak mutlak bir hak değildir. Sınırlanabilen, Ohal’lerde de kullanılması askıya alınabilen bir haktır. Anayasamızın 19. Maddesine göre, yakalanan ve tutuklanan kişi en geç kırk sekiz saat, toplu olarak işlenen suçlarda ise en çok dört gün içinde hakim önüne çıkarılması gerekmektedir. Bunun yanı sıra maddede kimsenin, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamayacağı belirtilmektedir¹⁶⁴. AİHS’nin 5. Maddesinde herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine sahip olduğu belirtildikten sonra, hangi hallerde özgürlüklerin sınırlandırılacağı düzenlenmiştir. Bu sınırlamalar şunlardır: Mahkeme kararıyla bir kişinin hapsedilmesi, bir kimsenin mahkeme kararı üzerine usulüne uygun yakalanması, suç şüphesi altındaki kişinin usulüne uygun yakalanması, bir küçüğün gözetim altında eğitilmesi için usulüne uygun tutulması, hastalık nedeniyle bir kişinin tutulması ve ülkeye yasa dışı girişi nedeniyle yakalanması ve tutulması halleridir. Buna göre kişi hürriyeti ancak bu hallerin gerçekleşmesi ile sınırlandırılabilir¹⁶⁵.

Ohal’lerde, kişi hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin, Ohal kanununda hüküm bulunmaktadır. Kanunun 11/c. Maddesi uyarınca şiddet olaylarının yaygınlaşması nedeniyle ilan edilen Ohal’lerde, kolluk kuvvetleri; kişilerin üstünü, araçlarını ve

¹⁶² Gözübüyük, Gölcüklü, s. 222.

¹⁶³ Doğru, s. 189.

¹⁶⁴ Gözler, Kanun Hükmünde Kararname, s. 168.

¹⁶⁵ Köksal Bayraktar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2006, s. 158.

eşyalarını arayabilecektir. 430 sayılı Ohal Bölge Valiliği ve Ohal'in Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 3/d. Maddesinde de gecikmesinde sakınca görülen hallerde yollarda aramalar yaptırılacağı belirtilmiştir. Yetkili makamlar, Ohal ilan edilen bölgede yaşayan kişiler için kimlik taşıma zorunluluğu getirebilmektedir. Bunun yanında diğer bölgelerden bu bölgelere girmek isteyenlere de kimlik taşıma yükümlülüğü getirilebilmektedir. Ohal'lerde idareye tanınan bu yetkiler kişi hürriyetini sınırlandırır veya durdurur niteliktedir¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 534.

IV. Türkiye’de Ohal Bölgelerinde Yaşanan İnsan Hakları İhlalleri ve Türkiye Aleyhine Verilen Bazı AİHM Kararlarının İncelenmesi

Türkiye, geçmişte Ohal ve sıkıyönetim uygulamalarının sıklıkla uygulandığı bir ülkedir. 2002 yılına kadar Türkiye’de birçok bölge farklı sebeplerden dolayı Ohal uygulamasına maruz kalmıştır. 1978 Aralık ayında yaşanan Kahramanmaraş katliamının ardından dönemin Ecevit hükümeti 13 ilde sıkıyönetim ilan etmiştir. 12 Eylül 1980’e kadar yaygın şiddet olayları nedeniyle aralarında Tunceli, Hakkâri ve Diyarbakır’ın da bulunduğu 7 il daha sıkıyönetim kapsamına alınmıştır.

12 Eylül 1980’de iktidara el koyan askeri yönetim ise sıkıyönetimi tüm yurda yaymıştır. Uygulama, 19 Mart 1984 tarihinden başlayarak aşama aşama tüm illerde kaldırılmıştır. Ancak aynı yıl içinde PKK’nın Eruh ve Şemdinli baskınlarıyla başlayan süreç, Türkiye’de Ohal açısından hayatı yeniden değiştirmiştir.

Daha sonra 19 Temmuz 1987 tarihinde Özal hükümetinin çıkardığı kararname ile terör olayları nedeni ile Ohal Bölge Valiliği oluşturulmuştur. Kararname ile Bingöl, Diyarbakır, Elazığ, Hakkâri, Mardin, Siirt, Tunceli ve Van illeri, Bölge Valiliği kapsamına alınmıştır. Adıyaman, Bitlis ve Muş ise mücavir il olarak belirlenmiştir. Batman ve Şırnak’ın da il olmasıyla Bölge Valiliği sorumluluk alanındaki il sayısı 1990’da 13’e yükselmiştir.

Türkiye özellikle doksanlı yılların başından itibaren Doğu ve Güneydoğu Bölgelerinde yoğun terör faaliyetleri içerisinde bulunan PKK’nın eylemleriyle mücadele etmiştir. Bugün hala bu durum devam etmektedir. Doksanlı yıllar terörün yoğunluğu nedeniyle ve aynı zamanda terör bölgelerinin Ohal bölgeleri olması nedeniyle insan hakları ihlallerinin sıklıkla yaşandığı yıllar olmuşlardır.

Türkiye’de terör meselesi yaklaşık yirmi beş senedir tartışılan ve hala da tartışılmaya devam edilen bir konudur. Ohal konusunda sıklıkla geçen istisna kavramı terör meselesinde de kullanılan güçlü bir argümandır. Terör olaylarının artması sonucu toplumsal düzeni ve bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak maksadıyla geçici ve hukuka uygun olağanüstü tedbirlerin alınabileceği kabul

edilmektedir. Fakat burada geçicilik ve hukuka uygunluk şartları çok önemlidir. Olağanüstünün olağanlaştırılması, terörün ve onunla mücadelenin süreklileştirilmesi temel haklar bakımından en önemli tehlikeyi oluşturmaktadır¹⁶⁷. Peki, bu durum neden dünyanın en büyük insan hakları sorunu haline gelmiştir.

Aslında bu sorunun cevabını sadece Türkiye üzerinden vermek konuyu anlamak için yeterli değildir. Zira mesele çalışmanın başında da anlattığımız üzere bir Dünya meselesidir. İstisna hali, varlığını borçlu olduğu dost-düşman ayrımının yeni şartlar altında yeniden üretilmesi ile süreklileştirmektedir. Küresel terör tehdidi altında liberal demokrasiler düşmanla mücadele için özgürlükler alanını daraltmışlar ve günlük yaşamı olağandıışlaştırmışlardır. Küresel terör karşısında tırmanışa geçen küresel ulusalcılık, toplumun dışında olanı, dışarıdan geleni, farklı olanı kısaca öteki olanı kolayca düşmana dönüştürmüştür. Bu bağlamda baskıcı siyasal kararlarla kitlelerin ulusalcı refleksleri arasında karşılıklı bir ilişkinin olduğu söylenebilir. Burada en önemli faktör korkudur. Terör korkusu çok kolay bir şekilde toplumsal ve siyasal paranoyaya dönüşebilmektedir¹⁶⁸. Korkunun kaynağının gerçek ya da kurgusal olup olmaması çok önemli değildir. Önemli ve belirleyici olan algılamadır. İktidarların çoğu kez istisnai durumun süreklileştirilmesi amacıyla kullandığı ve topluma sistematik bir şekilde pompaladığı korku, geniş kitlelerin baskıcı politikalara destek vermesine ve dolayısıyla bu kararların meşrulaştırılmasına hizmet etmektedir.

Türkiye'ye ve doksanlı yıllara tekrar dönecek olursak, Türkiye bu yıllarda bahsettiğimiz üzere Doğu ve Güneydoğu Bölgelerinde yoğun terör olayları ile iç içe yaşamıştır. Bu durum Devlet açısından binlerce askerin ölümüne, sosyo-ekonomik ve kültürel açıdan gerilemeye, Bölgede yaşayanlar için ise yine yakınlarının can kaybına ve sosyal hayatlarının her anlamda gerilemesine neden olmuştur. Bu durumdan en çok etkilenen doğal olarak bölge insanı olmuştur. Ohal uygulaması nedeniyle bölgede her zaman bir tedirginlik hali hüküm sürmüştür. Terör sebebiyle bölge halkı askerle hep iç içe yaşamıştır. Güvenlik gerekçeleriyle

¹⁶⁷ Zühtü Arslan, Türkiye'de İstisna Hali, Terör ve İfade Özgürlüğü, TBB Dergisi, Ankara 2007, S. 71, s. 202.

¹⁶⁸ Arslan, s. 203.

yerleşim yerlerinin boşaltılmasından tutunda, tutuklanmalar, gözaltılar, kaçırılmalar, ölümler, gözaltında ölümler bölgenin kaderi haline gelmiştir.

Elbette bu bölgelerde terör faaliyetleri cereyan ettiğinde güvenlik güçleri bunları önlemek için tedbirler alacaktır. Fakat hem anayasamızda hem de taraf olduğumuz AİHS'nin ilgili maddelerinde, olağandışı durumlarda dahi insan hayatının önemi, kişilerin hürriyeti ve güvenliğinin teminat altına alındığı belirtilmiştir. Hangi şartlarda yaşama hakkı ve kişi güvenliğinin görmezden gelineceği açık bir şekilde belirtilmiştir. Maalesef Türkiye'nin sicili bu konuda pek iç açıcı değildir.

Çalışmada daha önce AİHS bağlamında taraf devletlerin yükümlülüklerinden bahsetmiştik. AİHM'nin kararları-içtihatları, AİHS metnini yorumlar ve açıklığa kavuşturur. Bu kararlar bağlayıcı ve emsal niteliğinde kararlardır. Hukuki statüleri itibariyle emredici hukuki norm kategorisine girerler. AİHS organlarınınca gerçekleştirilen içtihatlar, sözleşmenin can damarını teşkil eder ve alınan her karar AİHS'ne taraf tüm devletlere eşit olarak uygulanacak standart hükümler içerir¹⁶⁹. Çalışmanın bu son bölümünde ise AİHM'nin Türkiye'de doksanlı yıllarda Ohal bölgelerinde yaşam hakkı ve kişi güvenliği ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmemesi sebebiyle verdiği aleyhte sonuçlanan bazı kararlar incelenecektir.

A- Güleç – Türkiye Kararı

Dava konusu olay 4 Mart 1991 tarihinde, Şırnak İlinin İdil İlçesinde izinsiz gösteri, kepenk indirme ve kamu binalarına saldırı gibi çok sayıda olay meydana gelmiştir. Dava, bu olaylar sırasında İdil Lisesi öğrencisi ve başvuranın oğlu olan 15 yaşındaki Ahmet Güleç'in öldürülmesiyle ilgilidir.

Başvuru yapan Ahmet Güleç'in babasına göre oğlu, göstericileri dağıtmak için silahsız göstericilere ateş eden güvenlik güçleri tarafından öldürülmüştür. Hükümete göre ise, Ahmet Güleç, silahlı göstericiler tarafından jandarmalara atılan bir kurşunla vurulmuştur.

¹⁶⁹ Oktay Bahadır, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Yaşama Hakkı, Adalet Yayın Evi, Ankara 2009, s. 41.

Mahkemenin değerlendirmesine göre ise mevcut davada gc kullanımının, 2. Maddenin 2. Paragrafının (c) bendi kapsamında haklı gösterilebileceğini kabul eder, ancak bu hususta amaçlanan hedefe ulaşmak için kullanılan araçlar arasında bir denge kurulması gerektiği dikkate alınmalıdır. Mahkemeye göre jandarmalar, çok güçlü bir silah kullanmışlardır, çünkü copları, koruyucu kalkanları, su topları, plastik mermileri veya göz yaşartıcı gazları yoktur. Bu malzemelerin olmaması tamamen anlaşılmaz ve kabul edilemezdir, çünkü şırnak İli bilindiği üzere ve Hkmetinde belirttiği gibi Ohal bölgesidir ve söz konusu tarihte her türlü kargaşanın çıkması olasıdır.

Mahkeme, Komisyon’la aynı görüşü paylaşarak, soruşturmanın tam olmadığını ve bağımsız yetkililer tarafından yürütülmediği sonucuna varmıştır. Ayrıca söz konusu soruşturma, 18 Ekim 1991 tarihli durdurma emri ve 13 Kasım 1991 karar kendisine bildirilmeyen davacının katılımı olmaksızın yürütülmüştür.

Mahkeme kararında, davaya neden olan olaylar sırasında Ahmet Güleç’in ölümüne sebebiyet veren ve göstericileri dağıtmak amacıyla güvenlik güçlerinin kullandığı gücün 2. Madde kapsamında gereksiz olduğu kanaatine varmıştır. Sonuç olarak Mahkeme, gereksiz gc kullanılması ve başvuranın oğlunun ölümüne ilişkin tam bir soruşturmanın yürütülmemesi nedeniyle Sözleşmenin 2. Maddesinin ihlal edildiğine karar vermiřtir¹⁷⁰.

B- Oğur – Türkiye Kararı

Dava, güvenlik güçlerinin 24 Aralık 1990 tarihinde Siirt İli Dağkonak Köyü’ne altı kilometre mesafede bulunan bir madene silahlı operasyon düzenlenmesi ve başvuranın oğlu Musa Oğur’un sabah saat 6.30 civarında güvenlik güçleri tarafından vurularak öldürülmesi ile ilgilidir.

Başvuran, oğlunun sadece maden bölgesinde görev yapan bir güvenlik görevlisi olduğunu, güvenlik güçleri tarafından uyarılmadan vurulup öldürüldüğünü ve oğlunun ölümüyle ilgili olarak etkili bir adli soruşturma

¹⁷⁰Gle/ Strazburg, Başvuru no:21593, Karar Tarihi: 27.07.1998; Bahadır, s. 40.

yapılmadığını iddia etmiştir. Başvuran Sözleşmenin 2. Maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle şikâyetçi olmuştur.

Hükümete göre ise, olay yerinin aralarında başvuranın oğlunun da bulunduğu PKK terör örgütü üyesi dört terörist tarafından bir sığınak olarak kullanıldığını ve Musa Oğur'un güvenlik güçleri tarafından yapılan uyarı atışları ile vurulduğunu, güvenlik güçleri mensuplarının esas amaçlarının kendilerine verilen bilgi ve talimatlar doğrultusunda bir teröristi tutuklamak olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet'e göre güvenlik güçleri, kendilerini ateş altında buldukları için, kaçmakta olan başvuranın oğlunun maalesef yaralanarak ölmesine neden olan uyarı atışlarını yapmak zorunda kalmışlardır. Birinin bir uyarı atışıyla vurulmuş olması ise, görüş mesafesinin az olması ve zeminin çamurlu olmasından dolayı atış açısının çok dar olması gibi olağanüstü şartların olaya hâkim olmasıyla açıklanmıştır.

Mahkemenin değerlendirmesine göre, AIHM, Sözleşmenin 2. Maddesinin 2. Paragrafında tanımlanmış olan istisnaların, bu hükmün kasıtlı öldürme olaylarını da kapsadığı görüşünü tekrarlamaktadır. 2. Maddenin metni bir bütün olarak ele alındığında, 2. Paragraf, birini kasten öldürmeye müsaade eden durumları değil, istemeyerek, yaşamdan mahrumiyetle sonuçlanabilecek "kuvvet kullanımına" izin veren durumları da tanımlar. Bununla birlikte kuvvet kullanımı alt paragraflar (a), (b), veya (c)'de belirtilen amaçlardan birine ulaşmak için" kesinlikle gerekli" olmalıdır. Bu bağlamda 2. Maddenin 2. Paragrafındaki "kesinlikle gerekli" teriminin kullanılması, Sözleşmenin 8-11. Maddelerinin 2. Paragrafındaki idari işlemin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına karar verilirken, gereklilik konusundaki testin daha titiz ve zorlayıcı olması gerektiğine işaret eder. Özellikle kullanılan kuvvet, ulaşılmak istenen amaçlarla kesinlikle orantılı olmalıdır.

Demokratik bir toplumda bu hükmün önemi dikkate alındığında, mahkeme karar verirken, sadece gücü elinde bulunduran devlet görevlilerinin fiillerini değil, aynı zamanda bu fiillerin planlanması ve kontrolü de dâhil olmak üzere, olayı çevreleyen koşulları da dikkate alarak, ölüme neden olan kuvvetin kullanıldığı

durumları dikkate alınmalıdır¹⁷¹. Bu nedenle Mahkeme, bu başvuruda güvenlik güçleri tarafından maktule karşı güç kullanmanın tümüyle gerekli ve nedenle 2. Maddenin 2. Paragrafıyla belirlenen amaçlardan birisiyle ki bu olayın şartlarıyla ilgili olanlar “bir bireyin yasadışı şiddetten korunması” ve “yasal bir tutuklamanın gerçekleştirilmesi”dir, orantılı olup olmadığı göz önünde tutulmalıdır.

Mahkeme, Musa Oğur’un bir uyarı atışı ile ölmüş olduğunu dikkate almış olsa bile, söz konusu atışın, maktulün kaçıp kaçmadığına bakılmaksızın, bunun bağışlanamaz bir dikkatsizlik neticesinde kötü yapılmış bir atış olduğunu göz önünde tutmuştur¹⁷².

Mahkeme, sözleşmenin 2. Maddesi bağlamındaki yaşam hakkını koruma yükümlülüğü ile 1. Maddesindeki Devletin yargı yetkisi altında olan herkesin sözleşmede tanımlanmış olan hak ve özgürlüklerini güvence altına almak olan esas görevinin, kişilerin kuvvet kullanımı sonucu öldürülmeleri durumunda, etkili resmi bir soruşturmanın yapılmasının gerekli olduğunu tekrarlamıştır. Bu soruşturma sorumluların tespit edilmesi ve cezalandırılması yönünde olmalıdır.

Bu olayda Mahkeme, Sözleşmenin 2. Maddesi bağlamındaki yaşam hakkını koruma yükümlülüğü ile 1. Maddesindeki Devletin yargı yetkisi altında olan herkesin sözleşmede tanımlanmış olan hak ve özgürlüklerini güvence altına almak olan esas görevinin, kişilerin kuvvet kullanımı sonucu öldürülmeleri durumunda, etkili resmi bir soruşturmanın yapılmasının gerekli olduğunu tekrarlamıştır. Bu soruşturma, sorumluların tespit edilmesi ve cezalandırılması yönünde olmalıdır şeklinde yorumlanmıştır¹⁷³. Bu olayda, sözleşmenin 2. Maddesi bağlamında bağımsız bir soruşturmanın yetkili makamlar tarafından gerçekleştirildiği konusunda ciddi kuşklar ortaya çıkmıştır. Mahkeme, valinin atadığı muhakkikin bir jandarma yarbayı olduğunu ve soruşturmasını yaptığı güvenlik güçlerinin, komuta zincirinin bir alt halkasını teşkil ettiğini not etmiştir. Yapılan işlemlerin söz konusu güvenlik güçlerine karşı yapılıp yapılmaması konusunda karar verme sorumluluğunu taşıyan idari kurul ise, ilçenin kıdemli memurlarından oluşur ve

¹⁷¹ Bahadır, s. 46.

¹⁷² Oğur/Strazburg, Başvuru no: 21594/93, Karar Tarihi:20.05.1999;www.yargitay.gov.tr/iilm,s.26

¹⁷³ Oğur/Strazburg, Başvuru no: 21594/93, Karar Tarihi:20.05.1999; Osman Doğru, İHAMİ, Cilt: 1, Legel Yayınevi, İstanbul 2004.s. 558

başkanlığını da olay yeri bir Ohal bölgesi olduğu için güvenlik güçlerinin yaptıkları operasyonlardan idari olarak sorumlu olan vali yapar. Valiye itiraz etme olasılığının mevcut olmadığına ilişkin ifadesi göz önüne alınmalıdır¹⁷⁴.

Son olarak, idari soruşturma boyunca, maktulün yakınları tarafından ulaşılabilir değildir. 15 Ağustos 1991 tarihli kararın başvuranın avukatına tebliği edilmemiş olması nedeniyle, başvuran Yüksek İdare Mahkemesi'ne temyiz için başvurma olasılığından mahrum kalmıştır.

AİHM kararında, operasyonun planlanmasında ve uygulanmasındaki görülen eksikliklerin yasadışı şiddetten korunmak veya maktulü tutuklamak için Musa Oğur'a karşı kuvvet kullanılmasının uygun ve kesinlikle gerekli olmadığı sonucuna varmak için yeterli olduğunu ayrıca olaydaki soruşturmanın sorumlularını ortaya çıkaracak ve cezalandıracak kapasitede etkin olmadığı gerekçesiyle 2. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

C- Çakıcı – Türkiye Kararı

Dava konusu olay, başvuranın erkek kardeşi olan Ahmet Çakıcı'nın ortadan kayboluşu ile ilgilidir. Başvuran, 8 Kasım 1993 tarihinde, kardeşinin Çitlibahçe Köyü'nde Jandarmalar ve köy korucuları tarafından gerçekleştirilen operasyon sonucunda gözaltına alındığını, kardeşinin işkence ve kötü muameleye maruz kaldığını ve kendisinden bir daha haber alınmadığını öne sürmüştür. Başvuran, erkek kardeşinin yakınlarına haber verilmeden gözaltına alındığını ve Sözleşme'nin 2. Maddesinin ihlalini ortaya koyacak şekilde, o tarihten beri kayıp olduğunu iddia etmiştir.

Türk Hükümeti ise, Ahmet Çakıcı'nın söz konusu operasyon sırasında gözaltına alınmadığını ve bu tarihten sonra da gözaltında tutulmadığını, Ahmet Çakıcı'nın PKK terör örgütünün bir militanı olduğunu, 17-19 Şubat 1995 tarihleri arasında PKK ve güvenlik güçleri arasındaki silahlı çatışmanın ardından Kılıboğan Tepesi'nde 55 militan ile birlikte ölü olarak bulunduğunu ifade etmiştir. Hükümet başvuranın kardeşinin haber vermeksizin gözaltında bulunduğu

¹⁷⁴Oğur/Strazburg, Başvuru no: 21594/93, Karar Tarihi:20.05.1999, Doğru, s.559.

sırada öldüğü konusunda somut delillerin olmadığını ve bu davada Sözleşme'nin 2. Maddesinin uygulanamayacağını savunmuştur¹⁷⁵.

Mahkemenin değerlendirmesinde, yaşama hakkını koruma altına alan Sözleşmenin 2. Maddesinin, başlıca hükümlerden biri olduğunu ve 3. Madde ile birlikte, Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini koruma altına aldığını tekrarlamıştır. Sorumluluk, sadece, Devlet görevlilerinin kuvvet kullanması sonucu kasten adam öldürme ile sınırlı değildir, ayrıca 2. Maddenin 1. Paragrafının ilk cümlesi, Devletlere yaşama hakkının kanunla korunması için sorumluluk yüklemektedir. Bu durum şahısların, kuvvet kullanılması sonucunu öldürüldüğü durumlarda etkili resmi bir soruşturma yapılmasını gerektirir¹⁷⁶.

Kararda Ahmet Çakıcı'nın güvenlik güçleri tarafından yakınlarına haber verilmeksizin gözaltına alınmasının ardından ölmesi sebebiyle, Mahkeme taraf Devlet'in sorumlu olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme gözaltına alınmasının ardından, neler olduğu hakkında yetkililer tarafından açıklama yapılmadığını ve yetkililerin öldürücü kuvvet kullanılması konusunda Hükümet tarafından bir açıklama yapılmadığını gözlemlemiştir. Ahmet Çakıcı'nın ölümünün sorumluluğu böylece taraf devlete yüklenebilir ve bu konuda 2. Maddenin ihlali söz konusudur. Mahkeme bunlara ek olarak, Ahmet Çakıcı'nın ortadan kayboluşu ve cesedinin bulunması hakkında yürütülen soruşturmanın yetersiz olması nedeniyle taraf Devletin yaşama hakkını güvenceye alma sorumluluğunu yerine getirmediğini tespit etmiştir. Bu sebepten dolayı da Sözleşme'nin 2. Maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir¹⁷⁷.

1. Mahkeme Kararları İle İlgili Genel Değerlendirmeler

Çalışmanın, AİHS ile ilgili başlığında olağanüstü şartlarda dahi ülkelerin uyması gereken standartları belirtmiştik. Olağanüstü şartlarda gerçekleşen yaşam hakkı ihlalleri, kişi hürriyeti ve güvenliği, gözaltında işkence ve kötü muamele

¹⁷⁵ Çakıcı/Strazburg, Başvuru no: 23657/94, Karar Tarihi:08.07.1999,Bahadır, s.48.

¹⁷⁶ Bahadır, s. 61.

¹⁷⁷ Oğur/Strazburg, Başvuru no: 21594/93, Karar Tarihi:20.05.1999, Doğru, s. 565.

konularında ülkeler genellikle 15. Maddeyi referans olarak göstermişlerdir. Fakat yine Sözleşmenin ikinci, üçüncü ve beşinci Maddelerinde, saydığımız ihlaller ile ilgili olağanüstü şartlarda dahi uyulması gereken kriterler açıkça belirtilmiştir. İncelediğimiz kararlar ışığında baktığımızda ihlallerin en çok ikinci, üçüncü ve beşinci Maddelerle ilgili olduğunu görmekteyiz.

Kararlar incelendiğinde AİHM'nin, AİHS'ne taraf olan devletlerden, yetki alanındaki tüm bireylere hak ve özgürlüklerin, özelliklede yaşama hakkının sağlanmasından sorumlu oldukları belirtilmiştir. Dolayısıyla herhangi bir şekilde ölüm olayı vuku bulmuşsa devletin ciddi ve etkili bir soruşturma yaparak olayın derinine inmesi gerekir. Ancak öldürme olayının failinin bulunamaması mutlaka yaşama hakkının ihlal edildiği anlamına gelmez. Burada önemli olan gerçeğin açığa çıkarılması için gösterilen çaba ve bu kapsamda yapılan soruşturmanın etkinliğidir. AİHM'nin 2. Madde ile ilgili birçok kararında belirttiği üzere yaşama hakkını ihlal eden bir saldırı olduğunda, özelliklede ölüm meydana geldiğinde, devlet yeterli ve etkili bir soruşturma yapmak zorundadır. Aynı şekilde ölen kişinin aile mensuplarının veya bir başkasının, soruşturma ile yetkili makamlara bu konuda resmen şikâyette bulunup bulunmamaları da önem taşımaz. Görevlilerin ölüm olaylarından yalnızca haberdar olmaları, 2. Maddeden kaynaklanan yükümlülüğün bir gereği olarak, harekete geçerek olay hakkında etkili ve yeterli bir soruşturma yapmaları için yeterlidir. Böyle bir soruşturma yaparken herhangi bir önyargıya kapılmadan olayı tüm yönleriyle araştırmanın önemi AİHM kararlarında vurgulanmaktadır. Kararlar incelendiğinde, doksanlı yıllardaki terör olayları ile ilgili siyasi algı da düşünüldüğünde gerçekte bu tür ihlallerin olması olasıdır.

Türkiye aleyhine verilen kararlarda üzerinde durulan diğer bir önemli husus ise olağanüstü şartlarda operasyonların iyi planlanmaması konusudur. Demokratik bir toplumda 2. Madde hükmünün önemini kabul eden AİHM, birçok kararında, özellikle iradi olarak güç kullanma sonucunda meydana gelen ölüm olaylarında, bir sonuca varmak için, kuvvete başvurmuş olan yetkililerin yalnızca eylemlerini değil, aynı zamanda olaya ilişkin tüm şartları, özelliklede söz konusu eylemlerin

hazırlanış ve uygulanış biçimini göz önünde tutmaktadır¹⁷⁸. Yine kararlar incelendiğinde görmekteyiz ki birçok ölüm olayında, özellikle olağanüstü durumların yaşandığı bölgelerde insanlar genelde iki ateş arasında kalmışlardır. Türkiye kararlarına bakıldığında genellikle insanlar terör bölgesinde gerçekleşen olaylarda ya Devlet ile teröristler arasında kalmışlardır ya da güvenlik güçlerinin düzenlediği operasyonlarda kargaşa nedeniyle hayatlarını kaybetmişlerdir. Olayların tam olarak nasıl cereyan ettiği bu tür Ohal bölgelerinde tam olarak bilinemez fakat her ne olursa olsun güvenlik güçlerinin sorumlu hareket etmeleri çok önemlidir. AİHM'ne intikal eden bu tür olaylardaki can kayıpları incelendiğinde sorumlu ülkelerin dahi, mahkemedeki savunmalarında bu konuyla ilgili tatminkâr cevaplar veremediğini görmekteyiz.

Türkiye aleyhine AİHM'ne yapılan başvuruların önemli bir bölümünü oluşturan yakalama ve gözaltına alma sırasında yapılan işlemlerin ve sonrasında meydana gelen ölüm ve kayıpların sebep olduğu ihlaller konusudur¹⁷⁹. Gözaltına alındıktan sonra kaybolan ya da ölü olarak bulunan kişiler için yapılan başvurularla ilgili olarak AİHM, olayları bazen yaşam hakkının ihlali, bazen de kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkında ihlali olarak değerlendirmektedir. Nitekim birbirini tamamlayan bu iki hak, kişinin özgürlüğünü, beden bütünlüğünü korumasını ve yaşamını güven içinde sürdürmesini sağlamaya yönelik haklardır. Bu nedenle, hakların temel taşı oluşturan yaşama hakkının korunması ve bu hakkın gözaltında meydana gelen kayıp ve ölümlerin önlenmesi talebi ile Türkiye aleyhine AİHM'ne birçok başvuru yapılmıştır¹⁸⁰. İncelediğimiz kararlarda ki başvurularda buna dâhildir. Bu başvuruların bir kısmı kişinin devlet görevlilerince gözaltına alındığı ve kendisinden bir daha haber alınmadığı, bir kısmı ise kişinin gözaltındayken öldüğünün devlet tarafından da kabul edildiği davalardır.

AİHK ve AİHM içtihatları, gözaltına alınan bir kişinin sağ olduğunu ispat etmenin, onu gözaltına alan devlete düştüğünü kabul etmekte ve bu kişilerin

¹⁷⁸ Bahadır, s. 78.

¹⁷⁹ Erol Anar, İnsan Hakları Tarihi, 2. Baskı, İstanbul 2000, s. 187.

¹⁸⁰ Faruk Turhan, Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Türkiye-Gözaltında Kayıplar, Hâkim Önüne Çıkarma ve Gözaltı Süreleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1-2, Ankara 2000, s. 216.

serbest bırakıldıktan sonra kaybolmuş olduğu savunmasını makul bulmamaktadır. Bu bağlamda birinci olasılık kayıp kişinin gözaltına alınmadan kaybolup kaybolmadığının belirlenmesidir. Eğer devlet kurumları, bir kimsenin gözaltına alınmadığını iddia ediyorsa, başvurucunun böyle bir yakalama olayının var olduğunu kanıtlaması gerekmektedir. Buna karşılık, bu kişinin gözaltına alındığı resmi merciler tarafından kabul ediliyorsa, bu durumda bahsi geçen kişinin ne zaman ve nereden salıverildiğinin ikna edici bir biçimde açıklanması gerekir. Bundan dolayı hem gözaltı kayıtlarının çok titiz tutulması, hem de özellikle terör suçlarından gözaltına alınan kişiler salıverilirken aile fertlerinden birinin ya da bir avukatın hazır bulunması sağlanmalıdır¹⁸¹. İncelediğimiz kararlara da bakıldığında bu husus başvurucular ile hükümetler arasındaki en büyük anlaşmazlık noktasıdır.

¹⁸¹ Tezcan, Erdem, Sancaktar, s. 189.

V. Sonuç

“Egemen, Ohal’e karar verendir”. Carl Schmitt’in Ohal için sarf ettiği bu anahtar sözcük neredeyse çalışmanın tümünde kendini göstermiştir. Fakat Scmitt’in vurguladığı “egemen” tanımında Ohal’e karar veren güç, Ohal’i meydana getiren kaos halinden bağımsız düşünülmektedir. Oysa geçmiş zamanlardan bu yana gözlemlenen Ohal örneklerinde ortaya çıkan kaos halleri, gücü elinde bulunduran “egemen’in” bir şekilde bu kaos halinin oluşumunda etkili olduğu veya siyaset gereği bazen bu tür olaylara yön verdiği durumlar olmuştur.

Bu bağlamda Walter Benjamin’in Ohal’i siyaset kurumunun ürettiği bir gelenek olarak görmesi kanımca daha anlamlıdır. Zira bahsettiğimiz üzere eski zamanlarda Ohal bahanesi olarak savaş korkusu, yakın tarihlere kadar ise birçok ülkede ve bazı bölgelerde de hala terör korkusu olağanüstü durumlara sebep olarak gösterilmiştir. Bu andan sonra başlayan yasaklar zinciri de olağan dışı durumları iyice siyasetin bir parçası yapmıştır. İstisna hali birden zaruret değil de bir kuralmış gibi kendini göstermiştir. Söz konusu süreç sonunda baskıcı rejimlere dönüşen Ohal doğal olarak yoğun insan hakları ihlallerini beraberinde getirmiştir.

Burada şu soru akla gelebilir! Ülkelerde siyaset mekanizmasından bağımsız kaos hallerini içeren olağandışı durumlar da gelişebilir, böyle durumlarda devlet kendisini nasıl muhafaza edecektir? Kuşkusuz böyle durumlarla da karşılaşılabilir. Örnekler bu tür durumlarda da, yürütmeye tanınan büyük yetkilerin iktidarlar tarafından içselleştirildiğini ve olağan hale geçildikten sonra bile bu yetkilerin kullanıldığı göstermiştir.

Kural ile istisna ilişkisi yasaklarken izin veren, dışarı çıkarırken içeri alan aklın izlerini bugün de ve dün de takip etmemizi kolaylaştırmıştır. Bu çifte hareketin varlığı iktidarın düşündüğümüzden daha karmaşık bir doğaya sahip olduğunu da bizlere göstermiştir. Bu durum egemenliği başka bir şekilde kurmaya olanak sağlayacak mı bunu elbette zaman gösterecektir. Ama şu aşamada, Ohal bağlamında felsefenin olası sonuçları karşısında esaslı bir paradoksla karşı karşıya olduğumuz söylenebilir. Yasak siyasal ilişki kurmanın bir enstrümanıdır. Aynı

zamanda dışlayarak işlemenin de mükemmel bir aracıdır. Düz bir mantıkla Ohal ideolojisinin taşıyıcıları olarak iş gören yasaklara güçlü itirazların yükselmesi, düzenin altından onu mümkün ve makul gösteren zemini çekip alacağını, bu nedenle yasaklara karşı çıkmada özgürlükçü bir özün söz konusu olduğu söylenebilir. Ama belki de bu yönlü bir hareket kendi felaketini de beraberinde getirecektir. Çünkü yasalara uyulmaması, yasakların ciddiye alınmaması yine düzeni krize sokacaktır. Kriz ise istisna halin asli kurucu iktidar olarak dünyayı yeniden kurmasına olanak sağlayacaktır. Yani her itiraz bir bunalımı, her bunalım ise yeniden bir kurulumu tetikleyecektir. Bu bağlamda istisna halinin yayılmasına engel olmak için hiçbir şey yapmamak, yasaları ihlal etmemek özgürlükçü ve adil insanlar için ne kadar mümkündür bu da tartışılacak bir konudur. Bu yüzden çalışmamızın konusu olan Ohal'i yasalar çerçevesinde sonuçlandırmaya devam edelim.

Ohal, devletlerin zaman zaman karşı karşıya kaldığı, hemen harekete geçmeyi gerektiren, genellikle tehlike içeren öngörülemeyen ani bir kaos durumudur. Bu nedenle Roma imparatorluğundan beri, devletin krizle başa çıkabilmesi için yürütme organına bazı özel yetkiler verilmesi söz konusu olmuştur. Gerçektende zaruretten kaynaklanan olağanüstü durum demokratik kurum ve kuralların tamamıyla uygulanmasına izin vermeyebilir.

Olağanüstü rejimler istisnai bir niteliğe sahip olmakla birlikte hukuk düzeninin dışında değildir. Demokrasilerde, Ohal rejimlerinde istisnai yetkiler kullanacak olanların anayasa ve yasalar tarafından düzenlenmiş sınırlar ve kurallar çerçevesinde hareket etmesi gerekir. Bu koşul bireylere, olağanüstü durumlarda önceden devlet organlarının ne tür önlemler alabileceğini, temel hakları ne ölçüde sınırlayabileceğini bilme olanağı sağlar. Ohal fiili bir rejim değildir, istisnai önlemler, Ohal ilan edilmeden alınmaz. Bu nedenle Ohal'in resmi bir şekilde ilan edilmesi gerekir. İlan, o toplumda yaşayan bireylerin bundan haberdar olabilmesini sağlar. İlan aynı zamanda Ohal'in sınırlı süreli bir rejim olması gereğiyle de bağlantılıdır; demokrasilerde Ohal genellikle süre sınırına tabi tutulur. Bu sürede resmi olarak Ohal'in ilanıyla başlar. İstisnai bir yönetim biçimi olan Ohal'i olağan hale dönüştürmeye yönelik uzun süreli uygulamalar Ohal'in

doğasıyla bağdaşmaz. Ohal uygulaması, ancak bunalımın sürdüğü coğrafi bölgede uygulanması gereken bir rejimdir. Ülkenin belli bir yerinde etkili olan bir krize yönelik düzenleme, bütün ülkeye ve topluma genişletilerek uygulanamaz. Ohal, aynı zamanda ülkenin ya da ulusun varlığı için tehdit ve tehlike içerecek ölçüde vahim bir duruma yol açması muhtemel bir nedene dayanmalıdır. Bundan dolayı da Ohal uygulamasının amacı tehlike ve tehdidin ortadan kaldırılması için hızlı tedbirler almak ve bir an önce bunalım öncesi duruma geri dönmektir. Bunalımlardan faydalanılarak güç ve çıkar amaçlı siyasete yön vermek demokratik değerlerle asla bağdaşmaz.

Ohal'in kamu düzeni ile de sıkı bir ilişkisi vardır. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında, bir ölçüt olarak kullanılan kamu düzeni, Ohal'in ilanı için de bir ölçü olarak kullanılmaktadır. Kamu düzeninin bozulmaya başladığı yerde, yavaş yavaş Ohal dillendirilmektedir. Sonunda, kamu düzeninin normal yasa kurallarıyla korunamadığı durumlarda Ohal devreye girmektedir.

Türkiye'de Ohal yönetim usulleri 1921 Teşkilatı Esasiye kanunu hariç, diğer Anayasalarda kendine yer bulmuştur. 1982 Anayasasının 119 ve 120. Maddelerinde sayılan Ohal şartlarının gerçekleşmesi halinde, idareye mutlaka Ohal ilan etme görevi yüklenmiştir. 1982 Anayasasında Ohal ilanı konusunda iki işlem ve iki yetkili organ tespit edilmiştir. Bunlar Bakanlar Kurulu ve Türkiye Büyük Millet Meclisidir. Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından Ohal ilan edildikten sonra, Ohal yönetimine geçiş tamamlanmaktadır. Bu aşamadan sonra Başbakanlık koordinasyon kurulunun kontrolünde, Bölge Valilikleri, İl ve İlçe kurulları tarafından idare edilmektedir.

1982 Anayasasının, yürütme organının düzenleme yetkisini genişletmesi açısından Ohal'lerde sunduğu yetkilerden biride Ohal KHK'dır. Olağan KHK'dan farklı olarak, Ohal KHK'leri Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulu tarafından çıkarılır. Ohal KHK'lerinin Mecliste Öncelikle ve ivedilikle görüşülmesi içtüzük emri olmasına rağmen, uygulamada bu kurala uyulmamaktadır. Türkiye'de Ohal uygulamasına 2002'de son verilmiştir. Ne var ki, bu tarihten önce çıkarılmış Ohal KHK'lerinin çok büyük bir bölümü hala ilgili

komisyonlarda beklemektedir. Kuşkusuz bu durum, söz konusu kararnamelerin yasama organı tarafından denetimini etkisiz hale getirmektedir.

Türkiye’de olağanüstü rejime ilişkin düzenlemelerin hukuka aykırılığını ve olağanüstü rejim uygulamasının keyfilik derecesine vadrırılmış biçimini önleyecek mekanizmaların olmayışı, AİHS ile bağlantılı güvence mekanizmasını ön plana çıkarmaktadır. Hatta neredeyse olağanüstü rejim uygulamasında hukuka uygunluğun ve hak ve özgürlüklerin asgari ölçülerde korunmasının sağlanmasının tek yolu olarak AİHS ile oluşturulan koruma mekanizması görölmektedir. Ohal rejiminin uygulanmasıyla sözleşme’nin ihlali sonucu iki noktada toparlanmaktadır. Bunlar Ohal’e ilişkin sözleşme’nin ihlali sonucunu doğuran düzenlemelerin varlığı ve uygulamada sözleşme’nin yoğun ihlalidir. Bu sonucu, Ohal bölgesinden yapılan bireysel başvurularda Komisyon’un çoğunlukla iç hukuk yollarının tüketilmesi şartını aramıyor olması doğrulamaktadır. Buna göre; Sözleşme’ye aykırı düzenlemelere gidilmiş olması iç hukuk başvuru yollarının tüketilmesi şartının yerine getirilmesinin etkisizliği olarak, uygulamada Sözleşme hükümlerinin ihlalinin vardiğı boyutlar ise ihlale neden olan uygulamaların sistematik idari pratik haline gelmiş olması şeklinde anlaşılmaktadır.

Bireysel başvurularda Türkiye aleyhine açılan davalara bakıldığında zaten durumun vahameti anlaşılmaktadır. Son tahlilde Ohal gerçekten de beklenmedik olağanüstü şartlarda başvurulacak bir yönetim usulü olarak uygulanabilir fakat geçmişteki ve bugünkü örnekler göz önüne alındığında Ohal yasalarında belirlenen kurallara riayet edilmediğı ve her seferinde yoğun insan hakları ihlalleri yaşandığı bir gerçektir.

ÖZGEÇMİŞ

Muhammed Behçet, 1983 Malatya doğumludur. 2000 yılında Malatya Kubilay Lisesi'nden mezun olmuştur. Bir yıl İstanbul Fatih Üniversitesi İngilizce hazırlık programından sonra, 2004 yılında Fatih Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesinde Uluslararası İlişkiler lisans eğitimine başlamıştır. Lisans eğitimini bitirdikten sonra 2011 yılında İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesinde İnsan Hakları Hukuku Yüksek Lisans Programına başlamıştır. Halen özel bir firmada yönetici olarak çalışmaktadır. Evli ve bir çocuk babasıdır.